RETTENS DOM (Anden Afdeling)
10. juli 1991 *

Indholdsfortegnelse

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger 540

Parternes påstande 546

Påstanden om annullation af beslutningen i sin helhed 547

— Tilsidesættelse af Traktatens artikel 86 og mangler ved begrundelsen 547

— Parternes argumenter 547

— Retlig bedømmelse 559

— Definitionen af de omhandlede produkter 559

— Spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en dominerende stilling 561

— Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et misbrug 561

— Virkningerne for samhandelen mellem medlemsstaterne 566

Den subsidiære påstand om annullation af beslutningens artikel 2 568

1. Tilsidesættelse af artikel 3, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17 568

— Parternes argumenter 568

— Retlig bedømmelse 569

2. Tilsidesættelse af Berner-konventionen 571

— Parternes argumenter 571

* Processprog: engelsk.

— Retlig bedømmelse 572

Sagens omkostninger 574

I sag T-70/89,

The British Broadcasting Corporation og **BBC Entreprises Limited,** London, ved advokat Jeremy Lever, QC, advokat Christopher Bellamy, QC, og advokat Rupert Anderson, of the Bar of England and Wales, for Solicitor Robin Griffith, London, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokaterne Loesch og Wolter, 8, rue Zithe,

sagsøgere,

mod

Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Jacques Bourgeois, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af advokat Ian Forrester, QC, of the Scottish Bar, og med valgt adresse i Luxembourg hos Guido Berardis, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Centre Wagner, Kirchberg,

sagsøgt,

støttet af

Magill TV Guide Limited, et irsk selskab med hjemsted i Dublin, ved John D. Cooke, Senior Counsel, of the Irish Bar, for Solicitors Gore & Grimes, Dublin, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Louis Schiltz, 83, boulevard Grande-Duchesse Charlotte,

intervenient,

angående annullation af Kommissionens beslutning 89/205/EØF af 21. december 1988 (EFT 1989 L 78, s. 43) om en procedure i henhold til EØF-Traktatens artikel 86 (IV/31.851-Magill TV Guide / ITP, BBC og RTE),

har

DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS RET I FØRSTE INSTANS
(Anden Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, A. Saggio, og dommerne C. Yeraris, C. P. Briët, D. Barrington og J. Biancarelli,

justitssekretær: H. Jung,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 21. februar 1991,

afsagt følgende

Dom

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1 Ved stævning, indgået til Domstolens Justitskontor den 10. marts 1989, har British Broadcasting Corporation (herefter benævnt »BBC«) og BBC Entreprises Limited anlagt sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 21. december 1988 (herefter benævnt »beslutningen«), hvori det fastslås, at den politik og praksis, der blev udøvet af selskaberne på det relevante tidspunkt med hensyn til udgivelsen af ugentlige forhåndsoversigter over BBC-tv- og radioprogrammer, som kan modtages i Irland og Nordirland, udgør en overtrædelse af EØF-Traktatens artikel 86, i det omfang denne politik og praksis var til hinder for udgivelse og salg af alsidige ugentlige tv-programblade i Irland og Nordirland. Nærværende sag er et af flere annullationssøgsmål vedrørende samme beslutning, der er anlagt af de øvrige virksomheder, beslutningen er rettet til, nemlig dels Radio Telefis Eireann (herefter benævnt »RTE«), dels Independent Television Publications Ltd (herefter benævnt »ITP«), hhv. sag T-69/89 og sag T-76/89.

2 Baggrunden for beslutningen kan sammenfattes således. De fleste husstande i Irland og mellem 30-40% af husstandene i Nordirland kan modtage mindst seks tv-programmer: RTE1 og RTE2, der udsendes af RTE, som har et lovbeskyttet monopol på radio- og fjernsynsspredning i Irland, BBC1 og BBC2, der udsendes af BBC, samt ITV og Channel 4, som på det relevante tidspunkt blev udsendt af tv-selskaber, som af Independent Broadcasting Authority (herefter benævnt »IBA«) havde fået koncession på udsendelse af uafhængige fjernsynsprogrammer. I Det

Forenede Kongerige havde BBC og IBA et duopol på levering af landsdækkende fjernsyn. Desuden kunne et stort antal seere i Storbritannien og i Irland modtage adskillige satellitprogrammer, enten direkte eller gennem kabelnet. Der fandtes dog ikke kabel-tv i Nordirland.

På det for sagen relevante tidspunkt fandtes der ikke noget generelt ugentligt tv-program på markedet i Irland og Nordirland på grund af den politik med hensyn til at give oplysninger om programmerne på de seks ovennævnte kanaler, som blev fulgt af de selskaber, beslutningen er rettet til. Selskaberne udgav nemlig hver især et særligt tv-programblad, som udelukkende indeholdt det pågældende selskabs egne programmer, og de forbeholdt sig ophavsretten til deres ugentlige programoversigter i henhold til United Kingdom Copyright Act 1956 og Irish Copyright Act 1963 for at forhindre gengivelse af oversigterne fra tredjemands side.

De nævnte programoversigter indeholder oplysninger om programmernes indhold med titel, kanal, dato og tidspunkt for udsendelserne. Der udarbejdes flere udkast, som efterhånden bliver mere og mere detaljerede og præcise, indtil den endelige udgave af ugeoversigten foreligger ca. to uger før de første udsendelser. På dette tidspunkt er ugeoversigterne blevet salgbare produkter, jf. beslutningen (syvende betragtning).

3 Hvad særligt angår denne sag, skal det bemærkes, at BBC forbeholdt sig eneretten til at udgive ugentlige programoversigter for BBC1 og BBC2 i sit eget tv-blad, *Radio Times*, som udelukkende præsenterede BBC's programmer.

4 BBC er stiftet i Det Forenede Kongerige ved Royal Charter og sender radio og tv på grundlag af en tilladelse fra indenrigsministeren. Selskabet har navnlig til opgave — som en offentlig tjenesteydelse — at levere landsdækkende radio og tv i Det Forenede Kongerige. BBC har i en resolution af 8. januar 1981, som er bilagt sendetilladelsen, anerkendt sin forpligtelse til at opretholde et generelt højt niveau med hensyn til kvaliteten af selskabets ydelser og til at udvise alsidighed i programlægningen. Selskabet skal i henhold til koncessionen ligeledes udarbejde, trykke,

udgive og distribuere tryksager — mod eller uden vederlag — som kan bidrage til at opfylde selskabets målsætninger.

5 BBC finansieres af en licens, som udgør den væsentligste indtægtskilde, samt af tilskud og selskabets egen erhvervsmæssige virksomhed som f.eks. forlagsvirksomhed, der udøves gennem dets helejede datterselskab BBC Enterprises Ltd. Ifølge sagens akter var BBC's fortjeneste før skat i regnskabsåret frem til den 31. marts 1988 eksempelvis 1 198 mio. UKL hidrørende fra licensen og tilskud. Den af BBC Enterprises Ltd opnåede fortjeneste før skat i samme periode udgjorde 6,4 mio. UKL, hvoraf bladet *Radio Times* stod for de 4,2 mio.

Det skal herved bemærkes, at tv-bladet *Radio Times* udgives i kommercielt øjemed af BBC Enterprises Ltd, under tilsyn af moderselskabet, der ligeledes fastlægger den overordnede politik vedrørende licens til selskabets radio- og tv-programoversigter. På den baggrund har Kommissionen skønnet, at de to sagsøgende selskaber (i det følgende samlet benævnt »BBC« eller »sagsøgeren«) i forhold til artikel 86 må betragtes som en enkelt virksomhed i nærværende sag (jf. den 19. betragtning til beslutningen).

6 På tidspunktet for den omtvistede beslutning indeholdt *Radio Times* udelukkende tv-programoversigterne for BBC1 og BBC2, suppleret med oplysninger om de medvirkende personer og resuméer, samt BBC's radioprogrammer. Der fandtes ligeledes kronikker, baggrundshistorier og læserbreve, som fyldte ca. en tredjedel af bladets sider ud over annoncepladsen. På grund af lokale og regionale forskelle udkom der 16 udgaver af *Radio Times* hver uge. Prisen for bladet var 0,37 UKL eller 0,52 IRL. I Irland blev der hver uge solgt ca. 15 000 eksemplarer af *Radio Times*. I Nordirland lå det ugentlige salg på omkring 75 000 eksemplarer, hvilket ifølge sagens akter er ensbetydende med, at ca. 25% af husstandene købte bladet. I henhold til det af sagsøgeren oplyste var *Radio Times* og tv-bladet *TV Times*, der udgives af ITP, de to mest solgte ugeblade i Det Forenede Kongerige, hvor mere end 97% af det samlede ugentlige salg, som gennemsnitligt lå over 3 millioner eksemplarer, fandt sted.

7 På det relevante tidspunkt havde BBC følgende politik i forhold til andre interesserede parter, for så vidt angår oplysninger om selskabets programmer: Selskabet sendte uden beregning sine programmer til dagblade og tidsskrifter, der anmodede herom, idet programmerne var ledsaget af en licens, som der ikke krævedes betaling for, og som fastlagde betingelserne for gengivelse af oplysningerne. Dagblade kunne således offentliggøre programmerne for den pågældende dag eller, såfremt den følgende dag var en helligdag, programmerne for to dage, hvorved der gjaldt visse betingelser med hensyn til rubrikkernes format. Ugeblade havde ligeledes tilladelse til at offentliggøre »højdepunkter« fra ugens tv-programmer. BBC sikrede en nøje overholdelse af de i licensen opstillede betingelser ved om nødvendigt at retsforfølge blade, som ikke respekterede dem.

8 Forlaget Magill TV Guide Ltd (herefter benævnt »Magill«) — der er et irsk selskab — er et helejet datterselskab af Magill Publications Holding Ltd. Det blev oprettet med det formål at udgive et ugeblad i Irland og Nordirland, *Magill TV Guide*, med oplysninger om kommende fjernsynsprogrammer, som kan modtages af seerne i området. Ifølge parternes oplysninger blev bladet første gang udgivet i maj 1985. I begyndelsen indeholdt det udelukkende oplysninger om weekendprogrammerne fra BBC, RTE, ITV og Channel 4 og om højdepunkter fra ugens programmer. Efter at der den 28. maj 1986 var blevet udgivet en udgave af *Magill TV Guide*, som indeholdt samtlige ugens programmer for alle de tv-kanaler, som kunne modtages i Irland — herunder BBC1 og BBC2 — nedlagde en irsk domstol på begæring af BBC, RTE og ITP et foreløbigt forbud for Magill mod at offentliggøre ugeoversigter over disse selskabers programmer. På baggrund af dette forbud standsede Magill sine udgivelser. High Court har i en dom af 26. juli 1989 (dommer Lardner) delvis taget stilling til sagens realitet, idet den traf afgørelse om rækkevidden af ophavsretten til programoversigterne i henhold til irsk ret. Det hedder i dommen: »Det findes bevist, at BBC's ugentlige programoversigter som offentliggjort i *Radio Times* er resultatet af en lang proces med planlægning, forberedelse, bearbejdning og revidering, som kræver et stort arbejde og megen erfaring samt teknisk kunnen og dømmekraft. Oversigterne er BBC's værk, og de er efter min opfattelse litterære værker i form af kompilationer i henhold til section 2 og 8 i Copyright Act 1963. BBC og BBC Enterprises Limited har godtgjort, at de har ophavsret til oversigterne i Den Irske Republik« (ILRM 1990, s. 534, på s. 550).

9 Magill havde allerede den 4. april 1986 med udgivelse af fuldstændige ugeoversigter for øje indgivet en klage til Kommissionen i medfør af artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i Traktatens artikel 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81; herefter benævnt »forordning nr. 17«), med henblik på at få fastslået, at ITP, BBC og RTE misbruger deres dominerende stilling ved at nægte at meddele licenser til offentliggørelse af deres respektive ugentlige programoversigter. Kommissionen besluttede at indlede en procedure den 16. december 1987 og sendte en meddelelse om klagepunkter til BBC i marts 1988. På grundlag af denne procedure vedtog Kommissionen den 21. december 1988 den beslutning, som er genstand for nærværende sag.

10 I beslutningen defineres de omhandlede produkter, for så vidt angår de tre berørte virksomheder, som ugentlige forhåndsoversigter over ITP's, BBC's og RTE's programmer og tillige de tv-programblade, hvori disse programoversigter offentliggøres (20. betragtning til beslutningen, første afsnit). Ved en programoversigt forstås ifølge Kommissionen »en liste over programmer, som udsendes af eller på en radio- og tv-spredningsorganisations vegne i et givet tidsrum, og den indeholder følgende oplysninger: titlen på hvert program, der udsendes, kanalen, datoen og tidspunktet for udsendelsen« (syvende betragtning).

Kommissionen konstaterer, at den omstændighed, at radio- og fjernsynsspredningsorganisationerne har et faktisk monopol med hensyn til deres respektive ugentlige programoversigter, betyder, at andre parter, som er interesserede i at udgive et ugentligt tv-programblad, står »i et økonomisk afhængighedsforhold, hvilket er karakteristisk for en dominerende stilling«. Endvidere, fortsætter Kommissionen, styrkes dette monopol i retning af et lovbeskyttet monopol, i det omfang de nævnte selskaber håndhæver ophavsretten til deres respektive oversigter. Under disse omstændigheder tillades der ifølge Kommissionen »ingen konkurrence fra andre på disse markeder«. Kommissionen konkluderer på den baggrund, at »ITP, BBC og RTE hver især indtager en dominerende stilling efter artikel 86« (22. betragtning til beslutningen).

11 Hvad angår kriterierne for, hvornår der er tale om misbrug, henvises der i beslutningen særligt til Traktatens artikel 86, stk. 2, litra b), hvorefter der foreligger misbrug, når en virksomhed, der har en dominerende stilling, begrænser produktionen eller afsætningen til skade for forbrugerne (23. betragtning til beslutningen,

første afsnit). Kommissionen er navnlig af den opfattelse, at der findes »en væsentlig potentiel efterspørgsel på markedet for alsidige tv-programblade« (a. st., fjerde afsnit). Den anfører, at sagsøgeren ved at benytte sin dominerende stilling »til at forhindre lancering på markedet af et nyt produkt, dvs. et alsidigt ugentligt tv-programblad«, misbruger denne stilling. Kommissionen tilføjer, at et yderligere aspekt af misbruget udgøres af den omstændighed, at sagsøgeren på grund af den kritiserede politik med hensyn til at give oplysninger om selskabets programmer forbeholder sig det afledede marked for ugentlige tv-programblade indeholdende disse programmer (23. betragtning til beslutningen).

Kommissionen afviser derfor det argument, at den kritiserede adfærd er berettiget af ophavsretlige grunde, idet den fastslår, at ITP, BBC og RTE i nærværende sag »benytter ophavsretten som et middel til misbrug på en måde, som ikke finder nogen berettigelse i ønsket om at beskytte disse intellektuelle ejendomsrettigheder« (23. betragtning, næstsidste afsnit).

12 Hvad angår de foranstaltninger, som skal træffes for at bringe overtrædelsen til ophør, bestemmes det i artikel 2 i beslutningens konklusion: »ITP, BBC og RTE skal straks bringe den i artikel 1 nævnte overtrædelse til ophør ved efter anmodning og på et ikke diskriminerende grundlag at levere hinanden og andre interesserede parter deres egne ugentlige forhåndsoversigter over programmer og tillade, at sådanne parter gengiver disse oversigter. Dette krav gælder ikke oplysninger i tilknytning til selve programoversigterne, som defineret i denne beslutning. Vælger de at levere og tillade offentliggørelse af oversigterne på grundlag af licenser, skal eventuelle licensafgifter, som ITP, BBC og RTE kræver, være rimelige. ITP, BBC og RTE kan tillige i eventuelle licenser, som meddeles andre interesserede parter, fastsætte sådanne betingelser, som skønnes nødvendige til at sikre en alsidig dækning af høj kvalitet af alle deres programmer, herunder programmer af specifik interesse for et mindretal og/eller regional interesse, og programmer af kulturel, historisk og informativ betydning. Parterne skal derfor inden to måneder fra tidspunktet for denne beslutnings meddelelse med henblik på godkendelse forelægge Kommissionen forslag til de betingelser, på hvilke de skønner, at andre interesserede parter skal kunne opnå tilladelse til at offentliggøre de ugentlige forhåndsoversigter over programmer, som er genstand for denne beslutning.«

13 Sideløbende med nærværende annullationssøgsmål vedrørende beslutningen anlagde sagsøgeren, ved stævning indgivet samme dag, dvs. den 10. marts 1989, sag med påstand om udsættelse af gennemførelse af beslutningens artikel 1 og 2. Ved kendelse af 11. maj 1989 traf Domstolens præsident bestemmelse om »[udsættelse

af] gennemførelsen af artikel 2 i den omtvistede beslutning, for så vidt den pålægger sagsøgerne straks at bringe den af Kommissionen påståede overtrædelse til ophør ved efter anmodning og på et ikke diskriminerende grundlag at levere hinanden og andre interesserede parter deres egne ugentlige forhåndsoversigter over programmer og tillade, at sådanne parter gengiver disse oversigter«. Begæringen blev i øvrigt ikke taget til følge (forenede sager 76/89, 77/89 og 91/89 R, Sml. s. 1141, grund 20).

I forbindelse med annullationssøgsmålet har Domstolen ved kendelse af 6. juli 1989 tilladt selskabet Magill at intervenere til støtte for Kommissionens påstande. Den skriftlige forhandling er delvis foregået for Domstolen, som ved kendelse af 15. november 1989 henviste sagen til Retten i medfør af bestemmelserne i artikel 3, stk. 1, og artikel 14 i Rådets afgørelse af 24. oktober 1988 om oprettelse af De Europæiske Fællesskabers Ret i Første Instans. På grundlag af den refererende dommers rapport har Retten ved afslutningen af den skriftlige forhandling besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisoptagelse.

Parternes påstande

14 Sagsøgeren, BBC, har nedlagt følgende påstande:

— Beslutningen annulleres, for så vidt som den berører BBC.

— Subsidiært: Det fastslås, at Kommissionen i henhold til fællesskabsretten ikke har hjemmel til at pålægge BBC at levere sine ugentlige programoversigter til enhver tredjemand og tillade gengivelse af oversigterne på betingelser, der er godkendt af Kommissionen, eller på andre betingelser, f.eks. ved at meddele licenser.

— Kommissionen tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Sagsøgte, Kommissionen, har nedlagt følgende påstande:

— Frifindelse.

— Sagsøgeren tilpligtes at betale sagens omkostninger.

Påstanden om annullation af beslutningen i sin helhed

15 Sagsøgeren har til støtte for sin påstand om annullation af beslutningen, for så vidt som det fastslås, at der foreligger en overtrædelse af Traktatens artikel 86, gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af denne artikel, og at der er mangler ved begrundelsen.

— *Tilsidesættelse af Traktatens artikel 86 og mangler ved begrundelsen*

— *Parternes argumenter*

16 For så vidt angår den betingelse for at anvende artikel 86, at der skal være tale om en dominerende stilling, har sagsøgeren anfægtet den i beslutningen indeholdte definition af det omhandlede marked. I modsætning til Kommissionen finder selskabet, at de produkter, der skal tages hensyn til ved fastlæggelsen af selskabets stilling på markedet med henblik på anvendelsen af artikel 86, ikke er de ugentlige programoversigter og de tv-blade, hvori disse oversigter offentliggøres, men derimod radio- og fjernsynsspredning. Sagsøgeren finder nemlig, at selskabets opgave — at levere radio og tv som en offentlig tjenesteydelse — ikke alene indebærer at udarbejde oversigter i forbindelse med programplanlægningen, men også i videst muligt omfang at sprede oplysninger om selskabets programmer. Udgivelsen af bladet *Radio Times* var således med til at opfylde kravene til den offentlige tjenesteydelse, BBC har til opgave at levere, idet bladet gav en udførlig omtale af selskabets programmer, tjente regionale interesser og minoritetsgruppers interesser og kunne fås på markedet til en rimelig pris.

Sagsøgeren har gjort gældende, at selskabet ikke har en dominerende stilling på markedet for radio- og fjernsynsspredning. Selskabet har henvist til, at det største tv-selskab i Irland er RTE, og at det blot er en tilfældighed, at BBC's programmer kan modtages der. I Nordirland har BBC en betydelig konkurrence fra private tv-selskaber.

17 Sagsøgeren har subsidiært gjort gældende, at såfremt det i modsætning til det af selskabet anførte ikke måtte blive lagt til grund, at det relevante marked er markedet for radio- og fjernsynsspredning, må det relevante marked dog defineres som markedet for oplysninger om tv-programmer i almindelighed. Sagsøgeren er nem-

lig af den opfattelse, at flere forskellige kilder til oplysninger om tv-programmer, såsom dag- og ugeblade, trailere, tekst-tv og forkendskab til sendetidspunkterne, kan erstatte tv-blade, hvilket bl.a. viser sig ved, at der er forholdsvis få, der køber *Radio Times* i Irland. Tv-blade udgør således ikke noget særskilt marked ved siden af markedet for oplysninger om programmerne i almindelighed.

Sagsøgeren har i den forbindelse anført, at selskabet ikke har en dominerende stilling på markedet for oplysninger om tv-programmer i almindelighed, idet det kun er en relativ lille del af seerne, der køber ugentlige tv-blade som *Radio Times.* Selskabet har forklaret dette med, at de oplysninger om programmerne, som bl.a. trykkes i dag- og ugebladene, for de fleste seere i det store og hele kan erstatte de ugentlige tv-blade.

Efter at have redegjort for sin stilling har sagsøgeren anfægtet det af Kommissionen anførte, hvorefter selskabets programoversigter udgør et marked. Selskabet har i første omgang gjort gældende, at dets faktiske eller retlige monopol på dets egne programoversigter, som ifølge sagsøgeren blot er resultatet af selskabets ophavsret og udøvelsen heraf, ikke i sig selv skaber en dominerende stilling i henhold til artikel 86. Selskabet har herved henvist til Domstolens dom af 8. juni 1971 (sag 78/70, Deutsche Grammophon, Sml. s. 125, præmis 16). Efter at have gjort denne indledende bemærkning har sagsøgeren navnlig henvist til, at der aldrig har været nogen generelle ugentlige tv-blade på det relevante geografiske marked. Der er følgelig i relation til BBC's ugeoversigter reelt ingen, der befinder sig i en sådan stilling af økonomisk afhængighed, der er kendetegnende for en dominerende stilling. Sagsøgeren har på den baggrund konkluderet, at alene den omstændighed, at der findes »potentielle udgivere« på et marked for generelle ugentlige tv-programblade, som sagsøgeren anser for rent hypotetisk, ikke danner tilstrækkeligt grundlag for at fastslå, at der er tale om en dominerende stilling i henhold til artikel 86.

18 Sagsøgeren har ligeledes anfægtet Kommissionens grundlag for at konstatere, at selskabets politik med hensyn til at give oplysninger om programmerne udgør et misbrug i henhold til artikel 86. Selskabet har principalt gjort gældende, at det ved at forbeholde sig eneretten til programoversigterne og deres kommercielle udnyttelse blot beskyttede det egentlige indhold af sin ophavsret, hvilket under ingen omstændigheder kan udgøre et misbrug i henhold til artikel 86. Selskabet har sub-

sidiært gjort gældende, at selv om den anfægtede adfærd i princippet kunne udgøre et misbrug, er det ikke godtgjort, at der foreligger et sådant misbrug i nærværende sag. Sagsøgerens argumentation omfatter fire punkter.

19 Sagsøgeren har for det første påberåbt sig sin ophavsret til sine egne programoversigter i Irland og Nordirland. Under henvisning til Domstolens domme af henholdsvis 5. oktober 1988 (sag 238/87, Volvo, Sml. s. 6211) og 14. september 1982 (sag 144/81, Keurkoop, Sml. s. 2853) har selskabet bemærket, at det på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin, og da der ikke er tilvejebragt ensartethed inden for Fællesskabets rammer eller er sket en tilnærmelse af lovgivningerne, tilkommer det den nationale lovgivende myndighed at fastsætte betingelserne for og de nærmere regler om ophavsretsbeskyttelse og navnlig at fastlægge, hvilke produkter denne beskyttelse kan omfatte. Sagsøgeren har påpeget, at programoversigterne, således som de er defineret af Kommissionen i den syvende betragtning til beslutningen, er omfattet af selskabets ophavsret i såvel Irland som Nordirland. Selskabet har herved henvist til den af den engelske High Court of Justice afsagte dom i sagen BBC og ITP mod Time Out Limited (1984, FSR, s. 64) og den af den irske High Court afsagte dom i sagen RTE, BBC og ITP mod Magill, jf. ovenfor. Selskabet har understreget, at ophavsretten i henhold til såvel britisk som irsk ret bl.a. indebærer, at rettighedsindehaverne har ret til at forhindre gengivelse og offentliggørelse af det beskyttede værk.

20 Under denne synsvinkel har sagsøgeren for det andet gjort gældende, at det følger af Domstolens faste praksis, at den omstændighed, at en virksomhed i overensstemmelse med national ret beskytter det egentlige indhold af en intellektuel ejendomsrettighed, ikke i sig selv kan udgøre et »misbrug« i henhold til artikel 86. Selskabet har herved nærmere henvist til Volvo-dommen, præmis 8, jf. ovenfor. Under påberåbelse af Domstolens dom af 6. oktober 1982 (sag 262/81, Coditel, Sml. s. 3381) og generaladvokat Reischl's forslag til afgørelse har sagsøgeren anført, at Traktaten ikke berører det egentlige indhold af intellektuelle ejendomsrettigheder, som eksisterer i henhold til lovgivningerne i medlemsstaterne. Ifølge sagsøgeren omfatter det egentlige indhold af den i det foreliggende tilfælde omhandlede ophavsret nødvendigvis en eneret til at gengive og offentliggøre det beskyttede værk og retten til at anvende de herved fornødne retlige midler (Domstolens dom af 17.5.1988, sag 158/86, Warner Brothers, Sml. s. 2605, præmis 13).

21 På baggrund af det således anførte har sagsøgeren for det tredje gjort gældende, at selskabet ved at nægte at give tilladelse til offentliggørelse af dets ugentlige pro-

gramoversigter og ved at anlægge sag mod Magill blot beskyttede det egentlige indhold af sin ophavsret til programoversigterne. Kommissionens bedømmelse, hvorefter selskabets adfærd »ikke finder nogen berettigelse i ønsket om at beskytte [ophavsretten]« (»falls outside the scope of the specific subject-matter of [the copyright]«), er således klart fejlagtig.

22 Desuden har Kommissionen ifølge sagsøgeren ikke opfyldt sin forpligtelse til at begrunde beslutningen og således tilsidesat Traktatens artikel 190, således som bestemmelsen er fortolket af Domstolen i dom af 26. november 1975 (sag 73/74, Papiers peints mod Kommissionen, Sml. s. 1491). Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen i beslutningen ikke har præciseret, hvad den forstår ved ophavsrettens egentlige indhold (»the scope of the specific subject-matter«), og at den ikke har anført, af hvilke grunde den — efter sagsøgerens opfattelse i strid med en fast retspraksis, som blev bekræftet ved Volvo-dommen, jf. ovenfor — vurderede, at den anfægtede adfærd rakte videre end ophavsrettens egentlige indhold. Sagsøgeren har herved navnlig påpeget, at der i beslutningen ikke henvises til sådanne særlige omstændigheder som de i præmis 9 i Volvo-dommen (gengivet nedenfor i præmis 33) nævnte, som efter omstændighederne kan danne grundlag for at fastslå, at udøvelsen af en intellektuel ejendomsret fra indehaverens side udgør et misbrug. Efter sagsøgerens opfattelse gør disse mangler ved begrundelsen beslutningen ulovlig, navnlig fordi Kommissionen i beslutningen for første gang satte spørgsmålstegn ved eneretten til at gengive og udnytte genstanden for en ophavsret kommercielt.

23 Endelig har sagsøgeren for det fjerde subsidiært gjort gældende, at selv om det måtte antages, at de anfægtede handlinger — i modsætning til sagsøgerens ovenfor fremstillede opfattelse — i princippet kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling, har Kommissionen ikke godtgjort, at der foreligger et sådant misbrug. Kommissionen har nemlig ikke ført bevis for, at den omstændighed, at der som følge af sagsøgerens licenspolitik ikke fandtes noget generelt ugentligt tv-programblad, faktisk var til skade for forbrugerne, jf. artikel 86, stk. 2, litra b). Sagsøgeren har bemærket, at den omstændighed, at indehaveren af en ophavsret nægter at medvirke til at skabe et nyt produkt, nemlig i det foreliggende tilfælde et generelt tv-blad, ikke i sig selv kan udgøre et misbrug, blot fordi Kommissionen finder, at der er en særlig efterspørgsel på produktet. Selskabet har herved under henvisning til Domstolens dom af 29. juni 1978 (sag 77/77, BP mod Kommissionen, Sml. s. 1513) gjort gældende, at Kommissionen ikke har ret til at sætte sig ud over sagsøgerens lovlige politik og gennemtrumfe sine egne synspunkter, når der ikke er ført bevis for, at sagsøgerens politik var til skade for forbrugerne.

24 Hvad angår den betingelse for anvendelsen af artikel 86, at der skal være tale om en påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne, har sagsøgeren blot henvist til, at High Court i sin dom af 26. juli 1989, jf. ovenfor, fastslog, at Magill ikke havde godtgjort, at BBC's politik med hensyn til oplysninger om programmerne havde haft nogen væsentlig eller mærkbar indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne.

25 Kommissionen har afvist samtlige sagsøgerens argumenter i tilknytning til anbringenderne om tilsidesættelse af artikel 86 og mangler ved begrundelsen.

26 Med henblik på at godtgøre, at der foreligger en dominerende stilling, har Kommissionen gentaget de argumenter, som udgør begrundelsen for beslutningen. Den har i det væsentlige anført, at sagsøgerne hver især har en dominerende stilling på to snævre markeder. Det ene vedrører selskabets egne programoversigter for den følgende uge, som sagsøgeren har monopol på. Det andet er markedet for ugentlige tv-blade, som efter Kommissionens opfattelse udgør et særskilt marked inden for det generelle marked for dag- og ugeblade, idet der kun dér tilbydes et produkt — i det konkrete tilfælde fuldstændige oplysninger om BBC's ugeprogrammer — som der er en særlig efterspørgsel på fra seernes side. Kommissionen har herved understreget, at Irland og Det Forenede Kongerige på det relevante tidspunkt var de eneste medlemsstater, hvor der ikke fandtes noget generelt ugentligt tv-programblad, der kunne konkurrere med *Radio Times*, som således havde et monopol.

27 Kommissionen har forsøgt at påvise, at den anfægtede adfærd udgør et misbrug, idet den herved har lagt til grund, at programoversigterne — som udtrykkeligt erkendt af Kommissionen under den mundtlige forhandling — er beskyttet af ophavsret i henhold til national ret. Den har i første række anført, at sagsøgerens omtvistede politik og praksis ikke desto mindre ikke er omfattet af ophavsretsbeskyttelsen, således som den anerkendes i fællesskabsretten.

28 Kommissionen har herved først anført, at det generelt sagt er uforeneligt med fællesskabsretten, at national ret giver mulighed for ophavsret til programoversigter.

Den har påpeget, at tv-industrien ifølge fast retspraksis er omfattet af fællesskabsbestemmelserne (jf. f.eks. Domstolens dom af 6.10.1982, sag 262/81, Coditel, jf. ovenfor). Den har understreget, at nationale regler, som giver ophavsret til programoversigter, ville gøre det muligt for radio- og tv-selskaber at udnytte et lovligt, lovbeskyttet monopol på spredning af radio- og tv-programmer på en bestemt frekvens til at opretholde et ulovligt monopol på det hertil knyttede marked for udgivelse af de ugentlige programoversigter og således forhindre, at der fremkommer et konkurrerende produkt af en ny type i form af et generelt tv-programblad. At tillade ophavsret til programoversigter ville ligeledes udgøre en hindring for dannelsen af ét samlet marked for radio- og tv-spredning på grundlag af Traktatens artikel 59. Uden ét samlet marked for oplysninger om programmerne ville forbrugernes ret til »tv uden grænser« blive illusorisk, da tv-seere, der ikke ønsker at købe flere forskellige blade, som hver især kun indeholder detaljerede oplysninger om en kanal, også ville være mindre tilbøjelige til at se programmer — navnlig på fremmedsprog — som de ikke har mange oplysninger om.

29 Kommissionen har bemærket, at vejen til at råde bod på det i den foregående præmis nævnte modsætningsforhold mellem ophavsret og bl.a. reglerne om fri konkurrence ifølge fast retspraksis er at definere den intellektuelle rettigheds »egentlige indhold« i hvert enkelt tilfælde, idet kun dette fortjener særlig beskyttelse inden for fællesskabsretsordenen og således kan begrunde visse fravigelser af fællesskabsbestemmelserne. I denne forbindelse er Kommissionen først fremkommet med nogle betragtninger om det retmæssige i ophavsret til programoversigter og de grunde, som ligger bag opretholdelsen heraf, som den beskriver som usædvanlig. Det er ifølge Kommissionen i det foreliggende tilfælde nødvendigt at fastlægge »værdien« og »berettigelsen« af ophavsret til de ugentlige programoversigter i forhold til de normale formål med en sådan ret. Kommissionen har fremhævet, at der i dette øjemed skal tages hensyn til det beskyttede godes karakter ud fra et teknologisk eller kulturelt synspunkt eller ud fra, om der er tale om en nyskabelse, samt til formålene med og begrundelsen for de nationale bestemmelser om ophavsret til oversigterne (jf. navnlig følgende domme fra Domstolen: dom af 8.6.1982, sag 258/78, Nungesser mod Kommissionen, Sml. s. 2015, dom af 6.10.1982, sag 262/81, Coditel, jf. ovenfor, dom af 30.6.1988, sag 35/87, Thetford, Sml. s. 3585, præmis 17-21, og dom af 17.5.1988, sag 158/86, Warner Brothers, Sml. s. 2605, præmis 10-16).

30 Under anvendelse af de netop opregnede kriterier har Kommissionen gjort gældende, at de i nærværende sag omhandlede programoversigter i sig selv hverken er

hemmelige, udtryk for en nyskabelse eller forbundet med forskning. De er tværtimod rent faktiske oplysninger, hvorfor de ikke kan være beskyttet af ophavsret. Det kreative arbejde, som er nødvendigt for at skabe oversigterne, bliver nemlig direkte belønnet med antallet af seere til udsendelserne. Det indgreb i ophavsretten til programoversigterne, som beslutningen medfører, påvirker på ingen måde radio- og tv-spredningen, som må holdes adskilt fra udgivelsen af publikationer. Kommissionen har under henvisning til generaladvokat Mischo's forslag til afgørelse i Thetford-sagen, jf. ovenfor, bemærket, at håndhævelsen af ophavsretten til programoversigterne udelukkende kan forklares med et ønske om at »forbeholde et monopol« for indehaveren.

31 Efter således at have fastslået, at ophavsretsbeskyttelse af programoversigter ikke er i overensstemmelse med det væsentlige formål med en sådan ret, har Kommissionen understreget, at sagsøgerens politik med hensyn til oplysninger om selskabets ugentlige programmer udgør et misbrug. Misbruget består ifølge Kommissionen navnlig i, at selskabet vilkårligt — dvs. uden at dette er begrundet i hensyn til hemmeligholdelse, forskning og udvikling eller andre objektivt konstaterbare hensyn — nægter at give Magill og andre »potentielle nye« på markedet for ugentlige tv-blade tilladelse til at offentliggøre de pågældende oplysninger, udelukkende med det formål at forhindre, at der fremkommer konkurrerende produkter.

32 Kommissionen har herved anført, at sagsøgerens politik med hensyn til meddelelse af licenser udgør en forskelsbehandling »til skade for et nyt produkt i form af et generelt tv-programblad, som ville konkurrere med (hver enkelt af de omhandlede selskabers eget) blad« eller med andre ord »til skade for Magill og andre potentielle nye udgivere af generelle ugentlige tv-programblade«. Kommissionen har endvidere anført, at »såfremt radio- og tv-selskaberne af en eller anden grund havde valgt ikke at give oplysningerne om de kommende programmer til nogen, ville sagen kunne stille sig anderledes; selskabet giver imidlertid oplysningerne til to grupper af erhvervsdrivende, nemlig deres egne tidsskrifter og dagblade, som ikke konkurrerer med disse tidsskrifter. Dette viser, at nægtelsen af at give andre tilladelse til at offentliggøre programoversigterne er vilkårlig og diskriminerende«. Denne vilkårlighed understreges af, at BBC diskriminerede generelle tv-blade, der blev udgivet i visse medlemsstater, men ikke forhindrede sådanne udgivelser i Belgien og Nederlandene.

33 Til støtte for sin opfattelse har Kommissionen yderligere påberåbt sig Domstolens domme af 5. oktober 1988 (hhv. sag 238/87, Volvo, jf. ovenfor, præmis 9, og sag 53/87, CICRA mod Renault, Sml. s. 6039, præmis 16). Den har navnlig henvist til præmis 9 i Volvo-dommen, som lyder således: »... indehaverens udøvelse af eneretten til et mønster for karosseridele til automobiler kan være omfattet af forbuddet i artikel 86, hvis den fører til, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, handler på en måde, der er udtryk for misbrug, f.eks. hvis den vilkårligt nægter at levere reservedele til uafhængige reparationsværksteder, fastsætter urimeligt høje reservedelspriser eller beslutter ikke længere at fremstille reservedele til en bestemt bilmodel, selv om der stadig findes et stort antal biler af denne model, forudsat at en sådan adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater«. Ifølge Kommissionen kan den adfærd, som sagsøgeren kritiseres for, sidestilles med den i ovennævnte domme omhandlede adfærd, at indehaveren af et beskyttet mønster vilkårligt nægter at levere reservedele til uafhængige reparationsværksteder, hvis virksomhed er afhængig af sådanne leverancer. Ved at nægte at give blandt andre Magill tilladelse til at offentliggøre selskabets ugentlige programoversigter har sagsøgeren nemlig forhindret Magill i at udgive generelle tv-programblade.

Tilsvarende har Kommissionen anført, at den adfærd, som BBC kritiseres for, ikke er den samme som den, Domstolen kendte lovlig i Volvo-dommen. Det fremgår nemlig af denne dom, at den omstændighed, at en automobilproducent, som er indehaver af en mønsterret, forbeholder sig selv retten til at fremstille alle reservedele til sine biler, ikke i sig selv udgør et misbrug (dommens præmis 11). Kommissionen har under nærværende sag henvist til, at markedet for reservedele lå inden for Volvo's hovedvirksomhed. Derimod har BBC udnyttet en dominerende stilling på et marked (markedet for oplysninger om selskabets programmer), som ligger inden for selskabets hovedvirksomhed — radio- og tv-spredning — for at opnå fordele på markedet for publikationer, som er et herfra adskilt, særligt marked. Desuden er den skade, som forbrugerne har lidt ved ikke at få adgang til et nyt produkt, som der var stor efterspørgsel på, nemlig et generelt tv-programblad, en skærpende omstændighed, som betyder, at sagsøgerens politik med hensyn til oplysninger om selskabets ugentlige programmer er udtryk for et misbrug. I Volvosagen kunne forbrugerne derimod, understreger Kommissionen, erhverve reservedelene, og der var mulighed for konkurrence mellem de uafhængige reparationsværksteder, og endog mellem de forskellige producenter, eftersom kunderne kunne vende sig mod andre mærker, såfremt det blev for dyrt eller besværligt at erhverve reservedele.

34 Kommissionen har dernæst afvist sagsøgerens argumenter støttet på selskabets forpligtelser som leverandør af en offentlig tjenesteydelse. Kommissionen finder, at BBC kunne ændre indholdet og præsentationen af *Radio Times*, hvis selskabet fandt det hensigtsmæssigt.

35 Kommissionen har endvidere bemærket, at dens betragtninger i relation til misbrug af ophavsret gælder tilsvarende for andre situationer end den i nærværende sag omhandlede, såsom f.eks. på området for computersoftware.

36 Med henblik på at godtgøre, at den anfægtede adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne, har Kommissionen anført, at påvirkningen af samhandelen mellem Irland og Det Forenede Kongerige bl.a. skal fastlægges ud fra det potentielle omfang af handelen med generelle programblade. Den har bemærket, at det er blevet bekræftet af udtalelser fra en sagkyndig fra BBC under høringen af sagsøgeren, at der findes en potentiel handel med tv-blade mellem Irland og Nordirland. Den pågældende sagkyndige forklarede nemlig, at sagsøgerens modvilje mod udgivelse af generelle tv-blade skyldtes en frygt for, at sådanne blade, som vil blive udgivet på engelsk og bl.a. indeholde BBC's programmer, ville blive indført til Det Forenede Kongerige.

37 Intervenienten, Magill, har anført, at High Court nu har fastslået, at programoversigterne er beskyttet af ophavsret i henhold til irsk ret, og at Magill har krænket denne ophavsret. Herefter vil resultatet af den sag, som BBC, ITP og RTE har anlagt mod Magill ved den irske domstol, afhænge af EF-retsinstansernes afgørelse af spørgsmålet om, hvorvidt den i Kommissionens beslutning anfægtede praksis er forenelig med fællesskabsretten. Magill har fremhævet, at virkningerne af det foreløbige forbud, som blev nedlagt i 1986, og de omkostninger, der var forbundet med sagen ved den nationale domstol, har betydet, at selskabet har måttet standse sin virksomhed, og at det er blevet fjernet fra markedet som en konkurrent til BBC, ITP og RTE.

38 Magill har tilsluttet sig alle de af Kommissionen fremførte betragtninger. Selskabet har afvist sagsøgerens fortolkning, hvorefter beslutningen kræver, at selskabet har pligt til at meddele licenser. Magill har herved fremhævet betydningen af ophavsretsindehaverens samtykke. Magill har således anført, at »hvis der ikke blev givet tilladelse til nogen... ville [sagsøgeren] med rette kunne gøre gældende, at selskabet

blot udnyttede sin eneret til sin egen fordel«. I det øjeblik sagsøgeren vælger at meddele licenser til gengivelse af oplysninger om sine daglige programmer, kan selskabet efter Magill's opfattelse imidlertid ikke udnytte sin ophavsret til at forhindre, at andre offentliggør dets ugentlige programoversigter.

39 Magill har ligeledes gjort gældende, at den kritiserede adfærd udgør et misbrug i henhold til artikel 86, »netop fordi der er tale om identiske handlemåder, som tre nationale tv-selskaber har udtænkt sig for at påtvinge alle konkurrerende nyhedsmedier en fælles ordning i to medlemsstater med det formål at beskytte en markedsandel, som de har forbeholdt deres egne tre publikationer«. Efter Magill's opfattelse foreligger der en stiltiende aftale om en sådan fælles ordning.

40 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen for Retten har påberåbt sig nye faktiske omstændigheder og argumenter, som hverken er indeholdt i meddelelsen om klagepunkterne eller i beslutningen. Kommissionen har således tilsidesat kontradiktionsprincippet, såvel under den administrative procedure som for Retten (Domstolens dom af 4.7.1963, sag 24/62, Tyskland mod Kommissionen, Sml. 1954-1964, s. 407, og dom af 15.3.1967, forenede sager 8/66-11/66, Cimenteries CBR mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 337).

Sagsøgeren har nærmere anført, at det af Kommissionen fremførte argument, hvorved der rejses tvivl om, hvorvidt det er foreneligt med fællesskabsretten, at der i national ret er hjemmel for ophavsret til programoversigter, må afvises fra realitetsbehandling, da der er tale om et nyt anbringende. Selskabet har understreget, at også anbringendet om, at ophavsret til programoversigter udgør »ophavsret til kendsgerninger og ideer«, må afvises. Det samme gælder Kommissionens anbringende om, at den omhandlede adfærd var vilkårlig og diskriminerende; heller ikke dette anbringende er indeholdt i meddelelsen om klagepunkterne eller i beslutningen. Sagsøgeren har i den forbindelse bemærket, at de grunde, som er anført i den 23. betragtning til beslutningen — såfremt det må lægges til grund, at de er berettigede — ville have samme gyldighed, selv om BBC aldrig havde meddelt nogen licenser til andre. Det er således klart, at beslutningen ikke er baseret på, at der foreligger en forskelsbehandling. Dette viser, at den omstændighed, at der måtte foreligge en forskelsbehandling, ikke kan anføres til støtte for beslutningen, da denne ikke er baseret på spørgsmålet om forskelsbehandling. Sagsøgeren har ligeledes gjort gældende, at anbringendet om, at der foreligger en stiltiende aftale mellem BBC, ITP og RTE, hvilket udelukkende er gjort gældende af Magill, lige-

ledes må afvises. Der er nemlig herved ifølge sagsøgeren tale om et anbringende om tilsidesættelse af Traktatens artikel 85, stk. 1.

41 Hvad angår realiteten, har sagsøgeren i relation til selskabets licenspolitiks påståede karakter af misbrug bemærket, at Kommissionen ikke har beskæftiget sig med det problem, at nægtelsen af at give tilladelse til gengivelse af programoversigterne ikke kan udgøre et misbrug, idet »indehaveren af eneretten herved ville miste det væsentlige indhold af denne ret«. Det ophavsretsbeskyttede godes karakter og dets relative værdi er uden betydning ved fastlæggelsen af rettens rækkevidde. Sagsøgeren har anført, at grundlaget for og det egentlige indhold af ophavsretten nemlig er det samme, uanset om de beskyttede produkter er nyskabelser eller »forretningshemmeligheder« eller er forbundet med forskning. Ophavsretslovgivningen i Det Forenede Kongerige og Irland sondrer således ikke mellem værker, som med Kommissionens ord er »banale«, og andre værker, hvilket efter sagsøgerens opfattelse ville være baseret på en rent subjektiv vurdering. Tilsvarende er den omstændighed, at BBC uden beregning tillader flere andre dagligt at gengive oplysninger, der er omfattet af ophavsretten, ikke alene ikke ensbetydende med, at disse oplysninger har en ringe værdi eller ikke udgør et »værdifuldt« gode, men også irrelevant for bedømmelsen af rækkevidden af ophavsretten til oplysningerne.

42 Sagsøgeren har endvidere afvist Kommissionens anbringende om, at selskabet fører »en diskriminerende politik med hensyn til at meddele licenser«, idet det skulle give tilladelse til at udnytte det ophavsretsbeskyttede materiale til visse erhvervsdrivende, men ikke til dem, som ønsker at udgive et generelt, ugentligt tv-programblad. Selskabet har henvist til, at ulovlig forskelsbehandling i det væsentlige består i en forskellig behandling af objektivt ens situationer, og det har afvist, at dets politik er udtryk for en sådan forskelsbehandling, da selskabet vil meddele licenser til alle aviser, tidsskrifter eller blade på de hidtil gældende betingelser. Tilsvarende har sagsøgeren tilbagevist det af intervenienten fremførte argument, hvorefter den adfærd, som selskabet kritiseres for, ikke kan begrundes i beskyttelsen af det egentlige indhold af selskabets ophavsret, da BBC efter at have givet andre tilladelse til at offentliggøre programoversigterne skærpede betingelserne for en sådan offentliggørelse. Sagsøgeren har herved gjort gældende, at en indehaver af en ophavsret, som fører en liberal politik og meddeler licenser på visse betingelser, ikke herved retligt forpligter sig til at meddele licenser uden begrænsninger.

43 Sagsøgeren har ligeledes bestridt, at selskabet handler vilkårligt. Selskabet har bemærket, at en ophavsret i det væsentlige er en ret til at forhindre tredjemand i at gengive det beskyttede materiale uden rettighedsindehaverens tilladelse, uden at der behøver at være nogen »objektivt konstaterbare grunde« hertil. Selskabet har dog påpeget, at dets politik er objektivt begrundet. En kombination af de forskellige kilder til oplysninger om programmerne, der findes på markedet, og udgivelsen af *Radio Times* som led i BBC's offentlige tjenesteydelse (jf. ovenfor i præmis 16) er nemlig den bedste vej til at opfylde borgernes ønsker og behov. Sagsøgeren har herved gjort gældende, at det formentlig ikke ville være rentabelt at fortsætte med at udgive *Radio Times* i bladets nuværende form som specialblad for BBC's programmer, såfremt der blev udgivet generelle, ugentlige tv-blade i Irland og Det Forenede Kongerige.

44 I modsætning til sagsøgeren finder Kommissionen, at de retlige og faktiske argumenter, som den har fremført under nærværende sag, udelukkende uddyber, præciserer og underbygger de betragtninger, som ligger til grund for begrundelsen for beslutningen, og at de således fuldt ud er i overensstemmelse hermed. Også selv om dette ikke måtte være tilfældet, er Kommissionen — modsat sagsøgeren — af den opfattelse, at der ikke er gjort indgreb i sagsøgerens kontradiktoriske rettigheder under den administrative procedure eller under sagens behandling for Retten, men at der højst kan være tale om en utilstrækkelig eller mangelfuld begrundelse for beslutningen, hvilket imidlertid ikke er tilfældet. Kommissionen har henvist til, at det ifølge Domstolens praksis ikke er nødvendigt »uafhængigt og udtømmende at begrunde« hver enkelt del af en beslutning, når »en fyldestgørende begrundelse kan udledes af sammenhængen af alle de betragtninger, der er anført til støtte for beslutningen som helhed« (dom af 20.3.1957, sag 2/56, Geitling mod Den Høje Myndighed, Sml. 1954-1964, s. 41). I det foreliggende tilfælde er der klart, om end kortfattet, redegjort for de væsentligste retlige og faktiske omstændigheder, som ligger til grund for beslutningen.

45 Kommissionen har nærmere anført, at den omstændighed, at det i beslutningen lægges til grund, at selskaberne havde ophavsret til de omhandlede oplysninger, på ingen måde er uforenelig med, at det for Retten er gjort gældende, at det ikke bør være muligt at have ophavsret til banale oplysninger.

Hvad angår konstateringen af, at sagsøgerens adfærd udgør et misbrug, har Kommissionen anført, at beskrivelsen af denne adfærd som vilkårlig og diskriminerende

ikke har inddraget noget nyt begreb i sagen, selv om de pågældende betegnelser ikke blev anvendt under den administrative procedure. De beskriver det misbrug, som ligger i, at sagsøgerens politik med hensyn til at meddele licens indebærer »en forskelsbehandling til skade for et nyt produkt i form af et generelt tv-programblad, som ville konkurrere med (sagsøgerens) blad, og samtidig fremmer offentliggørelse af selskabets programmer i dagbladene«.

46 Hvad angår realiteten, har Kommissionen under retsmødet anført, at den af sagsøgeren udtrykte skepsis med hensyn til rentabiliteten af *Radio Times*, hvis bladet fik konkurrence fra generelle tv-blade, i mellemtiden har vist sig at være ubegrundet, efter at Det Forenede Kongeriges parlament har vedtaget Broadcasting Act 1990. De ændringer, som blev indført ved denne lov, har nemlig ført til, at BBC og ITP siden marts 1991 har udgivet deres respektive tv-blade i form af generelle tv-blade, der giver seerne oplysninger om programmerne på BBC, ITV, Channel 4 og satellitkanalerne.

— *Retlig bedømmelse*

47 På baggrund af de af parterne fremførte argumenter, som der er redegjort for i det foregående, skal Retten tage stilling til fire punkter i forbindelse med spørgsmålet, om der foreligger en tilsidesættelse af artikel 86 og mangler ved begrundelsen. For det første skal fastlæggelsen af markedet for de omhandlede produkter undersøges. For det andet skal sagsøgerens stilling på markedet fastlægges. For det tredje skal Retten afgøre, om den kritiserede adfærd udgør et misbrug, og om beslutningen er tilstrækkelig begrundet på dette punkt. For det fjerde skal den træffe afgørelse om, i hvilken grad den kritiserede adfærd har påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne.

— Definitionen af de omhandlede produkter

48 Hvad angår afgrænsningen af markedet for de relevante produkter — som ifølge beslutningen udgøres af sagsøgerens ugentlige programoversigter og de tv-programblade, som disse oversigter offentliggøres i — finder Retten, at der for de således definerede produkters vedkommende — i modsætning til, hvad sagsøgeren har anført — er tale om særlige markeder, som hverken kan sidestilles med markedet for radio- og fjernsynsspredning eller markedet for oplysninger om tv-programmer i almindelighed.

49 I relation til nærværende sag henhører markederne for henholdsvis ugentlige programoversigter og de tv-programblade, som disse oversigter offentliggøres i, nemlig under en form for erhvervsmæssig virksomhed — forlagsvirksomhed — der fuldstændig adskiller sig fra radio- og fjernsynsspredningsvirksomhed. Det skal understreges, at oversigterne udelukkende kan bruges som oplysninger om programmerne, uden hvilke man ikke ville kunne fremstille tv-blade. De adskiller sig således klart fra selve programmerne. Desuden udgør sagsøgerens udgivelse af sit eget tv-blad en erhvervsmæssig virksomhed, der er fuldstændig uafhængig af selskabets primære virksomhed med radio- og fjernsynsspredning. Dette gælder også, selv om sagsøgeren som et led i sin offentlige tjenesteydelse bestræber sig på at fremme sine programmer bl.a. ved at sikre, at oplysningerne om programmerne, som offentliggøres i de 16 regionale udgaver af *Radio Times*, opfylder visse kvalitetskrav og giver en omfattende præsentation af programmerne.

50 Markederne for ugentlige programoversigter og de tv-programblade, som de offentliggøres i, udgør reelt delmarkeder under markedet for oplysninger om tv-programmer i almindelighed. Der tilbydes på disse markeder et produkt — oplysninger om de ugentlige programmer — som der er en særlig efterspørgsel på, både fra erhvervsdrivende, som ønsker at udgive og forhandle et generelt tv-programblad, og fra tv-seerne. Førstnævnte er ikke i stand til at udgive et sådant blad, hvis de ikke råder over samtlige ugentlige programoversigter for de kanaler, som kan modtages på det pågældende geografiske marked. Med hensyn til tv-seerne bemærkes, at de oplysninger om programmerne, som var tilgængelige på markedet på tidspunktet for beslutningen, nemlig den i visse dagblade og søndagsaviser offentliggjorte, fuldstændige oversigt over programmerne for en periode på 24 timer — eller 48 timer i forbindelse med weekender og forud for helligdage — og visse blades tv-rubrikker med en omtale af »højdepunkterne« i ugens programmer, kun i begrænset omfang kan træde i stedet for forhåndsoplysninger til seerne om samtlige ugens programmer, som det også med rette er fastslået af Kommissionen i beslutningen. Kun ugentlige tv-programblade med generelle programoversigter for den kommende uge gør det muligt for brugerne at afgøre på forhånd, hvilke programmer de ønsker at se og i givet fald planlægge deres fritidsaktiviteter for den pågældende uge i overensstemmelse hermed.

Denne begrænsede substituerbarhed for oplysninger om ugens programmer bekræftes navnlig af den succes, som på det relevante tidspunkt blev opnået af de specielle tv-blade, som var de eneste, der kunne fås på markedet for ugentlige

programblade i Det Forenede Kongerige og Irland, og for resten af Fællesskabets vedkommende af de generelle tv-programblade på markederne i de andre medlemsstater. Dette viser klart, at der findes en særlig, vedvarende og regelmæssig efterspørgsel fra tv-seernes side — konkret tv-seerne i Irland og Nordirland — på tv-blade, der indeholder oversigter over samtlige ugens programmer, uanset hvilke andre informationskilder der måtte kunne fås på markedet.

— Spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en dominerende stilling

51 Hvad angår sagsøgerens stilling på det omhandlede marked, er det Rettens opfattelse, at BBC som følge af sin ophavsret til sine programoversigter havde eneretten til at producere og sælge disse oversigter. Selskabet kunne således på det for sagen relevante tidspunkt sikre sig et monopol på offentliggørelse af sine ugentlige programoversigter i et specielt blad for selskabets egne programmer, *Radio Times*. Det følger heraf, at sagsøgeren på daværende tidspunkt klart havde en dominerende stilling på såvel markedet for selskabets ugentlige programoversigter, som på markedet for de blade, som oversigterne blev offentliggjort i i Irland og Nordirland. Andre erhvervsdrivende, såsom Magill, som ønskede at udgive et generelt tv-programblad, var nemlig økonomisk afhængige af sagsøgeren, der således kunne forhindre, at der opstod en effektiv konkurrence på markedet for oplysninger om selskabets ugentlige programmer (Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin mod Kommissionen, Sml. s. 3461, præmis 30).

— Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et misbrug

52 Efter at det er fastslået, at sagsøgeren havde en dominerende stilling på det for sagen relevante tidspunkt, skal det undersøges, om selskabets politik med hensyn til at give oplysninger om BBC's ugeprogrammer, som var baseret på udnyttelse af selskabets ophavsret til sine programoversigter, udgjorde et misbrug i henhold til artikel 86. Artikel 86 skal fortolkes i sammenhæng med ophavsretten til programoversigterne.

53 Så længe der ikke er tilvejebragt ensartethed inden for Fællesskabet eller sket en harmonisering af de nationale regler, henhører fastsættelsen af betingelserne for og de nærmere regler om ophavsretsbeskyttelse under national ret. Denne kompeten-

cefordeling på området for intellektuelle ejendomsrettigheder er udtrykkeligt anerkendt af Domstolen i en dom af 14. september 1982 (sag 144/81, Keurkoop, Sml. s. 2853, præmis 18) og f.eks. bekræftet i dommene af 5. oktober 1988 i henholdsvis Renault-sagen (sag 53/87, jf. ovenfor, præmis 10) og Volvo-sagen (sag 238/87, jf. ovenfor, præmis 7).

54 Forholdet mellem nationale regler om intellektuel ejendomsret og de generelle fællesskabsretlige regler er udtrykkelig reguleret af Traktatens artikel 36, som giver mulighed for at fravige reglerne om de frie varebevægelser ud fra hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret. Der er dog efter bestemmelsens ordlyd knyttet visse forbehold til en sådan fravigelse. Den beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder, som gælder i henhold til de nationale lovgivninger, anerkendes i fællesskabsretten udelukkende under de betingelser, som er udtrykt i artikel 36, 2. pkt. Ifølge denne bestemmelse må de restriktioner for den frie bevægelighed, som følger af beskyttelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder, »hverken udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«. Artikel 36 understreger således, at hensynet til de frie varebevægelser og kravet om beskyttelse af intellektuelle ejendomsrettigheder skal tilpasses hinanden således, at den retmæssige udøvelse af disse rettigheder beskyttes, hvilket er det eneste, som artiklen giver hjemmel til, men også således, at enhver urimelig udøvelse af de pågældende rettigheder, som kan bevirke kunstige opdelinger af markedet eller skade konkurrencen inden for fællesmarkedet, udelukkes. Udøvelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder, der følger af den nationale lovgivning, må derfor begrænses i det omfang, det er nødvendigt af hensyn til denne tilpasning (jf. dom af 14.9.1982, sag 144/81, Keurkoop, jf. ovenfor, præmis 24).

55 Ud fra Traktatens opbygning skal artikel 36 nemlig fortolkes »på baggrund af den i EØF-Traktatens artikel 2 og 3 givne afgrænsning af Fællesskabets mål og virksomhed«, som anført af Domstolen i dom af 9. februar 1982 (sag 270/80, Polydor, Sml. s. 329, præmis 16). Den skal navnlig bedømmes under hensyntagen til de krav, som er forbundet med gennemførelsen af en ordning med fri konkurrence inden for Fællesskabet, jf. artikel 3, litra f), og som eksempelvis er kommet til udtryk i forbuddene i Traktatens artikel 85 og 86.

56 I så henseende følger det af artikel 36, således som bestemmelsen er fortolket af Domstolen på baggrund af de mål, som forfølges med artikel 85 og 86 og med bestemmelserne om fri bevægelighed for varer og tjenesteydelser, at kun sådanne begrænsninger af den frie konkurrence eller af den frie bevægelighed for varer og

tjenesteydelser, som er uadskilleligt forbundet med beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsrets egentlige indhold, er tilladt i henhold til fællesskabsretten. Domstolen har nemlig i sin dom af 8. juni 1971 (sag 78/70, Deutsche Grammophon, jf. ovenfor, præmis 11) i relation til en rettighed, der er beslægtet med ophavsret, udtalt, at »selv om artikel 36 tillader forbud mod eller restriktioner for frie varebevægelser, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder, anerkender artiklen kun sådanne undtagelser fra den frie varebevægelighed, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af de rettigheder, som er denne ejendoms særlige genstand« (jf. ligeledes dom af 18.3.1980, sag 62/79, Coditel, Sml. s. 881, præmis 14, dom af 22.1.1981, sag 58/80, Dansk Supermarked, Sml. s. 181, præmis 11, og dom af 6.10.1982, sag 262/81, Coditel, jf. ovenfor, præmis 12; jf., for så vidt angår andre intellektuelle rettigheder end ophavsret, dom af 31.10.1974, sag 16/74, Centrafarm, Sml. s. 1183, dom af 23.5.1978, sag 102/77, Hoffmann-La Roche, Sml. s. 1139, præmis 8, dom af 25.2.1986, sag 193/83, Windsurfing International mod Kommissionen, Sml. s. 611, præmis 45, dom af 5.10.1988, sag 53/87, Renault, jf. ovenfor, præmis 11, dom af 5.10.1988, sag 238/87, Volvo, jf. ovenfor, præmis 8, og dom af 17.10.1990, sag C-10/89, HAG GF, Sml. I, s. 3711, præmis 12).

57 Det står fast, at beskyttelsen af ophavsrettens særlige genstand i princippet giver indehaveren ret til at forbeholde sig eneretten til at reproducere det beskyttede værk. Domstolen har udtrykkeligt anerkendt dette i sin dom af 17. maj 1988 (sag 158/86, Warner Brothers, jf. ovenfor, præmis 13), idet den udtalte, at »ophavsmandens væsentligste særrettigheder, nemlig eneretten til at fremføre værket og eneretten til at fremstille eksemplarer af det, anfægtes ikke af reglerne i Traktaten« (jf. ligeledes dom af 24.1.1989, sag 341/87, EMI Electrola, Sml. s. 79, præmis 7 og 14).

58 Selv om det er klart, at udøvelsen af eneretten til at reproducere det beskyttede værk ikke i sig selv udgør et misbrug, stiller sagen sig anderledes, såfremt det i betragtning af de særlige omstændigheder i det enkelte tilfælde viser sig, at betingelserne for og de nærmere regler for udøvelsen af eneretten til at reproducere det beskyttede værk i realiteten forfølger et mål, der klart er i strid med formålet med artikel 86. I så fald udøves ophavsretten nemlig ikke længere i overensstemmelse med dens væsentlige formål, jf. Traktatens artikel 36, som er at sikre ophavsmanden beskyttelse af værket og at belønne hans kreative indsats under hensyntagen til de mål, som navnlig forfølges med artikel 86 (jf. med hensyn til patenter Domstolens domme af hhv. 14.7.1981, sag 187/80, Merck, Sml. s. 2063, præmis 10, og 9.7.1985, sag 19/84, Pharmon, Sml. s. 2281, præmis 26; jf. også med hensyn til ophavsret, dom af 17.5.1988, sag 158/86, Warner Brothers, jf. ovenfor, præmis 15). I et sådant tilfælde medfører fællesskabsrettens forrang, navnlig for så vidt

angår så grundlæggende principper som principperne om frie varebevægelser og fri konkurrence, at nationale regler om intellektuel ejendomsret, der strider mod disse principper, må vige.

59 Dette resultat bekræftes af Domstolens praksis, idet Domstolen i sine førnævnte domme af 5. oktober 1988 — i hhv. Volvo-sagen, som Kommissionen har påberåbt sig, og Renault-sagen — har udtalt, at udøvelsen af en eneret, som i princippet er den pågældende intellektuelle rettigheds indhold, ikke desto mindre kan være forbudt i henhold til artikel 86, såfremt den virksomhed, der har en dominerende stilling, herved handler på en måde, der har karakter af misbrug. De spørgsmål, som blev forelagt Domstolen i forbindelse med de to præjudicielle sager, vedrørte lovligheden af den adfærd, som blev udvist af to bilproducenter, som forbeholdt sig eneretten til at fremstille og forhandle reservedele til de biler, som de fremstillede, under henvisning til deres registrerede mønstre for de pågældende dele. Domstolen anførte i den forbindelse, at virksomheden eksempelvis handler på en måde, der er udtryk for et misbrug i henhold til artikel 86, hvis den vilkårligt nægter at levere reservedele til uafhængige reparationsværksteder, fastsætter urimeligt høje reservedelspriser eller beslutter ikke længere at fremstille reservedele til en bestemt bilmodel, selv om der stadig findes et stort antal biler af denne model (sag 238/87, Volvo, jf. ovenfor, præmis 9, og sag 53/87, Renault, jf. ovenfor, præmis 18).

60 I nærværende sag skal det bemærkes, at sagsøgeren ved at forbeholde sig eneretten til at offentliggøre sine ugentlige tv-programoversigter forhindrede, at der fremkom et nyt produkt på markedet, nemlig et generelt tv-blad, som kunne konkurrere med selskabets eget blad, *Radio Times*. Sagsøgeren udnyttede således sin ophavsret til sine programoversigter, som blev fremstillet i forbindelse med selskabets tv-spredningsvirksomhed, til at sikre sig et monopol på det afledte marked for ugentlige tv-programblade. Der synes i denne forbindelse at måtte lægges vægt på, at sagsøgeren i øvrigt uden beregning gav tilladelse til offentliggørelse af sine daglige programoversigter og højdepunkter fra de ugentlige programmer i pressen i Irland og Det Forenede Kongerige. Desuden gav selskabet også tilladelse til offentliggørelse af de ugentlige programoversigter i de andre medlemsstater uden at kræve licensafgifter.

En sådan adfærd — som er karakteriseret ved, at det forhindres, at der fremstilles og forhandles et nyt produkt, som der er en potentiel efterspørgsel på fra forbrugernes side, på delmarkedet for tv-blade, og ved, at enhver form for konkurrence på det pågældende marked udelukkes med det ene formål at opretholde sagsøge-

rens monopol — går klart ud over, hvad der er nødvendigt for at sikre ophavsrettens væsentlige funktion, således som den er anerkendt i fællesskabsretten. Sagsøgerens nægtelse af at give andre tilladelse til at offentliggøre selskabets ugentlige programoversigter var nemlig i det foreliggende tilfælde vilkårlig, for så vidt som den hverken var begrundet i særlige forhold for radio- og tv-spredningssektoren, som ikke er berørt i nærværende sag, eller i de krav, som særligt gør sig gældende for udgivelse af tv-blade. Sagsøgeren havde således mulighed for at tilpasse sig de betingelser, der gælder for et marked for tv-blade med fri konkurrence, med henblik på at sikre den kommercielle levedygtighed for selskabets ugeblad *Radio Times*. Under disse omstændigheder kan den kritiserede adfærd ikke fællesskabsretligt begrundes i den beskyttelse, som følger af ophavsretten til programoversigterne.

61 I så henseende skal det yderligere understreges, at sagsøgerens nægtelse af at give andre tilladelse til at offentliggøre de ugentlige programoversigter — i modsætning til, hvad selskabet har anført — adskiller sig fra den i forbindelse med de førnævnte domme af 5. oktober 1988 undersøgte nægtelse fra selskaberne Volvo og Renault's side af at meddele andre licens til fremstilling og salg af reservedele. I det foreliggende tilfælde var formålet med og virkningen af sagsøgerens eneret til gengivelse af sine programoversigter at udelukke enhver potentiel konkurrence på det afledte marked for oplysninger om ugens programmer på BBC's kanaler med henblik på at opretholde det monopol, som sagsøgeren havde på markedet i kraft af udgivelsen af bladet *Radio Times*. For andre virksomheder, der ønsker at udgive et tv-blad, kan sagsøgerens nægtelse af — efter anmodning og på en ikke diskriminerende måde — at give andre tilladelse til at offentliggøre selskabets programoversigter derfor, som det med rette er anført af Kommissionen, sidestilles med en bilproducents vilkårlige nægtelse af at levere reservedele — der er fremstillet i forbindelse med hans hovedvirksomhed, nemlig bilproduktion — til et uafhængigt reparationsværksted, som udøver sin virksomhed på det afledte marked for vedligeholdelse og reparation af biler. Desuden forhindrede den adfærd, som sagsøgeren kritiseres for, fuldstændigt, at der fremkom en bestemt type produkter på markedet, nemlig generelle tv-blade. For så vidt som den kritiserede adfærd nærmere var kendetegnet ved, at der ikke blev taget hensyn til forbrugernes behov, havde den følgelig også visse lighedspunkter med den situation, at en bilproducent beslutter ikke at fremstille reservedele til bestemte bilmodeller, selv om der stadig er en efterspørgsel på markedet — en situation, som er nævnt af Domstolen i ovennævnte domme (sag 238/87, Volvo, præmis 9, og sag 53/87, Renault, præmis 18). På baggrund af denne sammenligning er det herefter klart, at sagsøgerens kritiserede adfærd ud fra de kriterier, som er fastslået i den retspraksis, parterne har henvist til, ikke kan anses for omfattet af ophavsrettens egentlige indhold.

62 På baggrund af ovenstående betragtninger skal Retten fastslå, at selv om programoversigterne på det relevante tidspunkt var beskyttet af ophavsret i henhold til national ret, som fortsat fastlægger de nærmere regler for en sådan beskyttelse, kunne den kritiserede adfærd ikke nyde en sådan beskyttelse inden for rammerne af den nødvendige tilnærmelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder og Traktatens grundlæggende principper om frie varebevægelser og fri konkurrence. Den pågældende adfærd forfulgte nemlig mål, der klart er i strid med artikel 86's mål.

63 Sagsøgeren har imidlertid yderligere gjort gældende, at beslutningen ikke er tilstrækkelig begrundet. Dette anbringende kan ikke tiltrædes. Kommissionen har nemlig i beslutningen klart angivet sine grunde til at fastslå, at sagsøgeren ved at benytte sin eneret til at gengive oversigterne som et instrument til at føre en politik, der er i strid med formålene med artikel 86, gik ud over, hvad der var nødvendigt for at sikre beskyttelsen af det egentlige indhold af selskabets ophavsret, og således gjorde sig skyldig i et misbrug i henhold til artikel 86. I modsætning til det af sagsøgeren anførte giver begrundelsen for den anfægtede beslutning altså de berørte personer mulighed for at gøre sig bekendt med de væsentligste faktiske og retlige momenter, som ligger til grund for Kommissionens udtalelser, ligesom Retten sættes i stand til at udøve sin kontrol. Beslutningen opfylder dermed de betingelser, som er knyttet til kontradiktionsprincippet, således som de er fastlagt i en fast retspraksis. Domstolen har således f.eks. i sin dom af 17. januar 1984 (forenede sager 43/82 og 63/82, VBVB og VBBB mod Kommissionen, Sml. s. 19, præmis 22) udtalt, at »selv om Kommissionen i henhold til Traktatens artikel 190 har pligt til at anføre de faktiske momenter, som ligger til grund for dens beslutning, og de retlige betragtninger, som har foranlediget den til at træffe denne, kræver bestemmelsen ikke, at Kommissionen behandler alle de faktiske og retlige spørgsmål, som er blevet behandlet under den administrative procedure« (jf. ligeledes dom af 11.7.1989, sag 246/86, Belasco m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 2117, præmis 55 og 56). De faktiske og retlige argumenter, som er nødvendige for at bevise de i beslutningen indeholdte klagepunkter mod sagsøgeren, fremgik også af meddelelsen af klagepunkterne. Der kan således heller ikke gives sagsøgeren medhold i, at den administrative procedure ikke blev gennemført forskriftsmæssigt (Domstolens dom af 25.10.1983, sag 107/82, AEG mod Kommissionen, Sml. s. 3151, præmis 30).

— Virkningerne for samhandelen mellem medlemsstaterne

64 Det er en betingelse for, at artikel 86 kan finde anvendelse, at misbruget kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Denne betingelse skal fortolkes og an-

vendes med »udgangspunkt i formålet med denne betingelse, som er at afgrænse fællesskabsrettens gyldighedsområde i forhold til den nationale rets for konkurrencerettens vedkommende. Fællesskabsretten omfatter således alle aftaler og alle former for samordnet praksis, der er egnet til at bringe den frie handel mellem medlemsstaterne i fare på en måde, der kan skade gennemførelsen af målene for et mellemstatsligt enhedsmarked, især gennem en afskærmning af de nationale markeder eller gennem en ændring af konkurrencestrukturen i fællesmarkedet« (Domstolens dom af 31.5.1979, sag 22/78, Hugin mod Kommissionen, Sml. s. 1869, præmis 17; jf. ligeledes dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Commercial Solvents mod Kommissionen, Sml. s. 223, præmis 32, dom af 13.2.1979, sag 85/76, Hoffmann-La Roche, Sml. s. 461, præmis 125, og dom af 14.2.1978, sag 27/76, United Brands mod Kommissionen, Sml. s. 207, præmis 201). Det er nemlig tilstrækkeligt, for at artikel 86 kan finde anvendelse, at misbruget kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Der behøver således ikke at skulle konstateres en konkret og reel påvirkning af den mellemstatslige samhandel (jf. f.eks. Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin, jf. ovenfor, præmis 104, og dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, Sml. I, s. 1979, præmis 32).

65 I nærværende sag finder Retten, at sagsøgerens adfærd ændrede konkurrencestrukturen på markedet for tv-programblade i Irland og Nordirland, hvilket påvirkede mulighederne for samhandel mellem Irland og Det Forenede Kongerige.

Sagsøgerens afvisning af at give andre interesserede tilladelse til at offentliggøre selskabets ugentlige programoversigter havde en afgørende indvirkning på konkurrencestrukturen på området for tv-blade i Irland og Nordirland. Gennem sin politik med hensyn til at meddele licenser, som forhindrede bl.a. Magill i at udgive et generelt tv-blad til salg i Irland og Nordirland, fjernede sagsøgeren ikke blot en konkurrerende virksomhed fra markedet for tv-programblade, men selskabet udelukkede også enhver potentiel konkurrence på det relevante marked, hvilket medførte, at opdelingen mellem markederne i henholdsvis Irland og Nordirland blev opretholdt. Det kan derfor ikke bestrides, at den omhandlede adfærd kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne.

Det skal endvidere bemærkes, at den kritiserede politiks mærkbare indvirkning på mulighederne for samhandel mellem Irland og Det Forenede Kongerige klart viser

sig ved, at der var en særlig efterspørgsel på et generelt tv-blad i stil med *Magill TV Guide*, hvilket kan udledes af den succes, som på det pågældende tidspunkt i mangel af generelle tv-blade blev opnået på det relevante geografiske marked af specielle tv-blade, der kun indeholdt oplysninger om programmerne for én tv-kanal. Sagsøgerens politik med hensyn til at oplyse om sine ugeprogrammer forhindrede, at der kunne fremstilles og udgives generelle tv-blade, der var bestemt for samtlige tv-seere i Irland og Nordirland. Det relevante geografiske område, for hvilket der allerede er skabt ét samlet marked for radio- og tv-spredning, udgør tilsvarende ét samlet marked for oplysninger om tv-programmer, navnlig fordi samhandelen i høj grad lettes af et fælles sprog.

66 Af de således anførte grunde kan anbringenderne om en tilsidesættelse af artikel 86 og mangler ved begrundelsen for beslutningen ikke tiltrædes.

67 Det følger heraf, at påstanden om annullation af beslutningen i sin helhed ikke kan tages til følge.

Den subsidiære påstand om annullation af beslutningens artikel 2

68 Til støtte for sin subsidiære påstand om delvis annullation af beslutningen, begrænset til artikel 2, for så vidt som bestemmelsen kræver, at der skal meddeles licenser, har sagsøgeren gjort gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, samt en tilsidesættelse af Berner-konventionen af 1886 til værn for litterære og kunstneriske værker, som revideret i Bruxelles i 1948 og i Paris i 1971 (herefter benævnt »Berner-konventionen«).

1. *Tilsidesættelse af artikel 3, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17*

— *Parternes argumenter*

69 Sagsøgeren har subsidiært anfægtet den forpligtelse, som er pålagt selskabet i artikel 2 i beslutningen, til at give andre interesserede parter tilladelse til at offentliggøre de ugentlige programoversigter. Selskabet har anført, at Kommissionen har tilsidesat artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, som bestemmer, at »konstaterer Kommissionen efter begæring eller på eget initiativ, at der foreligger en overtræ-

delse af bestemmelserne i Traktatens artikel 85 eller artikel 86, kan den ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at bringe de konstaterede overtrædelser til ophør«. Artiklen giver ifølge sagsøgeren udelukkende Kommissionen hjemmel til at pålægge virksomhederne at bringe overtrædelsen til ophør. Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke har begrænset sig til at pålægge selskabet at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør, men har bestemt, hvorledes dette nærmere skal ske, idet den har fastlagt en »pligt til at meddele licenser til udnyttelse af de beskyttede værker«. Sagsøgeren har i den forbindelse angivet andre løsninger, som efter selskabets opfattelse kunne have bragt overtrædelsen til ophør: Sagsøgeren kunne således have standset udgivelsen af *Radio Times* — i det mindste i Irland — eller have solgt bladet som en going concern, ligesom man kunne have solgt de ugentlige oversigter til højestbydende ved en auktion. Sagsøgeren finder på den baggrund, at det alene tilkommer de berørte parter nærmere at fastlægge, hvorledes den af Kommissionen fastslåede overtrædelse skal bringes til ophør.

70 Kommissionen har heroverfor anført, at beslutningens artikel 2 ikke indebærer nogen overskridelse af dens beføjelser i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17. Kommissionen har henvist til, at artikel 2 indeholder to forslag til, hvorledes overtrædelsen kan bringes til ophør: Man kan efter anmodning og på et ikke diskriminerende grundlag overlade andre interesserede parter de omtvistede programmer med henblik på offentliggørelse — hvilket er den af Kommissionen foretrukne løsning — eller man kan meddele licenser, hvori der er fastlagt betingelser, som tager hensyn til parternes legitime interesser. I modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, pålægger beslutningen således ikke selskabet én bestemt løsning, men foreslår på en fleksibel måde visse former for adfærd, som kan bringe overtrædelsen til ophør, hvilket er i overensstemmelse med fast retspraksis og Kommissionens egen faste praksis (jf. Domstolens dom af 6.3.1974, forenede sager 6/73 og 7/73, Commercial Solvents, jf. ovenfor).

— Retlig bedømmelse

71 For at kunne afgøre, om Kommissionen er beføjet til at pålægge sagsøgeren at give andre interesserede parter tilladelse til at offentliggøre selskabets ugentlige oversigter, eventuelt ved meddelelse af licenser, er det nødvendigt at fortolke artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17. Retten skal i den forbindelse bemærke, at Kommissionens beføjelse til at pålægge de berørte virksomheder at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør i henhold til nævnte artikel 3 efter fast retspraksis indebærer en ret til at pålægge virksomhederne visse handlinger eller undladelser med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør. På den baggrund må de forpligtelser, som pålægges virksomhederne, fastlægges ud fra, hvad der kræves for at genetablere lovlige forhold under hensyntagen til de særlige omstændigheder i det enkelte til-

fælde. Domstolen har i dom af 6. marts 1974 (forenede sager 6/73 og 7/73, Commercial Solvents, jf. ovenfor, præmis 45) udtalt, at »anvendelsen af (artikel 3 i forordning nr. 17) må ske under hensyn til arten af den konstaterede overtrædelse og vil såvel kunne omfatte påbud om at udføre visse handlinger eller præstere visse ydelser, der ulovligt har været undladt, som forbud mod at fortsætte med visse handlinger eller at opretholde en vis praksis eller situation, der er i strid med Traktaten«. Domstolen har nærmere anført, at »til dette formål kan Kommissionen eventuelt pålægge de pågældende virksomheder at forelægge Kommissionen forslag med henblik på at bringe situationen i overensstemmelse med de krav, som Traktaten opstiller«. Desuden har Domstolen i en kendelse af 17. januar 1980 udtrykkeligt anerkendt, at Kommissionen skal kunne udøve den beslutningskompetence, som er indrømmet den i artikel 3, stk. 1, »så virkningsfuldt og så hensigtsmæssigt som muligt i den konkrete situation« (sag 792/79 R, Camera Care, Sml. s. 119, grund 17).

72 I det foreliggende tilfælde finder Retten, at de væsentlige elementer i overtrædelsen, som der er redegjort for i forbindelse med undersøgelsen af det første anbringende, gør de i beslutningens artikel 2 pålagte foranstaltninger berettigede. Påbuddet til sagsøgeren om efter anmodning og på et ikke diskriminerende grundlag at levere sine ugentlige oversigter til ITP, RTE eller andre interesserede parter med henblik på offentliggørelse udgør nemlig i betragtning af de særlige omstændigheder i sagen — som Retten har redegjort for i forbindelse med behandlingen af de væsentlige elementer i overtrædelsen — den eneste måde, hvorpå overtrædelsen kan bringes til ophør, som fastslået af Kommissionen i den anfægtede beslutning. De forskellige løsninger, som sagsøgeren har henvist til — og som sagsøgeren, uden at selskabet dog synes at overveje eller foreslå, at de føres ud i livet, betegner som egnede til at bringe misbruget til ophør, hvilket ifølge sagsøgeren viser, at Kommissionen har overskredet sine beføjelser ved at påbyde, at der meddeles licenser — kan i betragtning af, hvorledes markedet for tv-blade er sammensat, ikke i sig selv fjerne den konkurrenceforhindrende virkning, som er beskrevet ovenfor, og som udgør et misbrug. Ved at pålægge sagsøgeren efter anmodning og på et ikke diskriminerende grundlag at give andre tilladelse til at offentliggøre de ugentlige oversigter fratager Kommissionen ikke selskabet muligheden for at vælge mellem de forskellige foranstaltninger, som kan bringe overtrædelsen til ophør. Det skal herved også understreges, at den sagsøgeren pålagte forpligtelse til at give andre tilladelse til offentliggørelse af selskabets oversigter, eventuelt mod betaling af en rimelig licensafgift, skal ses i sammenhæng med den mulighed, som med rette er indrømmet sagsøgeren i beslutningens artikel 2, for i de licenser, som meddeles, at fastsætte sådanne betingelser, som skønnes nødvendige til at sikre »en alsidig dækning af høj kvalitet af alle (selskabets) programmer, herunder programmer af specifik interesse for et mindretal og/eller regional interesse, og programmer af kulturel, historisk og informativ betydning«. Det er i denne sammenhæng, at Kommissionen i samme artikel 2 har pålagt sagsøgeren at forelægge forslag til sådanne

betingelser med henblik på godkendelse. Samtlige de forpligtelser, som pålægges sagsøgeren i beslutningens artikel 2, er derfor berettigede under hensyntagen til deres formål, således som det er defineret i artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, nemlig at bringe overtrædelsen til ophør. Det følger heraf, at Kommissionen ikke har overskredet grænserne for sin skønsbeføjelse ved anvendelsen af den nævnte bestemmelse.

73 Af de således anførte grunde kan anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, ikke tiltrædes.

2. *Tilsidesættelse af Berner-konventionen*

— *Parternes argumenter*

74 Sagsøgeren har mere subsidiært gjort gældende, at selv om artikel 3 i forordning nr. 17 måtte give Kommissionen mulighed for eventuelt at fastslå en pligt til at meddele licenser, er en sådan løsning uforenelig med Berner-konventionen. Selskabet finder nemlig, at eftersom samtlige Fællesskabets medlemsstater er blandt Berner-konventionens kontraherende parter, »må konventionen anses for en del af fællesskabsretten og et udtryk for de relevante principper heri«, jf. Traktatens artikel 234.

Sagsøgeren har henvist til, at ophavsmanden til et litterært eller kunstnerisk værk i henhold til artikel 9, stk. 1, i konventionen har eneret til at reproducere det beskyttede værk. Selskabet har gjort gældende, at stk. 2 i samme artikel, som er indsat i forbindelse med den i 1971 i Paris foretagne revision, giver de kontraherende stater mulighed for at tillade reproduktion af litterære og kunstneriske værker i visse særlige tilfælde, under forudsætning af at en sådan reproduktion ikke på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af værket og ikke på urimelig måde gør indgreb i ophavsmandens legitime interesser.

Ifølge sagsøgeren følger det heraf, at beslutningens artikel 2 er uforenelig med Berner-konventionen, da den på skadelig måde påvirker den normale udnyttelse af selskabets ophavsret til sine programoversigter og i alvorlig grad gør indgreb i selskabets legitime interesser.

75 Kommissionen har heroverfor anført, at Berner-konventionen ikke er anvendelig i nærværende sag. Ifølge Kommissionen er Fællesskabet nemlig ikke part i konven-

tionen, og det er fast retspraksis, at »EØF-Traktaten på de områder, den regulerer, har forrang for konventioner, der er indgået mellem medlemsstaterne før dens ikrafttræden« (Domstolens dom af 27.2.1962, sag 10/61, Kommissionen mod Italien, Sml. 1954-1964, s. 287). I øvrigt er konventionen under alle omstændigheder uanvendelig, eftersom programoversigterne ifølge Kommissionen ikke kan være beskyttet af en ophavsret i konventionens forstand. Subsidiært har Kommissionen gjort gældende, at også selv om det måtte antages, at beslutningen berører oplysninger, der er beskyttet af en ophavsret, viser den omstændighed, at oplysningerne leveres til visse andre interesserede parter uden beregning med henblik på offentliggørelse, at forpligtelsen til at meddele licenser mod en rimelig licensafgift ikke gør indgreb i sagsøgerens legitime interesser og derfor er i overensstemmelse med konventionen.

— *Retlig bedømmelse*

76 Logisk skal der først tages stilling til spørgsmålet om anvendeligheden af Berner-konventionen i det foreliggende tilfælde og det af Kommissionen fremførte argument, hvorefter fællesskabsretten har forrang for bestemmelserne i den pågældende konvention. Retten skal hertil indledningsvis bemærke, at Fællesskabet — som på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin ikke har fået overført kompetence på området for intellektuelle og kommercielle ejendomsrettigheder — ikke er part i Berner-konventionen, som er ratificeret af alle Fællesskabets medlemsstater. Hvad angår de konventioner, som medlemsstaterne har indgået, skal det bemærkes, at Traktatens artikel 234 regulerer forholdet mellem Traktatens bestemmelser og internationale konventioner, som medlemsstaterne har indgået før Traktatens ikrafttræden. Artiklen fastslår, at »de rettigheder og forpligtelser, der følger af konventioner, som før denne Traktats ikrafttræden er indgået mellem på den ene side en eller flere medlemsstater og på den anden side et eller flere tredjelande, berøres ikke af bestemmelserne i denne Traktat«. Domstolen har fortolket artiklen således, at den udelukkende sigter til forpligtelser, som medlemsstaterne har indgået over for tredjelande. I dom af 11. marts 1986 (sag 121/85, Conegate, Sml. s. 1007, præmis 25) udtalte den, at »formålet med artikel 234 (er) at sikre, at Traktatens anvendelse hverken berører forpligtelser til at respektere tredjelandes rettigheder i henhold til en tidligere konvention indgået med en medlemsstat eller denne medlemsstats opfyldelse af sine forpligtelser ifølge konventionen. Konventioner indgået før Traktatens ikrafttræden kan således ikke påberåbes i forholdet mellem medlemsstaterne til støtte for begrænsninger i samhandelen i Fællesskabet« (jf. ligeledes dom af 27.2.1962, sag 10/61, Kommissionen mod Italien, jf. ovenfor, og dom af 14.10.1980, sag 812/79, Attorney General, Sml. s. 2787, præmis 8).

77 Med hensyn til nærværende sag, som angår Irland og Det Forenede Kongerige, er der grund til at fremhæve, at Traktatens artikel 234 i medfør af tiltrædelsesaktens artikel 5 finder anvendelse på aftaler eller overenskomster, der er indgået før disse landes tiltrædelse af Fællesskabet den 1. januar 1973. Det følger heraf, at bestemmelserne i Berner-konventionen, der er ratificeret af Irland og Det Forenede Kongerige før den 1. januar 1973, i interne EF-forhold ikke kan påvirke Traktatens bestemmelser. Sagsøgeren kan derfor ikke påberåbe sig dem til støtte for begrænsninger i det system med fri konkurrence, som er indført og anvendes inden for Fællesskabet i medfør af Traktatens bestemmelser, navnlig artikel 86. Allerede derfor kan anbringendet om, at artikel 2 i beslutningen er i strid med artikel 9, stk. 1, i Berner-konventionen, ikke tiltrædes.

Det samme gør sig gældende i relation til artikel 9, stk. 2. Det skal herved blot bemærkes, at stk. 2 blev indsat ved Paris-akten af 1971, som Det Forenede Kongerige har været part i siden 2. januar 1990, men som ikke er ratificeret af Irland. For Det Forenede Kongeriges vedkommende er Paris-akten — navnlig konventionens artikel 9, stk. 2 — altså ratificeret efter tiltrædelsen af Fællesskabet, hvorfor den ikke kan påvirke en bestemmelse i Traktaten. Medlemsstaterne kan nemlig ikke fjerne reglerne i Traktaten ved at indgå en international aftale eller overenskomst. De må i givet fald benytte sig af den i Traktatens artikel 236 foreskrevne procedure. Det følger heraf, at artikel 9, stk. 2, i Berner-konventionen ikke kan påberåbes til støtte for at begrænse den kompetence, som er tillagt Fællesskabet i henhold til Traktaten, når de heri indeholdte konkurrenceregler skal iværksættes, navnlig artikel 86 med gennemførelsesbestemmelser, såsom artikel 3 i forordning nr. 17.

78 Anbringendet om en tilsidesættelse af Berner-konventionen kan derfor under ingen omstændigheder tiltrædes.

79 Sagsøgerens subsidiære påstand om annullation af beslutningens artikel 2 kan herefter ikke tages til følge, hvorefter Kommissionen i det hele skal frifindes.

Sagens omkostninger

80 Ifølge artikel 69, stk. 2, i Domstolens procesreglement, der i henhold til artikel 11, stk. 3, i Rådets afgørelse af 24. oktober 1988 finder tilsvarende anvendelse for Retten, dømmes den part, der taber sagen, til at afholde sagens omkostninger, hvis der er nedlagt påstand herom. Da sagsøgeren har tabt sagen, bør denne tilpligtes at afholde sagens omkostninger, herunder intervenientens.

På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

RETTEN (Anden Afdeling)

1) Sagsøgte frifindes.

2) Sagsøgeren betaler sagens omkostninger, herunder intervenientens.

Saggio Yeraris

Briët Barrington Biancarelli

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 10. juli 1991.

H. Jung
Justitssekretær

A. Saggio
Afdelingsformand