DOMSTOLENS DOM (femte afdeling)
3. oktober 1985 *

I sag 311/84

angående en anmodning, som Tribunal de commerce de Bruxelles i medfør EØF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag

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

mod

SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT),

SA Information publicité Benelux (IPB),

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af traktatens artikel 86,

har

DOMSTOLEN (femte afdeling)

sammensat af præsidenten Mackenzie Stuart, dommerne O. Due, C. Kakouris, U. Everling og Y. Galmot,

generaladvokat: C. O. Lenz
justitssekretær: P. Heim

efter at der er afgivet indlæg af:

— sagsøgeren i hovedsagen, SA Centre belge d'études de marché — télémarketing, ved advokat W. Pissoort, Bruxelles,

— første sagsøgte i hovedsagen, SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT), ved advokaterne Kirschen og Huisman, Bruxelles,

— anden sagsøgte i hovedsagen, SA Information publicité Benelux (IPB), ved advokat Colinet, Bruxelles,

* Processprog: Fransk.

— Kommissionen for De europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent N. Coutrelis,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 11. juli 1985,

afsagt følgende

DOM

(Sagsfremstillingen udelades)

Præmisser

1 Ved kendelse af 21. december 1984, indgået til Domstolen den 27. december 1984, har vicepræsidenten for Tribunal de commerce de Bruxelles som stedfortræder for retspræsidenten i en sag om foreløbige forholdsregler, i medfør af EØF-traktatens artikel 177 forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af traktatens artikel 86.

2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag mellem på den ene side SA Centre belge d'études de marché — télémarketing (herefter benævnt CBEM) og på den anden side SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT), der driver fjernsynsselskabet RTL, og SA Information publicité Benelux (IPB), som har eneret på tilrettelæggelse af reklameudsendelser via RTL rettet mod Benelux. CBEM krævede under dette søgsmål blandt andet nedlagt forbud mod den betingelse, som CLT og IPB havde stillet for at give det adgang til sendetid på tv-kanalen RTL med henblik telefonisk markedsføring via tv, nemlig at der herved ikke blev opgivet andet telefonnummer end IPB's.

3 Det fremgår af sagen, at CBEM er et handelsselskab, som siden 1978 har beskæftiget sig med den form for tv-markedsføring, hvor en annoncør i forbindelse med en reklameudsendelse over det valgte medium — her fjernsynet — opgiver et telefonnummer, som publikum kan ringe til for at få oplysninger om den tilbudte vare eller på anden måde deltage i en reklamekampagne.

4 I 1982 gennemførte CBEM for første gang tv-markedsføring over RTL. I 1983 indgik selskabet en aftale med IPB, hvorefter det i en periode af 12 måneder fik eneret på denne form for reklameudsendelser over RTL bestemt for Benelux-markedet. Seerne fik under reklameudsendelserne opgivet CBEM's telefonnummer, idet selskabet nemlig stillede sit omstillingsbord og sine telefonister til rådighed for annoncørerne og tv-kanalen.

5 Umiddelbart efter udløbet af aftalen meddelte IPB annoncørerne, at der med virkning fra april 1984 ikke længere kunne udsendes »spots» over RTL med opfordring til telefonopkald, medmindre det opgivne telefonnummer var IPB's belgiske nummer. Herefter anlagde CBEM sag ved Tribunal de commerce med påstand om nedlæggelse af forbud, idet selskabet blandt andet anførte, at IPB's krav måtte anses for misbrug af en dominerende stilling, jfr. EØF-traktatens artikel 86.

6 I sin forlæggelseskendelse har Tribunal de commerce anført, at »CLT og som følge heraf datterselskabet IPB» indtager »en betydelig position» på markedet for tv-reklame, især for så vidt angår de reklameudsendelser, der er rettet til fransktalende belgiske seere, hvilket beror på, at der ikke eller endnu ikke er mulighed for tv-reklame i Belgien på de nationale kanaler, og at reklameudsendelser fra andre fransktalende tv-stationer, som kan modtages i Belgien, kun i ringe grad eller slet ikke er rettet til de belgiske seere. Tribunal de commerce har imidlertid rejst spørgsmålet, om denne betydelige position kan anses for en dominerende stilling, jfr. traktatens artikel 86, eftersom CLT i kraft af traktater og lovbestemmelser på dette område snarere har et lovbestemt monopol på et marked, hvor der reelt ikke består fri etableringsret.

7 For så vidt angår markedsføring fastslog Tribunal de commerce efter en gennemgang af de af CBEM indgåede forpligtelser og den af parterne i hovedsagen udviste adfærd, at selv om CBEM udfører forberedende reklameopgaver, udføres disse opgaver snarere for annoncørerne end for radio- og tv-stationerne. I forhold til markedet for tv-reklame må tv-markedsføring derfor betragtes som et særskilt, særdeles åbent marked med store konkurrencemuligheder. Såfremt CLT og IPB må antages at have en dominerende stilling på førstnævnte marked, jfr. artikel 86, kan man således også rejse spørgsmålet, om den anfægtede adfærd kan anses for misbrug.

8 Herefter udsatte Tribunal de commerce de Bruxelles sagen på Domstolens besvarelse af følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Fortolkning af begrebet »dominerende stilling«

Indtager en virksomhed en dominerende stilling, jfr. traktatens artikel 86, når den har et lovbestemt monopol på levering af visse goder eller visse tjenesteydelser, således at de frie markedskræfter for disse goders eller tjenestydelsers vedkommende er sat ud af spil; indebærer begrebet »dominerende stilling», at den virksomhed, som indtager en dominerende stilling, ved sin praksis ophæver eller undertrykker eventuelle konkurrencemuligheder, eller kan begrebet også anvendes i en sammenhæng, hvor der ikke kan bestå en sådan konkurrence, eller hvor denne under alle omstændigheder er yderst begrænset?

2) Fortolkning af begrebet »misbrug af en dominerende stilling«

Såfremt det i det i det første spørgsmål nævnte tilfælde fastslås, at den pågældende virksomhed indtager en dominerende stilling, jfr. traktatens artikel 86, er der da tale om misbrug af en dominerende stilling, når virksomheden forbeholder sig selv eller et datterselskab med udelukkelse af enhver anden virksomhed udførelsen af forberedende arbejdsopgaver, som kan udføres af en tredje virksomhed inden for dennes erhvervsområde?«

9 Indledningsvis bemærkes, at en række af de argumenter, som hovedsagens parter og Kommissionen har fremført, vedrører problemer, som ikke er omfattet af ovennævnte præjudicielle spørgsmål. Der er her navnlig tale om argumenterne vedrørende de finansielle og kommercielle forbindelser mellem CLT og IPB, omfanget og den materielle og geografiske afgrænsning af det eller de relevante markeder, CLT's og IPB's faktiske og retlige position på markederne, påvirkningen af samhandelen mellem medlemsstater som følge af selskabernes adfærd og deres begrundelse for at kræve, at IPB's telefonnummer anvendes ved den tv-markedsføring, som foretages over RTL's tv-kanal.

10 Det skal her bemærkes, at ifølge kompetencefordelingen i præjudicielle sager, jfr. artikel 177, tilkommer det alene den nationale ret at tage stilling til, om sådanne

argumenter er relevante, og i påkommende tilfælde endnu engang at indbringe sagen for Domstolen, hvis den finder det nødvendigt at indhente yderligere støtte til fortolkning af fællesskabsretten for at træffe afgørelse i sagen. Det er således ufornødent, at Domstolen tager stilling til ovennævnte argumenter.

Første præjudicielle spørgsmål

11 Ved det første spørgsmål ønsker den nationale ret hovedsagelig afgjort, om traktatens artikel 86 finder anvendelse på en virksomhed, som har en dominerende stilling på et bestemt marked, når stillingen ikke beror på virksomhedens egne aktiviteter men på, at konkurrence på det pågældende marked som følge af administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser er udelukket, eller alene kan eksistere i yderst begrænset omfang.

12 CBEM har foreslået, at Domstolen besvarer spørgsmålet bekræftende. Ifølge Domstolens praksis indtager en virksomhed, som har monopol på en bestemt tjenesteydelse, en dominerende stilling på markedet for denne tjenesteydelse, jfr. artikel 86, og radiostationers adfærd er omfattet af denne bestemmelse. Ifølge CBEM kan CLT ikke påberåbe sig undtagelsesbestemmelserne efter artikel 90, stk. 2, da der ikke er tale om en virksomhed, »der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse« i denne bestemmelses forstand.

13 CLT har anført, at Domstolen i dom af 30. april 1974 (Sacchi, 155/73, Sml. s. 409) fastslog, at en stat af ideelle grunde i offentlighedens interesse kan beskyte radio- og fjernsynsudsendelser mod konkurrence ved at indrømme en virksomhed eneret hertil. CTL har således udvidet det stillede spørgsmål og foreslået, at spørgsmålet besvares således, at en virksomheds monopolstilling som følge af, at staten har indrømmet den eksklusive rettigheder, jfr. traktatens artikel 90, ikke i sig selv er i strid med artikel 86.

14 IPB har gjort gældende, at den definition af begrebet en dominerende stilling, som efter selskabets opfattelse foreslås i det præjudicielle spørgsmål, er for abstrakt. Ifølge IPB må såvel den pågældende vare eller tjenesteydelse som størrelsen af det berørte marked tages i betragtning. For at en dominerende stilling er omfattet af artikel 86, må den yderligere dels påvirke samhandelen mellem medlemsstater, dels vedrøre en væsentlig del af Fællesmarkedet. Selskabet har derfor foreslået, at

Domstolen besvarer spørgsmålet således, at en lovbestemt monopolstilling ikke i sig selv indebærer, at der foreligger en dominerende stilling, jfr. artikel 86.

15 Ifølge Kommissionen vedrører begrebet dominerende stilling, som defineret af Domstolen, faktiske omstændigheder og skal således vurderes uafhængigt af årsagen til, at der foreligger en sådan situation. Det præjudicielle spørgsmål bør derfor besvares bekræftende.

16 Vedrørende det første præjudicielle spørgsmål bemærkes indledningsvis, at ifølge Domstolens faste praksis, senest dom af 9. november 1983 (Michelin, 322/81, Sml. s. 3461), er en dominerende stilling, jfr. artikel 86, karakteriseret ved en økonomisk magtposition, som sætter en virksomhed i stand til at hindre, at der opretholdes en effektiv konkurrence på det relevante marked, idet den kan anlægge en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne. Den omstændighed, at konkurrencen på det relevante marked som følge af administrativt eller lov fastsatte bestemmelser ophæves eller begrænses, udelukker ikke, at artikel 86 finder anvendelse, hvilket Domstolen blandt andet har fastslået i dommene af 13. november 1975 (General Motors, 26/75, Sml. s. 1367), 16. november 1977 (Inno mod ATAB, 13/77, Sml. s. 2115) og senest i dommen af 20. marts 1985 (Italien mod Kommissionen, 41/83, Sml. 1985, s. 880).

17 Selv om det som hævdet af CLT er korrekt, at det forhold, at en virksomhed besidder en monopolstilling som følge af, at en medlemsstat har indrømmet den eksklusive rettigheder, jfr. traktatens artikel 90, ikke som sådan er uforenelig med artikel 86, fremgår det til gengæld af denne bestemmelse, at sådanne virksomheder er omfattet af traktatens konkurrenceregler, navnlig reglerne i artikel 86. I ovennævnte dom af 30. april 1974 (Sacchi-dommen) fastslog Domstolen ligeledes, at hvis visse medlemsstater har givet de virksomheder, som har fået overdraget fjernsynsdriften, også for så vidt angår kommerci-elle aktiviteter, navnlig reklame, status som virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, gælder forbudet efter artikel 86 som angivet i artikel 90, stk. 2, for deres adfærd på markedet, for så vidt det ikke er påvist, at det nævnte forbud er uforeneligt med udøvelsen af deres opgave.

18 Det første præjudicielle spørgsmål skal herefter besvares med, at EØF-traktatens artikel 86 skal fortolkes således, at den omfatter en virksomhed, som har en dominerende stilling på et bestemt marked, selv om denne stilling ikke beror på virksomhedens egne aktiviteter men på, at konkurrence på det pågældende marked som følge af administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser er udelukket, eller alene kan eksistere i yderst begrænset omfang.

Andet præjudicielle spørgsmål

19 Med det andet præjudicielle spørgsmål ønsker den nationale ret afgjort, om det kan anses for misbrug af en dominerende stilling, jfr. artikel 86, at en virksomhed, som har en dominerende stilling på et bestemt marked, forbeholder sig selv eller en virksomhed tilhørende samme koncern med udelukkelse af enhver anden virksomhed udførelsen af forberedende arbejdsopgaver, som kan udføres af en tredje virksomhed inden for dennes erhvervsområde på et beslægtet, men særskilt marked.

20 CBEM har anført, at en adfærd som den i spørgsmålet anførte opfylder flere af de i artikel 86 nævnte kriterier og derfor må anses for misbrug. Når en tv-station gør salg af sendetid til telefonisk markedsføring via tv betinget af, at der anvendes det selskabs telefonnummer, som har eneret på reklameudsendelser over tv-stationen, og som tilhører samme koncern, må denne adfærd udlægges som en leveringsnægtelse over for andre tv-markedsføringsvirksomheder. Dette indebærer, at annoncørerne pålægges en tillægsydelse, og må anses som begrænsning af afsætningsmulighederne, hvilket er i strid med artikel 86, litra d) henholdsvis litra b). Det giver endelig det selskab, som har eneret på reklameudsendelser mulighed for at, pålægge annoncørerne urimelige priser, hvilket er i strid med litra a).

21 CLT og IPB har gjort gældende, at det ikke i sig selv kan anses for misbrug af en dominerende stilling, at en virksomhed, som en stat har indrømmet eksklusive rettigheder, og som derfor har en dominerende stilling, forbeholder sig selv eller et selskab, med hvilket det har fælles interesser, forberedende arbejdsopgaver, som kan udføres af en tredje virksomhed. Det må yderligere kræves, at den virksomhed, som indtager en sådan dominerende stilling, anvender denne til at skaffe sig fordele, som den ikke ville kunne opnå under fri konkurrence, og at dens adfærd kan skade forbrugerne, for eksempel ved at påtvinge dem urimelige priser eller betingelser.

22 CLT har navnlig gjort gældende, at beslutningen om ikke længere at anvende CBEM og selskabets telefonister som mellemled ikke kan anses for misbrug, når den beror på erhvervslovgivningen; det forhold, at annoncørerne i forbindelse med reklameudsendelser over RTL med telefonsvar kun kan anvende det selskabs telefonnummer, som har eneret på reklameudsendelser over denne tv-station, udgør heller ikke et misbrug, når det er begrundet i de snævre bånd, der består mellem de to former for tjenesteydelser, og et sådant krav rent praktisk er nødvendigt for at beskytte tv-stationens image.

23 Kommissionen har udledt af Domstolens dom af 6. marts 1974 (Commercial Solvents m. fl. mod Kommissionen, 6 og 7/73, Sml. s. 223), at en virksomhed, som har en dominerende stilling på et marked, og som derved er i stand til at kontrollere de aktiviteter, der udøves af andre virksomheder, som arbejder på et beslægtet marked, ikke — når den beslutter at etablere sig på dette marked — uden gyldig grund kan nægte at levere den vare (eller eventuelt den tjenesteydelse) på det marked, hvor den allerede har en dominerende stilling, til de virksomheder, hvis aktiviteter udøves på det marked, hvor den trænger ind, idet den i så fald må antages at misbruge sin dominerende stilling, jfr. artikel 86.

24 Selv om den i hovedsagen anfægtede adfærd ikke måtte anses for leveringsnægtelse, men som påtvingelse af en kontraktmæssig betingelse, er den ifølge Kommissionen i strid med artikel 86. På den ene side pålægger IPB som sælger af sendetid en anden virksomhed en betingelse for gennemførelse af tv-markedsføring, som selskabet selv ikke opfylder ved samme form for markedsføring, nemlig kravet om, at virksomheden ikke må anvende sit eget telefonnummer, hvilket må anses for en urimelig forretningsbetingelse, jfr. artikel 86, litra a). Desuden har IPB gjort indgåelse af kontrakter afhængig af godkendelsen af tillægsydelser, som ikke har forbindelse med selve aftalens genstand, hvilket er i strid med artikel 86, litra d).

25 For at besvare den nationale rets andet spørgsmål må der tages udgangspunkt i ovennævnte dom af 6. marts 1974 (Commercial Solvents-dommen), hvori Domstolen fastslog, at det var misbrug af dominerende stilling i artikel 86's forstand, når en indehaver af en dominerende stilling på markedet for råmaterialer for at forbeholde disse råmaterialer for sin egen produktion af følgeprodukter

nægter at levere til en kunde, der også producerer disse følgeprodukter, med fare for, at enhver konkurrence fra denne kundes side blev udelukket.

26 Det anførte gælder ligeledes for en virksomhed, som har en dominerende stilling på markedet for en tjenesteydelse, der er absolut nødvendig for en anden virksomheds aktiviteter på et andet marked. Hvis, som allerede fastslået af den nationale ret i forlæggelseskendelsen, tv-markedsføring er et marked, som adskiller sig fra markedet for det valgte reklamemedium, skønt det er snævert knyttet til dette, og hvis denne reklameform hovedsagelig består i at stille tv-markedsføringsvirksomhedens omstillingsbord og telefonister til rådighed for annoncørerne, indebærer et krav — ved salg af antennetid — om anvendelse af det selskabs omstillingsbord, som står for reklameudsendelserne, og som tilhører samme koncern som tv-stationen, at denne tv-station nægter at levere tjenesteydelser til enhver anden tv-markedsføringsvirksomhed. Hvis denne leveringsnægtelse tilmed ikke er begrundet i tekniske eller handelstekniske krav, som vedrører tv-mediet, men har til formål at forbeholde dette reklamebureau al tv-markedsføring over nævnte station, med fare for, at al konkurrence fra en tredje virksomhed udelukkes, må denne adfærd anses for misbrug, som er omfattet af forbudet efter artikel 86, hvis de øvrige kriterier for at anvende bestemmelsen er opfyldt.

27 Det andet præjudicielle spørgsmål skal derfor besvares således, at det er misbrug af en dominerende stilling, jfr. artikel 86, at en virksomhed, som har en dominerende stilling på et bestemt marked — uden at det er objektivt nødvendigt — forbeholder sig selv eller en virksomhed i samme koncern forberedende arbejdsopgaver, som kan udføres af en tredje virksomhed inden for dennes erhvervsområde på et beslægtet, men selvstændigt marked, med fare for, at enhver konkurrence fra denne virksomheds side bliver udelukket.

Sagens omkostninger

28 De udgifter, der er afholdt af Forbundsrepublikken Tyskland og af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, der har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke godtgøres. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (femte afdeling)

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt den af Tribunal de commerce de Bruxelles ved kendelse af 21. december 1984, for ret:

1) **EØF-traktatens artikel 86 skal fortolkes således, at den omfatter en virksomhed, som har en dominerende stilling på et bestemt marked, selv om denne stilling ikke beror på virksomhedens egne aktiviteter men på, at konkurrence på det pågældende marked som følge af administrativt eller ved lov fastsatte bestemmelser er udelukket, eller alene kan eksistere i yderst begrænset omfang.**

2) **Det er misbrug af en dominerende stilling, jfr. artikel 86, at en virksomhed, som har en dominerende stilling på et bestemt marked — uden at det er objektivt nødvendigt — forbeholder sig selv eller en virksomhed i samme koncern forberedende arbejdsopgaver, som kan udføres af en tredje virksomhed inden for dennes erhvervsområde på et beslægtet, men selvstændigt marked, med fare for, at enhver konkurrence fra denne virksomheds side bliver udelukket.**

Mackenzie Stuart Due

Kakouris Everling Galmot

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 3. oktober 1985.

P. Heim
Justitssekretær

A. J. Mackenzie Stuart
Præsident