ARRÊT DE LA COUR (cinquième chambre)
3 octobre 1985 *

Dans l'affaire 311/84,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CEE, par le tribunal de commerce de Bruxelles et visant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

SA Centre belge d'études de marché — télémarketing (CBEM)

et

SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT),

SA Information publicité Benelux (IPB),

une décision préjudicielle sur l'interprétation de l'article 86 du traité,

LA COUR (cinquième chambre),

composée de MM. Mackenzie Stuart, président, O. Due, C. Kakouris, U. Everling et Y. Galmot, juges,

avocat général: M. C. O. Lenz
greffier: M. P. Heim

considérant les observations présentées:

— pour la SA Centre belge d'études de marché — télémarketing, demanderesse au principal, par Me W. Pissoort, avocat à Bruxelles,

— pour la SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT), première défenderesse, par Mes Kirschen et Huisman, avocats à Bruxelles,

— pour la SA Information publicité Benelux (IPB), deuxième défenderesse, par Me Colinet, avocat à Bruxelles,

* Langue de procédure: le français.

— pour la Commission des Communautés européennes, par son conseiller juridique, M^me^ N. Coutrelis,

ayant entendu les conclusions de l'avocat général présentées à l'audience du 11 juillet 1985,

rend le présent

ARRÊT

(Partie « En fait » non reproduite)

En droit

1 Par ordonnance du 21 décembre 1984, parvenue à la Cour le 27 décembre suivant, le vice-président du tribunal de commerce de Bruxelles, siégeant comme en référé, statuant en matière d'actions en cessation, en remplacement du président du tribunal, a posé, en vertu de l'article 177 du traité CEE, deux questions relatives à l'interprétation de l'article 86 du traité.

2 Ces questions sont soulevées dans le cadre d'une action introduite par la SA Centre belge d'études de marché — télémarketing (ci-après la CBEM) contre la SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT), qui exploite la chaîne de télévision RTL, et contre la SA Information publicité Benelux (IPB), régisseur exclusif pour la publicité diffusée sur cette chaîne et dirigée vers le territoire du Benelux. Par son action, la CBEM vise, notamment, à faire ordonner la cessation du refus opposé par CLT et IPB à la vente de temps d'antenne sur la chaîne RTL pour des opérations de marketing téléphonique en télévision faisant usage d'un numéro d'appel téléphonique autre que celui d'IPB.

3 Il ressort du dossier que la CBEM est une société commerciale qui étudie, depuis 1978, la technique dite de télé-vente ou de « télémarketing », par laquelle un annonceur fait connaître, à l'occasion d'un message publicitaire diffusé via le média choisi, en l'occurence la télévision, un numéro de téléphone à l'appel duquel les destinataires du message peuvent soit obtenir des renseignements sur le produit offert, soit participer d'une autre façon à la campagne publicitaire.

4 La CBEM a organisé sa première opération de télémarketing sur la chaîne RTL en 1982. En 1983, elle a conclu avec IPB un accord d'une durée de douze mois lui accordant le droit exclusif pour ce type de publicité diffusée sur la chaîne RTL en direction du marché du Benelux. Le numéro de téléphone indiqué aux téléspectateurs était celui de la CBEM, laquelle mettait ainsi son standard téléphonique et son équipe de téléphonistes à la disposition des annonceurs et de la chaîne de télévision.

5 Dès la fin de cet accord, IPB a averti les annonceurs qu'à partir du mois d'avril 1984, RTL Télévision ne pourrait plus accepter de « spots » comportant une incitation à l'appel téléphonique que si le numéro de téléphone utilisé en Belgique était celui d'IPB. C'est contre cet avertissement que la CBEM a introduit son action en cessation devant le tribunal de commerce en faisant valoir, entre autres, qu'il constituait un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité CEE.

6 Dans son ordonnance de renvoi, le vice-président du tribunal estime que « CLT et donc sa filiale IPB » occupent « une position prépondérante » sur le marché de l'annonce publicitaire télévisée, destinée notamment au public belge francophone, du fait qu'en Belgique même il n'existe pas ou pas encore une publicité commerciale télévisée sur les émetteurs nationaux et que la publicité des autres émetteurs de langue française susceptible d'être reçue en Belgique ne vise que peu ou pas du tout le public belge. Le vice-président du tribunal se demande cependant si cette position prépondérante constitue une position dominante au sens de l'article 86 du traité, étant donné qu'en vertu des traités et des lois en la matière, CLT jouit plutôt d'un monopole de droit sur un marché où il n'existe pas une réelle liberté d'établissement.

7 En ce qui concerne les activités de télémarketing, le vice-président parvient, après une analyse des formes d'engagement que prend la CBEM et du comportement des parties au principal, à la conclusion que si la CBEM s'occupe d'une activité auxiliaire de la publicité, cette activité est à ranger plutôt parmi les auxiliaires des annonceurs que parmi ceux de l'émetteur. Par rapport au marché de la publicité télévisée, les activités de télémarketing constitueraient donc un marché distinct et largement ouvert, sur lequel une concurrence étendue serait possible. Dans l'hypothèse où CLT et IPB détiendraient une position dominante au sens de l'article 86 sur le premier de ces marchés, se poserait donc également la question de savoir si le comportement querellé peut en constituer un abus.

8 Dans ces circonstances, le vice-président du tribunal a sursis à statuer et a posé à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

« 1) Interprétation de la notion de position dominante

Y a-t-il position dominante dans le sens de l'article 86 du traité lorsqu'une entreprise jouit d'un monopole légal pour la fourniture de certains biens, soit de certains services, et que de ce fait la concurrence dans le domaine de ces biens ou de ces services est exclue; la notion de position dominante implique-t-elle une possibilité virtuelle de concurrence supprimée ou étouffée par le fait de celui qui occupe la position dominante ou peut-elle se concevoir dans un contexte où une telle concurrence ne peut exister ou est, en tout état de cause, extrêmement limitée?

2) Interprétation de la notion d'abus de position dominante

Pour le cas où, dans l'hypothèse envisagée dans la première question, il serait admis que l'entreprise en question occupe une position dominante dans le sens de l'article 86 du traité, doit-on alors interpréter le comportement d'une telle entreprise, comportement qui consisterait à se réserver ou à réserver à une filiale sous son contrôle, avec exclusion de toute autre entreprise, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci, comme constituant un abus de position dominante? »

9 Il y a lieu d'observer à titre préliminaire que plusieurs des arguments présentés à la Cour par les parties au principal et par la Commission concernent des problèmes qui ne sont pas englobés dans les questions préjudicielles précitées. Il s'agit, notamment, d'arguments relatifs aux relations financières et commerciales entre CLT et IPB, à l'ampleur et à la délimitation matérielle et géographique du ou des marchés en cause, à la position légale et factuelle de CLT et d'IPB sur ces marchés, à l'affectation éventuelle du commerce entre États membres par le comportement de ces sociétés et à leurs motifs pour exiger l'utilisation du numéro de téléphone d'IPB lors de toute opération de télémarketing à laquelle participe la chaîne de télévision RTL.

10 A cet égard, il convient de souligner que, selon la répartition des compétences opérée par l'article 177 dans le cadre de la procédure préjudicielle, il appartient à

la seule juridiction nationale d'apprécier la pertinence de tels arguments et, le cas échéant, de saisir à nouveau la Cour si elle estime nécessaire d'obtenir des éléments supplémentaires d'interprétation du droit communautaire en vue de rendre son jugement. Il n'y a donc pas lieu pour la Cour d'examiner les arguments susvisés.

Sur la première question préjudicielle

11 En substance, la première question vise à savoir si l'article 86 du traité est applicable à une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, lorsque cette position est imputable non pas à l'activité de l'entreprise elle-même, mais à la circonstance qu'en raison de dispositions législatives ou réglementaires, il ne peut y avoir de concurrence sur ce marché ou il peut uniquement y avoir une concurrence extrêmement limitée.

12 La CBEM propose à la Cour de répondre par l'affirmative à cette question. Selon la jurisprudence de la Cour, une entreprise détenant le monopole d'un service donné occuperait sur le marché de ce service une position dominante au sens de l'article 86 et cet article serait applicable au comportement des organismes de radiodiffusion. CLT ne pourrait pas invoquer les dispositions dérogatoires de l'article 90, paragraphe 2, puisqu'elle ne serait pas une « entreprise chargée de la gestion de services d'intérêt général » au sens de cette dernière disposition.

13 CLT rappelle que la Cour a admis, dans son arrêt du 30 avril 1974 (Sacchi, 155/73, Rec. p. 409), qu'un État peut, pour des considérations d'intérêt public de caractère non économique, soustraire les émissions de radio-télévision au jeu de la concurrence, en conférant un monopole à une entreprise. En étendant la question posée, CLT propose donc de répondre que l'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise, à laquelle un État accorde, au sens de l'article 90, des droits exclusifs, n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'article 86 du traité.

14 IPB s'oppose à la définition abstraite de la position dominante qui est proposée, à son avis, par la question préjudicielle. Elle soutient qu'on ne saurait faire abstraction du produit ou service en cause, ni de l'ampleur du marché concerné. En outre, pour être saisie par les dispositions de l'article 86, la position dominante devrait entraver le commerce entre États membres et s'exercer dans une partie substantielle du marché commmun. Cette société propose donc à la Cour de répondre que

l'existence d'un monopole légal n'implique pas, en tant que telle, l'existence d'une position dominante au sens de l'article 86.

15 Selon la Commission, la notion de position dominante, telle qu'elle a été définie par la Cour, se réfère à une situation de fait, indépendante des raisons pour lesquelles cette situation existe. La question préjudicielle appellerait donc une réponse affirmative.

16 A l'égard de cette première question préjudicielle, il convient d'abord de rappeler que, selon la jurisprudence constante de la Cour, confirmée en dernier lieu par l'arrêt du 9 novembre 1983 (Michelin, 322/81, Rec. p. 3461), la position dominante au sens de l'article 86 se caractérise par une situation de puissance économique détenue par une entreprise, qui donne à celle-ci 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. Le fait que l'absence de concurrence ou la limitation de celle-ci sur le marché en cause est créée ou favorisée par des dispositions législatives ou réglementaires n'exclut nullement l'application de l'article 86, ainsi que la Cour l'a reconnu, entre autres, dans ses arrêts du 13 novembre 1975 (General Motors, 26/75, Rec. p. 1367), du 16 novembre 1977 (Inno/ATAB, 13/77, Rec. p. 2115) et, en dernier lieu, dans son arrêt du 20 mars 1985 (Italie/Commission, 41/83, Rec. 1985, p. 880).

17 S'il est vrai, ainsi que CLT l'a affirmé, que l'existence d'un monopole dans le chef d'une entreprise à laquelle un État membre a accordé des droits exclusifs au sens de l'article 90 du traité n'est pas, en tant que telle, incompatible avec l'article 86, il ressort en revanche de ce même article que de telles entreprises restent soumises aux règles de concurrence du traité et, notamment, à celles contenues dans l'article 86. Dans son arrêt précité du 30 avril 1974 (l'arrêt Sacchi), la Cour a également souligné que si certains États membres aménagent les entreprises chargées de l'exploitation de la télévision, même pour leurs activités commerciales, notamment en matière de publicité, comme des entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général, les interdictions de l'article 86 jouent, en ce qui concerne leur comportement sur le marché, en vertu de l'article 90, paragraphe 2, tant qu'il n'est pas démontré que ces interdictions sont incompatibles avec l'exercice de leur mission.

18 Il convient donc de répondre à la première question préjudicielle que l'article 86 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'il est applicable à une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, même lorsque cette position est imputable non pas à l'activité de l'entreprise elle-même, mais à la circonstance qu'en raison de dispositions législatives ou réglementaires, il ne peut y avoir de concurrence sur ce marché ou il peut uniquement y avoir une concurrence extrêmement limitée.

Sur la deuxième question préjudicielle

19 La deuxième question vise à savoir si le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver ou de réserver à une entreprise appartenant au même groupe, avec exclusion de toute autre entreprise, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin mais distinct, constitue un abus de position dominante au sens de l'article 86.

20 La CBEM estime que le comportement visé par la question constitue un abus au sens de plusieurs dispositions de l'article 86. Lorsqu'une chaîne de télévision subordonne la vente de temps d'antenne pour toute opération de télémarketing à l'utilisation, comme numéro d'appel, du numéro de téléphone de son régisseur publicitaire exclusif, lequel appartient au même groupe, ce comportement s'analyserait comme un refus de vente par rapport à d'autres entreprises de télémarketing. Vis-à-vis des annonceurs, ce comportement constituerait une imposition d'un service lié et une limitation des débouchés interdite respectivement par la lettre d) et par la lettre b) dudit article. Il impliquerait finalement la possibilité pour le régisseur d'imposer aux annonceurs des prix abusivement élevés, interdits par la lettre a).

21 CLT et IPB soutiennent que le fait, pour une entreprise à laquelle un État a accordé des droits exclusifs et qui occupe ainsi une position dominante, de se réserver ou de réserver à une société, ayant avec elle des intérêts communs, des activités auxiliaires qui pourraient être exercées par une entreprise tierce, ne constitue pas, en tant que tel, un abus de position dominante. Encore faudrait-il que l'entreprise qui occupe une pareille position dominante en use pour se procurer des avantages que le jeu de la concurrence effective ne lui permettrait pas d'obtenir et que son comportement soit susceptible de causer un préjudice aux consommateurs, par exemple, par l'imposition de tarifs ou de conditions inéquitables.

22 CLT souligne, notamment, que la décision de ne plus recourir à l'intervention de la CBEM et de ses téléphonistes ne saurait être considérée comme abusive lorsqu'elle est imputable aux lois du commerce, pas plus que l'imposition aux annonceurs, pour toute opération de « télé-réponse » diffusée par la chaîne RTL, de la condition d'utiliser le numéro de téléphone du régisseur exclusif de cette chaîne, ne constituerait un abus lorsqu'elle est motivée par les liens étroits entre les deux services fournis et est nécessaire, dans la pratique, pour maintenir l'image de marque de la chaîne de télévision.

23 La Commission déduit de l'arrêt de la Cour du 6 mars 1974 (Commercial Solvents e.a./Commission, 6 et 7/73, Rec. p. 223) que lorsqu'une entreprise, qui détient une position dominante sur un marché et qui est, par là même, en mesure de contrôler les activités d'autres entreprises présentes sur un marché voisin, décide de s'implanter sur ce second marché, elle ne saurait refuser, sans un motif valable, à moins de se rendre coupable d'un abus de sa position dominante au sens de l'article 86, de livrer le produit (ou, le cas échéant, de fournir le service) sur le marché où elle occupe déjà une position dominante, aux entreprises dont les activités se situent sur le marché sur lequel elle pénètre.

24 Quand bien même le comportement en cause dans le litige au principal ne serait pas considéré comme un refus de livrer, mais comme l'imposition d'une condition contractuelle, il serait, selon la Commission, contraire à l'article 86. D'un côté, IPB, en tant que vendeur de temps d'antenne, imposerait à toute autre entreprise, pour des opérations de télémarketing, une condition qu'elle ne s'impose pas à elle-même pour ces mêmes opérations, à savoir la condition de ne pas utiliser son propre numéro de téléphone, ce qui serait une condition de transaction non équitable au sens de l'article 86, sous a). De l'autre côté, IPB subordonnerait la conclusion de contrats à l'acceptation de prestations supplémentaires sans lien avec l'objet de ces contrats, ce qui serait contraire à l'article 86, sous d).

25 Pour répondre à la deuxième question de la juridiction nationale, il convient de prendre comme point de départ l'arrêt précité du 6 mars 1974 (l'arrêt Commercial Solvents), dans lequel la Cour a constaté que le détenteur d'une position dominante sur le marché des matières premières qui, dans le but de les réserver à sa propre production des dérivés, en refuse la fourniture à un client, lui-même

producteur de ces dérivés, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de ce client, exploite sa position dominante d'une façon abusive au sens de l'article 86.

26 Cette constatation est également valable pour le cas d'une entreprise détenant une position dominante sur le marché d'un service indispensable pour les activités d'une autre entreprise sur un autre marché. Si, comme la juridiction nationale l'a déjà constaté dans son ordonnance de renvoi, les activités de télémarketing constituent un marché distinct de celui du média publicitaire choisi, bien qu'étroitement lié à celui-ci, et si ces activités consistent essentiellement à mettre à la disposition des annonceurs le standard téléphonique et l'équipe de téléphonistes de l'entreprise de télémarketing, la condition, pour la vente de temps d'antenne, d'utiliser le standard du régisseur publicitaire appartenant au même groupe que la chaîne de télévision, constitue en fait un refus de fournir les services de cette chaîne à toute autre entreprise de télémarketing. Si, en outre, ce refus n'est pas justifié par des nécessités techniques ou commerciales tenant au caractère du média de télévision, mais a pour but de réserver à ce régisseur toute opération de télémarketing diffusée via ladite chaîne au risque d'éliminer toute concurrence de la part d'une tierce entreprise, ce comportement constitue un abus interdit par l'article 86, si les autres conditions d'application de cet article sont réunies.

27 Il convient donc de répondre à la deuxième question préjudicielle que constitue un abus au sens de l'article 86 le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver ou de réserver à une entreprise appartenant au même groupe, et sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin, mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise.

Sur les dépens

28 Les frais exposés par le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne et par la Commission des Communautés européennes, qui ont soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (cinquième chambre),

statuant sur les questions à elles soumises par le vice-président du tribunal de commerce de Bruxelles, par ordonnance du 21 décembre 1984,

dit pour droit:

1) **L'article 86 du traité CEE doit être interprété en ce sens qu'il est applicable à une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, même lorsque cette position est imputable non pas à l'activité de l'entreprise elle-même, mais à la circonstance qu'en raison de dispositions législatives ou réglementaires, il ne peut y avoir de concurrence sur ce marché ou il peut uniquement y avoir une concurrence extrêmement limitée.**

2) **Constitue un abus au sens de l'article 86 le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver ou de réserver à une entreprise appartenant au même groupe, et sans nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin, mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise.**

Mackenzie Stuart Due

Kakouris Everling Galmot

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 3 octobre 1985.

Le greffier

P. Heim

Le président

A. J. Mackenzie Stuart