

Hof van Justitie EG, 26 november 1998, Bronner**MISBRUIK MACHTSPOSITIE****Markt****Vraag of de thuisbezorgingssystemen een aparte markt vormt, dan wel of zij zo gemakkelijk door andere manieren van distributie van dagbladen, zoals verkoop in winkels en kiosken of bezorging per post, kunnen worden vervangen**

Volgens vaste rechtspraak is, voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag, de markt van het betrokken product of de betrokken dienst de markt van alle producten of diensten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere producten of diensten kunnen worden vervangen (zie, in die zin, arresten van 11 december 1980, L'Oréal, 31/80, Jurispr. blz. 3775, punt 25, en 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 51). Wat de afbakening betreft van de markt die in het hoofdgeding aan de orde is, staat het dus aan de verwijzende rechter om met name na te gaan, of de thuisbezorgingssystemen een aparte markt vormen, dan wel of zij zo gemakkelijk door andere manieren van distributie van dagbladen, zoals verkoop in winkels en kiosken of bezorging per post, kunnen worden vervangen, dat ook die in aanmerking moeten worden genomen. Zoals de Commissie heeft beklemtoond, zal de rechter bij de beoordeling van de machtspositie ook rekening moeten houden met het eventuele bestaan van regionale thuisbezorgingssystemen.

Magill-arrest**Uitzonderlijke omstandigheid dat weigering zag op onontbeerlijke informatie, waardoor introductie nieuw product dat voorzag in een potentiële vraag van consumenten geblokkeerd werd en waarvoor geen objectieve rechtvaardiging bestond**

In het arrest Magill bestonden de uitzonderlijke omstandigheden volgens het Hof hieruit, dat de gewraakte weigering betrekking had op een product (informatie over de wekelijkse programma's van bepaalde tv-kanalen) waarvan de levering onontbeerlijk was voor de uitoefening van de betrokken activiteit (uitgave van een algemene tv-gids), in die zin, dat degene die de gids wenste aan te bieden zonder deze levering de gids niet kon uitgeven en op de markt aanbieden (punt 53), dat deze weigering in de weg stond aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond (punt 54), dat de weigering geen rechtvaardigingsgrond vond in

objectieve overwegingen (punt 55) en dat zij elke mededinging op de afgeleide markt uitsloot (punt 56)

Alternatief voorhanden**Alternatieven voor thuisbezorging voorhanden, zoals bezorging per post en verkoop in winkels, en geen technische, reglementaire of economische hindernissen voor opzetten eigen systeem**

(...). de dienst op zich bovendien onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van deze laatste, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor het thuisbezorgingssysteem bestaat. Dit is evenwel zeker niet het geval, zelfs wanneer, zoals in het hoofdgeding, er op het grondgebied van een lidstaat slechts één landelijk thuisbezorgingssysteem bestaat en de eigenaar daarvan bovendien op de dienstenmarkt die door dat systeem wordt gevormd of waarvan het deel uitmaakt, een machtspositie inneemt. Enerzijds staat immers vast, dat er voor de distributie van dagbladen alternatieven voorhanden zijn en door de uitgevers van die dagbladen worden gebruikt, zoals bezorging per post en verkoop in winkels en kiosken, ook al zijn die voor de distributie van bepaalde van die dagbladen minder gunstig. Anderzijds lijken er geen technische, reglementaire of zelfs economische hindernissen te zijn die de opzet door een andere dagbladuitgever, alleen of in samenwerking met andere uitgevers, van een eigen landelijk thuisbezorgingssysteem, en het gebruik daarvan voor de distributie van zijn eigen dagbladen, onmogelijk of zelfs onredelijk moeilijk maken. Dienaangaande moet worden beklemtoond, dat om aan te tonen dat de opzet van een dergelijk systeem geen realistisch potentieel alternatief vormt en dat de toegang tot het bestaande systeem derhalve onontbeerlijk is, niet kan worden volstaan met het argument, dat het systeem wegens de geringe oplage van de te distribueren dagbladen niet economisch rendabel is.

Geen misbruik machtspositie**wanneer een uitgever die een zeer groot aandeel van de dagbladmarkt in een lidstaat in handen heeft en het enige landelijke systeem van thuisbezorging van dagbladen in die lidstaat exploiteert, weigert tegen een passende vergoeding toegang tot dit systeem te verlenen aan de uitgever van een concurrerend dagblad**

dat er geen sprake is van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag, wanneer een uitgever die een zeer groot aandeel van de dagbladmarkt in een lidstaat in handen heeft en het enige landelijke systeem van thuisbezorging van dagbladen in die lidstaat exploiteert, weigert tegen een passende vergoeding toegang tot dit systeem te verlenen aan de uitgever van een concurrerend dagblad, die, wegens de geringe oplage van dat dagblad, niet in staat is om onder economisch redelijke omstandigheden, alleen of in samenwerking met andere uitgevers, een eigen thuisbezorgingssysteem op te zetten.

Vindplaatsen: curia.europa.eu; Jur, blz. I-7791

Hof van Justitie EG, 26 november 1998

(P. J. G. Kapteyn, J. L. Murray, H. Ragnemalm, R. Schintgen (rapporteur) en K. M. Ioannou)
ARREST VAN HET HOF (Zesde kamer)

26 november 1998 (1)

„Artikel 86 EG-Verdrag — Misbruik van machtspositie — Weigering van uitgeverij met machtspositie op grondgebied van lidstaat om distributie van concurrerend dagblad van andere uitgeverij van dezelfde lidstaat in haar systeem voor thuisbezorging van dagbladen op te nemen”

In zaak C-7/97,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EG-Verdrag van het Oberlandesgericht Wien (Oostenrijk), in het aldaar aanhangig geding tussen Oscar Bronner GmbH & Co. KG

en

Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG,

Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG,

Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG,

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

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Zesde kamer),

samengesteld als volgt: P. J. G. Kapteyn, kamerpresident, J. L. Murray, H. Ragnemalm, R. Schintgen (rapporteur) en K. M. Ioannou, rechters,

advocaat-generaal: F. G. Jacobs

griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

gelet op de schriftelijke opmerkingen ingediend door:

— Oscar Bronner GmbH & Co. KG, vertegenwoordigd door C. Fries, advocaat te Baden,

— Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG en Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, vertegenwoordigd door S. Ruggenthaler, advocaat te Wenen,

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door K. Wiedner en W. Wils, leden van haar juridische dienst, als gemachtigden,

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de mondelinge opmerkingen van Oscar Bronner GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG en Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, alsmede van de Commissie ter terechtzitting van 10 februari 1998,

gehoord de [conclusie van de advocaat-generaal](#) ter terechtzitting van 28 mei 1998,

het navolgende

Arrest

1. Bij beschikking van 1 juli 1996, ingekomen bij het Hof op 15 januari 1997, heeft het Oberlandesgericht Wien, zetelend als Kartellgericht, krachtens artikel 177 EG-Verdrag twee prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 86 van dat Verdrag.

2. Deze vragen zijn gerezen in een beroep dat Oscar

Bronner GmbH & Co. KG (hierna: „Oscar Bronner”) op basis van artikel 35 van het Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen van 19 oktober 1988 (BGBl 1988/600), zoals gewijzigd in 1993 (BGBl 1993/693) en 1995 (BGBl 1995/520, Oostenrijkse wet op de mededinging; hierna: „Kartellgesetz”), heeft ingesteld tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG en Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. (hierna gezamenlijk: „Mediaprint”).

3. Artikel 35, lid 1, van het Kartellgesetz bepaalt:

„Desgevraagd dient het Kartellgericht de betrokken ondernemingen te gelasten, een einde te maken aan het misbruik van hun machtspositie. Dit misbruik kan met name bestaan in:

1. het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden,

2. het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers,

3. het berokkenen van nadeel bij de mededinging aan contractpartners, door het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties,

4. het afhankelijk stellen van het sluiten van overeenkomsten van de aanvaarding door de contractpartners van bijkomende prestaties welke naar hun aard noch volgens het handelsgebruik verband houden met het voorwerp van deze overeenkomsten.”

4. Oscar Bronner houdt zich bezig met de redactie, het uitgeven, het drukken en de verdeling van het dagblad „Der Standard”. In 1994 had „Der Standard” op de Oostenrijkse dagbladmarkt een marktaandeel van 3,6 % van de oplage en van 6 % van de reclame-inkomsten.

5. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG is uitgeefster van de dagbladen „Neue Kronen Zeitung” en „Kurier”. Zij laat de distributie en de advertentieacquisitie van deze dagbladen verzorgen door haar twee dochtermaatschappijen, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG en Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, waarvan zij het volledige kapitaal in handen heeft.

6. In 1994 hadden de „Neue Kronen Zeitung” en de „Kurier” op de Oostenrijkse dagbladmarkt samen een marktaandeel van 46,8 % van de oplage en van 42 % van de reclame-inkomsten. De twee dagbladen bereikten 53,3 % van de bevolking vanaf 14 jaar in de particuliere huishoudens en 71 % van alle dagbladlezers.

7. Voor de distributie van haar dagbladen heeft Mediaprint een landelijk thuisbezorgingssysteem opgezet, dat zij verzorgt via Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG. Dit systeem houdt in, dat de dagbladen 's morgens vroeg rechtstreeks bij de abonnees worden bezorgd.

8. Met haar vordering op basis van artikel 35 van het Kartellgesetz beoogt Oscar Bronner, dat Mediaprint wordt gelast een einde te maken aan het misbruik van haar marktpositie, door „Der Standard” tegen een redelijke prijs in haar thuisbezorgingssysteem op te nemen. Tot staving van deze vordering wijst Oscar Bronner

erop, dat bezorging per post, die in de regel pas laat in de ochtend wordt besteld, geen gelijkwaardig alternatief voor de thuisbezorging is, en dat de organisatie van een eigen thuisbezorgingssysteem wegens haar geringe aantal abonnees volstrekt niet rendabel is. Oscar Bronner betoogt tevens, dat Mediaprint haar heeft gediscrimineerd door het „Wirtschaftsblatt”, een nochtans niet door Mediaprint uitgegeven dagblad, in haar thuisbezorgingssysteem op te nemen.

9. Mediaprint antwoordt op deze argumenten, dat de opzet van haar thuisbezorgingssysteem een aanzienlijke financiële en administratieve investering heeft gevegd, en dat het openstellen van het systeem voor alle uitgever van Oostenrijkse dagbladen, de capaciteit van het systeem te buiten zou gaan. Zij betoogt voorts, dat zij ook als onderneming met een machtspositie niet verplicht is de mededinging door bevoordeling van concurrerende ondernemingen te subsidiëren. De situatie van het „Wirtschaftsblatt” is niet te vergelijken met die van „Der Standard”, omdat de uitgever van het „Wirtschaftsblatt” het drukken en de totale distributie, dat wil zeggen ook de verkoop in kiosken, aan de Mediaprint-groep heeft opgedragen, waardoor de thuisbezorging slechts een deel van een totaalpakket vormt.

10. Het Kartellgericht is van oordeel, dat indien de gedraging van een marktdeelnemer onder artikel 86 EG-Verdrag valt, er noodzakelijkerwijze sprake is van misbruik van een machtspositie in de zin van het gelijkkluidende artikel 35 van het Kartellgesetz, daar een volgens het gemeenschapsrecht verboden gedraging op grond van de principiële voorrang van het gemeenschapsrecht niet volgens nationaal recht mag worden getolereerd. Volgens het Kartellgericht moet daarom eerst de vraag worden beantwoord, of de gedraging van Mediaprint in strijd is met artikel 86 van het Verdrag. De toepasselijkheid van artikel 86 van het Verdrag veronderstelt, dat de handel tussen lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed door de onrechtmatige gedraging van marktdeelnemers. Het Kartellgericht meent dat dit in het hoofdgeding het geval is, voor zover de weigering om Oscar Bronner tot het thuisbezorgingssysteem van Mediaprint toe te laten, het gevaar inhoudt dat eerstgenoemde volledig van de dagbladmarkt wordt verdrongen, en Oscar Bronner, als uitgever van een Oostenrijks dagblad dat ook in het buitenland wordt verkocht, deelneemt aan het grensoverschrijdend handelsverkeer.

11. In die omstandigheden heeft het Kartellgericht besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof de volgende prejudiciële vragen te stellen:

„1) Moet artikel 86 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat er sprake is van misbruik van een machtspositie, in die zin dat de toegang tot de markt onrechtmatig wordt belemmerd, wanneer een onderneming die zich bezighoudt met het uitgeven, het drukken en de distributie van dagbladen en die met haar producten op de Oostenrijkse markt voor dagbladen een leidende marktpositie bezit (namelijk 46,8 % van de totale oplage, 42 % van de advertentie-inkomsten en 71 % van het lezerspubliek, berekend over het totale aantal

dagbladen) en het enige in Oostenrijk bestaande landelijke thuisbezorgingssysteem voor abonnees exploiteert, weigert aan een andere onderneming, die eveneens in Oostenrijk een dagblad uitgeeft, drukt en distribueert, een bindende offerte te doen om dit dagblad in haar thuisbezorgingssysteem op te nemen, mede in aanmerking genomen, dat de onderneming die in het thuisbezorgingssysteem wenst te worden opgenomen, op grond van de geringe oplage en dus het geringe aantal abonnees alleen noch in samenwerking met de overige ondernemingen die dagbladen op de markt aanbieden, in staat is tegen redelijke kosten een eigen thuisbezorgingssysteem op te zetten en winstgevend te exploiteren?

2) Is er sprake van misbruik in de zin van artikel 86 EG-Verdrag, wanneer — onder de reeds in vraag 1 nader uiteengezette omstandigheden — de exploitant van het thuisbezorgingssysteem voor dagbladen, slechts een zakenrelatie met de uitgever van een concurrerend product wil aanknopen, indien deze hem niet alleen belast met de thuisbezorging, maar ook met andere aangeboden prestaties (bijvoorbeeld de verkoop in kiosken of het drukken) in het kader van een totaalpakket?”

De ontvankelijkheid van de gestelde vragen

12. Mediaprint en de Commissie stellen, dat het hoofdgeding enkel betrekking heeft op het Oostenrijkse mededingingsrecht, in het bijzonder artikel 35 van het Kartellgesetz. Zij betogen, dat het Kartellgericht gespecialiseerd is in de toepassing van nationaal mededingingsrecht en niet bevoegd is artikel 86 van het Verdrag ten uitvoer te leggen, en dit artikel evenmin rechtstreeks mag toepassen.

13. Zij onderstrepen voorts, dat het nationale mededingingsrecht in beginsel gelijktijdig met en onafhankelijk van het communautaire mededingingsrecht wordt toegepast, en dat volgens de Walt Wilhelm-rechtspraak (arrest van 13 februari 1969, 14/68, Jurispr. blz. 1) de regel van voorrang van het gemeenschapsrecht enkel moet worden toegepast, wanneer toepassing van het nationale mededingingsrecht afbreuk kan doen aan een uniforme toepassing — op het gehele gebied van de gemeenschappelijke markt — van de communautaire voorschriften inzake mededinging en aan het onverminderd van kracht blijven van de op basis daarvan vastgestelde handelingen. Dit zou evenwel niet het geval zijn in een situatie als die van het hoofdgeding, waarin de zaak enkel bij de nationale instantie aanhangig is gemaakt en zelfs een voor Mediaprint gunstige beslissing in het hoofdgeding op basis van artikel 35 van het Kartellgesetz, de Commissie niet belet artikel 86 van het Verdrag toe te passen.

14. Mediaprint en de Commissie leiden hieruit af, dat de door de nationale rechter gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding, zodat de gestelde vragen geen beantwoording behoeven.

15. Mediaprint en de Commissie voegen daaraan toe, dat het hypothetisch karakter van de prejudiciële vragen nog wordt versterkt door de overweging, dat het weinig waarschijnlijk is dat een van de toepassings-

voorwaarden van artikel 86 van het Verdrag, die overigens de respectieve werkingssferen van het nationale en het communautaire mededingingsrecht afbaken, te weten de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen lidstaten, in casu vervuld is. De Commissie merkt dienaangaande met name op, dat de feiten van het hoofdgeding zich enkel in Oostenrijk situeren, daar een Oostenrijks dagblad wil worden opgenomen in een thuisbezorgingssysteem dat door een Oostenrijkse onderneming wordt geëxploiteerd en dat hoe dan ook tot het grondgebied van Oostenrijk beperkt is. Mediaprint beklemtoont op haar beurt, dat Oscar Bronner dagelijks minder dan 700 exemplaren van „Der Standard” in het buitenland verdeelt, dat wil zeggen minder dan 0,8 % van de totale oplage van het dagblad.

16. Volgens vaste rechtspraak staat het uitsluitend aan de nationale rechterlijke instantie waarbij het geding aanhangig is en die de verantwoordelijkheid voor het te wijzen vonnis draagt, om met inachtneming van de bijzondere omstandigheden van het concrete geval zowel de noodzaak van een prejudiciële beslissing voor het wijzen van haar vonnis als de juridische relevantie van de aan het Hof van Justitie te stellen vragen te beoordelen. Wanneer de door de nationale rechterlijke instantie gestelde vragen betrekking hebben op de uitlegging van een bepaling van gemeenschapsrecht, is het Hof van Justitie derhalve in beginsel gehouden daarop te antwoorden (zie, onder meer, arresten van 18 oktober 1990, Dzodzi, C-297/88 en C-197/89, Jurispr. blz. I-3763, punten 34 en 35, en 8 november 1990, Gmurzynska-Bscher, C-231/89, Jurispr. blz. I-4003, punten 19 en 20).

17. Ook moet erop worden gewezen, dat het Hof ingevolge artikel 177 van het Verdrag, dat op een duidelijke scheiding van taken tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof berust, geen oordeel mag vellen over de motivering van de verwijzingsbeschikking. Bijgevolg kan het verzoek van een nationale rechter slechts worden afgewezen, wanneer duidelijk blijkt dat de door deze rechter gevraagde uitlegging van het gemeenschapsrecht of het onderzoek van de geldigheid van een communautair voorschrift geen verband houdt met een reëel geschil of met het voorwerp van het hoofdgeding (arrest van 18 januari 1996, SEIM, C-446/93, Jurispr. blz. I-73, punt 28).

18. Vervolgens moet worden opgemerkt, dat de nationale rechter in het hoofdgeding uitdrukkelijk te kennen heeft gegeven, zoals blijkt uit punt 10 van dit arrest, dat hij zijn prejudiciële verwijzing noodzakelijk acht in verband met het streven, de inachtneming van de regel van voorrang van het gemeenschapsrecht te verzekeren en, bijgevolg, in het nationale recht geen situatie te tolereren die in strijd is met het gemeenschapsrecht.

19. Blijkens het arrest Walt Wilhelm, reeds aangehaald, is het evenwel niet uitgesloten, dat eenzelfde feitelijke situatie gelijktijdig onder het communautaire en het nationale mededingingsrecht valt, ook al worden restrictieve praktijken daarin vanuit verschillende gezichtshoeken gezien (zie ook arresten van 10 juli 1980, Giry en Guerlain e.a., 253/78 en 1/79 tot en met 3/79,

Jurispr. blz. 2327, punt 15, en 16 juli 1992, Asociación Española de Banca Privada e.a., C-67/91, Jurispr. blz. I-4785, punt 11).

20. In die omstandigheden dient het feit dat een geschil inzake restrictieve praktijken door toepassing van nationaal mededingingsrecht bij een nationale rechter aanhangig is gemaakt, voor die rechter geen beletsel te vormen om het Hof met betrekking tot die situatie te ondervragen over de uitlegging van het gemeenschapsrecht terzake, met name artikel 86 van het Verdrag, wanneer hij van mening is dat zich een conflict tussen het gemeenschapsrecht en het nationale recht kan voordoen.

21. Ten slotte moet worden opgemerkt, dat de omstandigheden op grond waarvan Mediaprint en de Commissie betwisten dat de handel tussen lidstaten merkbaar ongunstig wordt beïnvloed, betrekking hebben op de toepasselijkheid van artikel 86 van het Verdrag op de feitelijke situatie die het voorwerp van het hoofdgeding is. Om die reden staan zij ter beoordeling van de nationale rechter en zijn zij irrelevant voor het onderzoek van de ontvankelijkheid van de aan het Hof gestelde vragen.

22. Uit bovenstaande overwegingen volgt, dat de vragen van de verwijzende rechter dienen te worden beantwoord.

De eerste vraag

23. Met zijn eerste vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen, of er sprake is van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag, wanneer een uitgever die een zeer groot aandeel van de dagbladmarkt in een lidstaat in handen heeft en het enige landelijke systeem van thuisbezorging van dagbladen in die lidstaat exploiteert, weigert tegen een passende vergoeding toegang tot dit systeem te verlenen aan de uitgever van een concurrerend dagblad, die, wegens de geringe oplage van dat dagblad, niet in staat is om onder economisch redelijke omstandigheden, alleen of in samenwerking met andere uitgevers, een eigen thuisbezorgingssysteem op te zetten.

24. Dienaangaande betoogt Oscar Bronner, dat de dienstverrichting bestaande in de thuisbezorging van dagbladen een afzonderlijke markt is, daar deze dienst gewoonlijk los van andere prestaties wordt aangeboden en gevraagd. Oscar Bronner onderstreept ook, dat de dienstverrichting die bestaat in het ter beschikking stellen van een installatie en die welke bestaat in het gebruik van deze installatie, krachtens de doctrine van de „essential facilities”, zoals die in het [arrest van het Hof van 6 april 1995, RTE en ITP/Commissie \(C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, hierna: „arrest Magill”\)](#) is neergelegd, in beginsel verschillende markten vormen. Als eigenaar van een „essential facility”, in casu het enige economisch rendabele landelijke thuisbezorgingssysteem in Oostenrijk, is Mediaprint verplicht haar systeem tegen op de markt gangbare voorwaarden en prijzen open te stellen voor concurrerende producten.

25. In dit verband verwijst Oscar Bronner ook naar het arrest van 6 maart 1974, Commercial Solvents/Commissie (6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223, punt

25), waaruit haars inziens blijkt, dat de weigering van een onderneming met een machtspositie om te leveren aan ondernemingen in het eerstvolgende stadium, enkel rechtmatig is wanneer deze weigering objectief gerechtvaardigd is. Onder verwijzing naar het arrest van 3 oktober 1985, CBEM (311/84, Jurispr. blz. 3261), waarin het Hof voor recht heeft verklaard, 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, voert Oscar Bronner aan, dat bovenstaande overweging kan worden toegepast op het geval van een onderneming met een machtspositie op de markt van een bepaalde dienstverrichting, die voor de werkzaamheid van een andere onderneming op een verschillende markt onontbeerlijk is.

26. Mediaprint brengt daartegen in, dat ook ondernemingen met een machtspositie in beginsel recht hebben op wilsautonomie, in die zin dat zij normalerwijze vrij mogen beslissen aan wie zij hun diensten zullen aanbieden, in het bijzonder, aan wie zij toegang tot hun eigen installaties wensen te verlenen. Een verplichting om een overeenkomst te sluiten, waaraan de onderneming met een machtspositie onderworpen zou zijn, kan derhalve, zoals het Hof uitdrukkelijk heeft geoordeeld in het arrest Magill, slechts in uitzonderlijke omstandigheden op artikel 86 van het Verdrag worden gebaseerd.

27. Volgens Mediaprint volgt uit de arresten Commercial Solvents/Commissie en CBEM, reeds aangehaald, dat er van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden slechts sprake is, wanneer de weigering van de onderneming met een machtspositie om te leveren, alle concurrentie op een markt in een verder stadium van de kaart kan vegen. Dit is niet het geval in het hoofdgeding, waarin naast het thuisbezorgingssysteem andere distributiesystemen voorhanden zijn door middel waarvan Oscar Bronner haar dagbladen in Oostenrijk kan verkopen.

28. Mediaprint voegt daaraan toe, dat zelfs in geval van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden, de weigering van een onderneming met een machtspositie om een overeenkomst te sluiten, geen misbruik oplevert indien zij objectief gerechtvaardigd is. Dit zou in het hoofdgeding het geval zijn, indien opname van „Der Standard” de werking van Mediaprints thuisbezorgingssysteem in gevaar zou brengen, of indien opname onmogelijk mocht blijken te zijn wegens de capaciteit van het systeem.

29. De Commissie herinnert eraan, dat het aan de nationale rechter staat om na te gaan of de voorwaarden voor toepassing van artikel 86 van het Verdrag vervuld zijn: enkel wanneer er een aparte markt voor thuisbezorgingssystemen bestaat, en Mediaprint op die markt een machtspositie heeft, moet worden onderzocht of

haar weigering om Oscar Bronner in dat systeem op te nemen, misbruik vormt.

30. De Commissie beklemtoont, dat blijkens de verwijzingsbeschikking in casu een derde onderneming in het thuisbezorgingssysteem van Mediaprint is opgenomen. De Commissie voert aan, dat volgens artikel 86, sub c, misbruik kan bestaan in het toepassen ten opzichte van de handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige verrichtingen. Zij is evenwel van mening, dat dit in het hoofdgeding niet het geval is, voor zover de door Oscar Bronner gevraagde dienstverrichting niet is onderworpen aan andere voorwaarden dan op andere handelspartners worden toegepast, maar helemaal niet zou zijn aangeboden indien niet ook andere verrichtingen gelijktijdig aan Mediaprint waren toevertrouwd.

31. Dienaangaande, en om de verwijzende rechter een nuttig antwoord te kunnen verstrekken, zij er om te beginnen aan herinnerd, dat artikel 86 van het Verdrag misbruik van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan verbiedt, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

32. Bij het onderzoek of een onderneming een machtspositie in de zin van artikel 86 bezit, moet, gelijk het Hof herhaaldelijk heeft beklemtoond, fundamenteel belang worden toegekend aan de bepaling van de relevante markt en aan de afbakening van het wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, waar die onderneming in staat is eventueel misbruik te maken waardoor een werkzame mededinging wordt verhinderd (zie arrest van 17 juli 1997, GT-Link, C-242/95, Jurispr. blz. I-4449, punt 36).

33. Volgens vaste rechtspraak is, voor de toepassing van artikel 86 van het Verdrag, de markt van het betrokken product of de betrokken dienst de markt van alle producten of diensten die door hun eigenschappen bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere producten of diensten kunnen worden vervangen (zie, in die zin, arresten van 11 december 1980, L'Oréal, 31/80, Jurispr. blz. 3775, punt 25, en 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 51).

34. Wat de afbakening betreft van de markt die in het hoofdgeding aan de orde is, staat het dus aan de verwijzende rechter om met name na te gaan, of de thuisbezorgingssystemen een aparte markt vormen, dan wel of zij zo gemakkelijk door andere manieren van distributie van dagbladen, zoals verkoop in winkels en kiosken of bezorging per post, kunnen worden vervangen, dat ook die in aanmerking moeten worden genomen. Zoals de Commissie heeft beklemtoond, zal de rechter bij de beoordeling van de machtspositie ook rekening moeten houden met het eventuele bestaan van regionale thuisbezorgingssystemen.

35. Indien de verwijzende rechter na dit onderzoek tot de conclusie mocht komen, dat de thuisbezorgingssystemen een aparte markt vormen en dat het landelijke systeem van Mediaprint onvoldoende door andere regionale systemen kan worden vervangen, zal hij noodzakelijkerwijs moeten vaststellen, dat Mediaprint, die volgens de gegevens in de verwijzingsbeschikking

het enige landelijke thuisbezorgingssysteem in Oostenrijk exploiteert, een feitelijk monopolie op de aldus afgebakende markt heeft, en daarop bijgevolg een machtspositie bezit.

36. In dat geval zal de verwijzende rechter ook moeten vaststellen, dat Mediaprint een machtspositie bezit op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, aangezien volgens de rechtspraak van het Hof het grondgebied van een lidstaat waartoe een machtspositie zich uitstrekt, een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt kan vormen (zie, in die zin, arresten van 9 november 1983, Michelin/Commissie, 322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 28, en 5 oktober 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93, Jurispr. blz. I-5077, punt 17).

37. Ten slotte zal moeten worden onderzocht, of de omstandigheid dat de eigenaar van het enige landelijke thuisbezorgingssysteem op het grondgebied van een lidstaat, die dit systeem gebruikt voor de distributie van zijn eigen dagbladen, de toegang daartoe weigert aan de uitgever van een concurrerend dagblad, misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag vormt, op grond dat die weigering de concurrent een voor de verkoop van dat dagblad essentieel geachte distributiewijze ontzegt.

38. Dienaangaande zij er enerzijds op gewezen, dat het Hof in de arresten Commercial Solvents/Commissie en CBEM, reeds aangehaald, de weigering van een onderneming met een machtspositie op een gegeven markt om aan een onderneming waarmee zij op een verwante markt concurreert, de grondstoffen te leveren (zie arrest Commercial Solvents/Commissie, punt 25) respectievelijk de diensten te verlenen (zie arrest CBEM, punt 26) die laatstgenoemde voor de uitoefening van haar werkzaamheden nodig heeft, weliswaar als misbruik heeft aangemerkt, maar enkel voor zover door de betrokken gedraging de mededinging van die onderneming volledig werd uitgeschakeld.

39. Anderzijds moet worden opgemerkt, dat het Hof in de punten 49 en 50 van het [arrest Magill](#) heeft bevestigd, dat de weigering door de houder van een intellectueel eigendomsrecht om een licentie te verlenen, ook al gaat zij uit van een onderneming met een machtspositie, op zichzelf geen misbruik van die machtspositie kan uitmaken, maar dat de uitoefening van het alleenrecht door de rechthebbende in uitzonderlijke omstandigheden misbruik kan opleveren.

40. In het [arrest Magill](#) bestonden de uitzonderlijke omstandigheden volgens het Hof hieruit, dat de gewraakte weigering betrekking had op een product (informatie over de wekelijkse programma's van bepaalde tv-kanalen) waarvan de levering onontbeerlijk was voor de uitoefening van de betrokken activiteit (uitgave van een algemene tv-gids), in die zin, dat degene die de gids wenste aan te bieden zonder deze levering de gids niet kon uitgeven en op de markt aanbieden (punt 53), dat deze weigering in de weg stond aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond (punt 54), dat de weigering geen rechtvaardigingsgrond vond in objectieve overwegin-

gen (punt 55) en dat zij elke mededinging op de afgeleide markt uitsloot (punt 56).

41. Gesteld al, dat deze rechtspraak betreffende de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht van toepassing is op de uitoefening van eender welk eigendomsrecht, kan op het [arrest Magill](#) derhalve slechts een beroep worden gedaan om te concluderen dat er sprake is van misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag in een situatie als die welke het voorwerp is van de eerste prejudiciële vraag, wanneer niet alleen de weigering om de dienst van thuisbezorging te verlenen, elke mededinging op de dagbladmarkt door de verzoeker van de dienst kan uitsluiten en niet objectief kan worden gerechtvaardigd, maar de dienst op zich bovendien onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van deze laatste, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor het thuisbezorgingssysteem bestaat.

42. Dit is evenwel zeker niet het geval, zelfs wanneer, zoals in het hoofdgeding, er op het grondgebied van een lidstaat slechts één landelijk thuisbezorgingssysteem bestaat en de eigenaar daarvan bovendien op de dienstenmarkt die door dat systeem wordt gevormd of waarvan het deel uitmaakt, een machtspositie inneemt.

43. Enerzijds staat immers vast, dat er voor de distributie van dagbladen alternatieven voorhanden zijn en door de uitgevers van die dagbladen worden gebruikt, zoals bezorging per post en verkoop in winkels en kiosken, ook al zijn die voor de distributie van bepaalde van die dagbladen minder gunstig.

44. Anderzijds lijken er geen technische, reglementaire of zelfs economische hindernissen te zijn die de opzet door een andere dagbladuitgever, alleen of in samenwerking met andere uitgevers, van een eigen landelijk thuisbezorgingssysteem, en het gebruik daarvan voor de distributie van zijn eigen dagbladen, onmogelijk of zelfs onredelijk moeilijk maken.

45. Dienaangaande moet worden beklemtoond, dat om aan te tonen dat de opzet van een dergelijk systeem geen realistisch potentieel alternatief vormt en dat de toegang tot het bestaande systeem derhalve onontbeerlijk is, niet kan worden volstaan met het argument, dat het systeem wegens de geringe oplage van de te distribueren dagbladen niet economisch rendabel is.

46. Opdat de toegang tot het systeem in voorkomend geval als onontbeerlijk kan worden beschouwd, moet op zijn minst worden vastgesteld, zoals de advocaat-generaal in punt 68 van zijn conclusie heeft opgemerkt, dat het niet economisch rendabel is om een tweede thuisbezorgingssysteem op te zetten voor de distributie van dagbladen met een oplage die vergelijkbaar is met de oplage van de via het bestaande systeem gedistribueerde dagbladen.

47. Gelet op bovenstaande overwegingen moet op de eerste vraag worden geantwoord, dat er geen sprake is van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag, wanneer een uitgever die een zeer groot aandeel van de dagbladmarkt in een lidstaat in handen heeft en het enige landelijke systeem van thuisbezorging van dagbladen in die lidstaat exploiteert, weigert tegen een passende vergoeding toegang

tot dit systeem te verlenen aan de uitgever van een concurrerend dagblad, die, wegens de geringe oplage van dat dagblad, niet in staat is om onder economisch redelijke omstandigheden, alleen of in samenwerking met andere uitgevers, een eigen thuisbezorgingssysteem op te zetten.

De tweede vraag

48. Met zijn tweede vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen, of er sprake is van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag ingeval deze onderneming, onder de in de eerste vraag uiteengezette omstandigheden, de toegang tot zijn thuisbezorgingssysteem weigert aan de uitgever van een concurrerend dagblad, wanneer laatstgenoemde hem niet ook het verrichten van andere diensten, zoals de verkoop in kiosken of het drukken, toevertrouwt.

49. Gelet op het antwoord op de eerste vraag, behoeft deze vraag niet te worden beantwoord.

Kosten

50. De kosten door de Commissie wegens indiening van haar 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 (Zesde kamer),

uitspraak doende op de door het Oberlandesgericht Wien bij beschikking van 1 juli 1996 gestelde vragen, verklaart voor recht:

Er is geen sprake van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag, wanneer een uitgever die een zeer groot aandeel van de dagbladmarkt in een lidstaat in handen heeft en het enige landelijke systeem van thuisbezorging van dagbladen in die lidstaat exploiteert, weigert tegen een passende vergoeding toegang tot dit systeem te verlenen aan de uitgever van een concurrerend dagblad, die, wegens de geringe oplage van dat dagblad, niet in staat is om onder economisch redelijke omstandigheden, alleen of in samenwerking met andere uitgevers, een eigen thuisbezorgingssysteem op te zetten.

Conclusie Advocaat-Generaal F.G. Jacobs

1. In deze zaak heeft het Oberlandesgericht Wien, zetelend als Kartellgericht, het Hof gevraagd of de weigering van een nieuwsbladengroep die een zeer groot aandeel van de dagbladmarkt in handen heeft, om het nieuwsblad van een concurrerende uitgever in haar thuisbezorgingssysteem voor dagbladen op te nemen, dan wel dit uitsluitend te doen op voorwaarde dat de wederpartij bepaalde aanvullende diensten van haar betreft, een met artikel 86 van het Verdrag strijdig misbruik van een machtspositie oplevert.

De feiten en de prejudiciële vragen van de nationale rechter

2. Oscar Bronner GmbH & Co. KG (hierna: „Bronner”) is uitgever van het dagblad „Der Standard”. In 1994 had dit dagblad in Oostenrijk een aandeel van 3,6 %

van de totale dagbladmarkt en van circa 6 % van de advertentie-inkomsten.

3. De eerste verweerster in het hoofdgeding, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, is uitgeefster van de dagbladen „Neue Kronen Zeitung” en „Kurier”. Voor de distributie en de advertentieacquisitie van deze dagbladen heeft zij twee 100 % dochtermaatschappijen, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG en Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, die de tweede en de derde verweerster in het hoofdgeding zijn. In 1994 hadden de twee dagbladen samen een marktaandeel van 46,8 % van de totale dagbladencirculatie en van 42 % van de advertentie-inkomsten. Daarnaast bereikten zij 53,3 % van de bevolking vanaf 14 jaar in de particuliere huishoudens en 71 % van alle dagbladlezers.

4. Met haar vordering krachtens artikel 35 van het Oostenrijkse Kartellgesetz verzoekt Bronner de nationale rechter de Mediaprintgroep (hierna: „Mediaprint”) te gelasten een einde te maken aan het misbruik van haar beweerde machtspositie, door Bronner tegen een redelijke vergoeding op te nemen in haar landelijk thuisbezorgingssysteem voor dagbladen. Ofschoon er een aantal regionale en plaatselijke thuisbezorgingsystemen bestaat, is het systeem van Mediaprint het enige landelijke systeem in Oostenrijk. Volgens Bronner kan alleen thuisbezorging verzekeren, dat de abonnees het dagblad 's morgens vroeg ontvangen; bezorging per post, die in de regel pas laat in de ochtend plaatsvindt, is geen gelijkwaardig alternatief. Wegens haar geringe aantal abonnees zou het niet rendabel voor Bronner zijn om een eigen thuisbezorgingssysteem op te zetten. Bronner betoogt voorts, dat Mediaprint haar heeft gediscrimineerd door een ander dagblad, het „Wirtschaftsblatt”, dat niet door Mediaprint wordt uitgegeven, wel in haar thuisbezorgingssysteem op te nemen.

5. Mediaprint brengt hiertegen in, dat het opzetten van haar thuisbezorgingssysteem een aanzienlijke financiële en administratieve investering heeft gevergd. Ook als onderneming met een machtspositie is zij niet verplicht haar concurrenten te helpen. De positie van het in haar systeem opgenomen „Wirtschaftsblatt” acht zij niet vergelijkbaar met die van „Der Standard”, omdat de uitgeefster van eerstgenoemd dagblad zowel het drukken als de distributie aan Mediaprint heeft uitbesteed; de opname van dit blad in haar thuisbezorgingssysteem is dan ook slechts onderdeel van een totaalpakket. Voorts, aldus Mediaprint, concurreert het „Wirtschaftsblatt” niet rechtstreeks met haar eigen dagbladen, omdat essentiële onderdelen van een normaal dagblad, zoals sport, cultuur en televisie, ontbreken. Tenslotte zou de capaciteit van het thuisbezorgingssysteem tekortschieten indien Mediaprint het zou moeten openstellen voor alle Oostenrijkse dagbladuitgevers.

6. De nationale rechter acht zichzelf enkel bevoegd voor de toepassing van het nationale mededingingsrecht, doch niet voor de rechtstreekse toepassing van de mededingingsvoorschriften van het Verdrag. Hij redeneert evenwel, dat indien de gedragingen van een marktdeelnemer onder artikel 86 van het Verdrag val-

len, er noodzakelijkerwijs sprake moet zijn van misbruik van een machtspositie in de zin van het gelijkkluidende artikel 35 van het Kartellgesetz. Gedragingen die naar gemeenschapsrecht zijn verboden, kunnen wegens de principiële voorrang van het gemeenschapsrecht niet krachtens nationaal recht getolereerd worden. Met de opmerking dat de toepasselijkheid van artikel 86 van het Verdrag veronderstelt, dat de handel tussen lidstaten ongunstig kan worden beïnvloed, verwijst de nationale rechter naar de door Bronner geuite bezorgdheid, dat de weigering om haar tot het thuisbezorgingssysteem van Mediaprint toe te laten, haar van de dagbladmarkt kan verdringen en haar bestaan kan bedreigen. Aangezien Bronner, als uitgeefster van een nationaal dagblad dat ook in het buitenland verkrijgbaar is, deelneemt aan het grensoverschrijdend handelsverkeer, stelt de nationale rechter vast, dat er sprake is van beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer.

7. Mitsdien verzoekt de nationale rechter het Hof om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Moet artikel 86 EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat er sprake is van misbruik van een machtspositie, in die zin dat de toegang tot de markt onrechtmatig wordt belemmerd, wanneer een onderneming die zich bezighoudt met het uitgeven, het drukken en de distributie van dagbladen en die met haar producten op de Oostenrijkse markt voor dagbladen een leidende marktpositie bezit (namelijk 46,8 % van de totale oplage, 42 % van de advertentie-inkomsten en 71 % van het lezerspubliek, berekend over het totale aantal dagbladen) en het enige in Oostenrijk bestaande landelijke thuisbezorgingssysteem voor abonnees exploiteert, weigert aan een andere onderneming, die eveneens in Oostenrijk een dagblad uitgeeft, drukt en distribueert, een bindende offerte te doen om dit dagblad in haar thuisbezorgingssysteem op te nemen, mede in aanmerking genomen, dat de onderneming die in het thuisbezorgingssysteem wenst te worden opgenomen, op grond van de geringe oplage en dus het geringe aantal abonnees alleen noch in samenwerking met de overige ondernemingen die dagbladen op de markt aanbieden, in staat is tegen redelijke kosten een eigen thuisbezorgingssysteem op te zetten en winstgevend te exploiteren?

2) Is er sprake van misbruik in de zin van artikel 86 EG-Verdrag, wanneer — onder de reeds in vraag 1 nader uiteengezette omstandigheden — de exploitant van het thuisbezorgingssysteem voor dagbladen, slechts een zakenrelatie met de uitgever van een concurrerend product wil aanknopen, indien deze hem niet alleen belast met de thuisbezorging, maar ook met andere aangeboden prestaties (bijvoorbeeld de verkoop in kiosken of het drukken) in het kader van een totaalpakket?”

8. Schriftelijke opmerkingen zijn ingediend door Bronner, Mediaprint en de Commissie, die zich alle ter terechtzitting hebben doen vertegenwoordigen.

De ontvankelijkheid

9. Mediaprint en de Commissie stellen, dat de prejudiciële verwijzing niet ontvankelijk is. Volgens hen is de nationale rechter namelijk een mededingingsautoriteit

die uitsluitend bevoegd is nationaal mededingingsrecht toe te passen.

10. Het lijkt mij evenwel duidelijk, dat het Kartellgericht een rechterlijke instantie is en als zodanig in het hoofdgeding optreedt. Mitsdien moet dit gerecht bevoegd worden geacht artikel 86 toe te passen.

11. Dat het Kartellgericht een rechterlijke instantie is en als zodanig optreedt, vindt bevestiging in 's Hofs rechtspraak over de vraag of een orgaan een „rechterlijke instantie van één der lidstaten” is in de zin van artikel 177 van het Verdrag. Het Hof houdt hiertoe rekening met een geheel van factoren, zoals de wettelijke grondslag van het orgaan, het permanente karakter, de verplichte rechtsmacht, het uitspraak doen na een procedure op tegenspraak, het toepassen van regelen des rechts, alsmede de onafhankelijkheid van het orgaan.(2) Daarnaast moet het orgaan handelen in zijn hoedanigheid van rechterlijke instantie. Dit is het geval, „indien bij hem een geding aanhangig is gemaakt en hij uitspraak moet doen in het kader van een procedure die moet uitmonden in een beslissing die de kenmerken vertoont van een rechterlijke uitspraak”.(3)

12. Mediaprint en de Commissie suggereren niet, dat het Kartellgericht niet aan deze eisen voldoet. Integendeel, ingevolge het Kartellgesetz is het Oberlandesgericht Wien de permanente kartelrechter voor heel Oostenrijk.(4) Het bestaat uit een rechter, die als voorzitter optreedt, en twee lekenrechters(5), wier technische kwaliteiten en onafhankelijkheid zijn gewaarborgd(6) (korte gedingen worden door de voorzitter zelf behandeld(7)). De taak van het Oberlandesgericht bestaat uit de toepassing van het Kartellgesetz overeenkomstig de daarin vastgelegde procedures.(8)

13. Ofschoon sommige procedures meer van administratieve dan van gerechtelijke aard zijn (bijvoorbeeld het bijhouden van het kartelregister), is het hoofdgeding in deze zaak duidelijk van gerechtelijke aard. Dit geding is door de ene tegen de andere particulier aanhangig gemaakt krachtens § 35 van het Kartellgesetz, volgens hetwelk het Kartellgericht op verzoek gelast een einde te maken aan het misbruik van een machtspositie. Uit de formulering van deze bepaling, inzonderheid de woorden „hat auf Antrag (...) aufzutragen” („gelast op verzoek”), blijkt duidelijk, dat de bepaling een beroepsrecht creëert, zonder dat het Kartellgericht een discretionaire bevoegdheid heeft om de vordering niet in behandeling te nemen. Bij de toetsing van het beroep past het Kartellgericht de voorschriften en begrippen, in het bijzonder de begrippen machtspositie en misbruik, toe zoals deze zijn omschreven in de §§ 34 en 35 van het Kartellgesetz.

14. Het lijkt derhalve niet aan twijfel onderhevig, dat het Kartellgericht als een rechterlijke instantie moet worden aangemerkt. Gezien de rechtstreekse werking van artikel 86 van het Verdrag, moet een particulier zich in het bij deze rechter aangebrachte geding in beginsel dus op dat artikel kunnen beroepen.(9) De omstandigheid dat hij zijn rechten krachtens vernoemd artikel eventueel voor de gewone rechter kan inroepen, doet hieraan niet af. Het beginsel van doel-

treffendheid van het gemeenschapsrecht eist, dat elke rechterlijke instantie die bevoegd is kennis te nemen van een vordering betreffende feiten waarop een regel van gemeenschapsrecht van toepassing is, in staat moet zijn die regel toe te passen.(10)

15. Het is mij niet duidelijk, hoe de Commissie tot staving van het tegendeel kan verwijzen naar 's Hofs arrest in de zaak SABAM. In dat arrest besliste het Hof, dat ook rechterlijke instanties die belast zijn met de toepassing van het nationale mededingingsrecht of met de controle op de wettigheid van de toepassing ervan door de administratie, niet waren ontheven van de verplichting artikel 86 toe te passen, wanneer hierop voor hen een beroep werd gedaan.(11)

16. Niettemin zou men kunnen betogen, dat het arrest SABAM geen oplossing voor het onderhavige vraagstuk biedt, omdat de verwijzende rechter in die zaak een burgerlijke rechter was die kennisnam van een gewone civiele vordering, in plaats van een gespecialiseerde mededingingsrechter. In haar Mededeling betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de mededingingsautoriteiten van de lidstaten bij de behandeling van onder de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag vallende zaken(12), erkent de Commissie, dat de autoriteiten van sommige lidstaten uitsluitend nationale bepalingen kunnen toepassen, omdat zij niet over de proceduremiddelen beschikken om de artikelen 85 en 86 van het Verdrag toe te passen. Aangezien de artikelen 85 en 86 tot ondernemingen en niet tot lidstaten zijn gericht, en de Commissie is aangewezen als eerstverantwoordelijke instantie voor de handhaving van deze bepalingen, is het zeer wel mogelijk, dat lidstaten niet verplicht zijn hun nationale mededingingsautoriteiten (niet zijnde rechterlijke instanties) te belasten met de handhaving daarvan. Derhalve is het niet uitgesloten, dat de enige verplichting van die autoriteiten erin bestaat, de nationale mededingingsregels zo toe te passen, dat zij niet met de artikelen 85 en 86 in conflict komen.

17. Als dit inderdaad het geval is, zou het abnormaal kunnen worden geacht, indien het toezicht van een nationale rechterlijke instantie op de beslissingen van die autoriteiten kon worden uitgebreid tot de niet-toepassing of onjuiste toepassing van de communautaire bepalingen. In dergelijke gevallen zou de rechterlijke instantie wellicht als een verlengstuk van het zuiver nationale mededingingsorgaan moeten worden beschouwd.

18. Hierop behoeven wij thans echter niet nader in te gaan. Problemen van deze aard doen zich niet voor, wanneer een lidstaat, zoals in casu, zijn stelsel zo inricht, dat het gespecialiseerde mededingingsorgaan zelf een rechterlijke instantie is en het betrokken geding van contentieuze en gerechtelijke aard is. In dergelijke omstandigheden vereisen het beginsel van doeltreffendheid van het gemeenschapsrecht en de rechtstreekse werking van artikel 86, dat de rechterlijke instantie in staat is artikel 86 rechtstreeks toe te passen op het bij haar aanhangige geding, waardoor het niet noodzakelijk is een afzonderlijke, op het gemeen-

schapsrecht gebaseerde procedure bij een andere rechter in te stellen.

19. In casu behoeft evenmin te worden onderzocht, of het Hof een uitspraak over artikel 86 van het Verdrag zou moeten doen met als uitgangspunt, dat het als zodanig niet toepasselijk is, doch dat een uitspraak de nationale rechter kan helpen bij de toepassing van zijn nationale recht. Deze vraag zou rijzen, indien de nationale rechter niet bevoegd was artikel 86 toe te passen; overigens is dit ook het uitgangspunt van het bij het Hof ingediende prejudiciële verzoek.

20. Het is de vraag, of het passend voor het Hof zou zijn om op die grondslag een uitspraak te doen. Zoals de Commissie beklemtoont, zijn de Oostenrijkse mededingingsbepalingen niet rechtstreeks op het communautaire mededingingsrecht gebaseerd en verwijzen zij er evenmin naar. Het Oostenrijks recht geeft een volstrekt andere definitie van machtspositie dan het gemeenschapsrecht. Misbruik is pas verboden nadat het Kartellgericht heeft gelast er een einde aan te maken. Voorts zijn er speciale bepalingen betreffende machtsposities op mediagebied. De onderhavige zaak verschilt dus van zaken waarin een rechtstreeks verband tussen nationaal en gemeenschapsrecht bestaat, zoals bijvoorbeeld wanneer het nationale recht een rechtstreekse omzetting van het gemeenschapsrecht vormt.(13)

21. Niettemin zou men kunnen betogen, dat het gebied van het mededingingsrecht specifieke kenmerken vertoont die het Hof aanleiding zouden moeten geven een uitspraak te doen, althans in zaken waarin sprake is van beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht worden nationale en communautaire mededingingsvoorschriften in gevallen die onder de artikelen 85 en 86 vallen, naast elkaar toegepast.(14) Ofschoon de verwijzende rechter in het hoofdgeding voorstelt het nationale recht toe te passen, is de bij hem aanhangige zaak — en de context waarbinnen hij het Hof om een uitspraak heeft verzocht — dus een zaak waarop artikel 86 van toepassing is.

22. Het blijft onduidelijk, welke grenzen het gemeenschapsrecht stelt aan een afwijkende toepassing van nationaal recht in zaken die onder de artikelen 85 en 86 vallen(15); er is zelfs voorgesteld om, gelet op de moeilijkheden om die grenzen op coherente wijze af te bakenen, het beginsel van concurrente toepassing weer uit de kast te halen.(16) In de praktijk lijkt de onzekerheid hierover voor een deel te worden weggenomen door een nauwe samenwerking tussen de Commissie en de nationale mededingingsautoriteiten, waarvan de Commissie het belang heeft beklemtoond.(17) Tegen die achtergrond is het begrijpelijk dat een nationale rechter, ook al zou hij uitsluitend bevoegd zijn nationaal recht toe te passen, richtsnoeren betreffende de positie onder gemeenschapsrecht verlangt, vooral wanneer sprake is van beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer, teneinde waar mogelijk tot een zelfde resultaat onder nationaal recht te komen. Ofschoon de nationale rechter krachtens het gemeenschapsrecht of het nationale recht niet verplicht behoort te zijn de uitspraak van het Hof toe te passen,

kan deze wel degelijk van beslissend belang in een dergelijke zaak zijn. Een dergelijke zaak verschilt dus volkomen van die waarin de prejudiciële procedure louter wordt aangewend als een oefening in vergelijkend recht.(18)

23. Er is dus sprake van tegenstrijdige overwegingen, die met elkaar zouden moeten worden verzoend indien het nodig was tot een conclusie op dit punt te komen. Ik meen echter, dat de discussie een hypothetisch karakter heeft, omdat, zoals reeds vermeld, vaststaat dat een nationale rechterlijke instantie die kennisneemt van een vordering als die in het hoofdgeding, in staat moet zijn artikel 86 rechtstreeks toe te passen. Het feit dat in het hoofdgeding voor de nationale rechter geen beroep op artikel 86 is gedaan, doet niet af aan 's Hofs bevoegdheid de beslissing te geven waarom het is gevraagd. De nationale rechter heeft verzocht om een uitspraak over artikel 86 en zal dit artikel wellicht moeten toepassen, zodra zijn bevoegdheid daartoe vaststaat.

24. Mediaprint en de Commissie stellen voorts, dat de verwijzing niet-ontvankelijk is omdat, anders dan de nationale rechter oordeelt, niet is voldaan aan het vereiste van beïnvloeding van het handelsverkeer tussen lidstaten. De stelling dat „Der Standard” van de markt zou worden verdreven, zou weinig waarschijnlijk zijn en zo dit al het geval ware, blijkt van geen enkele invloed op het handelsverkeer, gezien het geringe aantal in het buitenland verkochte exemplaren.

25. Het voorlopig oordeel van de nationale rechter luidt echter, dat voldaan is aan het vereiste van beïnvloeding van het handelsverkeer; hij heeft zijn prejudiciële vragen dan ook op basis daarvan gesteld. Dit volstaat om de verwijzing ontvankelijk te kunnen verklaren. Ofschon het argument van Mediaprint in haar schriftelijke opmerkingen, dat de in het buitenland verkochte exemplaren van „Der Standard” een zeer gering deel van de totale verkoop vormen, indien gegrond, twijfel zou kunnen oproepen aan de redenering van de nationale rechter, is dat voor het Hof niet voldoende om te concluderen, dat de vragen van die rechter kennelijk geen verband houden met het bij hem aanhangige geschil.

26. Bovendien kan, zoals de Commissie erkent, het oordeel van de nationale rechter worden gebaseerd op een andere redenering. Indien de weigering van Mediaprint om haar systeem open te stellen, de toegang tot de Oostenrijkse markt bemoeilijkt, zou dit tot gevolg kunnen hebben, dat de Oostenrijkse markt wordt gesloten voor de concurrentie van uitgeverij uit andere lidstaten, die nieuwsbladen in Oostenrijk willen uitgeven of verkopen, en dat de ontwikkeling van de handelsstromen in de Gemeenschap dus wordt verstoord. Het argument van de Commissie, dat een dergelijk gevolg, gelet op de andere beschikbare distributiekanaalen, weinig waarschijnlijk is, raakt de zaak ten gronde. Indien de weigering van Mediaprint om toegang tot haar distributiesysteem te verschaffen, als misbruik werd aangemerkt wegens de gevolgen ervan voor de Oostenrijkse dagbladmarkt, zou er op grond van de voorgaande analyse tevens sprake zijn van po-

tentiële beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer.

27. Mitsdien concludeer ik, dat het prejudiciële verzoek ontvankelijk is.

De eerste prejudiciële vraag

28. Teneinde vast te stellen, of een onderneming in strijd met artikel 86 misbruik heeft gemaakt van een machtspositie, moet allereerst de relevante markt worden afgebakend, vervolgens moet worden bepaald of de betrokken onderneming een machtspositie op de aldus afgebakende markt inneemt, en zo ja, of haar gedraging misbruik van die machtspositie oplevert.

De relevante markt

29. De vragen van de nationale rechter gaan er blijkbaar van uit, dat de relevante markt wordt gevormd door de dagbladmarkt, terwijl het uitermate goed ontwikkelde distributiesysteem van Mediaprint wordt aangemerkt als een factor ter beoordeling van de vraag, of de onderneming een machtspositie op deze markt inneemt. In navolging van Bronner en de Commissie meen ik evenwel, dat de relevante markt in casu niet als de nieuwsbladmarkt als zodanig moet worden omschreven, doch als de distributiemarkt of een deel daarvan. Een onderneming kan zeer wel een machtspositie op een productmarkt hebben zonder tegelijkertijd de distributiemarkt te beheersen of omgekeerd. Het gestelde misbruik bestaat in de weigering van toegang tot het distributiesysteem van Mediaprint, dan wel in het verbinden van onredelijke voorwaarden aan die toegang. De vordering heeft dus betrekking op een beweerd misbruik door Mediaprint van haar economische macht op de distributiemarkt van nieuwsbladen, met als doel de concurrentie op de verwante nieuwsbladmarkt uit te schakelen.

30. Naast het landelijke systeem van Mediaprint bestaat er in Oostenrijk een aantal lokale of regionale distributienetten; daarnaast zijn er andere distributiekanaalen, zoals bezorging per post, winkels, kiosken, krantenstands of verkoopautomaten, enzovoort. Tegen die achtergrond moet worden vastgesteld, of de relevante markt bestaat uit: a) de distributie van dagbladen in het algemeen, b) de regionale en landelijke thuisbezorging van dagbladen, dan wel c) de landelijke thuisbezorging van dagbladen. De essentiële vraag in dit verband is, in hoeverre het landelijke thuisbezorgingssysteem kan worden vervangen door regionale of lokale bezorgingsdiensten, dan wel door andere distributiekanaalen. Landelijke thuisbezorging is een afzonderlijke markt, indien zij slechts in beperkte mate kan worden vervangen door andere vormen van distributie. Van bijzonder belang is de mate waarin dit bezorgingssysteem specifieke kenmerken heeft die de keuze van de consument beïnvloeden, alsook de mate van kruiselasticiteit van de vraag tussen dit systeem en andere vormen van distributie.(19)

31. Deze kwestie behoeft in casu echter geen nader onderzoek. Zoals ik hieronder zal uiteenzetten, levert de weigering van Mediaprint om toegang tot haar systeem te verschaffen, geen met artikel 86 strijdig misbruik op, zelfs niet wanneer men opteert voor de meest restrictie-

ve definitie van de relevante markt, namelijk de landelijke thuisbezorging van dagbladen.

Machtspositie

32. Volgens de traditionele analyse bestaat de volgende stap in de beoordeling, of Mediaprint een machtspositie op de relevante markt inneemt. In de zaak *United Brands* heeft het Hof een machtspositie omschreven als „een economische machtspositie van een onderneming, die deze in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is om zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen”.(20) De uitkomst kan dus variëren naar gelang van de afbakening door de nationale rechter van de relevante markt. De verschillende mogelijkheden behoeven hier echter niet te worden onderzocht, omdat het in deze context, zoals hieronder zal blijken, de voorkeur verdient de vraagstukken van de machtspositie en het misbruik tezamen te analyseren.

Misbruik

33. De kernvraag die door de eerste prejudiciële vraag van de verwijzende rechter wordt opgeworpen, is of de weigering door een onderneming in Mediaprints positie om een concurrent in haar landelijk thuisbezorgingssysteem op te nemen, misbruik oplevert. Zich beroepend op de zogeheten doctrine inzake de „essential facilities” („noodzakelijke voorzieningen”), stelt Bronner, dat Mediaprint verplicht is die toegang te verschaffen, aangezien dit een eerste vereiste is voor een doeltreffende mededinging op de dagbladmarkt.

34. Volgens genoemde doctrine maakt een onderneming die een machtspositie inneemt bij het aanbieden van voorzieningen die van essentieel belang zijn voor de levering van goederen of diensten op een andere markt, misbruik van die machtspositie, wanneer zij zonder objectieve rechtvaardiging toegang tot die voorzieningen weigert. In sommige gevallen dient een onderneming met een machtspositie zich dus niet enkel te onthouden van anticoncurrentiële gedragingen, doch moet zij de mededinging actief bevorderen door potentiële concurrenten toegang te verschaffen tot de door haar gecreëerde voorzieningen.

Relevante rechtspraak en praktijk

35. Het Hof is in zijn rechtspraak nog niet op de „essential facilities”-doctrine ingegaan. Wel heeft het arrest gewezen in een aantal zaken waarin het ging om de weigering goederen of diensten te leveren. In twee oudere zaken preciseerde het, dat het staken van leveranties aan een vaste klant misbruik kon opleveren. In de zaak *Commercial Solvents*(21) overwoog het, dat een onderneming met een machtspositie op de grondstoffenmarkt, de levering aan een vaste afnemer die derivaten van grondstoffen produceerde, niet kon staken enkel omdat zij besloten had het derivaat zelf te gaan vervaardigen, en haar voormalige klant wenste uit te schakelen.

36. In de zaak *United Brands*(22) had een vennootschap (UBC) met een machtspositie ten aanzien van de productie van bananen, die zij onder de merknaam „Chiquita” op de markt bracht, haar leveranties aan een

Deense dealer-rijper gestaakt, toen deze na een geschil met UBC de bananen van een concurrent begon te promoten en minder zorg besteedde aan de rijping van de bananen van UBC. Het Hof overwoog, dat

„een onderneming met een machtspositie bij de verhandeling van een bepaald product — dat van de reputatie van een bekend en door de consument gewaardeerd merk profiteert — haar leveranties aan een vaste klant die de normale handelsgebruiken respecteert, niet mag staken wanneer de door die klant geplaatste bestellingen geenszins van ongewone omvang zijn”.(23)

37. In de arresten *CBEM*(24) en *GB-Inno-BM*(25) formuleerde het Hof het beginsel, 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 kan worden verricht in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld”.(26) In de zaak *Télémarketing* werd een televisiezender geacht misbruik van zijn machtspositie op de zendmarkt te maken, doordat hij van adverteerders verlangde, dat deze gebruik maakten van de diensten van het aan hem gelieerde telemarketingbedrijf. De koppeling van de twee diensten kwam neer op een weigering van de televisiezender om zijn diensten aan een ander telemarketingbedrijf te leveren, waardoor de mededinging op een toeleveringsmarkt volledig werd uitgeschakeld ten gunste van zijn compagnon.

38. In het arrest *GB-Inno-BM* besliste het Hof onder verwijzing naar het arrest *Télémarketing*, dat een onderneming met een monopolie op de markt van aanleg en exploitatie van een telecommunicatienet, inbreuk maakte op artikel 86, doordat zij zonder objectieve noodzaak de verwante, doch onderscheiden markt van de invoer, verkoop, aansluiting, ingebruikneming en onderhoud van toestellen die voor aansluiting op dat net bestemd zijn, aan zichzelf voorbehold, waardoor de mededinging van andere ondernemingen volledig werd uitgeschakeld.

39. In twee andere zaken tenslotte onderzocht het Hof, of de weigering tot levering misbruik opleverde in omstandigheden waar andere factoren, zoals het staken van leveranties aan een vaste klant of de koppeling van twee verschillende diensten, geen rol speelden. In de zaak *Volvo/Veng*(27), waarin een automobielconstruc-tuur die houder was van het modelrecht op carrosserieonderdelen voor zijn auto's, weigerde aan anderen licentie te verlenen voor vervangingsonderdelen ten behoeve van de reparatie van die auto's, achtte het Hof geen misbruik van machtspositie aanwezig. Het overwoog:

„Vervolgens moet worden beklemtoond, dat de mogelijkheid voor de houder van een model om derden te beletten, producten waarin het model is verwerkt, zonder zijn toestemming te vervaardigen en te verkopen of in te voeren, de essentie vormt van zijn uitsluitend recht. Daaruit volgt, dat wanneer de houder van een be-

schermd model wordt verplicht om derden, zelfs tegen billijke royalty's, een licentie te verlenen voor de levering van producten waarin het model is verwerkt, hem de essentie van zijn uitsluitend recht wordt ontzegd, en dat de weigering om zulk een licentie te verlenen, op zich geen misbruik van machtspositie kan opleveren.

Er zij evenwel op gewezen, dat de uitoefening van een uitsluitend recht door de houder van een model voor carrosserieonderdelen van auto's op grond van artikel 86 verboden kan zijn, indien zij de onderneming met een machtspositie brengt tot gedragingen die misbruik opleveren, zoals de willekeurige weigering om vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs, of de vaststelling van onbillijke prijzen voor vervangingsonderdelen of de beslissing om geen vervangingsonderdelen voor een bepaald automodel meer te vervaardigen, terwijl er nog vele auto's van dat model in omloop zijn, een en ander wanneer die gedragingen de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden.”(28)

40. Meer recent echter heeft het Hof in de zaak [RTE en ITP/Commissie\(29\)](#) de uitspraak van het Gerecht van eerste aanleg bevestigd, dat televisiestations misbruik van hun machtspositie hadden gemaakt door aanspraak te maken op nationale auteursrechtelijke bescherming van hun programmaoverzichten, teneinde de publicatie door een derde te voorkomen van wekelijkse tv-gidsen die zouden hebben geconcurrereerd met de tv-gids die door elk televisiestation werd uitgegeven en waarin uitsluitend de eigen programma's werden vermeld. Het Hof merkte op:

„Op die manier lieten rekwiranten, die uit de aard der zaak de enige bron waren van de basisgegevens betreffende de programma's — het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een wekelijkse tv-gids — de kijkers die de tv-programma's van de komende week wilden kennen, geen andere keuze dan voor elk kanaal de gids met het weekprogramma te kopen en deze naast elkaar te leggen.

Door met een beroep op de nationale bepalingen inzake het auteursrecht te weigeren de basisgegevens te verstrekken, hebben rekwiranten derhalve de introductie belet van een nieuw product, namelijk een alomvattende wekelijkse tv-gids, dat zichzelf niet aanboden en waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond, hetgeen misbruik in de zin van artikel 86, tweede alinea, sub b, van het Verdrag oplevert.”(30)

41. In de zaak [Tiercé Ladbroke\(31\)](#) ging het Gerecht van eerste aanleg in op het arrest Magill. In die zaak had de Commissie een klacht van de verzoekende partij afgewezen met betrekking tot de weigering van ondernemingen die de rechten hadden op beeld- en geluidsmateriaal van Franse paardenrennen, en van de onderneming met het uitsluitend recht om dat materiaal in Duitsland en Oostenrijk te verkopen, om haar het recht te verlenen het beeld- en geluidsmateriaal opnieuw uit te zenden in haar wedkantoren in België. Met instandhouding van de beschikking van de Commissie overwoog het Gerecht van eerste aanleg in de eerste plaats, dat de Commissie de productmarkt correct had

afgebakend als de markt voor uitzending van beeld- en geluidsmateriaal van paardenrennen in het algemeen en de geografische markt als België. Met betrekking tot de vraag van het misbruik merkte het Gerecht van eerste aanleg voorts op, dat de ondernemingen tot dan toe geen enkele licentie voor het Belgische grondgebied hadden verleend; derhalve leidde hun weigering om een licentie aan de verzoekende partij te verlenen, niet tot discriminatie tussen de marktdeelnemers op de Belgische markt. Aangezien de geografische markt voorts in verscheidene markten was verdeeld, leidde de weigering evenmin tot een compartimentering van de markten.

42. Het Gerecht van eerste aanleg besliste tenslotte, dat de weigering een licentie te verlenen, bij het ontbreken van dergelijke factoren, geen misbruik in de zin van het arrest Magill opleverde. Terwijl in de zaak Magill de weigering de aanvrager een licentie te verlenen, hem de toegang tot de markt voor algemene televisiebladen belette, was de verzoekende partij in deze zaak niet slechts aanwezig op, doch had zij het grootste aandeel in de primaire markt voor weddenschappen, waarop het betrokken product, te weten beeld- en geluidsmateriaal, aan consumenten werd aangeboden, terwijl de houders van de rechten niet op die markt aanwezig waren. Maar ook indien de aanwezigheid van de houders van de rechten op de Belgische markt niet doorslaggevend was, zou artikel 86 nog steeds niet toepasselijk zijn:

„De weigering om aan verzoekster te leveren, kan namelijk slechts onder het verbod van artikel 86 vallen, indien zij betrekking heeft op een product of een dienst die essentieel lijkt voor de uitoefening van de betrokken activiteit, in die zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel substituut bestaat, of op een nieuw product waarvan de introductie wordt belet ondanks een constante en regelmatige potentiële vraag van de zijde van de consumenten.”(32)

43. Uit de hiervoor besproken arresten volgt duidelijk, dat een onderneming met een machtspositie misbruik van die machtspositie maakt, indien zij zonder rechtvaardiging de levering van goederen of diensten aan een bestaande klant staakt of de concurrentie op een verwante markt uitschakelt door verschillende goederen en diensten aan elkaar te koppelen. Doch ook de enkele weigering om een licentie te verlenen, wanneer daardoor de introductie op een verwante markt wordt belemmerd van een nieuw product dat concurreert met het eigen product van de onderneming die op die markt een machtspositie inneemt, lijkt misbruik op te kunnen leveren.

44. De Commissie heeft zich in een lange reeks zaken betreffende de artikelen 85 en 86 beziggehouden met gevallen van weigering tot levering. Voorbeelden zijn de koppeling door IBM van de verkoop van computersystemen aan de verkoop van hoofdgeheugens en basissoftware, en de weigering bepaalde software te leveren voor gebruik op niet door IBM vervaardigde computersystemen(33); de weigering instantfilms te leveren zonder garanties met betrekking tot de plaats van doorverkoop ervan(34); de weigering industriesuiker te leveren aan een producent van geraffineerde

suiker, door het prijsverschil tussen kleinhandelssuiker en industriesuiker zo te verlagen, dat de marge voor een onafhankelijke producent van kleinhandelssuiker onvoldoende was(35); de weigering van een luchtvaartonderneming een concurrent toe te laten tot een geautomatiseerd boekingsstelsel, teneinde die concurrent onder druk te zetten om zijn tarieven te verhogen of een vluchtroute te sluiten(36); de weigering van „interlining”, dit wil zeggen de afgifte van tickets namens een andere luchtvaartonderneming, toen een nieuwe luchtvaartonderneming op een vluchtroute begon te concurreren(37); clausules in distributie- en verkoopcontracten om supermarkten te beletten merken van specerijen van andere leveranciers in voorraad te hebben(38), en de beperking van toegang tot ondergrondse pijplijnen voor bevoorrading van vliegtuigen op een vliegveld.(39) Daarnaast heeft de Commissie de verlening van vrijstelling aan de voorwaarde gebonden, dat op niet-discriminerende wijze toegang tot bepaalde voorzieningen werd verschaft, zoals de toegang tot geautomatiseerde boekingsstelsels voor luchtvervoerdiensten(40) en tot landings- en start-„slots” op luchthavens.(41)

45. Sommige commentatoren hebben de arresten *Télémarketing* en vooral *Magill* opgevat als een teken, dat het Hof zich had geschaard achter de „essential facilities”-doctrine, die steeds vaker in beschikkingen van de Commissie wordt gehanteerd. Aangezien deze doctrine afkomstig is uit de antitrustwetgeving van de Verenigde Staten, is het wellicht zinvol een korte samenvatting van die wetgeving te geven.

46. In het Amerikaanse recht wordt de contractsvrijheid gezien als een fundamenteel aspect van de handelsvrijheid. De Amerikaanse antitrustwetgeving, gecodificeerd in section 2 van de Sherman Act 1890, heeft in wezen tot doel de concurrentie te beschermen door het verwerven of instandhouden van een monopoliepositie te verbieden, in plaats van door de gedragingen van ondernemingen met machtsposities te reguleren. Niettemin is door de Amerikaanse rechters uitgemaakt, dat er een verplichting tot het aangaan van een bindende overeenkomst bestaat, wanneer de „essential facilities”-doctrine van toepassing is of wanneer een onderneming zijn monopolistische macht op de ene markt aanwendt om door middel van anticoncurrentiële middelen („leveraging”) een machtspositie op een andere markt te veroveren, of wanneer een contractswegering tot doel heeft de concurrentie uit te schakelen en een monopolie te creëren. Contractswegering door een monopolist is geoorloofd, wanneer daarmee uitsluitend wordt beoogd de klanten van de onderneming te kiezen of de efficiency te verbeteren. Een dergelijke weigering is niet geoorloofd, wanneer zij tot verminderde concurrentie en hogere prijzen leidt of wanneer zij de prijs-kwaliteitsverhouding van de diensten of goederen op enigerlei wijze negatief beïnvloedt.

47. Tegenwoordig is een onderneming met een monopolie ingevolge de Amerikaanse „essential facilities”-doctrine verplicht een contract met een concurrent te sluiten, wanneer aan vijf voorwaarden is voldaan.(42)

In de eerste plaats moet een „noodzakelijke voorziening” door een monopolist worden gecontroleerd. Een voorziening wordt noodzakelijk geacht, wanneer de toegang ertoe onontbeerlijk is om op de markt te kunnen concurreren met de onderneming die die markt controleert. Zo zijn bijvoorbeeld als noodzakelijk aangemerkt: spoorwegbruggen voor de stad St Louis(43), een plaatselijk telecommunicatienetwerk(44) en een plaatselijk elektriciteitsnet.(45) In de tweede plaats moet het voor een concurrent nagenoeg of redelijkerwijs onmogelijk zijn de noodzakelijke voorziening zelf op te zetten. Het is niet voldoende, dat dat moeilijk of duur is, doch een absolute onmogelijkheid daartoe is evenmin vereist.(46) In de derde plaats moet het gebruik van de voorziening aan een concurrent worden ontzegd. Deze voorwaarde lijkt ook de weigering te omvatten om op redelijke voorwaarden een contract aan te gaan.(47) In de vierde plaats moet het mogelijk zijn de voorziening ter beschikking te stellen. In de vijfde plaats mag er geen legitieme commerciële reden zijn om toegang tot de voorziening te weigeren. De contractswegering van een onderneming met een machtspositie, die een noodzakelijke voorziening controleert, kan gerechtvaardigd zijn om wettige technische of commerciële redenen.(48) Die weigering kan eveneens worden gebaseerd op redenen van efficiency.(49)

48. De Commissie heeft voor het eerst uitdrukkelijk naar de „essential facilities”-doctrine verwezen in twee beschikkingen houdende voorlopige maatregelen betreffende de haven van Holyhead, namelijk *B&I Line plc/Sealink Harbours Ltd en Sealink Stena Ltd*(50) en *Sea Containers/Stena Sealink*.(51) In laatstgenoemde zaak kwam de Commissie tot de conclusie, dat Sealink als havenexploitant misbruik van haar machtspositie op de markt voor havendiensten had gemaakt door de toegang, op redelijke en niet-discriminerende voorwaarden, tot de haven van Holyhead te ontzeggen aan een potentiële concurrent op de markt voor veerdiensten. In de beschikking stelde de Commissie onder herhaling en uitbreiding van haar overwegingen in eerstgenoemde beschikking:

„Een onderneming die een machtspositie heeft met betrekking tot de verrichting van een noodzakelijke voorziening en zelf van die dienst gebruik maakt (dit wil zeggen een voorziening of infrastructuur, waarzonder concurrenten aan hun klanten geen diensten kunnen verlenen), en die andere ondernemingen zonder gegronde redenen de toegang tot die voorziening ontzegt of die ondernemingen slechts toegang onder minder gunstige voorwaarden verleent dan zij aan haar eigen diensten geeft, schendt artikel 86 indien aan de overige voorwaarden van dat artikel is voldaan. Een onderneming met een machtspositie mag niet discrimineren ten gunste van haar eigen werkzaamheden op een verwante markt. De eigenaar van een noodzakelijke voorziening die zijn macht op een markt gebruikt om zijn positie op een andere verwante markt te beschermen of te versterken, met name door te weigeren aan een concurrent toegang te verlenen of door toegang te verlenen onder minder gunstige voorwaarden dan die van zijn eigen

diensten, waarbij de concurrent dus een concurrentieel nadeel wordt opgelegd, maakt een inbreuk op artikel 86.”(52)

49. De Commissie baseerde deze juridische beoordeling op de arresten van het Hof in de zaken Commercial Solvents(53), Télémarketing(54), GB-Inno-BM(55), ERT(56) en het arrest van het Gerecht van eerste aanleg in de zaak Magill(57). Zij voegde daaraan toe: „Dit beginsel is van toepassing wanneer de concurrent die om toegang tot de noodzakelijke voorziening verzoekt, een nieuwe marktdeelnemer is in de relevante markt.”(58)

50. De Commissie blijkt dus van oordeel te zijn, dat de weigering een concurrent toegang tot een noodzakelijke voorziening te verlenen, op zich misbruik kan opleveren, ook al ontbreken andere factoren, zoals de koppeling van leveringen, discriminatie ten opzichte van een andere onafhankelijke concurrent, het staken van leveranties aan vaste klanten of doelbewuste actie ter benadeling van een concurrent (ik merk echter op, dat dergelijke aanvullende factoren in veel van de door de Commissie behandelde zaken in meer of mindere mate een rol speelden). Een noodzakelijke voorziening kan een product zijn, zoals een grondstof, of een dienst, met inbegrip van de verlening van toegang tot plaatsen als havens of luchthavens of tot een distributiesysteem, zoals een telecommunicatienetwerk. In veel gevallen is de relatie verticaal in die zin, dat de dominante onderneming het product of de dienst aan haar eigen verticale activiteiten voorbehoudt of ten gunste daarvan discrimineert, ten koste van de concurrenten op die verticale markt. De relatie kan echter ook horizontaal zijn in de zin van een koppelverkoop van verwante, doch onderscheiden producten of diensten.

51. Bij de beoordeling van de vraag of een voorziening noodzakelijk is, tracht de Commissie de omvang van het nadeel in te schatten en vast te stellen, of dit nadeel van permanente dan wel slechts tijdelijke aard is. De te hanteren maatstaf is door een commentator omschreven als „whether the handicap resulting from the denial of access is one that can reasonably be expected to make competitors' activities in the market in question either impossible or permanently, seriously and unavoidably uneconomic”.(59) Deze maatstaf is van objectieve aard en ziet op concurrenten in het algemeen. Een individuele concurrent kan zich dus niet op zijn bijzonder kwetsbare positie beroepen.

52. Mitsdien blijkt het begrip noodzakelijke voorzieningen in de praktijk van de Commissie een belangrijke rol te spelen in zaken betreffende weigeringen tot levering.

53. De wetgevingen van de lidstaten beschouwen de contractsvrijheid algemeen als een wezenlijk element van de vrije handel. Niettemin bepalen de mededingingsvoorschriften van sommige lidstaten uitdrukkelijk, dat een ongerechtvaardigde weigering een bindende overeenkomst te sluiten, misbruik van een machtspositie kan opleveren. Dit is het geval in Spanje(60), Finland(61), Frankrijk(62), Griekenland(63) en Portugal.(64) Met betrekking tot noodzakelijke voorzieningen in het bijzonder verbieden

specifieke wettelijke bepalingen in sommige lidstaten, dat ondernemingen zonder noodzaak weigeren contracten te sluiten tot levering van door hen gecontroleerde voorzieningen. Dit geldt in Finland met betrekking tot het telefoonnet(65), het elektriciteitsnet(66) en de postdiensten(67), en in Oostenrijk met betrekking tot het spoorwegnet(68), de energieproductie en -distributie(69) en de tram- en busdiensten.(70) In andere lidstaten heeft het begrip noodzakelijke voorzieningen zich ontwikkeld van meer algemene beginselen tot het vereiste dat ondernemingen die dergelijke voorzieningen controleren, de toegang daartoe niet zonder noodzaak mogen weigeren. In Denemarken is dit begrip vóór de inwerkingtreding van een nieuwe wet(71) toegepast met betrekking tot de haven van Helsingør en het elektriciteitsnet van Seeland.(72) In Frankrijk is het toegepast met betrekking tot een heliport.(73) In een Spaanse zaak betreffende de toegang tot tabakleveranties(74) is veelvuldig verwezen naar de leer van de noodzakelijke voorzieningen, zoals ontwikkeld in de beschikking van de Commissie in de zaak Sea Containers/Stena Sealink.(75)

Beoordeling van de vragen

54. Tegen deze achtergrond zal ik de eerste prejudiciële vraag van de nationale rechter onderzoeken. Opmerking verdient, dat ofschoon Bronner zich er onder meer over beklaagt, dat Mediaprint, door haar niet in het thuisbezorgingssysteem op te nemen, haar ten opzichte van een andere uitgever heeft gediscrimineerd, de verwijzende rechter hierover geen vraag heeft gesteld. Zijn eerste vraag strekt ertoe te vernemen, of een onderneming in Mediaprints positie misbruik van die positie maakt door te weigeren een andere nieuwsbladuitgever op te nemen in een distributiesysteem dat zij ten behoeve van haar eigen nieuwsbladactiviteiten heeft opgezet, zonder dat sprake is van andere factoren zoals het staken van leveranties, koppelverkoop of discriminatie tussen onafhankelijke klanten.

55. Uit de voorgaande bespreking blijkt duidelijk, dat deze vraag een algemene kwestie aan de orde stelt, die zich in tal van omstandigheden kan voordoen. Ofschoon het op basis van deze zaak niet passend zou zijn te proberen dienaangaande uitvoerige richtsnoeren te formuleren, dien ik enkele algemene punten naar voren te brengen alvorens meer specifiek op de onderhavige zaak in te gaan.

56. In de eerste plaats behoort het recht zelf zijn handelspartners te kiezen, alsmede het recht over zijn eigendom te beschikken, tot de algemeen erkende beginselen van de wetgevingen der lidstaten, soms met grondwettelijke status. Inbreuken hierop moeten zorgvuldig worden gemotiveerd.

57. In de tweede plaats vergt op het gebied van het mededingingsbeleid de rechtvaardiging van een inmenging in de contractsvrijheid van een onderneming met een machtspositie veelal een zorgvuldige afweging van conflicterende belangen. Op lange termijn is het in het algemeen bevorderlijk voor de concurrentie en in het belang van de consument, een onderneming toe te staan voorzieningen die zij ten behoeve van haar eigen

bedrijfsactiviteiten heeft gecreëerd, voor eigen gebruik te reserveren. Indien bijvoorbeeld al te gemakkelijk toegang werd verschaft tot een productie-, aankoop- of distributievoorziening, zou een concurrent niet worden gestimuleerd concurrerende voorzieningen te creëren. Ofschoon dus op korte termijn de mededinging zou worden bevorderd, zou op lange termijn het tegenovergestelde effect worden bereikt. Bovendien zou de prikkel voor een dominante onderneming om in efficiënte voorzieningen te investeren, afnemen, indien haar concurrenten desgevraagd van de voordelen ervan zouden kunnen profiteren. Het enkele feit derhalve dat een dominante onderneming, door een voorziening voor eigen gebruik te reserveren, een voordeel ten opzichte van een concurrent behoudt, volstaat niet om de toegang daartoe te kunnen afdwingen.

58. In de derde plaats dient men bij de beoordeling van dit vraagstuk niet uit het oog te verliezen, dat het hoofddoel van artikel 86 erin bestaat een verstoring van de mededinging te voorkomen — en in het bijzonder de belangen van de consumenten te beschermen —, en niet, de positie van afzonderlijke concurrenten te beschermen. Derhalve kan het onbevredigend zijn om bijvoorbeeld in een geval waarin een concurrent toegang tot grondstoffen verlangt, teneinde met de dominante onderneming te kunnen concurreren op de markt van een eindproduct, uitsluitend af te gaan op de macht van de dominante onderneming op de grondstoffenmarkt en te concluderen dat haar gedraging om die markt voor zichzelf te reserveren, automatisch misbruik oplevert. Een dergelijke gedraging zal slechts tot ongunstige gevolgen voor consumenten leiden, wanneer het eindproduct van de dominante onderneming voldoende tegen de concurrentie wordt afgeschermd om het economische macht te verlenen.

59. Aandacht verdient, dat advocaat-generaal Warner in de zaak Commercial Solvents — waarin hij tot dezelfde conclusie kwam als het Hof — ook de marktpositie in een later stadium van het economisch verkeer in aanmerking nam:

„De vraag of de markt van de grondstoffen voor een bepaalde verbinding een relevante markt is, kan mijns inziens niet worden losgemaakt van de vraag of de markt van die verbinding zelf niet even relevant is. De gebruiker is ten slotte alleen in het eindproduct geïnteresseerd en het is middellijk dan wel onmiddellijk nadeel voor de gebruiker, waartegen artikel 86 zich richt.”(76)

60. De bedoelde verbinding was het tuberculosegeneesmiddel ethambutol. Op grond van de feiten oordeelde de advocaat-generaal, dat de Commissie terecht had geconcludeerd, dat de markt voor ethambutol als een markt op zich kon worden beschouwd, omdat ethambutol in combinatie met andere tuberculosegeneesmiddelen wordt gebruikt en het die andere producten veeleer aanvult dan ermee concurreert.

61. Anderzijds moge het duidelijk zijn, dat de weigering van toegang in sommige gevallen zowel op korte als op lange termijn kan leiden tot uitschakeling of aanzienlijke beperking van de mededinging ten nadele van de consument. Dit is het geval, wanneer toegang tot een

voorziening een eerste voorwaarde is voor de mededinging op een verwante markt van goederen of diensten die slechts in beperkte mate onderling vervangbaar zijn. 62. De beoordeling van dergelijke conflicterende belangen vergt bijzondere voorzichtigheid wanneer de goederen, diensten of voorzieningen waartoe toegang wordt verlangd, de vrucht van aanzienlijke investeringen zijn. Dit kan met name het geval zijn met betrekking tot de weigering intellectueel eigendomsrechten in licentie te geven. Aangezien dergelijke uitsluitende rechten voor een beperkte periode worden verleend, impliceert dat op zich reeds een afweging van het belang van vrije mededinging enerzijds en het belang van stimulering van onderzoek en ontwikkeling en creativiteit anderzijds. Het Hof heeft dus op goede gronden geoordeeld, dat de weigering een licentie te verlenen, bij ontbreken van andere factoren op zich geen misbruik oplevert.(77)

63. De uitspraak in de zaak Magill(78) is mijns inziens toe te schrijven aan de bijzondere omstandigheden van die zaak, die de balans deden doorslaan ten gunste van een verplichting tot licentiëring. In de eerste plaats waren de bestaande producten, te weten afzonderlijke wekelijkse programmaoverzichten per televisiestation, inadequaet, met name vergeleken met de programma-bladen waarover kijkers in andere landen konden beschikken. De uitoefening van het auteursrecht stond in de weg aan de introductie op de markt van een nieuw product waaraan grote behoefte bestond. In de tweede plaats viel de auteursrechtelijke bescherming van programmaoverzichten moeilijk te rechtvaardigen met het motief creatieve inspanningen te belonen of te stimuleren. In de derde plaats vormde de uitoefening van het auteursrecht, gezien de relatief korte levensduur van programmagidsen, een permanente hinderpaal voor de introductie op de markt van het nieuwe product. Overigens zij opgemerkt, dat nationale bepalingen inzake intellectuele eigendom soms zelf grenzen stellen door in een licentiëringverplichting te voorzien.

64. Terwijl de uitoefening van intellectueel eigendomsrechten de mededinging veelal slechts gedurende een bepaalde periode beperkt, kan het monopolie van een dominante onderneming met betrekking tot een product, dienst of voorziening in sommige gevallen tot permanente uitschakeling van de mededinging op een verwante markt leiden. In dergelijke gevallen is concurrentie slechts mogelijk door van de dominante onderneming te eisen, dat zij het product of de dienst levert dan wel toegang tot de voorziening verschaft. Wordt de onderneming hiertoe echter verplicht, dan moet zij naar mijn mening volledig schadeloos worden gesteld, door haar toe te staan een passend aandeel van haar investeringskosten door te berekenen in de levering en haar investering adequaat te rentabiliseren in verhouding tot het gelopen risico. Ik laat hierbij in het midden, of de onderneming in sommige gevallen moet worden toegestaan haar monopolie gedurende een beperkte periode te behouden.

65. Volgens mij valt een dergelijke inmenging, ongeacht of zij wordt gezien als een toepassing van de „essential facilities”-doctrine, dan wel, meer traditio-

neel, als een reactie op de weigering tot levering van goederen of diensten, in de zin van het mededingingsbeleid slechts te rechtvaardigen in gevallen waarin de dominante onderneming een echte wurggreep op de verwante markt heeft. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn, wanneer reproductie van de voorziening onmogelijk of uiterst moeilijk is wegens fysieke, geografische of wettelijke beperkingen, dan wel hoogst onwenselijk is om redenen van openbare orde. Het volstaat niet, dat de controle van een onderneming over een voorziening haar een concurrentieel voordeel verschaft.

66. Ik sluit niet uit, dat de kosten van reproductie van een voorziening op zich al een onoverkomelijke barrière voor de toegang tot de markt kunnen vormen. Dit kan met name het geval zijn, wanneer de voorziening in concurrentievrije omstandigheden is gecreëerd, bijvoorbeeld deels door overheidsfinanciering. Niettemin ben ik van mening, dat de te hanteren maatstaf objectief van aard moet zijn: met andere woorden, wil een weigering tot toegang misbruik opleveren, dan moet het niet alleen voor de onderneming die toegang vraagt, doch ook voor alle andere ondernemingen uiterst moeilijk zijn te concurreren. Indien dus alleen de kosten van reproductie van de voorziening een barrière voor toegang tot de markt vormen, moeten deze dermate hoog zijn, dat zij elke verstandige ondernemer ervan weerhouden de markt te betreden. Mijns inziens moeten hiertoe alle omstandigheden in aanmerking worden genomen, waaronder de mate waarin de dominante onderneming, gelet op de afschrijvingsgraad van haar investering en de kosten van instandhouding van de voorziening, de investerings- of onderhoudskosten moet doorberekenen in de prijzen op de verwante markt (in de wetenschap dat de concurrent, die na reproductie van de voorziening moet concurreren op de verwante markt, aanvankelijk hoge afschrijvingskosten zal hebben, doch eventueel lage onderhoudskosten).

67. Mijns inziens kan er in casu duidelijk geen sprake zijn van een verplichting van Mediaprint om Bronner op te nemen in haar landelijk thuisbezorgingssysteem. Ofschoon Bronner zelf wellicht niet in staat is een zelfde distributienet als dat van Mediaprint op te zetten, beschikt zij over tal van alternatieve — zij het minder geschikte — distributiekanaalen. Deze conclusie wordt gestaafd door de stelling van „Der Standard” zelf, dat „dit blad een spectaculaire groei kent met betrekking tot zowel het abonneementenbestand (een toename met 15 %) als de acquisitie van advertenties (een toename met 30 % ten opzichte van vorig jaar).”(79) Deze stelling lijkt amper te verenigen met het argument, dat het thuisbezorgingssysteem van Mediaprint van wezenlijk belang voor haar is om op de dagbladmarkt te kunnen concurreren.

68. Bovendien zou het noodzakelijk zijn vast te stellen, dat het investeringsniveau voor het opzetten van een landelijk thuisbezorgingssysteem zo hoog ligt, dat het een ondernemende uitgever die een markt voor een nieuw groot dagblad ziet, afschrikt om de markt te betreden. Wellicht is het onrendabel, zoals Bronner suggereert, om een landelijk systeem op te zetten voor een nieuwsblad met een geringe oplage. Op korte ter-

mijn zouden verliezen derhalve voorzienbaar zijn, hetgeen een zeker investeringsniveau vergt. Het doel van het opzetten van een concurrerend landelijk net zou echter zijn, Bronner in staat te stellen op gelijke voet te concurreren met de nieuwsbladen van Mediaprint en de geografische spreiding en oplage aanzienlijk te verhogen.

69. Indien Bronners standpunt werd onderschreven, zou dit tot uitvoerige regulering van de markten van de Gemeenschap door de communautaire en nationale autoriteiten en rechterlijke instanties leiden, uitmondend in de vaststelling van prijzen en leveringsvoorwaarden in grote sectoren van de economie. Een inmenging op die schaal zou niet alleen onwerkbaar, doch op lange termijn ook nadelig voor de mededinging zijn en in feite amper verenigbaar met een markteconomie.

70. Mitsdien acht ik in casu geen redenen aanwezig om een dominante onderneming ertoe te verplichten, toegang te verlenen tot een voorziening die zij voor eigen gebruik heeft gecreëerd.

De tweede prejudiciële vraag

71. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de nationale rechter te vernemen, of een onderneming in Mediaprints positie misbruik van haar machtspositie maakt door opname in haar thuisbezorgingssysteem te koppelen aan de levering van andere diensten, zoals de verkoop via verkooppunten en het drukken.

72. Weliswaar is deze tweede vraag niet uitdrukkelijk enkel gesteld voor het geval van een bevestigend antwoord op de eerste vraag, doch mijns inziens is zij uitsluitend in dat geval relevant.

73. Toegegeven zij, dat deze vraag in beginsel ook kan rijzen bij een ontkennend antwoord op de eerste vraag. Ook al levert de weigering van een dominante onderneming toegang tot haar distributiesysteem te verschaffen, op zich geen misbruik op, dan kan die onderneming niettemin misbruik van haar positie maken door de toegang tot haar systeem zonder rechtvaardiging te binden aan de levering van andere diensten en op die wijze te proberen haar economische macht op een verwante markt te versterken. In casu is deze vraag echter van zuiver hypothetische aard. Mediaprint heeft geweigerd Bronner op welke voorwaarden dan ook in haar bezorgingssysteem op te nemen. In haar relatie met Bronner heeft zij niet geprobeerd de toegang tot het systeem te koppelen aan de levering van andere diensten.

74. Doel van de tweede vraag is dus veeleer vast te stellen, of Mediaprint, voor zover de weigering van toegang tot het landelijke thuisbezorgingssysteem misbruik oplevert, van Bronner mag eisen, dat zij bepaalde andere diensten van haar betreft indien zij bedoelde toegang verschaft. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn, indien kon worden aangetoond dat het, gezien de krappe deadlines voor dagbladen, ondoenlijk is het drukken en de distributie aan verschillende ondernemingen uit te besteden. Met andere woorden, de nationale rechter wenst in het geval van een bevestigend antwoord op de eerste vraag te vernemen, onder welke voorwaarden hij toegang tot het bezorgingssysteem moet gelasten.

75. Aangezien de eerste vraag mijns inziens ontkenkend moet worden beantwoord, is de tweede vraag niet aan de orde.

Conclusie

76. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, de door het Oberlandesgericht Wien gestelde prejudiciële vragen te beantwoorden als volgt:

„Er is geen sprake van misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 EG-Verdrag, wanneer een onderneming die een zeer groot aandeel van de dagbladmarkt in een lidstaat in handen heeft en het enige landelijke thuisbezorgingssysteem voor abonnees exploiteert, weigert de uitgever van een concurrerend nieuwsblad in dat thuisbezorgingssysteem op te nemen.”

Noten bij Conclusie A.-G.

1: Oorspronkelijke taal: Engels.

2: — Zie, bijvoorbeeld, arrest van 17 september 1997, Dorsch Consult (C-54/96, Jurispr. blz. I-4961).

3: — Arrest van 19 oktober 1995, Job Centre (C-111/94, Jurispr. blz. I-3361, punt 9).

4: — § 88.

5: — § 89, lid 1.

6: — § 94.

7: — § 92.

8: — Zie met name § 43.

9: — Arrest van 30 januari 1974, BRT en SABAM (127/73, Jurispr. blz. 51, punten 19 en 20).

10: — Arrest van 15 december 1976, Simmenthal (35/76, Jurispr. blz. 1871).

11: — Punten 19 en 20 van het arrest.

12: — PB 1997, C 313, blz. 3.

13: — Arresten van 17 juli 1997, Leur-Bloem (C-28/95, Jurispr. blz. I-4161) en Giloy (C-130/95, Jurispr. blz. I-4291).

14: — Arrest van 13 februari 1969, Wilhelm e.a. (14/68, Jurispr. blz. 1).

15: — Zie arrest Wilhelm e.a. (reeds aangehaald in noot 13); voorts arrest van 10 juli 1980, Giry en Guerlain e.a. (gevoegde zaken 253/78, 1/79, 2/79 en 3/79, Jurispr. blz. 2327), de conclusie van advocaat-generaal Tesauro bij het arrest van 24 oktober 1995, Volkswagen en VAG Leasing (C-266/93, Jurispr. blz. I-3477), en de Mededeling van de Commissie, aangehaald in noot 11 (punten 16-22).

16: — Robert Walz, „Rethinking Walt Wilhelm, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law”, 1996, ELRev, vol. 21, blz. 449.

17: — Zie, in het algemeen, de Mededeling van de Commissie (reeds aangehaald in noot 11).

18: — Zie arrest van 28 maart 1995, Kleinwort Benson (C-346/93, Jurispr. blz. I-615).

19: — Zie arrest van 14 februari 1978, United Brands/Commissie (27/76, Jurispr. blz. 207, punten 22-35). Zie ook de Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt (PB 1997, C 372, blz. 5).

20: — Punt 65.

21: — Arrest van 6 maart 1974, Commercial Solvents/Commissie (gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Jurispr. blz. 223).

22: — Reeds aangehaald in noot 18.

23: — Punt 182.

24: — Arrest van 3 oktober 1985, CBEM (311/84, Jurispr. blz. 3261; hierna arrest Télémarketing genoemd).

25: — Arrest van 13 december 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Jurispr. blz. I-5941).

26: — Arrest GB-Inno-BM, punt 18.

27: — Arrest van 5 oktober 1988 (238/87, Jurispr. blz. 6211).

28: — Punten 8 en 9. Zie ook arrest van 5 oktober 1988, CICRA en Maxicar (53/87, Jurispr. blz. 6039).

29: — Arrest van 6 april 1995 (C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743; hierna: „arrest Magill”).

30: — Punten 53 en 54 van het arrest.

31: — Arrest van 12 juni 1997 (T-504/93, Jurispr. blz. II-923).

32: — Punt 131.

33: — Arrest van 11 november 1981, IBM/Commissie (60/81, Jurispr. blz. 2639).

34: — Polaroid/SSI, Dertiende verslag over het mededingingsbeleid (1984), blz. 95.

35: — Beschikking 88/518/EEG van de Commissie van 18 juli 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (Napier Brown - British Sugar) (PB L 284, blz. 41).

36: — Beschikking 88/589/EEG van de Commissie van 4 november 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (London European - Sabena) (PB L 317, blz. 47).

37: — Beschikking 92/213/EEG van de Commissie van 26 februari 1992 in een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (British Midland/Air Lingus) (PB L 96, blz. 34) en Lufthansa/Air Europe, Twintigste verslag over het mededingingsbeleid (1991), blz. 83.

38: — Beschikking 78/172/EEG van de Commissie van 21 december 1977 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (Specerijen) (PB 1978, L 53, blz. 20).

39: — Disma, Drieëntwintigste Verslag over het mededingingsbeleid (1994), blz. 80.

40: — Verordening nr. 3652/93 van de Commissie van 22 december 1993 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het EG-Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten tussen ondernemingen met betrekking tot geautomatiseerde boekingsystemen voor luchtvervoerdiensten (PB L 333, blz. 37).

41: — Verordening nr. 1617/93 van de Commissie van 25 juni 1993 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag op bepaalde groepen overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen die betrekking hebben op de gezamenlijke planning en coördinatie van de dienstregelingen, op de gemeenschappelijke exploitatie, op het overleg over passagiers- en vrachtovervoertarieven bij geregelde luchtdiensten en op de toekenning van landings- en starttijden op luchthavens (PB L 155, blz. 18), en verordening nr. 95/93 van de Raad van 18

- januari 1993 betreffende gemeenschappelijke regels voor de toewijzing van „slots” op communautaire luchthavens (PB L 14, blz. 1).
- 42: — Zie MCI Communications/AT&T, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), 464 US 891 (1983).
- 43: — United States/Terminal Railroad Association of St Louis, 224, US 383 (1912).
- 44: — MCI Communications/AT&T (reeds aangehaald in noot 41).
- 45: — Otter Tail Power Co./United States, 410 US 366 (1973).
- 46: — Zie, bijvoorbeeld, Fishman/Estate of Wirtz, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1986).
- 47: — Eastman Kodak Co./Southern Photo Materials Co., 273 US 359 (1927).
- 48: — Zie, bijvoorbeeld, Byars/Bluff City News Co., 609 F.2d 843 (6th Cir. 1979).
- 49: — R. H. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978 (herdruk 1993), blz. 346. Aspen Skiing Co./Aspen Highlands Skiing Corp. 427 US 585 (1985).
- 50: — Beschikking van de Commissie van 11 juni 1992, CMLR (1992) 5, 255.
- 51: — Beschikking 94/19/EG van de Commissie van 21 december 1993 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EG-Verdrag (Sea Containers t. Stena Sealink - Voorlopige maatregelen) (PB 1994, L 15, blz. 8).
- 52: — Punt 66 van de beschikking.
- 53: — Reeds aangehaald in noot 20.
- 54: — Reeds aangehaald in noot 23.
- 55: — Reeds aangehaald in noot 25.
- 56: — Arrest van 18 juni 1991 (C-260/89, Jurispr. blz. I-2925).
- 57: — Arrest van 10 juli 1991, RTE/Commissie (T-69/89, Jurispr. blz. II-485).
- 58: — Punt 67 van beschikking 94/19 van de Commissie.
- 59: — J. Temple Lang, „Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors, and access to essential facilities”, in: *Fordham International Law Journal*, Vol. 18 (1994), 245-284 en 285.
- 60: — Artikel 6 van de mededingingswet nr. 16/1989 van 17 juli 1989 (Defensa de la Competencia, BOE nr. 170, 18 juli 1989); zaak 350/94 3C Communications España/Telefónica de España (Teléfonos en Aeropuertos), uitspraak van 1 februari 1995 van het Tribunal de la Defensa de la Competencia.
- 61: — Artikel 7 van de Laki kilpailunrajoituksesta 27.5.1992/480.
- 62: — Artikel 8 van beschikking nr. 86-1243 van 1 december 1986, Code de commerce, Dalloz (ed.) (1990-91), blz. 523.
- 63: — Artikel 2(c) van wet nr. 703/1977.
- 64: — Artikelen 3(4) en 2(f) en (g) van besluitwet nr. 371/93.
- 65: — Artikel 15 van de Telemarkkinalaki 30.4.1997/396.
- 66: — Artikelen 9.2. en 10.1. van de Sähkömarkkinalaki 17.3.1995/386.
- 67: — Artikel 4.2 van de Postitoimintalaki 29.10.1993/907.
- 68: — Artikel 3 van het Eisenbahnbeförderungsgesetz 1988, BGBl. 180/1988.
- 69: — Artikelen 6 en 8 van het Elektrizitätswirtschaftsgesetz 1975, BGBl. 260/1975.
- 70: — Artikel 8, lid 2, van het Kraftfahrlinienverkehrsgesetz 1952, BGBl. 84/1952.
- 71: — Wet nr. 384 van 10 juni 1997.
- 72: — KonkurrencerEadet Dokumentation 1996-1, blz. 60.
- 73: — Beschikking nr. 96-D-51 van 3 september 1996 van de Conseil de la concurrence, SARL Héli-Inter Assistance, BOCC 8 januari 1997, blz. 3.
- 74: — Zaak 21/97 McLane España/Tabacalera, uitspraak van het Tribunal de la Defensa de la Competencia van 26 mei 1997.
- 75: — Reeds aangehaald in noot 48.
- 76: — Blz. 269.
- 77: — Arrest Volvo (reeds aangehaald in noot 26).
- 78: — Reeds aangehaald in noot 28.
- 79: — Editie van 28 februari 1997, als bijlage gehecht aan de opmerkingen van Mediaprint.