

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

F. G. JACOBS

fremsat den 28. maj 1998 *

1. I denne sag har Oberlandesgericht Wien som kartelretlig instans (retten er første instans i konkurrencesager) spurgt Domstolen, om det forhold, at en aviskoncern, der har en væsentlig andel af dagbladsmarkedet, nægter at optage et konkurrerende dagblad i sin ordning med direkte udbringning, eller gør det til en betingelse herfor, at det konkurrerende dagblad også aftager visse andre ydelser fra koncernen, udgør et misbrug af dominerende stilling, der strider mod traktatens artikel 86.

De faktiske omstændigheder og den nationale rets spørgsmål

2. Oscar Bronner GmbH & Co. KG (herefter »Oscar Bronner«) udgiver dagbladet »Der Standard«. I 1994 havde dette 3,6% af de østrigske dagblades samlede oplag og ca. 6% af annonceindtægterne.

3. Den første sagsøgte i hovedsagen, Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag

GmbH & Co. KG, udgiver dagbladene »Neue Kronen Zeitung« og »Kurier« og varetager distributionen og annoncevirksoheden for disse aviser gennem sine 100%-ejede datterselskaber Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG og Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, der er henholdsvis anden og tredje sagsøgte i hovedsagen. I 1994 havde de to aviser tilsammen en markedsandel på 46,8% af de østrigske dagblades samlede oplag og 42% af annonceindtægterne. De to dagblade havde desuden en dækning på 53,3% af alle personer over 14 år i private husstande og 71% af alle dagbladslæsere.

4. I henhold til § 35 i den østrigske konkurrencelov (herefter »Kartellgesetz«) har Oscar Bronner for den nationale ret nedlagt påstand om, at Mediaprint-koncernen (herefter »Mediaprint«) tilpligtes at ophøre med at misbruge sin dominerende stilling og at optage Oscar Bronner i sin landsdækkende udbringningsordning for dagblade mod et passende vederlag. Der findes ganske vist en række regionale eller lokale udbringningsordninger i Østrig, men Mediaprint's ordning er den eneste landsdækkende. Oscar Bronner har gjort gældende, at det kun ved en direkte udbringningsordning kan sikres, at abonnenterne får deres avis i de tidlige morgentimer; udbringning via postvæsenet, der normalt først sker hen på formiddagen, er ikke noget reelt alternativ. Henset til, at »Der Standard« kun har et beskedent antal

* Originalsprog: engelsk.

abonnenter, ville det være urentabelt for Oscar Bronner at opbygge en egen udbringningsordning. Oscar Bronner har desuden anført, at Mediaprint udsætter ham for forskelsbehandling, idet virksomheden har optaget dagbladet »Wirtschaftsblatt«, som Mediaprint ikke udgiver, i sin udbringningsordning.

5. Mediaprint har anført, at virksomheden har foretaget betydelige investeringer og en stor arbejdsindsats med henblik på opbygningen af udbringningsordningen. Selv om Mediaprint indtager en dominerende stilling, er virksomheden ikke forpligtet til at støtte sine konkurrenter. Situationen for »Wirtschaftsblatt«, der er optaget i udbringningsordningen, kan ikke sammenlignes med situationen for »Der Standard«, eftersom udgiveren af »Wirtschaftsblatt« også har indgået aftale med Mediaprint om, at denne virksomhed skal trykke bladet og stå for distributionen; optagelsen i udbringningsordningen udgjorde således kun en del af en samlet pakke. Desuden konkurrerer »Wirtschaftsblatt« ikke direkte med Mediaprint's dagblade, da det ikke som de typiske dagblade omhandler sport, kultur og tv. Endelig ville det overskride grænserne for udbringningsordningens kapacitet, såfremt den blev åbnet for alle udgivere af østrigske dagblade.

6. Den nationale ret er af den opfattelse, at den udelukkende har kompetence til at anvende nationale konkurrenceregler og ikke til at anvende traktatens konkurrenceregler direkte. Retten har imidlertid anført, at såfremt en erhvervsdrivendes adfærd er omfattet af traktatens artikel 86, foreligger der nødvendigvis også misbrug af dominerende stilling som omhandlet i § 35 i Kartell-

gesetz, der materielt set er identisk med artikel 86. En adfærd, som strider mod fællesskabsretten, kan ikke være lovlig efter national ret, eftersom fællesskabsretten har forrang. Retten har bemærket, at en anvendelse af traktatens artikel 86 er betinget af, at misbruget kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og den har henvist til Oscar Bronner's frygt for, at den omstændighed, at han var blevet nægtet optagelse i Mediaprint's udbringningsordning, kunne medføre, at han ville blive trængt helt ud af dagbladsmarkedet, og hans økonomiske eksistens ville blive truet. Den nationale ret har konkluderet, at da Oscar Bronner som udgiver af et østrigsk dagblad, der også sælges i udlandet, deltager i international handel, påvirkes samhandelen inden for Fællesskabet.

7. Den nationale ret har derfor stillet Domstolen følgende spørgsmål:

- »1) Skal EF-traktatens artikel 86 fortolkes således, at der er tale om misbrug af dominerende stilling i form af, at der uberettiget opstilles hindringer for adgang til markedet, når en virksomhed, som udgiver, fremstiller og distribuerer dagblade og med sine produkter indtager en fremtrædende stilling på det østrigske dagbladsmarked (nemlig 46,8% af det samlede oplag, 42% af annonceindtægterne og 71% 's dækning, set i forhold til samtlige dagblade), og som driver den eneste i Østrig eksisterende landsdækkende ordning med direkte udbringning til abonnenter, over for en anden virksomhed, som også udgiver, fremstiller og distribuerer et dagblad i Østrig, nægter at afgive et

bindende tilbud om at optage dette dagblad i sin udbringningsordning, når det endvidere lægges til grund, at den virksomhed, der ønsker at blive optaget i udbringningsordningen, på grund af sit beskedne oplag og den heraf følgende ringe abonnenttæthed hverken alene eller i samarbejde med de øvrige virksomheder, der udbyder dagblade på markedet, med rimelige omkostninger kan opbygge sin egen udbringningsordning og drive den rentabelt?

- 2) Er der tale om misbrug som omhandlet i EF-traktatens artikel 86, såfremt — under de i spørgsmål 1 nærmere angivne omstændigheder — den, der står for ordningen med udbringning af dagblade, gør det til en betingelse for at optage forretningsforbindelse med udgiveren af et konkurrerende produkt, at denne ikke alene indgår aftale om udbringning, men også om andre tilbudte ydelser (f.eks. distribution via udsalgssteder, trykning) som led i en samlet pakke?»

8. Oscar Bronner, Mediaprint og Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg, og alle disse parter var repræsenteret under retsmødet.

Formaliteten

9. Mediaprint og Kommissionen har gjort gældende, at sagen skal afvises. Efter deres opfattelse er den nationale ret en konkurrencemyndighed, som udelukkende har kompetence til at anvende national konkurrenceret.

10. Efter min mening er det imidlertid klart, at Kartellgericht er en ret og også optræder således i hovedsagen. Den må derfor have kompetence til at anvende artikel 86.

11. At der er tale om en ret, der også optræder som en sådan, bekræftes af Domstolens praksis vedrørende spørgsmålet, om et organ udgør en »ret i en af medlemsstaterne« i artikel 177's forstand. Domstolen lægger vægt på en række faktorer, f.eks. på, om organet er oprettet ved lov, har permanent karakter, virker som obligatorisk retsinstans, anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, træffer afgørelse på grundlag af retsregler, samt om det er uafhængigt¹. Organet skal desuden handle i sin egenskab af ret. Dette er tilfældet, »hvis der verserer en tvist for [retsinstansen] ... og hvis forelæg-

¹ — Jf. f.eks. dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult, Sml. I, s. 4961.

gelsen sker med henblik på afgørelse af en retssag².

12. Mediaprint og Kommissionen har ikke bestridt, at Kartellgericht opfylder disse krav. Oberlandesgericht Wien er i henhold til Kartellgesetz nedsat som permanent kartelretsinstans for hele Østrig³. Retten er sammensat af en dommer, der er retsformand, og to lægdommere⁴, hvis tekniske kvalifikationer og uafhængighed er garanteret⁵ (retsformanden træffer dog mellemafgørelser alene⁶). Retten har til opgave at anvende Kartellgesetz i henhold til de procedurer, der er fastsat i loven⁷.

13. Visse af disse procedurer har mere administrativ end juridisk karakter (f.eks. kartelregisterførelse), men den foreliggende hovedsag er af rent juridisk karakter. En part har anlagt sag mod en anden part i henhold til § 35 i Kartellgesetz, hvorefter der kan nedlægges påstand om, at Kartellgericht påbyder en virksomhed at bringe misbrug af en dominerende stilling til ophør. Bestemmelsens ordlyd, og især ordene »hat auf Antrag ... aufzutragen« (»skal på begæring påbyde«), viser klart, at bestemmelsen giver en søgsmålsret, og at Kartellgericht ikke har beføjelse til at udøve et skøn med hensyn til,

om den vil behandle sagen. I forbindelse med sin afgørelse af sagen anvender Kartellgericht de bestemmelser og begreber, især begreberne »dominerende stilling« og »misbrug«, der er anvendt i § 34 og 35 i Kartellgesetz.

14. Der kan derfor næppe være tvivl om, at Kartellgericht skal anses for at være en ret. Da traktatens artikel 86 har umiddelbar virkning, må en borger principielt kunne påberåbe sig den i den konkrete sag for Kartellgericht⁸. Dette gælder uafhængigt af, at den pågældende eventuelt også har mulighed for at påberåbe sig de rettigheder, der tilkommer ham i henhold til traktatbestemmelsen, for de almindelige domstole. Princippet om fællesskabsrettens effektive virkning forudsætter, at enhver ret, der har kompetence til at behandle en sag angående omstændigheder, der reguleres af en fællesskabsretlig bestemmelse, også har mulighed for at anvende denne bestemmelse⁹.

15. Det virker overraskende, at Kommissionen har henvist til Domstolens dom i SABAM-sagen til støtte for den modsatte opfattelse. I den nævnte dom fastslog Domstolen, at også retter, der særlig har til opgave at anvende national konkurrenceret eller at kontrollere, at forvaltningsmyndighederne har anvendt konkurrenceretten korrekt, ikke er fritaget for at anvende artikel 86, hvis denne bestemmelse påberåbes for dem¹⁰.

2 — Dom af 19.10.1995, sag C-111/94, Job Centre, Sml. I, s. 3361, præmis 9.

3 — Jf. § 88 i Kartellgesetz.

4 — Jf. § 89, stk. 1, i Kartellgesetz.

5 — Jf. § 94 i Kartellgesetz.

6 — Jf. § 92 i Kartellgesetz.

7 — Jf. især § 43 i Kartellgesetz.

8 — Dom af 30.1.1974, sag 127/73, BRIT mod SABAM, Sml. s. 51, præmis 15.

9 — Jf. dom af 15.12.1976, sag 35/76, Simmenthal, Sml. s. 1871.

10 — Jf. dommens præmis 19 og 20.

16. Over for dette kunne man dog eventuelt gøre gældende, at problemet ikke er blevet løst ved dommen i SABAM-sagen, eftersom den forelæggende ret var en almindelig domstol for civile sager og ikke en domstol, som var specialiseret i konkurrenceret. I Kommissionens meddelelse om samarbejdet mellem Kommissionen og medlemsstaternes konkurrencemyndigheder ved behandling af sager, der henhører under EF-traktatens artikel 85 og 86¹¹, har Kommissionen anerkendt, at visse medlemsstaters myndigheder udelukkende kan anvende nationale retsregler, idet de ikke processuelt har mulighed for at anvende artikel 85 og 86. Da artikel 85 og 86 nærmere er rettet mod virksomheder end mod medlemsstater, og da Kommissionen er den myndighed, der er primært ansvarlig for, at disse bestemmelser anvendes, kan det tænkes, at medlemsstaterne ikke er forpligtet til at pålægge deres konkurrencemyndigheder (som ikke må forveksles med deres domstole) at anvende dem. Det kan derfor forekomme, at sådanne myndigheder blot er forpligtet til at anvende de nationale konkurrenceregler på en måde, som ikke strider mod artikel 85 og 86.

17. Hvis denne tese er rigtig, ville man muligvis i forbindelse med en domstolsprøvelse af disse myndigheders afgørelser anse det for forkert at udvide prøvelsen til at omfatte spørgsmålet, om myndighederne har undladt at anvende de fællesskabsretlige bestemmelser eller har anvendt dem forkert. I så fald skal retten muligvis anses for den

udelukkende nationale konkurrencemyndigheds forlængede arm.

18. Det er imidlertid ikke nødvendigt at komme nærmere ind på dette her. Et sådant problem opstår ikke, når en medlemsstat, som i det pågældende tilfælde, er organiseret sådan, at det specialiserede konkurrenceretlige organ selv er en domstol, der anvender en kontradiktorisk sagsbehandling, som er af juridisk karakter. I sådanne tilfælde forudsætter princippet om fællesskabsrettens effektive virkning og artikel 86's umiddelbare anvendelighed, at den pågældende ret har mulighed for at anvende artikel 86 direkte på den sag, den har fået forelagt, og at det ikke er nødvendigt at anlægge en særlig sag støttet på fællesskabsretten for en anden ret.

19. I den foreliggende sag er det heller ikke nødvendigt at komme ind på spørgsmålet, om Domstolen, når den tager stilling til traktatens artikel 86, skal tage udgangspunkt i, at artiklen ikke kan anvendes som sådan, men at en stillingtagen vil kunne hjælpe den nationale ret i forbindelse med dens anvendelse af national ret. Dette spørgsmål ville opstå, hvis den nationale ret ikke havde kompetence til at anvende artikel 86; og det er i øvrigt på dette grundlag, at anmodningen om præjudiciel afgørelse er blevet forelagt Domstolen.

20. Spørgsmålet er, om det ville være korrekt af Domstolen at træffe en afgørelse på dette

11 — EFT 1997 C 313, s. 3.

grundlag. Som Kommissionen har påpeget, bygger de østrigske konkurrenceretlige bestemmelser ikke direkte på den fællesskabsretlige konkurrenceret, og de henviser heller ikke til fællesskabsretten. I østrigsk ret er begrebet »dominerende stilling« defineret helt anderledes end i fællesskabsretten. Et misbrug er kun forbudt, når Kartellgericht har anordnet, at det skal bringes til ophør. Der findes desuden særlige regler om dominerende stilling i forbindelse med medierne. Den foreliggende sag adskiller sig således fra de sager, hvor der er en direkte forbindelse mellem den nationale ret og fællesskabsretten som f.eks. det tilfælde, at den nationale ret udgør en direkte gennemførelse af fællesskabsretten ¹².

21. Det ville muligvis kunne fremføres, at konkurrenceretten har særlige kendetegn, som medfører, at Domstolen i hvert fald skal træffe en afgørelse i de situationer, hvor der foreligger en påvirkning af samhandelen inden for Fællesskabet. På fællesskabsrettens nuværende udviklingsstrin skal der i sager, der henhører under artikel 85 og 86, på lige fod anvendes den nationale og den fællesskabsretlige konkurrenceret ¹³. Selv om den nationale domstol foreslår, at der skal anvendes national ret, så skal artikel 86 således finde anvendelse på de konkrete omstændigheder i den sag, som den forelæggende ret beskæftiger sig med, og på den sammenhæng, inden for hvilken retten har anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse.

22. Det er ikke afklaret, hvilke grænser fællesskabsretten sætter for, at der i tilfælde, som henhører under artikel 85 og 86, kan ske en afvigende anvendelse af national ret ¹⁴; henset til de vanskeligheder, der på nuværende tidspunkt er med at definere sådanne grænser, har der endda været forslag fremme om at foretage en ny vurdering af princippet om samtidig anvendelse af fællesskabsretten og national ret ¹⁵. I praksis overvindes disse problemer delvis ved det snævre samarbejde mellem Kommissionen og de nationale konkurrenceretlige myndigheder, hvis betydning Kommissionen har understreget ¹⁶. På denne baggrund er det forståeligt, at en national ret også i tilfælde af, at den kun har kompetence til at anvende national ret, især når der sker en påvirkning af samhandelen inden for Fællesskabet, måtte ønske at modtage vejledning om retsstillingen i henhold til fællesskabsretten, således at den nationale ret om muligt kan nå frem til et analogt resultat i henhold til national ret. Selv hvis den nationale domstol ikke ifølge national ret eller fællesskabsretten er forpligtet til at anvende Domstolens afgørelse, så kan denne meget vel være afgørende i en sådan sag. Et sådant tilfælde er således helt anderledes end den situation, hvor det præjudicielle søgsmål blot anlægges som en ekscerits i komparativ ret ¹⁷.

23. Der står således modstridende opfattelser over for hinanden, som man ville skulle tage

12 — Domme af 17.7.1997, sag C-28/95, Leur-Bloeni, Sml. I, s. 4161, og sag C-130/95, Giloy, Sml. I, s. 4291.

13 — Dom af 13.2.1969, sag 14/68, Wilhem m.fl., Sml. 1969, s. 1, org. ref.: Rec. s. 1.

14 — Jf. dom i sagen Wilhem m.fl. (anført i fodnote 13), dom af 10.7.1980, forenede sager 253/78, 1/79, 2/79 og 3/79, Giry og Guerlain m.fl., Sml. s. 2327, generaladvokat Tesaurus's forslag til afgørelse i sag C-266/93, Volkswagen AG og VAG Leasing, Sml. 1995, I, s. 3477, samt meddelelse fra Kommissionen, anført i fodnote 11, punkt 16-22.

15 — Robert Walz, »Rethinking *Walt Wilhem*, or the Supremacy of Community Competition Law over National Law«, ELRev, Vol. 21, 1996, s. 449.

16 — Jf. generelt Kommissionens meddelelse, anført i fodnote 11.

17 — Jf. dom af 28.3.1995, sag C-346/93, Kleinwort Benson, Sml. I, s. 615.

stilling til for at få en afklaring af spørgsmålet. Efter min mening er diskussionen imidlertid hypotetisk, da det, som allerede nævnt, er klart, at en national ret, der skal tage stilling til en påstand som den, hovedsagen drejer sig om, må have mulighed for at anvende artikel 86 direkte. Den omstændighed, at artikel 86 ikke er blevet påberåbt for den nationale ret i hovedsagen, rejser ikke tvivl om, at Domstolen har kompetence til at træffe den begærede afgørelse. Den nationale ret har anmodet om en afgørelse vedrørende artikel 86, og den skal muligvis anvende denne bestemmelse, hvis det fastslås, at den er kompetent til det.

24. Mediaprint og Kommissionen har også anført, at anmodningen om præjudiciel afgørelse skal afvises, fordi kravet om, at der skal foreligge en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne, ikke er opfyldt. Det er ikke korrekt at konkludere, at *Der Standard* vil blive trængt ud af markedet, og selv hvis det var korrekt, så ville påvirkningen af samhandelen henset til det beskedne antal eksemplarer, der sælges i udlandet, være uden betydning.

25. Den nationale ret har imidlertid på forhånd fastslået, at kravet om, at der skal foreligge en påvirkning af samhandelen, er opfyldt, og den har stillet sine spørgsmål på denne baggrund. Dette er tilstrækkeligt til, at anmodningen om præjudiciel afgørelse kan antages til realitetsbehandling. Det anbringende, som Mediaprint i sit skriftlige indlæg har anført om, at det antal eksemplarer af *Der Standard*, som sælges uden for Østrig,

kun udgør en ganske lille del af det samlede oplag, vil ganske vist kunne så tvivl om den nationale rets argumentation, men dette er ikke tilstrækkeligt til, at Domstolen kan konkludere, at den nationale rets spørgsmål åbenbart savner enhver forbindelse med hovedsagen.

26. Den nationale rets opfattelse ville, som Kommissionen har indrømmet, desuden kunne støttes af yderligere et argument. Hvis det forhold, at Mediaprint nægter adgang til sin udbringningsordning, måtte gøre det vanskeligt at komme ind på det østrigske marked, så kunne dette medføre, at det østrigske marked blev isoleret på en sådan måde, at der ikke kunne opstå konkurrence fra bladhuse fra andre medlemsstater, som måtte ønske at udgive eller sælge aviser i Østrig, og dette ville påvirke udviklingen af handelsstrømme inden for Fællesskabet. Kommissionens argument om, at en sådan påvirkning er usandsynlig, når der henses til de andre udbringningsmuligheder, der findes, rammer sagens kerne. Måtte man nå frem til, at det forhold, at Mediaprint nægter at give adgang til sin udbringningsordning, som følge af påvirkningerne af det østrigske dagbladsmarked udgør et misbrug, så ville man på grundlag af ovennævnte overvejelser også nå frem til, at der potentielt ville kunne ske en påvirkning af samhandelen inden for Fællesskabet.

27. Jeg når derfor frem til, at sagen kan antages til realitetsbehandling.

Det første spørgsmål

28. For at kunne afgøre, om en virksomhed i strid med artikel 86 har misbrugt en dominerende stilling på markedet, skal man først definere det relevante marked og derefter tage stilling til, om den pågældende virksomhed er »dominerende« på dette marked; er dette tilfældet, skal det endelig afgøres, om virksomhedens adfærd udgør et misbrug af denne stilling.

Det relevante marked

29. Den nationale ret synes med sine spørgsmål at gå ud fra, at det relevante marked er dagbladsmarkedet, og at Mediaprint's højtudviklede udbringningsordning i denne forbindelse er en af de faktorer, der skal inddrages ved undersøgelsen af, om virksomheden har en dominerende stilling på dette marked. Efter min opfattelse er det relevante marked, sådan som også Oscar Bronner og Kommissionen har anført, næppe dagbladsmarkedet som sådan, men derimod distributionsmarkedet eller en del af dette. En virksomhed kan have en dominerende stilling på et produktmarked, men ikke kontrollere distributionen, og omvendt. Det påståede misbrug består i, at der nægtes adgang til Mediaprint's udbringningsordning, eller at der skal opfyldes urimelige betingelser for at opnå adgangen. Det påstås altså, at Mediaprint misbruger sin magtposi-

tion på markedet for avisdistribution til at udelukke konkurrence på det dertil hørende dagbladsmarked.

30. I Østrig findes der ud over Mediaprint's landsdækkende ordning åbenbart en række lokale eller regionale ordninger; desuden findes der andre distributionsformer, såsom udbringning via postvæsenet, salg i forretninger og kiosker, ved automater og så videre. På denne baggrund er det nødvendigt at tage stilling til, om det relevante marked er a) distribution af dagblade generelt set, b) regionale eller landsdækkende udbringningsordninger for dagblade eller c) landsdækkende udbringningsordninger for dagblade. Det afgørende i denne forbindelse er spørgsmålet om, i hvilket omfang en landsdækkende udbringningsordning kan substitueres med regionale eller lokale udbringningsordninger eller med andre distributionsformer. Den landsdækkende udbringningsordning udgør et særskilt marked, hvis den kun i begrænset omfang kan substitueres med andre former for distribution. Det er i denne forbindelse særlig vigtigt, i hvilket omfang udbringningsordningen har særlige karakteristika, der påvirker forbrugernes valg og graden af krydselasticitet mellem efterspørgslen af dette system og andre distributionsformer¹⁸.

31. Det er imidlertid ikke nødvendigt at komme nærmere ind på dette spørgsmål her.

¹⁸ — Jf. dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands, Sml. s. 207, præmis 22-35. Jf. også Kommissionens meddelelse om relevante markeder, EFT 1997 C 372, s. 5.

Som jeg senere skal forklare, så udgør det forhold, at Mediaprint nægter at give adgang til sin udbringningsordning, selv hvis man definerer det relevante marked så snævert som muligt, ikke noget misbrug, der strider mod artikel 86.

Misbrug

Dominerende stilling

32. I henhold til den traditionelle tankegang er det næste skridt at fastlægge, om Mediaprint har en dominerende stilling på det relevante marked. I *United Brands-dommen* definerede Domstolen begrebet »dominerende stilling« som »den situation, at en virksomhed indtager en så stærk økonomisk stilling, at den har mulighed for at hindre, at der opretholdes effektiv konkurrence på det pågældende marked, idet den nævnte stilling giver virksomheden vide muligheder for uafhængig adfærd i forhold til konkurrenter, kunder og i sidste instans til forbrugerne«¹⁹. Resultatet kan således være forskelligt afhængigt af, hvorledes den nationale ret definerer det relevante marked. Det er imidlertid ikke nødvendigt at gå nærmere ind på de forskellige muligheder her, da det, som det senere skal fremgå, i den foreliggende sammenhæng er hensigtsmæssigt at behandle spørgsmålet om dominerende stilling sammen med spørgsmålet om misbrug.

33. Kernen i den forelæggende rets første spørgsmål er, om det udgør et misbrug, at en virksomhed i en position som Mediaprint's nægter at give en konkurrent adgang til virksomhedens landsdækkende udbringningsordning. Oscar Bronner har under henvisning til princippet om »essential facilities« gjort gældende, at Mediaprint er forpligtet til at give konkurrenterne en sådan adgang, da denne er en forudsætning for en effektiv konkurrence på dagbladsmarkedet.

34. En virksomhed, som har en dominerende stilling med hensyn til faciliteter, som er væsentlige for, at der kan leveres varer eller erlægges tjenesteydelser på et andet marked, misbruger i henhold til princippet om »essential facilities« sin dominerende stilling, hvis den uden saglig grund nægter at give adgang til disse faciliteter. En virksomhed, som har en dominerende stilling, er således i visse tilfælde ikke blot forpligtet til at undlade at forholde sig på en måde, der begrænser konkurrencen, men også til aktivt at fremme konkurrencen ved at give potentielle konkurrenter adgang til de faciliteter, som virksomheden har udviklet.

¹⁹ — Præmis 65.

Relevant retspraksis og anden praksis

35. Domstolen har i sin retspraksis endnu ikke henvist til princippet om »essential facilities«. Men den har truffet afgørelse i en række sager om nægtelse af at levere varer eller erlægge tjenesteydelser. I to tidlige sager fastslog Domstolen, at det kan udgøre et misbrug at indstille leveringer til en gammel kunde. I sagen *Commercial Solvents*²⁰ udtalte Domstolen, at en virksomhed, der havde en dominerende stilling med hensyn til fremstilling af et råstof, ikke kunne indstille leveringer til en gammel kunde, der fremstillede følgeprodukter af dette, blot fordi virksomheden havde besluttet selv at begynde at fremstille følgeproduktet og derfor ønskede at fjerne sin hidtidige kunde fra markedet.

36. På lignende vis drejede sagen *United Brands*²¹ sig om en virksomhed (UBC), der havde en dominerende stilling på markedet for dyrkning af bananer. Virksomheden, der markedsførte bananerne under varemærket »Chiquita«, indstillede sine leveringer til et dansk selskab, der var modneri og distributør, da sidstnævnte efter visse uoverensstemmelser med UBC begyndte at virke for afsætning af bananer fra en konkurrent og tage sig mindre af modningen af UBC's bananer. Domstolen fastslog følgende:

»en virksomhed, der har en dominerende stilling hvad angår distribution af en vare — og som udnytter prestigen ved et mærke, der er velkendt og værdsat af forbrugerne — [kan] ikke ... indstille sine leveringer til en gammel kunde, som overholder handelssædvanerne, når denne kundes ordrer på ingen måde er unormale«²².

37. I dommene i sagerne *Télémarketing*²³ og *GB-Inno-BM*²⁴ opstillede Domstolen princippet om, at »det er misbrug af en dominerende stilling efter artikel 86, at en virksomhed, som har en dominerende stilling på et bestemt marked — uden at det er objektivt nødvendigt — forbeholder sig selv forberedende arbejdsopgaver, som kan udføres af en anden virksomhed inden for dennes erhvervsområde på et beslægtet, men selvstændigt marked, med fare for, at enhver konkurrence fra denne virksomheds side bliver udelukket«²⁵. I dommen i sagen *Télémarketing* blev et tv-selskab anset for at have misbrugt sin dominerende stilling på tv-sendemarkedet ved at forlange, at annoncører skulle aftage ydelser fra et tv-marketingsselskab, der var tilknyttet tv-selskabet. Sammenkoblingen af de to slags ydelser førte i sidste ende til, at man nægtede at erlægge tv-selskabets ydelser over for alle andre tv-marketingsvirksomheder, hvorved man til fordel for det tilknyttede selskab udelukkede enhver konkurrence på et beslægtet marked.

22 — Præmis 182.

23 — Dom af 6.4.1985, sag 311/84, CBEM mod CLT og IPB, Sml. s. 3261.

24 — Dom af 13.12.1991, sag C-18/88, Sml. I, s. 5941.

25 — GB-Inno-BM-dommen, præmis 18.

20 — Dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, *Commercial Solvents* mod Kommissionen, Sml. s. 223.

21 — Anført i fodnote 18.

38. I sagen GB-Inno-BM fastslog Domstolen under henvisning til dommen i sagen Télémarketing, at en virksomhed, som havde et monopol på markedet for oprettelse og drift af et telekommunikationsnet, tilsidesatte traktatens artikel 86, idet det, uden at det var objektivt nødvendigt, tiltog sig et beslægtet, men dog særskilt, marked for import, salg, tilslutning, ibrugtagning og vedligeholdelse af apparater, der skulle tilsluttes det pågældende net, og derved udelukkede konkurrence fra andre virksomheder.

39. Endelig undersøgte Domstolen i to andre retssager spørgsmålet, om en nægtelse af at levere udgør et misbrug i en situation, hvor der ikke foreligger andre faktorer som f.eks. den omstændighed, at leveringer til en gammel kunde indstilles, eller at der foretages en sammenknytning af ydelser, der ikke har nogen indbyrdes sammenhæng. I dommen i sagen Volvo mod Veng²⁶ fastslog Domstolen, at en bilproducent, der var indehaver af et beskyttet mønster til karosserireservedele til producentens biler, ikke misbrugte sin dominerende stilling ved at nægte at give andre licens til at levere sådanne reservedele, der var nødvendige i forbindelse med reparation af bilerne. Domstolen fastslog følgende:

»Det bemærkes endvidere, at den ret, indehaveren af et beskyttet mønster har til at forhindre, at andre uden hans tilladelse fremstiller, sælger eller indfører produkter, der er omfattet af mønsterretten, udgør enerettens egentlige indhold. Heraf følger dels, at en

forpligtelse for indehaveren af et beskyttet mønster til — selv mod betaling af en rimelig licensafgift — at give andre licens til levering af produkter, der er omfattet af mønsterretten, ville indebære, at eneretten mistede sit egentlige indhold, dels, at nægtelse af at indrømme en sådan licens ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling.

Det skal dog bemærkes, at indehaverens udøvelse af eneretten til et mønster for karosseridele til automobiler kan være omfattet af forbuddet i artikel 86, hvis den fører til, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, handler på en måde, der er udtryk for misbrug, f.eks. hvis den vilkårligt nægter at levere reservedele til uafhængige reparationsværksteder, fastsætter urimeligt høje reservedelspriser eller beslutter ikke længere at fremstille reservedele til en bestemt bilmodel, selv om der stadig findes et stort antal biler af denne model, forudsat at en sådan adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater«²⁷.

40. I den nyere dom i sagen Magill²⁸ stadfæstede Domstolen derimod dommen fra Retten i Første Instans, hvori det blev konstateret, at tv-selskaber misbrugte deres dominerende stilling ved under påberåbelse af deres nationale ophavsret til deres tv-program at forhindre, at en anden udgav

27 — Præmis 8 og 9. Jf. også dom af 5.10.1988, sag 53/87, CICRA m.fl. mod Renault, Sml. s. 6039.

28 — Dom af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743.

ugentlige tv-programblade, der ville have konkurreret med de programblade, som hvert tv-selskab udgav udelukkende for deres eget program. Domstolen fastslog følgende:

»Appellanterne — som ifølge sagens natur var de eneste kilder til de oplysninger om programlægningen, der udgør det nødvendige basismateriale for et ugentligt tv-programblad — gav således ikke de tv-seere, der ønskede at skaffe sig oplysninger om programudbuddet for den kommende uge, nogen anden mulighed end at købe de ugentlige programblade for hver enkelt kanal og selv samle oplysningerne heri med henblik på at foretage sammenligninger.

Appellanternes nægtelse af at stille de pågældende oplysninger til rådighed uden henvisning til de nationale regler om ophavsret forhindrede således, at der blev skabt et nyt produkt — et komplet ugentligt tv-program — som appellanterne ikke udbød til salg, og som der var en potentiell efterspørgsel på fra forbrugernes side, hvilket udgør et misbrug i henhold til traktatens artikel 86, stk. 2, litra b)«²⁹.

41. I sagen Tiercé Ladbroke³⁰ beskæftigede Retten i Første Instans sig med dommen i

sagen Magill. I sagen Tiercé Ladbroke afviste Kommissionen en klage over, at virksomheder, der havde ejendomsret til tv-billeder og lydkommentarer til franske hestevæddeløb, og en virksomhed, der havde eneret til at markedsføre disse billeder i Tyskland og Østrig, afslog at give et væddemålsselskab ret til at udsende lyd og billede i dets væddeløbsagenturer i Belgien. Retten opretholdt Kommissionens beslutning og konstaterede, at Kommissionen på korrekt vis havde defineret produktmarkedet som markedet for gengivelse af lyd og billede fra hestevæddeløb generelt og afgrænset det geografiske marked til at omfatte Belgien. I forbindelse med spørgsmålet om misbrug konstaterede Retten, at virksomhederne indtil videre ikke havde givet nogen licens for Belgien; deres afslag på at meddele væddemålsselskabet licens havde således ikke medført nogen forskelsbehandling mellem de erhvervsdrivende på det belgiske marked. Da det geografiske marked efter Rettens opfattelse desuden var opdelt i forskellige markeder, medførte afslaget ikke nogen opsplnitning af markederne.

42. Endelig fastslog Retten, at eftersom der ikke forelå sådanne faktorer, udgjorde afslaget på at meddele licens ikke et misbrug sådan som i dommen i sagen Magill. Mens afslaget på at give licens i sidstnævnte sag hindrede sagsøgeren i at komme ind på markedet for generelle tv-programblade, var sagsøgeren i sagen Tiercé Ladbroke ikke alene til stede på, men havde den største andel af

29 — Præmis 53 og 54.

30 — Dom af 12.6.1997, sag T-504/93, Sml. II, s. 923; appellen verserer for indværende (sag C-300/97 P).

hovedmarkedet for modtagelse af væddemål, på hvilket det pågældende produkt, nemlig lyd og billede, blev tilbudt forbrugerne, hvorimod indehaverne af de intellektuelle ejendomsrettigheder ikke var til stede på dette marked. Selv hvis det måtte antages, at væddeløbssekskabernes tilstedeværelse på det belgiske marked for lyd og billede ikke var en afgørende omstændighed, så ville artikel 86 ikke finde anvendelse:

»Det afslag, der er givet sagsøgeren, kunne nemlig kun være omfattet af forbuddet i artikel 86, hvis det vedrørte et produkt eller en tjenesteydelse, der enten fremtræder som afgørende for udøvelsen af den pågældende virksomhed i den forstand, at der ikke findes noget faktisk eller potentielt alternativ, eller som et nyt produkt, som måske forhindres i at komme ind på markedet, selv om der er en særlig, konstant og regelmæssig efterspørgsel fra forbrugernes side«³¹.

43. Af den nævnte retspraksis fremgår det klart, at en dominerende virksomhed udøver et misbrug, hvis den uden begrundelse indstiller leveringer af varer eller tjenesteydelser til en gammel kunde eller udelukker konkurrence på et tilknyttet marked ved at foretage en sammenknytning af forskellige varer og tjenesteydelser. Et misbrug kan dog åbenbart også allerede bestå i blot det forhold, at det afslås at meddele licens, når afslaget hindrer, at der på et beslægtet marked introduceres et nyt produkt, som konkurrerer med den

dominerende virksomheds eget produkt på dette marked.

44. Kommissionen har i en lang række sager om artikel 85 og 86 beskæftiget sig med spørgsmålet om nægtelse af at foretage leveringer. Der var f.eks. tale om, at salg af computere blev knyttet sammen med salg af centrale enheder og basisprogrammer, og at man nægtede at levere visse former for programmer, der skulle bruges til andre end IBM computere³²; om, at man nægtede at levere færdigbilledfilm, fordi der ikke blev givet garanti for, hvem filmene skulle sælges videre til³³; om, at man nægtede at levere industrisukker til en producent af raffineret sukker, idet man reducerede prisforskellen mellem sukker til detailhandelen og sukker til brug i industrien så meget, at margenen var for lille for en uafhængig producent af sukker til detailhandelen³⁴; om, at et flyselskab nægtede et konkurrerende flyselskab adgang til et edb-reservationssystem for derved at presse dette flyselskab til at hæve sine takster eller ophøre med at flyve på en bestemt strækning³⁵; om nægtelse af at interline, det vil sige at udstede billetter på et andet flyselskabs vegne, da sidstnævnte begyndte at konkurrere på en bestemt stræk-

32 — Dom af 11.11.1981, sag 60/81, IBM mod Kommissionen, Sml. s. 2639.

33 — Polaroid mod SSI, *Trettende Beretning om Konkurrencepolitikken* (1984), s. 95.

34 — Kommissionens beslutning 88/518/EØF af 18.7.1988 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86, Napier Brown — British Sugar, EFT L 284, s. 41.

35 — Kommissionens beslutning nr. 88/589/EØF af 4.11.1988 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86, London European — Sabena, EFT L 317, s. 47.

ning³⁶; om klausuler i distributions- og salgsaftaler, der forhindrede supermarkeder i at oplagre krydderimærker fra andre producenter³⁷; og om begrænsning af adgangen til underjordiske rørledninger, der blev brugt i forbindelse med optankning af fly i en lufthavn³⁸. Kommissionen har desuden som en betingelse for at udstede gruppefritagelse krævet, at der uden forskelsbehandling blev givet adgang til visse indretninger, såsom edb-reservationssystemer³⁹ og tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i lufthavn⁴⁰.

45. Visse kommentatorer har opfattet dommen i sagen Têlémarketing og især dommen i sagen Magill således, at Domstolen herved har bekræftet det princip om »essential facilities«, som Kommissionen har anvendt i sine beslutninger. Da dette princip stammer fra USA's antitrustret, kan det være passende at give et kort overblik over den relevante amerikanske ret.

46. I henhold til amerikansk ret anses kontraktfriheden for at være et grundlæggende aspekt af handelsfriheden. Antitrustretten, der er nedfældet i section 2 i Sherman Act 1890, tilsigter i det væsentlige at beskytte konkurrencen ved et forbud mod at skabe eller opretholde en monopolistisk stilling og ikke så meget ved at regulere, hvorledes virksomheder, der har en dominerende stilling, skal forholde sig. De amerikanske domstole har dog ikke desto mindre fastslået, at der består en pligt til at indgå en bindende kontrakt i de tilfælde, hvor princippet om »essential facilities« finder anvendelse, i situationer hvor en virksomhed bruger sin monopolistiske stilling på ét marked til at opnå en dominerende stilling på et andet marked, idet den benytter sig af midler, der strider mod fri konkurrence (»leveraging«), eller hvor det nægtes at levere for derved at udelukke konkurrence og skabe et monopol. En monopolist har ret til at nægte at indgå en kontrakt, hvis formålet blot er at vælge, hvem der skal være virksomhedens kunder, eller at øge effektiviteten. En sådan ret består derimod ikke, hvis nægtelsen medfører mindsket konkurrence og højere priser, eller der på anden vis sker en forringelse af tjenesteydelsers eller varers kvalitet set i forhold til den pris, forbrugeren betaler.

36 — Kommissionens beslutning 92/213/EØF af 26.2.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 og 86, British Midland mod Aer Lingus, EFT L 96, s. 34, og Luftansa mod Air Europe, *Tyvende Beretning om Konkurrencepolitikken* (1991), s. 83.

37 — Kommissionens beslutning 78/172/EØF af 21.12.1977 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85, krydderier, EFT L 53, s. 20.

38 — Disma, *Tregtyvende Beretning om Konkurrencepolitikken* (1994), s. 80.

39 — Kommissionens forordning (EF) nr. 3652/93 af 22.12.1993 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af aftaler mellem virksomheder vedrørende edb-reservationssystemer for lufttransportydelser, EFT L 333, s. 37.

40 — Kommissionens forordning (EØF) nr. 1617/93 af 25.6.1993 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af aftaler, vedtagelser og samordnet praksis vedrørende fælles udarbejdelse og samordning af fartplaner, fælles drift, konsultationer om passager- og fragttakster inden for ruteflyvning samt tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i lufthavn (slots), EFT L 155, s. 18, og Rådets forordning (EØF) nr. 95/93 af 18.1.1993 om fælles regler for tildeling af ankomst- og afgangstidspunkter i Fællesskabets lufthavn, EFT L 14, s. 1.

47. Det amerikanske princip om »essential facilities« har udviklet sig således, at en virksomhed, der har en monopolistisk stilling, er forpligtet til at indgå en kontrakt med en konkurrent, såfremt følgende fem betingelser er opfyldt⁴¹: For det første skal der være tale om, at en monopolist kontrollerer en væsentlig facilitet. En facilitet anses for

41 — Jf. MCI Communications mod AT & T, 708 F.2d 1081 (7th Cir. 1983), 464 US 891 (1983).

væsentlig, når det er nødvendigt at have adgang til den for på det pågældende marked at kunne konkurrere med den virksomhed, der kontrollerer faciliteten. F.eks. er følgende blevet anset for at være en væsentlig facilitet: jernbanebroer i byen St. Louis⁴², et lokalt telekommunikationsnet⁴³ og et lokalt elektricitetsnet⁴⁴. For det andet skal det i praksis være umuligt eller ikke med rimelighed kunne forlanges, at en konkurrent opretter en tilsvarende væsentlig facilitet. Det er på den ene side ikke tilstrækkeligt, at dette ville være vanskeligt eller dyrt, men det kræves på den anden side heller ikke, at det er absolut umuligt⁴⁵. For det tredje skal der være blevet nægtet konkurrenten adgang til at benytte sig af faciliteten. Derunder hører også det tilfælde, at man nægter at indgå en aftale herom på rimelige vilkår⁴⁶. For det fjerde skal det være muligt at stille faciliteten til rådighed. For det femte må der ikke være nogen legitim forretningsmæssig begrundelse for at nægte adgang til faciliteten. En virksomhed, der har en dominerende stilling, og som kontrollerer en væsentlig facilitet, kan afvise at indgå en aftale herom, hvis den har en legitim teknisk eller forretningsmæssig begrundelse for det⁴⁷. En virksomhed kan i givet fald begrunde, at den ikke vil indgå aftale herom, med et hensyn til effektivitet⁴⁸.

48. Den første gang, Kommissionen udtrykkelig henviste til princippet om »essential

42 — United States mod Terminal Railroad Association of St Louis, 224 US 383 (1912).

43 — MCI Communications mod AT & T, anført i fodnote 41.

44 — Otter Tail Power Co. mod United States, 410 US 366 (1973).

45 — Jf. f.eks. Fishman mod Estate of Wirtz, 807 F.2d 520 (7th Cir. 1986).

46 — Eastman Kodak Co. mod Southern Photo Materials Co., 273 US 359 (1927).

47 — Jf. f.eks. Byars mod Bluff City News Co., 609 F.2d 843 (6th Cir. 1979).

48 — R. H. Bork, *The Antitrust Paradox*, 1978 (genoptrykt i 1993), s. 346. Aspen Skiing Co. mod Aspen Highlands Skiing Corp., 427 US 585 (1985).

facilities«, var i forbindelse med to sager om foreløbige forholdsregler angående havnen i Holyhead, nemlig sagen B & I Line plc mod Sealink Harbours Ltd og Sealink Stena Ltd⁴⁹ og sagen Sea Containers mod Stena Sealink⁵⁰. I den sidstnævnte sag konkluderede Kommissionen, at Sealink i sin egenskab af havnemyndighed misbrugte sin dominerende stilling på markedet for havneydelser, idet den nægtede at lade en konkurrent få adgang til havnen i Holyhead på rimelige vilkår og uden forskelsbehandling. I sin beslutning fastslog Kommissionen følgende, idet den gentog og udvidede det, den havde anført i sin første beslutning:

»En virksomhed, som har en dominerende stilling på markedet for en væsentlig facilitet og selv benytter denne facilitet (en facilitet eller infrastruktur, som konkurrenterne nødvendigvis må have adgang til for at kunne præstere ydelser for deres kunder), og som uden objektiv grund nægter andre virksomheder adgang til denne facilitet eller kun giver dem adgang hertil på vilkår, der er mindre fordelagtige end dem, der anvendes for dens egne ydelser, overtræder derved artikel 86, forudsat at de øvrige kriterier i denne artikel er opfyldt. En virksomhed med en dominerende stilling må ikke udøve diskrimination til fordel for dens egne aktiviteter på et beslægtet marked. En virksomhed, der ejer en væsentlig infrastruktur, handler i strid med artikel 86, når den udnytter sin stærke position på et marked til at beskytte

49 — Kommissionens beslutning af 11.6.1992, CMLR (1992) 5, s. 255.

50 — Kommissionens beslutning 94/19/EF af 21.12.1993 om en procedure i henhold til EF-traktatens artikel 86 (IV/34.689 — Sea Containers mod Stena Sealink — Foreløbige forholdsregler), EFT 1994 L 15, s. 8.

eller styrke sin position på et andet, dermed beslægtet, marked, specielt ved at nægte konkurrenter adgang til den pågældende infrastruktur eller kun give adgang på mindre fordelagtige vilkår end dem, der gælder for dens egne aktiviteter, og dermed stiller konkurrenterne ringere i konkurrencen«⁵¹.

49. Kommissionen støttede denne retsopfattelse på Domstolens afgørelser i sagerne *Commercial Solvents*⁵², *Télémarketing*⁵³, *GB-Inno-BM*⁵⁴, *ERT*⁵⁵ og *Rettens afgørelse i sagen Magill*⁵⁶. Kommissionen tilføjede: »Dette gælder også, når den virksomhed, der søger at få adgang til den nødvendige infrastruktur, er en ny konkurrent på det relevante marked«⁵⁷.

50. Det fremgår således klart, at Kommissionen er af den opfattelse, at det forhold, at en konkurrent nægtes adgang til en væsentlig facilitet, i sig selv kan udgøre et misbrug, selv hvis der ikke foreligger yderligere faktorer såsom sammenknytning af salg, forskelsbehandling af en anden uafhængig konkurrent, indstilling af leverancer til gamle kunder eller bevidst adfærd til skade for en konkurrent (det skal dog bemærkes, at der i mange af de sager, som Kommissionen har beskæftiget sig

med, i større eller mindre omfang forelå sådanne yderligere faktorer). En væsentlig facilitet kan være et produkt, som f.eks. et råstof, eller en ydelse, inklusive adgang til et sted, som f.eks. til en havn eller en lufthavn eller til et distributionssystem, som f.eks. et telekommunikationsnet. I mange tilfælde er forholdet vertikalt, idet den dominerende virksomhed udelukkende anvender produktet eller ydelsen til egen aktivitet i efterfølgende produktionsled eller udøver en forskelsbehandling til fordel for den egne aktivitet og derved handler til skade for konkurrenterne på markedet i efterfølgende produktionsled. Der kan dog også være tale om et horisontalt forhold, idet der foretages en sammenknytning af salg af beslægtede, men dog forskellige produkter eller tjenesteydelser.

51. Når Kommissionen tager stilling til, om en facilitet er væsentlig, så forsøger den at bedømme omfanget af ulempen og afgøre, om denne er af permanent eller kun midlertidig karakter. Den undersøgelse, som skal foretages, har en kommentator beskrevet som en »undersøgelse af, om man på rimelig vis må forvente, at den ulempe, der følger af, at der nægtes adgang til faciliteten, gør det enten umuligt eller på vedvarende vis, i alvorligt omfang og nødvendigvis gør det urentabelt for konkurrenterne at operere på det pågældende marked«⁵⁸. Den undersøgelse, der foretages, skal være objektiv og omhandle konkurrenterne generelt. En enkelt konkurrent kan derfor ikke gøre gældende, at han befinder sig i en særlig sårbar situation.

51 — Punkt 66 i beslutningen.

52 — Anført i fodnote 20.

53 — Anført i fodnote 23.

54 — Anført i fodnote 25.

55 — Dom af 18.6.1991, sag C-260/89, Sml. I, s. 2925.

56 — Dom af 10.7.1991, sag T-69/89, RTE mod Kommissionen, Sml. II, s. 485.

57 — Punkt 67 i Kommissionens beslutning 94/19.

58 — J. Temple Lang, »Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors, and access to essential facilities«, *Fordham International Law Journal*, vol. 18 (1994), s. 245 ved nr. 284 og 285.

52. Begrebet »essential facilities« spiller således en væsentlig rolle i Kommissionens praksis ved sager om nægtelse af levering.

53. I medlemsstaternes retsordener anses aftalefriheden generelt for at være et væsentligt aspekt af den frie handel. Alligevel bestemmes det i visse medlemsstaters konkurrenceret udtrykkeligt, at nægtelse af at indgå en bindende kontrakt kan udgøre misbrug af en dominerende stilling. Dette gælder i Spanien⁵⁹, Finland⁶⁰, Frankrig⁶¹, Grækenland⁶² og Portugal⁶³. Hvad specifikt angår væsentlige faciliteter har visse medlemsstater ved særlige lovregler forbudt virksomheder, der kontrollerer sådanne faciliteter, at nægte at indgå aftaler om at stille disse til rådighed, medmindre virksomhederne kan begrunde afslaget. Dette gælder i Finland hvad angår telefonnettet⁶⁴, el-transmissionsnettet⁶⁵ og postvæsenet⁶⁶ og i Østrig hvad angår jernbanenettet⁶⁷, produktion og distribution af energi⁶⁸ samt sporvogns- og bustrafik⁶⁹. I andre medlems-

stater har begrebet »essential facilities« udviklet sig til at bygge på mere generelle grundsætninger om, at virksomheder, der kontrollerer sådanne faciliteter, ikke uden begrundelse må nægte adgang til dem. I Danmark blev dette begreb, indtil der trådte en ny lov i kraft⁷⁰, anvendt på Helsingør havn og det sjællandske el-transmissionsnet⁷¹. I Frankrig er begrebet blevet anvendt i forbindelse med en start- og landingsplads for helikoptere⁷². I en spansk sag vedrørende adgang til tobaksleverancer⁷³ omtalte man nøje princippet om »essential facilities«, som dette blev udviklet i Kommissionens beslutning vedrørende sagen Sea Containers mod Stena Sealink⁷⁴.

Bedømmelse af de foreliggende problemer

54. På denne baggrund skal jeg nu gennemgå det problem, som er omhandlet i det første spørgsmål fra den nationale ret. Det skal bemærkes, at selv om et af Oscar Bronner's anbringender er, at Mediaprint, da virksomheden nægtede ham adgang til sin udbringningsordning, forskelsbehandlede ham i forhold til en anden bladudgiver, så har den forelæggende ret ikke stillet noget spørgsmål angående dette. Formålet med den nationale rets første spørgsmål er at få afklaret, om en

59 — Artikel 6 i lov nr. 16/1989 af 17.7.1989 om konkurrence (Defensa de la Competencia, BOE nr. 170 af 18.7.1989); jf. afgørelse fra Tribunal de la Defensa de la Competencia af 1.2.1995, sag 350/94, 3C, Communications España mod Telefónica de España (Telefónos en Aeropuertos).

60 — § 7 i Laki kilpailunrajoituksesta (lov om konkurrencebegrænsninger), 27.5.1992/480.

61 — Artikel 8 i bekendtgørelse nr. 86-1243 af 1.12.1986, Code de Commerce, Codes Dalloz, 1990/91, s. 523.

62 — Artikel 2, litra c), i lov nr. 703/1977.

63 — Artikel 3, stk. 4, og artikel 2, litra f) og g), i lovdekret nr. 371/93.

64 — § 15 i Telemarkkinalaki, 30.4.1997/396.

65 — §§ 9.2 og 10.1. i Sähkömarkkinalaki, 17.3.1995/386.

66 — § 4.2 i Postitoimintalaki (lov om postvæsenet), 29.10.1993/907.

67 — § 3 i Eisenbahnbeförderungsgesetz 1988, BGBl. 1988, nr. 180.

68 — §§ 6 og 8 i Elektrizitätswirtschaftsgesetz 1975, BGBl. 1975, nr. 260.

69 — § 8, stk. 2, i Kraftfahrliienverkehrs-gesetz 1952, BGBl. 1952, nr. 84.

70 — Lov nr. 384 af 10.6.1997.

71 — Konkurrencerådet Dokumentation 1996-1, s. 60.

72 — Conseil de la concurrence's beslutning nr. 96-D-51 af 3.9.1996, SARL Héli-Inter Assistance, BOCC af 8.1.1997, s. 3.

73 — Tribunal de la Defensa de la Competencia's afgørelse af 26.5.1997, sag 21/97, McLane España mod Tabacalera.

74 — Anført i fodnote 48.

virksomhed i en position som Mediaprint's udøver et misbrug, hvis den, også selv om der ikke foreligger andre forhold, såsom nægtelse af levering, sammenknytning af salg eller forskelsbehandling af uafhængige kunder, nægter en anden bladudgiver adgang til en udbringningsordning, som virksomheden har oprettet med henblik på sin egen forretning med aviser.

55. Af ovenstående overvejelser fremgår det klart, at spørgsmålet vedrører en generel problemstilling, der kan opstå i meget forskellige sammenhænge. Selv om de konkrete forhold i sagen ikke giver anledning til at forsøge at opstille udtømmende retningslinjer for, hvordan dette problem skal løses, så vil jeg dog afklare en række generelle punkter, inden jeg går nærmere ind på de specifikke omstændigheder i den foreliggende sag.

56. For det første fremgår det, at retten til at vælge sine forretningsforbindelser og retten til at disponere frit over sin ejendom er almindeligt anerkendte principper i medlemsstaternes retsordener og i visse tilfælde har forfatningsrang. Der kan kun foretages indgreb i disse rettigheder, såfremt dette er omhyggeligt begrundet.

57. For det andet er det ofte nødvendigt at foretage en meget nøje afvejning af modstridende argumenter, når man konkurrencepolitisk vil begrunde, at der foretages indgreb i en dominerende virksomheds aftalefrihed. Normalt er det på længere sigt konkurrencefremmende og i forbrugernes interesse, at det

tillades en virksomhed at bestemme, at indretninger, som den har udviklet med henblik på sine forretninger, udelukkende skal anvendes til virksomhedens eget brug. Hvis man f.eks. gav for let adgang til en produktions-, indkøbs- eller distributionsfacilitet, så ville en konkurrent ikke blive tilskyndet til at udvikle konkurrerende faciliteter. Man ville således ganske vist fremme konkurrencen på kort sigt, men den ville blive begrænset på lang sigt. Desuden ville en dominerende virksomheds incitament til at investere i effektive faciliteter blive mindsket, hvis virksomhedens konkurrenter på anmodning herom ville have mulighed for at få del i gevinsten. Det forhold, at en dominerende virksomhed i forhold til en konkurrent opnår en fordel ved, at en facilitet kun benyttes til eget brug, kan altså ikke i sig selv begrunde, at konkurrenten har krav på at få adgang til den.

58. For det tredje må det i forbindelse med bedømmelsen af dette problem ikke glemmes, at det primære formål med artikel 86 snarere er at forhindre konkurrenceforvredning — og især at sikre forbrugernes interesser — end at beskytte bestemte konkurrenters position. Således kan det f.eks. i et tilfælde, hvor en konkurrent kræver at få adgang til et råstof for derved at blive i stand til på et marked i et efterfølgende produktionsled at konkurrere med den dominerende virksomhed vedrørende et endeligt produkt, være utilstrækkeligt kun at fokusere på den dominerende virksomheds magtposition på det forudliggende marked og konkludere, at det forhold, at virksomheden forbeholder sig selv det efterfølgende marked, automatisk udgør et misbrug. En sådan adfærd har nemlig ikke nogen ufordelagtig følge for forbrugerne, medmindre den dominerende virksomheds endelige produkt i den grad er beskyttet mod konkurrence, at det opnår en magtposition på markedet.

59. I sagen Commercial Solvents tog generaladvokat Warner, der nåede frem til samme resultat som Domstolen, ligeledes hensyn til situationen på det efterfølgende marked:

»[Jeg mener] ikke, at spørgsmålet, om markedet for råmaterialer til produktion af en særskilt vare er et relevant marked, logisk kan adskilles fra spørgsmålet, om markedet for denne vare er et relevant marked. Forbrugeren er trods alt kun interesseret i det færdige produkt, og artikel 86 omhandler tilfælde, hvor der opstår skade for forbrugeren, enten direkte eller indirekte«⁷⁵.

60. Den daværende sag drejede sig om produktet ethambutol, et præparat der anvendes mod tuberkulose. På baggrund af de konkrete omstændigheder i sagen mente generaladvokaten, at Kommissionen med rette havde konkluderet, at markedet for ethambutol med god grund kunne anses for et marked i sig selv, fordi ethambutol bl.a. blev brugt sammen med andre produkter mod tuberkulose og kompletterede disse snarere end konkurrerede med dem.

61. Det er på den anden side klart, at nægtelse af adgang til en facilitet i visse tilfælde

kan indebære, at konkurrencen afskæres eller indskrænkes mærkbart til ulempe for forbrugerne både på kort og på lang sigt. Dette vil være tilfældet, når adgangen til den pågældende facilitet er en betingelse for konkurrence på et beslægtet marked for varer eller tjenesteydelser, der kun i begrænset omfang er substituerbare.

62. Når man bedømmer sådanne modstridende interesser, skal man være særlig omhyggelig i tilfælde af, at varerne eller tjenesteydelserne eller de faciliteter, der anmodes om adgang til, er et resultat af omfattende investeringer. Dette kan især være tilfældet i forbindelse med nægtelse af at give licens til brug af intellektuelle ejendomsrettigheder. Når sådanne enerettigheder gives for en tidsmæssigt begrænset periode, så er der herved i sig selv foretaget en afvejning mellem hensynet til fri konkurrence og hensynet til at tilskynde til forskning, udvikling og kreativitet. Det er derfor med god grund, at Domstolen har fastslået, at nægtelse af at meddele en licens, når der ikke foreligger andre faktorer, ikke i sig selv udgør et misbrug⁷⁶.

63. Afgørelsen i Magill-sagen⁷⁷ kan efter min mening forklares ud fra de særlige omstændigheder i denne sag, der gjorde, at

75 — S. 268.

76 — Dommen i sagen Volvo mod Veng, anført i fodnote 26.

77 — Anført i fodnote 28.

afvejningen endte med den konklusion, at der bestod en forpligtelse til at meddele licens. For det første var de bestående produkter, nemlig individuelle ugentlige programblade for hver tv-kanal, utilstrækkelige, især når man sammenlignede med de blade, der stod til rådighed for seerne i andre lande. Udøvelsen af ophavsretten forhindrede derfor et meget tiltrængt nyt produkt i at komme ind på markedet. For det andet var det vanskeligt at begrunde bestemmelsen om ophavsret til programoversigter med, at den belønnede eller tilskyndede en skabende virksomhed. Da programoversigter kun har værdi i en kort periode, forhindrede udøvelsen af ophavsretten for det tredje vedvarende, at det nye produkt kunne indføres på markedet. Det kan i øvrigt bemærkes, at de nationale retsregler om intellektuel ejendomsret selv under visse omstændigheder indeholder grænser, nemlig ved at bestemme, at der består en pligt til at meddele licens.

64. Mens udøvelse af intellektuel ejendomsret som regel kun indskrænker konkurrencen i en begrænset periode, kan en dominerende virksomheds monopol på et produkt, en tjenesteydelse eller en facilitet i visse tilfælde medføre, at konkurrencen på et beslægtet marked vedvarende udelukkes. I sådanne tilfælde kan der kun opnås konkurrence ved at kræve, at den dominerende virksomhed leverer produktet eller tjenesteydelsen eller giver adgang til faciliteten. Hvis dette kræves, så skal den dominerende virksomhed efter min opfattelse have fuld kompensation ved at få mulighed for at omlægge

en rimelig del af sine investeringsomkostninger til leveringerne og opnå en passende fortjeneste ved investeringen set i forhold til den risiko, virksomheden har påtaget sig. Spørgsmålet, om det i visse tilfælde kan være passende at tillade en virksomhed at opretholde sit monopol i en begrænset periode, skal jeg lade stå åbent.

65. Konkurrencepolitisk set kan et sådant indgreb — hvad enten dette opfattes som en anvendelse af princippet om »essential facilities« eller, mere traditionelt, anses for en reaktion på, at det nægtes at levere varer eller tjenesteydelser — efter min opfattelse kun begrundes i de situationer, hvor den dominerende virksomhed virkelig »tager kvælertag« på markedet. Dette kan f.eks. være tilfældet, hvor det enten ikke er muligt at tilvejebringe en tilsvarende facilitet, eller hvor det som følge af fysiske, geografiske eller retlige restriktioner ville være særdeles vanskeligt, eller hvor det på grund af almene hensyn ikke er ønskværdigt. Det er ikke nok, at virksomheden har en konkurrencemæssig fordel ved at kontrollere faciliteten.

66. Jeg vil ikke udelukke, at alene de omkostninger, der er forbundet med at tilvejebringe en tilsvarende facilitet, kan udgøre en uovervindelig byrde for at komme ind på markedet. Dette kan især være tilfældet i situationer, hvor oprettelsen af faciliteten fandt sted under omstændigheder, hvor der ikke var konkurrence, f.eks. ved en delvis offentlig finansiering. Efter min mening skal

der dog lægges en objektiv målestok til grund: med andre ord kan det forhold, at der nægtes adgang til en facilitet, kun udgøre et misbrug, hvis det er overordentlig vanskeligt ikke blot for den virksomhed, der anmoder om adgang til faciliteten, men også for alle andre virksomheder at udøve konkurrence. Hvis den eneste hindring for at komme ind på markedet er omkostningerne ved at oprette en tilsvarende facilitet, så skal hindringen være så stor, at den vil afholde enhver fornuftig virksomhed fra at gå ind på markedet. Efter min opfattelse vil man i denne forbindelse skulle inddrage alle omstændigheder, herunder i hvilket omfang den dominerende virksomhed — henset til spørgsmålet om, i hvilken grad investeringen amortiseres og hvilke omkostninger, der er forbundet med, at den opretholdes — er nødsaget til at medregne investerings- eller vedligeholdelsesomkostninger i de priser, der forlanges på det beslægtede marked; (der skal herved tages hensyn til, at en konkurrent, der har oprettet en tilsvarende facilitet og derefter konkurrerer på det beslægtede marked, vil have store amortiseringsomkostninger i begyndelsen, men sandsynligvis vil have lave omkostninger til vedligeholdelse).

67. Det er efter min opfattelse klart, at Mediaprint i den foreliggende sag ikke kan være forpligtet til at give Oscar Bronner adgang til virksomhedens landsdækkende udbringningsordning. Selv om Oscar Bronner muligvis ikke er i stand til selv at oprette en ordning, der svarer til Mediaprint's, står der dog adskillige andre — ganske vist mindre fordelagtige — distributionsformer til hans rådighed. Dette bekræftes af udsagn i »Der Standard« selv, hvorefter bladet »har haft en opsigtsvækkende vækst både hvad angår abonnementer (plus 15%) og annoncering (plus 30% i forhold til sidste

år)«⁷⁸. Dette udsagn harmonerer ikke med den opfattelse, at adgangen til Mediaprint's udbringningsordning er af afgørende betydning for, at Oscar Bronner kan konkurrere på avismarkedet.

68. Desuden ville det skulle godtgøres, at det for at oprette en landsdækkende udbringningsordning ville være nødvendigt at foretage så store investeringer, at dette ville afholde selv en driftig udgiver, der er overbevist om, at der er et marked for endnu et stort dagblad, fra at gå ind på markedet. Det er muligt, at det, sådan som Oscar Bronner har gjort gældende, ville være urentabelt at oprette en landsdækkende ordning for en avis med et beskedent oplag. Det må derfor forudses, at der på kort sigt kan opstå tab, som kræver et vist investeringsniveau. Men formålet med at etablere en konkurrerende landsdækkende ordning ville være at gøre det muligt for Oscar Bronner at konkurrere på lige fod med Mediaprint's aviser og udvide den geografiske udbredelse og oplaget i betragteligt omfang.

69. Hvis man accepterede Oscar Bronner's anbringende, så ville dette medføre, at Fællesskabet, de nationale myndigheder og retsinstanser ville være nødsaget til at foretage en omfattende regulering af markederne inden for Fællesskabet, idet man ville skulle fastlægge priser og leveringsbetingelser for en stor del af erhvervslivet. Det ville ikke blot være umuligt at gennemføre sådanne indgreb; det ville også på lang sigt modvirke

78 — »Der Standard« af 28.2.1997, der er vedlagt som bilag til Mediaprint's indlæg.

konkurrencen og næppe kunne forenes med en fri markedsøkonomi.

70. Den foreliggende sag svarer således efter min mening langt fra til den situation, hvor det kan være rimeligt at pålægge en dominerende virksomhed at give andre adgang til en facilitet, som virksomheden har udviklet med henblik på eget brug.

73. Det er ganske vist rigtigt, at spørgsmål 2 i princippet kan opstå, selv om spørgsmål 1 besvares benægtende. For selv hvis det forhold, at en dominerende virksomhed nægter at give adgang til sin udbringningsordning, ikke i sig selv udgør et misbrug, så kan der foreligge et misbrug, såfremt virksomheden på ubegrundet vis gør adgangen betinget af, at der aftages andre ydelser, og på denne måde forsøger at udvide sin magtposition på et beslægtet marked. Under de foreliggende omstændigheder ville et sådant spørgsmål imidlertid være rent hypotetisk. Mediaprint har nægtet Oscar Bronner adgang til sin udbringningsordning under alle omstændigheder. Virksomheden har ikke i forhold til Oscar Bronner forsøgt at gøre adgangen betinget af, at denne aftager andre ydelser.

Det andet spørgsmål

71. Med sit andet spørgsmål søger den nationale ret at få oplyst, om en virksomhed, der har en position som Mediaprint's, misbruger sin dominerende stilling, hvis den gør det til en betingelse for at give adgang til sin udbringningsordning, at der også aftages andre tjenesteydelser, som f.eks. distribution via udsalgssteder og trykning.

74. Formålet med spørgsmål 2 er derfor snarere at få fastslået, om Mediaprint, såfremt det forhold, at der nægtes adgang til den landsdækkende ordning, rent faktisk udgør et misbrug, kan kræve, at Oscar Bronner til gengæld for, at denne får adgang til ordningen, skal aftage visse andre ydelser. Dette kunne f.eks. være tilfældet, hvis det kunne godtgøres, at det som følge af de stramme deadlines, der gælder for dagblade, ikke ville kunne lade sig gøre at lade trykning og distribution foretage af forskellige virksomheder. Den nationale ret søger med andre ord oplyst, hvilke betingelser den i tilfælde af, at det første spørgsmål besvares bekræftende, skal gøre adgangen til udbringningsordningen afhængig af.

72. Spørgsmål 2 er ikke udtrykkelig gjort afhængig af, at spørgsmål 1 besvares bekræftende. Efter min opfattelse er det dog kun relevant i dette tilfælde.

75. Da spørgsmål 1 skal besvares benægtende, er spørgsmål 2 ikke relevant.

Forslag til afgørelse

76. Følgelig mener jeg, at de præjudicielle spørgsmål fra Oberlandesgericht Wien skal besvares således:

»Det udgør ikke et misbrug af dominerende stilling som omhandlet i EF-traktatens artikel 86, at en virksomhed, der har en meget væsentlig andel af dagbladsmarkedet i en medlemsstat, og som driver den eneste landsdækkende udbringningsordning for abonnenter, nægter udgiveren af et konkurrerende dagblad adgang til denne udbringningsordning.«