ARREST VAN HET GERECHT (Tweede kamer)
10 juli 1991 *

Inhoud

De feiten en het procesverloop 540

Conclusies van partijen 546

Het beroep tot nietigverklaring in zijn geheel 547

— Schending van artikel 86 EEG-Verdrag en onvoldoende motivering 547

— Argumenten van partijen 547

— Beoordeling rechtens 559

— De omschrijving van de relevante produkten 559

— Het bestaan van een machtspositie 561

— Het bestaan van misbruik 561

— De gevolgen voor het handelsverkeer tussen Lid-Staten 566

De subsidiaire vordering tot nietigverklaring van artikel 2 van de beschikking 568

1. Schending van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad 568

— Argumenten van partijen 568

— Beoordeling rechtens 569

2. Schending van de Berner Conventie 571

— Argumenten van partijen 571

* Procestaal: Engels.

— Beoordeling rechtens 572

Kosten 574

In zaak T-70/89,

The British Broadcasting Corporation en **BBC Enterprises Limited,** gevestigd te Londen, vertegenwoordigd door J. Lever, QC, C. Bellamy, QC, en R. Anderson van de balie van Engeland en Wales, geïnstrueerd door R. Griffith, Solicitor te Londen, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij Loesch en Wolter, advocaten aldaar, Rue Zithe 8,

verzoeksters,

tegen

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

verweerster,

ondersteund door

Magill TV Guide Limited, vennootschap naar Iers recht, gevestigd te Dublin, vertegenwoordigd door J. D. Cooke, Senior Counsel, van de Ierse balie, geïnstrueerd door Gore & Grimes, Solicitors te Dublin, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij L. Schiltz, advocaat aldaar, Boulevard Grande-Duchesse Charlotte 83,

interveniënte,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 89/205/EEG van de Commissie van 21 december 1988 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),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: A. Saggio, kamerpresident, C. Yeraris, C. P. Briët, D. Barrington en J. Biancarelli, rechters,

griffier: H. Jung

gezien de stukken en na de mondelinge behandeling op 21 februari 1991, het navolgende

Arrest

De feiten en het procesverloop

1 Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 10 maart 1989, hebben British Broadcasting Corporation (hierna: „BBC") en BBC Enterprises Limited verzocht om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 21 december 1988 (hierna: „de beschikking"), waarin wordt vastgesteld, dat in de relevante periode het beleid en de gedragingen van deze organisaties met betrekking tot de publikatie van hun wekelijkse overzichten van televisie- en radioprogramma's die in Ierland en Noord-Ierland kunnen worden ontvangen, een inbreuk vormen op artikel 86 EEG-Verdrag, voor zover daardoor de publikatie en de verkoop van wekelijkse alomvattende televisiegidsen in Ierland en Noord-Ierland wordt verhinderd. Twee parallelle beroepen tot nietigverklaring van dezelfde beschikking zijn ingesteld door de beide andere organisaties tot wie zij was gericht, te weten Radio Telefis Eireann (hierna „RTE") (zaak T-69/89) en Independent Television Publications Limited (hierna: „ITP") (zaak T-76/89).

2 De achtergrond van de beschikking kan worden samengevat als volgt. In de meeste woningen in Ierland en in 30 à 40% van de woningen in Noord-Ierland kunnen ten minste zes televisiekanalen worden ontvangen: RTE 1 en RTE 2, verzorgd door RTE, die een wettelijk monopolie bezit op nationale radio- en televisieuitzendingen in Ierland, BBC 1 en BBC 2, verzorgd door BBC, en ITV en Channel 4, die werden verzorgd door televisiemaatschappijen met een door de Independent Broadcasting Authority (hierna: „IBA") verleende concessie voor de leve-

ring van onafhankelijke televisieprogramma's. In het Verenigd Koninkrijk bestaat een duopolie van BBC en IBA voor de verzorging van de nationale televisieuitzendingen. Bovendien konden vele kijkers in Groot-Brittannië en Ierland hetzij rechtstreeks, hetzij via het kabelnet diverse satellietkanalen ontvangen. In Noord-Ierland bestond echter geen kabeltelevisie.

In de relevante periode was er op de Ierse en de Noordierse markt geen enkele wekelijks verschijnende alomvattende tv-gids verkrijgbaar. Dit was een gevolg van het beleid van de door de beschikking getroffen organisaties met betrekking tot de verspreiding van gegevens over de programma's van de zes genoemde kanalen. Elk van deze organisaties publiceerde namelijk een gespecialiseerde tv-gids waarin uitsluitend haar eigen programma's werden vermeld, en maakte op grond van de United Kingdom Copyright Act 1956 en de Irish Copyright Act 1963 aanspraak op auteursrechtelijke bescherming voor haar eigen wekelijkse programmaoverzichten, ten einde publikatie ervan door derden te verhinderen.

Deze overzichten bevatten de inhoud van de programma's en vermelden het kanaal, de datum en het uur van uitzending en de titel van elk programma. De programschema's doorlopen een reeks ontwerpfasen, waarbij de ontwerpen steeds gedetailleerder worden en in elke fase nauwkeuriger, totdat tenslotte ongeveer twee weken vóór de uitzending een definitief weekschema ontstaat. Zoals in de beschikking wordt vermeld (punt 7 van de considerans), worden de programmaoverzichten in die fase ook verkoopbare produkten.

3 Wat in het bijzonder de onderhavige zaak betreft, moet worden opgemerkt, dat BBC zich het recht voorbehield de wekelijkse programmaoverzichten van BBC 1 en BBC 2 uitsluitend te publiceren in haar eigen tv-gids, de *Radio Times,* die enkel haar eigen programma's vermeldde.

4 BBC is in het Verenigd Koninkrijk opgericht bij „Royal Charter" en zendt uit krachtens een door de minister van Binnenlandse zaken verleende vergunning. Haar voornaamste taak bestaat in het verzorgen, als openbare dienst, van radio- en televisieuitzendingen voor algemene ontvangst in het Verenigd Koninkrijk. In een aan haar vergunning gehechte resolutie van 8 januari 1981 erkende BBC, dat zij diende te zorgen voor een rijk geschakeerd aanbod van programma's van kwalitatief hoog niveau. Op grond van het Charter mocht BBC ook drukwerk samen-

stellen, laten drukken, publiceren, uitgeven, rondzenden en verspreiden, al dan niet tegen betaling, dat de verwezenlijking van haar doelstellingen zou kunnen bevorderen.

5 BBC wordt gefinancierd uit kijkgelden, die haar voornaamste bron van inkomsten vormen, uit subsidies en uit haar eigen economische activiteiten, waaronder publikaties, die worden uitgegeven door haar volledige dochteronderneming BBC Enterprises Ltd. Uit de stukken blijkt bij voorbeeld, dat BBC's winst vóór belastingen over het boekjaar tot 31 maart 1989 1 198 miljoen UKL bedroeg, afkomstig van kijkgelden en subsidies. In dezelfde periode bedroeg de winst van BBC Enterprises Ltd vóór belastingen 6,4 miljoen UKL, waarvan 4,2 miljoen UKL uit de opbrengsten van de *Radio Times.*

In dit verband moet worden opgemerkt, dat de *Radio Times* voor commerciële doeleinden wordt uitgegeven door BBC Enterprises Ltd, onder toezicht van haar moedermaatschappij, die ook het algemene beleid met betrekking tot het verlenen van vergunningen voor het overnemen van haar radio- en televisieprogrammaoverzichten bepaalt. Om die reden was de Commissie van mening, dat de twee organisaties (hierna te zamen: „BBC" of „verzoekster") voor de toepassing van artikel 86 in dit opzicht als een economische eenheid moeten worden beschouwd (zie punt 19 van de beschikking).

6 Op het tijdstip waarop de beschikking werd gegeven, publiceerde de *Radio Times* enkel de overzichten van de televisieprogramma's van BBC1 en BBC2, onder meer aangevuld met rolverdelingen en samenvattingen, alsmede de overzichten van de radioprogramma's van BBC. De *Radio Times* bevatte ook korte artikelen, achtergrondinformatie en brieven van lezers, waarmee het tijdschrift voor ongeveer een derde was gevuld, de advertentieruimte niet meegerekend. Met het oog op de wisselende plaatselijke en regionale omstandigheden werden elke week zestien verschillende edities van de *Radio Times* gepubliceerd. De verkoopprijs van de *Radio Times* bedroeg 0,37 UKL of 0,52 IRL. In Ierland werden wekelijks ongeveer 15 000 exemplaren van de *Radio Times* verkocht, in Noord-Ierland wekelijks ongeveer 75 000 exemplaren, wat volgens de processtukken betekent, dat ongeveer 25% van de huishoudens dit tijdschrift kocht. Volgens de gegevens van verzoekster waren de *Radio Times* en de *TV Times,* de door ITP gepubliceerde tv-gids, de twee meest verkochte tijdschriften in het Verenigd Koninkrijk, waar meer dan 97% van de totale wekelijkse oplage (gemiddeld meer dan 3 miljoen exemplaren) van de *Radio Times* werd afgezet.

7 In de relevante periode was BBC's beleid ten opzichte van derden met betrekking tot haar programmagegevens als volgt: zij voorzag dagbladen en tijdschriften op aanvraag kosteloos van haar programmagegevens, vergezeld van een licentie waarvoor geen betaling werd verlangd en waarin de voorwaarden voor publikatie van die gegevens waren vermeld. Met inachtneming van bepaalde voorwaarden met betrekking tot het formaat van de publikatie, konden dagbladen de programmagegevens dus dagelijks publiceren of, in het weekeinde of vóór een feestdag, voor twee dagen. Weekbladen mochten ook de „hoogtepunten" van de wekelijkse televisieprogramma's publiceren. BBC zag toe op strikte naleving van de licentievoorwaarden, zo nodig door gerechtelijke stappen te ondernemen tegen publikaties die niet aan de voorwaarden voldeden.

8 De uitgeverij Magill TV Guide Limited (hierna: „Magill"), een vennootschap naar Iers recht, is een volledige dochteronderneming van Magill Publications Holding Limited. Zij werd opgericht met het doel, in Ierland en Noord-Ierland onder de naam *Magill TV Guide* een wekelijks verschijnend tijdschrift te publiceren met informatie over de televisieprogramma's die door de televisiekijkers in die regio konden worden ontvangen. Volgens partijen werd in mei 1985 met de publikatie begonnen. Het tijdschrift beperkte zich aanvankelijk tot gegevens over de weekeindprogramma's van BBC, RTE, ITV en Channel 4 en over hoogtepunten van hun wekelijkse programma's. Na het verschijnen op 28 mei 1986 van een aflevering van de *Magill TV Guide* die het gehele weekprogramma van alle in Ierland te ontvangen televisiekanalen — waaronder BBC 1 en BBC 2 — bevatte, gelastte een Ierse rechter, op verzoek van BBC, RTE, en ITP, Magill bij tussenvonnis, zich van publikatie van de wekelijkse overzichten van de programma's van deze organisaties te onthouden. Na dit vonnis staakte Magill haar publikatieactiviteiten. De zaak ten principale is gedeeltelijk behandeld door de High Court, die op 26 juli 1989 bij monde van rechter Lardner uitspraak deed over de draagwijdte van het Ierse auteursrecht op programmaoverzichten. De rechter verklaarde: „Ik acht het bewezen, dat de wekelijkse programmaoverzichten van BBC, zoals gepubliceerd in de *Radio Times,* het eindprodukt zijn van een lang proces van planning, voorbereiding, regeling en herziening, dat zeer veel werk en ervaring vergt, alsmede kundigheid en inzicht. Zij zijn een schepping van BBC en vormen oorspronkelijke letterkundige werken in de zin van een compilatie, zoals bedoeld in Section 2 en Section 8 van de Copyright Act 1963, waarmee BBC en BBC Enterprises Limited hebben aangetoond op deze overzichten in de Ierse Republiek het auteursrecht te bezitten ([1990] ILRM 534, blz. 550).

9 Met het oog op de publikatie van de volledige wekelijkse overzichten had Magill eerder, namelijk op 4 april 1986, 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 EEG-Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17"), een klacht bij de Commissie ingediend, met het verzoek vast te stellen dat ITP, BBC en RTE misbruik maakten van hun machtspositie door licenties voor de publikatie van hun respectieve wekelijkse programmaoverzichten te weigeren. Op 16 december 1987 besloot de Commissie een procedure in te leiden; in maart 1988 zond zij BBC een mededeling van de punten van bezwaar en op 21 december 1988 gaf zij ten slotte de beschikking waartegen het onderhavige beroep is gericht.

10 In de beschikking worden de in aanmerking te nemen produkten voor de drie betrokken organisaties omschreven als volgt: voorpublikaties van de weekoverzichten van de programma's van ITP, BBC en RTE, alsmede de tv-gidsen waarin deze programma's worden gepubliceerd (punt 20, eerste alinea, van de considerans). Volgens de omschrijving van de Commissie is een programmaoverzicht „een lijst van programma's die binnen een bepaald tijdsbestek zullen worden uitgezonden door of namens een zendgemachtigde, waarbij het overzicht de volgende informatie bevat: de titel van elk uit te zenden programma, het kanaal, de datum en het tijdstip van uitzending" (punt 7 van de considerans).

De Commissie constateert, dat ten gevolge van het feitelijke monopolie van de omroeporganisaties op hun eigen wekelijkse programmaoverzichten, derden die in de publikatie van een wekelijkse tv-gids zijn geïnteresseerd, „in een positie verkeren van economische afhankelijkheid die kenmerkend is voor het bestaan van een machtspositie". Voorts wordt dat monopolie volgens de Commissie nog versterkt tot een wettelijk monopolie, voor zover deze organisaties auteursrechtelijke bescherming van hun programma's verlangen. Dit heeft tot gevolg, „dat op deze markten geen concurrentie door derden wordt toegestaan". Hieruit leidt de Commissie af, „dat ITP, BBC en RTE elk een machtspositie innemen in de zin van artikel 86" (punt 22 van de considerans).

11 Voor de vaststelling dat er sprake is van misbruik, steunt de beschikking meer in het bijzonder op artikel 86, tweede alinea, sub b, EEG-Verdrag, volgens welke er misbruik is wanneer een onderneming met een machtspositie de produktie of de afzet ten nadele van de verbruikers beperkt (punt 23, eerste alinea, van de considerans). De Commissie is met name van mening, dat er een „wezenlijke potentiële

vraag voor alomvattende tv-gidsen" op de markt bestaat (punt 23, vierde alinea, van de considerans). Zij stelt vast, dat verzoekster, door haar machtspositie te gebruiken „om de introductie op de markt van een nieuw produkt, met name een wekelijkse alomvattende tv-gids, te voorkomen", misbruik van die machtspositie maakt. Een verder element van misbruik is, dat verzoekster door het haar verweten beleid met betrekking tot haar programmagegevens, ook de afgeleide markt van wekelijkse tv-gidsen voor zichzelf reserveert (punt 23, van de considerans).

Derhalve verwerpt de Commissie het argument, dat de gewraakte feiten op grond van het auteursrecht gerechtvaardigd zouden zijn, en stelt zij, dat ITP, BBC en RTE in deze zaak het auteursrecht gebruiken „als een instrument voor het misbruik op een wijze die buiten de sfeer van het specifieke voorwerp van dit intellectuele-eigendomsrecht valt" (punt 23, voorlaatste alinea, van de considerans).

12 Ten aanzien van de maatregelen die een einde aan de inbreuk moeten maken, luidt artikel 2 van het dispositief van de beschikking als volgt: „ITP, BBC en RTE dienen aan de in artikel 1 genoemde inbreuk onverwijld een einde te maken door elkaar en 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. Dit vereiste strekt zich niet uit tot informatie uitgaand boven de overzichten zoals in deze beschikking omschreven. Indien de partijen de verstrekking van de overzichten en de toestemming voor de verveelvoudiging wensen te doen plaatsvinden via licenties, dienen de door ITP, BBC en RTE verlangde royalty's redelijk te zijn. Bovendien mogen ITP, BBC en RTE in alle aan derden verleende licenties zodanige voorwaarden opnemen als noodzakelijk worden geacht voor een uitgebreide berichtgeving van hoge kwaliteit betreffende al hun programma's, met inbegrip van die welke voor een minderheid van de bevolking zijn bestemd en/of van regionale programma's alsmede programma's van culturele, historische en educatieve waarde. De partijen dienen derhalve te worden verplicht om binnen twee maanden na de datum van kennisgeving van deze beschikking voorstellen ter goedkeuring aan de Commissie voor te leggen inzake de voorwaarden waaronder naar hun mening aan derden kan worden toegestaan de wekelijkse programmaoverzichten te publiceren die het voorwerp van deze beschikking vormen."

13 Parallel met dit beroep tot nietigverklaring van de beschikking verzocht verzoekster in een eveneens op 10 maart 1989 ingediende afzonderlijke akte om opschorting van de tenuitvoerlegging van de artikelen 1 en 2 van de beschikking. Bij beschikking van 11 mei 1989 gelastte de president van het Hof de opschorting van

de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de bestreden beschikking, „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". Het verzoek in kort geding werd voor het overige afgewezen (gevoegde zaken 76/89, 77/89 en 91/89 R, Jurispr. 1989, blz. 1141, r. o. 20).

In het kader van het onderhavige beroep tot nietigverklaring van de beschikking heeft het Hof bij beschikking van 6 juli 1989 Magill toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie. De schriftelijke procedure heeft gedeeltelijk voor het Hof plaatsgevonden. Bij beschikking van 15 november 1989 heeft het Hof de zaak krachtens de artikelen 3, lid 1, en 14 van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988 tot instelling van een Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen, naar het Gerecht verwezen. Het Gerecht heeft, op rapport van de rechter-rapporteur, na afloop van de schriftelijke procedure besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

Conclusies van partijen

14 BBC, verzoekster, concludeert dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren, voor zover deze van toepassing is op BBC;

— subsidiair, te verklaren, dat de Commissie aan het gemeenschapsrecht geen bevoegdheid kan ontlenen om BBC te gelasten haar wekelijkse programmaoverzichten aan derden te leveren en de verveelvoudiging van deze overzichten toe te staan onder door de Commissie goedgekeurde voorwaarden of onder enige andere voorwaarde, met name in de vorm van licenties;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

De Commissie, verweerster, concludeert dat het het Gerecht behage:

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten van de Commissie te verwijzen.

Het beroep tot nietigverklaring in zijn geheel

15 Tot staving van haar beroep tot nietigverklaring van de beschikking stelt verzoekster schending van artikel 86 EEG-Verdrag en onvoldoende motivering van de vaststelling dat dit artikel is geschonden.

— *Schending van artikel 86 EEG-Verdrag en onvoldoende motivering*

— *Argumenten van partijen*

16 Met betrekking tot de toepassingsvoorwaarde van artikel 86 — het bezit van een machtspositie — betwist verzoekster de in de beschikking gegeven omschrijving van de relevante markt. Anders dan de Commissie is zij van mening, dat de produkten die in het kader van artikel 86 in aanmerking moeten worden genomen voor de beoordeling van haar marktpositie, niet haar wekelijkse programmaoverzichten zijn alsmede de tv-gidsen waarin deze worden gepubliceerd, maar haar radio- en televisieuitzendingen zelf. Haar taak om als openbare dienst radio- en televisieprogramma's te verzorgen, omvat niet enkel de voorbereiding van programmaoverzichten, als onderdeel van de programmering, maar ook de zo ruim mogelijke verspreiding van gegevens over haar programma's. De publikatie van de *Radio Times* is dus in overeenstemming met BBC's openbare-dienstverleningstaak, in zoverre dat weekblad volledige informatie geeft over haar programma's, regionale belangen en minderheden dient en voor een redelijke prijs op de markt verkrijgbaar is.

Verzoekster stelt, dat zij op de markt van het verzorgen van radio- en televisieuitzendingen geen machtspositie bezit. In Ierland is RTE de belangrijkste omroeporganisatie en is de ontvangst van BBC-programma's toevallig. In Noord-Ierland ondervindt BBC sterke concurrentie van particuliere televisiemaatschappijen.

17 Ware echter, zo vervolgt verzoekster, anders dan zij stelt, het verzorgen van radio- en televisieuitzendingen niet als de relevante markt te beschouwen, dan moet die markt worden omschreven als de markt van informatie over televisiepro-

gramma's in het algemeen. De verschillende bronnen van informatie over televisieprogramma's, zoals dag- of weekbladen, vooraankondigingen, teletekstdiensten en voorkennis van programmatijden, vormen haars inziens een substituut voor tv-gidsen, zoals in het bijzonder blijkt uit het feit dat de *Radio Times* in Ierland door betrekkelijk weinig mensen wordt gekocht. Tv-gidsen vormen dus geen markt die los staat van die van informatie over programma's in het algemeen.

Dienaangaande merkt verzoekster op, dat zij op de markt van informatie over televisieprogramma's in het algemeen geen machtspositie inneemt, aangezien slechts een klein gedeelte van de kijkers wekelijks verschijnende gidsen als de *Radio Times* koopt. Voor de meeste kijkers vormen de programmagegevens die onder meer in dag- en weekbladen worden gepubliceerd, een goed alternatief voor wekelijks verschijnende tv-gidsen.

Na deze uiteenzetting van haar opvatting bestrijdt verzoekster vervolgens de stelling van de Commissie, dat haar programmaoverzichten een markt vormen. In de eerste plaats doet het feitelijk of wettelijk monopolie op haar eigen programmaoverzichten, dat louter een uitvloeisel is van haar auteursrecht en de uitoefening ervan, op zich geen machtspositie in de zin van artikel 86 ontstaan. Hiervoor verwijst verzoekster naar het arrest van het Hof van 8 juni 1971 (zaak 78/70, Deutsche Grammophon, Jurispr. 1971, blz. 487, r. o. 16). Na deze inleidende opmerking stelt verzoekster in het bijzonder, dat op de relevante geografische markt nooit alomvattende wekelijkse tv-gidsen hebben bestaan. Wat de weekoverzichten van BBC betreft, verkeert derhalve geen enkele derde feitelijk in de positie van economische afhankelijkheid die kenmerkend is voor het bestaan van een machtspositie. Hieruit trekt verzoekster de conclusie, dat de door haar als zuiver hypothetisch beschouwde aanwezigheid van „potentiële uitgevers" op een markt voor alomvattende wekelijks verschijnende tv-gidsen, op zich onvoldoende grondslag vormt om het bestaan van een machtspositie in de zin van artikel 86 vast te stellen.

18 Verzoekster is het ook niet eens met de redenering die de Commissie tot de conclusie bracht, dat verzoeksters beleid met betrekking tot haar programmagegevens misbruik in de zin van artikel 86 oplevert. Door zich het alleenrecht op de verveelvoudiging van haar programmagegevens voor te behouden en ze als eerste in het verkeer te brengen, heeft zij niets anders gedaan dan het specifieke voorwerp van haar auteursrecht beschermen, hetgeen in geen enkel opzicht misbruik in de

zin van artikel 86 kan opleveren, en zelfs indien de gewraakte handelingen misbruik zouden kunnen opleveren, staat niet vast, dat dit in casu inderdaad het geval was. Verzoeksters redenering omvat vier onderdelen.

19 In de eerste plaats beroept zij zich op haar auteursrecht op haar eigen programmaoverzichten in Ierland en Noord-Ierland. Onder verwijzing naar de arresten van het Hof van 5 oktober 1988 (zaak 238/87, Volvo, Jurispr. 1988, blz. 6211) en 14 september 1982 (zaak 144/81, Keurkoop, Jurispr. 1982, blz. 2853) stelt zij, dat bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht en bij gebreke van eenvormige gemeenschapsregels of geharmoniseerde nationale regels het aan de nationale wetgever staat om de voorwaarden en modaliteiten van de auteursrechtelijke bescherming vast te stellen en, in het bijzonder, te bepalen welke produkten die bescherming genieten. Op de programmaoverzichten zoals door de Commissie omschreven in punt 7 van de beschikking, rust zowel in Ierland als in Noord-Ierland auteursrecht. In dit verband verwijst verzoekster naar de arresten van de Engelse High Court of Justice in de zaak BBC en ITP/Time Out Limited ([1984] FSR 64) en van de Ierse High Court in de zaak RTE, BBC en ITP/Magill (reeds aangehaald). Zij beklemtoont, dat het auteursrecht zowel in het Britse als in het Ierse recht de rechthebbende onder meer toestaat verveelvoudiging en openbaarmaking van het beschermde werk te verhinderen.

20 In de tweede plaats betoogt verzoekster, dat volgens vaste rechtspraak van het Hof het feit dat een onderneming op grond van het nationale recht een beroep doet op bescherming van het specifieke voorwerp van een intellectueel-eigendomsrecht, op zich geen „misbruik" in de zin van artikel 86 oplevert. Zij verwijst in het bijzonder naar het arrest in de zaak Volvo (reeds aangehaald, r. o. 8). Het arrest van het Hof van 6 oktober 1982 (zaak 262/81, Coditel, Jurispr. 1981, blz. 3381) en de conclusie van advocaat-generaal Reischl in die zaak citerend, stelt zij, dat het Verdrag het specifieke voorwerp van de in de Lid-Staten wettelijk verleende intellectuele-eigendomsrechten onverlet laat. Het specifieke voorwerp van het hier in geding zijnde auteursrecht behelst noodzakelijkerwijs een alleenrecht om het beschermde werk te verveelvoudigen en openbaar te maken, alsmede de uitoefening van de hiertoe geëigende rechtsmiddelen (arrest van het Hof van 17 mei 1988, zaak 158/86, Warner Brothers e. a., Jurispr. 1988, blz. 2605, r. o. 13).

21 In aansluiting op het voorgaande voert verzoekster in de derde plaats aan, dat zij door publikatie van haar wekelijkse programmaoverzichten te weigeren en door

tegen Magill een procedure aan te spannen, enkel het specifieke voorwerp van haar auteursrecht op haar eigen programmaoverzichten heeft beschermd. De vaststelling van de Commissie, dat de bestreden gedragingen „buiten de sfeer van het specifieke voorwerp" van het auteursrecht vallen, is derhalve kennelijk onjuist.

22 Volgens verzoekster heeft de Commissie, in strijd met artikel 190 EEG-Verdrag, zoals uitgelegd door het Hof in zijn arrest van 26 november 1975 (zaak 73/74, Papiers Peints, Jurispr. 1975, blz. 1491), ook niet voldaan aan haar verplichting de beschikking met redenen te omkleden. De Commissie heeft in haar beschikking niet gepreciseerd wat zij onder „de draagwijdte van het specifieke voorwerp" van het auteursrecht verstaat, en evenmin de redenen vermeld op grond waarvan zij tot het oordeel was gekomen, dat de gelaakte gedraging buiten het specifieke voorwerp van het auteursrecht viel, een oordeel dat volgens verzoekster in strijd is met de vaste rechtspraak van het Hof, zoals bevestigd in de zaak Volvo. In het bijzonder wordt in de beschikking niet gesproken over bepaalde bijzondere omstandigheden van het soort bedoeld in rechtsoverweging 9 van het arrest Volvo (hierna weergegeven in rechtsoverweging 33), op grond waarvan eventueel zou kunnen worden vastgesteld, dat de uitoefening van een intellectueel-eigendomsrecht door de rechthebbende misbruik oplevert. De onwettigheid van dit motiveringsgebrek vloeit vooral voort uit de omstandigheid, dat de Commissie in deze beschikking voor het eerst het alleenrecht op verveelvoudiging en op het als eerste in het verkeer brengen van het specifieke voorwerp van een auteursrecht in twijfel heeft getrokken.

23 In de vierde plaats ten slotte betoogt verzoekster subsidiair, dat zelfs indien de bestreden gedragingen, anders dan zij reeds heeft gesteld, toch misbruik van een machtspositie konden opleveren, de Commissie het bestaan van dat misbruik niet heeft aangetoond. Zij heeft niet bewezen, dat het ontbreken, als gevolg van verzoeksters vergunningenbeleid, van een alomvattende wekelijks verschijnende tv-gids voor alle verbruikers werkelijk nadelig was in de zin van artikel 86, tweede alinea, sub b. De enkele weigering van de rechthebbende op een auteursrecht om mee te werken aan de totstandkoming van een nieuw produkt, in casu een alomvattende tv-gids, kan geen misbruik opleveren alleen omdat de Commissie van mening is, dat dat aan een zekere vraag tegemoet zou komen. Op basis van het arrest van het Hof van 29 juni 1978 (zaak 77/77, BP, Jurispr. 1978, blz. 1513) stelt verzoekster, dat de Commissie, bij gebreke van bewijs van enig nadeel voor de verbruikers, niet het recht had het rechtmatige beleid van verzoekster te verbieden en deze haar eigen zienswijze op te leggen.

24 Met betrekking tot de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen de Lid-Staten — eveneens een toepassingsvoorwaarde van artikel 86 — volstaat verzoekster met erop te wijzen, dat de Ierse High Court in zijn eerdergenoemd arrest van 26 juli 1988 heeft vastgesteld, dat Magill niet had kunnen aantonen, dat het beleid van BBC met betrekking tot haar programmagegevens een belangrijk of merkbaar gevolg voor het handelsverkeer tussen de Lid-Staten had gehad.

25 De Commissie wijst alle argumenten van verzoekster met betrekking tot de gestelde schending van artikel 86 en de onvoldoende motivering van de hand.

26 Ten einde het bestaan van een machtspositie aan te tonen, herhaalt de Commissie de argumenten waarop de motivering van de beschikking was gebaseerd. Kort samengevat betoogt zij, dat elk van de verzoeksters een machtspositie op twee kleine markten inneemt. De ene markt is die van verzoeksters eigen programmaoverzichten voor de volgende week, waarop zij een monopolie bezit. De andere is de markt voor wekelijks verschijnende tv-gidsen, die volgens de Commissie een afzonderlijke submarkt binnen de algemene markt van dag- en weekbladen vormt, want alleen daar wordt een produkt aangeboden — in casu volledige informatie over de wekelijkse BBC-programma's — waarnaar een specifieke vraag bestaat. In dit verband beklemtoont de Commissie, dat in de relevante periode Ierland en het Verenigd Koninkrijk de enige Lid-Staten waren waar geen enkele alomvattende wekelijkse tv-gids verkrijgbaar was die kon concurreren met de *Radio Times*, die aldus een monopoliepositie bezat.

27 Ten einde aan te tonen dat de gewraakte gedragingen misbruik opleveren, gaat de Commissie — zoals zij ter terechtzitting uitdrukkelijk heeft bevestigd — ervan uit, dat de programmaoverzichten naar nationaal recht auteursrechtelijk zijn beschermd. Maar dat verhindert volgens haar niet, dat het desbetreffende beleid en de gedragingen van verzoekster niet worden gedekt door de in het gemeenschapsrecht erkende bescherming van het auteursrecht.

28 In dit verband brengt de Commissie eerst in algemene zin onder de aandacht, dat een nationale wettelijke regeling die programmaoverzichten onder het auteursrecht

brengt, onverenigbaar is met de gemeenschapsregels. Volgens vaste rechtspraak valt de televisie-industrie onder de gemeenschapsregels (zie met name het arrest van het Hof van 6 oktober 1982, zaak 262/81, Coditel, Jurispr. 1982, blz. 3381). Een nationale regeling die auteursrecht op programmaoverzichten toekent, zou de omroeporganisaties in staat stellen hun rechtmatig wettelijk monopolie op radio- en televisieuitzendingen op een bepaalde frequentie te gebruiken om een onwettig monopolie op de afgeleide markt van publikatie van die wekelijkse programmaoverzichten in stand te houden en aldus te voorkomen, dat er een nieuw soort concurrerend produkt in de vorm van een alomvattende tv-gids verschijnt. Auteursrecht op programmaoverzichten zou bovendien de totstandkoming belemmeren van een enkele markt van radio- en televisiediensten op basis van artikel 59 EEG-Verdrag. Zonder een binnenmarkt van programmagegevens zou het recht van de consument op „televisie zonder grenzen" worden aangetast, omdat de televisiekijkers niet snel geneigd zijn meerdere programmabladen te kopen, met in elk blad slechts gegevens over één kanaal, of naar programma's — met name in een vreemde taal — te kijken waarover zij weinig informatie bezitten.

29 Ten einde het zoëven bedoelde conflict tussen het auteursrecht en, onder meer, de mededingingsregels op te lossen, aldus de Commissie, moet volgens de vaste rechtspraak eerst in elk afzonderlijk geval worden bepaald, wat het „specifieke voorwerp" van het recht van intellectuele eigendom is. Enkel dit „specifieke voorwerp" verdient bijzondere bescherming in de communautaire rechtsorde en rechtvaardigt uit dien hoofde bepaalde inbreuken op de gemeenschapsregels. In dit verband rijst allereerst de vraag, of auteursrecht op programmaoverzichten wel legitiem is en wat de onderliggende redenen zijn om dit — volgens de Commissie merkwaardige — auteursrecht te handhaven. Men dient in het onderhavige geval de „waarde" en de „gegrondheid" van het auteursrecht op de wekelijkse programmaoverzichten te beoordelen, rekening houdend met de doelen die men normaal met dit recht wil bereiken. Daarbij moet onder meer worden gelet op de aard van het beschermde recht vanuit technologisch, cultureel of innovatief oogpunt, alsmede op het doel en de rechtvaardiging naar nationaal recht van het auteursrecht op programmaoverzichten (zie met name de arresten van het Hof van 8 juni 1982, zaak 258/78, Nungesser, Jurispr. 1982, blz. 2015; 6 oktober 1982, zaak 262/81, Coditel, reeds aangehaald; 30 juni 1988, zaak 35/87, Thetford, Jurispr. 1988, blz. 3585, r. o. 17-21, en 17 mei 1988, zaak 158/86, Warner Brothers, Jurispr. 1988, blz. 2605, r. o. 10-16).

30 Wanneer men deze criteria aanlegt, blijkt volgens de Commissie, dat in de onderhavige zaak de programmaoverzichten op zich niet geheim of innovatief zijn noch

een onderzoekskarakter hebben. Integendeel, zij betreffen louter feitelijke gegevens, waarop dan ook geen auteursrecht zou mogen rusten. De creatieve inspanning die voor de voorbereiding ervan nodig is, wordt direct beloond door de omvang van het publiek voor de programma's en voor zover de beschikking afdoet aan het auteursrecht op de programmaoverzichten, heeft dat geen enkel gevolg voor de uitzendactiviteiten, die wel te onderscheiden zijn van het publiceren van de programmagegevens. Onder verwijzing naar de conclusie van advocaat-generaal Mischo in de zaak Thetford (reeds aangehaald) merkt de Commissie op, dat het handhaven van een auteursrecht op programmaoverzichten enkel kan worden verklaard uit het streven „een monopolie te verschaffen" aan de houder van dat recht.

31 Na aldus te hebben uiteengezet dat auteursrechtelijke bescherming voor programmaoverzichten niet met de essentiële functie van dat recht overeenkomt, beklemtoont de Commissie in de tweede plaats, dat verzoeksters beleid met betrekking tot de gegevens over haar wekelijkse programma's misbruik oplevert. Dit misbruik schuilt in het bijzonder in de willekeurige weigering — dat wil zeggen een weigering die niet valt te verdedigen op grond van de noodzaak van geheimhouding, onderzoek en ontwikkeling of andere objectief verifieerbare overwegingen — om Magill en andere „potentiële nieuwkomers" op de markt van wekelijkse tv-gidsen toe te staan die gegevens te publiceren, en dat enkel met het doel de introductie van een concurrerend produkt te beletten.

32 In dit verband stelt de Commissie, dat verzoeksters licentiebeleid discriminerend was „ten aanzien van de introductie van een nieuw produkt in de vorm van een alomvattende gids die zou gaan concurreren met de beperkte gids" van elk van de betrokken organisaties afzonderlijk, of met andere woorden „jegens Magill en andere potentiële nieuwkomers op de markt, die alomvattende wekelijkse gidsen aanboden". Voorts verklaart de Commissie, dat „wanneer de omroeporganisaties om een of andere reden ervoor hadden gekozen, de gegevens over komende programma's aan niemand te verstrekken, de zaak heel anders zou liggen; maar er waren twee categorieën marktdeelnemers die ze wel kregen, namelijk de door henzelf gecontroleerde tijdschriften en dagbladen die niet met deze tijdschriften concurreren. Uit deze factoren blijkt, dat de weigering om publikatie door anderen te dulden, willekeurig en discriminerend is". Deze willekeur wordt bevestigd door het feit, dat BBC discriminerend handelde ten opzichte van de publikatie van alomvattende tv-gidsen in sommige Lid-Staten, maar zich niet verzette tegen dergelijke publikaties in België en Nederland.

33 Ter ondersteuning van dit betoog verwijst de Commissie naar de arresten van het Hof van 5 oktober 1988 (zaak 238/87, Volvo, reeds aangehaald, r. o. 9, en zaak 53/87, CICRA e. a., Jurispr. 1988, blz. 6039, r. o. 16). Zij citeert met name rechtsoverweging 9 van het arrest Volvo, die luidt als volgt: „De uitoefening van een uitsluitend recht door de houder van een model voor carrosserieonderdelen van auto's kan op grond van artikel 86 verboden zijn, indien zij de onderneming met een machtspositie brengt tot gedragingen die misbruik opleveren, zoals de willekeurige weigering om vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs, de vaststelling van onbillijke prijzen voor vervangingsonderdelen of de beslissing om geen vervangingsonderdelen voor een bepaald automodel meer te vervaardigen, terwijl er nog vele auto's van dat model in omloop zijn, een en ander wanneer die gedragingen de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden". Volgens de Commissie komt het aan verzoekster verweten gedrag overeen met de door het Hof in de genoemde arresten bedoelde willekeurige weigering van de houder van een model om vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs die voor hun bedrijf op die levering zijn aangewezen. Door onder meer aan Magill de publikatie van haar wekelijkse programmaoverzichten te weigeren, verhindert verzoekster Magill zijn bedrijf van het publiceren van alomvattende tv-gidsen uit te oefenen.

Haar redenering voortzettend betoogt de Commissie, dat het aan verzoekster verweten gedrag verschilt van dat wat het Hof in het arrest Volvo rechtmatig heeft verklaard. Uit dit arrest blijkt immers, dat het feit dat een autofabrikant die rechthebbende op een model is, zich het recht voorbehoudt alle vervangingsonderdelen voor zijn auto's zelf te vervaardigen, op zich geen misbruik vormt (r. o. 11). In die zaak viel de markt van vervangingsonderdelen namelijk binnen het gebied van Volvo's voornaamste bedrijfsactiviteiten. Verzoekster in de onderhavige zaak maakt daarentegen gebruik van een machtspositie op een markt (die van programmagegevens) die binnen haar voornaamste werkterrein valt (het verzorgen van radio- en televisieprogramma's), ten einde voordelen te behalen op de daarvan afgeleide publikatiemarkt, die een afzonderlijke economische activiteit vormt. Bovendien is het nadeel voor de consumenten, aan wie een nieuw produkt werd onthouden, namelijk een alomvattende tv-gids waarnaar veel vraag bestond, een verzwarend element dat verzoeksters beleid met betrekking tot de gegevens over haar wekelijkse programma's tot misbruik maakt. In de zaak Volvo staat hiertegenover, dat de consumenten wel vervangingsonderdelen konden krijgen en concurrentie tussen onafhankelijke reparateurs en ook tussen de verschillende fabrikanten zelf mogelijk was, aangezien de klanten konden kiezen voor een ander automerk indien de vervangingsonderdelen te duur of moeilijk verkrijgbaar werden.

34 Voorts verwerpt de Commissie verzoeksters argumenten met betrekking tot haar openbare-dienstverplichtingen. BBC had immers de inhoud en presentatie van de *Radio Times* kunnen aanpassen, indien zij dat dienstig achtte.

35 De Commissie voegt hieraan toe, dat haar analyse van het misbruik van het auteursrecht ook geldt voor andere situaties dan de onderhavige, bij voorbeeld op het gebied van computersoftware.

36 Ten einde aan te tonen dat de gewraakte gedragingen het handelsverkeer tussen de Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden, stelt de Commissie, dat de invloed op het handelsverkeer tussen Ierland en het Verenigd Koninkrijk onder meer moet worden bepaald aan de hand van de potentiële handelsstroom in alomvattende tv-gidsen. Zij wijst erop, dat een deskundige van de BBC ter terechtzitting heeft bevestigd, dat er tussen Ierland en Noord-Ierland een potentiële handelsstroom van tv-gidsen bestaat. Deze deskundige verklaarde, dat de terughoudendheid van verzoekster met betrekking tot de publikatie van alomvattende gidsen was ingegeven door de vrees, dat dergelijke gidsen in de Engelse taal, met onder meer gegevens over de BBC-programma's, in het Verenigd Koninkrijk zouden worden ingevoerd.

37 Magill, interveniënte, stelt, dat de High Court inmiddels heeft vastgesteld, dat er naar Iers recht auteursrecht op programmaoverzichten bestaat en dat Magill daarop inbreuk heeft gemaakt. De uitkomst van het beroep dat BBC, ITP en RTE bij de Ierse rechter tegen Magill hebben ingesteld, zal daarom afhangen van de beslissing van de gemeenschapsrechter over de vraag, of het door de Commissie in haar beschikking gewraakte beleid verenigbaar is met het gemeenschapsrecht. Interveniënte wijst erop, dat zij als gevolg van de rechterlijke bevelen van 1986 en de kosten van de nationale procedures haar activiteiten heeft moeten staken en van de markt is verdreven als concurrent van BBC, ITP en RTE.

38 Interveniënte sluit zich volledig aan bij de opmerkingen van de Commissie. Zij bestrijdt verzoeksters uitlegging, dat de beschikking een verplichting tot het verlenen van licenties inhoudt. Zij beklemtoont het belang van de toestemming van de houder van het auteursrecht. Volgens interveniënte zou verzoekster, indien zij aan geen enkele derde een licentie verleende, met recht kunnen volhouden dat zij niets

anders deed dan haar alleenrecht ten eigen bate gebruiken. Besluit zij echter licenties te verlenen voor de publikatie van haar dagelijkse programmagegevens, dan mag zij haar auteursrecht niet gebruiken om de publikatie van haar weekoverzichten door derden te beletten.

39 Interveniënte stelt ook, dat de gelaakte gedragingen misbruik in de zin van artikel 86 vormen, „juist omdat het om een identieke handelwijze van drie nationale omroeporganisaties gaat, waarmee zij alle concurrerende nieuwsmedia in twee Lid-Staten een gemeenschappelijke regeling opleggen met het doel het voor hun drie eigen publikaties verworven marktaandeel te beschermen". Volgens interveniënte berust deze gemeenschappelijke regeling op een stilzwijgende afspraak.

40 In haar antwoord stelt verzoekster, dat de Commissie voor het Gerecht nieuwe feiten en argumenten aanvoert die noch in de mededeling van de punten van bezwaar noch in de beschikking voorkomen. Daarmee maakt de Commissie inbreuk op het recht van verweer zowel in het kader van de administratieve procedure als voor het Gerecht (arresten van het Hof van 4 juli 1963, zaak 24/62, Duitsland/Commissie, Jurispr. 1963, blz. 135, en 15 maart 1967, gevoegde zaken 8/66 tot en met 11/66, Cimenteries CBR, Jurispr. 1967, blz. 91).

Verzoekster betoogt in het bijzonder, dat het argument van de Commissie, waarmee in twijfel wordt getrokken of nationaal recht dat voorziet in auteursrecht op programmaoverzichten, verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, in het huidige stadium van de procedure niet ontvankelijk is omdat dit een nieuw argument is. Het argument dat het auteursrecht op programmaoverzichten „auteursrecht op feiten en ideeën" is, is niet ontvankelijk. Niet ontvankelijk zijn ook de beweringen van de Commissie, dat de betrokken gedragingen willekeurig en discriminerend waren, want ook deze zijn in de mededeling van de punten van bezwaar en in de beschikking niet terug te vinden. In dit verband merkt verzoekster op, dat de redenering in punt 23 van de beschikking — aangenomen al dat zij juist is — ook zou opgaan wanneer BBC nooit enige licentie aan derden had verleend. Hieruit blijkt duidelijk, dat de beschikking niet is gebaseerd op de vaststelling van discriminatie. Volgens verzoekster kan discriminatie geen rechtvaardiging voor de beschikking vormen, omdat discriminatie er niet aan ten grondslag ligt. Voorts betwist verzoekster de ontvankelijkheid van het enkel door interveniënte aangevoerde middel, dat er een stilzwijgende afspraak tussen BBC, ITP en RTE bestond. Dit middel

gaat volgens verzoekster uit van een inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en is derhalve niet ontvankelijk.

41 Ten gronde merkt verzoekster op, dat de Commissie wat het vermeende misbruik bij haar licentiebeleid betreft, niet ingaat op het probleem dat voortkomt uit het feit dat de weigering om publikatie van programmaoverzichten toe te staan, geen misbruik kan vormen, omdat de auteursrechthebbende anders een belangrijk deel van zijn alleenrecht kwijt raakt. De aard van het auteursrechtelijk beschermde materiaal en de relatieve waarde ervan doen niet ter zake bij de beoordeling van de draagwijdte van dat recht. Het specifieke voorwerp en de grondslag van het auteursrecht blijven hetzelfde, ongeacht of het beschermde materiaal al dan niet innovatief is, een bedrijfsgeheim of een onderzoekactiviteit betreft. Het auteursrecht in het Verenigd Koninkrijk en Ierland maakt geen onderscheid tussen werken die, zoals de Commissie zich uitdrukt, „banaal" zijn, en andere werken, want dat is een zuiver subjectieve beoordeling. Evenzo betekent het feit, dat BBC tal van derden kosteloos toestemming verleent om dagelijks programmagegevens te verspreiden waarop auteursrecht rust, niet alleen niet dat die gegevens weinig waard zijn of geen „waardevol" goed vormen, maar het is ook volstrekt irrelevant voor de beoordeling van de draagwijdte van het erop rustende auteursrecht.

42 Ook is verzoekster het oneens met de stelling van de Commissie, dat zij een „discriminerend licentiebeleid" voert omdat zij bepaalde categorieën derden wel toestaat het beschermde materiaal te publiceren, maar niet degenen die een alomvattende wekelijkse tv-gids wensen te produceren. Het wezen van discriminatie is ongelijke behandeling van objectief gelijke situaties. Zij ontkent dan ook een discriminerend beleid te voeren, omdat zij bereid is aan elk dagblad, weekblad of tijdschrift onder de tot dusver geldende voorwaarden een licentie te verlenen. Ook bestrijdt zij het argument van interveniënte, dat haar gedraging verder gaat dan nodig is om het specifieke voorwerp van het auteursrecht te beschermen, door er eerst in toe te stemmen de programmagegevens aan derden te verstrekken, maar vervolgens de voorwaarden waaronder dezen die gegevens mogen publiceren, strenger te maken. Een auteursrechthebbende die een liberaal beleid voert en onder bepaalde voorwaarden licenties verleent, neemt daarmee juridisch niet de verplichting op zich, onbeperkt licenties te verlenen.

43 Verzoekster betwist eveneens de grief inzake willekeur. De essentie van het specifieke voorwerp van het auteursrecht is het recht derden te verhinderen om zonder toestemming van de rechthebbende het beschermde werk te verveelvoudigen, zonder dat dit met een „objectief verifieerbaar argument" behoeft te worden gerechtvaardigd. In werkelijkheid is haar beleid overigens wel objectief te rechtvaardigen. Een combinatie van de verschillende bronnen van op de markt beschikbare programmagegevens en de publikatie van de *Radio Times,* als onderdeel van de openbare dienstverlening door BBC (zie r. o. 16 hiervoor), is het beste middel om aan de behoeften en wensen van het publiek te voldoen. Wanneer in Ierland en het Verenigd Koninkrijk alomvattende wekelijkse programmabladen werden gepubliceerd, dan zou, zo stelt verzoekster, de *Radio Times* in zijn huidige vorm van een in BBC-programma's gespecialiseerde gids commercieel waarschijnlijk niet meer levensvatbaar zijn.

44 Anders dan verzoekster is de Commissie van mening, dat de argumenten feitelijk en rechtens die zij in deze procedure aanvoert, enkel een verbreding, verduidelijking en versterking zijn van de overwegingen waarop de beschikking is gebaseerd, en daarmee dus volstrekt overeenstemmen. Maar ook als dat niet het geval was, zou verzoeksters recht van verweer voor het Gerecht of tijdens de administratieve procedure geenszins zijn geschaad; hooguit zou er dan sprake kunnen zijn van onvolledigheid of van een vergissing in de motivering van de beschikking, wat in casu echter niet het geval is. De Commissie herinnert eraan, dat volgens het Hof van Justitie „een zelfstandige en uitputtende motivering" voor elk onderdeel van de beschikking niet nodig is, wanneer „een voldoende motivering ook kan volgen uit het onderling verband der verschillende overwegingen, waarop voor zulk een beschikking een beroep werd gedaan" (arrest van 20 maart 1957, zaak 2/56, Geitling, Jurispr. 1957, blz. 9). In het onderhavige geval zijn de voornaamste elementen feitelijk en rechtens waarop de beschikking berust, beknopt doch duidelijk vermeld.

45 De Commissie wijst er met name op, dat het feit dat er in de beschikking van uit wordt gegaan, dat er op de betrokken gegevens auteursrecht rustte, volstrekt consistent is met haar stelling in de procedure voor het Gerecht, dat een dergelijk auteursrecht niet voor compilaties van banale gegevens zou moeten gelden.

Met betrekking tot de vaststelling dat verzoeksters gedragingen misbruik opleveren, betoogt de Commissie, dat de adjectieven „willekeurig" en „discriminerend"

ter kwalificatie van die gedragingen, ook al zijn zij niet tijdens de administratieve procedure gebruikt, geen nieuw begrip opleveren. Zij beschrijven het misbruik dat het gevolg is van het feit dat verzoeksters licentiebeleid „discrimineerde tegen de introductie van een nieuw produkt in de vorm van een alomvattende gids, die met verzoeksters eigen gids zou gaan concurreren, terwijl tegelijkertijd de publikatie van verzoeksters programma's in dagbladen werd bevorderd".

46 Ten gronde heeft de Commissie er ter terechtzitting op gewezen, dat verzoeksters bezorgdheid over de levensvatbaarheid van de *Radio Times,* indien deze met alomvattende tv-gidsen zou moeten concurreren, na de vaststelling door het Britse parlement van de Broadcasting Act 1990 ongegrond is gebleken. De bij deze wet ingevoerde wijzigingen hebben ertoe geleid, dat BBC en ITP sinds maart 1991 hun respectieve programmabladen zijn gaan publiceren in de vorm van alomvattende gidsen, waarin de televisiekijkers informatie wordt geboden over de programma's van BBC, ITV, Channel 4 en de satellietkanalen.

— *Beoordeling rechtens*

47 In het licht van de hiervóór weergegeven argumenten van partijen moet het Gerecht bij zijn beoordeling van het middel ontleend aan schending van artikel 86, vier punten onderzoeken: 1) welke is de relevante produktenmarkt, 2) welke positie neemt verzoekster op die markt in, 3) levert de in geding zijnde gedraging al dan niet misbruik op en is de beschikking dienaangaande voldoende gemotiveerd, en 4) wat zijn de gevolgen van die gedraging voor het handelsverkeer tussen Lid-Staten.

— De omschrijving van de relevante produkten

48 Met betrekking tot de omschrijving van de relevante produkten — volgens de beschikking zijn dat verzoeksters wekelijkse programmaoverzichten en de tv-gidsen waarin deze worden gepubliceerd —, stelt het Gerecht vast dat, anders dan verzoekster beweert, de aldus omschreven produkten specifieke markten vertegenwoordigen, die niet identiek zijn met de markt van gegevens over televisieprogramma's in het algemeen.

49 In het kader van de onderhavige zaak valt de markt van wekelijkse programmaoverzichten en van tv-gidsen waarin zij worden gepubliceerd, binnen de sfeer van een economische activiteit — namelijk uitgeven —, die volledig losstaat van de markt van radio- en televisieuitzendingen. Beklemtoond moet worden, dat de programmaoverzichten enkel gebruikt kunnen worden als voor de produktie van tv-gidsen essentiële informatie over programma's. Zij moeten daarom duidelijk worden onderscheiden van de programma's zelf. Voorts vormt de publikatie door verzoekster van haar eigen tv-gids een commerciële activiteit die in geen enkel verband staat met haar voornaamste activiteit, namelijk het verzorgen van radio- en televisieuitzendingen. Aan deze conclusie wordt niet afgedaan door de omstandigheid dat verzoekster, als onderdeel van haar openbare-dienstverrichting, zich inspant de aandacht op haar eigen uitzendingen te vestigen, onder meer door ervoor te zorgen, dat de in de *Radio Times* gepubliceerde informatie over haar programma's aan bepaalde kwaliteitsnormen voldoet en volledig wordt opgenomen in de zestien regionale edities van dat weekblad.

50 De markten van wekelijkse programmaoverzichten en van tv-gidsen waarin deze worden gepubliceerd, zijn in feite submarkten van de markt van gegevens over televisieprogramma's in het algemeen. Zij bieden een produkt aan — informatie over de weekprogramma's — waarnaar een specifieke vraag bestaat zowel van derden die alomvattende tv-gidsen willen publiceren en in de handel brengen, als van televisiekijkers. Eerstgenoemden kunnen dergelijke gidsen niet publiceren wanneer zij niet beschikken over alle wekelijkse programmaoverzichten voor de kanalen die binnen de relevante geografische markt kunnen worden ontvangen. Wat de televisiekijkers betreft, stelt de Commissie in haar beschikking terecht vast, dat de programmainformatie die op de markt beschikbaar was op het moment waarop de beschikking tot stand kwam — te weten 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 die kijkers slechts in beperkte mate voorafgaande informatie over het gehele weekprogramma kon vervangen. Enkel wekelijks verschijnende tv-gidsen met de volledige programma's voor de komende week bieden de kijkers de mogelijkheid vooraf te beslissen welk programma zij willen zien, en aan de hand daarvan plannen te maken voor de besteding van hun vrije tijd in de komende week.

De beperkte vervangbaarheid van wekelijkse programmagegevens blijkt in het bijzonder uit het succes van de enige gespecialiseerde tv-gidsen die destijds op de

Britse en Ierse markt van wekelijkse gidsen verkrijgbaar waren, en wat de rest van de Gemeenschap betreft, van de alomvattende tv-gidsen die op de markten van de andere Lid-Staten verschijnen. Hieruit blijkt duidelijk het bestaan van een constante en regelmatige potentiële vraag van de zijde van de kijkers, in dit geval in Ierland en Noord-Ierland, naar tv-gidsen met volledige programmaoverzichten voor de eerstvolgende week, ongeacht andere programmainformatie die op de markt beschikbaar is.

— Het bestaan van een machtspositie

51 Met betrekking tot verzoeksters positie op de relevante markt merkt het Gerecht op, dat BBC, als gevolg van haar auteursrecht op haar programmaoverzichten, het alleenrecht bezat om deze overzichten te verveelvoudigen 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 *Radio Times*, een tijdschrift dat speciaal gericht is op haar eigen programma's. Verzoekster bezat 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 economisch afhankelijk van verzoekster, die daardoor een daadwerkelijke mededinging op de markt van informatie over haar wekelijkse programma's kon verhinderen (arrest van het Hof van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 30).

— Het bestaan van misbruik

52 Na te hebben vastgesteld dat verzoekster in de relevante periode een machtspositie bezat op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, dient het Gerecht te onderzoeken of haar beleid met betrekking tot de verspreiding van gegevens over de wekelijkse programma's van BBC, welk beleid gebaseerd was op de exploitatie van haar auteursrecht op de programmaoverzichten, misbruik in de zin van artikel 86 opleverde. Daartoe dient artikel 86 te worden uitgelegd in het licht van het auteursrecht op programmaoverzichten.

53 Bij gebreke van geharmoniseerde nationale regels of van eenvormige gemeenschapsregels behoort het vaststellen van voorwaarden en procedures voor de be-

scherming van het auteursrecht tot de bevoegdheid van de nationale autoriteiten. Deze bevoegdheidsverdeling ten aanzien van rechten van intellectuele eigendom is door het Hof uitdrukkelijk goedgekeurd in zijn arrest van 14 september 1982 (zaak 144/81, Keurkoop, Jurispr. 1982, blz. 2853, r. o. 18) en met name bevestigd in zijn arresten van 5 oktober 1988 (zaken 53/87, CICRA, reeds aangehaald, r. o. 10, en 238/87, Volvo, reeds aangehaald, r. o. 7).

54 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. Deze afwijking is evenwel uitdrukkelijk aan een aantal voorwaarden gebonden. De door het nationale recht verleende bescherming van intellectuele-eigendomsrechten wordt naar gemeenschapsrecht enkel erkend onder de in artikel 36, tweede zin, genoemde voorwaarden. Volgens deze bepaling mogen de beperkingen van het vrije verkeer uit hoofde van de bescherming van intellectuele eigendom „geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten vormen". Artikel 36 beklemtoont aldus, dat tussen de eisen van het vrije verkeer van goederen en de eerbiediging van 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. De uitoefening van de door de nationale wettelijke regeling verleende intellectuele-eigendomsrechten moet derhalve blijven binnen de voor dat evenwicht noodzakelijke grenzen (zie arrest van 14 september 1982, zaak 144/81, Keurkoop, reeds aangehaald, r. o. 24).

55 In het stelsel van het Verdrag moet artikel 36 worden uitgelegd „in het licht van de doelen en activiteiten van de Gemeenschap, zoals omschreven in de artikelen 2 en 3 EEG-Verdrag", gelijk het Hof overwoog in zijn arrest van 9 februari 1982 (zaak 270/80, Polydor, Jurispr. 1982, blz. 329, r. o. 16). Bij die beoordeling moet in het bijzonder rekening worden gehouden met de vereisten verband houdend met de totstandbrenging van een stelsel van vrije mededinging binnen de Gemeenschap, als bedoeld in genoemd artikel 3, sub f, en die onder meer tot uitdrukking komen in de verbodsbepalingen van de artikelen 85 en 86 EEG-Verdrag.

56 Ingevolge artikel 36, zoals uitgelegd in het licht van de doelstellingen van de artikelen 85 en 86 en de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen of diensten, zijn naar gemeenschapsrecht enkel 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. In zijn arrest van 8 juni 1971 (zaak 78/70, Deutsche Grammophon, reeds aangehaald), waarin het om een naburig recht van het auteursrecht ging, overwoog het Hof (r. o. 11), „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" (zie ook de arresten van 18 maart 1980, zaak 62/79, Coditel, Jurispr. 1980, blz. 881, r. o. 14; 22 januari 1981, zaak 58/80, Dansk Supermarked, Jurispr. 1981, blz. 181, r. o. 11; en 6 oktober 1982, zaak 262/81, Coditel, reeds aangehaald, r. o. 12; voor andere intellectuele-eigendomsrechten dan het auteursrecht, zie de arresten van 31 oktober 1974, zaak 16/74, Centrafarm, Jurispr. 1974, blz. 1183; 23 mei 1978, zaak 102/77, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1978, blz. 1139, r. o. 8; 25 februari 1986, zaak 193/83, Windsurfing International, Jurispr. 1986, blz. 611, r. o. 45; 5 oktober 1988, zaken 53/87, CICRA, r. o. 11, en 238/87, Volvo, reeds aangehaald, r. o. 8; en 17 oktober 1990, zaak C-10/89, Hag GF, Jurispr. 1990, blz. I-3711, r. o. 12).

57 Het staat vast, dat de bescherming van het specifieke voorwerp van het auteursrecht de auteursrechthebbende in beginsel het alleenrecht verleent om het beschermde werk te verveelvoudigen. Het Hof heeft dit uitdrukkelijk erkend in zijn arrest van 17 mei 1988 (zaak 158/86, Warner Brothers, reeds aangehaald, r. o. 13), waarin het verklaarde: „De twee voornaamste prerogatieven van de auteur, het alleenrecht van vertoning en het alleenrecht van verveelvoudiging, worden door de verdragsbepalingen onverlet gelaten" (zie ook arrest van 24 januari 1989, zaak 341/87, EMI Electrola, Jurispr. 1989, blz. 79, r. o. 7 en 14).

58 Dat de uitoefening van het alleenrecht tot verveelvoudiging van een beschermd werk op zich geen misbruik vormt, is duidelijk, doch het ligt anders, wanneer uit de bijzonderheden van het concrete geval blijkt, dat dat 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 niet meer uitgeoefend op een wijze die in overeenstemming is met de wezenlijke functie ervan in de zin van artikel 36 EEG-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 (zie met betrekking tot octrooirechten 's Hofs arresten van 14 juli 1981, zaak 187/80, Merck, Jurispr. 1981, blz. 2063, r. o. 10, en 9 juli 1985, zaak 19/84, Pharmon, Jurispr. 1985, blz. 2281, r. o. 26; en met betrekking tot het auteursrecht het arrest van 17 mei

1988, zaak 158/86, Warner Brothers, reeds aangehaald, r. o. 15). In dat geval heeft het gemeenschapsrecht, in het bijzonder wanneer het gaat om zo fundamentele beginselen als het vrije verkeer van goederen en de vrije mededinging, voorrang op elke andere, met die beginselen strijdige nationale regeling inzake de intellectuele eigendom.

59 Deze opvatting vindt bevestiging in eerdergenoemde rechtspraak van het Hof. In de zaak Volvo, waarop de Commissie zich beroept, en in de zaak CICRA overwoog het Hof, dat de uitoefening van een uitsluitend recht — dat in beginsel niet wezenlijk verschilt van het thans in geding zijnde intellectuele-eigendomsrecht — op grond van artikel 86 verboden kan zijn, indien die uitoefening de onderneming met een machtspositie brengt tot gedragingen die misbruik opleveren. De in die twee zaken aan het Hof gestelde prejudiciële vragen betroffen de toelaatbaarheid van de gedragingen van twee autofabrikanten, die zich op grond van wettig gedeponeerde modellen het alleenrecht voorbehielden om vervangingsonderdelen voor door hen geproduceerde auto's te vervaardigen en in de handel te brengen. Als voorbeelden van gedragingen die misbruik in de zin van artikel 86 opleveren, noemde het Hof de willekeurige weigering om vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs, de vaststelling van onbillijke prijzen voor vervangingsonderdelen en de beslissing om geen vervangingsonderdelen voor een bepaald automodel meer te vervaardigen, terwijl er nog vele auto's van dat model in omloop zijn (zaken 238/87, Volvo, r. o. 9, en 53/87, CICRA, r. o. 18, reeds aangehaald).

60 In de onderhavige zaak moet worden opgemerkt, dat verzoekster, door zich het uitsluitend recht op publikatie van haar wekelijkse programmaoverzichten voor te behouden, de introductie op de markt belette van een nieuw produkt — een alomvattende tv-gids — die waarschijnlijk met haar eigen tijdschrift, de *Radio Times*, zou gaan concurreren. Aldus gebruikte verzoekster haar auteursrecht op de in het kader van haar omroepactiviteiten vervaardigde programmaoverzichten om zich een monopolie op de afgeleide markt van wekelijks verschijnende tv-gidsen te verzekeren. In dit verband is het veelzeggend, dat verzoekster wel om niet toestemming gaf voor de publikatie van haar dagelijkse overzichten en van de hoogtepunten van haar wekelijkse programma's in Ierse en Britse kranten. Bovendien gaf zij, zonder hiervoor een vergoeding te vragen, toestemming voor de publikatie van haar wekelijkse programmaoverzichten in andere Lid-Staten.

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 —

gaat duidelijk verder dan wat naar gemeenschapsrecht is toegestaan met het oog op de wezenlijke functie van het auteursrecht. Verzoeksters weigering om derden toestemming te geven haar wekelijkse programmaoverzichten te publiceren, was in dit geval willekeurig, voor zover zij niet viel te verdedigen op grond van de specifieke vereisten van de omroepsector — die hier niet in het geding is — of op grond van bijzondere vereisten verband houdend met het publiceren van tv-gidsen. Om de commerciële levensvatbaarheid van haar wekelijkse publikatie, de *Radio Times,* te verzekeren, had verzoekster zich kunnen aanpassen aan de voorwaarden van een aan mededinging onderworpen markt van tv-gidsen. Haar gedragingen kunnen derhalve naar gemeenschapsrecht niet worden gedekt door de door haar auteursrecht op de programmaoverzichten verleende bescherming.

61 Ter ondersteuning van deze vaststelling moet er nog op worden gewezen dat, anders dan verzoekster beweert, er verschil bestaat tussen haar weigering om derden toe te staan haar wekelijkse programmaoverzichten te publiceren, en de weigering van Volvo en Renault, waarop de arresten van 5 oktober 1988 betrekking hebben, om derden licenties te verlenen voor de vervaardiging en levering van vervangingsonderdelen. In de onderhavige zaak had het feit dat verzoekster zich het uitsluitend recht op verveelvoudiging van haar programmaoverzichten voorbehield, tot doel en tot gevolg, dat elke potentiële mededinging op de afgeleide markt van informatie over de wekelijkse programma's op de BBC-kanalen werd verhinderd, ten einde het monopolie dat verzoekster door de publikatie van de *Radio Times* bezat, in stand te houden. Vanuit het standpunt van andere ondernemingen die geïnteresseerd waren in het publiceren van een tv-gids, is verzoeksters weigering om derden die daarom vroegen, zonder te discrimineren toestemming te geven haar programmaoverzichten te publiceren, zoals de Commissie terecht benadrukt, vergelijkbaar met een willekeurige weigering van een autofabrikant om bij zijn hoofdactiviteit als autoconstructeur vervaardigde vervangingsonderdelen te leveren aan een onafhankelijke reparateur die werkzaam is op de afgeleide markt van auto-onderhoud en -reparatie. Bovendien verhinderde verzoeksters gedraging de introductie op de markt van een bepaald soort produkt, namelijk een alomvattende tv-gids. Voor zover uit die gedraging in het bijzonder de weigering bleek om rekening te houden met de wensen van de consument, vertoont zij ook een zekere overeenkomst met het — door het Hof in eerdergenoemde arresten als hypothese behandelde — besluit van een autofabrikant om voor bepaalde modellen geen vervangingsonderdelen meer te vervaardigen, hoewel er op de markt nog vraag naar bestaat (zaken 238/87, Volvo, r. o. 9, en 53/87, CICRA, r. o. 18, reeds aangehaald). Deze vergelijking maakt duidelijk, dat verzoeksters gedraging volgens de criteria die in de door partijen aangevoerde rechtspraak zijn ontwikkeld, geen verband houdt met het wezen van het auteursrecht.

62 In het licht van het voorgaande stelt 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.

63 In dit verband stelt verzoekster echter ook, dat de beschikking onvoldoende is gemotiveerd. Deze grief kan niet worden aanvaard. De Commissie heeft in de beschikking duidelijk de redenen vermeld die haar tot de conclusie brachten, dat verzoekster door haar alleenrecht op verveelvoudiging van de 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. Anders dan verzoekster beweert, is de motivering in de bestreden beschikking dus voldoende om de belanghebbenden in staat te stellen kennis te nemen van de voornaamste criteria feitelijk en rechtens 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. Onder meer in zijn arrest van 17 januari 1984 (gevoegde zaken 43/82 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19, r. o. 22) heeft het Hof verklaard, „dat de Commissie krachtens artikel 190 EEG-Verdrag weliswaar de feitelijke elementen waarvan de rechtvaardiging van de beslissing afhangt, en de overwegingen rechtens die haar tot het nemen van de beslissing hebben geleid, moet vermelden, doch dat deze bepaling niet voorschrijft dat de Commissie moet ingaan op alle punten feitelijk en rechtens die tijdens de administratieve procedures zijn behandeld" (zie ook het arrest van 11 juli 1989, zaak 246/86, Belasco, Jurispr. 1989, blz. 2117, r. o. 55 en 56). De argumenten feitelijk en rechtens, die essentieel waren voor de in de beschikking tegen verzoekster ingebrachte grieven, waren in de mededeling van de punten van bezwaar vermeld. Verzoeksters stelling, dat de administratieve procedure onregelmatig is verlopen, moet derhalve worden verworpen (arrest van het Hof van 25 oktober 1983, zaak 107/82, AEG, Jurispr. 1983, blz. 3151, r. o. 30).

— De gevolgen voor het handelsverkeer tussen Lid-Staten

64 Bij de uitlegging en toepassing van de voorwaarde dat, wil artikel 86 toepasselijk zijn, het misbruik gevolgen moet hebben voor het handelsverkeer tussen Lid-Sta-

ten, dient men uit te gaan van het doel van die voorwaarde, namelijk „om ter zake van de mededingingsregels het toepassingsgebied van het gemeenschapsrecht af te bakenen tegenover dat van het recht der Lid-Staten. Onder het gemeenschapsrecht vallen dan ondernemersafspraken en gedragingen die de vrije handel tussen Lid-Staten in gevaar kunnen brengen op een wijze die schadelijk kan zijn voor de verwezenlijking van de doelstellingen van één markt tussen de Lid-Staten, inzonderheid door afscherming van de nationale markten of door wijziging van de mededingingsstructuur in de gemeenschappelijke markt" (arrest van het Hof van 31 mei 1979, zaak 22/78, Hugin, Jurispr. 1979, blz. 1869, r. o. 17; zie ook de arresten van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223, r. o. 32; 13 februari 1979, zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 125; en 14 februari 1978, zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, r. o. 201). Voor de toepasselijkheid van artikel 86 is het voldoende dat het misbruik het handelsverkeer tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden. Het is dus niet noodzakelijk dat het handelsverkeer daadwerkelijk ongunstig is beïnvloed (zie, onder meer, de arresten van het Hof van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, reeds aangehaald, r. o. 104; en 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner en Elser, Jurispr. 1991, blz. I-1979, r. o. 32).

65 In de onderhavige zaak stelt het Gerecht vast, dat door verzoeksters 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.

Verzoeksters weigering om geïnteresseerde derden toe te staan haar programma-overzichten te publiceren, had beslissende gevolgen voor de mededingingsstructuur in de sector tv-gidsen in Ierland en Noord-Ierland. Door haar licentiebeleid, waardoor met name Magill werd belet om zowel in Ierland als in Noord-Ierland een alomvattende tv-gids op de markt te brengen, heeft verzoekster niet slechts een concurrerende onderneming van de markt van tv-gidsen geweerd, maar ook elke potentiële mededinging op deze markt uitgesloten, wat tot gevolg had dat de Ierse en de Noordierse markt van elkaar afgeschermd bleven. Die gedraging was derhalve ontegenzeglijk in staat het handelsverkeer tussen Lid-Staten ongunstig te beïnvloeden.

Voorts moet erop worden gewezen, dat een duidelijke aanwijzing voor het merkbare gevolg van het gelaakte beleid op het potentiële handelsverkeer tussen Ierland

en het Verenigd Koninkrijk gelegen is in het feit, dat er een specifieke vraag bestond naar een alomvattende tv-gids van het type *Magill TV Guide*, getuige het succes in de relevante periode van tv-gidsen met de programma's van één enkel kanaal en zolang een alomvattende tv-gids op de betrokken geografische markt ontbrak. Verzoeksters beleid met betrekking tot de gegevens over haar weekprogramma's verhinderde de produktie en de verkoop van alomvattende tv-gidsen bestemd voor alle televisiekijkers in Ierland en Noord-Ierland. Het relevante geografische gebied, waarin reeds een enkele markt van omroepdiensten bestond, vormt immers ook een enkele markt voor gegevens betreffende televisieprogramma's, in het bijzonder omdat de gemeenschappelijke taal het handelsverkeer zeer vergemakkelijkt.

66 Om al deze redenen moet het middel ontleend aan schending van artikel 86 en aan onvoldoende motivering van de beschikking, worden afgewezen.

67 Mitsdien moet de vordering tot nietigverklaring van de beschikking in haar geheel worden verworpen.

De subsidiaire vordering tot nietigverklaring van artikel 2 van de beschikking

68 Voor haar subsidiaire vordering tot gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking, te weten van artikel 2 voor zover dit haar verplicht dwanglicenties te verlenen, stelt verzoekster schending van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17, en schending van de Conventie van Bern van 1886 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, zoals gewijzigd te Brussel in 1948 en te Parijs in 1971 (hierna: „Berner Conventie").

1. *Schending van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad*

— *Argumenten van partijen*

69 Subsidiair betwist verzoekster de haar in artikel 2 van de beschikking opgelegde verplichting, derden toe te staan haar wekelijkse programmaoverzichten te publiceren. Zij stelt, dat de Commissie inbreuk heeft gemaakt op artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17, dat bepaalt: „Indien de Commissie, op verzoek of ambtshalve,

een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken". Volgens verzoekster staat dit artikel de Commissie enkel toe, de ondernemingen te dwingen een einde aan de inbreuk te maken. De Commissie verlangt van haar echter niet slechts dat zij de inbreuk beëindigt, maar bepaalt ook precies hoe dit dient te geschieden, door te eisen dat zij „dwanglicenties" verleent voor het gebruik van de beschermde werken. Verzoekster wijst op andere mogelijkheden om een einde aan de inbreuk te maken: stopzetting van de publikatie van de *Radio Times,* althans in Ierland; verkoop van het tijdschrift als een apart bedrijf, of verkoop van de programmaoverzichten aan de meestbiedende. Zij meent dan ook, dat het enkel aan partijen staat te bepalen, op welke wijze de door de Commissie gelaste beëindiging van de inbreuk kan worden bereikt.

70 Hiertegenover stelt de Commissie, dat zij in artikel 2 van de beschikking de haar krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 toegekende bevoegdheden niet heeft overschreden. In artikel 2 worden twee manieren voorgesteld om de inbreuk te beëindigen: verstrekking van de betrokken overzichten aan derden, op hun verzoek en zonder te discrimineren, met het oog op de publikatie ervan — waaraan de Commissie de voorkeur geeft —, of verlening van licenties op voorwaarden waarbij rekening wordt gehouden met de legitieme zorgen van partijen. Anders dan verzoekster beweert, legt de beschikking dus niet één enkele oplossing op, maar laat zij de keuze tussen bepaalde handelwijzen die een einde aan de inbreuk kunnen maken, zulks overeenkomstig de gevestigde rechtspraak en praktijk (zie arrest van het Hof van 6 maart 1974, gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, reeds aangehaald).

— *Beoordeling rechtens*

71 Om vast te stellen of de Commissie verzoekster mag gelasten de publikatie van haar weekoverzichten door derden toe te staan, eventueel door middel van licenties, moet artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 worden uitgelegd. De door artikel 3 aan de Commissie toegekende bevoegdheid om de betrokken ondernemingen te verplichten de inbreuk ongedaan te maken, houdt volgens vaste rechtspraak het recht in, die ondernemingen te bevelen iets bepaalds te doen of na te laten, opdat er een einde aan de inbreuk komt. De aan de ondernemingen opgelegde verplichtingen moeten dus overeenstemmen met wat nodig is voor het herstel van een rechtsconforme toestand, rekening houdend met de omstandigheden van het concrete geval. In zijn arrest van 6 maart 1974 (gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, reeds aangehaald, r. o. 45) stelde het Hof vast, dat „de

toepassing van [artikel 3 van verordening nr. 17] moet zijn afgestemd op de aard van de 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". Voorts verklaarde het Hof, „dat de Commissie te dien einde de betrokken ondernemingen eventueel kan verplichten haar voorstellen te doen om de situatie weer met de eisen van het Verdrag in overeenstemming te brengen". In zijn beschikking van 17 januari 1980 erkende het Hof voorts uitdrukkelijk, dat de Commissie het aan haar toegekende recht om beschikkingen te geven, moet kunnen uitoefenen „op de meest doeltreffende wijze en zo goed mogelijk aangepast aan de omstandigheden van elk afzonderlijk geval" (zaak 792/79 R, Camera Care, Jurispr. 1979, blz. 119, r. o. 17).

72 In casu stelt het Gerecht vast, dat de bij de behandeling van het eerste middel aan het licht getreden constitutieve elementen van de inbreuk, de in artikel 2 van de beschikking opgelegde maatregelen rechtvaardigen. De aan verzoekster opgelegde verplichting om ITP, RTE of derden, op hun verzoek en zonder te discrimineren, haar wekelijkse programmaoverzichten voor publikatie beschikbaar te stellen, vormt in het licht van de specifieke omstandigheden van de zaak, die het Gerecht bij zijn onderzoek van genoemde elementen heeft vastgesteld, het enige middel om die inbreuk ongedaan te maken, zoals de Commissie in de bestreden beschikking dan ook heeft bepaald. De verschillende mogelijkheden die zijn genoemd door verzoekster — die, zonder de indruk te wekken deze werkelijk te willen benutten, beweert dat de inbreuk hierdoor kan worden beëindigd, waaruit duidelijk zou blijken dat de Commissie, door het verlenen van licenties te gelasten, haar bevoegdheden heeft overschreden —, kunnen, gelet op de structuur van de markt van tv-gidsen, niet de gevolgen opheffen van de hiervóór als misbruik gekwalificeerde uitsluiting van de mededinging. Door verzoekster te gelasten derden, op verzoek en op niet discriminerende basis, toe te staan haar wekelijkse programmaoverzichten te publiceren, heeft de Commissie verzoekster dus niet de mogelijkheid ontnomen te kiezen tussen de verschillende maatregelen waardoor een einde aan de inbreuk kan worden gemaakt. Bovendien moet worden beklemtoond, dat tegenover de aan verzoekster opgelegde verplichting derden publikatie van haar weekoverzichten toe te staan, eventueel tegen betaling van redelijke royalty's, de in artikel 2 van de beschikking terecht geboden mogelijkheid staat zodanige voorwaarden op te nemen als noodzakelijk wordt geacht „voor een uitgebreide berichtgeving van hoge kwaliteit betreffende al (haar) programma's, met inbegrip van die welke voor een minderheid van de bevolking zijn bestemd en/of van regionale programma's, alsmede programma's van culturele, historische en educatieve waarde". Vanuit deze optiek heeft de Commissie verzoekster in hetzelfde artikel gelast, voorstellen inzake dergelijke voorwaarden ter goedkeuring aan haar voor te leggen. Alle aan verzoekster in artikel 2 van de beschikking opgelegde verplichtingen zijn dus gerechtvaardigd in het licht van het in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 ge-

noemde doel, te weten beëindiging van de inbreuk. Hieruit volgt, dat de Commissie de grenzen van de haar krachtens deze bepaling verleende beoordelingsbevoegdheid niet heeft overschreden.

73 Om al deze redenen moet het middel ontleend aan schending van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17, worden afgewezen.

2. *Schending van de Berner Conventie*

— *Argumenten van partijen*

74 Meer subsidiair betoogt verzoekster, dat ook al zou artikel 3 van verordening nr. 17 de Commissie toestaan de verplichting tot het verlenen van licenties op te leggen, een dergelijke oplossing onverenigbaar is met de Berner Conventie. Aangezien alle Lid-Staten partij zijn bij de Berner Conventie, moet dit verdrag krachtens artikel 234 EEG-Verdrag geacht worden deel uit te maken van het gemeenschapsrecht en de relevante beginselen ervan weer te geven.

Verzoekster herinnert eraan, dat artikel 9, lid 1, van de Berner Conventie aan auteurs van werken van letterkunde of kunst het uitsluitend recht toekent, toestemming tot verveelvoudiging van het beschermde werk te verlenen. Ingevolge artikel 9, lid 2, dat bij de herzieningsakte van Parijs in 1971 is ingevoerd, is het in bijzondere gevallen aan de ondertekenende staten toegestaan toestemming te verlenen tot het verveelvoudigen van werken van letterkunde en kunst, 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.

Hieruit leidt verzoekster af, dat artikel 2 van de beschikking onverenigbaar is met de Berner Conventie, voor zover het afbreuk doet aan de normale exploitatie van haar auteursrecht op de programmaoverzichten en haar wettige belangen ernstig schaadt.

75 De Commissie betoogt echter, dat de Berner Conventie in dit geval niet van toepassing is. De Gemeenschap is geen partij bij de Conventie en het is vaste rechtspraak, dat „het EEG-Verdrag, voor wat betreft de daarbij geregelde onderwer-

pen, voorrang heeft boven de vóór de inwerkingtreding van dit Verdrag tussen de Lid-Staten gesloten overeenkomsten" (arrest van 27 februari 1962, zaak 10/61, Commissie/Italië, Jurispr. 1962, blz. 1). De Conventie is trouwens hoe dan ook niet van toepassing, omdat er volgens de Commissie geen auteursrechtelijke bescherming in de zin van deze Conventie op wekelijkse programmaoverzichten kan rusten. Voor het geval dat de beschikking echter wel betrekking heeft op gegevens waarop auteursrecht rust, stelt de Commissie subsidiair, dat het feit dat de gegevens gratis aan bepaalde derden ter publikatie werden verstrekt, aantoont dat de verplichting om tegen een redelijke vergoeding licenties te verlenen, verzoeksters wettige belangen niet schaadt en dus in overeenstemming is met de Berner Conventie.

— *Beoordeling rechtens*

76 Logischerwijs moet eerst worden onderzocht of de Berner Conventie in casu van toepassing is en of het gemeenschapsrecht zoals de Commissie stelt, voorrang heeft boven de bepalingen van die Conventie. Dienaangaande stelt het Gerecht allereerst vast, dat de Gemeenschap — waaraan bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht geen bevoegdheden op het gebied van intellectuele en commerciële eigendom zijn overgedragen — geen partij is bij de Berner Conventie van 1886, die door alle Lid-Staten is geratificeerd. Wat door de Lid-Staten gesloten overeenkomsten betreft, moet worden opgemerkt, dat artikel 234 EEG-Verdrag de verhoudingen regelt tussen de verdragsbepalingen en de internationale overeenkomsten die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag door de Lid-Staten zijn gesloten. Volgens dit artikel worden „de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten vóór de inwerkingtreding van dit Verdrag gesloten tussen een of meer Lid-Staten enerzijds en een of meer derde Staten anderzijds, (...) door de bepalingen van dit Verdrag niet aangetast". Het Hof heeft dit artikel aldus uitgelegd, dat het enkel de verplichtingen betreft die de Lid-Staten jegens derde landen zijn aangegaan. In zijn arrest van 11 maart 1986 (zaak 121/85, Conegate, Jurispr. 1986, blz. 1007, r. o. 25) verklaarde het Hof, dat „artikel 234 ten doel heeft te verzekeren, dat de toepassing van het Verdrag geen invloed heeft op de eerbiediging van de rechten van derde landen, voortvloeiende uit een vóór de inwerkingtreding van het Verdrag met een Lid-Staat gesloten overeenkomst, noch op de nakoming door die Lid-Staat van de uit de overeenkomst voortvloeiende verplichtingen. Op overeenkomsten die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag zijn gesloten, kan mitsdien geen beroep worden gedaan in de betrekkingen tussen Lid-Staten, ter rechtvaardiging van beperkingen in de intracommunautaire handel" (zie ook de arresten van 27 februari 1962, zaak 10/61, Commissie/Italië, reeds aangehaald, met name op blz. 22; en 14 oktober 1980, zaak 812/79, Burgoa, Jurispr. 1980, blz. 2787, r. o. 8).

77 In de onderhavige zaak, die Ierland en het Verenigd Koninkrijk betreft, is artikel 234 krachtens artikel 5 Toetredingsakte van toepassing op overeenkomsten die die Lid-Staten vóór hun toetreding op 1 januari 1973 hebben gesloten. Hieruit volgt, 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. Verzoekster kan zich er niet op beroepen ter rechtvaardiging van beperkingen van de vrije mededinging die door het Verdrag en met name door artikel 86 in de Gemeenschap tot stand is gebracht. 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.

Het Gerecht komt tot dezelfde conclusie met betrekking tot artikel 9, lid 2. Het volstaat erop te wijzen, 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. Wat het Verenigd Koninkrijk betreft, is de akte van Parijs — en in het bijzonder artikel 9, lid 2, van de Conventie — dus na de toetreding tot de Gemeenschap geratificeerd en kan zij dus geen afbreuk doen aan een verdragsbepaling. De Lid-Staten kunnen de verdragsregels immers niet opzij zetten door een internationale overeenkomst of een verdrag te sluiten. Wanneer zij dat willen doen, moeten zij de procedure van artikel 236 EEG-Verdrag volgen. Hieruit volgt, dat artikel 9, lid 2, van de Berner Conventie niet kan worden ingeroepen ter beperking van de bevoegdheden die het Verdrag aan de Gemeenschap verleent ter uitvoering van de daarin vervatte mededingingsregels, in het bijzonder artikel 86 en de regels voor de toepassing ervan, zoals artikel 3 van verordening nr. 17.

78 Het middel ontleend aan schending van de Berner Conventie, moet dus hoe dan ook als ongegrond worden afgewezen.

79 Bijgevolg moeten de subsidiaire middelen tot nietigverklaring van artikel 2 van de beschikking worden afgewezen en moet het beroep in zijn geheel worden verworpen.

Kosten

80 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof, dat ingevolge artikel 11, derde alinea, van het besluit van de Raad van 24 oktober 1988 van overeenkomstige toepassing is op de procedure voor het Gerecht, moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen, voor zover zulks is gevorderd. Aangezien verzoekster in het ongelijk is gesteld, dient zij in de kosten te worden verwezen, daaronder begrepen die van interveniënte.

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

1) Verwerpt het beroep.

2) Verwijst verzoekster in de kosten, daaronder begrepen die van interveniënte.

Saggio Yeraris

Briët Barrington Biancarelli

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 juli 1991.

De griffier

H. Jung

De president van de Tweede kamer

A. Saggio