



COMMISSION EUROPÉENNE

SERVICE JURIDIQUE

Bruxelles, le 11 avril 1997  
JURT(97)4036

Traduction : Original : DE

**A MONSIEUR LE PRESIDENT ET AUX MEMBRES**  
**DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES**

**OBSERVATIONS**

déposées, conformément à l'article 20 deuxième alinéa du protocole sur le statut de la Cour de justice des Communautés européennes,

par la Commission des Communautés européennes, représentée par MM. Klaus Wiedner et Wouter Wils, membres de son service juridique, en qualité d'agents, ayant élu domicile auprès de M. Carlos Gómez de la Cruz, également membre de son service juridique, Centre Wagner, Luxembourg,

**dans l'affaire C-7/97**

ayant pour objet une demande de décision préjudicielle présentée, conformément à l'article 177 du traité instituant la Communauté européenne, par l'Oberlandesgericht Wien dans l'affaire

**Oscar Bronner Gesellschaft mbH & Co KG**

- partie demanderesse -

contre

**1. Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag Gesellschaft mbH & Co KG**

**2. Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft mbH & Co KG**

**3. Mediaprint Anzeigengesellschaft mbH & Co KG**

- partie défenderesse -

et portant sur l'interprétation de l'article 86 du traité CE.

La Commission a l'honneur de présenter à la Cour les observations suivantes.

## 1. Les faits

1. Le litige au principal oppose l'éditeur du quotidien autrichien "Der Standard" à la maison d'édition "Mediaprint", qui exploite l'unique réseau interrégional en Autriche de portage à domicile pour abonnés. "Der Standard" détient, en Autriche, une part de marché de 3,6 % en termes de tirage. L'entreprise "Mediaprint" exerce son activité dans l'édition, la fabrication et la distribution de quotidiens et détient en Autriche, avec ses journaux "Neue Kronen Zeitung" et "Kurier", une part de marché de 46,8 % du tirage total. Le quotidien "Der Standard" souhaite être intégré, contre paiement d'une rémunération appropriée, dans ce système interrégional de portage, en considérant que la mise en place d'un système de portage alternatif, que ce soit seul ou en collaboration avec les autres quotidiens, ne serait pas rentable, en raison du faible tirage et du faible nombre d'abonnés. "Der Standard" fait en outre valoir qu'un autre quotidien, "Das Wirtschaftsblatt", a été admis dans le système de portage et y voit une discrimination injustifiée. "Mediaprint" affirme qu'elle a intégré "Das Wirtschaftsblatt" dans son réseau uniquement parce que ce journal lui a également confié l'impression et l'ensemble de la distribution, y compris la vente dans les kiosques. Le litige porté devant le Kartellgericht traite d'un éventuel abus de position dominante par "Mediaprint", mais se réfère uniquement au droit national de la concurrence. Le Kartellgericht estime cependant que, pour arrêter sa décision au principal, l'interprétation de l'article 86 du traité CE est nécessaire. C'est pourquoi il a déféré 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 dominante sur le marché autrichien (à savoir 46,8 % du tirage total, 42 % en termes de recettes de publication d'annoncés 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 ?”*

## **2. Compétence de la Cour de justice pour répondre aux questions posées**

2. Le litige se présente uniquement au regard du droit autrichien de la concurrence, en particulier de l'article 35 de la Kartellgesetz<sup>1</sup>. Le Kartellgericht est spécialisé dans l'application du droit national de la concurrence en première instance, il ne traite pas des litiges de droit civil et ne peut pas appliquer directement l'article 86 du traité CE<sup>2</sup>. Il n'existe pas non plus, dans le droit autrichien, de dispositions

---

<sup>1</sup> Loi fédérale du 19 octobre 1988 (BGBl 600/1988) sur les ententes et autres restrictions de concurrence (Kartellgesetz 1988 - KartG 1988), modifiée par la Kartellgesetznouvelle 1993, BGBl 693/93 et par la Kartellgesetznouvelle 1995, BGBl 520/95.

<sup>2</sup> Arrêt "BRT/Sabam I", Rec. 1974, à la page 62, points 18-23 des motifs.

habilitant le Kartellgericht à appliquer les articles 85 et 86 du traité CE en tant qu'autorité nationale en charge de la concurrence.

3. Le Kartellgericht estime que l'interprétation par la Cour de l'article 86 du traité CE est néanmoins nécessaire pour pouvoir statuer conformément au droit national de la concurrence, au motif que le droit national de la concurrence ne saurait contredire le droit communautaire.
  
4. En principe, le droit national de la concurrence s'applique parallèlement au droit communautaire de la concurrence et indépendamment du droit communautaire. Même si un nombre croissant d'Etats membres décident d'adapter leur droit national au droit communautaire de la concurrence, il n'existe dans le droit communautaire aucune obligation en ce sens. Le droit de la concurrence de certains Etats membres, et notamment le droit autrichien de la concurrence<sup>3</sup>, se distingue ainsi toujours clairement du droit communautaire. Par conséquent, les dispositions du droit national de la concurrence doivent aussi en principe être interprétées indépendamment du droit communautaire. Il n'existe une restriction que dans la mesure où *"l'Etat membre ne (peut) prendre ou maintenir en vigueur des mesures susceptibles de compromettre l'effet utile du traité"*<sup>4</sup>. Ainsi, *"les autorités nationales peuvent intervenir contre une entente, en application de leur loi interne, même lorsque l'examen de la position de cette entente à l'égard des règles communautaires est pendante devant la Commission, sous réserve cependant que cette mise en oeuvre du droit national ne puisse porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci"*<sup>5</sup>. Les conflits entre les décisions de la Commission fondées sur le droit

---

<sup>3</sup> Le droit autrichien de la concurrence se fonde notamment sur le principe de l'abus et en déduit que les ententes ne sont pas a priori interdites comme dans l'article 85 paragraphe 1 du traité CE.

<sup>4</sup> Arrêt *"Walt Wilhelm"*, Rec. 1969, à la page 14, point 6 des motifs.

<sup>5</sup> Arrêt *"Walt Wilhelm"*, Rec. 1969, à la page 14, point 9 des motifs.

communautaire et les décisions des autorités nationales fondées sur le droit national portant sur les mêmes faits doivent donc être résolus en respectant la primauté du droit communautaire.

5. Dans le cas d'espèce, toutefois, seule l'autorité nationale est saisie. Elle n'est donc soumise, dans son appréciation au regard du droit national, à aucune restriction fondée sur le droit communautaire, tant que la Commission ne s'est pas saisie de l'affaire. Les dispositions du droit autrichien de la concurrence ne se fondent pas non plus directement sur le droit communautaire de la concurrence et n'y font pas référence<sup>6</sup>, de sorte qu'une interprétation de l'article 86 du traité CE n'a pas d'incidence directe sur le droit autrichien de la concurrence. C'est ainsi que le droit autrichien de la concurrence donne une définition de la position dominante tout à fait différente de celle du droit communautaire<sup>7</sup>. De même, un abus n'est pas interdit tant que le Kartellgericht n'a pas ordonné qu'il y soit mis fin<sup>8</sup>. De plus, des mesures particulières sont prévues en ce qui concerne les entreprises de médias en position dominante<sup>9</sup>. C'est pourquoi la présente affaire se distingue de celles où un lien direct existait entre le droit national et le droit communautaire, tenant par exemple au fait que le droit national constituait la transposition directe d'une disposition communautaire<sup>10</sup>.

---

<sup>6</sup> A l'opposé, le droit italien de la concurrence, par exemple, prévoit que le droit national de la concurrence doit être interprété à la lumière du droit communautaire: voir article 1<sup>er</sup>, alinéa 4 de la Loi du 10 octobre 1990 n° 287, "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", GURI du 13 octobre 1990, n° 240.

<sup>7</sup> Article 34 de la Kartellgesetz autrichienne.

<sup>8</sup> Article 35 paragraphe 1 de la Kartellgesetz autrichienne.

<sup>9</sup> Article 35 paragraphes 2 à 4 de la Kartellgesetz autrichienne.

<sup>10</sup> Voir notamment l'arrêt "Dzodzi", Rec. 1990, p. I-3763.

6. Dans une jurisprudence constante, la Cour a souligné qu'elle n'est pas compétente pour les questions préjudicielles lorsqu'il est manifeste que la disposition communautaire dont l'interprétation est demandée ne peut pas être applicable<sup>11</sup>. En particulier, la Cour a précisé à plusieurs reprises qu'elle ne se considère pas compétente pour statuer sur une question préjudicielle soulevée par une juridiction nationale, "*lorsque l'interprétation du droit communautaire, demandée par la juridiction nationale, ...n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal*"<sup>12</sup>. De l'avis de la Commission, tel est le cas en l'espèce. Les questions posées par le Kartellgericht concernant l'interprétation de l'article 86 du traité CE n'ont aucun rapport avec le litige au principal.
7. La Commission propose donc à la Cour de se déclarer *incompétente* pour les questions préjudicielles soulevées par le Kartellgericht.
8. Au cas où la Cour se considérerait malgré tout compétente, la Commission souhaite faire les observations suivantes.

### 3. Atteinte sensible au commerce entre Etats membres

9. La Commission estime que, dans le cas d'espèce, l'existence d'une atteinte sensible<sup>13</sup> au commerce entre les Etats membres n'est déjà pas évidente. Le

---

<sup>11</sup> Arrêts "*Dzodzi*", Rec. 1990, p. I-3794, point 40 des motifs, "*Foglia/Novello II*", Rec. 1981, pp. 3062 et suivantes.

<sup>12</sup> Arrêt "*Dias*", Rec. 1992, p. I-4709, point 18 ; voir aussi les arrêts "*Salonia*", Rec. 1981, p. 1576, point 6 des motifs; "*Falciola*", Rec. 1990, p. I-195, point 8 des motifs; "*Durighello*", Rec. 1991, p. I-5795, point 9 des motifs; "*Crispoltoni*", Rec. 1991, p. I-3719 ; "*Monin Automobiles*", Rec. 1994, p. I-1714, points 13 et suivants ; voir aussi les arrêts cités à ce propos par l'avocat général LENZ dans l'affaire "*Bosman*", Rec. 1995, p. I-4956, notes en bas de page 88 et 89.

<sup>13</sup> En effet, une certaine atteinte au commerce entre Etats membres ne peut être exclue.

Kartellgericht n'a certes pas posé la question explicitement, mais l'a examinée en détail aux pages 6 et 7 de son ordonnance de renvoi.

10. Dans le litige au principal, un quotidien autrichien souhaite être intégré dans un système de portage à domicile, qui est exploité par des entreprises autrichiennes et se limite, en tout état de cause, géographiquement à l'Autriche. Les faits sont donc limités à l'Autriche.
  
11. Une atteinte sensible au commerce pourrait à la rigueur résulter du fait que le système de portage à domicile dessert l'ensemble ou du moins l'essentiel du territoire autrichien et influe par conséquent sur la distribution de journaux en provenance d'autres Etats membres dans la mesure où il entraîne un cloisonnement du marché autrichien<sup>14</sup>. Il faudrait donc tout d'abord savoir si la référence faite par l'ordonnance de renvoi à la dimension interrégionale du système de portage en question signifie qu'il approvisionne l'ensemble ou du moins l'essentiel du territoire autrichien. Mais même si ce devait être le cas, un cloisonnement du marché autrichien pour les quotidiens étrangers est peu probable, puisque d'après les informations du Kartellgericht, il existe, semble-t-il, à côté de ce système de portage interrégional, d'autres réseaux de distribution régionaux auxquels les journaux étrangers pourraient recourir. En outre, il existe d'autres systèmes de distribution<sup>15</sup> pour les quotidiens étrangers (vente dans les kiosques, distribution par courrier) qui sont prêts à desservir le marché autrichien. Il ne faut pas oublier non plus que la demande de quotidiens étrangers n'est, pour l'essentiel, guère élastique, c'est-à-dire qu'elle est en principe indépendante de la distribution via un système de portage à domicile<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> Arrêt "*Salonia*", Rec. 1981, pp. 1518 et suivantes.

<sup>15</sup> Arrêt "*Salonia*", Rec. 1981, p. 1579, point 17 des motifs.

<sup>16</sup> Arrêt "*Salonia*", Rec. 1981, p. 1579, point 17 des motifs.

12. Même l'argumentation avancée dans le litige au principal selon laquelle le quotidien en question serait, en cas de non-intégration au système de portage à domicile, évincé du marché<sup>17</sup> semble peu plausible aux yeux de la Commission. D'après les informations dont elle dispose, une série de quotidiens subsistent en Autriche sans être intégrés au réseau interrégional de portage à domicile. Rien ne permet de croire qu'un quotidien pourrait être évincé du marché uniquement parce qu'il n'est pas autorisé à faire partie du réseau interrégional de portage à domicile. De l'avis de la Commission, cet argument ne permet donc pas davantage de conclure à un effet sur le commerce entre Etats membres.
  
13. La Commission doute donc que la situation que doit apprécier le Kartellgericht affecte de manière sensible le commerce entre Etats membres. Comme indiqué ci-dessus<sup>18</sup>, le Kartellgericht ne peut de toute façon pas appliquer l'article 86 du traité CE. Ceci souligne d'ailleurs le caractère hypothétique des deux questions préjudicielles.
  
14. Au cas où la Cour souhaiterait cependant examiner ces questions en détail, la Commission prend la position suivante.

#### **4. Examen détaillé des questions préjudicielles**

15. Par sa première question, le Kartellgericht souhaiterait pour l'essentiel savoir si l'article 86 du traité CE doit être interprété en ce sens qu'une maison d'édition en position dominante qui refuse d'intégrer un autre éditeur dans son réseau

---

<sup>17</sup> Voir, à ce sujet, l'arrêt "*Commercial Solvents*", Rec. 1974, p. 254, point 33 des motifs.

<sup>18</sup> Voir point 2.



interrégional de portage à domicile des quotidiens commet un abus au sens de cet article, dans la mesure où l'entreprise en question ne peut, ni seule ni en collaboration avec d'autres sociétés, mettre en place son propre système de portage à domicile. Comme l'indiquent la deuxième question préjudicielle et les motifs de l'ordonnance de renvoi, cette question se pose en considération du fait qu'une troisième entreprise a, elle, été admise dans ledit réseau.

16. Il convient tout d'abord de définir le marché de produits concerné pour préciser sur quel marché une position dominante de l'entreprise en question pourrait exister en Autriche. Il faut en effet déterminer si les systèmes de portage à domicile pour les abonnés constituent effectivement un marché à eux seuls ou si des systèmes de distribution alternatifs par la vente en kiosque ou la livraison par courrier ne doivent pas être inclus. De l'avis de la Commission, la distribution par courrier ne constitue pas, en général, une solution de remplacement équivalente, car, contrairement au portage à domicile, elle ne peut pas garantir la livraison du quotidien tôt le matin. Mais, d'autre part, les kiosques proposent également les quotidiens dès le matin et font directement concurrence au portage à domicile, surtout en zone urbaine. Cette hypothèse devrait être vérifiée sur la base des données du marché. Il appartient à la juridiction nationale de définir le marché à l'aide des informations dont elle dispose.
  
17. Cependant, même si le marché devait se limiter au système de portage à domicile, il faudrait, également tenir compte, dans l'appréciation de la position dominante, des systèmes régionaux de portage à domicile qui semblent exister<sup>19</sup>. L'ordonnance de renvoi ne contient pas de données suffisantes sur le nombre et la diffusion des systèmes régionaux de portage à domicile. D'après des informations de la Commission, il existe en outre, dans l'Allemagne voisine, des réseaux de portage à domicile en partie parallèles, de sorte que la mise en place en Autriche d'un deuxième réseau national de portage à domicile ne semble pas en principe exclu. Il

---

<sup>19</sup> La diffusion ou le tirage des quotidiens édités par la partie défenderesse n'est, à cet égard, pas décisif.

appartient à la juridiction nationale de vérifier l'existence d'une position dominante sur la base de ces critères.

18. En admettant qu'il existe un marché propre aux systèmes de portage à domicile pour les abonnés et qu'une entreprise détienne une position dominante sur ce marché, il faut maintenant examiner si le refus de cette entreprise d'intégrer, contre une rémunération appropriée, une autre entreprise dans ce réseau constitue un abus. Comme il ressort des motifs de l'ordonnance de renvoi, une troisième entreprise a, dans le cas d'espèce, été admise dans le réseau. Il faut donc avant tout examiner s'il peut exister une discrimination vis-à-vis d'autres entreprises. L'ordonnance de renvoi du Kartellgericht indique en outre que l'entreprise prétendue en position dominante a pris en charge le portage à domicile de cette troisième entreprise uniquement parce que celle-ci lui a également confié d'autres prestations, telles que la distribution par la vente en kiosque ou l'impression.

Il peut exister une discrimination au sens de l'article 86 du traité CE si, pour des prestations équivalentes, des conditions différentes sont appliquées aux partenaires commerciaux. Ce n'est pas le cas ici. Dans le cas présent, la prestation, à savoir la prise en charge du portage à domicile, n'est pas offerte à d'autres conditions, mais pas offerte du tout si d'autres prestations ne sont pas confiées en même temps. La question se pose toutefois de savoir si le comportement en question doit être considéré comme une vente liée. Cela nous conduit directement à la deuxième question du Kartellgericht.

19. Par sa deuxième question, le Kartellgericht voudrait savoir si le fait pour l'exploitant du réseau de portage à domicile de subordonner, dans le cadre d'un accord global, la prise en charge du portage à domicile d'une autre entreprise à la condition que celle-ci lui confie également d'autres prestations (par exemple la vente dans les kiosques ou l'impression) constitue un abus.

20. Toujours en supposant qu'il existe un marché propre aux systèmes de portage à domicile pour les abonnés et qu'une entreprise détienne une position dominante sur ce marché, il peut notamment y avoir abus de cette position dominante au sens de l'article 86 du traité CE si la conclusion d'un contrat est liée à l'acceptation par les contractants de prestations supplémentaires qui, ni objectivement ni selon les usages commerciaux, n'ont de rapport avec l'objet du contrat. D'après la jurisprudence récente de la Cour, une vente liée et donc un abus peuvent même être supposés lorsqu'il existe un lien naturel entre les prestations concernées<sup>20</sup>. L'article 86 du traité CE n'est cependant pas applicable lorsque la liaison des prestations entre elles se justifie objectivement.

21. La Commission part du principe que la distribution par la vente en kiosque ou l'impression de quotidiens sont des activités qui peuvent être menées indépendamment du portage à domicile, et que rien ne porte à croire que ces prestations ne pourraient être offertes qu'ensemble. Cela est notamment confirmé par le fait que "Der Standard" ou d'autres quotidiens qui ne font pas partie du réseau de portage à domicile litigieux effectuent eux-mêmes l'impression et la distribution ou les confient à d'autres entreprises. La Commission ne voit aucune justification logistique ou autre au jumelage des prestations. De même, les parties au litige n'ont, d'après les informations de la Commission, avancé aucun argument dans ce sens.

De l'avis de la Commission, le comportement d'une entreprise en position dominante qui n'établit de relations commerciales avec un autre éditeur qu'à la condition que celui-ci lui confie non seulement le portage à domicile, mais aussi

---

<sup>20</sup> Arrêt du 14 novembre 1996 "*Tetra Pak II*", affaire C-333/94 P, Recueil 1996, p. I-5951, point 37 des motifs.

d'autres prestations telles que la distribution en kiosque ou l'impression, peut constituer une vente liée et donc un abus au sens de l'article 86 du traité CE.

Klaus Wiedner

Wouter Wils

Agents de la Commission