RETTENS DOM (Anden Afdeling)
10. juli 1991 *

Indholdsfortegnelse

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger 491

Parternes påstande 498

Påstanden om annullation af beslutningen i sin helhed 498

1. Tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter 498

— Parternes argumenter 498

— Retlig bedømmelse 499

2. Tilsidesættelse af Traktatens artikel 86 503

— Parternes argumenter 503

— Retlig bedømmelse 515

— Definitionen af de omhandlede produkter 515

— Spørgsmålet om, hvorvidt der er tale om en dominerende stilling 517

— Omfanget af det relevante geografiske marked 517

— Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et misbrug 517

— Virkningerne af samhandelen mellem medlemsstaterne 522

3. Tilsidesættelse af Traktatens artikel 90, stk. 2 524

— Parternes argumenter 524

— Retlig bedømmelse 524

Den subsidiære påstand om annullation af beslutningens artikel 2 526

* Processprog: engelsk.

1. Spørgsmålet om, hvorvidt beslutningens artikel 2 er overflødig 526

2. Spørgsmålet om, hvorvidt beslutningens artikel 2 er selvmodsigende 527

3. Tilsidesættelse af artikel 3, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17 528

— Parternes argumenter 528

— Retlig bedømmelse 528

4. Tilsidesættelse af Berner-konventionen 530

— Parternes argumenter 530

— Retlig bedømmelse 531

5. Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet 532

Sagens omkostninger 534

I sag T-69/89,

Radio Telefis Eireann, Dublin, ved advokaterne Willy Alexander, Harry Ferment og Gerard van der Wal, Haag, for direktør Gerald F. Mc Laughlin, Radio Telefis Eireann's juridiske afdeling, og for Solicitors Eugene F. Collins & Son, Dublin, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Ernest A. L. Arendt, 4, avenue Marie-Thérèse,

sagsøger,

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 Radio Telefis Eireann (herefter benævnt »RTE«) 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 RTE på det relevante tidspunkt med hensyn til udgivelsen af ugentlige forhåndsoversigter over RTE-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 British Broadcasting Corporation og BBC Enterprises Limited (herefter benævnt »BBC«), dels Independent Television Publications Ltd (herefter benævnt »ITP«), hhv. sag T-70/89 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-kanaler: 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 RTE forbeholdt sig eneretten til at udgive ugentlige programoversigter for RTE1 og RTE2 i sit eget tv-blad, *RTE Guide*, som udelukkende præsenterede RTE's programmer.

4 RTE er et offentligt selskab (statutory authority), som er oprettet ved Broadcasting Authority Act 1960 og Broadcasting Authority (Amendment) Act 1976. Selskabet har navnlig til opgave — som en offentlig tjenesteydelse — at sikre landsdækkende radio- og fjernsynsudsendelse, hvilket det har et lovbestemt monopol på. RTE skal ved udførelsen af sin opgave navnlig sørge for at fremme det irske sprog og irsk kultur. RTE skal således f.eks. i henhold til artikel 17, litra a), i Broadcasting Authority Act 1960, som er afløst af artikel 13, litra a), i Broadcasting Authority Amendment Act 1976, »tilgodese, hvad der interesserer og bekymrer hele samfundet, være opmærksom på nødvendigheden af forståelse og fred på hele øen Irland, sikre, at programmerne afspejler de forskellige elementer, som udgør hele øen Irlands befolknings kultur, og tage særligt hensyn til de elementer, som karakteriserer denne kultur, navnlig til det irske sprog«.

5 Hvad angår finansieringen, er RTE i medfør af artikel 24 i den ovennævnte lov fra 1960 forpligtet til at »handle således, at der hurtigst muligt opnås indtægter, som herefter skal indgå i et omfang, der som minimum er tilstrækkeligt« til at skabe balance i de årlige regnskaber og hensættelser til større bygninger og udvikling af de tekniske anlæg. RTE har tre indtægtskilder: licens, reklamer og forlagsvirksomhed.

6 I henhold til artikel 16, stk. 2, litra j), i 1960-loven har RTE bemyndigelse til med den kompetente ministers godkendelse »at udarbejde, udgive og distribuere enhver form for blade, bøger, aviser eller andre tryksager — mod eller uden betaling — som [selskabet] måtte finde nødvendige eller naturlige ud fra dets mål«. I overensstemmelse hermed fik RTE i 1961 tilladelse til at udgive et tv-programblad, *RTE Guide*. Formålet med bladet er at præsentere og fremme RTE's udsendelser, herunder kulturelle udsendelser og udsendelser for minoritetsgrupper. Ifølge sagsøgeren blev bladet udgivet med tab i de første tyve år af dets levetid. Det udgør imidlertid nu »en vigtig indtægtskilde for RTE's virksomhed«, idet RTE lader overskuddet indgå i budgettet for produktionen af radio- og tv-programmer. Eksempelvis lå den samlede omsætning (salg og annoncering) for udgivelsen og salget af bladet i 1985 på over 3,9 mio. IRL.

7 I 1988 blev *RTE Guide* hver uge solgt i ca. 123 000 eksemplarer i Irland og 6 500 eksemplarer i Nordirland til en pris af hhv. 0,40 IRL og 0,50 UKL. Ifølge sagsøgeren viser disse tal bl.a., at *RTE Guide* kun blev købt af 11,5% af alle husstande mv. med fjernsyn, dvs. 3,7% af seerne.

8 På tidspunktet for beslutningen indeholdt *RTE Guide* udelukkende programoversigterne for RTE1 og RTE2 suppleret med oplysninger om de medvirkende og resuméer. Der fandtes ligeledes korte kommentarer og artikler — på irsk og engelsk — om visse programmer, kronikker, baggrundshistorier, læserbreve og et betydeligt antal annoncer.

9 På det relevante tidspunkt havde RTE 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 og søndagsaviser havde ligeledes tilladelse til at offentliggøre »højdepunkter« fra ugens tv-programmer. RTE sikrede en nøje overholdelse af de i licensen opstillede betingelser ved om nødvendigt at retsforfølge blade, som ikke respekterede dem.

10 Forlaget Magill TV Guide Ltd (herefter benævnt »Magill«) — et selskab omfattet af den irske lovgivning — 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 RTE, BBC, 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 RTE1 og RTE2 — nedlagde

en irsk domstol på begæring af RTE, BBC og ITP et foreløbigt forbud for Magill mod at offentliggøre ugeoversigter over disse tre 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 godtgjort, at hvert enkelt ugeprogram er resultatet af mange forudgående overvejelser og et stort arbejde samt teknisk kunnen og dømmekraft. Det er RTE's værk. ... Det findes bevist, *at* RTE's ugentlige programoversigter som offentliggjort i *RTE Guide* er litterære værker og kompilationer i sidstnævnte ords egentlige betydning i henhold til section 2 og 8 Copyright Act 1963, *at* RTE har ophavsret til oversigterne, og *at* de sagsøgte i forbindelse med udgivelsen af deres tv-programblad for ugen 31. maj til 6. juni 1986 har krænket denne ophavsret ved at gengive en væsentlig del af det beskyttede materiale« (ILRM 1990, s. 534, på s. 541).

11 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 RTE den 4. marts 1988. På grundlag af denne procedure vedtog Kommissionen den 21. december 1988 den beslutning, som er genstand for nærværende sag.

12 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).

13 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 at beskytte disse intellektuelle ejendomsrettigheder« (23. betragtning, næstsidste afsnit).

14 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 interesse-

rede 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.«

15 Sideløbende med nærværende annullationssøgsmål vedrørende beslutningen anlagde sagsøgeren, ved stævning indgivet samme dag, dvs. den 10. marts 1989, sag med påstand om udsættelse af gennemførelsen af beslutningens artikel 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

16 Sagsøgeren, RTE, har nedlagt følgende påstande:

— Beslutningen annulleres.

— 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

17 Til støtte for sin påstand om annullation af beslutningen, for så vidt som det fastslås, at der foreligger en overtrædelse af artikel 86, har sagsøgeren gjort gældende, at der er sket en tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter og af henholdsvis Traktatens artikel 86, fortolket i sammenhæng med reglerne om ophavsret, og Traktatens artikel 90, stk. 2.

1. *Tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter*

— *Parternes argumenter*

18 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionen ikke har overholdt de formelle krav i artikel 10 i forordning nr. 17, jf. ovenfor, i forbindelse med høringen af Det Rådgivende Udvalg. Anbringendet har to led. Sagsøgeren har for det første anført, at der var tegn på, at de dokumenter, som ledsagede indkaldelsen til mødet i Det Rådgivende Udvalg, var ufuldstændige. Der manglede »godkendte protokollater fra høringen« og forslag til beslutning. For det andet har sagsøgeren bemærket, at Det Rådgivende Udvalgs møde, som varede fem dage, begyndte den 28. november 1988, altså mindre end fjorten dage efter indkaldelsens fremsendelse, hvilket er i strid med artikel 10.

19 Sagsøgeren har gjort gældende, at væsentlige formforskrifter herved er tilsidesat. I medfør af artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 17, sammenholdt med artikel 9, stk. 4, i Kommissionens forordning (EØF) nr. 99/63 af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42, herefter benævnt »forordning nr. 99/63«), skal protokollaterne fra høringen stilles til rådighed for Det Rådgivende Udvalg. Artikel 9, stk. 4, i forordning nr. 99/63 kræver nemlig, som anført af sagsøgeren, at det væsentlige indhold af de af hver enkelt person fremsatte udtalelser føres til protokols, og at protokollatet oplæses for og godkendes af den pågældende. I henhold til artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 17 »finder høringen (af Det Rådgivende Udvalg) sted i et fælles møde, som Kommissionen indkalder til; dette møde afholdes tidligst fjorten dage efter indkaldelsens fremsendelse. Indkaldelsen skal for hver enkelt sag, der behandles, ledsages af en sagsfremstilling med angivelse af de vigtigste dokumenter samt af et foreløbigt forslag til beslutning«.

20 Kommissionen har anført, at den fulgte procedure var i overensstemmelse med de bestemmelser, som sagsøgeren har henvist til. Det Rådgivende Udvalg mødtes den 2. december 1988, altså fjorten dage efter fremsendelsen af indkaldelsen. Ifølge Kommissionen var udvalgets medlemmer i besiddelse af klagen, skrivelsen om indledning af proceduren, meddelelsen om klagepunkterne, svarene herpå og et forslag til beslutning. Udvalget var blevet orienteret om, at protokollaterne fra høringen den 15. og 16. september 1988 endnu ikke var færdigudarbejdet på grund af parternes forskellige udtalelser. Udvalgets medlemmer anmodede ikke om yderligere bilag. Kommissionen har i den forbindelse understreget, at det ikke er noget ufravigeligt krav, at udvalget råder over de endelige protokollater fra høringen, når det selv bliver hørt.

— *Retlig bedømmelse*

21 Hvad angår anbringendets første led — om at ikke alle fornødne bilag fulgte med indkaldelsen af Det Rådgivende Udvalg — bemærkes, at Kommissionen i henhold til artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 17, har pligt til at medsende »en sagsfremstilling med angivelse af de vigtigste dokumenter samt... et foreløbigt forslag til beslutning (for hver enkelt sag, der behandles)«. Indholdet af de forpligtelser, som følger af den nævnte bestemmelse, og spørgsmålet om, hvorvidt de er væsentlige, skal bedømmes i hvert enkelt tilfælde ud fra formålet med at medsende dokumenterne, som består i at give udvalget mulighed for at udøve sin rådgivende funktion med fuldt kendskab til sagen. Udvalget skal orienteres om de væsentligste faktiske

og retlige elementer i den procedure vedrørende anvendelsen af artikel 85 eller 86, som det skal høres i forbindelse med. Selv om høringen falder inden for rammerne af samarbejdet mellem Kommissionen og medlemsstaterne og ikke har til formål at skabe en kontradiktorisk procedure i forhold til de berørte virksomheder, skal udvalget navnlig — i overensstemmelse med det generelle princip om, at virksomheder, som der indledes en procedure mod med henblik på at få fastslået en overtrædelse, har ret til at blive hørt — underrettes helt objektivt om virksomhedernes synspunkter og væsentligste argumenter, således som de er kommet til udtryk i deres bemærkninger til alle de klagepunkter, som Kommissionen efter afslutningen af sagens forberedelse har rejst over for dem.

22 Protokollatet fra høringen hører således som udgangspunkt til de vigtigste dokumenter som omhandlet i artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 17, og skal derfor tilstilles udvalget, når det indkaldes. Det skal herved bemærkes, at Det Rådgivende Udvalg indkaldes, efter at virksomhederne har haft lejlighed til at udtale sig vedrørende de klagepunkter, som er rejst imod dem, først skriftligt i deres svar på meddelelsen om klagepunkterne og eventuelt siden mundtligt under afhøringerne. Artikel 1 i forordning nr. 99/63 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i forordning nr. 17, bestemmer nemlig, at Kommissionen indhenter sådanne udtalelser, før den rådfører sig med Det Rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål. Desuden fastslår samme forordnings artikel 9, stk. 4, i relation til den mundtlige del af høringen, at det væsentlige indhold af de af hver enkelt person fremsatte udtalelser føres til protokols, og at protokollatet oplæses for og godkendes af den pågældende.

23 Det er imidlertid ikke noget væsentligt formelt krav, at protokollatet fra høringen sendes til Det Rådgivende Udvalg, medmindre det i et konkret tilfælde viser sig at være nødvendigt, for at udvalget kan afgive sin udtalelse med fuldt kendskab til sagen, altså uden at blive vildledt på væsentlige punkter på grund af unøjagtigheder eller udeladelser. Dette er ikke tilfældet, når protokollatet fra høringen ikke indeholder nogen væsentlige nye oplysninger, som ikke er indeholdt i den berørte virksomheds skriftlige bemærkninger til svaret på meddelelsen om klagepunkterne, som er bilagt indkaldelsen af Det Rådgivende Udvalg. I et sådant tilfælde medfører Kommissionens undladelse af at sende protokollatet fra høringen til Det Rådgivende Udvalg i forbindelse med indkaldelsen ikke noget indgreb i den berørte virksomheds kontradiktoriske rettigheder, og undladelsen har ingen indflydelse på resultatet af høringsproceduren. En sådan undladelse kan derfor ikke gøre hele den administrative procedure ugyldig og således rejse tvivl om lovligheden af den endelige beslutning.

24 Retten har konstateret, at sagsøgeren i nærværende sag ikke har gjort gældende, at den manglende fremsendelse af protokollatet fra høringen, behørigt godkendt af selskabet, kunne medføre en vildledelse af udvalget på væsentlige punkter. Sagsøgeren har ikke fremført et eneste argument i så henseende; navnlig har selskabet på ingen måde kunnet godtgøre, at der er nogen forskel mellem dets skriftlige svar på meddelelsen om klagepunkterne, som blev sendt til udvalget, og dets mundtlige bemærkninger under høringen. I øvrigt giver gennemgangen af sagens akter ikke anledning til at rejse tvivl om, at Det Rådgivende Udvalg rådede over alle fornødne oplysninger under sit møde, uden at der var behov for at sende det endelige protokollat fra høringen til udvalget. Under de særlige omstændigheder i sagen og i betragtning af, at det ikke engang er blevet gjort gældende, at protokollatet fra høringen indeholdt væsentlige nye oplysninger, som ikke fandtes i de bilag, der fulgte med indkaldelsen af Det Rådgivende Udvalg, og at der heller ikke i sagens akter er noget, som taler herfor, finder Retten, at den omstændighed, at Kommissionen ikke sendte protokollatet til udvalget, ikke betyder, at udvalget måtte træffe beslutning på et utilstrækkeligt grundlag, eller at sagsøgerens rettigheder er blevet krænket. Der er derfor i nærværende sag ikke noget grundlag for at fastslå, at den omstændighed, at det endelige protokollat fra høringen ikke blev fremsendt til Det Rådgivende Udvalg i forbindelse med indkaldelsen, udgør en tilsidesættelse af en væsentlig formforskrift, som kan påvirke gyldigheden af Kommissionens endelige beslutning.

25 Dette resultat er i overensstemmelse med Domstolens domme i henholdsvis »kininsagen« og »farvestof-sagen«. Domstolen udtalte nemlig i relation til betydningen af protokollatet fra høringen af parterne, at den omstændighed, at Kommissionen eller Det Rådgivende Udvalg handlede på grundlag af et protokollat fra høringen, som ikke var endeligt, og som ikke tog hensyn til de ændringer, som var foreslået af den berørte virksomhed, kun kan »udgøre en fejl ved den administrative procedure, der kan medføre ulovlighed af den på grundlag heraf vedtagne beslutning, hvis affattelsen af protokollen er vildledende på et væsentligt punkt« (dom af 15.7.1970, sag 44/69, Buchler mod Kommissionen, Sml. s. 151, præmis 17; jf. ligeledes domme af 14.7.1972, hhv. sag 51/69, Bayer mod Kommissionen, Sml. s. 221, præmis 17, og sag 48/69, ICI mod Kommissionen, Sml. s. 151, præmis 31). I lyset heraf udgør kravet om, at det endelige protokollat fra høringen skal tilstilles Det Rådgivende Udvalg, kun et væsentligt formkrav, hvis tilsidesættelse kan begrunde en annullation af Kommissionens endelige beslutning, såfremt protokollatet indeholder elementer, som på et væsentligt punkt kan oplyse sagen for udvalget. Den omstændighed, at protokollatet fra høringen ikke bliver sendt til Det Rådgivende Udvalg, kan kun medføre en vildledning af udvalget, såfremt protokollatet indeholder væsentlige nye elementer, som ikke er indeholdt i tidligere bilag, såsom den berørte virksomheds bemærkninger til meddelelsen om klage-

punkterne, som er blevet sendt til Det Rådgivende Udvalg i forbindelse med indkaldelsen. Dette er ikke tilfældet i nærværende sag.

26 Det andet led i anbringendet om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter vedrører det i artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 17, indeholdte krav om, at det fælles møde tidligst må afholdes fjorten dage efter indkaldelsens fremsendelse. Det skal herved indledningsvis præciseres, at perioden på de fjorten dage i henhold til artikel 10, stk. 5, i forordning nr. 17, er overholdt, såfremt høringen i en konkret sag finder sted i et fælles møde med deltagelse af Det Rådgivende Udvalg og Kommissionen tidligst på fjortendedagen efter fremsendelsen af indkaldelsen af udvalget. Sagsøgeren har imidlertid i denne sag ikke henvist til et eneste moment, som kan underbygge den antagelse, at Kommissionen ikke skulle have overholdt perioden på de fjorten dage. Det kan derfor ikke kræves, at Kommissionen skal fremlægge beviser med henblik på at tilbagevise sagsøgerens upræcise påstande, som ikke er ledsaget af nogen nærmere argumentation (jf. Domstolens dom af 7.4.1965, sag 11/64, Weighardt mod Kommissionen, Sml. 1965-1968, s. 55).

27 Desuden skal det bemærkes, at reglen om perioden på de fjorten dage under alle omstændigheder er en rent intern procedureregel. Det kan ganske vist ikke udelukkes, at en manglende overholdelse af den pågældende periode i visse særlige situationer kan få indflydelse på resultatet af høringen og efter omstændighederne påvirke visse elementer i Kommissionens endelige beslutning med hensyn til den berørte virksomhed. Dette kan navnlig være tilfældet, såfremt udvalget ikke har haft tilstrækkelig tid til at gøre sig bekendt med de væsentlige elementer i sagen og dermed træffe afgørelse med fuldt kendskab hertil. Under sådanne omstændigheder kan en forsinket indkaldelse af udvalget få uheldige følger for den berørte virksomhed, og den kan også medføre, at proceduren i det hele bliver ugyldig. En manglende iagttagelse af perioden på de fjorten dage kan imidlertid ikke i sig selv gøre Kommissionens endelige beslutning ulovlig, såfremt indkaldelsen af udvalget ikke desto mindre blev fremsendt på et sådant tidspunkt, at udvalget kunne afgive sin udtalelse med fuldt kendskab til sagen. Udvalget havde nemlig i så fald mulighed for at foretage en nøje undersøgelse af virksomhedens retlige situation, og den manglende iagttagelse af perioden på de fjorten dage kan ikke i sig selv medføre uheldige følger for virksomheden. Det følger af Domstolens faste praksis, at den manglende overholdelse af en sådan intern procedureregel kun kan medføre, at den endelige beslutning bliver ulovlig, såfremt overtrædelsen er tilstrækkelig væsentlig og har skadet den retlige og faktiske situation for den part, som gør gældende, at der foreligger en procedurefejl. Det skal herved bemærkes, at Domstolen

i sin dom af 14. juli 1972, Bayer, udtalte, at den manglende overholdelse af den frist, som i det pågældende tilfælde var fastsat til fordel for sagsøgeren med henblik på, at denne kunne fremkomme med sine bemærkninger til udkastet til protokollatet fra høringen, kun kunne påvirke beslutningens lovlighed, såfremt overtrædelsen kunne føre til misforståelser på væsentlige punkter (sag 51/69, jf. ovenfor, præmis 16 og 17; jf. ligeledes Domstolens domme af hhv. 15.7.1970, sag 41/69, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, Sml. s. 107, præmis 48-52, og 10.12.1987, sag 277/84, Jänsch mod Kommissionen, Sml. s. 4923, præmis 11).

28 Af de således anførte grunde må det første anbringende forkastes for begge leds vedkommende.

2. *Tilsidesættelse af Traktatens artikel 86*

— *Parternes argumenter*

29 Dette anbringende indeholder fire led. Det vedrører dels de betingelser med hensyn til størrelsen af det relevante marked og virkningerne for samhandelen mellem medlemsstaterne, som skal være opfyldt, for at artikel 86 kan finde anvendelse, dels de i artiklen indeholdte begreber dominerende stilling og misbrug heraf.

30 Sagsøgeren har i første række bestridt, at der er tale om en dominerende stilling, således som fastslået af Kommissionen. Selskabet har afvist den i beslutningen indeholdte definition af de omhandlede produkter. I modsætning til Kommissionen finder selskabet, at de relevante produkter ikke alene er de ugentlige programoversigter og de tv-blade, hvori disse oversigter offentliggøres. De omfatter derimod »enhver form for oplysninger om programmerne, som offentliggøres dagligt eller ugentligt, eftersom der består en høj grad af substituerbarhed mellem de forskellige former for oplysninger om programmerne«. Sagsøgeren har herved henvist til en markedsanalyse, som viser, at *RTE Guide* kun benyttes af 19% af tv-seerne, idet de fleste seere hovedsageligt søger oplysningerne om tv-programmerne i dagspressen. Dette viser, at daglige oplysninger om programmerne for seerne kan substituere ugentlige oplysninger om tv-programmerne.

31 Med henblik på at fastlægge sin stilling på markedet for oplysninger om sine egne tv-programmer har sagsøgeren henvist til Domstolens dom af 13. februar 1979 (sag 85/76, Hoffmann-La Roche mod Kommissionen, Sml. s. 461, præmis 38). Ifølge sagsøgeren følger det af dommen, at »det afgørende kriterium for, om der er tale om en dominerende stilling, er, om RTE i forbindelse med offentliggørelsen af sine ugentlige programoversigter kan udvise en i betydeligt omfang uafhængig adfærd over for sine konkurrenter og kunder og i sidste instans over for forbrugerne«. Sagsøgeren finder, at dette ikke er tilfældet. Der er to faktorer, som gør det absolut umuligt for RTE at udvise en uafhængig adfærd. For det første er der konkurrencen fra dagbladene, som udgør den væsentligste informationskilde med hensyn til tv-programmer, og for det andet er der en stærk konkurrence fra BBC og ITV, for så vidt angår salg af tv-programblade og seertal. Sagsøgeren har herved anført, at selskabet har brug for *RTE Guide* for at kunne fremme sine udsendelser og de fremtrædende personligheder i den meget stærke konkurrence i Irland med BBC og ITV, som sender engelsksprogede programmer af høj kvalitet og udgiver deres egne ugentlige tv-programblade. Hvad angår dagbladene, har sagsøgeren bemærket, at selskabet efter anmodning udleverer sine ugentlige programoversigter til hele pressen uden beregning, med tilladelse til dagligt at offentliggøre en detaljeret oversigt over de radio- og tv -programmer fra selskabet, som kan modtages i Irland og Nordirland samme dag og — under visse nærmere omstændigheder — den følgende dag.

32 Efter at have beskrevet sin stilling på markedet har sagsøgeren tilbagevist de grunde, som ikke desto mindre fik Kommissionen til at fastslå, at selskabet har en dominerende stilling. I modsætning til Kommissionen mener selskabet ikke, at det er tilstrækkeligt til at fastslå, at der foreligger en dominerende stilling i henhold til artikel 86, at hvert enkelt tv-selskab udgør den eneste informationskilde med hensyn til sine egne programoversigter. Sagsøgeren har herved gjort gældende, at hvis det af Kommissionen anvendte kriterium skulle lægges til grund, ville enhver virksomhed — med undtagelse af producenter af generiske produkter — have en dominerende stilling i henhold til artikel 86 på markedet for sine egne produkter. For så vidt angår det foreliggende tilfælde, har sagsøgeren anført, at det ikke er nogen forudsætning for, at andre kan udgive et ugeblad, at der gives tilladelse til at offentliggøre selskabets ugeprogramoversigter, da et sådant blad efter sagsøgerens opfattelse ikke nødvendigvis behøver at indeholde en rubrik med ugens programmer for at blive en succes, idet dette ganske vist ville forøge bladets oplag, men ikke er nødvendigt for dets rentabilitet.

33 Det andet led i anbringendet om tilsidesættelse af artikel 86 vedrører størrelsen af det relevante marked. Sagsøgeren har gjort gældende, at det geografiske marked bestående af Irland og Nordirland — i modsætning til det af Kommissionen anførte — ikke udgør en væsentlig del af fællesmarkedet i artikel 86's forstand. Selskabet har bemærket, at det ifølge Domstolens praksis er omfanget af forbruget af det omhandlede produkt på et bestemt område, der er afgørende for, om dette område udgør en væsentlig del af fællesmarkedet (dom af 16.12.1975, forenede sager 40/73 til 48/73, 50/73, 54/73 til 56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663). Sagsøgeren har herved anført, at størrelsen af markedet for tv-programblade i et bestemt område bestemmes af antallet af tv-licensbetalere i området. Da der på det relevante geografiske marked er omkring en million husstande, som betaler licens, hvilket skal ses i forhold til 120 mio. husstande i hele Fællesskabet, repræsenterer Irland og Nordirland mindre end 1% af hele fællesmarkedet for de omhandlede produkter. Artikel 86 er derfor uanvendelig.

34 Som det tredje led i anbringendet om tilsidesættelse af artikel 86 har sagsøgeren bestridt, at selskabets licenspolitik med hensyn til programoversigterne udgør et misbrug i henhold til artikel 86. Sagsøgeren har i det væsentlige gjort gældende, at selskabet ved at handle på den i beslutningen kritiserede måde blot beskyttede det egentlige indhold af sin ophavsret til sine egne programoversigter, hvilket ikke kan udgøre et misbrug i henhold til artikel 86.

35 Sagsøgeren har henvist til Domstolens dom af 5. oktober 1988 (sag 238/87, Volvo, Sml. s. 6211) og gjort gældende, at den adfærd, som selskabet er kritiseret for, tjener til at beskytte det egentlige indhold af selskabets ophavsret til sine programoversigter, hvilket er lovligt i henhold til fællesskabsretten. Selskabet har nærmere anført, at nærværende sag udelukkende er karakteriseret ved, at Magill er afskåret fra at fremstille et produkt, som det mener, der er et marked for, fordi RTE nægter at meddele selskabet licens til at offentliggøre de ugentlige programoversigter, som er beskyttet af ophavsret. Domstolen har imidlertid anerkendt lovligheden af en sådan nægtelse, idet den i Volvo-dommen (jf. ovenfor, præmis 8) — som vedrørte beskyttede mønstre, men som gælder tilsvarende for ophavsret — udtalte, at »den ret, indehaveren af et beskyttet mønster har til at forhindre, at andre uden hans tilladelse fremstiller, sælger eller indfører produkter, der er omfattet af mønsterretten, udgør enerettens egentlige indhold. Heraf følger..., at nægtelse af at indrømme en sådan licens ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling«. Sagsøgeren finder derfor, at den omstændighed, at selskabets politik med hensyn til sine programoversigter er betegnet som retsstridig, fratager selskabet det egentlige indhold af dets ophavsret, hvilket udgør en tilsidesættelse af fællesskabsbestemmelserne.

36 For så vidt angår den af Domstolen i Volvo-dommen fastslåede mulighed af, at indehaverens udnyttelse af en intellektuel rettighed kan udgøre et misbrug i artikel 86's forstand, har sagsøgeren fastslået, at Kommissionen i nærværende sag ikke har kunnet godtgøre en sådan adfærd. Selskabet har understreget, at den omtvistede praksis i beslutningen er betegnet som et misbrug med den begrundelse, at den lægger »hindringer i vejen for imødekommelse af en væsentlig potentiel efterspørgsel på markedet for alsidige tv-programblade«, og at dens formål var at beskytte den stilling, som *RTE Guide* havde på markedet.

37 Sagsøgeren har i denne forbindelse bemærket, at Kommissionen ikke har godtgjort, at der blandt forbrugerne er efterspørgsel på et generelt tv-programblad. Desuden kan de forhold, Kommissionen har henvist til, under ingen omstændigheder berettige til et indgreb i det egentlige indhold af selskabets ophavsret til programoversigterne, hvorefter »RTE (alene) afgør, om oversigterne offentliggøres og i givet fald af hvem, i hvilken form osv.«. Nægtelsen af at meddele en licens kan derfor i intet tilfælde betragtes som et misbrug af en dominerende stilling, ej heller selv om der måtte være en stor efterspørgsel på det produkt, som kunne være fremstillet med en sådan licens. Sagsøgeren har endvidere gjort gældende, at selskabets adfærd i det foreliggende tilfælde ikke kan anses for et misbrug, eftersom selskabet tillader og tilskynder til offentliggørelse af fuldstændige daglige tv-programoversigter.

38 Tilsvarende har sagsøgeren afvist det af Kommissionen fremførte argument, hvorefter selskabet forsøgte at udvide sin autorisation til at sende radio- og tv-programmer til at indebære et monopol på det hertil knyttede marked for publikationer. Sagsøgeren har herved gjort gældende, at selskabets ophavsret til sine programoversigter og dets udøvelse af denne ret på ingen måde har forbindelse med dets autorisation til radio- og tv-spredning. Efter sagsøgerens opfattelse er ophavsretsbeskyttelsen af selskabets programoversigter som litterære værker og kompilationer i henhold til artikel 2 og 8 i Irish Copyright Act 1963 i sig selv tilstrækkelig til, at den kritiserede adfærd er berettiget, uanset hvad der måtte kunne anføres angående selskabets lovbeskyttede monopol på national radio- og tv-spredning. Sagsøgeren har til støtte for sin opfattelse henvist til, at dommer Lardner i den af den irske High Court den 26. juli 1989 afsagte dom (Radio Telefis Eireann mod Magill, jf. ovenfor i præmis 10) gav udtryk for, at hver enkelt ugeoversigt må betragtes som RTE's værk, for så vidt som den er resultatet af betydelige forudgående overvejelser og et stort arbejde samt teknisk kunnen og dømmekraft. RTE's

nægtelse af at tillade andre interesserede at offentliggøre selskabets ugeoversigter er derfor »den direkte følge af eneretten til at udnytte det beskyttede værk med henblik på fremstilling og den første afsætning af industriprodukter, hvilket er enerettens egentlige indhold«. Sagsøgeren har herved henvist til Domstolens dom af 3. marts 1988 (sag 434/85, Allen & Hanburys, Sml. s. 1245, præmis 11).

39 Det fjerde led i anbringendet om tilsidesættelse af artikel 86 er baseret på, at den anfægtede praksis ikke mærkbart påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Sagsøgeren har bemærket, at det eneste område i en anden medlemsstat, hvor RTE's udsendelser kan modtages, er Nordirland, eller rettere en del af Nordirland. Salget af bladet *RTE Guide* i andre medlemsstater har følgelig kun underordnet betydning. Størrelsesmæssigt udgør det mindre end 5% af salget i Irland, mens »fjernsynsmarkedet« i Det Forenede Kongerige er mere end 20 gange så stort som i Irland ifølge de tal, som er anført i den sjette betragtning til den anfægtede beslutning. Sagsøgeren har endvidere anført, at markedet i Nordirland udgør mindre end 1,6% af det britiske fjernsynsmarked og mindre end 0,3% af fjernsynsmarkedet i Fællesskabet. På baggrund af alle disse angivelser finder sagsøgeren, at den anfægtede adfærd ikke kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart, da markedet for oplysninger om RTE's programmer udelukkende omfatter det irske marked »samt et ubetydeligt marked i et lille grænseområde i en anden medlemsstat«. Selskabet har til støtte for sin opfattelse henvist til den førnævnte dom af 26. juli 1989, hvori den irske High Court lagde til grund, at Magill og de øvrige sagsøgte selskaber bl.a. ikke havde bevist, at RTE's kritiserede politik kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne mærkbart.

40 Kommissionen har afvist samtlige sagsøgerens argumenter i tilknytning til anbringendet om tilsidesættelse af artikel 86.

41 Hvad angår anbringendets første led — spørgsmålet, om 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 RTE's ugeprogrammer — som der er en særlig efterspørgsel på. 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 *RTE Guide*, som således havde et monopol.

42 Med hensyn til det andet led i anbringendet om tilsidesættelse af artikel 86 har Kommissionen anført, at det omhandlede geografiske marked i modsætning til, hvad sagsøgeren har anført, udgør en væsentlig del af fællesmarkedet. Kommissionen har i første række afvist det af sagsøgeren foreslåede kriterium, hvorefter det omhandlede marked i Irland og Nordirland udgør mindre end 1% af alle tv-licensbetalere i Fællesskabet, da et sådant kriterium er baseret på den fejlagtige antagelse, at der findes ét samlet marked for radio- og tv-spredning, hvilket næppe kan siges at være tilfældet på nuværende tidspunkt. Kommissionen har i den forbindelse bemærket, at mangelen på generelle tv-programblade er en medvirkende årsag til den begrænsede udveksling af tv-tjenesteydelser. Kommissionen har dernæst påpeget betydningen af Irlands kulturelle egenart og understreget, at Irlands 3,7 mio. indbyggere udgør et væsentligt marked. Desuden må et marked bestående af en medlemsstats område og en del af en anden medlemsstats område ud fra et juridisk synspunkt nødvendigvis betragtes som en væsentlig del af fællesmarkedet. Kommissionen har i øvrigt knyttet en præciserende bemærkning til spørgsmålet om det relevante geografiske marked: Den omstændighed, at misbruget, som har fundet sted i Irland og Nordirland, kun har virkninger i Irland for så vidt angår selskabet Margill — dvs. på et nøje afgrænset område — bekræfter, at dette område er det relevante geografiske marked.

43 Med hensyn til anbringendets tredje led har Kommissionen 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.

44 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, Sml. s. 3381). 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.

45 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).

46 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.

47 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.

48 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«.

49 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 RTE 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 RTE 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, 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 Volvo-sagen 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.

50 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.

51 Hvad angår det fjerde led i anbringendet om tilsidesættelse af artikel 86 — vedrørende påvirkningen af 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 herved navnlig bemærket, at hvis Magill udgav et generelt tv-programblad i Irland, ville der naturligvis også være en efterspørgsel på et sådant blad i Nordirland, hvor seerne kan modtage de samme programmer som i Irland. I betragtning af, at tv-programblade er de blade, som sælger bedst, er det ifølge Kommissionen klart, at der er tale om en mærkbar påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne. Dette underbygges yderligere af, at der ifølge RTE's oplysninger under sagen om foreløbige forholdsregler er omkring 20 virksomheder, som ønsker at udgive et generelt tv-programblad i Irland.

52 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 RTE, BBC og ITP 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 RTE, BBC og ITP.

53 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.

54 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.

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

56 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 programover-

sigterne 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.

57 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 RTE 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.

58 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.

59 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 licenser 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«.

— *Retlig bedømmelse*

60 På baggrund af de af parterne fremførte argumenter, som der er redegjort for i det foregående, skal Retten tage stilling til fem punkter i forbindelse med spørgsmålet, om der foreligger en tilsidesættelse af artikel 86. 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 behandle spørgsmålet om størrelsen af det relevante geografiske marked. For det fjerde skal den afgøre, om den kritiserede adfærd udgør et misbrug. For det femte skal den træffe afgørelse om, i hvilken grad denne adfærd har påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne.

— Definitionen af de omhandlede produkter

61 Hvad angår afgrænsningen af markedet for de relevante produkter — som ifølge beslutningen udgøres af sagsøgerens ugentlige programoversigter og de tv-pro-

gramblade, 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 ikke kan sidestilles med markedet for oplysninger om tv-programmer i almindelighed.

62 Markederne for ugentlige programoversigter og de tv-programblade, som de offentliggøres i, udgør nemlig 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

63 Hvad angår sagsøgerens stilling på det omhandlede marked, er det Rettens opfattelse, at RTE som følge af sin ophavsret til sine programoversigter havde eneretten til at reproducere 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, *RTE Guide*. Det følger heraf, at sagsøgeren på daværende tidspunkt klart havde en dominerende stilling såvel på 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).

— Omfanget af det relevante geografiske marked

64 For så vidt angår størrelsen af det relevante geografiske marked, finder Retten, at det ikke kan bestrides, at det geografiske marked, som består af Irland og Nordirland, dvs. af en medlemsstats område og en del af en anden medlemsstats område, udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, uden at det herved er nødvendigt at tage hensyn til, hvor stor en del af fællesmarkedet for tv-programblade, der udgøres af Irland og Nordirland (jf. f.eks. Domstolens dom af 9.11.1983, sag 322/81, Michelin, jf. ovenfor, præmis 28).

— Spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger et misbrug

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

66 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 kompetencefordeling 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).

67 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).

68 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.

69 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, Sml. s. 125, 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).

70 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).

71 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.

72 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).

73 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, *RTE Guide*. 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 forbru-

gernes side, på delmarkedet for tv-blade, og ved, at enhver form for konkurrence på det pågældende marked udelukkes med det ene formål at opretholde sagsøgerens 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 *RTE Guide*. Under disse omstændigheder kan den kritiserede adfærd altså ikke fællesskabsretligt begrundes i den beskyttelse, som følger af ophavsretten til programoversigterne.

74 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 Renaults 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 RTE's kanaler med henblik på at opretholde det monopol, som sagsøgeren havde på markedet i kraft af udgivelsen af bladet *RTE Guide*. 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.

75 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.

— Virkningerne for samhandelen mellem medlemsstaterne

76 Det er en betingelse for, at artikel 86 kan finde anvendelse, at misbruget kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Denne betingelse skal fortolkes og anvendes 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, jf. ovenfor, 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).

77 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.

78 Af de således anførte grunde kan anbringendet om en tilsidesættelse af artikel 86 ikke tiltrædes.

3. *Tilsidesættelse af Traktatens artikel 90, stk. 2*

— *Parternes argumenter*

79 Sagsøgeren har under henvisning til Domstolens dom af 30. april 1974 (sag 155/73, Sacchi, Sml. s. 409) gjort gældende, at selskabet er en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, jf. Traktatens artikel 90, stk. 2. Sagsøgeren har anført, at artikel 86 i kraft af denne bestemmelse ikke kan finde anvendelse på selskabet, da dette i alvorlig grad ville forhindre det i at udføre sin opgave, som består i at sikre national radio- og tv-spredning med særlig vægt på irsk sprog og kultur.

80 RTE har navnlig gjort gældende, at selskabet af historiske grunde er stillet over for betydelige vanskeligheder i forbindelse med bestræbelserne på at fremme irsk sprog og kultur. Disse vanskeligheder forstærkes af konkurrencen fra et stort antal tv-kanaler, som sender programmer på engelsk, der kan modtages i Irland. På den baggrund er udgivelsen af *RTE Guide*, som efter sagsøgerens opfattelse ikke ville kunne overleve i konkurrence med generelle, ugentlige tv-blade, en nødvendig forudsætning for at kunne fremme og reklamere for RTE's programmer. I øvrigt er udgivelsen af *RTE Guide* også en væsentlig indtægtskilde.

81 Kommissionen har hertil bemærket, at selv om RTE er en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig interesse, skal selskabet i forbindelse med sin kommercielle virksomhed overholde konkurrencereglerne i medfør af artikel 90, stk. 2, »for så vidt det ikke er påvist, at de nævnte forbud er uforenelige med udøvelsen af [dets] opgave« (dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, jf. ovenfor). Kommissionen har tilføjet, at RTE i henhold til Broadcasting Authority Act 1960, hvorved selskabet blev oprettet, hverken er betroet eller har fået eneret til at udgive et blad indeholdende dets ugentlige programoversigter. Den i artikel 90, stk. 2, opstillede betingelse for at opnå fritagelse for konkurrencereglerne er således ikke opfyldt.

— *Retlig bedømmelse*

82 Som det med rette er anført af Kommissionen, er en virksomhed som RTE, der har fået overdraget at udføre offentlige tjenesteydelser i form af national radio- og tv-spredning, i medfør af Traktatens artikel 90, stk. 2, underkastet konkurrencere-

glerne, medmindre det er påvist, at en anvendelse heraf er uforenelig med udøvelsen af selskabets opgave (jf. Domstolens dom af 30.4.1974, sag 155/73, Sacchi, jf. ovenfor, præmis 15, dom af 3.10.1985, sag 311/84, CBEM mod CLT og IPB (tv-markedsføring), Sml. s. 3261, præmis 17 og 19, dom af 11.4.1989, sag 66/86, Ahmed Saeed, Sml. s. 803, præmis 56, og dom af 23.4.1991, sag C-41/90, Höfner og Elser, jf. ovenfor, præmis 24).

83 I det foreliggende tilfælde har sagsøgeren ikke godtgjort, at det forbud mod at forbeholde sig eneretten til at offentliggøre selskabets ugentlige programoversigter, som følger af artikel 86, på nogen måde er til hinder for selskabets udøvelse af sin opgave med hensyn til radio- og tv-spredning. Det skal bemærkes, at RTE i sin egenskab af et organ, der har fået til opgave at sikre national radio- og tv-spredning, har fået tilladelse til at udgive bladet *RTE Guide* med det formål dels at præsentere og fremme selskabets programmer — navnlig dets kulturelle og irsksprogede programmer — dels at bidrage til dets finansiering. Det er i denne forbindelse vanskeligt at se, hvorledes den omstændighed, at andre udgiver generelle tv-blade, og at sagsøgeren tilpasser sig markedets krav, skulle kunne skade de mål for den almennyttige tjenesteydelse, som sagsøgeren har påberåbt sig, og som navnlig består i at fremme udsendelser på et højt kulturelt niveau, bestemt for minoritetsgrupper, eller på irsk. Det forhold, at sagsøgeren forbeholder sig eneretten til at offentliggøre oplysninger om ugens programmer, synes tværtimod udelukkende at være begrundet i kommercielle hensyn uden på nogen måde at bidrage til udførelsen af de kulturelle, sociale og informative opgaver, som er betroet RTE. Under disse omstændigheder finder artikel 86 anvendelse på den kritiserede adfærd, og forbuddet herimod er ikke uforeneligt med udførelsen af de almennyttige opgaver, som er betroet sagsøgeren.

84 Anbringendet om en overtrædelse af Traktatens artikel 90, stk. 2, kan således ikke tiltrædes.

85 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

86 Sagsøgeren er fremkommet med fem anbringender 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. Selskabet har i første række anført, at artikel 2 er overflødig og selvmodsigende. Det har dernæst gjort gældende, at der foreligger en tilsidesættelse af artikel 3 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«). Endelig har selskabet gjort gældende, at bestemmelsen er i strid med proportionalitetsprincippet.

1. *Spørgsmålet om, hvorvidt beslutningens artikel 2 er overflødig*

87 Sagsøgeren har anført, at det i beslutningens artikel 2 formulerede påbud om, at RTE skal levere sine ugentlige programoversigter til andre interesserede parter efter anmodning og på et ikke diskriminerende grundlag, er overflødigt, eftersom selskabet allerede udleverer sine ugentlige oversigter på de betingelser, der er beskrevet ovenfor.

88 Kommissionen har bemærket, at denne indsigelse er fremsat mod bedre vidende. Den har gjort gældende, at »RTE's politik med hensyn til at meddele licenser er diskriminerende over for dem, der ligesom klagerne udgiver et ugeblad«.

89 Der skal i den forbindelse blot henvises til, at beslutningens artikel 2 ikke blot pålægger sagsøgeren at stille sine ugentlige oversigter til rådighed for andre interesserede parter på et ikke diskriminerende grundlag, hvilket faktisk svarer til sagsøgerens praksis på tidspunktet for beslutningen. Bestemmelsen pålægger også selskabet efter anmodning og på et ikke diskriminerende grundlag at tillade, at andre interesserede parter offentliggør de pågældende oversigter, eventuelt på grundlag af licenser.

90 Anbringendet om, at beslutningens artikel 2 er overflødig, kan således ikke tiltrædes.

2. *Spørgsmålet om, hvorvidt beslutningens artikel 2 er selvmodsigende*

91 Sagsøgeren har anført, at beslutningens artikel 2 er selvmodsigende, for så vidt som den på den ene side pålægger selskabet straks at bringe overtrædelsen til ophør ved at give tilladelse til offentliggørelse af de ugentlige programoversigter, og på den anden side anmoder RTE om inden to måneder fra tidspunktet for beslutningens meddelelse med henblik på godkendelse at forelægge Kommissionen forslag til de betingelser, på hvilke selskabet skønner, at andre interesserede parter skal kunne opnå tilladelse til at offentliggøre de ugentlige oversigter.

92 Kommissionen har som svar på denne kritik givet udtryk for, at »artikel 2, 1. pkt., anviser parterne en mulighed for at bringe overtrædelsen til ophør: at begynde med at stille oplysningerne til rådighed uden beregning og uden diskrimination. Den sidste del af artiklen beskriver en anden mulig løsning: at indføre en politik med hensyn til at meddele licenser... på betingelser, som Kommissionen finder acceptable«.

93 Retten finder herved, at der kun tilsyneladende er tale om en selvmodsigelse som anført af sagsøgeren. Det er klart, at artikel 2 pålægger RTE, ITP og BBC straks at give tilladelse til, at andre interesserede parter offentliggør deres programoversigter. I bestemmelsen præciseres det imidlertid dernæst, at tilladelsen kan gives i form af en licens, hvortil der er knyttet visse kvalitative betingelser; det bestemmes herved, at de af de berørte virksomheder, som måtte vælge denne løsning, har en frist på to måneder til at udarbejde et forslag til forelæggelse for Kommissionen med henblik på godkendelse. Selv om det umiddelbart kan synes at være tilfældet, er den således beskrevne mulighed ikke i modstrid med påbuddet om straks at bringe overtrædelsen til ophør. Der fastsættes i øvrigt ikke nogen sanktion for det tilfælde, at påbuddet ikke efterkommes, idet det udelukkende fastlægges, hvorledes forpligtelsen til at bringe overtrædelsen til ophør kan overholdes, under hensyntagen til de krav, som er forbundet med en sådan licensordning.

94 Anbringendet om, at beslutningens artikel 2 er selvmodsigende, kan derfor ikke tiltrædes.

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

— *Parternes argumenter*

95 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 overtrædelse 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 herved understreget, at den af Kommissionen valgte løsning fratager indehaveren af en intellektuel ejendomsret denne rettigheds egentlige indhold.

96 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, Commercial Solvents, jf. ovenfor).

— *Retlig bedømmelse*

97 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 tilfælde. 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).

98 I det foreliggende tilfælde finder Retten, at de væsentlige elementer i overtrædelsen, 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, BBC 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. 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 hen-

blik 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.

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

4. *Tilsidesættelse af Berner-konventionen*

— *Parternes argumenter*

100 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.

101 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*

102 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 af 1886, 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).

103 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.

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

5. *Tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet*

105 Sagsøgeren finder, at de forpligtelser, som selskabet pålægges i beslutningen, er uforholdsmæssigt strenge og urimelige. Selskabet har gjort gældende, at det i medfør af beslutningens artikel 2 er forpligtet til at meddele et stort antal licenser og kontrollere, at de for licenserne gældende betingelser overholdes. En sådan kontrol udgør både økonomisk og personalemæssigt en uforholdsmæssig byrde for et relativt lille organ som RTE, og den vil desuden medføre censur af adskillige publikationer med diverse tvister til følge.

106 Kommissionen er af den opfattelse, at beslutningen er i overensstemmelse med proportionalitetsprincippet. Den har herved bemærket, at dette princip i henhold til fast retspraksis indebærer, at de byrder, som pålægges de erhvervsdrivende, ikke må overskride »grænserne for, hvad der er hensigtsmæssigt og nødvendigt for at nå det ønskede mål«.

107 Det skal understreges, at dette anbringende i realiteten er sammenfaldende med anbringendet om tilsidesættelse af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, som er behandlet ovenfor. Proportionalitetsprincippet er nemlig forudsætningsvis indeholdt i denne bestemmelse, som giver Kommissionen hjemmel til at pålægge de berørte virksomheder forpligtelser udelukkende med det formål at bringe overtrædelsen til ophør. Som Kommissionen med rette har anført, indebærer proportionalitetsprincippet i det foreliggende tilfælde, at de byrder, som pålægges virksomhederne med henblik på at bringe en overtrædelse af konkurrenceretten til ophør, ikke må overskride grænserne for, hvad der er rimeligt og nødvendigt for at opfylde det tilsigtede mål, nemlig at sikre, at de regler, som er blevet tilsidesat, overholdes (jf. med hensyn til proportionalitetsprincippet f.eks. dom af 24.9.1985, sag 181/84, Man (Sugar), Sml. s. 2889, præmis 20).

108 Der skal derfor blot henvises til, at det fremgår af Rettens bemærkninger i forbindelse med behandlingen af anbringendet om tilsidesættelse af artikel 3 i forordning nr. 17, at påbuddet til sagsøgeren om efter anmodning og på et ikke diskriminerende grundlag at give andre interesserede parter tilladelse til at offentliggøre selskabets ugentlige oversigter, eventuelt ved at meddele dem en licens, hvortil der er knyttet visse betingelser, er en rimelig og nødvendig foranstaltning med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør. I betragtning af de nærmere omstændigheder i sagen er påbuddet således på ingen måde uforholdsmæssigt strengt eller urimeligt.

109 Det følger heraf, at anbringendet om tilsidesættelse af proportionalitetsprincippet ikke kan tiltrædes.

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

Sagens omkostninger

111 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