

4. Embora o artigo 190.º do Tratado imponha à Comissão, quando toma uma decisão no âmbito da aplicação das regras de concorrência, que mencione os elementos de facto de que depende a justificação da decisão e as considerações jurídicas que a levaram a tomá-la, essa disposição não exige que a Comissão discuta todos os pontos de facto e de direito que foram tratados no processo administrativo.
5. O poder atribuído à Comissão, pelo n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, de obrigar as empresas interessadas a cessar uma infracção constatada, implica o direito de a Comissão lhes dirigir certas intimações, para agirem ou se absterem de agir, a fim de porem termo à infracção. Nesta perspectiva, as obrigações impostas a essas empresas devem ser definidas em função das exigências que se prendem com a reposição da legalidade, tendo em conta as características do caso concreto em questão.
6. O artigo 234.º do Tratado deve ser interpretado no sentido de que uma convenção celebrada antes da entrada em vigor do Tratado não pode ser invocada para justificar restrições ao comércio entre os Estados-membros. Com efeito, aquela disposição, que tem por objecto garantir que a aplicação do Tratado não afecte nem o respeito devido aos direitos dos países terceiros resultantes de uma convenção antes celebrada com um Estado-membro, nem a observância das obrigações derivadas desta convenção para este Estado-membro, apenas visa os direitos e obrigações estabelecidos entre Estados-membros e países terceiros.

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

Sumário

Matéria de facto e tramitação processual	580
Pedidos das partes	585
Quanto ao pedido de anulação da decisão na sua globalidade	586

* Língua do processo: inglês.

1. Quanto à violação do artigo 86.º do Tratado	586
— Argumentos das partes	586
— Apreciação jurídica	597
— A definição dos produtos em causa	598
— A existência de uma posição dominante	599
— A existência de um abuso	599
2. Quanto à insuficiência de fundamentação	604
Quanto ao pedido de anulação, a título subsidiário, do artigo 2.º do dispositivo da decisão	606
1. Quanto à violação do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 do Conselho	606
— Argumentos das partes	606
— Apreciação jurídica	607
2. Quanto à violação da Convenção de Berna	608
— Argumentos das partes	608
— Apreciação jurídica	609
3. Quanto à violação do princípio da proporcionalidade	611
Quanto às despesas	612

No processo T-76/89,

Independent Television Publications Limited, sociedade de direito inglês, com sede em Londres, representada por Alan Tyrrell, QC, inscrito na Gray's Inn, mandado por Michael J. Reynolds, solicitador em Bruxelas, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório dos advogados Loesch e Wolter, 8, rue Zithe,

recorrente,

contra

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

recorrida,

apoiada por

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

interveniente,

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

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção),

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

secretário: H. Jung

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

Acórdão

Matéria de facto e tramitação processual

- 1 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 17 de Março de 1989, a sociedade Independent Television Publications Limited (a seguir «ITP») pediu a anulação da decisão da Comissão de 21 de Dezembro de 1988 (a seguir «decisão») que declarou que as políticas e práticas dessa sociedade, no momento dos factos analisados, em relação à publicação das listas semanais das suas emissões de televisão e de rádio que podem ser captadas na Irlanda e na Irlanda do Norte, constituem violações do artigo 86.º do Tratado CEE, na medida em que impedem a publicação e a venda de guias de televisão semanais gerais nesse território. O presente recurso encontra-se relacionado com os recursos de anulação interpostos paralelamente, contra essa mesma decisão, pelos seus outros destinatários, ou seja, por um lado, a Radio Telefis Eireann (a seguir «RTE») e, por outro, a British Broadcasting Corporation e a BBC Enterprises Limited (a seguir «BBC»), processos T-69/89 e T-70/89.

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

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

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

- 3 No que se refere mais especificamente ao presente caso, há que notar que a ITP se reservava o exclusivo da publicação das listas de programas semanais da ITV e do Channel 4 na sua própria revista de televisão, a *TV Times*, especializada na apresentação dos programas dessas duas estações.
- 4 Resulta dos autos que a sociedade recorrente foi constituída em 1967 para editar uma revista nacional de informação sobre os programas da televisão privada no Reino Unido. Aquando da adopção da decisão, os seus accionistas eram as sociedades de televisão que obtiveram licença da IBA para fornecer emissões destinadas à cadeia de televisão ITV. Entretanto, a ITP foi vendida a uma editora privada, a Reed International PLC, inteiramente independente das sociedades de televisão. Nos termos dos seus contratos, as sociedades de televisão que obtiveram licença da IBA estavam obrigadas a ceder à ITP, durante o período de duração dos referidos contratos, o seu direito de autor sobre as listas de programas das emissões da ITV. Recebiam em contrapartida 70% dos lucros líquidos da ITP que pudessem ser atribuídos às vendas da sua revista de televisão. Pelo contrário, a sociedade Channel 4 Television Company Limited, que era uma filial da IBA, cedia à ITP o seu direito de autor sobre as listas dos seus programas, emitidos no Channel 4, sem contrapartida financeira, tendo em conta os custos suportados pela ITP para assegurar a publicação e a publicidade dos programas do Channel 4.

- 5 Em conformidade com o seu objecto social, a ITP edita no Reino Unido, com finalidade comercial, a revista semanal de televisão *TV Times*. No momento dos factos, a *TV Times* não continha qualquer informação sobre os programas emitidos por outros canais que não fossem a ITV e o Channel 4. Publicada em treze edições regionais, era vendida não apenas no Reino Unido mas também na Irlanda. O seu preço era respectivamente de 0,37 UKL e 0,52 IRL. A *TV Times* era distribuída semanalmente, em média, em 3 milhões de exemplares. Tinha, juntamente com o guia de televisão da BBC, a *Radio Times*, a maior tiragem semanal do Reino Unido, onde era comprada por cerca de 16% das famílias que possuíam aparelho de televisão. Na Irlanda, a *TV Times* era comprada por cerca de 2% das famílias. No exercício de 1985/1986, a *TV Times* realizou um volume de negócios superior a 59 milhões de UKL e apresentou um lucro antes de imposto de mais de 3,9 milhões de UKL.

- 6 No momento dos factos em causa, a ITP praticava a seguinte política no que se refere à exploração do seu direito de autor sobre as listas de programas da ITV e do Channel 4. Distribuía gratuitamente, a pedido, à imprensa diária ou periódica, a programação das suas emissões, acompanhada de uma autorização, pela qual não cobrava direitos, que fixava as condições em que podiam ser reproduzidas essas informações. Os programas diários e, na véspera de dias feriados, os programas de dois dias consecutivos podiam, assim, ser publicados nos jornais, ressalvadas determinadas condições referentes ao formato dessa publicação. Autorizava ainda a publicação dos «destaques» da programação televisiva da semana. A ITP velava pelo rigoroso respeito das condições referidas na autorização, se necessário mediante acções judiciais contra as publicações que as não respeitassem.

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

em decisão de medidas provisórias proferida a pedido da BBC, da RTE e da ITP, a cessar a publicação das listas de programas semanais dessas três sociedades. Na sequência dessa intimação, a Magill pôs termo às suas actividades de edição. O mérito da causa foi parcialmente analisado pela High Court, que se pronunciou, em sentença proferida em 26 de Julho de 1989 pelo juiz Lardner, sobre o alcance, em direito irlandês, do direito de autor sobre as listas de programas. A este propósito, a decisão desse Tribunal tem o seguinte teor: «Os elementos de prova apresentados convenceram-me de que as listas de programas semanais, tal como são publicadas pela *TV Times*, constituem uma obra literária original e uma “compilação”, na acepção dos artigos 2.º e 8.º do Copyright Act 1963, em relação à qual a ITP podia e pode prevalecer-se do direito de autor» (ILRM 1990, p. 534, 557).

- 8 Já anteriormente, em 4 de Abril de 1986, na perspectiva de poder publicar as listas semanais completas, a Magill tinha apresentado uma denúncia à Comissão, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.º 17»), a fim de obter a declaração de que a ITP, a BBC e a RTE abusam da sua posição dominante ao recusar conceder autorizações para a publicação das respectivas listas de programas semanais. A Comissão decidiu iniciar o processo em 16 de Dezembro de 1987 e enviou à ITP, ainda nesse mês, uma comunicação das acusações. Foi no termo desse processo que a Comissão adoptou, em 21 de Dezembro de 1988, a decisão ora impugnada.
- 9 Na decisão, os produtos em causa são definidos do seguinte modo quanto às três empresas em questão. Trata-se das listas de programas semanais publicadas pela ITP, pela BBC e pela RTE, bem como dos guias de televisão em que essas listas são publicadas (n.º 20, primeiro parágrafo, da decisão). Uma lista de programas comporta, segunda a definição da Comissão, «uma lista de programas a serem difundidos por ou em nome de uma organização de radiodifusão dentro de um determinado período de tempo, incluindo as seguintes informações: o título de cada programa a difundir, o canal, a data e a hora de transmissão» (n.º 7 da decisão).

A Comissão conclui que, devido ao monopólio de facto dos organismos de radioteledifusão sobre as respectivas listas de programas semanais, os terceiros interessados na publicação de um guia semanal de televisão «estão, portanto, numa posição de dependência económica característica de uma posição dominante». Além disso,

prossigue a Comissão, esse monopólio é reforçado em termos de monopólio legal, na medida em que os mesmos organismos reivindicam a protecção do direito de autor sobre as respectivas listas semanais. Nestas condições, a Comissão observa que «não é possível existir concorrência de terceiros nesses mercados». Daí conclui que «a ITP, a BBC e a RTE detêm, cada uma delas, uma posição dominante na acepção do artigo 86.º» (n.º 22 da decisão).

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

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

- 11 Quanto às medidas destinadas a pôr termo à infracção, o artigo 2.º do dispositivo da decisão tem o seguinte teor: «A ITP, a BBC e a RTE devem imediatamente pôr termo à violação, tal como referida no artigo 1.º, mediante o fornecimento recíproco e a terceiros, a pedido e numa base não discriminatória, das suas listas individuais antecipadas de programação semanal e autorizando a sua publicação por esses terceiros. Esta exigência não abrange as informações adicionais aos próprios programas, tal como são definidas na presente decisão¹. Se optarem por fornecer e permitir a reprodução da sua programação através de licenças, as eventuais *royalties* exigidas pela ITP, pela BBC e pela RTE deverão ser de um montante razoável². Além disso, a ITP, a BBC e a RTE podem incluir em quaisquer licenças

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

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

concedidas a terceiros as condições que considerem necessárias para assegurar uma cobertura global de alta qualidade de todos os seus programas, incluindo os de interesse minoritário e/ou regional e os de conteúdo cultural, histórico e educativo. Por conseguinte, deve exigir-se às partes que, no prazo de dois meses a contar da notificação da presente decisão, apresentem propostas para aprovação pela Comissão das condições em que consideram que os terceiros devem ser autorizados a publicar as listas antecipadas da programação semanal que constituem o objecto da presente decisão.»

- 12 Simultaneamente com o presente recurso de anulação da decisão, a recorrente pediu, por requerimento apresentado no mesmo dia, isto é, em 17 de Março de 1989, a suspensão da execução do artigo 2.º da referida decisão, pelo menos na medida em que impõe à ITP que forneça a terceiros, a pedido e numa base não discriminatória, as suas listas de programas semanais, para publicação. Por despacho de 11 de Maio de 1989, o presidente do Tribunal de Justiça ordenou «a suspensão da execução do artigo 2.º da decisão impugnada, na medida em que obriga as recorrentes a pôr imediatamente termo à violação constatada pela Comissão mediante o fornecimento recíproco e a terceiros, a pedido e numa base não discriminatória, das suas listas individuais antecipadas de programação semanal e autorizando a sua publicação por esses terceiros» (n.º 20, 76/89, 77/89 e 91/89 R, Colect., p. 1141).

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

Pedidos das partes

- 13 A ITP, recorrente, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão;

- condenar a Comissão nas despesas efectuadas pela ITP no presente processo;
- ordenar qualquer outra medida que considere adequada.

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

- negar provimento ao recurso;
- condenar a recorrente no pagamento das despesas efectuadas pela Comissão.

Quanto ao pedido de anulação da decisão na sua globalidade

- 14 A recorrente invoca dois fundamentos, baseados respectivamente em violação do artigo 86.º do Tratado e insuficiência de fundamentação, em apoio do seu pedido de anulação da decisão, na medida em esta dá por verificada uma infracção ao referido artigo 86.º

1. Quanto à violação do artigo 86.º do Tratado

— Argumentos das partes

- 15 Em primeiro lugar, a recorrente sustenta que não está preenchida a condição de aplicação do artigo 86.º relativa à detenção de uma posição dominante. A este respeito, contesta a definição do mercado em causa acolhida na decisão. Segundo a recorrente, os produtos em causa são constituídos pelo conjunto dos «guias de televisão». Com efeito, ao contrário da Comissão, sustenta que as listas de programas semanais e os guias de televisão nos quais elas são publicadas não constituem um submercado do mercado da informação referente aos programas de televisão em geral, no qual, sublinha, não detém uma posição dominante.

- 16 Nesse sentido, a recorrente alega que múltiplas fontes de informação sobre os programas televisivos, como a imprensa diária ou semanal, bem como os jornais de domingo, que publicam todos uma rubrica completa dos programas do dia ou do fim-de-semana, podem substituir a *TV Times*, tanto do ponto de vista dos anunciantes como dos utilizadores. No que se refere a estes últimos, a intensidade da concorrência a que está exposta a *TV Times* no mercado da imprensa em geral seria atestada pelo facto de 80% dos telespectadores obterem as suas informações sobre os programas da ITV e do Channel 4 de fontes diferentes da *TV Times*. Idêntico raciocínio vale para as próprias listas de programas. Com efeito, a recorrente considera que os «listings» dos programas válidos para um ou dois dias constituem produtos de substituição relativamente às listas semanais e que, portanto, não podem ser considerados um mercado distinto.
- 17 A título subsidiário, a recorrente sustenta que, ainda que o mercado em causa fosse constituído pelas listas de programas semanais da ITV e do Channel 4, ela não ocuparia uma posição dominante na acepção do artigo 86.º, dado que as referidas listas não são fornecidas por si, mas pelas sociedades de televisão. Observa ainda que o monopólio legal que resulta do seu direito de autor sobre as referidas listas não deve ser confundido com a noção económica de posição dominante para efeitos da aplicação do artigo 86.º A este respeito baseia-se no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça em 8 de Junho de 1971, *Deutsche Grammophon*, n.º 16 (78/70, Recueil, p. 487).
- 18 Em segundo lugar, a recorrente contesta o carácter abusivo, na acepção do artigo 86.º, da sua política em matéria de informação sobre os seus programas. Essencialmente, sustenta que, ao adoptar o comportamento que lhe é censurado na decisão, se limitou a proteger o objecto específico do seu direito de autor sobre as suas próprias listas de programas, o que não pode constituir um abuso na acepção do artigo 86.º A este respeito, observa que a decisão tem como efeito privar o titular de um direito de propriedade intelectual do seu direito exclusivo de reprodução e de primeira comercialização do produto protegido, o que se traduziria em substituir o direito de autor, tal como está definido em direito nacional, por outro direito, isto é, «o direito de conceder autorizações».
- 19 Em apoio da sua tese, a recorrente desenvolve a seguinte argumentação. Antes de mais, invoca a distinção estabelecida pelo Tribunal de Justiça entre, por um lado, a existência de um direito de propriedade intelectual — isto é, a natureza e o con-

teúdo do referido direito —, que depende do direito nacional e, por outro, o exercício de tal direito, abrangido pelo direito comunitário, designadamente pelas regras da concorrência (ver, designadamente, o acórdão de 29 de Fevereiro de 1968, Parke Davis, 24/67, p. 81, 110 e 111). A este respeito, recorda que o Tribunal de Justiça decidiu, no seu acórdão de 14 de Setembro de 1982, Keurkoop, n.º 18 (144/81, Recueil, p. 2853), que, na falta de harmonização ou unificação a nível comunitário, é a regulamentação nacional que é competente para fixar as condições e as modalidades da protecção conferida por um direito de propriedade intelectual, e designadamente para determinar quais são os produtos protegidos. Prossequindo no seu raciocínio, observa que a utilização de um direito de propriedade intelectual em conformidade com a legislação nacional não constitui, em si, uma infracção ao artigo 86.º (acórdãos de 9 de Abril de 1987, Basset, n.º 18, 402/85, Colect., p. 1747; e de 8 de Junho de 1971, Deutsche Grammophon, 78/70, já referido). Especificamente, observa que o Tribunal de Justiça consagrou o princípio segundo o qual o exercício de um direito de propriedade intelectual não viola o Tratado quando se justifique pela «salvaguarda dos direitos que constituem o objecto específico» desse direito de propriedade intelectual (*ibidem*, n.º 11). Ora, precisa, resulta da análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o objecto específico do direito de autor compreende o direito exclusivo de reprodução e de primeira comercialização do produto protegido, bem como o direito de o opor a qualquer contrafacção (ver os acórdãos de 20 de Janeiro de 1981, Musik-Vertrieb Membran, n.º 25, 55/80 e 57/80, Recueil, p. 147; de 17 de Maio de 1988, Warner Brothers, 158/86, Colect., p. 2605; e de 24 de Janeiro de 1989, EMI Electrola, 341/87, Colect., p. 79). Isto tem por corolário, acrescenta a recorrente, que o titular do direito de autor não está obrigado a conceder autorizações a terceiros, ainda que em contrapartida de *royalties* razoáveis, como o Tribunal de Justiça confirmou, é certo, em matéria de modelos industriais protegidos, no seu acórdão de 5 de Outubro de 1988, Volvo (238/87, Colect., p. 6211).

- 20 No que se refere ao presente caso, a recorrente deduz daí que o facto de a sua política impedir o surgimento de um novo produto no mercado, ou seja, uma revista semanal de televisão, e lhe permitir reservar para si o mercado derivado dos guias semanais de televisão, não transforma em abuso o uso legítimo que faz do seu direito de autor, dado que se limitou a exercer o seu direito exclusivo de primeira colocação em circulação. A questão de saber se existe no mercado uma procura potencial de guias semanais gerais seria, portanto, irrelevante.
- 21 Com efeito, para que a exploração de um direito de propriedade intelectual possa ser qualificada de abusiva na acepção do artigo 86.º, é necessário, segundo a recorrente, a existência de um elemento suplementar, que se materializa em «uma

acção abusiva quanto às modalidades de exercício (do referido) direito». A recorrente alega, em apoio da sua tese, que o Tribunal de Justiça declarou, no acórdão *Deutsche Grammophon*, n.º 6 (78/80, já referido), que o exercício de um direito de propriedade intelectual pode estar abrangido pela proibição constante do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado «sempre que se verifique ser o objecto, o meio ou a consequência de um acordo, decisão ou prática concertada que, ao proibir as importações provenientes de outros Estados-membros de produtos licitamente comercializados nesses Estados, tenha por efeito o isolamento do mercado». A este respeito, considera que, no presente caso, a condição relativa à presença de um elemento suplementar constitutivo de um abuso não está preenchida. Com efeito, a ITP não teria agido de modo abusivo ou anormal no exercício do seu direito de autor e, de resto, também a Comissão nada alegaria nesse sentido na decisão. Mais precisamente, o modo como a ITP fez uso do seu direito de autor teria sido coerente e não discriminatório. A ITP também não teria feito uso dos seus direitos de forma ilícita ou com a finalidade de obstar ao comércio interestatal. Finalmente, não teria praticado preços excessivos.

- 22 A recorrente argumenta também que os actos censurados não correspondem à hipótese de abuso enunciada no segundo parágrafo, alínea b), do artigo 86.º, no qual a decisão se baseia. A este respeito, acusa a Comissão de não apresentar qualquer prova suficiente do prejuízo causado aos consumidores. Sustenta que, para determinar se tal prejuízo existe, deve fazer-se o balanço das vantagens e dos inconvenientes da prática em litígio, confrontando-a designadamente com os interesses das diversas categorias de consumidores. Para realizar esse balanço, seria igualmente necessário, considera a recorrente, verificar se, em caso da concessão a título oneroso de autorizações para publicar as listas semanais, a manutenção das autorizações, a título gratuito, para publicar as listas dos programas diários não teria um carácter discriminatório.
- 23 Finalmente, a recorrente refere que a concessão a terceiros de autorizações para as listas de programas semanais poderia comprometer a viabilidade comercial da *TV Times* em determinadas regiões e, por conseguinte, a promoção dos programas que se destinam a uma minoria ou que apresentam carácter histórico, cultural ou educativo, que desempenham uma missão de serviço público.
- 24 A Comissão rejeita toda a argumentação aduzida pela recorrente no que se refere à alegada violação do artigo 86.º

- 25 Para provar a existência uma posição dominante, a Comissão retoma os argumentos que serviram de base à fundamentação da decisão. Afirma, em substância, que cada uma das recorrentes detém uma posição dominante em dois mercados limitados. O primeiro diz respeito às suas próprias listas de programas para a semana seguinte, cujo monopólio a recorrente detém. O segundo é o mercado das revistas semanais de televisão, que constitui, segundo a Comissão, um submercado distinto do mercado geral das publicações diárias e semanais, dado que é o único a oferecer um produto específico — concretamente, informações completas sobre os programas semanais da ITV e do Channel 4 — para o qual existe uma procura específica por parte dos telespectadores. A Comissão sublinha a este respeito que, no momento dos factos, a Irlanda e o Reino Unido eram os únicos Estados-membros onde não existia qualquer guia semanal geral de televisão susceptível de entrar em concorrência com a revista *TV Times*, que desse modo se encontrava numa situação de monopólio.
- 26 Para demonstrar a natureza abusiva do comportamento censurado, a Comissão desenvolve o seu raciocínio a partir da premissa — que expressamente admitiu na audiência — de que as listas de programas beneficiam, em direito interno, da protecção do direito de autor. Sustenta, em primeiro lugar, que, mesmo nessas condições, as políticas e práticas em litígio prosseguidas pela recorrente não estão abrangidas pela protecção do direito de autor, tal como é reconhecida em direito comunitário.
- 27 Nesta perspectiva, a Comissão começa por chamar a atenção, de modo geral, para a incompatibilidade com as normas comunitárias de um direito nacional que consagra a existência do direito de autor sobre as listas de programas. Recorda previamente que, segundo jurisprudência assente, a indústria da televisão está sujeita às normas comunitárias (ver, designadamente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Outubro de 1982, Coditel, 262/81, Recueil, p. 3381). Sublinha que uma regulamentação nacional que instituisse um direito de autor sobre as listas de programas permitiria às sociedades de radiotelevisão utilizar um monopólio legal legítimo em matéria de difusão dos programas radiotelevisivos numa determinada frequência para manter um monopólio ilegítimo no mercado anexo, situado a jusante, das publicações desses programas semanais, e opor-se, desse modo, ao aparecimento de um produto concorrente de um novo tipo, sob a forma de um guia geral de televisão. A protecção das listas de programas pelo direito de autor criaria ainda um obstáculo à realização do mercado único dos serviços de radiotelevisão, baseado no artigo 59.º do Tratado. Com efeito, na falta de um mercado único de informação sobre os programas, o direito dos consumidores de beneficiarem de

uma «televisão sem fronteiras» ficaria comprometido, dado que os telespectadores, pouco inclinados a comprar um grande número de revistas contendo, respectivamente, a programação de uma única estação, estariam igualmente menos tentados a ver programas, designadamente em língua estrangeira, sobre os quais possuem poucas informações.

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

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

- 30 Em segundo lugar, após ter sustentado, como acaba de ser exposto, que a protecção das listas de programas pelo direito de autor não corresponde à função essencial deste direito, a Comissão sublinha a natureza abusiva da política da recorrente em matéria de informação sobre os seus programas semanais. Denuncia particularmente a natureza abusiva de recusa arbitrária, isto é, sem justificação que se prenda com as exigências do segredo, da investigação e do desenvolvimento ou com outras considerações objectivamente verificáveis, de autorizar a Magill e outros «potenciais concorrentes» no mercado das revistas semanais de televisão a publicar essas informações, com a única finalidade de impedir o aparecimento de todo e qualquer produto concorrente.
- 31 A este respeito, a Comissão sustenta, nas suas observações, que a política seguida pela recorrente, em matéria de concessão de autorizações, estabelece uma discriminação «contra um novo produto surgido sob a forma de uma revista geral que (faria concorrência) à revista de cada uma das (sociedades em questão)», ou, por outras palavras, «contra a Magill e outros potenciais concorrentes no mercado, que (oferecessem) revistas semanais gerais». A Comissão precisa igualmente a este respeito que, «se os organismos de radioteledifusão tivessem decidido, fosse por que razão fosse, não distribuir a ninguém informações sobre os programas previstos, a análise poderia ser diferente; mas distribuem-nos a duas categorias de agentes económicos: aos seus próprios periódicos com leitores certos e às publicações diárias que não fazem concorrência a esses periódicos. Estes factores indicam que a recusa de autorizar a publicação por outras empresas é arbitrária e discriminatória».
- 32 Além disso, a Comissão invoca em apoio da sua tese os acórdãos proferidos pelo Tribunal em 5 de Outubro de 1988, Volvo, n.º 9 (238/87, já referido) e CICRA, n.º 16 (dito «Renault», 53/87, Colect., p. 6039). Cita, em especial, o n.º 9 do acórdão Volvo, que tem o seguinte teor: «o exercício do direito exclusivo pelo titular de um modelo industrial relativo a painéis de carroçaria de veículos automóveis pode ser proibido pelo artigo 86.º se der origem, por parte de uma empresa em posição dominante, a certos comportamentos abusivos, tais como a recusa arbitrária de fornecer peças sobresselentes a garagens independentes, a fixação dos preços das peças sobresselentes a um nível não equitativo, ou a decisão de deixar de produzir peças sobresselentes para um determinado modelo, apesar de muitos veículos desse modelo ainda continuarem a circular, desde que esses comportamentos possam afectar o comércio entre os Estados-membros». Segundo a Comissão, o comportamento censurado à recorrente está próximo da recusa arbitrária, a que se refere o Tribunal de Justiça nos acórdãos citados, do titular do modelo industrial de fornecer peças sobresselentes a garagens independentes, tributárias

desse fornecimento para o prosseguimento das suas actividades. Com efeito, ao recusar autorizar, designadamente, a sociedade Magill a publicar as suas listas semanais, a recorrente colocou um obstáculo à sua actividade de edição de revistas gerais de televisão.

Na mesma ordem de ideias, a Comissão afirma igualmente que o comportamento censurado à ITP se distingue do que o Tribunal de Justiça considerou lícito no referido acórdão Volvo. Com efeito, resulta desse acórdão (n.º 11) que o facto de um construtor automóvel, titular de um direito de modelo industrial registado, reservar para si o fabrico da totalidade das peças sobresselentes para os seus veículos não constitui em si um abuso. Concretamente, a Comissão sublinha o facto de que o mercado das peças sobresselentes era o principal sector de actividade da empresa Volvo. Pelo contrário, a ITP explorou uma posição dominante que detinha no mercado da informação referente aos programas difundidos na ITV e no Channel 4, a fim de obter vantagens no mercado da edição, que constitui uma actividade económica distinta, situada a jusante da actividade de radioteledifusão. Acresce que o prejuízo sofrido pelos consumidores, que não podiam dispor de um novo produto, isto é, uma revista geral de televisão, para o qual existia grande procura, constitui um factor agravante que transforma em abuso a política da recorrente em matéria de informação sobre os seus programas semanais. Em contrapartida, a Comissão sublinha que, no processo Volvo, os consumidores podiam obter peças sobresselentes e era possível uma concorrência entre as garagens independentes e mesmo entre os vários construtores, cuja clientela tinha a possibilidade de se reorientar para outras marcas caso as peças sobresselentes se tornassem demasiado caras ou pouco disponíveis no mercado.

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

34 Por seu lado, a interveniente, a sociedade Magill, sublinha que, nesta fase do processo, a High Court já declarou que, em direito irlandês, as listas de programas beneficiam da protecção do direito de autor e que a Magill violou esse direito. Por conseguinte, o resultado do processo que a opõe à BBC, à ITP e à RTE, perante o juiz irlandês, dependerá das respostas dadas pelo juiz comunitário à questão da compatibilidade com o direito comunitário das práticas censuradas na decisão da Comissão. A Magill recorda que os efeitos resultantes dos despachos de medidas

provisórias de 1986, bem como as despesas efectuadas com os processos no tribunal nacional, a impossibilitaram de prosseguir as suas actividades e de continuar a concorrer no mercado com a BBC a ITP e a RTE.

- 35 Além disso, a Magill apoia o conjunto das observações da Comissão. Refuta a interpretação oferecida pela recorrente, segundo a qual a decisão impõe a concessão de licenças obrigatórias. A este respeito, sublinha a importância do consentimento do titular do direito de autor. Segundo a Magill, «se não fosse concedida nenhuma autorização a terceiros... (a) recorrente poderia verdadeiramente sustentar que mais não faz do que explorar em seu benefício o direito exclusivo de que é titular». Pelo contrário, a partir do momento em que a recorrente aceita conceder autorizações para a reprodução das informações referentes aos seus programas diários, não pode, segundo a Magill, utilizar o seu direito de autor para obstar à publicação das suas listas semanais por terceiros.
- 36 A Magill afirma igualmente que o comportamento censurado é abusivo, na acepção do artigo 86.º, «precisamente porque foi concebido de modo idêntico pelos três organismos nacionais de televisão, de forma a impor a todos os meios de informação com eles concorrentes no conjunto do território de dois Estados-membros um regime uniforme destituído de justificação objectiva, com a finalidade de proteger uma parte do mercado de que se apropriaram em benefício das suas três publicações próprias». A Magill considera que esse regime comum se funda num acordo tácito.
- 37 A recorrente responde que a Comissão invoca, perante o Tribunal de Primeira Instância, factos e elementos novos que não figuram nem na comunicação das acusações nem na decisão. A Comissão teria violado, desse modo, os direitos de defesa, quer no âmbito do processo administrativo, quer perante o Tribunal de Primeira Instância (acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 1963, Alemanha/Comissão, 24/62, Recueil, p. 129; e de 15 de Março de 1967, Cimenteries CBR/Comissão, 8/66 a 11/66, Recueil, p. 93).

A recorrente sustenta, em especial, que a argumentação da recorrida, que assenta em pôr em causa a compatibilidade, com o direito comunitário, da legislação nacional que prevê a protecção das listas de programas pelo direito de autor, é inadmissível na fase do processo judicial, devido à sua novidade. Nesta perspectiva,

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

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

39 A este respeito, a recorrente acrescenta que a Comissão não tem o direito, no âmbito de um processo de verificação de uma infracção ao direito comunitário da concorrência, dirigido contra uma empresa, de pôr em causa a compatibilidade de uma regulamentação nacional, relativa ao direito de autor, com o direito comunitário. Segundo a recorrente, tal questão apenas pode ser analisada no âmbito de uma acção por incumprimento, nos termos do artigo 169.º do Tratado.

- 40 A recorrente rejeita ainda a tese da Comissão, relativa à sua pretensa «política discriminatória de concessão de autorizações», que consistiria em reservar a autorização de publicar os elementos protegidos para certas categorias de terceiros e excluir, dentre estes, os que pretendam publicar uma revista geral semanal de televisão. Após ter precisado que a discriminação se define essencialmente como uma diferença de tratamento de situações objectivamente similares, contesta a natureza discriminatória da sua política, afirmando estar disposta a conceder autorizações a qualquer jornal, periódico ou revista, nas condições que até agora aplicou. Na mesma ordem de ideias, rejeita o argumento aduzido pela interveniente, segundo o qual o comportamento em causa excedeu o objecto específico do direito de autor, uma vez que, após ter consentido na publicação das suas listas de programas por parte de terceiros, a ITP restringiu as condições em que estes as podiam publicar. A recorrente expõe a este respeito que, juridicamente, um titular de um direito de autor que prossiga uma política liberal e conceda autorizações em certas condições não fica sujeito, por esse facto, à obrigação de conceder autorizações sem quaisquer restrições.
- 41 Para refutar a ideia de que o comportamento incriminado redundaria em alargar um monopólio legal legítimo em matéria de radiotelevisão ao domínio anexo da publicação dos programas televisivos, a ITP sustenta que não detém qualquer monopólio legal em matéria de radiotelevisão.
- 42 A Comissão, por seu lado, afasta este argumento, alegando que, aquando da adopção da decisão, a ITP pertencia às sociedades de radiotelevisão privadas que alimentavam a estação de televisão ITV.
- 43 Ao contrário da recorrente, a Comissão considera que os argumentos jurídicos e de facto que ela aduz no âmbito do presente processo se limitam a amplificar, clarificar e reforçar as considerações subjacentes aos fundamentos da sua decisão, com os quais coincidem, pois, perfeitamente. Mesmo que assim não fosse, a Comissão considera que tal não afectaria de modo algum, e contrariamente ao que alega a recorrente, os seus direitos de defesa quer no Tribunal de Primeira Instância quer no processo administrativo, mas quando muito teria podido conduzir a uma insuficiência ou a um erro de fundamentação da decisão, o que não é o caso. A instituição recorrida recorda, com efeito, que o Tribunal de Justiça decidiu não ser necessário «fundamentar de maneira independente e exaustiva» cada uma das partes de uma decisão quando «possa ser deduzida fundamentação suficiente do

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

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

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

- 45 Quanto ao mérito, a Comissão referiu, na audiência, que as preocupações manifestadas pela recorrente, a propósito da viabilidade da revista *TV Times*, caso fosse confrontada com a concorrência de revistas gerais de televisão, foram desmentidas, entretanto, na sequência da aprovação, em 1990, do Broadcasting Act pelo legislador britânico. As alterações introduzidas por essa lei teriam, com efeito, levado a BBC e a ITP a publicar, a partir do mês de Março de 1991, os seus guias respectivos sob a forma de revistas de vários canais, informando os telespectadores sobre os programas da BBC, da ITV, do Channel 4 e dos canais distribuídos por satélite.

— *Apreciação jurídica*

- 46 Face à argumentação expendida pelas partes, acima exposta, a fiscalização do Tribunal de Primeira Instância, no que se refere à validade do fundamento baseado na violação do artigo 86.º, deve incidir sobre três aspectos. Deve, antes de mais,

analisar-se a definição do mercado dos produtos em causa, antes de se determinar, num segundo momento, a posição da recorrente no referido mercado. Em terceiro lugar, o Tribunal deve verificar se o comportamento censurado apresenta ou não um carácter abusivo.

— A definição dos produtos em causa

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

Esta fraca capacidade de substituição das informações sobre os programas semanais é especificamente confirmada pelo êxito obtido, na época em questão, pelas revistas de televisão especializadas, que eram as únicas presentes no mercado dos

guias semanais na Irlanda e no Reino Unido e, no resto da Comunidade, pelos guias gerais de televisão existentes no mercado dos outros Estados-membros. Isto demonstra claramente a existência de uma procura específica potencial, constante e regular, por parte dos telespectadores, neste caso da Irlanda e da Irlanda do Norte, de revistas de televisão que contenham um conjunto das listas de programas televisivos da semana, quaisquer que sejam as outras fontes de informação disponíveis no mercado.

— A existência de uma posição dominante

- 49 Quanto à posição da recorrente no mercado em causa, o Tribunal considera que a ITP dispunha, graças ao direito de autor sobre as listas de programas dos canais ITV e Channel 4, que lhe tinha sido cedido pelas sociedades de televisão que alimentam os referidos canais, do direito exclusivo de reproduzir e colocar no mercado as referidas listas. Esta circunstância permitiu-lhe, no momento dos factos em causa, garantir para si o monopólio da publicação das suas listas semanais numa revista especializada nos próprios programas da ITV e do Channel 4, a «TV Times». Daí resulta que a recorrente ocupava manifestamente, na época em questão, uma posição dominante, quer no mercado representado pelas suas listas semanais, quer no das revistas em que estas eram publicadas na Irlanda e na Irlanda do Norte. Com efeito, os terceiros, como a sociedade Magill, que pretendessem editar uma revista geral de televisão, encontravam-se numa situação de dependência económica em relação à recorrente, que tinha, desse modo, a possibilidade de se opor ao aparecimento de qualquer concorrência efectiva no mercado da informação sobre os seus programas semanais (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão, n.º 30, 322/81, Recueil, p. 3461).

— A existência de um abuso

- 50 Após se ter concluído que a recorrente ocupava uma posição dominante no momento dos factos censurados, há que verificar se a sua política em matéria de difusão de informação sobre os programas semanais da ITV e do Channel 4, baseada na exploração do seu direito de autor sobre as listas de programas, apresentava ou não um carácter abusivo, na acepção do artigo 86.º Para esse efeito, deve interpretar-se o artigo 86.º em conjugação com o direito de autor sobre as listas de programas.

- 51 Na falta de uma harmonização das normas nacionais ou de unificação no âmbito da Comunidade, a fixação das condições e das modalidades da protecção do direito de autor é da competência nacional. Esta repartição das competências em matéria de direitos de propriedade intelectual foi expressamente consagrada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 14 de Setembro de 1982, *Keurkoop*, n.º 18 (144/81, já referido), e confirmada designadamente nos acórdãos de 5 de Outubro de 1988, n.º 10 (*Renault*, 53/87, já referido) e *Volvo*, n.º 7 (238/87, já referido).
- 52 As relações entre os direitos nacionais de propriedade intelectual e as regras gerais do direito comunitário são expressamente regidas pelo artigo 36.º do Tratado, que prevê a possibilidade de se derrogar às normas relativas à livre circulação de mercadorias por razões de protecção da propriedade industrial e comercial. Todavia, esta derrogação é expressamente acompanhada de certas reservas. Com efeito, a protecção dos direitos de propriedade intelectual conferida pelas legislações nacionais é apenas reconhecida, em direito comunitário, nas condições referidas na segunda frase do artigo 36.º Nos termos desta disposição, as restrições à livre circulação resultantes da protecção da propriedade intelectual «não devem constituir nem um meio de discriminação arbitrária, nem qualquer restrição dissimulada ao comércio entre os Estados-membros». O artigo 36.º sublinha assim que a conciliação entre as exigências da livre circulação de mercadorias e o respeito devido aos direitos de propriedade intelectual deve ser feita de modo a proteger-se o exercício legítimo desses direitos, único que é justificado nos termos desse artigo, e a excluir qualquer exercício abusivo que seja de molde a compartimentar artificialmente o mercado ou a prejudicar o regime da concorrência na Comunidade. O exercício dos direitos de propriedade intelectual conferidos pela legislação nacional deve, por conseguinte, ser limitado na medida necessária a essa conciliação (ver acórdão de 14 de Setembro de 1982, *Keurkoop*, n.º 24, 144/81, já referido).
- 53 Com efeito, no sistema do Tratado, o artigo 36.º deve ser interpretado «na perspectiva dos objectivos e das acções da Comunidade, tal como são definidos pelos artigos 2.º e 3.º do Tratado CEE», como recordou o Tribunal de Justiça no seu acórdão de 9 de Fevereiro de 1982, *Polydor*, n.º 16 (270/80, *Recueil*, p. 329). Deve, em especial, ser apreciado tendo em conta as exigências que se prendem com o estabelecimento de um regime de livre concorrência no interior da Comunidade, que refere a alínea f) desse mesmo artigo 3.º, e que se exprimem, designadamente, através das proibições contidas nos artigos 85.º e 86.º do Tratado.

- 54 A este respeito, resulta do artigo 36.º, como foi interpretado pelo Tribunal de Justiça à luz dos objectivos prosseguidos pelos artigos 85.º e 86.º, bem como pelas disposições referentes à livre circulação de mercadorias ou de serviços, que apenas as restrições à livre concorrência ou à livre circulação de mercadorias ou de serviços, inerentes à protecção da própria substância do direito de propriedade intelectual, são admitidas em direito comunitário. Com efeito, o Tribunal de Justiça decidiu, no seu acórdão de 8 de Junho de 1971, *Deutsche Grammophon*, n.º 11 (78/70, já referido), relativo a um direito conexo do direito de autor, que, «embora o Tratado permita proibições ou restrições à livre circulação dos produtos justificadas por razões de protecção da propriedade industrial e comercial, o artigo 36.º só admite derrogações a esta liberdade na medida em que elas sejam justificadas pela salvaguarda dos direitos que constituem o objecto específico desta propriedade» (ver igualmente os acórdãos de 18 de Março de 1980, *Coditel*, n.º 14, 62/79, *Recueil*, p. 881; de 22 de Janeiro de 1981, *Dansk Supermarked*, n.º 11, 58/80, *Recueil*, p. 181; e de 6 de Outubro de 1982, *Coditel*, n.º 12, 262/81, já referido; no que se refere aos direitos de propriedade intelectual diferentes do direito de autor, ver os acórdãos de 31 de Outubro de 1974, *Centrafarm*, 16/74, *Recueil*, p. 1183; de 23 de Maio de 1978, *Hoffman-La Roche*, n.º 8, 102/77, *Recueil*, p. 1139; de 25 de Fevereiro de 1986, *Windsurfing International/Comissão*, n.º 45, 193/83, *Colect.*, p. 611; de 5 de Outubro de 1988, *Renault*, n.º 11, 53/87, e *Volvo*, n.º 8, 238/87, já referidos; e de 17 de Outubro de 1990, *Hag GF*, n.º 12, C-10/89, *Colect.*, p. I-3711).
- 55 É incontroverso que a protecção do objecto específico do direito de autor confere, em princípio, ao seu titular, o direito de reservar para si a exclusividade da reprodução da obra protegida. O Tribunal de Justiça admitiu-o expressamente no seu acórdão de 17 de Maio de 1988, *Warner Brothers*, n.º 13 (158/86, já referido), no qual declarou que «as duas prerrogativas essenciais do autor, o direito exclusivo de representação e o direito exclusivo de reprodução, não são postas em causa pelas normas do Tratado» (ver igualmente o acórdão de 24 de Janeiro de 1989, *EMI Electrola*, n.ºs 7 e 14, 341/87, já referido).
- 56 Contudo, embora seja certo que o exercício do direito exclusivo de reprodução da obra protegida não apresenta, em si, carácter abusivo, já o mesmo não ocorre quando resulte das circunstâncias de cada caso concreto que as condições e modalidades do exercício desse direito exclusivo de reprodução da obra protegida prosseguem, na realidade, uma finalidade manifestamente contrária aos objectivos do artigo 86.º Com efeito, em tal hipótese, o exercício do direito de autor já não corresponde à função essencial desse direito, na acepção do artigo 36.º do Tratado, que é a de assegurar a protecção moral da obra e a remuneração do esforço criativo, no respeito dos objectivos prosseguidos, em especial, pelo artigo 86.º (ver,

em matéria de patentes, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1981, Merck, n.º 10, 187/80, Recueil, p. 2063, e de 9 de Julho de 1985, Pharmon, n.º 26, 19/84, Recueil, p. 2281; e, em matéria de direito de autor, o acórdão de 17 de Maio de 1988, Warner Brothers, n.º 15, 158/86, já referido). Nesse caso, o primado de que goza o direito comunitário, designadamente no que se refere a princípios tão fundamentais como os da livre circulação de mercadorias e da livre concorrência, prevalece sobre uma utilização, não conforme com esses princípios, de uma norma nacional adoptada em matéria de propriedade intelectual.

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

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

Um comportamento deste tipo — que se caracteriza pelo entrave colocado à produção e à comercialização de um novo produto, para o qual existe uma procura potencial por parte dos consumidores, no mercado anexo das revistas de televisão, e pela correspondente exclusão de toda a concorrência do referido mercado, com a única finalidade de manter o monopólio da recorrente — vai manifestamente além do que é indispensável para a realização da função essencial do direito de autor, tal como é admitida em direito comunitário. Com efeito, a recusa da recorrente de autorizar a terceiros a publicação das suas listas semanais apresenta, neste caso, um carácter arbitrário, na medida em que não se justifica pelas exigências específicas da actividade de edição de revistas de televisão. A recorrente tinha, pois, a possibilidade de se adaptar às condições de um mercado de revistas de televisão aberto à concorrência para assegurar a viabilidade comercial do seu semanário *TV Times*. Nestas condições, os factos censurados não podem, pois, estar abrangidos, em direito comunitário, pela protecção resultante do direito de autor sobre as listas de programas.

- 59 Em apoio desta conclusão, deve ainda sublinhar-se que, contrariamente às alegações da recorrente, a sua recusa de autorizar terceiros a publicar as suas listas semanais de programas se distingue da recusa das sociedades Volvo e Renault, analisada nos acórdãos de 5 de Outubro de 1988, já referidos, de conceder a terceiros licenças para o fabrico e colocação no mercado de peças sobresselentes. Com efeito, no presente caso, a reprodução exclusiva, pela recorrente, das suas listas de programas tinha por objecto e por efeito excluir toda a potencial concorrência no mercado derivado representado pela informação relativa aos programas semanais emitidos pelos canais ITV e Channel 4, a fim de manter nesse mercado o monopólio que a recorrente detinha através da publicação da revista *TV Times*. Do ponto de vista das empresas terceiras interessadas na publicação de uma revista de televisão, a recusa da recorrente de autorizar, a pedido e de forma não discriminatória, qualquer terceiro a publicar as suas listas de programas está, pois, aparentada, como sublinha correctamente a Comissão, com a recusa arbitrária de um fabricante de automóveis de fornecer peças sobresselentes — produzidas no âmbito da sua actividade principal de fabrico de automóveis — a uma garagem independente que exerce a sua actividade no mercado derivado da manutenção e das reparações dos veículos automóveis. Acresce que o comportamento censurado à recorrente se opunha radicalmente ao aparecimento no mercado de um certo tipo de produtos, as revistas gerais de televisão. Por conseguinte, na medida em que se caracterizava mais especialmente, nesse aspecto, pela falta de tomada em consideração das necessidades dos consumidores, o comportamento censurado apresentava também uma certa similitude com a hipótese — encarada pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos referidos — da decisão eventual de um fabricante de automóveis de deixar de fabricar peças sobresselentes para certos modelos, apesar de ainda

subsistir a sua procura no mercado (Volvo, n.º 9, 238/87, já referido, e Renault, n.º 18, 53/87, já referido). Resulta, pois, desta comparação que os factos censurados à recorrente não se prendem, segundo os critérios consagrados na jurisprudência invocada pelas partes, com a própria substância do direito de autor.

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

2. Quanto à insuficiência de fundamentação

- 62 A recorrente sustenta que a decisão não respeita a obrigação de fundamentação enunciada no artigo 190.º do Tratado, em dois aspectos. Por um lado, no que se refere à posição da recorrente no mercado, a Comissão não teria definido claramente, nos n.ºs 20 e 22 da decisão, o mercado ou mercados em causa. Essa confusão ter-se-ia ainda agravado durante o presente processo devido à utilização, na resposta da Comissão, de diferentes termos designando categorias de artigos ligeiramente diferentes para descrever os produtos em causa e, em especial, devido à referência a «um tipo de mercado inteiramente novo, o da informação». Nestas condições, a Comissão não teria cumprido a sua obrigação essencial de definir o mercado em causa e seria impossível determinar se a ITP detém uma posição dominante. Por outro lado, antes de estabelecer a existência de um abuso, a Comissão não teria analisado suficientemente a relação entre o direito de autor e o artigo 86.º, embora esta questão tenha estado no centro da argumentação expendida pela recorrente durante o processo administrativo. A instituição recorrida ter-se-ia, especialmente, absterido de definir «o âmbito do objecto específico do direito de autor». Também não teria indicado os fundamentos pelos quais considerou que o

comportamento incriminado exorbitava do objecto específico do referido direito. A recorrente alega que a decisão aplica a este respeito princípios jurídicos inéditos e necessita, por conseguinte, de uma exposição de motivos particularmente clara.

63 A Comissão defende, por seu lado, que a decisão impugnada contém todos os elementos necessários às partes para saberem qual é a sua situação e ao Tribunal para exercer a sua fiscalização sobre a decisão.

64 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância entende que a Comissão definiu claramente no n.º 20, primeiro parágrafo, da decisão, os produtos em causa: trata-se das listas de programas semanais da recorrente, bem como dos guias de televisão onde essas listas são publicadas. A acusação de que o mercado em causa não foi definido ou que o foi de forma equívoca na decisão não pode, pois, ser acolhida. De igual modo, no que se refere ao conceito de abuso, a Comissão indicou claramente, na decisão, as razões pelas quais considerou que, ao utilizar o seu direito exclusivo de reprodução das listas como instrumento de uma política contrária aos objectivos prosseguidos pelo artigo 86.º, a recorrente foi além do que é necessário para assegurar a protecção da própria substância do direito de autor e cometeu um abuso na acepção do artigo 86.º Contrariamente ao que alega a recorrente, a fundamentação da decisão impugnada permite, pois, aos interessados conhecer os principais elementos de facto e de direito que serviram de base às conclusões a que chegou a Comissão, e dá ao Tribunal a possibilidade de exercer a sua fiscalização jurisdicional. Desse modo, preenche as condições que se prendem com o respeito dos direitos da defesa, tal como foram definidas de modo constante pela jurisprudência. Assim, o Tribunal de Justiça declarou, designadamente no seu acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão, n.º 22 (43/82 e 63/82, Recueil, p. 19), que, «embora, por força do artigo 190.º do Tratado, a Comissão seja obrigada a mencionar os elementos de facto de que depende a justificação da decisão e as considerações jurídicas que a levaram a tomá-la, essa disposição não exige que a Comissão discuta todos os pontos de facto e de direito que foram analisados no processo administrativo» (ver igualmente o acórdão de 11 de Julho de 1989, Belasco e outros/Comissão, n.ºs 55 e 56, 246/86, Colect., p. 2117).

65 Por conseguinte, o fundamento baseado na insuficiência de fundamentação da decisão deve ser rejeitado.

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

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

- 67 Em apoio dos seus pedidos a título subsidiário, a recorrente invoca a violação do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, a violação da Convenção de Berna relativa à protecção das obras literárias e artísticas, de 1886, com as alterações que lhe foram introduzidas pelo acto de Bruxelas de 1948 e pelo acto de Paris de 1971 (a seguir «Convenção de Berna»), bem como a violação do princípio da proporcionalidade, para obter uma anulação parcial da decisão, limitada ao artigo 2.º do dispositivo, na medida em que lhe impõe uma licença obrigatória.

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

— Argumentos das partes

- 68 A recorrente contesta, a título subsidiário, a obrigação que lhe é imposta, no artigo 2.º do dispositivo da decisão, de autorizar terceiros, a pedido e de modo não discriminatório, a publicar as suas listas de programas semanais. Sustenta que a Comissão utilizou abusivamente os seus poderes e violou o n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, nos termos do qual «se a Comissão verificar, a pedido ou officiosamente, uma infracção ao disposto no artigo 85.º ou no artigo 86.º do Tratado, pode, através de decisão, obrigar as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção». Esse artigo apenas autorizaria a Comissão a intimar as empresas a porem termo à infracção. A recorrente alega que a instituição recorrida não se limitou a obrigar a pôr termo à infracção, mas determinou as modalidades precisas da cessação da infracção, prevendo a concessão de «licenças obrigatórias de exploração das obras protegidas». Sublinha que a solução escolhida pela Comissão priva desse modo o titular do direito intelectual da própria substância do seu direito, a fim de permitir a terceiros criar um mercado inteiramente novo, utilizando, neste caso, as suas listas de programas que estão protegidas pelo direito de autor.

- 69 A Comissão sustenta, por seu lado, que o artigo 2.º da decisão não excede a competência que lhe é atribuída pelo artigo 3.º do Regulamento n.º 17. Recorda que o artigo 2.º propõe dois meios para pôr termo à infracção: o fornecimento aos terceiros, a pedido e numa base não discriminatória, dos programas em litígio, para publicação — que tem a preferência da Comissão — ou a concessão de licenças em condições que correspondam às preocupações legítimas das partes. A decisão não impõe, pois, contrariamente ao que alega a recorrente, uma única solução, mas propõe, de modo flexível, certos tipos de comportamentos destinados a pôr termo à infracção, em conformidade com uma jurisprudência e uma prática assentes (ver o acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1974, *Commercial Solvents/Comissão*, 6/73 e 7/73, *Recueil*, p. 223).

— *Apreciação jurídica*

- 70 Deve interpretar-se o n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, a fim de verificar se a Comissão tem o direito de intimar a recorrente a autorizar a publicação das suas listas semanais por terceiros, a pedido e de modo não discriminatório, eventualmente por meio da concessão de licenças. A este respeito, o Tribunal observa que o poder de obrigar as empresas interessadas a cessarem a infracção constatada, atribuído à Comissão no referido artigo 3.º, implica, segundo jurisprudência assente, o direito de dirigir a essas empresas certas intimações, para agirem ou se absterem de agir, a fim de porem termo à infracção. Nesta perspectiva, as obrigações impostas às empresas devem ser definidas em função das exigências que se prendem com a reposição da legalidade, tendo em conta as características do caso concreto em questão. Com efeito, o Tribunal de Justiça decidiu no seu acórdão de 6 de Março de 1974, *Commercial Solvents*, n.º 45 (6/73 e 7/73, já referido), que «esta disposição (o artigo 3.º do Regulamento n.º 17) deve ser aplicada em função da natureza da infracção verificada e pode igualmente compreender a obrigação de efectuar determinadas acções ou prestações, ilicitamente omitidas, para além da proibição de continuar determinadas actividades, práticas ou situações contrárias ao Tratado». O Tribunal precisou que, «com este fim, a Comissão pode eventualmente obrigar as empresas em causa a apresentar-lhe propostas que visem repor a situação de modo conforme com as exigências do Tratado». Acresce que o Tribunal de Justiça reconheceu expressamente, num despacho de 17 de Janeiro de 1980, *Camera Care*, n.º 17 (792/79 R, *Recueil*, p. 119), que a Comissão deve poder exercer «do modo mais eficaz e mais adequado às circunstâncias de cada situação concreta» o direito de decisão que lhe confere o n.º 1 do artigo 3.º

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

2. Quanto à violação da Convenção de Berna

— Argumentos das partes

- 73 A recorrente sustenta, a título ainda mais subsidiário, que, mesmo que se entenda que o artigo 3.º do Regulamento n.º 17 permite à Comissão impor, eventualmente, a concessão de licenças obrigatórias, tal solução é incompatível com a Convenção de Berna. Considera, com efeito, que, na medida em que todos os Estados-membros da Comunidade são partes na Convenção de Berna, a referida conven-

ção deve ser tida como sendo parte integrante do direito comunitário e expressão dos princípios relevantes desse direito, por força do artigo 234.º do Tratado.

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

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

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

— *Apreciação jurídica*

- 75 Deve, logicamente, analisar-se em primeiro lugar o problema da aplicabilidade, ao caso vertente, da Convenção de Berna, e o argumento da Comissão segundo o qual o direito comunitário prevalece sobre as disposições da referida convenção. A

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

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

A mesma conclusão vale no que se refere ao n.º 2 do referido artigo 9.º A este respeito, basta observar que foi introduzido pelo acto de Paris de 1971, de que o Reino Unido é parte desde 2 de Janeiro de 1990, e que a Irlanda não ratificou. No que se refere ao Reino Unido, o acto de Paris — e em particular o n.º 2 do artigo

9.º da convenção — foi, pois, ratificado posteriormente à sua adesão à Comunidade e não pode, por conseguinte, pôr em causa uma disposição do Tratado. Com efeito, os Estados-membros não podem afastar as regras que resultam do Tratado, celebrando um acordo ou uma convenção internacional. Para esse efeito, estão obrigados a recorrer ao processo previsto no artigo 236.º do Tratado. Donde resulta que o n.º 2 do artigo 9.º da Convenção de Berna não pode ser invocado para limitar a competência atribuída à Comunidade pelo Tratado, para aplicação das regras da concorrência que enuncia e, designadamente, do artigo 86.º e das suas normas de execução, como o artigo 3.º do Regulamento n.º 17.

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

3. *Quanto à violação do princípio da proporcionalidade*

- 78 A recorrente sustenta ainda que, mesmo que a Comissão tivesse poder para impor as medidas que esta lhe intimou no artigo 2.º da decisão, estas são desproporcionadas, na medida em que privam a ITP das prerrogativas essenciais que se prendem com o direito de autor e, especificamente, com o direito exclusivo de reprodução. Com efeito, essas medidas não devem ultrapassar o âmbito do que é estritamente necessário para atingir o objectivo preciso referido na alínea f) do artigo 3.º do Tratado (ver os acórdãos do Tribunal de Justiça de 23 de Novembro de 1971, Bock/Comissão, n.º 15, 62/70, Recueil, p. 897; de 20 de Fevereiro de 1979, Buitoni, 122/78, Recueil, p. 677; de 11 de Novembro de 1981, Casati, n.º 27, 203/80, Recueil, p. 2595; e, em matéria de concorrência, o acórdão de 28 de Fevereiro de 1984, Ford/Comissão, 228/82 e 229/82, Recueil, p. 1129). A esse respeito, a recorrente considera que a gravidade da violação do seu direito de autor é desproporcionada em relação ao objectivo concretamente prosseguido, ou seja, a criação de um novo mercado de revistas gerais semanais de televisão.
- 79 A Comissão é de opinião que a decisão é conforme ao princípio da proporcionalidade. Recorda a este respeito que, segundo jurisprudência assente, esse princípio significa que os encargos impostos aos agentes económicos não devem ir além «dos limites do que é adequado e necessário para atingir a finalidade prosseguida».

- 80 Há que sublinhar que este fundamento se confunde, na realidade, com o fundamento baseado em violação do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, tal como foi anteriormente analisado. Com efeito, o princípio da proporcionalidade está implicitamente contido nessa disposição, que habilita a Comissão a impor obrigações às empresas interessadas, com a única finalidade de fazer cessar a infracção. Ora, como sustenta correctamente a Comissão, o princípio da proporcionalidade significa aqui que os ónus impostos às empresas, para porem termo a uma infracção ao direito da concorrência, não devem ir além dos limites do que é adequado e necessário para atingir a finalidade prosseguida, isto é, a reposição da legalidade em relação às regras que, concretamente, foram infringidas [quanto ao princípio da proporcionalidade, ver, designadamente, o acórdão de 24 de Setembro de 1985, *Man (Sugar)*, n.º 20, 181/84, Recueil, p. 2889].
- 81 Nestas condições, basta referir que resulta do que foi dado por provado pelo Tribunal, aquando da análise do fundamento baseado em violação do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, que a intimação dirigida à recorrente para autorizar terceiros, a pedido e de modo não discriminatório, a publicar as suas listas semanais, eventualmente concedendo-lhes uma licença acompanhada de certas condições, constitui uma medida adequada e necessária para pôr termo à infracção.
- 82 Visto o que antecede, o fundamento baseado na violação do princípio da proporcionalidade deve, pois, ser rejeitado.
- 83 Por conseguinte, os pedidos a título subsidiário de anulação do artigo 2.º do dispositivo da decisão não devem ser acolhidos e deve ser negado provimento ao recurso na sua totalidade.

Quanto às despesas

- 84 Nos termos do n.º 2 do artigo 69.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, aplicável *mutatis mutandis* ao processo perante o Tribunal de Primeira Instância, por força do terceiro parágrafo do artigo 11.º da decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988, já referida, a parte vencida deve ser condenada nas despesas, se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida em

todos os seus fundamentos, há que condená-la nas despesas, incluindo as efectuadas pela interveniente.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)

decide:

- 1) **É negado provimento ao recurso.**
- 2) **A recorrente é condenada nas despesas, incluindo as efectuadas pela interveniente.**

Saggio

Yeraris

Briët

Barrington

Biancarelli

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

O secretário

H. Jung

O presidente da Segunda Secção

A. Saggio