

BRONNER

ARRÊT DE LA COUR (sixième chambre)
26 novembre 1998 *

Dans l'affaire C-7/97,

ayant pour objet une demande adressée à la Cour, en application de l'article 177 du traité CE, par l'Oberlandesgericht Wien (Autriche) et tendant à obtenir, dans le litige pendant devant cette juridiction entre

Oscar Bronner GmbH & Co. KG

et

Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG,

Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG,

Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG,

une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation de l'article 86 du traité CE,

* Langue de procédure: l'allemand.

LA COUR (sixième chambre),

composée de MM. P. J. G. Kapteyn, président de chambre, J. L. Murray, H. Ragnemalm, R. Schintgen (rapporteur) et K. M. Ioannou, juges,

avocat général: M. F. G. Jacobs,
greffier: M. H. A. Rühl, administrateur principal,

considérant les observations écrites présentées:

— pour Oscar Bronner GmbH & Co. KG, par M^e Christa Fries, avocat à Baden,

— pour Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, par M^e Stephan Ruggenthaler, avocat à Vienne,

— pour la Commission des Communautés européennes, par MM. Klaus Wiedner et Wouter Wils, membres du service juridique, en qualité d'agents,

vu le rapport d'audience,

ayant entendu les observations orales de Oscar Bronner GmbH & Co. KG, de Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, ainsi que de la Commission à l'audience du 10 février 1998,

ayant entendu l'avocat général en ses conclusions à l'audience du 28 mai 1998,

rend le présent

Arrêt

- 1 Par ordonnance du 1^{er} juillet 1996, parvenue à la Cour le 15 janvier 1997, l'Oberlandesgericht Wien, siégeant en tant que Kartellgericht, a posé, en vertu de l'article 177 du traité CE, deux questions préjudicielles sur l'interprétation de l'article 86 du même traité.

- 2 Ces questions ont été soulevées dans le cadre d'un recours introduit sur le fondement de l'article 35 du Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen, du 19 octobre 1988 (*BGBI* 1988/600), tel que modifié en 1993 (*BGBI* 1993/693) et en 1995 (*BGBI* 1995/520, loi autrichienne sur la concurrence, ci-après le « Kartellgesetz »), par Oscar Bronner GmbH & Co. KG (ci-après « Oscar Bronner ») à l'encontre de Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG, de Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG, et de Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG (ci-après ensemble « Mediaprint »).

- 3 L'article 35, paragraphe 1, du Kartellgesetz dispose:

« Le Kartellgericht ordonne, sur demande, aux entreprises concernées de mettre fin à l'abus d'une position dominante. Cet abus peut notamment consister à:

1. imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,

2. limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,

3. infliger un désavantage dans la concurrence à des partenaires contractuels en appliquant des conditions inégales à des prestations équivalentes,

4. subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires contractuels, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats. »

4 Oscar Bronner a pour objet la rédaction et l'édition, ainsi que la fabrication et la distribution du quotidien « Der Standard ». En 1994, « Der Standard » détenait sur le marché des quotidiens autrichiens une part de marché de 3,6 % en termes de tirage et de 6 % en termes de recettes publicitaires.

5 Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG édite les quotidiens « Neue Kronen Zeitung » et « Kurier ». Elle assure la distribution ainsi que les activités publicitaires de ces deux journaux par l'intermédiaire de ses deux filiales, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG et Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co. KG, dont elle détient la totalité du capital.

6 En 1994, la « Neue Kronen Zeitung » et le « Kurier » détenaient ensemble, sur le marché autrichien des quotidiens, une part de marché de 46,8 % en termes de tirage et de 42 % en termes de recettes publicitaires. Le taux de diffusion des deux quotidiens était de 53,3 % pour les personnes de plus de 14 ans dans les ménages privés et de 71 % pour l'ensemble des lecteurs de quotidiens.

- 7 Pour la distribution de ses quotidiens, Mediaprint a créé un système de portage à domicile à l'échelle nationale, qu'elle assure par l'intermédiaire de Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co. KG. Ce système consiste à livrer les journaux directement aux abonnés, et ce aux premières heures du matin.
- 8 Par son action engagée en application de l'article 35 du Kartellgesetz, Oscar Bronner vise à ce qu'il soit enjoint à Mediaprint de cesser d'abuser de sa position dominante en intégrant, en contrepartie d'un prix raisonnable, « Der Standard » dans son système de portage à domicile. A l'appui de cette demande, Oscar Bronner souligne que la livraison par voie postale, qui n'est généralement effectuée qu'en fin de matinée, ne constitue pas une solution de remplacement de portée équivalente pour le portage à domicile et que, en raison du faible nombre de ses abonnés, il n'est pas du tout rentable pour elle d'organiser son propre système de portage à domicile. Oscar Bronner fait également valoir que Mediaprint a commis une discrimination à son encontre en intégrant dans son système de portage à domicile le « Wirtschaftsblatt », un quotidien que Mediaprint n'édite pourtant pas.
- 9 En réponse à ces arguments, Mediaprint souligne que la constitution de son système de portage à domicile a nécessité un investissement administratif et financier important et que l'ouverture du système à l'ensemble des éditeurs de quotidiens autrichiens excéderait les limites naturelles de capacité de son système. Elle soutient également que le fait de détenir une position dominante ne saurait l'obliger à subventionner la concurrence en favorisant des sociétés qui sont en compétition avec elle. Elle ajoute que la situation du « Wirtschaftsblatt » n'est pas comparable à celle du « Der Standard », dans la mesure où l'éditeur du « Wirtschaftsblatt » aurait également confié au groupe Mediaprint l'impression et l'ensemble de la distribution, c'est-à-dire y compris la vente dans les kiosques, de sorte que le portage à domicile ne constituerait qu'une partie d'un ensemble de prestations.
- 10 Considérant que, si le comportement d'un opérateur relève de l'article 86 du traité, il y a aussi nécessairement exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 35 du Kartellgesetz, qui a un contenu identique, puisque, en raison de la primauté de principe du droit communautaire, un comportement qui est incompatible avec ce dernier ne saurait davantage être toléré en droit national, le

Kartellgericht a estimé qu'il devait au préalable résoudre la question de savoir si le comportement de Mediaprint viole l'article 86 du traité. Relevant ensuite que l'applicabilité de l'article 86 du traité est soumise à la condition que le commerce entre États membres est susceptible d'être affecté par le comportement abusif d'opérateurs économiques, le Kartellgericht a estimé que tel semble être le cas dans l'affaire au principal dans la mesure où le refus d'accès au système de portage à domicile de Mediaprint risquerait d'évincer totalement Oscar Bronner du marché des quotidiens et que Oscar Bronner, en tant qu'éditeur d'un quotidien autrichien également vendu à l'étranger, participerait aux échanges internationaux.

11 Dans ces conditions, le Kartellgericht a décidé de surseoir à statuer et de poser à la Cour les questions préjudicielles suivantes:

- « 1) Convient-il d'interpréter l'article 86 du traité CE de telle sorte qu'il faille admettre l'existence d'un abus de position dominante, au sens d'une entrave abusive à l'accès au marché, lorsqu'une entreprise exerçant son activité dans l'édition, la fabrication et la distribution de quotidiens, et détenant, grâce à ses produits, une position prépondérante sur le marché autrichien des quotidiens (à savoir 46,8 % du tirage total, 42 % en termes de recettes de publication d'annonces et un taux de diffusion de 71 %, mesuré au nombre total de quotidiens), tout en exploitant l'unique réseau national en Autriche de portage à domicile pour abonnés, refuse de faire une offre ferme à une autre entreprise, dont l'objet est également d'éditer, fabriquer et distribuer un quotidien en Autriche, en vue d'intégrer ce quotidien dans ledit système de portage à domicile, étant également entendu que la faiblesse du tirage, et donc de la densité des abonnements, empêche l'entreprise souhaitant l'intégration dans le système de distribution, que ce soit seule ou en collaboration avec les autres sociétés offrant des quotidiens sur le marché, de constituer, en engageant des dépenses raisonnables, son propre système de portage à domicile tout en l'exploitant d'une manière rentable?
- 2) Le fait pour l'exploitant du système de portage de quotidiens à domicile (dans les circonstances déjà mentionnées à la première question) de subordonner son acceptation d'engager des relations commerciales avec l'éditeur d'un produit concurrent à la condition que cet éditeur le charge d'exécuter, dans le cadre d'un ensemble de prestations, non seulement le portage à domicile, mais aussi

d'autres services qu'il propose (tels que la vente dans les kiosques ou l'impression) est-il constitutif d'un abus au sens de l'article 86 du traité CE? »

Sur la recevabilité des questions posées

- 12 Mediaprint et la Commission prétendent que le litige au principal concerne uniquement le droit autrichien de la concurrence, en particulier l'article 35 du Kartellgesetz. Elles soutiennent que le Kartellgericht est spécialisé dans l'application du droit national de la concurrence et n'est pas habilité à mettre en œuvre l'article 86 du traité, qu'il ne pourrait pas non plus appliquer directement.

- 13 Elles soulignent également que, en principe, le droit national de la concurrence s'applique parallèlement au droit communautaire de la concurrence et indépendamment de celui-ci et que, en vertu de la jurisprudence *Walt Wilhelm* (arrêt du 13 février 1969, 14/68, Rec. p. 1), ce ne serait que lorsque la mise en œuvre du droit national de la concurrence risque de porter préjudice à l'application uniforme, dans tout le marché commun, des règles communautaires en matière de concurrence et au plein effet des actes pris sur le fondement de ces règles qu'il y aurait lieu de faire jouer la règle de la primauté du droit communautaire. Or, tel ne serait pas le cas dans une situation comme celle du litige au principal où, d'une part, seule l'autorité nationale est saisie et où, d'autre part, même une décision favorable à Mediaprint dans le litige au principal, fondée sur l'article 35 du Kartellgesetz, n'empêcherait pas la Commission d'appliquer l'article 86 du traité.

- 14 Mediaprint et la Commission en déduisent que l'interprétation du droit communautaire sollicitée par la juridiction nationale n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, de sorte qu'il n'y aurait pas lieu de répondre aux questions posées.

- 15 Mediaprint et la Commission ajoutent que le caractère hypothétique des questions préjudicielles se trouve encore renforcé par la considération qu'il n'est guère probable qu'une des conditions d'application de l'article 86 du traité, qui, par ailleurs, aurait pour rôle de délimiter les champs d'application respectifs du droit national et du droit communautaire de la concurrence, soit remplie en l'espèce, à savoir celle de l'affectation sensible du commerce entre États membres. La Commission relève à cet égard, en particulier, que les faits du litige au principal se trouvent confinés à l'Autriche, dans la mesure où un quotidien autrichien souhaiterait être intégré dans un système de portage à domicile exploité par une entreprise autrichienne et, en tout état de cause, limité géographiquement à l'Autriche. Mediaprint souligne, quant à elle, que Oscar Bronner diffuse quotidiennement moins de 700 exemplaires du « Der Standard » à l'étranger, soit moins de 0,8 % du tirage total du journal.
- 16 A cet égard, il convient d'abord de rappeler que, selon une jurisprudence constante, il appartient aux seules juridictions nationales qui sont saisies du litige et doivent assumer la responsabilité de la décision judiciaire à intervenir d'apprécier, au regard des particularités de chaque affaire, tant la nécessité d'une décision préjudicielle pour être en mesure de rendre leur jugement que la pertinence des questions qu'elles posent à la Cour. En conséquence, dès lors que les questions posées par les juridictions nationales portent sur l'interprétation d'une disposition de droit communautaire, la Cour est, en principe, tenue de statuer (voir, notamment, arrêts du 18 octobre 1990, Dzodzi, C-297/88 et C-197/89, Rec. p. I-3763, points 34 et 35, et du 8 novembre 1990, Gmurzynska-Bscher, C-231/89, Rec. p. I-4003, points 19 et 20).
- 17 Il importe également de relever que l'article 177 du traité, basé sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et la Cour, ne permet pas à celle-ci de censurer les motifs de l'ordonnance de renvoi. En conséquence, le rejet d'une demande formée par une juridiction nationale n'est possible que s'il apparaît, de manière manifeste, que l'interprétation du droit communautaire ou l'examen de la validité d'une règle communautaire, demandés par cette juridiction, n'ont aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal (arrêt du 18 janvier 1996, SEIM, C-446/93, Rec. p. I-73, point 28).

- 18 Il y a lieu ensuite d'observer que, dans l'affaire au principal, ainsi qu'il ressort du point 10 du présent arrêt, la juridiction nationale a expressément motivé la nécessité de sa demande de renvoi préjudiciel par le souci de garantir le respect de la règle de la primauté du droit communautaire et, en conséquence, de ne pas tolérer en droit national une situation qui serait contraire au droit communautaire.
- 19 Or, il résulte notamment de l'arrêt *Walt Wilhelm*, précité, qu'il n'est pas exclu qu'une même situation de fait puisse relever à la fois du droit communautaire et du droit national en matière de concurrence, même si ceux-ci considèrent les pratiques restrictives sous des aspects différents (voir, également, arrêts du 10 juillet 1980, *Giry et Guerlain e.a.*, 253/78 et 1/79 à 3/79, Rec. p. 2327, point 15, et du 16 juillet 1992, *Asociación Española de Banca Privada e.a.*, C-67/91, Rec. p. I-4785, point 11).
- 20 Dans ces conditions, le fait qu'une juridiction nationale est saisie d'un litige concernant des pratiques restrictives en application du droit national de la concurrence ne doit pas l'empêcher d'interroger la Cour sur l'interprétation du droit communautaire en la matière, et notamment de l'article 86 du traité, par rapport à cette même situation, dès lors qu'elle estime qu'une situation de conflit entre le droit communautaire et le droit national est susceptible de se poser.
- 21 Il convient enfin de relever que les circonstances invoquées par *Mediaprint* et la Commission pour contester la réalité d'une affectation sensible du commerce entre États membres concernent l'applicabilité même de l'article 86 du traité à la situation factuelle qui fait l'objet du litige au principal. A ce titre, elles relèvent de l'appréciation de la juridiction nationale et sont sans pertinence aux fins de vérifier la recevabilité des questions posées à la Cour.
- 22 Il résulte des considérations qui précèdent qu'il y a lieu de répondre aux questions posées par la juridiction de renvoi.

Sur la première question

- 23 Par sa première question, la juridiction nationale demande, en substance, si le fait pour une entreprise de presse, qui détient une part très importante du marché des quotidiens dans un État membre et qui exploite l'unique système de portage à domicile de journaux à l'échelle nationale existant dans cet État membre, de refuser, contre une rémunération appropriée, l'accès audit système à l'éditeur d'un quotidien concurrent qui, en raison de la faiblesse du tirage de celui-ci, ne se trouve pas en mesure de créer et d'exploiter, dans des conditions économiquement raisonnables, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile constitue un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité.
- 24 A cet égard, Oscar Bronner fait valoir que la prestation de services qu'est le portage à domicile de quotidiens constitue un marché à part, dans la mesure où cette prestation serait habituellement offerte et demandée séparément d'autres prestations. Oscar Bronner souligne également que, en principe, la prestation exécutée en mettant à disposition une installation et celle fournie en utilisant cette installation constituent, en vertu de la doctrine des « essential facilities », telle qu'elle aurait été consacrée par la Cour dans l'arrêt du 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission (C-241/91 P et C-242/91 P, Rec. p. I-743, ci-après l'« arrêt Magill »), des marchés séparés. Or, en tant que propriétaire d'une telle « essential facility », en l'occurrence l'unique système de portage à domicile économiquement rentable existant en Autriche à l'échelle nationale, Mediaprint serait obligée d'ouvrir son système, à des conditions et des prix correspondant à ceux du marché, à des produits concurrents.
- 25 Oscar Bronner renvoie également, dans ce contexte, à l'arrêt du 6 mars 1974, Commercial Solvents/Commission (6/73 et 7/73, Rec. p. 223, point 25), dont il découlerait que le refus, par une entreprise jouissant d'une position dominante, de livrer des entreprises situées immédiatement en aval n'est licite que si ce refus est objectivement justifié. Relevant que, dans l'arrêt du 3 octobre 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261), la Cour a dit pour droit que constitue un abus au sens de l'article 86 le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de se réserver ou de réserver à une entreprise appartenant au même groupe, et sans

nécessité objective, une activité auxiliaire qui pourrait être exercée par une tierce entreprise dans le cadre des activités de celle-ci sur un marché voisin, mais distinct, au risque d'éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise, Oscar Bronner soutient que la considération qui précède est transposable au cas d'une entreprise jouissant d'une position dominante sur le marché d'une prestation de services déterminée, laquelle est indispensable à l'activité d'une autre entreprise sur un marché différent.

- 26 Mediaprint objecte que les entreprises jouissant d'une position dominante ont, en principe, également droit à l'autonomie de la volonté, en ce sens qu'elles seraient normalement habilitées à décider librement de la personne à laquelle elles entendent offrir leurs prestations et, en particulier, de celle à laquelle elles souhaitent donner accès à leurs propres installations. Ainsi, une obligation de contracter, à laquelle serait soumise l'entreprise jouissant d'une position dominante, ne saurait être fondée sur l'article 86 du traité que dans des circonstances exceptionnelles, ainsi que la Cour l'aurait expressément jugé dans l'arrêt Magill.
- 27 Or, selon Mediaprint, il résulterait des arrêts Commercial Solvents/Commission et CBEM, précités, que de telles circonstances exceptionnelles n'existent que si le refus de livraison de l'entreprise jouissant de la position dominante est de nature à éliminer toute concurrence sur un marché en aval, ce qui ne serait pas le cas dans l'affaire au principal, dans laquelle il existerait, à côté du portage à domicile, d'autres systèmes de distribution permettant à Oscar Bronner de vendre ses quotidiens en Autriche.
- 28 Mediaprint ajoute que, même si de telles circonstances exceptionnelles devaient exister, le refus de contracter d'une entreprise en position dominante n'est pas abusif s'il est objectivement justifié. Tel serait le cas, dans le litige au principal, si l'intégration du « Der Standard » était de nature à compromettre le fonctionnement du système de portage à domicile de Mediaprint ou si elle se révélait impossible pour des raisons de capacité dudit système.

- 29 La Commission rappelle qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier la réunion des conditions d'application de l'article 86 du traité: ce ne serait que s'il existe un marché propre aux systèmes de portage à domicile et que Mediaprint détient une position dominante sur ce marché qu'il faudrait examiner si son refus d'intégrer Oscar Bronner dans ce réseau constitue un abus.
- 30 Soulignant qu'il résulte de l'ordonnance de renvoi que, en l'occurrence, une troisième entreprise a été admise dans le système de portage à domicile de Mediaprint, la Commission fait valoir qu'un tel abus, au sens de l'article 86 du traité, pourrait consister, aux termes du point c) de cette disposition, dans l'application, à l'égard de partenaires commerciaux, de conditions inégales pour des prestations équivalentes. La Commission estime, toutefois, que tel n'est pas le cas dans le litige au principal dans la mesure où la prestation réclamée par Oscar Bronner n'aurait pas été subordonnée à d'autres conditions que celles applicables à d'autres partenaires commerciaux, mais n'aurait pas été offerte du tout si d'autres prestations n'étaient pas confiées en même temps à Mediaprint.
- 31 A cet égard, et afin de donner une réponse utile à la juridiction de renvoi, il convient de rappeler, à titre liminaire, que l'article 86 du traité interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, l'exploitation abusive d'une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.
- 32 Afin d'examiner si une entreprise occupe une position dominante au sens de l'article 86 du traité, une importance fondamentale doit être accordée, ainsi que la Cour l'a souligné à de nombreuses reprises, à la détermination du marché en cause et à la délimitation de la partie substantielle du marché commun où l'entreprise est en mesure de se livrer éventuellement à des pratiques abusives faisant obstacle à une concurrence effective (voir arrêt du 17 juillet 1997, *GT-Link*, C-242/95, Rec. p. I-4449, point 36).

- 33 Selon une jurisprudence bien établie, aux fins de l'application de l'article 86 du traité, le marché du produit ou du service en cause englobe l'ensemble des produits ou services qui, en fonction de leurs caractéristiques, sont particulièrement aptes à satisfaire des besoins constants et sont peu interchangeables avec d'autres produits ou services (voir, en ce sens, arrêts du 11 décembre 1980, L'Oréal, 31/80, Rec. p. 3775, point 25, et du 3 juillet 1991, AKZO/Commission, C-62/86, Rec. p. I-3359, point 51).
- 34 S'agissant de la délimitation du marché en cause au principal, il incombera dès lors à la juridiction de renvoi de vérifier notamment si les systèmes de portage à domicile constituent un marché distinct ou si d'autres modes de distribution de quotidiens, tels que la vente dans les magasins et kiosques ou la livraison par la voie postale, sont suffisamment interchangeables avec eux afin d'être également pris en compte. La juridiction devra également tenir compte, dans l'appréciation de la position dominante, ainsi que la Commission l'a souligné, de l'existence éventuelle de systèmes régionaux de portage à domicile.
- 35 Si, à l'issue de cet examen, la juridiction de renvoi devait conclure à l'existence d'un marché distinct constitué par les systèmes de portage à domicile et à l'existence d'un degré d'interchangeabilité insuffisant entre le système de Mediaprint, existant à l'échelle nationale, et d'autres systèmes régionaux, elle serait nécessairement amenée à constater que Mediaprint qui, selon les informations découlant de l'ordonnance de renvoi, est l'exploitant de l'unique système de portage à domicile existant à l'échelle nationale en Autriche se trouve en situation de monopole de fait sur le marché ainsi défini et, partant, y détient une position dominante.
- 36 Dans cette hypothèse, la juridiction de renvoi sera également amenée à constater que Mediaprint détient une position dominante sur une partie substantielle du marché commun, dès lors qu'il résulte de la jurisprudence de la Cour que le territoire d'un État membre, auquel s'étend une position dominante, est susceptible de constituer une partie substantielle du marché commun (voir, en ce sens, arrêts du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, 322/81, Rec. p. 3461, point 28, et du 5 octobre 1994, Centre d'insémination de la Crespelle, C-323/93, Rec. p. I-5077, point 17).

- 37 Il y aurait lieu de vérifier enfin si le fait, pour le propriétaire de l'unique système de portage à domicile existant à l'échelle nationale sur le territoire d'un État membre, qui utilise ce système pour la distribution de ses propres quotidiens, d'en refuser l'accès à l'éditeur d'un quotidien concurrent constitue un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité, au motif que ce refus priverait ledit concurrent d'un mode de distribution jugé essentiel pour la vente de celui-ci.
- 38 A cet égard, il convient d'indiquer, d'une part, que, si, dans ses arrêts *Commercial Solvents/Commission* et *CBEM*, précités, la Cour a jugé abusif le fait, pour une entreprise détenant une position dominante sur un marché donné, de refuser de fournir à une entreprise avec laquelle elle se trouve en concurrence sur un marché voisin respectivement les matières premières (voir arrêt *Commercial Solvents/Commission*, point 25) et les services (voir arrêt *CBEM*, point 26) indispensables à l'exercice des activités de celle-ci, elle l'a fait dans la mesure où le comportement en cause était de nature à éliminer toute concurrence de la part de cette entreprise.
- 39 Il importe de relever, d'autre part, que, dans l'arrêt *Magill*, points 49 et 50, la Cour a confirmé que le refus de licence, de la part du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci, mais que l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif.
- 40 Dans l'arrêt *Magill*, la Cour a considéré que de telles circonstances exceptionnelles étaient constituées par le fait que le refus litigieux concernait un produit (l'information sur les programmes hebdomadaires de certaines chaînes de télévision) dont la livraison était indispensable pour l'exercice de l'activité en cause (l'édition d'un guide général de télévision), en ce sens que, sans cette livraison, la personne désireuse d'offrir un tel guide se trouvait dans l'impossibilité de l'éditer et de l'offrir sur le marché (point 53), que ce refus faisait obstacle à l'apparition d'un produit

nouveau pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs (point 54), qu'il n'était pas justifié par des considérations objectives (point 55) et qu'il était de nature à exclure toute concurrence sur le marché dérivé (point 56).

- 41 Dès lors, à supposer même que cette jurisprudence relative à l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle soit applicable à l'exercice d'un droit de propriété quel qu'il soit, encore faudrait-il, pour que l'arrêt Magill, puisse être utilement invoqué pour conclure à l'existence d'un abus au sens de l'article 86 du traité dans une situation telle celle qui fait l'objet de la première question préjudicielle, non seulement que le refus du service que constitue le portage à domicile soit de nature à éliminer toute concurrence sur le marché des quotidiens de la part du demandeur du service et ne puisse être objectivement justifié, mais également que le service en lui-même soit indispensable à l'exercice de l'activité de celui-ci, en ce sens qu'il n'existe aucun substitut réel ou potentiel audit système de portage à domicile.
- 42 Or, tel n'est assurément pas le cas même dans l'hypothèse où, comme dans l'affaire au principal, il n'existe, sur le territoire d'un État membre, qu'un seul système de portage à domicile à l'échelle nationale et si, de surcroît, sur le marché des services constitué par ce système ou dont fait partie ce système, son propriétaire détient une position dominante.
- 43 D'une part, il est en effet constant que d'autres modes de distribution de quotidiens, tels que la distribution par la voie postale et la vente dans les magasins et kiosques, même s'ils devaient être moins avantageux pour la distribution de certains d'entre eux, existent et sont utilisés par les éditeurs de ces quotidiens.
- 44 D'autre part, il n'apparaît pas qu'il existe des obstacles techniques, réglementaires ou même économiques qui soient de nature à rendre impossible, ni même déraisonnablement difficile, pour tout autre éditeur de quotidiens, de créer, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile à l'échelle nationale et de l'utiliser pour la distribution de ses propres quotidiens.

- 45 A cet égard, il convient de souligner que, pour démontrer que la création d'un tel système ne constitue pas une alternative potentielle réaliste et que l'accès au système existant est donc indispensable, il ne suffit pas de faire valoir qu'elle n'est pas économiquement rentable en raison du faible tirage du ou des quotidiens à distribuer.
- 46 En effet, pour que cet accès puisse le cas échéant être considéré comme étant indispensable, il faudrait à tout le moins établir, ainsi que l'a relevé M. l'avocat général au point 68 de ses conclusions, qu'il n'est pas économiquement rentable de créer un second système de portage à domicile pour la distribution de quotidiens ayant un tirage comparable à celui des quotidiens distribués par le système existant.
- 47 Au vu des considérations qui précèdent, il convient de répondre à la première question que le fait pour une entreprise de presse, qui détient une part très importante du marché des quotidiens dans un État membre et qui exploite l'unique système de portage à domicile de journaux à l'échelle nationale existant dans cet État membre, de refuser, contre une rémunération appropriée, l'accès audit système à l'éditeur d'un quotidien concurrent qui, en raison de la faiblesse du tirage de celui-ci, ne se trouve pas en mesure de créer et d'exploiter, dans des conditions économiquement raisonnables, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile ne constitue pas un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité.

Sur la seconde question

- 48 Par sa seconde question, la juridiction nationale demande si le fait pour cette entreprise de refuser, dans les circonstances mentionnées dans la première question, l'accès à son système de portage à domicile à l'éditeur d'un quotidien concurrent lorsque celui-ci ne lui confie pas, en même temps, l'exécution d'autres services, tels que la vente dans les kiosques ou l'impression, constitue un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité.

- 49 Compte tenu de la réponse apportée à la première question, il n'y a plus lieu de répondre à cette question.

Sur les dépens

- 50 Les frais exposés par la Commission, qui a soumis des observations à la Cour, ne peuvent faire l'objet d'un remboursement. La procédure revêtant, à l'égard des parties au principal, le caractère d'un incident soulevé devant la juridiction nationale, il appartient à celle-ci de statuer sur les dépens.

Par ces motifs,

LA COUR (sixième chambre),

statuant sur les questions à elle soumises par l'Oberlandesgericht Wien, par ordonnance du 1^{er} juillet 1996, dit pour droit:

Le fait pour une entreprise de presse, qui détient une part très importante du marché des quotidiens dans un État membre et qui exploite l'unique système de portage à domicile de journaux à l'échelle nationale existant dans cet État membre, de refuser, contre une rémunération appropriée, l'accès audit système à l'éditeur d'un quotidien concurrent qui, en raison de la faiblesse du tirage de

celui-ci, ne se trouve pas en mesure de créer et d'exploiter, dans des conditions économiquement raisonnables, seul ou en collaboration avec d'autres éditeurs, son propre système de portage à domicile ne constitue pas un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité CE.

Kapteyn

Murray

Ragnemalm

Schintgen

Ioannou

Ainsi prononcé en audience publique à Luxembourg, le 26 novembre 1998.

Le greffier

Le président de la sixième chambre

R. Grass

P. J. G. Kapteyn