SENTENZA DELLA CORTE (quinta sezione)
3 ottobre 1985 *

Nel procedimento 311/84,

avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, a norma dell'art. 177 del trattato CEE dal tribunal de commerce di Bruxelles, nella causa dinanzi ad esso pendente fra

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

e

SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT),

SA Information publicité Benelux (IPB),

domanda vertente sull'interpretazione dell'art. 86 del trattato,

LA CORTE (quinta sezione),

composta dai signori Mackenzie Stuart, presidente, O. Due, C. Kakouris, U. Everling e Y. Galmot, giudici,

avvocato generale: C. O. Lenz
cancelliere: P. Heim

viste le osservazioni presentate:

— per la SA Centre belge d'études de marché — télémarketing, attrice nella causa principale, dall'avv. W. Pissoort, del foro di Bruxelles,

— per la SA Compagnie luxembourgeoise del télédiffusion (CLT), prima convenuta, dagli avvocati Kirschen e Huisman, del foro di Bruxelles,

— per la SA Information publicité Benelux (IPB), seconda convenuta, dall'avv. Colinet del foro di Bruxelles,

* Lingua processuale: il francese.

— per la Commissione delle Comunità europee dal suo consigliere giuridico sig.ra N. Coutrelis,

viste le conclusioni dell'avvocato generale, presentate all'udienza dell'11 luglio 1985,

ha pronunziato la seguente

SENTENZA

(Parte « In fatto » non riprodotta)

In diritto

1 Con ordinanza 21 dicembre 1984, giunta alla Corte il 27 dicembre successivo, il vicepresidente del tribunal de commerce di Bruxelles, pronunciandosi in via urgente su un'azione per cessazione di turbativa, in sostituzione del presidente del tribunale, ha sollevato a norma dell'art. 177 del trattato CEE, due questioni relative all'interpretazione dell'art. 86 del trattato.

2 Dette questioni sono sorte nell'ambito di un'azione promossa dalla SA Centre belge d'études de marchés — télémarketing (in prosieguo: « CBEM ») contro la SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (in prosieguo: « CLT »), che gestisce la rete televisiva RTL, e contro la SA Information publicité Benelux (in prosieguo: « IPB ») esclusivista della pubblicità diffusa su detta rete e destinata al territorio del Benelux. La CBEM mira in particolare a far disporre la cessazione del rifiuto opposto dalla CLT e dalla IPB alla vendita di tempi di programmazione sulla rete RTL per operazioni di marketing telefonico televiso con impiego di un numero telefonico diverso da quello della IPB.

3 Emerge dal fascicolo che la CBEM è una società commerciale che studia dal 1978 la tecnica detta di televendita o di telemarketing, mediante la quale l'annunciatore comunica, nel corso di un messaggio pubblicitario diffuso tramite il mezzo prescelto, nella fattispecie la televisione, un numero telefonico, chiamando il quale i destinatari del messaggio possono avere informazioni sul prodotto offerto oppure partecipare in altro modo alla campagna pubblicitaria.

4 La CBEM ha organizzato la sua prima operazione di telemarketing sulla rete RTL nel 1982. Nel 1983 stipulava un accordo con la IPB per una durata di 12 mesi, concedendole l'esclusiva per questo tipo di pubblicità diffusa sulla rete RTL e destinata al mercato del Benelux. Il numero telefonico indicato ai telespettatori era quello della CBEM, che metteva così la propria centralina telefonica e i propri operatori a disposizione degli annunciatori della rete televisiva.

5 Giunto a scadenza detto accordo, la IPB avvertiva gli annunciatori che dall'aprile del 1984 RTL Television non avrebbe più potuto accettare inserti pubblicitari con invito alla chiamata telefonica, salvo che il numero telefonico di chiamata nel Belgio fosse quello della IPB. Contro questo avvertimento la CBEM adiva il tribunal de commerce, chiedendo la cessazione della turbativa e sostenendo, fra l'altro, che siffatta condotta costituiva abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del trattato CEE.

6 Nell'ordinanza di rinvio, il vicepresidente del tribunale dichiarava che « la CLT, e quindi la sua affiliata IPB », occupano « una posizione preponderante » sul mercato dell'annuncio pubblicitario televisivo, destinato in particolare al pubblico belga francofono, in quanto nel Belgio non esiste o non esiste ancora una pubblicità commerciale televisiva sulle reti nazionali e in quanto la pubblicità delle altre trasmittenti di lingua francese che può venir captata nel Belgio riguarda solo marginalmente o non riguarda affatto il pubblico belga. Il vicepresidente del tribunale si chiede tuttavia se detta posizione preponderante costituisca una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del trattato, dato che, in forza dei trattati e delle leggi in materia, la CLT gode piuttosto di un monopolio di diritto su un mercato nel quale non sussiste una reale libertà di stabilimento.

7 Per quel che riguarda le attività di telemarketing, il vicepresidente, dopo aver esaminato le forme d'impegno assunte dalla CBEM e il comportamento delle parti nella causa principale, giunge alla conclusione che mentre la CBEM si occupa di un'attività ausiliaria della pubblicità, tale attività va annoverata più fra quelle ausiliarie degli annunciatori che non fra quelle ausiliarie della trasmittente. Rispetto al mercato della pubblicità televisiva le attività di telemarketing costituirebbero quindi un mercato distinto e molto aperto sul quale sarebbe possibile un'ampia concorrenza. Nell'ipotesi in cui la CLT e l'IPB detenessero una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 sul primo di questi mercati, sorgerebbe quindi anche la questione se il comportamento litigioso possa costituirne un abuso.

8 Così stando le cose, il vicepresidente del tribunale ha sospeso il giudizio ed ha sottoposto alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

« 1) Interpretazione della nozione di posizione dominante

Se vi sia posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del trattato qualora un'impresa goda di un monopolio legale per la fornitura di determinati beni, oppure di determinati servizi, e per questo motivo la concorrenza nel settore di detti beni o di detti servizi sia esclusa; se la nozione di posizione dominante implichi una possibilità virtuale che la concorrenza venga soppressa o soffocata ad opera di colui che occupa la posizione dominante oppure possa concepirsi in un contesto nel quale siffatta concorrenza non può esistere o è comunque estremamente limitata.

2) Interpretazione della nozione di abuso di posizione dominante

Qualora, nell'ipotesi contemplata nella prima questione, si ammettesse che l'impresa in questione occupa una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 del trattato, se si debba interpretare il comportamento di detta impresa, comportamento che consiste nel riservarsi o nel riservare ad un'affiliata che essa controlla, ad esclusione di qualsiasi altra impresa, un'attività ausiliaria che potrebbe essere esercitata da una terza impresa nell'ambito delle proprie attività, come abuso di posizione dominante. »

9 Si deve osservare in via preliminare che vari degli argomenti svolti dinanzi alla Corte dalle parti nella causa principale e dalla Commissione riguardano problemi che non sono compresi nelle questioni pregiudiziali summenzionate. Si tratta in particolare di argomenti relativi ai rapporti finanziari e commerciali tra la CTL e la IPB, all'estensione e alla delimitazione per materia e geografica del o dei mercati in questione, alla posizione di diritto e di fatto della CLT e della IPB su detti mercati, al pregiudizio eventuale per il commercio tra Stati membri causato dal comportamento di dette imprese e alle ragioni per cui esigono l'uso del numero telefonico della IPB per qualsiasi operazione di telemarketing a cui partecipi la rete televisiva RTL.

10 In proposito è opportuno sottolineare che, secondo la ripartizione delle competenze effettuata dall'art. 177 nell'ambito del procedimento pregiudiziale, spetta al

solo giudice nazionale valutare la pertinenza di detti argomenti ed, eventualmente, rivolgersi nuovamente alla Corte se ritiene necessario ottenere una più ampia interpretazione del diritto comunitario onde pronunciarsi. La Corte non ha quindi motivo di esaminare gli argomenti summenzionati.

Sulla prima questione pregiudiziale

11 In sostanza, la prima questione mira a stabilire se l'art. 86 del trattato si applichi all'impresa che detenga una posizione dominante su un mercato determinato, qualora detta posizione sia conseguenza non già dell'attività dell'impresa stessa, bensì della circostanza che, a causa delle disposizioni di leggi o regolamenti, non può esservi concorrenza su detto mercato oppure la concorrenza può essere solo estremamente limitata.

12 La CBEM propone alla Corte di risolvere affermativamente la questione. Secondo la giurisprudenza della Corte, l'impresa che detenga il monopolio di un determinato servizio occuperebbe sul mercato di detto servizio una posizione dominante ai sensi dell'art. 86 e detto articolo si applicherebbe al comportamento delle imprese di radiodiffusione. La CLT non potrebbe invocare la deroga dell'art. 90, n. 2, poiché non sarebbe un'impresa « incaricata della gestione di servizi di interesse economico generale » ai sensi di questa disposizione.

13 La CLT ricorda che la Corte, nella sentenza 30 aprile 1974 (Sacchi, 155/73, Racc. pag. 409), ha deciso che uno stato, per considerazioni di pubblico interesse di carattere non economico, può sottrarre le trasmissioni radiotelevisive al gioco della concorrenza, attribuendo un monopolio ad un'impresa. Estendendo la questione sollevata, la CLT propone quindi di dichiarare che l'esistenza di un monopolio in capo ad un'impresa alla quale uno stato attribuisce, a norma dell'art. 90, diritti esclusivi, non è, in quanto tale, incompatibile con l'art. 86 del trattato.

14 La IPB si oppone alla definizione astratta di posizione dominante che viene proposta, a suo parere, nella questione pregiudiziale. Essa sostiene che non si può prescindere dal prodotto o dal servizio in questione né dalle dimensioni del mercato. Inoltre, per ricadere sotto l'art. 86, la posizione dominante dovrebbe ostacolare il commercio tra Stati membri ad esercitarsi in una parte sostanziale del mercato comune. Questa impresa propone quindi alla Corte di dichiarare che l'esistenza di

un monopolio legale non implica, in quanto tale, l'esistenza di una posizione dominante ai sensi dell'art. 86.

15 Secondo la Commissione, la nozione di posizione dominante, come è stata definita dalla Corte, si riferisce ad una situazione di fatto, indipendente dai motivi per i quali detta situazione esiste. La questione pregiudiziale andrebbe quindi risolta affermativamente.

16 A proposito di detta prima questione pregiudiziale, è opportuno anzitutto ricordare che, secondo la costante giurisprudenza della Corte, confermata ultimamente dalla sentenza 9 novembre 1983 (Michelin, 322/81, Racc. pag. 3461), la posizione dominante ai sensi dell'art. 86 è caratterizzata da una situazione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza effettiva sul mercato di cui trattasi ed ha la possibilità di tenere comportamenti indipendenti in misura rilevante nei confronti dei propri concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori. Il fatto che l'insussistenza di concorrenza o la limitazione di questa sul mercato in questione sia determinata o favorita da disposizioni di legge o di regolamenti non esclude affatto l'applicazione dell'art. 86, come la Corte ha deciso fra l'altro, nelle sentenze 13 novembre 1975 (General Motors, 26/75, Racc. pag. 1367), 16 novembre 1977 (Inno/ATAB, 13/77, Racc. pag. 2115) e, da ultimo, nella sentenza 20 marzo 1985 (Italia/ Commissione, 41/83, Racc. 1985, pag. 880).

17 Se è vero, come ha sostenuto la CLT, che l'esistenza di un monopolio in capo ad un'impresa alla quale uno Stato membro ha attribuito dei diritti esclusivi ai sensi dell'art. 90 del trattato non è, in quanto tale, incompatibile con l'art. 86, emerge tuttavia dallo stesso articolo che siffatte imprese restano soggette alle norme del trattato in fatto di concorrenza ed in particolare a quelle contenute nell'art. 86. Nella summenzionata sentenza 30 aprile 1974 (Sacchi) la Corte ha del pari rilevato che, sebbene alcuni Stati membri organizzino le imprese incaricate del servizio televisivo, anche per quanto riguarda le loro attività commerciali, in specie nel campo pubblicitario, come imprese incaricate di un servizio d'interesse economico generale, i divieti di cui all'art. 86 valgono, per quanto riguarda il loro comportamento sul mercato, in forza dell'art. 90, n. 2, finché non sia dimostrato che i divieti stessi sono incompatibili con lo svolgimento del loro compito.

18 È quindi opportuno risolvere la prima questione pregiudiziale dichiarando che l'art. 86 del trattato CEE va interpretato nel senso che si applica all'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato, anche qualora detta posizione sia dovuta non già all'attività dell'impresa stessa, bensì al fatto che, a causa di disposizioni di legge o di regolamenti, non può esservi concorrenza su detto mercato oppure può esservene unicamente una estremamente limitata.

Sulla seconda questione pregiudiziale

19 La seconda questione mira ad accertare se il fatto che un'impresa, che detenga una posizione dominante su un determinato mercato, si riservi o riservi ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo, ad esclusione di qualsiasi altra impresa, un'attività ausiliaria che potrebbe essere esercitata da una terza impresa nell'ambito della propria attività su un mercato vicino, ma distinto, costituisse abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86.

20 La CBEM sostiene che il comportamento descritto nella questione costituisce abuso ai sensi di varie disposizioni dell'art. 86. Qualora una rete televisiva subordini la vendita di tempi di trasmissione, per qualsiasi operazione di telemarketing all'uso, come numero di chiamata, del numero telefonico della propria agenzia pubblicitaria esclusiva, che appartiene allo stesso gruppo, questo comportamento costituirebbe un rifiuto di vendita nei confronti di altre imprese di telemarketing. Per gli utenti pubblicitari, questo comportamento costituirebbe l'imposizione di un servizio vincolato ed una limitazione degli sbocchi, vietate dalla lett. d) e, rispettivamente, dalla lett. b) dello stesso articolo. Esso implicherebbe infine la possibilità, per l'agenzia, di imporre ai clienti prezzi eccessivamente alti, vietati dalla lett. a).

21 La CLT e la IPB sostengono che il fatto che un'impresa, alla quale uno Stato ha attribuito dei diritti esclusivi e che occupa quindi una posizione dominante, si riservi o riservi ad un'impresa con la quale essa ha comunità di interessi, attività ausiliarie che potrebbero essere svolte da un'impresa terza non costituisce, di per sé, un abuso di posizione dominante. Sarebbe inoltre necessario che l'impresa che gode di detta posizione dominante se ne valga per procurarsi vantaggi che il gioco della concorrenza effettiva non le consentirebbe di ottenere e che il suo comportamento possa recare pregiudizio ai consumatori, ad esempio, imponendo tariffe o condizioni inique.

22 La CLT sottolinea, in particolare, che la decisione di non valersi più dell'intervento della CBEM e dei suoi telefonisti non può considerarsi abusiva qualora sia dovuta alle leggi del commercio, come del resto l'obbligo per gli utenti per qualsiasi operazione di risposta televisiva diffusa alla rete RTL, di usare il numero di telefono dell'agente esclusivo di detta rete non costituirebbe abuso qualora sia dovuto agli stretti vincoli fra i due servizi forniti e sia necessario, in pratica per conservare il prestigio della rete televisiva.

23 La Commissione deduce dalla sentenza 6 marzo 1974 (Commercial Solvents e a./Commissione, 6 e 7/73, Racc. pag. 223) che l'impresa la quale detenga una posizione dominante su un mercato e sia, per questo stesso motivo, in grado di controllare le attività di altre imprese presenti, su un mercato vicino, qualora decida di entrare in questo secondo mercato, non può rifiutare senza valido motivo, se non vuole commettere un abuso di posizione dominante ai sensi dell'art. 86, di fornire il prodotto (o, eventualmente, di prestare il servizio) sul mercato nel quale essa occupa già una posizione dominante, alle imprese le cui attività si svolgono sul mercato sul quale essa entra.

24 Il comportamento sul quale verte la causa principale, quand'anche non fosse considerato come rifiuto di vendita, bensì come imposizione di una condizione contrattuale, sarebbe, secondo la Commissione, incompatibile con l'art. 86. In primo luogo la IPB, in quanto venditore di tempi di trasmissione, imporrebbe a qualsiasi altra impresa, per le operazioni di telemarketing, una condizione che essa non si autoimpone per queste stesse operazioni, vale a dire la condizione di non servirsi del proprio numero telefonico, il che sarebbe una condizione negoziale non equa ai sensi dell'art. 86, lett. a). In secondo luogo, la IPB subordinerebbe la stipulazione di contratti all'accettazione di prestazioni supplementari senza nesso con l'oggetto dei contratti stessi il che sarebbe incompatibile con l'art. 86, lett. d).

25 Per risolvere la seconda questione del giudice a quo, è opportuno assumere come punto di partenza la summenzionata sentenza 6 marzo 1974 (Commercial Solvents) nella quale la Corte ha rilevato che il detentore di una posizione dominante sul mercato delle materie prime il quale, nell'intento di riservarle alla propria produzione di derivati, rifiuti di fornirne ad un cliente, anch'esso fabbricante di tali

derivati, col rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte del cliente stesso, sfrutta la propria posizione dominante in modo abusivo si sensi dell'art. 86.

26 Ciò vale del pari nel caso dell'impresa che detenga una posizione dominante sul mercato di un servizio indispensabile per le attività di un'altra impresa su un altro mercato. Se, come il giudice nazionale ha già accertato nel provvedimento di rinvio, le attività di telemarketing costituiscono un mercato distinto da quello del mezzo pubblicitario scelto, pure se a questo strettamente connesso, e se dette attività consistono essenzialmente nel mettere a disposizione degli utenti la centrale telefonica e il gruppo di telefonisti dell'impresa di telemarketing, il subordinare la vendita di tempi di trasmissione all'impegno di usare la centrale telefonica dell'agenzia pubblicitaria appartente allo stesso gruppo della rete a qualsiasi altra impresa di telemarketing. Se poi questo rifiuto non è giustificato da necessità tecniche o commerciali inerenti al carattere del mezzo televisivo, ma ha lo scopo di riservare a questa agenzia qualsiasi operazione di telemarketing diffusa tramite detta rete, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di un'impresa terza, questo comportamento costituisce un abuso vietato dall'art. 86, se sussistono gli altri presupposti per l'applicazione di detto articolo.

27 È quindi opportuno risolvere la seconda questione pregiudiziale dichiarando che costituisce abuso ai sensi dell'art. 86 il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi o riservi ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo, e senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria che potrebbe esser svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa.

Sulle spese

28 Le spese incontrate dal governo della Repubblica federale di Germania e dalla Commissione delle Comunità europee, che hanno presentato osservazioni alla Corte, non sono ripetibili. Nei confronti delle parti nella causa principale il presente procedimento costituisce un incidente sollevato dinanzi al giudice nazionale, cui spetta quindi pronunciarsi sulle spese.

Per questi motivi,

LA CORTE (quinta sezione),

pronunciandosi sulle questioni ad essa sottoposte dal vicepresidente del tribunal de commerce di Bruxelles, con ordinanza 21 dicembre 1984,

dichiara:

1) **L'art. 86 del trattato CEE va interpretato nel senso che si applica all'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato, anche qualora detta posizione sia dovuta, non già all'attività dell'impresa stessa, bensì al fatto che, a causa di disposizioni di legge o di regolamenti, non può esservi concorrenza su detto mercato oppure può esservene unicamente una estremamente limitata.**

2) **Costituisce abuso ai sensi dell'art. 86 il fatto che l'impresa che detenga una posizione dominante su un determinato mercato si riservi o riservi ad un'impresa appartenente allo stesso gruppo, e senza necessità obiettiva, un'attività ausiliaria che potrebbe essere svolta da una terza impresa nell'ambito delle sue attività su un mercato vicino, ma distinto, con il rischio di eliminare qualsiasi concorrenza da parte di detta impresa.**

Mackenzie Stuart Due

Kakouris Everling Galmot

Così deciso e pronunciato a Lussemburgo, il 3 ottobre 1985.

Il cancelliere

P. Heim

Il presidente

A. J. Mackenzie Stuart