

Décision n° 2014-I-06

du 8 octobre 2014

concernant une procédure au fond

mettant en cause

l'établissement public

Centre de Musiques Amplifiées

5, avenue du Rock'n'Roll

L-4361 Esch/Alzette

Le Conseil de la concurrence ;

Vu la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence ;

Vu la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence ;

Vu l'article 82 CE (devenu l'article 102 TFUE) ;

Vu la communication des griefs du conseiller désigné du 19 novembre 2013 ;

Vu les observations écrites du 21 février 2014, du 5 mai 2014 et du 18 juillet 2014 de Maître Yann Baden ;

Après avoir entendu lors de l'audition du 3 avril 2014 Monsieur Marc Feyereisen, conseiller désigné, la partie poursuivie en la personne de Me Anthony Préel, en remplacement de Me Yann Baden, la partie plaignante en la personne de [REDACTED], la société den Atelier s. à r. l. en la personne de Me Marc Elvinger ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit ;

Index

1. La procédure	4
2. L'entreprise visée.....	6
3. Les pratiques anti-concurrentielles incriminées	7
4. L'applicabilité du droit de la concurrence.....	8
5. Les marchés en cause et la position dominante	10
5.1. Le marché des salles de spectacles.....	10
5.1.1. Définition du marché des produits	11
5.1.2. Définition du marché géographique	12
5.1.3. La position dominante	12
5.2. Le marché de l'organisation de concerts	15
5.2.1. Définition du marché des produits	15
5.2.2. Définition du marché géographique	15
5.3. La position dominante	16
6. Les abus de position dominante allégués sur le marché de l'organisation de concerts ...	17
6.1. Les abus liés au financement public.....	17
6.2 Abus résultant d'une limitation de la production ou des débouchés.....	21
7. Les abus de position dominante allégués sur le marché de la location de salles de spectacles.....	23
7.1. Les pratiques discriminatoires jaillissant du double rôle du CMA.....	23
7.2 Abus relatifs à des pratiques d'exploitation (prix abusivement élevés).....	27
7.3 Abus liés à des pratiques d'éviction (ventes liées)	32
8. Le droit applicable et l'affectation du commerce intra-communautaire	35

1. La procédure

1. Le 28 juillet 2011, [REDACTED] la société ABRAXAS//69 S.A., informa l'ancienne Inspection de la concurrence (ci-après : « l'Inspection ») de son intention de déposer une plainte et en exposa les raisons.
2. L'Inspection a été formellement saisie par le dépôt d'une plainte, reçue en date du 10 août 2011, à l'encontre du Centre de Musiques Amplifiées (ci-après : « CMA ») et de l'Etablissement public Salle de Concerts Grande-Duchesse Joséphine-Charlotte (ci-après : « Philharmonie »).
3. Le 16 août 2011, la société Abraxas//69 S.A. a adressé à l'Inspection une demande de mesures conservatoires.
4. Le 14 octobre 2011, l'Inspection a envoyé une demande de renseignements au CMA ainsi qu'à la Philharmonie.
5. Les 29 novembre et 9 décembre 2011, l'Inspection a eu une entrevue avec le CMA et avec la Philharmonie.
6. Suite à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence (ci-après : « la loi du 23 octobre 2011 »), le président du Conseil de la concurrence (ci-après : « le Conseil ») a nommé par ordonnance du 17 avril 2012 Monsieur Marc Feyereisen conseiller désigné en vue de la continuation de l'enquête.
7. En date du 25 avril 2012, la société Abraxas//69 S.A. a été déclarée en faillite et le Conseil a décidé de poursuivre l'enquête antérieurement entamée.
8. Par courrier du 10 juillet 2012, Den Atelier S.A. demande au Conseil de continuer l'enquête à l'encontre du CMA en raison de certaines pratiques commerciales prétendument discriminatoires.
9. Par courrier du 19 juillet 2012, Me Gueth-Wolf renonce à la demande de mesures conservatoire ainsi qu'à la plainte déposées par Abraxas//69 S.A.
10. Le 23 novembre 2012, le conseiller désigné a envoyé une demande de renseignements au Centre National Sportif et Culturel (ci-après « Coque »).
11. Le 18 juillet 2013, le conseiller désigné a eu une entrevue avec le directeur général du CMA, Monsieur Olivier Toth. Suite à cette entrevue le conseiller désigné a décidé de scinder le dossier en deux et de traiter le CMA et la Philharmonie séparément.
12. Le 19 novembre 2013, le conseiller désigné a transmis aux parties concernées ainsi qu'au Conseil la communication des griefs.

13. Par courrier du 21 février 2014, l'entreprise visée a transmis au Conseil ses observations écrites suite à la communication des griefs.
14. Par application de l'article 26, 5^e paragraphe de la loi du 23 octobre 2011, le Conseil a invité le 10 mars 2014 toutes les parties concernées à une audition tenue le 3 avril 2014 dans les locaux du Conseil, pour leur donner l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs communiqués. Dans cette invitation, le Conseil a demandé des explications complémentaires relatives à certains points relevés dans les observations du 21 février 2014.
15. Le 31 mars 2014, le ministre de l'Economie a informé le Conseil que le ministère de l'Economie ne serait pas représenté lors de l'audition du 3 avril 2014.
16. Lors de l'audition du 3 avril 2014, les parties ont été entendues dans l'ordre suivant :
 - 1) Monsieur Marc Feyereisen, conseiller désigné ;
 - 2) Maître Anthony Préel et Monsieur Olivier Toht, directeur, pour le compte du CMA ;
 - 3) ██████████ et Maître Jean-Paul Noesen, en application de l'article 26, 5^e paragraphe, 3^e alinéa, 1^{re} phrase de la loi du 23 octobre 2011 ;
 - 4) ██████████ et Maître Marc Elvinger, en application de l'article 26, 5^e paragraphe, 3^e alinéa, 2^e phrase de la loi du 23 octobre 2011.
17. Par courrier du 4 avril 2014, le Conseil a transmis par écrit à Me Anthony Préel les questions supplémentaires posées lors de l'audition le 3 avril 2014.
18. Par courrier du 5 mai 2014, Me Anthony Préel a répondu aux questions formulées par le Conseil lors de l'audition du 3 avril 2014 et détaillées dans le courrier du 4 avril 2014.
19. Comme proposé par la partie visée dans son courrier du 5 mai 2014, le Conseil a invité le CMA à une entrevue qui s'est tenue le 28 mai 2014 dans les locaux du Conseil.
20. A l'occasion de cette réunion, la partie visée s'est dite prête à formuler des engagements propres à répondre aux préoccupations du Conseil.
21. Par lettre du 18 juillet 2014, Me Yann Baden informe le Conseil que la partie visée retire formellement toutes offres ou concessions qu'elle a faite sous conditions au cours des réunions qui se sont déroulées et en particulier dans son courrier du 5 mai 2014 à l'adresse du Conseil et renvoie aux moyens qu'elle a exposés dans ses observations à la communication des griefs du 19 novembre 2013, transmises au Conseil en date du 20 février 2014.

2. L'entreprise visée

Le CMA

22. Le CMA est un établissement public créé par la loi du 26 mai 2004 portant création d'un établissement public nommé « Centre des Musiques Amplifiées ». L'article 1er de cette loi dispose :

« Art. 1^{er} – Il est créé un établissement public sous la dénomination « Centre de Musiques Amplifiées » ci-après désigné « établissement ». L'établissement dispose de la personnalité juridique et jouit de l'autonomie financière et administrative, sous la tutelle du ministre ayant la culture dans ses attributions.

L'établissement gère l'immeuble dénommé « Centre de Musiques Amplifiées » à Esch-Belval mis à sa disposition par l'Etat.

Le siège de l'établissement est fixé à Esch-sur-Alzette. »

23. Les missions du CMA sont définies à l'article 3 de la loi précitée:

« – de conseiller le maître de l'ouvrage et d'organiser la préfiguration des activités futures du Centre

– de gérer et d'exploiter l'immeuble dans le respect de sa vocation prioritaire de servir à la réalisation et à l'organisation de concerts de musique amplifiée ;

– de promouvoir la création artistique par la mise à disposition d'espaces et de dispositifs d'accompagnement à des musiciens professionnels et amateurs.

Subsidiairement, l'établissement peut servir à l'organisation de manifestations de tout genre.

L'établissement peut réaliser des publications en relation avec la musique amplifiée ainsi que des produits sonores, audiovisuels ou informatiques sur tous supports existants ou à venir et gérer leur exploitation. Les installations d'enregistrement peuvent être mises à disposition de tiers.

En vue de l'exécution de ses missions, l'établissement est autorisé à conclure des contrats avec l'Etat ainsi qu'avec des personnes physiques ou morales, à s'associer avec des partenaires des secteurs public ou privé, personnes physiques ou morales, et à adhérer à des organisations nationales ou internationales. »

24. L'immeuble étant actuellement achevé, on peut retenir, selon le conseiller désigné, que les missions principales du CMA sont la gestion de ses deux salles, l'organisation de concerts de musique amplifiée et la gestion et mise à disposition d'un Centre de ressources.

25. La notion de « gestion de l'immeuble » englobe toutes les fonctions administratives ainsi que la location de la grande salle et de la petite salle. La grande salle dispose d'une

capacité d'accueil de 3000 à 6500 spectateurs, selon la configuration ; la petite salle peut accueillir au maximum 1200 personnes « *debout* »¹.

26. La promotion de la création artistique se fait à travers le Centre de ressources. Les responsables du CMA exposent ce qui suit dans ce contexte:

« L'exploitation du Centre de ressources n'a pas un objectif commercial mais de promotion artistique et culturelle, alors qu'il s'agit essentiellement de formations et d'autres activités tendant au développement d'artistes et de la scène locale des groupes rock, pop et électro. [...] »

27. Au niveau du financement de l'établissement public, la loi précitée du 26 mai 2004 prévoit dans son article 6 alinéa 1^{er} que l'établissement peut notamment disposer des ressources suivantes :

*« – des contributions financières allouées à charge du budget de l'Etat;
– des revenus d'exploitation et de manifestations;
– des revenus provenant de la réalisation et de la diffusion de produits imprimés, sonores, – audiovisuels ou informatiques sur tous supports existants ou à venir;
– de la location et de la mise à disposition des installations;
– des recettes pour prestations et services fournis;
– des dons et legs en espèces et en nature (...). »*

28. Par la suite, le terme CMA désignera l'établissement public en tant qu'entité juridique, et en tant qu'entreprise au sens du droit de la concurrence, tandis que le terme « *Rockhal* » sera utilisé pour désigner le bâtiment mis à disposition du CMA en tant qu'infrastructure de spectacle.

3. Les pratiques anti-concurrentielles incriminées

29. D'après la communication des griefs ainsi que la plainte initiale, les reproches formulés à l'encontre du CMA peuvent être résumés comme suit :

- Les moyens financiers, y-inclus les dotations du budget de l'Etat et les lignes de crédit dont disposent les établissements publics, en l'espèce le CMA, le mettraient à l'avantage par rapport aux entreprises privées. Ces moyens lui permettraient d'organiser des spectacles à perte, ce qui lui conférerait une capacité de prise de risque dont les organisateurs privés ne disposent pas. De plus, les moyens financiers dont dispose le CMA lui confèrent un pouvoir de marché important auprès des agents des artistes. Ces derniers refuseraient même de négocier avec les organisateurs privés

¹ Pour des raisons pratiques, cette salle sera par la suite considérée comme faisant partie des salles à « petite » capacité, c'est-à-dire de moins de 1000 personnes.

depuis qu'ils peuvent négocier directement avec le CMA.²

- Une conséquence inévitable de cette pratique consisterait dans un renchérissement des prix des tickets pour les spectateurs. En effet, les moyens importants dont disposerait le CMA lui permettraient de surenchérir les cachets des artistes, pour ensuite récupérer le surplus sur le prix de vente des tickets.
- Comme le CMA agit tant comme gestionnaire des salles que comme promoteur de spectacles, il serait en position de s'attribuer prioritairement les salles de spectacles à lui-même, d'autant plus que la disponibilité effective des salles ne serait pas gérée de façon transparente. Il serait ainsi devenu difficile pour des promoteurs externes de louer une salle de concerts au CMA, car ce dernier refuserait la location de ses salles sans justification. Ainsi, le CMA confondrait « *l'obligation de promouvoir la culture avec l'organisation de spectacles à vocation commerciale* ».
- Selon la communication des griefs, il a aussi été reproché au CMA d'exiger un prix de location trop élevé pour la grande salle.
- De même, les promoteurs privés se plaignent du fait que le CMA organiserait des concerts en dehors de sa propre enceinte, ce qui réduirait encore davantage la disponibilité des salles de spectacles au Luxembourg, étant acquis que la location des salles du CMA s'avérerait déjà très problématique.
- Finalement, la plaignante et d'autres organisateurs de spectacles critiquent le fait que le CMA ne louerait sa salle qu'ensemble avec les services annexes (sécurité, nettoyage, fourniture de boissons, ...). De cette façon, le CMA imposerait également ses propres sponsors aux organisateurs externes.

30. Alors que la plainte initiale mettait en cause à la fois le CMA et la Philharmonie, la présente décision ne concerne que les griefs adressés à l'encontre du CMA.

4. L'applicabilité du droit de la concurrence

31. L'article 1 de la loi du 23 octobre 2011 dispose que

« La présente loi s'applique à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestations de services, y compris celles qui sont le fait de personnes de droit public, sauf dispositions législatives contraires. »

32. Les procédures du Conseil se réfèrent et s'orientent systématiquement au droit européen de la concurrence, à la pratique décisionnelle et à la jurisprudence y relative. Ceci correspond à l'esprit de la loi du 23 octobre 2011, laquelle tend, de même que la loi du 17

² Reproche formulé par la plaignante lors d'une réunion avec l'Inspection en date du 28 juillet 2011.

mai 2004 relative à la concurrence (ci-après : « la loi du 17 mai 2004 »), qui l'a précédée, à une convergence du droit luxembourgeois de la concurrence avec le droit de l'Union européenne.

Depuis l'arrêt Höfner, arrêt de référence en la matière, une entreprise au sens du droit européen de la concurrence peut être définie comme « *toute entité exerçant une activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de financement* »³.

33. Pour être qualifiée d'entreprise, il suffit que l'entité concernée exerce une activité économique :

*«Aux fins de la législation antitrust communautaire, on entend par entreprise toute entité exerçant une activité économique, c'est-à-dire une activité consistant à offrir des biens ou des services sur un marché donné, indépendamment de son statut juridique et son mode de financement. Pour que ces conditions soient remplies, il n'est pas obligatoire que cette entité ait pour vocation de dégager des bénéfices; de même, les organismes publics ne sont pas exclus d'office.»*⁴

Le caractère économique des activités de location de salles de spectacles et d'organisation de concerts de grande envergure n'a pas été contesté par les parties. Le CMA différencie lui-même entre activités ayant une vocation commerciale et celles qui ont une vocation plutôt culturelle en faisant valoir, dans sa réponse à la demande de renseignement du 14 octobre 2011, que : « *la grande salle est orientée vers les productions et artistes de grande envergure et, en conséquence, engendre un potentiel de recettes importantes* » alors que *l'exploitation de la petite salle serait plus complexe car elle « accueille, d'une part, des concerts et événements à orientation commerciale et, d'autre part et essentiellement, des concerts à connotation plus artistique et culturelle, et dont les frais sont nettement supérieures aux recettes possibles » et que « l'exploitation du Centre de ressources n'a pas d'objectif commercial, mais de promotion artistique et culturelle [...]. En conséquence, ces activités figurent au poste des dépenses budgétaires sans pour autant générer un produit, respectivement uniquement un produit relativement modeste par rapport à l'investissement. »*⁵

³ Arrêt de la Cour du 23 avril 1991, Klaus Höfner et Fritz Elser c/ Macroton GmbH, aff. C41/90 point 21.

⁴ Glossaire des termes employés dans le domaine de la politique de concurrence de l'Union européenne, Antitrust et contrôle des opérations de concentrations, Commission européenne, Direction générale de concurrence, Bruxelles, juillet 2002.

⁵ Alors que les activités du CMA consistent bien à « *offrir des biens ou des services sur un marché donné* », la communication des griefs pose la question si ses activités « *sont soumises au droit de la concurrence ou si [la Rockhal] pouvait bénéficier de « l'exception culturelle » telle que notamment tracée par l'article 107, 3.d) du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne* ». Or, l'article 107 concerne les aides d'Etat, qui ne se trouvent pas sous le contrôle des autorités nationales de concurrence, mais de la Commission européenne. En revanche, il n'existe pas de base légale qui exempterait l'application du droit de la concurrence, c'est-à-dire les articles 3 à 5 de la loi relative à la concurrence, ainsi que 101 et 102 TFUE. C'est à l'application de ces articles que se limite le contrôle du Conseil.

34. Le Conseil conclut que la location de salles de concert ainsi que l'organisation de spectacles ou concerts sont soumis aux règles de concurrence nationales et européennes, dans la mesure où il s'agit d'activités économiques, consistant à offrir des biens ou services sur un marché.

Le moyen de l'incompétence du Conseil produit par l'entreprise visée aux pages 9 à 11 de ses observations adressées au Conseil en date du 21 février 2014 est donc à rejeter.

Par ailleurs, le conseil juridique du CMA a reconnu la qualification du CMA au titre d'entreprise et l'applicabilité de la loi du 23 octobre 2011 lors de l'audition du 11 mars 2014.

5. Les marchés en cause et la position dominante

35. La définition du marché permet d'identifier et de définir le périmètre à l'intérieur duquel s'exerce la concurrence entre les entreprises. Elle revêt d'une importance fondamentale car il arrive qu'une entreprise se trouve en position dominante ou non en fonction de la délimitation du marché qui a été retenue. Le marché en cause doit être défini à la fois en termes de produits ou services et en termes géographiques.

36. Le marché de produits et de services est appréhendé à travers le critère de la substituabilité. Selon la Commission européenne,

«Un marché de produits en cause comprend tous les produits et/ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés.»⁶

37. Le Conseil rejoint le conseiller désigné⁷ pour dire qu'il est nécessaire de faire la distinction entre les activités de gestion des salles de concert et de l'organisation de spectacles, ces deux activités ayant manifestement trait à des marchés différents. Il convient ainsi de procéder à l'examen du marché des salles de spectacles et à l'examen du marché de l'organisation de concerts.

5.1. Le marché des salles de spectacles

38. La mission du CMA inclut la gestion de l'immeuble avec notamment ses deux salles de spectacles. Soit il utilise l'une ou l'autre de ses deux salles pour produire un concert, soit

⁶ Communication de la Commission sur la définition du marché en cause aux fins du droit communautaire de la concurrence (97 /C 372 /03) du 9 décembre 1997, point 8. Voir également les points 13-21 pour les concepts de substituabilité du côté de la demande et substituabilité du côté de l'offre.

⁷ Communication des griefs point 40.

il loue, en cas de vacance, ses salles à des promoteurs privés. De la sorte, le CMA est un acteur sur le marché des salles de spectacles.

39. Il ressort du dossier que la grande salle a une capacité maximale debout de 6.500 personnes, assise de 2.781 personnes et mixte de 4.700 personnes. Il existe également une configuration particulière de la grande salle, pouvant accueillir jusqu'à 3000 personnes (le « Box »). La petite salle, (le « Club ») a une capacité maximale debout de 1.200 personnes et assise de 472 personnes.

5.1.1. Définition du marché des produits

40. Le conseiller désigné cite l'Autorité de la concurrence française, qui a retenu comme critères principaux de choix d'une salle ou d'un stade par un producteur « [...] la capacité de la salle, ses équipements et son image auprès des artistes et du public [...] »⁸.
41. Quant à la capacité de la salle (premier critère):

Comme l'explique le conseiller désigné, si une certaine substituabilité peut exister entre les petites salles et les grandes salles, l'inverse n'est pas vrai. Il est éventuellement envisageable de produire un concert à petite ou moyenne audience dans une grande salle, mais le contraire s'avère évidemment impossible. Or, la capacité maximale d'une salle de spectacles prédétermine dans une large mesure le type de concert par le biais de la recette maximale possible. Un concert faisant intervenir un artiste ou un groupe jouissant d'une grande popularité ne peut être financé dans une salle à capacité insuffisante.

Il en résulte que les salles à capacité très différente ne sont pas substituables entre elles et appartiennent à des marchés distincts. Le conseiller désigné conclut que :

*« Si la pertinence du critère de la capacité d'accueil a bien été démontrée, la fixation de seuils exacts pour distinguer entre les différentes salles s'avère plus difficile. Une comparaison avec les plus grandes salles de spectacles dans les régions limitrophes du Grand-Duché (...) semble indiquer qu'une capacité de 5.000 personnes constitue un seuil critique pour définir une grande salle. »*⁹

Il y a lieu d'ajouter qu'il est également opportun de définir un seuil maximal pour les petites salles qui se prêtent d'avantage aux productions artistiques plutôt que commerciales. Le Conseil en déduit qu'il convient de faire la distinction entre trois marchés séparés : salles à petite capacité (jusqu'à 1000 spectateurs), à moyenne capacité (entre 1000 et 5000 spectateurs) et à grande capacité (supérieure à 5000 spectateurs).

⁸ Décision n° 04-D-66 du 1^{er} décembre 2004, Autorité de la concurrence (France) relative à des pratiques mises en œuvre par des salles et stades parisiens sur le secteur de la billetterie.

⁹ Communication des griefs point 77.

42. Quant à l'équipement (deuxième critère) :

Comme expliqué par le conseiller désigné, il faut entendre par « équipement » non seulement les installations techniques, mais également la conception même de la salle (architecture et matériaux), qui prédétermine à quel type de spectacle la salle se prête le mieux. Chaque discipline artistique connaît des exigences bien spécifiques quant aux infrastructures nécessaires à sa diffusion. Pour faire partie du marché en cause, il est nécessaire que l'infrastructure de la salle se prête à l'organisation de concerts de musique amplifiée et qu'elle soit équipée, ou alors qu'elle peut être équipée facilement, des installations techniques nécessaires à ce type de spectacle.

43. Il résulte de ce qui précède que le marché en cause peut être défini comme celui des salles de spectacles se prêtant, en termes d'infrastructures et d'équipements, à l'organisation de concerts de musiques amplifiées. Il est par ailleurs nécessaire de distinguer entre salles à petite capacité (jusqu'à 1000 spectateurs), à moyenne capacité (entre 1000 et 5000 spectateurs) et à grande capacité (supérieure à 5000 spectateurs).¹⁰

44. Un certain nombre de concerts de musique amplifiée sont organisés en plein air durant la saison des festivals, et ne nécessitent pas de salle de concert. Les concerts de plein air peuvent constituer une alternative à la location de la « Rockhal » durant la saison estivale. Mais cette alternative n'existe que pendant quatre à cinq mois de l'année, et les festivals sont considérés par les organisateurs de concert comme activité complémentaire aux concerts en salle, et non pas comme un substitut.

5.1.2. Définition du marché géographique

45. Il ressort de la communication des griefs et des divers éléments du dossier que, d'un côté, les salles de concert à Luxembourg ne sont que très exceptionnellement loués à des organisateurs étrangers. A l'inverse, les organisateurs luxembourgeois ne s'adressent jamais à des salles à l'étranger afin d'organiser un événement. Il en ressort que la dimension géographique du marché des salles de concert est nationale.

5.1.3. La position dominante

46. Déterminer si une entreprise occupe une position dominante et évaluer le degré de pouvoir de marché qu'elle détient constituent la première étape de l'application de l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 ainsi que l'article 102 TFUE. Il s'agit d'une étape cruciale, car avant de pouvoir déterminer un abus quelconque, il faut établir que

¹⁰ Il peut être précisé que cette définition résulte exclusivement d'une analyse de la substituabilité du côté de la demande. Une analyse de la substituabilité du côté de l'offre sera très succincte en l'espèce. En effet, il y a substituabilité du côté de l'offre lorsque « *les fournisseurs [peuvent] réorienter leur production vers les produits en cause et les commercialiser à court terme sans encourir aucun coût ni risque supplémentaire substantiel en réaction à des variations légères mais permanentes des prix relatifs.* » Or une nouvelle salle de spectacle ne peut être ni érigée, ni transformée, ni aménagée facilement en pareil cas.

l'entreprise concernée détient une position dominante sur le marché pertinent. Plus une entreprise détient une position dominante, plus elle peut se comporter de façon indépendante du marché :

« La position dominante est définie en droit communautaire comme une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs ».

47. Puisque le marché en cause se limite au territoire national, uniquement les salles de concert existant au Luxembourg sont susceptibles de pouvoir livrer concurrence aux salles du CMA, les salles disponibles à l'étranger ne faisant plus partie de ce marché. Le conseiller désigné note qu'il existe un grand nombre de salles de spectacles au Luxembourg, mais qu'il convient de relever des différences importantes quant à leur capacité maximale. Comme le montre le tableau repris infra, repris de la communication des griefs, il n'y a au Luxembourg que deux salles comparables à la grande salle de la « Rockhal » au niveau des capacités d'accueil : l'Arena de la Coque et le Hall 8 de Luxexpo S.A.

Établissement	Salle	Capacité maximale	Vocation primaire
Coque	Arena	8.300	Manifestations sportives
Rockhal	Grande salle	6.500	Concerts amplifiés
Luxexpo	Halle 8	5.000	Foires, expositions
Däichhal	Grande salle	3.000	Polyvalente
Hall Victor Hugo	Hall Victor Hugo	2.200	Concerts, expositions
CCRN Abbaye de Neumünster	Parvis	2.000	Concerts et autres manifestations
Casino 2000	Chapito	1.500	Concerts
Grand Théâtre du Luxembourg	Foyerbar	1.500	Théâtre, danse, opéras
Alvisse Parc Hotel	Europe	1.500	Polyvalente
Rockhal	Petite salle	1.200	Concerts amplifiés
Philharmonie	Grand Auditorium	1.200	Concerts classiques
Den Atelier	Salle unique	1.000	Concerts
Centre de conférences Kirchberg	Foyer	1.000	Congrès, conférences et expositions
Sporthotel Leweck	Halle	1.000	Sports et conférences

48. Ni la Coque ni le Hall 8 de la Luxexpo S.A. n'auraient comme vocation primaire l'organisation de concerts. Dans les deux cas, des transformations importantes et des installations supplémentaires s'imposeraient pour pouvoir produire un concert d'envergure. Les concerts y seraient très peu fréquents et constitueraient bien une exception dans la programmation de ces salles. Il faut en conclure que les autres salles de spectacles ne sauront concurrencer la grande salle du CMA.¹¹

49. La Communication des griefs examine ensuite le troisième critère retenu dans la décision précitée de l'Autorité de concurrence française, à savoir l'image d'une salle de spectacle

¹¹ Communication des griefs point 84.

auprès des artistes et du public, et retient que « *la Rockhal s'est établie en tant que salle de concerts de référence au sein du Grand-Duché et dans l'ensemble de la Grande Région.* » Il ne peut faire de doute que le CMA jouit d'une grande notoriété dans le monde des musiques amplifiées, aussi bien auprès du public qu'auprès des professionnels du secteur.

50. La communication des griefs en conclut que « *il ne fait aucun doute que la Rockhal détient une position dominante sur le marché des grandes salles de spectacles à Luxembourg, car c'est la seule salle dans son genre au Grand-Duché de Luxembourg comme on l'a vu au point 84 et par conséquent la Rockhal jouit d'un monopole de fait sur le marché des salles de spectacles.* »¹²
51. De plus, en raison des importantes barrières à l'entrée, tels que les investissements importants nécessaires afin de construire une salle de spectacles identique, le cas échéant la longueur des démarches administratives nécessaires, la notoriété très importante du CMA, sa solidité financière en tant qu'établissement public, les dotations du budget de l'Etat et sa jouissance de la « Rockhal » à titre gratuit, cette position dominante ne serait pas menacée.
52. L'entreprise visée, dans ses observations précitées, passe sous revue les différentes salles se prêtant à l'organisation de concerts sans pour autant contester les conclusions du conseiller désigné et sans se prononcer sur la question de la position dominante. Elle mentionne toutefois à juste titre que les nombreux festivals sillonnant le pays durant les mois d'été constituent bien, durant une partie de l'année, une alternative aux organisateurs de concerts sur le marché de la location de salles.
53. Le Conseil retient qu'aucune des salles parcourues par la communication des griefs ne fait partie du marché en cause tel que défini au point 43 supra, et que par conséquent la position dominante du CMA est avérée en ce qui concerne les grandes salles de concerts aptes à héberger des spectacles de grande envergure.
54. En revanche, la position dominante n'a pas été établie pour les marchés des salles à petite ou moyenne capacité, tels que définis au point 43. La communication des griefs note cependant qu' « *il n'y a également pas beaucoup de possibilités de location pour les promoteurs privés* »¹³ en ce qui concerne les salles de spectacles de moyenne capacité et que seules trois salles sont susceptibles de produire des concerts dans le même genre de musique que le CMA (Kulturfabrik, les Carré Rotondes et le CCRN Abbaye de Neumünster)¹⁴.

¹² Communication des griefs point 87.

¹³ Communication des griefs point 123.

¹⁴ Communication des griefs point 125.

Toutefois, comme les griefs formulés par les concurrents du CMA liés au marché de la location de salles concernent principalement les grandes salles de concert, il n'est pas absolument indispensable de vérifier la position dominante de l'entreprise visée au niveau de salles à moyenne et petite capacité.

5.2. Le marché de l'organisation de concerts

5.2.1. Définition du marché des produits

55. Le CMA n'est pas seulement gestionnaire de l'immeuble mais également organisateur de concerts. En tant que tel, il se trouve en concurrence sur le marché de l'organisation de concerts avec tous les promoteurs privés (dont notamment « Den Atelier », « Show Productions », « Abraxas », etc.), ainsi qu'avec un certain nombre d'organismes publics tel que certaines communes et divers établissements publics.
56. En premier lieu, le conseiller désigné établit que la substituabilité entre les différents arts du spectacle paraît faible en raison des préférences individuelles des spectateurs. Il s'agit de la substituabilité du côté de la demande.
57. A titre supplémentaire, il établit que les différents types de spectacles et leur organisation ne sont pas substituables entre eux en raison des spécificités propres à chaque type de spectacle et du degré de spécialisation atteint par les promoteurs. De ce fait, les organisateurs ne peuvent pas rapidement s'orienter vers un autre type de spectacle. Il s'agit de la substituabilité du côté de l'offre. Cette dernière existerait seulement si au moins certains promoteurs organisaient de manière régulière des spectacles dans des disciplines artistiques différentes. Or tel n'est pas le cas. Par contre, les promoteurs sont tous actifs aussi bien dans les spectacles à grande qu'à petite envergure.
58. De ce qui précède, le Conseil conclut qu'il existe autant de marchés de produits que de types de spectacles.

5.2.2. Définition du marché géographique

59. Le conseiller désigné énumère un certain nombre de raisons qui expliqueraient que le marché de l'organisation de concerts (de musique amplifiée) est un marché national :
- les promoteurs de spectacles connaissent mieux les préférences dans leur pays respectif ;
 - le marché est très fortement orienté vers des considérations relationnelles ce qui fait que la plupart des agents d'artistes traitent dans chaque pays ou dans chaque région avec un nombre restreint de partenaires privilégiés.

60. Par ailleurs, il ressort des éléments du dossier que les organisateurs luxembourgeois ne s'adresseraient jamais à des salles à l'étranger afin d'organiser un événement et qu'à l'inverse les organisateurs étrangers n'organisent que très rarement un spectacle au Luxembourg.
61. En conclusion, le Conseil retient comme définition du marché en cause telle qu'établie par la communication des griefs le marché de l'organisation de concerts de musique amplifiée, à envergure variable, sur le territoire du Luxembourg.

5.3. La position dominante

62. Le conseiller désigné n'établit pas formellement une position dominante sur le marché de l'organisation de concerts, faute de ne pas disposer de chiffres permettant un calcul de parts de marché. Néanmoins, il est d'avis que « *on pourrait également partir du principe que [la Rockhal] détient une position dominante sur le marché de l'organisation des concerts, sachant que le CMA dispose de la plus grande salle de spectacles et qu'elle y organise la majorité des concerts à un rythme très élevé.* »¹⁵
63. Par ailleurs, le conseiller désigné note qu'une position dominante détenue sur un marché (en l'espèce, le marché de la location de salles) peut être exploitée abusivement par un comportement adopté sur un marché différent (en l'espèce, le marché de l'organisation de concerts) pour autant qu'il existe un lien de connexité suffisant entre les deux marchés, et que les deux marchés en l'espèce sont très étroitement liés (il ne peut y avoir de concert sans salle, à l'exception des concerts « open-air »)¹⁶.
64. Le Conseil est d'avis que que la position dominante du CMA est évidente pour le moins en ce qui concerne les concerts à grande envergure dans des salles d'une capacité supérieure à 5000 personnes. Il a déjà été établi que très peu de concerts sont organisés dans des salles autres que la grande salle de la « Rockhal ». Les cinq festivals¹⁷ organisés à travers la période d'été ne sont pas non plus en mesure de concurrencer le CMA en termes de chiffre d'affaires.
65. De surcroît, si les parts de marché apportent « *une première indication utile sur la structure du marché et l'importance relative des entreprises qui y sont actives* »¹⁸, il convient également d'évaluer « *les contraintes constituées par la menace crédible d'une future expansion des concurrents actuels ou de l'entrée de concurrents potentiels* »¹⁹ ou

¹⁵ Communication des griefs point 90.

¹⁶ Communication des griefs point 85.

¹⁷ Rock-a-Field, Rock um Knuedler, Food for your Senses, Beaufort, Terres-Rouges.

¹⁸ Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes, Journal officiel n° C 045 du 24/02/2009 p. 0007 – 0020, point 13.

¹⁹ Ibid. point 12.

encore l'éventuelle absence de telles contraintes en raison de l'existence de barrières à l'entrée ou à l'expansion.

A cet égard, les barrières à l'entrée ou à l'expansion sous forme d'avantages dont bénéficie le CMA par rapport aux autres organisateurs de concerts sont très importantes :

- le CMA est à ce jour le seul organisateur à disposer d'une infrastructure de première qualité mise à sa disposition gratuite ;
- il dispose d'une solidité financière inégalée en tant qu'établissement public, et est partiellement financé par des dotations du budget de l'Etat ;
- il dispose d'une grande notoriété et d'un pouvoir de négociation plus important auprès des agents d'artistes, qui selon le plaignant, préfèrent négocier avec le CMA plutôt qu'avec un intermédiaire supplémentaire ;
- il est de loin l'organisateur le plus important en termes de ventes de tickets au Luxembourg.

66. Il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'il existe une très forte présomption de position dominante dans le chef du CMA en ce qui concerne le marché de l'organisation de concerts, et que la position dominante est avérée en ce qui concerne les concerts de grande envergure.

6. Les abus de position dominante allégués sur le marché de l'organisation de concerts

6.1. Les abus liés au financement public

67. Selon le plaignant ainsi que d'autres acteurs sur le marché, les moyens financiers, y-incluses les dotations du budget de l'Etat et les lignes de crédit dont dispose le CMA, mettraient ce dernier à l'avantage par rapport aux entreprises privées. Ces moyens lui permettraient d'organiser des spectacles à perte, ce qui lui conférerait une capacité de prise de risque dont les organisateurs privés ne disposent pas.

68. La communication des griefs, tout en notant que « *les subventions de l'Etat constituent une forme d'intervention publique susceptible de créer des distorsions de concurrence* », retient que le contrôle des subventions d'Etat n'appartiendrait pas au Conseil, et que le Conseil ne serait pas non plus compétent pour statuer sur l'utilisation des fonds dont dispose le CMA, étant entendu que celle-ci est soumise à un contrôle de la Cour des Comptes.²⁰

²⁰ Communication des griefs points 97 et 98.

Appréciation du Conseil

69. Tout en n'étant pas compétent en matière d'aides d'Etat, ni en ce qui concerne l'utilisation de celles-ci, le Conseil note toutefois que ces aides d'Etat pourraient avoir rendu possibles d'éventuels abus réprimés par les articles 5 de la loi du 23 octobre 2011 et 102 TFUE. En l'espèce, rien ne permet d'exclure la possibilité que les dotations du budget de l'Etat permettent, au moins partiellement, au CMA une prise de risque plus importante que prendrait un organisateur indépendant. Une prise de risque exagérée au niveau de la négociation du cachet de l'artiste peut avoir deux conséquences :

- l'organisateur, en l'espèce le CMA, n'arrive pas à récupérer les coûts occasionnés par l'organisation du spectacle, que ce soit parce que le prix des tickets était trop bas ou que les attentes en terme d'affluence du public ne se sont pas confirmées. Dans les deux cas, l'événement se solde par une perte. Or, si, de façon récurrente, l'entreprise travaille à perte, il y a abus de prix prédateurs.²¹
- afin de récupérer ses coûts, l'organisateur fixe les prix des tickets à un niveau supérieur au niveau concurrentiel, dans l'hypothèse qu'il arrive à fixer ses prix de façon indépendante du marché en raison de sa position dominante. Il s'agirait du renchérissement général des prix des tickets en raison de la surenchère sur les cachets de l'artiste évoqué par le plaignant et par le conseiller désigné. L'utilisation des subventions de l'Etat par le CMA déboucherait alors dans un abus d'exploitation à l'égard des consommateurs et devrait être qualifiée de pratique abusive.

Dans les deux cas, l'application des articles 5 de la loi du 23 octobre 2011 et 102 TFUE rendrait nécessaire une intervention du Conseil, qui n'a pas pour autant à se prononcer sur l'origine - étatique ou autre - des moyens financiers qui ont rendu possible cette éventuelle infraction aux règles du droit de la concurrence.

70. Or, à l'état actuel, le Conseil ne dispose pas des informations comptables, financières ou autres pour être en mesure de se prononcer sur l'existence de l'un ou l'autre des abus évoqués.

71. Dans un courrier adressé au Conseil en date du 18 juillet 2014, le CMA affirme que *« votre conseil ne dispose d'aucune preuve d'aucun fait susceptible d'être considéré comme une position dominante ou encore comme l'abus d'une telle position. »* Le Conseil exprime au passage son étonnement face au caractère déplaisant et inutilement polémique

²¹ Une pratique de prix prédateurs ou prix d'éviction est une stratégie (délibérée) d'une entreprise, en position dominante, qui consiste à évincer les concurrents du marché en fixant des prix inférieurs aux coûts de production. Voir p.ex. : arrêt de la Cour du 3 juillet 1991, AKZO Chemie BV contre Commission, aff.C- 62/86 et arrêt de la Cour du 2 avril 2009, France Télécom SA contre Commission, aff. C-202/07.

de ce courrier, qui fait suite à des échanges qui se sont pourtant déroulés dans un esprit de collaboration constructive en vue d'aboutir à une décision d'engagements sur base de l'article 13 de la loi.

- Quant à la position dominante, le Conseil renvoie aux points 48 à 53 et 62 à 63 de la présente décision. Le CMA n'explique pas sur quelles bases il conteste la position dominante du CMA.

Quant aux prétendus abus de position dominante évoqués supra, le Conseil note qu'une éventuelle infraction n'a pu être ni prouvée ni réfutée en raison du manque de transparence de la part du CMA, et notamment de l'absence d'informations financières.

72. A ce sujet, le CMA affirme à plusieurs occasions que la comptabilité du CMA, qui n'est pas suffisante pour porter un jugement sur les questions d'abus éventuels soulevées supra, *« fait l'objet d'un audit externe de droit privé, d'un audit public par la Cour des comptes ainsi que d'une approbation par le gouvernement réuni en son conseil. »*

Il est d'emblée tout à fait évident que le Conseil ne met pas en doute l'exactitude de la comptabilité du CMA, mais constate qu'elle n'est ni suffisamment détaillée ni suffisamment analytique pour permettre la vérification d'une application correcte des règles du droit de la concurrence. Il est tout aussi incontesté que le contrôle exercé par les audits externes, public et privé, ne saurait porter sur l'adéquation des comptes aux exigences du droit de la concurrence.

73. Dans son courrier précité, le CMA critique que le Conseil lui demande *« de se livrer à des pratiques inadaptées au niveau de sa comptabilité afin de documenter un hypothétique abus que votre institution cherche à réprimer. »*

Le Conseil tient à préciser qu'il a été investi par la loi du 23 octobre 2011 de repérer, et, le cas échéant, de réprimer les abus de position dominante. Le CMA n'explique pas pour quelle raison une comptabilité capable de montrer la conformité de sa politique de prix avec les dispositions de la loi du 23 octobre 2011 serait « inadaptée ».

74. Le Conseil, en tant qu'autorité de concurrence, dispose des moyens légaux lui permettant d'imposer des mesures comportementales aux entreprises en position dominante ayant violé les articles 3 ou 5 de la loi du 23 octobre 2011 et 101 ou 102 TFUE. Ces mesures peuvent concerner aussi bien la politique de prix appliquée par l'entreprise visée qu'une obligation de transparence des comptes, par l'imposition, par exemple, d'une séparation comptable entre différents types d'activités.

75. L'action de l'autorité de concurrence doit toutefois se limiter à porter une appréciation sur des situations et comportements réellement constatés. En vertu de l'article 11 de la loi du

23 octobre 2011, le Conseil ne peut imposer ni des sanctions ni des mesures correctives sans avoir constaté d'infraction dans les faits.²²

76. Afin de déterminer si une infraction peut être constatée ou non, le Conseil ordonne par la présente décision une expertise comptable mise en oeuvre par un expert indépendant portant sur les revenus et les coûts se rapportant à l'organisation de concerts par le CMA dans les salles de la « Rockhal ». Cette expertise devra porter sur les exercices 2011, 2012 et 2013 et mettre en évidence les éléments suivants :

- i. Identification de tous les revenus générés par les concerts et spectacles organisés par le CMA dans les salles de la Rockhal ;
- ii. y-compris les revenus générés par les services annexes tels que la vente de boissons etc. ;
- iii. ventilation de ces revenus selon le type de salle : grande salle, grande salle configuration « Box » (jusqu'à 3000 spectateurs), petite salle (jusqu'à 1200 spectateurs) ;
- iv. identification de tous les coûts associés à l'organisation de ces concerts ;
- v. y-compris les coûts relatifs aux services annexes fournis lors des concerts ;
- vi. y-compris la part appropriée des coûts communs, déterminée selon les standards communément appliqués ;
- vii. ventilation des ces coûts selon le type de salle (voir point iii) ;
- viii. une comparaison des prix des tickets avec les prix appliqués par d'autres organisateurs au Luxembourg.

Le Conseil se réserve le droit d'imposer au CMA des mesures correctives structurelles au cas où le rapport d'expert conclurait à l'existence d'une pratique soit de prix prédateurs soit de prix excessifs au niveau des prix des tickets.

77. Toutefois, indépendamment des conclusions de l'expertise susmentionnée, le Conseil est préoccupé par le manque de transparence dans le chef d'un établissement public important et jouissant par ailleurs d'une notoriété excellente dans son domaine d'action, qui fait que la possibilité de l'existence de l'un ou l'autre des abus mentionnés supra ne peut être exclue avec certitude, en l'absence d'une expertise approfondie.

C'est pourquoi le Conseil invite le CMA à mettre en place, de façon volontaire, des mesures aptes à exclure la possibilité de ces abus, à savoir une séparation comptable

²² Art. 11. Constatation et cessation d'une infraction : « Si le Conseil, saisi suivant les dispositions de l'article 10, constate dans le cadre d'une procédure contradictoire l'existence d'une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 101 et 102 du Traité, il peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. A cette fin, il peut leur imposer toute mesure coercitive qui soit proportionnée à l'infraction retenue à charge de l'entreprise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. ».

suffisamment détaillée et isolant notamment les revenus et coûts associés avec les activités d'organisation de concerts, répondant aux critères développés au point 76.

Un tel système comptable sera d'autant plus facile à mettre en place que le CMA a déclaré se livrer déjà à une évaluation budgétaire préliminaire de chaque concert.

6.2 Abus résultant d'une limitation de la production ou des débouchés

78. Les promoteurs privés se plaindraient du fait que le CMA organiserait des concerts en dehors de sa propre enceinte, ce qui réduirait encore davantage la disponibilité des salles de spectacles au Luxembourg, étant acquis que la location des salles du CMA s'avérerait déjà très problématique. Selon le conseiller désigné, il convient d'examiner dans quelle mesure les actions du CMA tendent à limiter la production ou les débouchés soit en refusant l'accès à ses salles soit en organisant des événements dans d'autres salles de spectacles.²³
79. En ce qui concerne l'accès aux salles de la « Rockhal », le conseiller désigné conclut que, en l'absence d'une preuve tangible que le CMA ait refusé l'accès à des promoteurs externes dans des conditions restrictives injustifiées, il n'y a pas d'abus de position dominante au sens de la jurisprudence sur les infrastructures essentielles.
80. La communication des griefs analyse ensuite dans quelle mesure le fait pour le CMA d'organiser des concerts à l'extérieur de ses propres salles pourrait constituer un abus de position dominante, étant entendu que, ce faisant, le CMA créerait un risque d'éviction des promoteurs privés sur le marché de l'organisation de concerts parce qu'il n'y a pas assez de salles de spectacles (de qualité) disponibles.²⁴
81. En ce qui concerne les salles de spectacles d'une capacité de plus de 5.000 personnes, le conseiller désigné rappelle qu'il n'existe que trois salles – y-inclus la « Rockhal » - sur le territoire du Luxembourg se prêtant – éventuellement – à l'organisation d'un concert de grande envergure. La communication des griefs en conclut que le CMA, en organisant un concert dans l'une des deux autres salles, évincerait les concurrents privés sur le marché de l'organisation de concerts faute d'alternative à la « Rockhal », et qu'il y aurait par conséquent un abus de position dominante.
82. En ce qui concerne les salles de spectacles de moyenne capacité (entre 1.000 et 5.000 spectateurs) ainsi que celles d'une capacité inférieure à 1.000 personnes, la communication des griefs constate que les salles se prêtant bien à l'organisation de concerts de musique amplifiée sont très peu nombreuses et conclut que, par analogie au

²³ Communication des griefs points 112 et 113.

²⁴ Communication des griefs 121 et 122.

raisonnement précédent, le CMA commettrait un abus de position dominante en organisant des concerts à l'extérieur de sa propre enceinte.²⁵

83. La communication des griefs maintient ensuite qu'en organisant des concerts à l'extérieur de son enceinte, « *un établissement, qui a été doté de l'exploitation d'une salle de spectacle sans frais, qui en plus dispose d'une position dominante sur le marché de salles de spectacles, qui de surcroît reçoit des subventions et qui peut organiser des concerts dans sa propre salle sans devoir payer un loyer* » est susceptible de créer un désavantage concurrentiel important pour les promoteurs privés. Pour cette raison, il ne saurait être admis que le CMA puisse organiser des concerts à l'extérieur de son propre bâtiment.²⁶
84. De surcroît, si le législateur a accordé par la loi du 26 mai 2004 portant création du CMA une autorisation d'établissement à l'établissement publique « Centre de Musiques Amplifiées », cette autorisation semblerait strictement limitée à l'exploitation de l'immeuble dénommé « Centre de Musiques Amplifiées » à Esch-Belval mis à sa disposition par l'Etat.
85. L'entreprise visée, dans ses observations du 21 février 2014, écrit qu' « *il ne serait pas opportun, notamment du point de vue de la gestion financière de l'établissement, de produire certains concerts dans l'enceinte de la « Rockhal » alors qu'un autre endroit serait plus favorable* ». Elle fait valoir également que cette activité est marginale pour le CMA. Sur cinq ans, entre 2009 et 2013, 7 concerts auraient été organisés de cette manière, attirant en tout un public de 1900 personnes pour un chiffre d'affaires cumulé de ■■■■ euros. Par ailleurs, il serait déjà arrivé que le CMA organise un concert à l'extérieur parce que la « Rockhal » a été louée par un organisateur externe.

Appréciation du Conseil

86. La communication des griefs analyse dans quelle mesure le CMA se livre à une pratique abusive soit en refusant l'accès à ses salles à des organisateurs externes (i), soit en organisant des événements dans d'autres salles de spectacles, à l'extérieur de la l'enceinte de la « Rockhal » (ii, voir point 78).
87. La problématique du refus d'accès aux salles de la « Rockhal » (i) relève du marché des salles de concerts et va être examinée à la section 7.1 de la présente décision.
88. En ce qui concerne la pratique d'organiser des concerts à l'extérieur de l'enceinte de la « Rockhal » (ii), le Conseil constate que le CMA n'a à ce jour pas encore organisé de concert d'envergure à l'extérieur de son enceinte dans une salle à capacité supérieure à 5000 personnes.

²⁵ Communication des griefs point 123 – 125.

²⁶ Communication des griefs point 129.

En ce qui concerne les salles à petite et moyenne capacité, les alternatives ne sont pas très nombreuses, mais elles ne sont pas inexistantes. Il n'est pas encore arrivé, selon les informations du dossier, qu'un organisateur n'aurait pu organiser un événement parce que toutes les salles auraient été occupées simultanément.

89. Surtout, selon les informations fournies par le CMA, l'organisation de concerts à l'extérieur de son enceinte est une solution très exceptionnelle qui est adoptée en moyenne une fois par an, et encore pour des événements de taille modeste. L'activité du CMA à l'extérieur de la « Rockhal » n'a jamais été telle que plusieurs salles auraient été monopolisées simultanément par le CMA. En raison du caractère marginal de cette activité, il ne peut y avoir d'effet d'éviction.
90. Par ailleurs, le fait que le CMA organise des événements pour lesquels même la petite salle de la « Rockhal » serait encore démesurée dans un endroit plus approprié ne saurait constituer un comportement abusif susceptible d'évincer des concurrents.
91. Quant aux avantages financiers dont bénéficie le CMA en tant qu'établissement public et qui seraient susceptibles de créer un désavantage concurrentiel important pour les promoteurs privés, le Conseil note que les aides d'Etat peuvent rendre possible des abus tant à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'enceinte de la « Rockhal ». La problématique des aides d'Etat a été examinée à la section 6.1 de la présente décision, qui a conclu à la nécessité d'un rapport d'expertise qui sera commissionné par le Conseil auprès d'un expert indépendant.
92. En raison de la marginalité de l'activité, ainsi que de la justification économique fournie par l'entreprise visée, le Conseil ne peut constater de caractère abusif dans l'activité d'organisation de concerts à l'extérieur telle que pratiquée par le CMA.²⁷

7. Les abus de position dominante allégués sur le marché de la location de salles de spectacles

7.1. Les pratiques discriminatoires jaillissant du double rôle du CMA

93. Selon le plaignant, comme le CMA agit tant comme gestionnaire des salles de la « Rockhal » que comme promoteur de spectacles, il serait en position de s'attribuer prioritairement les salles de spectacles à lui-même, d'autant plus que la disponibilité effective de ces salles ne serait pas gérée de façon transparente. Il serait ainsi devenu

²⁷ Il convient d'ajouter que, sur un plan strictement technique, l'activité sous examen a lieu sur le marché de l'organisation de concerts, pour lequel une position dominante n'a pas été établie de façon formelle. Il n'a pas non plus été montré par quel mécanisme une position dominante sur le marché des salles de spectacles d'une capacité supérieure à 5000 personnes rendrait possible un abus sur le marché de l'organisation de concerts.

difficile pour des promoteurs externes de louer une salle de concerts au CMA, car ce dernier refuserait la location de ses salles sans justification.

94. Selon le conseiller désigné, « *le simple fait d'être tant gestionnaire que locataire de sa salle n'est bien évidemment pas contraire au droit de la concurrence* », mais « *des manœuvres prétextant l'indisponibilité des salles afin d'en écarter un concurrent* » pourraient constituer un abus au sens des articles 5 de la loi du 23 octobre 2011 et 102 TFUE. Toutefois, les éléments obtenus dans le cadre de l'enquête ne permettraient pas de retenir en absence de tout doute une telle infraction de la part du CMA.

95. La communication des griefs conclut que :

« Néanmoins, afin d'éviter tout conflit d'intérêt futur et de remettre en cause la neutralité et le libre accès pour tous aux salles de spectacles, il paraît opportun d'accroître la transparence vis-à-vis des promoteurs privés quant à la disponibilité des salles de spectacles et il sera requis dans la conclusion au point (145) que le CMA se voit imposer par le Conseil de la concurrence sur base de l'article 11 de la loi du 23 octobre 2011 l'instauration d'un système de réservation des salles transparent auxquelles les organisateurs de spectacles du secteur privé agréés auront facilement accès »²⁸

Appréciation du Conseil

96. En premier lieu, le Conseil rejette les affirmations de la plaignante qu'il serait devenu difficile pour des promoteurs externes de louer une salle de concerts au CMA, et que ce dernier refuserait la location de ses salles sans justification. Il ressort en effet du dossier qu'entre 2006 et 2013, 30-49%, selon les années, des concerts produits dans la grande salle de la « Rockhal » sont organisés par un promoteur externe, sans tendance à la baisse sur la période récente.

En deuxième lieu, le Conseil constate que le CMA n'est pas obligé légalement de louer des salles à des organisateurs externes, la loi portant création du CMA ne disposant à cet égard que les missions du CMA incluent « *de gérer et d'exploiter l'immeuble dans le respect de sa vocation prioritaire de servir à la réalisation et à l'organisation de concerts de musique amplifiée* »²⁹.

97. En troisième lieu, comme mentionné dans la communication des griefs à un endroit différent³⁰, le refus de location d'une salle à un organisateur externe ne saurait être considéré comme abus au sens de la loi du 23 octobre 2011 et de l'article 102 TFUE que si les salles de la « Rockhal » devaient être considérées comme une facilité essentielle au

²⁸ Communication des griefs point 103.

²⁹ Toutefois, même si une telle contrainte légale existait, il n'incombe pas au Conseil de contrôler l'application de la loi organique du CMA.

³⁰ Communication des griefs point 119.

sens de la jurisprudence européenne en la matière. Afin d'être considérée comme facilité essentielle, une infrastructure doit vérifier notamment les conditions cumulatives suivantes :

- Le refus de l'accès est susceptible d'éliminer toute concurrence de la personne demandant l'accès;
- Le refus n'est pas objectivement justifié;
- La facilité est essentielle pour la personne en ce sens qu'il n'y a pas d'alternatives existantes ou potentielles.³¹

Or, en l'espèce, en l'absence d'éléments de preuve dans le dossier par rapport aux conditions d'existence d'une facilité essentielle, il n'est pas possible d'établir si les salles de la « Rockhal » sont à considérer comme une facilité essentielle et si par conséquent un refus de l'accès à ces salles à des tiers doit être qualifié d'un abus de position dominante. Dès lors, un tel refus, que ce soit sous prétexte de l'indisponibilité ou même sous aucun prétexte, ne saurait être sanctionné sous les règles du droit de la concurrence, et il ne saurait être question de contrôler la procédure de réservation voire d'imposer des mesures correctrices à cet égard.

98. En quatrième lieu, même sous l'hypothèse qu'il avait été établi que les salles de la « Rockhal » vérifient les conditions d'une facilité essentielle, il aurait été nécessaire de prouver qu'un refus d'accès avait eu lieu dans les faits. Une telle preuve a été fournie à une seule instance, lors de la demande de réservation du promoteur FH Events du 20 mars 2012.³² Il ressort du dossier que la raison de ce refus était que le concert planifié en question faisait intervenir un groupe à réputation d'extrême droite. Le Conseil ne saurait nier au CMA le droit de refuser de se livrer à la propagation d'idées dans une mouvance d'extrême droite.
99. En cinquième lieu, toujours sous l'hypothèse que les conditions de la facilité essentielle soient vérifiées, la théorie de la facilité essentielle ne pourra raisonnablement s'appliquer qu'aux dates qui ne sont pas utilisées par le CMA lui-même dans le cadre de son activité d'organisateur de concerts. Comme le mentionne la communication des griefs à un autre endroit³³, il n'est objectivement dans l'intérêt du CMA de louer ses salles à des organisateurs externes que s'il ne les occupe pas lui-même pour ses besoins propres. La

³¹ Voir en ce sens : Arrêt de la Cour du 26 novembre 1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG contre Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, e.a.* affaire C-7/97, Rec. 1998 I-07791, point 39; Arrêt de la Cour du 6 mars 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. et Commercial Solvents Corporation contre Commission des Communautés européennes*, affaires jointes 6 et 7-73, Rec. 1974 page 00223 ; Arrêt du Tribunal du 17 septembre 2007, *Microsoft Corp. contre Commission des Communautés européennes*, affaire T-201/04, Rec. 2007 II-03601, pt. 6.

³² Courrier CMA du 26 mars 2014.

³³ Communication des griefs points 115-117.

théorie des facilités essentielles ne saurait être opposable à la mission sans doute prioritaire du CMA d'organiser des événements.

100. Le Conseil en conclut que l'enquête et les informations contenues dans le dossier ne permettent pas de retenir une infraction à suffisance de droit, et qu'il n'est alors pas en mesure d'imposer des mesures comportementales visant à écarter la possibilité d'un comportement abusif futur. Comme mentionné supra, l'autorité de concurrence n'est pas investie de pouvoirs d'imposer des mesures correctives en l'absence d'un constat d'infraction.

101. Dans ses observations du 21 février 2014 ainsi que son courrier du 5 mai 2014, le CMA écrit que la procédure de réservation est flexible et transparent et qu'il est difficile de mettre en place, afin de répondre aux préoccupations de la communication des griefs, une procédure de réservation automatisé et transparent pour tous les contractants, sans perdre en flexibilité. Un tel système doit renseigner sur les disponibilités des différentes salles, permettre la réservation provisoire via une prise d'option, et tenir compte, le cas échéant, du temps nécessaire à l'aménagement des salles. Néanmoins, le CMA a proposé dans son courrier du 5 mai 2014 l'étude d'une mise en place d'un calendrier consultable en ligne afin d'améliorer la transparence en matière de disponibilité des salles.

Toutefois, le CMA retire cette proposition ultérieurement dans son courrier du 18 juillet, précité, en ajoutant que les demandes y-afférentes ignoreraient « *les centaines d'autres établissements publics (...) qui disposent de salles de concerts, salles de sport et autres salles de réunion dont aucune ne fonctionne sur base d'une réservation automatisée obligatoire* » et seraient de ce fait « *démesurées, inéquitables inégalitaires et déplacées* ».

102. A cet égard, le Conseil tient à rappeler que la procédure en l'espèce concerne le CMA, et non pas « *des centaines d'autres établissements publics* ». Par ailleurs, cet argument ignore la règle de base élémentaire que le droit de la concurrence au sein des procédures basées sur les articles 5 de la loi du 23 octobre 2011 et 102 TFUE ne saurait imposer des mesures comportementales ou structurelles à des entreprises dont la position dominante n'est pas avérée. Il en découle qu'une mesure imposée à une entreprise en position dominante ne saurait être « *inégalitaire et inéquitable* » du fait que cette mesure ne s'applique pas aux entreprises en situation concurrentielle, et non en position dominante. Par ailleurs, comme plusieurs entreprises actives sur le marché de l'organisation des concerts ont fait part de leurs critiques quant à la procédure existante, la demande de la communication des griefs ne saurait être ni démesurée ni déplacée.

103. Le Conseil ne comprend pas la réticence du CMA de répondre plus positivement aux demandes de la communication des griefs et des organisateurs externes, en mettant en place une procédure de réservation en ligne largement automatisée. Le Conseil est d'avis qu'un tel système peut très facilement prendre en compte les différentes étapes de la réservation, et renseigner en détail les disponibilités et le statut de réservation des différentes salles. Il ne poserait assurément aucune difficulté majeure au niveau de la

conception, de la programmation et de la mise en place. Par ailleurs, une telle procédure faciliterait la gestion des salles également dans le chef du CMA et pourrait libérer des ressources pouvant être affectées à la promotion culturelle.

Le refus sec de la part du CMA à cet égard ne peut qu'amener à la conclusion qu'un tel procédé n'est pas voulu parce que l'asymétrie de l'information en matière de disponibilités des salles dont bénéficie le CMA lui procure, par rapport aux autres organisateurs, un avantage compétitif, par exemple dans la négociation avec les agences d'artistes.

C'est pourquoi le Conseil se réserve le droit d'imposer au CMA des mesures concernant la procédure de réservation des salles au cas où le rapport d'expertise commissionné par le Conseil en vertu de la présente décision révélerait l'existence de tels avantages.

104. Toutefois, indépendamment des conclusions du rapport d'expertise, le Conseil est préoccupé par le manque de transparence dans le chef d'un établissement public important et jouissant par ailleurs d'une notoriété excellente dans son domaine d'action, qui fait que la possibilité de l'existence d'un abus lié à la procédure de réservation ne peut être exclue avec certitude.

C'est pourquoi le Conseil invite le CMA à mettre en place, de façon volontaire, une procédure transparente apte à exclure la possibilité de ces abus.

7.2 Abus relatifs à des pratiques d'exploitation (prix abusivement élevés)

105. Selon le conseiller désigné, il a aussi été reproché au CMA d'exiger un prix de location trop élevé pour la grande salle.

106. Afin de déterminer un critère qui permette de comparer le prix de location des différentes salles de spectacles, le conseiller désigné calcule un prix de location par personne obtenu en divisant pour chaque salle le prix de base de la location par la capacité d'accueil maximale. En comparant de cette façon les différentes salles de spectacles disponibles à Luxembourg, la communication des griefs conclut que le prix de la grande salle de la « Rockhal » serait certes élevé, mais pas excessif, et se justifierait par la zone de chalandise de la « Rockhal », qui confère aux organisateurs un potentiel important en termes de spectateurs et donc de profits.³⁴

107. Selon l'entreprise visée, les prix de location sont calculés par rapport à ceux pratiqués par les salles de la Grande Région, et notamment celles situées en France et en Belgique. Les prix des salles en Allemagne par contraste souffriraient du pouvoir d'achat des promoteurs privés qui seraient en position de force par rapport aux salles. De plus, il faut

³⁴ Communication des griefs point 110.

tenir compte du fait que les prix du CMA incluent certains services annexes qui seraient ailleurs souvent facturés séparément.

Appréciation du Conseil

108. L'objet de la présente section est d'évaluer si et dans quelle mesure les prix pratiqués par le CMA au niveau de la location de la grande salle de la « Rockhal » pourraient être qualifiés de prix excessifs. L'abus de prix excessif est un abus d'exploitation consistant à imposer des prix non-équitablement qui ne sont pas en rapport avec la valeur économique de la prestation fournie. Pour la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après : « la Cour »), il s'agit

« (...) d'apprécier s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé et, dans l'affirmative, d'examiner s'il y a imposition d'un prix inéquitable, soit au niveau absolu, soit par comparaison avec les produits concurrents »³⁵.

109. En d'autres termes, un prix excessif peut l'être par rapport au prix des produits concurrents, c'est-à-dire en l'espèce le prix de location de salles comparables, ou encore par rapport aux coûts sous-jacents à la production et la fourniture du produit ou du service en cause. En suivant ce canevas en l'espèce, il convient de comparer les prix de location appliqués par le CMA avec, d'une part, les prix d'autres salles de spectacles comparables (i), et, d'autre part, avec les coûts effectivement supportés par le CMA lors de la location de la grande salle (ii).

(i) Comparaison des prix de location de la grande salle avec les prix proposés par les autres salles de spectacles

110. A l'instar du calcul effectué dans la communication des griefs visant à comparer les prix de location de la « Rockhal » avec ceux d'autres salles de spectacles au Luxembourg, le Conseil a procédé à une comparaison entre les prix appliqués par le CMA et ceux appliqués dans les salles comparables de la Grande Région, étant acquis qu'il n'existe pas de salle comparable à la grande salle de la « Rockhal » au Luxembourg. Ce calcul est basé sur les informations fournies par le CMA, et fait d'un côté la part des différentes structures tarifaires (tarif fixe ou tarif variable en fonction du nombre de tickets vendus), et, d'autre part, des différentes configurations de salles que le CMA est en mesure de proposer. Il ressort de cette comparaison que le prix de location par personne de la grande salle de la « Rockhal » se situe au milieu du champ de comparaison pour le tarif fixe, mais se situe en tête de peloton pour le tarif variable. Le Conseil en conclut que même si

³⁵ Arrêt de la Cour du 14 févr. 1978, *United Brands*, aff. 27/76, point 252; voir aussi: arrêt de la Cour du 13 nov. 1975, *General Motors*, aff. 26/75.

le tarif variable est élevé en comparaison internationale, il serait exagéré de prétendre que ces prix seraient excessifs à l'égard de ce critère.

Comparaison des prix de location de salles

	Forest National	Galaxie Amnéville	Zenith Nancy	Lanxess Arena	SAP Arena	Saarland Halle	ROCKHAL		
							Tarif fixe	Tarif variable	Config. debout / assis
Capacité	8 000	13 000	6 000	8 200	11 000	5 400	6 500	6 500	4 700
Location fixe	0	0	0	50 000	42 500	(6000*)	30 000	7 500	12 000
Location variable	20%	12%	12%	0	0	3 €	0	12,5%	12,5%
PRIX DE LOCATION GLOBAL									
Ticket à 30€	48 000	46 800	21 600	50 000	42 500	16 200	30 000	31 144	29 096
Ticket à 70€	112 000	109 200	50 400					62 669	51 891
LOCATION PAR PERSONNE									
Ticket à 30€	6,00	3,60	3,60	6,10	3,86	3,00	4,62	4,79	6,19
Ticket à 70€	14,00	8,40	8,40					9,64	11,04

(*) minimum à payer indépendamment du nombre de tickets vendus.

(**) d/a : configuration mixte debout/assis.

Source: Rockhal, calculs du Conseil

111. La Cour, dans l'arrêt Bodson³⁶, a validé la méthode qui consiste à comparer le prix d'entreprises concurrentes pour caractériser l'abus de prix excessif, à condition que soit établie « *une méthode apte à procéder à une comparaison fiable sur une base homogène* ».

A cet égard, il convient de rappeler que les bases des calculs effectuées ne sont pas forcément homogènes, et cela pour deux raisons.

En premier lieu, comme mentionné supra, les prix du CMA incluent certains services annexes qui pourraient ailleurs être facturés séparément, ou qui pourraient au contraire donner lieu à des recettes supplémentaires.³⁷

En deuxième lieu, cette comparaison peut cacher des structures de coûts qui peuvent fortement varier d'une salle à l'autre. Il est en effet possible que certaines salles étrangères ne bénéficient pas d'une mise à disposition d'une infrastructure gratuite, ou que, à l'inverse, n'ont pas à accomplir une mission culturelle à côté de l'organisation de spectacles de grande envergure.

112. Alors que la comparaison de prix de location de la grande ne permet pas de conclure à une pratique de prix excessifs, les limitations de cette comparaison telles que discutées

³⁶ CJCE, 4 mai 1988, Bodson, aff. 30/87.

³⁷ Le service des bars et toujours exclu de la location, car assuré par le CMA même.

supra font qu'il est nécessaire de vérifier si une pratique de prix excessifs serait avérée par rapport aux coûts.

(ii) Les coûts supportés par la Rockhal lors de la location de la grande salle

113. Comme le CMA dispose d'une infrastructure de première qualité à titre gratuit, et que, comme il a l'indiqué à plusieurs reprises³⁸, les dotations du budget de l'Etat dont il bénéficie chaque année couvrent approximativement les frais d'entretien de la « Rockhal », il existe une présomption que les coûts associés à la location des salles sont très peu élevés et qu'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé.
114. Comme mentionné dans la communication des griefs (point 22), il n'est pas possible, à partir des comptes du CMA, de déterminer la part relative de chaque type de revenus relatif aux différentes activités. La même chose peut être dite des coûts.
115. Le CMA a bien établi à l'intention du Conseil un document intitulé « *Evaluation des charges des événements liés à la mission culturelle du CMA* ». Ce document, au terme d'une série d'additions et de soustractions incompréhensibles et redondantes, évalue le coût de cette mission culturelle. Mais ce document ne permet pas de ventiler les coûts incombant au CMA selon les différents types d'activités (organisation de concerts, location de salles, mission culturelle).
116. Ainsi, il n'a pas été possible au Conseil de comparer les prix de location de la grande salle aux coûts supportés. De ce fait, le Conseil n'est pas en mesure de se prononcer sur l'existence d'un abus de prix excessifs au sens de la jurisprudence européenne.

Comme expliqué au point 74, le Conseil, en tant qu'autorité de concurrence, dispose des moyens légaux lui permettant d'imposer des mesures comportementales aux entreprises en position dominante ayant violé les articles 3 ou 5 de la loi du 23 octobre 2011 et 101 ou 102 TFUE. L'action de l'autorité de concurrence doit toutefois se limiter à porter une appréciation sur des situations et comportements réellement constatés. En vertu de l'article 11 de la loi du 23 octobre 2011, le Conseil ne peut imposer ni des sanctions ni des mesures correctives sans avoir constaté d'infraction dans les faits.³⁹

³⁸ Réponse à la 1ère question de la demande de renseignement du 14 octobre 2011; observations à la communication des griefs, page 12.

³⁹ Art. 11. Constatation et cessation d'une infraction : « Si le Conseil, saisi suivant les dispositions de l'article 10, constate dans le cadre d'une procédure contradictoire l'existence d'une infraction aux dispositions des articles 3 à 5 de la présente loi ou des articles 101 et 102 du Traité, il peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. A cette fin, il peut leur imposer toute mesure coercitive qui soit proportionnée à l'infraction retenue à charge de l'entreprise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction.»

117. C'est pourquoi le Conseil ordonne par la présente décision une expertise comptable mise en oeuvre par un expert indépendant portant sur les revenus et les coûts se rapportant à la location par le CMA des salles de la « Rockhal » à des organisateurs tiers. Cette expertise devra porter sur les exercices 2011, 2012 et 2013 et mettre en évidence les éléments suivants :

- i. Identification de tous les revenus générés par la location des salles de la « Rockhal » ;
- ii. y-compris les revenus que le CMA retire des services annexes tels que la vente de boissons etc. lors des concerts organisés par des organisateurs tiers;
- iii. ventilation de ces revenus selon le type de salle : grande salle, grande salle configuration « Box » (jusqu'à 3000 spectateurs), petite salle (jusqu'à 1200 spectateurs) ;
- iv. identification de tous les coûts à la location des salles ;
- v. y-compris les coûts relatifs aux services annexes fournis par le CMA lors des concerts organisés par des organisateurs externes;
- vi. y-compris la part appropriée des coûts communs, déterminée selon les standards communément appliqués ;
- vii. ventilation de ces coûts selon le type de salle (voir point iii).

Le Conseil se réserve le droit d'imposer au CMA des mesures comportementales telle que la fixation des prix de location ainsi que des mesures correctives structurelles telles que la mise en place d'une séparation comptable au cas où le rapport d'expert conclurait à l'existence d'une pratique de prix excessifs au niveau des prix de location.

118. Toutefois, indépendamment des conclusions du rapport d'expertise sus-mentionné, le Conseil est préoccupé par le manque de transparence dans le chef d'un établissement public important et de bonne réputation qui fait que la possibilité de l'existence d'un abus ne peut être exclue avec certitude. C'est pourquoi le Conseil invite le CMA à mettre en place, de façon volontaire, des mesures aptes à exclure la possibilité de ces abus, à savoir une séparation comptable suffisamment détaillée et isolant notamment les revenus et coûts associés à l'activité de location de salles tels qu'explicités au point 117.

119. Dans son courrier du 18 juillet, précité, le conseil du CMA se plaint que le Conseil *« semble vouloir suggérer que ma partie devrait mettre à disposition gratuitement ou à un prix inférieur au prix du marché et donc hors concurrence, les équipements dont la gestion lui est confiée, quitte à devoir augmenter sensiblement le subside public lui attribué (...) et de gaspiller ouvertement les deniers publics. »*

Cette boutade inspire au Conseil la clarification suivante : le Conseil souhaite pouvoir être en mesure de vérifier si le CMA se livre à des pratiques anti-concurrentielles illégales en vertu de l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011. Pour cela, il est nécessaire de pouvoir vérifier à l'aide d'une séparation comptable adéquate que les activités économiques, au

sein desquelles le CMA est en concurrence avec des entreprises privées, et dont le caractère économique n'a pas été contesté par les parties, s'autofinancent, sans appliquer des prix abusifs. Le montant de la dotation budgétaire revenant au CMA pour financer ses missions culturelles relève d'une décision politique du gouvernement luxembourgeois et ne relève pas de la compétence du Conseil.

7.3 Abus liés à des pratiques d'éviction (ventes liées)

120. Finalement, la plaignante et d'autres organisateurs de spectacles critiquent le fait que le CMA ne louerait sa salle qu'ensemble avec les services annexes (sécurité, nettoyage, vestiaire, service des bars...). De cette façon, le CMA imposerait également ses propres sponsors aux organisateurs externes.

121. Il convient alors d'examiner dans quelle mesure cette pratique pourrait s'apparenter à une pratique abusive de vente liée dans le contexte d'un abus de position dominante. On appelle vente liée une pratique commerciale consistant à lier la vente d'un produit (produit liant) à l'achat d'un autre produit (produit lié), de sorte que le produit liant n'est pas disponible séparément, mais uniquement ensemble avec le produit lié. Cette pratique peut restreindre la concurrence si elle n'est pas objectivement justifiée par la nature des produits ou leur usage commercial.

122. Il est communément admis que cinq conditions doivent être vérifiées pour qu'une vente liée puisse être considérée comme abusive⁴⁰:

- (i) il faut que le produit liant ne puisse être disponible sans le produit lié ;
- (ii) il faut que le produit liant et le produit lié soient deux produits séparés ;
- (iii) il faut une position dominante sur le marché du produit liant ;
- (iv) il faut que la pratique ait un effet restrictif sur le marché ;
- (v) il faut que la vente liée ne puisse être justifiée objectivement.

123. Il s'agit alors d'examiner dans quelle mesure la pratique du CMA de lier la location de la salle à la prestation de certains services annexes vérifie les conditions énoncées supra.

- (i) La première condition est vérifiée : le CMA ne loue pas les salles sans prester également les services annexes.

⁴⁰ Voir par exemple: Arrêt du Tribunal, *Microsoft c/Commission*, affaire 201/04, points 854 et suivants. Communication de la Commission — Orientations sur les priorités retenues par la Commission pour l'application de l'article 82 du traité CE aux pratiques d'éviction abusives des entreprises dominantes (2009/C 45/02, point 50.

- (ii) La deuxième condition est vérifiée : location de salle et prestations de services annexes divers sont des produits séparés et se traitent sur des marchés séparés. Les services annexes notamment sont librement disponibles, offerts par des entreprises distinctes sur un ou plusieurs marchés séparés.
- (iii) La troisième condition est vérifiée : il a été établi que le CMA est en position dominante sur le marché de la location de salles à grande capacité.
- (iv) L'effet restrictif sur le marché.

124. Cette condition nécessite un approfondissement. Du point de vue de la concurrence, les ventes liées ont pour principal effet négatif un éventuel verrouillage du marché du produit lié. Tel n'est pas forcément le cas en l'espèce. Certains des services liés (nettoyage, sécurité) sont également prestés par des entreprises tierces qui ne risquent pas d'être évincées du fait de la vente liée opérée par le CMA. Le service des bars en revanche pourrait être presté, en l'absence de vente liée, par l'organisateur externe qui loue une salle.

125. Tel qu'expliqué dans la plainte, le service des bars peut représenter une source de revenus importante lors de l'organisation d'un concert, et peut également avoir une influence décisive sur la rentabilité globale d'un événement. La prestation du service des bars par le CMA, en l'absence de partage des recettes, prive les organisateurs externes d'une source de revenus importante. Dans la mesure où cette pratique peut dissuader un organisateur potentiel de louer une des salles de la « Rockhal », et en l'absence d'alternatives équivalentes sur le marché de la location de salles de concert, il en résulte une éviction au moins partielle de ces organisateurs du marché de l'organisation de concerts.

- (v) La justification objective

126. La cinquième condition est en l'espèce d'une importance particulière. En effet, le CMA avance comme justification de la pratique de vente liée la nécessité d'assurer une qualité de service constante à travers toutes les manifestations se déroulant dans la « Rockhal », et que le maintien de la qualité serait essentiel pour sauvegarder la bonne réputation de l'institution.

127. La Commission et les autorités de concurrence admettent généralement que des ventes liées peuvent trouver une justification, et ce même si un effet anticoncurrentiel a été constaté ou est probable. Toutefois, la pratique décisionnelle de la Commission ainsi que la recommandation de 2009⁴¹ montrent que les justifications aux pratiques de ventes liées sont essentiellement de nature économique (gains d'efficacité, réduction des coûts de transaction, d'emballage et de distribution, ...). La Commission tout comme les

⁴¹ Ibid. Point 62.

juridictions européennes sont plutôt exigeantes eu égard aux justifications apportées par les entreprises et veillent à ce que ces restrictions de concurrence soient indispensables et qu'il n'y ait pas une élimination de la concurrence.

A titre d'exemple, une justification attenante à la sécurité n'a pas été retenue dans l'affaire Hilti⁴². Dans l'arrêt Microsoft cinq types de justifications avancées par l'entreprise visée avaient été rejetés : la protection du modèle commercial, la présence uniforme d'une fonctionnalité, l'offre d'une solution intégrée aux consommateurs, de meilleures performances techniques, les problèmes techniques en l'absence de ventes liées.

128. D'autre part, assurer la qualité et protéger la bonne réputation sont des objectifs certainement légitimes. Il se pose la question de savoir dans quelle mesure la pratique de la vente liée est indispensable pour atteindre cet objectif, et dans quelle mesure la prestation de services par des prestataires externes mettraient en péril les objectifs légitimes du CMA.

Il se pose également la question de savoir dans quelle mesure la justification avancée ne serait qu'un prétexte pour le CMA de s'assurer les recettes provenant du service des bars. Si tel n'est pas le cas, le CMA devrait être en mesure de partager les recettes avec l'organisateur du concert. Pour trancher cette question, il est nécessaire de connaître le détail des revenus et coûts liés à la prestation de ces services annexes, tels qu'explicités au point 117 supra.

129. Finalement, la prestation de ce service par le CMA est également problématique à l'égard des sponsors de l'organisateur externe, dans la mesure où ceux-là ne sont pas en mesure d'écouler leurs propres produits pendant la soirée du concert.

130. En l'absence des informations indispensables afin de pouvoir trouver des réponses aux questions soulevées supra, le Conseil n'est pas en mesure de porter un jugement ni sur la pertinence des justifications apportées par l'entreprise visée, ni sur la nature abusive de la pratique de ventes liées.

C'est pourquoi le Conseil se réserve le droit d'imposer au CMA des mesures correctives concernant la pratique de la vente liée telle que décrite au point 120 en fonction des informations fournies par le rapport d'expertise commissionné par le Conseil en vertu de la présente décision.

⁴² Arrêt de la Cour affaire Hilti AG c/Commission T30/89.

8. Le droit applicable et l'affectation du commerce intra-communautaire

Le droit national

131. La présente affaire se trouve à la charnière entre la loi modifiée du 17 mai 2004 et la loi du 23 octobre 2011, entrée en vigueur le 1er février 2012. L'instruction du dossier a commencé sous l'empire de la loi du 17 mai 2004 et s'est achevée sous l'empire de la nouvelle loi du 23 octobre 2011.

132. L'article 36, paragraphe 3, de la loi du 23 octobre 2011 dispose que :

« Les dispositions introduites par la présente loi sont immédiatement applicables à tous les dossiers en cours au jour de l'entrée en vigueur de la présente loi ».

Donc, les deux lois de 2004 et 2011 seraient d'application, chacune sur une période déterminée, en ce qui concerne les actes d'instruction. Quant au fond, la présente affaire doit être tranchée en fonction de la loi du 23 octobre 2011. Cela étant, les dispositions des articles 3 et 4 de la loi du 17 mai 2004 sont identiques à ceux des articles 3 et 4 de la loi du 23 octobre 2011.

Le droit de l'Union et l'affectation du commerce intra-communautaire

133. L'article 82, paragraphe 1, CE [devenu l'article 102, paragraphe 1, TFUE] interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'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.

134. Pour être susceptible d'affecter le commerce entre États membres, le comportement en cause doit, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, permettre d'envisager avec un degré de probabilité suffisante qu'il puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur les courants d'échanges entre États membres, dans un sens qui pourrait nuire à la réalisation des objectifs d'un marché unique entre États.

135. En l'espèce, les pratiques anticoncurrentielles alléguées du CMA sont de nature à rendre sensiblement plus difficile l'accès au marché de l'organisation de concerts à Luxembourg aux concurrents du CMA. Il s'ensuit que, l'article 82 CE [devenu l'article 102 TFUE] est applicable à la présente affaire.

136. Au vu de tout ce qui précède, le droit national et le droit de l'Union s'appliquent à la présente affaire.

a adopté la présente décision :

Article 1^{er} :

Le Conseil commet un expert avec la mission d'analyser les revenus et les coûts se rapportant à l'organisation de concerts par le CMA dans les salles de la « Rockhal », ainsi que les revenus et les coûts se rapportant à la location par le CMA des salles de la « Rockhal » à des organisateurs tiers. Ce rapport d'expertise devra porter sur les exercices 2011, 2012 et 2013 et mettre en évidence les éléments suivants :

- a) les revenus et les coûts se rapportant à l'organisation de concerts par le CMA dans les salles de la « Rockhal ».
 - i. Identification de tous les revenus générés par les concerts et spectacles organisés par le CMA dans les salles de la Rockhal ;
 - ii. y-compris les revenus générés par les services annexes tels que la vente de boissons etc. ;
 - iii. ventilation de ces revenus selon le type de salle : grande salle, grande salle configuration « Box » (jusqu'à 3000 spectateurs), petite salle (jusqu'à 1200 spectateurs) ;
 - iv. identification de tous les coûts associés à l'organisation de ces concerts ;
 - v. y-compris les coûts relatifs aux services annexes fournis lors des concerts ;
 - vi. y-compris la part appropriée des coûts communs, déterminée selon les standards communément appliqués ;
 - vii. ventilation des ces coûts selon le type de salle (voir point iii) ;
 - viii. une comparaison des prix des tickets avec les prix appliqués par d'autres organisateurs au Luxembourg.

- b) les revenus et les coûts se rapportant à la location par le CMA des salles de la « Rockhal » à des organisateurs tiers.
 - i. Identification de tous les revenus générés par la location des salles de la « Rockhal » ;
 - ii. y-compris les revenus que le CMA retire des services annexes tels que la vente de boissons etc. lors des concerts organisés par des organisateurs tiers;
 - iii. ventilation de ces revenus selon le type de salle : grande salle, grande salle configuration « Box » (jusqu'à 3000 spectateurs), petite salle (jusqu'à 1200 spectateurs) ;
 - iv. identification de tous les coûts à la location des salles ;
 - v. y-compris les coûts relatifs aux services annexes fournis par le CMA lors des concerts organisés par des organisateurs externes;

- vi. y-compris la part appropriée des coûts communs, déterminée selon les standards communément appliqués ;
- vii. ventilation de ces coûts selon le type de salle (voir point xi).

L'expert sera désigné sur base de l'article 8 de la loi modifiée du 25 juin 2009 sur les marchés publics et les frais y relatifs sont réservés.

Article 2 :

Le Conseil se réserve le droit d'imposer au CMA toutes mesures notamment correctives ou punitives telles que prévues par les articles 11 et 20 de la loi du 23 octobre 2011 au cas où le rapport d'expert conclurait à l'existence d'une infraction à l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 et à l'article 102 TFUE.

Ainsi délibéré et décidé à Luxembourg le 8 octobre 2014.



Pierre Rauchs

Président



Jean-Claude Weidert

Conseiller



Mattia Melloni

Conseiller