



Décision n° 2015-RP-02

du 22 mai 2015

**Concernant le rejet d'une plainte déposée par la société 69 S.A. à l'encontre de
l'établissement public la « Philharmonie »**

Le Conseil de la concurrence ;

Vu le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) ;

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 17, 1er paragraphe, du règlement intérieur du Conseil de la concurrence ;

Vu la plainte de la société 69 S.A. (erronément désignée Abraxas//69 S.A. dans la plainte) en date du 10 août 2011 ;

Vu la demande de renseignements de l'Inspection de la concurrence du 14 octobre 2011 ;

Vu l'entrevue de l'Inspection de la concurrence du 9 décembre 2011 ;

Vu le jugement de faillite de la société 69 S.A. du 25 avril 2012 ;

Vu l'autosaisine du Conseil pour continuer la présente affaire ;

Vu la demandes de renseignements du Conseil au Centre National Sportif et Culturel, « d'Coque » du 23 novembre 2012 ;

Vu la rencontre entre le conseiller désigné et les représentants de la société « Den Atelier » du 3 juillet 2013 ;

Vu la mesure d'instruction ordonnée par le Conseil dans le dossier y relatif du 8 octobre 2014 ;

Vu la rencontre entre le conseiller désigné et les responsables de la « Philharmonie » du 11 novembre 2014 ;

Vu le rapport du conseiller désigné du 17 décembre 2014 ;

Vu les pièces du dossier ;

Considérant ce qui suit :

I.	<i>Introduction</i>	4
	A. Rétroactes	4
	B. Les faits	5
	L'entreprise visée	5
	Les prétendues pratiques anti-concurrentielles	7
II.	<i>L'applicabilité du droit européen et/ou national de la concurrence</i>	7
	A. Personnes soumises au droit européen et/ou national de la concurrence	7
	B. Activités économiques soumises au droit européen et/ou national de la concurrence	8
III.	<i>La définition des marchés en cause et la position dominante</i>	9
	A. Le marché de l'organisation de concerts	10
	Définition du marché des produits	10
	Définition du marché géographique	11
	La position dominante	12
	B. L'abus	13
	C. Le marché des salles de spectacle	13
	Définition du marché des produits	14
	Définition du marché géographique	16
	La position dominante	16
	D. L'abus	17
IV.	<i>Conclusion</i>	17

I. Introduction

A. Rétroactes

(1) En date du 28 juillet 2011, l'ancienne Inspection de la concurrence (ci-après: l'« Inspection ») a eu une entrevue avec M. Guy Hebler, fondateur de la société 69 S.A. (erronément désignée Abraxas//69 S.A. dans la plainte), qui l'informa de son intention de déposer une plainte contre l'établissement public « Salle de concerts Grande-Duchesse Joséphine-Charlotte », (ci-après la « Philharmonie »).

(2) L'Inspection a par la suite été formellement saisie de l'affaire moyennant le dépôt d'une plainte en date du 10 août 2011, à l'encontre des établissements publics « Centre de Musiques amplifiées » et « Salle de concerts Grande-Duchesse Joséphine-Charlotte », plus connus sous le nom de « Rockhal » et « Philharmonie ».

(3) En date du 16 août 2011, la plaignante a adressé à l'Inspection une demande tendant à la prise de mesures conservatoires.

(4) En date du 14 octobre 2011, l'Inspection a envoyé une demande de renseignements à la Rockhal ainsi qu'à la Philharmonie.

(5) L'Inspection a eu une entrevue avec la Rockhal et avec la Philharmonie en date des 29 novembre et 9 décembre 2011.

(6) Au vu de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence [ci-après la « loi du 23 octobre 2011 »], l'affaire a été continuée par le Conseil de la concurrence (ci-après le « Conseil »).

(7) Suite au jugement déclaratif de faillite de la plaignante en date du 25 avril 2012, le Conseil s'est autosaisi sur base de l'article 10 de la loi du 23 octobre 2011 aux fins de continuer l'enquête antérieurement entamée.

(8) En date du 23 novembre 2012, une demande de renseignements a été adressée au Centre National Sportif et Culturel (ci-après « d'Coque ») par le conseiller désigné chargé de l'enquête afin de pouvoir juger si sa grande salle sportive est, en l'espèce, substituable aux autres salles.

(9) Comme les reproches adressés à la Rockhal et à la Philharmonie ne sont pas identiques et que leur modèle d'entreprise diffère sensiblement, le conseiller désigné a décidé de scinder le dossier en deux pour traiter la Rockhal et la Philharmonie de façon séparée.

(10) Il y a lieu de spécifier qu'en date du 4 avril 2014, une communication des griefs a été envoyée à la Rockhal et que le 8 octobre 2014, le Conseil a ordonné une mesure d'instruction dans le dossier y relatif¹.

¹ <http://www.concurrence.public.lu/fr/decisions/abus-de-position-dominante/2014/decision-2014-i-06/index.html>

(11) En date du 11 novembre 2014, une entrevue entre les responsables de la Philharmonie et le conseiller désigné a eu lieu afin de permettre à ce dernier de compléter et d'actualiser le dossier.

(12) En date du 17 décembre 2014, le conseiller désigné a transmis son rapport au Conseil, conformément à l'article 17, 1^{er} paragraphe, du règlement intérieur du Conseil.

B. Les faits

L'entreprise visée

(13) La Philharmonie a été créée par une loi du 21 novembre 2002, abrogée en date du 16 décembre 2011 par une loi portant réorganisation de l'établissement public nommé « Salle de concerts Grande-Duchesse Joséphine-Charlotte » et de la Fondation Henri Pensis (ci-après « la loi du 16 décembre 2011 ») permettant ainsi une fusion entre la Philharmonie et l'Orchestre Philharmonique du Luxembourg.

(14) La Philharmonie dispose de plusieurs salles de concerts auxquelles s'ajoutent des espaces locatifs. Les trois salles de concerts ont une capacité maximale respective de 1472 personnes pour le Grand Auditorium, de 313 personnes pour la Salle de Musique de Chambre et de 150 personnes pour l'Espace Découverte. Les cinq autres espaces polyvalents disposent d'une capacité maximale respective de 1200 personnes pour le Grand Foyer, de 140 personnes pour le Foyer Ciel Ouvert, de 80 personnes pour le Foyer Espace Découverte, de 50 personnes pour la Salle de Répétitions, et de 40 personnes pour le Salon d'Honneur.²

(15) L'article 1^{er} de la loi du 16 décembre 2011, mentionnée ci-dessus, prévoit que l'établissement est chargé :

- « a) *De la gestion et de l'exploitation de la Salle de concerts Grande-Duchesse Joséphine-Charlotte à Luxembourg-Kirchberg mise à sa disposition par l'Etat*
- b) *De la reprise de la gestion et de la promotion de l'Orchestre Philharmonique du Luxembourg, ci-après désigné (OPL), orchestre symphonique ».*

(16) Les missions de la Philharmonie sont définies comme suit à l'article 2 de la loi précitée:

- «- *de gérer et d'exploiter l'immeuble défini à l'article précédent dans le respect de sa vocation prioritaire de servir à l'organisation de manifestations culturelles et pédagogiques, ceci plus particulièrement, par l'édition, la production, l'enregistrement et la distribution nationale et internationale de spectacles musicaux;*
- *de maintenir et de développer le niveau et la renommée internationale de l'OPL et de renforcer ainsi l'image culturelle du Grand-Duché à l'étranger, ceci par des concerts publics et privés de l'OPL et par des émissions de radio et de*

² Fiches des « conditions de mise à disposition » des espaces de la Philharmonie.

télédiffusion ainsi que par tous supports sonores et audiovisuels et informatiques.

Subsidiairement, l'établissement peut servir à l'organisation de manifestations de tout genre susceptibles d'attirer un grand public. Une partie de l'immeuble peut être exploitée à des fins de restauration.

L'établissement peut réaliser des produits sonores, audiovisuels ou informatiques sur tous supports existants ou à venir et gérer l'exploitation de ces produits. Les installations d'enregistrement peuvent être mises à disposition de tiers.

L'établissement peut réaliser et distribuer des produits d'usage et de décoration de qualité liés aux activités de l'établissement.

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

(17) Si la notion de « gestion » semble viser toutes les fonctions administratives ainsi que la location des salles, la notion d'« exploitation » semble viser l'organisation de manifestations culturelles et ceci plus particulièrement en ce qui concerne les concerts de musique classique.

(18) Au niveau du financement de l'établissement public, la loi précitée du 16 décembre 2011 prévoit dans son article 6, alinéa 1^{er}, que l'établissement peut notamment disposer des ressources suivantes :

- a) des contributions financières allouées à charge du budget de l'Etat;*
- b) des revenus d'exploitation et de manifestations ainsi que de l'édition, de la production et de la distribution de spectacles musicaux;*
- c) des revenus provenant de la production, de la distribution et de la diffusion de produits sonores, audiovisuels ou informatiques sur tous supports existants ou à venir;*
- d) de la location et de la mise à disposition des installations;*
- e) des recettes pour prestations et services fournis ainsi que de la distribution de produits d'usage et de décoration de qualité;*
- f) des dons et legs en espèces et en nature;*
- g) d'emprunts;*
- h) des intérêts et revenus provenant de la gestion du patrimoine de l'établissement.»*

(19) Une lecture combinée de ces trois articles cités permet d'affirmer que la vocation primaire de la Philharmonie consiste, en premier lieu, à gérer l'infrastructure mise à sa disposition par l'Etat, en deuxième lieu, à organiser des manifestations culturelles³, et, en troisième lieu, à maintenir et développer le niveau et la renommée internationale de l'OPL.

³Les autres types de manifestations, tels que les « corporate events » ne joueraient qu'un rôle secondaire.

Les prétendues pratiques anti-concurrentielles

(20) Il a été affirmé que le bénéfice de subventions étatiques attribuées à la Philharmonie lui conférerait un avantage concurrentiel au détriment des promoteurs privés.

(21) Un autre reproche consiste à affirmer qu'il serait inapproprié d'agir tant comme gestionnaire des salles de spectacle dans l'enceinte de la Philharmonie, que comme promoteur de spectacles dans cette enceinte. Une telle situation provoquerait un affaiblissement notable de la position des organisateurs tiers face à une Philharmonie qui s'attribuerait prioritairement les salles de spectacle à elle-même tout en ne permettant pas à des tiers de pouvoir bénéficier d'une certaine transparence au niveau de la disponibilité des salles, de sorte qu'il serait devenu extrêmement difficile pour des promoteurs tiers de pouvoir accéder aux salles de la Philharmonie.

(22) Cette double qualité permettrait également à l'exploitant des lieux de pouvoir débaucher assez facilement un artiste qui aurait dû se produire moyennant l'intermédiaire d'un promoteur tiers : il est insinué dans la plainte que tel aurait été le cas relatif au concert de l'artiste Nigel Kennedy en date du 20 mars 2011.

(23) Certains promoteurs privés se plaignent par ailleurs du fait que la Philharmonie exercerait un contrôle exagéré sur la qualité des concerts organisés par eux et qu'elle leur imposerait des surplus sur les prix de vente de tickets pour leurs concerts.

(24) Enfin, il a été mentionné que le prix de location de la grande salle (Grand Auditorium) de la Philharmonie serait trop élevé.

II. L'applicabilité du droit européen et/ou national de la concurrence

(25) Il semble opportun de clarifier certaines questions relatives à l'applicabilité du droit européen et national de la concurrence et notamment de confronter au droit de la concurrence le fonctionnement d'un établissement public se vouant à des activités culturelles.

A. Personnes soumises au droit européen et/ou national de la concurrence

(26) Selon l'article 1 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence « *la présente loi s'applique à toutes les activités [...], y compris celles qui sont le fait de personnes de droit public, sauf dispositions législatives contraires.* »

(27) L'article 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) est formulé de manière plus générale en prévoyant qu'il est interdit « [...] *pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché [...]* ». Néanmoins il faut préciser que ce ne sont pas uniquement les sociétés commerciales qui sont assujetties aux règles de la concurrence. Dans l'arrêt Höfner du 23 avril 1991⁴, la Cour de justice de l'Union a interprété la notion d'entreprise comme étant « *toute entité exerçant une*

⁴ Voir l'arrêt de la Cour du 23 avril 1991, *Klaus Höfner et Fritz Elser*, ECLI:EU:C:1991:161.

activité économique, indépendamment du statut juridique de cette entité et de son mode de fonctionnement ». Il a été admis par la suite que les règles établies par le droit européen de la concurrence s'appliquent également aux personnes publiques exerçant une activité économique.

(28) D'ailleurs, dans le même ordre d'idées, l'article 106 TFUE prévoit que:

« - Les États membres, en ce qui concerne les entreprises publiques et les entreprises auxquelles ils accordent des droits spéciaux ou exclusifs, n'édictent ni ne maintiennent aucune mesure contraire aux règles des traités, notamment à celles prévues aux articles 18 et 101 à 109 inclus.

- Les entreprises chargées de la gestion de services d'intérêt économique général ou présentant le caractère d'un monopole fiscal sont soumises aux règles des traités, notamment aux règles de concurrence, dans les limites où l'application de ces règles ne fait pas échec à l'accomplissement en droit ou en fait de la mission particulière qui leur a été impartie. Le développement des échanges ne doit pas être affecté dans une mesure contraire à l'intérêt de l'Union. »

(29) Il découle donc de ces considérations que le droit européen et national de la concurrence s'applique à tout établissement public, et en l'espèce, à la Philharmonie.

B. Activités économiques soumises au droit européen et/ou national de la concurrence

(30) Il est aujourd'hui attendu d'un Etat moderne qu'il promeuve la culture, sa diversité, sa diffusion et en garantisse l'accès à tous. Toutefois, les articles 101 et 102 TFUE n'admettent pas d' « exception culturelle », comme il est précisé par l'article 107 (3) d TFUE :

« 3. Peuvent être considérées comme compatibles avec le marché intérieur:

d) les aides destinées à promouvoir la culture et la conservation du patrimoine, quand elles n'altèrent pas les conditions des échanges et de la concurrence dans l'Union dans une mesure contraire à l'intérêt commun ... »

(31) De même, selon l'article 1 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence :

« La présente loi s'applique à toutes les activités de production et de distribution de biens et de prestations de services, [...] »

(32) La Philharmonie différencie quant à elle entre ses activités ayant une vocation commerciale et celles qui ont une vocation purement artistique et culturelle, ces dernières étant le plus souvent déficitaires.

(33) Ainsi, le directeur général a fait valoir, lors de son entrevue avec le conseiller désigné chargé de la présente affaire en date du 11 novembre 2014, que l'organisation de concerts classiques serait, sauf quelques rares exceptions, une activité déficitaire échappant au droit de la concurrence. La raison évidente tiendrait au fait qu'il y aurait une inadéquation entre les coûts réels et le prix des tickets alors que les cachets des grandes vedettes de la musique classique, ainsi que ceux des grands orchestres philharmoniques seraient tels qu'il serait impossible de couvrir les frais par la vente de tickets, à moins d'exiger des prix très élevés, ce

qui se heurterait au concept même de service public. Cependant, le Conseil ne partage pas cette argumentation.

(34) A cet égard, il y a lieu de constater que ce n'est pas parce que l'activité d'organisation de concerts de musique classique est déficitaire que le droit européen et/ou national de la concurrence ne s'applique pas, le caractère « déficitaire » d'une activité commerciale tel qu'invoqué par la Philharmonie n'étant pas un critère à retenir pour invoquer la non application des règles européennes et/ou nationales de la concurrence à l'activité en objet.

(35) Il y a d'ailleurs lieu d'observer que l'organisation d'autres concerts dégage un bénéfice et sont donc susceptibles d'intéresser des promoteurs privés. Il s'agit, en l'espèce, de l'organisation de concerts amplifiés. Rentre dans cette notion tout concert autre que celui de musique classique non amplifiée que la Philharmonie organise dans ses salles de spectacle comme, par exemple, les concerts de jazz ou de musique du monde ou encore des concerts d'artistes comme Nigel Kennedy.

(36) Il y a finalement lieu de spécifier que la location des salles de spectacle a indéniablement un caractère commercial de sorte que l'applicabilité du droit européen et/ou national de la concurrence doit être retenue. D'ailleurs, le Conseil a déjà statué en ce sens dans sa décision interlocutoire du 8 octobre 2014 dans l'affaire « *Centre de musiques Amplifiées* ». ⁵

(37) En guise de conclusion pour cette sous-partie, le Conseil considère que tant l'activité d'organisation de concerts de musique classique acoustique et de musique amplifiée que l'activité de location de salles de spectacle sont soumises aux règles européennes et/ou nationales de la concurrence.

III. La définition des marchés en cause et la position dominante

(38) La définition du marché en cause s'avère d'une importance cruciale car il arrive qu'une entreprise se trouve en position dominante ou non en fonction de la délimitation du marché qui a été retenue :

« 2. La définition d'un marché, au niveau tant des produits que de sa dimension géographique doit permettre de déterminer s'il existe des concurrents réels, capables de peser sur le comportement des entreprises en cause ou de les empêcher d'agir indépendamment des pressions qu'exerce une concurrence effective (...). La délimitation du marché en cause, tant au niveau des produits qu'au niveau de sa dimension géographique, a souvent une influence déterminante sur l'appréciation d'une affaire de concurrence. » ⁶

(39) Le marché en cause doit donc être défini en termes de produits et en termes géographiques.

⁵ Voir la décision du Conseil n°2014-I-06 du 8 octobre 2014, point 34.

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, introduction, p.1. Voir également la décision du Conseil n°2014-RP-01, du 5 février 2014, point 16, ainsi que la jurisprudence citée.

(40) S'agissant du marché de produits, il convient de relever qu'un tel marché comprend tous les produits 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.

(41) Or la substituabilité peut notamment exister du côté de la demande et du côté de l'offre, conformément aux points 13 et 20 de la communication de la Commission précitée qui disposent que :

« 13. La concurrence soumet les entreprises à trois grandes sources de contraintes: la substituabilité du côté de la demande, la substituabilité au niveau de l'offre et la concurrence potentielle. D'un point de vue économique, pour une définition du marché en cause la substitution du côté de la demande est le facteur de discipline le plus immédiat et le plus efficace vis-à-vis des fournisseurs d'un produit donné, en particulier en ce qui concerne leurs décisions en matière de fixation des prix. (...) L'appréciation de la substituabilité de la demande entraîne une détermination de l'éventail des produits perçus comme substituables par le consommateur. Une façon de procéder à cette détermination peut être envisagée comme un exercice mental présupposant une variation légère, mais durable, des prix relatifs et évaluant les réactions probables des clients. (...) ».

« 20. On pourrait aussi analyser la substituabilité du côté de l'offre pour définir les marchés dans les opérations où celle-ci a des effets équivalents à ceux de la substitution du côté de la demande en termes d'immédiateté et d'efficacité. Il faut, pour cela, que les fournisseurs puissent 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. »

(42) En l'espèce, il est nécessaire de faire une distinction entre les activités d'organisation de concerts ou spectacles et de gestion des salles de spectacle. En effet, la Philharmonie est active sur ces deux marchés.

(43) Le Conseil procède donc à l'examen séparé desdits marchés dans les paragraphes qui suivent en s'appuyant sur le test de substituabilité du côté de la demande ainsi que du côté de l'offre dans le cas où la substituabilité du côté de la demande n'apparaît pas établie.

(44) S'agissant du marché géographique, le Conseil rappelle que celui-ci comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre des biens et des services en cause sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines alors que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

A. Le marché de l'organisation de concerts

Définition du marché des produits

(45) L'enquête a relevé que la substituabilité du côté de la demande entre les différents arts du spectacle paraît faible en raison notamment des préférences individuelles des spectateurs⁷.

⁷ Voir la décision n°2014-I-06 du Conseil du 8 octobre 2014, point 56.

En l'espèce, tout consommateur serait réticent à remplacer un concert de musique classique acoustique avec un concert de musique amplifiée.

(46) A titre supplémentaire, l'enquête a relevé que la substituabilité du côté de l'offre paraît aussi faible en ce qui concerne, d'une part, l'organisation de concerts de musique classique acoustique et, d'autre part, de musique amplifiée, cela notamment en raison des spécificités propres aux deux types de concerts ainsi que du degré de spécialisation atteint par les différents organisateurs de concerts. De ce fait, il serait difficile sinon impossible pour lesdits organisateurs de s'orienter rapidement vers l'organisation d'un type de concert différent de celui dans lequel ils se sont spécialisés, comme il a été à juste titre évoqué par le conseiller désigné dans son rapport du 17 décembre 2014. Ainsi, pour cette raison, selon le conseiller désigné :

« il arriverait (...) qu'un organisateur intermédiaire de concerts approche [la Philharmonie] aux fins d'organiser un concert de musique classique présentant un potentiel de gain important et qui s'apparente alors dans la grande majorité des cas à un concert amplifié dont on peut citer à titre d'exemple les concerts des artistes Nigel Kennedy ou David Garret (...). »

(47) Il existe donc deux marchés de produits, à savoir a) le marché de l'organisation des concerts de musique classique acoustique et b) le marché de l'organisation de concerts de musique amplifiée.

(48) En outre, au sein du premier marché précité (marché de l'organisation des concerts de musique classique acoustique), le Conseil est d'avis qu'il convient de distinguer deux sous-marchés, à savoir, le marché de l'organisation de concerts de musique classique acoustique destinés à être proposés dans un auditorium conçu pour la musique symphonique d'une part, et le marché de l'organisation de concerts de musique classique acoustique destinés à être proposés dans d'autres salles et en extérieur, d'autre part. En effet, en ce qui concerne l'organisation de concerts de type symphonique, les prestataires concernés (les orchestres symphoniques) ainsi que les contraintes en termes d'infrastructure, de place et d'acoustique inhérentes à l'organisation d'un tel concert sont tellement spécifiques que le Conseil conclut qu'une substituabilité entre l'organisation de concerts de type symphonique et l'organisation d'autres concerts de musique classique acoustique n'est pas possible du point de vue de l'organisateur.

Définition du marché géographique

(49) Dans son rapport du 17 décembre 2014, le conseiller désigné énumère un certain nombre de raisons qui expliqueraient que le marché de l'organisation de concerts est un marché national. Ainsi, « un promoteur de spectacle indigène connaît mieux les préférences dans son propre pays » ou encore qu'« une répartition territoriale implicite existe[r]ait sur ce marché, puisque la plupart des agents d'artiste traitent dans chaque pays ou dans chaque grande région avec un même partenaire privilégié. Cette configuration se justifie[r]ait très probablement par le fait que le marché est très fortement orienté vers des considérations « relationnelles ». Par conséquent, il paraît extrêmement difficile à un promoteur de pouvoir engager un artiste pour un concert en-dehors de son « fief » habituel.»

(50) Le Conseil partage l'avis du conseiller désigné et ajoute que les organisateurs de concerts nationaux ne recherchent jamais des salles à l'étranger afin d'organiser un événement

musical et qu'à l'inverse les organisateurs de concerts étrangers ou ressortissant d'un autre Etat membre de l'Union n'organisent que très rarement des concerts à Luxembourg.

(51) Au vu de tout ce qui précède, le Conseil conclut que le marché de l'organisation de spectacles a une dimension nationale.

La position dominante

(52) Il convient de vérifier si la Philharmonie détient une position dominante d'abord sur les sous marchés précités de l'organisation de concerts de musique classique acoustique (i) destinés à être proposés dans un auditorium conçu pour la musique symphonique et (ii) destinés à être proposés dans d'autres salles et en extérieur et, ensuite, sur le marché de l'organisation de concerts de musique amplifiée.

(53) En ce qui concerne le sous marché de l'organisation de concerts de musique classique acoustique destinés à être proposés dans un auditorium conçu pour la musique symphonique, le Conseil constate que ces concerts sont *a priori* organisés dans le Grand Auditorium de la Philharmonie, unique espace de concert spécialement conçu pour la musique symphonique au Grand-duché de Luxembourg. Dans cette salle, les concerts symphoniques sont exécutés par des prestataires luxembourgeois (orchestre philharmonique de Luxembourg) ou étrangers (orchestres « invités ») et organisés par la Philharmonie. .

(54) Cependant, le Conseil est d'avis que la position dominante de la Philharmonie dans ce sous marché est évidente en termes de parts de marché. Ainsi, presque tous les concerts de musique classique acoustique destinés à être proposés dans un auditorium conçu pour la musique symphonique à Luxembourg sont organisés par la Philharmonie et se font dans le Grand Auditorium, la salle la plus grande de cet établissement public disposant d'un système d'acoustique très développé.

(55) Les parts de marché apportent « *une première indication utile sur la structure du marché et l'importance relative des entreprises qui y sont actives* »⁸. Mais il faut aussi prendre en compte « *les contraintes constituées par la menace crédible d'une future expansion des concurrents actuels ou de l'entrée de concurrents potentiels* » ou encore l'éventuelle absence de telles contraintes en raison de l'existence de barrières à l'entrée ou à l'expansion.⁹

(56) Dans ce contexte, il convient de constater que le caractère structurellement déficitaire, tel que reconnu par la Philharmonie, de l'activité de l'organisation de concerts de musique classique acoustique représente à lui seul une barrière à l'entrée quasiment insurmontable pour les concurrents potentiels.

(57) En revanche, concernant le sous marché de l'organisation de concerts de musique classique acoustique destinés à être proposés en extérieur ou dans une salle autre qu'un auditorium de type symphonique (concerts d'orchestres de chambre, orchestres d'harmonie et autres ensembles musicaux de taille modeste, chorale, cœur, soliste, etc), le Conseil constate que plusieurs organisateurs concurrencent la Philharmonie sur ce marché. Ainsi, ce type de concert est régulièrement organisé par des organisateurs autres que la Philharmonie dans des lieux comme les conservatoires de musique de la Ville de Luxembourg et d'Esch-sur-Alzette,

⁸ 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 13.

⁹ *Ibid.*, points 16 et 17.

le centre Trifolion d'Echternach ou encore le Centre des Arts Pluriels Ed. Juncker d'Ettelbruck. En conséquence, le Conseil constate que la position dominante de la Philharmonie sur ce marché n'est pas avérée.

(58) S'agissant du marché de l'organisation de concerts de musique amplifiée, le Conseil constate que le conseiller désigné exclut une position dominante de la Philharmonie sur ledit marché :

« Sur ce marché particulier (...) il va sans dire, et sans qu'il n'y ait lieu de devoir procéder à un fastidieux calcul de la part de marchés exacts, que la Philharmonie ne détient pas une position dominante avec son offre réduite qui se situe avant tout dans le domaine du jazz de sorte qu'on peut de suite abandonner la piste d'une quelconque possibilité d'un abus de position dominante sur ce marché. »

(59) Le Conseil partage l'avis du conseiller désigné et ajoute qu'il ressort des éléments du dossier que d'autres organisateurs tels que le Casino 2000, Den Atelier, l'Abbaye de Neumünster et le CMA organisent des concerts de musique amplifiée, le marché de l'organisation de concerts de musique amplifiée étant donc caractérisé par la présence de nombreux organisateurs.

(60) Le Conseil conclut donc que la position dominante de la Philharmonie est avérée sur le sous marché concernant l'organisation de concerts de musique classique acoustique destinés à être proposés dans un auditorium de type symphonique, mais ne dispose pas de position dominante (i) sur le sous marché de l'organisation de concerts de musique classique acoustique destinés à être proposés en extérieur ou dans une salle autre qu'un auditorium de type symphonique et (ii) sur le marché de l'organisation de concerts de musique amplifiée.

B. L'abus

(61) Le Conseil constate que ni la plainte ni le rapport du conseiller désigné n'ont mis l'accent sur un prétendu comportement abusif mis en place par la Philharmonie sur le seul marché sur lequel cet établissement public détiendrait une position dominante, c'est-à-dire le marché de l'organisation de concerts de musique classique acoustique destinés à être proposés dans un auditorium de type symphonique.

(62) Dès lors, dans le cadre de la présente affaire, aucun comportement abusif contraire à l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence [devenu l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence] ne peut être reproché à la Philharmonie en ce qui concerne le marché de l'organisation de concerts de musique classique acoustique.

C. Le marché des salles de spectacle

(63) Parmi les différentes missions que la loi du 16 décembre 2011 confie à la Philharmonie, l'article 1^{er} prévoit :

« a) la gestion et l'exploitation de la Salle de concerts Grande-Duchesse Joséphine-Charlotte à Luxembourg-Kirchberg (...) et b) la reprise de la gestion et de la promotion de l'Orchestre Philharmonique du Luxembourg, ci-après désigné (OPL), orchestre symphonique ».

(64) En particulier, il ressort du dossier que le Grand Auditorium de la Philharmonie a une capacité maximale de 1472 personnes assises avec une vocation primaire pour les concerts de musique classique.

Définition du marché des produits

(65) Le conseiller désigné a notamment retenu comme critères principaux du choix d'une salle de spectacle *« la capacité d'une salle et ses équipements »*.

(66) S'agissant du 1^{er} critère (la capacité d'une salle), si une certaine substituabilité du côté du consommateur peut exister entre les petites salles et les grandes salles, l'inverse n'est pas vrai, comme le Conseil l'a souligné dans sa décision n°2014-I-06 du 8 octobre 2014.¹⁰

(67) Or, la capacité maximale d'une salle de spectacle détermine 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.

(68) Il en résulte que les salles à capacité très différente ne sont pas substituables entre elles et appartiennent donc à des marchés distincts.¹¹

(69) Le conseiller désigné conclut dans son rapport que :

« Si la pertinence du critère de la capacité d'accueil ne fait pas de doute, la fixation des seuils critiques pour distinguer entre les différentes salles s'avère plus difficile. En ce qui concerne les salles de spectacle dans l'affaire Rockhal (Centre de Musiques Amplifiées), le Conseil a retenu dans sa décision interlocutoire que l'on peut faire une distinction entre grandes salles (à partir de 5000 personnes), moyennes salles (entre 1000 et 5000 personnes) et petites salles (moins que 1000 personnes).

Si l'on retient ce même critère, le Grand Auditorium de la Philharmonie serait en concurrence avec sept autres salles de spectacle au Grand-duché, notamment : l'Arena de la Coque, la grande salle et le Club de la Rockhal, la grande salle de la Däichhal, le hall Victor Hugo, le Chapito du Casino 2000, l'Atelier et le Parvis de l'Abbaye de Neumünster. Il y a lieu de rappeler dans ce contexte qu'une salle plus grande est presque toujours substituable à une salle plus petite, mais que l'inverse n'est pas envisageable.»

(70) Le Conseil se rallie à cette analyse.

¹⁰ Voir la décision du Conseil n°2014-I-06 du 8 octobre 2014, point 41.

¹¹ Une analyse de la substituabilité du côté de l'offre confirmerait cette définition du marché en cause en ce que toute salle nouvelle ne peut pas être érigée, ni transformée, ni aménagée facilement du jour au lendemain.

(71) S'agissant du 2^{ème} critère (l'équipement), comme le conseiller désigné l'explique dans son rapport du 17 décembre 2014, il faut entendre par « *équipement* » non seulement les installations techniques, mais aussi 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. Dans le cas du Grand Auditorium de la Philharmonie, son infrastructure et sa conception répondent en premier lieu aux exigences de la musique classique non-amplifiée. Donc, le Conseil rejoint le conseiller désigné pour affirmer que le marché en cause doit se définir comme celui de salles de spectacle de taille comparable, en l'espèce, les salles de spectacle à grande capacité (à partir de 5000 personnes), les salles de spectacle à capacité moyenne (entre 1000 et 5000 personnes) et les salles de spectacle à petite capacité (moins que 1000 personnes), le Grand Auditorium de la Philharmonie appartenant à la catégorie des salles à capacité moyenne.

(72) Le tableau repris ci-dessous montre la situation des principales salles de spectacle à Luxembourg :

Etablissement	Salle	Capacité maximale		Vocation primaire
		assise	débout	
Coque	Arena	8300	8300	Manifestations sportives
Rockhal	Grande salle	2800	6500	Concerts amplifiés
Däichhal	Grande salle	1500	3000	Polyvalente
Hall Victor Hugo	Hall Victor Hugo	1500	2200	Concerts, expositions
Philharmonie	Grand Auditorium	1472	n-a	Concerts classiques
Casino 2000	Chapito	1240	1500	Concerts
CCRN Abbaye de Neumünster	Parvis	1200	2000	Concerts, baquets, etc.
Grand Théâtre du Luxembourg	Grande Salle	947	n-a	Théâtre, danse, opéras
Château de Septfontaines	Grand Hall	900	900	Théâtre, banquet, etc.
Conservatoire de la Ville de Luxembourg	Auditorium	614	n-a	Musique classique
Trifolion	Atrium	513	n-a	Musique classique
Rockhal	Club	472	1200	Concerts, réceptions, etc.
opperschmelz Centre culturel Dudelange	Grand auditoire	460	500	Arts de la scène, musique, littérature
Centre des Arts Pluriels	Grande salle	450	n-a	Théâtre, musique classique, jazz, etc.
Mierscher Kulturhaus	Grande salle	439	850	Arts de la scène, musique, littérature
Kinneksbond	Grande salle	434	500	Théâtre, musique classique, jazz, etc.
Cercle Cité	Grande salle	330	500	Salle polyvalente
Philharmonie	Salle de musique de chambre	313	n-a	Musique classique
CCRN Abbaye de Neumünster	Robert Krieps	283	n-a	Théâtre, musique tout genre
Château de Vianden	Vic Abens	280	n-a	Concerts, baquets, etc.
Théâtre des capucins	Salle unique	269	n-a	Théâtre
Den Atelier	Salle unique	250	1000	Concerts
Kulturfabrik	Grande salle de spectacle	250	250	Théâtre, musique tout genre
Cube 521	Salle de spectacle	250	400	Théâtre, musique classique, jazz, etc.
Trifolion	Atrium	216	n-a	Musique classique
Château de Bourglinster	Chevaliers	200	200	Concerts
Kulturhaus Niederaanven	Grande salle	150	n-a	Arts de la scène, musique, littérature
Carré Rotondes	Exit07	100	150	Musique actuelles

(73) Ce tableau confirme notamment qu'il existe une substituabilité en ce qui concerne certaines salles à capacité moyenne dont fait partie le Grand Auditorium de la Philharmonie (Rockhal, Däichhal, Hall Victor Hugo, Casino 2000, CCRN, Grand Théâtre).

Définition du marché géographique

(74) S'agissant du marché géographique, il ressort du rapport du conseiller désigné du 17 décembre 2014 ainsi que des différents éléments du dossier que, d'un côté, les salles de spectacle à Luxembourg ne sont que très exceptionnellement louées à des organisateurs de concerts étrangers ou ressortissants des Etats membres de l'Union. A l'inverse, les organisateurs de concerts de nationalité luxembourgeoise ne s'adressent presque jamais à des gestionnaires des salles de spectacle à l'étranger afin d'organiser un événement.

(75) Le Conseil se rallie à cette analyse.

(76) Il s'ensuit que la dimension géographique du marché de salles de spectacle est nationale.

La position dominante

(77) Le rapport du 17 décembre 2014 du conseiller désigné prend en compte un dernier critère pour le choix de la salle de spectacle, à savoir l'image ou la notoriété de la salle elle-même auprès des artistes et du public.

(78) Dans son rapport le conseiller désigné retient que pour la Philharmonie : « *Depuis l'inauguration de la salle de concerts, son acoustique exceptionnelle est vantée par les plus grands orchestres, chefs et solistes du monde qui rythment la programmation saison après saison. [...] Depuis ses débuts, la salle située sur le plateau du Kirchberg reçoit les plus grands noms de la scène musicale internationale, aussi bien dans le domaine de la musique classique, que du Jazz ou de la Musique du monde. Le New York Philharmonic, le London Symphony Orchestra, Lorin Maazel ou Riccardo Muti sont des hôtes réguliers de la Philharmonie.* »

(79) En revanche, pour la Rockhal il retient que « (...) la Rockhal s'est établie en tant que salle de concerts de référence [pour la musique amplifiée] au sein du Grand-Duché et dans l'ensemble de la Grande Région ».

(80) Il s'ensuit que, si la notoriété puisse être considérée comme un élément important afin d'évaluer une éventuelle dominance de l'entreprise sur le marché en cause,¹² cette notoriété est établie dans le cas du Grand Auditorium pour les concerts de musique classique non-amplifiée, alors que celle de la Rockhal est avérée pour les concerts de musique amplifiée.

(81) Le nombre de salles substituables au Grand auditorium de la Philharmonie, pour le moins en ce qui concerne les concerts de musique amplifiée, ainsi que le nombre élevé de concerts de musique amplifiée organisés dans ces salles montrent à l'évidence l'absence de parts de marché importants dans le chef de la Philharmonie en ce qui concerne le groupe de salles de spectacle de taille comparable.

(82) Il s'ensuit que la position dominante de la Philharmonie n'est pas avérée en ce qui concerne le marché des salles de spectacle de taille comparable.

¹² Voir les arrêts de la Cour du 14 février 1978, 22/76, *United Brands/Commission*, ECLI:EU:C:1978:22 ; et du Tribunal du 23 octobre 2003, T-65/98, *Van den Bergh Foods/Commission*, ECLI:EU:T:2003:281.

D. L'abus

(83) Le Conseil relève que, vu l'absence de position dominante de la part de la Philharmonie sur le marché des salles de spectacle de taille comparable, il ne peut y avoir de comportement abusif.

(84) Il s'ensuit qu'aucun comportement abusif au sens de l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence [devenu l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence] ne peut être attribué à la Philharmonie sur le marché des salles de spectacle de taille comparable.

IV. Conclusion

(85) Au vu de tout ce qui précède, le Conseil conclut que la Philharmonie ne détient pas de position dominante sur (i) le sous marché de l'organisation de concerts de musique classique acoustique destinés à être proposés en extérieur ou dans une salle autre qu'un auditorium de type symphonique, (ii) le marché de l'organisation de concerts de musique amplifiée, ainsi que sur le marché (iii) des salles de spectacle de taille comparable.

En revanche, il existe une position dominante sur le sous marché de l'organisation de concerts de musique classique acoustique destinés à être proposés dans un auditorium de type symphonique, mais aucun abus n'a été constaté par le Conseil.

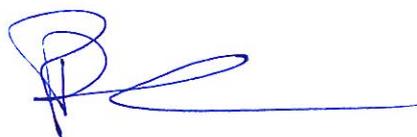
(86) Au vu de tout ce qui précède, la Philharmonie n'a pas violé l'article 5 de la loi du 17 mai 2004 relative à la concurrence [devenu l'article 5 de la loi du 23 octobre 2011 relative à la concurrence].

adopte la présente décision :

Article unique :

Le Conseil classe la présente affaire sans autres suites.

Ainsi délibéré et décidé à l'unanimité à Luxembourg, le 22 mai 2015



Pierre Rauchs
Président



Jean Claude Weidert
Conseiller



Mattia Melloni
Conseiller

Indication sur les voies de recours

Un recours en pleine juridiction est ouvert devant le tribunal administratif à l'encontre de la présente décision prise en formation collégiale en vertu de l'article 28 de la loi du 23 octobre 2011. En vertu de la loi modifiée du 21 juin 1999 portant règlement de procédure devant les juridictions administratives, ce recours est formé par requête signée d'un avocat inscrit à la liste I des tableaux dressés par les conseils des Ordres des avocats dans un délai de trois mois à partir de la notification de la présente ou à partir du jour où vous avez pu en prendre connaissance.