ARREST VAN HET HOF
6 april 1995 *

In de gevoegde zaken C-241/91 P en C-242/91 P,

Radio Telefis Eireann (RTE), openbare instelling, gevestigd te Dublin, vertegenwoordigd door W. Alexander en G. van der Wal, advocaten, geïnstrueerd door G. F. McLaughlin, directeur Juridische zaken van Radio Telefis Eireann, en E. Murphy, Solicitor, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Arendt & Medernach, advocaten aldaar, Rue Mathias Hardt 8-10 (C-241/91 P),

en

Independent Television Publications Limited (ITP), vennootschap naar Engels recht, gevestigd te Londen, vertegenwoordigd door M. J. Reynolds en R. Strivens, Solicitors, bijgestaan door A. Tyrrell, QC, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Zeyen, Beghin & Feider, advocaten aldaar, Rue Ermesinde 67, (C-242/91 P),

requiranten,

ondersteund door

Intellectual Property Owners Inc. (IPO), gevestigd te Washington DC, Verenigde Staten, vertegenwoordigd door D. R. Barrett en G. I. F. Leigh, Solicitors, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van Bonn & Schmitt, advocaten aldaar, Avenue Guillaume 62,

interveniënte,

* Procestaal: Engels.

betreffende twee hogere voorzieningen gericht tegen twee arresten van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen (Tweede kamer) van 10 juli 1991 (zaak T-69/89, RTE, Jurispr. 1991, blz. II-485, en zaak T-76/89, ITP, Jurispr. 1991, blz. II-575) en strekkende tot vernietiging van die arresten,

andere partij bij de procedure:

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door J. Currall, lid van haar juridische dienst, als gemachtigde, bijgestaan door I. S. Forrester, QC, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij G. Kremlis, lid van haar juridische dienst, Centre Wagner, Kirchberg,

ondersteund door

Magill TV Guide Ltd, gevestigd te Dublin, vertegenwoordigd door Gore & Grimes, Solicitors, bijgestaan door J. L. Cooke, SC, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van L. Schiltz, advocaat aldaar, Boulevard Grande-Duchesse Charlotte 83,

interveniënte in eerste aanleg,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: G. C. Rodríguez Iglesias (rapporteur), president, F. A. Schockweiler en P. J. G. Kapteyn, kamerpresidenten, G. F. Mancini, C. N. Kakouris, J. C. Moitinho de Almeida en J. L. Murray, rechters,

advocaat-generaal: C. Gulmann
griffier: L. Hewlett, administrateur

gezien het rapport ter terechtzitting,

gehoord de pleidooien van partijen ter terechtzitting van 1 december 1993, tijdens welke Radio Telefis Eireann werd vertegenwoordigd door W. Alexander en G. van der Wal, advocaten, Independent Television Publications Ltd door A. Tyrrell, QC, R. Strivens, Solicitor, en T. Skinner, Barrister, de Commissie door J. Currall, lid van haar juridische dienst, en I. S. Forrester, QC, Magill TV Guide Ltd door J. L. Cooke, SC, en Intellectual Property Owners door G. I. F. Leigh, Solicitor, en D. Vaughan, QC,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 1 juni 1994,

het navolgende

Arrest

1 Bij een op 19 september 1991 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft Radio Telefis Eireann (hierna: „RTE"), waaraan het arrest van het Gerecht van 10 juli 1991 (zaak T-69/89, RTE, Jurispr. 1991, blz. II-485; hierna: „arrest RTE") nog de dag van de uitspraak officieel ter kennis was gebracht, hogere voorziening ingesteld tegen dat arrest, op grond dat het met schending van het gemeenschapsrecht was gewezen.

2 Bij een op 19 september 1991 ter griffie van het Hof neergelegd verzoekschrift heeft Independent Television Publications Ltd (hierna: „ITP"), waaraan het arrest van het Gerecht van 10 juli 1991 (zaak T-76/89, ITP, Jurispr. 1991, blz. II-575; hierna: „arrest ITP") op 12 juli 1991 officieel ter kennis was gebracht, hogere voorziening ingesteld tegen dat arrest, op grond dat het met schending van het gemeenschapsrecht was gewezen.

3 Bij twee op 6 januari 1992 ter griffie neergelegde verzoekschriften heeft Intellectual Property Owners Inc. (hierna: „IPO") verzocht in de twee zaken te mogen interveniëren ter ondersteuning van de conclusies van requiranten. Bij twee beschikkingen van 25 maart 1992 heeft het Hof deze interventies toegestaan.

4 Bij beschikking van de president van het Hof van 21 april 1993 zijn de zaken C-241/91 P en C-242/91 P gevoegd voor de mondelinge behandeling.

5 Aangezien de twee zaken verknocht zijn, dienen zij overeenkomstig artikel 43 van het Reglement voor de procesvoering te worden gevoegd voor gelijktijdige berechting bij het arrest.

6 Blijkens de arresten van het Gerecht kunnen de meeste gezinnen in Ierland en 30 à 40 % van de gezinnen in Noord-Ierland de tv-uitzendingen van RTE, ITV en BBC ontvangen.

7 Op het ogenblik van de feiten was op de Ierse en Noordierse markt geen enkele wekelijks verschijnende alomvattende tv-gids verkrijgbaar. Elk tv-station gaf een tv-gids uit waarin uitsluitend zijn eigen programma's werden vermeld, en maakte op grond van de Ierse en de Britse wetgeving aanspraak op auteursrechtelijke bescherming van zijn wekelijkse programmaoverzichten, teneinde publikatie ervan door derden te verhinderen.

8 RTE publiceerde haar wekelijkse tv-gids zelf, terwijl ITV dit deed via ITP, een daartoe opgerichte vennootschap.

9 ITP, RTE en BBC volgden met betrekking tot de verspreiding van hun programmaoverzichten het navolgende beleid. Zij voorzagen dagbladen en tijdschriften op aanvraag kosteloos van hun programmaoverzichten, vergezeld van een kosteloze licentie waarin de voorwaarden voor publikatie van die gegevens waren vermeld. Met inachtneming van bepaalde voorwaarden met betrekking tot het formaat van de publikatie, kon de pers dus het programma van de dag zelf of, ingeval de volgende dag een feestdag was, van twee dagen publiceren. Ook de „hoogtepunten" van de wekelijkse televisieprogramma's mochten worden gepubliceerd. ITP, RTE en BBC zagen toe op strikte naleving van de licentievoorwaarden, zo nodig door gerechtelijke stappen te ondernemen tegen publikaties die niet aan de voorwaarden voldeden.

10 Magill TV Guide Ltd (hierna: „Magill") probeerde een wekelijks verschijnende alomvattende tv-gids te publiceren. Dit werd haar evenwel belet door requiranten en BBC, die de publikatie van de wekelijkse programmaoverzichten door de rechter lieten verbieden.

11 Op 4 april 1986 diende Magill krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17"), bij de Commissie een klacht in, teneinde te doen vaststellen dat requiranten en BBC-misbruik maakten van hun machtspositie door te weigeren een licentie te verlenen voor de publikatie van hun respectieve wekelijkse programmaoverzichten. Daarop besloot de Commissie de procedure in te leiden na afloop waarvan zij op 21 december 1988 beschikking 89/205/EEG inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.851 — Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE) (PB 1989, L 78, blz. 43; hierna: „beschikking") gaf. Deze beschikking was het voorwerp van het bij het Gerecht ingestelde beroep.

12 In die beschikking stelde de Commissie vast, dat inbreuk was gemaakt op artikel 86 EEG-Verdrag, en gelastte zij de drie vennootschappen een einde te maken aan die inbreuk, met name door „aan derden op verzoek op niet discriminerende basis hun eigen wekelijkse programmaoverzichten mede te delen en de verveelvoudiging van deze overzichten door die partijen toe te staan". Tevens werd erop

gewezen, dat indien de drie vennootschappen zouden verkiezen licenties voor de verveelvoudiging te geven, het bedrag van de eventuele royalty's redelijk diende te zijn.

13 Bij beschikking van 11 mei 1989 (zaak 76/89 R, 77/89 R en 91/89 R, RTE e. a., Jurispr. 1989, blz. 1141) schortte de president van het Hof, op verzoek van requiranten, „de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de beschikking (...) op, voor zover die bepaling verzoeksters verplicht onverwijld een einde te maken aan de door de Commissie vastgestelde inbreuk door aan elkaar en aan derden op verzoek op niet discriminerende basis hun eigen wekelijkse programmaoverzichten mee te delen en de verveelvoudiging van die overzichten door die partijen toe te staan".

14 In eerste aanleg concludeerden de twee requiranten tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie en tot verwijzing van deze laatste in de kosten.

15 Het Gerecht verwierp die beroepen en verwees requiranten in de kosten.

16 RTE concludeert dat het den Hove behage:

1) het arrest van het Gerecht van eerste aanleg te vernietigen;

2) de beschikking van de Commissie van 21 december 1988 nietig te verklaren;

3) de Commissie en interveniënte in de kosten te verwijzen.

17 ITP concludeert dat het den Hove behage:

1) het door het Gerecht op 10 juli 1991 in zaak T-76/89, ITP, gewezen arrest te vernietigen en de zaak zelf af te doen;

2) beschikking IV/31.851 van de Commissie van 21 december 1988 (Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE) nietig en van onwaarde te verklaren;

3) de Commissie en/of interveniënte te verwijzen in de kosten die ITP voor het Gerecht zijn opgekomen, en de Commissie te verwijzen in de kosten die ITP voor het Hof zijn opgekomen.

18 De Commissie concludeert dat het den Hove behage, de hogere voorzieningen af te wijzen, elke requirante in de kosten van de door haar ingeleide procedure te verwijzen, en IPO te verwijzen in de kosten die de Commissie door de interventie van IPO zijn opgekomen.

19 Subsidiair, voor het geval het Hof, anders dan de Commissie betoogt, zou oordelen, dat de arresten van het Gerecht op het een of het andere punt moeten worden vernietigd, is de Commissie van mening, dat het Hof het dictum van de arresten van het Gerecht dient te bevestigen en overeenkomstig het arrest van 9 juni 1992 (zaak C-30/91 P, Lestelle, Jurispr. 1992, blz. I-3755) een andere motivering in de plaats dient te stellen. Volgens de Commissie mag het dictum van de arresten, waarbij de beschikking is bevestigd, niet worden vernietigd, daar het in de onderhavige zaak gelaakte gedrag kennelijk misbruik opleverde, de belangen van de consumenten heeft geschaad, de door Magill geïntroduceerde tv-gids met de programma's van verschillende kanalen van de markt heeft verdreven, de handel tussen Lid-Staten heeft beperkt en (althans bij twee van de drie verzoeksters) tot doel had, die handel te beperken.

20 IPO concludeert tot vernietiging van de twee arresten van het Gerecht, tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie en tot verwijzing van de Commissie in de kosten die IPO voor het Hof zijn opgekomen.

21 Tot staving van haar hogere voorziening voert RTE drie middelen aan: ten eerste schending door het Gerecht van het begrip misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag; ten tweede schending door het Gerecht van het begrip ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten; en ten derde weigering door de Gerecht om de Berner Conventie van 1886 in aanmerking te nemen.

22 ITP voert tot staving van haar hogere voorziening, behalve het eerste middel van RTE, nog twee andere middelen aan. Het eerste betreft schending van artikel 3 van verordening nr. 17 doordat het Gerecht heeft geoordeeld, dat de Commissie bevoegd is om een houder van intellectuele-eigendomsrechten te verplichten licenties te verlenen. Het tweede betreft schending van artikel 190 van het Verdrag doordat het Gerecht voor recht heeft verklaard, dat de motivering van de beschikking voldoet aan de eisen die de eerbiediging van het recht van verweer stelt.

23 In haar twee memories in interventie heeft IPO vooral argumenten aangevoerd tot staving van het gemeenschappelijk middel van ITP en RTE, te weten dat het Gerecht het begrip misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag heeft geschonden.

Het bestaan van misbruik van machtspositie

24 Met betrekking tot het bestaan van een machtspositie oordeelde het Gerecht, „dat ITP, als gevolg van haar auteursrecht op de programmaoverzichten van ITV en Channel 4, dat door de op deze kanalen uitzendende televisiemaatschappijen aan haar was overgedragen, het alleenrecht bezat om deze overzichten te vervoudigen en in het verkeer te brengen. Daardoor was zij in staat een monopolie in

stand te houden op de publikatie van haar weekoverzichten in de *TV Times*, een tijdschrift dat speciaal gericht is de programma's van ITV en Channel 4." Volgens het Gerecht „bezat verzoekster toen dus duidelijk een machtspositie zowel op de markt van weekoverzichten als op die van de tijdschriften waarin deze in Ierland en Noord-Ierland werden gepubliceerd. Derden, zoals Magill, die een alomvattende tv-gids wilden uitgeven, waren immers economisch afhankelijk van verzoekster, die daardoor een daadwerkelijke mededinging op de markt van informatie over haar wekelijkse programma's kon verhinderen" (arrest ITP, r. o. 49). Met betrekking tot RTE is het Gerecht in nagenoeg identieke termen tot dezelfde conclusie gekomen (arrest RTE, r. o. 63).

25 Met betrekking tot het bestaan van misbruik van die machtspositie oordeelde het Gerecht, dat artikel 86 dient te worden uitgelegd in het licht van het auteursrecht op programmaoverzichten. Het heeft eraan herinnerd, dat bij gebreke van geharmoniseerde nationale regels of van eenvormige gemeenschapsregels het vaststellen van voorwaarden en procedures voor de bescherming van het auteursrecht tot de bevoegdheid van de nationale autoriteiten behoort (arrest ITP, r. o. 50 en 51). De verhouding tussen nationale intellectuele-eigendomsrechten en de algemene regels van het gemeenschapsrecht wordt uitdrukkelijk beheerst door artikel 36 EEG-Verdrag, dat voorziet in de mogelijkheid om uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom af te wijken van de regels betreffende het vrije verkeer van goederen, behoudens het bepaalde in de tweede zin van artikel 36. Artikel 36 beklemtoont aldus, dat tussen de eisen van het vrije verkeer van goederen en de eerbiediging van de intellectuele-eigendomsrechten een dusdanig evenwicht tot stand moet worden gebracht, dat de — in de zin van dit artikel gerechtvaardigde — rechtmatige uitoefening van deze rechten wordt beschermd, met uitsluiting van elke onrechtmatige uitoefening die zou leiden tot een kunstmatige verdeling van de markt of tot overtreding van de communautaire mededingingsregels. Het Gerecht heeft geoordeeld, dat de uitoefening van de door de nationale wettelijke regeling verleende intellectuele-eigendomsrechten derhalve binnen de voor dat evenwicht noodzakelijke grenzen moet blijven (arrest ITP, r. o. 52).

26 Tegen de achtergrond van de rechtspraak van het Hof wijst het Gerecht erop, dat ingevolge artikel 36 van het Verdrag naar gemeenschapsrecht enkel zijn toegestaan de beperkingen van de vrije mededinging, het vrije goederenverkeer en de vrijheid van dienstverrichting, die noodzakelijk zijn voor de bescherming van het specifieke voorwerp van het intellectuele-eigendomsrecht. Het Gerecht baseert zich met

name op het arrest van 8 juni 1971 (zaak 78/70, Deutsche Grammophon, Jurispr. 1971, blz. 487, r. o. 11), waarin het Hof overwoog, dat artikel 36 weliswaar verboden of beperkingen van het vrije verkeer van goederen toestaat die uit hoofde van bescherming van de industriële of commerciële eigendom gerechtvaardigd zijn, doch inbreuken op bedoelde vrijheid slechts gedoogt voor zover die hun rechtvaardiging vinden in het waarborgen van de rechten welke het specifieke voorwerp van deze eigendom vormen (arrest ITP, r. o. 54).

27 Vervolgens merkt het Gerecht op, dat de bescherming van het specifieke voorwerp van het auteursrecht de auteursrechthebbende in beginsel het alleenrecht verleent om het beschermde werk te verveelvoudigen (arrest ITP, r. o. 55).

28 Het Gerecht oordeelde evenwel, dat de uitoefening van het alleenrecht van verveelvoudiging van een beschermd werk weliswaar op zich geen misbruik vormt, doch dat dit anders ligt, wanneer uit de bijzonderheden van het concrete geval blijkt, dat dit recht wordt uitgeoefend op zodanige wijze en onder zodanige omstandigheden, dat in feite een doel wordt nagestreefd dat kennelijk in strijd is met de doelstellingen van artikel 86. In zo een geval wordt het auteursrecht volgens het Gerecht niet meer uitgeoefend op een wijze die in overeenstemming is met de wezenlijke functie ervan in de zin van artikel 36 van het Verdrag, welke functie erin bestaat, de morele rechten op het werk te beschermen en de beloning van de creatieve inspanning te verzekeren met inachtneming van de doelstellingen van, in het bijzonder, artikel 86. Het Gerecht concludeert daaruit, dat in dat geval het gemeenschapsrecht, in het bijzonder wanneer het gaat om zo fundamentele beginselen als het vrije verkeer van goederen en de vrije mededinging, voorrang heeft op elke andere, met die beginselen strijdige nationale regeling inzake intellectuele eigendom (arrest ITP, r. o. 56).

29 Het Gerecht merkte op, dat in de onderhavige zaken verzoeksters, door zich het uitsluitend recht op publikatie van hun wekelijkse programmaoverzichten voor te behouden, de introductie op de markt beletten van een nieuw produkt — een alomvattende tv-gids — die waarschijnlijk met hun eigen tijdschrift zou gaan concurreren. Aldus gebruikten verzoeksters hun auteursrecht op de in het kader van hun omroepactiviteiten vervaardigde programmaoverzichten om zich een monopolie op de afgeleide markt van wekelijks verschijnende tv-gidsen in Ierland en Noord-Ierland te verzekeren. Het Gerecht heeft het bovendien veelzeggend

geacht, dat verzoeksters wel om niet toestemming gaven voor de publikatie van hun dagelijkse overzichten en van de hoogtepunten van hun wekelijkse programma's in Ierse en Britse kranten.

30 Het Gerecht oordeelde dan ook, dat een dergelijke gedraging — namelijk beletten dat op de afgeleide markt van tv-gidsen een nieuw produkt, waarnaar potentiële vraag van consumentenzijde bestaat, wordt vervaardigd en verkocht, waardoor alle mededinging op de markt wordt uitgesloten met als enig doel verzoeksters' monopolie in stand te houden — duidelijk verder gaat dan wat naar gemeenschapsrecht is toegestaan met het oog op de wezenlijke functie van het auteursrecht. Volgens het Gerecht was verzoeksters' weigering om derden toestemming te geven hun wekelijkse programmaoverzichten te publiceren, in dit geval immers willekeurig, voor zover zij niet viel te verdedigen op grond van de specifieke vereisten verband houdend met het publiceren van tv-gidsen. Om de commerciële levensvatbaarheid van hun wekelijkse publikatie te verzekeren, hadden verzoeksters zich kunnen aanpassen aan de voorwaarden van een aan mededinging onderworpen markt van tv-gidsen. Hun gedragingen konden derhalve naar gemeenschapsrecht niet worden gedekt door de bescherming die hun auteursrecht op de programmaoverzichten verleende (arrest ITP, r. o. 58).

31 In het licht van het voorgaande stelde het Gerecht vast, dat hoewel de programmaoverzichten in de relevante periode auteursrechtelijk beschermd waren ingevolge het nationale recht, dat nog steeds de regels voor deze bescherming bepaalt, de gelaakte gedraging in het kader van het noodzakelijk evenwicht tussen intellectuele-eigendomsrechten en de fundamentele beginselen van het Verdrag betreffende het vrije goederenverkeer en de vrijheid van mededinging, niet voor een dergelijke bescherming in aanmerking kon komen. Het doel van die gedraging was immers duidelijk onverenigbaar met de doelstellingen van artikel 86 van het Verdrag (arrest ITP, r. o. 60).

32 Het Gerecht heeft het middel inzake schending van artikel 86 dan ook afgewezen.

33 RTE, ondersteund door IPO, betoogt onder verwijzing naar het arrest van 5 oktober 1988 (zaak 238/87, Volvo, Jurispr. 1988, blz. 6211), dat de uitoefening van het alleenrecht door de houder van een intellectuele-eigendomsrecht, en inzonderheid diens weigering om een licentie te verlenen, op zichzelf niet als misbruik van machtspositie kan worden aangemerkt.

34 Volgens RTE, ITP en IPO is het alleenrecht van verveelvoudiging immers een van de voornaamste prerogatieven van de auteursrechthebbende, zonder hetwelk het auteursrecht zijn inhoud zou verliezen. Dit alleenrecht, dat door de verdragsbepalingen onverlet wordt gelaten, biedt de rechthebbende de mogelijkheid een beloning te verkrijgen via de alleenverkoop van produkten die het beschermde werk omvatten, en zich te verzetten tegen mededinging van derden ter zake van diezelfde produkten.

35 ITP komt op tegen de stelling, dat de uitoefening van het alleenrecht van verveelvoudiging op zichzelf misbruik oplevert omdat daarmee een doel wordt nagestreefd dat kennelijk in strijd is met de doelstelling van artikel 86 (arrest ITP, r. o. 56). Haars inziens is het immers gebruikelijk en normaal, dat auteursrechthebbenden hun rechten uitoefenen ter beperking van de mededinging die hun eigen produkten ondervinden van andere produkten die op basis van het beschermde materiaal zijn vervaardigd, en zulks ook op een afgeleide markt. Volgens haar is dit de essentie van het auteursrecht.

36 IPO is van oordeel, dat het auteursrecht naar zijn aard de mededinging ten goede komt, en zij herinnert eraan, dat het slechts exclusieve eigendomsrechten verleent op de bijzondere vormgeving van een idee of een concept en niet op de idee of het concept zelf.

37 RTE en IPO wijzen erop, dat bij gebreke van harmonisatie de werkingssfeer van de verschillende nationale regelingen inzake auteursrecht slechts door de wetgever van elke Lid-Staat kan worden bepaald. De aldus bepaalde werkingssfeer kan niet worden gewijzigd door een maatregel houdende toepassing van artikel 86 van het Verdrag, maar slechts door een specifieke communautaire regelgeving.

38 Verder betoogt RTE, dat in de rechtspraak van het Hof het recht van eerste commerciële exploitatie als het specifiek voorwerp van elk intellectuele-eigendomsrecht is aangemerkt.

39 RTE betoogt, dat de houder van een intellectuele-eigendomsrecht, anders dan het Gerecht heeft geoordeeld, een weigering om een licentie te verlenen niet moet motiveren. ITP voegt daaraan toe, dat deze stelling van het Gerecht geen steun vindt in de rechtspraak van het Hof en door de onnauwkeurigheid van de gehanteerde criteria afbreuk doet aan de rechtszekerheid van de auteursrechthebbenden.

40 Volgens RTE en IPO maakt de weigering van de auteursrechthebbende om een licentie te verlenen, deel uit van het specifiek voorwerp van het alleenrecht. Volgens RTE levert een dergelijke weigering slechts misbruik op in zeer bijzondere omstandigheden, en IPO voegt daaraan toe, dat het gebruik dat van een intellectuele-eigendomsrecht wordt gemaakt, gerechtvaardigd is wanneer het deel uitmaakt van het specifiek voorwerp van het betrokken recht.

41 IPO en RTE leveren kritiek op de wijze waarop het Gerecht en de Commissie deze zaak hebben aangepakt en die erin bestaat, dat het auteursrecht enkel wordt gezien als het recht op toekenning van de hoedanigheid van auteur met daaraan verbonden het recht om een vergoeding te krijgen in geval van exploitatie. Volgens IPO wijkt die opvatting niet alleen af van het recht van de verschillende Lid-Staten, maar ook van de Berner Conventie, en leidt zij tot een aanzienlijke vermindering van de door het auteursrecht verleende bescherming. ITP voegt daaraan toe, dat die opvatting voorbijgaat aan het alleenrecht van verveelvoudiging en de bescherming van de morele rechten scheidt van de bescherming van de vermogensrechten, hetgeen tot gevolg heeft, dat degenen aan wie de auteur zijn recht heeft overgedragen — zoals ITP — zich niet op die morele rechten, die onoverdraagbaar zijn, kunnen beroepen en het alleenrecht van verveelvoudiging derhalve niet kunnen uitoefenen.

42 RTE betoogt, dat de vraag van consumentenzijde de toepassing van artikel 86 van het Verdrag in het onderhavige geval niet kan rechtvaardigen en dat alleen de

nationale wetgever dit kan verhelpen, zoals overigens in het Verenigd Koninkrijk is gebeurd. ITP voegt daaraan toe, dat het een normale situatie is dat de auteursrechthebbende zijn eigen, op basis van het beschermde materiaal vervaardigde produkt verkoopt en de consumenten derhalve de mogelijkheid ontneemt om een dergelijk produkt elders te kopen.

43 Verder betoogt IPO, dat de houder van een intellectuele-eigendomsrecht niet wordt vermoed een machtspositie in de zin van artikel 86 te bezitten (arrest van 18 februari 1971, zaak 40/70, Sirena, Jurispr. 1971, blz. 69, en arrest Deutsche Grammophon, reeds aangehaald). Onder verwijzing naar met name het arrest van 9 november 1983 (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461) geeft IPO als haar mening te kennen, dat een machtspositie een situatie van economische macht onderstelt, en zij komt derhalve op tegen de door het Gerecht gemaakte analyse als zouden requiranten een machtspositie bezitten door het enkele feit dat zij auteursrechthebbenden zijn, voor welke analyse niet het minste onderzoek naar de economische macht op de markt is verricht.

44 IPO verwijt de Commissie, dat ook zij het criterium van een op economische macht gebaseerde machtspositie niet heeft toegepast, maar heeft geoordeeld, dat requiranten en BBC over een feitelijk monopolie beschikten. De Commissie was namelijk van oordeel, dat een dergelijk monopolie kan ontstaan telkens wanneer er een primaire en een secundaire markt bestaat en een derde op de primaire markt produkten of diensten wil kopen om een handelsactiviteit uit te oefenen op de secundaire markt. Volgens IPO is de Commissie van mening, dat een dergelijk voornemen een voor een machtspositie kenmerkende situatie van economische afhankelijkheid creëert.

45 IPO voert tegen deze opvatting aan, dat zij de economische afhankelijkheid kunstmatig verbindt met het voornemen van een derde, die steeds de mogelijkheid heeft om een andere economische activiteit uit te oefenen. Volgens IPO is het begrip „feitelijk monopolie" een kunstgreep die de Commissie aanwendt ter rechtvaardiging van de toepassing van het mededingingsrecht met het doel het specifiek voorwerp van het auteursrecht te wijzigen.

a) *De machtspositie*

46 Met betrekking tot de machtspositie dient er allereerst aan te worden herinnerd, dat de enkele hoedanigheid van houder van een intellectuele-eigendomsrecht een dergelijke positie niet kan verlenen.

47 De aanduiding van het kanaal, de dag, het uur en de titel van de uitzendingen is evenwel een noodzakelijk uitvloeisel van de programmavaststelling door de tv-stations, die dus de enige bron van die gegevens zijn voor een onderneming als Magill, die deze te zamen met commentaar of foto's wil publiceren. RTE, ITP als rechtverkrijgende van ITV, en BBC beschikken uit de aard der zaak over een feitelijk monopolie op de gegevens voor de opstelling van de televieprogramma's die door de meeste gezinnen in Ierland en door 30 à 40 % van de gezinnen in Noord-Ierland worden ontvangen. Requiranten zijn dus in staat een daadwerkelijke mededinging op de markt voor wekelijkse tv-gidsen te beletten, zodat het Gerecht het oordeel van de Commissie, die van mening was dat zij een machtspositie innamen, terecht heeft bevestigd (zie arrest Michelin, reeds aangehaald, r. o. 30).

b) *Het misbruik*

48 Met betrekking tot het misbruik dient te worden opgemerkt, dat requiranten en IPO er in hun betoog ten onrechte van uitgaan, dat zodra een gedraging van een onderneming met een machtspositie onder de uitoefening van een naar nationaal recht als „auteursrecht" aangemerkt recht valt, deze gedraging aan elke toetsing aan artikel 86 van het Verdrag ontsnapt.

49 Het is weliswaar juist, dat zolang het recht binnen de Gemeenschap niet eenvormig is gemaakt of de nationale wettelijke regelingen niet zijn geharmoniseerd, de voorwaarden waaronder en de wijze waarop een intellectuele-eigendomsrecht wordt beschermd, door de nationale rechtsregels worden bepaald, en dat het alleenrecht van verveelvoudiging deel uitmaakt van de prerogatieven van de auteur, zodat een weigering om een licentie te verlenen, ook al gaat zij uit van een onderneming met een machtspositie, op zichzelf geen misbruik van die machtspositie kan opleveren (arrest Volvo, reeds aangehaald, r. o. 7 en 8).

50 Uit ditzelfde arrest (r. o. 9) volgt evenwel, dat de uitoefening van het alleenrecht door de rechthebbende in uitzonderlijke omstandigheden misbruik kan opleveren.

51 In het onderhavige geval wordt aan requiranten verweten, dat zij het door de nationale wettelijke regeling verleende auteursrecht gebruiken om Magill — of elke andere onderneming met hetzelfde voornemen — te beletten bepaalde gegevens (het kanaal, de dag, het uur en de titel van de uitzendingen) te zamen met commentaar en beeldmateriaal die buiten requiranten om zijn verkregen, voor een hele week te publiceren.

52 Met betrekking tot de omstandigheden op grond waarvan het Gerecht deze gedraging als misbruik heeft aangemerkt, dient allereerst te worden opgemerkt, dat er volgens de vaststellingen van het Gerecht geen daadwerkelijk of potentieel substituut bestond voor een wekelijkse tv-gids met informatie over de programma's van de komende week. Het Gerecht bevestigde dienaangaande de door de Commissie gedane vaststelling, dat het complete programmaoverzicht voor een periode van 24 uur en in het weekeinde en vóór feestdagen voor een periode van 48 uur, dat in bepaalde dag- en zondagsbladen werd gepubliceerd, alsmede de televisierubrieken van bepaalde tijdschriften met als aanvulling een bespreking van de „hoogtepunten" van de programma's van de week, voor de kijkers slechts in beperkte mate voorafgaande informatie over het gehele weekprogramma kan vervangen. Enkel een wekelijks verschijnende tv-gids met de volledige programma's voor de komende week biedt de kijkers de mogelijkheid vooraf te beslissen welke programma's zij willen zien, en aan de hand daarvan plannen te maken voor de besteding van hun vrije tijd in de komende week. Verder stelde het Gerecht vast,

dat er een constante en regelmatige potentiële vraag van de zijde van de consumenten bestond (zie arresten RTE, r. o. 62, en ITP, r. o. 48).

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

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

55 Ten tweede vond die weigering geen rechtvaardigingsgrond in de activiteiten van het televisiebedrijf noch in die van het uitgeven van tv-gidsen (arrest RTE, r. o. 73; arrest ITP, r. o. 58).

56 Ten slotte, en ten derde, hebben requiranten, gelijk ook het Gerecht heeft vastgesteld, zich door hun gedragingen een afgeleide markt, te weten de markt voor wekelijkse tv-gidsen, voorbehouden door elke mededinging op die markt uit te sluiten (zie arrest van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223, r. o. 25), aangezien requiranten eenieder de toegang tot de basisgegevens, het onontbeerlijke materiaal voor de produktie van een dergelijke gids, ontzegden.

57 Gelet op al deze omstandigheden heeft Gerecht geen rechtsdwaling begaan door de gedragingen van requiranten als misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag aan te merken.

58 Hieruit volgt, dat het middel inzake schending door het Gerecht van het begrip misbruik van machtspositie moet worden afgewezen, zonder dat de motivering van de bestreden arresten, voor zover die op artikel 36 van het Verdrag berust, behoeft te worden onderzocht.

De ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten (tweede middel van de hogere voorziening C-241/91 P)

59 Met betrekking tot de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten heeft Gerecht eerst herinnerd aan de rechtspraak van het Hof (arrest RTE, r. o. 76) en vervolgens vastgesteld (r. o. 77), dat door „de gelaakte gedraging de mededingingsstructuur op de markt van tv-gidsen in Ierland en Noord-Ierland is gewijzigd, waardoor het potentiële handelsverkeer tussen Ierland en het Verenigd Koninkrijk ongunstig is beïnvloed".

60 Ter motivering van deze conclusie wees het Gerecht op de gevolgen die verzoeksters weigering om derden toe te staan haar programmaoverzichten te publiceren, heeft gehad voor de mededingingsstructuur in Ierland en Noord-Ierland. Verzoekster zou op die manier elke potentiële mededinging op de betrokken markt hebben uitgesloten, „wat tot gevolg had dat de Ierse en de Noordierse markt van elkaar afgeschermd bleven". Het Gerecht merkte op, dat het merkbare gevolg van het gelaakte beleid op het potentiële handelsverkeer tussen Ierland en het Verenigd Koninkrijk bleek uit het feit, dat er een specifieke vraag bestond naar een alomvattende tv-gids. Het voegde eraan toe, dat „het relevante geografische gebied, waarin reeds een enkele markt van omroepdiensten bestond, immers ook een enkele markt voor gegevens betreffende televisieprogramma's vormt, in het bijzonder omdat de gemeenschappelijke taal het handelsverkeer zeer vergemakkelijkt" (r. o. 77).

61 RTE herinnert eraan, dat het communautaire mededingingsrecht niet tot doel heeft, zuiver interne situaties van een Lid-Staat recht te trekken, en betwist de overweging van het Gerecht, dat zij er in de praktijk voor heeft gezorgd, dat „de Ierse en de Noordierse markt van elkaar afgeschermd bleven". RTE stelt immers, dat zij ter zake van het verstrekken van haar weekprogramma's en van het verlenen van licenties een eenvormig beleid heeft gevoerd, zonder rekening te houden met de vestigingsplaats van de betrokken ondernemingen. Zij ontkent de in- en uitvoer van tv-gidsen ooit te hebben belemmerd.

62 RTE brengt ook de navolgende, door de vaststellingen van de Commissie en het Gerecht geschraagde gegevens in herinnering:

i) buiten Ierland worden de programma's van RTE slechts ontvangen in een deel van Noord-Ierland, dat minder dan 1,6 % van de televisiemarkt in het Verenigd Koninkrijk en minder dan 0,3 % van de televisiemarkt van de Gemeenschap vertegenwoordigt;

ii) volgens de vaststellingen van de Ierse High Court werden de uitzendingen van RTE ontvangen door 30 à 40 % van de bevolking van Noord-Ierland;

iii) de verkoop van de tv-gidsen van RTE in het Verenigd Koninkrijk beloopt minder dan 5 % van de verkoop in Ierland.

63 Zij voegt eraan toe, dat zij programma's noch reclame heeft die op Noord-Ierland zijn gericht of naar daar worden uitgezonden. Slechts als gevolg van „overspill" (feitelijke grensoverschrijding van het zendgebied) kunnen haar programma's door ongeveer 100 000 gezinnen in Noord-Ierland worden ontvangen; RTE verkoopt in dat gebied 5 000 exemplaren van haar tv-gids.

64 Uit deze gegevens blijkt volgens RTE het marginale belang van de verkoop buiten Ierland van wekelijkse tv-gidsen met haar programma's.

65 Sedert het nieuwe licentiebeleid van RTE kon overigens het volgende worden vastgesteld:

i) de verkoop in Ierland van de uit het Verenigd Koninkrijk afkomstige *Radio Times* en *TV Times* is afgenomen;

ii) de verkoop in Noord-Ierland van de uit Ierland afkomstige *RTE Guide* is niet toegenomen; over het algemeen heeft de invoeging van de programmaoverzichten van RTE in een alomvattende tv-gids geen invloed gehad op de verkoop van een dergelijke gids in Noord-Ierland;

iii) geen enkele uitgever heeft gebruik gemaakt van de nieuwe mogelijkheid om alomvattende wekelijkse tv-gidsen te publiceren waarin ook de programma's van RTE zijn opgenomen, en die gidsen buiten Ierland te verkopen.

66 RTE leidt hieruit af, dat haar licentiebeleid, dat door de Commissie is veroordeeld, geen of slechts onbeduidende gevolgen heeft gehad voor de handel tussen Ierland en het Verenigd Koninkrijk. Volgens RTE dient de Commissie evenwel aan te tonen, dat de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig is beïnvloed (arrest van 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207), doch heeft het Gerecht daarmee geen rekening gehouden. Zij stelt vast, dat het betoog van de Commissie dienaangaande slechts betrekking heeft op de verkoop in Groot-Brittannië, op ITP en op BBC.

67 Allereerst dient eraan te worden herinnerd, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof, hogere voorziening ingevolge artikel 168 A van het Verdrag en artikel 51 van 's Hofs Statuut slechts kan worden gebaseerd op middelen inzake schending van rechtsregels door het Gerecht, met uitsluiting van iedere feitelijke beoordeling (arrest van 2 maart 1994, zaak C-53/92 P, Hilti, Jurispr. 1994, blz. I-667, r. o. 10). Voor zover de door RTE aangevoerde argumenten erop zijn gericht, de feitelijke beoordeling door het Gerecht opnieuw in geding te brengen, moeten zij derhalve worden afgewezen.

68 Dit neemt evenwel niet weg, dat het vereiste van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten een rechtsvraag betreft, die als zodanig aan toetsing door het Hof is onderworpen.

69 Aan het vereiste van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten is niet slechts voldaan wanneer de gelaakte gedraging die handel inderdaad merkbaar ongunstig heeft beïnvloed. Volstaan kan worden met het bewijs, dat die gedraging een dergelijk gevolg kan hebben (arrest Michelin, reeds aangehaald, r. o. 104, en arrest van 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner en Elser, Jurispr. 1991, blz. I-1979, r. o. 32).

70 In het onderhavige geval heeft het Gerecht vastgesteld, dat requirante op een geografische markt bestaande uit een Lid-Staat en deel van een andere Lid-Staat, te weten Ierland en Noord-Ierland, elke potentiële concurrent heeft uitgesloten en derhalve de mededingingsstructuur op die markt heeft gewijzigd, waardoor de potentiële handelsstromen tussen Ierland en het Verenigd Koninkrijk ongunstig zijn beïnvloed. Het Gerecht heeft daar terecht uit afgeleid, dat aan het vereiste van ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten was voldaan.

71 Mitsdien moet het middel inzake schending door het Gerecht van het begrip ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten worden afgewezen.

De Berner Conventie (derde middel van de hogere voorziening C-241/91 P)

72 Met betrekking tot de Berner Conventie (hierna: „Conventie") betoogde RTE voor het Gerecht, dat artikel 9, lid 1, van de Conventie het alleenrecht van verveelvoudiging toekent en dat artikel 9, lid 2, de ondertekenende staten slechts toestaat in bijzondere gevallen toestemming tot verveelvoudiging te verlenen, mits die verveelvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt. RTE leidde hieruit af, dat artikel 2 van de bestreden beschikking onverenigbaar was met de Conventie, voor zover het afbreuk deed aan de normale exploitatie van haar auteursrecht en haar wettige belangen ernstig schaadde (arrest RTE, r. o. 100).

73 Daarop onderzocht het Gerecht, of de Conventie van toepassing is. Het stelde allereerst vast, dat de Gemeenschap geen partij is bij de Conventie. Na artikel 234 EEG-Verdrag en de rechtspraak van het Hof (arrest RTE, r. o. 102) in herinnering te hebben gebracht, wees het erop, dat „in de onderhavige zaak, die Ierland en het Verenigd Koninkrijk betreft, artikel 234 EEG-Verdrag krachtens artikel 5 van de Toetredingsakte van toepassing is op overeenkomsten die (...) vóór (...) 1 januari 1973 [zijn] gesloten". Het concludeerde daaruit, „dat de bepalingen van de Berner Conventie, die vóór 1 januari 1973 door Ierland en het Verenigd Koninkrijk is bekrachtigd, in de intracommunautaire betrekkingen de verdragsbepalingen niet kunnen aantasten. (...) Het betoog dat artikel 2 van de beschikking in strijd is met artikel 9, lid 1, van de Berner Conventie, moet daarom worden verworpen, zelfs zonder dat het noodzakelijk is het ten gronde te onderzoeken." Met betrekking tot artikel 9, lid 2, merkte het Gerecht op, „dat deze bepaling in de Conventie is opgenomen bij de Akte van Parijs van 1971, waarbij het Verenigd Koninkrijk partij is sedert 2 januari 1990 en die nog niet door Ierland is geratificeerd". Het Gerecht herinnerde er dan aan, dat een na de toetreding buiten de procedure van artikel 236 EEG-Verdrag om gesloten overeenkomst geen afbreuk kan doen aan de bepalingen van het Verdrag (arrest RTE, r. o. 103).

74 Om die redenen heeft het Gerecht het middel inzake schending van de Conventie afgewezen (arrest RTE, r. o. 104).

75 RTE betoogt, dat volgens artikel 9, lid 2, van de Conventie, zoals gewijzigd te Parijs in 1971, slechts bij wetgeving en in bijzondere gevallen inbreuk mag worden gemaakt op het aan de auteurs toekomende alleenrecht van verveelvoudiging, mits die verveelvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt.

76 Volgens RTE bevat de Conventie geen definitie van hetgeen zij beschermt, maar sluit zij slechts „gemengde berichten die louter het karakter van persberichten dragen" (artikel 2, lid 8) uit, een uitzondering die restrictief moet worden uitgelegd. Het zou derhalve aan de wetgever en de aan de nationale rechterlijke instanties staan, de werkingssfeer van de Conventie op nationaal niveau te bepalen.

77 RTE betoogt, dat de bij de beschikking van de Commissie opgelegde verplichting niet wordt voorgeschreven door een wettelijke regeling waarvan de bewoordingen voldoende duidelijk aangeven, in welke omstandigheden en onder welke voorwaarden toestemming tot verveelvoudiging zal worden gegeven. De beschikking zelf kan niet als „wettelijke regeling" worden aangemerkt. De toepassing van het mededingingsrecht voldoet niet aan de voorwaarden van artikel 9, lid 2. De auteursrechthebbende moet uit een uitdrukkelijke wettelijke regeling kunnen opmaken, of hij kan worden verplicht licenties te verlenen. Een bepaling als artikel 86 van het Verdrag, die slechts voorziet in een algemene verplichting en die in elk concreet geval moet worden gepreciseerd en aangepast, voldoet niet aan de voorwaarden van artikel 9, lid 2, van de Conventie. Alleen een communautaire wettelijke regeling zou een passende rechtsgrondslag kunnen vormen.

78 Volgens RTE behoort de Conventie tot de regelingen ter uitvoering van het Verdrag, in de zin van artikel 173 EEG-Verdrag. Tot staving van deze stelling verwijst zij naar tal van verklaringen van de Commissie waaruit blijkt, dat over de Conventie een ruime internationale consensus bestaat (zie de considerans van het voorstel voor een beschikking van de Raad betreffende de toetreding van de Lid-Staten tot de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, zoals herzien in de Akte van Parijs van 24 juli 1971, en tot het Internationaal Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties van 26 oktober 1961 (PB 1991, C 24,

blz. 5). Volgens RTE is de Commissie er steeds van uitgegaan, dat die Conventie het minimale beschermingsniveau bepaalt. Zij verwijst naar het voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de juridische bescherming van computerprogramma's (PB 1989, C 91, blz. 4, inzonderheid blz. 8 en 9), en naar richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (PB 1991, L 122, blz. 42). Artikel 1 bis van het gewijzigd voorstel van de Commissie voor een beschikking van de Raad betreffende de toetreding van de Lid-Staten tot de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, zoals herzien in de Akte van Parijs van 24 juli 1971, en tot het Internationaal Verdrag van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties van 26 oktober 1961 (PB 1992, C 57, blz. 13), luidt als volgt: „De Gemeenschap laat zich bij de uitoefening van haar bevoegdheden inzake auteursrecht en naburige rechten leiden door de beginselen en conformeert zich aan de bepalingen van de Conventie van Bern (...)" Het op 29 januari 1992 vastgestelde voorstel voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken, vormt een wettelijke grondslag voor de oplegging van dwanglicenties. RTE stelt vast, dat de Gemeenschap de Conventie op alle andere gebieden dan de mededinging eerbiedigt.

79 RTE is derhalve van mening, dat ofschoon de Gemeenschap geen partij is bij de Conventie, in het gemeenschapsrecht toch rekening moet worden gehouden met de bepalingen van de Conventie (arresten van 14 mei 1974, zaak 4/73, Nold, Jurispr. 1974, blz. 491, en 21 september 1989, gevoegde zaken 46/87 en 227/88, Hoechst, Jurispr. 1989, blz. 2859).

80 Volgens RTE kan de Gemeenschap niet aan de ene kant de Lid-Staten verplichten tot de Conventie toe te treden en zich aan de bepalingen daarvan te conformeren, en aan de andere kant bepalingen vaststellen die onverenigbaar zijn met de Conventie.

81 Ten slotte is zij van mening, dat het onderzoek van de draagwijdte van de artikelen 234 en 236 slechts relevant is indien vaststaat, dat uit de Conventie voortvloeiende verplichtingen in strijd zijn met sommige bepalingen van het EEG-Verdrag.

82 IPO deelt deze opvatting en voert aan, dat de nationale regelingen inzake intellectuele eigendom slechts bij wege van een wetgevende handeling kunnen worden geharmoniseerd, te weten bij wege van een besluit van de Raad vastgesteld volgens de procedure van artikel 100 A of van artikel 235 EEG-Verdrag. Een door de Commissie krachtens het mededingingsrecht gegeven individuele beschikking is niet de geschikte middel om dit probleem op te lossen.

83 Allereerst moet met het Gerecht worden opgemerkt, dat de Gemeenschap geen partij is bij de Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst.

84 Vervolgens is het weliswaar juist, dat het Verenigd Koninkrijk en Ierland op de datum van hun toetreding tot de Gemeenschap reeds partij waren bij de Conventie, en dat krachtens artikel 5 van de Toetredingsakte artikel 234 van het Verdrag derhalve van toepassing is op de Conventie, doch volgens vaste rechtspraak kan, wanneer zoals in casu de rechten van derde staten niet in het geding zijn, in de intracommunautaire betrekkingen geen beroep worden gedaan op de bepalingen van een overeenkomst die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag of, in voorkomend geval, vóór de toetreding van de betrokken Lid-Staat is gesloten (zie met name het arrest van 22 september 1988, zaak 286/86, Deserbais, Jurispr. 1988, blz. 4907, r. o. 18).

85 Ten slotte is de Akte van Parijs, waarbij het door RTE ingeroepen artikel 9, leden 1 en 2, van de Conventie is gewijzigd, door het Verenigd Koninkrijk pas na zijn toetreding tot de Gemeenschap en door Ierland nog steeds niet bekrachtigd.

86 Het Gerecht heeft derhalve terecht opgemerkt, dat dit artikel niet kon worden ingeroepen ter beperking van de bevoegdheid die het EEG-Verdrag aan de Gemeenschap verleent, aangezien het Verdrag slechts volgens de procedure van artikel 236 kan worden herzien.

87 Mitsdien moet het middel als zou het Gerecht de Conventie hebben geschonden, worden afgewezen.

De bevoegdheden die bij artikel 3 van verordening nr. 17 aan de Commissie zijn verleend (tweede middel van de hogere voorziening C-242/91 P)

88 In het eerste onderdeel van haar tweede middel stelt ITP, dat het Gerecht artikel 3 van verordening nr. 17 heeft geschonden doordat het heeft geoordeeld, dat de Commissie krachtens die bepaling door haarzelf beheerde dwanglicenties kon opleggen ter zake van door de wetgevingen der Lid-Staten in het leven geroepen intellectuele-eigendomsrechten. ITP stelt onder verwijzing naar het arrest van 14 september 1982 (zaak 144/81, Keurkoop, Jurispr. 1982, blz. 2853), dat alleen de parlementen van Ierland en het Verenigd Koninkrijk het door hen verleende auteursrecht kunnen afschaffen of vervangen.

89 In het tweede onderdeel van dit middel wordt gesteld, dat het Gerecht het evenredigheidsbeginsel heeft geschonden door te oordelen dat de Commissie in haar beschikking dit beginsel niet had geschonden (arrest ITP, r. o. 78-81). Volgens ITP had het Gerecht rekening moeten houden met de navolgende overwegingen: de beschikking heeft ITP niet alleen heeft beroofd van haar alleenrecht van verveelvoudiging, maar ook van haar recht van eerste commerciële exploitatie van het werk, dat in het onderhavige geval van bijzonder belang is, omdat het produkt slechts gedurende tien dagen enig nut heeft. Er bestaat geen wederkerigheid tussen ITP en de concurrenten (andere dan BBC en RTE) aan wie zij een licentie moet verlenen. Vele van deze concurrenten, inzonderheid landelijke dagbladen, hebben een veel grotere omzet en maken veel meer winst dan ITP. Hun auteursrechten hebben een bepaalde vermogenswaarde en worden beschermd tegen verveelvoudiging.

90 Opgemerkt zij, dat de toepassing van artikel 3 van verordening nr. 17 moet zijn afgestemd op de aard van de vastgestelde inbreuk en zowel het bevel kan omvatten bepaalde, onrechtmatig nagelaten handelingen of prestaties te verrichten, als het

verbod zekere, met het Verdrag strijdige activiteiten, praktijken of toestanden te continueren (arrest Commercial Solvents, reeds aangehaald, r. o. 45).

91 Aangezien de Commissie in het onderhavige geval had vastgesteld, dat de weigering om ondernemingen als Magill de basisgegevens van de tv-programma's te verstrekken, misbruik van machtspositie opleverde, kon zij krachtens dat artikel en om het nuttig effect van haar beschikking te verzekeren, requiranten verplichten die gegevens te verstrekken. Gelijk het Gerecht terecht heeft opgemerkt, vormde het opleggen van deze verplichting — waarbij aan de toestemming tot publikatie overigens bepaalde voorwaarden, waaronder betaling van royalty's, konden worden verbonden — immers het enige middel om een einde te maken aan de inbreuk.

92 Op grond van dezelfde feitelijke vaststellingen heeft het Gerecht ook terecht het middel inzake schending van het evenredigheidsbeginsel afgewezen.

93 Gelijk het Gerecht immers terecht heeft opgemerkt, betekent het evenredigheidsbeginsel in het kader van de toepassing van artikel 3 van verordening nr. 17, dat de aan de ondernemingen gegeven opdracht een inbreuk op de mededingingsregels te beëindigen, niet verder mag gaan dan wat passend en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken, namelijk het herstel van een rechtsconforme toestand (arrest ITP, r. o. 80).

94 Het Gerecht heeft derhalve geen rechtsdwaling begaan door in rechtsoverweging 81 van datzelfde arrest te oordelen, dat gelet op bovengenoemde vaststellingen het tot verzoekster gerichte bevel een passend en noodzakelijk middel vormt om een einde te maken aan de inbreuk.

De motivering (derde middel van de hogere voorziening C-242/91 P)

95 In haar derde middel stelt ITP, dat het Gerecht artikel 190 van het Verdrag heeft geschonden door te oordelen dat de beschikking voldoende was gemotiveerd (arrest ITP, r. o. 64 en 65), ofschoon de Commissie zich ertoe heeft beperkt te verklaren, dat het auteursrecht buiten de werkingssfeer van zijn specifiek voorwerp was uitgeoefend om vervolgens te concluderen, dat er sprake is van misbruik van machtspositie wanneer de uitoefening van het auteursrecht uitsluitend bestaat in de weigering om een licentie tot verveelvoudiging te verlenen.

96 Volgens ITP heeft de Commissie de kernvraag, te weten of een eenvoudige weigering om een licentie te verlenen misbruik kan opleveren, te oppervlakkig behandeld. Er is geen enkele analyse verricht van de bijzondere situatie van de auteursrechthebbenden in de context van de toepassing van artikel 86 van het Verdrag. ITP stelt, dat deze handelwijze niet voldoet aan de vereisten van het arrest van 21 november 1991 (zaak C-269/90, Technische Universität München, Jurispr. 1991, blz. I-5469). Zij stelt, dat zij nog altijd niet weet, wat de Commissie bedoelde waar zij verklaarde dat de wijze waarop ITP haar auteursrecht uitoefent niet onder het specifiek voorwerp van het intellectuele-eigendomsrecht valt.

97 ITP voegt eraan toe, dat de ontoereikendheid van de motivering van de beschikking duidelijk blijkt uit de vele rechtvaardigingsgronden die de Commissie in de procedure voor het Gerecht heeft aangevoerd. Indien deze handelwijze van de Commissie wettig is, verliest artikel 190 van het Verdrag zijn inhoud. Volgens ITP heeft het Gerecht zijn eigen juridische motivering geformuleerd en de beschikking daarbij buiten beschouwing gelaten.

98 Volgens vaste rechtspraak dienen beschikkingen van de Commissie waarbij een inbreuk op de mededingingsregels wordt vastgesteld, bevelen worden gegeven en

geldboeten worden opgelegd, ingevolge artikel 190 van het Verdrag met redenen te zijn omkleed. Dit artikel verlangt, dat de Commissie een uiteenzetting geeft van de redenen die haar tot de vaststelling van een beschikking hebben gebracht, teneinde het Hof en het Gerecht in staat te stellen hun controle uit te oefenen en zowel de Lid-Staten als de belanghebbende onderdanen te laten weten, onder welke omstandigheden zij het Verdrag heeft toegepast (zie arrest van 15 juni 1994, zaak C-137/92 P, BASF, Jurispr. 1994, blz. I-2555, r. o. 66).

99 Anderzijds kan van de Commissie niet worden verlangd, dat zij ingaat op alle punten, feitelijk en rechtens, die tijdens de administratieve procedure zijn behandeld (arrest van 11 juli 1989, zaak 246/86, Belasco, Jurispr. 1989, blz. 2117, r. o. 55).

100 In rechtsoverweging 64 van het arrest ITP merkte het Gerecht met name op, dat „met betrekking tot het begrip misbruik (...) de Commissie in de beschikking duidelijk de redenen (heeft) vermeld die haar tot de conclusie brachten, dat verzoekster door haar alleenrecht op verveelvoudiging van programmaoverzichten te gebruiken als een met de doelstellingen van artikel 86 strijdig beleidsinstrument, verder ging dan wat noodzakelijk was ter bescherming van de werkelijke inhoud van haar auteursrecht, en zich daarmee schuldig maakte aan misbruik in de zin van artikel 86". Het heeft derhalve geoordeeld dat, „anders dan verzoekster beweert, (...) de motivering in de bestreden beschikking (...) voldoende (is) om de belanghebbenden in staat te stellen kennis te nemen van de voornaamste criteria rechtens en feitelijk waarop de Commissie haar conclusies baseerde, en om het Gerecht in staat te stellen zijn rechterlijk toezicht uit te oefenen. De beschikking voldoet derhalve aan de in de vaste rechtspraak van het Hof gestelde voorwaarden met betrekking tot de eerbiediging van het recht van verweer."

101 Uit de door requirante geformuleerde kritiek blijkt niet, dat deze beoordeling door het Gerecht is aangetast door een rechtsdwaling.

102 Hieraan dient te worden toegevoegd, dat voor zover in die kritiek wordt aangevoerd dat de Commissie in haar beschikking een ontoereikende juridische analyse van de situatie heeft gemaakt, in wezen de argumenten worden overgenomen waarmee is opgekomen tegen de kwalificatie van het gedrag van requiranten als misbruik van machtspositie, welke argumenten reeds zijn afgewezen bij de behandeling van het eerste middel.

103 Het middel inzake schending van artikel 190 van het Verdrag moet derhalve worden afgewezen.

104 Mitsdien moeten de hogere voorzieningen in hun geheel worden afgewezen.

Kosten

105 Ingevolge artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover dit is gevorderd. Aangezien requiranten in het ongelijk zijn gesteld, dient elk van hen te worden verwezen in de kosten betreffende de door haar ingestelde hogere voorziening. Overeenkomstig artikel 69, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering moet IPO, die is tussengekomen ter ondersteuning van de conclusies van requiranten, worden verwezen in haar eigen kosten alsmede in de kosten die de Commissie door de interventie zijn opgekomen.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. Wijst de hogere voorzieningen af.

2. Verwijst Radio Telefis Eireann (RTE) en Independent Television Publications Ltd (ITP) elk in de kosten betreffende de door haar ingestelde hogere voorziening.

3. Verstaat dat Intellectual Property Owners Inc. (IPO) haar eigen kosten zal dragen alsmede die welke de Commissie door de interventie zijn opgekomen.

Rodríguez Iglesias Schockweiler Kapteyn Mancini

Kakouris Moitinho de Almeida Murray

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 6 april 1995.

De griffier

R. Grass

De president

G. C. Rodríguez Iglesias