SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta)
de 3 de octubre de 1985 *

En el asunto 311/84,

que tiene por objeto una petición dirigida al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, por el tribunal de commerce de Bruxelles, destinada a obtener, en el litigio pendiente ante dicho órgano jurisdiccional entre

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

y

SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT),

SA Information publicité Benelux (IPB),

una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 86 del Tratado,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

integrado por los Sres.: A.J. Mackenzie Stuart, Presidente; O. Due, C. Kakouris, U. Everling e Y. Galmot, Jueces;

* Lengua de procedimiento: francés.

Abogado General: Sr. C. O. Lenz;
Secretario: Sr. P. Heim;

consideradas las observaciones presentadas:

– En nombre de SA Centre belge d'études de marché-télémarketing, demandante en el litigio principal, por M[e] W. Pissoort, Abogado de Bruselas;

– en nombre de SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT), primera demandada, por M[es] Kirschen y Huisman, Abogados de Bruselas;

– en nombre de SA Information publicité Benelux (IPB), segunda demandada, por M[e] Colinet, Abogado de Bruselas;

– en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por su Consejera Jurídica, Sra. N. Coutrelis;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 11 de julio de 1985;

dicta la siguiente

Sentencia

(No se transcriben los antecedentes de hecho.)

Fundamentos de Derecho

1 Mediante resolución de 21 de diciembre de 1984, recibida en el Tribunal de Justicia el 27 de diciembre siguiente, el Vicepresidente del tribunal de commerce de Bruxelles, que sustituye al Presidente del mismo Tribunal,

pronunciándose en procedimiento sobre medidas provisionales en una acción de cesación planteó, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, dos cuestiones relativas a la interpretación del artículo 86 del Tratado.

2 Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de un procedimiento iniciado por SA Centre belge d'études de marché – télémarketing (en lo sucesivo, «CBEM») contra SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT), que explota la cadena de televisión RTL, y contra SA Information publicité Benelux (IPB), agente exclusiva para la publicidad televisiva dirigida a los países del Benelux. A través de dicho procedimiento, CBEM pretende, en particular, que se ordene el cese de la negativa de CLT e IPB a la venta de tiempos de antena en la cadena RTL para operaciones de márketing telefónico en televisión, utilizando un número de teléfono distinto del de IPB.

3 Resulta de los autos que CBEM es una sociedad mercantil que ha estado estudiando, desde 1978, la técnica denominada de televenta o «telemárketing» mediante la cual un anunciante da a conocer, durante un mensaje publicitario difundido a través del medio elegido, en este caso la televisión, un número de teléfono en el que los destinatarios del mensaje pueden o bien obtener información sobre el producto ofrecido, o bien participar de otra forma en la campaña publicitaria.

4 CBEM organizó su primera operación de telemárketing en la cadena RTL en 1982. En 1983, celebró con IPB un acuerdo por un período de doce meses, concediéndole el derecho en exclusiva para este tipo de publicidad, dirigido al mercado del Benelux, difundida en la cadena RTL. El número de teléfono indicado a los telespectadores era el de CBEM, que ponía de esta forma su centralita telefónica y su equipo de telefonistas a disposición de los anunciantes y de la cadena de televisión.

5 Desde la finalización del referido acuerdo, IPB advirtió a los anunciantes que a partir del mes de abril de 1984 sólo podría aceptar spots que invitaran a llamar por teléfono si el número de teléfono utilizado en Bélgica fuera el de IPB. Contra dicha advertencia, CBEM presentó una acción de cesación ante el tribunal de commerce alegando, entre otras cosas, que constituía un abuso de posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado.

6 En su resolución de remisión, el Vicepresidente del Tribunal estima que «CLT y por consiguiente su filial IPB» ocupan una «posición preponderante» en el mercado del anuncio publicitario televisivo, destinado en particular al público belga francófono, dado que en Bélgica ni siquiera existe o no existe aún publicidad comercial televisiva en las cadenas nacionales y la publicidad de las otras cadenas de lengua francesa que puede captarse en Bélgica no va destinada apenas, o en absoluto, al público belga. El Vicepresidente del Tribunal se pregunta, no obstante, si dicha posición preponderante constituye una posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado, dado que a tenor de los Tratados y de las leyes sobre la materia, CLT disfruta de un monopolio legal en un mercado en el que no existe una libertad de establecimiento real.

7 Por lo que respecta a las actividades de telemárketing, el Vicepresidente llega a la conclusión, tras analizar las formas de contratación de CBEM y el comportamiento de las partes en el procedimiento principal, de que si bien CBEM se ocupa de una actividad auxiliar de la publicidad, dicha actividad ha de situarse más bien entre las auxiliares de los anunciantes que entre las de las cadenas emisoras. Con relación al mercado de la publicidad televisiva, las actividades de telemárketing constituyen, pues, un mercado distinto y muy abierto, en el que sería posible una competencia amplia. En el supuesto de que CLT e IPB ocuparan una posición dominante a efectos del artículo 86 en el primero de dichos mercados, se plantearía también, por tanto, la cuestión de si el comportamiento impugnado puede constituir un abuso de la misma.

8 Ante dichas circunstancias, el Vicepresidente del Tribunal suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) Interpretación del concepto de posición dominante

¿Existe posición dominante, a efectos del artículo 86 del Tratado CEE, cuando una empresa disfruta de un monopolio legal para el suministro de determinados bienes, o bien de determinados servicios, y que por esta razón queda excluida la competencia en el ámbito de dichos bienes o servicios? El concepto de posición dominante, ¿implica una posibilidad real de supresión o eliminación de la competencia por la actuación de quien ocupa la posición dominante, o puede concebirse en un contexto

en el que no puede existir tal competencia o es, en cualquier caso, sumamente limitada?

2) Interpretación del concepto de abuso de posición dominante

Para el caso de que, en el supuesto previsto en la primera cuestión, se admitiera que la empresa de que se trata ocupa una posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado CEE, ¿debe interpretarse entonces el comportamiento de tal empresa, consistente en reservarse, o reservar a una filial controlada por ella, con exclusión de cualquier otra empresa, una actividad auxiliar que podría realizar otra empresa como parte de sus actividades, en el sentido de que constituye un abuso de posición dominante?»

9 Procede señalar con carácter previo que varios de los argumentos expuestos al Tribunal de Justicia por las partes del procedimiento principal y por la Comisión se refieren a problemas no englobados en las citadas cuestiones prejudiciales. Se trata, en particular, de argumentos relativos a las relaciones económicas y comerciales entre CLT e IPB, a la extensión y delimitación material y geográfica del mercado o mercados de que se trata, a la posición legal y de hecho de CLT e IPB en dichos mercados, a la cuestión de si el comercio entre los Estados miembros puede resultar afectado por el comportamiento de dichas sociedades y a sus motivos para exigir la utilización del número de teléfono de IPB en toda operación de telemárketing en la que participe la cadena de televisión RTL.

10 Procede subrayar a este respecto que, en virtud del reparto de competencias establecido por el artículo 177 para los procedimientos prejudiciales, corresponde únicamente al órgano jurisdiccional nacional apreciar la relevancia de tales argumentos y, en su caso, dirigirse de nuevo al Tribunal de Justicia si considera necesario obtener más elementos de interpretación del Derecho comunitario para dictar su sentencia. No procede, pues, que el Tribunal de Justicia examine dichos argumentos.

Sobre la primera cuestión prejudicial

11 La primera cuestión pretende que se dilucide, fundamentalmente, si el artículo 86 del Tratado es aplicable a una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado concreto, cuando dicha posición es imputable, no a la actividad de la propia empresa, sino a la circunstancia de que, debido a las disposiciones legales o reglamentarias, no puede haber competencia en dicho mercado, o la competencia que puede haber en el mismo sea sumamente limitada.

12 CBEM propone al Tribunal de Justicia que responda afirmativamente a dicha cuestión. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, una empresa que posee el monopolio de un servicio determinado, ocupa en el mercado de dicho servicio una posición dominante a efectos del artículo 86, y este artículo es aplicable al comportamiento de los organismos de radiodifusión. CLT no puede invocar las excepciones establecidas en el apartado 2 del artículo 90, ya que no es una «empresa encargada de la gestión de servicios de interés general», a efectos de esta última disposición.

13 CLT recuerda que el Tribunal de Justicia admitió, en su sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73,↔ Rec. p. 409), que un Estado puede, por consideraciones de interés público de naturaleza no económica, sustraer del ámbito de la competencia las emisiones de radiotelevisión, otorgando el monopolio de las mismas a una empresa. Ampliando el alcance de la cuestión planteada, CLT propone, pues, que se responda que no es incompatible en cuanto tal con el artículo 86 del Tratado que una empresa a la que el Estado ha concedido derechos exclusivos a efectos del artículo 90 ocupe una posición de monopolio.

14 IPB no está de acuerdo con la definición abstracta de posición dominante que se propone, a su juicio, en la cuestión prejudicial. Señala que no puede hacerse abstracción del producto o servicio de que se trata, ni de la magnitud del mercado de referencia. Además, para estar comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 86, la posición dominante debe afectar al comercio entre los Estados miembros y ejercerse sobre una parte sustancial del mercado común. Dicha sociedad propone, pues, al Tribunal de Justicia que responda que la existencia de un monopolio legal no implica, en cuanto tal, la existencia de una posición dominante a efectos del artículo 86.

15 Según la Comisión, el concepto de posición dominante, tal y como ha sido definido por el Tribunal de Justicia, se refiere a una situación de hecho, independiente de las razones por las que existe dicha situación. Debe darse, por tanto, una respuesta afirmativa a la cuestión prejudicial.

16 Con respecto a esta primera cuestión prejudicial, procede recordar en primer lugar que es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, confirmada recientemente por la sentencia de 9 de noviembre de 1983, Michelin (322/81,↔ Rec. p. 3461), que la posición dominante a efectos del artículo 86 se caracteriza por el hecho de que una empresa ocupa una situación económica pujante, que le permite obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de tener unos comportamientos independientes en una medida apreciable respecto a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores. La circunstancia de que la inexistencia de competencia o la limitación de ésta en el mercado de que se trata haya sido originada o favorecida por disposiciones legales o reglamentarias, no excluye en modo alguno la aplicación del artículo 86, como ha reconocido el Tribunal de Justicia, entre otras, en sus sentencias de 13 de noviembre de 1975, General Motors (26/75, Rec. p. 1367); de 16 de noviembre de 1977, Inno (13/77,↔ Rec. p. 2115), y de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión (41/83,↔ Rec. p. 873).

17 Si bien es cierto, como ha señalado CLT, que no es incompatible con el artículo 86 que una empresa a la que un Estado miembro ha concedido derechos exclusivos con arreglo al artículo 90 del Tratado disfrute de un monopolio, en cuanto tal, resulta por el contrario de ese mismo artículo que tales empresas siguen estando sujetas a las normas sobre la competencia del Tratado y, en particular, a las contenidas en el artículo 86. En su citada sentencia Sacchi, el Tribunal de Justicia subrayó asimismo que si bien determinados Estados miembros consideran a las empresas encargadas de la explotación de la televisión, incluso por lo que respecta a sus actividades comerciales, en particular en materia de publicidad, como empresas encargadas de la explotación de un servicio de interés económico general, son aplicables las prohibiciones del artículo 86, por lo que respecta a su comportamiento en el mercado, con arreglo al apartado 2 del artículo 90, mientras no se demuestre que dichas prohibiciones son incompatibles con el ejercicio de su misión.

18 Procede, pues, responder a la primera cuestión prejudicial que el artículo 86 del Tratado debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado concreto, aun cuando dicha posición sea imputable, no a la actividad de la propia empresa, sino a la circunstancia de que, debido a disposiciones legales o reglamentarias, no pueda haber competencia en dicho mercado, o sólo pueda haber en él una competencia sumamente limitada.

Sobre la segunda cuestión prejudicial

19 La segunda cuestión pretende que se dilucide si el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado concreto se reserve o reserve a una empresa perteneciente al mismo grupo, con exclusión de cualquier otra empresa, una actividad auxiliar que podría ser realizada por otra empresa como parte de sus actividades en un mercado afín pero distinto, constituye un abuso de posición dominante a efectos del artículo 86.

20 CBEM considera que el comportamiento al que se refiere esta cuestión constituye un abuso a efectos de varias disposiciones del artículo 86. Cuando una cadena de televisión supedita la venta de tiempos de antena para cualquier operación de telemárketing a la utilización, como número de llamada, del número de teléfono de su agente de publicidad en exclusiva, que pertenece al mismo grupo, dicho comportamiento equivale a una negativa de venta a otras empresas de telemárketing. Respecto a los anunciantes, dicho comportamiento constituye una imposición de un servicio vinculado y una limitación de mercados prohibidas por las letras d) y b), respectivamente, de dicho artículo. Implica, finalmente, la posibilidad de que el agente imponga a los anunciantes precios abusivamente elevados, prohibidos por la letra a).

21 CLT e IPB señalan que el hecho de que una empresa a la que un Estado ha concedido derechos exclusivos y que ocupa, por consiguiente, una posición dominante, se reserve o reserve a una sociedad que tenga intereses comunes con ella, actividades auxiliares que podrían ser realizadas por una tercera empresa, no constituye en sí mismo un abuso de posición dominante. Sería preciso además que la empresa que ocupe dicha posición dominante se sirva de ella para obtener ventajas que no le permitiría obtener un funcionamiento

efectivo de la competencia, y que su comportamiento pueda perjudicar a los consumidores, mediante la imposición de tarifas o condiciones no equitativas.

22 CLT señala, en particular, que la decisión de no recurrir a la intervención de CBEM y sus telefonistas no puede considerarse abusiva cuando es imputable a las leyes del comercio, como tampoco constituye un abuso la imposición a los anunciantes, para cualquier operación de «telerespuesta» difundida por la cadena RTL, de la exigencia de utilizar el número de teléfono del agente exclusivo de dicha cadena, cuando esté motivada por la existencia de vínculos estrechos entre los dos servicios prestados y sea necesaria en la práctica para mantener la imagen de marca de la cadena de televisión.

23 La Comisión deduce de la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión (asuntos acumulados 6/73 y 7/73,↔ Rec. p. 223), que cuando una empresa que ocupa una posición dominante en el mercado y que puede, en consecuencia, controlar las actividades de otras empresas presentes en un mercado afín, decide instalarse en ese segundo mercado, no puede negarse, sin un motivo válido, a menos que incurra en un abuso de posición dominante a efectos del artículo 86, a suministrar el producto (o, en su caso, a prestar el servicio) en el mercado donde ocupa ya una posición dominante, a las empresas cuyas actividades se desarrollen en el mercado en el que penetre.

24 Aun cuando hubiera de considerarse que el comportamiento objeto del litigio principal no es una negativa de suministro, sino la imposición de una condición contractual, sería contrario, a juicio de la Comisión, al artículo 86. Por un lado, IPB, como vendedora de tiempos de antena, impone a todas las demás empresas, para operaciones de telemárketing, una condición que no se impone a sí misma para esas mismas operaciones, a saber, la de no utilizar su propio número de teléfono, lo cual sería una condición de transacción no equitativa, a efectos de la letra a) del artículo 86. Por otro lado, IPB supedita la celebración de contratos a la aceptación de obligaciones suplementarias que no tengan relación con el objeto de dichos contratos, lo cual sería contrario a lo dispuesto en la letra d) del artículo 86.

25 Para responder a la segunda cuestión del órgano jurisdiccional nacional, debe tomarse como punto de partida la citada sentencia Istituto Chemioterapico Italiano y Commercial Solvents/Comisión, en la que el Tribunal de Justicia

estimó que quien ocupa una posición dominante en el mercado de materias primas que, con el fin de reservarlas a su propia producción de derivados, negare su suministro a un cliente, productor también de dichos derivados, con la posibilidad de eliminar toda competencia por parte de dicho cliente, explota su posición dominante de un modo abusivo en el sentido del artículo 86.

26 Dicha regla es válida también para el caso de una empresa que ocupa una posición dominante en el mercado de un servicio indispensable para las actividades de otra empresa en otro mercado. Si, como señaló ya el órgano jurisdiccional nacional en su resolución de remisión, las actividades de telemárketing constituyen un mercado distinto del correspondiente al medio publicitario elegido, si bien estrechamente relacionado con éste, y si sus actividades consisten fundamentalmente en poner a disposición de los anunciantes las líneas de teléfono y el equipo de telefonistas de la empresa de telemárketing, la condición, para la venta de tiempos de antena, de utilizar las líneas de teléfono del agente de publicidad perteneciente al mismo grupo que la cadena de televisión, constituye de hecho una negativa a suministrar los servicios de dicha cadena a las demás empresas de telemárketing. Si, además, dicha negativa no estuviere justificada por necesidades técnicas o comerciales vinculadas a la naturaleza del medio televisivo, sino que tuviere por objeto reservar a dicho agente cualquier operación de telemárketing difundida a través de dicha cadena, con la posibilidad de eliminar toda competencia por parte de una tercera empresa, tal comportamiento constituiría un abuso prohibido por el artículo 86, siempre y cuando se reunieran los demás requisitos para la aplicación de dicho artículo.

27 Procede, pues, responder a la segunda cuestión prejudicial que constituye un abuso a efectos del artículo 86 el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado concreto, se reserve o reserve a una empresa perteneciente al mismo grupo, y sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que podría ser realizada por una tercera empresa como parte de las actividades de ésta en un mercado afín, pero distinto, con la posibilidad de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa.

Costas

28 Los gastos efectuados por el Gobierno de la República Federal de Alemania y por la Comisión de las Comunidades Europeas, que han presentado observaciones ante este Tribunal de Justicia, no pueden ser objeto de reembolso. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste resolver sobre las costas.

En virtud de todo lo expuesto,

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Quinta),

pronunciándose sobre las cuestiones planteadas por el Vicepresidente del tribunal de commerce de Bruxelles mediante resolución de 21 de diciembre de 1984, declara:

1) **El artículo 86 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que es aplicable a una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado concreto, aun cuando dicha posición sea imputable, no a la actividad de la propia empresa, sino a la circunstancia de que, debido a disposiciones legales o reglamentarias, no puede haber competencia en dicho mercado o sólo puede haber en él una competencia sumamente limitada.**

2) **Constituye un abuso a efectos del artículo 86 el hecho de que una empresa que ocupa una posición dominante en un mercado concreto, se reserve o reserve a una empresa perteneciente al mismo grupo, y sin necesidad objetiva, una actividad auxiliar que podría ser realizada por**

una tercera empresa como parte de las actividades de ésta en un mercado afín, pero distinto, con la posibilidad de eliminar toda competencia por parte de dicha empresa.

Mackenzie Stuart Due

Kakouris Everling Galmot

Pronunciada en audiencia pública en Luxemburgo, a 3 de octubre de 1985.

El Secretario
P. Heim

El Presidente
A.J. Mackenzie Stuart