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

Inhoud

De feiten en het procesverloop ..... 491

Conclusies van partijen ..... 498

Het beroep tot nietigverklaring in zijn geheel ..... 498

1. Schending van wezenlijke vormvoorschriften ..... 498

— Argumenten van partijen ..... 498

— Beoordeling rechtens ..... 499

2. Schending van artikel 86 EEG-Verdrag ..... 503

— Argumenten van partijen ..... 503

— Beoordeling rechtens ..... 515

— De omschrijving van de relevante produkten ..... 515

— Het bestaan van een machtspositie ..... 517

— De omvang van de relevante geografische markt ..... 517

— Het bestaan van misbruik ..... 517

— De gevolgen voor het handelsverkeer tussen Lid-Staten ..... 522

3. Schending van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag ..... 524

— Argumenten van partijen ..... 524

— Beoordeling rechtens ..... 524

De subsidiaire vordering tot nietigverklaring van artikel 2 van de beschikking ..... 526

* Procestaal: Engels.

1. Overbodigheid van artikel 2 van de beschikking ..... 526

2. Innerlijke tegenstrijdigheid van artikel 2 van de beschikking ..... 527

3. Schending van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad ..... 528

— Argumenten van partijen ..... 528

— Beoordeling rechtens ..... 528

4. Schending van de Berner Conventie ..... 530

— Argumenten van partijen ..... 530

— Beoordeling rechtens ..... 531

5. Schending van het evenredigheidsbeginsel ..... 532

Kosten ..... 534

In zaak T-69/89,

**Radio Telefis Eireann,** gevestigd te Dublin, vertegenwoordigd door W. Alexander, H. Ferment en G. van der Wal, advocaten te 's-Gravenhage, geïnstrueerd door G. F. McLaughlin, directeur Juridische zaken van Radio Telefis Eireann, en E. F. Collins & Son, Solicitors te Dublin, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij E. Arendt, advocaat aldaar, Avenue Marie-Thérèse 4,

verzoekster,

tegen

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

verweerster,

ondersteund door

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

interveniënte,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking 89/205/EEG van de Commissie van 21 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.851, Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE) (PB 1989, L 78, blz. 43),

wijst

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

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

griffier: H. Jung

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

het navolgende

## Arrest

### De feiten en het procesverloop

1 Bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het Hof op 10 maart 1989, heeft Radio Telefis Eireann (hierna: „RTE" of „verzoekster") verzocht om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 21 december 1988 (hierna: „de beschikking"), waarin wordt vastgesteld, dat in de relevante periode het beleid en de gedragingen van RTE met betrekking tot de publikatie van haar wekelijkse overzichten van televisie- en radioprogramma's die in Ierland en Noord-Ierland kunnen worden ontvangen, een inbreuk vormen op artikel 86 EEG-Verdrag, voor zover daardoor de publikatie en de verkoop van wekelijkse alomvattende televisiegidsen in Ierland en Noord-Ierland wordt verhinderd. Twee parallelle beroepen

tot nietigverklaring van dezelfde beschikking zijn ingesteld door de beide andere organisaties tot wie zij was gericht, te weten British Broadcasting Corporation en BBC Enterprises Limited (hierna: „BBC") (zaak T-70/89), en Independent Television Publications Ltd (hierna: „ITP") (zaak T-76/89).

2 De achtergrond van de beschikking kan worden samengevat als volgt. In de meeste woningen in Ierland en in 30 à 40% van de woningen in Noord-Ierland kunnen ten minste zes televisiekanalen worden ontvangen: RTE1 en RTE2, verzorgd door RTE, die een wettelijk monopolie bezit op nationale radio- en televisieuitzendingen in Ierland, BBC1 en BBC2, verzorgd door de BBC, en ITV en Channel 4, die werden verzorgd door televisiemaatschappijen met een door de Independent Broadcasting Authority (hierna: „IBA") verleende concessie voor de levering van onafhankelijke televisieprogramma's. In het Verenigd Koninkrijk bestaat een duopolie van BBC en IBA voor de verzorging van de nationale televisieuitzendingen. Bovendien konden vele kijkers in Groot-Brittannië en Ierland hetzij rechtstreeks, hetzij via het kabelnet diverse satellietkanalen ontvangen. In Noord-Ierland bestond echter geen kabeltelevisie.

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

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

3 Wat in het bijzonder de onderhavige zaak betreft, moet worden opgemerkt, dat RTE zich het recht voorbehield de wekelijkse programmaoverzichten van RTE1 en RTE2 uitsluitend te publiceren in haar eigen tv-gids, de *RTE Guide*, die enkel haar eigen programma's vermeldde.

4 RTE is een publiekrechtelijk lichaam (statutory authority), opgericht bij de Broadcasting Authority Act 1960 en de Broadcasting Authority (Amendment) Act 1976. Haar voornaamste taak bestaat in het verzorgen, als openbare dienst, van nationale radio- en televisieuitzendingen, waarvoor zij een wettelijk monopolie bezit. Bij de uitoefening van haar taak moet RTE in het bijzonder zorgen voor de bevordering van de Ierse taal en cultuur. Section 17 (a) van de Broadcasting Authority Act 1960, zoals gewijzigd bij Section 13 (a) van de Broadcasting Authority (Amendment) Act 1976, bepaalt, dat RTE „moet openstaan voor de belangen en zorgen van de gehele gemeenschap, aandacht moet hebben voor de behoefte aan begrip en vrede op het gehele eiland Ierland, ervoor moet zorgen dat haar programma's een afspiegeling vormen van alle aspecten van de cultuur van de bevolking van het gehele eiland Ierland, en speciale aandacht moet geven aan de aparte kenmerken van deze cultuur en in het bijzonder aan de Ierse taal".

5 Voor haar financiering is RTE krachtens Section 24 van de wet van 1960 verplicht „een zodanig beleid te voeren, dat zij zo spoedig mogelijk ten minste voldoende inkomsten verwerft en vervolgens behoudt" om haar jaarrekening in evenwicht te brengen en passende voorzieningen te treffen voor de opbouw van kapitaal en voor de bedrijfsontwikkeling. RTE verwerft haar inkomsten uit drie bronnen: kijkgelden, reclame en publikaties.

6 Volgens Section 16 (2) (j) van de wet van 1960 mag RTE, na goedkeuring van de bevoegde minister, al dan niet tegen betaling „alle tijdschriften, boeken en andere gedrukte stukken vervaardigen, publiceren en verspreiden, die haar bevorderlijk lijken voor of samenhangen met het bereiken van haar doelstellingen". Aldus kreeg RTE in 1961 toestemming voor de publikatie van een tv-gids, de *RTE Guide*. Deze gids heeft tot doel RTE-programma's, daaronder begrepen culturele programma's en programma's voor minderheden, aan te kondigen en onder de aandacht van het publiek te brengen. Volgens verzoekster heeft de publikatie van dit blad de eerste twintig jaar verlies opgeleverd. Thans vormt het evenwel „een belangrijke bron van inkomsten voor de bedrijfsvoering van RTE" en wordt de winst besteed aan de produktie van radio- en televisieprogramma's. De totale omzet (verkoop en advertenties) uit de publikatie en de verkoop van het tijdschrift bedroeg bij voorbeeld in 1985 meer dan 3,9 miljoen IRL.

7 In 1988 werden in Ierland 123 000 en in Noord-Ierland 6 500 exemplaren van de *RTE Guide* verkocht, tegen een prijs van 0,40 IRL, respectievelijk 0,50 UKL. Volgens verzoekster betekenen deze cijfers onder meer, dat de *RTE Guide* in de Ierse Republiek werd gekocht door slechts 11,5% van de huishoudens of instellingen met televisie, dat wil zeggen door 3,7% van de kijkers.

8 Op het tijdstip waarop de beschikking werd gegeven, publiceerde de *RTE Guide* uitsluitend de programmaoverzichten van RTE 1 en RTE 2, aangevuld met rolverdelingen en samenvattingen. Het bevatte voorts korte commentaren of artikelen over bepaalde programma's in het Iers en in het Engels, artikelen over speciale onderwerpen, achtergrondinformatie, brieven van lezers en veel advertentieruimte.

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

10 De uitgeverij Magill TV Guide Limited (hierna: „Magill"), een vennootschap naar Iers recht, is een volledige dochteronderneming van Magill Publications Holding Limited. Zij werd opgericht met het doel, in Ierland en Noord-Ierland onder de naam *Magill TV Guide* een wekelijks verschijnend tijdschrift te publiceren met informatie over de televisieprogramma's die door de televisiekijkers in die regio konden worden ontvangen. Volgens partijen werd in mei 1985 met de publikatie begonnen. Het tijdschrift beperkte zich aanvankelijk tot gegevens over de weekeindprogramma's van RTE, BBC, ITV en Channel 4 en over hoogtepunten van hun wekelijkse programma's. Na het verschijnen op 28 mei 1986 van een aflevering van de *Magill TV Guide* die het gehele weekprogramma van alle in Ierland te ontvangen televisiekanalen — waaronder RTE 1 en RTE 2 — bevatte, gelastte een Ierse rechter, op verzoek van RTE, BBC en ITP, Magill bij tussenvonnis, zich van publikatie van de wekelijkse overzichten van de programma's van deze organi-

saties te onthouden. Na dit vonnis staakte Magill haar publikatieactiviteiten. De zaak ten principale is gedeeltelijk behandeld door de High Court, die op 26 juli 1989 bij monde van rechter Lardner uitspraak deed over de draagwijdte van het Ierse auteursrecht op programmaoverzichten. De rechter verklaarde: „Ik stel vast, dat ieder weekoverzicht na veel nadenken en inspanning tot stand komt en het resultaat is van kundigheid en inzicht. Het gaat hierbij om een schepping van RTE. Ik acht het bewezen, dat de wekelijkse programmaoverzichten van RTE, zoals gepubliceerd in de *RTE Guide*, letterkundige werken zijn en compilaties in de gewone zin van het woord, zoals bedoeld in Section 2 en Section 8 van de Copyright Act 1963, dat RTE heeft aangetoond op deze overzichten het auteursrecht te bezitten, en dat verweersters door de publikatie van hun tv-gids voor de week van 31 mei tot en met 6 juni 1986 inbreuk op dit auteursrecht hebben gemaakt door een wezenlijk gedeelte van de beschermde gegevens van RTE te verveelvoudigen" [(1990] ILRM 534, blz. 541-542).

11 Met het oog op de publikatie van de volledige wekelijkse overzichten had Magill eerder, namelijk op 4 april 1986, krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (PB 1962, blz. 204; hierna: „verordening nr. 17"), een klacht bij de Commissie ingediend, met het verzoek vast te stellen dat ITP, BBC en RTE misbruik maakten van hun machtspositie door licenties voor de publikatie van hun respectieve wekelijkse programmaoverzichten te weigeren. Op 16 december 1987 besloot de Commissie een procedure in te leiden, en op 4 maart 1988 zond zij RTE een mededeling van de punten van bezwaar. Na afloop van deze procedure gaf de Commissie op 21 december 1988 de beschikking waartegen het onderhavige beroep is gericht.

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

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

13 Voor de vaststelling dat er sprake is van misbruik, steunt de beschikking meer in het bijzonder op artikel 86, tweede alinea, sub b, EEG-Verdrag, volgens welke er misbruik is wanneer een onderneming met een machtspositie de produktie of de afzet ten nadele van de verbruikers beperkt (punt 23, eerste alinea van de considerans). De Commissie is met name van mening, dat er een „wezenlijke potentiële vraag voor alomvattende tv-gidsen" op de markt bestaat (punt 23, vierde alinea van de considerans). Zij stelt vast, dat verzoekster, door haar machtspositie te gebruiken „om de introductie op de markt van een nieuw produkt, met name een wekelijkse alomvattende tv-gids, te voorkomen", misbruik van die machtspositie maakt. Een verder element van misbruik is, dat verzoekster door het haar verweten beleid met betrekking tot haar programmagegevens, ook de afgeleide markt van wekelijkse tv-gidsen voor zichzelf reserveert (punt 23 van de considerans).

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

14 Ten aanzien van de maatregelen die een einde aan de inbreuk moeten maken, luidt artikel 2 van het dispositief van de beschikking als volgt: „ITP, BBC en RTE dienen aan de in artikel 1 genoemde inbreuk onverwijld een einde te maken door elkaar en aan derden op verzoek op niet discriminerende basis hun eigen wekelijkse programmaoverzichten mede te delen en de verveelvoudiging van deze over-

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

15 Parallel met dit beroep tot nietigverklaring van de beschikking verzocht verzoekster in een eveneens op 10 maart 1989 ingediende afzonderlijke akte om opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de beschikking. Bij beschikking van 11 mei 1989 gelastte de president van het Hof de opschorting van de tenuitvoerlegging van artikel 2 van de bestreden beschikking, „voor zover die bepaling verzoeksters verplicht, onverwijld een einde te maken aan de door de Commissie vastgestelde inbreuk door aan elkaar en aan derden op verzoek op niet discriminerende basis hun eigen wekelijkse programmaoverzichten mee te delen en de verveelvoudiging van die overzichten door die partijen toe te staan". Het verzoek in kort geding werd voor het overige afgewezen (gevoegde zaken 76/89, 77/89 en 91/89 R, Jurispr. 1989, blz. 1141, r. o. 20).

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

**Conclusies van partijen**

16 RTE, verzoekster, concludeert dat het het Gerecht behage:

— de beschikking nietig te verklaren;

— de Commissie in de kosten te verwijzen.

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

— het beroep te verwerpen;

— verzoekster in de kosten van de Commissie te verwijzen.

**Het beroep tot nietigverklaring in zijn geheel**

17 Tot staving van haar beroep tot nietigverklaring van de beschikking, voor zover daarin een inbreuk op artikel 86 wordt vastgesteld, voert verzoekster de volgende middelen aan: schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van artikel 86 EEG-Verdrag, zoals uitgelegd in verband met het auteursrecht, en niet-inachtneming van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag.

1. *Schending van wezenlijke vormvoorschriften*

— *Argumenten van partijen*

18 Verzoekster stelt, dat de Commissie het Adviescomité niet overeenkomstig de vormvoorschriften van artikel 10 van verordening nr. 17 heeft geraadpleegd. Dit middel bestaat uit twee onderdelen. In de eerste plaats zouden er „aanwijzingen" zijn dat de bij de convocatie van het Adviescomité gevoegde documenten onvolledig waren: het goedgekeurde proces-verbaal van de hoorzitting en het voorontwerp van de beschikking zouden hebben ontbroken. In de tweede plaats zou de bijeenkomst van het Adviescomité, die vijf dagen duurde, op 28 november 1988 zijn begonnen, dat wil zeggen, in strijd met artikel 10, minder dan twee weken na de verzending van de convocaties.

19 Volgens verzoekster zijn deze vormvoorschriften van wezenlijk belang. Krachtens artikel 10, lid 5, van verordening nr. 17 juncto artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1963, blz. 2268; hierna: „verordening nr. 99/63"), moet het proces-verbaal van de hoorzitting ter beschikking van het Adviescomité worden gesteld. Artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 vereist namelijk, dat van de essentiële verklaringen van ieder die gehoord is, proces-verbaal wordt opgemaakt, dat na lezing door hem wordt getekend. Ingevolge artikel 10, lid 5, van verordening nr. 17 moet de raadpleging van het Adviescomité plaatsvinden „op uitnodiging van de Commissie in een gemeenschappelijke bijeenkomst, op zijn vroegst twee weken na de verzending der convocaties. Hierbij wordt een uiteenzetting van de zaak gevoegd, alsmede een opgave van de voornaamste stukken van het dossier en een voorontwerp van een beschikking voor elk der te onderzoeken gevallen".

20 De Commissie betoogt dat de gevolgde procedure wel in overeenstemming was met de door verzoekster genoemde bepalingen. Het Adviescomité is op 2 december 1988 bijeengekomen, dat wil zeggen twee weken na verzending van de convocaties. De leden van het comité beschikten over de klacht, de brief waarmee de procedure was ingeleid, de mededeling van de punten van bezwaar, het antwoord daarop en een voorontwerp van de beschikking. Het comité was ervan in kennis gesteld, dat het proces-verbaal van de hoorzitting van 15 en 16 september 1988 nog niet gereed was als gevolg van de diverse opmerkingen van partijen. De leden van het comité hadden niet om andere stukken gevraagd. De Commissie beklemtoont, dat er geen voorschrift bestaat dat het comité tijdens de raadpleging over het definitieve proces-verbaal van de hoorzitting moet beschikken.

— *Beoordeling rechtens*

21 Met betrekking tot het eerste onderdeel van het middel dat onvolledigheid van de bij de convocatie van het Adviescomité gevoegde stukken betreft, moet eraan worden herinnerd, dat de Commissie krachtens artikel 10, lid 5, van verordening nr. 17 verplicht is „een uiteenzetting van de zaak (...) alsmede een opgave van de voornaamste stukken van het dossier en een voorontwerp van een beschikking voor elk der te onderzoeken gevallen" voor te leggen. De inhoud van de uit deze bepaling voortvloeiende verplichtingen en de vraag of zij wezenlijke vormvoorschriften zijn, moeten in elk afzonderlijk geval worden beoordeeld in het licht van het doel van de toezending van de documenten, namelijk het comité in staat stellen zijn adviserende taak met volledige kennis van zaken te vervullen. Het comité moet op de hoogte zijn van de belangrijkste feitelijke en juridische elementen van

de procedure van toepassing van de artikelen 85 en 86, waarover het wordt geraadpleegd. Hoewel deze raadpleging plaatsvindt in het kader van de samenwerking tussen de Commissie en de Lid-Staten en niet bedoeld is als een procedure op tegenspraak tegen de betrokken ondernemingen, dient het comité — in overeenstemming met het algemene beginsel dat de bij een inbreukprocedure betrokken ondernemingen het recht hebben te worden gehoord — volstrekt objectief te worden ingelicht, in het bijzonder over het standpunt en de voornaamste argumenten die deze ondernemingen kenbaar hebben gemaakt in hun opmerkingen over alle door de Commissie na afloop van het onderzoek tegen hen aangevoerde punten van bezwaar.

22 Het proces-verbaal behoort dus in beginsel tot de voornaamste stukken van het dossier in de zin van artikel 10, lid 5, van verordening nr. 17 en moet daarom bij de convocatie aan het comité worden toegezonden. Opgemerkt zij, dat het Adviescomité wordt bijeengeroepen nadat de ondernemingen in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunt over de tegen hen ingebrachte grieven kenbaar te maken, eerst in hun schriftelijke antwoorden op de mededeling van de punten van bezwaar en vervolgens eventueel mondeling tijdens de hoorzitting. Artikel 1 van verordening nr. 99/63 betreffende de in artikel 19, leden 1 en 2, van verordening nr. 17 bedoelde hoorzittingen, bepaalt immers dat de Commissie de betrokken ondernemingen moet horen alvorens het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities te raadplegen. Met betrekking tot de hoorzitting bepaalt artikel 9, lid 4, van verordening nr. 99/63 bovendien, dat van de essentiële verklaringen van ieder die gehoord is, proces-verbaal wordt opgemaakt, dat na lezing door hem wordt getekend.

23 Toezending van het proces-verbaal van de hoorzitting aan het Adviescomité is evenwel slechts als een wezenlijke vorm te beschouwen indien dat in een bepaald geval noodzakelijk blijkt om het comité in staat te stellen zijn advies met volledige kennis van zaken uit te brengen, dat wil zeggen zonder op een essentieel punt door onjuistheden of lacunes in dwaling te worden gebracht. Deze dwaling zou zich enkel kunnen voordoen wanneer het proces-verbaal van de hoorzitting belangrijke nieuwe informatie bevat, die nog niet was vervat in de bij de convocatie van het Adviescomité gevoegde schriftelijke antwoorden van de betrokken onderneming op de mededeling van de punten van bezwaar. Wanneer dat niet het geval is, maakt het feit dat de Commissie het proces-verbaal van de hoorzitting niet tegelijk met de convocatie aan het Adviescomité heeft toegezonden, geen inbreuk op het recht van verweer van de betrokken onderneming en heeft het geen enkele invloed op de afloop van de raadplegingsprocedure. Een dergelijk verzuim kan dan niet de gehele administratieve procedure ongeldig maken en kan de wettigheid van de eindbeschikking niet aantasten.

24 In casu heeft verzoekster niet gesteld, dat het comité mogelijkerwijs op essentiële punten in dwaling is gebracht doordat het het door haar ondertekende proces-verbaal van de hoorzitting niet heeft ontvangen. Verzoekster voert niets in die zin aan en in het bijzonder niets waaruit zou kunnen blijken dat er verschillen zijn tussen haar — aan het comité gezonden — schriftelijk antwoord op de mededeling van de punten van bezwaar en haar mondelinge opmerkingen tijdens de hoorzitting. Evenmin geeft het onderzoek van het dossier enige aanleiding te twijfelen aan de juistheid van de veronderstelling, dat het Adviescomité tijdens zijn bijeenkomst over alle noodzakelijke informatie beschikte en geen behoefte had aan toezending van het definitieve proces-verbaal van de hoorzitting. Gelet op de omstandigheid dat zelfs niet is gesteld en ook nergens uit de processtukken blijkt, dat het proces-verbaal van de hoorzitting belangrijke nieuwe informatie bevatte die niet reeds in de bij de convocatie van het Adviescomité gevoegde stukken stond, stelt het Gerecht vast, dat het verzuim van de Commissie om dat proces-verbaal aan het comité toe te zenden, het comité niet heeft belet op basis van voldoende volledige informatie te beslissen, en geen inbreuk heeft gemaakt op verzoeksters rechten. In deze zaak kan dus niet worden geconcludeerd dat de omstandigheid dat het definitieve proces-verbaal van de hoorzitting niet met de convocatie aan het Adviescomité is toegezonden, schending van een wezenlijk vormvoorschrift oplevert, die de eindbeschikking van de Commissie ongeldig maakt.

25 Deze analyse ligt in de lijn van de arresten van het Hof in de „kinine"- en „kleurstoffen"-zaken. Met betrekking tot het belang van het proces-verbaal van de hoorzitting heeft het Hof immers vastgesteld, dat het feit dat de Commissie of het Adviescomité moesten werken op basis van een nog niet definitieve versie van het proces-verbaal, waarin nog geen rekening was gehouden met door de betrokken ondernemingen voorgestelde wijzigingen, „slechts een in de administratieve procedure begane fout — welke de beschikking waartoe zij leidt onwettig kan maken — oplevert, wanneer bedoelde tekst op zodanige wijze is geredigeerd, dat dwaling op een punt van wezenlijk belang kan ontstaan" (arrest van 15 juli 1970, zaak 44/69, Buchler, Jurispr. 1970, blz. 733, r. o. 17; zie ook de arresten van 14 juli 1972, zaak 51/69, Bayer, Jurispr. 1972, blz. 745, r. o. 17, en zaak 48/69, ICI, Jurispr. 1972, blz. 619, r. o. 31). Het wezenlijke vormvoorschrift welks schending grond zou opleveren voor nietigverklaring van de eindbeschikking van de Commissie, houdt dus enkel in, dat het Adviescomité de beschikking dient te hebben over die elementen van het definitieve proces-verbaal van de hoorzitting, die dit comité informatie over de essentiële punten kunnen geven. De omstandigheid dat het proces-verbaal van de hoorzitting niet is meegedeeld, kan er slechts dan toe leiden dat het comité in dwaling wordt gebracht, wanneer dit proces-verbaal belangrijke nieuwe gegevens bevat die niet zijn opgenomen in de bij de convocatie aan het comité gezonden eerdere stukken, zoals het antwoord van de be-

trokken ondernemingen op de mededeling van de punten van bezwaar. Dit was in casu echter niet het geval.

26 Het tweede onderdeel van het middel betreffende schending van wezenlijke vormvoorschriften heeft betrekking op de termijn van twee weken die ingevolge artikel 10, lid 5, van verordening nr. 17 moet verstrijken tussen de verzending van de convocatie en de zitting van het Adviescomité. In de eerste plaats moet erop worden gewezen, dat de in artikel 10, lid 5, van verordening nr. 17 vastgestelde termijn van twee weken in acht wordt genomen, wanneer de raadpleging in een bepaalde zaak niet eerder in een gezamenlijke bijeenkomst van de Commissie en het Adviescomité plaatsvindt dan op de veertiende dag na de verzending van de convocaties. In casu levert verzoekster geen enkel bewijs voor haar stelling, dat de Commissie zich niet aan deze termijn van twee weken heeft gehouden. Van de Commissie kan derhalve niet worden verlangd de vage beweringen van verzoekster, die van geen enkel gedetailleerd argument vergezeld gaan, te weerleggen (zie arrest van 7 april 1965, zaak 11/64, Weighardt, Jurispr. 1965, blz. 357).

27 Bovendien moet worden opgemerkt, dat de termijn van twee weken in elk geval een zuiver interne procedureregel vormt. Het valt weliswaar niet uit te sluiten, dat in bepaalde bijzondere omstandigheden de niet-inachtneming van deze termijn gevolgen kan hebben voor de uitslag van de raadplegingsprocedure en wellicht invloed kan hebben op bepaalde aspecten van de eindbeschikking van de Commissie ten aanzien van de betrokken onderneming. Dit kan zich met name voordoen wanneer het comité niet voldoende tijd heeft gehad om zich van de belangrijkste elementen van de zaak op de hoogte te stellen en met volledige kennis van zaken een beslissing te nemen. Onder dergelijke omstandigheden zou een te late convocatie van het comité nadelige gevolgen voor de betrokken onderneming kunnen hebben en dus de gehele procedure ongeldig kunnen maken. Niet-inachtneming van de termijn van twee weken is echter op zich niet voldoende om de eindbeschikking van de Commissie ongeldig te maken, wanneer de convocatie op zodanige wijze is geschied, dat het comité zijn advies met volledige kennis van zaken kon uitbrengen. In dat geval kon het comité de rechtssituatie van de onderneming immers degelijk onderzoeken en kon de niet-inachtneming van de termijn van twee weken die onderneming niet schaden. Het is vaste rechtspraak van het Hof, dat niet-inachtneming van een dergelijke interne procedureregel de eindbeschikking slechts onwettig kan maken, wanneer die niet-inachtneming van voldoende wezenlijke aard is en nadelige gevolgen heeft voor de juridische en feitelijke situatie van de partij die zich op een vormfout beroept. In zijn arrest van 14 juli 1972

(zaak 51/69; Bayer, reeds aangehaald, r. o. 16 en 17) stelde het Hof vast, dat de niet-inachtneming van de in die zaak juist ten behoeve van verzoekster gestelde termijn voor de indiening van haar opmerkingen over het ontwerp-proces-verbaal van de hoorzitting, slechts gevolg kon hebben voor de wettigheid van de beschikking wanneer die onregelmatigheid tot dwaling ten aanzien van punten van wezenlijk belang kon leiden (zie ook 's Hofs arresten van 15 juli 1970, zaak 41/69, ACF Chemiefarma, Jurispr. 1970, blz. 661, r. o. 48-52, en 10 december 1987, zaak 277/84, Jänsch, Jurispr. 1987, blz. 4923, r. o. 11).

28 Om al deze redenen moet het eerste middel in zijn beide onderdelen worden afgewezen.

2. *Schending van artikel 86 EEG-Verdrag*

— *Argumenten van partijen*

29 Dit middel bestaat uit vier onderdelen. RTE stelt verkeerde toepassing van artikel 86, niet slechts met betrekking tot de toepassingsvoorwaarden ervan, betreffende de omvang van de relevante markt en de beïnvloeding van het handelsverkeer tussen Lid-Staten, maar ook met betrekking tot de begrippen machtspositie en misbruik in de zin van dit artikel.

30 In de eerste plaats betwist verzoekster de vaststelling van de Commissie, dat er een machtspositie bestaat. Zij wijst de in de beschikking gegeven omschrijving van de relevante produkten af. Anders dan de Commissie meent zij, dat het bij de relevante produkten niet enkel gaat om wekelijkse programmaoverzichten en de tv-gidsen waarin deze worden gepubliceerd. Integendeel, het gaat om „alle informatie vooraf, die dagelijks of wekelijks aan het publiek wordt verstrekt, omdat er een grote mate van onderlinge vervangbaarheid bestaat tussen de diverse vormen van programmainformatie". In dit verband verwijst verzoekster naar een marktonderzoek, waaruit blijkt dat slechts 19% van de televisiekijkers de *RTE Guide* gebruikt en dat de meeste kijkers hun informatie over de televisieprogramma's vooral uit de dagbladen halen. Dit toont aan, dat wat de kijkers betreft, de informatie over de programma's van de dag substitueerbaar is voor de wekelijkse programmaoverzichten.

31 Ter bepaling van haar positie op de markt van informatie over haar eigen televisieprogramma's baseert verzoekster zich op het arrest van het Hof van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 38). Hieruit zou zijn af te leiden, dat „het juiste criterium voor een machtspositie is, of RTE bij de publikatie van haar wekelijkse programmaoverzichten de macht heeft zich jegens haar concurrenten en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen". Volgens verzoekster is dit niet het geval. Er zijn twee factoren die RTE's mogelijkheid om zich onafhankelijk te gedragen, aanzienlijk beperken: enerzijds de concurrentie van de dagbladen, die de voornaamste bron van informatie over televisieprogramma's zijn, en anderzijds de sterke concurrentie van BBC en ITV, zowel op het punt van de verkoop van hun respectieve tv-gidsen als wat de omvang van hun kijkerspubliek betreft. Volgens verzoekster is zij aangewezen op de *RTE Guide* om haar uitzendingen en in het bijzonder haar eigen tv-persoonlijkheden onder de aandacht te brengen in een situatie waarin zij in Ierland zeer sterke concurrentie ondervindt van BBC en ITV, die hoogwaardige Engelstalige programma's uitzenden en hun eigen wekelijkse tv-gidsen publiceren. Wat de dagbladen betreft, wijst verzoekster erop, dat zij haar wekelijkse programmaoverzichten op verzoek gratis aan alle kranten verstrekt, met toestemming om een overzicht te publiceren van haar radio- en televisieprogramma's die dezelfde dag, of onder bepaalde omstandigheden de volgende dag, in Ierland en Noord-Ierland zijn te ontvangen.

32 Na haar marktpositie aldus te hebben omschreven, wijst verzoekster de redenering waarmee de Commissie desondanks tot het bestaan van een machtspositie heeft geconcludeerd, van de hand. Anders dan de Commissie stelt zij, dat het feit dat een omroepmaatschappij zelf de enige bron van informatie over haar eigen programmaoverzichten is, niet voldoende is om het bestaan van een machtspositie in de zin van artikel 86 aan te nemen. Hiertoe voert zij aan, dat wanneer het door de Commissie gehanteerde criterium werd aanvaard, elke onderneming — met uitzondering van „producenten van ongedifferentieerde goederen" — op de markt van zijn eigen produkten een machtspositie in de zin van artikel 86 zou innemen. In een geval als het onderhavige zijn derden die een weekblad willen uitgeven, daarvoor niet aangewezen op haar toestemming om haar wekelijkse programmaoverzichten te publiceren. Het succes van een weekblad hangt immers niet af van het opnemen van een rubriek met de wekelijkse programmaoverzichten; dit bevordert de verkoop van het blad weliswaar, maar is niet noodzakelijk voor de levensvatbaarheid ervan.

33 Het tweede onderdeel van het middel inzake schending van artikel 86 betreft de omvang van de relevante markt. Verzoekster betwist de stelling van de Commissie, dat de uit Ierland en Noord-Ierland bestaande geografische markt een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt in de zin van artikel 86 vormt. Volgens de rechtspraak van het Hof hangt het antwoord op de vraag of een bepaald grondgebied al dan niet een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormt, af van de omvang van de consumptie van het betrokken produkt (arrest van 16 december 1975, gevoegde zaken 40/73 tot en met 48/73, 50/73, 54/73 tot en met 56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Suikerunie e. a., Jurispr. 1975, blz. 1663). Verzoekster stelt, dat de omvang van de markt van tv-gidsen binnen een bepaald grondgebied overeenkomt met het aantal personen in dat gebied dat kijkgeld betaalt. In het relevante geografische gebied zijn dat ongeveer 1 miljoen huishoudens, terwijl het er in de gehele Gemeenschap 120 miljoen zijn, zodat Ierland en Noord-Ierland minder dan 1% van de totale gemeenschappelijke markt voor het betrokken produkt vormen. Artikel 86 is derhalve niet van toepassing.

34 In het derde onderdeel van het middel inzake schending van artikel 86 ontkent verzoekster, dat haar beleid ten aanzien van haar programmagegevens misbruik in de zin van artikel 86 oplevert. De kern van haar betoog is, dat zij met het haar in de beschikking verweten gedrag slechts het specifieke voorwerp van haar auteursrecht op haar eigen programmaoverzichten wilde beschermen, hetgeen geen misbruik in de zin van artikel 86 kan zijn.

35 Met een beroep op het arrest van het Hof van 5 oktober 1988 (zaak 238/87, Volvo, Jurispr. 1988, blz. 6211) betoogt verzoekster, dat het haar verweten gedrag onder de bescherming valt die het gemeenschapsrecht biedt aan het specifieke voorwerp van het auteursrecht op haar programmaoverzichten. Het enige verschil in deze zaak is, dat Magill wordt belet een produkt te maken waarvoor zij een markt ziet, doordat verzoekster weigert haar toestemming te geven voor de publikatie van de wekelijkse programmaoverzichten waarop auteursrecht rust. Een dergelijke weigering is door het Hof als rechtmatig beoordeeld. In genoemde zaak Volvo, die uitsluitende rechten op gedeponeerde modellen betrof, maar waarvan de termen ook op het auteursrecht kunnen worden toegepast, overwoog het immers, dat „de mogelijkheid voor de houder van een model om derden te beletten produkten waarin het model is verwerkt, zonder zijn toestemming te vervaardigen en te verkopen of in te voeren, de essentie vormt van zijn uitsluitend recht. Daaruit volgt dat (...) de weigering om zulk een licentie te verlenen, op zich geen misbruik van machtspositie kan opleveren" (r. o. 8). Verzoekster is derhalve van oordeel, dat de veroordeling van haar beleid inzake de programmaoverzichten haar de essentie van haar auteursrecht ontneemt, wat in strijd is met het gemeenschapsrecht.

36 Met betrekking tot de door het Hof in de zaak Volvo genoemde mogelijkheid, dat de houder zijn intellectuele-eigendomsrecht misbruikt in de zin van artikel 86, stelt verzoekster, dat een dergelijk gedrag in casu niet door de Commissie is geconstateerd. Zij beklemtoont, dat de gewraakte gedragingen in de beschikking als misbruik zijn aangemerkt, ten eerste omdat zij verhinderden „dat aan een wezenlijke potentiële vraag wordt voldaan die op de markt voor alomvattende tv-gidsen bestaat", en ten tweede omdat zij tot doel hadden de marktpositie van de *RTE Guide* te beschermen.

37 Volgens verzoekster heeft de Commissie niet aangetoond, dat er van consumentenzijde vraag naar een alomvattende gids bestaat. Bovendien rechtvaardigen de zoëven genoemde omstandigheden in geen geval de uitholling van de essentie van haar auteursrecht, op grond waarvan „enkel RTE bevoegd is te besluiten of de programmaoverzichten worden gepubliceerd en zo ja, door wie en in welke vorm, enzovoort." De weigering om een licentie te verlenen, kan dus geenszins als misbruik van een machtspositie worden gezien, ook niet wanneer er een grote vraag zou bestaan naar het produkt dat dank zij die licentie had kunnen worden vervaardigd. Ook stelt verzoekster, dat haar gedrag in casu niet als misbruik kan worden beschouwd, voor zover zij de publikatie van volledige dagelijkse programmaoverzichten toestaat en bevordert.

38 Verzoekster betwist eveneens het argument van de Commissie, dat zij haar vergunning voor het uitzenden van radio- en televisieprogramma's trachtte uit te breiden tot een monopolie op de afgeleide markt van publikaties. Het auteursrecht op haar programmaoverzichten en de uitoefening van dat recht staan volledig los van haar zendvergunning. De auteursrechtelijke bescherming van haar programmaoverzichten, als letterkundige werken en compilaties in de zin van de Sections 2 en 8 van de Ierse Copyright Act 1963, biedt op zich reeds voldoende rechtvaardiging voor het gewraakte gedrag; haar wettelijk monopolie op nationale radio- en televisieuitzendingen kan daarbij geen enkele rol spelen. Voor deze stelling zoekt verzoekster steun bij het arrest van 26 juli 1989 van de Ierse High Court (RTE/Magill, reeds aangehaald in r. o. 10), waarin rechter Lardner overwoog, dat ieder wekelijks programmaoverzicht als een schepping van RTE moet worden beschouwd, daar het het resultaat is van veel nadenken en inspanning, van kundigheid en inzicht. Het verzet van RTE tegen elke publikatie van haar wekelijkse programmaoverzichten door derden is derhalve „het rechtstreekse gevolg van het

alleenrecht om de beschermde schepping te gebruiken ter vervaardiging en het als eerste in het verkeer brengen van commerciële produkten, wat het specifieke voorwerp van dit recht vormt". Verzoekster verwijst in dit verband naar het arrest van het Hof van 3 maart 1988 (zaak 434/85, Allen & Hanburys, Jurispr. 1988, blz. 1245, r. o. 11).

39 Het vierde onderdeel van het middel inzake schending van artikel 86 steunt op het argument, dat de gewraakte praktijken geen enkele merkbare invloed op het handelsverkeer tussen Lid-Staten hebben. Volgens verzoekster is het enige grondgebied van een andere Lid-Staat waar RTE-uitzendingen zijn te ontvangen, Noord-Ierland of, om precies te zijn, een gedeelte van Noord-Ierland. De verkoop van de *RTE Guide* in een andere Lid-Staat is dan ook slechts van bijkomstig belang. Het gaat daarbij om minder dan 5% van de verkoop in Ierland, terwijl blijkens de cijfers in punt 6 van de considerans van de bestreden beschikking de „televisiemarkt" in het Verenigd Koninkrijk ruim twintig maal groter is dan in Ierland. De Noordierse markt vertegenwoordigt minder dan 1,6% van de Britse televisiemarkt en minder dan 0,3% van de communautaire televisiemarkt. Gelet op al deze cijfers kunnen de gewraakte feiten dus geen merkbare invloed op het handelsverkeer tussen Lid-Staten hebben, omdat de markt van gegevens over RTE-programma's enkel Ierland omvat, „alsmede een onbeduidende markt in een smalle grensstrook van een andere Lid-Staat". Verzoekster verwijst in dit verband naar het arrest van 26 juli 1989 van de Ierse High Court, waarin wordt vastgesteld dat Magill en de overige verweerders onder meer niet hadden bewezen, dat het handelsverkeer tussen Lid-Staten door het beleid van RTE merkbaar kon zijn beïnvloed.

40 De Commissie wijst alle argumenten van verzoekster met betrekking tot de gestelde schending van artikel 86 van de hand.

41 Met betrekking tot het eerste onderdeel van het middel, inzake het bestaan van een machtspositie, herhaalt de Commissie de argumenten waarop de motivering van de beschikking was gebaseerd. Kort samengevat betoogt zij, dat elk van de verzoeksters een machtspositie op twee kleine markten inneemt. De ene markt is die van verzoeksters eigen programmaoverzichten voor de volgende week, waarop zij een monopolie bezit. De andere is de markt voor wekelijks verschijnende tv-

gidsen, die volgens de Commissie een afzonderlijke submarkt binnen de algemene markt van dag- en weekbladen vormt, want alleen daar wordt een produkt aangeboden — in casu volledige informatie over de wekelijkse RTE-programma's — waarnaar een specifieke vraag bestaat. In dit verband beklemtoont de Commissie, dat in de relevante periode Ierland en het Verenigd Koninkrijk de enige Lid-Staten waren waar geen enkele alomvattende wekelijkse tv-gids verkrijgbaar was die kon concurreren met de *RTE Guide*, die aldus een monopoliepositie bezat.

42 Met betrekking tot het tweede onderdeel van het middel inzake de schending van artikel 86 stelt de Commissie, dat, anders dan verzoekster beweert, de relevante geografische markt een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormt. Om te beginnen bestrijdt zij verzoeksters argument, dat de relevante markt in Ierland en Noord-Ierland minder dan 1% van alle televisiekijkers in de Gemeenschap omvat, want dit veronderstelt dat er één enkele markt van radio- en televisieuitzendingen bestaat, wat thans nauwelijks het geval is. In dit verband wijst zij erop, dat het ontbreken van alomvattende tv-gidsen een van de oorzaken van het beperkte handelsverkeer in televisiediensten is. Vervolgens beklemtoont zij het belang van de Ierse culturele identiteit en wijst zij erop, dat de 3,7 miljoen burgers in Ierland een niet geringe markt vormen. Juridisch dient een markt die het gehele grondgebied van een Lid-Staat en een gedeelte van het grondgebied van een andere Lid-Staat omvat, als een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt te worden beschouwd. Wat de relevante geografische markt betreft, merkt de Commissie nog het volgende op: het feit dat het in Ierland en Noord-Ierland gepleegde misbruik ten aanzien van Magill enkel gevolgen heeft in Ierland — dat wil zeggen binnen een duidelijk afgebakend gebied —, bevestigt dat dit gebied de relevante geografische markt vormt.

43 Wat het derde onderdeel van het middel betreft, tracht de Commissie aan te tonen, dat de gewraakte gedragingen misbruik opleveren. Naar zij ter terechtzitting uitdrukkelijk heeft bevestigd, gaat zij er daarbij van uit, dat de programmaoverzichten naar nationaal recht auteursrechtelijk zijn beschermd. Maar dat verhindert volgens haar niet, dat het desbetreffende beleid en de gedragingen van verzoekster niet worden gedekt door de in het gemeenschapsrecht erkende bescherming van het auteursrecht.

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

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

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

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

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

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

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

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

51 Met betrekking tot het vierde onderdeel van het middel inzake schending van artikel 86, dat betrekking heeft op de invloed op het handelsverkeer tussen Lid-Staten, stelt de Commissie, dat de invloed op het handelsverkeer tussen Ierland en het Verenigd Koninkrijk onder meer moet worden bepaald aan de hand van de potentiële handelsstroom in alomvattende tv-gidsen. Indien Magill een dergelijke gids in Ierland zou publiceren, zou hiernaar uiteraard ook vraag bestaan in Noord-Ierland, waar de kijkers dezelfde programma's kunnen ontvangen als in Ierland. Gelet op het feit dat tv-gidsen goed verkopen, is het volgens de Commissie duidelijk, dat het handelsverkeer tussen Lid-Staten merkbaar werd beïnvloed. Een verder bewijs is het feit dat, zoals verzoekster verklaarde tijdens de terechtzitting in kort geding, er ongeveer twintig ondernemingen zijn die een alomvattende tv-gids in Ierland wilden uitgeven.

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

53 Interveniënte sluit zich volledig aan bij de opmerkingen van de Commissie. Zij bestrijdt verzoeksters uitlegging, dat de beschikking een verplichting tot het verlenen van licenties inhoudt. Zij beklemtoont het belang van de toestemming van de houder van het auteursrecht. Volgens interveniënte zou verzoekster, indien zij aan geen enkele derde een licentie verleende, met recht kunnen volhouden dat zij niets anders deed dan haar alleenrecht ten eigen bate gebruiken. Besluit zij echter licenties te verlenen voor de publikatie van haar dagelijkse programmagegevens, dan mag zij haar auteursrecht niet gebruiken om de publikatie van haar weekoverzichten door derden te beletten.

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

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

Verzoekster betoogt in het bijzonder, dat het argument van de Commissie, waarmee in twijfel wordt getrokken of nationaal recht dat voorziet in auteursrecht op programmaoverzichten, verenigbaar is met het gemeenschapsrecht, in het huidige stadium van de procedure niet ontvankelijk is omdat dit een nieuw argument is. Het argument dat het auteursrecht op programmaoverzichten „auteursrecht op feiten en ideeën" is, is niet ontvankelijk. Niet ontvankelijk zijn ook de beweringen van de Commissie, dat de betrokken gedragingen willekeurig en discriminerend waren, want ook deze zijn in de mededeling van de punten van bezwaar en in de beschikking niet terug te vinden. In dit verband merkt verzoekster op, dat de redenering in punt 23 van de beschikking — aangenomen al dat zij juist is — ook zou opgaan wanneer RTE nooit enige licentie aan derden had verleend. Hieruit blijkt duidelijk, dat de beschikking niet is gebaseerd op de vaststelling van discriminatie. Volgens verzoekster kan discriminatie geen rechtvaardiging voor de beschikking vormen, omdat discriminatie er niet aan ten grondslag ligt. Voorts betwist verzoekster de ontvankelijkheid van het enkel door interveniënte aangevoerde middel, dat er een stilzwijgende afspraak tussen BBC, ITP en RTE bestond. Dit middel gaat volgens verzoekster uit van een inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en is derhalve niet ontvankelijk.

56 Ten gronde merkt verzoekster op, dat de Commissie wat het vermeende misbruik bij haar licentiebeleid betreft, niet ingaat op het probleem dat voortkomt uit het feit dat de weigering om publikatie van programmaoverzichten toe te staan, geen

misbruik kan vormen, omdat de auteursrechthebbende anders een belangrijk deel van zijn alleenrecht kwijt raakt. De aard van het auteursrechtelijk beschermde materiaal en de relatieve waarde ervan doen niet ter zake bij de beoordeling van de draagwijdte van dat recht. Het specifieke voorwerp en de grondslag van het auteursrecht blijven hetzelfde, ongeacht of het beschermde materiaal al dan niet innovatief is, een bedrijfsgeheim of een onderzoekactiviteit betreft. Het auteursrecht in het Verenigd Koninkrijk en Ierland maakt geen onderscheid tussen werken die, zoals de Commissie zich uitdrukt, „banaal" zijn, en andere werken, want dat is een zuiver subjectieve beoordeling.

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

58 Anders dan verzoekster, is de Commissie van mening, dat de argumenten feitelijk en rechtens die zij in deze procedure aanvoert, enkel een verbreding, verduidelijking en versterking zijn van de overwegingen waarop de beschikking is gebaseerd, en daarmee dus volstrekt overeenstemmen. Maar ook als dat niet het geval was, zou verzoeksters recht van verweer voor het Gerecht of tijdens de administratieve procedure geenszins zijn geschaad; hooguit zou er dan sprake kunnen zijn van onvolledigheid of van een vergissing in de motivering van de beschikking, wat in casu echter niet het geval is. De Commissie herinnert eraan, dat volgens het Hof van Justitie „een zelfstandige en uitputtende motivering" voor elk onderdeel van de beschikking niet nodig is, wanneer „een voldoende motivering ook kan volgen uit het onderling verband der verschillende overwegingen, waarop voor zulk een

beschikking een beroep werd gedaan" (arrest van 20 maart 1957, zaak 2/56, Geitling, Jurispr. 1957, blz. 9). In het onderhavige geval zijn de voornaamste elementen feitelijk en rechtens waarop de beschikking berust, beknopt doch duidelijk vermeld.

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

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

— *Beoordeling rechtens*

60 In het licht van de hiervóór weergegeven argumenten van partijen moet het Gerecht bij zijn beoordeling van het middel ontleend aan schending van artikel 86, vijf punten onderzoeken: 1) welke is de relevante produktenmarkt, 2) welke positie neemt verzoekster op die markt in, 3) wat is de omvang van de relevante geografische markt, 4) levert de in geding zijnde gedraging al dan niet misbruik op, en 5) wat zijn de gevolgen van die gedraging voor het handelsverkeer tussen Lid-Staten.

— De omschrijving van de relevante produkten

61 Met betrekking tot de omschrijving van de relevante produkten — volgens de beschikking zijn dat verzoeksters wekelijkse programmaoverzichten en de tv-gidsen

waarin deze worden gepubliceerd —, stelt het Gerecht vast dat, anders dan verzoekster beweert, de aldus omschreven produkten specifieke markten vertegenwoordigen, die niet identiek zijn met de markt van gegevens over televisieprogramma's in het algemeen.

62 De markten van wekelijkse programmaoverzichten en van tv-gidsen waarin deze worden gepubliceerd, zijn immers submarkten van de markt van gegevens over televisieprogramma's in het algemeen. Zij bieden een produkt aan — informatie over de weekprogramma's — waarnaar een specifieke vraag bestaat zowel van derden die alomvattende tv-gidsen willen publiceren en in de handel brengen, als van televisiekijkers. Eerstgenoemden kunnen dergelijke gidsen niet publiceren wanneer zij niet beschikken over alle wekelijkse programmaoverzichten voor de kanalen die binnen de relevante geografische markt kunnen worden ontvangen. Wat de televisiekijkers betreft, stelt de Commissie in haar beschikking terecht vast, dat de programmainformatie die op de markt beschikbaar was op het moment waarop de beschikking tot stand kwam — te weten het complete programmaoverzicht voor een periode van 24 uur (en in het weekeinde en vóór feestdagen voor een periode van 48 uur) dat in bepaalde dag- en zondagsbladen werd gepubliceerd, alsmede de televisierubrieken van bepaalde tijdschriften met als aanvulling een bespreking van de „hoogtepunten" van de programma's van de week —, voor die kijkers slechts in beperkte mate voorafgaande informatie over het gehele weekprogramma kon vervangen. Enkel wekelijks verschijnende tv-gidsen met de volledige programma's voor de komende week bieden de kijkers de mogelijkheid vooraf te beslissen welk programma zij willen zien, en aan de hand daarvan plannen te maken voor de besteding van hun vrije tijd in de komende week.

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

— Het bestaan van een machtspositie

63 Met betrekking tot verzoeksters positie op de relevante markt merkt het Gerecht op, dat RTE, als gevolg van haar auteursrecht op haar programmaoverzichten, het alleenrecht bezat om deze overzichten te verveelvoudigen en in het verkeer te brengen. Daardoor was zij in staat een monopolie in stand te houden op de publikatie van haar weekoverzichten in de *RTE Guide*, een tijdschrift dat speciaal gericht is op RTE's programma's. Verzoekster bezat toen dus duidelijk een machtspositie zowel op de markt van weekoverzichten als op die van de tijdschriften waarin deze in Ierland en Noord-Ierland werden gepubliceerd. Derden, zoals Magill, die een alomvattende tv-gids wilden uitgeven, waren economisch afhankelijk van verzoekster, die daardoor een daadwerkelijke mededinging op de markt van informatie over haar wekelijkse programma's kon verhinderen (arrest van het Hof van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 30).

— De omvang van de relevante geografische markt

64 Met betrekking tot de omvang van de relevante geografische markt stelt het Gerecht vast, dat de geografische markt bestaande uit Ierland en Noord-Ierland, dat wil zeggen het grondgebied van een Lid-Staat en een gedeelte van dat van een andere Lid-Staat, ontegenzeglijk een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormt. Welk gedeelte Ierland en Noord-Ierland uitmaken in de gemeenschappelijke markt van tv-gidsen, kan hierbij buiten beschouwing blijven (zie onder meer arrest van 9 november 1983, zaak 322/81, Michelin, reeds aangehaald, r. o. 28).

— Het bestaan van misbruik

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

66 Bij gebreke van geharmoniseerde nationale regels of van eenvormige gemeenschapsregels behoort het vaststellen van voorwaarden en procedures voor de bescherming van het auteursrecht tot de bevoegdheid van de nationale autoriteiten. Deze bevoegdheidsverdeling ten aanzien van rechten van intellectuele eigendom is door het Hof uitdrukkelijk goedgekeurd in zijn arrest van 14 september 1982 (zaak 144/81, Keurkoop, Jurispr. 1982, blz. 2853, r. o. 18) en met name bevestigd in zijn arresten van 5 oktober 1988 (zaken 53/87, CICRA, reeds aangehaald, r. o. 10, en 238/87, Volvo, reeds aangehaald, r. o. 7).

67 De verhouding tussen nationale intellectuele-eigendomsrechten en de algemene regels van het gemeenschapsrecht wordt uitdrukkelijk beheerst door artikel 36 EEG-Verdrag, dat voorziet in de mogelijkheid om uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom af te wijken van de regels betreffende het vrije verkeer van goederen. Deze afwijking is evenwel uitdrukkelijk aan een aantal voorwaarden gebonden. De door het nationale recht verleende bescherming van intellectuele-eigendomsrechten wordt naar gemeenschapsrecht enkel erkend onder de in artikel 36, tweede zin, genoemde voorwaarden. Volgens deze bepaling mogen de beperkingen van het vrije verkeer uit hoofde van de bescherming van intellectuele eigendom „geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten vormen". Artikel 36 beklemtoont aldus, dat tussen de eisen van het vrije verkeer van goederen en de eerbiediging van intellectuele-eigendomsrechten een dusdanig evenwicht tot stand moet worden gebracht, dat de — in de zin van dit artikel gerechtvaardigde — rechtmatige uitoefening van deze rechten wordt beschermd, met uitsluiting van elke onrechtmatige uitoefening die zou leiden tot een kunstmatige verdeling van de markt of tot overtreding van de communautaire mededingingsregels. De uitoefening van de door de nationale wettelijke regeling verleende intellectuele-eigendomsrechten moet derhalve blijven binnen de voor dat evenwicht noodzakelijke grenzen (zie arrest van 14 september 1982, zaak 144/81, Keurkoop, reeds aangehaald, r. o. 24).

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

69 Ingevolge artikel 36, zoals uitgelegd in het licht van de doelstellingen van de artikelen 85 en 86 en de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen of

diensten, zijn naar gemeenschapsrecht enkel toegestaan de beperkingen van de vrije mededinging, het vrije goederenverkeer en de vrijheid van dienstverrichting, die noodzakelijk zijn voor de bescherming van het specifieke voorwerp van het intellectuele-eigendomsrecht. In zijn arrest van 8 juni 1971 (zaak 78/70, Deutsche Grammophon, reeds aangehaald), waarin het om een naburig recht van het auteursrecht ging, overwoog het Hof (r. o. 11), „dat artikel 36 weliswaar verboden of beperkingen van het vrije verkeer van goederen toestaat die uit hoofde van bescherming van de industriële of commerciële eigendom gerechtvaardigd zijn, doch inbreuken op bedoelde vrijheid slechts gedoogt voor zover die hun rechtvaardiging vinden in het waarborgen van de rechten welke het specifieke voorwerp van deze eigendom vormen" (zie ook de arresten van 18 maart 1980, zaak 62/79, Coditel, Jurispr. 1980, blz. 881, r. o. 14; 22 januari 1981, zaak 58/80, Dansk Supermarked, Jurispr. 1981, blz. 181, r. o. 11; en 6 oktober 1982, zaak 262/81, Coditel, reeds aangehaald, r. o. 12; voor andere intellectuele-eigendomsrechten dan het auteursrecht, zie de arresten van 31 oktober 1974, zaak 16/74, Centrafarm, Jurispr. 1974, blz. 1183; 23 mei 1978, zaak 102/77, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1978, blz. 1139, r. o. 8; 25 februari 1986, zaak 193/83, Windsurfing International, Jurispr. 1986, blz. 611, r. o. 45; 5 oktober 1988, zaken 53/87, CICRA, r. o. 11, en 238/87, Volvo, reeds aangehaald r. o. 8; en 17 oktober 1990, zaak C-10/89, Hag GF, Jurispr. 1990, blz. I-3711, r. o. 12).

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

71 Dat de uitoefening van het alleenrecht tot verveelvoudiging van een beschermd werk op zich geen misbruik vormt, is duidelijk, doch het ligt anders, wanneer uit de bijzonderheden van het concrete geval blijkt, dat dat recht wordt uitgeoefend op zodanige wijze en onder zodanige omstandigheden, dat in feite een doel wordt nagestreefd dat kennelijk in strijd is met de doelstellingen van artikel 86. In zo een geval wordt het auteursrecht niet meer uitgeoefend op een wijze die in overeenstemming is met de wezenlijke functie ervan in de zin van artikel 36 EEG-Verdrag, welke functie erin bestaat, de morele rechten op het werk te beschermen en de beloning van de creatieve inspanning te verzekeren, met inachtneming van de doelstellingen van, in het bijzonder, artikel 86 (zie met betrekking tot octrooirechten 's Hofs arresten van 14 juli 1981, zaak 187/80, Merck, Jurispr. 1981, blz. 2063, r. o. 10, en 9 juli 1985, zaak 19/84, Pharmon, Jurispr. 1985,

blz. 2281, r. o. 26; en met betrekking tot het auteursrecht het arrest van 17 mei 1988, zaak 158/86, Warner Brothers, reeds aangehaald, r. o. 15). In dat geval heeft het gemeenschapsrecht, in het bijzonder wanneer het gaat om zo fundamentele beginselen als het vrije verkeer van goederen en de vrije mededinging, voorrang op elke andere, met die beginselen strijdige nationale regeling inzake de intellectuele eigendom.

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

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

Een dergelijke gedraging — namelijk beletten dat op de afgeleide markt van tv-gidsen een nieuw produkt, waarnaar potentiële vraag van consumentenzijde bestaat, wordt vervaardigd en verkocht, waardoor alle mededinging op de markt wordt uitgesloten met als enig doel verzoeksters monopolie in stand te houden —

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

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

haald). Deze vergelijking maakt duidelijk, dat verzoeksters gedraging volgens de criteria die in de door partijen aangevoerde rechtspraak zijn ontwikkeld, geen verband houdt met het wezen van het auteursrecht.

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

— De gevolgen voor het handelsverkeer tussen Lid-Staten

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

77 In de onderhavige zaak stelt het Gerecht vast, dat door verzoeksters gedraging de mededingingsstructuur op de markt van tv-gidsen in Ierland en Noord-Ierland is gewijzigd, waardoor het potentiële handelsverkeer tussen Ierland en het Verenigd Koninkrijk ongunstig is beïnvloed.

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

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

78 Om al deze redenen moet het middel ontleend aan schending van artikel 86, worden afgewezen.

3. *Schending van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag*

— *Argumenten van partijen*

79 Onder verwijzing naar het arrest van het Hof van 30 april 1974 (zaak 155/73, Sacchi, Jurispr. 1974, blz. 409) stelt verzoekster een onderneming te zijn die belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang in de zin van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag. Op grond van deze bepaling kan artikel 86 niet op haar worden toegepast, omdat zij anders ernstig zou worden gehinderd bij de vervulling van de haar opgedragen taak, te weten het verzorgen van nationale radio- en televisieuitzendingen met bijzondere aandacht voor de Ierse taal en cultuur.

80 Verzoekster voert in het bijzonder aan, dat zij om historische redenen op grote problemen stuit bij de vervulling van haar taak om de Ierse taal en cultuur te bevorderen. Deze problemen worden verergerd door de concurrentie van tal van Engelstalige televisiekanalen die in Ierland kunnen worden ontvangen. In dit licht is de publikatie van de *RTE Guide*, die niet rendabel zou zijn wanneer met wekelijks verschijnende alomvattende tv-gidsen moet worden geconcurreerd, essentieel voor het bekend maken en onder de aandacht brengen van de RTE-programma's. Bovendien is de publikatie van de *RTE Guide* een belangrijke bron van inkomsten.

81 Hiertegenover stelt de Commissie, dat ook al is RTE een onderneming die belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, zij krachtens artikel 90, lid 2, verplicht is zich bij haar commerciële activiteiten aan de mededingingsregels te houden „zolang niet is aangetoond dat deze bepalingen onverenigbaar zijn met de uitoefening van [haar] taak" (arrest van 30 april 1974, zaak 155/73, Sacchi, reeds aangehaald, r. o. 15). De Broadcasting Authority Act 1960, waarbij RTE is opgericht, draagt haar niet op of staat haar niet toe, zichzelf de publikatie voor te behouden van een tijdschrift met haar wekelijkse programmaoverzichten. Aan de voorwaarde voor een ontheffing van de mededingingsregels krachtens artikel 90, lid 2, is dus niet voldaan.

— *Beoordeling rechtens*

82 Allereerst moet erop worden gewezen dat, gelijk de Commissie terecht opmerkt, een onderneming als RTE, die belast is met het beheer van diensten van algemeen economisch belang, krachtens artikel 90, lid 2, van het Verdrag onderworpen is

aan de mededingingsregels, tenzij zou worden aangetoond dat de toepassing van deze regels onverenigbaar is met de vervulling van haar taak (zie de arresten van het Hof van 30 april 1974, zaak 155/73, Sacchi, reeds aangehaald, r. o. 15; 3 oktober 1985, zaak 311/84, CBEM, Jurispr. 1985, blz. 3261, r. o. 17 en 19; 11 april 1989, zaak 66/86, Ahmed Saeed, Jurispr. 1989, blz. 803, r. o. 56; en 23 april 1991, zaak C-41/90, Höfner en Elser, reeds aangehaald, r. o. 24).

83 In casu heeft verzoekster niet weten aan te tonen, dat het uit artikel 86 voortvloeiende verbod om de publikatie van haar wekelijkse programmaoverzichten uitsluitend aan zichzelf voor te behouden, de vervulling van haar taak als omroeporganisatie op enigerlei wijze belemmert. Als organisatie die belast is met het verzorgen van nationale radio- en televisieprogramma's, is verzoekster gemachtigd de *RTE Guide* uit te geven, niet enkel om haar programma's aan te kondigen en onder de aandacht te brengen — met name haar culturele programma's en die in de Ierse taal —, maar ook om daarmee haar werkzaamheid te financieren. Het valt moeilijk in te zien, hoe de publikatie van alomvattende tv-gidsen door derden en de omstandigheid dat verzoekster zich dan aan de eisen van de markt zou moeten aanpassen, schadelijk kunnen zijn voor de verwezenlijking van de genoemde doelstellingen van de haar opgedragen openbare dienst, zoals de bevordering van uitzendingen van hoog cultureel niveau en uitzendingen bestemd voor minderheden of in de Ierse taal. Integendeel, het feit dat verzoekster zich de publikatie van de gegevens over haar weekprogramma's voorbehoudt, lijkt alleen door commerciële overwegingen te zijn gerechtvaardigd en draagt dus op geen enkele wijze bij tot de vervulling van de aan RTE opgedragen culturele, sociale en educatieve taken. Onder deze omstandigheden is artikel 86 van toepassing op de gelaakte gedraging en is het verbod ervan niet onverenigbaar met de vervulling van de aan RTE opgedragen openbare dienst.

84 Het middel ontleend aan schending van artikel 90, lid 2, kan derhalve niet slagen.

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

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

86 Voor haar subsidiaire vordering tot gedeeltelijke nietigverklaring van de beschikking, te weten van artikel 2 voor zover dit haar verplicht dwanglicenties te verlenen, voert verzoekster vijf middelen aan: 1) artikel 2 is overbodig en 2) innerlijk tegenstrijdig; 3) schending van artikel 3 van verordening nr. 17; 4) schending van de Conventie van Bern van 1886 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, zoals gewijzigd te Brussel in 1948 en te Parijs in 1971 (hierna: „Berner Conventie"); 5) schending van het evenredigheidsbeginsel.

1. *Overbodigheid van artikel 2 van de beschikking*

87 Verzoekster betoogt, dat het in artikel 2 van de beschikking vervatte bevel haar wekelijkse programmaoverzichten, op verzoek en zonder te discrimineren, aan derden te verstrekken, overbodig is, omdat zij deze overzichten reeds op die basis beschikbaar stelt.

88 Volgens de Commissie is dit verweer onoprecht. Zij stelt, dat „RTE's licentiebeleid discriminerend is ten opzichte van degenen die, zoals klagers, een wekelijks verschijnende tv-gids willen uitgeven".

89 Dienaangaande kan worden volstaan met de opmerking, dat artikel 2 van de beschikking verzoekster niet enkel gelast haar weekoverzichten zonder te discrimineren aan derden te verstrekken — hetgeen zij inderdaad al deed toen de beschikking werd vastgesteld —, doch ook om derden, op hun verzoek en zonder te discrimineren, toe te staan deze overzichten te publiceren, eventueel door verlening van licenties.

90 Het middel betreffende de overbodigheid van artikel 2 is derhalve ongegrond en moet worden afgewezen.

2. *Innerlijke tegenstrijdigheid van artikel 2 van de beschikking*

91 Volgens verzoekster is artikel 2 innerlijk tegenstrijdig, doordat haar enerzijds wordt gelast onverwijld een einde aan de inbreuk te maken door publikatie van haar wekelijkse programmaoverzichten toe te staan, en zij anderzijds wordt verplicht binnen twee maanden na de datum van kennisgeving van de beschikking voorstellen inzake de voorwaarden waaronder zij denkt derden te kunnen toestaan de wekelijkse programmaoverzichten te publiceren, ter goedkeuring aan de Commissie voor te leggen.

92 De Commissie brengt hiertegen in, dat „de eerste zin van artikel 2 partijen één van de mogelijkheden biedt om de inbreuk te beëindigen, namelijk door te beginnen met de beschikbare gegevens kosteloos en zonder te discrimineren ter beschikking te stellen. De laatste drie zinnen omschrijven de andere mogelijke oplossing: een licentiebeleid gaan voeren (...) onder door de Commissie aanvaardbaar geachte voorwaarden".

93 Dienaangaande stelt het Gerecht vast, dat het aspect waarop verzoekster wijst, slechts schijnbaar tegenstrijdig is. Het is duidelijk, dat artikel 2 RTE, ITP en BBC gelast derden onverwijld de publikatie van hun programmaoverzichten toe te staan. Het artikel vervolgt echter, dat die toestemming kan worden verleend in de vorm van een licentie waarin bepaalde voorwaarden betreffende kwaliteit worden gesteld. Bepaald wordt dat de ondernemingen die deze weg willen volgen, twee maanden de tijd hebben om voorstellen ter zake ter goedkeuring aan de Commissie voor te leggen. Deze keuzemogelijkheid is slechts schijnbaar in tegenspraak met het bevel onverwijld een einde aan de inbreuk te maken. Daarbij wordt geen boete bepaald voor het geval van niet-nakoming, maar wordt enkel aangegeven hoe aan de verplichting om de inbreuk te beëindigen, kan worden voldaan, rekening houdend met wat voor de uitwerking van een dergelijk licentiesysteem vereist is.

94 Het middel dat artikel 2 innerlijk tegenstrijdig is, faalt derhalve.

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

— *Argumenten van partijen*

95 Subsidiair betwist verzoekster de haar in artikel 2 van de beschikking opgelegde verplichting, derden toe te staan haar wekelijkse programmaoverzichten te publiceren. Zij stelt, dat de Commissie inbreuk heeft gemaakt op artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17, dat bepaalt: „Indien de Commissie, op verzoek of ambtshalve, een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen en ondernemersverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken". Volgens verzoekster staat dit artikel de Commissie enkel toe, de ondernemingen te dwingen een einde aan de inbreuk te maken. De Commissie verlangt van haar echter niet slechts dat zij de inbreuk beëindigt, maar bepaalt ook precies hoe dit dient te geschieden, door te eisen dat zij „dwanglicenties" verleent voor het gebruik van de beschermde werken. Hierdoor berooft de Commissie de rechthebbende op het intellectuele-eigendomsrecht van wat de kern van dit recht uitmaakt.

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

— *Beoordeling rechtens*

97 Om vast te stellen of de Commissie verzoekster mag gelasten de publikatie van haar weekoverzichten door derden toe te staan, eventueel door middel van licenties, moet artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 worden uitgelegd. De door artikel 3 aan de Commissie toegekende bevoegdheid om de betrokken ondernemingen te verplichten de inbreuk ongedaan te maken, houdt volgens vaste rechtspraak het recht in, die ondernemingen te bevelen iets bepaalds te doen of na te laten,

opdat er een einde aan de inbreuk komt. De aan de ondernemingen opgelegde verplichtingen moeten dus overeenstemmen met wat nodig is voor het herstel van een rechtsconforme toestand, rekening houdend met de omstandigheden van het concrete geval. In zijn arrest van 6 maart 1974 (gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, reeds aangehaald, r. o. 45) stelde het Hof vast, dat „de toepassing van [artikel 3 van verordening nr. 17] moet zijn afgestemd op de aard van de inbreuk en zowel het bevel kan omvatten bepaalde, onrechtmatig nagelaten handelingen of prestaties te verrichten, als het verbod zekere, met het Verdrag strijdige activiteiten, praktijken of toestanden te continueren". Voorts verklaarde het Hof, „dat de Commissie te dien einde de betrokken ondernemingen eventueel kan verplichten haar voorstellen te doen om de situatie weer met de eisen van het Verdrag in overeenstemming te brengen". In zijn beschikking van 17 januari 1980 erkende het Hof voorts uitdrukkelijk, dat de Commissie het aan haar toegekende recht om beschikkingen te geven, moet kunnen uitoefenen „op de meest doeltreffende wijze en zo goed mogelijk aangepast aan de omstandigheden van elk afzonderlijk geval" (zaak 792/79 R, Camera Care, Jurispr. 1979, blz. 119, r. o. 17).

98 In casu stelt het Gerecht vast, dat de bij de behandeling van het eerste middel aan het licht getreden constitutieve elementen van de inbreuk, de in artikel 2 van de beschikking opgelegde maatregelen rechtvaardigen. De aan verzoekster opgelegde verplichting om ITP, BBC of derden, op hun verzoek en zonder te discrimineren, haar wekelijkse programmaoverzichten voor publikatie beschikbaar te stellen, vormt in het licht van de specifieke omstandigheden van de zaak, die het Gerecht bij zijn onderzoek van genoemde elementen heeft vastgesteld, het enige middel om die inbreuk ongedaan te maken, zoals de Commissie in de bestreden beschikking dan ook heeft bepaald. Door verzoekster te gelasten derden, op verzoek en op niet discriminerende basis, toe te staan haar wekelijkse programmaoverzichten te publiceren, heeft de Commissie verzoekster dus niet de mogelijkheid ontnomen te kiezen tussen de verschillende maatregelen waardoor een einde aan de inbreuk kan worden gemaakt. Bovendien moet worden beklemtoond, dat tegenover de aan verzoekster opgelegde verplichting derden publikatie van haar weekoverzichten toe te staan, eventueel tegen betaling van redelijke royalty's, de in artikel 2 van de beschikking terecht geboden mogelijkheid staat zodanige voorwaarden op te nemen als noodzakelijk wordt geacht „voor een uitgebreide berichtgeving van hoge kwaliteit betreffende al (haar) programma's, met inbegrip van die welke voor een minderheid van de bevolking zijn bestemd en/of van regionale programma's, alsmede programma's van culturele, historische en educatieve waarde". Vanuit deze optiek heeft de Commissie verzoekster in hetzelfde artikel gelast, voorstellen inzake dergelijke voorwaarden ter goedkeuring aan haar voor te leggen. Alle aan verzoekster in artikel 2 van de beschikking opgelegde verplichtingen zijn dus gerechtvaardigd in het licht van het in artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 genoemde doel, te weten beëindiging van de inbreuk. Hieruit volgt, dat de Commissie de grenzen van

de haar krachtens deze bepaling verleende beoordelingsbevoegdheid niet heeft overschreden.

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

4. *Schending van de Berner Conventie*

— *Argumenten van partijen*

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

Verzoekster herinnert eraan, dat artikel 9, lid 1, van de Berner Conventie aan auteurs van werken van letterkunde of kunst het uitsluitend recht toekent, toestemming tot verveelvoudiging van het beschermde werk te verlenen. Ingevolge artikel 9, lid 2, dat bij de herzieningsakte van Parijs in 1971 is ingevoerd, is het in bijzondere gevallen aan de ondertekenende staten toegestaan toestemming te verlenen tot het verveelvoudigen van werken van letterkunde en kunst, mits die verveelvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt.

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

101 De Commissie betoogt echter, dat de Berner Conventie in dit geval niet van toepassing is. De Gemeenschap is geen partij bij de Conventie en het is vaste recht-

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

— *Beoordeling rechtens*

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

103 In de onderhavige zaak, die Ierland en het Verenigd Koninkrijk betreft, is artikel 234 krachtens artikel 5 Toetredingsakte van toepassing op overeenkomsten die die Lid-Staten vóór hun toetreding op 1 januari 1973 hebben gesloten. Hieruit volgt, dat de bepalingen van de Berner Conventie, die vóór 1 januari 1973 door Ierland en het Verenigd Koninkrijk is bekrachtigd, in de intracommunautaire betrekkingen de verdragsbepalingen niet kunnen aantasten. Verzoekster kan zich er niet op beroepen ter rechtvaardiging van beperkingen van de vrije mededinging die door het Verdrag en met name door artikel 86 in de Gemeenschap tot stand is gebracht. Het betoog dat artikel 2 van de beschikking in strijd is met artikel 9, lid 1, van de Berner Conventie, moet daarom worden verworpen, zelfs zonder dat het noodzakelijk is het ten gronde te onderzoeken.

Het Gerecht komt tot dezelfde conclusie met betrekking tot artikel 9, lid 2. Het volstaat erop te wijzen, dat deze bepaling in de Conventie is opgenomen bij de akte van Parijs van 1971, waarbij het Verenigd Koninkrijk partij is sedert 2 januari 1990 en die nog niet door Ierland is geratificeerd. Wat het Verenigd Koninkrijk betreft, is de akte van Parijs — en in het bijzonder artikel 9, lid 2, van de Conventie — dus na de toetreding tot de Gemeenschap geratificeerd en kan zij dus geen afbreuk doen aan een verdragsbepaling. De Lid-Staten kunnen de verdragsregels immers niet opzij zetten door een internationale overeenkomst of een verdrag te sluiten. Wanneer zij dat willen doen, moeten zij de procedure van artikel 236 EEG-Verdrag volgen. Hieruit volgt, dat artikel 9, lid 2, van de Berner Conventie niet kan worden ingeroepen ter beperking van de bevoegdheden die het Verdrag aan de Gemeenschap verleent ter uitvoering van de daarin vervatte mededingingsregels, in het bijzonder artikel 86 en de regels voor de toepassing ervan, zoals artikel 3 van verordening nr. 17.

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

5. *Schending van het evenredigheidsbeginsel*

105 Verzoekster is van oordeel, dat de haar bij de beschikking opgelegde verplichtingen onevenredig en onredelijk zijn. Zij stelt, dat artikel 2 haar dwingt een groot aantal licenties te verlenen en toe te zien op de naleving van de daarin gestelde voorwaarden. Een dergelijk toezicht zou financiële en personele lasten meebrengen die onevenredig groot zijn voor een betrekkelijk kleine organisatie als RTE. Het zou eveneens betekenen, dat tal van publikaties gecontroleerd moeten worden, wat tot allerlei conflicten zou kunnen leiden.

106 De Commissie is van mening, dat de beschikking strookt met het evenredigheidsbeginsel, dat volgens vaste rechtspraak inhoudt, dat de aan marktdeelnemers opgelegde lasten niet verder mogen gaan dan „wat passend en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken".

107 Dit middel valt eigenlijk samen met het reeds onderzochte middel ontleend aan schending van artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17. Het evenredigheidsbeginsel ligt besloten in deze bepaling, die de Commissie toestaat de betrokken ondernemingen verplichtingen op te leggen met als enig doel de inbreuk ongedaan te maken. Zoals de Commissie terecht stelt, betekent het evenredigheidsbeginsel in casu, dat de aan de ondernemingen gegeven opdracht een inbreuk op de mededingingsregels te beëindigen, niet verder mag gaan dan wat passend en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken, namelijk het herstel van een rechtsconforme toestand [zie met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel met name het arrest van 24 september 1985, zaak 181/84, Man (Sugar), Jurispr. 1985, blz. 2889, r. o. 20].

108 Mitsdien volstaat het erop te wijzen, dat uit het oordeel van het Gerecht over het middel ontleend aan schending van artikel 3 van verordening nr. 17, duidelijk blijkt, dat het tot verzoekster gerichte bevel om derden, op hun verzoek en zonder te discrimineren, de publikatie van haar wekelijkse programmaoverzichten toe te staan, in voorkomend geval door hun daarvoor een licentie onder bepaalde voorwaarden te verlenen, een passend en noodzakelijk middel vormt om een einde aan de inbreuk te maken. In de omstandigheden van deze zaak is dat dus geenszins onevenredig of onredelijk.

109 Hieruit volgt, dat het middel ontleend aan schending van het evenredigheidsbeginsel, als ongegrond moet worden afgewezen.

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

**Kosten**

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

HET GERECHT VAN EERSTE AANLEG (Tweede kamer),

rechtdoende:

**1) Verwerpt het beroep.**

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

Saggio Yeraris

Briët Barrington Biancarelli

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 10 juli 1991.

De griffier

H. Jung

De president van de Tweede kamer

A. Saggio