

FÖRSTAINSTANSRÄTTENS DOM
(fjärde avdelningen i utökad sammansättning)
den 9 januari 1996 *

I mål T-575/93,

Casper Koelman, bosatt i Bryssel, företrädd av advokaterna Michel Molitor, Lambert Dupong, Pierre Feltgen och Lucy Dupong, Luxemburg, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Michel Molitor, 14 A, rue des Bains,

sökande,

mot

Europeiska gemenskapernas kommission, företrädd av Berend Jan Drijber vid rättstjänsten, i egenskap av ombud, med delgivningsadress i Luxemburg hos Carlos Gómez de la Cruz, rättstjänsten, Centre Wagner, Kirchberg,

svarande,

med stöd av

Buma, sammanslutning bildad enligt nederländsk rätt, Amstelveen (Nederländerna), företrädd av advokaterna Cornelis van Rij och Eduard A. P. Engels,

* Rättegångsspråk: nederländska.

Amsterdam, med delgivningsadress i Luxemburg hos advokatbyrån Guy Harles,
8—10, rue Mathias Hardt,

intervenient,

angående flera begäran avseende kommissionens beslut av den 14 oktober 1993 att avslå det klagomål som sökanden ingivit med stöd av artikel 3.2 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT 1962, nr 13, s. 204),

meddelar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(fjärde avdelningen i utökad sammansättning)

sammansatt av ordföranden D. P. M. Barrington, samt domarna R. García-Valdecasas, K. Lenaerts, P. Lindh och J. Azizi,

justitiesekreterare: avdelningsdirektören B. Pastor,

med hänsyn till det skriftliga förfarandet och efter det muntliga förfarandet den 25 oktober 1995,

följande

II - 6

Dom

Bakgrund till tvisten

- 1 Att via kabel återutsända televisions-och radioprogram utgör enligt en dom av Hoge Raad der Nederlanden en "publicering", på sätt som avses i artikel 1 i "Auteurswet" (lag om upphovsrätt), vilket innebär att denna lag blir tillämplig på den tjänsten och att de som — på sätt som avses i Auteurswet — innehar rättigheterna till dessa program tillerkänns rätt att ge eller att vägra att ge sitt medgivande till att de återutsänds samt rätt till ersättning om de återutsänds.

- 2 Den 29 maj 1985 ingick företrädarna för kabelbolagen ett ramavtal med innehavarna av rättigheter till televisions-och radioprogram, enligt vilket det var möjligt att i två olika typfall ingå enskilda avtal mellan dessa rättsinnehavare och varje kabelbolag. Det ena avtalet gällde televisionsprogrammen och det andra radioprogrammen. I dessa avtal anges närmare hur Auteurswet skall tillämpas vid återutskickning av dessa program. Sedan dess har dessa avtal förlängts vid flera tillfällen.

- 3 Vad gäller återutskickning via kabel av televisionsprogram var de rättsinnehavare som omnämndes i modellavtalet vid den tiden följande televisionskanaler: NOS, BRT, RTBF, ARD, ZDF, BBC, TF1, A2 och France 3, stiftelsen Sekam, sammanslutningen Agicoa och sammanslutningen Buma. I samband med en förlängning av detta modellavtal utökades denna lista med televisionskanalerna Nederland 3, RAI Uno och RTL+. Vad gäller återutskickning via kabel av radioprogram är Buma den enda rättsinnehavare som nämns i modellavtalet.

- 4 Buma förekom i dessa avtal i två olika egenskaper. För det första i egenskap av ombud för samtliga innehavare av nederländska upphovsrätter; upphovsrätt till

musik, rättigheter vid uppförandet av musikaliska verk tillsammans med scenframträdande, litterära rättigheter, rättigheter till bildkonst och fotografi, rättigheter till film och sändarföretagens egna rättigheter. För det andra förekom Buma i egenskap av företrädare för organisationer anslutna till CISAC (internationell organisation för de olika nationella organisationer som företräder innehavare av de ovan uppräknade upphovsrätterna). I dessa två egenskaper uppbär Buma för alla rättsinnehavares räkning de avgifter som skall erläggas av kabelbolagen.

- 5 För övrigt har Buma ett lagstadgat monopol i egenskap av nederländsk organisation för innehavare av upphovsrätt till musik. Buma är den enda organisation som, enligt en förordning av justitieministern av den 24 mars 1933 i enlighet med artikel 30 A i 1912 års upphovsrättslag, har rätt att yrkesmässigt fungera som mellanhand i fråga om upphovsrätt till musik. Bland annat ingår Buma exploateringsavtal med upphovsmän till musikaliska verk. Detta är orsaken till att modellavtalet för återutsändning via kabel av radioprogram endast innehåller Buma som rättsinnehavare.

- 6 I modellavtalen föreskrivs att rättsinnehavarna beviljar kabelbolaget ett tillstånd att återutsända programmen, vilket inte innebär ensamrätt. En garantiklausul finns upptagen i modellavtalen enligt vilken de rättsinnehavare som är avtalsparter svarar för allt ekonomiskt ansvar som kan åläggas kabelbolaget till följd av reklamationer som inom sex månader efter utgången av det kalenderår under vilket återutsändningen ägde rum framförs av en upphovsrättsinnehavare som inte representerades av en av parterna i modellavtalen och som följaktligen inte har kunnat ge sitt tillstånd till återutsändningen. Vid den tidpunkt då Buma ingav sin interventionsinlaga hade det inte skett något återopande av denna garantiklausul.

- 7 Dessa modellavtal anmäldes till kommissionen den 18 december 1985 i syfte att erhålla ett icke-ingripandebesked eller medges ett undantag.

- 8 Genom skrivelse av den 16 juni 1986 svarade direktören A. C. Overbury, kommissionen, att generaldirektoratet för konkurrens inte hade för avsikt att inom ramen för tillämpningen av konkurrensreglerna fortsätta prövningen av de avtal som anmälts till den och att ärendet sålunda var avslutat.
- 9 Från och med den 8 augusti 1985 inledde sökanden, som är kompositör och chef för en agentur för fotografiska verk, en regelbunden skriftväxling med kommissionen där han fäste kommissionens uppmärksamhet på de faktiska monopol som upphovsrättsbolagen hade i de olika medlemsstaterna och pekade på att de ovan nämnda modellavtalen hade ingåtts. Den 26 oktober 1990 ledde denna korrespondens till att ett klagomål ingavs avseende dessa modellavtal. Detta inledande klagomål kompletterades den 6 mars 1992 när sökanden begärde att kommissionen skulle fastställa att artiklarna 2, 3, 5, 6, 8 och 9 i modellexploateringsavtalet av den 23 december 1986 mellan Buma och upphovsmännen till musikaliska verk var oförenliga med gemenskapsrätten.
- 10 Sökanden anser att hans anslutning till Buma såsom kompositör och hans andra yrkesverksamhet som mellanhand avseende upphovsrätt till fotografiska verk, innebär att han hade ett tillräckligt intresse för att inge detta klagomål till kommissionen.
- 11 Den 6 augusti 1992 väckte sökanden en passivitetstalan mot kommissionen efter att först genom skrivelse av den 8 april 1992 ha anmodat denna att vidta åtgärder (mål T-56/92). Den 8 oktober 1992 skickade kommissionen, i enlighet med artikel 6 i kommissionens förordning nr 99/63/EEG av den 25 juli 1963 om sådana förhör som avses i artikel 19.1 och 19.2 i rådets förordning nr 17 (EGT 1963, nr 127, s. 2268, nedan kallad förordning nr 99/63), en skrivelse undertecknad av C. D. Ehlermann, generaldirektör för generaldirektoratet för konkurrens vid kommissionen, där den angav att den hade för avsikt att avslå sökandens klagomål och anmodade denne att yttra sig i detta avseende.
- 12 Sökanden yttrade sig genom skrivelse av den 8 november 1992.

- 13 Genom skrivelse av den 14 oktober 1993, undertecknad av den ledamot av kommissionen som ansvarade för konkurrensfrågor, avlog kommissionen slutgiltigt sökandens klagomål.
- 14 Genom beslut av den 29 november 1993, Koelman mot kommissionen (T-56/92, Rec. s. II-1267), fastslog förstainstansrätten att det följaktligen inte längre fanns anledning att besluta i fråga om passivitetstalan (se ovan punkt 11).
- 15 Den 14 december 1993 ingav sökanden en talan dels om ogiltigförklaring av kommissionens beslut att avslå hans klagomål, grundad på artikel 173 i fördraget, dels om ersättning av den skada som han ansåg sig ha åsamkats, grundad på artiklarna 178 och 215 andra stycket i fördraget.
- 16 Genom beslut av den 7 juni 1994 av ordföranden på förstainstansrättens första avdelning tilläts Buma intervensera till stöd för kommissionens yrkanden.
- 17 Med hänsyn till referentens rapport beslutade förstainstansrätten (fjärde avdelningen i utökad sammansättning) att inleda det muntliga förfarandet utan föregående åtgärder för bevisupptagning.
- 18 Vid sammanträdet förklarade sökandens advokat att han inte önskade utveckla sin talan eller svara på de frågor som förstainstansrätten ville ställa till honom på rättegångsspråket, eftersom han inte i tillräcklig utsträckning behärskade detta. Under dessa omständigheter avstod även kommissionen från att utveckla sin talan. Efter överenskommelse med kommissionen föreslog förstainstansrätten att sökandens advokat skulle svara på franska på vissa frågor som förstainstansrätten önskade ställa. Trots att översättningen till franska av de frågor som skulle ställas var säkerställd under sammanträdet förklarade sökandens advokat att han föredrog att förstainstansrätten inte ställde några frågor alls, med tanke på att sökandens inställning hade utvecklats på ett fullständigt sätt under det skriftliga förfarandet.

Förstainstansrätten nöjde sig därför med att ställa vissa frågor till kommissionen som besvarade dessa på rättegångsspråket. Intervenienten var inte närvarande vid sammanträdet.

Parternas yrkanden

19 Sökanden har yrkat att förstainstansrätten skall

- 1) på grundval av artiklarna 173 och 174 i fördraget ogiltigförklara kommissionens beslut att inte inleda det förfarande som föreskrivs i artikel 3 i rådets förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86 (EGT nr 13, 1962, s. 204, nedan kallad förordning nr 17), som en följd av det klagomål som sökanden hade ingivit den 26 oktober 1990 avseende de två avtalen av den 29 maj 1985 om kabelsändning, samt alla de avtal som följer av dessa, deltagande av upphovsrätsorganisationer med dominerande ställning i dessa och andra avtal, de modellexploateringsavtal som tillämpas av Buma och den nederländska statens roll vid utarbetandet av de ovan nämnda avtalen om sändning via kabel,

säkerställa att upphovsmännen fritt kan välja till vilken organisation de vill anförtro förvaltningen av sina verk,

säkerställa att de företag som handhar förvaltningen av rättigheter får lika tillgång till marknaden och skydda dem mot det missbruk av dominerande ställning som utövas av monopolen inom området för upphovsrätt till musikaliska verk,

2) fastställa

- a) att de två avtalen av den 29 maj 1985 om kabelsändning samt samtliga avtal som följer härav är oförenliga med artikel 85.1 i fördraget,

- b) att modellavtalet av den 29 maj 1985 om kabelteve samt samtliga avtal som följer härav är oförenliga med artikel 7 i fördraget,

 - c) att Bumass deltagande i avtalen om sändning via kabel är oförenligt med artikel 86 i fördraget, i den form som de antogs,

 - d) att den nederländska statens roll vid utarbetandet av avtalen om sändning via kabel och deras faktiska tillämpning genom tilläggsfakturor från allmännyttiga företag är oförenlig med de skyldigheter som åligger den nederländska staten enligt artikel 90,

 - e) att artiklarna 2, 3, 5, 6, 8 och 9 i Bumass modellexploateringsavtal innebär en överträdelse av kommissionens beslut 71/224/EEG av den 2 juni 1971 om tillämpning av artikel 86 i EEG-fördraget (IV/26760 — Gema; EGT nr L 134, s. 15), och att de är oförenliga med artikel 86 i fördraget, eftersom den utgör ett missbruk av Bumass dominerande ställning i förhållande till andra upphovsmän,
- 3) fatta beslut i fråga om de andra punkter som förstainstansrätten anser relevanta,
- 4) förplikta kommissionen att ersätta den skada som C. Koelman har åsamkats och som denne värderar till minst 1 500 000 HFL, eller åtminstone den del av skadan som förstainstansrätten kommer att tillskriva kommissionens beteende,
- 5) förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna.

20 Kommissionen har yrkat att förstainstansrätten skall

— i första hand och i alla händelser avvisa yrkandet i punkt 1, eftersom det går utöver en talan om ogiltigförklaring, liksom yrkandena i punkterna 2, 3 och 4, och ogilla talan i övrigt,

— i andra hand ogilla talan i dess helhet, samt

— i båda fallen förplikta sökanden att ersätta rättegångskostnaderna.

21 Intervenienten har yrkat att förstainstansrätten skall

— avvisa C. Koelmans talan på alla punkter eller ogilla den, samt

— förplikta C. Koelman att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive intervenientens.

Talans upptagande till prövning

Parternas argument

22 Kommissionen anser att endast en del av sökandens talan, framförd i punkt 1 i yrkandena, kan tas upp till prövning, eftersom de andra yrkandena uppenbart faller utanför gemenskapsdomstolarnas behörighet eller är otillräckligt utvecklade och precisa.

- 23 Kommissionen har gjort gällande att, eftersom förstainstansrätten endast är behörig att ogiltigförklara en gemenskapsinstitutions rättsakter inom ramen för en talan med stöd av artikel 173 i fördraget, är den inte behörig att besluta om de specifika åtgärder som yrkats under punkt 1 i sökandens yrkanden. Enligt artikel 176 i fördraget åligger det den institution vars rättsakt har ogiltigförklarats att vidta de åtgärder som är nödvändiga för att följa domen i fråga. Det ankommer inte heller på förstainstansrätten att avgöra frågan om huruvida avtal som ingåtts mellan fysiska och juridiska personer är förenliga med gemenskapsrätten såsom yrkas under punkt 2 i sökandens yrkanden. Denna bedömning faller inom kommissionens behörighet och förstainstansrätten kan inte sätta sig i kommissionens ställe (beslut av förstainstansrättens ordförande av den 6 december 1989, Cosimex mot kommissionen, T-131/89 R, Rec. 1990 s. II-1, punkt 12, och av den 14 december 1993, Gestevisión Telecinco mot kommissionen, T-543/93 R, Rec. s. II-1409, punkterna 24 och 25).
- 24 Kommissionen har vidare påstått att sökandens yrkande i punkt 3 om att "fatta beslut i fråga om de andra punkter som förstainstansrätten anser relevanta" inte är tillräckligt exakt för att kunna upptas till prövning.
- 25 Slutligen anser kommissionen att yrkandena om ersättning inte kan upptas till prövning, eftersom det inte klart framgår av ansökan vare sig vilket fel som skall åläggas kommissionen eller vilken skada som sökanden påstås ha åsamkats och följaktligen inte heller vilket samband som föreligger mellan det fel som görs gällande och den skada som påstås ha åsamkats. Vad gäller värderingen av skadan har kommissionen anmärkt att sökanden helt enkelt har föreslagit ett belopp utan att motivera detta och utan att redogöra för hur det har beräknats. Vidare har kommissionen understrukit att när det fel som görs gällande består i passivitet, skall den skada som åsamkats hänföra sig till tiden efter den dag då passiviteten kan fastställas.
- 26 Sökanden har invänt att samtliga dess yrkanden faller inom förstainstansrättens behörighet.
- 27 Vad särskilt gäller yrkandena om ersättning har sökanden understrukit att den tydligt har angivit att kommissionens brist på omsorg och dess brist på skyndsamhet

vid behandlingen av sökandens klagomål utgör ett fel. Närmare bestämt innebar kommissionens underlåtelse att informera sökanden om den omständigheten att kommissionen hade beviljat ett icke-ingripandebesked vad gäller de anmälda modellavtalen att dess beteende var rättsstridigt.

Förstainstansrättens bedömning

- 28 Förstainstansrätten kommer att pröva frågan om talans upptagande till prövning beträffande varje yrkande, i den ordning som yrkandena har framförts i ansökan.
- 29 Vad för det första beträffar den del av punkt 1 i sökandens yrkanden där sökanden yrkar att förstainstansrätten skall "säkerställa att upphovsmännen fritt kan välja till vilken organisation de vill anförtro förvaltningen av sina verk" och "säkerställa att de företag som handhar förvaltningen av rättigheter får lika tillgång till marknaden" och "skydda dem mot det missbruk av dominerande ställning som utövas av monopolen inom området för upphovsrätt till musikaliska verk", erinrar förstainstansrätten om att den enligt en fast rättspraxis inte är behörig att rikta förelägganden till gemenskapsinstitutionerna, till medlemsstaterna eller till fysiska eller juridiska personer (se ovannämnda beslut Koelman mot kommissionen, punkt 18, och förstainstansrättens dom av den 12 januari 1995, Viho mot kommissionen, T-102/92, REG s. II-17, punkt 28). Härav följer att sökandens yrkanden i denna del av punkt 1 skall avvisas.
- 30 Vad för det andra beträffar sökandens yrkanden i punkt 2 anser förstainstansrätten att det är uppenbart att dessa inte faller inom förstainstansrättens behörighet och att de följaktligen skall avvisas. Gemenskapsdomstolarna är nämligen varken behöriga att på initiativ av en fysisk eller juridisk person uttala sig om huruvida en medlemsstats eller en fysisk eller juridisk persons beteende är förenligt med bestämmelser i fördraget eller att helt eller delvis ogiltigförklara avtal som ingåtts av fysiska eller juridiska personer (se ovannämnda beslut Koelman mot kommissionen, punkt 18).

- 31 Vad för det tredje beträffar sökandens yrkande i punkt 3 där denne anmodar förstainstansrätten att "fatta beslut i fråga om de andra punkter som förstainstansrätten anser relevanta", anser förstainstansrätten att ett sådant yrkande inte anger något föremål för talan och att det således saknar det mått av precision som enligt artikel 19 i EG-stadgan för domstolen och artikel 44.1 c i förstainstansrättens rättegångsregler krävs för att det skall kunna upptas till prövning.
- 32 Det följer av vad som anförts ovan att förutom yrkandet om ogiltigförklaring av kommissionens beslut att avslå sökandens klagomål, vilket är upptaget i första delen av punkt 1 i yrkandena, samt yrkandet om ersättning för den skada som sökanden påstår sig ha åsamkats, vilket är upptaget i punkt 4 i yrkandena, skall samtliga sökandens yrkanden avvisas.
- 33 Slutligen anser förstainstansrätten att det är angeläget att påpeka att ansökan är föga strukturerad, att den är tämligen rörigt framställd och att de grunder som sökanden har framfört till stöd för yrkandena om ogiltigförklaring och ersättning inte har angivits som sådana. Trots dessa formella brister i ansökan anser förstainstansrätten att ansökan innehöll tillräckligt med upplysningar för att kommissionen skulle kunna ta ställning i sak och för att förstainstansrätten skulle kunna utöva sin kontroll (domstolens dom av den 12 april 1984, Unifrex mot kommissionen och rådet, 281/82, Rec. s. 1969, punkt 15), så att kraven i artikel 19 i EG-stadgan för domstolen och i artikel 44.1 c i förstainstansrättens rättegångsregler i detta avseende har blivit uppfyllda.
- 34 Följaktligen skall yrkandena om ogiltigförklaring och ersättning upptas till prövning.

Saken

- 35 Med beaktande av de anmärkningar som gjorts i föregående punkter anser förstainstansrätten att yrkandena om ogiltigförklaring i själva verket baseras på fyra grunder. Den första grunden avser en överträdelse av artikel 85.3 i fördraget, eftersom kommissionen hade hänvisat till de villkor för undantag som anges i denna bestämmelse för att avvisa sökandens klagomål avseende modellavtalen utan

att först ha fattat ett beslut om undantag för dessa avtal. Den andra grunden består av två delar. I den första delen avser denna grund en uppenbart oriktig bedömning, eftersom kommissionen felaktigt baserade avslaget på sökandens klagomål på den omständigheten att det fastställts att de två modellavtalen uppfyllde samtliga villkor i artikel 85.3 i fördraget. I den andra delen av denna grund förebrås kommissionen för att den inte godtog att Buma hade gjort sig skyldig till en överträdelse av artikel 86 i fördraget när den ingick modellavtalen och för att den ansåg att det inte var nödvändigt att mot bakgrund av artikel 86 pröva om den nederländska statens uppträdande var förenligt med artikel 90.1 i fördraget. Den tredje grunden avser en överträdelse av artikel 155 i fördraget och av artikel 3 i förordning nr 17, eftersom kommissionen inte inledde någon undersökning av huruvida de exploateringsavtal som Buma ingått med upphovsmännen till musikaliska verk var förenliga med gemenskapsrätten, då kommissionen ansåg att sökandens klagomål i detta hänseende inte var av tillräckligt intresse för gemenskapen. Den fjärde grunden avser en överträdelse av motiveringsskyldigheten, eftersom kommissionen avvisade klagomålet utan att ange skälen till att Bumans beteende i förhållande till dess medlemmar inte motiverade en undersökning av en eventuell överträdelse av artikel 86 i fördraget. Vad gäller yrkandena om ersättning grundas dessa på den omständigheten att kommissionen har åsidosatt principen om god förvaltning, vilket har medfört att sökandens fotoagentur, där denne fungerade som mellanhand i fråga om upphovsrätt till fotografiska verk, har upphört.

Yrkandena om ogiltigförklaring

Första grunden: Brott mot artikel 85.3 i fördraget

— Parternas argument

- 36 Sökanden har påstått att kommissionen gjorde sig skyldig till ett brott mot artikel 85.3 i fördraget när den avslog dess klagomål på grundval av den omständigheten att modellavtalen uppfyllde de villkor för undantag som nämns i denna bestämmelse, dock utan att den hade fattat ett beslut om undantag i detta avseende. Sökanden anser att kommissionen av rättssäkerhetsskäl inte kan hänvisa till dessa

villkor förrän efter det att den har fattat ett beslut om undantag. Följaktligen kunde kommissionen i det föreliggande fallet inte avslå klagomålet med hänvisning till att artikel 85.3 i fördraget var tillämplig.

- 37 Kommissionen har svarat att den har rätt att avslå ett klagomål utan att vara skyldig att först fatta ett beslut om undantag avseende de avtal som klaganden utpekar och som anmälts till denne av parterna i dessa avtal.

— Förstainstansrättens bedömning

- 38 Genom denna grund har förstainstansrätten uppmanats att avgöra om kommissionen kan avslå ett klagomål enligt artikel 3 i förordning nr 17 med den motiveringen att de avtal som utpekats av klaganden i alla händelser uppfyller de krav som anges i artikel 85.3 i fördraget för att bli föremål för ett undantag från förbudet i artikel 85.1 i fördraget, även om kommissionen inte har riktat ett beslut i detta avseende till parterna i dessa avtal — parter som för övrigt har anmält avtalen till kommissionen — och även om kommissionen inte har uttalat sig slutgiltigt avseende frågan om dessa avtal utgör ett brott mot artikel 85.1 i fördraget.
- 39 Inledningsvis bör erinras om att kommissionen, när det hos denna anhängiggörs ett klagomål med stöd av artikel 3 i förordning nr 17, är skyldig att noggrant pröva de faktiska och rättsliga omständigheter som kommer till dess kännedom via klaganden i syfte att bedöma om dessa omständigheter tyder på ett beteende som skulle kunna snedvrída konkurrensen inom den gemensamma marknaden och påverka handeln mellan medlemsstater (förstainstansrättens dom av den 18 september 1992, *Automec mot kommissionen*, kallad *Automec II*, T-24/90, Rec. s. II-2223, punkt 79). Det framgår emellertid också av en fast rättspraxis från domstolen och förstainstansrätten att den som inger ett klagomål med stöd av artikel 3 i förordning nr 17 inte genom denna artikel tillerkänns rätten att erhålla ett beslut från kommissionen — på sätt som avses i artikel 189 i fördraget — beträffande huruvida ett brott mot artikel 85 i fördraget föreligger eller inte (domstolens dom av den 18 oktober 1979, *Gema mot kommissionen*, 125/78, Rec. s. 3173, punkt 17, och förstainstansrättens dom av den 24 januari 1995, *BEMIM mot kommissionen*, T-114/92, REG s. II-147, punkt 62).

- 40 Förstainstansrätten anser att det följer av denna rättspraxis att när kommissionen avslår ett klagomål skall den ange skälen till att den noggranna prövningen av de faktiska och rättsliga omständigheter som kommit till dess kännedom via klaganden inte har fått den att inleda ett förfarande för fastställande av ett brott mot artikel 85 i fördraget. När den gör detta kan kommissionen pröva de utpekade avtalen och förfarandena i förhållande till artikel 85 i dess helhet och redogöra för skälen till att den anser att — även om man antar att dessa avtal och förfaranden utgör ett brott mot artikel 85.1 — denna sistnämnda bestämmelse i alla händelser kan förklaras inte vara tillämplig på dessa avtal och förfaranden med stöd av artikel 85.3, vilket medför att det inte för kommissionen framstår som om den noggranna prövningen av klagomålet behöver leda till att den genomför de åtgärder som klaganden begär. Härav följer i det föreliggande fallet att kommissionen hade rätt att motivera sitt beslut att avslå klagomålet genom att ange skälen till att den på grundval av de faktiska och rättsliga omständigheter som kommit till dess kännedom via klaganden ansåg att modellavtalen uppfyllde villkoren i artikel 85.3 utan att den i förväg fattade ett beslut riktat till de avtalslutande parterna om undantag avseende dessa avtal och utan att slutgiltigt yttra sig om huruvida dessa avtal var förenliga med artikel 85.1.
- 41 Förstainstansrätten påpekar likväl att ett sådant beslut om avslag på ett klagomål, där kommissionen inte uttalar sig slutgiltigt angående förekomsten eller frånvaron av en överträdelse av artikel 85.1 och där den inte medger ett undantag enligt artikel 85.3, endast utgör en bedömning från kommissionens sida av de avtal och förfaranden som är i fråga. På grund härav har de samma juridiska värde som en administrativ skrivelse om undantag (lettre de confort), vilket kommissionen vitsordade vid sammanträdet (domstolens domar av den 10 juli 1980, *Giry och Guerlain m. fl.*, 253/78 och 1/79—3/79, Rec. s. 2327, punkt 13, *Marty*, 37/79, Rec. s. 2481, punkt 10, och *Lancôme och Cosparfrance*, 99/79, Rec. s. 2511, punkt 11).
- 42 Härav följer att de bedömningar som kommissionen gjort, i ett beslut om avslag på ett klagomål av det slag som det här gäller, inte är av sådan beskaffenhet att den nationella domstol, som skall uttala sig om huruvida de avtal och förfaranden som har utpekats av klaganden är förenliga med artikel 85.1, är förhindrad att ogiltigförklara dessa med stöd av artikel 85.2 i fördraget med beaktande av de uppgifter som domstolen förfogar över. Den omständigheten att kommissionens bedömningar till skillnad från när det gäller en administrativ skrivelse om undantag

förekommer i en rättsakt som kan överklagas ändrar på inget sätt denna slutsats, eftersom dessa bedömningar inte innehåller ett slutgiltigt beslut beträffande förekomsten eller frånvaron av en överträdelse av artikel 85.1 eller beträffande ett undantag enligt artikel 85.3 i enlighet med de villkor som fastställs för detta i förordning nr 17.

- 43 Vidare finns det anledning att erinra att kommissionens bedömningar utgör faktiska omständigheter som de nationella domstolarna kan beakta vid sin prövning av överensstämmelsen mellan avtalen eller förfarandena i fråga och de ovan nämnda bestämmelserna (se ovan nämnda dom *Giry och Guerlain m. fl.*, punkt 13), i förekommande fall efter kontakt med kommissionen (domstolens dom av den 28 februari 1991, *Delimitis*, C-234/89, Rec. s. I-935, punkt 43—55). Bland dessa faktiska omständigheter finns i föreliggande fall just den bedömningen av kommissionen att ”man kan inte i förväg utesluta att avtalen om sändning via kabel syftar till eller får till följd att konkurrensen begränsas på sätt som avses i artikel 85.1” (se det ifrågasatta beslutet, punkt 10—12), fastän kommissionen ännu inte hade använt sig av sin exklusiva behörighet enligt förordning nr 17 för att medge ett undantag med stöd av artikel 85.3. Detta innebär att den nationella domstolen har rätt att ogiltigförklara ett sådant avtal.
- 44 Det följer av allt det som anförts ovan att denna grund inte kan godtas.

Andra grunden: Uppenbart oriktig bedömning

— Parternas argument

- 45 I den första delen av denna grund har sökanden påstått att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning när den delvis grundade sitt avslag av klagomålet på den bedömningen att modellavtalen avseende kabelsändning i alla händelser

uppfyllde villkoren i artikel 85.3 i fördraget, vilket innebar att artikel 85.1 i fördraget kunde förklaras inte vara tillämplig även om dessa avtal stred mot denna artikel. Enligt sökanden är villkoren i artikel 85.3 inte uppfyllda i det föreliggande fallet.

- 46 I detta hänseende anser sökanden för det första att modellavtalen inte bidrar till en förbättring av produktionen eller distributionen av televisions- eller radioprogram. Enligt sökanden har kommissionen inte visat att ingåendet av sådana generella avtal som omfattar alla berörda parter gynnar produktionen av televisions- eller radioprogram och leder till en ökning av antalet program som återutsänds via kabel. Tvärtom erbjuds ett minst lika omfattande utbud av program via kabel i de länder där sådana avtal inte har ingåtts.
- 47 För det andra har sökanden ifrågasatt kommissionens påstående — som kommissionen inte har styrkt — att sådana avtal skulle medföra ett större programutbud och en minskning av risken för störningar av sändningarna till följd av vägran från rättsinnehavaren att tillåta en sändning av ett program som denne har upphovsrätten till. Sökanden frågar sig följaktligen på vilket sätt sådana avtal kan innebära att TV-tittare och radiolyssnare får en skäligen andel av fördelarna med dem, när det inte finns några fördelar.
- 48 För det tredje anser sökanden att kommissionen inte har visat att det föreligger ett behov av att ingå sådana modellavtal för att säkerställa återutsändning via kabel av televisions- och radioprogram på ett sätt som innebär att samtliga aktuella upphovsrätter iakttas. Enligt sökanden finns det två möjliga alternativ som inte begränsar konkurrensen lika mycket. Det ena skulle vara en ursprunglig uppgörelse mellan upphovsmannen och den förste sändaren, där den sistnämnde skulle betala upphovsmannen ett tillägg för den beviljade återutsändningen via kabel av det berörda programmet. Enligt det andra alternativet skulle betalningen för upphovsrätten säkerställas genom ett automatiskt märkningssystem som registrerar alla sändningar som sker utifrån en kodad elektronisk signal.

49 För det fjärde slutligen har sökanden påstått att ensamrättsklausulerna i modellavtalen omöjliggör konkurrens, eftersom de får till följd att endast de rättsinnehavare som är parter i dessa avtal kan ge kabelbolagen tillstånd att återutsända televisionsoch radioprogram som har ett innehåll som är upphovsrättsskyddat. Enligt dessa modellavtal erbjuds en heltäckande licens för återutsändning via kabel av program från de televisionskanaler och radiostationer som finns representerade. Denna licens omfattar upphovsrätterna både avseende rättsinnehavare som är parter i modellavtalet och avseende andra upphovsmän eller rättsinnehavare som inte är part i modellavtalet. Detta har en konkurrensbegränsande verkan bestående i att andra mellanhänder som vill delta vid uppgörelsen beträffande de royalties som skall utgå för program som sänts via kabel till de upphovsmän eller rättsinnehavare som inte finns representerade inte har möjlighet att komma in på marknaden. Denna konkurrensbegränsande verkan förstärks ytterligare av den omständigheten att en televisionskanal eller en radiostation som är part i modellavtalet inte längre kan ingå ett avtal om återutsändning via kabel med ett kabelbolag om det inte överensstämmer med modellavtalet. Dessutom bidrar Bumass lagstadgade monopol — Buma som i egenskap av mellanhand säkerställer tillämpningen av bestämmelserna om upphovsrätt till musikaliska verk — till att konkurrensen genom avtalen i fråga oimintetgörs beträffande andra verk än musikaliska, eftersom detta monopol medför att Buma alltid deltar så snart en återutsändning via kabel innefattar ett musikaliskt verk, vilket förhindrar förhandlingar som är oberoende av Bumass inblandning mellan en televisionskanal eller radiostation och ett kabeltevebolag.

50 I den andra delen av denna grund har sökanden påstått att det ifrågasatta beslutet i den mån som det gäller Bumass överträdelse av artikel 86 i fördraget på grund av ingåendet av modellavtalen och den nederländska statens överträdelse av artikel 90.1 i fördraget, sedd mot bakgrund av artikel 86 i fördraget, också är resultatet av en uppenbart oriktig bedömning från kommissionens sida. Det framgår av det ifrågasatta beslutet, enligt vilket kommissionen inte såg någon anledning att på eget initiativ pröva sådana klagomål, att kommissionen hade underlåtit att fastställa dels att Buma på ett oskäligt sätt hade utnyttjat sin dominerande ställning som mellanhand på marknaden för upphovsrätt till musikaliska verk för att uppnå samma position på näraliggande marknader, dels att den nederländska staten hade vidtagit åtgärder som var oförenliga med artikel 90.1 i fördraget. För det fall att det samtidigt ingicks modellavtal för återutsändning via kabel av televisions-, och

radioprogram skulle Buma ha gynnat de förstnämnda vilka uttryckt i royalties är mer lukrativa för Buma, eftersom Buma där får licensavgifter för samtliga olika kategorier av upphovsrätter och inte bara för musikaliska verk, samt ha avstått från licensavgifterna för återutsändningen av radioprogram beträffande vilken endast Buma kan ingå ett avtal om återutsändning via kabel på grund av sitt lagstadgade monopol.

- 51 Beträffande den första delen av denna grund har kommissionen bestritt att villkoren i artikel 85.3 i fördraget inte skulle vara uppfyllda i det föreliggande fallet. Enligt kommissionen kan motiveringen av det ifrågasatta beslutet endast bekräftas. Kommissionen har inte kunnat se hur man kan bestrida att ett gemensamt avtal om kabelsändning bidrar till en ökning av antalet program som återutsänds eller till ett säkerställande av att återutsändningar inte avbryts eller störs till följd av vägran från en rättsinnehavare att ge sitt medgivande.
- 52 Vad gäller de två andra metoder som föreslås av sökanden har kommissionen påpekat att dessa inte tar upp behovet av att ingå ett kollektivt avtal om kabelsändning på grund av att de inte utgör heltäckande alternativ. Systemet med en "ursprunglig uppgörelse" tar inte hänsyn till de problem som ofta uppkommer mellan upphovsmännen eller upphovsrättsinnehavarna och kabelbolagen. Såsom även interventionen har understrukit skulle systemet med märkning endast utgöra en lösning på frågan om bestämning av de avgifter som skall erläggas efter en återutsändning, men inte på problemet med föregående tillstånd. Dessutom skulle den sistnämnda möjligheten endast vara användbar för återutsändning av musikaliska verk, utan att kunna tillämpas vid till exempel återutsändning via kabel av fotografiska verk.
- 53 Beträffande sökandens påstående att modellavtalen innebär att konkurrensen ointetgöras på grund av Bumas framträdande roll som mellanhand, har kommissionen understrukit att de konkurrensbegränsande effekter som sökanden har angivit till största delen följer av Bumas lagstadgade monopol, vilket inte var föremål för klagomålet, och inte av modellavtalen i sig. Kommissionen har

dessutom påpekat att Bumas lagstadgade monopol endast gäller sändning av musikaliska verk och att Buma inte intar en liknande ställning i konkurrenshänseende vid andra typer av sändningar. Vad gäller sökandens invändning om att samtycket till ensamrätt från samtliga rättsinnehavare till återutsändningen via kabel skulle förstärka avtalets konkurrensbegränsande verkan, har kommissionen anmärkt att den omständigheten att en organisation har erhållit alla rättigheter eller företräder alla innehavare av upphovsrätt inte medför att denna organisation inte längre skulle kunna ingå ett separat avtal med ett kabelbolag.

54 Vad gäller den andra delen av denna grund har kommissionen i avsaknad av övertygande bevis inte kunnat se hur Buma på ett oskäligt sätt skulle kunna utnyttja sitt lagstadgade monopol som mellanhand på marknaden för upphovsrätt till musikaliska verk för att utsträcka sin dominerande ställning till marknaden för upphovsrätt till fotografiska verk. Buma uppstår licensavgifter till följd av återutsändning via kabel av fotografiska verk under namnet Burapo, som är en organisation med egen administration vilken sedan fördelar de mottagna beloppen mellan de olika fotograferna.

55 Beträffande den del av klagomålet som gällde den nederländska statens beteende har kommissionen anmärkt att klagomålet ingavs på grundval av förordning nr 17 mot Buma och de andra parterna i modellavtalen och inte mot den nederländska staten på grundval av artikel 169 eller artikel 90.3 i fördraget. Om förstainstansrätten likväl skulle anse att ett klagomål faktiskt har framförts gentemot den nederländska staten har kommissionen i andra hand gjort gällande att den inte har fattat något som helst beslut i detta hänseende, vilket innebär att denna fråga inte skall prövas inom ramen för det föreliggande förfarandet.

— Förstainstansrättens bedömning

56 Förstainstansrätten erinrar inledningsvis om att när kommissionen har fattat ett beslut om avslutande av ett klagomål som ingivits med stöd av artikel 3.2 i förord-

ning nr 17 utan att företa bevisupptagning, skall förstainstansrättens legalitetskontroll enligt fast rättspraxis avse att kontrollera att det omtvistade beslutet inte grundas på materiellt oriktiga omständigheter, att det inte är resultatet av ett rättsligt fel eller en uppenbart oriktig bedömning eller maktmissbruk (förstainstansrättens dom av den 18 maj 1994, BEUC och NCC mot kommissionen, T-37/92, Rec. s. II-285, punkt 45).

- 57 Beträffande den första delen av denna grund anmärker förstainstansrätten för det första att kommissionen i punkt 14 i det ifrågasatta beslutet har förklarat att "ett kollektivt och enhetligt avtal för tillstånd att sända radio-och televisionsprogram utgör den mest verksamma och effektiva metoden för att säkerställa en lagenlig sändning av dessa program via kabel i en situation där ett stort antal kabelinnehavare och kabelföretag berörs av det tillstånd som beviljas och den sändning som detta leder till. Med tanke på att såväl inhemska som utländska sändare berörs av detta kollektiva avtal måste det konstateras att det förbättrar distributionen av radio-och televisionsprogram inom den gemensamma marknaden". Förstainstansrätten konstaterar att sökanden har bestritt detta påstående genom att understryka att sändningen via kabel av radio-och televisionsprogram inte är mindre omfattande i de länder där man inte har något "kollektivt och enhetligt avtal för tillstånd att sända radio-och televisionsprogram", utan att framföra någon som helst bevisning som gör det möjligt att fastställa de omständigheter som åberopas, trots att kommissionen hade anmodat sökanden att göra detta i den skrivelse som kommissionen sände till denne den 8 oktober 1992, enligt artikel 6 i förordning nr 99/63.
- 58 Förstainstansrätten anser följaktligen att sökanden inte har visat att kommissionens inställning att ett sådant kollektivt och enhetligt avtal är det mest verksamma och effektiva sättet för att säkerställa en lagenlig återutsändning via kabel av televisions-och radioprogram, var resultatet av en uppenbart oriktig bedömning. Härav följer att detta argument från sökanden inte kan godtas av förstainstansrätten.
- 59 För det andra konstaterar förstainstansrätten att sökanden varken i sitt yttrande av den 8 november 1992, som svar på kommissionens skrivelse av den 8 oktober 1992,

eller i ansökan eller i repliken har framfört några omständigheter till stöd för sitt argument att användarna inte skulle erhålla en skälig andel av den vinst som följer av en förbättring av återutsändningen av televisions- och radioprogram av sådan beskaffenhet att trovärdigheten i kommissionens inställning såsom den framställts i det ifrågasatta beslutet skulle undergrävas. Enligt kommissionens inställning gör avtalen om kabelsändning det möjligt att tillhandahålla konsumenterna ett större utbud av televisions- och radioprogram och minskar riskerna för störningar och avbrott av sändningarna till följd av oenighet avseende upphovsrätterna till ett minimum. Härav följer att inte heller detta argument från sökanden kan godtas av förstainstansrätten.

- 60 Vad för det tredje beträffar villkoret i artikel 85.3 i fördraget att de berörda företagen inte i modellavtalen får åläggas begränsningar som inte är nödvändiga för att uppnå de mål som nämns i denna bestämmelse, måste det konstateras att sökanden inte har framlagt ett godtagbart alternativ till kommissionens mening. Enligt kommissionen är ingåendet av ett kollektivt avtal om kabelsändning mellan rättshavarna och varje distributionsbolag absolut nödvändigt för att förbättra en effektiv och lagenlig återutsändning av televisions- och radioprogram. Förstainstansrätten påpekar å ena sidan beträffande den första möjligheten som sökanden föreslagit om en ursprunglig uppgörelse avseende royalties för återutsändning av televisions- och radioprogram via kabel, det vill säga mellan den förste sändaren och innehavaren av upphovsrätten, att även om man utgår från att en sådan uppgörelse är möjlig såsom sökanden hävdar, så hindrar inte genomförandet av ett sådant system att problem uppkommer i samband med förhandlingarna om avtal mellan den förste sändaren och ett kabelbolag avseende återutsändningen av ett program som sänts. Dessutom skulle ett sådant system förutsätta att det ingicks individuella avtal mellan varje kabelbolag och varje förste sändare av ett verk som skyddas av upphovsrätt. Eftersom det kan röra sig om flera första sändare för delar av samma televisions- eller radioprogram, är det uppenbart att ingåendet av sådana individuella avtal inte gör det möjligt att på ett verksamt och effektivt sätt säkerställa återutsändningen via kabel av programmen i fråga såsom är möjligt genom ett kollektivt avtal.

- 61 Å andra sidan har sökanden till stöd för den andra metoden, baserad på ett system med automatisk märkning av de program som återutsänds, som bilaga till skrivel- sen som den ställt till kommissionen den 6 mars 1992 ingivit en annons från bola- get Broadcast Data Systems där detta erbjuder ett system "Record Track, AD Track, Radiotrack och Royalty Track" på följande sätt:

"A method for instantaneously gathering and reporting data about songs and com- mercials being broadcast. Broadcast Data Systems offers four airplay monitoring information services for different segments of the music, advertising and radio industries" ("Ett system för att omedelbart insamla och rapportera data om de sånger och den reklam som sänds. Broadcast Data Systems erbjuder fyra tjänster för övervakning av sändningsverksamhet inom olika delar av musik-, reklam-och radioindustrin"),

"Record Track lets record companies and associated businesses quickly, easily track songs being played on radio, music TV and cable stations nationwide" ("Record Tracks gör det möjligt för skivbolag och liknande verksamheter att snabbt och enkelt spåra vilka sånger som spelas i radio, musiktelevision och kabel- stationer i hela landet"),

"Royalty Track allows performing rights societies to expand substantially their ability to monitor the on-air use of copyrighted music" ("Royalty Tracks gör det möjligt för bolag som sysslar med upphovsrätt att i väsentlig omfattning öka sina möjligheter att övervaka sändningen av upphovsrättsskyddad musik").

- 62 På grundval av enbart denna annons framstår det för förstainstansrätten som om det system som sökanden föreslår endast gäller för att märka sändningen av ljud- vågor. Användningen av ett sådant system förefaller däremot inte vara möjligt för att märka sändningen av visuella vågor såsom bilder eller — vilket särskilt berör

sökanden — fotografiska verk. Detta system kan följaktligen inte presenteras som ett godtagbart alternativ till ingåendet av ett kollektivt avtal.

- 63 Härav följer att sökanden inte har visat att kommissionens resonemang i detta hänseende är resultatet av en uppenbart oriktig bedömning.
- 64 För det fjärde vad gäller det sista villkoret i artikel 85.3 att avtalen i fråga inte får sätta konkurrensen ur spel för en väsentlig del av marknaden, anmärker förstainstansrätten att kommissionen i det ifrågasatta beslutet gjorde gällande att modellavtalen "ger kabelföretagen möjlighet att på grundval av ett enda avtal erhålla en licens som täcker samtliga upphovsrätter avseende innehavare och tredje män som företräds av dem". Kommissionen fortsatte med att förklara "att dessa modellavtal inte utesluter att kabelföretagen kan ingå individuella avtal med innehavarna om de till exempel vill erbjuda ett mer begränsat urval sändare" (punkt 17 i det ifrågasatta beslutet).
- 65 I detta hänseende kan det först understrykas att kommissionen inte har påstått att samtycket från den rättsinnehavare som är part i modellavtalen också omfattar samtycket från de upphovsmän eller upphovsrättsinnehavare som inte är parter eller som inte har representerats i modellavtalen, till återutsändning via kabel av deras verk.
- 66 Förstainstansrätten anser följaktligen att kommissionens bedömning inte innebär att andra mellanhänder i fråga om upphovsrätt än de som är parter eller som har representerats i modellavtalen inte har rätt att ingå särskilda avtal med kabelbolagen för att reglera de royalties som skall erläggas till följd av återutsändningen av verk för vilkas räkning dessa mellanhänder handlar. Härav följer att sökandens

argument inte är relevant på denna punkt, eftersom det grundas på en felaktig tolkning av kommissionens bedömning såsom denna framställts i det ifrågasatta beslutet.

- 67 Förstainstansrätten påpekar härefter att den klausul som finns upptagen i inledningen till modellavtalet för televisionsprogram och som sökanden har betecknat som "ensamrättsklausul", i själva verket hänför sig till den ensamrätt som rättsinnehavarna har att samtycka till att skyddade arbeten återutsänds via kabel. Sökanden har i detta hänseende misstagit sig beträffande räckvidden och beskaffenheten av denna klausul genom att tillskriva den en rättighetsgrundande karaktär som den inte har. I den klausul som utpekats av sökanden försäkras nämligen de rättsinnehavare som är parter i modellavtalet endast för de andra parterna i avtalet att de i enlighet med den tillämpliga lagstiftningen förfogar över en ensamrätt och detta för att få dessa andra parter i modellavtalet att ingå en förpliktelse gentemot dem. Förstainstansrätten konstaterar för övrigt att den förpliktelse som rättsinnehavarna påtar sig i artikel 6 i detta modellavtal — där rättsinnehavarna åtar sig allt ekonomiskt ansvar som skulle kunna bli följden av krav från upphovsmän eller upphovsrättsinnehavare som inte representerats i modellavtalet i fall av återutsändning av arbeten som skyddas i sig — är motiverad enbart med hänsyn till vad de rättsinnehavare som är parter i modellavtalet försäkras i den klausul i ingressen som sökanden har utpekat. Följaktligen kan det anmärkas att den ensamrätt som avses i denna klausul i ingressen åtminstone i princip inte innebär ett förbud mot att dessa rättsinnehavare ingår andra avtal än modellavtalen, men som också gäller återutsändning via kabel av deras program, i förekommande fall efter inblandning av andra mellanhänder på marknaden och eventuellt samtidigt med inblandning från Bumás sida — på grund av Bumás lagstadgade monopol — när det handlar om återutsändning av musikaliska verk. Varken förekomsten av denna klausul i modellavtalet eller detta lagstadgade monopol är sålunda av beskaffenhet att påverka kommissionens bedömning att modellavtalet i fråga uppfyller kravet i artikel 85.3 i fördraget. Inte heller i detta hänseende har sökanden alltså visat att kommissionen har gjort en uppenbart oriktig bedömning i det ifrågasatta beslutet.

- 68 Det följer av ovanstående att eftersom sökanden inte har visat att kommissionens bedömningar avseende villkoren i artikel 85.3 i fördraget är resultatet av en uppenbart oriktig bedömning, kan den första delen av den andra grunden inte godtas.

69 Beträffande den andra delen av denna grund om att Buma på ett oskäligt sätt skulle ha utnyttjat sin dominerande ställning på marknaden för upphovsrätt till musikaliska verk för att uppnå en liknande ställning på angränsande marknader, framgår det av det ifrågasatta beslutet att kommissionen vägrade att på eget initiativ pröva om Buma hade brutit mot artikel 86 i fördraget när sökanden inte hade ingivit några konkreta och exakta indicier (punkterna 20 och 21 i den ifrågasatta rättsakten). Förstainstansrätten anser med hänsyn till innehållet i sökandens klagomål (punkt 46 i klagomålet), i dess komplettering av den 6 mars 1992 och i det yttrande som den ingav den 8 november 1992 (punkt 11 i detta yttrande) som svar på kommissionens skrivelse av den 8 oktober 1992 (punkt 19 i denna skrivelse), att denna bedömning av kommissionen inte är uppenbart oriktig. Det enda indicium som sökanden har anfört på ett tämligen abstrakt sätt består i påståendet att ett kabelbolag som har ingått ett modellavtal för återutsändning av radioprogram inte är skyldigt att betala avgifter till Buma för återutsändning av dessa program om bolaget parallellt ingår ett modellavtal för återutsändning av televisionsprogram. Ett sådant argument kan emellertid inte godtas. På grundval av artikel 8.3 i modellavtalet för återutsändning av radioprogram (där det stadgas att om kabelbolaget samtidigt ingår det avtal som gäller återutsändning av radioprogram och det som gäller återutsändning av televisionsprogram, täcker de avgifter som bolaget betalar enligt det sistnämnda avtalet de avgifter som skall erläggas enligt det förstnämnda) jämförd med artikel 9 i modellavtalet för televisionsprogram (där det anges vilken metod som skall användas för att beräkna de avgifter som kabelbolagen skall erlägga som ersättning för tillståndet att återutsända televisionsprogrammen) konstaterar förstainstansrätten för det första — vilket även intervenienten har påpekat i sin inlaga (punkt 39) — att för det fall ett kabelbolag samtidigt har ingått avtalet om återutsändning av radioprogram och avtalet om återutsändning av televisionsprogram, omfattar den avgift som inbetalas enligt artikel 9 i det sistnämnda avtalet inte bara den avgift som skall erläggas för återutsändning av televisionsprogram utan också den avgift som skall erläggas för återutsändning av radioprogram. För det andra kan anmärkas att rättsinnehavarna på grundval av artikel 10.7 i modellavtalet för återutsändning av televisionsprogram har "exklusiv behörighet" att fördela de avgifter som sålunda uppbärs av deras ombud, i det föreliggande fallet Buma. Härav följer att den del av dessa avgifter som hänför sig till återutsändningen av radioprogram kan tilldelas rättsinnehavarna till dessa radioprogram i samband med denna fördelning. Sökandens påstående om att radioprogrammen erbjuds kostnadsfritt för det fall att ett avtal om återutsändning av televisionsprogram också har ingåtts förefaller följaktligen inte vara styrkt. De föga pålitliga beräkningar som sökanden har framlagt i sitt yttrande över ansökan om intervention motsäger inte en sådan slutsats. Förstainstansrätten har för övrigt inte haft tillgång till de preciseringar som

den på denna punkt hade velat erhålla från sökandens advokat i samband med det muntliga förfarandet (se ovan punkt 18).

- 70 Slutligen och i den utsträckning som denna del av klagomålet avser den nederländska statens agerande — i detta fall att bevilja Buma ett lagstadgat monopol i fråga om representation av upphovsmän till musikaliska verk — anmärker förstainstansrätten att det inte är nödvändigt att avgöra om det klagomål som ingavs till kommissionen enbart var grundat på artikel 3 i förordning nr 17 eller om det också innehöll anmärkningar riktade mot den nederländska staten vilket skulle ha inneburit en anmodan till kommissionen att inleda ett förfarande enligt artikel 169 i fördraget eller att utnyttja de befogenheter som tillerkänns den enligt artikel 90.3 i fördraget.
- 71 Å ena sidan är kommissionen enligt fast rättspraxis inte skyldig att inleda ett förfarande enligt artikel 169 i fördraget och den förfogar i detta hänseende över ett utrymme för skönsmässig bedömning som utesluter rätten för enskilda att kräva att kommissionen tar ställning i en viss riktning. Inom ramen för ett förfarande enligt artikel 169 i fördraget har de personer som ingivit ett klagomål sålunda inte möjlighet att väcka talan vid gemenskapsdomstolarna mot kommissionens beslut att avskriva deras klagomål (se domstolens dom av den 14 februari 1989, *Star Fruit* mot kommissionen, 247/87, Rec. s. 291, punkt 10—14, och förstainstansrättens beslut av den 23 januari 1995, *Bilanzbuchhalter* mot kommissionen, T-84/94, REG s. II-101, punkt 23). Å andra sidan är det fast rättspraxis att utnyttjandet av det utrymme för skönsmässig bedömning om huruvida statliga åtgärder är förenliga med reglerna i fördraget som medges i artikel 90.3 inte innebär en skyldighet för kommissionen att ingripa (förstainstansrättens dom av den 27 oktober 1994, *Ladbroke Racing* mot kommissionen, T-32/93, Rec. s. II-1015, punkt 36—38, samt ovannämnda beslut *Bilanzbuchhalter* mot kommissionen, punkt 31). Följaktligen har de fysiska eller juridiska personer som begär att kommissionen skall ingripa enligt artikel 90.3 i fördraget inte rätt att väcka talan mot kommissionens beslut att inte använda sig av de möjligheter som den har i detta avseende.

72 Förstainstansrätten konstaterar följaktligen att sökandens ifrågasättande av kommissionens vägran att inleda ett förfarande enligt artikel 169 eller att utfärda direktiv eller beslut enligt artikel 90.3 i fördraget i alla händelser inte kan upptas till prövning. Härav följer att frågan om huruvida klagomålet sträckte sig utöver tillämpningsområdet för förordning nr 17 och om det i förekommande fall var befogat att kommissionen vägrade att pröva den nederländska statens roll i detta ärende saknar relevans.

73 Följaktligen kan inte heller den andra delen av den andra grunden godtas.

74 Det följer av samtliga ovanstående omständigheter att den andra grunden inte kan godtas.

Tredje grunden: Överträdelse av artikel 155 i fördraget och av artikel 3 i förordning nr 17

— Parternas argument

75 Till den del avslaget på klagomålet gäller det modellexploateringsavtal som Buma ingår med sina medlemmar anser sökanden att kommissionen varken hade rätt att avstå från att pröva klagomålet genom att göra gällande att ett agerande inom detta område inte faller inom prioriteringarna för dess konkurrenspolitik eller att hänvisa sökanden åter till de nationella domstolarna, förutom om kommissionen hade antagit detta beslut inom en frist om tre månader räknat från dagen för klagomålets ingivande. I så fall hade sökanden fortfarande kunnat väcka talan vid de nationella domstolarna innan fristerna löpte ut. Sökanden har för övrigt hävdad att de höga kostnaderna för ett förfarande vid den nationella domstolen skulle hindra den från att väcka talan.

76 Kommissionen har svarat att det framgår av den ovan nämnda domen Automec II, att den har möjlighet att med hänvisning till gemenskapens intresse som

prioritetskriterium göra olika prioritetsgraderingar vid fullföljandet av de ärenden som är anhängiga vid den under den förutsättningen att det framgår av beslutet varför det berörda klagomålet inte uppnår den erforderliga prioritetsgraden. Efter- som denna del av klagomålet har avslagits på grund av bristande intresse för gemenskapen, vilket förklarades på ett klart och exakt sätt i beslutet i fråga, anser kommissionen att denna grund helt saknar relevans.

- 77 Kommissionen håller inte heller med om att ekonomiska problem skulle kunna vara av sådan art att de motiverar att sökanden inte använder de rättsmedel som finns vid de nationella domstolarna. I avsaknad av tillgångar skulle denne kunna beviljas kostnadsfritt juridiskt bistånd eller dela rättegångskostnaderna genom att bilda en sammanslutning tillsammans med personer som befinner sig i samma situation. Denna sammanslutning skulle sedan kunna föra talan.

— Förstainstansrättens bedömning

- 78 Förstainstansrätten konstaterar att sökanden genom denna grund har nöjt sig med att ifrågasätta kommissionens rätt att avgöra ett klagomåls prioritetsgrad och att sökanden inte har ifrågasatt kommissionens motivering för att avslå klagomålet på denna punkt, förutom i den utsträckning som kommissionen har motiverat sitt beslut genom att hänvisa sökanden till möjligheten att väcka talan vid nationell domstol för att göra gällande sina rättigheter i detta hänseende.
- 79 Enligt fast rättspraxis har kommissionen rätt att göra olika prioritetsgraderingar vid prövningen av ett klagomål som ingivits till den (se ovannämnda dom Automec II, punkt 83). Förstainstansrätten anser vidare att sökanden inte har visat att den skulle sakna reell möjlighet att väcka talan vid nationell domstol för att ifrågasätta Bumas påstådda missbruk av dominerande ställning. Förstainstansrätten har för övrigt inte haft tillgång till de preciseringar som den på denna punkt hade velat erhålla från sökandens advokat i samband med det muntliga förfarandet (se ovan punkt 18).

80 Härav följer att denna grund inte kan godtas.

Fjärde grunden: Åsidosättande av motiveringsskyldigheten

— Parternas argument

81 Sökanden anser att kommissionen åsidosatt sin motiveringsskyldighet när den avslog klagomålet utan att ange skälen till varför den ansåg att det inte förelåg något missbruk av dominerande ställning från Bumas sida i förhållande till dess medlemmar. Detta missbruk skulle bestå i att Buma för det fall att det samtidigt ingicks avtal om kabelsändning med ett distributionsbolag avstod från de avgifter som skulle erläggas för återutsändning av radioprogram i avsikt att kunna ingå kabelteveavtal (se artikel 8.3 i modellavtalet om radiosändning). Dessa är mer lukrativa för Buma som företag men som är det inte för de av dess medlemmar som är kompositörer.

82 Kommissionen har svarat att denna punkt inte fanns med i klagomålet.

— Förstainstansrättens bedömning

83 Enligt fast rättspraxis består motiveringsskyldigheten i att på ett klart och otvetydigt sätt redogöra för hur den gemenskapsmyndighet som är upphovsman till den ifrågasatta rättsakten har resonerat så att sökanden kan få kännedom om skälen för den vidtagna åtgärden i syfte att försvara sina rättigheter och så att gemenskapsdomstolarna kan utöva sin kontroll (domstolens dom av den 14 februari 1990, Delacre m. fl. mot kommissionen, C-350/88, Rec. s. I-395, punkt 15). I överens-

stämmelse med denna rättspraxis anser förstainstansrätten att kommissionens motivering på den här punkten är väl avvägd, eftersom förstainstansrätten — såsom framgår av förstainstansrättens bedömning av den andra delen av den andra grunden (se ovan punkt 69—73) och av den tredje grunden (se ovan punkt 78—80) — har kunnat utöva sin kontroll över huruvida kommissionens svar på sökandens klagomål var lagenligt i den mån som detta klagomål rörde Bumás påstådda missbruk av dominerande ställning.

84 Härav följer att denna grund inte kan godtas.

Yrkandena om ersättning

Parternas argument

— Angående felet

85 Sökanden har påstått att det fel som medför att gemenskapen blir ansvarig följer av ett åsidosättande av principen om god förvaltning från kommissionens sida. Kommissionen har nämligen underlåtit att fatta ett beslut där det offentligt och klart anges för de berörda företagen att kommissionen önskar att alla mellanhänder utöver förvaltningsbolagen runt upphovsrättsmonopolen avseende musikaliska verk skall försvinna. Dessutom har kommissionen under flera år dolt för sökanden att den inte hade för avsikt att agera mot avtalen om återutsändning via kabel och den har samtidigt förmått sökanden att inte inge något klagomål och sålunda undvikit att så snart som möjligt påbörja en administrativ utredning som skulle leda till ett positivt beslut. Kommissionen har härigenom skadat sökandens intressen.

86 Kommissionen anser att den inte har åsidosatt principen om god förvaltning i den mån en sådan princip existerar. Även om det är korrekt att det förflutit åtta år

mellan sökandens första skrivelse och kommissionens slutgiltiga beslut, har kommissionen påpekat att detta beslut fattades endast tre år efter det att klagomålet ingavs, vilket i förevarande fall bör anses som en rimlig tidsfrist. Att sökanden ingav klagomålet så sent kan endast tillskrivas sökanden själv, såsom framgår av en skrivelse från sökandens advokat av den 19 september 1990 till direktören A. C. Overbury, kommissionen.

— Angående skadan och orsakssambandet

- 87 Sökanden har värderat skadan till 1 500 000 HFL, vilket motsvarar fem gånger dess uppskattade årsinkomst, och har hävdat att skadan orsakats av den kombinerade effekten av de många ansträngande och dyra förfaranden som sökanden tvingats inleda samt av den faktiska urholkningen av dess upphovsrätt. Denna situation har dessutom orsakat en likvidation av sökandens fotoagentur.
- 88 Kommissionen har anmärkt att denna uppskattning av den åsamkade skadan inte har styrkts på något sätt. Den har dessutom tillagt att den sistnämnda skadan inte heller kan ha orsakats av kommissionens beteende, eftersom sökanden inte har kunnat visa att det föreligger ett orsakssamband mellan försvinnandet av hans företag och genomförandet av avtalen i fråga.

Förstainstansrättens bedömning

- 89 Inledningsvis kan erinras om att enligt fast rättspraxis uppkommer ansvar för kommissionen, på grundval av artikel 215 andra stycket i fördraget, endast om vissa villkor uppfylls avseende den verkliga förekomsten av skadan, förekomsten av ett orsakssamband mellan den åberopade skadan och det beteende som institutionerna

anklagas för samt det rättsstridiga i detta beteende (se domstolens dom av den 28 april 1971, Lütticke mot kommissionen, 4/69, Rec. s. 325, punkt 10).

- 90 I föreliggande fall skall först och främst prövas om sökandens påståenden om att kommissionen har åsidosatt principen om god förvaltning är styrkta.
- 91 I detta hänseende påpekar förstainstansrätten att sökanden å ena sidan har påstått att kommissionen har underlåtit att på ett klart sätt underrätta de berörda företagen om dess önskan att de företag som fungerar som mellanhand i fråga om upphovsrätt skulle försvinna till förmån för förvaltningsbolagen runt upphovsrättsmonopolen avseende musikaliska verk och å andra sidan att kommissionen har dolt sin avsikt att inte vidta åtgärder mot avtalen om återutsändning via kabel samtidigt som den uppmanat sökanden att inte inge något klagomål för att undvika en administrativ utredning och i förekommande fall ett positivt beslut, och allt detta tvärt emot sökandens intressen.
- 92 Förstainstansrätten konstaterar emellertid dels att sökanden inte har inkommit med något som helst indicium som gör det möjligt att fastställa att kommissionen, på sätt som har påstås, har för avsikt att se till att de företag som fungerar som mellanhand i fråga om upphovsrätt försvinner.
- 93 Dels påpekar förstainstansrätten att den andra anmärkningen som sökanden riktar mot kommissionen saknar grund. Det framgår först och främst av den skriftväxling som skett mellan sökanden och kommissionen — såsom den ingivits i del D av de kompletterande bilagor som sökanden inkommit med på förstainstansrättens begäran — att sökanden före ingivandet av klagomålet den 26 oktober 1990 hade fått vetskap om att kommissionen hade skickat en administrativ skrivelse om undantag till de parter som hade anmält modellavtalen.

94 Sökanden vände sig till kommissionen för första gången med frågor genom en skrivelse av den 8 augusti 1985 där sökanden klagade på det "faktiska monopol" som "upphovsrättsbolagen" hade. Det var först i sin andra skrivelse till kommissionen, daterad den 25 augusti 1985, som sökanden tog upp modellavtalen, dock utan att ange skälet till att han hänvisade till dem. Den 2 juni 1989, det vill säga ungefär fyra år senare, nämnde slutligen sökanden på nytt modellavtalen och upplyste kommissionen om att den hade ingivit en talan om ogiltigförklaring av dessa vid nederländsk domstol. Den 21 november 1989 svarade kommissionen sökanden att en administrativ skrivelse om undantag hade skickats den 16 juni 1986 till parterna i de anmälda modellavtalen och den uppgav också att kommissionens tjänsteman Bloemendaal skulle kontakta sökanden för att erhålla ytterligare upplysningar i syfte att kontrollera att modellavtalen i nuläget var förenliga med gemenskapens konkurrensrätt. Det följer av ovanstående omständigheter att kommissionen underrättade sökanden om att modellavtalen hade anmälts och om att en administrativ skrivelse om undantag hade skickats sex månader efter mottagandet av den skrivelse från sökanden som för första gången gällde just modellavtalen. Det kan påpekas att vid den tidpunkten hade å ena sidan sökanden ännu inte uppgivit att den ville inge ett klagomål vid kommissionen enligt artikel 3 i förordning nr 17 och å andra sidan planerade kommissionen uttryckligen en ytterligare prövning av avtalen i fråga, vilket den upplyste sökanden om. Förstainstansrätten anser därför att de uppgifter som framlagts inför den av parterna inte visar att kommissionen medvetet har dolt för sökanden att den hade skickat en administrativ skrivelse om undantag till parterna i de modellavtal som hade anmälts till den.

95 Vidare framgår det av en skrivelse från kommissionen av den 22 maj 1992 — där hänvisning görs till en skrivelse från sökandens advokat av den 19 september 1990 som inte har givits in av parterna — att sökanden vid den tiden ännu inte hade ingivit något klagomål, eftersom den "eerst door middel van informele contacten de materie dusdanig wenste te bewerken en rangschikken, dat in een klacht geen onnodige ballast zou behoeven te worden meegevoerd" ("avsåg att först och främst genom informella kontakter förbereda och ordna upp frågan för att inte behöva belasta ett klagomål med överflödiga omständigheter"). Enligt de handlingar som förstainstansrätten förfogar över följer härav att den tid som förflöt mellan den första skrivelsen som sökandens advokat skickade till kommissionen den 8 augusti 1985 och den skrivelse som sökandens advokat skickade till kommissionen den 19 september 1990 beror på sökandens eget beslut och den är följaktligen inte resultatet av kommissionens inställning under denna period. För tiden efter den 19 september 1990 anmärker förstainstansrätten dessutom att även om det skulle

visa sig att kommissionen på något sätt hade försökt att övertyga sökanden om att inte inge något klagomål enligt artikel 3 i förordning nr 17, vilket inte på något sätt har visats av sökanden, har dessa ansträngningar uppenbarligen inte varit av beskaffenhet att avskräcka sökanden, eftersom denne ingav ett sådant klagomål den 26 oktober 1990, det vill säga knappt en månad senare.

- 96 Sökanden har därmed inte styrkt förekomsten av de omständigheter som den har påstått. Följaktligen anser förstainstansrätten att det inte kan konstateras att det har förekommit något fel av sådan art att utomobligatoriskt ansvar uppkommer för gemenskapen på sätt som avses i artikel 215 andra stycket i fördraget.
- 97 Vad beträffar skadan kan det vidare erinras om att det enligt fast rättspraxis ankommer på sökanden att inkomma med den bevisning som behövs för att gemenskapsdomstol skall kunna fastställa förekomsten och omfattningen av den skada som sökanden påstår sig ha drabbats av (se i detta hänseende domstolens dom av den 21 maj 1976, Roquette frères mot kommissionen, 26/74, Rec. s. 677, punkt 22—24). I detta hänseende påpekar förstainstansrätten att sökanden endast har värderat sin påstådda skada till 1 500 000 HFL, vilket skulle motsvara fem gånger dess uppskattade årsinkomst, utan att den har inkommit med några bevis till stöd för detta yrkande. Det är obestridligt att en sådan värdering varken fastställer förekomsten eller omfattningen av den skada för vilken ersättning krävs. Följaktligen anser förstainstansrätten att sökanden varken har bevisat förekomsten av skadan eller som en följd härav dess omfattning.
- 98 Det följer av ovanstående att eftersom varken felet eller skadan har kunnat fastställas i föreliggande fall, skall talan om ersättning ogillas.

Rättegångskostnader

- 99 Enligt artikel 87.2 i förstainstansrättens rättegångsregler skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, om detta har yrkats. Eftersom sökanden i det föreliggande fallet har tappat målet och eftersom svaranden och intervenienten

så har yrkat, skall sökanden förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna, inklusive intervenientens kostnader.

På dessa grunder beslutar

FÖRSTAINSTANSRÄTTEN
(fjärde avdelningen i utökad sammansättning)

följande dom:

- 1) Sökandens yrkanden avvisas till den del de inte avser ogiltigförklaring av kommissionens beslut av den 14 oktober 1993 att avslå sökandens klagomål eller begäran om ersättning.
- 2) I övrigt ogillas yrkandena om ogiltigförklaring och ersättning.
- 3) Sökanden skall ersätta rättegångskostnaderna, inklusive intervenientens kostnader.

Barrington

García-Valdecasas

Lenaerts

Lindh

Azizi

Avkunnad vid offentligt sammanträde i Luxemburg den 9 januari 1996.

H. Jung

D. P. M. Barrington

Justitiesekreterare

Ordförande