

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

C. GULMANN

van 1 juni 1994 *

Inhoudsoverzicht

A — Antecedenten van de zaken	I - 748
B — Inleidende opmerkingen	I - 751
C — Afbakening van het voorwerp van de hogere voorzieningen	I - 753
D — Heeft het Gerecht het begrip misbruik van machtspositie verkeerd toegepast?	I - 755
a) Is het begrip specifiek voorwerp relevant bij een toetsing aan artikel 86 van het Verdrag?	I - 755
b) Het specifiek voorwerp van het auteursrecht	I - 757
c) Kan artikel 86 van het Verdrag worden toegepast op de uitoefening van rechten die tot het specifiek voorwerp van het auteursrecht behoren?	I - 758
d) De wezenlijke functie van het auteursrecht en de door het Gerecht gegeven motivering voor de opvatting, dat inbreuk kan worden gemaakt op het specifiek voorwerp van het auteursrecht	I - 767
aa) Gedragingen waarmee een doel wordt nagestreefd dat kennelijk in strijd is met de doelstellingen van artikel 86	I - 767
bb) De definitie van de wezenlijke functie van het auteursrecht	I - 768
cc) De toepassing van het begrip wezenlijke functie	I - 769
e) De introductie van een nieuw produkt waarnaar er een aanzienlijke potentiële vraag van consumentenzijde bestaat	I - 773
f) Het gebruik van een machtspositie op een markt om zich een afgeleide markt te reserveren	I - 776
g) Discriminerend licentiebeleid of het verlenen van licenties tegen onredelijke voorwaarden	I - 779
h) De vraag of programmaoverzichten voor bescherming in aanmerking komende werken zijn	I - 780
i) De gegrondheid van de weigering om licentie te verlenen	I - 783
j) De verdere gevolgen van het arrest van het Hof	I - 785
E — Heeft het Gerecht de Berner Conventie ten onrechte buiten beschouwing gelaten?	I - 787
F — Is artikel 3 van verordening nr. 17 geschonden?	I - 794
G — Heeft het Gerecht de betrokken markt verkeerd omschreven en het begrip machtspositie verkeerd toegepast?	I - 795

* Oorspronkelijke taal: Deens.

H — Heeft het Gerecht het begrip ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten verkeerd toegepast?	I - 799
I — Schending van artikel 190 van het Verdrag	I - 803
J — Kosten	I - 805
Conclusie	I - 806

1. In deze gevoegde zaken dient het Hof uit te maken, of de Commissie bij wege van een op grond van artikel 86 EG-Verdrag gegeven beschikking ondernemingen kan verplichten licenties te verlenen op hun auteursrechtelijk beschermde werken. Het Hof moet dus uitsluitend geven over de vraag, of in bijzondere omstandigheden op grond van de mededingingsregels van het Verdrag inbreuk kan worden gemaakt op het specifiek voorwerp van het auteursrecht. In deze zaken rijst opnieuw het fundamentele probleem van de afweging van twee tegenstrijdige belangen, te weten de bescherming van de industriële- en commerciële-eigendomsrechten, die hun grondslag vinden in het nationale recht, en het waarborgen van een onvervalste mededinging, een van de taken van de Gemeenschap.

2. Bij beschikking van 21 december 1988 legde de Commissie drie ondernemingen de verplichting op, licenties te geven op hun tv-programmaoverzichten.¹ De arresten van het Gerecht van eerste aanleg van 10 juli 1991² hebben deze beschikking onverlet gelaten. De onderhavige zaken betreffen de hogere voorziening die bij het Hof tegen die arresten is ingesteld.

1 — Beschikking 89/205/EEG van de Commissie inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.851 — Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE) (PB 1989, L 78, blz. 43).

2 — Zaak T-69/89, RTE, Jurispr. 1991, blz. II-485, en zaak T-76/89, ITP, Jurispr. 1991, blz. II-575.

A — Antecedenten van de zaken

3. Programmaoverzichten zijn lijsten van komende tv-uitzendingen, die informatie bevatten over de titel, het kanaal, de datum en het tijdstip van de uitzendingen. Zij worden opgesteld door de tv-omroeporganisaties bij en ten behoeve van de planning. Programmaoverzichten worden krachtens de United Kingdom Copyright Act 1956 en de Irish Copyright Act 1963 auteursrechtelijk beschermd als letterkundige werken en compilaties.

4. Ten tijde van de beschikking van de Commissie waren er in Ierland en Noord-Ierland drie wekelijkse tv-gidsen in de handel, te weten „*Tv-Times*”, „*Radio Times*” en „*RTE-Guide*”. Elke gids bevatte de programmaoverzichten voor twee van de zes tv-kanalen die in de meeste huisgezinnen in Ierland en in 30-40 % van de huisgezinnen in Noord-Ierland konden worden ontvangen. Naast de programmaoverzichten zelf bevatten de tv-gidsen in de regel programmasamenvattingen — dat wil zeggen informatie over de inhoud van de programma's en over de medewerkers — commentaren, achtergrond-artikelen enz.

5. *TV Times* bevatte de wekelijkse programmaoverzichten voor ITV en Channel

Four. Die werden uitgezonden door tv-maatschappijen die van de Independent Broadcasting Authority (hierna: „IBA”)³ vergunning hadden gekregen voor het uitzenden van onafhankelijke televisieprogramma's. Het blad werd uitgegeven door Independent Television Publications Ltd te Londen (hierna: „ITP”), die het auteursrecht op de programmaoverzichten had gekregen van de programmaproductanten van de twee kanalen. *Radio Times* bevatte de wekelijkse programmaoverzichten voor de kanalen BBC 1 en BBC 2 en werd uitgegeven door de volledige dochtermaatschappij BBC Enterprises Ltd, die van de moedermaatschappij BBC het auteursrecht op de wekelijkse programmaoverzichten van de BBC had gekregen. In het Verenigd Koninkrijk hadden BBC en IBA een duopolie ter zake van de levering van nationale televisie-uitzendingen. *RTE Guide* bevatte de wekelijkse programmaoverzichten voor de kanalen RTE 1 en RTE 2 en werd uitgegeven door Radio Telefis Eireann (hierna: „RTE”), die een wettelijke monopolie op radio- en televisie-uitzendingen in Ierland heeft.

6. Anders dan in de overige Lid-Staten van de Gemeenschap was er in Ierland en Noord-Ierland geen tv-gids in de handel die de wekelijkse programmaoverzichten bevatte van alle kanalen die door alle of de meeste tv-kijkers konden worden ontvangen, hierna

een „alomvattende wekelijkse tv-gids” genoemd. Dit was te wijten aan de licentiepraktijk van de drie maatschappijen. Dag- en weekbladen, en in bepaalde gevallen ook tijdschriften, konden om kosteloze toezending van de wekelijkse programmaoverzichten en in voorkomend geval van de samenvattingen van de programma's verzoeken. Deze gingen telkens vergezeld van een licentie, waarin de voorwaarden voor publikatie van de informatie stonden vermeld: de dag- en weekbladen konden de programma's van de dag zelf en wanneer de volgende dag een rustdag was van twee dagen publiceren, waarbij er bepaalde voorwaarden golden voor het formaat van de publikaties. Het was ook toegestaan „hoogtepunten” van de tv-programma's van de week te publiceren.

7. In 1985 begon de Ierse uitgeverij Magill TV Guide Ltd (hierna: „Magill”) in Ierland en Noord-Ierland een weekblad met informatie over de komende televisieprogramma's uit te geven. In het begin bevatte het blad alleen informatie over de weekendprogramma's van RTE, BBC, ITV en Channel Four en over de hoogtepunten van de weekprogramma's. In mei 1986 verscheen evenwel een nummer van *Magill TV Guide* met alle weekprogramma's van alle kanalen die in het gebied kunnen worden ontvangen. Daarop verbood een Ierse rechter Magill op verzoek van RTE, BBC en ITV voorlopig de publikatie van de wekelijkse programmaoverzichten van de maatschappijen op grond van de overweging, dat een dergelijke publikatie inbreuk maakt op het auteursrecht van de maatschappijen.

3 — IBA is een publiekrechtelijke rechtspersoon, opgericht om in het Verenigd Koninkrijk, het Eiland Man en de Kanaaleilanden (onafhankelijke) televisie- en radio-uitzendingen als openbare dienstverlening te verzorgen, naast de uitzendingen van de BBC. IBA sluit contracten met particuliere ondernemingen om programma's te verzorgen voor uitzending op ITV. Channel Four wordt uitgezonden door een dochtermaatschappij van IBA.

Die uitspraak werd bevestigd door de High Court in een arrest van 26 juli 1989.⁴

Om die reden bepaalde de Commissie in artikel 2 van haar beschikking, dat ITP, BBC en RTE een einde dienden te maken aan de inbreuk op artikel 86 door

8. Magill had reeds vóór de uitgifte van de alomvattende *Magill TV Guide* bij de Commissie een klacht ingediend krachtens artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag.⁵ In artikel 1 van haar beschikking van 21 december 1988 stelde de Commissie vast, dat „het beleid en de gedragingen van respectievelijk ITP, BBC en RTE inzake hun eigen wekelijkse overzichten van programma's die in Ierland en Noord-Ierland kunnen worden ontvangen, een inbreuk vormen op artikel 86 in zoverre daardoor de publikatie en verkoop van wekelijkse, alomvattende tv-gidsen in Ierland en Noord-Ierland wordt verhinderd”.

„elkaar en aan derden op verzoek op niet discriminerende basis hun eigen wekelijkse programmaoverzichten mede te delen en de verveelvoudiging van deze overzichten door die partijen toe te staan. Dit vereiste strekt zich niet uit tot informatie uitgaand boven de overzichten (...) Indien de partijen de verstreking van de overzichten en de toestemming voor de verveelvoudiging wensen te doen plaatsvinden via licenties, dienen de (...) verlangde royalty's redelijk te zijn. Bovendien mogen ITP, BBC en RTE in alle aan derden verleende licenties zodanige voorwaarden opnemen als noodzakelijk worden geacht voor een uitgebreide berichtgeving van hoge kwaliteit betreffende al hun programma's, met inbegrip van die welke voor een minderheid van de bevolking zijn bestemd en/of van regionale programma's, alsmede programma's van culturele, historische en educatieve waarde.”

4 — In zijn arrest stelde de High Court vast, dat programmaoverzichten naar Iers recht auteursrechtelijk zijn beschermd als letterkundige werken en compilaties. De relevante passages van dat arrest zijn weergegeven in rechtsoverweging 10 van het arrest RTE en in rechtsoverweging 7 van het arrest ITP. Daar de High Court het heeft over „de wekelijkse programmaoverzichten zoals gepubliceerd in *RTE Guide* en in *TV Times*”, kan er op het eerste gezicht aan worden getwijfeld, of de High Court in zijn arrest wel uitspraak heeft gedaan over de auteursrechtelijke bescherming van al het materiaal dat RTE en ITP op verzoek toezonden, dat wil zeggen naast de programmaoverzichten zelf ook samenvattingen enz. Magill publiceerde evenwel slechts de programmaoverzichten zelf en heeft verklaard, dat zij zelf de nodige letterkundige en wetenschappelijke arbeid verrichtte en eventueel commentaar leverde op de programma's. Derhalve mag worden aangenomen, dat de High Court in zijn arrest heeft vastgesteld, dat de programmaoverzichten zelf, dat wil zeggen de lijsten met informatie over titel, kanaal, datum en tijdstip, naar Iers recht auteursrechtelijke bescherming genieten.

5 — Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962, Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag (PB 1962, blz. 204).

9. Daarop verzochten ITP, BBC en RTE het Hof van Justitie om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie. Bij beschikking van 11 mei 1989 schortte de president van het Hof de tenuitvoerlegging van de beschikking van de Commissie op voor zover die beschikking de maatschappijen verplicht een licentie te verlenen voor de publikatie van hun programmaoverzichten.⁶

6 — Gevoegde zaken C-76/89 R, C-77/89 R en C-91/89 R, RTE e. a., jurispr. 1989, blz. 1141, r. o. 20.

Bij beschikking van 15 november 1989 werden de zaken verwezen naar het Gerecht van eerste aanleg, dat bij arresten van 10 juli 1991 de Commissie in het gelijk stelde. Tegen die arresten hebben RTE en ITP, doch niet BBC⁷, hogere voorziening ingesteld bij het Hof van Justitie.

tv-gidsen, *RTE Guide*, *Radio Times* en *TV Times*, verschijnen thans derhalve als alomvattende wekelijkse tv-gidsen.

B — Inleidende opmerkingen

Bij beschikking van 6 juli 1989 heeft het Hof Magill toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van de Commissie en bij beschikking van 25 maart 1992 heeft het Intellectual Property Owners Inc. (hierna: „IPO”) toegelaten tot interventie ter ondersteuning van de conclusies van requiranten. Bij beschikking van 21 april 1993 werden de zaken gevoegd voor de mondelinge behandeling.

10. Volledigheidshalve zij opgemerkt, dat op 1 maart 1991 in het Verenigd Koninkrijk nieuwe bepalingen in werking zijn getreden⁸, volgens welke de tv-omroeporganisaties verplicht zijn licenties te verlenen voor de verveelvoudiging van hun programmaoverzichten. BBC en ITP zijn hun eigen alomvattende wekelijkse tv-gids beginnen uitgeven. De Ierse wettelijke regeling is niet gewijzigd. RTE heeft evenwel van BBC en ITP een licentie gekregen voor het op de markt brengen van een alomvattende wekelijkse tv-gids en heeft licentie verleend op haar eigen programmaoverzichten.⁹ De drie

11. Het auteursrecht is van wezenlijk belang, zowel voor de rechthebbenden als voor de samenleving. De Lid-Staten zijn internationale verbintenissen aangegaan om auteurs voldoende bescherming te geven teneinde een passend kader voor hun creatieve inspanningen te creëren, en hebben in hun auteurswetten de auteursrechthebbenden het *alleenrecht* op de exploitatie van het beschermde werk verleend. De auteurswetten geven de auteursrechthebbenden met andere woorden *het recht om de mededinging te beperken*.

12. De auteurswetten verlenen de auteurs evenwel geen onbeperkt alleenrecht. De Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, zoals laatstelijk herzien bij de Akte van Parijs van 24 juli 1971, voorziet in en aanvaardt bepaalde beperkingen van het alleenrecht, en de auteurswetten van de Lid-Staten bevatten dan ook dergelijke beperkingen. Het kan daarbij gaan om bepalingen die een beperkt recht van vrije exploitatie van het beschermd werk verlenen, of om zogenoemde dwanglicenties, die het recht verlenen om tegen vergoeding een bepaald gebruik te maken van het werk. Dwanglicenties op het gebied van het auteursrecht worden met name gekenmerkt door de omstandigheid, dat de toestemming om een bepaald gebruik te maken

7 — Zie zaak T-70/89, BBC, Jurispr. 1991, blz. II-535.

8 — Section 176 van de United Kingdom Broadcasting Act 1990.

9 — RTE heeft verklaard, dat zij haar nieuw licentiebeleid heeft bekendgemaakt, maar dat alleen BBC en ITP een licentie hebben gevraagd en gekregen.

van het beschermde werk voortvloeit uit algemene wettelijke bepalingen, die kunnen voorzien in de mogelijkheid om het probleem van de vergoeding aan een publiekrechtelijke instantie voor te leggen. Anders dan op het gebied van het octrooirecht, wordt de toestemming om in het algemeen belang een bepaald gebruik te maken van het beschermde werk, gewoonlijk niet verleend door een rechter of een publiekrechtelijke instantie, die dan de nadere voorwaarden bepaalt.

13. In de auteurswetten van de Lid-Staten is derhalve de nodige afweging gemaakt van de belangen die de samenleving dient te vrijwaren, te weten enerzijds de bescherming van de belangen van de auteur en anderzijds een onvervalste mededinging.¹⁰ Een natuurlijk gevolg daarvan is, dat krachtens het mededingingsrecht verleende auteursrechtelijke dwanglicenties, dat wil zeggen licenties tot het verlenen waarvan de *mededingingsautoriteiten* de ondernemingen op basis van de *mededingingsregels* verplichten, in de Lid-Staten nagenoeg onbekend zijn op het gebied van het auteursrecht. Wanneer de auteurswet

een alleenrecht verleent, moet het mededingingsrecht daar in beginsel voor wijken.¹¹

14. Dat in de nationale wetgevingen de belangen van de auteursrechthebbende zijn afgewogen tegen de mededingingsbeperkingen die een bescherming van die belangen op nationaal niveau meebrengt, impliceert niet, dat het alleenrecht van de auteursrechthebbende niet verder kan worden beperkt op basis van de mededingingsregels van het Verdrag, die tot doel hebben een onvervalste mededinging binnen de gemeenschappelijke markt te waarborgen. Maar uit aldus

11 — Voor zover kan worden nagegaan, is de rechtssituatie in de Lid-Staten aldus, dat de mededingingsautoriteiten naar Frans, Iers, Italiaans en Portugees recht geen dwanglicenties ter zake van auteursrecht kunnen verlenen, terwijl dienaangaande noch geen standpunt is ingenomen in het Duits, Belgisch, Nederlands, Luxemburgs en Deens recht. De Spaanse mededingingsautoriteiten hebben de mededingingsregels gebruikt om de tv-omroepmaatschappijen, die het alleenrecht op de uitzending van bepaalde sportmanifestaties hebben, een algemene verplichting tot het verlenen van licentie voor het heruitzenden daarvan op te leggen. Gelijk hierboven gezegd, is de rechtssituatie in het Verenigd Koninkrijk sedert de goedkeuring van de Broadcasting Act 1990, die de Copyright, Designs and Patents Act 1988 heeft gewijzigd, aldus, dat een auteursrecht op grond van mededingingsrechtelijke overwegingen en na een procedure waarbij de Britse mededingingsautoriteiten betrokken zijn, door de ter zake bevoegde minister kan worden voorzien van een zogenoemde licentieclausule, die tot gevolg heeft dat de auteursrechthebbende niet kan weigeren licentie te verlenen aan geïnteresseerde derden die voldoen aan de voorwaarden die zijn gesteld. Daarbuiten spelen mededingingsoverwegingen geen enkele rol voor dwanglicenties die uit de wettelijke regeling betreffende het auteursrecht voortvloeien.

Ter vergelijking zij erop gewezen, dat voor zover kan worden nagegaan, in bepaalde Lid-Staten, bij voorbeeld Spanje, België en Duitsland, de mededingingsautoriteiten in beginsel ter zake van octrooirecht dwanglicenties lijken te kunnen verlenen, ofschoon er dienaangaande nog geen rechtspraak bestaat, terwijl die mogelijkheid in andere Lid-Staten, bij voorbeeld Frankrijk, Ierland, Italië en Portugal, uitgesloten lijkt. Slechts in het Verenigd Koninkrijk is de mededingingsautoriteiten ter zake uitdrukkelijk een rol toebedeeld, namelijk in het kader van de zogenoemde licentieclausules, ofschoon de eindbeslissing wordt getroffen door de octrooi-autoriteiten. In sommige andere Lid-Staten, bij voorbeeld Duitsland, Ierland en Nederland, kunnen de octrooi-autoriteiten mededingingsoverwegingen laten meespelen bij het verlenen van dwanglicenties, terwijl dat in andere Lid-Staten, bij voorbeeld Frankrijk en Portugal, is uitgesloten.

10 — Men mag niet uit het oog verliezen, dat het auteursrecht, net als de andere immateriële rechten, ook bijdraagt tot bevordering van de mededinging. De Commissie heeft daar onder meer op gewezen in haar conclusies bij de aanvaarding van een voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de juridische bescherming van computerprogramma's (PB 1989, C 91, blz. 16), waar zij beklemtoonde, dat het auteursrecht een aansporing vormt om intellectuele en financiële middelen in te zetten en zo de technische voortgang in het algemeen belang bevordert. Met betrekking tot merken wordt hetzelfde gezegd in het arrest Hof van 17 oktober 1990 (zaak C-10/89, HAG GE, Jurispr. 1990, blz. I-3711, r. o. 13).

beschreven fundamentele verhouding tussen het auteursrecht en het mededingingsrecht blijkt, dat er uiteraard terughoudendheid aan de dag moet worden gelegd wanneer wordt overwogen, de tot het auteursrecht behorende rechten op basis van de communautaire mededingingsregels te beperken.

15. Mijns inziens bieden de beschikking van de Commissie en de arresten van het Gerecht in de praktijk een redelijke oplossing. Er zijn goede argumenten aan te voeren voor de stelling, dat niet mag worden toegestaan dat de tv-omroeporganisaties hun auteursrecht op de programmaoverzichten gebruiken om de uitgifte van wekelijkse alomvattende tv-gidsen te beletten. De auteursrechtelijke belangen die hiermee worden beschermd, kunnen mijns inziens niet van wezenlijk belang worden geacht, en de Ierse en Britse verbruikers hebben er overduidelijk belang bij te kunnen beschikken over een produkt dat in de andere Lid-Staten welbekend is en een aantal voordelen heeft die de bestaande produkten missen.

16. Dit betekent evenwel nog niet, dat dit redelijke resultaat kan worden bereikt met door de Commissie krachtens artikel 86 van het Verdrag gegeven beschikkingen. Het is mogelijk, dat dit resultaat slechts kan worden bereikt bij wege van door de nationale wetgevende instanties vastgestelde regels, zoals in het Verenigd Koninkrijk is gebeurd, of bij wege van door de gemeenschapswetgever vastgestelde regels.

C — Afbakening van het voorwerp van de hogere voorzieningen

17. RTE, ITP en IPO verzoeken om vernietiging van de arresten van het Gerecht en om nietigverklaring van de beschikking van de Commissie. De Commissie verzoekt om bevestiging van de arresten van het Gerecht of, subsidiair, om bevestiging van de arresten van het Gerecht met wijziging van de motivering ervan.¹²

18. Zowel RTE als ITP en IPO voeren aan, dat het Gerecht het in artikel 86 van het Verdrag gebruikte begrip misbruik van machtspositie verkeerd heeft toegepast. RTE betoogt bovendien, dat het Gerecht ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de Berner Conventie en het begrip ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten verkeerd heeft toegepast. ITP betoogt, dat het Gerecht artikel 3 van verordening nr. 17 heeft geschonden door te oordelen, dat de Commissie bevoegd is om een rechthabende op intellectuele-eigendomsrechten de verplichting op te leggen, licenties te verlenen, en artikel 190 van het Verdrag heeft geschonden door vast te stellen, dat de motivering van de beschikking voldeed aan de eisen van het recht van verweer.

19. Ten slotte betoogt IPO, dat het Gerecht de markt van de betrokken produkten verkeerd heeft omschreven en het begrip machtspositie verkeerd heeft toegepast. In repliek voeren RTE en ITP aan, dat ook al

12 — De Commissie verwijst hierbij naar het arrest Hof van 9 juni 1992 (zaak C-30/91 P, Lestelle, Jurispr. 1992, blz. I-3755).

hebben zij deze punten niet uitdrukkelijk ter sprake gebracht in hun hogere voorziening tegen de arresten van het Gerecht, dit niet impliceert, dat zij hun opvatting dienaangaande hebben opgegeven. Verder stellen zij, dat indien het Hof zou oordelen, dat er sprake is van misbruik en op grond daarvan overeenkomstig artikel 54, eerste alinea, van het Statuut van het Hof de zaak zelf zou afdoen, het ook over deze middelen dient te oordelen.

20. De Commissie betoogt — mijns inziens terecht —, dat RTE en ITP in repliek geen middelen kunnen aanvoeren die zij niet reeds in hun verzoekschrift in hogere voorziening hadden aangevoerd (zie artikel 118 juncto artikel 42, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof). Elementen waartegen niet uitdrukkelijk hogere voorziening is ingesteld, dient het Hof ook dan te aanvaarden wanneer het overeenkomstig artikel 54, eerste alinea, van zijn Statuut de zaak zelf afdoet.

21. De Commissie wijst erop, dat RTE en ITP op de twee genoemde punten geen hogere voorziening hebben ingesteld tegen de arresten van het Gerecht, zodat de hogere voorzieningen derhalve niet betrekking hebben op die punten en IPO de betrokken middelen dan ook niet geldend kan maken.

22. Een interveniënt kan slechts tussenkomen ter ondersteuning van de conclusies van een van de partijen (zie artikel 37, derde alinea, van het Statuut). Het is ook duidelijk,

dat een interveniënt in een hogere voorziening slechts middelen kan aanvoeren die blijven binnen het voorwerp van de zaak, zoals die bij het Gerecht aanhangig was (zie artikel 51 van het Statuut). IPO voldoet aan beide voorwaarden, daar zij ter ondersteuning van de conclusies van RTE en ITP strekkende tot vernietiging van de arresten van het Gerecht, middelen aanvoert die het voorwerp waren van de arresten van het Gerecht. Derhalve rijst de vraag, of IPO de betrokken middelen niet meer geldend kan maken om de enkele reden, dat deze door de requiranten niet zijn aangevoerd.

23. Artikel 93, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering van het Hof bepaalt, dat de interveniënt het geding aanvaardt in de stand op het ogenblik van zijn tussenkomst. Die bepaling mag niet aldus worden uitgelegd, dat een interveniënt die in eerste aanleg tussenkomt, geen middelen mag aanvoeren die niet zijn aangevoerd door de partij ter ondersteuning waarvan hij tussenkomt. Het Hof heeft geoordeeld, dat een dergelijke uitlegging de interventie elke betekenis zou ontnemen (zie arresten van 23 februari 1961, *De Gezamenlijke Steenkoolmijnen in Limburg*¹³, en 22 maart 1961, *SNUPAT*¹⁴).

24. Ingevolge artikel 118 van het Reglement voor de procesvoering is artikel 93, onverminderd andere bepalingen, ook van toepassing op de procedure voor het Hof in hogere voorziening tegen een beslissing van het

¹³ — Zaak 30/59, *Jurispr.* 1961, blz. 3, 38.

¹⁴ — Gevoegde zaken 42/59 en 49/59, *Jurispr.* 1961, blz. 103.

Gerecht. Bij gebreke van een uitdrukkelijke andersluidende bepaling in het Reglement voor de procesvoering van het Hof betekent dit mijns inziens, dat artikel 93 ook met betrekking tot hogere voorzieningen aldus moet worden uitgelegd, dat een interveniënt middelen naar voren kan brengen die door de requiranten niet zijn aangevoerd.

gehanteerde begrippenapparaat problemen heeft opgeleverd, en met name op dat punt zijn de arresten van het Gerecht in de rechtsleer¹⁵ bekritiseerd. In de volgende drie hoofdstukken zal ik het begrip specifiek voorwerp behandelen en bij het overlopen van de arresten van het Gerecht in hoofdstuk d) zal ik mijn standpunt bepalen over de betekenis van het begrip wezenlijke functie.

D — Heeft het Gerecht het begrip misbruik van machtspositie verkeerd toegepast?

25. In haar beschikking stelt de Commissie vast, dat ITP en RTE, door te weigeren licentie te verlenen, hun machtspositie hebben misbruikt. Het Gerecht van eerste aanleg heeft deze vaststelling juist bevonden. Het Gerecht is in zijn arresten uitgegaan van de rechtspraak van het Hof betreffende de verhouding tussen de in het Verdrag neergelegde regels betreffende het vrije verkeer van goederen en de in het nationale recht verleende intellectuele-eigendomsrechten, en de begrippen specifiek voorwerp en wezenlijke functie van het auteursrecht zijn hierbij essentiële elementen in de overwegingen van het Gerecht.

26. Gelijk uit het hiernavolgende zal blijken, is dit inderdaad de juiste aanpak. Daarbij rijst evenwel de vraag, of het door het Gerecht gehanteerde begrippenapparaat wel in alle opzichten correct is geformuleerd en toegepast. Uit de in deze hogere voorzieningen ingediende opmerkingen blijkt, dat het

a) *Is het begrip specifiek voorwerp relevant bij een toetsing aan artikel 86 van het Verdrag?*

27. In een aantal arresten betreffende de artikelen 30 en 36 van het Verdrag heeft het Hof het belang van het vrije verkeer van goederen afgewogen tegen het belang van de bescherming van de intellectuele-eigendomsrechten. Het Hof verricht deze afweging in het kader van de vaststelling, dat artikel 36 slechts afwijkingen van het fundamentele beginsel van het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt toestaat, voor zover deze afwijkingen gerechtvaardigd zijn ter bescherming van de rechten die het

15 — Zie onder meer Bonet, G., *Revue trimestrielle de droit européen* 1993, blz. 525-533; Desurmont, T., *Revue Internationale du droit d'Auteur*, 151, januari 1992, blz. 216-272; Forrester, I. S., *European Competition Law Review* 1992, blz. 5-20; François, A., *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique* 1992, blz. 372-376; Hermite, M.-A., *Journal du droit international* 1992, blz. 471-477; Myrick, R. E., *European Intellectual Property Review* 1992, blz. 298-304; Smith, J., *European Competition Law Review* 1992, blz. 135-138; Subiotto, R., *European Competition Law Review* 1992, blz. 234-244; Vinje, T. C., *European Intellectual Property Review* 1992, blz. 397-402; Waelbroeck, M., *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute* 1992, blz. 134-137 (B. Hawk ed. 1992).

specifiek voorwerp van het betrokken intellectuele-eigendomsrecht vormen.¹⁶

van het intellectuele-eigendomsrecht" (r. o. 69 arrest RTE; r. o. 54 arrest ITP).¹⁷

28. Het begrip specifiek voorwerp vertrekt van de idee, dat voor elk intellectuele-eigendomsrecht een aantal kernrechten kunnen worden vastgesteld, die krachtens het nationale recht aan de houder van dat intellectuele-recht toekomen en waarvan de uitoefening door de bepalingen van het Verdrag onverlet wordt gelaten.

29. De vraag is, of met betrekking tot artikel 86 van het Verdrag bij de afweging van het belang van een onvervalste mededinging tegen het belang van de bescherming van de intellectuele-eigendomsrechten eveneens mag worden uitgegaan van het specifiek voorwerp van het betrokken intellectuele-eigendomsrecht.

30. Het Gerecht van eerste aanleg heeft die vraag in zijn arresten bevestigend beantwoord waar het overweegt, dat „naar gemeenschapsrecht enkel zijn toegestaan de beperkingen van de vrije mededinging, het vrije goederenverkeer en de vrijheid van dienstverrichting, die noodzakelijk zijn voor de bescherming van het specifiek voorwerp

31. Deze opvatting is juist, gelet op de rechtspraak van het Hof.

In zijn arrest van 13 juli 1966, Consten en Grundig¹⁸, onderzocht het Hof, of de uitoefening van nationale merkrechten verenigbaar is met artikel 85 van het Verdrag, dat de mededinging beperkende afspraken verbiedt. Het Hof vertrok van artikel 222 van het Verdrag, waarin wordt bepaald: „Dit Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet”, en maakte vervolgens onderscheid tussen het *bestaan* van het merkrecht, dat door artikel 85 niet wordt geraakt, en de *uitoefening* van het merkrecht, die wordt beperkt voor zover dat noodzakelijk is voor de handhaving van het verbod van artikel 85. Dezelfde redenering is in ietwat verschillende bewoordingen terug te vinden in het arrest van het Hof van 29 februari

16 — Zie bij voorbeeld arresten Hof van 8 juni 1971 (zaak 78/70, Deutsche Grammophon, Jurispr. 1971, blz. 487), betreffende een met het auteursrecht verwant recht; 31 oktober 1974 (zaak 15/74, Centrafarm, Jurispr. 1974, blz. 1147), betreffende octrooien, en 31 oktober 1974 (zaak 16/74, Centrafarm, Jurispr. 1974, blz. 1183), betreffende merkenrecht.

17 — De redenering van het Gerecht aangaande dit punt is evenwel niet volledig overtuigend. Het Gerecht komt tot deze conclusie op basis van „artikel 36, zoals [door het Hof] uitgelegd in het licht van de doelstellingen van de artikelen 85 en 86 en de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen of diensten”. Het Hof heeft inderdaad geoordeeld, dat de artikelen 30 en 36 moeten worden uitgelegd „in het licht van de doelen en activiteiten van de Gemeenschap, zoals omschreven in de artikelen 2 en 3 EEG-Verdrag” (zie arrest Hof van 9 februari 1982, zaak 270/80, Polydor, Jurispr. 1982, blz. 329, r. o. 16), en dat „de artikelen 2 en 3 EEG-Verdrag (...) het oog hebben op de totstandkoming van een markt waar een vrij verkeer van goederen heerst onder onvervalste mededingingsvoorwaarden (...)”, hetgeen betekent dat (bij de uitlegging van die bepalingen) ook rekening moet worden gehouden met het in artikel 3, sub f, EEG-Verdrag vermelde mededingingsaspect” (zie arrest van 19 maart 1991, zaak C-202/88, Frankrijk/Commissie, Jurispr. 1991, blz. I-1223, r. o. 41). Dat bij de uitlegging van artikel 36 rekening moet worden gehouden met het in het Verdrag geformuleerde doel van het waarborgen van onvervalste mededinging, leidt mijns inziens niet tot de „a contrario”-conclusie, dat het begrip specifiek voorwerp noodzakelijkerwijs relevant is bij toetsing aan artikel 86.

18 — Gevoegde zaken 56/64 en 58/64, Jurispr. 1966, blz. 449.

1968, Parke, Davis and Co, dat betrekking had op de artikelen 85 en 86.¹⁹

ber 1988, Volvo, betreffende artikel 86 van het Verdrag.²³

Dat onderscheid tussen het bestaan van het intellectuele-eigendomsrecht en de uitoefening daarvan komt terug in een aantal arresten betreffende de mededingingsregels en in een aantal arresten betreffende de regels inzake het vrije verkeer van goederen.²⁰ Uit laatstgenoemde arresten blijkt, dat het begrip specifiek voorwerp is ontwikkeld om dat onderscheid te kunnen maken.²¹ De uitoefening van rechten die tot het specifiek voorwerp van het intellectuele-eigendomsrecht behoren, betreft het bestaan van dat recht. Het onderscheid tussen bestaan en uitoefening en de hantering van het begrip specifiek voorwerp zijn met andere woorden in wezen uitingen van dezelfde redenering. Mijns inziens heeft het onderscheid tussen bestaan en uitoefening derhalve geen zelfstandige betekenis voor de oplossing van het concrete afbakeningsprobleem. In latere arresten betreffende het vrije verkeer van goederen heeft het Hof het niet nodig geacht uitdrukkelijk naar dit onderscheid te verwijzen.²²

Ook in latere arresten betreffende de mededingingsregels is het Hof uitdrukkelijk uitgegaan van de vaststelling van de rechten die tot het specifiek voorwerp van het betrokken intellectuele-eigendomsrecht behoren. Zie met name het arrest van het Hof van 5 oktober

32. Bij de behandeling van de onderhavige zaken dient derhalve te worden uitgegaan van een vaststelling van het *specifiek voorwerp* van het auteursrecht. Het begrip specifiek voorwerp wordt in de rechtspraak van het Hof gebruikt als synoniem van de begrippen *wezenlijke inhoud* van het auteursrecht of *voornaamste prerogatieven* van de auteursrechthebbende.²⁴

b) *Het specifiek voorwerp van het auteursrecht*

33. Het Gerecht heeft bij zijn vaststelling van het specifiek voorwerp van het auteursrecht met name verwezen naar het arrest van 17 mei 1988, Warner Brothers, waarin het Hof vaststelde, dat werken van letterkunde en kunst commercieel kunnen worden geëxploiteerd bij wege van publieke vertoning of bij wege van vervelvoudiging en in omloop brengen van de materiële dragers van deze kopieën, en vervolgens verklaarde: „De twee voornaamste prerogatieven van de auteur, het

19 — Zaak 24/67, Jurispr. 1968, blz. 81.

20 — Zie in dit verband arrest Hof van 18 februari 1971 (zaak 40/70, Sirena, Jurispr. 1971, blz. 69, r. o. 11).

21 — Zie met name arresten Hof van 8 juni 1971 (zaak 78/70, Deutsche Grammophon, Jurispr. 1971, blz. 487, r. o. 11); 23 mei 1978 (zaak 102/77, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1978, blz. 1139, r. o. 6), en 22 januari 1981 (zaak 58/80, Dansk Supermarked, Jurispr. 1981, blz. 181, r. o. 11).

22 — Zie met name arrest Hof van 17 oktober 1990 (zaak C-10/89, Hag GF, Jurispr. 1990, blz. I-3711) in samenhang met punt 11 van de conclusie van advocaat Jacobs in deze zaak.

23 — Zaak 238/87, Jurispr. 1988, blz. 6211, r. o. 8. In dezelfde zin ook arrest Hof van 5 oktober 1988 (zaak 53/87, CICRA, Jurispr. 1988, blz. 6039, r. o. 11 en 15). Zie betreffende artikel 85 arrest Hof van 25 februari 1986 (zaak 193/83, Windsurfing International, Jurispr. 1986, blz. 611, r. o. 45).

24 — Het is niet opportuun aldus een verschillende terminologie te gebruiken. Dit blijkt niet in het minst uit de begripsverwarring die, zoals hieronder zal worden uiteengezet, in de onderhavige zaken blijkt te bestaan. ITP heeft mijns inziens terecht kritiek geleverd op het feit dat in rechtsoverweging 54 van het arrest van het Gerecht sprake is van de essentie („la substance même”) van het intellectuele-eigendomsrecht, in rechtsoverweging 55 van het specifiek voorwerp („l'objet spécifique”) van het auteursrecht, in een citaat uit het arrest in de zaak Warner Brothers van de twee voornaamste prerogatieven („les deux prérogatives essentielles”) van de auteur, en ten slotte in rechtsoverweging 59 dan weer van de essentie van het auteursrecht (respectievelijk r. o. 69, 70 en 74 arrest RTE).

alleenrecht van vertoning en het alleenrecht van verveelvoudiging, worden door de verdragsbepalingen onverlet gelaten”²⁵ (r. o. 70 arrest RTE; r. o. 55 arrest ITP).

34. Partijen zijn het erover eens, dat het *alleenrecht van verveelvoudiging* van het beschermde werk — of zoals het Gerecht ook zegt het alleenrecht van reproductie — tot het specifiek voorwerp van het auteursrecht behoort.

35. RTE, ITP en IPO maken ook bezwaar tegen de passage in de arresten van het Gerecht waarin wordt gezegd, dat „de wezenlijke functie (van het auteursrecht) erin bestaat, dat de morele rechten²⁶ op het werk te beschermen en de beloning van de creatieve inspanning te verzekeren” (r. o. 71 arrest RTE; r. o. 56 arrest ITP). Aangevoerd wordt, dat het Gerecht hierdoor de definitie van het specifiek voorwerp van het auteursrecht heeft gewijzigd en het alleenrecht van verveelvoudiging alsmede het daarmee verbonden recht van eerste commerciële exploitatie van het werk heeft „vergeten”.

36. Die kritiek op de arresten van het Gerecht snijdt geen hout. Gelijk de Commissie heeft aangevoerd, verschilt het begrip „*væsentlige formål*”, waarvoor in het Deens ook „*afgørende funktion*”²⁷ wordt gebruikt,

van het begrip specifiek voorwerp. Die twee begrippen hebben een verschillende functie. Het Hof heeft die twee begrippen in zijn rechtspraak betreffende de artikelen 30 en 36 van het Verdrag gelijktijdig toegepast en heeft verklaard, dat bij het bepalen van de precieze draagwijdte van de rechten van de houder van een intellectuele-eigendomsrecht, dat wil zeggen bij de afbakening van het specifiek voorwerp, rekening dient te worden gehouden met de wezenlijke functie van het recht.²⁸

37. Er bestaat derhalve geen tegenstrijdigheid tussen de vaststelling, dat het specifiek voorwerp van het auteursrecht het alleenrecht van verveelvoudiging en het daarmee verbonden recht van eerste commerciële exploitatie van het werk omvat, en de vaststelling, dat de wezenlijke functie van het auteursrecht erin bestaat, de morele rechten op het werk te beschermen en de beloning van de creatieve inspanning te verzekeren.

c) *Kan artikel 86 van het Verdrag worden toegepast op de uitoefening van rechten die tot het specifiek voorwerp van het auteursrecht behoren?*

38. Het is duidelijk, dat aan een alleenrecht van verveelvoudiging van het beschermde werk een recht van weigering van licentieverlening beantwoordt. Het recht van weigering van licentieverlening behoort derhalve ook tot het specifiek voorwerp van het auteursrecht. Dit wordt bevestigd door het arrest van het Hof van 5 oktober 1988, Volvo²⁹, betreffende modelrechtelijk beschermde producten. In dat arrest overwoog het Hof, dat

25 — Zaak 158/86, Jurispr. 1988, blz. 2605, r. o. 13. Zie ook arrest Hof van 24 januari 1989 (zaak 341/87, EMI Electrola, Jurispr. 1989, blz. 79, r. o. 7).

26 — In de Engelse taalversie van de arresten van het Gerecht wordt de uitdrukking „protect the moral rights in the work” en in de Franse taalversie „la protection morale de l'oeuvre” gebruikt (eigen cursivering). Om die reden wordt in het Deens beter de uitdrukking „den ideelle beskyttelse af værket” gebruikt.

27 — „La fonction essentielle” is in de Deense taalversie van de arresten van het Gerecht vertaald met „væsentlige formål”. Behalve in rechtstreekse citaten zal ik hierna de term „afgørende funktion” gebruiken, zoals ik ook heb gedaan in mijn conclusie van 9 februari 1994 (zaak C-9/93, IHT, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie).

28 — Zie met name arrest Hof van 17 oktober 1990 (zaak C-10/89, Hag GF, Jurispr. 1990, blz. 3711, r. o. 14).

29 — Zaak 238/87, Jurispr. 1988, blz. 6211.

„wanneer de houder van een beschermd model wordt verplicht om derden, zelfs tegen billijke royalty's, een licentie te verlenen voor de levering van produkten waarin het model is verwerkt, hem de essentie van zijn uitsluitend recht wordt ontzegt, en dat de weigering om zulk een licentie te verlenen *op zich* geen misbruik van machtspositie kan opleveren” (r. o. 8, eigen cursivering).

39. Ook in de onderhavige zaken wordt niet betwist, dat de uitoefening van het alleenrecht van verveelvoudiging bij wege van weigering om licentie te verlenen, *op zich* geen misbruik van machtspositie oplevert. De Commissie heeft uitdrukkelijk verklaard, dat zij het hiermee eens is.

40. De onderhavige zaken draaien om het principiële geschilpunt, of, en zo ja onder welke voorwaarden, een weigering om licentie te verlenen — met andere woorden de uitoefening van een recht dat tot het specifiek voorwerp van het auteursrecht behoort — niettegenstaande bovengenoemd uitgangspunt misbruik van machtspositie kan opleveren. De vraag is, of een weigering om licentie te verlenen in *bijzondere omstandigheden* niet meer als een *loutere weigering om licentie te verlenen* kan worden beschouwd. Indien artikel 86 kan worden toegepast wanneer de onderneming met een machtspositie *niets anders of niets meer heeft gedaan dan het weigeren licentie te verlenen*, maar die weigering in bijzondere omstandigheden is gebeurd, zal de inbreuk op artikel 86 slechts kunnen worden beëindigd door het verlenen van licentie. Gelijk het Hof in het arrest Volvo heeft verklaard, vormt het bevel om een licentie te verlenen een *inbreuk op de*

rechten die tot het specifiek voorwerp behoren. De auteursrechthebbende kan zich niet langer het alleenrecht van verveelvoudiging van het beschermde werk voorbehouden, maar moet er zich tevreden mee stellen royalty's te vorderen.

41. RTE en ITP, ondersteund door IPO, betogen, dat zij *niets anders of niets meer hebben gedaan dan het weigeren licentie te verlenen*, en dat een dergelijke uitoefening van de tot het specifiek voorwerp van het auteursrecht behorende rechten, nooit door artikel 86 kan worden geraakt.

42. De Commissie betoogt, dat een uitoefening van tot het specifiek voorwerp van het auteursrecht behorende rechten in strijd met artikel 86 kan zijn wanneer die uitoefening in bijzondere omstandigheden gebeurt. Zij wijst erop, dat het specifiek voorwerp van het auteursrecht niet immuun is en niet aan elke ingreep wegens misbruik van machtspositie dient te ontsnappen om de enkele reden dit misbruik door middel van een intellectuele-eigendomsrecht gebeurt.

43. Zij wijst er namelijk op, dat weliswaar dient te worden uitgegaan van de rechtspraak van het Hof betreffende de artikelen 30 en 36 van het Verdrag, doch dat die rechtspraak niet afdoende is bij een toetsing aan artikel 86, daar niet uit het oog mag worden verloren, dat die twee artikelen een verschillende functie en een verschillend doel hebben. Zelfs al verdraagt de nationale wettelijke regeling die de betrokken intellectuele-eigendomsrechten verleent, zich

met artikel 36, dit sluit niet uit, dat artikel 86 kan worden toegepast op de uitoefening van die rechten. De artikelen 30 en 36 zijn tot de Lid-Staten gericht en bieden de mogelijkheid te beoordelen, of de nationale bepalingen het vrije verkeer van goederen belemmeren. Artikel 86 is gericht tot ondernemingen met een machtspositie, die in hun commercieel handelen striktere normen in acht moeten nemen dan andere ondernemingen. Het onderzoek dat dient plaats te vinden, en de criteria die daarbij moeten worden aangevend, zijn dus met betrekking tot de artikelen 30 en 36 niet dezelfde als met betrekking tot artikel 86. Een toetsing aan de artikelen 30 en 36 is algemeen en geldt voor alle concrete gevallen waarop de betrokken regels van toepassing zijn, terwijl een toetsing aan artikel 86 slechts een bepaald geval betreft en daarbij rekening moet worden gehouden met alle bijzondere omstandigheden van dat geval.

44. Zoals sub a is gezegd, blijkt uit de rechtspraak van het Hof, dat bij toetsing van de uitoefening van industriële-eigendomsrechten aan de artikelen 30 en 36 van het Verdrag hetzelfde uitgangspunt geldt als bij toetsing aan artikel 86, namelijk dat een aantal kernrechten kunnen worden vastgesteld die naar nationaal recht toekomen aan iedere houder van een bepaald industriële-eigendomsrecht en waarvan de uitoefening niet wordt geraakt door de in het Verdrag vervatte bepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen en de onvervalste mededinging. De vraag is, of dit uitgangspunt aldus dient te worden gepreciseerd, dat in bijzondere omstandigheden de uitoefening van een van die rechten in strijd kan zijn met de bepalingen van het Verdrag.

45. Daar het begrip specifiek voorwerp juist tot doel heeft, te bepalen welke rechten door de bepalingen van het Verdrag onverlet wor-

den gelaten, ligt het voor de hand, dat op het eerste gezicht moeilijk kan worden aanvaard, dat krachtens artikel 86 inbreuk wordt gemaakt op rechten die tot het specifiek voorwerp behoren.

46. Die reactie lijkt evenwel vooral voort te vloeien uit een onjuiste opvatting van de wijze waarop het Hof het begrip specifiek voorwerp toepast in zijn rechtspraak betreffende de artikelen 30 en 36. Het is niet zo, dat een door het Hof gegeven definitie van het begrip specifiek voorwerp een absoluut karakter heeft, in die zin dat elke uitoefening van tot het specifiek voorwerp behorende rechten aan de bepalingen van artikel 30 ontsnapt. Uit de rechtspraak van het Hof blijkt allereerst, dat de vraag kan rijzen, in hoeverre bepaalde rechten — nieuwe rechten, in die zin dat zij niet met zekerheid onder de door het Hof gegeven definitie van het begrip specifiek voorwerp vallen — moeten worden geacht onder die definitie te vallen.³⁰ Uit de rechtspraak van het Hof blijkt verder ook — en dit is in dit verband van wezenlijk belang — dat de vraag kan rijzen, in hoeverre een recht dat in beginsel tot het specifiek voorwerp behoort, in dergelijk bijzondere omstandigheden wordt uitgeoefend, dat de uitoefening ervan het vrij verkeer van goederen op onaanvaardbare wijze belemmert en derhalve niet kan worden geacht onder het specifiek voorwerp van het intellectuele-eigendomsrecht te vallen.

47. Uit de rechtspraak van het Hof betreffende de artikelen 30 en 36 blijkt derhalve,

30 — Zie bij voorbeeld arrest Hof van 17 mei 1988 (zaak 158/86, Warner Brothers, Jurispr. 1988, blz. 2605).

dat het mogelijk en nodig kan zijn te preciseren, in hoeverre een recht tot het specifiek voorwerp behoort, zelfs wanneer het in nader bepaalde omstandigheden wordt uitgeoefend. Het Hof heeft er in verschillende zaken op gewezen, dat het nodig kan zijn na te gaan, of een handelwijze — een uitoefening van een tot het specifiek voorwerp behorend recht — bescherming moet worden geweigerd omdat zij als een onredelijke uitoefening van een recht dient te worden beschouwd op grond dat zij tot een kunstmatige compartimentering van de gemeenschappelijke markt kan leiden.

48. Het Hof heeft in enkele gevallen zijn arrest aldus geformuleerd, dat die precisering eigenlijk als een uitzondering — een *inbreuk* — op een tot het specifiek voorwerp van het betrokken industriële-eigendomsrecht behorend recht overkomt. In de regel behandelt het Hof die situaties evenwel als verzoeken om nader te *preciseren*, of een recht ook dan tot het specifiek voorwerp behoort wanneer het in nader aangegeven omstandigheden wordt uitgeoefend.

49. Een voorbeeld van een arrest dat op de eerstgenoemde wijze is geformuleerd, is het arrest van 23 mei 1978, Hoffmann-La Roche³¹, waarin het Hof vaststelde, dat het merkrecht tot wezenlijke functie heeft, aan de consument de oorsprong van het produkt te waarborgen, en dat het recht om op te komen tegen ieder gebruik dat aan de herkomstgarantie afbreuk zou kunnen doen, derhalve tot het specifiek voorwerp van het merkrecht behoort (r. o. 7). Verder overwoog het Hof, dat het derhalve in de lijn van artikel 36, eerste volzin, ligt wanneer aan de

gerechtigde de bevoegdheid wordt toegekend ertegen op te komen dat de importeur van een onder merk verhandeld produkt, na ompakking en zonder toestemming van de merkgerechtigde, het merk op de nieuwe verpakking aanbrengt (r. o. 8). Een dergelijke uitoefening van een tot het specifiek voorwerp behorend recht kan evenwel een door artikel 36, tweede volzin, verboden verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten opleveren, als komt vast te staan dat de wijze waarop de gerechtigde zijn merkrecht gebruikt, zijn afzetsysteem — bij voorbeeld een zelfde produkt in verschillende Lid-Staten in verschillende verpakking op de markt brengen — in aanmerking genomen, tot een kunstmatige afscherming van de markten der Lid-Staten zal bijdragen (r. o. 9 en 10). In die omstandigheden en op voorwaarde, dat de wezenlijke functie van het merk — het waarborgen van de oorsprong van het produkt — niet in gevaar wordt gebracht doordat bij de ompakking de oorspronkelijke toestand van het produkt ongemoeid blijft, is het onverenigbaar met artikel 36, dat de merkgerechtigde van zijn recht gebruik maakt om de invoer van omgepakte goederen te beletten (r. o. 10, 11 en 12).³²

50. In zijn arrest van 14 september 1982, Keurkoop³³, heeft het Hof duidelijk aangegeven, om welke redenen het in bijzondere omstandigheden noodzakelijk kan zijn de omvang van het specifiek voorwerp van een industriële-eigendomsrecht te preciseren. Het Hof vertrok in dat arrest van de vaststelling, „dat de waarborging van de industriële en commerciële eigendom in artikel 36 in beginsel een dode letter zou blijven, indien een ander dan degene die in een Lid-Staat de

32 — Zie in dezelfde zin arrest Hof van 10 oktober 1978 (zaak 3/78, Centrafarm, Jurispr. 1978, blz. 1823).

33 — Zaak 144/81, Jurispr. 1982, blz. 2853. Voor andere arresten waar dit de beslissende vraag was, zie de hieronder sub d, punt cc, genoemde arresten.

31 — Zaak 102/77, Jurispr. 1978, blz. 1139.

rechthebbende is op een model, aldaar een voortbrengsel zou mogen verhandelen dat hetzelfde uiterlijk vertoont als het beschermde model” (r. o. 22). Na erop te hebben gewezen, dat ingevolge artikel 36, tweede volzin, belemmeringen van het vrij verkeer van goederen gerechtvaardigd moeten zijn uit hoofde van bescherming van de intellectuele-eigendomsrechten en met name geen verkapte beperking van het handelsverkeer mogen vormen, overwoog het Hof:

„Aldus wil artikel 36 beklemtonen, dat tussen de eisen van het vrije goederenverkeer en de eerbiediging van de rechten van industriële en commerciële eigendom een dusdanig evenwicht tot stand moet worden gebracht, dat de *rechtmatige uitoefening* van de door de nationale wettelijke regelingen toegekende rechten wordt beschermd — waarbij rechtmatig moet worden verstaan in de zin van ‚gerechtvaardigde’ invoerverboden als bedoeld in dat artikel —, doch die bescherming wordt onthouden aan een *ongeoorloofde uitoefening* van diezelfde rechten, waardoor kunstmatige handelsbarrières binnen de gemeenschappelijke markt zouden kunnen worden gehandhaafd of weer opgeworpen.³⁴ De uitoefening van de door de nationale wettelijke regeling toegekende rechten van industriële en commerciële eigendom moet derhalve blijven binnen de voor dit evenwicht noodzakelijke grenzen” (r. o. 24, eigen cursivering).

Op grond daarvan en onder verwijzing naar zijn vaste rechtspraak preciseerde het Hof

zijn uitgangspunt aldus, dat de houder van een intellectuele-eigendomsrecht zich niet op zijn door de wettelijke regeling van een Lid-Staat verleend recht kan beroepen om de invoer of verhandeling te verhinderen van een produkt dat in een andere Lid-Staat rechtmatig in het verkeer is gebracht door hemzelf, met zijn toestemming of door iemand die door banden van juridische of economische afhankelijkheid met hem is verbonden (uitputtingsbeginsel).³⁵

51. Nu uit de rechtspraak van het Hof betreffende de artikelen 30 en 36 blijkt, dat de definitie die het Hof van het begrip specifiek voorwerp heeft gegeven, geen absoluut karakter heeft, in die zin dat niet elke uitoefening van tot het specifiek voorwerp behorende rechten aan toepassing van artikel 30 ontsnapt, mag worden aangenomen, dat ook artikel 86 kan worden toegepast op rechten

35 — Zoals uit die twee voorbeelden blijkt, vertrekt het Hof in dergelijke arresten van artikel 36, tweede volzin, van het Verdrag, volgens welke voor het overige gerechtvaardigde beperkingen van het handelsverkeer geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten mogen vormen. Dit is wellicht de reden waarom de rechtspraak van het Hof soms — en mijns inziens niet altijd correct — aldus wordt samengevat, dat de uitoefening van een tot het specifiek voorwerp behorend recht onverenigbaar kan zijn met de artikelen 30 en 36 van het Verdrag wanneer dat recht wordt *misbruikt*. Zie bij voorbeeld de conclusie van advocaat-generaal Mischo van 21 juni 1988 (zaak 53/87, CICRA, Jurispr. 1988, blz. 6039, punt 20, sub c), die onder verwijzing naar het arrest van het Hof in de zaak Keurkoop verklaarde: „Wanneer de modelhouder zijn recht om zich te verzetten tegen importen (welk recht op zich voortvloeit uit het specifiek voorwerp van het alleenrecht) ‚misbruikt’, komt hij niet in aanmerking voor de in artikel 36 voorziene afwijking van het beginsel van vrij verkeer.” Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Tesouro van 9 juni 1993 (zaak C-317/91, Deutsche Renault, Jurispr. 1993, blz. I-6227, punt 8), waarin wordt verklaard: „Uit de rechtspraak blijkt namelijk, dat de artikelen 30 en 36 er enkel aan in de weg staan, dat de betrokken rechten worden uitgeoefend op een wijze *waaruit duidelijk misbruik blijkt*” en waarin het uitputtingsbeginsel het voornaamste voorbeeld daarvan wordt genoemd. In zijn arrest in die zaak verklaarde het Hof, dat „artikel 36, tweede volzin, tot doel heeft te beletten, dat handelsbeperkingen die op grond van de eerste volzin gerechtvaardigd zijn, *voor andere doelstellingen worden misbruikt* en worden aangewend om produkten uit andere Lid-Staten te discrimineren of de nationale produkten indirect te beschermen” (r. o. 19, eigen cursivering).

34 — Het Gerecht verwijst in zijn arresten naar het arrest van het Hof in de zaak Keurkoop. In zijn indirecte citaten van die rechtsoverweging voegt het Gerecht evenwel op deze plaats — en voor zover kan worden nagegaan op eigen verantwoordelijkheid — toe, „of tot overtreding van de communautaire mededingingsregels” (r. o. 67 arrest RTE; r. o. 52 arrest ITP).

die in beginsel tot het specifiek voorwerp behoren, wanneer die rechten in bijzondere omstandigheden worden uitoefend.³⁶

machtspositie.³⁹ Met andere woorden, een aantal omstandigheden zullen slechts van belang zijn wanneer de rechten worden uitgeoefend door een onderneming met een machtspositie. Dit betekent, dat een bepaalde uitoefening van rechten die in beginsel tot het specifiek voorwerp behoren, onverenigbaar met artikel 86 kan zijn, ofschoon de artikelen 30 en 36 die gedraging niet in de weg staan.

52. Gelijk door de Commissie is opgemerkt, is het in dit verband van belang, dat de werkingssfeer van artikel 30 verschilt van die van artikel 86; artikel 30 geldt voor alle ondernemingen³⁷, terwijl artikel 86 slechts van toepassing is op ondernemingen met een machtspositie. Het lijkt geen twijfel, dat voor het commerciële optreden van ondernemingen met een machtspositie strengere maatstaven gelden dan voor het commerciële optreden van andere ondernemingen.³⁸ Tal van vormen van commercieel optreden zullen de goede werking van de gemeenschappelijke markt immers slechts beïnvloeden wanneer zij uitgaan van ondernemingen met een

53. Om dezelfde redenen is het beter, de perken die artikel 86 stelt aan de uitoefening door ondernemingen van de rechten die deze aan de nationale auteurswetten ontleunen, te behandelen als uitzonderingen — inbreuken — op het specifiek voorwerp van het betrokken intellectuele-eigendomsrecht, en niet als een precisering van de omvang van het specifiek voorwerp, zoals bij toetsing aan de artikelen 30 en 36 gebeurt. Vaststaat, dat het begrip specifiek voorwerp in beginsel met betrekking tot de verdragsbepalingen betreffende het vrij verkeer van goederen dezelfde inhoud en dezelfde functie heeft als met betrekking tot de verdragsbepalingen betreffende de onvervalste mededinging. Ondernemingen zonder machtspositie zullen de betrokken rechten volgens het Verdrag verder wettig kunnen uitoefenen, omdat deze tot het specifiek voorwerp van het betrokken intellectuele-eigendomsrecht behoren en omdat de betrokken bijzondere omstandigheden slechts van belang zijn voor de goede

36 — De vraag rijst, of het enig verschil uitmaakt, dat artikel 86 geen bepaling bevat die overeenkomt met artikel 36, tweede volzin. Geredeneerd zou kunnen worden, dat bij gebreke van wijziging van het in artikel 222 van het Verdrag bepaalde uitgangspunt, de tot het specifiek voorwerp behorende rechten — anders dan het geval is met betrekking tot de artikelen 30 en 36 — volledig ontsnappen aan toepassing van artikel 86. Mijs inziens moet dit betoog worden verworpen op grond van de overweging, dat artikel 86 op zichzelf een regel inzake misbruik van recht is. Zoals hieronder zal worden aangetoond, vindt dit steun in de rechtspraak van het Hof.

37 — Het is duidelijk, dat de artikelen 30 en 36 van het Verdrag tot de Lid-Staten gericht zijn en eisen stellen aan de inhoud van de wettelijke regelingen van de Lid-Staten. Maar in feite zullen arresten met bovengenoemde inhoud erop gericht zijn, ondernemingen te verbieden misbruik te maken van de rechten die zij ontleunen aan nationale wettelijke regelingen die voor het overige verenigbaar met de artikelen 30 en 36 worden geacht. De nationale wettelijke regelingen zijn dan onverenigbaar met de artikelen 30 en 36 van het Verdrag voor zover zij de mogelijkheid bieden, dat rechten die in beginsel tot het specifiek voorwerp behoren, in de betrokken bijzondere omstandigheden worden uitgeoefend.

38 — Zie arrest van 9 november 1983 (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461), waarin het Hof overwoog: „De vaststelling van het bestaan van een machtspositie houdt immers op zichzelf geen verwijt jegens de betrokken onderneming in, doch betekent alleen dat, los van de oorzaken van die positie, op de onderneming een bijzondere verantwoordelijkheid rust om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt” (r. o. 57).

39 — Gelijk door de Commissie is opgemerkt, kan een algemeen voorkomende gedraging waarvoor de betrokken onderneming geen machtspositie dient te bezitten, toch een misbruik van machtspositie opleveren. Zie arrest Hof van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461) en arrest Gerecht van 10 juli 1990 (zaak T-51/89, Tetra Pak, Jurispr. 1990, blz. II-309), waarnaar de Commissie heeft verwezen. Zie ook arrest Hof van 21 februari 1973 (zaak 6/72, Continental Can, Jurispr. 1973, blz. 215).

werking van de gemeenschappelijke markt wanneer die rechten door een onderneming met een machtspositie worden uitgeoefend.⁴⁰

54. Dat krachtens artikel 86 inbreuk kan worden gemaakt op het specifiek voorwerp van een intellectuele-eigendomsrecht, wordt bevestigd door de rechtspraak van het Hof.

55. Het Gerecht heeft in zijn arresten verwezen naar de arresten van het Hof van 5 oktober 1988 in de zaken Volvo en CICRA⁴¹ (r. o. 72 arrest RTE; r. o. 57 arrest ITP). Dit heeft ertoe geleid, dat in de bij het Hof ingediende opmerkingen lang en breed is uitgeveid over de vraag, of die arresten als grondslag voor bovengenoemde opvatting kunnen worden aangewend.

56. Na te hebben vastgesteld, dat een weigering om licentie te verlenen op zichzelf geen misbruik van machtspositie kan opleveren,

40 — Het Gerecht concludeert in zijn arresten dan ook ten onrechte, dat „verzoeksters gedraging volgens de criteria die in de door partijen aangevoerde rechtspraak zijn ontwikkeld, *geen verband houdt met het wezen van het auteursrecht*” (r. o. 74 van het arrest RTE; r. o. 59 van het arrest ITP, eigen cursivering). Het specifiek voorwerp van het auteursrecht omvat ontegenzeggelijk het recht om geen licentie te verlenen en een dwanglicentie krachtens artikel 86 betekent, dat *inbreuk wordt gemaakt op het specifiek voorwerp*.

41 — Zaak 238/87, Jurispr. 1988, blz. 6211, en zaak 53/87, Jurispr. 1988, blz. 6039.

overwoog het Hof in zijn arrest in de zaak Volvo:

„Er zij evenwel op gewezen, dat de uitoefening van een uitsluitend recht door de houder van een model voor carrosserieonderdelen van auto's op grond van artikel 86 verboden kan zijn, indien zij de onderneming met een machtspositie brengt tot gedragingen die misbruik opleveren, zoals de *willekeurige weigering om vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs, de vaststelling van onbillijke prijzen voor vervangingsonderdelen of de beslissing om geen vervangingsonderdelen voor een bepaald automodel meer te vervaardigen*, terwijl er nog vele auto's van dat model in omloop zijn (...)” (r. o. 9, eigen cursivering).⁴²

57. In de twee eerstgenoemde voorbeelden had de onderneming met een machtspositie naast de weigering om een licentie te verlenen nog andere handelingen gesteld, die niet betrekking hadden op het modelrecht en op zichzelf misbruik opleverden; zie hieronder sub f over de rechtspraak van het Hof betreffende de weigering van levering en zie artikel 86, sub a, over het opleggen van onbillijke prijzen. Kenmerkend voor deze situaties is, zoals met name door ITP is aangevoerd, dat de houder van het model de inbreuk op artikel 86 kan beëindigen zonder een licentie te verlenen op zijn model, doordat hij ofwel opnieuw gaat leveren aan degene die hij op willekeurige wijze levering had geweigerd, of doordat hij zijn prijzen vermindert. In die situaties impliceert de toepassing van artikel 86 derhalve niet, dat inbreuk wordt

42 — Zie de overeenkomstige rechtsoverweging 16 van het arrest CICRA.

gemaakt op het specifiek voorwerp van het modelrecht.⁴³

58. In de derde situatie had de onderneming met een machtspositie ook meer gedaan dan het weigeren een licentie te verlenen, maar dat dit surplus, namelijk het verzuim om het beschermde produkt zelf te verveelvoudigen, is zelf een recht dat tot het specifiek voorwerp van het modelrecht behoort. Het alleenrecht van verveelvoudiging omvat derhalve niet alleen het recht om geen licentie te verlenen, maar ook het recht om vrij te bepalen, waar, wanneer en hoe het beschermde werk wordt geëxploiteerd, onder meer om daaruit de grootst mogelijke opbrengst te halen.⁴⁴ Ook al kan de houder van het modelrecht kiezen of hij de inbreuk op artikel 86 beëindigt door de produktie te hervatten of door een licentie te verlenen, uit het derde voorbeeld in de zaak Volvo blijkt, dat het Hof heeft aanvaard, dat krachtens artikel 86 inbreuk kan worden gemaakt op rechten die tot het specifiek voorwerp van een intellectuele-eigendomsrecht behoren.

59. Partijen zijn het erover eens, dat artikel 86 kan worden toegepast wanneer een onderneming met een machtspositie *onrede-*

lijk hoge royalty's vordert of een *discriminerend licentiebeleid* voert. Gelijk de Commissie heeft opgemerkt, heeft het Hof in zijn arresten van 9 april 1987, Basset⁴⁵, en 13 juli 1989, Tournier⁴⁶, uitdrukkelijk verklaard, dat de omstandigheid dat een auteursrechtenbureau onredelijk hoge royalty's vordert voor de openbare uitvoering van muziekopnamen, misbruik van machtspositie kan opleveren. Volgens de Commissie blijkt daaruit, dat krachtens artikel 86 inbreuk kan worden gemaakt op rechten die tot het specifiek voorwerp behoren.

60. RTE en ITP betogen daarentegen, dat de onderneming met een machtspositie in die gevallen iets anders en iets meer heeft gedaan dan het uitoefenen van tot het specifiek voorwerp behorende rechten, en dat de toepassing van artikel 86 om die reden het specifiek voorwerp van het auteursrecht onverlet laat. Het valt moeilijk in te zien, hoe dit iets anders en iets meer verschilt van de situaties waarin de tot het specifiek voorwerp behorende rechten in bijzondere omstandigheden worden uitgeoefend. In die situaties zijn er in ieder geval geen zelfstandige, misbruik opleverende gedragingen die losstaan van de uitoefening van het betrokken intellectuele-eigendomsrecht, zoals het geval was in de twee eerste voorbeelden in de zaak Volvo.

61. Mijns inziens zijn onredelijke hoge royalty's en een discriminerend licentiebeleid in feite, zoals de Commissie heeft betoogt, voorbeelden van gevallen waarin krachtens

43 — Volgens de Commissie blijkt uit het tweede voorbeeld, dat inbreuk kan worden gemaakt op het specifiek voorwerp. De Commissie stelt het vaststellen van onredelijk hoge prijzen voor de onder een modelrecht vervaardigde produkten derhalve gelijk met het eisen van onredelijke hoge royalty's. Mijns inziens kunnen die twee situaties niet op één lijn worden gesteld. In het eerste geval staat de inbreuk op artikel 86 los van de omstandigheid dat de produkten modelrechtelijk zijn beschermd. Slechts in het tweede geval impliceert de toepassing van artikel 86, dat inbreuk wordt gemaakt op het specifiek voorwerp; zie hieronder.

44 — Zie in dit verband arrest Hof van 9 juli 1985 (zaak 19/84, Pharmon, Jurispr. 1985, blz. 2281, r. o. 25).

45 — Zaak 402/85, Jurispr. 1987, blz. 1747.

46 — Zaak 395/87, Jurispr. 1989, blz. 2521.

artikel 86 inbreuk kan worden gemaakt op tot het specifiek voorwerp behorende rechten wanneer die rechten in bijzondere omstandigheden worden uitgeoefend. De onderneming met een machtspositie heeft immers niets anders gedaan dan tot het specifiek voorwerp behorende rechten uitoefenen, namelijk royalty's gevorderd⁴⁷ en geweigerd licenties te verlenen. Die rechten zijn evenwel in bijzondere omstandigheden uitgeoefend, daar de onderneming royalty's had gevorderd die aanmerkelijk hoger waren dan die welke in andere Lid-Statens werden gevorderd, en had geweigerd een licentie te verlenen terwijl in feite tegelijkertijd licenties werden gegeven aan anderen. Toepassing van artikel 86 in die twee situaties impliceert, dat inbreuk wordt gemaakt op tot het specifiek voorwerp behorende rechten, aangezien de bevoegdheid van de houder van het intellectuele-eigendomsrecht om de hoogte van zijn royalty's vrij te bepalen, wordt beperkt, en aangezien deze wordt verplicht een licentie te verlenen aan degene die is gediscrimineerd. Er is geen enkele reden om het vorderen van onredelijke hoge royalty's of het voeren van een discriminerend licentiebeleid te omschrijven als gedragingen die in de regel buiten het specifiek voorwerp van het auteursrecht vallen en derhalve in strijd kunnen zijn met de artikelen 30 en 36, daar dit soort gedragingen de goede werking van de gemeenschappelijke markt niet ongunstig zal beïnvloeden wanneer zij uitgaan van ondernemingen zonder machtspositie die

bovendien onder normale marktvoorwaarden werken (zie artikel 85).⁴⁸

62. Uit het voorgaande volgt, dat het Hof zowel bij toetsing aan artikel 86 als bij toetsing aan de artikelen 30 en 36 voortdurend dient te preciseren, in hoeverre rechten die in beginsel tot het specifiek voorwerp behoren, in dermate bijzondere omstandigheden worden uitgeoefend, dat de onvervalste mededinging of het vrij verkeer van goederen daardoor op onaanvaardbare wijze worden belemmerd.

63. De onderhavige zaken draaien natuurlijk om de vraag, of dergelijke bijzondere omstandigheden aanwezig zijn. Deze vraag zal ik behandelen bij de bespreking van de arresten van het Gerecht.

47 — Zie in dit verband arresten Hof van 18 maart 1980 (zaak 62/79, Coditel I, Jurispr. 1980, blz. 881, r. o. 14) en 6 oktober 1982 (zaak 262/81, Coditel II, Jurispr. 1982, blz. 3381, r. o. 12), waarin het Hof overwoog, dat de bevoegdheid van de houder van het auteursrecht op een film om voor elke openbare vertoning van dit werk royalty's te vorderen, tot de wezenlijke functie van het auteursrecht op dit soort literaire en artistieke produkten behoort. Mijns inziens wordt het begrip wezenlijke functie hier ten onrechte gebruikt. Het gaat hier om het afbakenen van de rechten die een auteursrechtgebende wettig toekomen, dat wil zeggen om een definitie van het specifiek voorwerp van het auteursrecht. De wezenlijke functie van het auteursrecht bestaat erin, de auteursrechtgebende voor zijn creatieve inspanning te belonen. Zie voor de definitie en de toepassing van dit begrip hieronder sub d.

48 — Zie in dit verband rechtsoverweging 14 van het arrest Tourner, waarin het Hof overwoog: „Of het door SACEM zelfstandig bepaalde royaltystaats misbruik of discriminatie oplevert, dient te worden beoordeeld met inachtneming van de mededingingsregels van de artikelen 85 en 86. De hoogte van de royalty is niet van belang voor de beoordeling van de verenigbaarheid van de betrokken nationale wettelijke regeling met de artikelen 30 en 59 van het Verdrag.” Dezelfde opvatting is terug te vinden in de rechtsoverwegingen 18 en 19 van het arrest Basset. Zie tot verdere staving van dit resultaat arrest Hof van 23 mei 1978 (zaak 102/77, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1978, blz. 1139, r. o. 16) en de rechtspraak van het Hof betreffende artikel 85, namelijk arresten Hof van 13 juli 1966 (gevoegde zaken 56/64 en 58/64, Consten en Grundig, Jurispr. 1966, blz. 449, inzonderheid 519), waarin het Hof overwoog, „dat artikel 36, waarbij de strekking der in titel I, hoofdstuk 2, van het Verdrag neergelegde normen voor de liberalisering nader wordt aangegeven, het toepassingsgebied van artikel 85 niet beperkt”, 29 februari 1968 (zaak 24/67, Parke, Davis and Co, Jurispr. 1968, blz. 81) en 6 oktober 1982 (zaak 262/81, Coditel II, Jurispr. 1982, blz. 3381, r. o. 19 en 20).

d) *De wezenlijke functie van het auteursrecht en de door het Gerecht gegeven motivering voor de opvatting, dat inbreuk kan worden gemaakt op het specifiek voorwerp van het auteursrecht*

64. Het Gerecht heeft aangaande de bevoegdheid om inbreuk te maken op het specifiek voorwerp van het auteursrecht overwogen:

„Dat de uitoefening van het alleenrecht tot verveelvoudiging van een beschermd werk op zich geen misbruik vormt, is duidelijk, doch het ligt anders, wanneer uit de bijzonderheden van het concrete geval blijkt, dat dat recht wordt uitgeoefend op zodanige wijze en onder zodanige omstandigheden, dat in feite een doel wordt nagestreefd dat kennelijk in strijd is met de doelstellingen van artikel 86. In zo een geval wordt het auteursrecht niet meer uitgeoefend op een wijze die in overeenstemming is met de wezenlijke functie ervan in de zin van artikel 36 van het Verdrag, welke functie erin bestaat, de morele rechten op het werk te beschermen en de beloning van de creatieve inspanning te verzekeren, met inachtneming van de doelstellingen van, in het bijzonder, artikel 86 (...) In dat geval heeft het gemeenschapsrecht, in het bijzonder wanneer het gaat om zo fundamentele beginselen als het vrije verkeer van goederen en de vrije mededinging, voorrang op elke andere, met die beginselen strijdige nationale regeling inzake de intellectuele eigendom” (r. o. 71 arrest RTE; r. o. 56 arrest ITP).

65. Het Gerecht bereikt hiermee het in beginsel juiste resultaat, maar de formulering van de gronden daarvoor levert op een aantal punten problemen op.

aa) Gedragingen waarmee een doel wordt nagestreefd dat kennelijk in strijd is met de doelstellingen van artikel 86

66. Het Gerecht verklaart, dat de uitoefening van het alleenrecht van verveelvoudiging misbruik oplevert wanneer *uit de bijzonderheden van het concrete geval blijkt, dat dat recht wordt uitgeoefend op zodanige wijze en onder zodanige omstandigheden, dat in feite een doel wordt nagestreefd dat kennelijk in strijd is met de doelstellingen van artikel 86.*

67. Het Gerecht lijkt mijns inziens ten onrechte aan te nemen, dat een uitoefening van het auteursrecht misbruik van machtspositie oplevert wanneer vaststaat, dat die uitoefening kennelijk tot doel heeft de mededinging te beperken. Het auteursrecht heeft juist tot doel, zoals met name door ITP is beklemtoond, de auteursrechthebbende de bevoegdheid te verlenen de mededinging te beperken, en ook een onderneming met een machtspositie dient die bevoegdheid te krijgen. Het Gerecht lijkt ervan uit te gaan, dat het met artikel 86 nagestreefde doel zwaarder weegt dan het met het auteursrecht nagestreefde doel. Als ik de rechtspraak van het Hof goed heb begrepen, dient precies van het omgekeerde te worden uitgegaan.

68. Dit betekent natuurlijk niet, dat de vraag, welk doel met de betrokken gedraging wordt nagestreefd, niet relevant is voor de toepassing van artikel 86. Het volstaat derhalve niet, na te gaan of er sprake is van een gedraging die de mededinging beperkt in de zin van artikel 86, omdat een tot het specifiek voorwerp behorend recht in bijzondere omstandigheden wordt uitgeoefend. In voorkomend geval dient eveneens te worden onderzocht, of er in het concrete geval een aanvaardbare grond bestaat om dat recht in de betrokken omstandigheden uit te oefenen, dan wel of daarmee slechts een doel wordt nagestreefd dat kennelijk in strijd is met artikel 86 (zie hieronder sub i).

bb) De definitie van de wezenlijke functie van het auteursrecht

69. Het Gerecht verklaart, dat *de wezenlijke functie van het auteursrecht erin bestaat, de morele rechten op het werk te beschermen en de beloning van de creatieve inspanning te verzekeren, met inachtneming van de doelstellingen van, in het bijzonder, artikel 86.*

70. Het Gerecht lijkt hiermee de met artikel 86 nagestreefde doelstellingen op te nemen in een definitie van de wezenlijke functie van het auteursrecht. Dit is mijns inziens niet juist. Het begrip wezenlijke functie is een gemeenschapsrechtelijk begrip, dat evenwel zijn grondslag heeft in de nationale auteurswetten. Het Hof geeft daarmee aan, welke wezenlijke doelstellingen zijns inziens met de nationale auteurswetten worden nagestreefd, en gebruikt dit begrip, zoals

hieronder zal worden uiteengezet, onder meer om uit te maken wanneer er krachtens artikel 86 inbreuk kan worden gemaakt op rechten die tot het specifiek voorwerp van het auteursrecht behoren. Het heeft derhalve geen zin, de doelstellingen van de mededingingsbepalingen op te nemen in de definitie van de wezenlijke functie van het auteursrecht.

71. Het Gerecht heeft het daarentegen bij het rechte eind waar het verklaart, dat de wezenlijke functie van het auteursrecht erin bestaat, de morele rechten op het werk te beschermen en de beloning van de creatieve inspanning te verzekeren. Wat *de beloning van de creatieve inspanning* betreft, vindt dit, zoals het Gerecht heeft aangegeven, steun in de rechtspraak van het Hof.⁴⁹

72. ITP heeft betoogd, dat een definitie volgens welke de wezenlijke functie van het auteursrecht ook *de bescherming van de morele rechten* omvat, impliceert, dat degene die de rechten van de auteur heeft verworven, zoals ITP, geen gebruik kan maken van de rechten die niet-overdraagbaar zijn, en derhalve het alleenrecht van verveelvoudiging niet kan uitoefenen. Ter terechtzitting heeft ITP evenwel ter verduidelijking van haar standpunt verklaard, dat zij kan aanvaarden dat het auteursrecht tot doel heeft de morele rechten te beschermen, mits daarmee niet wordt voorbijgegaan aan de vermogens-

49 — R. o. 71 arrest RTE. R. o. 56 arrest ITP. Het Gerecht heeft met name verwezen naar de rechtspraak van het Hof met betrekking tot octrooirechten, maar er is geen enkele reden om het auteursrecht op dit punt anders te behandelen. Zie ook de in voetnoot 47 aangehaalde arresten.

rechtelijke en commerciële belangen die met het auteursrecht zijn verbonden, het enige wat een verkrijger als ITP interesseert.

73. Het lijkt geen twijfel, dat het auteursrecht vermogensrechtelijke en commerciële rechten omvat. Dit staat uiteraard niet in de weg aan de vaststelling, dat het auteursrecht ook morele rechten omvat en dat de bescherming van deze belangen een dermate belangrijk onderdeel van het auteursrecht is, dat dit noodzakelijkerwijze in aanmerking moet worden genomen bij de definitie van de wezenlijke functie van het auteursrecht. De morele rechten worden door de nationale wettelijke regelingen beschermd, ook al kan die bescherming van land tot land verschillen. Daarbij gaat het evenwel specifiek om de bescherming van het recht van de auteur om bij de exploitatie van het werk te worden genoemd en om de bescherming van zijn recht om zich te verzetten tegen nadeel veroorzakende wijzigingen van zijn werk. Normalerwijze zijn deze onderdelen van het auteursrecht onoverdraagbaar.⁵⁰ Deze kenmerken van het auteursrecht beletten ITP niet de door haar verworven vermogensrechtelijke en commerciële rechten uit te oefenen.⁵¹

74. Voor zover het Gerecht met zijn definitie van het begrip wezenlijke functie de

definitie van het specifiek voorwerp (zie hierboven sub b) niet heeft gewijzigd, lijkt de definitie zelf van de wezenlijke functie van het auteursrecht in deze zaak overigens niet te worden bestreden.

75. ITP, RTE en IPO leveren daarentegen kritiek op de toepassing die het Gerecht van het begrip wezenlijke functie heeft gemaakt. Zij betogen, dat het Gerecht door middel van dit begrip de rechten van de auteursrecht-hebbende heeft beperkt tot het recht om het beschermde werk te exploiteren bij wege van licenties.

cc) De toepassing van het begrip wezenlijke functie

76. Het Gerecht verklaart, dat *in gevallen waarin het auteursrecht niet meer overeenkomstig zijn wezenlijke functie wordt uitgeoefend, de voorrang van het gemeenschapsrecht meebrengt, dat nationale bepalingen inzake het intellectuele-eigendomsrecht die in strijd zijn met de beginselen van vrij verkeer van goederen en vrije mededinging, moeten wijken.*

77. Deze opvatting is in beginsel juist, doch gepreciseerd moet worden, op welke wijze het begrip wezenlijke functie relevant is bij een toetsing aan artikel 86.

50 — Zie artikel 6 bis, lid 1, van de Berner Conventie: „Onafhankelijk van de vermogensrechtelijke auteursrechten, en zelfs na overdracht van die rechten, behoudt de auteur het recht om het auteurschap van het werk op te eisen, en om zich te verzetten tegen elke misvorming, verminking of andere wijziging van dat werk, of tegen elke andere aantasting daarvan, die nadeel zou kunnen toebrengen aan zijn eer en zijn goede naam.” Zie over het „droit moral” ook het Groenboek over het auteursrecht en de uitdaging der technologie, Com(88) 172 def., door de Commissie vastgesteld op 21 februari 1989, punt 5.6.27.

51 — Zie in dit verband arrest Hof van 20 januari 1981 (gevoegde zaken 55/80 en 57/80, Musik-Vertrieb Membran, Jurispr. 1981, blz. 147, r. o. 12).

78. Gelijk hierboven uitgezet, ben ik van mening, dat zowel artikel 86 als de artikelen 30 en 36 kunnen worden toegepast wanneer tot het specifiek voorwerp behorende rechten in bijzondere omstandigheden worden uitgeoefend. De kernvraag is, zoals gezegd, hoe het Hof dient uit te maken, of dergelijke bijzondere omstandigheden aanwezig zijn. In dit verband is het begrip wezenlijke functie relevant.

79. Om vast te stellen, welke bevoegdheden tot het specifiek voorwerp behoren, dient de bescherming van het betrokken intellectuele-eigendomsrecht te worden afgewogen tegen het vrij verkeer van goederen of de onvervalste mededinging. Om te bepalen of er bijzondere omstandigheden zijn die meebrengen, dat de uitoefening van rechten die in beginsel tot het specifiek voorwerp behoren, toch als onverenigbaar met de verdragsbepalingen moet worden aangemerkt, moet die afweging opnieuw worden gemaakt en het begrip wezenlijke functie is een *hulpbegrip* dat het Hof in staat stelt die afweging te maken. De definitie van de wezenlijke functie van het auteursrecht heeft tot doel, te bepalen welke belangen moeten worden afgewogen tegen het vrij verkeer van goederen of de vrije mededinging.

80. Afweging impliceert niet, dat aan beide elementen hetzelfde belang moet worden gehecht. De afweging dient altijd ten gunste van het intellectuele-eigendomsrecht te gebeuren. Het Verdrag neemt uitdrukkelijk als uitgangspunt, dat intellectuele-eigen-

domsrechten ook kunnen worden uitgeoefend wanneer dat handelsbelemmeringen of mededingingsbeperkingen meebrengt. Is een uitoefening van een bepaald intellectuele-eigendomsrecht noodzakelijk om dit recht zijn wezenlijke functie te laten vervullen, dan wordt die uitoefening door de verdragsbepalingen onverlet gelaten. Slechts wanneer een uitoefening niet noodzakelijk is om het intellectuele-eigendomsrecht zijn wezenlijke functie te laten vervullen, dient die uitoefening van het recht te wijken voor het vrij verkeer van goederen of de vrije mededinging.

81. Wat *noodzakelijk* is om het intellectuele-eigendomsrecht zijn wezenlijke functie te laten vervullen, is evenwel geen absoluut, maar een relatief gegeven.

82. Het is niet zo dat, gelijk RTE, ITP en IPO lijken te vrezen, een inbreuk op het recht om geen licentie te verlenen gerechtvaardigd is om de enkele reden, dat de auteursrechthebbende royalty's kan vorderen en op die manier een beloning kan krijgen voor zijn creatieve inspanning.

Integendeel, het uitgangspunt voor de door het Hof te verrichten afweging is juist, dat de rechten die tot het specifiek voorwerp behoren, worden geacht noodzakelijk te zijn om het betrokken intellectuele-eigendomsrecht zijn wezenlijke functie te laten vervullen. Het alleenrecht van verveelvoudiging en derhalve ook het recht om geen licentie te verlenen zijn in beginsel noodzakelijk om de

auteursrechthebbende een afdoende beloning voor zijn creatieve inspanning te verzekeren.

bescherming van de morele rechten kan verzekeren door in de licentie-overeenkomst voorwaarden dienaangaande op te nemen.⁵²

83. De aanwezigheid van bepaalde omstandigheden kan evenwel tot gevolg hebben, dat het belang van de auteursrechthebbende minder zwaar weegt of dat het belang van de mededinging zwaarder weegt dan normaal. In dat geval kan toetsing aan artikel 86 meebrengen, dat de bevoegdheid om royalty's te vorderen wordt beschouwd als een afdoend middel om de rechthebbende een beloning voor zijn creatieve inspanning te verzekeren, omdat het recht om geen licentie te verlenen in die omstandigheden niet kan worden geacht noodzakelijk te zijn om het recht zijn wezenlijke functie te laten vervullen.

85. Dat het begrip wezenlijke functie die betekenis heeft, vindt steun in de rechtspraak van het Hof betreffende de artikelen 30 en 36.⁵³

Het Hof bepaalt, welke rechten tot het specifiek voorwerp behoren, op basis van wat noodzakelijk is om het betrokken intellectuele-eigendomsrecht zijn wezenlijke functie te laten vervullen.⁵⁴

84. Het is tegelijkertijd duidelijk, dat het begrip wezenlijke functie een *absolute grens* stelt aan de inbreuken die krachtens artikel 86 op de tot het specifiek voorwerp behorende rechten kunnen worden gemaakt. Er kunnen geen inbreuken worden gemaakt die meebrengen, dat de auteur geen beloning kan krijgen voor zijn creatieve inspanning of dat de bescherming van de door het nationale recht verleende morele rechten niet kan worden verzekerd.

Bepaalde omstandigheden kunnen evenwel meebrengen, dat het belang van de houder

52 — In dit verband zij opgemerkt, dat de bescherming van de bijzondere morele band tussen de auteur en zijn werk impliceert, dat de auteur het recht heeft, zich te verzetten tegen elke publikatie van zijn werk. Dat wordt aangenomen dat de wezenlijke functie de bescherming van de morele rechten omvat, brengt derhalve mee, dat een onderneming niet krachtens artikel 86 kan worden verplicht een licentie te verlenen wanneer de auteur niet wenst dat zijn werk openbaar wordt gemaakt. Dit punt is niet relevant voor de onderhavige zaken, daar RTE en ITP zelf zorgen voor publikatie en ook een aantal licenties hebben verleend voor gedeeltelijke publikatie van het werk.

53 — In sommige arresten verwijst het Hof evenwel slechts naar de elementen die de wezenlijke functie van het betrokken intellectuele-eigendomsrecht vormen, zonder dit begrip uitdrukkelijk aan te wenden.

54 — Zie bij voorbeeld arresten Hof van 17 oktober 1990 (zaak C-10/89, HAG GF, Jurispr. 1990, blz. I-3711, r. o. 14); 17 mei 1988 (zaak 158/86, Warner Brothers, Jurispr. 1988, blz. 2605, r. o. 15); 9 juli 1985 (zaak 19/84, Pharmon, Jurispr. 1985, blz. 2281, r. o. 26); 3 december 1981 (zaak 1/81, Pfizer, Jurispr. 1981, blz. 2913, r. o. 7, 8 en 9); 14 juli 1981 (zaak 187/80, Merck, Jurispr. 1981, blz. 2063, r. o. 10); 10 oktober 1978 (zaak 3/78, Centrafarm, Jurispr. 1978, blz. 1823, r. o. 11), en 23 mei 1978 (zaak 102/77, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1978, blz. 1139, r. o. 7). Laatstgenoemd arrest is uitvoeriger behandeld in punt 49 hierboven.

Die grens wordt niet overschreden door een verplichting om een licentie te verlenen, daar er royalty's kunnen worden gevorderd en daar de auteur de mogelijkheid heeft op te treden tegen onrechtmatig of nadeel berokkenend gebruik van het beschermde werk door de licentienemer en voor het overige de

van het intellectuele-eigendomsrecht minder zwaar weegt en/of dat het belang van het vrij verkeer van goederen zwaarder weegt dan gewoonlijk, zodat de afweging van die belangen als uitkomst geeft, dat uitoefening van dit recht in die omstandigheden onverenigbaar met de bepalingen van het Verdrag wordt geacht. Zoals hierboven sub c is uitgezet, wordt een dergelijke gedraging bij toetsing aan de artikelen 30 en 36 gewoonlijk omschreven als een gedraging die niet tot het specifiek voorwerp behoort.⁵⁵ Uit arresten met die inhoud blijkt, dat Hof heeft geoordeeld, dat de uitoefening van rechten die in beginsel tot het specifiek voorwerp behoren, in de betrokken omstandigheden niet noodzakelijk was om het intellectuele-eigendomsrecht zijn wezenlijke functie te laten vervullen.

In een aantal gevallen heeft het Hof evenwel vastgesteld, dat een uitoefening van rechten die tot het specifiek voorwerp behoren, ook onder bepaalde omstandigheden moet worden geacht noodzakelijk te zijn om het betrokken intellectuele-eigendomsrecht zijn wezenlijke functie te laten vervullen.⁵⁶

86. Hierboven moest worden aangetoond, dat niet principieel is uitgesloten dat krach-

tens artikel 86 inbreuk wordt gemaakt op rechten die volgens de rechtspraak van het Hof tot het specifiek voorwerp van het auteursrecht behoren, en in dit verband moest de betekenis van het begrip wezenlijke functie van het auteursrecht worden behandeld.

Hieraan is één gevaar verbonden, namelijk dat de indruk wordt gewekt, dat het begrip wezenlijke functie zozeer wordt gerelativeerd, dat het geen enkele reële betekenis meer heeft. Deze indruk is mijns inziens verkeerd. De eenmaal vastgestelde inhoud van het specifiek voorwerp van het auteursrecht blijft altijd het uitgangspunt voor de overwegingen van het Hof, en vaststaat, dat er duidelijke en zwaarwegende gronden moeten worden aangevoerd om de uitoefening van tot het specifiek voorwerp behorende rechten in strijd met de bepalingen van het Verdrag te achten.

87. Met name wat betreft het recht om geen licentie te verlenen, is het duidelijk, dat de verplichting om een licentie te verlenen een *zware inbreuk* op het auteursrecht vormt, omdat het dit recht beperkt tot een recht op een vermogensrechtelijke vergoeding. Derhalve zullen er *zeer zwaarwegende en duidelijke mededingingsbelangen* op het spel moeten staan om te kunnen aannemen dat het recht om geen licentie te verlenen wordt uitgeoefend in omstandigheden die meebrengen dat die uitoefening niet kan worden geacht noodzakelijk te zijn om het auteursrecht zijn wezenlijke functie te laten vervullen.

55 — Zie bij voorbeeld r. o. 15 van het arrest HAG GF, r. o. 23 van het arrest Pharmon, r. o. 10 en 11 van het arrest Pfizer, r. o. 11 en 13 van het arrest Merck, r. o. 19-23 van het arrest Centrafarm, r. o. 9 van het arrest Hoffmann-La Roche, en arresten Hof van 3 maart 1988 (zaak 434/85, Allen & Hanbury's, Jurispr. 1988, blz. 1245, r. o. 14-23); 20 januari 1981 (gevoegde zaken 55/80 en 57/80, Musik Vertrieb Membran, Jurispr. 1981, blz. 147, r. o. 14-18), en 20 juni 1976 (zaak 119/75, Terrapin, Jurispr. 1976, blz. 1039, r. o. 6).

56 — Zie bij voorbeeld r. o. 16 van het arrest HAG GF, r. o. 18 van het arrest Warner Brothers, r. o. 25 en 26 van het arrest Pharmon, r. o. 12-18 van het arrest Centrafarm, r. o. 10, 11 en 12 van het arrest Hoffmann-La Roche en r. o. 7 van het arrest Terrapin.

88. Hieronder zal worden nagegaan, of de omstandigheden die het Gerecht in zijn arresten heeft aangemerkt als bijzondere omstandigheden die toepassing van artikel 86 kunnen rechtvaardigen, aan die voorwaarde voldoen.

e) *De introductie van een nieuw produkt waarnaar er een aanzienlijke potentiële vraag van consumentenzijde bestaat*

89. Het Gerecht heeft in zijn arrest beklemtoond, dat RTE en ITP, door „zich het alleenrecht op publikatie van hun wekelijkse programmaoverzichten voor te behouden, de introductie op de markt beletten van een nieuw produkt — namelijk een alomvattende tv-gids — die waarschijnlijk met hun eigen tijdschrift (...) zou gaan concurreren” en waarnaar „potentiële vraag van consumentenzijde” bestond (r. o. 73 arrest RTE; r. o. 58 arrest ITP).

90. Voor de toepassing van artikel 86 in de onderhavige zaken was duidelijk doorslaggevend, dat RTE en ITP door hun gedrag de introductie van een *nieuw produkt* beletten. Niemand twijfelt eraan, dat RTE en ITP het recht hadden hun auteursrecht te gebruiken om te beletten dat een tv-gids werd uitgegeven die overeenkwam met hun eigen tv-gidsen. In haar beschikking preciseerde de Commissie, dat het beleid en de gedragingen van de ondernemingen een inbreuk op artikel 86 vormden in zoverre daardoor de uitgifte van een alomvattende tv-gids werd verhinderd. De beschikking moet derhalve aldus worden begrepen, dat de aan de ondernemin-

gen opgelegde verplichting om een licentie te verlenen voor hun programmaoverzichten, slechts geldt voor zover die overzichten zullen worden gebruikt voor de uitgifte van alomvattende wekelijkse tv-gidsen.⁵⁷

91. Het belang van de consument bij de introductie van een nieuw produkt is ongetwijfeld relevant voor de beantwoording van de vraag, of er sprake is van een de mededinging beperkende gedraging in de zin van artikel 86. Gelijk de Commissie heeft beklemtoond, bepaalt artikel 86, sub b, dat misbruik van machtspositie met name kan bestaan in „het beperken van de produktie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers”.⁵⁸

92. Op het eerste gezicht zijn er derhalve goede gronden om aan te nemen, dat er sprake is van een bijzondere omstandigheid die kan meebrengen dat de uitoefening van tot het specifiek voorwerp behorende rechten misbruik van oplevert, wanneer dat recht wordt uitgeoefend om de introductie van een nieuw produkt te beletten. Bij nader inzicht blijkt evenwel, dat voor een dergelijke

57 — De Commissie wees er in haar beschikking op, dat de situatie in andere Lid-Staten en de — zij het beperkte — ervaring met de uitgifte van *Magill TV Guide* aantoonde, dat er op de markt een aanzienlijke potentiële vraag naar alomvattende tv-gidsen was. Verzoeksters stelden voor het Gerecht, dat de Commissie het bewijs daarvan schuldig blijft (r. o. 37 arrest RTE; r. o. 22 arrest ITP). Mijns inziens vormen de door de Commissie aangedragen elementen een voldoende bewijs van de potentiële vraag.

58 — De Commissie verwees in dit verband naar het arrest van het Gerecht van 10 juli 1990 (zaak T-51/89, Tetra Pak, Jurispr. 1990, blz. II-309).

opvatting een definitie van het begrip nieuw produkt nodig is.

als nieuw kan worden aangemerkt, relevant is dat het betrokken produkt zal gaan concurreren met de eigen produkten van de auteursrechthebbende.⁶⁰

93. De eerste voorwaarde om van een nieuw produkt te kunnen spreken, is natuurlijk, dat het produkt op de betrokken markt niet te vinden is.⁵⁹ Dit is op zichzelf evenwel niet voldoende om de auteursrechthebbende te verplichten een licentie te verlenen (zie hieronder betreffende produkten die de auteursrechthebbende zelf kan vervaardigen, maar thans niet wenst te vervaardigen). Tegen de achtergrond van de omstandigheden die in de onderhavige zaken aan de orde zijn, rijst de vraag, of een produkt reeds als nieuw kan worden aangemerkt wanneer de auteursrechthebbende het niet zelf kan vervaardigen, bij voorbeeld omdat daarvoor een licentie op het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken van anderen nodig is, dan wel of de omstandigheid, dat het betrokken produkt concurreert met het produkt van de auteursrechthebbende, het relevante criterium is.

94. De Commissie ontkent, dat het voor de beantwoording van de vraag, of een produkt

95. Het standpunt van de Commissie lijkt mij niet houdbaar.

96. Het ligt mijns inziens voor de hand, dat er sprake is van misbruik van machtspositie wanneer de auteursrechthebbende zijn recht gebruikt om de introductie te beletten van een produkt dat *niet concurreert* met zijn eigen produkt, omdat het voor de consumenten voldoet aan andere behoeften dan die waarin het produkt van de auteursrechthebbende voorziet.

97. Het tegenovergestelde geldt wanneer het auteursrecht wordt gebruikt om de introductie te beletten van een produkt dat met behulp van het auteursrechtelijk beschermde werk wordt vervaardigd en concurreert met de produkten die de auteursrechthebbende zelf vervaardigt. Ook al gaat het om een nieuw en beter produkt, in dat geval kan het

59 — Voor zover verzoeksters ervoor hadden geopteerd, samen een alomvattende tv-gids te publiceren, maar voor het overige anderen die mogelijkheid ontzegden, kan ter rechtvaardiging van de inbreuk op het specifiek voorwerp in ieder geval niet worden aangevoerd, dat de ondernemingen door hun gedrag de introductie van een nieuw produkt beletten. Een dergelijk gedrag kan evenwel een discriminerend licentiebeleid opleveren en om die reden onverenigbaar zijn met artikel 86. Dit is in ieder geval de opvatting van de Commissie, daar zij in punt 27 van haar beschikking verklaart: „Indien een bevel tot onderlinge levering van deze overzichten slechts tot ITP, BBC en RTE zou worden gericht, zou zulks een niet met artikel 86 verenigbare discriminatie inhouden ten aanzien van derden die een wekelijkse, alomvattende gids zouden willen produceren.” ITP en RTE hebben de beschikking van de Commissie op dit punt niet bestreden en derhalve dient niet te worden onderzocht, of de opvatting van de Commissie juist is. De Britse wettelijke regeling lijkt aldus te zijn gewijzigd, dat aan alle betrokken partijen een licentie moet worden verleend, en RTE heeft er op dezelfde wijze voor geopteerd om in de regel licentie te verlenen voor haar programmaoverzichten.

60 — De Commissie voert aan, dat het standpunt dat zij in de onderhavige zaken inneemt, in overeenstemming is met haar eerdere praktijk. Zo schortte zij in 1984 de procedure die zij tegen IBM had ingeleid, op nadat die onderneming zich ertoe had verbonden, haar concurrenten informatie te verstrekken over het gebruik van IBM-computers van het type System/370, een verbintenis die in december 1988 werd herhaald en uitgebreid. Zonder die informatie konden de concurrenten van de onderneming worden geweerd van de markt voor produkten die met de produkten van IBM concurreerden (Veertiende verslag over het mededingingsbeleid, 1984, blz. 90). Volgens ITP draaide de zaak IBM evenwel uitsluitend om het verstrekken van informatie en bleven de intellectuele-eigendomsrechten daarbij buiten schot.

belang van de consumenten geen inbreuk op het specifiek voorwerp van het auteursrecht rechtvaardigen. Wanneer het gaat om een produkt dat in wezen voorziet in dezelfde behoeften van de consumenten als het beschermde produkt, weegt het belang van de auteursrechthebbende zwaar. Al wordt de markt ten nadele van de verbruikers beperkt, toch dient in dat geval het recht om geen licentie te verlenen noodzakelijk te worden geacht om de auteursrechthebbende de beloning voor zijn creatieve inspanning te verzekeren.

98. RTE en ITP zijn niet in staat zelf een alomvattende wekelijkse tv-gids te publiceren. Een alomvattende wekelijkse tv-gids zal evenwel, gelijk ook de Commissie heeft gesteld, ongetwijfeld concurreren met hun respectieve tv-gidsen. Hij zal zowel goedkoper als overzichtelijker zijn, maar in wezen voorzien in dezelfde behoeften van de consumenten als die waaraan door het kopen van wekelijkse tv-gidsen van de afzonderlijke tv-omroeporganisaties kan worden voldaan. In die omstandigheden moet het belang van de consument wijken voor het belang van de auteursrechthebbende. Wij staan hier dus niet voor een nieuw produkt als die welke voor de toepassing van artikel 86 relevant zijn, en derhalve ook niet voor een bijzondere omstandigheid die een inbreuk op het specifiek voorwerp kan rechtvaardigen.

99. Het Gerecht vergelijkt deze situatie mijns inziens ten onrechte met de situatie die het Hof in zijn arresten in de zaken Volvo en CICRA als derde voorbeeld van een mis-

bruik opleverende gedraging heeft gegeven. In zijn arresten overwoog het Gerecht:

„Bovendien verhinderde verzoeksters gedraging de introductie op de markt van een bepaald soort produkt, namelijk een alomvattende tv-gids. Voor zover uit die gedraging in het bijzonder de weigering bleek om rekening te houden met de wensen van de consument, vertoont zij ook een zekere overeenkomst met het (...) besluit van een autofabrikant om voor bepaalde modellen geen vervangingsonderdelen meer te vervaardigen, hoewel er op de markt nog vraag naar bestaat” (r. o. 74 arrest RTE; r. o. 59 arrest ITP).

100. Dit voorbeeld betreft produkten die de auteursrechthebbende op basis van het auteursrecht zelf kan vervaardigen, maar op dat ogenblik niet wenst te vervaardigen. Uit het voorbeeld blijkt, dat er sprake kan zijn van misbruik van machtspositie wanneer de modelhouder weigert licentie te verlenen en tegelijkertijd nalaat het modelrechtelijk beschermde produkt zelf te vervaardigen. Beide rechten behoren, zoals hierboven is aangetoond, tot het specifiek voorwerp van het modelrecht.

101. Dit voorbeeld kan evenwel niet worden aangevoerd tot staving van de stelling, dat de

omstandigheid dat een auteursrechthebbende nalaat een produkt te vervaardigen en tegelijkertijd weigert anderen een licentie te verlenen voor de vervaardiging van een dergelijk produkt, op zichzelf misbruik van machtspositie oplevert. Het is niet zo, dat een onderneming met een machtspositie in de regel verplicht is haar auteursrechtelijk beschermde werken zelf te publiceren of daarvoor licentie te verlenen. Een dergelijke verplichting bestaat slechts wanneer het feit dat de verbruiker geen toegang krijgt tot het produkt, gepaard gaat met bijzondere omstandigheden.⁶¹

Het lijkt mij duidelijk, dat het Hof doorslaggevend belang hechtte aan de omstandigheid, dat de verbruiker bijzonder afhankelijk is van het produkt wanneer een autofabrikant nalaat vervangingsonderdelen te vervaardigen voor een bepaald model, ofschoon en nog steeds een groot aantal auto's van dat model in omloop zijn, en het ontbreken van vervangingsonderdelen derhalve tot gevolg kan hebben, dat de verbruiker zich een nieuwe auto moet aanschaffen. De fabrikant heeft de behoefte aan vervangingsonderdelen zelf gecreëerd en maakt derhalve misbruik van zijn modelrecht wanneer hij dat gebruikt om te beletten dat in de behoefte aan vervangingsonderdelen wordt voorzien.

61 — Het belang van de verbruiker bij toegang tot het produkt moet met andere woorden in beginsel worden behartigd door de nationale regeling inzake intellectuele-eigendomsrechten, die kan voorzien in de mogelijkheid van dwanglicenties in het algemeen belang wanneer de houder van het intellectuele-eigendomsrecht het beschermde werk niet in een redelijke omvang exploiteert. Zie voor dergelijke bepalingen op het gebied van het octrooierecht, arresten Hof van 18 februari 1992 (zaak C-30/90, Commissie/Verenigd Koninkrijk, Jurispr. 1992, blz. I-829), en 27 oktober 1992 (zaak C-191/90, Generics, Jurispr. 1992, blz. I-5335).

102. Het voorbeeld verschilt dus van deze casus en is derhalve niet van beslissend belang voor de onderhavige zaken, daar RTE en ITP los van elkaar de consumenten de produkten aanbieden die zij op basis van hun auteursrecht kunnen vervaardigen, namelijk wekelijkse tv-gidsen voor hun respectieve tv-kanalen.

f) Het gebruik van een machtspositie op een markt om zich een afgeleide markt te reserveren

103. Het Gerecht heeft in zijn arresten belang gehecht aan de omstandigheid, dat „verzoekster (het) auteursrecht op de in het kader van haar omroepactiviteiten vervaardigde programmaoverzichten [in het arrest ITP: het van de tv-maatschappijen verkregen auteursrecht op de in het kader van haar omroepactiviteiten vervaardigde programmaoverzichten] gebruikte om zich een monopolie op de markt van wekelijks verschijnende tv-gidsen te verzekeren” (r. o. 73 arrest RTE; r. o. 58 arrest ITP).

104. De aangehaalde rechtsoverwegingen moeten aldus worden verstaan, dat de markt voor programmaoverzichten als de hoofdmarkt en de markt voor tv-gidsen als de afgeleide markt wordt aangemerkt. Die rechtsoverwegingen moeten worden gelezen in samenhang met de beschikking, waarin de Commissie overweegt, dat ITP en RTE elk een machtspositie innemen op één markt,

namelijk de markt voor hun eigen programmaoverzichten, en die machtspositie gebruiken om een afgeleide markt voor zichzelf te reserveren, namelijk de markt voor wekelijkse tv-gidsen, op welke markt anders concurrentie zou kunnen plaatsvinden, in het bijzonder voor wat wekelijkse alomvattende gidsen betreft.

105. Onder verwijzing naar het eerste voorbeeld van een misbruik opleverende gedraging, dat het Hof in zijn arresten in de zaken Volvo en CICRA heeft gegeven, overwoog het Gerecht verder:

„In de onderhavige zaak had het feit dat verzoekster zich het uitsluitend recht op veelvoudiging van haar programmaoverzichten voorbehield, tot doel en tot gevolg, dat elke potentiële mededinging op de afgeleide markt van informatie over de wekelijkse programma's (...) werd verhinderd ten einde het monopolie dat verzoekster voor de publikatie van de *RTE Guide* [in het arrest ITP: *TV Times*] bezat, in stand te houden. Vanuit het standpunt van andere ondernemingen die geïnteresseerd waren in het publiceren van een tv-gids, is verzoeksters weigering om derden die daarom vroegen, zonder te discrimineren toestemming te geven haar programmaoverzichten te publiceren, zoals de Commissie terecht benadrukt, vergelijkbaar met een willekeurige weigering van een autofabrikant om bij zijn hoofdactiviteit als autoconstructeur vervaardigde vervangingsonderdelen te leveren aan een onafhankelijke reparateur die werkzaam is op de afgeleide markt van auto-onderhoud en-reparatie” (r. o. 74 arrest RTE; r. o. 59 arrest ITP).

106. Het is juist, dat de omstandigheid dat een onderneming haar machtspositie op één markt gebruikt om zich een afgeleide markt te reserveren, een met artikel 86 strijdige, de mededinging beperkende gedraging kan opleveren (zie bij voorbeeld arrest Hof van 6 maart 1974, *Commercial Solvents*⁶²). De vraag is evenwel, of dergelijke overwegingen relevant zijn wanneer het gaat om de uitoefening van intellectuele-eigendomsrechten.

107. RTE, ITP en IPO betogen, zakelijk weergegeven, dat het aanwenden van het auteursrecht om de mededinging op de afgeleide markt uit te schakelen, een normaal gebruik van het auteursrecht is. Een auteursrechtshabbeende verwerft de beloning voor zijn creatieve inspanning vaak door middel van de vervaardiging en de verkoop van producten die het auteursrechtelijk beschermde werk omvatten, dat wil zeggen op een afgeleide markt. ITP voegt daaraan toe, dat zij het auteursrecht op haar programmaoverzichten juist slechts op de markt voor tv-gidsen commercieel exploiteert.

108. De Commissie betoogt, dat de omstandigheid, dat het auteursrecht wordt uitgeoefend om elke mededinging op de afgeleide markt uit te sluiten, een bijzondere omstandigheid oplevert, die toepassing van artikel 86 kan rechtvaardigen. Tot staving van haar stelling verwijst zij naar de arresten van het Hof van 13 november 1975, *General Motors Continental*⁶³, 31 mei 1979,

62 — Gevoegde zaken 6/73 en 7/73, *Jurispr.* 1974, blz. 223, r. o. 25.

63 — Zaak 26/75, *Jurispr.* 1975, blz. 1367.

Hugin ⁶⁴, 3 oktober 1985, CBEM ⁶⁵, en 11 november 1986, British Leyland ⁶⁶, die betrekking hadden op gedragingen van ondernemingen met een machtspositie ter zake van het verstrekken van diensten of produkten die alleen deze ondernemingen konden verstrekken en die noodzakelijk waren om op een afgeleide markt handel te kunnen drijven.

109. De Commissie heeft verder aangevoerd, dat het door het Gerecht aangehaalde voorbeeld uit de arresten van het Hof in de zaken Volvo en CICRA relevant is voor de uitspraak in de onderhavige zaken. Volgens de Commissie is de situatie van Magill in zoverre te vergelijken met die van een onafhankelijke garage, dat beide afhankelijk zijn van de levering van produkten door een marktdeelnemer uit een eerdere afzetfase (respectievelijk programmaoverzichten en auto-onderdelen) om hun werkzaamheid te kunnen verrichten op de afgeleide markt (respectievelijk de markt voor tv-gidsen en de markt voor reparatie van Volvo's en Renaults), waar zij concurreren met hun leverancier (respectievelijk de eigen wekelijkse tv-gidsen van de RTE en ITP en de erkende garages van Volvo en Renault). De Commissie geeft evenwel toe, dat de vergelijking niet helemaal opgaat, daar Magill zich in zoverre in een andere situatie bevindt, dat zij voor de uitoefening van haar werkzaamheid meer nodig heeft dan de levering van het produkt, zij moet namelijk een licentie krijgen om het beschermde werk te mogen vervelvoudigen.

110. Dit verschil is juist van beslissend belang. Gelijk RTE en ITP hebben aangevoerd, moet een onderscheid worden gemaakt tussen een *weigering om een produkt te leveren* aan een klant die dat produkt op de afgeleide markt wil gebruiken, en een *weigering om een licentie te verlenen* aan een concurrent die produkten wil vervaardigen en verkopen waarin het beschermde werk is vervat. In het eerste geval is de eventuele schending van artikel 86 namelijk niet afhankelijk van de omstandigheid dat het gaat om produkten die door een intellectuele-eigendomsrecht zijn beschermd. De redenering per analogiam van het Gerecht is derhalve verkeerd en de door de Commissie aangevoerde arresten zijn niet relevant voor de uitspraak in de onderhavige zaken.

111. Gelijk door ITP is beklemtoond, doch anders dan het Gerecht in zijn arresten heeft overwogen (r. o. 74 arrest RTE; r. o. 59 arrest ITP), kan enige analogie worden gevonden in de situaties die het voorwerp waren van het geschil in de zaak Volvo en CICRA, namelijk dat Volvo en Renault het recht hadden te weigeren een licentie te verlenen voor het in de handel brengen van vervangingsonderdelen die zonder toestemming van Volvo en Renault waren vervaardigd. Opgemerkt zij, dat het Hof het niet nodig achtte een onderscheid te maken tussen licenties met oog op mededinging op de markt van de verkoop van vervangingsonderdelen en licenties met het oog op mededinging op de markt voor reparatie van Volvo's en Renaults.

112. Er is derhalve geen enkele reden om de auteursrechthebbende die zijn auteursrecht uitoefent om gebruik van het beschermde werk door concurrenten te beletten, verschillend te behandelen naar gelang van de markt

64 — Zaak 22/78, Jurispr. 1979, blz. 1869.

65 — Zaak 311/84, Jurispr. 1985, blz. 3261.

66 — Zaak 226/84, Jurispr. 1986, blz. 3263.

waarop dat werk wordt gebruikt. Gelijk ITP heeft beklemtoond, dient te worden aangenomen, dat de exploitatie van het auteursrecht op een zogenoemde afgeleide markt noodzakelijk is om een afdoende beloning voor de creatieve inspanning te krijgen.

het weekprogramma willen publiceren, maar niet aan andere, namelijk die welke wekelijkse programmaoverzichten willen publiceren.⁶⁷

g) Discriminerend licentiebeleid of het verlenen van licenties tegen onredelijke voorwaarden

113. Het Gerecht heeft er in zijn arresten op gewezen, dat „verzoekster wel om niet toestemming gaf voor de publikatie van haar dagelijkse overzichten en van de hoogtepunten van haar wekelijkse programma's in Ierse en Britse kranten. Bovendien gaf zij, zonder hiervoor een vergoeding te vragen, toestemming voor de publikatie van haar wekelijkse programmaoverzichten in andere Lid-Staten” (r. o. 73 arrest RTE; r. o. 58 arrest ITP).

114. De Commissie heeft betoogd, dat de eerste door het Gerecht genoemde omstandigheid terecht in aanmerking is genomen voor de beslechting van de zaak. Zij heeft evenwel niet nader aangegeven, op welke wijze die omstandigheid relevant is. Zij is waarschijnlijk van mening, dat het gedrag van de ondernemingen een discriminerend licentiebeleid verraadt, omdat licenties worden verleend aan bepaalde categorieën van uitgeverijen, namelijk die welke dagelijkse programmaoverzichten of hoogtepunten van

115. Die stelling kan evenwel niet worden bijgetreden. Discriminatie veronderstelt vergelijkbare situaties. Dit is hier niet het geval. Integendeel, RTE en ITP verlenen juist licenties aan ieder die daarom verzoekt, en zulks tegen dezelfde voorwaarden. Dat de ondernemingen zich een bepaalde exploitatie van het beschermde werk willen voorbehouden, wijst niet op discriminatie.

116. Met betrekking tot de door het Gerecht genoemde omstandigheid, dat toestemming werd verleend om de programmaoverzichten dagelijks te publiceren, dient te worden opgemerkt, dat Magill ter terechtzitting heeft gesteld, dat het in de onderhavige zaken niet gaat om de weigering om licenties te verlenen en dat er derhalve ook geen dwanglicenties dienen te worden opgelegd. Magill wijst erop, dat ITP en RTE een groot aantal licenties hebben verleend, en betoogt op basis daarvan, dat het in deze zaken gaat om het verlenen van licenties tegen onredelijke voorwaarden, namelijk tegen voorwaarden die

67 — Zie in dit verband r. o. 57 van het arrest RTE en r. o. 40 van het arrest ITP.

de publikatie van wekelijkse programma-overzichten beletten.⁶⁸

Magill tracht verder aan te tonen, dat het recht om geen licentie te verlenen misschien tot het specifiek voorwerp van het auteursrecht behoort, doch dat dit zeker niet het geval is voor het recht om de licentievoorwaarden vast te stellen. Die stelling is, gelijk hierboven sub c is aangetoond, niet juist. Het recht om licenties te verlenen omvat ook het recht om dit tegen bepaalde voorwaarden te doen. Het verlenen van licenties tegen onredelijke voorwaarden kan evenwel een bijzondere omstandigheid opleveren die een inbreuk op het specifiek voorwerp van het auteursrecht kan rechtvaardigen. In de onderhavige zaken lijkt slechts één voorwaarde te worden bestreden, namelijk dat de verleende licenties niet het recht omvatten wekelijkse programmaoverzichten te publiceren. Gelet op het feit dat de ondernemingen zelf wekelijkse tv-gidsen uitgeven, kan die voorwaarde evenwel noch als discriminerend noch als onredelijk worden aangemerkt. Die stelling bevat derhalve niets nieuws. Dat de ondernemingen de uitgifte van wekelijkse programmaoverzichten voor zichzelf willen voorbehouden, wordt mijns inziens niet meer of niet minder laakbaar door de omstandigheid dat zij andere ondernemingen toestaan, van de programmaoverzichten een ander, nader bepaald gebruik te maken.

117. Met betrekking tot de tweede door het Gerecht aangehaalde omstandigheid — dat

toestemming is gegeven om in andere Lid-Staten wekelijkse programmaoverzichten te publiceren — dient te worden opgemerkt, dat blijkens de beschikking van de Commissie ITP, maar niet RTE⁶⁹, heeft nagelaten te beletten dat haar wekelijkse programmaoverzichten buiten Ierland en het Verenigd Koninkrijk, namelijk onder meer in België, Nederland en Frankrijk, in tv-gidsen worden gepubliceerd, op grond van de overweging, dat zij er geen belang bij heeft in rechte op te treden tegen publikaties in vreemde talen, ook al wordt vermoed dat die materiaal bevatten dat volgens de plaatselijke wettelijke regeling als een inbreuk op het auteursrecht van de onderneming zou kunnen worden aangemerkt. Het op die gronden niet optreden tegen een schending van het auteursrecht kan niet worden gelijkgesteld met een toestemming tot publikatie en verraadt derhalve geen discriminerend licentie-beleid. Die omstandigheid lijkt ook niet op enige andere wijze van belang te kunnen zijn voor de beslechting van de onderhavige zaken.

h) De vraag of programmaoverzichten voor bescherming in aanmerking komende werken zijn

118. Het Gerecht begint zijn behandeling van de vraag, of er sprake is van misbruik, met de vaststelling, dat „bij gebreke van geharmoniseerde nationale regels of van eenvormige gemeenschapsregels het vaststellen

68 — In haar beschikking volgt de Commissie waarschijnlijk dezelfde redenering waar zij verklaart, dat „gelet op het huidige beleid en de gedragingen van ITP, BBC en RTE, die daarin bestaan dat zij aan uitgevers wekelijks programmaoverzichten leveren, doch via de licentievoorwaarden de weergave van deze overzichten beperken tot één of hooguit twee dagen per publikatie of licenties geheel weigeren (...) dit beleid en deze gedragingen onnodig beperkend zijn”.

69 — RTE heeft verklaard, dat het arrest van het Gerecht op dit punt een materiële vergissing bevat, maar dat die vergissing niet van beslissende betekenis is voor de motivering van het dictum van het arrest.

van voorwaarden en procedures voor de bescherming van het auteursrecht tot de bevoegdheid van de nationale autoriteiten behoort" (r. o. 66 arrest RTE; r. o. 51 arrest ITP).⁷⁰ Het Gerecht besloot zijn behandeling van dit punt bovendien met de conclusie, dat „hoewel de programmaoverzichten in de relevante periode auteursrechtelijk beschermd waren ingevolge het nationale recht, dat nog steeds de regels voor deze bescherming bepaalt", de gelaakte gedraging niet verenigbaar is met het Verdrag (r. o. 75 arrest RTE; r. o. 60 arrest ITP).

119. Voor het Gerecht betoogde de Commissie algemeen, „dat een nationale wettelijke regeling die programmaoverzichten onder het auteursrecht brengt, [in de regel] onverenigbaar is met het gemeenschapsrecht" (r. o. 44 arrest RTE; r. o. 27 arrest ITP). Zij wees erop, dat „programmaoverzichten op zich niet geheim of innovatief zijn noch een onderzoeks karakter hebben. Integendeel, zij betreffen louter feitelijke gegevens, waarop dan ook geen auteursrecht zou mogen rusten" (r. o. 46 arrest RTE; r. o. 29 arrest ITP). De Commissie erkende, dat programmaoverzichten naar nationaal recht auteursrechtelijk beschermd zijn, maar betoogde op basis van de aangevoerde feiten, dat „het beleid en de gedragingen van onderzoekster niet worden gedekt door de in het gemeenschapsrecht erkende bescherming van

het auteursrecht" (r. o. 43 arrest RTE; r. o. 26 arrest ITP), doch misbruik van machtspositie opleveren (r. o. 47 arrest RTE; r. o. 30 arrest ITP).

120. Voor het Hof betoogde de Commissie in de onderhavige zaken, dat het aan de nationale autoriteiten en rechterlijke instanties staat, te bepalen welke werken auteursrechtelijk beschermd zijn. Zij heeft evenwel tegelijkertijd verklaard, dat het Gerecht bij zijn beslechting van de zaken terecht rekening heeft gehouden met het ongewone karakter van de nationale wettelijke regeling.⁷¹

121. RTE, ITP en IPO hebben betoogd, dat zowel de opvatting van de Commissie als de arresten het Gerecht getuigen van gebrek aan respect voor het beginsel, dat de omvang van de auteursrechtelijke bescherming door het nationale recht wordt bepaald. Gesteld wordt, dat de uitspraken er in feite op gericht zijn, de auteursrechtelijke bescherming van programmaoverzichten in het Ierse en Britse recht te veroordelen.

122. Uit hetgeen ik hierboven heb gezegd, volgt, dat ik ook niet van mening ben, dat de aan de orde zijnde weigering om licenties te verlenen heeft plaatsgevonden in omstandig-

70 — Het Gerecht verwijst dienaangaande naar arresten Hof van 14 september 1982 (zaak 144/81, Keurkoop, Jurispr. 1982, blz. 2853, r. o. 18); 5 oktober 1988 (zaak 53/87, CICRA, Jurispr. 1988, blz. 6039, r. o. 10), en 5 oktober 1988 (zaak 238/87, Volvo, Jurispr. 1988, blz. 6211, r. o. 7). Zie ook arresten Hof van 30 juni 1988 (zaak 35/87, Theiford, Jurispr. 1988, blz. 3585, r. o. 12), en 30 november 1993 (zaak C-317/91, Deutsche Renault, Jurispr. 1993, blz. I-6227, r. o. 20 en 31).

71 — De Commissie heeft verder een onderscheid gemaakt tussen werken van letterkunde en kunst in eigenlijke zin en functionele en utilitaire werken. Het onderscheid lijkt evenwel in de eerste plaats te worden gebruikt om de verdere gevolgen van het arrest van het Hof te illustreren. Zie hieronder sub j.

heden die toepassing van artikel 86 kunnen rechtvaardigen. Mijs inziens hebben de ondernemingen gelijk wanneer zij stellen, dat artikel 86 in de onderhavige gevallen eigenlijk alleen van toepassing zou kunnen zijn omdat programmaoverzichten niet voor bescherming in aanmerking komen.

123. Zoals ik aan het begin heb laten doorschemeren, kan redelijkerwijze worden gesteld, dat de voor het opstellen van programmaoverzichten vereiste inspanning *niet zoveel bescherming verdient*, dat moet worden aangenomen dat de auteursrechthebbende de introductie van alomvattende wekelijkse tv-gidsen mag beletten. De opstelling van programmaoverzichten vergt geen enkel initiatief, aangezien de overzichten enkel bestaan uit het op schrift stellen van een aantal gegevens die in elk geval voor de tv-onroepactiviteiten moeten worden verzameld en geordend. Wordt deze omstandigheid in aanmerking genomen, dan kan mijs inziens zonder problemen worden geconcludeerd, dat de onderhavige weigeringen om licenties te verlenen een onredelijke uitoefening van het auteursrecht opleveren. De vraag is evenwel, of het Hof rekening mag houden met de aard van het auteursrechtelijk beschermde werk.

124. Het Hof heeft tot nog toe zonder voorbehoud geoordeeld, dat het aan de nationale wetgevers staat te bepalen, welke produkten de bescherming van het intellectuele-

eigendomsrecht genieten.⁷² Voor het nationaal recht gelden dienaangaande slechts de grenzen die voortvloeien uit de tweede volzin van artikel 36 van het Verdrag, volgens welke beperkingen van het handelsverkeer geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten mogen vormen. Die grenzen moeten restrictief worden uitgelegd en niets wijst erop, dat zij in de onderhavige zaken zijn overschreden.⁷³

125. Het Hof dient ook in de onderhavige zaken vast te houden aan dit beginsel, dat mijs inziens een fundamenteel juiste bevoegdheidsverdeling tussen het nationaal recht en het gemeenschapsrecht bevat. Indien het naar gemeenschapsrecht nodig is, de auteursrechtelijke bescherming van bepaalde produkten te beperken, dient dit door mid-

72 — Zie de hierboven in voetnoot 70 aangehaalde arresten. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Mischo van 21 juni 1988 (zaak 53/87, CICRA, Jurispr. 1988, blz. 6039, punten 21-32), waar aan het Hof werd gesuggereerd, te onderzoeken of een door het nationale recht verleende bescherming van bepaalde produkten „moet worden geacht in overeenstemming te zijn met de rol die het Hof aan de industriële en commerciële eigendom heeft toegekend, te weten de „beloning van de creatieve inspanning van de uitvinder” (punt 32). In zijn arrest oordeelde het Hof, dat het aan de nationale wetgever staat vast te stellen, welke produkten deze bescherming genieten (r. o. 10).

73 — Vgl. het arrest van 30 november 1993 (zaak C-317/91, Deutsche Renault, Jurispr. 1993, blz. I-6227), waarin het Hof als voorbeeld van een mogelijke overschrijding van de uit de tweede volzin van artikel 36 voortvloeiende grenzen heeft genoemd, de situatie „waarin een producent in een andere Lid-Staat niet onder dezelfde voorwaarden geniet van de bescherming die het Duitse recht verleent aan een merk, geregistreerd of niet, of waar die bescherming verschilt naargelang de produkten die het betrokken merk voeren, van nationale of van buitenlandse oorsprong zijn” (r. o. 27). Zie ook r. o. 33. In zijn conclusie van 9 juni 1993 in die zaak heeft advocaat-generaal Tesaro mijs inziens terecht aangevoerd, „dat volgens de toepassing die daarvan in de rechtspraak wordt gemaakt, die betrokken beperking — die als het ware de minimumbescherming vormt — slechts een reële betekenis heeft in extreme gevallen (die nagenoeg slechts een theoretisch belang hebben) (...)” (punt 14).

del van bepalingen van de gemeenschapswetgever te gebeuren.⁷⁴

i) *De gegrondheid van de weigering om licentie te verlenen*

126. Het valt te overwegen, of het vasthouden aan dit beginsel niet gepaard kan gaan met de mogelijkheid, de aard van het beschermde werk in aanmerking te nemen om uit te maken of er sprake is van misbruik van machtspositie. Een dergelijke evenwichtsoefening kan ik het Hof evenwel niet voorstellen, ook al is zij verleidelijk en lijkt zij redelijk in de concrete omstandigheden van de onderhavige zaken. Aanvaarden dat de auteursrechthebbende zich in zijn handelsactiviteiten aan verschillende normen dient te houden naargelang de mate waarin zijn werk uit gemeenschapsrechtelijk oogpunt bescherming verdient, impliceert in alle omstandigheden, dat het gemeenschapsrecht wordt aangewend om een ongunstig oordeel uit te spreken over de in de nationale auteurswetten vervatte bepalingen inzake de vraag welke produkten voor bescherming in aanmerking komen.

127. Mitsdien moet worden geconcludeerd, dat ook de omstandigheid dat programma-overzichten weinig bescherming verdienen, geen rechtvaardigingsgrond kan vormen voor een inbreuk op de uitoefening van het auteursrecht op die programmaoverzichten.

128. Het Gerecht overweegt in zijn arresten, dat „verzoeksters weigering om derden toestemming te geven haar wekelijkse programmaoverzichten te publiceren, (...) willekeurig was, voor zover zij niet viel te verdedigen op grond van de specifiek vereisten van de omroepsector — die hier niet in het geding is — of op grond van bijzondere vereisten verband houdend met het publiceren van tv-gidsen [arrest ITP: voor zover zij niet viel te verdedigen op grond van bijzondere vereisten verband houdend met het publiceren van tv-gidsen]. Om de commerciële levensvatbaarheid van haar wekelijkse publicatie (...) te verzekeren, had verzoekster zich kunnen aanpassen aan de voorwaarden van een aan mededinging onderworpen markt van tv-gidsen” (r. o. 73 arrest RTE; r. o. 58 arrest ITP).

129. Op grond van wat ik hierboven heb gezegd, ben ik van mening, dat er in deze zaken geen sprake is van een de mededinging belemmerende gedraging in de zin van artikel 86, daar de weigering om licentie te verlenen niet is gebeurd in bijzondere omstandigheden op grond waarvan zij als een misbruik van machtspositie zou kunnen worden aangemerkt. Derhalve dient niet te worden onderzocht, of er een aanvaardbare grond bestaat voor de gedraging van de ondernemingen (zie hierboven sub d, punt aa). In die omstandigheden voeren RTE en ITP, daarin ondersteund door IPO, terecht tegen de arresten van het Gerecht aan, dat zij niet kunnen worden verplicht een motivering te geven voor hun weigering om licentie te

74 — Zie in dit verband richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (PB 1991, L 122, blz. 42) en richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten (PB 1993, L 290, blz. 9).

verlenen. Indien het Hof evenwel zou oordelen, dat de weigering om een licentie te verlenen is gebeurd in bijzondere omstandigheden op grond waarvan zij als misbruik zou kunnen worden aangemerkt, moet worden nagegaan, of er voor die gedraging een objectieve rechtvaardigingsgrond bestond. Hierover wil het volgende opmerken.

130. ITP betoogt, dat zij niet was verzocht haar uitoefening van het auteursrecht te motiveren tegen de achtergrond van de bijzondere omstandigheden waarin de uitoefening plaatsvond, daar de beschikking van de Commissie het daarover niet heeft gehad.

131. Deze grief tegen de beschikking van de Commissie snijdt geen hout. Het is normaal dat voor de toepassing van artikel 86 eerst wordt onderzocht, of er sprake is van een gedraging die de mededinging belemmert, en dat vervolgens wordt nagegaan, of de onderneming heeft aangetoond, dat er in het concrete geval een aanvaardbare rechtvaardigingsgrond voor die gedraging was.⁷⁵ Derhalve kan niet worden geëist, dat de Commissie de onderneming uitdrukkelijk verzoekt haar gedraging te motiveren.

De grief van ITP is overigens ongegrond, daar de Commissie in haar beschikking juist heeft verklaard:

„ITP, BBC en RTE stellen (ieder voor zich of gezamenlijk) dat hun huidige beleid met betrekking tot de publikatie van wekelijkse overzichten wordt ingegeven door de behoefte aan een uitgebreide, kwalitatief hoogstaande berichtgeving over al hun programma's, met inbegrip van die welke slechts voor een minderheid zijn bestemd en/of een regionaal karakter dragen, alsmede programma's van culturele, historische en/of educatieve waarde. De Commissie is van oordeel dat dit beleid niet noodzakelijk is om deze doelstellingen te verwezenlijken, doch integendeel ook kan worden verwezenlijkt door minder beperkende maatregelen, zonodig door in voorkomend geval voorwaarden te stellen aan uitgevers aan wie zij licenties verlenen voor de publikatie van hun programmaoverzichten. De Commissie merkt evenwel op dat geen der partijen het nodig heeft geacht om voor dit doel de publikatie door derden van dagelijkse (of tweedagelijkse) overzichten aan enige beperking te binden.”

132. RTE en ITP hebben voor Hof niet aangevoerd, dat de opvatting van de Commissie op dit punt verkeerd is. Zij hebben evenmin andere objectieve rechtvaardigingsgronden aangevoerd voor de in geding zijnde weigering om licenties te verlenen.

133. Derhalve mag mijns inziens worden aangenomen, dat ITP en RTE, zoals door het

⁷⁵ — Zie bij voorbeeld arresten Hof van 3 oktober 1985 (zaak 311/84, CBEM, Jurispr. 1985, blz. 3261, r. o. 26), en van 13 juli 1989 (gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88, Lucazeau, Jurispr. 1989, blz. 2811, r. o. 25).

Gerecht is vastgesteld, hebben geweigerd licenties te verlenen en daarmee alle mededinging op de markt voor alomvattende tv-gidsen hebben uitgesloten, met als enig doel hun monopolie op de markt voor wekelijkse tv-gidsen in stand te houden (r. o. 73 arrest RTE, r. o. 58 arrest ITP). Met andere woorden, indien het Hof van oordeel is dat de weigering om een licentie te verlenen voor het overige is gebeurd in bijzondere omstandigheden op grond waarvan zij als misbruik zou kunnen worden aangemerkt, is die weigering onverenigbaar met artikel 86.

j) *De verdere gevolgen van het arrest van het Hof*

134. De Commissie betoogt, dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen *werken van letterkunde en kunst* in eigenlijke zin en *functionele en utilitaire werken*, die bij voorbeeld betrekking hebben op telecommunicatie, computerprogramma's, informatietechnologie en databanken. Terwijl eerstgenoemde werken geen afhankelijkheidspositie creëren voor concurrenten op de afgeleide markten, schept het auteursrecht op laatstgenoemde werken een grote economische afhankelijkheid en derhalve een machtspositie die kan leiden tot gedragingen die de mededinging belemmeren. Volgens de Commissie is dit onderscheid van belang voor de beslechting van de onderhavige zaken, omdat het aantoonst hoe noodzakelijk het is, vast te houden aan het principiële uitgangspunt dat de weigering om een licentie te verlenen onder omstandigheden misbruik van machtspositie kan opleveren. Terwijl een beschikking waarbij de Commissie de verplichting oplegt een licentie te verlenen, niet van noemenswaardig belang zal zijn voor werken

van letterkunde en kunst in eigenlijke zin, is zij van *beslissend belang voor de handhaving van een daadwerkelijke mededinging, met name in de computer- en telecommunicatie-industrie*.⁷⁶

135. RTE en ITP komen op tegen het door de Commissie gemaakte onderscheid. Zij stellen, dat het bepalen welke produkten auteursrechtelijke bescherming genieten, een zaak van het nationale recht is. Voor zover kan worden nagaan, gebruikt de Commissie dit onderscheid evenwel niet als grondslag voor de stelling, dat functionele en utilitaire werken in de regel minder bescherming verdienen dan werken van letterkunde en kunst en derhalve vaker aanleiding geven tot toepassing van artikel 86 (zie hierboven sub i). De Commissie wil met dit onderscheid evenwel illustreren, welke vergaande gevolgen een vernietiging van de arresten van het Gerecht haar inziens kan hebben voor de mededinging in een aantal belangrijke sectoren, waar er volgens haar een groot gevaar bestaat dat de auteursrechtelijke bescherming machtsposities doet ontstaan of versterkt.

76 — De Commissie heeft in dat verband verwezen naar haar conclusies bij de aanvaarding van een voorstel voor een richtlijn van de Raad inzake de juridische bescherming van computerprogramma's (PB 1989, C 91, blz. 16), waar zij heeft verklaard: „Bovendien mogen ondernemingen met een machtspositie er geen gebruik van maken op een wijze als bedoeld in artikel 86. Onder bepaalde omstandigheden kan de uitoefening van het auteursrecht met betrekking tot aspecten van een programma welke andere ondernemingen moeten gebruiken om compatibele programma's te kunnen schrijven zulk een misbruik opleveren. Dit kan ook het geval zijn indien een onderneming met een machtspositie tracht haar exclusieve rechten op een produkt te gebruiken om een ongerechtvaardigd voordeel te verkrijgen ten opzichte van een of meer produkten die niet onder deze rechten vallen.” Zoals uit het voorgaande blijkt, zijn deze voorbeelden mijns inziens slechts juist voor zover het gaat om programma's of produkten die niet in concurrentie staan met het auteursrechtelijk beschermde produkt.

136. Met betrekking tot de door de Commissie geuite vrees, dat de onderhavige zaken een precedent kunnen vormen voor de sector computersoftware, betoogt ITP, dat, wat dit betreft, wetgeving de passende oplossing zou zijn, en dat de bezorgdheid van de Commissie overigens niet betrekking lijkt te hebben op verveelvoudiging van de beschermde werken, maar op informatie daarover, die door het auteursrecht onverlet wordt gelaten.

137. ITP betoogt daarentegen, dat bevestiging van de arresten van het Gerecht *zeer belangrijke gevolgen* zal hebben *voor de auteursrechtelijke bescherming waarin het nationale recht voorziet*. Volgens die onderneming zal er dan sprake zijn van misbruik van machtspositie in de navolgende gevallen: een auteur van een kort verhaal die zich verzet tegen publikatie van zijn verhaal in een bloemlezing; een affichetekenaar die zich verzet tegen het gebruik van een beschermde tekening op een kerstkaart; de auteursrechthebbende op de stripfiguur „Popeye” die zich ertegen verzet, dat die figuur op een T-shirt wordt aangebracht; de auteur van toneelstukken die zich verzet tegen de verfilming van een van zijn werken; eigenaars van zondagskranten die zich ertegen verzetten, dat de ITP hun hoofdartikels tegelijkertijd publiceert in *Tv-Times*; de auteur van maankalenders, getijdenkalenders, keukenrecepten of van bundels met de Romaanse kerken in Engeland die zich verzet tegen reproductie daarvan. IPO heeft soortgelijke voorbeelden genoemd.

138. De Commissie stelt, dat de vrees van ITP en IPO voor de gevolgen van bevesti-

ging van de arresten van het Gerecht ongegrond is, omdat het hoogst onwaarschijnlijk is, dat in de genoemde situaties de auteursrechthebbenden een machtspositie innemen, en omdat hun gedragingen derhalve niet onverenigbaar kunnen zijn met artikel 86. Zij heeft eraan toegevoegd, dat in de vier jaar die sedert het arrest van het Hof in de zaak Volvo zijn verstreken, artikel 86 slechts éénmaal — namelijk in de onderhavige zaken — de grondslag heeft gevormd voor een formele beschikking om misbruik van intellectuele-eigendomsrechten tegen te gaan.

139. Het valt moeilijk uit te maken, of de vrees van partijen omtrent de verdere gevolgen van een arrest in de ene of de andere richting gegrond zijn. Niet in het minst omdat daarover geen eensgezindheid bestaat, is het niet opportuun op basis van de beschikbare gegevens te proberen een uitspraak te doen over de relevantie van de aangevoerde voorbeelden.

140. Maar juist omdat het niet mogelijk is de gevolgen van een dergelijke uitspraak te overzien, mag het Hof in zijn arrest in deze zaken niet uitsluiten, dat een weigering om licentie te verlenen in bijzondere omstandigheden onverenigbaar kan zijn met artikel 86. De Commissie heeft mijns inziens gelijk waar zij verklaart, dat „de wettelijke regeling betreffende het auteursrecht geen uitdrukkelijke bepalingen kan bevatten voor elk denkbaar geval van misbruik met betrekking tot bepaalde producten. Het is belangrijk, dat er op andere gebieden een tegenwicht wordt geboden, bij voorbeeld door de mededin-

gingsregels, zodat er een juiste afweging kan plaatsvinden van de verschillende belangen die de auteursrechthebbende en de personen die van deze laatste afhankelijk zijn, kunnen doen gelden.”

rechtsonzekerheid oplevert. Hierin verschilt die toepassing van artikel 86 immers niet van elke andere toepassing van artikel 86.⁷⁷ Bovendien kunnen de nationale rechterlijke instanties het Hof steeds een prejudiciële vraag stellen over de voorwaarden voor toepassing van artikel 86.

141. De gevolgen van een uitspraak, dat de weigering om licentie te verlenen in bijzondere omstandigheden onverenigbaar kan zijn met artikel 86, zijn daarentegen wel te overzien. In dat geval zal het Hof zelf in zijn uitspraken in toekomstige zaken steeds nauwkeuriger richtsnoeren dienen te verstrekken om te bepalen, in welke bijzondere omstandigheden de weigering om een licentie te verlenen, misbruik van machtspositie kan opleveren. Hierbij komt dat het Hof, indien het mijn conclusie volgt, zal vaststellen, dat er in de onderhavige zaken geen dergelijke bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, waaruit zal blijken, dat er zeer strikte voorwaarden gelden voor de toepassing van artikel 86 op de uitoefening van rechten die tot het specifiek voorwerp van een intellectuele-eigendomsrecht behoren.

143. Daarmee is evenwel nog niet definitief geantwoord op de vraag, of ondernemingen krachtens artikel 86 kunnen worden verplicht licentie te verlenen op hun auteursrechtelijk beschermde werken. Aangevoerd is namelijk, dat dit in strijd is met de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst.

E — Heeft het Gerecht de Berner Conventie ten onrechte buiten beschouwing gelaten?

142. Ten slotte zij opgemerkt, dat ITP heeft aangevoerd, dat bevestiging van de arresten van het Gerecht *rechtsonzekerheid* zal teweegbrengen, zowel bij de auteursrechthebbenden als bij de nationale rechterlijke instanties, die artikel 86 eveneens kunnen toepassen en moeilijkheden kunnen ondervinden om uit te maken, of is voldaan aan de uit de arresten van het Gerecht voortvloeiende voorwaarden voor toepassing van artikel 86. Mijns inziens kan niet op goede gronden worden volgehouden, dat een rechtssituatie die een voortdurende precisering onderstelt van de voorwaarden voor toepassing van artikel 86 op rechten die in beginsel tot het specifiek voorwerp behoren,

144. Voor het Gerecht van eerste aanleg hebben RTE en ITP aangevoerd, dat de Berner Conventie als een onderdeel van het gemeenschapsrecht moet worden aangemerkt en dat de beschikking van de Commissie onverenigbaar is met artikel 9 van de Berner Conventie, betreffende het recht van verveelvoudiging van het beschermde werk.

77 — Zie in dit verband het arrest van 10 juli 1990 (zaak T-51/89, Tetra Pak, Jurispr. 1990, blz. II-309, r. o. 37), waarin het Gerecht overwoog: „Een onderneming kan zich dus niet beroepen op onvoorzienbaarheid van de toepassing van artikel 86 om aan het verbod van dat artikel te ontkomen.”

145. Het Gerecht begint zijn behandeling van dit middel met de overweging, „dat de Gemeenschap — waaraan bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht geen bevoegdheden op het gebied van intellectuele of commerciële eigendom zijn overgedragen⁷⁸ — geen partij is bij de Berner Conventie van 1886, die door alle Lid-Staten is geratificeerd” (r. o. 102 arrest RTE; r. o. 75 arrest ITP).

146. Het Gerecht onderzoekt vervolgens het belang van de omstandigheid, dat de Berner Conventie de Lid-Staten bindt. Het neemt daarvoor als uitgangspunt artikel 234 van het Verdrag, volgens hetwelk „de rechten en verplichtingen voortvloeiende uit overeenkomsten vóór de inwerkingtreding van dit Verdrag gesloten tussen een of meer Lid-Staten enerzijds en een of meer derde Staten anderzijds, (...) door de bepalingen van dit Verdrag niet worden aangetast”. Het Gerecht wijst erop, dat blijkens de uitlegging die het Hof van artikel 234 heeft gegeven, dit artikel enkel de verplichtingen betreft die de Lid-Staten jegens derde landen zijn aangegaan, hetgeen tot gevolg heeft, dat in de betrekkingen tussen de Lid-Staten op overeenkomsten die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag zijn gesloten, geen beroep

kan worden gedaan ter rechtvaardiging van beperkingen van de intracommunautaire handel.⁷⁹

147. Vervolgens maakt het Gerecht een onderscheid tussen artikel 9, lid 1, van de Berner Conventie, betreffende het aan de auteur toekomende alleenrecht van verveelvoudiging van het beschermde werk, en artikel 9, lid 2, van de Berner Conventie, volgens welke de partijen bij de Conventie in bijzondere gevallen en onder nader aangegeven voorwaarden het verveelvoudigen van de beschermde werken kunnen toestaan.

148. Met betrekking tot artikel 9, lid 1, merkt het Gerecht op, dat die bepaling door het Verenigd Koninkrijk en Ierland is geratificeerd vóór hun toetreding tot de Gemeenschap op 1 januari 1973, en dat volgens de uitlegging die het Hof van artikel 234 heeft gegeven, bepalingen die vóór de toetreding tot de Gemeenschap zijn geratificeerd, in de intracommunautaire betrekkingen de verdragsbepalingen niet kunnen aantasten. Het Gerecht concludeert daaruit, dat het betoog, dat de beschikking in strijd is met artikel 9, lid 1, alleen al op die grond moet worden verworpen.

Met betrekking tot artikel 9, lid 2, verklaart het Gerecht, dat die bepaling in de Berner Conventie is opgenomen bij de Akte van

78 — In deze zaken dient niet te worden ingegaan op de vraag, of de Gemeenschap bevoegd is ter zake van intellectuele en commerciële eigendom, doch het kan nuttig zijn erop te wijzen, dat de Commissie in haar voorstel voor een beschikking van de Raad betreffende de toetreding van de Lid-Staten tot de Berner Conventie (PB 1991, C 24, blz. 5), heeft overwogen, „dat de onderwerpen die worden geregeld in de Berner Conventie (Akte van Parijs) (...) tot de competentie van de Gemeenschap behoren; dat in de huidige situatie de toetreding van de Gemeenschap als zodanig niet mogelijk is zonder een wijziging die de toetreding van internationale organisaties zelf toelaat; dat gezien de ontwikkelingen van de activiteiten op gemeenschapsniveau, de Gemeenschap zelf tot deze Berner Conventie (...) zou kunnen toetreden” (zevende overweging).

79 — Zie in dit verband arresten Hof van 27 februari 1962 (zaak 10/61, Commissie/Italië, Jurispr. 1962, blz. 1); 14 oktober 1980 (zaak 812/79, Burgoa, Jurispr. 1980, blz. 2787, r. o. 8), en 11 maart 1986 (zaak 121/85, Conegate, Jurispr. 1986, blz. 1007, r. o. 25).

Parijs van 1971, die door het Verenigd Koninkrijk pas is geratificeerd op 2 januari 1990 en die door Ierland nog niet is geratificeerd. Het wijst erop dat, wat het Verenigd Koninkrijk betreft, de Akte van Parijs dus na de toetreding tot de Gemeenschap is geratificeerd, zodat artikel 9, lid 2, geen afbreuk kan doen aan een verdragsbepaling. De Lid-Staten kunnen de verdragsbepalingen immers niet opzij zetten door een internationale overeenkomst of een verdrag te sluiten, maar moeten daartoe de in artikel 236 geregelde procedure tot wijziging van het Verdrag volgen.

Het Gerecht concludeert derhalve, dat het middel inzake schending van de Berner Conventie hoe dan ook moet worden afgewezen.

149. Zoals hieronder zal blijken, is het mijns inziens juist, dat de Berner Conventie geen grondslag voor nietigverklaring van de beschikking van de Commissie kan opleveren. Op twee punten dient de door het Gerecht verstrekte motivering evenwel te worden gepreciseerd en uitgediept.

150. In de eerste plaats maakt het Gerecht in dit verband ten onrechte onderscheid tussen de leden 1 en 2 van artikel 9 van de Berner Conventie. In de tweede plaats, en dit is mijns inziens belangrijker, heeft het Gerecht zich niet uitgesproken over het belang dat de Berner Conventie heeft voor de *uitlegging* van artikel 86 van het Verdrag.

151. Het Gerecht behandelt de leden 1 en 2 van artikel 9 van de Berner Conventie verschillend op grond van de overweging, dat artikel 9, lid 1, voor het Verenigd Koninkrijk en Ierland verbindend was vóór deze landen tot de Gemeenschap toetraden, terwijl dit niet het geval was voor artikel 9, lid 2. Volgens de informatie die ik heb kunnen verkrijgen, is dit uitgangspunt verkeerd.⁸⁰ Artikel 9, leden 1 en 2, is in de Berner Conventie opgenomen bij de herziening die in 1967 te Stockholm plaatsvond. Die twee bepalingen traden evenwel niet in werking, evenmin als de andere materiële bepalingen van de herziening van Stockholm. Zij werden herzien bij de Akte van Parijs en het is derhalve bij de ratificatie van de Akte van Parijs dat artikel 9 door het Verenigd Koninkrijk is geratificeerd. Dit betekent, dat zowel artikel 9, lid 1, als artikel 9, lid 2, door het Verenigd Koninkrijk is geratificeerd nadat dat land tot de Gemeenschap was toegetreden, en dat de betrokken bepalingen door Ierland nog niet zijn geratificeerd.

152. Zoals wij evenwel zullen zien, verandert deze wijziging van de grondslag voor het standpunt van het Gerecht niets aan het resultaat, daar de redenering van het Gerecht met betrekking tot artikel 9, lid 2, nu ook zal gelden voor artikel 9, lid 1.

153. Het Gerecht heeft onderzocht, hoe de zaak ligt wanneer *een echte contradictie* tussen artikel 86 van het Verdrag en de

80 — Zie *Guide to the Berne Convention* (Genève 1978), uitgegeven door de Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom.

bepalingen van de Berner Conventie wordt vastgesteld. Mijns inziens wordt het probleem op die manier niet ruim genoeg bekeken. De in het Verdrag vervatte bepalingen betreffende de oplossing van conflicten tussen volkenrechtelijk verbindende bepalingen en bepalingen van het Verdrag zelf, zijn slechts relevant wanneer vaststaat dat er een conflict bestaat tussen beide regelgevingen. Dit betekent, dat eerst moet worden uitgemaakt, of de Berner Conventie van dien aard is dat het Hof daarmee rekening moet houden bij de uitlegging van de verdragsbepalingen, en zo ja, of de bepalingen van de Berner Conventie kunnen worden aangevoerd tot staving van een bepaalde uitlegging van het Verdrag.

Het Gerecht had derhalve moeten onderzoeken, of bij de uitlegging van artikel 86 en de bepalingen ter uitvoering daarvan, inzonderheid artikel 3 van verordening nr. 17, rekening moet worden gehouden met de bepalingen van de Berner Conventie, teneinde conflicten tussen beide regelgevingen zoveel mogelijk te vermijden.

154. Mijns inziens dient artikel 86 conform de Berner Conventie te worden uitgelegd. Verschillende elementen pleiten ervoor, de Berner Conventie in aanmerking te nemen bij de uitlegging van de bepalingen van het Verdrag.⁸¹

81 — Het arrest van het Hof van 20 januari 1981 (gevoegde zaken 55/80 en 57/80, Musik-Vertrieb Membran, Jurispr. 1981, blz. 147), waar partijen zich op de bepalingen van de Berner Conventie hadden beroepen, kan niet als een afwijzing van die opvatting worden beschouwd. In dit verband moet overigens worden opgemerkt, dat het Hof in verschillende gevallen heeft geoordeeld, dat de verdragsbepalingen moeten worden uitgelegd tegen de achtergrond van de bepalingen van het Europees Verdrag betreffende de rechten van de mens; zie onder meer arresten Hof van 28 oktober 1975 (zaak 36/75, Rutili, Jurispr. 1975, blz. 1219), en 24 juli 1991 (zaak C-353/89, Commissie/Nederland, Jurispr. 1991, blz. I-4069).

155. De Berner Conventie heeft tot doel, de auteur een *minimumbescherming*⁸² te waarborgen, en het gaat om een verdrag *waarover ruime internationale consensus*⁸³ bestaat.

156. *Alle Lid-Staten zijn partij bij de Berner Conventie* en alleen Ierland en België zijn nog niet toegetreden tot de Akte van Parijs van 1971. Op 14 mei 1992 nam de Raad een resolutie aan, volgens welke de Lid-Staten van de Gemeenschap zich ertoe verbinden om, voor zover zij zulks nog niet hebben gedaan, vóór 1 januari 1995 partij te worden bij de Akte van Parijs en ervoor te zorgen dat dit verdrag in hun interne rechtsorde werkelijk wordt geëerbiedigd.⁸⁴ Verder wordt in de resolutie verklaard, dat het voor

82 — De landen die de Berner Conventie hebben geratificeerd, vormen een Unie (zie artikel 1). De auteurs genieten in alle landen van de Unie die niet het land van oorsprong van het werk zijn in de zin van artikel 5, lid 4, op zijn minst de bescherming die door de Berner Conventie wordt verleend, en daarboven de bescherming die aan de eigen onderdanen wordt verleend (zie artikel 5, lid 1). De Berner Conventie garandeert evenwel geen minimumbescherming in het land van oorsprong van het werk wanneer de auteur onderdaan is van dat land. Wanneer de auteur onderdaan is van een ander land van de Unie, geniet hij in het land van oorsprong dezelfde bescherming als de auteurs die onderdaan zijn van dat land (artikel 5, lid 3). Daarbuiten kunnen de landen van de Unie evenwel vrij bepalen, welke bescherming zij verlenen aan werken met oorsprong in hun eigen land.

83 — Zie bij voorbeeld de eerste overweging van het voorstel van de Commissie voor een beschikking van de Raad betreffende de toetreding van de Lid-Staten tot de Berner Conventie (PB 1991, C 24, blz. 5) en de tweede overweging van de resolutie van de Raad van 14 mei 1992 tot versterking van de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten (PB 1992, C 138, blz. 1).

84 — Resolutie van de Raad tot versterking van de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten (PB 1992, C 138, blz. 1). Zie in dit verband ook het voorstel van de Commissie voor een beschikking van de Raad betreffende de toetreding van de Lid-Staten tot de Berner Conventie (PB 1991, C 24, blz. 5), in de vijfde overweging waarvan wordt verklaard: „de toetreding van alle Lid-Staten tot de Berner Conventie (Akte van Parijs) (...) zou een gemeenschappelijke harmonisatiebasis opleveren, waarop het communautaire bouwwerk op het gebied van auteursrecht en verwante rechten gemakkelijker kan worden voortgebouwd”. Zie ook artikel 1 bis van het gewijzigd voorstel voor die beschikking (PB 1992, C 57, blz. 13), waarin wordt bepaald: „De Gemeenschap laat zich bij de uitoefening van haar bevoegdheden inzake auteursrecht en naburige rechten leiden door de beginselen en conformeert zich aan de bepalingen van de Conventie van Bern”, zoals herzien bij de Akte van Parijs.

de auteursrechthebbenden in de Gemeenschap van belang is, dat het bij de Conventie gewaarborgde minimumniveau van bescherming hun in zoveel mogelijk *derde landen* wordt verleend, en in dit verband verzoekt de Raad de Commissie om bij de onderhandelingen over akkoorden met derde landen speciaal aandacht te schenken aan de bedoelde bekrachtiging of toetreding, alsook aan de werkelijke naleving van dat verdrag.

zaken beklemt, dat het wenselijk is, dat het gemeenschapsrecht ter zake van het auteursrecht in overeenstemming is met de internationale normen.

157. Zoals RTE heeft opgemerkt, zijn er verschillende gevallen waarin het *afgeleide gemeenschapsrecht* naar de Berner Conventie verwijst als naar het algemeen aanvaarde minimumniveau van bescherming; zie richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's⁸⁵, richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten⁸⁶, en ten slotte het voorstel van de Commissie van 15 april 1992 voor een richtlijn van de Raad betreffende de rechtsbescherming van databanken⁸⁷.

158. Ten slotte zij erop gewezen, dat ook de Commissie in haar opmerkingen in deze

159. Tegen deze achtergrond dient te worden geoordeeld over het argument van RTE, dat artikel 2 van de beschikking van de Commissie onverenigbaar is met artikel 86 en met artikel 3 van verordening nr. 17, *zoals deze in het licht van de Berner Conventie moeten worden uitgelegd*.

160. De Commissie betoogt, dat de Berner Conventie de landen van de Unie niet verplicht auteursrechtelijke bescherming te verlenen aan utilitaire niet-literaire overzichten van de titels en de zendtijd van programma's, en verwijst daartoe naar artikel 2, lid 8, van de Berner Conventie, waarin wordt bepaald: „De bescherming van deze Conventie is niet toepasselijk op nieuwstijdingen of gemengde berichten (miscellaneous facts) die louter het karakter van persberichten dragen.” Zij stelt, dat de Berner Conventie de landen van de Unie niet verbiedt de auteursrechtelijke bescherming uit te breiden tot andere werken dan werken van letterkunde en kunst, maar in dat geval de landen van de Unie geen beperkingen oplegt voor het regelen van de uitoefening van het auteursrecht op dergelijke werken.

85 — PB 1991, L 122, blz. 42. Zie de vijftiende en de negentiende overweging van de considerans alsmede artikel 1, lid 1, en inzonderheid artikel 6, lid 3, waarvan de bewoordingen in wezen overeenkomen met die van artikel 9, lid 2, van de Berner Conventie.

86 — PB 1993, L 290, blz. 9. Zie de eerste, de vierde, de vijfde, de twaalfde, de veertiende, de vijftiende, de zeventiende en tweëntwintigste overweging van de considerans en de artikelen 1, lid 1, en 7, lid 1.

87 — PB 1992, C 156, blz. 4. Zie de negentiende, de tweëntwintigste en de zesentwintigste overweging van de considerans en artikel 2, leden 1 en 2.

161. De Wereldorganisatie voor de intellectuele eigendom (WIPO), die de Berner Conventie beheert, heeft een *Guide to the Berne*

*Convention*⁸⁸ uitgegeven. In de toelichting bij artikel 2, lid 8, wordt onder meer gezegd: „Deze uitzondering bevestigt slechts het algemene beginsel, dat een werk slechts bescherming kan krijgen wanneer het een element van intellectuele schepping bevat. De rechterlijke instanties moeten in elk concreet geval nagaan, of die voorwaarde is vervuld, en beoordelen of de tekst een origineel verhaal oplevert of slechts een — droge en onpersoonlijke — opsomming van nieuwstijdingen en gemengde berichten bevat.”

zichten een minimumniveau van bescherming garanderen.

162. RTE betoogt, dat de bevoegdheid van de Commissie om ondernemingen krachtens artikel 86 en verordening nr. 17 te verplichten licentie te verlenen, onverenigbaar is met artikel 9, lid 2, van de Berner Conventie, waarin wordt bepaald:

De High Court was van oordeel, dat programmaoverzichten na veel nadenken en inspanning tot stand komen en het resultaat zijn van kundigheid en inzicht en daarom voor bescherming in aanmerking komen als letterkundige werken en compilaties (r. o. 10 arrest RTE; r. o. 7 arrest ITP). Hieruit blijkt, dat de High Court uitdrukkelijk weigert de programmaoverzichten als „mere items of press information” aan te merken.

„Het is aan de wetgeving van de landen van de Unie voorbehouden in bijzondere gevallen het verveelvoudigen van genoemde werken toe te staan, mits die verveelvoudiging geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze schaadt.”

In die omstandigheden dient RTE te worden bijgetreden waar zij stelt, dat de bepalingen van de Berner Conventie programmaover-

163. RTE betoogt, dat uit artikel 9, lid 2, kan worden afgeleid, dat dwanglicenties slechts kunnen worden opgelegd krachtens een specifiek wettelijke regeling die duidelijk bepaalt, hoe en wanneer dwanglicenties kunnen worden opgelegd. Als voorbeeld van een wettelijke regeling die aan die voorwaarde voldoet, noemt RTE de recente Britse regeling, volgens welke radio- en televisieomroeporganisaties verplicht zijn licentie te verlenen op hun programmaoverzichten, en artikel 8, lid 1, van het voorstel van de Commissie voor een richtlijn van de Raad

⁸⁸ — In het voorwoord bij deze Guide wordt verklaard: „Deze gids beoogt evenwel geen authentieke uitlegging van de bepalingen van de conventie te geven, want daarvoor is het Internationale Bureau van de WIPO, dat tot taak heeft de conventie te beheren, niet bevoegd. De gids wil slechts de inhoud van de Berner Conventie zo eenvoudig en duidelijk mogelijk weergeven en een aantal toelichtingen verstrekken over de aard, het doel en de strekking van de Conventie. De bevoegde autoriteiten — en de betrokken kringen — dienen zich zelf een oordeel te vormen.”

betreffende de rechtsbescherming van databanken.⁸⁹ Artikel 86 van het Verdrag voldoet volgens RTE evenwel niet aan die voorwaarde, omdat het de auteursrechthebbenden niet voldoende duidelijk aangeeft, wanneer een dwanglicentie kan worden opgelegd, maar het aan de Commissie overlaat, die verplichting van geval tot geval te preciseren en aan te passen.

klaard: „Deze bepaling machtigt de landen van de Unie het alleenrecht van verveelvoudiging te beperken en toe te staan, dat het werk ‚in een aantal bijzondere gevallen‘ wordt verveelvoudigd. De vrijheid die de landen van de Unie daarbij wordt gelaten, is evenwel niet onbeperkt. De Conventie stelt twee voorwaarden (...) die beide moeten worden vervuld (...)”

164. Deze opvatting kan niet worden aangevaard.

165. In de *Guide to the Berne Convention* wordt in de toelichting bij artikel 9 onder andere verklaard: „Merkwaardig genoeg werd dit recht (van verveelvoudiging) — toch de kern zelf van het auteursrecht — pas te Stockholm (1967) als een van de minima in de conventie opgenomen. Alle landen van de Unie erkenden dit recht in beginsel, doch het probleem was, een formulering te vinden die voldoende ruim was om alle redelijke uitzonderingen te dekken, maar niet zo ruim dat het recht daardoor elke betekenis zou verliezen.” Met name met betrekking tot artikel 9, lid 2, werd ver-

166. Er lijkt geen specifiek en bijzonder belang te zijn gehecht aan de omstandigheid, dat in die bepaling de beperking van het recht van verveelvoudiging „aan de wetgeving van de landen van de Unie wordt voorbehouden”. Het zou mijns inziens ook te ver gaan, een zo neutrale formulering, die tot doel had „alle redelijke uitzonderingen te dekken”, aldus uit te leggen, dat het moet gaan om een bepaalde soort wetgeving die tot op zekere hoogte in de details gaat. Gelijk de Commissie heeft opgemerkt, is het onwaarschijnlijk, dat alle landen die de Akte van Parijs van 1971 hebben geratificeerd, daarmee afstand hebben willen doen van de bevoegdheid om op grond van de mededingingsregels dwanglicenties op te leggen.

89 — Artikel 8, lid 1, bepaalt: „Onverminderd het in artikel 2, lid 5, vastgelegde recht om te verhinderen dat de inhoud van een databank zonder toestemming wordt opgevraagd en hergebruikt, dient voor werken en materiaal uit databanken die ter beschikking van het publiek zijn gesteld en die niet onafhankelijk kunnen worden gecreëerd of verzameld of uit een andere bron verkregen, het recht om die werken of dat materiaal geheel of voor een wezenlijk deel voor commerciële doeleinden op te vragen en te hergebruiken, onder licentie ter beschikking te worden gesteld onder eerlijke en niet-discriminerende voorwaarden.” De Commissie werpt hiertegen op, dat dit voorbeeld niet betrekking heeft op de auteursrechtelijke bescherming van databanken, maar op het specifieke recht op bescherming tegen oneerlijk gebruik, een recht dat buiten de Berner Conventie valt. IPO lijkt het op dit punt met de Commissie eens te zijn. Mijns inziens behoeft dit geschilpunt niet te worden behandeld.

Mijns inziens kan uit artikel 9, lid 2, niets meer worden afgeleid, dan dat de conventie niet eraan in de weg staat, dat het alleenrecht van verveelvoudiging in bijzondere gevallen wordt beperkt, en dat zij het aan de landen van de Unie overlaat om met inachtneming van de in de bepaling gestelde voorwaarden in hun wetgeving voor te schrijven wanneer zij van die mogelijkheid gebruik zullen maken. Deze bepaling staat niet in de weg aan de vaststelling, dat een algemene mededingingsbepaling de daartoe de nodige rechtsgrondslag vormt.

167. Wat ten slotte de in artikel 9, lid 2, gestelde voorwaarden betreft, namelijk dat „die verveelvoudiging geen afbreuk (mag doen) aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de auteur niet op ongerechtvaardigde wijze (mag schaden)”, is het mijns inziens duidelijk, dat de bevoegdheid van de Commissie om ondernemingen krachtens de mededingingsbepalingen van het Verdrag te verplichten licentie te verlenen wanneer is voldaan aan de zeer strikte voorwaarden die ik hierboven heb beschreven, in de regel niet kan worden geacht onverenigbaar te zijn met artikel 9, lid 2. Gelijk de Commissie heeft beklemtoond, zal de vervulling van de voorwaarden in laatste instantie door het Hof worden getoetst.

bijzondere omstandigheden krachtens die bepaling worden verplicht een licentie te verlenen op hun auteursrechtelijk beschermde werken.

169. Voor het geval het Hof het ermee eens zou zijn, dat de weigering om licentie te verlenen in bijzondere omstandigheden onverenigbaar kan zijn met artikel 86, doch, anders dan ik heb geconcludeerd, zou oordelen dat dergelijke omstandigheden in de onderhavige zaken aanwezig zijn, behandel ik hieronder de andere voor het Hof aangevoerde argumenten.

Met betrekking tot de concrete beschikking om RTE en ITP te verplichten licentie te verlenen op hun programmaoverzichten ben ik van mening, dat bovengenoemde conclusie, dat die beschikking onverenigbaar is met artikel 86 van het Verdrag, ook steun vindt in artikel 9, lid 2, van de Berner Conventie, daar de verplichting om licentie te verlenen voor de vervaardiging van produkten die in wezen voorzien in dezelfde behoeften van de consumenten als het auteursrechtelijk beschermde produkt en daarmee derhalve in concurrentie staan, mijns inziens afbreuk zal doen „aan de normale exploitatie van het werk”.

F — Is artikel 3 van verordening nr. 17 geschonden?

170. Artikel 3, lid 1, van verordening nr. 17 bepaalt: „Indien de Commissie, op verzoek of ambtshalve, een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 van het Verdrag vaststelt, kan zij de betrokken ondernemingen en ondernemingsverenigingen bij beschikking verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken.”

168. Mitsdien geef ik het Hof in overweging, vast te stellen dat de Berner Conventie niet tot gevolg heeft, dat artikel 86 van het Verdrag aldus moet worden uitgelegd, dat het eraan in de weg staat dat ondernemingen in

171. ITP betoogt, dat het Gerecht in zijn arrest ten onrechte heeft vastgesteld, dat de Commissie ondernemingen op grond van die bepaling kan verplichten licentie te verlenen op hun auteursrechtelijk beschermde wer-

ken.⁹⁰ De aangevoerde argumenten vallen ten dele samen met de hierboven behandelde argumenten betreffende de vraag, of de weigering om licentie te verlenen, onverenigbaar kan zijn met artikel 86, en zullen hier derhalve niet worden behandeld. Gelijk ik hierboven heb vastgesteld, kan de weigering om licentie te verlenen in bijzondere omstandigheden misbruik van machtspositie opleveren. Derhalve blijft enkel nog te onderzoeken, gelijk de Commissie heeft opgemerkt, of bovengenoemde bepaling de Commissie de bevoegdheid verleent, de onderneming met machtspositie te verplichten licentie te verlenen, dan wel of de Commissie zich ertoe moet beperken, de onderneming te verplichten een einde te maken aan de inbreuk op artikel 86. Op dit punt ben ik het volledig eens met de motivering die het Gerecht voor zijn uitspraak heeft gegeven, en ik beperk er mij derhalve toe te verwijzen naar de rechtsoverwegingen 70 en 71 van het arrest ITP.

172. Verder betoogt ITP, dat het Gerecht in zijn arrest ten onrechte heeft geoordeeld, dat artikel 2 van de beschikking van de Commissie zich verdraagt met het evenredigheidsbeginsel. ITP noemt in dit verband een aantal omstandigheden die het Gerecht haars

inziens in aanmerking had moeten nemen.⁹¹ Ik zie niet goed in, hoe deze omstandigheden zouden kunnen bewerkstelligen, dat een bevel om desgevraagd en zonder discriminatie aan andere belanghebbenden toestemming te geven om de wekelijkse programma-overzichten van de onderneming te publiceren — eventueel door hun een licentie te verlenen waaraan bepaalde voorwaarden⁹² zijn verbonden — verder gaat dan hetgeen redelijk en nodig is om een einde te maken aan de inbreuk op artikel 86, die erin zou bestaan dat de onderneming heeft geweigerd licentie te verlenen. Ook op dit punt bestaat er mijns inziens geen grond voor kritiek op het arrest van het Gerecht (zie r. o. 80 en 81 arrest ITP).

G — Heeft het Gerecht de betrokken markt verkeerd omschreven en het begrip machtspositie verkeerd toegepast?

173. In zijn arresten heeft het Gerecht de betrokken markt, net als de Commissie in haar beschikking, omschreven als de markt voor de wekelijkse programma-overzichten en de tv-gidsen waarin die overzichten worden gepubliceerd. Het Gerecht wijst erop, dat het gaat om specifiek markten die niet

90 — In haar schriftelijke opmerkingen heeft ITP dit argument behandeld onder het kopje „misbruik van bevoegdheid”. De Commissie heeft hiertegen opgeworpen, dat een eventuele bevoegdheidsoverschrijding niet hetzelfde is als misbruik van bevoegdheid. Mijns inziens heeft de Commissie het bij het rechte eind. Voor zover kan worden nagegaan, stelt ITP niet, dat de Commissie met haar beschikking andere dan de in artikel 86 genoemde doelstellingen heeft nagestreefd, maar enkel dat de Commissie van de bevoegdheidsbepaling van artikel 3 van verordening nr. 17 een gebruik heeft gemaakt waartoe die bepaling zich haars inziens niet leent.

91 — ITP wijst erop, dat de beschikking ITP niet alleen heeft beroofd van haar alleenrecht van vervelvoudiging, maar ook van haar recht van eerste commerciële exploitatie van het werk, dat van bijzonder belang is in gevallen als het onderhavige, waar het gaat om produkten die slechts tien dagen enig nut hebben, dat er geen wederkerigheid bestaat tussen ITP en de concurrenten (behalve tussen BBC en RTE) aan wie de onderneming een licentie moet verlenen, en dat deze concurrenten — namelijk landelijke dagbladen — een veel grotere omzet en een veel grotere winstmarge hebben dan ITP.

92 — Gelijk de Commissie heeft beklemtoond, gaf de beschikking de ondernemingen de mogelijkheid om royalty's te vorderen en om aan de licentie de voorwaarden te verbinden die zij nodig achtten om hun rechtmatige belangen te vrijwaren.

identiek zijn met de markt van gegevens over televisieprogramma's in het algemeen, daar er een specifieke vraag bestaat naar die producten, zowel van marktdeelnemers die een alomvattende wekelijkse tv-gids willen publiceren als van televisiekijkers die daarvoor in staat worden gesteld, vooraf te beslissen welk programma zij willen zien, en eventueel aan de hand daarvan plannen te maken voor de besteding van hun vrije tijd in de komende week (r. o. 61 en 62 arrest RTE; r. o. 47 en 48 arrest ITP).

174. IPO betoogt, dat een omschrijving van de relevante markt waarbij wordt uitgegaan van een verdeling daarvan in verschillende deelmarkten en afgeleide markten artificieel en ondoeltreffend is, omdat zij geen rekening houdt met de aard en het doel van het auteursrecht en met de wijze waarop het auteursrecht commercieel wordt geëxploiteerd.

175. Mijns inziens is er geen enkele grond voor kritiek op de omschrijving die het Gerecht van de betrokken markt heeft gegeven. Deze omschrijving is immers gebaseerd op een normale en correct uitgevoerde analyse van de substitueerbaarheid van de betrokken producten. Bovendien komt het mij voor, dat de bedenkingen van IPO in feite betrekking hebben op de vraag, of een auteursrechthebbende het recht heeft het gebruik van het auteursrechtelijk beschermde werk op een afgeleide markt voor zichzelf voor te behouden. Die vraag betreft evenwel de definitie van misbruik van machtspositie en dient overigens, gelijk ik hierboven sub f heb uiteengezet, bevestigend te worden beantwoord.

176. Het gaat hier derhalve om de vraag, of RTE en ITP elk afzonderlijk een machtspositie innemen op de aldus omschreven markten.

177. Vaststaat in deze zaken, dat een onderneming geen machtspositie inneemt door het enkele feit dat zij houder van een intellectuele-eigendomsrecht is.⁹³ Onbetwist is ook, dat een machtspositie moet worden omschreven als „een economische machtspositie van een onderneming, die haar in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te verhinderen en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen”.⁹⁴

178. IPO betoogt, dat het Gerecht in zijn arresten ten onrechte heeft geoordeeld, dat de ondernemingen een machtspositie innemen door het enkele feit dat zij het omstreken auteursrecht bezitten, zonder op enigerlei wijze hun economische machtspositie op de markt te onderzoeken. Verder voert IPO aan, dat de Commissie in haar beschikking het criterium van de economische machtspositie verkeerd heeft toegepast.

⁹³ — Zie arresten Hof van 8 juni 1971 (zaak 78/70, Deutsche Grammophon, Jurispr. 1971, blz. 487, r. o. 16 en 17); 18 februari 1971 (zaak 40/70, Sirena, Jurispr. 1971, blz. 69, r. o. 16), en 25 juni 1976 (zaak 51/75, EMI Records, Jurispr. 1976, blz. 811, r. o. 36).

⁹⁴ — Arrest Hof van 9 november 1983 (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 30). Zie onder meer ook arresten Hof van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 38), en 3 oktober 1985 (zaak 311/84, CBEM, Jurispr. 1985, blz. 3261, r. o. 16).

179. In de bestreden beschikking geeft de Commissie de navolgende motivering voor haar stelling, dat RTE en ITP een machtspositie innemen:

bescherming eisen op grond van Britse en/of Ierse wetgeving inzake het auteursrecht of voor zover partijen aan wie zij hun rechtsaanspraken hebben overgedragen dezelfde bescherming verlangen (...)

„Omroeporganisaties bezitten, ongeacht de intellectuele-eigendomsrechten die zij hebben of stellen te hebben, een *feitelijk monopolie* inzake de produktie en de eerste publikatie van hun weekoverzichten. De reden hiervan is dat programmaschema's een bijprodukt zijn van het programmeringsproces, dat wordt uitgevoerd door en alleen bekend is bij de programmamakers zelf. Bovendien worden de overzichten eerst verkoopbare produkten wanneer de schema's zelf, kort vóór de uitzending, definitief zijn (hoewel zij op het laatste moment kunnen veranderen). Daardoor kunnen derden voor publikatie in hun eigen tv-gidsen niet zelf betrouwbare overzichten maken. In plaats daarvan moeten zij overzichten verkrijgen van de omroeporganisaties zelf, of van ondernemingen waaraan de rechten op de overzichten zijn overgedragen, in dit geval ITP, BBC en RTE. Derden verkeren derhalve in een positie van economische afhankelijkheid die kenmerkend is voor het bestaan van een machtspositie.

Dit heeft tot gevolg dat op deze markten geen concurrentie door derden wordt toegestaan” (punt 22, eigen cursivering).

180. Mijns inziens heeft de Commissie de marktpositie van de ondernemingen correct vastgesteld. Van beslissend belang moet worden geacht, dat wekelijkse tv-gidsen slechts kunnen worden vervaardigd met behulp van de programmaoverzichten van de tv-kanalen die op de relevante markt kunnen worden ontvangen, en dat die programmaoverzichten slechts kunnen worden verstrekt door de tv-omroeporganisaties die de programma's voor hun respectieve kanalen opstellen en daardoor een feitelijk monopolie bezitten op die markt. Het auteursrecht van de ondernemingen is niet van beslissend belang, doch versterkt hun machtspositie.

Voorts wordt het feitelijke monopolie van alle omroeporganisaties wat hun eigen programmaoverzichten betreft nog versterkt tot een *juridisch monopolie*, voor zover zij

181. IPO komt op tegen het gebruik door de Commissie van het begrip feitelijk monopolie. Haars inziens ontstaat een dergelijk monopolie zodra er sprake is van een primaire en een secundaire markt en een derde eenzijdig beslist produkten van de primaire markt te gebruiken om een economische werkzaamheid te verrichten op de secundaire

markt. Hiermee wordt de economische afhankelijkheid artificieel vastgeknoopt aan de bedoeling van een derde. Volgens IPO is het begrip feitelijk monopolie een kunstgreep die de Commissie aanwendt ter rechtvaardiging van het gebruik van de mededingingsbepalingen om het specifieke voorwerp van het auteursrecht te wijzigen.

182. Deze stelling moet mijns inziens worden verworpen. Het is niet juist, dat er een machtspositie ontstaat zodra er sprake is van een primaire en een secundaire markt. Van beslissend belang is, dat de betrokken onderneming de enig mogelijke bevoorradingsbron is voor de produkten die op de primaire markt worden vervaardigd en noodzakelijk zijn om een economische werkzaamheid te verrichten op de secundaire markt.⁹⁵

Ook aangaande dit punt heb ik de indruk, dat de bedenkingen van IPO in feite betrekking hebben op de vraag, of een auteursrechthebbende zich het gebruik van het auteursrechtelijk beschermde werk op een afgeleide markt mag voorbehouden en of een dergelijke gedraging misbruik van machtspositie oplevert (zie hierboven sub f).

183. Het Gerecht heeft de beschikking van de Commissie op dit punt bevestigd op basis van de navolgende overwegingen:

„Met betrekking tot verzoeksters positie op de relevante markt merkt het Gerecht op, dat RTE, als gevolg van haar auteursrecht op haar programmaoverzichten [in het arrest ITP: dat ITP, als gevolg van haar auteursrecht op de programmaoverzichten van ITV en Channel 4, dat door de op deze kanalen uitzendende televisiemaatschappijen aan haar was overgedragen], het alleenrecht bezat om deze overzichten te vervelvoudigen en in het verkeer te brengen. Daardoor was zij in staat een monopolie in stand te houden op de publikatie van haar weekoverzichten in (...) een tijdschrift dat speciaal gericht is op RTE's programma's [in het arrest ITP: op de programma's van ITV en Channel 4]. Verzoekster bezat toen dus duidelijk een machtspositie zowel op de markt van weekoverzichten als op die van de tijdschriften waarin deze in Ierland en Noord-Ierland werden gepubliceerd. Derden, zoals Magill, die een alomvattende tv-gids wilden uitgeven, waren economisch afhankelijk van verzoekster, die daardoor een daadwerkelijke mededinging op de markt van informatie over haar wekelijkse programma's kon verhinderen (...)” (r. o. 63 arrest RTE; r. o. 49 arrest ITP).

184. De kritiek van IPO op de arresten van het Gerecht is niet volledig ongegrond. Het Gerecht lijkt beslissend belang te hechten

⁹⁵ — Zie in dit verband arresten Hof van 13 november 1975 (zaak 26/75, General Motors, Jurispr. 1975, blz. 1367, r. o. 9); 31 mei 1979 (zaak 22/78, Hugin, Jurispr. 1979, blz. 1869, r. o. 9 en 10); 3 oktober 1985 (zaak 311/84, CBEM, Jurispr. 1985, blz. 3261, r. o. 16, 17 en 18), en 11 november 1986 (zaak 226/84, British Leyland, Jurispr. 1986, blz. 3263, r. o. 5 en 9).

aan het auteursrecht van de ondernemingen, hetgeen, zoals gezegd, ingaat tegen de rechtspraak van het Hof. Voor het overige ben ik het evenwel eens met de conclusie van het Gerecht en daar het Gerecht er ook op wijst, dat er sprake is van economische afhankelijkheid, ben ik van mening dat dit geen voldoende grond is om de arresten van het Gerecht te vernietigen.

tussen Lid-Staten is vervuld. Het motiveert dit als volgt:

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

H — Heeft het Gerecht het begrip ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten verkeerd toegepast?

185. RTE betoogt, dat haar licentiebeleid de handel tussen Lid-Staten niet ongunstig beïnvloedde en dat de gemeenschapsrechtelijke mededingingsbepalingen niet tot doel hebben, zuiver interne situaties in een Lid-Staat te corrigeren. Indien het onbevredigend wordt bevonden, dat in Ierland en het Verenigd Koninkrijk — anders dan in de overige Lid-Staten — geen alomvattende tv-gids op de markt is, dienen volgens RTE de betrokken Lid-Staten dit te verhelpen, zoals thans in het Verenigd Koninkrijk is gebeurd.

Verzoeksters weigering om geïnteresseerde derden toe te staan haar programmaoverzichten te publiceren, had beslissende gevolgen voor de mededingingsstructuur in de sector tv-gidsen in Ierland en Noord-Ierland. Door haar licentiebeleid, waardoor met name Magill werd belet om zowel in Ierland als in Noord-Ierland een alomvattende tv-gids op de markt te brengen, heeft verzoekster niet slechts een concurrerende onderneming van de markt van tv-gidsen geweerd, maar ook elke potentiële mededinging op deze markt uitgesloten, wat tot gevolg had dat de Ierse en Noordierse markt van elkaar afgeschermd bleven. Die gedraging was derhalve ontegenzegglijk in staat het handelsverkeer tussen Lid-Staten ongunstig te beïnvloeden” (r. o. 77 arrest RTE).

186. In zijn arrest stelt het Gerecht vast, dat de in artikel 86 gestelde voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van de handel

187. RTE komt op tegen de opvatting van het Gerecht, dat haar gedraging de onder-

linge afscherming van de Ierse en de Noord-Ierse markt heeft bestendigd. Zij wijst erop, dat zij de uitvoer of invoer van tv-gidsen nooit iets in de weg heeft gelegd en dat zij voor het verstrekken van wekelijkse programmaoverzichten en het verlenen van licenties een eenvormig beleid heeft gevoerd, dat geen rekening hield met de plaats van vestiging van de betrokken onderneming.

188. Volgens de rechtspraak van het Hof is de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen Lid-Staten vervuld, wanneer „de overeenkomst (...), gezien het geheel harer objectieve bestanddelen — feitelijk en rechtens — met een voldoende mate van waarschijnlijkheid [doet] verwachten, dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, het ruilverkeer tussen Lid-Staten kan beïnvloeden” en daardoor de totstandkoming van één grote markt tussen de Lid-Staten kan belemmeren.⁹⁶ Dit is niet slechts het geval wanneer een gedraging tot compartimentering van de markten leidt⁹⁷, maar ook wanneer kan worden aangetoond, dat een gedraging de mededingingsstructuur op de gemeenschappelijke markt

ongunstig kan beïnvloeden, bij voorbeeld doordat zij tot uitschakeling van een concurrent leidt.⁹⁸

189. RTE heeft waarschijnlijk gelijk waar zij stelt, dat haar gedraging niet tot onderlinge afscherming van de nationale markten heeft geleid. Het lijkt evenwel geen twijfel, dat de betrokken gedragingen de *mededingingsstructuur* op de gemeenschappelijke markt *ongunstig heeft beïnvloed*, doordat zij tot uitschakeling van een concurrent heeft geleid en nieuwe concurrenten van de betrokken markt heeft geweerd.⁹⁹ Dit is de kern van de in het arrest van het Gerecht gedane vaststellingen en daarom kan het arrest op dit punt niet worden bekritiseerd.

98 — Zie arrest van 6 maart 1974 (gevoegde zaken 6/73 en 7/73, Commercial Solvents, Jurispr. 1974, blz. 223, r. o. 33), waarin het Hof overwoog, dat een weigering om te leveren die kan leiden tot uitschakeling van een eveneens binnen de gemeenschappelijke markt gevestigde concurrent, de mededingingsstructuur ongunstig kan beïnvloeden en daardoor potentiële gevolgen kan hebben voor het handelsverkeer tussen Lid-Staten. In zijn arrest van 14 februari 1978 (zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, r. o. 201 en 202) overwoog het Hof in dezelfde lijn, dat „wanneer een in de Gemeenschap gevestigde onderneming met een machtspositie een eveneens daar gevestigde concurrent tracht te elimineren, het er niet toe doet of dat gedrag het handelsverkeer tussen Lid-Staten beïnvloedt, indien vaststaat dat die uitschakeling gevolgen zal hebben voor de concurrentiestructuur in de gemeenschappelijke markt”. Zie ook arresten Hof van 13 februari 1979 (zaak 85/76, Hoffmann-La Roche, Jurispr. 1979, blz. 461, r. o. 125), en 31 mei 1979 (zaak 22/78, Hugin, Jurispr. 1979, blz. 1869, r. o. 17).

99 — Ter terechtzitting heeft RTE erop gewezen, dat het probleem van de ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer met betrekking tot RTE afzonderlijk moet worden behandeld, daar de Commissie in haar beschikking niet van een collectieve machtspositie is uitgegaan. RTE was op zichzelf niet in staat de mededingingsstructuur binnen de gemeenschappelijke markt ongunstig te beïnvloeden. Zij kon immers slechts licentie verlenen op haar eigen programmaoverzichten en daar het onwaarschijnlijk is, dat andere uitgever van tv-gids zouden wensen uit te geven die enkel de programmaoverzichten van RTE bevat, kon de gedraging van RTE het handelsverkeer in wekelijkse tv-gidsen in Ierland en Noord-Ierland niet ongunstig beïnvloeden. Dit betoog kan niet worden aanvaard. De omstandigheid dat het licentiebeleid van RTE de mededingingsstructuur slechts kon beïnvloeden omdat andere ondernemingen hetzelfde licentiebeleid voerden, betekent niet dat het licentiebeleid van de onderneming de mededingingsstructuur niet ongunstig beïnvloedde.

96 — Arrest Hof van 30 juni 1966 (zaak 56/65, Société Technique Minière, Jurispr. 1966, blz. 391, inzonderheid blz. 414). Dit arrest had betrekking op artikel 85, maar er is geen enkele reden om de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer met betrekking tot artikel 86 anders uit te leggen. Zie ook arresten Hof van 9 november 1983 (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, blz. 3461, r. o. 104), en 23 april 1991 (zaak C-41/90, Höfner en Elser, Jurispr. 1991, blz. I-1979, r. o. 32), die beide betrekking hadden op artikel 86 en waarin het Hof overwoog, dat aan de voorwaarde van ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer niet slechts is voldaan wanneer de gedraging die als misbruik kan worden aangemerkt, het handelsverkeer inderdaad ongunstig heeft beïnvloed, daar kan worden volstaan met het bewijs dat de betrokken gedraging een dergelijk gevolg kan hebben.

97 — Zie in dit verband arrest Hof van 10 december 1985 (gevoegde zaken 240/82-242/82, 261/82, 262/82, 268/82 en 269/82, Stichting Sigarettenindustrie, Jurispr. 1985, blz. 3831, r. o. 48).

190. Gelijk RTE heeft aangevoerd, doch anders dan door de Commissie is gesteld, volstaat het evenwel niet, dat aldus een daadwerkelijke of potentiële ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer aanwezig is. Volgens de rechtspraak van het Hof moet het daarbij gaan om een *merkbaar* ongunstige beïnvloeding.¹⁰⁰

— dat slechts ongeveer 100 000 huisgezinnen in Noord-Ierland, te weten 30-40 % van de bevolking van Noord-Ierland, zijnde minder dan 1,6 % van de tv-markt van het Verenigd Koninkrijk en minder dan 0,3 % van de markt van de Gemeenschap, de uitzendingen van RTE kunnen ontvangen en dat er in dat gebied slechts ongeveer 5 000 exemplaren van *RTE Guide* worden verkocht.¹⁰¹

191. RTE betoogt, dat haar licentiebeleid de handel tussen Ierland en het Verenigd Koninkrijk slechts in onbeduidende mate ongunstig kon beïnvloeden. Zij wijst erop,

192. Verder betoogt RTE, dat het in ieder geval aan de Commissie staat, aan te tonen dat het handelsverkeer tussen de Lid-Staten merkbaar ongunstig is beïnvloed. Haars inziens heeft de Commissie dat bewijs niet geleverd, daar zij in haar beschikking enkel verklaart:

— dat naar tv-gidsen met de programma-overzichten van RTE uiteraard enkel vraag bestaat in het gebied waar de uitzendingen van RTE kunnen worden ontvangen, dat wil zeggen in Ierland en in een klein grensgebied in Noord-Ierland;

„Het bovenvermelde misbruik heeft gevolgen voor de handel tussen Lid-Staten omdat een alomvattende tv-gids met de weekoverzichten van de regionale programma's van ITP en BBC en van de programma's van RTE zeker in Ierland en ook in Noord-Ierland zou worden verkocht, hetgeen een grensoverschrijdend handelsverkeer in een dergelijke gids of gidsen zou inhouden. Voorts zou het handelsverkeer in de wekelijkse programmaoverzichten zelf ook deels grensoverschrijdend zijn” (punt 24).

— dat RTE programma's noch reclame heeft die op Noord-Ierland zijn gericht of daar worden uitgezonden, daar er in Noord-Ierland geen kabeltelevisie bestaat en de uitzendingen van RTE in Noord-Ierland derhalve enkel kunnen worden ontvangen als gevolg van „overspill” (feitelijke grensoverschrijding van het zendgebied);

¹⁰¹ — RTE heeft er bovendien op gewezen, dat de verkoop van haar tv-gids in het Verenigd Koninkrijk minder dan 5 % van de verkoop in Ierland vertegenwoordigt, en dat na de invoering van het nieuwe licentiebeleid is gebleken, dat het vroegere licentiebeleid het handelsverkeer niet ongunstig beïnvloedde.

¹⁰⁰ — Zie bij voorbeeld arresten Hof van 25 november 1971 (zaak 22/71, Béguelin, Jurispr. 1971, blz. 949, r. o. 16, 17 en 18), en 20 juni 1978 (zaak 28/77, Tepea, Jurispr. 1978, blz. 1391, r. o. 47-51).

RTE beklemt, dat de Commissie de door haar aangevoerde feiten niet heeft betwist, en voor het Hof ook geen elementen heeft aangedragen waaruit blijkt, dat er sprake was van een merkbaar ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten.¹⁰²

193. Volgens RTE dient het arrest van het Gerecht te worden vernietigd, omdat daarin geen grondige marktanalyse wordt verricht met het oog op de vaststelling of er sprake is van een merkbaar ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer, en ook omdat het de door RTE aangevoerde feitelijke gegevens en argumenten niet in aanmerking heeft genomen of niet afdoende heeft behandeld.

102 — RTE wijst er in dit verband op, dat de Commissie het in haar beschikking alleen heeft over het handelsverkeer tussen Ierland en Noord-Ierland. De gegevens waarop de Commissie zich voor het Hof heeft beroepen, betreffen evenwel het handelsverkeer tussen Ierland en Groot-Brittannië en zouden daarom niet in aanmerking kunnen worden genomen. De Commissie ontkent, dat er sprake is van nieuwe gegevens, en wijst er onder meer op, dat BBC reeds tijdens de hoorzitting voor de Commissie verklaarde, dat zij vreesde dat een Engelstalige tv-gids uit Ierland in Groot-Brittannië zou worden ingevoerd, dat ITP tijdens de behandeling van het verzoek om voorlopige maatregelen voor de president van het Hof dezelfde bezorgdheid opperde, en dat ook RTE in die procedure te kennen gaf, dat zij er zich zorgen over maakte, dat Engelse uitgeverijen een Ierse versie van hun tv-gidsen met de programma's van RTE op de markt zouden brengen. Daar het mijns inziens voor de beslechting van de onderhavige zaken volstaat, het belang van het handelsverkeer tussen Ierland en Noord-Ierland in aanmerking te nemen, is het niet nodig een definitieve uitspraak te doen over de kwestie, of een mogelijk ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer tussen Ierland en Groot-Brittannië gewicht in de schaal kan leggen. Hierover wil ik in het kort het volgende opmerken: De omstandigheid, dat de Britse tv-omroeporganisaties vreesden dat een *Magill TV Guide* uit Ierland in Groot-Brittannië zou worden ingevoerd, en de omstandigheid dat de wijziging van de Britse wettelijke regeling meebracht, dat er op de Ierse markt in het Verenigd Koninkrijk vervaardigde alomvattende wekelijkse tv-gidsen verschenen, wijzen in de eerste plaats op het belang van het licentiebeleid van ITP en BBC, wier programma's — anders dan die van RTE — zowel in het Verenigd Koninkrijk als in Ierland kunnen worden ontvangen. Anderzijds kan niet worden uitgesloten, dat de Ierse uitgeverijen slechts in de uitgifte van tv-gidsen met gegevens over de programma's van ITP en BBC geïnteresseerd waren indien die ook de programma's van RTE konden bevatten, of dat er in Ierland een grote vraag is naar tv-gidsen uit Groot-Brittannië die tevens de programma's van RTE bevatten. Op die manier kan het licentiebeleid van RTE ook het handelsverkeer tussen Ierland en Groot-Brittannië ongunstig beïnvloeden.

194. In zijn arrest heeft het Gerecht vastgesteld, dat er sprake was van een merkbaar ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer, op grond van de volgende overweging:

„Voorts moet erop worden gewezen, dat een duidelijke aanwijzing voor het merkbare gevolg van het gelaakte beleid op het potentiële handelsverkeer tussen Ierland en het Verenigd Koninkrijk gelegen is in het feit, dat er een specifieke vraag bestond naar een alomvattende tv-gids van het type *Magill TV Guide*, getuige het succes in de relevante periode van tv-gidsen met de programma's van één enkel kanaal en zolang een alomvattende tv-gids op de betrokken geografische markt ontbrak. Verzoeksters beleid met betrekking tot de gegevens over haar weekprogramma's verhinderde de productie en de verkoop van alomvattende tv-gidsen bestemd voor alle televisiekijkers in Ierland en Noord-Ierland. Het relevante geografische gebied, waarin reeds een enkele markt van omroepdiensten bestond, vormt immers ook een enkele markt voor gegevens betreffende televisieprogramma's, in het bijzonder omdat de gemeenschappelijke taal het handelsverkeer zeer vergemakkelijkt” (r. o. 77 arrest RTE).

195. Volgens de rechtspraak van het Hof is er niet veel nodig om de voorwaarde van de merkbaarheid als vervuld te beschouwen.¹⁰³ Van de Commissie kan immers niet worden geëist, dat zij een economische analyse verricht van de juiste omvang van het potentiële

103 — Voor een geval waarin het Hof heeft geoordeeld, dat de betrokken gedragingen een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten opleverde, zie het arrest van 31 mei 1979 (zaak 22/78, Hugin, Jurispr. 1979, blz. 1869).

intracommunautaire handelsverkeer in het betrokken produkt.¹⁰⁴ Mijns inziens dient de voorwaarde van merkbaar ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer in de onderhavige zaken vervuld te worden geacht, alleen al omdat kan worden vastgesteld, dat de betrokken gedraging tot uitschakeling van een concurrent heeft geleid, en de uitsluiting tot gevolg heeft van nieuwe concurrenten die een produkt willen vervaardigen waarnaar ontegenzeglijk vraag bestaat, zowel op de Ierse markt als op het deel van de Noord-Ierse markt waar de uitzendingen van RTE kunnen worden ontvangen.¹⁰⁵ Derhalve ben ik van mening, dat het arrest van het Gerecht op dit punt niet kan worden bekritiseerd.¹⁰⁶

104 — Zie in dit verband arrest Hof van 9 november 1983 (zaak 322/81, Michelin, Jurispr. 1983, r. o. 102-105), waarin de op een beschikking van de Commissie geleverde kritiek, dat het betoog erop neerkwam dat een ongunstige handelsbeïnvloeding werd verondersteld en op een zuiver abstracte en theoretische analyse beruiste, werd van de hand werd gewezen. Zie ook arrest Hof van 1 februari 1978 (zaak 19/77, Miller, Jurispr. 1978, blz. 131, r. o. 15). Het is een feit, dat het Hof in een aantal arresten, tot het bestaan van een merkbaar ongunstige beïnvloeding van het handelsverkeer heeft geconcludeerd zonder een grondige economische analyse te verrichten; zie bij voorbeeld arrest van 14 februari 1978 (zaak 27/76, United Brands, Jurispr. 1978, blz. 207, r. o. 202), waarin het Hof zich ertoe beperkte vast te stellen, dat „de weigering om een traditionele vaste klant te bevoorraden, die inkoop met het oog op doorverkoop in een andere Lid-Staat, invloed heeft op de normale handelsbewegingen en merkbare gevolgen voor de handel tussen de Lid-Staten”.

105 — Deze conclusie vindt enige steun in het arrest van 25 oktober 1983 (zaak 107/82, AEG, Jurispr. 1983, blz. 3151, r. o. 65), waarin het Hof overwoog, dat een stelsel van selectieve distributie de handel tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden, om de enkele reden dat kon worden vastgesteld, dat het ongunstige gevolgen had voor de uitvoer van kleurentelevisies die geschikt waren voor de verschillende transmissie-systemen in Frankrijk en Duitsland en waarnaar met name in het *grensgebied* tussen Duitsland en Frankrijk vraag bestond.

106 — RTE merkt terecht op, dat de Commissie in haar beschikking niet uitdrukkelijk stelt, dat de gedragingen van RTE de mededingingsstructuur op de gemeenschappelijke markt ongunstig hebben beïnvloed en daardoor de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig konden beïnvloeden. Dit is evenwel niet van beslissend belang. Uit de beschikking blijkt duidelijk, dat de gedragingen van RTE tot uitschakeling van een concurrent hebben geleid en nieuwe concurrenten van de markt uitsloten (zie punt 23), en dat het ging om een produkt waarnaar zowel op de Ierse als op een deel van de Noord-Ierse markt een potentiële vraag bestond (zie punt 24). Dit is mijns inziens voldoende. Met andere woorden, tegen het arrest van het Gerecht kan niet op goede gronden worden aangevoerd, dat de beschikking van de Commissie had moeten worden nietigverklaard omdat dit punt ontoereikend was gemotiveerd.

I — Schending van artikel 190 van het Verdrag

196. ITP betoogt, dat het Gerecht artikel 190 heeft geschonden door te oordelen dat de beschikking van de Commissie afdoende was gemotiveerd. Volgens ITP was de beschikking niet afdoende gemotiveerd, omdat de Commissie heeft nagelaten de rechtsgronden aan te geven voor haar eerste vaststelling, dat een in het kader van de uitoefening van het auteursrecht verrichte weigering om licentie te verlenen een door artikel 86 verboden misbruik van machtspositie kan opleveren, omdat de Commissie zich ertoe heeft beperkt erop te wijzen, dat de betrokken gedraging niet onder het specifiek voorwerp van het auteursrecht viel, zonder daarvoor enige motivering of uitleg te geven, omdat de gronden waarop de Commissie zich thans baseert, niet uit de beschikking blijken, en omdat de Commissie niet heeft aangegeven, waarom de door het Hof in de arresten Warner Brothers en Volvo¹⁰⁷ geformuleerde beginselen in de onderhavige zaken niet van toepassing zijn.

197. De Commissie voert om te beginnen aan, dat ook al vormt de motiveringsplicht een rechtsvraag, het niet redelijk is van het Hof te verlangen, dat het alle details van de mededingingsbeschikking opnieuw onderzoekt om te beoordelen of het Gerecht op goede gronden heeft vastgesteld dat de beschikking afdoende was gemotiveerd. Volgens de Commissie dient het Hof, om onnodige herhalingen te vermijden, zich er dienangaande toe te beperken, te onderzoeken of het arrest waartegen hogere voorziening is ingesteld, kennelijke gebreken vertoont.

107 — Zie hierboven hoofdstuk D, sub b en c.

Vervolgens stelt de Commissie, dat haar beschikking afdoende was gemotiveerd en dat het arrest van het Gerecht derhalve, wat dit betreft, geen gebreken en in ieder geval geen kennelijke gebreken vertoont.

relevant zijn, erin worden vermeld. De vraag of de motivering van een beschikking aan deze eisen voldoet, moet immers niet alleen worden beoordeeld aan de hand van de tekst ervan, doch ook van de context waarin zij is gegeven, en van het geheel van rechtsregels die de betrokken materie beheersen.”¹⁰⁸

198. Mijns inziens is er geen enkele reden om aan te nemen, dat het Hof bij zijn toetsing van de arresten van het Gerecht minder ver dient te gaan wanneer die toetsing betrekking heeft op de vraag, of het Gerecht op goede gronden heeft geoordeeld dat een handeling afdoende was gemotiveerd. Ook al impliceert een onderzoek naar de nakoming van de motiveringsplicht een beoordeling van de context waarin de beschikking is gegeven, toch gaat het mijns inziens om een rechtsvraag die onder de normale bevoegdheid van het Hof krachtens artikel 51 van het Statuut valt. Derhalve moet worden nagegaan, of de beschikking van de Commissie afdoende was gemotiveerd.

199. Volgens vaste rechtspraak van het Hof heeft de in artikel 190 geformuleerde motiveringsplicht de navolgende inhoud:

„(...) de door artikel 190 EEG-Verdrag verlangde motivering [dient weliswaar] de redenering van de communautaire instantie waarvan de bestreden handeling afkomstig is, duidelijk en ondubbelzinnig te doen uitkomen, opdat de belanghebbenden de rechtvaardigingsgronden van de genomen maatregel kunnen kennen en hun rechten kunnen verdedigen en het Hof zijn toezicht kan uitoefenen, doch [het] is niet vereist dat alle verschillende gegevens die feitelijk of rechtens

200. Anders dan ITP stelt, heeft de Commissie er in haar beschikking uitdrukkelijk op gewezen, dat ITP, BBC en RTE door hun restrictief licentiebeleid de productie en de verkoop hebben belet van *een nieuw produkt waarnaar een wezenlijke potentiële vraag bestaat*, dat de ondernemingen, die elk een machtspositie innemen op de markt voor hun eigen overzichten, daardoor de *afgeleide markt* van wekelijkse tv-gidsen voor zichzelf reserveren, dat de licentievoorwaarden van de ondernemingen, volgens welke slechts de overzichten van één of hooguit twee dagen mochten worden gepubliceerd, *onnodig beperkend* zijn, dat het gedrag van de ondernemingen niet op de genoemde gronden berustte, maar uitsluitend tot doel had, *de positie te beschermen van hun eigen tv-gidsen*, die noch onderling noch met enige andere gids concurreren, en dat de ondernemingen daardoor in strijd met artikel 86, sub b, de mededinging hebben beperkt ten nadele van de consument. Op grond daarvan concludeerde de Commissie, dat de ondernemingen hun auteursrecht hebben misbruikt

108 — Zie arrest Hof van 26 juni 1986 (zaak 203/85, Nicolet Instrument, Jurispr. 1986, blz. 2049, r. o. 10), en laatstelijk arrest van 13 oktober 1993 (zaak C-104/90, Matsushita Electric Industrial, Jurispr. 1993, blz. I-4981, r. o. 19). Zie ook arresten Hof van 17 januari 1984 (gevoegde zaken 43/82 en 63/82, VBVB en VBBB, Jurispr. 1984, blz. 19, r. o. 22), en 11 juli 1989 (zaak 246/86, Belasco e. a., Jurispr. 1989, blz. 2117, r. o. 55 en 56), waarnaar het Gerecht heeft verwezen.

door het te gebruiken op een wijze *die niet onder het specifiek voorwerp* van het betrokken intellectuele-eigendomsrecht valt.

J — Kosten

201. De Commissie heeft aldus de omstandigheden genoemd die in de onderhavige zaken een inbreuk op het specifiek voorwerp van het auteursrecht kunnen rechtvaardigen (zie hierboven hoofdstuk D, sub e, f, g en i). Hieruit blijkt duidelijk, dat de Commissie niet van mening is, dat het specifiek voorwerp van het auteursrecht in die omstandigheden tegen toepassing van artikel 86 moet worden beschermd.¹⁰⁹ Daarmee is mijns inzien voldaan aan de motiveringsplicht zoals die in de rechtspraak van het Hof is geformuleerd, daar ik geen enkele reden zie om een nadere juridische motivering of een verwijzing naar eerdere rechtspraak van het Hof te verlangen.

202. Bijgevolg kan het arrest van het Gerecht niet worden bekritiseerd voor zover daarin wordt geoordeeld, dat de beschikking van de Commissie voldoende is gemotiveerd (r. o. 64 en 65 arrest ITP).

109 — De beschikking van de Commissie kan niet worden bekritiseerd op het enkele punt, dat het probleem daarin als een kwestie van nadere precisering van de omvang van het specifiek voorwerp en niet als een kwestie van inbreuk op het specifieke voorwerp wordt behandeld (zie hierboven punt 53). Dit is een zuiver formele kwestie van de meest doeltreffende aanpak.

203. Artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering bepaalt, dat de in het ongelijk gestelde partij in de kosten wordt verwezen, voor zover dit is gevorderd, en dat, indien meer partijen in het ongelijk zijn gesteld, het Hof het door elk hunner te dragen deel van de proceskosten bepaalt. Ingevolge artikel 69, lid 4, kan Hof ook bepalen, dat andere interveniënten dan de Lid-Staten en de instellingen hun eigen kosten zullen dragen.

204. Indien het Hof het eens is met hetgeen ik hierboven heb uiteengezet, is in de onderhavige zaken de Commissie, ondersteund door Magill, de in het ongelijk gestelde partij.

205. In zijn arresten verwees het Gerecht RTE en ITP in de kosten, daaronder begrepen die van interveniënte. Op dit punt dienen de arresten van het Gerecht te worden bevestigd.

206. RTE heeft gevorderd, dat de Commissie en Magill in de kosten worden verwezen. ITP heeft gevorderd, dat de Commissie en/of Magill worden verwezen in de kosten die ITP voor het Gerecht zijn opgekomen, en dat de Commissie wordt verwezen in de kosten die ITP voor het Hof zijn opgekomen. IPO heeft gevorderd, dat de Commissie wordt verwezen in de kosten die IPO voor het Hof zijn opgekomen.

207. Daarom stel ik het Hof voor, over de kosten te beslissen als volgt:

heeft Magill voor het Hof evenwel enkel mondelinge opmerkingen gemaakt en derhalve geen bijzondere kosten veroorzaakt voor RTE en ITP.

De Commissie wordt verwezen in de kosten die RTE en ITP voor het Gerecht en voor het Hof zijn opgekomen, met uitzondering van de kosten die op de interventie van Magill zijn gevallen.

IPO zal haar eigen kosten dragen, gelet op het feit dat zij in het ongelijk is gesteld op haar principiële stelling, dat artikel 86 niet van toepassing is op de uitoefening van rechten die tot het specifiek voorwerp van het auteursrecht behoren, en op haar eigen middel, dat het Gerecht de betrokken markt verkeerd heeft omschreven en het begrip machtspositie verkeerd heeft toegepast.

Magill wordt verwezen in de kosten die RTE en ITP zijn opgekomen door haar interventie voor zowel het Gerecht als het Hof. In feite

Conclusie

208. Mitsdien geef ik het Hof in overweging:

- door de het Gerecht van eerste aanleg op 10 juli 1991 gewezen arresten (zaak T-69/89, RTE, Jurispr. 1991, blz. II-485, en zaak T-76/89, ITP, Jurispr. 1991, blz. II-575) te vernietigen;
- overeenkomstig artikel 54, eerste alinea, van 's Hof's Statuut de zaak zelf af te doen en beschikking 89/205/EEG van de Commissie van 21 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag nietig te verklaren en aldus de door Radio Telefís Éireann en Independent Television Publications Limited in hun memories geformuleerde vorderingen toe te wijzen;

- de Commissie de verwijzen in de kosten die Radio Telefis Eireann en Independent Television Publications Limited voor het Gerecht en voor het Hof zijn opgekomen, met uitzondering van de kosten die op de interventie van Magill TV Guide Limited zijn gevallen;
- Magill TV Guide Limited te verwijzen in de kosten die Radio Telefis Eireann en Independent Television Publications Limited door de interventie voor het Gerecht en voor het Hof zijn opgekomen;
- te verstaan dat Intellectual Property Owners Inc. haar eigen kosten zal dragen.