ARREST VAN HET HOF (Vijfde kamer)
3 oktober 1985 *

In zaak 311/84,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, in het aldaar aanhangig geding tussen

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

en

SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT),

SA Information publicité Benelux (IPB),

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van artikel 86 EEG-Verdrag,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

samengesteld als volgt: Mackenzie Stuart, president, O. Due, C. Kakouris, U. Everling en Y. Galmot, rechters,

advocaat-generaal: C. O. Lenz
griffier: P. Heim

gelet op de opmerkingen ingediend door:

— SA Centre belge d'études de marché — télémarketing (CBEM), verzoekster in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door W. Pissoort, advocaat te Brussel,

— SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT), eerste verweerster, vertegenwoordigd door G. Kirschen en N. Huisman, advocaten te Brussel,

— SA Information publicité Benelux (IPB), tweede verweerster, vertegenwoordigd door M. Colinet, advocaat te Brussel,

* Procestaal: Frans.

— Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur N. Coutrelis,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 11 juli 1985,

het navolgende

ARREST

(omissis)

In rechte

1 Bij beschikking van 21 december 1984, ingekomen ten Hove op 27 december daaraanvolgend, heeft de ondervoorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel, zetelend in kort geding, uitspraak doende op een vordering tot staking, waarnemend voor de voorzitter van de Rechtbank, krachtens artikel 177 EEG-Verdrag twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 86 EEG-Verdrag.

2 Deze vragen zijn gerezen in een geding, door SA Centre belge d'études de marché — télémarketing (hierna: CBEM) aanhangig gemaakt tegen SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT), die de televisiezender RTL exploiteert, en SA Information publicité Benelux (IPB), die het alleenrecht heeft voor de reclamespots die via deze zender naar het Benelux-gebied worden uitgezonden. CBEM vordert met name dat aan CLT en IPB zal worden gelast, een einde te maken aan hun weigering reclamezendtijd op RTL te verkopen voor telefonische marketingacties op televisie, waarbij gebruik wordt gemaakt van een ander telefoonnummer dan dat van IPB.

3 Blijkens het dossier is CBEM een handelsvennootschap, die zich sedert 1978 bezighoudt met de studie van de „tele-verkoop" of „tele-marketing", een techniek waarbij een adverteerder in een via het gekozen communicatiemedium (in casu de televisie) uitgezonden reclamespot een telefoonnummer bekendmaakt waaronder het publiek inlichtingen kan inwinnen over het aangeboden produkt dan wel anderszins bij de reclamecampagne wordt betrokken.

4 In 1982 organiseerde CBEM voor het eerst een tele-marketingactie op RTL. In 1983 sloot zij een overeenkomst met IPB, waarbij zij voor een periode van twaalf maanden het alleenrecht verkreeg voor deze vorm van reclame via voor de Benelux-markt bestemde RTL-uitzendingen. Het telefoonnummer dat ter kennis van de kijkers werd gebracht, was dat van CBEM, die zodoende haar telefooncentrale en het daarbij behorende personeel ter beschikking stelde van de adverteerders en de televisiezender.

5 Na de afloop van deze overeenkomst deelde IPB de adverteerders mee, dat RTL vanaf april 1984 enkel nog reclamespots met een uitnodiging om op te bellen kon aanvaarden, indien het voor België aangegeven telefoonnummer dat van IPB was. CBEM heeft tegen deze mededeling een vordering tot staking ingesteld bij de Rechtbank van Koophandel, onder meer stellende dat die mededeling een misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag opleverde.

6 Blijkens zijn verwijzingsbeschikking is de ondervoorzitter van de Rechtbank van oordeel, dat „CLT en dus ook haar dochteronderneming IPB" een „overheersende positie" innemen op de markt van de voor het Franstalige Belgische publiek bestemde televisiereclame, aangezien er in België zelf (nog) geen commerciële televisiereclame op de nationale zender wordt uitgezonden, en de reclame op de andere Franstalige zenders die in België kunnen worden ontvangen, weinig of niet op het Belgische publiek is afgestemd. Volgens de ondervoorzitter van de Rechtbank is het echter de vraag, of deze overheersende positie een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag is, aangezien ingevolge de ter zake geldende verdragen en wetten CLT rechtens een monopolie bezit op een markt waarop geen echte vrijheid van vestiging bestaat.

7 Wat de telefonische marketing betreft, komt de ondervoorzitter, na een analyse van de door CBEM aangegane verbintenissen en de handelwijze van de partijen in het hoofdgeding, tot de conclusie dat CBEM een hulpfunctie in de reclamesector vervult, doch zulks eerder ten behoeve van de adverteerders dan ten behoeve van de omroep. Vergeleken met de markt van de televisiereclame zou de telefonische marketing dus een afzonderlijke en zeer open markt vormen, waar veel ruimte bestaat voor mededinging. In de veronderstelling dat CLT en IPB op eerstbedoelde markt een machtspositie in de zin van artikel 86 bezitten, zou dus tevens de vraag rijzen, of de bestreden handelwijze een misbruik kan opleveren.

8 In deze omstandigheden heeft de ondervoorzitter van de Rechtbank de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de navolgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Uitlegging van het begrip ‚machtspositie':

Is er sprake van een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag, wanneer een onderneming een wettelijk monopolie voor de levering van bepaalde goederen of diensten bezit en de mededinging ten aanzien van die goederen of diensten daardoor is uitgesloten ? Houdt het begrip ‚machtspositie' het bestaan in van een virtuele mededingingsmogelijkheid die door toedoen van degene die de machtspositie bezit, wordt uitgeschakeld of verstikt, of kan van een machtspositie ook worden gesproken in een situatie waarin zulke mededinging niet kan bestaan of in ieder geval uiterst beperkt is ?

2) Uitlegging van het begrip ‚misbruik van machtspositie':

Indien in het in de eerste vraag bedoelde geval moet worden aangenomen dat de betrokken onderneming een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag bezit, is dan als misbruik van machtspositie te beschouwen een gedraging van die onderneming, welke erin bestaat dat zij aan zichzelf of aan een door haar gecontroleerde dochteronderneming, met uitsluiting van alle andere ondernemingen, een nevenactiviteit voorbehoudt die door een derde onderneming in het kader van haar bedrijvigheid zou kunnen worden verricht ?"

9 Vooraf zij erop gewezen, dat partijen in het hoofdgeding en de Commissie voor het Hof verscheidene argumenten ter sprake hebben gebracht die niet direct betrekking hebben op voormelde prejudiciële vragen. Dit geldt met name voor de argumenten betreffende de financiële en commerciële banden tussen CLT en IPB, de omvang en de materiële en de geografische afbakening van de betrokken markt(en), de feitelijke en de wettelijke positie van CLT en IPB op deze markten, de mogelijke ongunstige gevolgen van de gedragingen van deze vennootschappen voor het handelsverkeer tussen Lid-Staten, en hun beweegredenen om te verlangen dat bij elke telefonische-marketingactie via de RTL-televisiezender het telefoonnummer van IPB wordt gebruikt.

10 Overeenkomstig de in artikel 177 geregelde bevoegdheidsverdeling in het kader van de prejudiciële procedure, staat het uitsluitend aan de nationale rechter om de

relevantie van die argumenten te beoordelen en om zich in voorkomend geval andermaal tot het Hof te wenden indien hij meent, aanvullende gegevens over de uitlegging van het gemeenschapsrecht nodig te hebben om vonnis te kunnen wijzen. Het ligt dus niet op de weg van het Hof om van bovenbedoelde argumenten kennis te nemen.

De eerste prejudiciële vraag

11 Met de eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of artikel 86 EEG-Verdrag van toepassing is op een onderneming die op een bepaalde markt een machtspositie bezit, wanneer deze machtspositie niet te danken is aan de activiteit van de onderneming zelf, maar aan de omstandigheid dat wegens wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen mededinging op die markt niet of slechts in zeer beperkte mate mogelijk is.

12 CBEM geeft het Hof in overweging, deze vraag bevestigend te beantwoorden. Een onderneming, die het monopolie van een bepaalde dienst heeft, zou, volgens de rechtspraak van het Hof, op de desbetreffende markt een machtspositie bezitten als bedoeld in artikel 86; dit artikel zou van toepassing zijn op de gedragingen van omroepmaatschappijen. CLT zou zich niet op de afwijkingsbepalingen van artikel 90, lid 2, kunnen beroepen, aangezien zij niet een „onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen belang" is in de zin van deze bepaling.

13 CLT brengt in herinnering dat het Hof in zijn arrest van 30 april 1974 (zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409) heeft erkend, dat een staat, uit overwegingen van algemeen belang van andere dan economische aard, radio- en televisie-uitzendingen door toekenning van een monopolie aan een onderneming aan de mededinging mag onttrekken. De strekking van de gestelde vraag verbredend, geeft CLT het Hof in overweging, haar aldus te beantwoorden, dat het feit dat een onderneming waaraan een staat uitsluitende rechten in de zin van artikel 90 verleent, een monopolie heeft, niet als zodanig onverenigbaar is met artikel 86 EEG-Verdrag.

14 IPB verzet zich tegen de abstracte definitie van het begrip machtspositie, die haars inziens in de prejudiciële vraag ligt besloten. Zij betoogt, dat noch het betrokken produkt of de dienst, noch de omvang van de betrokken markt buiten beschouwing mag blijven. Verder zou er eerst sprake zijn van een machtspositie in de zin van artikel 86, wanneer zij de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloedt en zich doet gelden op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Het Hof

zou dan ook op de vraag moeten antwoorden, dat een wettelijk monopolie niet noodzakelijkerwijs een machtspositie in de zin van artikel 86 impliceert.

15 Volgens de Commissie verwijst het begrip machtspositie als omschreven door het Hof, naar een feitelijke toestand, onverschillig aan welke oorzaken zij haar bestaan dankt. Mitsdien zou de prejudiciële vraag bevestigend moeten worden beantwoord.

16 Met betrekking tot deze eerste prejudiciële vraag zij er vooraf aan herinnerd, dat volgens 's Hofs vaste rechtspraak, laatstelijk bevestigd in het arrest van 9 november 1983 (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461), met een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag wordt gedoeld op een economische machtspositie van een onderneming, die haar in staat stelt het voortbestaan van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen, en die het haar mogelijk maakt zich jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen. Onder meer in zijn arresten van 13 november 1975 (zaak 26/75, General Motors, Jurispr. 1975, blz. 1367), 16 november 1977 (zaak 13/77, Inno, Jurispr. 1977, blz. 2215) en laatstelijk in zijn arrest van 20 maart 1985 (zaak 41/83, Italië/Commissie, Jurispr. 1985, blz. 880) verklaarde het Hof, dat het feit dat de afwezigheid of de beperking van de mededinging op een bepaalde markt zijn oorzaak vindt in of in de hand wordt gewerkt door wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, geenszins in de weg staat aan toepassing van artikel 86.

17 Ofschoon CLT terecht betoogt dat het monopolie van een onderneming waaraan een Lid-Staat uitsluitende rechten in de zin van artikel 90 EEG-Verdrag heeft verleend, niet als zodanig onverenigbaar is met artikel 86, blijkt anderzijds uit ditzelfde artikel, dat een dergelijke onderneming onderworpen blijft aan de mededingingsregels van het Verdrag, inzonderheid die van artikel 86. In voormeld arrest van 30 april 1974 (zaak 155/73), heeft het Hof eveneens erop gewezen dat, indien bepaalde Lid-Staten de met de exploitatie van de televisie belaste ondernemingen zelfs voor hun commerciële activiteiten, meer bepaald op het gebied van de reclame, inrichten als ondernemingen belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang, het marktgedrag van die ondernemingen toch ingevolge artikel 90, lid 2, onderworpen blijft aan de verbodsbepalingen van artikel 86, zolang niet is aangetoond dat deze bepalingen onverenigbaar zijn met de uitoefening van hun taak.

18 Mitsdien moet het antwoord op de eerste prejudiciële vraag luiden, dat artikel 86 EEG-Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat het van toepassing is op een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt, ook wanneer deze machtspositie niet te danken is aan de activiteit van de onderneming zelf, maar aan de omstandigheid dat wegens wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen mededinging op die markt niet of slechts in zeer beperkte mate mogelijk is.

De tweede prejudiciële vraag

19 Met de tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt zich schuldig maakt aan misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86, wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt verricht zou kunnen worden, aan zichzelf of aan een tot dezelfde groep behorende onderneming voorbehoudt met uitsluiting van alle andere ondernemingen.

20 CBEM is de mening toegedaan, dat de in de vraag bedoelde gedraging in de zin van verscheidene bepalingen van artikel 86 een misbruik is. Wanneer een televisiezender de verkoop van zendtijd voor telefonische marketingacties in beginsel afhankelijk stelt van het gebruik van het telefoonnummer van haar enige reclameagent, die tot dezelfde groep behoort, zou dat neerkomen op een weigering van verkoop aan andere ondernemingen in de sector telefonische marketing. Tegenover de adverteerders zou het neerkomen op het opdringen van een gekoppelde dienst en een beperking van de afzet, wat in strijd is met het bepaalde sub d, respectievelijk sub b, van genoemd artikel. Ten slotte zou het, in strijd met artikel 86, sub a, de reclameagent de mogelijkheid bieden, de adverteerders onbillijk hoge prijzen op te leggen.

21 CLT en IPB betogen dat een onderneming waaraan een staat uitsluitende rechten heeft verleend en die daardoor een machtspositie bezit, niet zonder meer misbruik van deze machtspositie maakt wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming kan worden verricht, voorbehoudt aan zichzelf of aan een andere vennootschap waarmee zij gemeenschappelijke belangen heeft. Vereist is verder, dat de onderneming van die machtspositie gebruik maakt om zich voordelen te verschaffen die in een stelsel van daadwerkelijke mededinging buiten haar bereik zouden liggen, en dat zij door haar gedrag de gebruikers benadeelt, bijvoorbeeld door het opleggen van onbillijke tarieven of voorwaarden.

22 CLT wijst er met name op, dat de beslissing om niet langer gebruik te maken van CBEM en haar telefonisten, niet als een misbruik is aan te zien wanneer die beslissing op commerciële overwegingen berust; ook de aan de adverteerders opgelegde verplichting om in alle „télé-réponse"-spots op RTL enkel nog het telefoonnummer van de enige reclameagent van de zender te gebruiken, vormt geen misbruik wanneer de reden daarvoor gelegen is in de nauwe samenhang tussen de twee verleende diensten, en het in de praktijk noodzakelijk is ter bescherming van het imago van de televisiezender.

23 De Commissie leidt uit 's Hofs arrest van 6 maart 1974 (gevoegde zaken 6 en 7/73, Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223) af, dat een onderneming die op een markt een machtspositie bezit en daardoor in staat is de activiteiten van andere ondernemingen op een verwante markt te controleren, en die ook op deze tweede markt bedrijvig wenst te worden, misbruik maakt van haar machtspositie in de zin van artikel 86 wanneer zij zonder geldige reden weigert op de reeds door haar beheerste markt een produkt te leveren (of een dienst te verlenen) aan ondernemingen die werkzaam zijn op de markt waarop zij zelf wil doordringen.

24 Ook indien de gedraging waarom het in het hoofdgeding gaat, niet als een weigering om te leveren ware te beschouwen, doch als een opgelegd contractueel beding, zou zij volgens de Commissie niettemin strijdig zijn met artikel 86. Enerzijds zou IPB, als verkoper van zendtijd, alle andere ondernemingen die telefonische-marketingacties voeren, een voorwaarde opleggen die zij voor soortgelijke acties niet aan zichzelf stelt, namelijk dat zij niet hun eigen telefoonnummer mogen gebruiken, hetgeen een onbillijke contractuele voorwaarde is in de zin van artikel 86, sub a, anderzijds zou IPB het sluiten van overeenkomsten afhankelijk stellen van de aanvaarding van bijkomende prestaties die geen verband houden met het onderwerp van die overeenkomsten, wat in strijd is met artikel 86, sub d.

25 Voor het antwoord op de tweede vraag van de verwijzende rechter moet worden uitgegaan van voormeld arrest van 6 maart 1974 (gevoegde zaken 6 en 7/73, Commercial Solvents), waarin het Hof verklaarde, dat de bezitter van een machtspositie op de grondstoffenmarkt, die — ten einde die grondstoffen voor zijn eigen produktie van derivaten te reserveren — de levering ervan weigert aan een afnemer welke zelf producent van die derivaten is, met de kans elke concurrentie van-

wege die afnemer uit te schakelen, misbruik maakt van zijn machtspositie in de zin van artikel 86.

26 Dit geldt ook in het geval van een onderneming die een machtspositie bezit op de markt van een dienst die onmisbaar is voor de bedrijvigheid van een andere onderneming op een andere markt. Waar, zoals de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeschikking reeds heeft vastgesteld, telefonische marketing een afzonderlijke markt vormt, die — hoe eng de banden tussen beide ook zijn — onderscheiden is van de markt waarop het gekozen reclamemedium opereert, en waar telefonische marketing in wezen hierin bestaat dat de telefooncentrale en de telefonisten van de betrokken onderneming ter beschikking van de adverteerders worden gesteld, vormt de voorwaarde dat zendtijd enkel wordt verkocht indien gebruik wordt gemaakt van de telefooncentrale van de reclameagent die tot dezelfde groep behoort als de televisiezender, in feite een weigering om de diensten van deze zender ter beschikking te stellen van enige andere onderneming voor telefonische marketing. Indien voorts deze weigering niet haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van technische of commerciële aard, die eigen zijn aan het medium televisie, doch ertoe strekt alle via die zender uitgezonden telefonische marketingacties voor te behouden aan bedoelde reclameagent, met de kans elke concurrentie vanwege een derde onderneming uit te schakelen, vormt deze gedraging een misbruik dat, indien aan de andere voorwaarden voor toepassing van artikel 86 is voldaan, onder het verbod van dit artikel valt.

27 Op de tweede prejudiciële vraag moet mitsdien worden geantwoord, dat een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt zich schuldig maakt aan misbruik in de zin van artikel 86, wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf of aan een tot dezelfde groep behorende onderneming voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld.

Kosten

28 De kosten door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening hunner opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vijfde kamer),

uitspraak doende op de door de ondervoorzitter van de Rechtbank van Koophandel te Brussel bij beschikking van 21 december 1984 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1) Artikel 86 EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het van toepassing is op een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt, ook wanneer deze machtspositie niet te danken is aan de activiteit van de onderneming zelf, maar aan de omstandigheid dat wegens wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen mededinging op die markt niet of slechts in zeer beperkte mate mogelijk is.

2) Een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt maakt zich schuldig aan misbruik in de zin van artikel 86, wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf of aan een tot dezelfde groep behorende onderneming voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld.

Mackenzie Stuart Due

Kakouris Everling Galmot

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 3 oktober 1985.

De griffier

P. Heim

De president

A. J. Mackenzie Stuart