ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção) 10 de Julho de 1991 *

Sumário

Matéria de facto e tramitação processual 491

Pedidos das partes 498

Quanto ao pedido de anulação da decisão na sua globalidade 498

1. Quanto à violação de formalidades essenciais 498

— Argumentos das partes 498

— Apreciação jurídica 499

2. Quanto à violação do artigo 86.° do Tratado 503

— Argumentos das partes 503

— Apreciação jurídica 515

— A definição dos produtos em causa 515

— A existência de uma posição dominante 517

— A amplitude do mercado geográfico em causa 517

— A existência de um abuso 517

— Os efeitos no comércio entre os Estados-membros 522

3. Quanto à violação do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado 524

— Argumentos das partes 524

— Apreciação jurídica 524

Quanto ao pedido de anulação, a título subsidiário, do artigo 2.° do dispositivo da decisão 526

* Língua do processo: inglês.

1. Quanto à natureza supérflua do artigo 2.° da decisão 526

2. Quanto à natureza contraditória do artigo 2.° da decisão 527

3. Quanto à violação do artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 do Conselho 528

— Argumentos das partes 528

— Apreciação jurídica 528

4. Quanto à violação da Convenção de Berna 530

— Argumentos das partes 530

— Apreciação jurídica 531

5. Quanto à violação do princípio da proporcionalidade 532

Quanto às despesas 534

No processo T-69/89,

Radio Telefis Eireann, com sede em Dublim, representada por Willy Alexander, Harry Ferment e Gerard van der Wal, advogados em Haia, mandatados por Gerald F. McLaughlin, director dos Assuntos Jurídicos da Radio Telefis Eireann, e por Eugene F. Collins & Son, solicitors, de Dublim, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Ernest A. L. Arendt, 4 avenue Marie-Thérèse,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Jacques Bourgeois, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, assistido por Ian Forrester, QC, do foro da Escócia, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Guido Berardis, membro do Serviço Jurídico da Comissão, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

apoiada por

Magill TV Guide Limited, sociedade de direito irlandês, com sede em Dublim, representada por John D. Cooke, senior counsel, do foro da Irlanda, mandatado por Gore & Grimes, solicitors, de Dublim, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Louis Schiltz, 83, boulevard Grande-Duchesse Charlotte,

interveniente,

que tem por objecto a anulação da Decisão 89/205/CEE da Comissão, de 21 de Dezembro de 1988 (JO 1989, L 78, p. 43), relativa a um processo de aplicação do artigo 86.° do Tratado CEE (IV/31.851, Magill TV Guide/ITP, BBC e RTE),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção),

composto por: A. Saggio, presidente de secção, C. Yeraris, C. P. Briët, D. Barrington e J. Biancarelli, juízes,

secretário: H. Jung

vistos os autos e após a audiência de 21 de Fevereiro de 1991,

profere o presente

Acórdão

Matéria de facto e tramitação processual

1 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 10 de Março de 1989, a Radio Telefis Eireann (a seguir «RTE») pediu a anulação da decisão da Comissão de 21 de Dezembro de 1988 (a seguir «decisão») que declarou que as políticas e práticas desse organismo, no momento dos factos analisados, em relação à publicação das listas semanais das suas emissões de televisão e de rádio que podem ser captadas na Irlanda e na Irlanda do Norte, constituem violações do artigo 86.° do Tratado CEE, na medida em que impedem a publicação e a venda de guias de televisão semanais gerais nesse território. O presente recurso encontra-se relacionado com os recursos de anulação interpostos paralelamente, contra essa mesma decisão, pelos seus outros destinatários, ou seja, por um lado, a British Broadcasting Corporation e a BBC Enterprises Limited (a seguir «BBC») e, por

outro, a Independent Television Publications Ltd (a seguir «ITP»), processos T-70/89 e T-76/89.

2 O contexto geral da decisão pode ser resumido da seguinte forma. A maior parte das famílias na Irlanda e 30% a 40% das famílias na Irlanda do Norte podem captar, pelo menos, seis canais de televisão: a RTE1 e a RTE2, alimentadas pela RTE, que goza do monopólio legal para o fornecimento do serviço nacional de radioteledifusão por via hertziana na Irlanda, a BBC1 e a BBC2, alimentadas pela BBC, bem como a ITV e o Channel 4, que eram alimentados, no momento dos factos em análise, pelas sociedades de televisão que obtiveram a respectiva licença da Independent Broadcasting Authority (a seguir «IBA») para fornecer emissões de televisão privada. No Reino Unido, a BBC e a IBA encontravam-se numa posição de duopólio para a prestação dos serviços nacionais de televisão por via hertziana. Acresce que numerosos telespectadores da Grã-Bretanha e da Irlanda podiam captar, quer directamente quer por intermédio de redes de distribuição por cabo, vários canais difundidos por satélite. Todavia, não existia televisão por cabo na Irlanda do Norte.

À época dos factos, não existia no mercado, na Irlanda e na Irlanda do Norte, qualquer guia geral semanal de televisão, devido à política seguida pelas sociedades destinatárias da decisão quanto à divulgação da informação referente aos programas dos seis canais anteriormente referidos. Com efeito, cada uma dessas sociedades publicava um guia de televisão exclusivamente dedicado aos seus próprios programas e reivindicava, ao abrigo do United Kingdom Copyright Act 1956 (lei britânica sobre o direito de autor) e do Irish Copyright Act 1963 (lei irlandesa sobre o direito de autor), a protecção do direito de autor sobre as suas listas de programas semanais, para se opor à sua reprodução por terceiros.

As referidas listas indicam o conteúdo dos programas, o respectivo canal, as datas, horários e títulos de cada programa. São objecto de vários projectos sucessivos, cada vez mais precisos, até à aprovação definitiva da programação semanal, cerca de duas semanas antes da emissão. Nessa fase, as listas de programas tornam-se um produto comercializável, como indica a decisão (n.° 7).

3 No que se refere mais especificamente ao presente caso, há que notar que a RTE se reservava o exclusivo da publicação das listas de programas semanais da RTE1 e da RTE2 na sua própria revista de televisão, a *RTE Guide*, especializada na apresentação dos seus programas.

4 A RTE é um organismo de carácter público (statutory authority) criado pelo Broadcasting Authority Act 1960 e pelo Broadcasting Authority (Amendment) Act 1976 (leis referentes à criação de um serviço de radioteledifusão). Tem, em especial, por missão assegurar, enquanto serviço público, um serviço nacional de radioteledifusão, para o que beneficia de um monopólio legal. No âmbito da sua missão, a RTE deve mais especificamente velar pela promoção da língua e da cultura irlandesas. A secção 17 (a) do Broadcasting Authority Act 1960, na redacção que lhe foi dada pela secção 13 (a) do Broadcasting Authority (Amendment) Act 1976, precisa designadamente que a RTE deve «ser sensível aos interesses e às preocupações de toda a comunidade, ter em conta a necessidade de que reinem a compreensão e a paz em toda a ilha da Irlanda, garantir que os programas reflectirão os diversos elementos que constituem a cultura do povo de toda a ilha da Irlanda e ter especialmente em conta os elementos que contribuem para a especificidade dessa cultura e, em particular, a língua irlandesa».

5 No que se refere ao seu financiamento, a RTE está obrigada, por força da secção 24 da referida lei de 1960, a «gerir os seus negócios de modo a garantir que as suas receitas se tornem, logo que possível, e seguidamente continuem a ser, pelo menos, suficientes» para o equilíbrio das suas contas anuais e para a constituição de provisões para os seus investimentos imobiliários e o desenvolvimento dos seus equipamentos. A RTE obtém esses recursos de três fontes: as taxas, a publicidade e as publicações.

6 Com efeito, nos termos da secção 16 (2) (j) da lei de 1960, já referida, a RTE tem o direito, após autorização do ministro competente, de «elaborar, editar e distribuir, a título gratuito ou oneroso, as revistas, livros, jornais ou outras publicações que entenda necessárias ou úteis para a realização do seu objecto social». A RTE foi, por conseguinte, autorizada, em 1961, a publicar uma revista de programas de televisão, a *RTE Guide*. Essa revista destina-se a apresentar e promover os programas da RTE, incluindo os programas de natureza cultural ou que apresentem interesse para as minorias. Segundo a recorrente, a revista foi publicada com prejuízo durante os vinte primeiros anos da sua existência. Actualmente, em contrapartida, constitui «uma importante fonte de receitas para a gestão da RTE», receitas que este organismo inscreve no orçamento de produção dos seus programas de rádio e de televisão. A título de ilustração, o volume de negócios total (vendas e publicidade) resultante da publicação e venda da revista excedeu, no exercício de 1985, 3,9 milhões de IRL.

7 Em 1988, a *RTE Guide* era vendida semanalmente à razão de cerca de 123 000 exemplares na Irlanda e 6 500 exemplares na Irlanda do Norte, respectivamente ao preço de 0,40 IRL e 0,50 UKL. Estes números significam, designadamente, segundo a recorrente, que, na Irlanda, apenas 11,5% das famílias ou dos locais que possuem um televisor, ou seja, 3,7% dos telespectadores, compram a *RTE Guide*.

8 Aquando da adopção da decisão impugnada, a «RTE Guide» publicava apenas as listas de programas da RTE1 e da RTE2, completadas pelas respectivas fichas técnicas e sinopses. Continha igualmente breves comentários ou artigos, em irlandês ou inglês, relativos a certos programas, artigos de natureza variada, informações diversas, um correio de leitores, bem como importantes espaços publicitários.

9 Em relação a terceiros, a RTE praticava, no momento dos factos em causa, a seguinte política em matéria de informação sobre os seus programas. Distribuía gratuitamente, a pedido, à imprensa diária ou periódica, a programação das suas emissões, acompanhada de uma autorização, pela qual não eram cobrados direitos, que fixava as condições em que podiam ser reproduzidas essas informações. Os programas diários e, na véspera de dias feriados, os programas de dois dias consecutivos podiam, assim, ser publicados nos jornais, ressalvadas determinadas condições referentes ao formato dessa publicação. As revistas semanais e os jornais do domingo estavam ainda autorizados a publicar os «destaques» da programação televisiva da semana. A RTE velava pelo rigoroso respeito das condições referidas na autorização, se necessário, mediante acções judiciais contra as publicações que as não respeitassem.

10 A editora Magill TV Guide Ltd (a seguir «Magill»), sociedade de direito irlandês, é uma filial a 100% da sociedade Magill Publications Holding Ltd. Foi criada com o objectivo de publicar na Irlanda e na Irlanda do Norte uma revista semanal, a *Magill TV Guide*, contendo informações relativas aos programas de televisão que os telespectadores dessa área podiam captar. Segundo as indicações fornecidas pelas partes, essa publicação iniciou-se em Maio de 1985. No início, a revista limitava-se a dar informações sobre os programas de fim-de-semana da RTE, da BBC, da ITV e do Channel 4, bem como sobre os pontos fortes dos respectivos programas semanais. Foi na sequência da publicação, em 28 de Maio de 1986, de um número da *Magill TV Guide* que reproduzia a totalidade das listas de programas semanais de todos os canais de televisão que podem ser captados na Irlanda — incluindo a RTE1 e a RTE2 — que o juiz irlandês intimou a sociedade Magill, em

decisão de medidas provisórias proferida a pedido da RTE, da BBC e da ITP, a cessar a publicação das listas de programas semanais dessas três sociedades. Na sequência dessa intimação, a Magill pôs termo às suas actividades de edição. O mérito da causa foi parcialmente analisado pela High Court, que se pronunciou, em sentença proferida em 26 de Julho de 1989 pelo juiz Lardner, sobre o alcance, em direito irlandês, do direito de autor sobre as listas de programas. A este propósito, a decisão desse tribunal tem o seguinte teor: «Dou por assente que cada lista semanal é fruto de uma reflexão e de um trabalho preliminar consideráveis, bem como de competência técnica e qualidades de apreciação. É criação da RTE... Os elementos de prova apresentados convenceram-me de que as listas de programas semanais da RTE, tal como são publicadas pela *RTE Guide*, constituem obras literárias e compilações, na acepção que este último termo tem nas secções 2 e 8 do Copyright Act 1963; que a RTE demonstrou ser titular dos direitos de autor sobre essas listas; e que, ao publicar o seu guia de televisão referente à semana de 31 de Maio a 6 de Junho, as demandadas violaram o direito de autor da RTE, ao reproduzirem uma parte substancial da obra protegida» (ILRM 1990, p. 534, 541).

11 Já anteriormente, em 4 de Abril de 1986, na perspectiva de poder publicar as listas semanais completas, a Magill tinha apresentado uma denúncia à Comissão, nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.° 17»), a fim de obter a declaração de que a ITP, a BBC e a RTE abusam da sua posição dominante ao recusar conceder autorizações para a publicação das respectivas listas de programas semanais. A Comissão decidiu iniciar o processo em 16 de Dezembro de 1987 e enviou à RTE, em 4 de Março de 1988, uma comunicação das acusações. Foi no termo desse processo que a Comissão adoptou, em 21 de Dezembro de 1988, a decisão ora impugnada.

12 Na decisão, os produtos em causa são definidos do seguinte modo quanto às três empresas em questão. Trata-se das listas de programas semanais publicadas pela ITP, pela BBC e pela RTE, bem como dos guias de televisão em que essas listas são publicadas (n.° 20, primeiro parágrafo, da decisão). Uma lista de programas comporta, segundo a definição da Comissão, «uma lista de programas a serem difundidos por, ou em nome de, uma organização de radiodifusão dentro de um determinado período de tempo, incluindo as seguintes informações: o título de cada programa a difundir, o canal, a data e a hora de transmissão» (n.° 7 da decisão).

A Comissão conclui que, devido ao monopólio de facto dos organismos de radiotelevisão sobre as respectivas listas de programas semanais, os terceiros interessados na publicação de um guia semanal de televisão «estão, portanto, numa posição de dependência económica, característica de uma posição dominante». Além disso, prossegue a Comissão, esse monopólio é reforçado em termos de monopólio legal, na medida em que os mesmos organismos reivindicam a protecção do direito de autor sobre as respectivas listas semanais. Nestas condições, a Comissão observa que «não é possível existir concorrência de terceiros nesses mercados». Daí conclui que «a ITP, a BBC e a RTE detêm, cada uma delas, uma posição dominante na acepção do artigo 86.°» (n.° 22 da decisão).

13 Para determinar a existência de um abuso, a decisão baseia-se mais especificamente no disposto no segundo parágrafo, alínea b), do artigo 86.° do Tratado, nos termos do qual existe um abuso quando uma empresa que ocupa uma posição dominante limita a produção ou a distribuição em prejuízo dos consumidores (n.° 23, primeiro parágrafo, da decisão). Especificamente, a Comissão considera existir no mercado uma «substancial procura potencial... de guias TV gerais» (*ibidem*, quarto parágrafo). A Comissão verifica que ao utilizar a sua posição dominante «para impedir a introdução de um novo produto no mercado, isto é, um guia TV semanal geral», a recorrente abusa dessa posição. Acrescenta que outro elemento de abuso se traduz no facto de a recorrente reservar para si, graças à política de que é acusada em matéria de informação sobre os seus programas, o mercado derivado dos guias de televisão semanais para esses programas (n.° 23 da decisão).

Nestas condições, a Comissão recusa a ideia de que os factos denunciados se justificam pela protecção do direito de autor, declarando que, neste caso, a ITP, a BBC e a RTE «utilizam de facto os direitos de autor como um instrumento do abuso, de um modo que não integra o âmbito do objecto específico deste direito de propriedade intelectual» (n.° 23, penúltimo parágrafo).

14 Quanto às medidas destinadas a pôr termo à infracção, o artigo 2.° do dispositivo da decisão tem o seguinte teor: «A ITP, a BBC e a RTE devem imediatamente pôr termo à violação, tal como referida no artigo 1.°, mediante o fornecimento recíproco e a terceiros, a pedido e numa base não discriminatória, das suas listas indi-

viduais antecipadas de programação semanal e autorizando a sua publicação por esses terceiros. Esta exigência não abrange as informações adicionais aos próprios programas, tal como são definidos na presente decisão [1]. Se optarem por fornecer e permitir a reprodução da sua programação através de licenças, as eventuais *royalties* exigidas pela ITP, pela BBC e pela RTE deverão ser de um montante razoável [2]. Além disso, a ITP, a BBC e a RTE podem incluir em quaisquer licenças concedidas a terceiros as condições que considerem necessárias para assegurar uma cobertura global de alta qualidade de todos os seus programas, incluindo os de interesse minoritário e/ou regional e os de conteúdo cultural, histórico e educativo. Por conseguinte, deve exigir-se às partes que, no prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, apresentem propostas para aprovação pela Comissão das condições em que consideram que os terceiros devem ser autorizados a publicar as listas antecipadas da programação semanal que constituem o objecto da presente decisão.»

15 Simultaneamente com o presente recurso de anulação da decisão, a recorrente pediu, por requerimento apresentado no mesmo dia, isto é, em 10 de Março de 1989, a suspensão da execução do artigo 2.° da referida decisão. Por despacho de 11 de Maio de 1989, o presidente do Tribunal de Justiça ordenou «a suspensão da execução do artigo 2.° da decisão impugnada, na medida em que obriga as recorrentes a pôr imediatamente termo à violação constatada pela Comissão mediante o fornecimento recíproco e a terceiros, a pedido e numa base não discriminatória, das suas listas individuais antecipadas de programação semanal e autorizando a sua publicação por esses terceiros». Quanto ao mais, os pedidos de medidas provisórias foram indeferidos (n.° 20, 76/89, 77/89 e 91/89 R, Colect., p. 1141).

No âmbito do presente recurso de anulação da decisão, o Tribunal de Justiça admitiu, por despacho de 6 de Julho de 1989, a intervenção da sociedade Magill em apoio dos pedidos da Comissão. A fase escrita do processo correu parcialmente os seus termos perante o Tribunal de Justiça, que remeteu o processo ao Tribunal de Primeira Instância por despacho de 15 de Novembro de 1989, em aplicação do disposto no n.° 1 do artigo 3.° e no artigo 14.° da decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988 que institui um Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias. Com base no relatório preliminar do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância decidiu, no termo da fase escrita do processo, iniciar a fase oral sem instrução prévia.

1 — *NT:* Parte omissa na versão oficial portuguesa da decisão.

2 — *NT:* E não, «se escolherem fazê-lo através de licenças, considera-se razoável a exigência de *royalties* por parte da ITP, da BBC e da RTE», como consta da versão oficial portuguesa.

Pedidos das partes

16 A RTE, recorrente, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão;

— condenar a Comissão nas despesas.

A Comissão, recorrida, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente no pagamento das despesas efectuadas pela Comissão.

Quanto ao pedido de anulação da decisão na sua globalidade

17 Em apoio do seu pedido de anulação da decisão, na medida em que sustenta existir uma violação ao artigo 86.°, a recorrente invoca sucessivamente a violação de formalidades essenciais, a violação do artigo 86.° do Tratado, interpretado em conjugação com o direito de autor, bem como a inobservância do disposto no n.° 2 do artigo 90.° do Tratado.

1. *Quanto à violação de formalidades essenciais*

— *Argumentos das partes*

18 A recorrente sustenta que a Comissão não consultou o comité consultivo, em violação do que é exigido no artigo 10.° do Regulamento n.° 17, já referido. O seu fundamento de anulação articula-se em duas partes. Afirma, em primeiro lugar, que «tudo parece indicar» que os documentos juntos à convocação do comité consultivo estavam incompletos. Terão faltado «as actas das declarações (efectuadas na audição) devidamente aprovadas por cada pessoa ouvida», bem como o anteprojecto da decisão. Em segundo lugar, a reunião do comité consultivo, que durou cinco dias, teve lugar a partir de 28 de Novembro de 1988, ou seja, menos de catorze dias após o envio da convocatória, contrariamente ao prescrito no artigo 10.°

19 A este respeito, a recorrente sustenta que essas formalidades são de natureza essencial. Alega que as disposições conjugadas do n.° 5 do artigo 10.° do Regulamento n.° 17 e do n.° 4 do artigo 9.° do Regulamento (CEE) n.° 99/63 da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 (JO L 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62, a seguir «Regulamento n.° 99/63»), significam que as actas da audição devem estar à disposição do comité consultivo. Como recorda a recorrente, o n.° 4 do artigo 9.° do Regulamento n.° 99/63 exige, com efeito, que o conteúdo essencial das declarações de cada pessoa ouvida no processo administrativo seja consignado em acta por ela aprovada depois de lida. E, nos termos do n.° 5 do artigo 10.° do Regulamento n.° 17, «a consulta (do comité consultivo) realizar-se-á durante uma reunião conjunta, convocada pela Comissão e realizada catorze dias, o mais tardar, após o envio da convocatória. A esta serão anexados uma exposição do processo com indicação dos elementos mais importantes e um anteprojecto de decisão para cada caso a examinar».

20 Por seu lado, a Comissão considera que o processo seguido respeitou as disposições invocadas pela recorrente. O comité consultivo ter-se-á reunido em 2 de Dezembro de 1988, ou seja, catorze dias após o envio da convocatória. Segundo a instituição recorrida, os membros do comité dispunham da denúncia, da carta de notificação do início do processo, da comunicação das acusações, das respostas a esta última e de uma proposta de decisão. O comité terá sido informado de que as actas das audições dos dias 15 e 16 de Setembro de 1988 ainda não estavam terminadas devido aos diferentes comentários apresentados pelas partes. Os membros do comité não teriam pedido outros documentos. A Comissão sublinha a este respeito não ser obrigatório que o comité disponha, quando é consultado, das actas finais das audições.

— *Apreciação jurídica*

21 No que se refere à primeira parte do fundamento segundo o qual os documentos anexos à convocatória do comité consultivo eram incompletos, é necessário ter presente que o n.° 5 do artigo 10.° do Regulamento n.° 17 exige à Comissão que forneça «uma exposição do processo com indicação dos elementos mais importantes e um anteprojecto de decisão para cada caso a examinar». O conteúdo e a natureza essencial ou não dessas obrigações, que resultam da disposição citada, devem ser apreciados, em cada caso concreto, em função da finalidade dessa transmissão, que é a de permitir ao comité exercer as suas funções consultivas com pleno conhecimento de causa. O comité deve ser informado dos principais elemen-

tos de direito e de facto referentes ao processo de aplicação dos artigos 85.° e 86.° sobre qual é consultado. Embora essa consulta se inscreva no âmbito da cooperação entre a Comissão e os Estados-membros e não tenha por objecto organizar um processo contraditório em relação às empresas em questão, o comité deve, em especial, ser informado com toda a objectividade — em conformidade com o princípio geral segundo o qual as empresas acusadas num processo de declaração de infracções têm o direito de ser ouvidas — sobre a posição e os argumentos essenciais dessas empresas tais como foram expressos nas suas observações sobre o conjunto das acusações contra elas formuladas pela Comissão, uma vez terminada a instrução do processo.

22 Nestas condições, a acta da audição faz parte, em princípio, dos elementos mais importantes, na acepção do n.° 5 do artigo 10.° do Regulamento n.° 17, e, portanto, deve ser comunicada ao comité aquando da sua convocação. A este respeito, há que notar que o comité consultivo é convocado após as empresas terem tido a possibilidade de apresentar por escrito, através das respostas à comunicação das acusações, e eventualmente verbalmente na fase oral da audição, a sua posição quanto às acusações contra elas formuladas. Com efeito, o Regulamento n.° 99/63, relativo às audições previstas nos n.^{os} 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17, prevê, no seu artigo 1.°, que a Comissão procederá a uma audição antes de consultar o comité consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes. Acresce, no que se refere à fase oral da audição, que o n.° 4 do artigo 9.° desse mesmo regulamento dispõe que o conteúdo essencial das declarações de cada pessoa ouvida será consignado em acta por ela aprovada depois de lida.

23 Todavia, a comunicação da acta da audição apenas constitui uma formalidade essencial quando, num determinado caso concreto, se revele necessária para permitir ao comité consultivo formular o seu parecer com pleno conhecimento de causa, isto é, sem ser induzido em erro quanto a um ponto essencial por faltas de exactidão ou omissões. Já assim não será quando a acta da audição não contenha elementos de apreciação importantes, inéditos em relação às respostas escritas da empresa em questão à comunicação das acusações, anexadas à convocação do comité consultivo. Com efeito, nesse tipo de casos, a não transmissão, pela Comissão, da acta da audição ao comité consultivo aquando da sua convocação não prejudica os direitos de defesa da empresa em questão e não tem qualquer incidência nos resultados do processo de consulta. Portanto, tal omissão não é susceptível de viciar o conjunto do processo administrativo e de pôr assim em causa a legalidade da decisão final.

24 No presente caso, o Tribunal verifica que a recorrente não alegou que a falta de comunicação da acta da audição, devidamente aprovada por si, tenha sido susceptível de induzir em erro o comité quanto a aspectos essenciais. Não avança o mínimo argumento nesse sentido; em especial, não fornece qualquer indicação quanto à existência de uma eventual divergência entre as suas respostas escritas à comunicação das acusações, tal como foram transmitidas ao comité, e as observações orais que apresentou na audição. Acresce que a análise dos autos não revela qualquer indício susceptível de pôr em causa o facto de o comité consultivo ter disposto, aquando da sua reunião, de todos os elementos de apreciação necessários, sem ter sido necessário comunicar-lhe a acta definitiva da audição. Nas circunstâncias do caso vertente, tendo em conta o facto de não ter sequer sido alegado e não resultar de qualquer documento dos autos que a acta da audição continha qualquer elemento importante e novo em relação aos elementos anexos à convocatória do comité consultivo, o Tribunal considera que a sua não transmissão, pela Comissão, ao comité, não foi de natureza a impedir este último de tomar uma decisão com base num processo suficientemente completo e a prejudicar os direitos da recorrente. Nestas condições, não se pode concluir que, no presente caso, a falta de comunicação da acta definitiva da audição, aquando da convocação do comité consultivo, constitua violação de uma formalidade essencial que afecte a validade da decisão final da Comissão.

25 Esta análise situa-se no prolongamento dos acordos proferidos pelo Tribunal de Justiça nos processos «Quinino» e «Matérias corantes». Com efeito, o Tribunal de Justiça decidiu, no que se refere ao alcance da acta da audição das partes, que o facto de a Comissão ou o comité consultivo se terem baseado numa acta não definitiva da audição, que não tinha em conta as alterações propostas pela empresa em causa, «apenas podia constituir um vício do processo administrativo susceptível de ferir de ilegalidade a decisão que o culminou se o texto em questão estivesse redigido de modo a induzir em erro quanto a um aspecto essencial» (acórdão de 15 de Julho de 1970, Buchler/Comissão, n.° 17, 44/69, Recueil, p. 733; ver igualmente os acórdãos de 14 de Julho de 1972, Bayer/Comissão, n.° 17, 51/69, Recueil, p. 745; e ICI/Comissão, n.° 31, 48/69, Recueil, p. 619). Nesta perspectiva, apenas constitui formalidade essencial, cuja inobservância justificaria a anulação da decisão final da Comissão, a colocação à disposição do comité consultivo dos elementos da acta definitiva da audição susceptíveis de esclarecer esse órgão quanto a um ponto essencial. Ora, a falta de comunicação da acta da audição ao comité consultivo apenas poderá induzir o comité em erro quando a referida acta contenha elementos importantes e novos em relação aos documentos anteriormente apresentados, como a resposta das empresas interessadas à comunicação das acusa-

ções, que foram transmitidas ao comité consultivo aquando da sua convocação, o que não se verifica no presente caso.

26 A segunda parte do fundamento de anulação, baseada em violação de formalidades essenciais, relaciona-se com o respeito do prazo de catorze dias, previsto no n.° 5 do artigo 10.° do Regulamento n.° 17, entre o envio da convocatória do comité consultivo e a realização da reunião conjunta. A este respeito, convém antes de mais precisar que o prazo de catorze dias, fixado no n.° 5 do artigo 10.° do Regulamento n.° 17, é respeitado quando a consulta tenha lugar, quanto a determinado processo, no mínimo catorze dias após o envio da convocatória ao comité consultivo, no âmbito de uma reunião conjunta do referido comité e da Comissão. Ora, no presente caso, a recorrente não revela qualquer indício que permita consubstanciar a sua tese de se presumir que a Comissão não respeitou o prazo de catorze dias anteriormente referido. A instituição recorrida não pode, pois, estar obrigada a apresentar provas para refutar alegações imprecisas da recorrente, que não foram acompanhadas de qualquer argumentação circunstanciada (ver acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Abril de 1965, Weighardt/Comissão, 11/64, Recueil, p. 365, 384).

27 Acresce que, em todo o caso, convém referir que o prazo de catorze dias anteriormente referido constitui uma norma processual meramente interna. É certo não estar excluído que, em certas situações específicas, o não cumprimento desse prazo possa produzir efeitos no resultado do processo de consulta e, eventualmente, repercutir-se em certos elementos da decisão final da Comissão em relação à empresa interessada. Pode ser esse o caso, designadamente, quando o comité não tenha disposto de um prazo suficiente para tomar conhecimento dos elementos importantes do processo e para decidir com pleno conhecimento de causa. Em circunstâncias desse tipo, a convocação tardia do comité pode, com efeito, ter consequências prejudiciais para a empresa em causa. Seria, desse modo, susceptível de viciar todo o processo. Pelo contrário, a inobservância do prazo de catorze dias não é susceptível, por si só, de ferir de ilegalidade a decisão final da Comissão, quando a convocatória tenha sido enviada em condições que permitiram ao comité dar o seu parecer com pleno conhecimento de causa. Com efeito, nesta hipótese, a situação jurídica da empresa pôde ser analisada com precisão pelo comité e o simples facto de não ter sido cumprido o prazo de catorze dias não é susceptível de ter consequências prejudiciais para a referida empresa. Ora, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, a violação de uma regra processual interna dessa natureza apenas é susceptível de ferir de ilegalidade a decisão final quando tenha carácter suficientemente essencial e tenha afectado, no sentido de ter causado um dano, a situação jurídica e material da parte que invoca o vício proces-

sual. A este respeito, há que notar que, no seu acórdão de 14 de Julho de 1972, Bayer, o Tribunal de Justiça decidiu que a inobservância do prazo que tinha sido fixado, nesse caso concreto, a favor da própria recorrente para apresentar observações sobre o projecto de acta da audição, apenas podia ter efeitos quanto à legalidade da decisão se essa irregularidade fosse susceptível de induzir em erro quanto a aspectos essenciais (51/69, já referido, n.os 16 e 17; ver igualmente os acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão, n.os 48 a 52, 41/69, Recueil, p. 661; e de 10 de Dezembro de 1987, Jänsch/Comissão, n.° 11, 277/84, Recueil, p. 4923).

28 Pelo conjunto das razões expostas, ambas as partes do primeiro fundamento devem ser rejeitadas.

2. *Quanto à violação do artigo 86.° do Tratado*

— *Argumentos das partes*

29 Este fundamento articula-se em quatro partes. A RTE invoca, com efeito, a violação do artigo 86.° tanto em relação às suas condições de aplicabilidade referentes à importância do mercado em causa e aos efeitos no comércio entre os Estados-membros como aos conceitos de posição dominante e de abuso, na acepção do mesmo artigo.

30 A recorrente contesta, em primeiro lugar, a declaração, feita pela Comissão, da existência de uma posição dominante. A este respeito, começa por refutar a definição do mercado dos produtos em causa acolhida na decisão. Contrariamente ao que afirma a instituição recorrida, os produtos em causa não são apenas as listas de programas semanais das sociedades em questão e as revistas de televisão nas quais são publicadas essas listas. Pelo contrário, englobam «qualquer informação sobre esses programas, fornecida ao público numa base diária ou semanal, dado existir um forte grau de intermutabilidade entre as diversas formas de informação sobre os programas». A este respeito, a recorrente apoia-se num estudo de mercado que indica que apenas 19% dos telespectadores utilizam a *RTE Guide*, consultando a maioria dos utilizadores, essencialmente, os jornais diários para se informarem sobre os programas de televisão. Esses factos serviriam para demonstrar que a informação sobre os programas diários pode ser substituída, para os consumidores, pela informação sobre os programas semanais de televisão.

31 Para determinar a sua posição no mercado da informação relativa aos seus programas de televisão, a recorrente baseia-se no acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, n.° 38 (85/76, Recueil, p. 461). Desse acórdão resultaria que «o verdadeiro critério quanto à posição dominante consiste em saber se a RTE, ao publicar as suas listas de programas semanais, tinha, em medida apreciável, a possibilidade de agir de forma independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, em última análise, aos consumidores». A recorrente considera, a esse respeito, que tal não é o caso. Com efeito, dois factores restringiriam seriamente qualquer possibilidade de comportamento independente por parte da RTE. Trata-se, por um lado, da concorrência dos jornais diários, que constituem a principal fonte de informação em matéria de programas de televisão e, por outro, da forte concorrência da BBC e da ITV, no que se refere quer à venda dos respectivos guias de televisão quer à audiência das emissões televisivas. A recorrente refere a este respeito que depende da *RTE Guide* para assegurar a promoção dos seus serviços de radioteledifusão e, em especial, para promover a imagem dos apresentadores dos seu programas, num contexto de muito forte concorrência, na Irlanda, com a BBC e a ITV, que emitem programas em língua inglesa com um nível qualitativo elevado e que publicam igualmente o seu próprio guia semanal. No que se refere aos jornais diários, a recorrente recorda que fornece as suas listas de programas semanais a toda a imprensa, gratuitamente e a pedido, com a autorização de publicar diariamente um guia geral dos seus programas radiotelevisivos que podem ser captados na Irlanda e na Irlanda do Norte no mesmo dia e, em certas circunstâncias, no dia seguinte.

32 Após ter definido a sua posição no mercado, a recorrente refuta os motivos que, apesar disso, levaram a Comissão a declarar que ela detém uma posição dominante. Contrariamente às alegações da instituição recorrida, o facto de cada sociedade de radioteledifusão constituir a única fonte de informações sobre as suas próprias listas de programas não basta para provar a existência de uma posição dominante na acepção do artigo 86.° A recorrente expõe, em apoio da sua tese, que se o critério aplicado pela Comissão fosse acolhido, todas as empresas — com excepção dos «produtores de mercadorias indiferenciadas» — deteriam uma posição dominante, na acepção do artigo 86.°, no mercado dos seus próprios produtos. No que se refere ao presente caso, sugere que os terceiros que pretendam publicar uma revista semanal não dependem, para esse efeito, da autorização para publicar as suas listas de programas semanais, na medida em que o êxito de uma revista não depende, segundo a recorrente, da presença de uma rubrica relativa aos programas semanais de televisão, que, é certo, reforçaria a difusão da revista, mas não seria necessária para a sua rentabilidade.

33 A segunda parte do fundamento referente à violação do artigo 86.° diz respeito à importância do mercado em causa. A recorrente defende, com efeito, contrariamente à Comissão, que o mercado geográfico representado pela Irlanda e pela Irlanda do Norte não constitui uma parte substancial do mercado comum, na acepção do artigo 86.° Expõe que, na jurisprudência do Tribunal de Justiça, o volume do consumo do produto em causa num dado território é decisivo para determinar se esse território constitui ou não uma parte substancial do mercado comum (acórdão de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e outros/Comissão, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Recueil, p. 1663). A este respeito, a recorrente refere que a importância do mercado dos guias de televisão num determinado território, é função do número de pessoas que pagam a taxa de radioteledifusão nesse território. Como no mercado geográfico em causa existe cerca de um milhão de famílias que pagam a taxa, entre os 120 milhões de potenciais contribuintes no conjunto da Comunidade, a Irlanda e a Irlanda do Norte representam menos de 1% do total do mercado comum para os produtos em causa. Portanto, o artigo 86.° seria inaplicável.

34 No âmbito da terceira parte do fundamento baseado na violação do artigo 86.°, a recorrente contesta o carácter abusivo, na acepção do artigo 86.°, da sua política de autorizações em matéria de listas de programas. Essencialmente, alega que, ao adoptar o comportamento que lhe é censurado na decisão, se limitou a proteger o objecto específico do seu direito de autor sobre as suas próprias listas de programas, o que não pode constituir um abuso na acepção do artigo 86.°

35 A recorrente baseia-se no acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 1988, Volvo (238/87, Colect., p. 6211), para sustentar que o comportamento que lhe é censurado beneficia da proteçção reconhecida, em direito comunitário, à própria substância do seu direito de autor sobre as suas listas de programas. Alega que o presente litígio se caracteriza unicamente pelo facto de a sociedade Magill estar impossibilitada de fabricar um produto, para o qual sabe existir um mercado, devido à recusa da RTE de lhe conceder uma autorização para publicação das suas listas de programas semanais, que estão protegidas pelo direito de autor. Ora, o Tribunal admitiu a licitude de tal recusa ao decidir, no referido acórdão Volvo, já referido, n.° 8 — relativo à protecção de modelos industriais, mas que pode ser transposto em matéria de direito de autor —, que «a faculdade de o titular de um modelo industrial protegido impedir terceiros de fabricar, bem como de vender ou importar, sem o seu consentimento, produtos integrantes do modelo industrial constitui a própria essência do seu direito exclusivo. Daí resulta que... a recusa de concessão de semelhante licença não pode constituir, sem mais, um abuso de posição dominante». Por conseguinte, a recorrente considera que a condenação da sua política, quanto às suas listas de programas, a privaria da própria essência do seu direito de autor, em violação das normas comunitárias.

36 Quanto à possibilidade, posta em evidência pelo Tribunal de Justiça no acórdão Volvo, anteriormente citado, de uma exploração abusiva, na acepção do artigo 86.°, de um direito de propriedade intelectual por parte do seu titular, a recorrente sustenta que, no presente caso, nenhum comportamento desse tipo foi dado como verificado pela Comissão. Sublinha que as práticas em litígio foram qualificadas de abusivas, na decisão impugnada, com fundamento, por um lado, em que impediriam a satisfação de «uma substancial procura potencial existente no mercado de guias de televisão gerais» e, por outro, que teriam por objectivo proteger a posição da revista *RTE Guide* no mercado.

37 A este respeito, a recorrente observa que a Comissão não fez prova da existência de uma procura de um guia geral por parte dos consumidores. Acresce que, e em todo o caso, as circunstâncias que acabam de ser referidas não permitem atentar contra a própria essência do direito de autor sobre as listas de programas, por força do qual «a RTE é a única a decidir da questão de saber se as listas serão publicadas ou não e, na afirmativa, por quem, de que modo, etc.». Portanto, a recusa de conceder uma autorização não pode, em caso algum, ser equiparada à exploração abusiva de uma posição dominante, mesmo existindo uma forte procura para o produto que poderia ser fabricado ao abrigo da autorização. Além disso, a recorrente alega que, no presente caso, o seu comportamento não pode ser considerado abusivo, na medida em que ela autoriza e encoraja a publicação de rubricas diárias completas de televisão.

38 Na mesma ordem de ideias, a recorrente afasta o argumento aduzido pela Comissão segundo o qual ela teria procurado alargar a sua licença em matéria de radiotelevisão, a fim de nela incluir um monopólio no mercado anexo das publicações. A este respeito, a recorrente alega que o seu direito de autor sobre as listas de programas e o exercício que dele faz não tem qualquer relação com a sua licença de radiotelevisão. Para a recorrente, é, pois, exactamente a protecção pelo direito de autor das listas de programas, enquanto obras literárias e compilações na acepção das secções 2 e 8 do Irish Copyright Act 1963, que basta, por si só, para justificar os factos de que é acusada, fora de qualquer consideração ligada ao seu monopólio legal em matéria de radiotelevisão nacional. Em apoio da sua tese, a recorrente recorda que, na sentença proferida pela High Court da Irlanda, em 26 de Julho de 1989, o juiz Lardner considerou que cada lista de programas semanais deve ser considerada uma criação da RTE, na medida em que resulta de uma reflexão e de um trabalho prévios muito importantes, que exigem competências técnicas e qualidades de apreciação (Radio Telefis Eireann/Magill, anteriormente citado; ver n.° 10, *supra*). Por conseguinte, o obstáculo colocado pela RTE a qualquer publicação das suas listas semanais por parte de terceiros «é consequên-

cia directa do direito exclusivo de utilizar a criação protegida com vista à fabricação e à primeira colocação em circulação de produtos comerciais, que constitui a substância desse direito». A recorrente remete, quanto a este aspecto, para o acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Março de 1988, Allen & Hanburys, n.° 11 (434/85, Colect., p. 1245).

39 A quarta parte do fundamento baseado em violação do artigo 86.° assenta na inexistência de efeito sensível das práticas censuradas no comércio entre os Estados-membros. A recorrente observa que o único território de outro Estado-membro em que podem ser captadas as emissões da RTE é o da Irlanda do Norte ou, mais exactamente, uma parte da Irlanda do Norte. As vendas da revista *RTE Guide* noutro Estado-membro têm, por conseguinte, pouca importância. Pela sua ordem de grandeza, são inferiores a 5% das vendas realizadas na Irlanda, enquanto a dimensão do «mercado da televisão» no Reino Unido é mais de vinte vezes superior à do mesmo mercado na Irlanda, segundo os dados referidos no n.° 6 da decisão impugnada. A recorrente precisa ainda que o mercado da Irlanda do Norte representa menos de 1,6% do mercado da televisão britânico e menos de 0,3% do mercado da televisão comunitário. Tendo em conta o conjunto destes dados, considera que os factos considerados não são susceptíveis de afectar de modo sensível o comércio entre os Estados-membros, dado que o mercado da informação sobre os programas da RTE compreende apenas o mercado irlandês, «bem como um mercado insignificante numa pequena região fronteiriça de outro Estado-membro». Invoca, em apoio da sua tese, a já citada sentença de 26 de Julho de 1989, na qual a High Court considerou que a Magill e as outras sociedades demandadas não tinham provado, designadamente, que a política censurada à RTE era susceptível de produzir um efeito apreciável no comércio entre os Estados-membros.

40 A Comissão rejeita toda a argumentação aduzida pela recorrente no que se refere à alegada violação do artigo 86.°

41 Quanto à primeira parte do fundamento, referente à existência de uma posição dominante, a Comissão retoma os argumentos que serviram de base à fundamentação da decisão. Afirma, em substância, que cada uma das recorrentes detém uma posição dominante em dois mercados limitados. O primeiro diz respeito às suas próprias listas de programas para a semana seguinte, cujo monopólio a recorrente detém. O segundo é o mercado das revistas semanais de televisão, que constitui,

segundo a Comissão, um submercado distinto do mercado geral das publicações diárias e semanais, dado que é o único a oferecer um produto — concretamente, informações completas sobre os programas semanais da RTE — para o qual existe uma procura específica. A Comissão sublinha a este respeito que, no momento dos factos, a Irlanda e o Reino Unido eram os únicos Estados-membros onde não existia qualquer guia semanal geral de televisão susceptível de entrar em concorrência com a revista «RTE Guide», que desse modo se encontrava numa situação de monopólio.

42 No que se refere à segunda parte do fundamento baseado em violação do artigo 86.°, a Comissão sustenta, contrariamente à recorrente, que o mercado geográfico em causa constitui uma parte substancial do mercado comum. Antes de mais, refuta o critério proposto pela recorrente, segundo o qual o mercado em questão na Irlanda e na Irlanda do Norte representa menos de 1% das pessoas sujeitas ao pagamento da taxa de radioteledifusão na Comunidade, com o fundamento de que tal critério assenta no pressuposto errado de que existe um mercado único de radioteledifusão, o que de modo algum é o caso actualmente. Quanto a este aspecto, precisa que um dos factores que contribuem para limitar o volume das trocas de serviços de televisão reside na falta de revistas gerais de televisão. A Comissão insiste, seguidamente, na importância da identidade cultural irlandesa e sublinha que 3,7 milhões de cidadãos, na Irlanda, constituem um mercado substancial. Acresce ainda, do ponto de vista jurídico, que um mercado que engloba o território de um Estado-membro e uma parte do território de outro Estado-membro deve necessariamente ser considerado uma parte substancial do mercado comum. De resto, a Comissão introduz uma precisão no que se refere ao mercado geográfico em causa: o facto de o abuso, cometido na Irlanda e na Irlanda do Norte, apenas produzir efeitos na Irlanda — isto é, num território bem definido —, no que se refere à sociedade Magill, confirma que esse território é o mercado geográfico em causa.

43 No que se refere à terceira parte do fundamento, a Comissão tenta demonstrar a natureza abusiva do comportamento censurado, desenvolvendo o seu raciocínio a partir da premissa — que expressamente admitiu na audiência — de que as listas de programas beneficiam, em direito interno, da protecção do direito de autor. Sustenta, em primeiro lugar, que, mesmo nessas condições, as políticas e práticas em litígio prosseguidas pela recorrente não estão abrangidas pela protecção do direito de autor, tal como é reconhecida em direito comunitário.

44 Nesta perspectiva, a Comissão começa por chamar a atenção, de modo geral, para a incompatibilidade com as normas comunitárias de um direito nacional que consagra a existência do direito de autor sobre as listas de programas. Recorda previamente que, segundo jurisprudência assente, a indústria da televisão está sujeita às normas comunitárias (ver, designadamente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Outubro de 1982, Coditel, 262/81, Recueil, p. 3381). Sublinha que uma regulamentação nacional que instituísse um direito de autor sobre as listas de programas permitiria às sociedades de radioteledifusão utilizar um monopólio legal legítimo em matéria de difusão dos programas radiotelevisivos numa determinada frequência, para manter um monopólio ilegítimo no mercado anexo, situado a jusante, das publicações desses programas semanais, e opor-se, desse modo, ao aparecimento de um produto concorrente de um novo tipo, sob a forma de um guia geral de televisão. A protecção das listas de programas pelo direito de autor criaria ainda um obstáculo à realização do mercado único dos serviços de radioteledifusão, baseado no artigo 59.° do Tratado. Com efeito, na falta de um mercado único de informação sobre os programas, o direito dos consumidores de beneficiarem de uma «televisão sem fronteiras» ficaria comprometido, dado que os telespectadores, pouco inclinados a comprar um grande número de revistas contendo, respectivamente, a programação de uma única estação, estariam igualmente menos tentados a ver programas, designadamente em língua estrangeira, sobre os quais possuem poucas informações.

45 A Comissão recorda que, para resolver o conflito referido no número anterior, entre, por um lado, o direito de autor e, por outro, as normas relativas, designadamente, à livre concorrência, a via a seguir consiste, segundo jurisprudência assente, em identificar, em cada caso concreto, o «objecto específico» do direito de propriedade intelectual, único que merece protecção especial no ordenamento jurídico comunitário e justifica por essa razão certas derrogações às normas comunitárias. Para esse efeito, a Comissão convida, antes de mais, a que nos interroguemos sobre a legitimidade e as razões subjacentes à manutenção, que qualifica de invulgar, de um direito de autor sobre as listas de programas. Segundo a instituição recorrida, deve, com efeito, apreciar-se no presente caso o «valor» ou o «bem fundado» do direito de autor sobre as listas semanais, em relação aos objectivos normalmente atribuídos a esse direito. Nesta óptica, precisa a Comissão, é necessário designadamente ter em consideração a natureza do bem protegido, nos seus aspectos tecnológico, cultural ou inovador, bem como os objectivos e a justificação, em direito interno, do direito de autor sobre as listas (ver, designadamente, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 8 de Junho de 1982, Nungesser/Comissão, 258/78, Recueil, p. 2015; de 6 de Outubro de 1982, Coditel, 262/81, já referido; de 30 de Junho de 1988, Thetford, n.os 17 a 21, 35/87, Colect., p. 3585; e de 17 de Maio de 1988, Warner Brothers, n.os 10 a 16, 158/86, Colect., p. 2605).

46 Aplicando os critérios que acabam de ser enunciados, a Comissão argumenta que, no presente caso, as listas de programas não apresentam em si mesmas qualquer natureza secreta, inovadora ou que se prenda com a investigação. Pelo contrário, constituem simples informações factuais e não podem, portanto, estar protegidas pelo direito de autor. O esforço criativo necessário para a sua elaboração é, com efeito, directamente recompensado pela importância da audiência das emissões. E a violação, feita pela decisão, do direito de autor sobre as listas de programas de modo algum afecta a actividade de radioteledifusão, que é distinta da da publicação. Recordando as conclusões do advogado-geral Mischo no processo Thetford, já referido, a Comissão observa que a manutenção do direito de autor sobre as listas de programas apenas se pode explicar pela vontade de «reservar um monopólio» ao seu titular.

47 Em segundo lugar, após ter sustentado, como acaba de ser exposto, que a protecção das listas de programas pelo direito de autor não corresponde à função essencial deste direito, a Comissão sublinha a natureza abusiva da política da recorrente em matéria de informações sobre os seus programas semanais. Denuncia particularmente a natureza abusiva da recusa arbitrária, isto é, sem justificação que se prenda com as exigências do segredo, da investigação e do desenvolvimento ou com outras considerações objectivamente verificáveis, de autorizar a Magill e outros «potenciais concorrentes» no mercado das revistas semanais de televisão a publicar essas informações, com a única finalidade de impedir o aparecimento de todo e qualquer produto concorrente.

48 A este respeito, a Comissão sustenta, nas suas observações, que a política seguida pela recorrente, em matéria de concessão de autorizações, estabelece uma discriminação «contra um novo produto surgido sob a forma de uma revista geral que (faria concorrência) à revista de cada uma das (sociedades em questão)», ou, por outras palavras, «contra a Magill e outros potenciais concorrentes no mercado, que (oferecessem) revistas semanais gerais». A Comissão precisa igualmente a este respeito que, «se os organismos de radioteledifusão tivessem decidido, fosse por que razão fosse, não distribuir a ninguém informações sobre os programas previstos, a análise poderia ser diferente; mas distribuem-nos a duas categorias de agentes económicos: aos seus próprios periódicos com leitores certos e às publicações diárias que não fazem concorrência a esses periódicos. Estes factores indicam que a recusa de autorizar a publicação por outras empresas é arbitrária e discriminatória».

49 Além disso, a Comissão invoca em apoio da sua tese os acórdãos proferidos pelo Tribunal em 5 de Outubro de 1988, Volvo, n.° 9 (238/87, já referido), e CICRA, n.° 16 (dito «Renault», 53/87, Colect., p. 6039). Cita, em especial, o n.° 9 do acórdão Volvo, que tem o seguinte teor: «o exercício do direito exclusivo pelo titular de um modelo industrial relativo a painéis de carroçaria de veículos automóveis pode ser proibido pelo artigo 86.° se der origem, por parte de uma empresa em posição dominante, a certos comportamentos abusivos, tais como a recusa arbitrária de fornecer peças sobresselentes a garagens independentes, a fixação dos preços das peças sobresselentes a um nível não equitativo, ou a decisão de deixar de produzir peças sobresselentes para um determinado modelo, apesar de muitos veículos desse modelo ainda continuarem a circular, desde que esses comportamentos possam afectar o comércio entre os Estados-membros». Segundo a Comissão, o comportamento censurado à recorrente está próximo da recusa arbitrária, a que se refere o Tribunal de Justiça nos acórdãos citados, do titular do modelo industrial de fornecer peças sobresselentes a garagens independentes, tributárias desse fornecimento para o prosseguimento das suas actividades. Com efeito, ao recusar autorizar designadamente a sociedade Magill a publicar as suas listas semanais, a recorrente colocou um obstáculo à sua actividade de edição de revistas gerais de televisão.

Na mesma ordem de ideias, a Comissão afirma igualmente que o comportamento censurado à RTE se distingue do que o Tribunal de Justiça considerou lícito no referido acórdão Volvo. Com efeito, resulta desse acórdão que o facto de um construtor automóvel, titular de um direito de modelo industrial registado, reservar para si o fabrico da totalidade das peças sobresselentes para os seus veículos não constitui em si um abuso (n.° 11 do acórdão). Concretamente, a Comissão sublinha o facto de que o mercado das peças sobresselentes era o principal sector de actividade da empresa Volvo. Pelo contrário, a RTE explorou uma posição dominante num mercado (o mercado da informação sobre os seus programas), que se insere no seu principal sector de actividade, a radioteledifusão, a fim de obter vantagens no mercado da edição, que constitui um sector económico distinto, situado a jusante. Acresce que o prejuízo sofrido pelos consumidores, que não podiam dispor de um novo produto, isto é, uma revista geral de televisão, para o qual existia grande procura, constitui um factor agravante que transforma em abuso a política da recorrente em matéria de informação sobre os seus programas semanais. Em contrapartida, a Comissão sublinha que, no processo Volvo, os consumidores podiam obter peças sobresselentes e era possível uma concorrência entre as garagens independentes e mesmo entre os vários construtores, cuja clientela tinha a possibilidade de se reorientar para outras marcas caso as peças sobresselentes se tornassem demasiado caras ou pouco disponíveis no mercado.

50 A Comissão refere ainda que a sua análise quanto à utilização abusiva do direito de autor se aplica igualmente a situações diferentes da do caso em apreço, em matéria, por exemplo, de *software* para computadores.

51 Quanto à quarta parte do fundamento baseado em violação do artigo 86.°, relativa à afectação do comércio entre os Estados-membros, a Comissão alega que o efeito da infracção no comércio entre a Irlanda e o Reino Unido deve ser determinado por referência, designadamente, ao fluxo comercial que representam, potencialmente, as revistas gerais. A este respeito, refere em especial que, se a Magill publicava uma revista geral de televisão na Irlanda, é evidente que existia uma procura para essa revista na Irlanda do Norte, onde os telespectadores recebem os mesmos programas que na Irlanda. Tendo em conta que os guias de televisão são as revistas que melhor se vendem, é claro, aos olhos da Comissão, que o efeito no comércio entre os Estados-membros era apreciável. Disso mesmo testemunha o facto de, segundo as indicações fornecidas pela RTE na audição referente às medidas provisórias, cerca de vinte empresas pretenderem publicar um guia geral de televisão na Irlanda.

52 Por seu lado, a interveniente, a sociedade Magill, sublinha que, nesta fase do processo, a High Court já declarou que, em direito irlandês, as listas de programas beneficiam da protecção do direito de autor e que a Magill violou esse direito. Por conseguinte, o resultado do processo que a opõe à RTE, à BBC e à ITP, perante o juiz irlandês, dependerá das respostas dadas pelo juiz comunitário à questão da compatibilidade com o direito comunitário das práticas censuradas na decisão da Comissão. A Magill recorda que os efeitos resultantes dos despachos de medidas provisórias de 1986, bem como as despesas efectuadas com os processos no tribunal nacional, a impossibilitaram de prosseguir as suas actividades e de continuar a concorrer no mercado com a RTE, a BBC e a ITP.

53 Além disso, a Magill apoia o conjunto das observações da Comissão. Refuta a interpretação oferecida pela recorrente, segundo a qual a decisão impõe a concessão de licenças obrigatórias. A este respeito, sublinha a importância do consentimento do titular do direito de autor. Segundo a Magill, «se não fosse concedida nenhuma autorização a terceiros... (a) recorrente poderia verdadeiramente sustentar que mais não faz do que explorar em seu benefício o direito exclusivo de que é titular». Pelo contrário, a partir do momento em que a recorrente aceita conceder autorizações para a reprodução das informações referentes aos seus programas diários, não pode, segundo a Magill, utilizar o seu direito de autor para obstar à publicação das suas listas semanais por terceiros.

54 A Magill afirma igualmente que o comportamento censurado é abusivo, na acepção do artigo 86.°, «precisamente porque foi concebido de modo idêntico pelos três organismos nacionais de televisão, de forma a impor a todos os meios de informação com eles concorrentes no conjunto do território de dois Estados-membros um regime uniforme destituído de justificação objectiva, com a finalidade de proteger uma parte do mercado de que se apropriaram em benefício das suas três publicações próprias». A Magill considera que esse regime comum se funda num acordo tácito.

55 A recorrente responde que a Comissão invoca, perante o Tribunal de Primeira Instância, factos e elementos novos que não figuram nem na comunicação das acusações nem na decisão. A Comissão teria violado, desse modo, os direitos de defesa, quer no âmbito do processo administrativo, quer perante o Tribunal de Primeira Instância (acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 1963, Alemanha/Comissão, 24/62, Recueil, p. 129; e de 15 de Março de 1967, Cimenteries CBR/Comissão, 8/66 a 11/66, Recueil, p. 93).

A recorrente sustenta, em especial, que a argumentação da recorrida, que assenta em pôr em causa a compatibilidade, com o direito comunitário, da legislação nacional que prevê a protecção das listas de programas pelo direito de autor, é inadmissível na fase do processo judicial, devido à sua novidade. Nesta perspectiva, sublinha a inadmissibilidade do argumento segundo o qual o direito de autor sobre as listas de programas constitui um «direito de autor sobre factos e ideias». De igual modo, seriam inadmissíveis as alegações da Comissão referentes à natureza arbitrária e discriminatória do comportamento censurado, alegações essas que também não figuram nem na comunicação das acusações nem na decisão. Quanto a este último aspecto, a recorrente observa que os fundamentos expostos no n.° 23 da decisão, admitindo que fossem correctos, não seriam infirmados se a RTE nunca tivesse concedido uma autorização a terceiros. Isso prova que a decisão não se funda na verificação de uma discriminação. Por conseguinte, no entendimento da recorrente, a existência de uma discriminação não pode justificar a decisão, uma vez que não constitui o fundamento desta. Acresce que a recorrente contesta a admissibilidade do fundamento, unicamente invocado pela Magill, baseado na alegada existência de um acordo tácito entre a BBC, a ITP e a RTE. O referido fundamento, nota a recorrente, baseia-se numa violação do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado e, portanto, é inadmissível.

56 Quanto ao mérito, a recorrente observa que, no que se refere à natureza pretensamente abusiva da sua política em matéria de autorizações, a Comissão não aborda a dificuldade inerente ao facto de a recusa de autorizar a reprodução das listas de

programas não poder constituir um abuso, uma vez que tal solução implicaria a perda, para o titular, da substância do seu direito exclusivo. A este respeito, a natureza do bem protegido pelo direito de autor e o valor relativo deste não têm relevância para a apreciação do alcance desse direito. A recorrente nota, com efeito, que o objecto essencial e a justificação do direito de autor são os mesmos quer os produtos protegidos sejam ou não inéditos ou se prendam com o «segredo dos negócios» ou com uma actividade de investigação. Assim, a regulamentação relativa ao direito de autor na Irlanda e no Reino Unido não toma em consideração a natureza, segundo a expressão da Comissão, «banal» ou não da obra, o que, de resto, considera a recorrente, releva de uma apreciação puramente subjectiva.

57 A recorrente rejeita ainda a tese da Comissão, relativa à sua pretensa «política discriminatória de concessão de autorizações», que consistiria em reservar a autorização de publicar os elementos protegidos para certas categorias de terceiros e excluir, dentre estes, os que pretendam publicar uma revista geral semanal de televisão. Após ter precisado que a discriminação se define essencialmente como uma diferença de tratamento de situações objectivamente similares, contesta a natureza discriminatória da sua política, afirmando estar disposta a conceder autorizações a qualquer jornal, periódico ou revista, nas condições que até agora aplicou. Na mesma ordem de ideias, rejeita o argumento aduzido pela interveniente, segundo o qual o comportamento em causa excedeu o objecto específico do direito de autor, uma vez que, após ter consentido na publicação das suas listas de programas por parte de terceiros, a RTE restringiu as condições em que estes as podiam publicar. A recorrente expõe a este respeito que, juridicamente, um titular de um direito de autor que prossiga uma política liberal e conceda autorizações em certas condições não fica sujeito, por esse facto, à obrigação de conceder autorizações sem quaisquer restrições.

58 Ao contrário da recorrente, a Comissão considera que os argumentos jurídicos e de facto que ela aduz no âmbito do presente processo se limitam a amplificar, clarificar e reforçar as considerações subjacentes aos fundamentos da sua decisão, com os quais coincidem, pois, perfeitamente. Mesmo que assim não fosse, a Comissão considera que tal não afectaria de modo algum, e contrariamente ao que alega a recorrente, os seus direitos de defesa quer no Tribunal de Primeira Instância quer no processo administrativo, mas quando muito teria podido conduzir a uma insuficiência ou a um erro de fundamentação da decisão, o que não é o caso. A instituição recorrida recorda, com efeito, que o Tribunal de Justiça decidiu não ser necessário «fundamentar de maneira independente e exaustiva» cada uma das partes de uma decisão quando «possa ser deduzida fundamentação suficiente do contexto de todas as considerações invocadas em apoio do conjunto da decisão»

(acórdão de 20 de Março de 1957, Geitling/Alta Autoridade, 2/56, Recueil, p. 9, 36). No caso vertente, os principais pontos da matéria de facto e de direito que estão na base da decisão, embora expostos de forma sucinta, foram claramente explicitados.

59 Em particular, a Comissão observa que o facto de presumir, na decisão, que as informações em questão continuam a estar protegidas pelo direito de autor é inteiramente compatível com o facto de se referir, na fase da fiscalização jurisdicional, a possibilidade de esse direito de autor não dever subsistir no que se refere a banais compilações de informações.

Quanto à declaração da natureza abusiva do comportamento da recorrente, a Comissão sustenta que os qualificativos de arbitrário e discriminatório, aplicados a esse comportamento, não revelam qualquer conceito novo, ainda que não tenham sido utilizados no processo administrativo. Descrevem o abuso resultante do facto de a política de concessão de autorizações da recorrente estabelecer «uma discriminação contra um novo produto, surgido sob a forma de uma revista geral concorrente da revista (da recorrente), ao mesmo tempo que encoraja a publicidade das suas emissões nos jornais diários».

— *Apreciação jurídica*

60 Face à argumentação expendida pelas partes, acima exposta, a fiscalização do Tribunal de Primeira Instância, no que se refere à validade do fundamento baseado na violação do artigo 86.°, deve incidir sobre cinco aspectos. Deve, antes de mais, analisar-se a definição do mercado dos produtos em causa e determinar, num segundo momento, a posição da recorrente no referido mercado. Em terceiro lugar, o Tribunal deve abordar a questão da dimensão do mercado geográfico relevante. Deve verificar, em quarto lugar, se o comportamento censurado apresenta ou não um carácter abusivo. Em quinto e último lugar, cabe-lhe decidir dos efeitos do comportamento censurado no comércio entre os Estados-membros.

— *A definição dos produtos em causa*

61 No que se refere à delimitação do mercado dos produtos em causa, constituídos, nos termos da decisão, pelas listas de programas semanais da recorrente, bem

como pelos guias de televisão em que essas listas são publicadas, o Tribunal considera que, contrariamente às alegações da recorrente, os produtos assim definidos representam mercados específicos, que não podem ser equiparados ao mercado da informação sobre os programas de televisão em geral.

62 Com efeito, o mercado das listas semanais e o das revistas de televisão, nas quais elas são publicadas, constituem submercados do mercado de informação sobre os programas televisivos em geral. Oferecem um produto, a informação sobre os programas semanais, para o qual existe uma procura específica, quer por parte dos terceiros que pretendem publicar e comercializar um guia geral de televisão, quer por parte dos telespectadores. Os primeiros, com efeito, encontram-se na impossibilidade de editar semelhante guia se não dispuserem do conjunto das listas de programas semanais que podem ser captados no mercado geográfico em causa. No que se refere aos segundos, há que notar, como correctamente refere a Comissão na decisão, que as informações sobre os programas disponíveis no mercado no momento da adopção da decisão, ou seja, a lista completa dos programas para um período de 24 horas, ou de 48 horas ao fim-de-semana ou na véspera de dias feriados, publicada em certos jornais diários ou de domingo, bem como as rubricas de televisão de certas revistas, que, além disso, contêm os «destaques» dos programas da semana, apenas em escassa medida podem substituir uma informação prévia dos telespectadores quanto ao conjunto dos programas semanais. Com efeito, apenas os guias semanais de televisão, que contêm a totalidade das listas de programas da semana seguinte, permitem aos utentes prever antecipadamente os programas que pretendem ver e, eventualmente, planificar em conformidade as suas actividades semanais de tempos livres.

Esta fraca capacidade de substituição das informações sobre os programas semanais é especialmente confirmada pelo êxito obtido, na época em questão, pelas revistas de televisão especializadas, que eram as únicas presentes no mercado dos guias semanais na Irlanda e no Reino Unido e, no resto da Comunidade, pelos guias gerais de televisão existentes no mercado dos outros Estados-membros. Isto demonstra claramente a existência de uma procura potencial específica, constante e regular, por parte dos telespectadores, neste caso da Irlanda e da Irlanda do Norte, de revistas de televisão que contenham o conjunto das listas de programas televisivos da semana, quaisquer que sejam as outras fontes de informação disponíveis no mercado.

— A existência de uma posição dominante

63 Quanto à posição da recorrente no mercado em causa, o Tribunal considera que a RTE dispunha, graças ao seu direito de autor sobre as suas listas de programas, do direito exclusivo de reproduzir e colocar no mercado as referidas listas. Esta circunstância permitiu-lhe, no momento dos factos em causa, garantir para si o monopólio da publicação das suas listas semanais numa revista especializada nos seus próprios programas, a *RTE Guide*. Daí resulta que a recorrente ocupava manifestamente, na época em questão, uma posição dominante, quer no mercado representado pelas suas listas semanais, quer no das revistas em que estas eram publicadas na Irlanda e na Irlanda do Norte. Com efeito, os terceiros, como a sociedade Magill, que pretendessem editar uma revista geral de televisão, encontravam-se numa situação de dependência económica em relação à recorrente, que tinha, desse modo, a possibilidade de se opor ao aparecimento de qualquer concorrência efectiva no mercado da informação sobre os seus programas semanais (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão, n.° 30, 322/81, Recueil, p. 3461).

— A amplitude do mercado geográfico em causa

64 No que se refere à dimensão do mercado geográfico em causa, o Tribunal considera que o mercado geográfico representado pela Irlanda e pela Irlanda do Norte, isto é, pelo território de um Estado-membro e por uma parte do território de outro Estado-membro, constitui inegavelmente uma parte substancial do mercado comum, sem que seja necessário ter em consideração a parte do mercado comunitário das revistas de televisão que representa o mercado da Irlanda e da Irlanda do Norte (ver, designadamente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Michelin, n.° 28, 322/81, já referido Comissão).

— A existência de um abuso

65 Após se ter concluído que a recorrente ocupava uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum, no momento dos factos censurados, há que verificar se a política da RTE em matéria de difusão de informação sobre os seus programas semanais, baseada na exploração do seu direito de autor sobre as listas de programas, apresentava ou não um carácter abusivo, na acepção do artigo 86.° Para esse efeito, deve interpretar-se o artigo 86.° em conjugação com o direito de autor sobre as listas de programas.

66 Na falta de harmonização das normas nacionais ou de unificação no âmbito da Comunidade, a fixação das condições e das modalidades da protecção do direito de autor é da competência nacional. Esta repartição das competências em matéria de direitos de propriedade intelectual foi expressamente consagrada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 14 de Setembro de 1982, Keurkoop, n.° 18 (144/81, Recueil, p. 2853), e confirmada designadamente nos acórdãos de 5 de Outubro de 1988, Renault, n.° 10 (53/87, já referido), e Volvo, n.° 7 (238/87, já referido).

67 As relações entre os direitos nacionais de propriedade intelectual e as regras gerais do direito comunitário são expressamente regidas pelo artigo 36.° do Tratado, que prevê a possibilidade de se derrogar às normas relativas à livre circulação de mercadorias por razões de protecção da propriedade industrial e comercial. Todavia, esta derrogação é expressamente acompanhada de certas reservas. Com efeito, a protecção dos direitos de propriedade intelectual conferida pelas legislações nacionais é apenas reconhecida, em direito comunitário, nas condições referidas na segunda frase do artigo 36.° Nos termos desta disposição, as restrições à livre circulação resultantes da protecção da propriedade intelectual «não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária, nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros». O artigo 36.° sublinha assim que a conciliação entre as exigências da livre circulação de mercadorias e o respeito devido aos direitos de propriedade intelectual deve ser feita de modo a proteger-se o exercício legítimo desses direitos, único que é justificado nos termos desse artigo, e a excluir qualquer exercício abusivo que seja de molde a compartimentar artificialmente o mercado ou a prejudicar o regime da concorrência na Comunidade. O exercício dos direitos de propriedade intelectual conferidos pela legislação nacional deve, por conseguinte, ser limitado na medida necessária a essa conciliação (ver acórdão de 14 de Setembro de 1982, Keurkoop, n.° 24, 144/81, já referido).

68 Com efeito, no sistema do Tratado, o artigo 36.° deve ser interpretado «na perspectiva dos objectivos e das acções da Comunidade, tal como são definidos pelos artigos 2.° e 3.° do Tratado CEE», como recordou o Tribunal de Justiça no seu acórdão de 9 de Fevereiro de 1982, Polydor, n.° 16 (270/80, Recueil, p. 329). Deve, em especial, ser apreciado tendo em conta as exigências que se prendem com o estabelecimento de um regime de livre concorrência no interior da Comunidade, que refere a alínea f) desse mesmo artigo 3.°, e que se exprimem, designadamente, através das proibições contidas nos artigos 85.° e 86.° do Tratado.

69 A este respeito, resulta do artigo 36.°, como foi interpretado pelo Tribunal de Justiça à luz dos objectivos prosseguidos pelos artigos 85.° e 86.°, bem como pelas

disposições referentes à livre circulação de mercadorias ou de serviços, que apenas as restrições à livre concorrência ou à livre circulação de mercadorias ou de serviços, inerentes à protecção da própria substância do direito de propriedade intelectual, são admitidas em direito comunitário. Com efeito, o Tribunal de Justiça decidiu, no seu acórdão de 8 de Junho de 1971, Deutsche Grammophon, n.° 11 (78/70, Recueil, p. 487), relativo a um direito conexo do direito de autor, que, «embora o Tratado permita proibições ou restrições à livre circulação dos produtos justificadas por razões de protecção da propriedade industrial e comercial, o artigo 36.° só admite derrogações a esta liberdade na medida em que elas sejam justificadas pela salvaguarda dos direitos que constituem o objecto específico desta propriedade» (ver igualmente os acórdãos de 18 de Março de 1980, Coditel, n.° 14, 62/79, Recueil, p. 881; de 22 de Janeiro de 1981, Dansk Supermarked, n.° 11, 58/80, Recueil, p. 181; e de 6 de Outubro de 1982, Coditel, n.° 12, 262/81, já referido; no que se refere aos direitos de propriedade intelectual diferentes do direito de autor, ver os acórdãos de 31 de Outubro de 1974, Centrafarm, 16/74, Recueil, p. 1183; de 23 de Maio de 1978, Hoffman-La Roche, n.° 8, 102/77, Recueil, p. 1139; de 25 de Fevereiro de 1986, Windsurfing International/Comissão, n.° 45, 193/83, Colect., p. 611; de 5 de Outubro de 1988, Renault, n.° 11, 53/87, e Volvo, n.° 8, 238/87, já referidos; e de 17 de Outubro de 1990, Hag GF, n.° 12, C-10/89, Colect., p. I-3711).

70 É incontroverso que a protecção do objecto específico do direito de autor confere, em princípio, ao seu titular, o direito de reservar para si a exclusividade da reprodução da obra protegida. O Tribunal de Justiça admitiu-o expressamente no seu acórdão de 17 de Maio de 1988, Warner Brothers, n.° 13 (158/86, já referido), no qual declarou que «as duas prerrogativas essenciais do autor, o direito exclusivo de representação e o direito exclusivo de reprodução, não são postas em causa pelas normas do Tratado» (ver igualmente o acórdão de 24 de Janeiro de 1989, EMI Electrola, n.os 7 e 14, 341/87, Colect., p. 79).

71 Contudo, embora seja certo que o exercício do direito exclusivo de reprodução da obra protegida não apresenta, em si, carácter abusivo, já o mesmo não ocorre quando resulte das circunstâncias de cada caso concreto que as condições e modalidades do exercício desse direito exclusivo de reprodução da obra protegida prosseguem, na realidade, uma finalidade manifestamente contrária aos objectivos do artigo 86.° Com efeito, em tal hipótese, o exercício do direito de autor já não corresponde à função essencial desse direito, na acepção do artigo 36.° do Tratado, que é a de assegurar a protecção moral da obra e a remuneração do esforço criativo, no respeito dos objectivos prosseguidos, em especial, pelo artigo 86.° (ver, em matéria de patentes, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1981, Merck, n.° 10, 187/80, Recueil, p. 2063; e de 9 de Julho de 1985, Phar-

mon, n.° 26, 19/84, Recueil, p. 2281; e, em matéria de direito de autor, o acórdão de 17 de Maio de 1988, Warner Brothers, n.° 15, 158/86, já referido). Nesse caso, o primado de que goza o direito comunitário, designadamente no que se refere a princípios tão fundamentais como os da livre circulação de mercadorias e da livre concorrência, prevalece sobre uma utilização, não conforme com esses princípios, de uma norma nacional adoptada em matéria de propriedade intelectual.

72 Esta análise é confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, que decidiu, nos seus acórdãos de 5 de Outubro de 1988, Volvo, que foi invocado pela Comissão, e Renault, já referidos, que o exercício de um direito exclusivo, que em princípio se insere na substância do direito intelectual em questão, pode, todavia, ser proibido pelo artigo 86.°, caso dê lugar, por parte de uma empresa em posição dominante, a certos comportamentos abusivos. As questões submetidas ao Tribunal de Justiça no âmbito desses dois pedidos prejudiciais incidiam sobre a licitude do comportamento de dois fabricantes de automóveis que reservavam para si a exclusividade do fabrico e da comercialização das peças sobresselentes para os veículos da sua produção, invocando a protecção dos modelos industriais das referidas peças. A esse propósito, o Tribunal de Justiça citou, a título de exemplo de comportamentos abusivos na acepção do artigo 86.°, a recusa arbitrária de fornecer peças sobresselentes a garagens independentes, a fixação dos preços das peças sobresselentes a um nível não equitativo, ou a decisão de deixar de produzir peças sobresselentes para um determinado modelo apesar de muitos veículos desse modelo continuarem a circular (Volvo, n.° 9, 238/87, e Renault, n.° 18, 53/87, já referidos).

73 No presente caso, há que notar que a sociedade recorrente, ao reservar para si a exclusividade da publicação das suas listas de programas semanais de televisão, colocou um entrave ao aparecimento no mercado de um novo produto, a saber, uma revista geral de televisão, susceptível de entrar em concorrência com a sua própria revista, a *RTE Guide*. Desse modo, a recorrente explorava o seu direito de autor sobre as listas de programas, produzidas no âmbito da sua actividade de teledifusão, para garantir para si um monopólio no mercado derivado dos guias semanais de televisão. A este respeito, é significativo o facto de, além disso, a recorrente autorizar gratuitamente a publicação das suas listas diárias e dos destaques dos seus programas semanais na imprensa da Irlanda e do Reino Unido. Acresce que, nos outros Estados-membros, também autorizava, sem exigir o pagamento de direitos, a publicação das suas listas semanais.

Um comportamento deste tipo — que se caracteriza pelo entrave colocado à produção e à comercialização de um novo produto, para o qual existe uma procura

potencial por parte dos consumidores, no mercado anexo das revistas de televisão, e pela correspondente exclusão de toda a concorrência do referido mercado, com a única finalidade de manter o monopólio da recorrente — vai manifestamente além do que é indispensável para a realização da função essencial do direito de autor, tal como é admitida em direito comunitário. Com efeito, a recusa da recorrente de autorizar a terceiros a publicação das suas listas semanais apresenta, neste caso, um carácter arbitrário, na medida em que não se justifica nem pelas necessidades específicas do sector da radioteledifusão, que não está em causa no presente caso, nem pelas que são próprias à actividade de edição de revistas de televisão. A recorrente tinha, pois, a possibilidade de se adaptar às condições de um mercado de revistas de televisão aberto à concorrência para assegurar a viabilidade comercial do seu semanário «RTE Guide». Nestas condições, os factos censurados não podem, pois, estar abrangidos, em direito comunitário, pela protecção resultante do direito de autor sobre as listas de programas.

74 Em apoio desta conclusão, deve ainda sublinhar-se que, contrariamente às alegações da recorrente, a sua recusa de autorizar terceiros a publicar as suas listas de programas semanais se distingue da recusa das sociedades Volvo e Renault, analisada nos acórdãos de 5 de Outubro de 1988, já referidos, de conceder a terceiros licenças para o fabrico e colocação no mercado de peças sobresselentes. Com efeito, no presente caso, a reprodução exclusiva, pela recorrente, das suas listas de programas tinha por objecto e por efeito excluir toda a potencial concorrência no mercado derivado representado pela informação relativa aos programas semanais emitidos pelos canais da RTE, a fim de manter nesse mercado o monopólio que a recorrente detinha através da publicação da revista *RTE Guide*. Do ponto de vista das empresas terceiras interessadas na publicação de uma revista de televisão, a recusa da recorrente de autorizar, a pedido e de forma não discriminatória, qualquer terceiro a publicar as suas listas de programas está, pois, aparentada, como sublinha correctamente a Comissão, com a recusa arbitrária de um fabricante de automóveis de fornecer peças sobresselentes — produzidas no âmbito da sua actividade principal de fabrico de automóveis — a uma garagem independente que exerce a sua actividade no mercado derivado da manutenção e das reparações dos veículos automóveis. Acresce que o comportamento censurado à recorrente se opunha radicalmente ao aparecimento no mercado de um certo tipo de produtos, as revistas gerais de televisão. Por conseguinte, na medida em que se caracterizava mais especialmente, nesse aspecto, pela falta de tomada em consideração das necessidades dos consumidores, o comportamento censurado apresentava também uma certa similitude com a hipótese — encarada pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos referidos — da decisão eventual de um fabricante de automóveis de deixar de fabricar peças sobresselentes para certos modelos, apesar de ainda subsistir a sua procura no mercado (Volvo, n.° 9, 238/87, e Renault, n.° 18, 53/87, já

referidos). Resulta, pois, desta comparação que os factos censurados à recorrente não se prendem, segundo os critérios consagrados na jurisprudência invocada pelas partes, com a própria substância do direito de autor.

75 À luz das considerações precedentes, o Tribunal declara que, apesar de as listas de programas estarem protegidas, no momento dos factos em litígio, pelo direito de autor, tal como está consagrado no direito nacional, que continua a ser competente para determinar as modalidades dessa protecção, o comportamento em causa não era susceptível de beneficiar dessa protecção, no âmbito da necessária conciliação que deve efectuar-se entre os direitos de propriedade intelectual e os princípios fundamentais do Tratado referentes à livre circulação de mercadorias e à livre concorrência. Com efeito, esse comportamento prosseguia objectivos manifestamente contrários aos do artigo 86.°

— Os efeitos no comércio entre os Estados-membros

76 No que se refere à condição de aplicabilidade do artigo 86.° relativa aos efeitos do comportamento abusivo no comércio entre os Estados-membros, deve recordar-se, a título liminar, que deve ser interpretada e aplicada tomando «como ponto de partida a finalidade dessa condição, que é a de delimitar, em matéria de regulamentação da concorrência, o domínio do direito comunitário relativamente ao do dos Estados-membros. Assim, estão abrangidos pelo domínio do direito comunitário os acordos, decisões e práticas concertadas e quaisquer práticas susceptíveis de pôr em causa a liberdade de comércio entre os Estados-membros num sentido que poderia prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único entre os Estados-membros, designadamente compartimentando os mercados nacionais ou alterando a estrutura da concorrência no mercado comum» (acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Maio de 1979, Hugin/Comissão, n.° 17, 22/78, Recueil, p. 1869; ver igualmente os acórdãos de 6 de Março de 1974, Commercial Solvents/Comissão, n.° 32, 6/73 e 7/73, Recueil, p. 223; de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffman-La Roche, n.° 125, 85/76, já referido; e de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/Comissão, n.° 201, 27/76, Recueil, p. 207). Com efeito, para que o artigo 86.° seja aplicável, basta que o comportamento abusivo seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros. Portanto, não é necessário que se verifique a existência de um efeito actual e real no comércio interestatal (ver, designadamente, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Michelin, n.° 104, 322/81, já referido; e de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser, n.° 32, C-41/90, Colect., p. I-1979).

77 No presente caso, o Tribunal considera que o comportamento censurado alterou a estrutura da concorrência no mercado dos guias de televisão na Irlanda e na Irlanda do Norte, o que afectou o fluxo potencial das trocas comerciais entre a Irlanda e o Reino Unido.

Com efeito, a recusa da recorrente de autorizar os terceiros interessados a publicar as suas listas semanais repercutiu-se de forma determinante na estrutura da concorrência no sector das revistas de televisão no território representado pela Irlanda e pela Irlanda do Norte. Ao obstar, através da sua política de autorizações, à edição, designadamente pela Magill, de uma revista geral de televisão destinada a ser comercializada na Irlanda e na Irlanda do Norte, a recorrente não apenas eliminou uma empresa concorrente do mercado dos guias de televisão, como também excluiu qualquer concorrência potencial no mercado em causa, o que teve por efeito manter a compartimentação dos mercados representados, respectivamente, pela Irlanda e pela Irlanda do Norte. Nestas condições, é inegável que o comportamento em causa era susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros.

Acresce que deve referir-se que o efeito sensível da política em causa nos potenciais fluxos de trocas entre a Irlanda e o Reino Unido é claramente demonstrado pela existência de uma procura específica para uma revista geral de televisão do tipo da *Magill TV Guide*, como testemunha o êxito das revistas de televisão especializadas nos programas de uma única estação de televisão, na falta de um guia geral de televisão no momento dos factos censurados no mercado geográfico em causa. A este respeito, há que recordar que a política da recorrente em matéria de informação sobre os seus programas semanais obstava à produção e à difusão de revistas gerais de televisão que se destinassem ao conjunto dos telespectadores da Irlanda e da Irlanda do Norte. Com efeito, o território geográfico em causa, no qual se encontra já realizado um mercado único de serviços de teledifusão, representa, correlativamente, um mercado único da informação sobre os programas de televisão, tendo particularmente em conta a grande facilidade das trocas comerciais do ponto de vista linguístico.

78 Pelo conjunto das razões expostas, deve ser rejeitado o fundamento que se baseia na violação do artigo 86.°

3. *Quanto à violação do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado*

— *Argumentos das partes*

79 A recorrente, remetendo para o acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 1974, Sacchi (155/73, Recueil, p. 409), afirma ser uma empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral, na acepção do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado. Sustenta que, por força dessa disposição, o artigo 86.° não lhe pode ser aplicado, dado que uma decisão nesse sentido constituiria um obstáculo sério ao cumprimento da sua missão, que consiste em assegurar um serviço nacional de radioteledifusão que coloca particular ênfase na língua e na cultura irlandesas.

80 Em particular, a RTE alega que, por razões históricas, enfrenta obstáculos consideráveis para assegurar a promoção da língua e da cultura irlandesas. Essas dificuldades ter-se-ão acentuado com a concorrência de numerosas cadeias de televisão que emitem em língua inglesa e que são captáveis na Irlanda. Neste contexto, a publicação da *RTE Guide*, que, no entendimento da recorrente, não seria viável caso tivesse de concorrer com revistas semanais gerais de televisão, é, pois, indispensável para assegurar a promoção e a publicidade dos programas da RTE. Acresce que a publicação da *RTE Guide* representa igualmente uma importante fonte de receitas.

81 A Comissão responde que, mesmo que a RTE seja uma empresa encarregada da gestão de serviços de interesse geral, está obrigada, no âmbito das suas actividades comerciais, a respeitar as regras da concorrência, por força do n.° 2 do artigo 90.°, «enquanto não se demonstrar que as referidas proibições são incompatíveis com o exercício da sua missão» (acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi, 155/73, já referido). A Comissão considera, a este respeito, que o Broadcasting Authority Act 1960, que institui a RTE, não lhe impõe nem lhe permite que reserve para si a publicação de uma revista que apresente as suas listas de programas semanais. A condição para a isenção das regras da concorrência, enunciada no n.° 2 do artigo 90.°, não está, pois, preenchida.

— *Apreciação jurídica*

82 Convém, antes de mais, referir, como correctamente fez a Comissão, que uma empresa como a RTE, encarregada da gestão de um serviço público nacional de radioteledifusão, está sujeita às regras de concorrência, em conformidade com o

disposto no n.° 2 do artigo 90.° do Tratado, salvo se se demonstrar que a sua aplicação é incompatível com o exercício da sua missão (ver os acórdãos do Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 1974, Sacchi, n.° 15, 155/73, já referido; de 3 de Outubro de 1985, CBEM/CLT e IPB (Telemarketing), n.os 17 e 19, 311/84, Recueil, p. 3261; de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed, n.° 56, 66/86, Colect., p. 803; e de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser, n.° 24, C-41/90, já referido).

83 No presente caso, a recorrente não provou que a proibição, que resulta do artigo 86.°, de reservar para si a exclusividade da publicação das suas listas de programas semanais prejudica, seja de que modo for, o exercício da sua missão em matéria de radioteledifusão. Há que notar que a RTE beneficiou, na qualidade de organismo encarregado de assegurar um serviço nacional de radioteledifusão, de uma autorização de publicar a revista *RTE Guide*, com a finalidade, por um lado, de apresentar e promover os seus programas — e, em particular, as suas emissões culturais e em língua irlandesa — e, por outro, de contribuir para o seu financiamento. A este respeito, é dificilmente concebível que a publicação, por terceiros, de revistas gerais de televisão e a correspondente adaptação da recorrente às exigências do mercado possam pôr em causa os objectivos do serviço público por ela invocados, e designadamente a promoção das emissões de alto nível cultural, destinadas a minorias, ou em língua irlandesa. Pelo contrário, verifica-se que o facto de reservar para si a publicação da informação sobre os programas semanais apenas se justifica por fins comerciais e, portanto, em nada contribui para a realização da missão de ordem cultural, social e educativa que foi cometida à RTE. Nestas condições, o artigo 86.° aplica-se ao comportamento censurado, não sendo a proibição deste incompatível com o exercício da missão de serviço público confiada à recorrente.

84 Por conseguinte, não pode ser acolhido o fundamento que tem por base a violação do n.° 2 do artigo 90.°

85 Pelo que deve ser negado provimento ao pedido de anulação da decisão na sua globalidade.

Quanto ao pedido de anulação, a título subsidiário, do artigo 2.° do dispositivo da decisão

86 A recorrente apresenta cinco fundamentos em apoio dos seus pedidos a título subsidiário, destinados a obter a anulação parcial da decisão, limitada ao artigo 2.° do dispositivo, na medida em que impõe uma licença obrigatória. Sustenta, antes de mais, que o artigo 2.° tem carácter supérfluo e contraditório. Seguidamente, invoca a violação do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 e ainda a violação da Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas, de 1886, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo acto de Bruxelas de 1948 e pelo acto de Paris de 1971 (a seguir «Convenção de Berna»). Finalmente, sustenta que a referida disposição viola o princípio da proporcionalidade.

1. *Quanto à natureza supérflua do artigo 2.° da decisão*

87 A recorrente sustenta que a intimação para fornecer as suas listas de programas semanais a terceiros, a pedido e numa base não discriminatória, formulada no artigo 2.° da decisão, é inútil, dado que a RTE fornece já as suas listas semanais nas condições que foram enunciadas.

88 A Comissão sustenta que se trata de uma objecção de má-fé. Alega que «a política de concessão de autorizações da RTE discrimina aqueles que, como os denunciantes, pretendem publicar uma revista semanal».

89 A este respeito, basta referir que o artigo 2.° da decisão não intima apenas a recorrente a comunicar as suas listas semanais a terceiros, de modo não discriminatório, o que efectivamente correspondia à prática seguida pela recorrente no momento da adopção da decisão. Essa disposição impõe-lhe, ainda, que autorize terceiros, a seu pedido e de modo não discriminatório, a publicar as referidas listas, eventualmente por meio da concessão de licenças.

90 Nestas condições, deve ser rejeitado o fundamento baseado na natureza supérflua do artigo 2.° da decisão.

2. *Quanto à natureza contraditória do artigo 2.° da decisão*

91 A recorrente sustenta que o artigo 2.° da decisão é contraditório na medida em que, por um lado, a intima a pôr imediatamente fim à infracção, autorizando a publicação das suas listas de programas semanais e, por outro, exige da RTE que apresente à Comissão, num prazo de dois meses a contar da data de notificação da decisão, propostas para aprovação sobre as condições em que considera que os terceiros deveriam ser autorizados a publicar as listas semanais.

92 A Comissão afasta esta crítica declarando que «a primeira frase do artigo 2.° oferece às partes uma possibilidade de pôr fim à sua infracção: começar a fornecer gratuitamente e sem discriminação as informações disponíveis. As três últimas frases descrevem outra solução possível: adoptar uma política [...] de licenças em condições consideradas aceitáveis pela Comissão».

93 A este respeito, o Tribunal considera que a contradição referida pela recorrente é apenas aparente. É claro que o artigo 2.° intima a RTE, a ITP e a BBC a autorizarem imediatamente a publicação das suas listas de programas por parte de terceiros. Essa disposição precisa, todavia, num segundo momento, que essa autorização pode ser concedida sob a forma de uma licença acompanhada de certas condições qualitativas; prevê, a este respeito, que as empresas em questão que decidam recorrer a essa fórmula disporão de um prazo de dois meses para prepararem uma proposta a submeter à Comissão para aprovação. Apesar das aparências, a opção assim descrita não está em contradição com a intimação para porem termo imediatamente à infracção, que, de resto, não é acompanhada de qualquer sanção pecuniária compulsória: limita-se unicamente a organizar as modalidades de cumprimento da obrigação de pôr termo à infracção, tendo em conta as exigências inerentes à elaboração de tal sistema de licenças.

94 Por conseguinte, não pode ser acolhido o fundamento que se baseia na natureza contraditória do artigo 2.° da decisão.

3. *Quanto à violação do artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 do Conselho*

— *Argumentos das partes*

95 A recorrente contesta, a título subsidiário, a obrigação que lhe é imposta, no artigo 2.° do dispositivo da decisão, de autorizar terceiros a publicar as suas listas de programas semanais. Sustenta que a Comissão violou o n.° 1 do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, nos termos do qual «se a Comissão verificar, a pedido ou oficiosamente, uma infracção ao disposto no artigo 85.° ou no artigo 86.° do Tratado, pode, através de decisão, obrigar as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção». Esse artigo apenas autorizaria a Comissão a intimar as empresas a porem termo à infracção. A recorrente alega que a instituição recorrida não se limitou a obrigar a pôr termo à infracção, mas determinou as modalidades precisas da cessação da infracção, prevendo a concessão de «licenças obrigatórias de exploração das obras protegidas». Sublinha, a este respeito, que a solução escolhida pela Comissão priva o titular do direito de propriedade intelectual da própria substância do seu direito.

96 A Comissão sustenta, pelo contrário, que o artigo 2.° da decisão não excede a competência que lhe é atribuída pelo artigo 3.° do Regulamento n.° 17. Recorda que o artigo 2.° propõe dois meios para pôr termo à infracção: o fornecimento aos terceiros, a pedido e numa base não discriminatória, dos programas em litígio, para publicação — que tem a preferência da Comissão — ou a concessão de licenças em condições que correspondam às preocupações legítimas das partes. A decisão não impõe, pois, contrariamente ao que alega a recorrente, uma única solução, mas propõe, de modo flexível, certos tipos de comportamentos destinados a pôr termo à infracção, em conformidade com uma jurisprudência e uma prática assentes (ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1974, Commercial Solvents, já referido).

— *Apreciação jurídica*

97 Deve interpretar-se o n.° 1 do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 a fim de verificar se a Comissão tem o direito de intimar a recorrente a autorizar a publicação das suas listas semanais por terceiros, eventualmente por meio da concessão de licenças. A este respeito, o Tribunal observa que o poder de obrigar as empresas interessadas a cessarem a infracção constatada, atribuído à Comissão no referido artigo 3.°, implica, segundo jurisprudência assente, o direito de dirigir a essas em-

presas certas intimações, para agirem ou se absterem de agir, a fim de porem termo à infracção. Nesta perspectiva, as obrigações impostas às empresas devem ser definidas em função das exigências que se prendem com a reposição da legalidade, tendo em conta as características do caso concreto em questão. Com efeito, o Tribunal de Justiça decidiu no seu acórdão de 6 de Março de 1974, Commercial Solvents, n.° 45, 6/73 e 7/73, já referido, que «esta disposição (o artigo 3.° do Regulamento n.° 17) deve ser aplicada em função da natureza da infracção verificada e pode igualmente compreender a obrigação de efectuar determinadas acções ou prestações, ilicitamente omitidas, para além da proibição de continuar determinadas actividades, práticas ou situações contrárias ao Tratado». O Tribunal precisou que, «com este fim, a Comissão pode eventualmente obrigar as empresas em causa a apresentar-lhe propostas que visem repor a situação de modo conforme com as exigências do Tratado». Acresce que o Tribunal de Justiça reconheceu expressamente, num despacho de 17 de Janeiro de 1980, que a Comissão deve poder exercer «do modo mais eficaz e mais adequado às circunstâncias de cada situação concreta» o direito de decisão que lhe confere o n.° 1 do artigo 3.° (Camera Care, n.° 17, 792/79 R, Recueil, p. 119).

98 No presente caso, o Tribunal considera que os elementos constitutivos da infracção, tal como foram identificados no âmbito da análise do primeiro fundamento, justificam as medidas impostas no artigo 2.° do dispositivo da decisão. Com efeito, a obrigação imposta à recorrente de fornecer, à ITP, à BBC ou a terceiros, a pedido e de modo não discriminatório, as suas listas semanais com vista à sua publicação, constitui, tendo em conta as circunstâncias específicas do caso concreto — referidas pelo Tribunal aquando da análise dos elementos constitutivos da infracção —, o único meio de pôr termo à referida infracção, como considerou a Comissão na decisão impugnada. Ao intimá-la a autorizar terceiros, a pedido e de modo não discriminatório, a publicar as suas listas semanais, a Comissão não privou, pois, a recorrente da sua opção entre as diversas medidas susceptíveis de pôr termo à infracção. A este respeito, importa, além disso, sublinhar que a obrigação imposta à recorrente de autorizar a publicação das suas listas por terceiros, eventualmente contra pagamento de uma *royalty* razoável, é acompanhada da faculdade, correctamente reconhecida à recorrente no artigo 2.° do dispositivo, de incluir nas licenças concedidas as condições necessárias para assegurar «uma cobertura global de alta qualidade de todos os seus programas, incluindo os de interesse minoritário e/ou regional e os de conteúdo cultural, histórico e educativo». Foi nesta óptica que a Comissão intimou a recorrente, no mesmo artigo 2.°, a submeter-lhe para aprovação propostas relativas a essas condições. O conjunto das obrigações impostas à recorrente, no artigo 2.° do dispositivo da decisão, justifica-se, pois, face à sua finalidade, tal como está definida no n.° 1 do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, concretamente a cessação da infracção. Daí resulta que a Comis-

são não excedeu os limites do seu poder de apreciação no âmbito da aplicação da referida disposição.

99 Pelo conjunto das razões expostas, o fundamento baseado em violação do n.° 1 do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 deve ser rejeitado.

4. *Quanto à violação da Convenção de Berna*

— *Argumentos das partes*

100 A recorrente sustenta, a título ainda mais subsidiário, que, mesmo que se entenda que o artigo 3.° do Regulamento n.° 17 permite à Comissão impor, eventualmente, a concessão de licenças obrigatórias, tal solução é incompatível com a Convenção de Berna. Considera, com efeito, que, na medida em que todos os Estados-membros da Comunidade são partes na Convenção de Berna, a referida convenção deve ser tida como sendo parte integrante do direito comunitário e expressão dos princípios relevantes desse direito, por força do artigo 234.° do Tratado.

A recorrente recorda que o n.° 1 do artigo 9.° dessa convenção consagra, em benefício do autor de uma obra literária ou artística, o direito exclusivo de reprodução da obra protegida. Alega que o n.° 2 desse mesmo artigo, introduzido aquando da revisão feita pelo acto de Paris de 1971, autoriza um Estado signatário a permitir a reprodução de obras literárias e artísticas, em certos casos especiais, desde que essa reprodução não seja incompatível com a exploração normal da obra e não cause um prejuízo injustificado aos interesses legítimos do autor.

A recorrente deduz daí que o artigo 2.° da decisão é incompatível com a Convenção de Berna, na medida em que atenta, em seu entender, contra a exploração normal do seu direito de autor sobre as listas de programas, e em que causa um prejuízo grave aos seus interesses legítimos.

101 A Comissão sustenta, pelo contrário, que a Convenção de Berna não se aplica ao presente caso. Com efeito, explica a Comissão, a Comunidade não é parte na convenção, e é jurisprudência constante que «o Tratado CEE prevalece, nas matérias

por ele regidas, sobre as convenções celebradas pelos Estados-membros antes da sua entrada em vigor» (acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Fevereiro de 1962, Comissão/Itália, 10/61, Recueil, p. 1). Acresce que, em todo o caso, a convenção não seria aplicável, dado que as listas de programas não são susceptíveis, segundo a Comissão, de ser abrangidas pela protecção do direito de autor, na acepção da referida convenção. Todavia, mesmo admitindo que a decisão vise informações protegidas pelo direito de autor, a Comissão argumenta, subsidiariamente, que o facto de a informação ser fornecida gratuitamente a certos terceiros, para publicação, demonstra que a obrigação de conceder licenças contra uma *royalty* razoável não prejudica os interesses legítimos da recorrente e, portanto, é conforme à convenção.

— *Apreciação jurídica*

102 Deve, logicamente, analisar-se em primeiro lugar o problema da aplicabilidade, ao caso vertente, da Convenção de Berna, e o argumento da Comissão segundo o qual o direito comunitário prevalece sobre as disposições da referida convenção. A este respeito, o Tribunal considera, antes de mais, que a Comunidade — que, no estado actual do direito comunitário, não beneficiou de uma transferência de competências em matéria de direitos de propriedade intelectual e comercial — não é parte na Convenção de Berna, de 1886, que foi ratificada por todos os seus Estados-membros. No que se refere às convenções celebradas pelos Estados-membros, há que notar que o Tratado rege, no artigo 234.°, as relações entre as suas disposições e as convenções internacionais celebradas pelos Estados-membros antes da sua entrada em vigor. Nos termos desse artigo, «as disposições do presente Tratado não prejudicam os direitos e obrigações decorrentes de convenções celebradas, antes da entrada em vigor do presente Tratado, entre um ou mais Estados-membros, por um lado, e um ou mais Estados terceiros, por outro». O Tribunal de Justiça interpretou o referido artigo no sentido de que visa apenas as obrigações contraídas pelos Estados-membros com Estados terceiros. No seu acórdão de 11 de Março de 1986, Conegate, n.° 25 (121/85, Colect., p. 1007), o Tribunal de Justiça declarou que «o artigo 234.° tem por objecto garantir que a aplicação do Tratado não afecte nem o respeito devido aos direitos dos países terceiros resultantes de uma convenção antes celebrada com um Estado-membro, nem a observância das obrigações derivadas desta convenção para este Estado-membro. As convenções celebradas antes da entrada em vigor do Tratado não podem, portanto, ser invocadas nas relações entre Estados-membros para justificar restrições ao comércio intracomunitário» (ver igualmente os acórdãos de 27 de Fevereiro de 1962, Comissão/Itália, 10/61, já referido, especialmente p. 27; e de 14 de Outubro de 1980, Attorney General, n.° 8, 812/79, Recueil, p. 2787).

103 Há que referir que, no presente caso, em que estão em causa a Irlanda e o Reino Unido, o artigo 234.° do Tratado se aplica, por força do artigo 5.° do acto de adesão, às convenções celebradas antes da sua adesão à Comunidade, em 1 de Janeiro de 1973. Daí resulta que, nas relações intracomunitárias, as disposições da Convenção de Berna, ratificada pela Irlanda e pelo Reino Unido antes de 1 de Janeiro de 1973, não podem pôr em causa as disposições do Tratado. Portanto, a recorrente não se pode prevalecer dessas disposições para justificar restrições ao regime da livre concorrência, tal como foi criado e desenvolvido na Comunidade em aplicação das disposições do Tratado e, designadamente, do seu artigo 86.° O argumento de que o artigo 2.° do dispositivo da decisão é contrário ao n.° 1 do artigo 9.° da Convenção de Berna deve, pois, ser rejeitado, sem ser necessário analisá-lo quanto ao mérito.

A mesma conclusão vale no que se refere ao n.° 2 do referido artigo 9.° A este respeito, basta observar que foi introduzido pelo acto de Paris de 1971, de que o Reino Unido é parte desde 2 de Janeiro de 1990, e que a Irlanda não ratificou. No que se refere ao Reino Unido, o acto de Paris — e em particular o n.° 2 do artigo 9.° da convenção — foi, pois, ratificado posteriormente à sua adesão à Comunidade e não pode, por conseguinte, pôr em causa uma disposição do Tratado. Com efeito, os Estados-membros não podem afastar as regras que resultam do Tratado, celebrando um acordo ou uma convenção internacional. Para esse efeito, estão obrigados a recorrer ao processo previsto no artigo 236.° do Tratado. Donde resulta que o n.° 2 do artigo 9.° da Convenção de Berna não pode ser invocado para limitar a competência atribuída à Comunidade pelo Tratado, para aplicação das regras da concorrência que enuncia e, designadamente, do artigo 86.° e das suas normas de execução, como o artigo 3.° do Regulamento n.° 17.

104 O fundamento baseado em violação da Convenção de Berna deve, pois, e em qualquer caso, ser rejeitado.

5. *Quanto à violação do princípio da proporcionalidade*

105 A recorrente considera que as obrigações que lhe são impostas na decisão não são proporcionadas nem razoáveis. Alega que, por força do artigo 2.° da decisão, estaria obrigada a conceder um grande número de licenças e a controlar o respeito das condições que acompanhem a concessão dessas licenças. Esse controlo representaria um encargo financeiro e em pessoal desproporcionado para uma organização de dimensão relativamente reduzida como a RTE e, por outro lado, levá-la-ia a censurar muitas publicações, o que seria uma fonte de litígios.

106 A Comissão é de opinião que a decisão é conforme ao princípio da proporcionalidade. Recorda a este respeito que, segundo jurisprudência assente, esse princípio significa que os encargos impostos aos agentes económicos não devem ir além «dos limites do que é adequado e necessário para atingir a finalidade prosseguida».

107 Há que sublinhar que este fundamento se confunde, na realidade, com o fundamento baseado em violação do n.° 1 do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, tal como foi anteriormente analisado. Com efeito, o princípio da proporcionalidade está implicitamente contido nessa disposição, que habilita a Comissão a impor obrigações às empresas interessadas, com a única finalidade de fazer cessar a infracção. Ora, como sustenta correctamente a Comissão, o princípio da proporcionalidade significa aqui que os ónus impostos às empresas, para porem termo a uma infracção ao direito da concorrência, não devem ir além dos limites do que é adequado e necessário para atingir a finalidade prosseguida, isto é, a reposição da legalidade em relação às regras que, concretamente, foram infringidas [quanto ao princípio da proporcionalidade, ver, designadamente, o acórdão de 24 de Setembro de 1985, Man (Sugar), n.° 20, 181/84, Recueil, p. 2889].

108 Nestas condições, basta referir que resulta do que foi dado por provado pelo Tribunal, aquando da análise do fundamento baseado em violação do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, que a intimação dirigida à recorrente para autorizar terceiros, a pedido e de modo não discriminatório, a publicar as suas listas semanais, eventualmente concedendo-lhes uma licença acompanhada de certas condições, constitui uma medida adequada e necessária para pôr termo à infracção. Tendo em conta as circunstâncias do caso vertente, não apresenta, pois, qualquer carácter desproporcionado ou não razoável.

109 Pelo que o fundamento baseado na violação do princípio da proporcionalidade deve ser rejeitado.

110 Por conseguinte, os pedidos a título subsidiário de anulação do artigo 2.° do dispositivo da decisão não devem ser acolhidos e deve ser negado provimento ao recurso na sua totalidade.

Quanto às despesas

111 Nos termos do n.° 2 do artigo 69.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, aplicável *mutatis mutandis* ao processo perante o Tribunal de Primeira Instância por força do terceiro parágrafo do artigo 11.° da decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988, já referida, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida em todos os seus fundamentos, há que condená-la nas despesas, incluindo as efectuadas pela interveniente.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A recorrente é condenada nas despesas, incluindo as efectuadas pela interveniente.

Saggio Yeraris

Briët Barrington Biancarelli

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 10 de Julho de 1991.

O secretário

H. Jung

O presidente da Segunda Secção

A. Saggio