CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL

SR. CLAUS GULMANN

presentadas el 1 de junio de 1994 *

Indice

A. Hechos	I - 748
B. Observaciones preliminares	I - 751
C. Delimitación del objeto de los recursos	I - 753
D. Sobre la cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia interpretó erróneamente el concepto de abuso de posición dominante	I - 755
a) Sobre la cuestión de si el concepto de objeto específico es relevante para un examen a la luz del artículo 86 del Tratado	I - 755
b) El objeto específico de los derechos de autor	I - 757
c) Sobre la cuestión de si el artículo 86 del Tratado puede aplicarse al ejercicio de facultades que entran dentro del objeto específico de los derechos de autor	I - 758
d) Razones dadas por el Tribunal de Primera Instancia para considerar que es posible interferir en el objeto específico de los derechos de autor: función esencial de estos derechos	I - 767
aa) Comportamiento que persigue un fin manifiestamente contrario a los objetivos del artículo 86	I - 767
bb) La definición de la función esencial de los derechos de autor	I - 768
cc) La aplicación del concepto de función esencial	I - 769
e) La introducción de un nuevo producto respecto del cual hay una fuerte demanda potencial por parte de los consumidores	I - 773
f) Uso de una posición dominante en un mercado con el fin de retener para sí un mercado derivado	I - 776
g) La cuestión de la existencia de una política discriminatoria en materia de licencias o de condiciones poco razonables para conceder éstas	I - 779
h) La cuestión de si las listas de programas son obras que merecen protección ...	I - 780
i) La cuestión de si las denegaciones de concesión de licencias estaban justificadas .	I - 783
j) Las consecuencias posteriores de la sentencia del Tribunal de Justicia	I - 785
E. La cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta, indebidamente, el Convenio de Berna	I - 787
F. La cuestión de la infracción del artículo 3 del Reglamento nº 17	I - 794
G. La cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia definió el mercado del producto de referencia y aplicó el concepto de posición dominante de manera incorrecta ...	I - 795

* Lengua original: danés.

H. La cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia interpretó erróneamente el concepto de efectos sobre el comercio entre Estados miembros	I - 799
I. La cuestión de la infracción del artículo 190 del Tratado	I - 803
J. Costas	I - 805
Conclusión	I - 806

1. En los presentes asuntos acumulados, el Tribunal de Justicia debe pronunciarse sobre si la Comisión, mediante una Decisión basada en el artículo 86 del Tratado CE, puede exigir a las empresas que concedan licencias sobre sus obras protegidas por los derechos de autor. Así pues, se pide al Tribunal de Justicia que decida si, en determinadas circunstancias, es posible, con arreglo a las normas del Tratado relativas a la competencia, interferir en el objeto específico de los derechos de autor. Los presentes asuntos suscitan una vez más la cuestión fundamental de equilibrar dos intereses en conflicto: por un lado, el de proteger los derechos de propiedad industrial y comercial basados en el Derecho nacional y, por otro lado, el de una competencia sin distorsiones, que es uno de los objetivos de la Comunidad.

2. Mediante una Decisión de 21 de diciembre de 1988, la Comisión exigió a tres empresas que concedieran licencias para reproducir sus listas de programas de televisión.¹ Dicha Decisión fue mantenida por las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1991.² Estas sentencias son impugnadas en los presentes recursos ante el Tribunal de Justicia.

1 — Decisión 89/205/CEE de la Comisión relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/31.851 — Magill TV Guide/TTR, BBC y RTE; DO 1989, L 78, p. 43).

2 — RTE/Comisión (T-69/89, Rec. p. II-485), e ITP/Comisión (T-76/89, Rec. p. II-575).

A. Hechos

3. Las listas de programas son unas guías con los avances de los programas de televisión que contienen informaciones tales como el título, canal, fecha y hora de las emisiones. Las producen los organismos de radiodifusión televisiva a efectos de su programación y en relación con ésta. Las listas de programas están protegidas por los derechos de autor como obras literarias y compilaciones con arreglo a la United Kingdom Copyright Act 1956 y a la Irish Copyright Act 1963.

4. En la época en que se adoptó la Decisión de la Comisión, se comercializaban en Irlanda y en Irlanda del Norte tres guías semanales de televisión, *TV Times*, *Radio Times* y *RTE Guide*, cada una de las cuales contenía listas de programas para dos de los seis canales de televisión que podían recibirse en la mayoría de los hogares de Irlanda y en el 30-40 % de los hogares de Irlanda del Norte. Además de las listas de programas del momento, las guías de televisión contenían normalmente resúmenes de programas —es decir, información sobre el contenido de los programas y quienes intervienen en ellos—, comentarios, artículos de fondo, etc.

5. *TV Times* contenía las listas de programas semanales para ITV y Channel Four, difundidos por empresas de televisión franquiciadas por la Independent Broadcasting Autho-

rity (en lo sucesivo, «IBA»)³ para emitir programas de televisión independientes. Estaba publicada por la Independent Television Publications Ltd, London (en lo sucesivo, «ITP»), a quien los productores de programas para esos dos canales habían cedido el derecho de autor para las listas de programas. *Radio Times* contenía las listas de programas semanales para la BBC 1 y la BBC 2 y era publicada por la empresa filial al 100 % BBC Enterprises Ltd, a la que su empresa matriz, BBC, había cedido los derechos de autor para las listas de programas semanales. En el Reino Unido, BBC e IBA tenían un duopolio para prestar servicios nacionales de televisión. *RTE Guide* contenía las listas de programas semanales para RTE 1 y RTE 2 y era publicada por Radio Telefis Eireann (en lo sucesivo, «RTE»), que era un monopolio legal para servicios de radiodifusión en Irlanda.

6. A diferencia de lo que sucede en otros Estados miembros, en el mercado de Irlanda y de Irlanda del Norte no existe una guía de televisión que contenga todas las listas de programas semanales para los canales que pueden recibir todos o la mayoría de los

televidentes (en lo sucesivo, «guías semanales exhaustivas»). El motivo reside en la práctica de concesión de licencias seguida por las tres empresas: los diarios y semanarios, y en algunos casos las revistas, pueden recibir, previa petición y gratuitamente, las listas de programas semanales, junto con resúmenes de los programas. En cada caso, se concedía una licencia que establecía los requisitos para reproducir la información: los periódicos podían publicar las listas diarias o, los fines de semana y antes de los días festivos, las listas para dos días, con ciertas condiciones en lo que respecta al formato de la publicación. También podían publicar «la selección» de los programas de televisión de la semana.

7. En 1985, la editorial irlandesa Magill TV Guide Ltd (en lo sucesivo, «Magill») empezó a publicar en Irlanda e Irlanda del Norte una revista semanal que informaba sobre los próximos programas de televisión. Al principio, la revista sólo contenía información sobre los programas para el fin de semana de RTE, BBC, ITV y Channel Four, así como una selección de los programas de la semana. Cuando, en mayo de 1986, apareció una edición de *Magill TV Guide* que contenía todas las listas semanales para todos los canales de televisión que podían captarse en la zona, un tribunal irlandés, en respuesta a una demanda formulada por RTE, BBC e ITV, dictó un auto de medidas provisionales por el que se requería a Magill para que dejara de publicar las listas de programas semanales de dichas empresas, basándose en que esa publicación interfería en sus derechos de autor. Esa decisión fue confirmada por una resolución de la

3 — IBA es un organismo público creado para prestar servicios independientes de televisión y radio como servicio público en el Reino Unido, isla de Man e islas del Canal, adicional al de BBC. IBA celebra contratos con empresas privadas para ofrecer programas para el canal de televisión ITV. Channel Four es difundido por una filial de IBA.

High Court irlandesa de 26 de julio de 1989.⁴

8. Antes de publicar la edición exhaustiva de *Magill TV Guide*, Magill ya había presentado una reclamación ante la Comisión con arreglo al artículo 3 del Reglamento n° 17 del Consejo, Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.⁵ En el artículo 1 de su Decisión de 21 de diciembre de 1988, la Comisión dispone lo siguiente: «Las políticas y prácticas de ITP, BBC y RTE, respectivamente, en relación con sus correspondientes listas con el avance semanal de programas que pueden recibirse en Irlanda y en Irlanda del Norte, constituyen una infracción del artículo 86 en la medida en que impiden la publicación y venta de guías semanales de televisión de carácter exhaustivo en Irlanda y en Irlanda del Norte.»

4 — En dicha resolución, la High Court irlandesa consideró que las listas de programas están protegidas por los derechos de autor como obras literarias y compilaciones con arreglo al Derecho irlandés. Las disposiciones pertinentes de la resolución se citan en el apartado 10 de la sentencia RTE y en el apartado 7 de la sentencia ITP. Dado que la High Court se refiere a las listas con los programas semanales publicadas en *RTE Guide* y en *TV Times* respectivamente, a primera vista puede haber alguna duda sobre si la High Court adoptó realmente en su resolución una postura sobre la protección de los derechos de autor para todo el material enviado a petición suya por RTE e ITP, que, además de las listas de programas en sí, incluye resúmenes de programas, etc. No obstante, Magill publicó sólo las listas de programas y afirma que realizó ella misma las actividades literarias y de investigación necesarias y que preparó todos los comentarios sobre los programas. Por tanto, puede deducirse que, en su resolución, la High Court consideró que las listas de programas, es decir, las listas con información acerca del título, canal, fecha y horario, están protegidas por los derechos de autor con arreglo al Derecho irlandés.

5 — Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

Por consiguiente, en el artículo 2 de la Decisión, la Comisión exigía a ITP, BBC y RTE que pusieran fin a la infracción del artículo 86

«facilitándose entre sí, así como a los terceros que lo soliciten, sobre una base no discriminatoria, sus respectivas listas con el avance semanal de programas permitiendo que dichas partes reproduzcan estas listas. Este requisito no se aplica a la información suministrada además de las listas [...] Si deciden facilitar y permitir la reproducción de las listas mediante la concesión de licencias, los cánones exigidos [...] deberán ser razonables. Además, ITP, BBC y RTE podrán incluir en cualesquiera de las licencias que concedan a terceros las condiciones que consideren necesarias para garantizar una cobertura de alta calidad y completa de todos sus programas, incluidos aquéllos destinados a una audiencia minoritaria y/o regional, y los de carácter cultural, histórico y educativo».

9. ITP, BBC y RTE interpusieron recursos ante el Tribunal de Justicia con el fin de que éste anulara la Decisión de la Comisión. Mediante auto de 11 de mayo de 1989, el Presidente del Tribunal de Justicia suspendió la ejecución de la Decisión de la Comisión en la medida en que obligaba a las demandantes a permitir la reproducción de sus listas de programas.⁶

6 — RTE y otros/Comisión (asuntos acumulados 76/89 R, 77/89 R y 91/89 R, Rec. p. 1141), apartado 20.

Mediante auto de 15 de noviembre de 1989, los asuntos fueron atribuidos al Tribunal de Primera Instancia, el cual, mediante sentencias de 10 de julio de 1991, estimó las pretensiones de la Comisión. RTE e ITP, pero no BBC,⁷ recurrieron ante el Tribunal de Justicia contra estas sentencias.

Times, se presentan ahora como guías semanales exhaustivas de televisión.

B. Observaciones preliminares

Mediante autos de 6 de julio de 1989, el Tribunal de Justicia admitió la intervención de Magill en apoyo de las pretensiones de la Comisión y, mediante autos de 25 de marzo de 1992, admitió la intervención de Intellectual Property Owners Inc. (en lo sucesivo, «IPO») en apoyo de las pretensiones de las recurrentes. Mediante auto de 21 de abril de 1993, los asuntos fueron acumulados a efectos de la vista.

10. Para completar la exposición, debe señalarse que el 1 de marzo de 1991 entraron en vigor en el Reino Unido nuevas normas,⁸ con arreglo a las cuales los organismos de radiodifusión están obligados a conceder licencias para reproducir sus listas de programas. BBC e ITP han empezado a comercializar sus respectivas guías semanales de televisión de carácter exhaustivo. La legislación irlandesa no ha sido modificada. No obstante, RTE ha obtenido licencias de BBC y de ITP con vistas a la comercialización de una guía semanal exhaustiva de televisión, y ha concedido licencias para sus propias listas de programas.⁹ Por lo tanto, las tres guías de televisión, *RTE Guide*, *Radio Times* y *TV*

11. Los derechos de autor tienen una importancia fundamental tanto para su titular individual como para la sociedad. Los Estados miembros han suscrito compromisos internacionales para dar a los titulares de los derechos de autor la suficiente protección con el fin de ofrecer un marco adecuado para su actividad creativa, y, en su normativa sobre los derechos de propiedad intelectual, han conferido a los titulares de los derechos de autor el *derecho exclusivo* de explotar la obra protegida. En otras palabras, las leyes sobre derechos de autor confieren a los titulares de éstos el *derecho a limitar la competencia*.

12. Sin embargo, dichas leyes no confieren a los titulares de derechos de autor facultades exclusivas ilimitadas. El Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas, revisado por última vez en París el 24 de julio de 1971, considera y acepta que pueda haber ciertos límites al derecho exclusivo y, naturalmente, esos límites están contenidos en las leyes de los Estados miembros en materia de derechos de autor. Los límites pueden consistir en disposiciones que confieren un derecho limitado a la libre explotación de la obra protegida o en «licencias obligatorias» que confieren la facultad de hacer un uso determinado de la obra contra el pago de un canon. Un rasgo característico de las licencias obligatorias en el ámbito de los derechos de autor es que la autorización

7 — Véase el asunto BBC/Comisión (T-70/89, Rec. 1991, p. II-535).

8 — Artículo 176 de la United Kingdom Broadcasting Act 1990.

9 — RTE ha declarado que anunció públicamente su nueva política en materia de licencias, pero que BBC e ITP fueron las únicas partes que solicitaron y obtuvieron licencias.

para hacer determinado uso de la obra protegida resulta de disposiciones legales generales, que pueden prever que la cuestión de los cánones dependa de una autoridad pública. A diferencia de lo que ocurre en materia de patentes, normalmente la autorización para hacer un uso determinado de la obra protegida en interés público no la concede un tribunal o una autoridad pública que luego fija las correspondientes condiciones.

13. Así pues, las leyes de los Estados miembros en materia de derechos de autor equilibran debidamente los diversos intereses que debe proteger la sociedad, lo que incluye, por un lado, la protección de los intereses del titular de los derechos de autor y, por otro lado, una competencia sin distorsiones.¹⁰ La consecuencia natural de ello es que las licencias obligatorias concedidas en virtud del Derecho de la competencia, es decir, las licencias que las autoridades en materia de competencia obligan a las empresas a conceder basándose en normas sobre la competencia, carecen prácticamente de precedentes en los Estados miembros en el ámbito de los derechos de autor. En principio, cuando la normativa en materia de derechos de autor

confiere un derecho exclusivo, el Derecho de la competencia debe respetarlo.¹¹

14. El hecho de que las normas nacionales hayan equilibrado los intereses de los titulares de los derechos de autor frente a las restricciones de la competencia que resultan de la protección de los derechos de autor en el ámbito nacional no excluye necesariamente otras limitaciones a la facultad exclusiva de los titulares de los derechos de autor sobre la base de las normas del Tratado sobre la competencia, cuyo objetivo es garantizar una competencia sin distorsiones en un mercado único. Pero la relación básica entre la norma-

10 — No hay que olvidar que, hasta cierto punto, la normativa en materia de derechos de autor — como de cualquier otro derecho de propiedad intelectual — también contribuye a fomentar la competencia. Esto, especialmente, fue señalado por la Comisión en sus comentarios acerca de la adopción de su propuesta de Directiva del Consejo sobre la protección legal de programas de ordenador (DO 1989, C 91, p. 16), en la que indicaba que los derechos de autor representaban un aliciente para la inversión de recursos intelectuales y económicos y, por tanto, contribuían a fomentar el desarrollo técnico en beneficio de la sociedad. Véase, en lo que se refiere a marcas comerciales, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 1990, HAG GF (C-10/89, Rec. p. I-3711), apartado 13.

11 — La postura legal de los Estados miembros parece ser que las autoridades en materia de competencia pueden imponer la concesión de licencias obligatorias en lo que respecta a los derechos de autor con arreglo a las legislaciones francesa, irlandesa, italiana y portuguesa, mientras que la cuestión aún no ha sido resuelta en los ordenamientos jurídicos alemán, belga, neerlandés, luxemburgués y danés. Las autoridades españolas en materia de competencia se basan en las disposiciones sobre esta materia para prever una obligación general de que las entidades de radiodifusión televisiva que tienen derechos exclusivos para transmitir determinados acontecimientos deportivos concedan licencias para su retransmisión. Como ya se ha dicho, la postura legal en el Reino Unido tras la adopción de la Broadcasting Act 1990, por la que se modifica la Copyright Designs and Patents Act 1988, es que, teniendo en cuenta factores de competencia y tras un procedimiento en el que intervienen las autoridades en materia de competencia del Reino Unido, el Ministro competente puede incluir en los derechos de autor una cláusula de licencia, lo que significa que el titular no puede denegar una licencia a las partes interesadas que cumplan los requisitos establecidos. Aparte de eso, los factores de competencia no son relevantes en lo que respecta a las licencias obligatorias que resultan de las normas en materia de derechos de autor.

Si se hace una comparación, la postura según el Derecho de patentes resulta ser que en algunos Estados miembros, como España, Bélgica y Alemania, las autoridades en materia de competencia pueden, en principio, obligar a conceder licencias, pero no hay jurisprudencia sobre esta cuestión, mientras que esa posibilidad no existe en otros Estados miembros, como Francia, Irlanda, Italia y Portugal. Únicamente en el Reino Unido se ha conferido a las autoridades en materia de competencia una función en lo que respecta a la mencionada cláusula de licencia, mientras que la decisión final sigue a cargo de las autoridades en materia de patentes. En algunos otros Estados miembros, como Alemania, Irlanda y los Países Bajos, las autoridades en materia de patentes pueden tener en cuenta factores de competencia al conceder licencias obligatorias, pero esto no es posible en otros Estados miembros, como Francia y Portugal.

tiva en materia de derechos de autor y el Derecho de la competencia mencionado más arriba muestra que es natural ser prudente al tratar de cuestiones relativas a obstaculizar el ejercicio de los derechos de autor basándose en las normas comunitarias sobre la competencia.

15. Considero que la Decisión de la Comisión y las sentencias del Tribunal de Primera Instancia producen en la práctica un resultado razonable. Existen razones poderosas para sugerir que las entidades de radiodifusión televisiva no deberían poder impedir, por medio de sus derechos de autor sobre las listas de programas, la publicación de guías semanales exhaustivas de televisión. Estimo que no pueden considerarse esenciales los intereses relativos a los derechos de autor protegidos de este modo y que los usuarios irlandeses y británicos tienen un interés evidente en que se les dé acceso a un producto que es corriente en los demás Estados miembros y que ofrece algunas ventajas en comparación con los productos existentes.

16. Pero esto no significa necesariamente que ese resultado, que es razonable en este caso, pueda conseguirse mediante Decisiones adoptadas por la Comisión con arreglo al artículo 86 del Tratado. Es posible que dicho resultado pueda alcanzarse sólo mediante normas adoptadas por el poder legislativo nacional, como sucedía en el Reino Unido, o mediante normas adoptadas por el legislador comunitario.

C. Delimitación del objeto de los recursos

17. RTE, ITP e IPO pretenden que las sentencias del Tribunal de Primera Instancia deben ser anuladas, así como la Decisión de la Comisión. La Comisión alega que las sentencias del Tribunal de Primera Instancia deben ser confirmadas y, con carácter subsidiario, que dichas sentencias deben ser confirmadas pero que los fundamentos de Derecho deben modificarse.¹²

18. RTE, ITP e IPO alegan que el Tribunal de Primera Instancia interpretó erróneamente el concepto de abuso de posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado. RTE alega además que el Tribunal de Primera Instancia se negó indebidamente a tener en cuenta el Convenio de Berna e interpretó de manera indebida el concepto de comercio entre Estados miembros. ITP alega además que el Tribunal de Primera Instancia infringió el artículo 3 del Reglamento nº 17 al decidir que la Comisión tiene la facultad de requerir a un titular de derechos de propiedad intelectual para que conceda licencias, y que no tuvo en cuenta el artículo 190 del Tratado al declarar que la exposición de motivos de la Decisión respetaba el principio de los derechos de la defensa.

19. Por último, IPO alega que el Tribunal de Primera Instancia definió el mercado del producto considerado y aplicó el concepto de posición dominante de forma incorrecta. En sus réplicas, RTE e ITP afirman que,

12 — La Comisión se refiere a este respecto a la sentencia de 9 de junio de 1992, Lestelle/Comisión (C-30/91 P, Rec. p. I-3755).

aunque no hayan impugnado expresamente la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en lo que respecta a esos dos extremos, ello no significa que hayan renunciado a sus alegaciones a tal respecto. Pretenden que si el Tribunal de Justicia estima que existe un abuso y que sobre esa base debe pronunciarse sobre el fondo del asunto con arreglo al párrafo primero del artículo 54 del Estatuto, debe pronunciarse también sobre estos motivos.

20. La Comisión alega, y su alegación debe ser estimada, que RTE e ITP no pueden invocar en sus réplicas motivos nuevos que no hayan formulado en sus recursos (véase el artículo 118 en relación con el apartado 2 del artículo 42 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia). El Tribunal de Justicia debe tener en cuenta las cuestiones contra las que no se ha recurrido expresamente, aun cuando resuelva definitivamente el litigio con arreglo al párrafo primero del artículo 54 del Estatuto.

21. La Comisión señala que RTE e ITP no recurrieron contra las sentencias del Tribunal de Primera Instancia en lo que respecta a esos dos extremos y alega que dichos factores no entran dentro del objeto de los recursos, por lo que IPO tampoco puede formular esos motivos.

22. Una parte coadyuvante sólo puede intervenir en apoyo de las pretensiones de una de las partes (véase el párrafo tercero del

artículo 37 del Estatuto). Asimismo, es evidente que una parte coadyuvante en un recurso de casación sólo puede formular motivos que están comprendidos dentro del objeto del recurso interpuesto ante el Tribunal de Primera Instancia (véase el artículo 51 del Estatuto). IPO cumple estos dos requisitos, ya que, en apoyo de la pretensión de RTE e ITP relativa a que deben anularse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia, formula motivos que eran parte del objeto de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Por tanto, la cuestión es si IPO no puede invocar dichos motivos simplemente porque no habían sido formulados por las recurrentes.

23. El apartado 4 del artículo 93 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia prevé que la parte coadyuvante debe aceptar el litigio en el estado en que se encuentre en el momento de su intervención. No obstante, esta disposición no debe interpretarse en el sentido de que una parte coadyuvante que interviene en primera instancia no puede invocar motivos que no han sido formulados por la parte en cuyo apoyo interviene. El Tribunal de Justicia ha considerado que semejante interpretación privaría de sentido al procedimiento de intervención (véanse las sentencias de 23 de febrero de 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg/Alta Autoridad*,¹³ y de 22 de marzo de 1961, *SNUPAT/Alta Autoridad*¹⁴).

24. El artículo 118 del Reglamento de Procedimiento prevé que, sin perjuicio de determinadas disposiciones, el artículo 93 se aplica también al procedimiento ante el Tribunal de Justicia que tenga por objeto un recurso de

13 — Asunto 30/59, Rec. pp. 1 y ss, especialmente p. 18.

14 — Asuntos acumulados 42/59 y 49/59, Rec. p. 99.

casación contra una resolución del Tribunal de Primera Instancia. Dado que en el Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia no existe ninguna disposición en contrario, considero que eso significa que en un recurso de casación también el artículo 93 debe interpretarse en el sentido de que una parte coadyuvante puede invocar motivos que no han sido formulados por las partes recurrentes.

Tribunal de Primera Instancia han suscitado la crítica de la doctrina especialmente sobre este extremo.¹⁵ En las tres secciones siguientes consideraré el concepto de objeto específico y al examinar las sentencias del Tribunal de Primera Instancia, en la sección d), consideraré el significado del concepto de función esencial.

D. Sobre la cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia interpretó erróneamente el concepto de abuso de posición dominante

a) Sobre la cuestión de si el concepto de objeto específico es relevante para un examen a la luz del artículo 86 del Tratado

25. En su Decisión, la Comisión consideró que las negativas por parte de ITP y de RTE a conceder licencias constituían un abuso de sus posiciones dominantes. Ese punto de vista fue confirmado por el Tribunal de Primera Instancia. En sus sentencias, el Tribunal de Primera Instancia tomó como punto de partida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia referente a la relación entre las normas del Tratado sobre la libre circulación de mercancías y los derechos de propiedad intelectual, y, por consiguiente, los conceptos del objeto específico de los derechos de autor y su función esencial constituían una parte importante de su razonamiento.

27. En varias sentencias referentes a los artículos 30 y 36 del Tratado, el Tribunal de Justicia ha considerado el equilibrio de intereses entre la libre circulación de mercancías, por un lado, y la protección de los derechos de propiedad intelectual, por otro lado. El Tribunal de Justicia sopesa estos intereses dentro del marco de su conclusión según la cual el artículo 36 sólo admite excepciones al principio fundamental de la libre circulación de mercancías dentro del mercado común en la medida en que estén justificadas por el

26. Como explicaré más adelante, ese enfoque es fundamentalmente correcto. Sin embargo, surge la cuestión de si la estructura conceptual en que se apoyó el Tribunal de Primera Instancia fue, en todos los aspectos, correctamente formulada y aplicada. Las alegaciones formuladas en el presente recurso muestran que esa estructura conceptual dio lugar a problemas, y las sentencias del

15 — Véanse, entre otros, Bonet, Georges: *Revue trimestrielle de droit européen*, 1993, pp. 525 a 533; Desurmont, Thierry: *Revue Internationale du droit d'auteur*, n° 151, enero 1992, pp. 216 a 272; Forrester, Ian S.: *European Competition Law Review*, 1992 pp. 5 a 20; Françon, André: *Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique*, 1992, pp. 372 a 376; Hermitte, Marie-Angèle: *Journal du droit international*, 1992, pp. 471 a 477; Myrick, Ronald E.: *European Intellectual Property Review*, 1992, pp. 298 a 304; Smith, Jonathan: *European Competition Law Review*, 1992 pp. 135 a 138; Subiotta, Romano: *European Competition Law Review*, 1992, pp. 234 a 244; Vinje, Thomas C.: *European Intellectual Property Review*, 1992, pp. 397 a 402, y Waelbroeck, Michael: *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1992, pp. 134 a 137 (Ed. B. Hawk, 1992).

objetivo de proteger derechos que constituyen el *objeto específico* de dicha propiedad.¹⁶

28. La aplicación del concepto de objeto específico constituye una expresión del razonamiento de que para cada derecho de propiedad intelectual es posible identificar varias facultades esenciales de las que disfruta el titular de ese derecho en virtud de la legislación nacional y cuyo ejercicio no es aceptado por las normas del Tratado.

29. La cuestión es si el hecho de determinar lo que constituye el objeto específico de ese derecho de propiedad intelectual puede, del mismo modo, ser el punto de partida para sopesar, con arreglo al artículo 86 del Tratado, el interés en una competencia sin distorsiones, por un lado, y el interés en proteger los derechos de propiedad intelectual, por otro lado.

30. En sus sentencias, el Tribunal de Primera Instancia respondió a esta cuestión en sentido afirmativo diciendo que «el Derecho comunitario sólo admite las restricciones a la libre competencia o a la libre circulación de mercancías o de servicios que sean inherentes a la protección del contenido esencial del derecho de propiedad intelectual» (apartados

16 — Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 8 de junio de 1971, Deutsche Grammophon (78/70, Rec. p. 487), que se refería a un derecho similar a los derechos de autor, y las dos sentencias de 31 de octubre de 1974, Centrafarm/Sterling Drug (15/74, Rec. p. 1147), sobre patentes; y Centrafarm/Winthrop (16/74, Rec. p. 1183), sobre marcas.

69 de la sentencia RTE y 54 de la sentencia ITP).¹⁷

31. A la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ese resultado es correcto.

En su sentencia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión,¹⁸ el Tribunal de Justicia se pronunció sobre la compatibilidad del ejercicio de derechos de marca con el artículo 85 del Tratado, que prohíbe los acuerdos contrarios a las normas sobre la competencia. El Tribunal de Justicia tomó como punto de partida el artículo 222 del Tratado que prevé lo siguiente: «El presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad en los Estados miembros»; después hizo una distinción entre la *existencia* de derechos de marca, a los que no afecta el artículo 85, y el *ejercicio* de esos derechos, que se limita en la medida necesaria para aplicar la prohibición que resulta del artículo 85. El mismo razonamiento, formulado de modo ligeramente distinto, fue expuesto en la sentencia de 29 de febrero

17 — No obstante, el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia sobre esta cuestión no es del todo convincente. Saca esta conclusión del «artículo 36, tal como ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia a la luz de los objetivos perseguidos por los artículos 85 y 86 y por las disposiciones en materia de libre circulación de mercancías o de servicios». Es cierto que el Tribunal de Justicia ha declarado que los artículos 30 y 36 deben interpretarse «a la luz de los objetivos y actividades de la Comunidad, tal como se definen en los artículos 2 y 3 del Tratado CEE» (sentencia de 9 de febrero de 1982, Polydor y otros, 270/80, Rec. p. 329, apartado 16), y que «la finalidad de los artículos 2 y 3 del Tratado es la creación de un mercado en el que las mercancías circulen libremente en condiciones en que la competencia no sea falseada [...] lo que implica que se tenga en cuenta el elemento relativo a la competencia que figura en la letra f) del artículo 3 del Tratado» (sentencia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión, C-202/88, Rec. p. I-1223, apartado 41). El hecho de que al interpretar el artículo 36 deba tenerse en cuenta el objetivo del Tratado de una competencia sin distorsiones no justifica, en mi opinión, la conclusión inversa de que el concepto de objeto específico es necesariamente relevante para un examen a la luz del artículo 86.

18 — Asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. p. 429.

de 1968, Parke Davis, que se refiere a los artículos 85 y 86.¹⁹

La distinción entre la existencia y el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual se repite en varias sentencias relativas a las normas sobre la competencia y sobre la libre circulación de mercancías.²⁰ De las sentencias citadas en último lugar resulta claramente que el concepto de objeto específico fue desarrollado a efectos de aplicar esa distinción.²¹ Un ejercicio de derechos que entra dentro del objeto específico de un derecho de propiedad intelectual, está relacionado con su existencia. En otras palabras, la distinción entre la existencia y el ejercicio de derechos y la aplicación del concepto de objeto específico son básicamente expresiones del mismo enfoque conceptual. Por consiguiente, estimo que la distinción entre la existencia y el ejercicio de derechos no es relevante en sí misma para resolver cuestiones específicas de delimitación. En asuntos más recientes relativos a la libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia no ha considerado necesario referirse expresamente a esa distinción.²²

También en sentencias más recientes relativas a las normas sobre la competencia, el Tribunal de Justicia ha tomado expresamente como punto de partida la determinación de los derechos que constituyen el objeto específico del derecho de propiedad intelectual de que se trate (véase, especialmente, sentencia

de 5 de octubre de 1988, Volvo, que se refiere al artículo 86 del Tratado).²³

32. Así pues, al considerar los presentes asuntos, el punto de partida debe ser una definición del *objeto específico* de los derechos de autor, que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se usa como sinónimo de los conceptos de *contenido esencial* de los derechos de autor y de *prerrogativas esenciales* del titular de los derechos de autor.²⁴

b) *El objeto específico de los derechos de autor*

33. Al determinar el objeto específico de los derechos de autor, el Tribunal de Primera Instancia se refirió, especialmente, a la sentencia de 17 de mayo de 1988, Warner Brothers, en la que el Tribunal de Justicia señaló que las obras literarias y artísticas pueden ser objeto de explotación comercial, bien mediante representaciones públicas o bien a través de la reproducción y puesta en circulación de los soportes materiales en que

19 — Asunto 24/67, Rec. p. 81.

20 — Véase, a este respecto, la sentencia de 18 de febrero de 1971, Sirena (40/70, Rec. p. 69), apartado 5.

21 — Véanse, especialmente, las sentencias Deutsche Grammophon, antes citada, apartado 11; de 23 de mayo de 1978, Hoffmann-La Roche/Centrafarm (102/77, Rec. p. 1139), apartado 6, y de 22 de enero de 1981, Dansk Supermarked (58/80, Rec. p. 181), apartado 11.

22 — Véase, especialmente, la sentencia de 17 de octubre de 1990, HAG GF (C-10/89, Rec. p. I-3711), y compárense las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en dicho asunto, punto 11.

23 — Asunto 238/87, Rec. p. 6211, apartado 8. Compárense también la sentencia de 5 de octubre de 1988, CICRA (53/87, Rec. p. 6039), apartados 11 y 15. En lo que respecta al artículo 85, véase la sentencia de 25 de febrero de 1986, Windsurfing International (193/83, Rec. p. 611), apartado 45.

24 — Este uso de diferente terminología es inadecuado, como lo muestra la confusión a que da lugar en los presentes asuntos, de la que volveré a ocuparme más adelante. ITP objeta — en mi opinión, acertadamente — la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, en la medida en que su apartado 54 se refiere al contenido esencial del derecho de propiedad intelectual; el apartado 55 se refiere al objeto específico de los derechos de autor, citando al mismo tiempo la sentencia en el asunto Warner Brothers, que utiliza el término «prerrogativas esenciales» del titular de los derechos de autor, y, por último, el apartado 59 vuelve a referirse al contenido esencial de los derechos de autor (los apartados correspondientes en la sentencia RTE son el 69, el 70 y el 74).

se concretan y consideró que «las dos prerrogativas esenciales del autor, el derecho exclusivo de representación y el derecho exclusivo de reproducción, no son cuestionadas por las normas del Tratado»²⁵ (apartados 70 de la sentencia RTE y 55 de la sentencia ITP).

34. Es sabido que el *derecho exclusivo a reproducir* la obra protegida forma parte del objeto específico de los derechos de autor.

35. RTE, ITP e IPO objetan las sentencias del Tribunal de Primera Instancia en la medida en que en ellas se afirma que la «función esencial [de los derechos de autor] es la protección moral de la obra y la retribución del esfuerzo creador»²⁶ (apartados 71 de la sentencia RTE y 56 de la sentencia ITP). Alegan que de este modo el Tribunal de Primera Instancia no se ha atendido a la definición del objeto específico de los derechos de autor y ha «omitido» el derecho exclusivo a reproducir la obra, así como su consecuencia natural, el derecho de comercializarla en primer lugar.

36. Estas críticas de las sentencias del Tribunal de Primera Instancia no están justificadas. Como ha afirmado la Comisión, el concepto de la *función esencial*²⁷ es diferente del de objeto específico. Estos dos conceptos tienen diferentes finalidades. En su jurisprudencia relativa a los artículos 30 y 36 del Tratado, el

Tribunal de Justicia ha utilizado ambos conceptos a la vez y ha considerado que para determinar el ámbito exacto de los derechos conferidos al titular de un derecho de propiedad intelectual, es decir, al definir el objeto específico, debe tenerse en cuenta la función esencial del derecho.²⁸

37. Por consiguiente, no existe conflicto alguno entre, por un lado, considerar que el objeto específico de los derechos de autor incluye el derecho exclusivo de reproducir la obra y su consecuencia natural, el derecho a comercializar en primer lugar, y, por otro lado, estimar que la función esencial de los derechos de autor es la protección moral de la obra y la retribución del esfuerzo creador.

c) *Sobre la cuestión de si el artículo 86 del Tratado puede aplicarse al ejercicio de facultades que entran dentro del objeto específico de los derechos de autor*

38. Es evidente que la facultad de denegar la concesión de licencias es una consecuencia natural del derecho exclusivo a reproducir la obra protegida. Por tanto, dicha facultad forma parte del objeto específico de los derechos de autor. Esto es confirmado por la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Volvo,²⁹ que se refería a productos protegidos por modelos registrados. El Tribunal de Justicia consideró lo siguiente:

25 — Asunto 158/86, Rec. p. 2605, apartado 13. Véase también la sentencia de 24 de enero de 1989, EMI Electrola (341/87, Rec. p. 79), apartado 7.

26 — Se refiere sólo a algunas versiones lingüísticas.

27 — Se refiere sólo a algunas versiones lingüísticas.

28 — Véase, especialmente, la sentencia HAG GF, antes citada, apartado 14.

29 — Antes citada en la nota 23.

«Una obligación impuesta al titular del modelo protegido de conceder a terceros una licencia para suministrar productos que incorporen el modelo protegido, incluso a cambio de una compensación económica razonable, supondría privar a dicho titular del contenido de su derecho exclusivo, y la negativa a conceder tal licencia no constituye *en sí misma* un abuso de posición dominante» (apartado 8; el subrayado es mío).

39. Así pues, en los presentes asuntos no se discute que el ejercicio del derecho exclusivo de reproducción mediante la denegación de licencias no constituye *en sí mismo* un abuso de posición dominante. La Comisión ha señalado que está de acuerdo.

40. La cuestión central y fundamental en los presentes asuntos es si (y en caso afirmativo, en qué circunstancias) una denegación de conceder licencias —es decir, el ejercicio de una facultad que entra dentro del objeto específico de los derechos de autor—, a pesar de la consideración anterior, puede constituir un abuso de posición dominante. La cuestión es si pueden existir tales *circunstancias especiales* en relación con una denegación de conceder licencias que ya no puede considerarse como una *denegación a conceder licencias en sí misma*. Si el artículo 86 puede aplicarse cuando la empresa dominante *no ha hecho más que negarse a conceder licencias*, pero existen circunstancias especiales en relación con dicha denegación, resultará que puede ponerse fin a la infracción del artículo 86 únicamente mediante la concesión de licencias. Un requerimiento para que se concedan licencias significa, como señaló el Tribunal de Justicia en el asunto Volvo, *una interferencia en facultades que forman parte*

del objeto específico. El titular de los derechos de autor ya no puede conservar el derecho exclusivo a reproducir la obra protegida, sino que debe limitarse a cobrar cánones por tal concepto.

41. RTE e ITP, apoyadas por IPO, alegan que *no hicieron más que negarse a conceder licencias* y que ese ejercicio de facultades que entra dentro del objeto específico de los derechos de autor no puede ser afectado por el artículo 86.

42. La Comisión mantiene que un ejercicio de facultades que entra dentro del objeto específico de los derechos de autor puede ser contrario al artículo 86 si dicho ejercicio tiene lugar en circunstancias especiales. La Comisión recalca que el objeto específico de los derechos de autor no es inmune y que no puede excluirse la posibilidad de recurrir contra un abuso de posición dominante sólo porque el medio para llevar a cabo ese abuso es un derecho de propiedad intelectual.

43. La Comisión señala especialmente que, si bien es lógico tomar como punto de partida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los artículos 30 y 36 del Tratado, dicha jurisprudencia no es decisiva para un examen a la luz del artículo 86, pues es importante recordar que estas disposiciones tienen diferentes funciones y objetivos. Aun cuando la normativa nacional en que se basa el derecho de propiedad intelectual de que se trate sea compatible con el artículo 36, ello no excluye la posibilidad de que el artículo 86 sea aplicable al ejercicio de esos derechos. Los

artículos 30 y 36 están dirigidos a los Estados miembros y su finalidad es determinar si las disposiciones nacionales limitan la circulación de mercancías. El artículo 86 se refiere a empresas que ocupan una posición dominante y que, en su actividad comercial, tienen un nivel superior a otras empresas. Los análisis y criterios que deben aplicarse no son los mismos en lo que respecta a los artículos 30 y 36, por un lado, y al artículo 86, por otro. Un análisis efectuado a la luz de los artículos 30 y 36 tiene carácter general y se aplica a cada caso sujeto a las normas en cuestión, mientras que un análisis efectuado a la luz del artículo 86 se aplica sólo a un caso concreto respecto al cual se tienen en cuenta todas las circunstancias especiales que lo rodean.

44. Como ya he mencionado en la sección a), la jurisprudencia del Tribunal de Justicia muestra que el punto de partida para considerar el ejercicio de derechos de propiedad intelectual en lo que respecta a los artículos 30 y 36 y en lo que respecta al artículo 86 del Tratado es el mismo, a saber, que es posible identificar algunos derechos fundamentales de los que disfruta el titular de un derecho de propiedad intelectual con arreglo al Derecho nacional y cuyo ejercicio no es afectado por las normas del Tratado relativas a la libre circulación de mercancías y a la competencia. La cuestión es si una formulación más precisa de ese punto de partida es necesaria en el sentido de que, en circunstancias especiales, el ejercicio de un derecho puede ser incompatible con las normas del Tratado.

45. Como la finalidad del concepto de objeto específico es precisamente definir los derechos que no pueden ser afectados por las

normas del Tratado, es normal que el hecho de aceptar que es posible, sobre la base del artículo 86, interferir en derechos que forman parte del objeto específico dé lugar, a primera vista, a algunos problemas.

46. No obstante, esa reacción parece resultar, principalmente, de una interpretación errónea de la aplicación que hace el Tribunal de Justicia del concepto de objeto específico en su jurisprudencia relativa a los artículos 30 y 36. La definición de objeto específico que formula el Tribunal de Justicia no es absoluta en el sentido de que cualquier ejercicio de derechos que entra dentro del objeto específico no puede ser impugnado con base en el artículo 30. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia muestra, en primer lugar, que pueden suscitarse cuestiones sobre si determinados derechos —que son nuevos en la medida en que no les es aplicable la definición de objeto específico formulada por el Tribunal de Justicia— deben o no considerarse comprendidos dentro del ámbito de esa definición.³⁰ En segundo lugar, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia muestra también —y esto reviste la mayor importancia en el presente contexto— que pueden surgir cuestiones sobre si un derecho que en principio entra dentro del ámbito del objeto específico ha sido ejercido en circunstancias tan especiales que dicho ejercicio crea un obstáculo inaceptable a la libre circulación de mercancías y por ese motivo no puede considerarse que esté comprendido dentro del objeto específico del derecho de propiedad intelectual.

47. Así pues, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a los artículos 30 y

30 — Véase, por ejemplo, la sentencia Warner Brothers, antes citada.

36 muestra que es posible, y que puede ser necesario, especificar si un derecho está comprendido dentro del objeto específico incluso cuando es ejercido en circunstancias concretas. En varios asuntos, el Tribunal de Justicia ha señalado que puede ser necesario determinar si puede negarse la protección a una conducta —ejercicio de un derecho comprendido dentro del objeto específico— porque ésta debe ser considerada como un ejercicio inadecuado de un derecho, dado que puede llevar a una compartimentación artificial del mercado común.

48. En algunos casos, el Tribunal de Justicia ha formulado sus sentencias de tal modo que esa especificación se presenta en la práctica como una excepción de —una *interferencia en*— un derecho comprendido dentro del objeto específico del derecho de propiedad intelectual. Pero generalmente el Tribunal de Justicia considera tales situaciones como una cuestión de *especificar si un derecho está comprendido dentro del objeto específico, incluso cuando es ejercido en circunstancias determinadas.*

49. Un ejemplo de sentencia que entra dentro de la categoría anterior es la dictada en el asunto Hoffmann-La Roche/Centrafarm,³¹ en la que el Tribunal de Justicia consideró que la función esencial de una marca es garantizar al consumidor el origen del producto y que el derecho de oponerse a cualquier utilización de la marca que pueda falsear la garantía de origen es, por tanto, parte del objeto específico (apartado 7). El Tribunal de Justicia consideró además que, por consiguiente, está justificado, con arreglo a la primera frase del artículo 36, reconocer al

titular el derecho de oponerse a que un importador de un producto de marca, después de envasar nuevamente dicho producto, ponga la marca en el nuevo envase sin la autorización del titular (apartado 8). Sin embargo, tal ejercicio de derechos comprendido dentro del objeto específico puede constituir una restricción encubierta del comercio, contraria a la segunda frase del artículo 36, si se demuestra que la utilización del derecho de marca por el titular, habida cuenta del sistema de comercialización aplicado por éste, por ejemplo cuando el mismo producto se comercializa con distinto envasado en diferentes Estados miembros, contribuiría a compartimentar artificialmente el mercado entre los Estados miembros (apartados 9 y 10). En tales circunstancias, y siempre que no se comprometa la función esencial de la marca como garantía del origen de los productos en la medida en que el nuevo envasado no afecte al mercado original del producto, sería contrario al artículo 36 que el titular ejerciese su derecho para impedir las importaciones de las mercancías reenvasadas (apartados 10 a 12).³²

50. En su sentencia de 14 de septiembre de 1982, Keurkoop, el Tribunal de Justicia señaló claramente por qué, en el supuesto de que existan circunstancias especiales, puede ser necesario precisar más el ámbito del objeto específico de un derecho de propiedad intelectual.³³ En dicho asunto, el Tribunal de Justicia partió de la consideración de que «la protección de la propiedad industrial y comercial establecida por el artículo 36 carecería de sentido si pudiera permitirse a una persona distinta del titular del derecho al

32 — Véase un caso análogo en la sentencia de 10 de octubre de 1978, Centrafarm/American Home Products (3/78, Rec. p. 1823).

33 — Asunto 144/81, Rec. p. 2853. En lo que respecta a otras sentencias en las que ésta era la cuestión decisiva, véanse las mencionadas más adelante en el epígrafe cc) de la sección d).

31 — Antes citada en la nota 21.

modelo en un Estado miembro comercializar en ese Estado un producto que tenga un aspecto idéntico al del modelo protegido» (apartado 22). El Tribunal de Justicia indicó que las restricciones a la libre circulación de mercancías deben estar justificadas por razones de protección de la propiedad industrial y no deben, especialmente, constituir restricciones encubiertas del comercio entre los Estados miembros, en el sentido de la segunda frase del artículo 36, y además consideró que:

«El artículo 36 pretende de este modo recalcar que la conciliación entre las exigencias de la libre circulación de mercancías y el respeto debido a los derechos de propiedad industrial y comercial debe realizarse de tal modo que se garantice una protección al *ejercicio legítimo*, en forma de prohibiciones de importación “justificadas”, en el sentido de dicho artículo, de los derechos conferidos por las legislaciones nacionales, pero se deniegue, en cambio, a todo *ejercicio abusivo* de los mismos derechos que pueda mantener o establecer compartimentaciones artificiales dentro del mercado común. ^[34] Por consiguiente, el ejercicio de los derechos de propiedad industrial y comercial conferidos por la legislación nacional debe limitarse en la medida necesaria para esta conciliación» (apartado 24; el subrayado es mío).

Sobre esta base y haciendo referencia a su jurisprudencia constante, el Tribunal de Justicia especificó más su punto de partida

34 — El Tribunal de Primera Instancia se refiere en sus sentencias a la citada sentencia *Keurkoop*. No obstante, en su cita indirecta del apartado mencionado, el Tribunal de Primera Instancia añade —al parecer, por su propia cuenta— «o perturbar el régimen de la competencia en el interior de la Comunidad» (apartados 67 de la sentencia RTE y 52 de la sentencia ITP).

señalando que el titular de un derecho de propiedad intelectual puede no invocar las facultades que le confiere la legislación de un Estado miembro para oponerse a la importación o a la comercialización de un producto que ha sido comercializado legalmente en otro Estado miembro por el propio titular del derecho o con su consentimiento, o por una persona unida a él por vínculos de dependencia jurídicos o económicos (principio del agotamiento de los derechos). ³⁵

51. Si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los artículos 30 y 36 muestra que su definición de objeto específico no es absoluta en el sentido de que no puede impugnarse con base en el artículo 30 ningún ejercicio de derechos comprendido dentro del objeto específico, puede asumirse lógicamente que el artículo 86 también puede afectar a

35 — Como resulta de los dos ejemplos, en sentencias de este tipo, el Tribunal de Justicia toma como punto de partida la segunda frase del artículo 36 del Tratado, según la cual los obstáculos al comercio que, de otro modo, están justificados no deben constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Esto puede explicarse por qué la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se resume a veces —pero, en mi opinión, no siempre de manera adecuada— diciendo que el ejercicio de un derecho que entra dentro del objeto específico puede ser incompatible con los artículos 30 y 36 del Tratado si se *abusa* de ese derecho. Por ejemplo, en la letra c) del punto 20 de las conclusiones del Abogado General Sr. Mischo de 21 de junio de 1988 en el citado asunto CICRA se dice, en relación con la sentencia *Keurkoop*, que «cuando el titular de un modelo se dedica a un “*ejercicio abusivo*” de su derecho a oponerse a las importaciones (derecho que, en sí mismo, se deriva del objeto específico de la patente), no puede ampararse en la excepción al principio de libre circulación prevista en el artículo 36». Véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Tesoro de 9 de junio de 1993 en el asunto *Deutsche Renault* (C-317/91, Rec. 1993, p. I-6227), punto 8, donde dice lo siguiente: «De hecho, de la jurisprudencia se desprende que los artículos 30 y 36 se oponen sólo a un *ejercicio manifiestamente abusivo* del derecho de que se trate» y hace referencia al principio del agotamiento de los derechos como principal ejemplo de esa jurisprudencia. En su sentencia en el asunto *Deutsche Renault*, el Tribunal de Justicia consideró que «la función de la segunda frase del artículo 36 consiste en impedir que las restricciones a los intercambios basadas en los motivos indicados en la primera frase se *desvíen de su finalidad* y se utilicen de tal manera que se creen discriminaciones respecto a mercancías originarias de otros Estados miembros o se protejan indirectamente determinadas producciones nacionales» (apartado 19; el subrayado es mío).

derechos que, en principio, entran dentro del objeto específico si esos derechos son ejercidos en circunstancias especiales.³⁶

52. Como señala la Comisión, es importante tener en cuenta que el ámbito de aplicación del artículo 30 es diferente al del artículo 86, en la medida que el artículo 30 se refiere a todas las empresas,³⁷ mientras que el artículo 86 se aplica sólo a las empresas que ocupan una posición dominante. Es indudable que, en su conducta comercial, las empresas que ocupan una posición dominante deben responder a criterios más exigentes que otras empresas.³⁸ De hecho, muchas formas de conducta comercial sólo afectarán al funcionamiento del mercado común si son llevadas a cabo por empresas que ocupan una posi-

ción dominante.³⁹ En otras palabras, ciertas circunstancias pueden ser relevantes sólo si el derecho es ejercido por una empresa dominante. Esto significa que el ejercicio específico de unos derechos que, en principio, están comprendidos dentro del objeto específico puede ser incompatible con el artículo 86, aun cuando la misma conducta sea aceptable en lo que respecta a los artículos 30 y 36.

53. Por la misma razón, es adecuado que las restricciones impuestas con arreglo al artículo 86 al ejercicio, por parte de las empresas, de sus derechos conferidos por las normativas nacionales en materia de propiedad intelectual sean consideradas como excepciones al —o como una interferencia en el— objeto específico del derecho de propiedad intelectual de que se trate, y no en el sentido de que precisan el ámbito de aplicación del objeto específico, como sucedería en un análisis a la luz de los artículos 30 y 36. Debe afirmarse que, en principio, el concepto de objeto específico tiene el mismo contenido y función en lo que respecta a las normas del Tratado sobre la libre circulación de mercancías y sobre la competencia. Con arreglo al Tratado, es lícito que empresas que no ocupan una posición dominante ejerzan los derechos en cuestión, dado que están comprendidos dentro del objeto específico del derecho de propiedad intelectual de que se trata y dado también que las referidas circunstancias especiales son relevantes para el

36 — Puede considerarse si tiene alguna relevancia el hecho de que el artículo 86 no contiene ninguna disposición que corresponda a la segunda frase del artículo 36. El razonamiento puede ser que el hecho de que no haya ninguna modificación del punto de partida establecido en el artículo 222 del Tratado significa que, a diferencia de lo que sucede con los artículos 30 y 36, los derechos que entran dentro del objeto específico no pueden cuestionarse en absoluto en el contexto de la aplicación del artículo 86. Considero que esta postura debe desestimarse, ya que el artículo 86 es en sí mismo una norma que se refiere al ejercicio abusivo de derechos, lo que ha sido confirmado, como se verá más adelante, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

37 — Es evidente que los artículos 30 y 36 del Tratado se dirigen a los Estados miembros y establecen requisitos diferentes al contenido de sus ordenamientos jurídicos. Pero, de hecho, las sentencias del tipo de las mencionadas más arriba sirven para prohibir que las empresas utilicen indebidamente los derechos que les confieren las normativas nacionales que, por otra parte, se consideran compatibles con los artículos 30 y 36 del Tratado. Los derechos nacionales serán incompatibles con los artículos 30 y 36 del Tratado en la medida en que proporcionen una base para que los derechos que, en principio, entran dentro del objeto específico sean ejercidos en las circunstancias especiales de que se trata.

38 — Véase la sentencia de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión (322/81, Rec. p. 3461), en la que el Tribunal de Justicia consideró lo siguiente: «La declaración de la existencia de una posición dominante no implica en sí ningún reproche respecto a la empresa de que se trate, sino que significa únicamente que incumbe a ésta, con independencia de las causas por las que ocupa dicha posición, una responsabilidad especial de no perjudicar mediante su conducta a una competencia efectiva y no falseada en el mercado común» (apartado 57).

39 — Como señala la Comisión, ciertas formas de conducta corrientes que no implican necesariamente que la empresa de que se trate ocupa una posición dominante pueden, sin embargo, constituir un abuso de esa posición (véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión, 85/76, Rec. p. 461, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, Tetra Pak/Comisión, T-51/89, Rec. p. II-309, a las que hace referencia la Comisión; véase también la sentencia de 21 de febrero de 1973, Continental Can/Comisión, 6/72, Rec. p. 215).

funcionamiento del mercado común sólo en caso de que los derechos sean ejercidos por una empresa dominante.⁴⁰

54. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia confirma que es posible interferir en el objeto específico de un derecho de propiedad intelectual con base en el artículo 86.

55. En sus sentencias, el Tribunal de Primera Instancia hacía referencia a las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Volvo y CICRA⁴¹ (apartados 72 de la sentencia RTE y 57 de la sentencia ITP). La cuestión de si estas sentencias pueden ser invocadas en apoyo de esta postura ha suscitado una gran polémica en las alegaciones formuladas ante el Tribunal de Justicia.

56. En su sentencia en el asunto Volvo, el Tribunal de Justicia consideró que una denegación de conceder licencias puede no cons-

tituir, en sí misma, un abuso de posición dominante y señaló lo siguiente:

«No obstante, hay que destacar que el ejercicio del derecho exclusivo por el titular de un modelo relativo a piezas para carrocería de vehículos automóviles puede estar prohibido por el artículo 86 si da lugar, por parte de una empresa que ocupe una posición dominante, a determinados comportamientos abusivos tales como la *negativa arbitraria a suministrar* piezas de recambio a los talleres independientes, la *fijación de los precios para las piezas de recambio a un nivel no equitativo* o la *decisión de no seguir produciendo* piezas de recambio para un determinado modelo cuando todavía circulan muchos vehículos de ese tipo [...]» (apartado 9; el subrayado es mío).⁴²

57. En los dos primeros ejemplos, la empresa dominante llevó a cabo otros actos, aparte de negarse a conceder licencias, que no tienen relación con el modelo registrado y que son, en sí mismos, expresiones de un abuso [véase *infra* la sección f) relativa a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la denegación de suministrar un producto y véase la letra a) del artículo 86 sobre la imposición de precios no equitativos]. El rasgo característico de esta situación es, como señala especialmente ITP, que el titular del modelo registrado puede poner fin a la infracción del artículo 86 sin conceder licencias de su modelo, reanudando los suministros a las personas a las que les habían sido denegados arbitrariamente o reduciendo sus precios. Por tanto, la aplicación del artículo 86 en tales circunstancias no da lugar a una

40 — Por consiguiente, no era adecuado que el Tribunal de Primera Instancia considerara en sus sentencias que, «de acuerdo con los criterios consagrados en la jurisprudencia, los hechos denunciados *no afectan al contenido esencial de los derechos de autor*» (apartados 74 de la sentencia RTE y 59 de la sentencia ITP; el subrayado es mío). El objeto específico de los derechos de autor incluye, sin reservas, la facultad de negarse a conceder licencias, y la imposición de una licencia obligatoria en virtud del artículo 86 constituye una *interferencia en el objeto específico*.

41 — Antes citadas en la nota 23.

42 — Véase, sobre este extremo, el apartado 16 de la sentencia CICRA.

interferencia en el objeto específico del modelo registrado.⁴³

58. En la tercera situación, la empresa dominante también ha hecho más que simplemente negarse a conceder licencias, a saber, abstenerse de producir la propia obra protegida, pero este acto constituye en sí mismo el ejercicio de un derecho que entra dentro del objeto específico del modelo registrado. Así pues, el derecho exclusivo de reproducir la obra comprende no sólo la facultad de negarse a conceder licencias, sino también la de determinar libremente si, dónde, cuándo y cómo ha de explotarse la obra protegida, entre otras cosas con la finalidad de obtener de ésta la mayor compensación posible.⁴⁴ Independientemente del hecho de que el titular del modelo registrado pueda elegir entre poner fin a la infracción del artículo 86 reanudando la producción o concediendo licencias, el tercer ejemplo citado en el asunto Volvo muestra que el Tribunal de Justicia ha aceptado que es posible, con arreglo al artículo 86, interferir en facultades que entran dentro del objeto específico de un derecho de propiedad intelectual.

59. Consta que el artículo 86 puede aplicarse cuando una empresa dominante cobra unos *cánones excesivos* o aplica una *política discrimi-*

minatoria en materia de licencias. Como señala la Comisión, el Tribunal de Justicia consideró expresamente, en sus sentencias de 9 de abril de 1987, Basset,⁴⁵ y de 13 de julio de 1989, Tournier,⁴⁶ que el hecho de que una sociedad de gestión de derechos de autor cobrase unos cánones excesivos por la difusión pública de obras musicales grabadas podía constituir un abuso de posición dominante. La Comisión alega que esto muestra que es posible, con arreglo al artículo 86, perjudicar a los derechos que forman parte del objeto específico.

60. RTE e ITP alegan, en cambio, que en dichas situaciones las empresas dominantes hicieron algo más que simplemente ejercer derechos comprendidos dentro del objeto específico y que, por tanto, la aplicación del artículo 86 no afecta al objeto específico de los derechos de autor. Es difícil ver cómo ese algo más difiere de la situación en la que los derechos comprendidos dentro del objeto específico son ejercidos en circunstancias especiales. En las mencionadas situaciones por lo menos no existe un comportamiento abusivo en sí mismo que sea independiente del ejercicio del derecho de propiedad intelectual de que se trata, como sucedía en los dos primeros ejemplos en el asunto Volvo.

61. Considero que, de hecho, como mantiene la Comisión, los cánones excesivos y la política discriminatoria en materia de licencias son ejemplos que muestran que es

43 — La Comisión alega que el segundo ejemplo muestra que es posible interferir en el objeto específico. Así pues, la Comisión equipara el hecho de fijar precios exageradamente altos para bienes producidos bajo un modelo registrado al hecho de imponer tasas exageradamente altas. No considero que estas dos situaciones puedan ser asimiladas. En el primer caso, la infracción del artículo 86 no depende de que los productos estén protegidos o no por un modelo registrado. Sólo en el segundo caso, la aplicación del artículo 86 supondría una interferencia en el objeto específico (véase *infra*).

44 — Véase, a este respecto, la sentencia de 9 de julio de 1985, Pharmon (19/84, Rec. p. 2281), apartado 25.

45 — Asunto 402/85, Rec. p. 1747.

46 — Asunto 395/87, Rec. p. 2521.

posible, con arreglo al artículo 86, interferir en facultades que están dentro del objeto específico cuando esas facultades son ejercidas en circunstancias especiales. La empresa dominante no hace nada más que ejercer facultades comprendidas dentro del objeto específico, a saber, cobrar cánones⁴⁷ y negarse a conceder licencias. Pero el ejercicio de estas facultades tiene lugar en circunstancias especiales si la empresa cobra unos cánones que son considerablemente más elevados que en otros Estados miembros, o niega una licencia cuando de hecho se están concediendo licencias a otros. La aplicación del artículo 86 a las dos situaciones significaría una interferencia en derechos que están dentro del objeto específico, ya que se limitaría la posibilidad del titular de fijar libremente su retribución y se le exigiría conceder una licencia a la persona a la que había discriminado. No hay ningún motivo para definir el hecho de cobrar unos cánones excesivos o de llevar a cabo una política discriminatoria en materia de licencias como comportamiento que en general no está comprendido dentro del objeto específico de los derechos de autor y, por tanto, como comportamiento que puede ser incompatible con los artículos 30 y 36, dado que dicho comportamiento no afectará al funcionamiento del mercado común en la medida en que quienes incurren en él son empresas que no ocupan una posición

dominante y que, por otra parte, operan de conformidad con las condiciones habituales del mercado (véase el artículo 85).⁴⁸

62. De esto resulta que, tanto desde un enfoque a la luz del artículo 86 como desde un enfoque a la luz de los artículos 30 y 36, el Tribunal de Justicia debe especificar más qué derechos comprendidos en principio dentro del objeto específico son ejercidos en circunstancias tan especiales que crean obstáculos inaceptables a la competencia o a la libre circulación de mercancías.

63. Naturalmente, la cuestión clave en los presentes asuntos es cuándo existen tales circunstancias especiales. Desarrollaré mi postura al analizar las sentencias del Tribunal de Primera Instancia.

47 — Véanse, a este respecto, las sentencias de 18 de marzo de 1980, Coditel y otros I (62/79, Rec. p. 881), apartado 14, y de 6 de octubre de 1982, Coditel y otros II (262/81, Rec. p. 3381), apartado 12, en las que el Tribunal de Justicia consideró que la facultad del titular de los derechos de autor sobre una película de exigir una tasa por toda proyección pública de dicha película es parte de la función esencial de los derechos de autor sobre ese tipo de obra literaria y artística. En mi opinión, el uso del concepto de función esencial en ese contexto no es correcto. La cuestión consiste en delimitar las facultades que se confieren legalmente al titular de los derechos de autor, es decir, en definir el objeto específico de éstos. La función esencial de los derechos de autor es compensar la actividad creativa del titular. En lo que respecta a la definición y aplicación de este concepto, véase la sección d) *infra*.

48 — Véase, a este respecto, el apartado 14 de la sentencia Tournier, en el que el Tribunal de Justicia consideró lo siguiente: «En cuanto al carácter abusivo o discriminatorio de la cuantía de los cánones, dicha cuantía, fijada de manera autónoma por la Sacem, debe ser valorada en relación con las normas sobre competencia de los artículos 85 y 86. No es preciso tener en cuenta la cuantía de los cánones para examinar la compatibilidad de la discutida legislación nacional con los artículos 30 y 59 del Tratado.» Véanse también los apartados 18 y 19 de la citada sentencia Basset. Por último, también en apoyo de esta postura, véanse la sentencia Hoffmann-La Roche/Centrafarm (apartado 16) y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 85, especialmente la citada sentencia Consten y Grundig/Comisión, en la que el Tribunal de Justicia estimó que «el artículo 36, que limita el alcance de las normas relativas a la liberalización del comercio, que figuran en el Capítulo 2 del Título I del Tratado, no puede limitar el ámbito de aplicación del artículo 85», así como las citadas sentencias Parke Davis y Coditel y otros II (apartados 19 y 20).

d) *Razones dadas por el Tribunal de Primera Instancia para considerar que es posible interferir en el objeto específico de los derechos de autor: función esencial de estos derechos*

64. El Tribunal de Primera Instancia hace las siguientes observaciones en relación con la posibilidad de interferir en el objeto específico de los derechos de autor:

«No obstante, si bien es cierto que el ejercicio del derecho exclusivo de reproducción de la obra protegida no es abusivo en sí mismo, esta afirmación no puede mantenerse cuando a la vista de las circunstancias propias de cada caso concreto resulta que las condiciones y modalidades del ejercicio del derecho exclusivo de reproducción de la obra protegida persiguen, en realidad, una finalidad manifiestamente contraria a los objetivos del artículo 86. En efecto, en tal supuesto, el ejercicio de los derechos de autor no responde ya a la función esencial de estos derechos, en el sentido del artículo 36 del Tratado, que es la protección moral de la obra y la retribución del esfuerzo creador, dentro del respeto de los objetivos perseguidos, en particular, por el artículo 86 [...] En este caso, la primacía atribuida al Derecho comunitario, en especial, tratándose de principios tan fundamentales como el de la libre circulación de mercancías y el de la libre competencia, prevalece sobre la utilización contraria a dichos principios de una disposición nacional sobre propiedad intelectual» (apartados 71 de la sentencia RTE y 56 de la sentencia ITP).

65. Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia llega a la conclusión correcta en principio, pero su formulación de los motivos en que se basa dicha conclusión da lugar a problemas en varios aspectos.

aa) *Comportamiento que persigue un fin manifiestamente contrario a los objetivos del artículo 86*

66. El Tribunal de Primera Instancia afirma que el ejercicio del derecho exclusivo de reproducción de la obra protegida constituye un abuso cuando *a la vista de las circunstancias de cada caso concreto resulta que las condiciones y modalidades del ejercicio del derecho exclusivo de reproducción de la obra protegida persiguen, en realidad, una finalidad manifiestamente contraria a los objetivos del artículo 86.*

67. El Tribunal de Primera Instancia parece tomar como premisa, en mi opinión erróneamente, que el ejercicio de los derechos de autor constituye un abuso de posición dominante si se comprueba que ese ejercicio persigue un fin manifiestamente contrario a la libre competencia. Como señala especialmente ITP, la finalidad de los derechos de autor es precisamente dar al titular la posibilidad de limitar la competencia, y esa posibilidad también debe ofrecerse a una empresa dominante. La premisa del Tribunal de Primera Instancia parece ser que la finalidad perseguida por el artículo 86 es más importante que la finalidad de los derechos de autor. Tal como yo entiendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la premisa contraria es la correcta.

68. Naturalmente, esto no significa que la cuestión de qué finalidad persigue el comportamiento de que se trata no es relevante a efectos de la aplicación del artículo 86. Así pues, no es suficiente determinar si existe un comportamiento contrario a la competencia, en el sentido del artículo 86, cuando un derecho comprendido dentro del objeto específico es ejercido en circunstancias especiales. En tal caso, es necesario también examinar si hay realmente una justificación válida para ejercer el derecho en tales circunstancias o si ese ejercicio sólo persigue objetivos que son manifiestamente contrarios al artículo 86 [véase la sección i) *infra*].

bb) *La definición de la función esencial de los derechos de autor*

69. El Tribunal de Primera Instancia señala que *la función esencial de los derechos de autor es la protección moral de la obra y la retribución del esfuerzo creador, dentro del respeto de los objetivos perseguidos, en particular, por el artículo 86.*

70. El Tribunal de Primera Instancia parece interpretar el objetivo perseguido por el artículo 86 como una definición de la función esencial de los derechos de autor. Esto no puede ser correcto. El concepto de la función esencial es un concepto de Derecho comunitario, pero está basado en las normativas nacionales en materia de derechos de autor. Constituye una expresión del punto de vista del Tribunal de Justicia sobre el objetivo esencial perseguido por las normativas nacionales en materia de derechos de autor y se

aplica, como se menciona más adelante, entre otras cosas para determinar cuándo es posible, con arreglo al artículo 86, interferir en las facultades comprendidas dentro del objeto específico de los derechos de autor. Por tanto, no tiene sentido incorporar la finalidad de las normas sobre la competencia a la determinación de la función esencial de los derechos de autor.

71. El Tribunal de Primera Instancia tiene razón, en cambio, al afirmar que la función esencial de los derechos de autor es la protección moral de la obra y la retribución del esfuerzo creador. En lo que respecta a la *retribución del esfuerzo creador*, esto es apoyado, como señala el Tribunal de Primera Instancia, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.⁴⁹

72. ITP pretende que definir la función esencial de los derechos de autor incluyendo la protección de los derechos morales significaría que los cesionarios del autor, como ITP, no podrían valerse de tales derechos que son inalienables y, por tanto, no podrían ejercer el derecho de reproducción exclusiva. No obstante, en la vista, ITP aclaró su postura manifestando que podía aceptar que la finalidad de los derechos de autor es proteger intereses morales siempre y cuando no sean olvidados los intereses económicos y comer-

49 — Apartados 71 de la sentencia RTE y 56 de la sentencia ITP. El Tribunal de Primera Instancia se refiere especialmente a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de patentes, pero no hay ninguna razón para dar a los derechos de autor un trato diferente en este sentido. Véanse también las sentencias mencionadas en la nota 47.

ciales vinculados a los derechos de autor, que son los únicos que afectan a un cesionario como ITP.

73. Los derechos de autor incluyen indudablemente derechos económicos y comerciales. Pero esto no es incompatible con la consideración de que también incluyen derechos morales y de que la protección de estos intereses constituye un componente tan importante de los derechos de autor que debe necesariamente tenerse en cuenta al definir la función esencial de estos últimos. Los ordenamientos jurídicos nacionales velan por la protección de los derechos morales, aunque el alcance de esta protección puede variar de un Estado a otro. No obstante, normalmente incluye la protección del derecho del autor a reivindicar su condición de autor, así como la protección de su facultad de oponerse a cualquier alteración perjudicial de su obra. Estos componentes de los derechos de autor son normalmente inalienables.⁵⁰ Esta característica de la normativa en materia de derechos de autor no afecta a la posibilidad de ITP de ejercer los derechos económicos y comerciales que se le han cedido.⁵¹

74. Dado que el Tribunal de Primera Instancia no modificó la definición de objeto espe-

cífico al definir el concepto de función esencial [véase la sección b) *supra*], la definición de función esencial de los derechos de autor no parece ser objeto de controversia en los presentes recursos.

75. En cambio, ITP, RTE e IPO objetan la utilización que hace el Tribunal de Primera Instancia del concepto de función esencial. Alegan que al aplicar dicho concepto, el Tribunal de Primera Instancia reduce las facultades del titular de los derechos de autor a la facultad de explotar mediante licencias la obra protegida.

cc) *La aplicación del concepto de función esencial*

76. El Tribunal de Primera Instancia señala que *cuando el ejercicio de los derechos de autor no responde ya a la función esencial de estos derechos, la primacía del Derecho comunitario prevalece sobre toda utilización de disposiciones nacionales sobre propiedad intelectual contraria a los principios de la libre circulación de mercancías y de la libre competencia.*

77. Esta conclusión es correcta en principio. Pero es necesario especificar de qué modo el concepto de función esencial es relevante a efectos de un análisis con arreglo al artículo 86.

50 — Véase el apartado 1 del artículo 6 *bis* del Convenio de Berna, que define el alcance de la protección moral del siguiente modo: «Independientemente de los derechos patrimoniales del autor e incluso después de la cesión de estos derechos, el autor conservará el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación, mutilación u otra modificación de la misma o a cualquier atentado a la misma que cause perjuicio a su honor o a su reputación.» En lo que respecta a los derechos morales, véase también el *Libro Verde de la Comisión sobre los derechos de autor y el desafío tecnológico*, COM(88) 172 fin., de 21 de febrero de 1989, punto 5.6.27.

51 — Véase la sentencia de 20 de enero de 1981, Musik-Vertrieb Membran (asuntos acumulados 55/80 y 57/80, Rec. p. 147), apartado 12.

78. Ya he dicho que puede asumirse que el artículo 86, así como los artículos 30 y 36, pueden aplicarse cuando se ejercen en circunstancias especiales derechos comprendidos dentro del objeto específico. La cuestión clave es, como se menciona más arriba, cómo ha de determinar el Tribunal de Justicia si existen tales circunstancias especiales. El concepto de función esencial es relevante en este contexto.

79. La determinación de qué facultades están comprendidas dentro del objeto específico depende de equilibrar, por un lado, el interés de proteger el derecho de propiedad intelectual de que se trate y, por otro lado, el interés de la libre circulación de mercancías o de una competencia sin distorsiones. La cuestión de si existen circunstancias especiales que den lugar a que el ejercicio de unas facultades que en principio están comprendidas dentro del objeto específico puede, no obstante, considerarse incompatible con las normas del Tratado, depende de equilibrar también estos factores. El concepto de función esencial es un *concepto auxiliar* que permite al Tribunal de Justicia realizar estas valoraciones. La finalidad de definir la función esencial del derecho es determinar los intereses que deben sopesarse contra los intereses opuestos de la libre circulación de mercancías o de la libre competencia.

80. El hecho de que se hable de equilibrar no significa que ambos intereses sean de igual peso. La balanza debe siempre inclinarse a favor de los derechos de propiedad intelectual. El punto de partida establecido en el Tratado es que los derechos de propiedad

intelectual pueden ser ejercidos aunque ello cree obstáculos al comercio o restricciones a la competencia. Por consiguiente, si el ejercicio de un determinado derecho de propiedad intelectual es necesario para que ese derecho pueda cumplir su función esencial, las normas del Tratado no afectan a dicho ejercicio. Sólo cuando el ejercicio de un derecho no es necesario para cumplir la función esencial, el interés de la libre circulación de mercancías o el de la libre competencia pueden prevalecer sobre el interés que tiene el titular de ese derecho en ejercerlo.

81. Sin embargo, la cuestión de qué es *necesario* para que se cumpla la función esencial del derecho de propiedad intelectual no es un concepto absoluto, sino relativo.

82. No es cierto, como parecen temer RTE, ITP e IPO, que interferir en la facultad de denegar licencias está justificado por la mera consideración de que el titular de los derechos de autor puede cobrar un canon y de este modo ver retribuido su esfuerzo creador.

Por el contrario, el punto de partida para la ponderación efectuada por el Tribunal de Justicia es precisamente que las facultades comprendidas dentro del objeto específico se consideran necesarias para que el derecho de propiedad intelectual de que se trate pueda cumplir su función esencial. El derecho de reproducción exclusiva y, por tanto, la facultad de negarse a conceder licencias es, como primer principio, necesario para que el titular

de los derechos de autor obtenga una retribución suficiente por su esfuerzo creador.

podría obtener la protección de sus derechos morales mediante la inclusión de las cláusulas correspondientes en el contrato de licencia.⁵²

83. No obstante, la existencia de circunstancias concretas puede significar que los intereses del titular de los derechos de autor son de menos peso o que los intereses de la libre competencia son de más peso de lo normal. En tal situación, un análisis con arreglo al artículo 86 puede llevar quizá a que la posibilidad de cobrar cánones se considere suficiente para que el titular sea retribuido por su esfuerzo creador, ya que el derecho a negarse a conceder licencias no puede, en esas circunstancias, considerarse necesario para cumplir la función esencial.

85. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los artículos 30 y 36 confirma que éste es el sentido que debe atribuirse a la función esencial.⁵³

El Tribunal de Justicia determina qué facultades están comprendidas dentro del objeto específico basándose en una valoración de lo que es necesario para cumplir la función esencial del derecho de propiedad intelectual de que se trate.⁵⁴

84. Al mismo tiempo, es evidente que el concepto de función esencial establece un *límite absoluto* a la cuestión de hasta qué punto es posible, con arreglo al artículo 86, interferir en las facultades comprendidas dentro del objeto específico. No es posible tal interferencia si ello significa que el autor no puede ser retribuido por su esfuerzo creador o no puede obtener la protección de los derechos morales que el ordenamiento jurídico nacional puede reconocer.

No obstante, la existencia de circunstancias específicas puede significar que los intereses

Dicho límite no se rebasaría por el hecho de requerir al autor para conceder licencias, porque sería posible cobrar un canon y porque no se podría impedir al autor tomar medidas contra el uso ilegal o indebido de la obra protegida por parte del cesionario y también

52 — A este respecto, debe señalarse que la protección de la especial relación moral entre el autor y su obra debe incluir la facultad del titular de oponerse totalmente a la publicación de ésta. El hecho de que se diga que la función esencial incluye la protección de los derechos morales significa, por tanto, que no es posible, sobre la base del artículo 86, requerir a una empresa para que conceda licencias cuando el autor no quiere que la obra sea publicada. Esta cuestión no es relevante en los presentes asuntos, ya que las propias RTE e ITP publican la obra y también han concedido muchas licencias para su publicación parcial.

53 — No obstante, en algunas sentencias, el Tribunal de Justicia se refiere simplemente a los intereses que integran la función esencial del derecho de propiedad intelectual de que se trate, sin aplicar expresamente este concepto.

54 — Véanse, por ejemplo, las citadas sentencias HAG GF, apartado 14; Warner Brothers, apartado 15; Pharmon, apartado 26; las sentencias de 3 de diciembre de 1981, Pfizer (1/81, Rec. p. 2913), apartados 7, 8 y 9; y de 14 de julio de 1981, Merck (187/80, Rec. p. 2063), apartado 10; así como las sentencias Centrafarm, apartado 11, y Hoffman-La Roche/Centrafarm, apartado 7. Esta última sentencia se ha examinado con más detalle en el punto 49 *supra*.

del titular tienen menos peso, y/o que el interés de la libre circulación de mercancías tiene más peso de lo normal, y que el resultado de la ponderación es que el ejercicio de un derecho en tales circunstancias es declarado incompatible con las normas del Tratado. Como ya lo he hecho constar en la sección c), en el marco de un análisis con arreglo a los artículos 30 y 36, tal conducta se define generalmente como conducta no comprendida dentro del objeto específico.⁵⁵ Este tipo de sentencias indica que el Tribunal de Justicia ha considerado que el ejercicio de unas facultades que en principio están comprendidas dentro del objeto específico no era necesario en las circunstancias en cuestión para que el derecho de propiedad intelectual pudiera cumplir su función esencial.

No obstante, en varios asuntos, el Tribunal de Justicia ha considerado también que el ejercicio de unas facultades comprendidas dentro del objeto específico debe, aun en circunstancias específicas, considerarse necesario para cumplir la función esencial del derecho de propiedad intelectual de que se trate.⁵⁶

86. Era necesario mostrar más arriba que, en principio, no es imposible interferir, con base

en el artículo 86, en una facultad que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, forma parte del objeto específico de los derechos de autor, y, a este respecto, considerar la importancia del concepto de función esencial de estos derechos.

Hay aquí un riesgo inherente de dar la impresión de que el concepto de objeto específico se ha relativizado tanto que no tiene ningún sentido real. Esta postura sería equivocada. Una vez establecido el contenido del objeto específico de los derechos de autor, constituye siempre el punto de partida para el análisis del Tribunal de Justicia y es evidente que pueden exponerse motivos importantes y sólidos para demostrar que las facultades comprendidas dentro del objeto específico de los derechos de autor pueden ejercerse de forma incompatible con las normas del Tratado.

87. En lo que respecta especialmente al derecho a negarse a conceder licencias, está claro que un requerimiento para conceder licencias constituye una *grave interferencia* en los derechos de autor, ya que lo reduciría al mero derecho a percibir una retribución económica. Por consiguiente, debe haber *motivos de especial importancia y peso relativos a la competencia* para poder estimar que el derecho a negarse a conceder licencias ha sido ejercido en circunstancias que significan que ese ejercicio no puede considerarse necesario para que los derechos de autor cumplan su función esencial.

55 — Véanse, por ejemplo, el apartado 15 de la sentencia HAG GF; el apartado 23 de la sentencia Pharmon; los apartados 10 y 11 de la sentencia Pfizer; los apartados 11 y 13 de la sentencia Merck; los apartados 19 a 23 de la sentencia Centrafarm; el apartado 9 de la sentencia Hoffmann-La Roche/Centrafarm, así como la sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de marzo de 1988, Allen & Hanburys (434/85, Rec. p. 1245), apartados 14 a 23; la citada sentencia Musik-Vertrieb Membran, apartados 14 a 18, y la sentencia de 20 de junio de 1976, Terrapin (119/75, Rec. p. 1039), apartado 6.

56 — Véanse, por ejemplo, el apartado 16 de la sentencia HAG GF; el apartado 18 de la sentencia Warner Brothers; los apartados 25 y 26 de la sentencia Pharmon; los apartados 12 a 18 de la sentencia Centrafarm; los apartados 10, 11 y 12 de la sentencia Hoffmann-La Roche, y el apartado 7 de la sentencia Terrapin.

88. En las siguientes secciones examinaré si las circunstancias citadas por el Tribunal de Primera Instancia en sus sentencias como circunstancias especiales que pueden justificar la aplicación del artículo 86 cumplen dicho requisito.

e) *La introducción de un nuevo producto respecto del cual hay una fuerte demanda potencial por parte de los consumidores*

89. En sus sentencias, el Tribunal de Primera Instancia señaló, tanto en lo que se refiere a RTE como a ITP, que cada empresa, «al reservarse el derecho exclusivo de publicación sobre sus listas de programas semanales de televisión, obstaculizaba la introducción en el mercado de un producto nuevo, a saber, una revista de televisión capaz de competir con su propia revista» y del que existía «una demanda potencial de los consumidores» (apartados 73 de la sentencia RTE y 58 de la sentencia ITP).

90. Un factor claramente decisivo para la aplicación del artículo 86 en estos asuntos fue que el comportamiento de RTE e ITP impedía la introducción de *un nuevo producto*. Es indudable que RTE e ITP podían ejercer sus derechos de autor para impedir la publicación de guías de televisión que correspondiesen a sus propias guías respectivas. En su Decisión, la Comisión especificó que se había infringido el artículo 86 en la medida en que la práctica y la política de las empre-

as impedía la publicación de una guía de televisión exhaustiva, y que, por tanto, dicha Decisión debía interpretarse en el sentido de que la exigencia de que las empresas concedieran licencias para sus listas de programas se aplica sólo en la medida en que las listas hayan de utilizarse para producir guías semanales de televisión exhaustivas.⁵⁷

91. Indudablemente, el interés de los consumidores en la introducción de un nuevo producto es relevante a la hora de considerar si existe una conducta restrictiva de la competencia en el sentido del artículo 86. La Comisión indica que la letra b) del artículo 86 prevé que el abuso de posición dominante puede consistir, particularmente, en «limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores».⁵⁸

92. Por tanto, a primera vista puede parecer fundado considerar que existen circunstancias especiales que significan que el ejercicio de facultades comprendidas dentro del objeto específico puede constituir un abuso cuando esas facultades se ejercitan con el fin de impedir la introducción de un nuevo producto. No obstante, un examen más detallado muestra que esta conclusión sólo es

57 — En su Decisión, la Comisión se esforzó en demostrar que las situaciones en los demás Estados miembros y la experiencia — aunque limitada — con la publicación de la *Magill TV Guide* mostraban que en el mercado había una importante demanda potencial de guías de televisión exhaustivas. En el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, las demandantes alegaron que la Comisión no había aportado ninguna prueba de esto (apartados 37 de la sentencia RTE y 22 de la sentencia ITP). Considero que los factores aducidos por la Comisión son suficientes para justificar la demanda potencial.

58 — A este respecto, la Comisión se refirió a la citada sentencia Tetra Pak.

correcta si el concepto de nuevo producto es idóneo.

93. El primer requisito para que haya un nuevo producto es, naturalmente, que el producto no exista en el mercado de referencia.⁵⁹ Pero esto no puede bastar por sí mismo para exigir al titular de unos derechos de autor que conceda licencias (véase *infra* la cuestión referente a productos que el propio titular podía haber producido pero que decidió no hacerlo por lo pronto). En el contexto de las circunstancias de los presentes asuntos, es necesario examinar si, para que un producto pueda considerarse nuevo, es suficiente con que no pueda producirlo el propio titular de los derechos de autor, por ejemplo porque esa producción implica una licencia para usar obras protegidas por los derechos de autor de un tercero. Con carácter subsidiario, ¿constituye el criterio determinante el hecho de que el referido producto compita con el del titular de los derechos de autor?

59 — Si las empresas han decidido de común acuerdo producir una guía exhaustiva de televisión, pero, por otra parte, han denegado a terceros esa posibilidad, no sería posible, en cualquier caso, justificar una interferencia en el objeto específico basándose en que la conducta de las empresas impedía la introducción de un nuevo producto. No obstante, tal conducta puede revelar una política discriminatoria en materia de licencias y, por tanto, ser incompatible con el artículo 86. En cualquier caso, ésta es la postura adoptada por la Comisión, que dice lo siguiente en el punto 27 de su Decisión: «Limitar una orden de pedido de estas listas a ITP, BBC y RTE, *inter se*, discriminaría a los terceros que deseen publicar una guía semanal de carácter exhaustivo en una manera que sería incompatible con el artículo 86.» ITP y RTE no han impugnado la Decisión de la Comisión sobre este extremo y, por tanto, no es necesario decidir si la postura de la Comisión es correcta. Resulta que la legislación del Reino Unido ha sido modificada de forma que deben concederse licencias a todas las partes interesadas, y, del mismo modo, RTE ha decidido que sea posible obtener licencias para sus listas de programas.

94. La Comisión alega que para clasificar como nuevo un producto no es relevante si éste compite con los propios productos del titular de los derechos de autor.⁶⁰

95. A mi juicio, el punto de vista de la Comisión es insostenible.

96. Me parece adecuado considerar que existe un abuso de posición dominante cuando el titular de unos derechos de autor impide, por medio de éstos, la introducción de un producto que *no compite* con el suyo, ya que satisface necesidades del consumidor distintas de las que satisface su producto.

97. En mi opinión, lo contrario es cierto cuando los derechos de autor se utilizan para impedir la introducción de un artículo que se produce por medio de la obra protegida por los derechos de autor y que compite con los artículos producidos por el propio titular de esos derechos. Aun cuando ese producto sea nuevo y mejor, los intereses de los consumi-

60 — La Comisión afirma que su postura en el presente asunto concuerda con su práctica anterior. Por ejemplo, en 1984 la Comisión suspendió el procedimiento contra IBM en consideración al compromiso de esta empresa, renovado y ampliado en diciembre de 1988, de poner a disposición de los competidores información sobre el funcionamiento de sus macroordenadores Systems/370. Sin esa información, podría haberse impedido a los competidores introducirse en el mercado de productos que competían con los de IBM (*Decimocuarto Informe sobre la Política de Competencia*, 1984, p. 79). No obstante, según ITP, el asunto IBM se refería sólo al suministro de información y no afectaba a los derechos de propiedad intelectual.

dores no deben justificar, en tales circunstancias, una interferencia en el objeto específico de los derechos de autor. Cuando el producto satisface en gran medida las mismas necesidades de los consumidores que las que satisface el producto protegido, los intereses del titular de los derechos de autor tienen un gran peso. Aunque se limite el mercado en perjuicio de los consumidores, el derecho a denegar la concesión de licencias en esa situación debe considerarse necesario para retribuir al titular de los derechos de autor por su esfuerzo creador.

98. RTE e ITP no pueden producir por sí mismas una guía semanal de televisión de carácter exhaustivo. Pero, como afirma la Comisión, este tipo de guías pueden competir, indudablemente, con sus respectivas guías semanales. Una guía semanal de televisión de carácter exhaustivo sería más barata y ofrecería una mejor información general, pero, básicamente, satisfaría las mismas necesidades del consumidor que las que pueden satisfacerse comprando guías semanales para cada entidad emisora de televisión. En tales circunstancias, los intereses del titular de los derechos de autor deben prevalecer sobre los intereses de los consumidores. No existe un nuevo producto, en un sentido que pueda ser relevante para la aplicación del artículo 86, y, por tanto, tampoco ninguna circunstancia especial que pueda justificar una interferencia en el objeto específico.

99. Considero también que el Tribunal de Primera Instancia actuó erróneamente al comparar esta situación con la descrita por el Tribunal de Justicia como tercer ejemplo de

conducta abusiva en sus sentencias en los asuntos Volvo y CICRA. El Tribunal de Primera Instancia decía lo siguiente:

«Además, la actuación que se imputa a la demandante se oponía radicalmente a la introducción en el mercado de un determinado tipo de producto, las revistas de televisión de carácter exhaustivo. Por consiguiente, en la medida en que, bajo este aspecto, se caracterizaba más en particular por no tener en cuenta las necesidades del consumidor, la actuación referida presentaba también una cierta similitud con la hipótesis [...] de la posible decisión de un constructor de automóviles de dejar de fabricar piezas de recambio para ciertos modelos cuando todavía existe demanda en el mercado» (apartados 74 de la sentencia RTE y 59 de la sentencia ITP).

100. Este ejemplo se refiere a artículos que puede producir el propio titular de los derechos de autor sobre la base de estos derechos, pero que ha decidido no hacerlo por el momento. El ejemplo muestra que puede existir un abuso de posición dominante cuando el titular de un modelo registrado se niega a conceder licencias y al mismo tiempo no produce él mismo los artículos protegidos por el modelo registrado. Como he dicho anteriormente, estos dos derechos entran dentro del objeto específico de un modelo registrado.

101. No obstante, es difícil utilizar el ejemplo en apoyo de la postura de que cuando el

titular de unos derechos de autor no produce él mismo un artículo y a la vez se niega a conceder licencias para dicho artículo, ello constituye en sí mismo un abuso de posición dominante. No puede ser cierto que una empresa dominante tiene la obligación general de producir ella misma o de conceder licencias para sus productos protegidos por derechos de autor. Tal obligación debe depender de que existan circunstancias especiales, así como del hecho de que los consumidores no tengan acceso al producto.⁶¹

Me parece evidente que el Tribunal de Justicia dio una importancia decisiva al hecho de que los consumidores dependen especialmente del producto si un fabricante de automóviles deja de producir piezas de recambio para un modelo concreto de automóvil aun cuando haya todavía muchos automóviles de ese modelo y cuando el hecho de no poder disponer de piezas de recambio para dichos automóviles puede significar que los consumidores se vean obligados a comprar un automóvil nuevo. El propio productor creó la necesidad de piezas de recambio y, por tanto, está abusando de su modelo registrado si por ese medio impide que se satisfaga la necesidad de tener piezas de recambio.

61 — En otras palabras, el interés de los consumidores en tener acceso a un producto debe, básicamente, ser tenido en cuenta por la normativa nacional sobre derechos de propiedad intelectual que puede ofrecer una base para conceder licencias obligatorias en interés público cuando el propio titular no explota la obra protegida en una medida razonable; en lo que respecta a tales normas en el ámbito del Derecho de patentes, véanse las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de febrero de 1992, Comisión/Reino Unido (C-30/90, Rec. p. I-829), y de 27 de octubre de 1992, Generics y Harris Pharmaceuticals (C-191/90, Rec. p. I-5335).

102. Así pues, dicho ejemplo es distinto de las situaciones presentes y no tiene importancia decisiva en este caso, ya que tanto RTE como ITP han suministrado a los consumidores los artículos que podían producir sobre la base de sus derechos de autor, a saber, guías semanales de televisión para sus respectivos canales.

f) *Uso de una posición dominante en un mercado con el fin de retener para sí un mercado derivado*

103. El Tribunal de Primera Instancia consideró importante en sus sentencias el hecho de que: «La demandante explotaba de esta forma sus derechos de autor sobre sus listas de programas, producidas en el marco de la actividad de radiodifusión [en la sentencia ITP: “que le habían sido cedidos por las sociedades de televisión [...] producidas en el marco de la actividad de radiodifusión”] a fin de asegurarse un monopolio en el mercado derivado de las guías semanales de televisión» (apartados 73 de la sentencia RTE y 58 de la sentencia ITP).

104. Estos apartados deben entenderse en el sentido de que el mercado de las listas de programas es considerado como el mercado principal, y el de las guías de televisión, como el mercado derivado. Dichos apartados deben considerarse en relación con la Decisión de la Comisión en la que se dice que tanto ITP como RTE ocupan una posición dominante en un mercado, a saber, el mer-

cado de sus propias listas de programas, y usan esa posición con el fin de retener para ellas un mercado derivado, a saber, el de las guías semanales de televisión, en el cual, de otro modo, podría haber competencia, especialmente en lo que respecta a las guías semanales de televisión de carácter exhaustivo.

105. En lo que se refiere al primer ejemplo de conducta abusiva dado por el Tribunal de Justicia en sus sentencias en los asuntos Volvo y CICRA, el Tribunal de Primera Instancia consideró:

«En efecto, en el presente caso, la reproducción exclusiva por la demandante de sus listas de programas tenía por objeto y por efecto excluir toda competencia potencial en el mercado secundario de la información sobre los programas semanales [...], a fin de mantener en éste el monopolio ejercido por la demandante a través de la publicación de la revista *RTE Guide* [en el asunto ITP, *TV Times*]. Por consiguiente, desde el punto de vista de las empresas terceras interesadas en la publicación de una revista de televisión, el hecho de que la demandante denegara a terceros la autorización, previa petición y de forma no discriminatoria, para publicar sus listas de programas era semejante, como destaca acertadamente la Comisión, al hecho de que un constructor de automóviles se negara arbitrariamente a suministrar piezas de recambio —producidas dentro de su actividad principal de construcción de automóviles— a talleres de reparación independientes, que ejercen su actividad en el mercado secundario de mantenimiento y reparación de vehículos automóviles» (apartados 74 de la sentencia RTE y 59 de la sentencia ITP).

106. Es cierto que el hecho de que una empresa haga uso de su posición dominante en un mercado con el fin de retener para sí un mercado derivado puede constituir una conducta incompatible con el artículo 86 (véase, por ejemplo, la sentencia de 6 de marzo de 1974, *Commercial Solvents*).⁶² No obstante, la cuestión es si tales consideraciones son relevantes en un asunto que se refiere al ejercicio de derechos de propiedad intelectual.

107. RTE, ITP e IPO alegan, básicamente, que hacer uso de los derechos de autor para excluir la competencia en un mercado derivado forma parte del ejercicio normal de estos derechos. Con frecuencia, un titular de derechos de autor verá retribuido su esfuerzo creador produciendo y vendiendo artículos de los que forma parte el producto creado con base en los derechos de autor, es decir, en un mercado derivado. ITP añade que explotaba comercialmente sus derechos de autor en sus listas de programas precisamente sólo en el mercado de las guías de televisión.

108. La Comisión pretende que el hecho de ejercer los derechos de autor con el fin de eliminar la competencia en un mercado derivado constituye una circunstancia especial que puede justificar la aplicación del artículo 86. En apoyo de esta postura, la Comisión cita las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 1975, *General Motors Continental/Comisión*;⁶³ de 31 de mayo de

62 — Asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223, apartado 25.

63 — Asunto 26/75, Rec. p. 1367.

1979, Hugin/Comisión; ⁶⁴ de 3 de octubre de 1985, CBEM; ⁶⁵ y de 11 de noviembre de 1986, British Leyland/Comisión, ⁶⁶ que se referían a la conducta de empresas dominantes en relación con el suministro de servicios o productos que sólo dichas empresas podían suministrar y que eran necesarios para llevar a cabo una actividad en un mercado derivado.

109. La Comisión pretende además que el ejemplo de las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Volvo y CICRA, citadas por el Tribunal de Primera Instancia, es relevante a efectos de una decisión en los presentes asuntos. Según la Comisión, la situación de Magill corresponde a la de un taller de reparaciones independiente en la medida en que ambos dependen del suministro de productos de un mercado previo (respectivamente, el de las listas de programas y el de las piezas de recambio para automóviles) para poder llevar a cabo una actividad en un mercado derivado (respectivamente, el mercado de las guías de televisión y el de las reparaciones de automóviles Volvo y Renault) en el que compiten con sus proveedores (respectivamente, las propias guías semanales de televisión de RTE e ITP y los talleres de reparaciones autorizados de Volvo y Renault). Sin embargo, la Comisión reconoce que la analogía no es completa, ya que la situación de Magill es distinta en la medida en que el suministro de un producto no era suficiente para que dicha empresa pudiera llevar a cabo su actividad, puesto que necesitaba obtener una licencia para producir copias de la obra protegida.

110. Esa diferencia es esencial. Como señalan RTE e ITP, hay que distinguir entre *negarse a suministrar* un producto a consumidores que quieren utilizarlo en un mercado derivado y *negarse a conceder una licencia* a un competidor que quiere producir y vender productos de los que forma parte la obra protegida. En el primer caso, la existencia de una infracción del artículo 86 no depende de si los productos de que se trate están protegidos por un derecho de propiedad intelectual. Por consiguiente, la analogía establecida por el Tribunal de Primera Instancia no es oportuna, ni las sentencias citadas por la Comisión son relevantes a efectos de una decisión en los presentes asuntos.

111. En cambio, como señala ITP y en contra de lo que afirmó el Tribunal de Primera Instancia en sus sentencias (apartados 74 de la sentencia RTE y 59 de la sentencia ITP), es adecuado establecer una analogía con las situaciones existentes en los asuntos Volvo y CICRA, a saber, que Volvo y Renault tenían derecho a denegar una licencia para comercializar piezas de recambio que habían sido producidas sin su autorización. Debe señalarse que el Tribunal de Justicia no tuvo a bien, a este respecto, distinguir entre licencias para competir en el mercado de la venta de piezas de recambio y licencias para competir en el mercado de las reparaciones de automóviles Volvo y Renault.

112. Por tanto, no hay razón alguna para que el ejercicio de unos derechos de autor, por parte de su titular, con el fin de impedir que sus competidores utilicen la obra protegida, sea tratado de diferente manera según el

64 — Asunto 22/78, Rec. p. 1869.

65 — Asunto 311/84, Rec. p. 3261.

66 — Asunto 226/84, Rec. p. 3263.

mercado en que se use dicha obra. Como señala ITP, la posibilidad de explotar los derechos de autor en lo que se denomina un mercado «derivado» debe considerarse necesaria para obtener una retribución suficiente por el esfuerzo creador.

g) *La cuestión de la existencia de una política discriminatoria en materia de licencias o de condiciones poco razonables para conceder éstas*

113. En sus sentencias, el Tribunal de Primera Instancia consideró importante el hecho de que «la demandante autorizara de forma gratuita la publicación de sus listas de programas de un solo día y de la selección de sus programas semanales en la prensa de Irlanda y del Reino Unido. Por añadidura, también autorizaba la publicación de sus listas semanales en los otros Estados miembros sin exigir tasas por tal concepto» (apartados 73 de la sentencia RTE y 58 de la sentencia ITP).

114. La Comisión mantiene que el primero de los hechos citados por el Tribunal de Primera Instancia fue correctamente tenido en cuenta al determinar los presentes asuntos. No obstante, la Comisión no ha explicado por qué ese hecho es relevante. Probablemente opina que la conducta de las empresas constituye un indicio de una política discriminatoria en materia de licencias, ya que éstas se conceden a ciertas categorías de editores, es decir, a aquéllos que quieren publicar listas diarias de programas o selecciones de los programas de la semana, pero no a

otras categorías de editores, es decir, a los que quieren publicar listas semanales de programas.⁶⁷

115. Sin embargo, esta postura no debe acogerse. La discriminación presupone la existencia de situaciones comparables. No ocurre así en este caso. Por el contrario, RTE e ITP precisamente conceden licencias a todo aquél que quiere tenerlas, y las mismas condiciones se aplican a todos. El hecho de que las empresas quieran reservarse un uso determinado de la obra protegida no puede constituir un indicio de discriminación.

116. En cuanto a la referencia que hace el Tribunal de Primera Instancia al hecho de que fue autorizada la publicación de listas diarias de programas, debe señalarse también que Magill alegó en la vista que los presentes asuntos no se refieren a denegaciones de concesión de licencias y, por tanto, no implican la imposición de licencias obligatorias. Magill señala que ITP y RTE han concedido muchas licencias y, a este respecto, mantiene que los presentes asuntos se refieren a la concesión de licencias con condiciones poco razonables, es decir, condiciones que

67 — Véanse los apartados 57 de la sentencia RTE y 40 de la sentencia ITP.

excluyen la publicación de listas semanales de programas.⁶⁸

Magill indica además que, si bien el derecho a negarse a conceder licencias puede formar parte del objeto específico de los derechos de autor, no puede decirse lo mismo del derecho a establecer condiciones para la concesión de licencias. Como ya se ha mostrado en la sección c), este punto de vista es incorrecto. El derecho a conceder licencias incluye también el derecho a hacerlo con condiciones específicas. En cambio, el hecho de conceder licencias con condiciones poco razonables puede constituir una circunstancia especial que justifique la interferencia en el objeto específico de los derechos de autor. En los presentes asuntos nada sugiere que exista ninguna condición controvertida, aparte del hecho de que las licencias concedidas no incluyen el derecho a publicar listas semanales de programas. Habida cuenta de que las propias sociedades publican guías semanales de televisión, esa condición no puede considerarse discriminatoria ni poco razonable. Por tanto, este motivo no añade nada nuevo. No considero que el hecho de que las empresas quieran reservarse la reproducción de las listas semanales de programas pueda ser más o menos objetable porque resulta que permiten a otros utilizar de un modo diferente y más limitado dichas listas.

68 — Probablemente, la Comisión expresa el mismo punto de vista en su Decisión cuando dice: «Vistas las políticas y prácticas reales de ITP, BBC y RTE, respectivamente, que consisten en suministrar a los editores sus avances semanales de programas pero limitando, mediante las condiciones de concesión de las licencias, la reproducción de dichas listas a uno o como mucho a dos días al mismo tiempo o simplemente denegando las licencias, la Comisión considera que dichas políticas y prácticas son sin lugar a dudas restrictivas.»

117. En cuanto al segundo hecho mencionado por el Tribunal de Primera Instancia —que se autorizó la publicación de listas semanales de programas en otros Estados miembros—, debe señalarse que de la Decisión de la Comisión resulta que ITP, pero no así RTE,⁶⁹ no pretendió impedir la publicación fuera de Irlanda y del Reino Unido, es decir, *inter alia* en Bélgica, los Países Bajos y Francia, de sus listas semanales de programas en guías de televisión basándose en que no tenía interés en ejercitar acciones judiciales contra publicaciones en una lengua extranjera, aun cuando se sospeche que esas publicaciones pueden incluir un material que, con arreglo al Derecho nacional, puede violar sus derechos de autor. Una decisión, basada en tales motivos, de no ejercitar ninguna acción contra violaciones de los derechos de autor no puede equipararse a una autorización para publicar y, por tanto, no constituye un indicio de una política discriminatoria en materia de concesión de licencias. Por otra parte, este hecho tampoco resulta relevante a efectos de una decisión en los presentes asuntos.

h) *La cuestión de si las listas de programas son obras que merecen protección*

118. El Tribunal de Primera Instancia comienza su examen sobre la existencia de abuso del siguiente modo: «A falta de armonización de las legislaciones nacionales o de unificación a nivel comunitario, el estableci-

69 — RTE indica que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia contiene un error de hecho a este respecto, pero añade que dicho error no puede tener una importancia decisiva por las razones dadas por el Tribunal de Primera Instancia para llegar a su decisión.

miento de las condiciones y de las modalidades de protección de los derechos de autor es competencia de los Estados miembros» (apartados 66 de la sentencia RTE y 51 de la sentencia ITP).⁷⁰ El Tribunal de Primera Instancia termina su examen sobre este extremo con la conclusión de que la conducta de que se trata no es compatible con las normas del Tratado, «si bien en el momento de los hechos las listas de programas estaban protegidas por los derechos de autor, tal como los regula el Derecho nacional que es el competente para determinar las modalidades de dicha protección» (apartados 75 de la sentencia RTE y 60 de la sentencia ITP).

119. En el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión destacó «de forma general, la incompatibilidad con las normas comunitarias de un Derecho nacional que consagra la existencia de derechos de autor sobre las listas de programas» (apartados 44 de la sentencia RTE y 27 de la sentencia ITP). La Comisión alegó que «las listas de programas no tienen carácter secreto ni innovador, ni tienen que ver con la investigación. Por el contrario, constituyen simples informaciones factuales y, por consiguiente, no pueden estar protegidas por los derechos de autor» (apartados 46 de la sentencia RTE y 29 de la sentencia ITP). Reconoció que, en Derecho interno, las listas de programas están protegidas, pero alegó, basándose en los factores mencionados, que «las políticas y prácticas objeto de litigio seguidas por la demandante no están protegidas por los derechos de autor tal como se entienden en Derecho comunitario» (apartados 43 de la sentencia RTE y 26 de la sentencia ITP), sino

que, por el contrario, constituyen un abuso de posición dominante (apartados 47 de la sentencia RTE y 30 de la sentencia ITP).

120. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, la Comisión mantiene que corresponde a las autoridades y a los tribunales nacionales determinar qué obras están protegidas por los derechos de autor. Sin embargo, al mismo tiempo la Comisión afirma que el Tribunal de Primera Instancia actuó acertadamente al tener en cuenta el carácter poco usual del derecho conferido por el ordenamiento jurídico nacional, al decidir sobre estos asuntos.⁷¹

121. RTE, ITP e IPO alegan que tanto la postura de la Comisión como la sentencia del Tribunal de Primera Instancia muestran falta de respeto por el principio de que el alcance de la protección de los derechos de autor debe ser determinado por el Derecho nacional. Mantienen que las decisiones adoptadas pretendían, de hecho, censurar la protección, mediante derechos de autor, de las listas de programas, con arreglo a los Derechos irlandés y británico.

122. Del análisis expuesto resulta que no considero que las denegaciones de concesión de licencias en los presentes asuntos tuvieran lugar en circunstancias tan especiales como

70 — Se refiere a las sentencias *Keurkoop*, apartado 18; *CICRA*, apartado 10, y *Volvo*, apartado 7. Véanse también las sentencias de 30 de junio de 1988, *Theford Corporation* y otros (35/87, Rec. p. 3585), apartado 12, y de 30 de noviembre de 1993, *Deutsche Renault*, antes citada, apartados 20 y 31.

71 — La Comisión distingue también entre obras literarias y artísticas en sentido estricto y entre obras funcionales y utilitarias. No obstante, esta distinción parece haberse aplicado principalmente para ilustrar las posteriores consecuencias de la sentencia del Tribunal de Justicia [véase la sección] *infra*.

para justificar la aplicación del artículo 86. Por consiguiente, me inclino más a suscribir el punto de vista de las empresas según el cual la base real para aplicar el artículo 86 en las presentes circunstancias debe ser que no se consideró que las listas de programas merecieran ser protegidas.

123. Como se ha indicado al principio, puede aducirse razonablemente que el esfuerzo necesario para confeccionar listas de programas *no es tan merecedor de protección* como para justificar que se acepte que el autor puede impedir la introducción de guías semanales de televisión de carácter exhaustivo. La preparación de las listas de programas no necesita ningún aliciente, ya que sólo consisten en la presentación escrita de cierta información que, en cualquier caso, debe ser producida y recopilada a efectos del servicio de radiodifusión televisiva. Si este factor se tiene en cuenta no veo ninguna dificultad en declarar que las denegaciones de concesión de licencias en los presentes asuntos constituyen indicios de un ejercicio indebido de los derechos de autor. No obstante, la cuestión es si el Tribunal de Justicia puede considerar relevante la naturaleza de la obra protegida por los derechos de autor.

124. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia ha declarado sin reservas que corresponde al legislador nacional determinar qué productos pueden estar protegidos por derechos de

propiedad intelectual.⁷² A este respecto, el Derecho nacional está sujeto únicamente a las limitaciones que resultan de la segunda frase del artículo 36 del Tratado, según la cual las restricciones a los intercambios no deben constituir un medio de discriminación arbitraria ni una restricción encubierta del comercio entre los Estados miembros. Estas limitaciones deben interpretarse de forma estricta y nada indica que hayan sido rebasadas en los presentes asuntos.⁷³

125. También en los presentes asuntos el Tribunal de Justicia debería seguir ese principio que, a mi juicio, refleja una división de competencia básicamente correcta entre los Derechos nacional y comunitario. Si existe una necesidad con arreglo al Derecho comunitario de limitar la protección de productos específicos garantizada por los derechos de

72 — Véanse las sentencias mencionadas en la nota 70. Véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Mischo de 21 de junio de 1988 en el asunto CICRA (Rec. 1988, puntos 21 a 32), donde sugirió que el Tribunal de Justicia examinase si la protección de determinados productos con arreglo al Derecho nacional era «conforme con la función asignada por el Tribunal de Justicia a la propiedad industrial y comercial que es la de "recompensar el esfuerzo creador del inventor"» (punto 32). En su sentencia, el Tribunal de Justicia confirmó que correspondía al Derecho nacional determinar qué productos podían ser protegidos (apartado 10).

73 — Compárese con la citada sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Deutsche Renault, en la que este Tribunal se refería, como ejemplo de un posible exceso sobre las limitaciones que resultan de la segunda frase del artículo 36, a la situación en que un productor de otro Estado miembro no pueda disfrutar, en las mismas condiciones, de la protección concedida por el Derecho alemán a una marca, registrada o no, o que dicha protección varíe en función del origen nacional o extranjero de los productos que lleven el signo de que se trata (apartado 27). Véase también el apartado 33. En el punto 14 de sus conclusiones en dicho asunto, presentadas el 19 de junio de 1993, el Abogado General Sr. Tesouro señaló, en mi opinión acertadamente, que en el contexto de la aplicación prevista por la jurisprudencia, el alcance concreto de esa reserva — que representa en cierto modo una cláusula mínima de salvaguardia— está limitado a casos extremos (que constituyen casi hipótesis de manual).

autor, debe hacerse mediante normas adoptadas por el legislador comunitario.⁷⁴

126. Cabe considerar si se puede mantener ese principio y, a la vez, ofrecer la posibilidad de tener en cuenta la naturaleza de la obra protegida al decidir si existe un abuso de posición dominante. No obstante, no puedo proponer que el Tribunal de Justicia efectúe dicha ponderación aunque ello pueda ser tentador y, de hecho, parecer razonable en los presentes asuntos. Admitir que los titulares de derechos de autor deben alcanzar diferentes niveles en su conducta comercial en función de hasta qué punto sus obras merecen protección desde el punto de vista del Derecho comunitario significaría, en todo caso, que este último se aplica para censurar normas de la legislación nacional en materia de propiedad intelectual sobre qué productos pueden ser protegidos.

127. Por tanto, debe concluirse que el hecho de que las listas de programas sean menos merecedoras de protección tampoco es una circunstancia que pueda justificar la interferencia en el ejercicio de los derechos de autor en ese aspecto.

74 — Véanse, a este respecto, la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador (DO L 122, p. 42), y la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (DO L 290, p. 9).

i) *La cuestión de si las denegaciones de concesión de licencias estaban justificadas*

128. En sus sentencias, el Tribunal de Primera Instancia considera que «el hecho de que la demandante denegara a terceros la autorización para publicar sus listas semanales presentaba [...] rasgos de arbitrariedad, ya que no respondía ni a las necesidades específicas del sector de la radiodifusión, al que el presente asunto no afecta, ni a las exigencias propias de la edición de revistas de televisión [en la sentencia ITP: ya que no respondía a las exigencias propias de la edición de revistas de televisión]. En consecuencia, la demandante tenía la posibilidad de adaptarse a las condiciones del mercado de las revistas de televisión abierto al juego de la competencia, a fin de garantizar la viabilidad comercial de su semanal [...]» (apartados 73 de la sentencia RTE y 58 de la sentencia ITP).

129. De lo dicho anteriormente resulta que no considero que exista, en los presentes asuntos, un comportamiento contrario a la competencia en el sentido del artículo 86, dado que las denegaciones de concesión de licencias no tuvieron lugar en circunstancias tan especiales que pudieran calificarse de abuso de posición dominante. Por tanto, no es necesario examinar si hay una justificación válida para el comportamiento de las empresas [véase *supra* el epígrafe aa) de la sección d)]. En tales circunstancias, RTE e ITP, apoyadas por IPO, tienen razón al impugnar las sentencias del Tribunal de Primera Instancia señalando que no se les puede exigir que justifiquen sus denegaciones de concesión de licencias. No obstante, en el supuesto de que

el Tribunal de Justicia decidiera que dichas denegaciones tuvieron lugar en circunstancias especiales que permiten calificarlas de abusivas, sería preciso considerar si hay una justificación objetiva para tal conducta. Haré algunos comentarios.

Por otra parte, las alegaciones de ITP son incorrectas, ya que, en su Decisión, la Comisión decía:

«ITP, BBC y RTE (individual o colectivamente) aducen que sus políticas y prácticas actuales con respecto a las listas con el avance semanal de programas están motivadas por la necesidad de garantizar una cobertura global de alta calidad de todos sus programas, incluidos aquéllos destinados a una audiencia minoritaria y/o regional y aquéllos con un contenido cultural histórico y/o educativo importante. En opinión de la Comisión, estas políticas y prácticas no son necesarias para conseguir estos objetivos aunque pueden alcanzarse a través de medios menos restringidos, si fuera necesario imponiendo condiciones a este fin a los editores a los que se concedan las licencias para publicar sus listas de programas. La Comisión señala, no obstante, que ninguna de las partes ha considerado necesario imponer limitación alguna a la publicación por terceros de listas con los programas de un solo día (o de dos días) con objeto de alcanzar aquel propósito.»

130. ITP alega que no fue instada a justificar su ejercicio de los derechos de autor invocando las exigencias especiales de sus actividades, ya que esto no se mencionaba en la Decisión de la Comisión.

131. Esta objeción no es sostenible. Normalmente, al aplicar el artículo 86, en primer lugar se determina si existe un comportamiento contrario a la competencia y luego se decide si la empresa ha demostrado que hay una justificación válida para el mismo.⁷⁵ Por consiguiente, no se puede exigir expresamente a la Comisión que inste a la empresa a justificar su comportamiento.

132. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, RTE e ITP no alegan que la postura de la Comisión sobre este extremo sea errónea. Tampoco citan otros factores objetivamente comprobables que puedan justificar en este caso las denegaciones de concesión de licencias.

75 — Véanse, por ejemplo, la citada sentencia CBEM, apartado 26, y la sentencia de 13 de julio de 1989, Lucazeau y otros (asuntos acumulados 110/88, 241/88 y 242/88, Rec. p. 2811), apartado 25.

133. Así pues, en mi opinión, puede asumirse que, como declaró el Tribunal de

Primera Instancia, ITP y RTE se negaban a conceder licencias y, por tanto, excluían toda competencia por parte del mercado de las guías exhaustivas de televisión sólo para asegurarse un monopolio en el mercado de las guías semanales de televisión (apartados 73 de la sentencia RTE y 58 de la sentencia ITP). En otras palabras, si el Tribunal de Justicia considerara en cambio que las denegaciones de concesión de licencias tuvieron lugar en circunstancias especiales que pueden permitir calificarlas de abuso, dichas denegaciones serían incompatibles con el artículo 86.

j) *Las consecuencias posteriores de la sentencia del Tribunal de Justicia*

134. La Comisión alega que debe hacerse una distinción entre *obras literarias y artísticas* en sentido estricto y *obras funcionales o utilitarias*, relacionadas por ejemplo con telecomunicaciones, informática, tecnología de la información y bases de datos. Mientras las primeras no crean dependencia para los competidores en los mercados derivados, los derechos de autor sobre el segundo grupo de obras pueden crear una dependencia económica y, por tanto, posiciones dominantes que pueden dar lugar a comportamientos contrarios a la competencia. La Comisión aduce que la distinción es relevante a efectos de una decisión en los presentes asuntos, ya que muestra la necesidad de confirmar el principio de que una denegación de concesión de licencias puede, según las circunstancias en que haya tenido lugar, constituir un abuso de posición dominante. Si bien la Decisión de la Comisión por la que se ordena la concesión de licencias no tiene una importancia apre-

ciable para las obras literarias y artísticas en sentido estricto, es *esencial para mantener una competencia efectiva, especialmente en las industrias de los ordenadores y de las telecomunicaciones*.⁷⁶

135. RTE e ITP objetan la distinción hecha por la Comisión señalando que la cuestión de qué productos están protegidos por los derechos de autor debe ser determinada por el Derecho nacional. Pero, a mi entender, la Comisión no utiliza la distinción como base para alegar que las obras funcionales y utilitarias son en general menos merecedoras de protección que las obras literarias y artísticas y, por tanto, es más fácil que den lugar a la aplicación del artículo 86 [véase la sección i) *supra*]. De hecho, la Comisión aplica la distinción con el fin de mostrar las amplias consecuencias que, a su juicio, la anulación de las sentencias del Tribunal de Primera Instancia tendría para la competencia en varios sectores importantes en los que percibe un riesgo mayor de que la protección garantizada mediante los derechos de autor pueda dar lugar a posiciones dominantes o a reforzar éstas.

76 — A este respecto, la Comisión se refiere a sus Conclusiones decididas con motivo de la adopción por la Comisión de una propuesta de Directiva del Consejo sobre la protección jurídica de los programas de ordenadores (DO 1989, C 91, p. 16), en las que dice lo siguiente: «Las empresas que ostentan una posición dominante no deben abusar de ella a tenor del artículo 86 del Tratado. Es así que, en ciertas circunstancias, el ejercicio del derecho de autor en cuanto a aspectos de un programa que otras empresas deben utilizar para escribir programas compatibles podría constituir un tal abuso. Tal podría ser también el caso si una empresa dominante intentase utilizar sus derechos exclusivos sobre un producto para conseguir una ventaja desleal con relación a uno o varios productos que no estuviesen protegidos por esos derechos.» Como resulta de lo dicho anteriormente, considero que estos ejemplos son correctos sólo en lo que respecta a programas o productos que no compiten con el producto protegido por los derechos de autor.

136. En cuanto al temor de la Comisión de que los presentes asuntos puedan constituir un precedente en el ámbito de los programas de ordenador, ITP alega que, a este respecto, la solución adecuada es la legislación y que, por otra parte, la preocupación de la Comisión no parece estar relacionada con la reproducción de las obras protegidas, sino con la información referente a ellas que no afecta a los derechos de autor.

137. ITP alega por su parte que si se confirman las sentencias del Tribunal de Primera Instancia ello tendría *consecuencias muy amplias para los derechos de autor con arreglo al Derecho nacional*. Aduce que, en tal caso, todos los siguientes ejemplos constituirían ejemplos de abuso de posición dominante: un escritor de cuentos que se opone a la publicación de uno de sus relatos en una antología; un dibujante de carteles que se opone a que se utilice en una tarjeta de Navidad un dibujo protegido por derechos de autor; el titular de los derechos de autor sobre Popeye que se opone a que éste figure en una camiseta; un autor teatral que se opone a que se utilice una de sus obras para hacer una película; los titulares de periódicos dominicales que se oponen a que ITP publique al mismo tiempo en *TV Times* sus artículos especiales; las personas que recopilan calendarios lunares y tablas de mareas, recetas de cocina o listas de iglesias románicas en Inglaterra, que se oponen a su reproducción. IPO presenta ejemplos parecidos.

138. La Comisión arguye que los temores de ITP y de IPO sobre las consecuencias de la

confirmación de las sentencias del Tribunal de Primera Instancia son infundados, ya que es muy poco probable que los titulares de derechos de autor que se encuentren en las situaciones mencionadas ocupen posiciones dominantes y, por tanto, su comportamiento no puede ser incompatible con el artículo 86. Añade que, en los cuatro años transcurridos desde que se dictó la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Volvo*, sólo una vez —a saber, en los presentes asuntos— el artículo 86 ha servido de base para una decisión formal destinada a remediar un abuso de derechos de propiedad intelectual.

139. Es difícil hacerse una opinión sobre si los respectivos temores de las partes sobre las consecuencias posteriores de una sentencia están justificados en un sentido o en otro. A causa, en gran parte, del desacuerdo existente sobre este extremo, no sería adecuado, en las circunstancias actuales, tratar de valorar los ejemplos dados.

140. Pero precisamente porque no es posible prever las consecuencias de tal resultado, considero que el Tribunal de Justicia no debería, en su sentencia en los presentes asuntos, excluir la posibilidad de que en circunstancias especiales una denegación de concesión de licencia puede ser incompatible con el artículo 86. A mi juicio, la Comisión está en lo cierto al afirmar que «el ordenamiento jurídico sobre derechos de autor no puede legislar de forma explícita para cada tipo específico de abuso que pueda surgir. Las políticas de compensación, tales como las

normas sobre la competencia, son esenciales para establecer el equilibrio correcto entre los intereses del titular del derecho y los que dependen de éste».

141. Por otro lado, las consecuencias de declarar que las denegaciones de concesión de licencias pueden ser incompatibles con el artículo 86 cuando tienen lugar en circunstancias especiales no son imprevisibles. En ese caso, correspondería al propio Tribunal de Justicia al decidir futuros asuntos establecer progresivamente directrices más específicas sobre las circunstancias especiales en las que una denegación de conceder licencias puede constituir un abuso de posición dominante. Además, el Tribunal de Justicia, si se atiene a mis conclusiones, declarará que tales circunstancias especiales no existen en los presentes asuntos y ese resultado indicará que esa manera de aplicar el artículo 86 al ejercicio de unas facultades que entran dentro del objeto específico de un derecho de propiedad intelectual está sujeta a requisitos muy estrictos.

142. Señalaré, por último, que ITP alega que la confirmación de las sentencias del Tribunal de Primera Instancia daría lugar a *inseguridad jurídica*, tanto para los titulares de derechos de autor como para los tribunales nacionales que también pueden aplicar el artículo 86 y pueden tener problemas para determinar si se cumplen los requisitos para aplicar el artículo 86 que resultan de las sentencias del Tribunal de Primera Instancia. No puedo aceptar el punto de vista de que una situación jurídica que implica una definición más amplia de las circunstancias en que puede aplicarse el artículo 86 al ejercicio de

facultades que en principio están comprendidas dentro del objeto específico puede dar lugar a inseguridad jurídica. Esa aplicación del artículo 86 no es diferente de cualquier otra aplicación de dicho artículo.⁷⁷ Por otra parte, los órganos jurisdiccionales nacionales pueden plantear al Tribunal de Justicia cuestiones prejudiciales sobre las circunstancias precisas en que el artículo 86 es de aplicación.

143. Sin embargo, lo expuesto no resuelve necesariamente de forma definitiva la cuestión de si el artículo 86 constituye una base para exigir a las empresas que concedan licencias para sus obras protegidas por derecho de autor. En el marco de los presentes recursos se ha alegado que dicho resultado es incompatible con el Convenio de Berna para la Protección de Obras Literarias y Artísticas.

E. La cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta, indebidamente, el Convenio de Berna

144. RTE e ITP alegaron ante el Tribunal de Primera Instancia que el Convenio de Berna debe considerarse como parte del Derecho comunitario y que la Decisión de la Comisión es incompatible con el artículo 9 de dicho Convenio, relativo al derecho a reproducir la obra protegida.

77 — Véase, a este respecto, el apartado 37 de la citada sentencia Tetra Pak en el que el Tribunal de Primera Instancia consideró: «Por todo ello, una empresa no puede ampararse en el carácter pretendidamente imprevisible de la aplicación del artículo 86 para eludir la prohibición contenida en la mencionada disposición.»

145. El Tribunal de Primera Instancia, antes de entrar en la valoración jurídica de este motivo, afirma que «la Comunidad —a la cual, en el estado actual del Derecho comunitario, no se le han transmitido competencias en materia de derecho de propiedad intelectual y comercial—⁷⁸ no es parte en el Convenio de Berna de 1886, ratificado por todos sus Estados miembros» (apartados 102 de la sentencia RTE y 75 de la sentencia ITP).

146. El Tribunal de Primera Instancia pasa luego a considerar la importancia del hecho de que el Convenio es vinculante para los Estados miembros. Se refiere, en primer lugar, al artículo 234 del Tratado que prevé lo siguiente: «Las disposiciones del presente Tratado no afectarán a los derechos y obligaciones que resulten de convenios celebrados, con anterioridad a la entrada en vigor del presente Tratado, entre uno o varios Estados miembros, por una parte, y uno o varios terceros Estados, por otra». Menciona la interpretación dada por el Tribunal de Justicia al artículo 234, según la cual dicha disposición se refiere únicamente a las obligaciones contraídas por los Estados miembros en relación con terceros Estados, por lo que los Convenios celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Tratado no pueden invocarse en las relaciones entre Estados miembros con el

78 — En el marco de los presentes recursos no hay razón para examinar la cuestión de la competencia de la Comunidad en materia de derechos de propiedad intelectual y comercial, pero mencionaré que, en su propuesta de Decisión del Consejo sobre la adhesión de los Estados miembros al Convenio de Berna (DO 1991, C 24, p. 5), la Comisión dice lo siguiente: «[...] las materias tal y como se encuentran reguladas en el Convenio de Berna (Acta de París) [...] son de competencia de la Comunidad; [...] en el estado actual no es posible la adhesión de la Comunidad como tal sin una modificación que permita la adhesión de organizaciones internacionales como tales; [...] a la luz del desarrollo de los trabajos a nivel comunitario, la Comunidad como tal podría adherirse al Convenio de Berna [...]» (séptimo considerando).

fin de justificar restricciones en el comercio intracomunitario.⁷⁹

147. El Tribunal de Primera Instancia hace una distinción entre el apartado 1 del artículo 9 del Convenio de Berna, que confiere al autor el derecho exclusivo de reproducir la obra protegida, y el apartado 2 del mismo artículo, según el cual los Estados signatarios pueden permitir la reproducción de obras protegidas en ciertos casos especiales y bajo determinadas condiciones.

148. El Tribunal de Primera Instancia señala que el apartado 1 del artículo 9 fue ratificado por el Reino Unido y por Irlanda antes de adherirse a la Comunidad el 1 de enero de 1973 y que, según la interpretación del artículo 234 dada por el Tribunal de Justicia, las disposiciones que fueron ratificadas antes de la adhesión a la Comunidad no pueden, en lo que se refiere a las relaciones intracomunitarias, prevalecer sobre las disposiciones del Tratado. El Tribunal de Primera Instancia consideró que esto ya constituía una base suficiente para desestimar la alegación de que la Decisión era contraria al apartado 1 del artículo 9 del Convenio de Berna.

En lo que respecta al apartado 2 de dicho artículo, el Tribunal de Primera Instancia señala que esa disposición fue insertada en el

79 — Véanse las sentencias de 27 de febrero de 1962, Comisión/Italia (10/61, Rec. p. 1); de 14 de octubre de 1980, Burgoa (812/79, Rec. p. 2787), apartado 8, y de 11 de marzo de 1986, Conegate (121/85, Rec. p. 1007), apartado 25.

Convenio de Berna por el Acta de París de 1971, de la que el Reino Unido es parte sólo desde el 2 de enero de 1990 y la cual no ha sido ratificada por Irlanda. En lo que se refiere al Reino Unido, el Tribunal de Primera Instancia indica que la revisión de París fue ratificada después de su adhesión a la Comunidad y que, por tanto, el apartado 2 del artículo 9 no puede afectar a una disposición del Tratado, ya que los Estados miembros no pueden dejar de aplicar las normas del Tratado mediante la simple celebración de un convenio internacional, sino que deben utilizar el procedimiento de enmienda del Tratado, previsto en el artículo 236 de éste.

Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia considera que, en todo caso, procede desestimar por infundado el motivo referente a la violación del Convenio de Berna.

149. Opino que es correcto, como mostraré posteriormente, considerar que el Convenio de Berna no puede constituir una base para anular la Decisión de la Comisión. No obstante, en dos aspectos es oportuno aclarar las razones dadas por el Tribunal de Primera Instancia y extenderse sobre ellas.

150. En primer lugar, el Tribunal de Primera Instancia no actuó acertadamente en el presente contexto al hacer una distinción entre los apartados 1 y 2 del artículo 9 del Convenio. En segundo lugar, y lo que es más importante a mi juicio, no tuvo en cuenta lo relevante que puede ser el Convenio de Berna para la *interpretación* del artículo 86 del Tratado.

151. El Tribunal de Primera Instancia trató de diferente manera el apartado 1 y el apartado 2 del artículo 9 del Convenio de Berna porque consideró que el apartado 1 tenía carácter vinculante para el Reino Unido y para Irlanda desde su adhesión a la Comunidad, mientras que no ocurría lo mismo en el caso del apartado 2. Según la información que he podido obtener, esta premisa es errónea.⁸⁰ Los apartados 1 y 2 del artículo 9 fueron introducidos en el Convenio de Berna en el marco de la revisión de dicho Convenio que tuvo lugar en Estocolmo en 1967. No obstante, al igual que las demás disposiciones importantes que resultan de la revisión de Estocolmo, éstas no entraron en vigor. Fueron revisadas por el Acta de París y el artículo 9 fue ratificado por el Reino Unido a partir de la ratificación de dicha Acta. Esto significa que tanto el apartado 1 del artículo 9 como el apartado 2 del mismo artículo fueron ratificados por el Reino Unido después de su adhesión a la Comunidad y que estas disposiciones aún no han sido ratificadas por Irlanda.

152. Pero también es evidente que esa alteración de la premisa de la que parte el Tribunal de Primera Instancia para su valoración no afecta a su resultado, ya que su razonamiento relativo al apartado 2 del artículo 9 del Convenio ahora será aplicable también al apartado 1 de dicho artículo.

153. El Tribunal de Primera Instancia examinó la cuestión de la situación jurídica que resultaría si se considerase que existe

80 — Véase *Guide to the Berne Convention* (Ginebra 1978), publicada por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual.

realmente un conflicto entre el artículo 86 del Tratado y las normas del Convenio de Berna. Estimo que este enfoque del problema es demasiado estrecho. Las normas del Tratado sobre la resolución de conflictos entre disposiciones vinculantes a nivel internacional y las propias disposiciones del Tratado sólo son aplicables si se demuestra que existe conflicto entre ambas categorías de disposiciones. Esto significa que es necesario, en primer lugar, determinar si el estatuto del Convenio de Berna debe tenerse en cuenta como elemento de interpretación de las normas del Tratado por parte del Tribunal de Justicia y, en caso afirmativo, si las disposiciones del Convenio pueden ser invocadas en apoyo de determinada interpretación del Tratado.

Por tanto, el Tribunal de Primera Instancia debería haber examinado si hay que tener en cuenta las disposiciones del Convenio de Berna al interpretar el artículo 86 del Tratado y sus disposiciones de aplicación, especialmente el artículo 3 del Reglamento nº 17, con objeto, en la medida de lo posible, de evitar el conflicto entre ambas categorías de normas.

154. Estimo que es correcto interpretar el artículo 86 de conformidad con el Convenio de Berna. Hay muchos factores en favor de que se tenga en cuenta el Convenio de Berna a la hora de interpretar las normas del Tratado.⁸¹

81 — La sentencia Musik-Vertrieb Membran, en la que las partes invocaron las disposiciones del Convenio de Berna, no puede interpretarse como una desestimación de este punto de vista. Debe señalarse también a este respecto que en numerosas ocasiones el Tribunal de Justicia ha considerado que las normas del Tratado deben interpretarse a la luz del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos [véanse, entre otras, las sentencias de 28 de octubre de 1975, Rutili (36/75, Rec. p. 1219), y de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec. p. I-4069)].

155. Las normas del Convenio de Berna tienen la finalidad de garantizar a los autores un *nivel mínimo de protección*,⁸² y es un Convenio que goza de *amplio consenso internacional*.⁸³

156. *Todos los Estados miembros se han adherido* al Convenio de Berna y únicamente Irlanda y Bélgica no han suscrito aún el Acta de París de 1971. El 14 de mayo de 1992, el Consejo adoptó una Resolución con arreglo a la cual los Estados miembros de la Comunidad se comprometen a ser parte, antes del 1 de enero de 1995 y en la medida en que todavía no lo sean, del Acta de París y a garantizar el respeto efectivo de la misma en sus ordenamientos jurídicos internos.⁸⁴ La Resolución añade que redundará en interés de

82 — Los países que han ratificado el Convenio de Berna están constituidos en Unión (artículo 1). En todos los países de la Unión que no sean el país de origen de la obra, tal como se define en el apartado 4 del artículo 5, los autores gozan, por lo menos, de la protección ofrecida por el Convenio de Berna, así como de la misma protección que concedan a sus propios nacionales las leyes del país de que se trate (apartado 1 del artículo 5). El Convenio de Berna no concede una protección mínima en el país de origen de la obra si el autor es nacional de ese país. Si el autor es nacional de otro país de la Unión, tiene derecho en el país de origen a la misma protección que los autores nacionales (apartado 3 del artículo 5). Además de esto, los países de la Unión pueden determinar libremente la protección que desean conceder a las obras que tengan su origen en su propio país.

83 — Véase, por ejemplo, el primer considerando de la propuesta de la Comisión de Decisión del Consejo relativa a la adhesión de los Estados miembros al Convenio de Berna (DO 1991, C 24, p. 5) y el segundo considerando de la Resolución del Consejo, de 14 de mayo de 1992, encaminada a fortalecer la protección de los derechos de autor y derechos afines (DO 1992, C 138, p. 1).

84 — Resolución del Consejo encaminada a fortalecer la protección de los derechos de autor y derechos afines (DO 1992, C 138, p. 1). A este respecto, véase también la propuesta de la Comisión para una Decisión del Consejo relativa a la adhesión de los Estados miembros al Convenio de Berna (DO 1991, C 24, p. 5), cuyo quinto considerando dice: «La adhesión de todos los Estados miembros al Convenio de Berna (Acta de París) [...] permitirá disponer de una base de armonización común sobre la que será posible proseguir con mayor facilidad la construcción del edificio comunitario en el ámbito de los derechos de autor y derechos afines.» Véase también el artículo 1 bis de la propuesta modificada (DO 1992, C 57, p. 13) según el cual: «En el ejercicio de sus competencias en materia de derecho de autor y derechos afines, [la Comunidad] se inspirará en los principios y respetará las disposiciones del Convenio de Berna», en la versión del Acta de París.

los titulares de derechos de autor de la Comunidad gozar del nivel mínimo de protección garantizado por el Convenio en el mayor número posible de *países terceros* y, en este contexto, invita a la Comisión, al negociar acuerdos con países terceros, a prestar atención muy especial a la ratificación del Convenio por los países terceros afectados, así como al respeto efectivo de este Convenio por dichos países, o a su adhesión al mismo.

157. Hay varios ejemplos, como señala RTE, de referencias en *Derecho comunitario derivado* al Convenio de Berna como expresión de un nivel mínimo general y aceptado ampliamente (véanse la Directiva 91/250/CEE del Consejo, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador;⁸⁵ la Directiva 93/98/CEE del Consejo, de 29 de octubre de 1993, relativa a la armonización del plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines,⁸⁶ y, por último, la propuesta de la Comisión de Directiva del Consejo relativa a la protección jurídica de las bases de datos, de 15 de abril de 1992).⁸⁷

158. Finalmente, señalaré que, en los motivos que ha formulado en los presentes

85 — DO 1991, L 122, p. 42. Véanse los considerandos vigesimocuarto y vigesimonoveno, así como el apartado 1 del artículo 1 y, especialmente, el apartado 3 del artículo 6, cuyo tenor corresponde materialmente al apartado 2 del artículo 9 del Convenio de Berna.

86 — DO 1993, L 290, p. 9. Véanse los considerandos primero, cuarto, quinto, duodécimo, decimocuarto, decimoquinto, decimoséptimo y vigesimosegundo, así como el apartado 1 del artículo 1 y el apartado 1 del artículo 7.

87 — DO 1992, C 156, p. 4. Véanse los considerandos decimonoveno, vigesimosegundo y vigesimosexto, así como los apartados 1 y 2 del artículo 2.

asuntos, la propia Comisión recalca que es deseable que el ordenamiento jurídico comunitario en materia de derechos de autor se ajuste a los patrones internacionales.

159. Este es el contexto en el que debe considerarse la alegación de RTE según la cual el artículo 2 de la Decisión de la Comisión es incompatible con el artículo 86 del Tratado y con el artículo 3 del Reglamento n° 17, *en la medida en que estas disposiciones deben interpretarse a la luz del Convenio de Berna*.

160. La Comisión mantiene que el Convenio de Berna no obliga a sus partes firmantes a proteger mediante el derecho de autor una lista de títulos y horarios de programas utilitaria y desprovista de carácter literario, y hace referencia al apartado 8 del artículo 2 del Convenio que prevé lo siguiente: «La protección del presente Convenio no se aplicará a las noticias del día ni a los sucesos que tengan carácter de simples informaciones de prensa.» Alega que el Convenio de Berna no prohíbe a los países de la Unión extender a obras que no sean literarias o artísticas la protección garantizada mediante los derechos de autor, pero en tales casos no pone ninguna limitación a la manera en que dichos países regulan el ejercicio de los derechos de autor sobre tales obras.

161. La Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), que administra el Convenio de Berna, ha publicado una *Guide*

to the Berne Convention.⁸⁸ El Comentario sobre el apartado 8 del artículo 2 dice, entre otras cosas, lo siguiente: «Esta excepción simplemente confirma el principio general de que, para que una obra sea protegida, debe contener un elemento suficiente de creación intelectual. Corresponde a los órganos jurisdiccionales determinar, caso por caso, si dicho elemento concurre suficientemente y decidir si el texto es una historia narrada con cierta originalidad o si es una simple relación, árida e impersonal, de noticias y sucesos.»

La High Court irlandesa declaró que las listas de programas eran el producto de una reflexión y de un trabajo previo considerables, de conocimientos y técnicas, así como del discernimiento, y, por tanto, podían ser protegidas como obras literarias y compilaciones (apartados 10 de la sentencia RTE y 7 de la sentencia ITP). De este modo, desestimó explícitamente el punto de vista de que las listas de programas eran «simples informaciones de prensa».

Sobre esta base, procede acoger la alegación de RTE según la cual las listas de programas

gozan del nivel mínimo de protección con arreglo al Convenio de Berna.

162. RTE alega que la facultad de la Comisión de exigir a las empresas, con arreglo al artículo 86 del Tratado y al Reglamento n° 17, que concedan licencias sería incompatible con el apartado 2 del artículo 9 del Convenio de Berna, que prevé lo siguiente:

«Se reserva a las legislaciones de los países de la Unión la facultad de permitir la reproducción de dichas obras en determinados casos especiales, con tal que esa reproducción no atente a la explotación de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor.»

163. RTE alega que el apartado 2 del artículo 9 implica la condición de que las licencias obligatorias sólo pueden concederse con arreglo a una legislación específica que determine claramente cómo y cuándo pueden imponerse licencias obligatorias. Como ejemplo de legislación que cumple dicho requisito, RTE menciona la normativa recientemente adoptada por el Reino Unido, según la cual las entidades de difusión radiofónica y televisiva están obligadas a conceder licencias para sus listas de programas, y el apartado 1 del artículo 8 de la propuesta de Directiva del Consejo relativa a la protección

88 — Dice, al comienzo: «No obstante, la presente Guía no pretende ser una interpretación auténtica de las disposiciones del Convenio, ya que tal interpretación no es de la competencia de la Oficina Internacional de la OMPI, cuyo papel es ser responsable de la administración del Convenio. El único objetivo de esta Guía es presentar, del modo más simple y claro que sea posible, el contenido del Convenio de Berna y ofrecer algunas explicaciones sobre su naturaleza, objetivos y ámbito de aplicación. Corresponde a las autoridades de que se trate, y a los sectores interesados, formarse sus propias opiniones.»

jurídica de las bases de datos.⁸⁹ En cambio, según RTE, el artículo 86 del Tratado no cumple dicho requisito, ya que en vez de ser de un tenor suficientemente claro para dar a los titulares de derechos de autor una indicación adecuada sobre cuándo puede exigirseles conceder licencias, deja que dicha obligación se concrete y adapte caso a caso discrecionalmente por la Comisión.

disposición confiere a los países miembros la facultad de reducir el alcance de este derecho exclusivo de reproducción y permite que las obras sean reproducidas “en determinados casos especiales”. Pero la libertad que se les concede no es absoluta. El Convenio añade dos requisitos [...] que se aplican de manera acumulativa [...]»

164. Este punto de vista no puede acogerse.

165. El comentario que figura en la *Guide to the Berne Convention* sobre el artículo 9 dice, entre otras cosas, lo siguiente: «Sorprendentemente, este derecho [de reproducción], que constituye la esencia misma del derecho de autor, no figura en el Convenio como uno de los objetivos mínimos hasta la revisión de Estocolmo (1967). A pesar de que este derecho fue reconocido, en principio, por todos los países miembros, el problema consistía en encontrar una fórmula lo bastante amplia como para abarcar todas las excepciones razonables, pero no tan amplia que pudiera hacer ilusorio el derecho.» En lo que se refiere concretamente al apartado 2 del artículo 9, dice lo siguiente: «Esta

166. Así pues, no parece que el hecho de que el artículo 9 se refiera a las restricciones al derecho a reproducir la obra como una materia que «se reserva a las legislaciones de los países de la Unión» tenga una importancia especial por sí mismo. Considero también que el hecho de interpretar una formulación tan neutra, que pretende «abarcar todas las excepciones razonables», en el sentido de que se refiere a determinado tipo de legislación y a cierto grado de detalle, es llevar las cosas muy lejos. Como señala la Comisión, no es probable que todos los países que ratificaron el Acta de París de 1971 pretendieran de ese modo renunciar a la facultad de imponer licencias obligatorias con arreglo a las normas sobre la competencia.

89 — El apartado 1 del artículo 8 prevé lo siguiente: «No obstante el derecho reconocido en el apartado 5 del artículo 2 a impedir la extracción y reutilización no autorizadas del contenido de una base de datos, si las obras o materiales contenidos en una base de datos que ha sido puesta a disposición del público no pueden crearse, reunirse u obtenerse de otra fuente de forma independiente, se concederá mediante licencia el derecho a extraer y reutilizar, en su totalidad o en parte, las obras o materiales de dicha base de datos con fines comerciales, en condiciones equitativas y no discriminatorias.» La Comisión cuestiona este ejemplo señalando que no se refiere a la protección garantizada mediante derechos de autor, de bases de datos, sino al derecho *sui generis* de oponerse a la extracción ilegal, que no está regulado por el Convenio de Berna. Parece ser que IPO está de acuerdo con la Comisión a este respecto. No considero necesario definir mi postura sobre esta cuestión.

Creo que lo único que puede deducirse del apartado 2 del artículo 9 es que el Convenio no excluye la posibilidad de que en casos especiales pueda restringirse el derecho exclusivo de reproducir la obra, y que se deja a los países de la Unión que determinen, en sus legislaciones y de conformidad con los requisitos establecidos en dicha disposición, cómo desean valerse de esa posibilidad. Considerar que una disposición general sobre la competencia constituye la base legislativa necesaria no puede ser contrario a dicha disposición.

167. Por último, en cuanto al requisito establecido en el apartado 2 del artículo 9 que dispone que «esa reproducción no atente a la explotación normal de la obra ni cause un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del autor», parece evidente que la facultad de la Comisión, actuando con base en las normas del Tratado sobre la competencia, de exigir a las empresas conceder licencias si se cumplen los muy restrictivos requisitos que he mencionado anteriormente no puede, en general, considerarse incompatible con dicha disposición. Como señala la Comisión, la cuestión de si se cumplen esos requisitos será objeto del control jurisdiccional del Tribunal de Justicia.

En lo que respecta a la decisión específica de exigir a RTE y a ITP que concedan licencias para sus listas de programas, considero que la conclusión a la que hemos llegado anteriormente según la cual dicha decisión es incompatible con el artículo 86 del Tratado, es confirmada por el apartado 2 del artículo 9 del Convenio de Berna, especialmente porque una obligación de conceder licencias para la producción de artículos que básicamente satisfacen las mismas necesidades del consumidor que las que satisface el producto del titular de los derechos de autor, y que, por tanto, compiten con él, atentaría, en mi opinión, «a la explotación normal de la obra».

168. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia puede declarar que el Convenio de Berna no hace que sea necesario interpretar el artículo 86 del Tratado en el sentido de que impide que se exija a las empresas, basándose en

dicha disposición y en circunstancias especiales, conceder licencias para sus obras protegidas por derechos de autor.

169. En el supuesto de que el Tribunal de Justicia considerara que en circunstancias especiales puede ser incompatible con el artículo 86 negarse a conceder licencias y, en contra del resultado que he propuesto, estimase que en los presentes asuntos existen tales circunstancias especiales, examinaré a continuación los otros motivos formulados ante el Tribunal de Justicia.

F. La cuestión de la infracción del artículo 3 del Reglamento n° 17

170. El apartado 1 del artículo 3 del Reglamento n° 17 prevé lo siguiente: «Si la Comisión comprobare, de oficio o a instancia de parte, una infracción a las disposiciones del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado, podrá obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada.»

171. ITP alega que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error en su sentencia al considerar que, con base en dicha disposición, la Comisión puede exigir a las empresas que concedan licencias para sus obras prote-

gidas por derechos de autor.⁹⁰ Algunos de los argumentos formulados son una repetición de los considerados anteriormente en relación con la cuestión de si puede ser incompatible con el artículo 86 el negarse a conceder licencias, y, por lo tanto, no volverán a considerarse aquí. Antes, llegué a la conclusión de que, en circunstancias especiales, una denegación de conceder licencias puede constituir un abuso de posición dominante. Lo único que queda por examinar, como indica la Comisión, es si dicha disposición confiere a la Comisión la facultad de exigir a la empresa dominante que conceda licencias o si la Comisión no puede hacer más que exigir a la empresa que ponga fin a la infracción del artículo 86. A este respecto, suscribo totalmente las razones dadas por el Tribunal de Primera Instancia para haber tomado su decisión, y simplemente me remitiré a los apartados 70 y 71 de la sentencia ITP.

172. ITP alega también que el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente en su sentencia que el artículo 2 de la Decisión de la Comisión es conforme al principio de proporcionalidad. ITP enumera varias consideraciones que, según ella, el Tribunal de Primera Instancia debió haber tenido en

cuenta.⁹¹ Me resulta difícil ver cómo estas circunstancias pueden hacer que el hecho de exigir que se autorice a las partes interesadas, a petición de ellas y sobre una base no discriminatoria, a publicar las listas semanales de la empresa, posiblemente concediéndoles una licencia sujeta a determinadas condiciones⁹² rebasa los límites de lo que es adecuado y necesario para poner fin a una infracción del artículo 86, que, en este caso, consiste en la denegación de la empresa a conceder licencias. Por consiguiente, tampoco a este respecto veo base alguna para objetar la sentencia del Tribunal de Primera Instancia (véanse los apartados 80 y 81 de la sentencia ITP)

G. La cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia definió el mercado del producto de referencia y aplicó el concepto de posición dominante de manera incorrecta

173. En sus sentencias, el Tribunal de Primera Instancia, de conformidad con la Decisión de la Comisión, definió los mercados del producto de referencia como las listas semanales de programas y las guías de televisión en las que se publican dichas listas. Señala que constituyen mercados específicos

90 — ITP tituló «desviación de poder» la sección de su recurso que se refiere a este motivo. Esto ha sido objetado por la Comisión, que alega que, aun cuando se hubiera excedido en su competencia, ello no significaría que hubiese incurrido en una desviación de poder. Estoy de acuerdo con la Comisión en este extremo. Por lo que puedo ver, ITP no pretende que, en su Decisión, la Comisión persiguiera objetivos distintos a los establecidos en el artículo 86, sino simplemente que utilizó la facultad conferida por el artículo 3 del Reglamento n° 17 de un modo para el cual, en opinión de ITP, no existe base alguna en dicha disposición.

91 — ITP señala que la decisión le privó no sólo de su derecho exclusivo a reproducir, sino también de su derecho a comercializar por primera vez su producto, lo cual es especialmente importante cuando, como ocurre en el presente asunto, el producto es perecedero, con una vida útil de sólo diez días; que no existe reciprocidad entre ITP y los competidores (distintos de BBC y RTE) a los que se exige conceder licencias; y que muchos de estos competidores, especialmente periódicos nacionales, tienen volúmenes de negocios y beneficios muy superiores a los de ITP.

92 — Como ha recalado la Comisión, la decisión permite a las empresas exigir el pago de cánones y, cuando lo consideren necesario para proteger sus intereses legítimos, establecer dichas condiciones para la concesión de licencias.

que no pueden equipararse al mercado de la información sobre programas de televisión en general, ya que hay una demanda específica de dichos productos, tanto por parte de las empresas interesadas que quieren publicar una guía semanal de televisión de carácter exhaustivo como por parte de los espectadores que de ese modo pueden decidir con antelación las emisiones que desean seguir y planificar en consecuencia sus actividades recreativas de la semana (apartados 61 y 62 de la sentencia RTE y 47 y 48 de la sentencia ITP).

174. IPO alega que una definición del mercado del producto de referencia que se base en una división en varios submercados y mercados auxiliares es artificial e inadecuada, en la medida en que no tiene en cuenta la finalidad y naturaleza de los derechos de autor, ni la manera en que se comercializan.

175. No veo razón alguna para poner objeciones a la definición que da el Tribunal de Primera Instancia de los mercados del producto de referencia, que se basa en un examen habitual y efectuado debidamente del carácter sustituible de los productos de que se trata. Por otra parte, tengo la impresión de que, en realidad, las reservas de IPO se refieren a la cuestión de si un titular de derechos de autor puede reservarse para sí el uso, en un mercado derivado, de la obra protegida mediante los derechos de autor. No obstante, esa cuestión se refiere a la definición de cuándo existe abuso de posición dominante y, en cualquier caso, como ya he dicho en la sección f), la respuesta debe ser afirmativa.

176. Por tanto, queda por determinar si RTE e ITP ocupan sendas posiciones dominantes en el mercado definido de ese modo.

177. Es sabido que una empresa no ocupa una posición dominante por el mero hecho de ser titular de un derecho de propiedad intelectual.⁹³ Tampoco se discute que una posición dominante debe definirse como «una situación de poder económico en que se encuentra una empresa y que permite a ésta impedir que haya una competencia real en el mercado de que se trate, ofreciéndole la posibilidad de actuar en gran medida independientemente de sus competidores, de sus clientes y, por último, de los consumidores». ⁹⁴

178. IPO alega que el Tribunal de Primera Instancia consideró erróneamente en sus sentencias que las empresas ocupaban una posición dominante simplemente porque eran titulares de los derechos de autor de que se trata, sin examinar en absoluto su poder económico en el mercado. IPO alega también que, en su Decisión, la Comisión aplicó de manera incorrecta el criterio de situación de poder económico.

93 — Véanse las citadas sentencias Deutsche Grammophon, apartados 16 y 17; Sirena, apartado 16, y la sentencia de 15 de junio de 1976, EMI Records (51/75, Rec. p. 811), apartado 36.

94 — Sentencia Michelin/Comisión, antes citada, apartado 30. Véanse también, entre otras, las citadas sentencias Hoffmann-La Roche/Comisión, apartado 38, y CBEM, apartado 16.

179. En su Decisión impugnada, la Comisión expone los siguientes motivos por los que consideró que RTE e ITP ocupan una posición dominante:

«Independientemente de todo derecho de propiedad intelectual que les pueda corresponder o que, por lo menos, puedan pretender, las organizaciones de radiodifusión tienen un *monopolio de hecho* sobre la producción y primera publicación de sus listas semanales de programas. Esta es la razón por la que las listas de programas constituyen un subproducto del proceso de programación de las emisiones, que llevan a cabo y conocen únicamente los propios programadores. Además, sólo son productos comercializables cuando la propia programación está terminada (sin perjuicio de cambios de última hora), poco tiempo antes de la transmisión. Como resultado, los terceros no pueden elaborar por sí mismos listas fiables para la publicación en sus propias guías de televisión. En su lugar, los terceros tienen que obtener las listas de las propias organizaciones de radiodifusión, o de las empresas a las que se han concedido derechos sobre las listas, en este caso ITP, BBC y RTE. Por consiguiente, los terceros se encuentran en una posición de dependencia económica, que es característica de una posición dominante.

Por añadidura, el monopolio de hecho ejercido por todas las organizaciones de radiodifusión en relación con sus propias listas de programas se convierte en un *monopolio*

legal en la medida en que estas organizaciones solicitan protección con arreglo a las leyes de propiedad intelectual en el Reino Unido, y/o en Irlanda, o en la medida en que otras empresas a las que se hayan podido transferir los presuntos derechos legales invocan la misma protección [...]

Como consecuencia no puede existir en dichos mercados competencia alguna por parte de terceros» (punto 22; el subrayado es mío).

180. Considero que la Comisión ha determinado correctamente la posición de las empresas en el mercado. El factor decisivo debe ser que las guías semanales de televisión sólo pueden producirse utilizando las listas de programas para los canales de televisión que pueden recibirse en el mercado de referencia, y que las listas de programas sólo pueden ser suministradas por las organizaciones de radiodifusión que realizan la programación para sus respectivos canales de televisión y que, de este modo, tienen un monopolio de hecho en ese mercado. Los derechos de autor de las empresas no son decisivos por sí mismos, pero contribuyen a reforzar las posiciones dominantes.

181. IPO cuestiona la aplicación que hace la Comisión del concepto de monopolio de hecho. Alega que dicho monopolio se producirá siempre que existan un mercado principal y un mercado secundario y que un tercero decida unilateralmente utilizar los productos del mercado principal para llevar a cabo una actividad comercial en el mercado

secundario. Así pues, la dependencia económica está vinculada artificialmente a la intención de un tercero. IPO alega que el concepto de la Comisión de monopolio de hecho es una elaboración artificial destinada a justificar la utilización del Derecho sobre la competencia con el fin de cambiar el objeto específico de los derechos de autor.

182. Considero que este punto de vista debe desestimarse. No es cierto que existe una posición dominante siempre que hay un mercado principal y un mercado secundario. El factor determinante debe ser si la empresa de que se trata es la única fuente posible de suministro para los artículos que se producen en el mercado principal y que son necesarios para llevar a cabo una actividad comercial en el mercado secundario.⁹⁵

También sobre este extremo tengo la impresión de que las reservas de IPO se refieren en realidad a la cuestión de si un titular de derechos de autor puede reservarse el uso de la obra protegida en un mercado derivado o si esa conducta constituye un abuso de posición dominante [véase *supra* y la sección f)].

183. El Tribunal de Primera Instancia confirmó la Decisión de la Comisión sobre este punto basándose en los siguientes fundamentos:

«En lo que respecta a la posición que ocupa la demandante en el mercado de referencia, el Tribunal de Primera Instancia destaca que, gracias a sus derechos de autor sobre las listas de programas, RTE tenía el derecho exclusivo [en la sentencia ITP: gracias a sus derechos de autor sobre las listas de programas de los canales ITV y Channel Four, que le habían sido cedidos por las sociedades de televisión que explotaban dichos canales, ITV ostentaba el derecho exclusivo] de reproducir y de comercializar las citadas listas. Esta circunstancia le permitió conservar, en el momento de los hechos que se le imputan, el monopolio de la utilización de sus listas semanales en una revista especializada en sus propios programas, *RTE Guide* [en la sentencia ITP: en los propios programas de ITV y de Channel Four, *TV Times*]. De ello se deduce de forma manifiesta que la demandante ocupaba una posición dominante en la época considerada, tanto en el mercado representado por sus listas semanales como en el de las revistas en que aquéllas se publican en Irlanda e Irlanda del Norte. En efecto, los terceros, entre ellos Magill, que deseaban editar una revista exhaustiva de televisión, se encontraban en una situación de dependencia económica respecto de la demandante, que podía así oponerse a la aparición de todo tipo de competencia efectiva en el mercado de la información de avances de los programas semanales [...]» (apartados 63 de la sentencia RTE y 49 de la sentencia ITP).

184. Existe cierta justificación para las objeciones formuladas por IPO a las sentencias del Tribunal de Primera Instancia. Este

95 — Véanse las citadas sentencias *General Motors Continental/Comisión*, apartado 9; *Hugin/Comisión*, apartados 9 y 10; *CBEM*, apartados 16, 17 y 18, y *British Leyland/Comisión*, apartados 5 y 9.

último no parece haber concedido una importancia decisiva a los derechos de autor de las empresas, un enfoque que, como he mencionado más arriba, no es conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Pero, dado que, por lo demás, estoy de acuerdo con la conclusión a que llega el Tribunal de Primera Instancia y dado que éste señala que existe una dependencia económica, no creo que este factor constituya por sí mismo una razón suficiente para anular las sentencias del Tribunal de Primera Instancia.

H. La cuestión de si el Tribunal de Primera Instancia interpretó erróneamente el concepto de efectos sobre el comercio entre Estados miembros

185. RTE alega que su política en materia de licencias no afectó al comercio entre Estados miembros y que las normas comunitarias sobre la competencia no tienen la finalidad de remediar situaciones puramente internas de un Estado miembro. Si se considera insatisfactorio que en Irlanda y en el Reino Unido, a diferencia de lo que ocurre en otros Estados miembros, no exista una guía semanal de televisión de carácter exhaustivo, ese problema, según RTE, debe ser resuelto por los Estados miembros de que se trata, como ha hecho actualmente en el Reino Unido.

186. En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia considera que se cumple el requisito, establecido en el artículo 86, relativo al

efecto sobre el comercio entre los Estados miembros. Expone los siguientes fundamentos:

«En el presente caso, el Tribunal de Primera Instancia hace constar que el comportamiento denunciado modificó la estructura de la competencia en el mercado de las guías de televisión, en los territorios de Irlanda e Irlanda del Norte, hecho que afectó al flujo de los intercambios potenciales entre Irlanda y el Reino Unido.

En efecto, el hecho de que la demandante denegara a los terceros interesados la autorización para publicar sus listas semanales repercutió de manera determinante sobre la estructura de la competencia en el sector de las revistas de televisión sobre el territorio ocupado por Irlanda e Irlanda del Norte. Al dificultar, mediante su política de licencias, la edición, especialmente por Magill, de una revista exhaustiva de televisión que debía comercializarse tanto en Irlanda como en Irlanda del Norte, la demandante no se limitó a eliminar del mercado de las guías de televisión a una empresa competidora, sino que impidió toda competencia potencial en el mercado de referencia, lo que tuvo por efecto el mantenimiento de la compartimentación de los mercados de Irlanda y de Irlanda del Norte, respectivamente. Por todo lo que antecede, es indiscutible que el comportamiento discutido podía afectar al comercio entre los Estados miembros» (apartado 77 de la sentencia RTE).

187. RTE objeta la consideración del Tribunal de Primera Instancia según la cual el

comportamiento de RTE mantuvo la compartimentación de los mercados de Irlanda y de Irlanda del Norte, respectivamente. RTE señala que nunca ha obstaculizado la exportación o importación de guías de televisión y que siempre ha seguido la misma y única política en lo que respecta al suministro de listas semanales de programas y en materia de licencias, independientemente del lugar en que estuvieran establecidas las empresas interesadas.

188. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que para que se cumpla ese requisito del efecto sobre el comercio entre los Estados miembros «debe ser posible prever, con un suficiente grado de probabilidad y sobre la base de un conjunto de elementos objetivos de derecho o de hecho, que el acuerdo de que se trata pueda ejercer una influencia directa o indirecta, inmediata o potencial, sobre las corrientes de intercambio entre los Estados miembros» y de este modo obstaculizar la consecución de un mercado único entre los Estados miembros.⁹⁶ Será así no sólo cuando el comportamiento de que se trate dé lugar a una compartimentación de los mercados,⁹⁷ sino también cuando pueda demostrarse que dicho comportamiento afecta a la estructura de la competencia en el

mercado común, por ejemplo porque ocasiona la eliminación de un competidor.⁹⁸

189. La alegación de RTE de que su comportamiento no dio lugar a una compartimentación de los mercados nacionales debe, en mi opinión, ser acogida. Pero es indudable que su comportamiento *afectó a la estructura de la competencia* en el mercado común, ya que llevó a eliminar a un competidor y excluyó del mercado de referencia a nuevos competidores.⁹⁹ Esta es la consideración central en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia que, por tanto, no puede objetarse a este respecto.

96 — Sentencia de 30 de junio de 1966, *Société Technique Minière* (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359). Esta sentencia se refería al artículo 85, pero no hay ninguna razón para interpretar de diferente manera el requisito relativo a los efectos sobre el comercio, previsto en el artículo 86. Véanse también la citada sentencia *Michelin/Comisión*, apartado 104, y la sentencia de 23 de abril de 1991, *Höfner y Elser* (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 32, referentes ambas al artículo 86 y en las que el Tribunal de Justicia consideró que el requisito del efecto sobre el comercio no sólo se cumple si el comportamiento abusivo de que se trata ha afectado realmente al comercio, sino que basta con demostrar que ese comportamiento puede producir dicho efecto.

97 — Véase, a este respecto, la sentencia de 10 de diciembre de 1985, *Stichting Sigarettenindustrie* y otros (asuntos acumulados 240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, Rec. p. 3831), apartado 48.

98 — Véase la citada sentencia *Commercial Solvents*, apartado 33, en la que el Tribunal de Justicia consideró que una denegación de suministro que podía llevar a eliminar a un competidor igualmente establecido en el mercado común podía afectar a la estructura de la competencia dentro del mercado común y tener así repercusiones en el comercio entre los Estados miembros. En su sentencia de 14 de febrero de 1978, *United Brands/Comisión* (27/76, Rec. p. 207), apartados 201 y 202, el Tribunal de Justicia estimó, de modo similar, que «cuando una empresa que se encuentra en posición dominante y se halla establecida en el mercado común pretende eliminar a un competidor establecido también en dicho mercado, es irrelevante si esta conducta afecta a los intercambios entre los Estados miembros, una vez demostrado que la eliminación tendrá repercusiones en la estructura de la competencia en el mercado común». Véanse también las citadas sentencias *Hoffmann-La Roche/Comisión*, apartado 125, y *Hugin/Comisión*, apartado 17.

99 — En la vista, RTE recalcó que la cuestión de los efectos sobre el comercio debe valorarse por separado en lo que se refiere a ella, dado que la Comisión no basó su decisión en una *posición dominante conjunta*. Por sí misma, RTE no estaba en una situación en la que pudiera afectar a la estructura de la competencia en el mercado común. Sólo podía conceder licencias para sus propias listas de programas y, como no es probable que otros editores quisieran publicar una guía de televisión en la que sólo figuraran las listas de programas de RTE, el comportamiento de ésta no pudo afectar, por tanto, al comercio de guías semanales de televisión en Irlanda y en Irlanda del Norte. Este argumento debe desestimarse. El hecho de que la política de RTE en materia de licencias sólo pudiera afectar a la estructura de la competencia porque otras sociedades aplicaban la misma política en dicha materia no significa que la referida política de RTE no afectara a la estructura de la competencia.

190. No obstante, como alega RTE, y en contra de lo que mantiene la Comisión, no basta con que exista, de la manera descrita, un efecto real o potencial sobre el comercio. El Tribunal de Justicia ha establecido que dicho efecto ha de ser *apreciable*.¹⁰⁰

— sólo unos 100.000 hogares en Irlanda del Norte, lo que corresponde al 30-40 % de su población y a menos del 1,6 % del mercado de la televisión del Reino Unido, así como a menos del 0,3 % del mercado de la Comunidad, pueden recibir las emisiones de RTE, y en esa zona sólo se venden unos 5.000 ejemplares de *RTE Guide*.¹⁰¹

191. RTE alega que su política en materia de licencias sólo tiene efectos insignificantes sobre el comercio entre Irlanda y el Reino Unido. Señala que:

192. RTE alega además que, en cualquier caso, es la Comisión la que debe probar que se ha afectado apreciablemente al comercio entre los Estados miembros. RTE considera que la Comisión no ha aportado dicha prueba, ya que en su Decisión se limita a afirmar que:

— la demanda de guías de programas de televisión que contengan las listas de programas de RTE existe sólo, por la naturaleza misma de las cosas, en zonas en las que pueden recibirse las emisiones de RTE, es decir, en Irlanda y en una pequeña región fronteriza de Irlanda del Norte;

«El citado abuso afecta al comercio entre los Estados miembros porque una guía de televisión con información exhaustiva que contenga la lista del avance semanal de los programas regionales de ITP y BBC y de los de RTE se puede comercializar tanto en Irlanda como en Irlanda del Norte, lo que implicaría un comercio transfronterizo de dicha guía o guías. Además, el comercio de las propias listas con los avances semanales de programas implicaría un comercio de carácter transfronterizo» (punto 24).

— RTE no tiene programas ni anuncios comerciales ideados o emitidos para Irlanda del Norte, ya que ésta no tiene conexión por cable y, por tanto, las emisiones de RTE sólo pueden recibirse allí por «desbordamiento» (overspill);

100 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import* (22/71, Rec. p. 949), apartados 16 a 18, y de 20 de junio de 1978, *Tepea/Comisión* (28/77, Rec. p. 1391), apartados 47 a 51.

101 — RTE señala también que las ventas en el Reino Unido de la guía de televisión de RTE constituyen menos del 5 % de las ventas en Irlanda y que la experiencia que ha seguido a la puesta en práctica de la nueva política de RTE en materia de licencias demuestra hasta ahora que su política anterior no afectó al comercio intracomunitario.

RTE recalca que la Comisión no ha discutido los hechos alegados por ella, ni ha aportado, en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, ningún elemento de prueba que demuestre que el comercio fue afectado de manera apreciable.¹⁰²

193. RTE aduce que hay motivos para casar la sentencia del Tribunal de Primera Instancia, ya que éste no efectuó un examen fundamental del mercado para determinar si el comercio había sido afectado de manera apreciable, y porque no tuvo en cuenta la información sobre los hechos ni las alegaciones formuladas por RTE, ni trató estos elementos de manera adecuada.

102 — RTE señala, a este respecto, que la Decisión de la Comisión se refiere sólo al comercio entre Irlanda e Irlanda del Norte. Los elementos invocados por la Comisión en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia respecto al comercio entre Irlanda y la isla principal de Gran Bretaña no pueden, por tanto, tenerse en cuenta. La Comisión niega que haya ningún elemento nuevo y hace referencia, entre otros, a los hechos siguientes: ya en la audiencia de la Comisión, BBC afirmó que le preocupaban las importaciones desde Irlanda a Gran Bretaña de una guía de televisión en inglés; ITP expresó su preocupación al respecto en el procedimiento sobre medidas provisionales ante el Presidente del Tribunal de Justicia, y la propia RTE expresó durante dicho procedimiento su preocupación acerca de que editores ingleses publicaran una versión irlandesa de sus guías de televisión que contienen información sobre los programas de RTE. Dado que, en mi opinión, para pronunciarse sobre el presente asunto basta con tener en cuenta el comercio entre Irlanda e Irlanda del Norte, no es necesario determinar definitivamente si procede considerar unas posibles repercusiones sobre el comercio entre Irlanda y la isla de Gran Bretaña. No obstante, haré las breves observaciones siguientes: el hecho de que las organizaciones británicas de radiodifusión televisiva temiesen la importación desde Irlanda a Gran Bretaña de una *Magill TV Guide* y el hecho de que las modificaciones de la normativa británica dieran lugar a que apareciesen en el mercado irlandés guías semanales exhaustivas de televisión producidas en el Reino Unido demuestran principalmente la importancia de la política en materia de licencias aplicada por ITP y BBC, cuyos programas — a diferencia de los de RTE — podían recibirse tanto en el Reino Unido como en Irlanda. Pero, por otro lado, no es imposible que los editores irlandeses estuvieran interesados en publicar guías de televisión con información sobre los programas de ITP y de BBC sólo en la medida en que en ellos puede haber también información sobre los programas de RTE, o que en Irlanda hubiera una mayor demanda de guías de televisión de Gran Bretaña si contuvieran también información sobre los programas de RTE. Así pues, es posible que la política de RTE en materia de licencias pueda haber afectado al comercio entre Irlanda y Gran Bretaña.

194. En su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia consideró, sobre la base siguiente, que el comercio había sido afectado de manera apreciable:

«Procede destacar, además, que el importante efecto de la política denunciada sobre las corrientes de intercambios potenciales entre Irlanda y el Reino Unido es confirmado por la existencia de una demanda específica de revistas exhaustivas de televisión del tipo de *Magill TV Guide*, como lo demuestra el éxito cosechado por las revistas de televisión especializadas en los programas de un único canal de televisión ante la falta de guías exhaustivas de televisión en el mercado geográfico de que se trata en el momento de los hechos denunciados. A este respecto, debe recordarse que la política informativa sobre los programas semanales practicada por la demandante obstaculizaba la producción y la difusión de revistas exhaustivas de televisión destinadas a todos los telespectadores de Irlanda y de Irlanda del Norte. En efecto, el territorio geográfico de referencia, en el que ya existe un mercado único de servicios de radiodifusión, representa de modo correlativo un mercado único de la información sobre programas de televisión, debido especialmente a la gran facilidad de los intercambios desde el punto de vista lingüístico» (apartado 77 de la sentencia RTE).

195. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia no exige mucho para considerar que se cumple el requisito del efecto apreciable.¹⁰³ Especialmente, no existe base alguna para

103 — Como ejemplo de un caso en el que el Tribunal de Justicia estimó que no se podía considerar que el comportamiento en cuestión afectase al comercio entre los Estados miembros, véase la citada sentencia Hugin/Comisión.

exigir a la Comisión que efectúe un análisis económico de la amplitud del comercio potencial entre Estados miembros del producto de que se trata.¹⁰⁴ Opino que debe considerarse que el requisito del efecto apreciable sobre el comercio se cumple en los presentes asuntos simplemente porque se puede ver que el comportamiento de que se trata ha dado lugar a la eliminación de un competidor y excluye a los nuevos competidores que pueden querer producir un artículo para el que indudablemente habría una demanda en el mercado irlandés y en la parte del mercado de Irlanda del Norte en la que pueden recibirse las emisiones de RTE.¹⁰⁵ Por tanto, no considero que haya motivos para objetar la sentencia del Tribunal de Primera Instancia a este respecto.¹⁰⁶

104 — Véase, a este respecto, la citada sentencia Michelin/Comisión, apartados 102 a 105, en la que el Tribunal de Justicia desestimó la objeción formulada en la Decisión de la Comisión porque su argumentación se basaba en la existencia de una presunción de que el comercio resultaba afectado e indicaba que se había realizado un análisis puramente abstracto y teórico. Véase también la sentencia de 1 de febrero de 1978, Miller International Schallplatten/Comisión (19/77, Rec. p. 131), apartado 15. Consta que el Tribunal de Justicia ha considerado en varias sentencias que existía un efecto apreciable sobre el comercio sin llevar a cabo un análisis económico específico; véase, por ejemplo, la citada sentencia United Brands/Comisión, apartado 202, en la que el Tribunal de Justicia simplemente consideró que «la negativa a abastecer a un cliente asiduo y antiguo que compra para revender en otro Estado miembro influye en el movimiento habitual de los intercambios y tiene un efecto apreciable sobre el comercio entre los Estados miembros».

105 — Puede encontrarse cierto apoyo para esta conclusión en la sentencia de 25 de octubre de 1983, AEG (107/82, Rec. p. 3151), apartado 65, en la que el Tribunal de Justicia consideró que un sistema de distribución selectiva podía afectar al comercio entre los Estados miembros simplemente porque se podía comprobar que afectaba a la exportación de aparatos de televisión en color que se habían adaptado a los diferentes sistemas de transmisión de Francia y Alemania y de los que, por tanto, había una especial demanda en las regiones fronterizas de Alemania y Francia.

106 — RTE tiene razón al decir que la Comisión no se refiere expresamente en su Decisión al hecho de que el comportamiento de RTE *afectó a la estructura de la competencia* en el mercado común y, por tanto, pudo dar lugar a un efecto *apreciable* sobre el comercio. Pero eso no puede ser decisivo. De la Decisión resulta claramente que el comportamiento de RTE dio lugar a la eliminación de un competidor y excluyó de los mercados a nuevos competidores (véase el punto 23), y que el producto de que se trata era un artículo del que había una demanda potencial tanto en el mercado irlandés como en parte del mercado de Irlanda del Norte (véase el punto 24). En mi opinión, esto debe ser suficiente. Dicho de otro modo, no puede objetarse la sentencia del Tribunal de Primera Instancia basándose en que la Decisión de la Comisión debería haber sido anulada porque su motivación era insuficiente a este respecto.

I. La cuestión de la infracción del artículo 190 del Tratado

196. ITP alega que el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta el artículo 190 del Tratado al considerar que la Decisión de la Comisión estaba suficientemente motivada. Según ITP, la motivación de la Decisión era insuficiente por los siguientes motivos: la Comisión no expuso los fundamentos jurídicos que la indujeron a estimar por primera vez que el ejercicio de unos derechos de autor consistente en negarse a conceder licencias puede constituir un abuso de posición dominante contrario al artículo 86; la Comisión se limitó a afirmar que el comportamiento de que se trata no estaba comprendido dentro del objeto específico de los derechos de autor, sin exponer ninguna base ni dar ninguna explicación para tal aserto; los fundamentos que invoca actualmente la Comisión no se exponían en la Decisión, y, por último, la Comisión no explicó por qué los principios establecidos por el Tribunal de Justicia en los asuntos Warner Brothers y Volvo¹⁰⁷ no son aplicables en los presentes asuntos.

197. La Comisión alega, en primer lugar, que, si bien la obligación de motivar es una cuestión jurídica, no es deseable que el Tribunal de Justicia se vea obligado a volver a examinar cada detalle de una Decisión sobre competencia para comprobar que el Tribunal de Primera Instancia estaba en lo cierto al mantener que la Decisión estaba suficientemente motivada. La Comisión sugiere que, para evitar una repetición innecesaria a este respecto, el Tribunal de Justicia debe limitarse a examinar la sentencia impugnada a efectos de determinar si ésta contiene un error manifiesto. En segundo lugar, la

107 — Véase *supra*, a este respecto, el capítulo D, secciones b) y c).

Comisión aduce que su Decisión estaba suficientemente motivada y que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia no contiene ningún error, y en cualquier caso ningún error manifiesto, sobre este extremo.

198. En mi opinión, no hay ninguna base para considerar que el control de las sentencias del Tribunal de Primera Instancia por parte del Tribunal de Justicia debe ser más limitado en lo que se refiere a determinar si el Tribunal de Primera Instancia estaba en lo cierto al estimar que un acto jurídico estaba suficientemente motivado. Aun cuando el examen de la cuestión de si se ha cumplido la obligación de motivar implica una valoración del contexto en el que se sitúa la Decisión, considero que ello plantea una cuestión de Derecho que entra dentro de la competencia ordinaria de control que posee el Tribunal de Justicia en virtud del artículo 51 del Estatuto. Por consiguiente, es preciso examinar si la Decisión de la Comisión estaba suficientemente motivada.

199. Es jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el alcance de la obligación de motivar a que se refiere el artículo 190 es el siguiente:

«Si bien es cierto que [...] en la motivación exigida por el artículo 190 del Tratado debe constar de modo claro e inequívoco el razonamiento de la autoridad comunitaria autora del acto impugnado, de modo que, por una parte, permita a los interesados conocer las justificaciones de la medida adoptada para

que puedan defender sus derechos y, por otra, permita al Tribunal de Justicia ejercer su control, no es necesario sin embargo que esta motivación especifique todos los diferentes elementos de hecho o fundamentos de derecho pertinentes. En efecto, la cuestión de si la motivación de una Decisión cumple estos requisitos debe apreciarse no sólo a la vista de su tenor literal, sino también de su contexto, así como del conjunto de normas jurídicas que rigen la materia de que se trata.»¹⁰⁸

200. En contra de lo que alega ITP, la Comisión afirmó explícitamente en su Decisión lo siguiente: que ITP, BBC y RTE, mediante sus políticas restrictivas en materia de licencias, impidieron la introducción en el mercado de un *nuevo producto para el que existe una demanda potencial sustancial*; que estas empresas, cada una de las cuales ocupa una posición dominante en el mercado en lo que se refiere a sus propias listas de programas, se reservaron para ellas de esa forma el *mercado subsidiario* de las guías semanales de televisión; que las condiciones de concesión de licencias de las empresas, que limitaban la reproducción de las listas de programas a uno o como mucho a dos días, eran *sin lugar a dudas restrictivas*; que el comportamiento de las empresas no estaba justificado por las razones mencionadas, sino que *tenía por objeto y efecto proteger la posición de sus respectivas guías de televisión* que no competían entre sí ni con ninguna otra guía, y, por último, que, de este modo, las empresas restringieron la competencia en perjuicio de los

¹⁰⁸ — Véanse la sentencia de 26 de junio de 1986, Nicolet Instrument (203/85, Rec. p. 2049), apartado 10, y, como más reciente, la sentencia de 13 de octubre de 1993, Matsushita Electric Industrial/Comisión (C-104/90, Rec. p. I-4981), apartado 19. Véanse también las sentencias de 17 de enero de 1984, VBVB y VBVB/Comisión (asuntos acumulados 43/82 y 63/82, Rec. p. 19), apartado 22, y de 11 de julio de 1989, Belasco y otros/Comisión (246/86, Rec. p. 2117), apartados 55 y 56, a las que se refiere el Tribunal de Primera Instancia.

consumidores, lo que es contrario a la letra b) del artículo 86. Sobre esta base, la Comisión concluyó que las citadas empresas estaban utilizando sus derechos de autor como un instrumento de abuso, de una forma *que excede los límites del objeto específico* de este derecho de propiedad intelectual.

201. Así pues, la Comisión enumeró las circunstancias que en los presentes asuntos pueden justificar, llegado el caso, una interferencia en el objeto específico de los derechos de autor [véase el capítulo D, secciones e), f), g), e i)]. Se indica expresamente que la Comisión no cree que el objeto específico de los derechos de autor puede, en las circunstancias enumeradas, ofrecer protección contra la aplicación del artículo 86.¹⁰⁹ En mi opinión, esto basta para cumplir los requisitos referentes a la motivación con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, pues no veo ninguna razón por la que sean necesarios más fundamentos jurídicos o referencias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

202. Por consiguiente, no hay motivos para objetar la sentencia del Tribunal de Primera Instancia por haber considerado que la Decisión de la Comisión estaba suficientemente motivada (apartados 64 y 65 de la sentencia ITP).

¹⁰⁹ — El hecho de que la Comisión considerara la situación como si se tratara de definir los límites del objeto específico y no como una interferencia con éste no es suficiente para que su Decisión pueda ser impugnada (véase el punto 53 *supra*). Es una mera cuestión de forma que se refiere al enfoque más apropiado.

J. Costas

203. El apartado 2 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento prevé que la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte, y que si son varias las partes que pierden el proceso, el Tribunal decidirá sobre el reparto de las costas. Según el apartado 4 del mismo artículo, el Tribunal puede también decidir que una parte coadyuvante distinta de los Estados miembros y las Instituciones soporte sus propias costas.

204. Si el Tribunal está de acuerdo con lo que he propuesto, la parte que pierda el proceso en los presentes asuntos será la Comisión, apoyada por Magill.

205. En sus sentencias, el Tribunal de Primera Instancia condenó a RTE y a ITP al pago de las costas, incluidas las de la parte coadyuvante. También sobre este extremo debe ser anulada la parte dispositiva de la sentencia.

206. RTE ha solicitado que la Comisión y Magill sean condenadas en costas. ITP ha solicitado que la Comisión y/o Magill sean condenadas al pago de las costas de ITP en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia y que la Comisión sea condenada al pago de las costas de ITP en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia. IPO ha solicitado que se condene a la Comisión al pago de las costas de IPO en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia.

207. Sugiero al Tribunal de Justicia que resuelva sobre las costas de la manera siguiente:

dimiento ante el Tribunal de Justicia, Magill presentó sólo alegaciones orales, por lo que es difícil que haya hecho incurrir a RTE y a ITP en gastos especiales.

Se condena a la Comisión al pago de las costas de RTE y de ITP en los procedimientos ante el Tribunal de Primera Instancia y ante el Tribunal de Justicia, con excepción de las correspondientes a la intervención de Magill.

IPO deberá soportar sus propias costas ya que fue desestimado su motivo fundamental relativo a que el artículo 86 no puede aplicarse al ejercicio de facultades que están comprendidas dentro del objeto específico de los derechos de autor, así como su motivo independiente relativo a que el Tribunal de Primera Instancia definió el mercado del producto relevante de manera incorrecta y aplicó asimismo incorrectamente el concepto de posición dominante.

Se condena a Magill al pago de las costas ocasionadas a RTE y a ITP como consecuencia de su intervención, tanto en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia como en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia; sin embargo, consta que en el proce-

Conclusión

208. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que:

«— Anule las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1991, RTE/Comisión (T-69/89, Rec. p. II-485), e ITP/Comisión (T-76/89, Rec. 1991, p. II-575).

— Resuelva definitivamente el litigio, con arreglo al párrafo primero del artículo 54 del Estatuto del Tribunal de Justicia, y anule la Decisión 89/205/CEE de la Comisión, de 21 de diciembre de 1988, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE, resolviendo de conformidad con las medidas solicitadas por Radio Telefís Eireann y por Independent Television Publications Limited en sus recursos.

- Condene a la Comisión al pago de las costas de Radio Telefis Eireann y de Independent Television Publications Limited en los procedimientos ante el Tribunal de Primera Instancia y ante el Tribunal de Justicia, con excepción de las correspondientes a la intervención de Magill TV Guide Limited.

- Condene a Magill TV Guide Limited al pago de las costas ocasionadas, como resultado de su intervención, a Radio Telefis Eireann y a Independent Television Publications Limited en los procedimientos ante el Tribunal de Primera Instancia y ante el Tribunal de Justicia.

- Condene a Intellectual Property Owners Inc. a cargar con sus propias costas.»