

FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT  
CLAUS GULMANN  
föredraget den 1 juni 1994 \*

Sammanfattning

A —	Målsens bakgrund .....	I - 748
B —	Inledande anmärkningar .....	I - 751
C —	Avgränsning av klagomålets omfattning .....	I - 753
D —	Har förstainstansrätten felaktigt tillämpat begreppet missbruk av dominerande ställning? .....	I - 755
	a) Relevansen av begreppet upphovsrättslig särprägel i samband med ett ställningstagande till artikel 86 i fördraget .....	I - 755
	b) Upphovsrättslig särprägel .....	I - 757
	c) Möjligheten att tillämpa artikel 86 i fördraget på utövandet av rättigheter vilka följer av den upphovsrättsliga särprägel .....	I - 758
	d) Förstainstansrättens motivering för att kränkningar av den upphovsrättsliga särprägel är möjliga och om upphovsrättens väsentliga funktion .....	I - 767
	aa) Beteende i avsikt att uppnå ett syfte som uttryckligen strider mot syftet med artikel 86 .....	I - 767
	bb) Definitionen av upphovsrättens väsentliga funktion .....	I - 768
	cc) Användningen av begreppet väsentlig funktion .....	I - 769
	e) Tillkomsten av en produkt för vilken det finns väsentlig potentiell efterfrågan från konsumenternas sida .....	I - 773
	f) Utnyttjandet av dominerande ställning på en marknad i syfte att tillskansa sig en härledd marknad .....	I - 776
	g) Förekomsten av diskriminerande licenspolitik eller oskäliga licensvillkor .....	I - 779
	h) Är programöversikter verk som skall skyddas? .....	I - 780
	i) Berättigandet av att vägra licens .....	I - 783
	j) De vidare konsekvenserna av domstolens dom .....	I - 785
E —	Har förstainstansrätten felaktigt underlåtit att beakta Bernkonventionen? .....	I - 787
F —	Har artikel 3 i förordning nr 17 blivit åsidosatt? .....	I - 794
G —	Har förstainstansrätten definierat den relevanta produktmarknaden och tillämpat begreppet dominerande ställning felaktigt? .....	I - 795
H —	Har förstainstansrätten tillämpat begreppet inverkan på handeln mellan medlemsstaterna felaktigt? .....	I - 799
I —	Har artikel 190 i fördraget tillämpats felaktigt? .....	I - 803
J —	Rättegångskostnaderna .....	I - 805
	Förslag till avgörande .....	I - 806

\* Originalspråk: danska.

1. I dessa förenade mål skall domstolen ta ställning till om kommissionen genom ett beslut som baserar sig på artikel 86 i EG-fördraget kan förpliktiga företag att bevilja licens för verk som åtnjuter upphovsrättsligt skydd. Detta betyder att domstolen skall ta ställning till om det på basis av konkurrensbestämmelserna i fördraget är möjligt att under särskilda omständigheter göra intrång i den upphovsrättsliga särprägnen. Målen ställer igen den grundläggande frågan om avvägningen mellan två inbördes motstridiga intressen, å ena sidan intresset av att skydda industriella och kommersiella äganderättigheter som baserar sig på nationell rätt och å andra sidan omsorgen om obegränsad konkurrens som det är en av gemenskapens uppgifter att trygga.

2. Kommissionen ålade genom sitt beslut av den 21 december 1988 tre företag att bevilja licens till sina TV-programöversikter<sup>1</sup>. Detta beslut ändrades inte genom förstainstansrättens dom som avkunnades den 10 juli 1991<sup>2</sup>. Dessa domar har överklagats till domstolen och är nu föremål för handläggning.

1 — Kommissionens beslut 89/205/EEG om proceduren med hänsyn till artikel 86 i EEG-fördraget (IV/31.851 — Magill TV Guide mot ITP, BBC och RTE, EGT nr L 78, 1989, s. 43).

2 — Mål T-69/89, Radio Telefis Eireann mot kommissionen, Rec. 1991 II, s. 485 och mål T-76/89, Independent Television Publications Limited mot kommissionen, Rec. II, s. 575.

## A — Målens bakgrund

3. Med programöversikt avses förteckningar över kommande TV-program som innehåller uppgifter om rubrik, kanal, datum och sändningstid. De utarbetas av TV-bolagen i samband med och för användning i programplaneringen. Programöversikterna åtnjuter upphovsrättsligt skydd som litterära verk och samlingsverk i enlighet med United Kingdom Copyright Act av 1956 och Irish Copyright Act av 1963.

4. Då kommissionen fattade sitt beslut marknadsfördes det i Irlands och i Nordirlands tre veckovis utkommande TV-programblad — *TV-Times*, *Radio Times* och *RTE Guide* — som alla innehöll programöversikterna för två av de sex TV-kanaler som kunde ses i de flesta hushåll i Irland och i 30-40 procent av hushållen i Nordirland. Förutom själva programöversikterna innehöll TV-programbladen typiska programsammandrag — det vill säga uppgifter om programmets innehåll och om medverkande personer samt kommentarer, bakgrundsartiklar osv.

5. *TV Times* innehöll veckans programöversikter för kanalerna ITV och Channel Four som sändes av TV-bolag som av Independent Broadcasting Authority (nedan kal-

lat "IBA")<sup>3</sup> fått koncession för utsändning av oberoende TV-program. Tidskriften publiceras av Independent Television Publications Ltd, London, (nedan kallat "ITP") som av programproducenterna på de två kanalerna tilldelats upphovsrätten till programöversikterna. *Radio Times* innehöll veckans programöversikter för kanalerna BBC1 och BBC2 och utgavs av det helägda dotterbolaget BBC Enterprises Ltd som av moderbolaget BBC tilldelats upphovsrätten till bolagets programöversikter för veckan. I Förenade kungariket hade BBC och IBA duopol på riksomfattande TV-sändningar. *RTE Guide* innehöll veckans programöversikter för kanalerna RTE1 och RTE2 och utgavs av Radio Telefis Eireann (nedan kallat "RTE") som har lagstadgat monopol på radio- och TV-sändningar i Irland.

nedan kallat "allmänt veckovis utkommande TV-programblad". Orsaken till detta var de tre företagens licenspraxis: Dagligen och veckovis utkommande tidningar kunde gratis få använda veckans programöversikter tillsammans med eventuella programsammandrag. Dessa åtföljdes av en licens där villkoren för publicering av översikterna fastslogs. Tidningarna fick publicera översikterna för samma dag eller — om den följande dagen skulle vara en helgdag — två dagars program varvid vissa villkor angående publiceringsformatet skulle iakttas. Likaledes var det tillåtet att publicera uppgifter om "höjdpunkterna" i veckans TV-program.

6. I motsats till gemenskapens övriga medlemsstater fanns det inte på marknaden i Irland och i Nordirland något programblad som innehöll veckans förteckningar över programmen för alla kanaler som alla eller huvuddelen av TV-tittarna kunde se —

7. Det irländska förlaget Magill TV Guide Ltd (nedan kallat "Magill") började år 1985 att publicera ett veckoblad i Irland och i Nordirland som innehöll uppgifter om kommande TV-program. Till en början innehöll tidningen enbart uppgifter om veckoslutsprogram i RTE, BBC, ITV och Channel Four samt om höjdpunkterna i veckans TV-program. Då det i maj år 1986 utkom en upplaga av *Magill TV Guide* med uppgifter om hela veckans TV-program på alla kanaler som var tillgängliga i området belade en irländsk domstol — på anmodan av RTE, BBC och ITV — Magill med ett interimistiskt förbud att publicera bolagets förteckningar över programmen med motiveringen att publiceringen kränkte bolagets upphovsrätt. Detta beslut bekräftades genom en dom

<sup>3</sup> — IBA är ett offentligt bolag som stiftades för att erbjuda oberoende TV- och radiotjänster som en allmän service i Förenade Konungariket, på Isle of Man och på Kanalöarna som ett tillägg till BBC:s sändningar. IBA förmedlar kontrakt med privata företag om sändning av TV-program på ITV:s kanal. Channel Four drivs av ett dotterbolag till IBA.

som High Court avkunnade den 26 juli 1989 <sup>4</sup>.

Som en följd av detta ålade kommissionen i artikel 2 i sitt beslut ITP, BBC och RTE att upphöra med överträdelsen av artikel 86

8. Magill hade redan innan utgivningen av den allmänna utgåvan av *Magill TV Guide* inlämnat en klagan till kommissionen i enlighet med artikel 3 i rådets förordning nr 17 om tillämpningen av bestämmelserna i artiklarna 85 och 86 <sup>5</sup> i fördraget. I artikel 1 i sitt beslut av den 21 december 1988 fastslog kommissionen att "ITP:s, BBC:s respektive RTE:s policy och praxis avseende deras egna veckovisa översikter över program som kan mottagas i Irland och Nordirland utgör en överträdelse av artikel 86 försåvitt denna policy och praxis hindrar utgivningen och försäljningen av allmänna veckovisa TV-programblad i Irland och Nordirland".

"genom att på beställning och på icke-diskriminerande kriterier förse varandra och tredje parter med förhandsuppgifter om program som sänds under veckan och genom att tillåta parterna att återge dessa uppgifter. Detta krav gäller inte uppgifter som utgör tillägg till själva förteckningarna över programmen ... Om de beslutar att leverera och tillåta återgivning av uppgifterna genom licenser, skall de eventuella licensavgifterna ... vara rimliga. ITP, BBC och RTE kan likväl genom licenser som de beviljar utomstående, ställa villkor som de anser nödvändiga för att säkerställa en omfattande och högklassig bevakning av alla deras program, innefattande program av speciellt intresse för en mindre grupp och/eller av regionalt-intresse såväl som program av kulturell, historisk och informativ betydelse".

4 — High Court fastslår i sin dom att programöversikterna åtnjuter upphovsrättsligt skydd då de enligt irländsk rätt betraktas såsom litterära verk och samlingsverk. De relevanta delarna av domen citeras i punkt 10 av RTE-domen och i punkt 7 av ITP-domen. Då High Court hänvisar till "veckans programöversikter som publicerats i *RTE Guide* respektive i *TV Times*" kunde man vid första anblick bli osäker på om High Court i sin dom verkligen tar ställning till det upphovsrättsliga skyddet av det samlade material som RTE och ITP sänt på beställning, dvs. förutom själva programöversikterna även programsammandrag med mera. Magill publicerade emellertid enbart själva programöversiktorna och meddelade att man själv utförde allt nödvändigt litterärt och vetenskapligt arbete och eventuellt kommenterade programmen. Man kan därför utgå ifrån att High Court i sin dom fastslår att själva programöversiktorna, dvs. förteckningarna med uppgifter om titel, kanal, datum och sändningstid enligt irländsk rätt åtnjuter upphovsrättsligt skydd.

5 — Förordning nr 17 av den 6 februari 1962, första förordningen om tillämpning av fördragets artiklar 85 och 86, EGT nr 1959-1962, s. 81.

9. ITP, BBC och RTE väckte hos domstolen ogiltighetstalan mot kommissionens beslut. Genom beslut av den 11 maj 1989 avbröt domstolens ordförande verkställigheten av kommissionens beslut på de punkter varigenom bolagen ålades att bevilja licens för återgivning av förteckningarna över programmen <sup>6</sup>.

6 — Förenade målen C-76/89 R, C-77/89 R och C-91/89 R, Rec. s. 1141, punkt 20.

Målen hänvisades genom beslut av den 15 november 1989 till förstainstansrätten som genom dom av den 10 juli 1991 frikände kommissionen. RTE och ITP har överklagat domen till domstolen vilket däremot BBC inte gjort <sup>7</sup>.

ningen nu som allmänna veckovisa TV-programblad.

Domstolen gav genom beslut av den 6 juli 1989 Magill tillstånd att intervensera till stöd för kommissionen och genom beslut av den 25 mars 1992 Intellectual Property Owners Inc. (nedan kallat "IPO") tillstånd att intervensera till stöd för klagandena. Målen förenades genom beslut av den 21 april 1993 vad gäller det muntliga förfarandet.

10. För fullständighetens skull skall det påpekas att nya bestämmelser trädde i kraft i Förenade kungariket den 1 mars 1991 <sup>8</sup> varigenom TV-bolag förpliktades att bevilja licens för återgivning av sina förteckningar över programmen. BBC och ITP inledde marknadsföringen av sina allmänna veckovisa utkommande TV-programblad. Den irländska lagstiftningen ändrades inte. RTE har emellertid erhållit licens av BBC och ITP för marknadsföring av ett allmänt veckovisa utkommande TV-programblad och har beviljat licens för bolagets egna förteckningar över programmen <sup>9</sup>. De tre TV-programbladen *RTE Guide*, *Radio Times* och *TV Times* utkommer av den anled-

11. Upphovsrätten är av grundläggande betydelse för både den enskilde rättsinnehavaren och för samhället. Medlemsstaterna har åtagit sig internationella förpliktelser att ge upphovsmännen tillräckligt skydd för att garantera att det finns ett ändamålsenligt utrymme för deras skapande insats och har medelst upphovsrättslig lagstiftning gett innehavarna av en upphovsrätt *ensamrätt* att utnyttja det skyddade verket. Den upphovsrättsliga lagstiftningen ger med andra ord innehavaren *rätt att begränsa konkurrensen*.

12. Hur som helst får upphovsmännen inte en obegränsad ensamrätt genom den upphovsrättsliga lagstiftningen. I Bernkonventionen till skydd av litterära och konstnärliga verk — som senast reviderats genom Parisdokumentet av den 24 juli 1971 — förutses och godkänns det vissa begränsningar i ensamrätten och medlemsstaternas upphovsrättslagar innehåller också sådana begränsningar. Det kan vara fråga om bestämmelser varigenom det ges begränsad rätt till fritt utnyttjande av det skyddade verket eller det kan röra sig om bestämmelser om så kallade obligatoriska licenser som ger rätt att mot ett vederlag på ett bestämt sätt utnyttja verket. Upphovsrättsliga obligatoriska licenser utmärks vanligtvis av att tillståndet att på ett bestämt sätt utnyttja verket följer av allmänna bestämmelser i lagen, eventuellt med

7 — Se mål T-70/89, The British Broadcasting Corporation och BBC Enterprises Limited mot kommissionen, Rec. II, s. 535.

8 — Avdelning 176 i United Kingdom Broadcasting Act 1990.

9 — RTE har uppgett att det informerat om sin nya licenspolitik genom en offentlig kungörelse, men att endast BBC och ITP ansökt om och beviljats licens.

rätt att låta en offentlig myndighet avgöra en tvist om licensavgiftens storlek. Det är vanligtvis inte — som på patenträttens område — tal om att tillståndet att få göra närmare bestämt bruk av verket då det allmänna intresset så kräver ges av en domstol eller en offentlig myndighet som också närmare bestämmer villkoren.

13. I medlemsstaternas upphovsrättsliga lagstiftning har man därför gjort den nödvändiga avvägningen mellan de olika intressen samhället skall tillvarata — inberäknat behovet av att tillvarata upphovsmännens intressen å ena sidan och behovet av att försäkra ostörd konkurrens å den andra<sup>10</sup>. Härav följer naturligt att konkurrensrättsliga obligatoriska licenser — det vill säga licenser som *konkurrensmyndigheterna* med stöd av *konkurrensbestämmelserna* ålägger företagen att bevilja — i stort sett är okända i medlemsstaterna på upphovsrättens område. När upphovsrättslagen garanterar någon ensamrätt

måste den i regel respekteras i konkurrensrättslig lagstiftning<sup>11</sup>.

14. Det förhållandet att man i den nationella lagstiftningen gjort en avvägning mellan upphovsmännens intresse av konkurrensbegränsningar och konkurrensbegränsningar som är ett resultat av upphovsrättsligt skydd på nationell nivå betyder inte nödvändigtvis att man utan stöd av fördragets konkurrensbestämmelse kan göra ytterligare begränsningar på upphovsmännens ensamrätt då avsikten är att försäkra obegränsad konkurrens på en enhetlig marknad. Men det på så sätt

10 — Man får inte glömma att upphovsrätten i viss utsträckning — i likhet med de övriga immaterialrättsliga rättigheterna — även bidrar till att främja konkurrensen. Detta betonas bland annat av kommissionen i dess utlåtanden i samband med antagandet av förslaget till rådets direktiv om rättsligt skydd av dataprogram, EGT nr C 91, 1989, s. 16, där kommissionen betonade att upphovsrätten uppmuntrar till att investera intellektuella och ekonomiska resurser och bidrar därigenom till att främja den tekniska utvecklingen, vilket ligger i samhällets intresse. Vad gäller varumärken, jämför med domstolens dom av den 17 oktober 1990 (mål C-10/89, HAG GF, Rec. s. I-3711, punkt 13).

11 — Ståndpunkten i medlemsstaterna verkar vara den att konkurrensmyndigheterna inte har möjlighet att bevilja obligatoriska licenser enligt fransk, irländsk, italiensk eller portugisisk rätt medan man i tysk, belgisk, nederländsk, luxemburgsk och dansk rätt inte tagit ställning till frågan. De spanska konkurrensmyndigheterna har utnyttjat konkurrensbestämmelserna till att införa en generell plikt för de TV-bolag som har ensamrätt att sända vissa idrottsstävlingar att bevilja licens för repris. Som ovan nämnts är rättsläget i Förenade kungariket efter antagandet av Broadcasting Act 1990, genom vilken man gjort ändringar i Copyright, Designs and Patents Act 1988, det att, med beaktande av konkurrensrättsliga hänsyn och efter åtgärder som de brittiska konkurrensmyndigheterna är skyldiga att vidta, kan den behöriga ministern tillknyta upphovsrätten en så kallad klausul om licensberedskap som innebär att rättsinnehavaren inte kan förvägra intresserad part licens då vissa förutsättningar uppfylls. Hänsynen till konkurrens anses härutöver inte spela någon roll med tanke på de tvångslicenser som följer av den upphovsrättsliga lagstiftningen. Som jämförelse kan det nämnas att det på patenträttens område tycks vara så att konkurrensmyndigheterna i vissa medlemsstater, t.ex. i Spanien, Belgien och Tyskland, verkar ha möjlighet att bevilja obligatoriska licenser medan en sådan möjlighet är utesluten i andra medlemsstater, t.ex. i Frankrike, Irland, Italien och Portugal. Bara i Förenade kungariket har konkurrensmyndigheterna tilldelats en uttrycklig roll, nämligen i samband med de omnämnda klausulerna om licensberedskap medan patentmyndigheterna ändå fattar det slutliga beslutet. I vissa andra medlemsstater, t.ex. i Tyskland, Irland och Nederländerna, har patentmyndigheterna möjlighet att ta hänsyn till konkurrensfaktorer vid beviljandet av tvångslicenser medan detta är uteslutet i åter andra medlemsstater, t.ex. i Frankrike och Portugal.

beskrivna förhållandet mellan upphovsrätten och konkurrensrätten utvisar att det är naturligt att visa återhållsamhet när det uppstår frågor om att på grund av gemenskapsrättsliga konkurrensbestämmelser kränka upphovsrättsliga rättigheter.

15. Jag anser att kommissionens beslut och förstainstansrättens dom leder till ett konkret och rimligt resultat. Det finns starka skäl för att det inte skall vara möjligt för TV-bolag att på grund av upphovsrätten hindra utgivningen av allmänna veckovis utkommande TV-programblad. De upphovsrättsliga intressen som härigenom skyddas kan enligt min åsikt inte anses väsentliga och de irländska och de brittiska konsumenterna har ett uttalat intresse av att få tillgång till en produkt som är välkänd i de övriga medlemsstaterna och som utgör en förbättring i förhållande till de produkter som redan finns.

16. Detta behöver dock inte nödvändigtvis betyda att detta konkreta och rimliga resultat kan uppnås med hjälp av beslut tagna av kommissionen med stöd av artikel 86 i fördraget. Det är möjligt att resultatet enbart kan uppnås via bestämmelser som nationella lagstiftare stiftar som har skett i Förenade kungariket eller bestämmelser som antagits av gemenskapens lagstiftare.

## C — Avgränsning av klagomålets omfattning

17. RTE, ITP och IPO har yrkat att förstainstansrättens dom skall upphävas och att kommissionens beslut skall ogillas. Kommissionen har yrkat att förstainstansrättens dom skall kvarstå och i andra hand att förstainstansrättens dom skall kvarstå men att motiveringen borde ändras<sup>12</sup>.

18. RTE, ITP och IPO anför alla att förstainstansrätten felaktigt har tillämpat begreppet missbruk av dominerande ställning i artikel 86 i fördraget. RTE anför vidare att förstainstansrätten felaktigt underlåtit att ta hänsyn till Bernkonventionen och att förstainstansrätten felaktigt tillämpat begreppet inverkan på handeln mellan medlemsstaterna felaktigt. ITP anför vidare att förstainstansrätten åsidosatt artikel 3 i förordning nr 17 genom att slå fast att kommissionen har befogenhet att ålägga en innehavare av en immateriell rättighet att bevilja licenser och att förstainstansrätten åsidosatt artikel 190 i fördraget genom att slå fast att beslutets motiveringar överensstämmer med principen om rätten till försvar.

19. Vidare anför IPO att förstainstansrätten feldefinierat den relevanta produktmarknaden och felaktigt tillämpat begreppet dominerande ställning. I sina svaromål påstår RTE och ITP att även om de inte överklagat

<sup>12</sup> — Kommissionen hänvisar härvid till domstolens dom av den 9 juni 1992 (mål C-30/91 P, Lestelle mot kommissionen, Rec. s. I-3755).

förstainstansrättens dom på dessa två punkter skall inte det förhållandet förstås som om de ändrat åsikt. Det yrkas att för det fall att domstolen anser att det föreligger missbruk och på den grunden skall ta ställning till målets innehåll i enlighet med artikel 54.1 i stadgan den också skall ta ställning till dessa framställningar.

20. Kommissionen anför, och i det kan den få medhåll, att RTE och ITP inte i sina svaromål kan komma med nya juridiska argument som inte har framförts i överklagandeskrifterna (jfr med artikel 118 sammanläst med artikel 42.2 i domstolens rättegångsregler). Förhållanden vilka inte uttryckligen överklagats måste läggas till grund för domen även om domstolen på grundval av artikel 54.1 kommer till en annan slutsats.

21. Med hänsyn till att RTE och ITP inte överklagat förstainstansrättens dom på de två punkterna anser kommissionen att svaromålen inte berör dessa förhållanden och att IPO därför inte heller kan återöppna dem.

22. En intervenient kan endast intervjenera till stöd för en parts ståndpunkt (jfr artikel 37.3 i stadgan). Det är också klart att en

intervenient under överklagandeförfarandet endast kan framställa ståndpunkter som håller sig inom målets processuella omfång såsom det framlagts till förstainstansrätten (jfr artikel 51 i stadgan). IPO har uppfyllt bägge villkoren i och med att det till stöd för RTE:s och IPO:s yrkanden om ogillande av förstainstansrättens dom framför ståndpunkter som ingår i förstainstansrättens dom. Frågan är härefter om IPO saknar möjlighet att framställa yrkanden enbart av den anledningen att de inte gjorts av klagandena.

23. I artikel 93.4 i domstolens rättegångsregler står det att intervenienten måste godta målet såsom det föreligger vid tidpunkten för hans intervention. Denna bestämmelse skall inte tolkas så att en intervenient som intervjenerar i förstainstansrätten skulle sakna rätt att framställa synpunkter som inte framförts av den part som han intervjenerar till stöd för. Domstolen har slagit fast att en sådan tolkning sedermera skulle frånta interventionsproceduren allt innehåll (jfr domen av den 23 februari 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg*<sup>13</sup> och av den 22 mars 1961, *SNUPAT*<sup>14</sup>).

24. Med stöd av artikel 118 i rättegångsreglerna blir artikel 93 med vissa förbehåll också tillämplig på förhandlingarna vid domstolen i mål som gäller överklagande av förstainstansrättens avgörande. Då det i domstolens

13 — Mål 30/59, Rec. s. 3, se s. 37.

14 — Förenade målen 42/59 och 49/59, Rec. s. 103.



rättegångsregler inte finns en uttrycklig bestämmelse om det motsatta betyder detta enligt min åsikt att artikel 93 också i samband med överklagande skall tolkas så att en intervenient kan framställa ståndpunkter som klagandena inte åberopat.

tillämpade begreppsapparaten skapat problem och det är speciellt på denna punkt som förstainstansrättens dom kritiserats i litteraturen<sup>15</sup>. Jag skall i de tre följande avsnitten diskutera begreppet upphovsrättslig särprägel och i samband med min genomgång av förstainstansrättens dom i avsnitt d) ta ställning till betydelsen av begreppet väsentlig funktion.

#### D — Har förstainstansrätten felaktigt tillämpat begreppet missbruk av dominerande ställning?

25. Kommissionen konstaterar i sitt beslut att ITP:s och RTE:s beslut att förvägra licenser utgör missbruk av bolagens dominerande ställning. Detta konstaterande ansågs riktigt av förstainstansrätten. Förstainstansrätten har i sin dom utgått ifrån domstolens praxis angående förhållandet mellan fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor och de genom nationell rätt reglerade immateriella rättigheterna. Begreppen upphovsrättslig särprägel och upphovsrättens väsentliga funktion har härigenom blivit väsentliga punkter i förstainstansrättens motivering.

26. Som det framgår i det följande är detta tillvägagångssätt i grund och botten korrekt. Det finns emellertid skäl att fråga sig om den av förstainstansrätten tillämpade begreppsapparaten i alla hänseenden är fastslagen och om den tillämpats på ett lämpligt sätt. Inläggen i de aktuella överklagandena visar att den

#### a) Relevansen av begreppet upphovsrättslig särprägel i samband med ett ställningstagande till artikel 86 i fördraget

27. Domstolen har i en rad domar som angår artiklarna 30 och 36 i fördraget tagit ställning till en avvägning mellan hänsynen till fri rörlighet för varor å ena sidan och hänsynen till skyddet för immaterialrättsliga rättigheter å den andra. Domstolen gör avvägningen inom ramarna för en princip som går ut på att artikel 36 endast tillåter att den grundläggande principen om fri rörlighet för varor kan frångås enbart i den omfattning som är motiverad med tanke på skyddet för de rättighe-

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

ter som utgör särprägel hos en immaterialrättslig rättighet<sup>16</sup>.

28. Tillämpningen av begreppet upphovsrättslig särprägel är ett uttryck för den tankegång enligt vilken det för varje immaterialrättslig rättighet kan fastställas en rad kärnrättigheter som på basis av nationell lagstiftning tillkommer innehavaren av rättigheten och vars tillämpning inte berörs av bestämmelserna i fördraget.

29. Frågan är om en avvägning på grundval av artikel 86 i fördraget, dels med hänsyn till obegränsad konkurrens, dels till skyddet för immaterialrättigheterna, på samma sätt kan grundas på ett bestämmande av vad som utgör den upphovsrättsliga särprägel hos den aktuella immaterialrättsliga rättigheten.

30. Förstainstansrätten har i sina domar besvarat frågan jakande genom att uttala "att bara sådana begränsningar av fri rörlighet för varor och tjänster som oåterkalleligt är förbundna med skyddet för den intellektuella äganderättens egentliga innehåll är tillåtna på

basis av gemenskapens lagstiftning." (punkt 69 i RTE- domen, punkt 54 i ITP- domen)<sup>17</sup>.

31. Resultatet är mot bakgrund av domstolens praxis riktigt.

I sin dom av den 13 juli 1966, Consten och Grundig<sup>18</sup>, tog domstolen ställning till tillämpligheten av artikel 85 i fördraget — i vilken konkurrensbegränsande avtal förbjuds — på utöandet av nationella varumärkesrättigheter. Domstolen utgick ifrån artikel 222 i fördraget som lyder: "Detta fördrag skall inte i något hänseende ingripa i medlemsstaternas egendomsordning" och skilde därefter mellan *förekomsten* av de varumärkesrättsliga rättigheterna, som inte berörs av artikel 85, och *utöandet* av desamma, som begränsas så långt det är nödvändigt för upprätthållandet av förbudet i artikel 85. Samma tankegång kom med andra ord fram i domstolens

16 — Se t.ex. domstolens dom av den 8 juni 1971 (mål 78/70, Deutsche Grammophon, Rec. 125) som handlade om en rättighet som är besläktad med upphovsrätten, av den 31 oktober 1974 (mål 15/74, Centrafarm mot Sterling Drug, Rec. s. 1147) som berörde patent och av 31 oktober 1974 (mål 16/74, Centrafarm mot Winthrop, Rec. s. 1183) som berörde varumärken.

17 — Förstainstansrättens argumentation på denna punkt är dock inte helt övertygande. Förstainstansrätten härleder det nämnda resultatet från "artikel 36 såsom bestämmelsen tolkats av domstolen i ljuset av de mål som eftersträvas genom artiklarna 85 och 86 och genom bestämmelserna om fri rörlighet för varor och tjänster". Det är riktigt att domstolen fastslagit att artiklarna 30 och 36 skall tolkas "i ljuset av den i artiklarna 2 och 3 i Romfördraget givna avgränsningen av gemenskapens mål och verksamhet", jämför domstolens dom av den 9 februari 1982 (mål 270/80, Polydor, Rec. s. 329, punkt 16) och "att artiklarna 2 och 3 i fördraget handlar om upprättandet av en marknad där varorna kan röra sig fritt under fria konkurrensvillkor ... vilket innebär att också konkurrenshänsynen, jämför artikel 3 f i fördraget, skall tas i betraktande" i samband med tolkningen av dessa bestämmelser, jämför dom av den 19 mars 1991 (mål C-202/88, Frankrike mot kommissionen, Rec. s. I-1223, punkt 41). Att det i samband med tolkningen av artikel 36 skall tas hänsyn till fördragets mål om fria konkurrensvillkor leder enligt min åsikt inte till den motsatta slutsatsen att begreppet särprägel nödvändigtvis är relevant vid en analys av artikel 86.

18 — Förenade målen 56/64 och 58/64, Rec. 1965—1968, s. 245.

dom av den 29 februari 1968, Parke, Davis, som berörde både artikel 85 och 86<sup>19</sup>.

Volvo mot Veng, som berörde artikel 86 i fördraget<sup>23</sup>).

Skillnaden mellan den immaterialrättsliga rättighetens förekomst och dess tillämpning har upprepats i en rad domar som berör såväl konkurrensregler som bestämmelser om fri rörlighet för varor<sup>20</sup>. Det framgår av det sistnämnda att begreppet upphovsrättslig särprägel har utvecklats för att skapa denna skillnad<sup>21</sup>. Utövatet av befogenheter som hör under en immateriell rättighets upphovsrättsliga särprägel berör dess existens. Skillnaden mellan existens, utövande och tillämpning av begreppet den upphovsrättsliga särprägel är med andra ord ett grundläggande uttryck för samma tankegång. Enligt min åsikt har skillnaden mellan existens och tillämpning av den anledningen ingen självständig betydelse vid lösningen av konkreta avgränsningsfrågor. I senare domar som berör fri rörlighet för varor har domstolen inte ansett det nödvändigt att specifikt hänvisa till denna åtskillnad<sup>22</sup>.

Också i senare domar som berör konkurrensreglerna har domstolen utgått ifrån definitionen av de rättigheter som utgör den upphovsrättsliga särprägel (se i synnerhet domstolens dom av den 5 oktober 1988,

32. Man måste således i samband med att man tar ställning till de föreliggande målen utgå ifrån begreppet upphovsrättslig särprägel. Begreppet används i domstolens praxis synonymt med begreppen upphovsrättens egentliga innehåll och upphovsrättsinnehavarens väsentligaste sär rättigheter<sup>24</sup>.

#### b) Upphovsrättslig särprägel

33. Då förstainstansrätten fastslagit begreppet upphovsrättslig särprägel har den i synnerhet hänvisat till domstolens dom av den 17 maj 1988, Warner Brothers, där domstolen konstaterade att litterära och konstnärliga verk kan utnyttjas kommersiellt antingen då de framförs offentligt eller då det framställs kopior av dem och de marknadsförs, och fastslog härefter att "upphovsmannens väsentligaste sär rättigheter — nämligen ensamrätten till att framföra verket och att

19 — Mål 24/67, Rec. 1965-1968, s. 457.

20 — Se i detta sammanhang domstolens dom av den 18 februari 1971 (mål 40/70, Sirena, Rec. 7, punkt 5).

21 — Se i synnerhet domstolens dom av den 8 juni 1971 (mål 78/70, Deutsche Grammophon, Rec. s. 125, punkt 11), av den 23 maj 1978 (mål 102/77, Hoffmann-La Roche mot Centrafarm, Rec. s. 1139, punkt 6), och av den 22 januari 1981 (mål 58/50, Dansk Supermarked, Rec. s. 181, punkt 11).

22 — Se i synnerhet domstolens dom av den 17 oktober 1990 (mål C-10/89, SA CNL-SUCAL NV mot HAG, Rec. s. I-3711) och jämför med generaladvokat Jacobs förslag till avgörande i målet, punkt 11.

23 — Mål 238/87, Rec. s. 6211, punkt 8. Jämför också domstolens dom av den 5 oktober 1988 (mål 53/87, CICRA mot Renault, Rec. s. 6039, punkterna 11 och 15). Beträffande artikel 85, se domstolens dom av den 25 februari 1986 (mål 193/83, Windsurfing, Rec. s. 611, punkt 45).

24 — Det är inte ändamålsenligt att på detta sätt använda olika terminologi. Detta framgår inte minst av den begreppsförvirring som — såsom nedan skall nämnas — har uppstått i de aktuella målen. ITP har enligt min åsikt med rätta kritiserat förstainstansrättens dom försviit det i punkt 54 hänvisas till den intellektuella äganderättens egentliga innehåll ("la substance même"), i punkt 55 hänvisas till upphovsrättslig särprägel ("l'objet spécifique") samtidigt som domen i Warner Brothers-målet, där formuleringen upphovsmannens väsentligaste sär rättigheter ("les deux prérogatives essentielles") citeras. Slutgiltigt hänvisar man i punkt 59 till upphovsrättens egentliga innehåll (de motsvarande punkterna i RTE-domen är 69, 70 och 74).

framställa exemplar därav — ifrågasätts inte av bestämmelserna i fördraget.”<sup>25</sup> (punkt 70 i RTE-domen, punkt 55 i ITP-domen).

34. Det råder enighet om att *ensamrätten till att framställa exemplar* av det skyddade verket — eller som förstainstansrätten också uttryckt saken, ensamrätten till reproduktion av verket — utgör en del av den upphovsrättsliga särprägel.

35. RTE, ITP och IPO har kritiserat förstainstansrättens dom för att det i denna konstaterades att upphovsrättens ”väsentliga funktion är att försäkra [det ideella]<sup>26</sup> skyddet för upphovsmannens verk och att belöna hans kreativa insats.” (punkt 71 i RTE-domen, punkt 56 i ITP-domen). Det anförs att förstainstansrätten härigenom ändrat definitionen av begreppet upphovsrättslig särprägel och ”glömt bort” ensamrätten att framställa exemplar och den härtill bundna rätten till den första kommersiella användningen av ett verk.

36. Denna kritik av förstainstansrättens dom är inte berättigad. Som kommissionen anfört är begreppet *väsentlig funktion* som till danska översatts även med *avgörande funktion* [väsentlig funktion]<sup>27</sup> är ett begrepp som skiljer sig från begreppet upphovsrätts-

lig särprägel. De två begreppen har olika syfte. Domstolen har i sin praxis beträffande artiklarna 30 och 36 i fördraget använt de två begreppen samtidigt och slagit fast att det i samband med fastställandet av den tillräckliga räckvidden av de rättigheter som tillkommer innehavaren av en immateriell rättighet, det vill säga i samband med avgränsningen av den upphovsrättsliga särprägel, måste tas hänsyn till rättighetens väsentliga funktion<sup>28</sup>.

37. Det är därför inte motstridigt att dels fastslå att den upphovsrättsliga särprägel omfattar ensamrätten till framställning av kopior och den härtill knutna rätten att till det första kommersiella användningen av verket, dels att upphovsrättens väsentliga funktion är att försäkra att innehavaren erhåller ideellt skydd av verket och att belöna hans kreativa insats.

c) *Möjligheten att tillämpa artikel 86 i fördraget på utövandet av rättigheter vilka följer av den upphovsrättsliga särprägel*

38. Det är tydligt att ensamrätten till framställning av exemplar av det skyddade verket motsvaras av en rätt att vägra licens. Rätten att vägra licens ingår således i den upphovsrättsliga särprägel. Detta bekräftas av domstolens dom av den 5 oktober 1988, Volvo mot Veng<sup>29</sup> som berör mönsterskyddade produkter. Domstolen fastslog i domen att

25 — Mål 158/86, Rec. s. 2605, punkt 13. Se också domstolens dom av den 24 januari 1989 (mål 341/87, EMI Electrola, Rec. s. 79, punkt 7).

26 — I de engelska utgåvorna av förstainstansrättens dom används uttrycket "protect the moral rights in the work" och i de franska översättningarna hänvisas det till "la protection morale de l'oeuvre" (mina kursiveringar). Därför är det mera korrekt att på danska använda uttrycket "den ideelle beskyttelse af værket", dvs. det ideella skyddet för verket.

27 — "La fonction essentielle" har i förstainstansrättens dom översatts till danska med "væsentlige formål". Om det i det följande inte är fråga om direkta citat, kommer jag att använda beteckningen väsentlig funktion som jag använt i mitt förslag till avgörande av 9.2.1994 (mål C-9/93, IHT Internationale Heiztechnik GmbH mot Ideal-Standard GmbH, Rec. s. I-2789, I-2793).

28 — Se i synnerhet domstolens dom av den 17 oktober 1990 (mål C-10/89, HAG GF, Rec. I, s. 3711, punkt 14).

29 — Mål 238/87, Rec. s. 6211.

”en förpliktelse för innehavaren av e.t skyddat mönster att — även mot en rimlig licensavgift — bevilja utomstående licens för leverans av produkter som omfattas av mönsterskyddet skulle innebära att ensamrätten förlorade sitt egentliga innehåll” och ”att vägran att bevilja en sådan licens inte i sig kan utgöra missbruk av dominerande ställning.” (Punkt 8, min kursivering).

39. Det är i så fall också i de föreliggande målen obestritt att utövandet av ensamrätten till framställning av exemplar genom vägran att bevilja licens inte i sig utgör missbruk av dominerande ställning. Kommissionen anför att den är enig i denna fråga.

40. Den centrala och principiella tvisten i målen är om och vid jakande svar under vilka omständigheter som licensvägran — det vill säga utövandet av en rättighet som omfattas av upphovsrättslig särprägel — denna utgångspunkt till trots kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Frågan är om det kan finnas sådana *särskilda omständigheter* i förbindelse med licensvägran att denna inte längre kan anses utgöra en *licensvägran som sådan*. Om artikel 86 kan tillämpas i de fall i vilka det dominerande företaget *inte gjort annat än förvägrat licens* men då det i förbindelse med licensvägran har funnits särskilda omständigheter innebär detta att överträdelsen av artikel 86 enbart kan avbrytas genom att bevilja licens. Kravet på licens betyder såsom domstolen slagit fast i målet Volvo mot Veng att *rättigheter som ingår i den upphovsrättsliga särprägel*n

*kränks*. Innehavaren av upphovsrätten kan inte längre förbehålla sig ensamrätten till framställningen av exemplar av det skyddade verket utan får nöja sig med att uppbära licensavgifter.

41. RTE och ITP anför med stöd av IPO att de *inte gjort något annat än att förvägra licens* och att ett sådant utövande av befogenheter som omfattas av upphovsrättslig särprägel aldrig kan beröras av artikel 86.

42. Kommissionen anför att sådant utövande av rättigheter som omfattas av den upphovsrättsliga särprägel n kan stå i strid med artikel 86 då utövandet sker under särskilda omständigheter. Kommissionen betonar att den upphovsrättsliga särprägel n inte är befriad från laga ansvar och att det inte bör vara omöjligt att vidta åtgärder mot missbruk av dominerande ställning enbart av den anledningen att orsaken till missbruket är en immateriell rättighet.

43. Kommissionen betonar i synnerhet att det är naturligt att utgå ifrån domstolens praxis beträffande artiklarna 30 och 36 i fördraget men att praxis inte är avgörande då man tar ställning till artikel 86, eftersom det är viktigt att hålla i minnet att de två artiklarna har skilda funktioner och syften. Även om nationell lagstiftning som reglerar ifrågasvarande immateriella rättigheter är förenlig med artikel 36 utesluter detta inte att artikel 86 kan tillämpas på utövandet av vissa av dessa rättigheter. Artiklarna 30 och 36 riktar sig till medlemsstaterna och öppnar möjligheter till en bedömning av om de nationella

bestämmelserna begränsar rörligheten av varor. Artikel 86 riktar sig till dominerande företag vilka i sitt kommersiella beteende skall uppnå en högre standard än andra företag. De undersökningar som skall genomföras och de kriterier som skall tillämpas är därför inte lika i förhållande till artiklarna 30 och 36 respektive artikel 86. En undersökning med hänsyn till artiklarna 30 och 36 är generell och gäller fall som faller under ifrågavarande bestämmelser, medan en undersökning på grundval av artikel 86 enbart avser ett bestämt fall varvid det skall tas hänsyn till alla särskilda omständigheter som har samband med detta.

44. Domstolens praxis utvisar såsom omnämnts i avsnitt a) att samma utgångspunkt gäller då man tar ställning till utövandet av immateriella rättigheter med hänsyn till artiklarna 30 och 36 i fördraget såväl som artikel 86 i fördraget, nämligen att det kan fastslås en rad centrala rättigheter som i förhållande till nationell rätt tillkommer innehavaren av en viss immateriell rättighet och vilkas utövande inte berörs av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor eller om obegränsad konkurrens. Frågan är om denna utgångspunkt kan preciseras så att utövandet av rättigheter som sker under särskilda omständigheter kan stå i strid med fördragets bestämmelser.

45. Eftersom begreppet upphovsrättslig särprägel just har till syfte att definiera de rättigheter som inte skall beröras av fördragets

bestämmelser är det naturligt att det omedelbart ger upphov till svårigheter att acceptera att man med stöd av artikel 86 skulle kunna kränka rättigheter som omfattas av den upphovsrättsliga särprägel.

46. Denna reaktion verkar emellertid först och främst bero på en otillfredsställande tolkning av domstolens tillämpning av begreppet upphovsrättslig särprägel i sin praxis angående artiklarna 30 och 36. Det är således inte så att en av domstolen fastslagen definition av upphovsrättslig särprägel är absolut i den meningen att allt utövande av rättigheter som omfattas av den upphovsrättsliga särprägel härefter är befriad från laga ansvar i förhållande till artikel 30. Domstolens praxis visar för det första att det kan uppstå frågor om vissa rättigheter — nya på det sättet att de inte med säkerhet ingår i domstolens definition av begreppet upphovsrättslig särprägel — bör eller inte bör anses omfattas av definitionen<sup>30</sup>. Domstolens praxis visar för det andra också — och det är det väsentliga i det föreliggande sammanhanget — att det kan uppstå frågor om en rättighet, som i princip omfattas av den upphovsrättsliga särprägel, har utövats under sådana omständigheter att utövandet skapar ett oacceptabelt hinder för fri rörlighet för varor och därför inte kan anses omfattas av den immaterialrättsliga särprägel.

47. Domstolens praxis angående artiklarna 30 och 36 visar således att det är möjligt och

30 — Se t.ex. domstolens dom av den 17 maj 1988 (mål 158/86, Warner Brothers, Rec. s. 2605).

kan vara nödvändigt att ange om en rättighet omfattas av den upphovsrättsliga särprägelns också när den utövas under mer bestämda omständigheter. Domstolen har i flera mål låtit förstå att det kan vara nödvändigt att bedöma om ett beteende — utövandet av en rättighet som omfattas av den upphovsrättsliga särprägelns — kan förvägras skydd på grund av att det anses utgöra orimligt utövande av en rättighet i och med att det kan leda till konstgjorda uppdelningar av den gemensamma marknaden.

48. Domstolen har i några fall formulerat sin dom på ett sätt som gör att denna precisering framstår som ett egentligt undantag från — som en *kränkning av — en rättighet som omfattas av den upphovsrättsliga särprägelns* hos en viss immaterialrättighet. Men domstolen behandlar allmänt sådana situationer som en fråga om att närmare *ange om en rättighet omfattas av den upphovsrättsliga särprägelns också i de fall den utövas under mer bestämda omständigheter.*

49. Ett exempel på en dom som utformats på det förstnämnda sättet är en dom av den 23 maj 1978, Hoffmann-La Roche mot Centrafarm<sup>31</sup>, där domstolen fastslog att varumärkets väsentliga funktion är att garantera varans ursprung gentemot konsumenten och att rätten att motsätta sig varje användning av ett varumärke som kan äventyra ursprungs-garantin till följd av detta hör till dess särprägel (punkt 7). Domstolen fortsatte med att konstatera att det därför på grundval av arti-

kel 36.1 är motiverat att ge innehavaren rätt att motsätta sig att en importör av en märkesvara efter omförpackning utan tillstånd av innehavaren bjuder ut varan i den nya förpackningen (punkt 8). Ett sådant utövande av rättigheter som ingår i den upphovsrättsliga särprägelns kan emellertid utgöra en dold begränsning av handeln i strid med artikel 36.2, om det är möjligt att fastställa att innehavarens användning av varumärkesrätten med hänsyn till det marknadsföringssätt som används — till exempel att samma vara marknadsförs i olika förpackningar i de olika medlemsstaterna — bidrar till att det uppstår en konstgjord uppdelning av handeln mellan medlemsstaterna (punkterna 9 och 10). Under sådana omständigheter och under förutsättning att varumärkets väsentliga funktion som garanti för varans ursprung inte äventyras i och med att omförpackningen inte påverkat varans ursprungliga natur skall det anses oförenligt med artikel 36 att innehavaren utövar sin rätt att motsätta sig import av omförpackade varor (punkterna 10, 11 och 12)<sup>32</sup>.

50. Domstolen har i sin dom av den 14 september 1982, Keurkoop mot Nancy Kean Gifts<sup>33</sup>, tydligt motiverat varför det i situationer där det finns särskilda omständigheter kan vara nödvändigt att närmare ange omfattningen av den immaterialrättsliga särprägelns. Domstolen konstaterade i domen "att det i artikel 36 införda skyddet för den industriella och den kommersiella äganderät-

31 — Mål 102/77, Rec. s. 1139.

32 — Se motsvarande domstolens dom av den 10 oktober 1978 (mål 3/78, Centrafarm mot American Home Products, Rec. s. 1823).

33 — Mål 144/81, Rec. s. 2853. Beträffande andra domar där detta varit den centrala frågan, se de domar som omnämns nedan i avsnitt d), underrubrik cc).

ten skulle mista sin betydelse om någon annan en den som är innehavare av mönster-rätten i en medlemsstat kunde erhålla tillstånd att sälja en vara med samma utseende som det skyddade mönstret.” (Punkt 22). Efter att ha betonat att hinder för fri rörlighet för varor skall grundas på skyddet för de immaterialrättsliga rättigheterna och i synnerhet inte får utgöra en dold begränsning av handeln, jfr artikel 36.2, uttalade domstolen följande:

”Artikel 36 har således till syfte att betona att hänsynen till fri rörlighet för varor och kravet på respekt för industriella och kommersiella äganderättsliga rättigheter jämkas så att skyddet tilldelas det rättmätiga utövandet av de genom den nationella lagstiftningen garanterade rättigheterna vilket innebär godkännande av sådana importförbud som är ’motiverade’ på grundval av denna artikel, medan skyddet kan förvägras allt sådant *orimligt utövande* av de omnämnda rättigheterna som kan upprätthålla eller skapa konstgjorda uppdelningar på den gemensamma marknaden<sup>34</sup>. Utövandet av de industriella och kommersiella äganderättsliga rättigheter som följer av den nationella lagstiftningen får därför begränsas i den omfattning som är nödvändig med tanke på denna jämkning.” (Punkt 24, min kursivering).

Mot denna bakgrund och med hänvisning till sin fasta praxis angav domstolen sin utgångspunkt så, att innehavaren av en immaterial-

rättslig rättighet inte kan åberopa sina rättigheter som baserar sig på en medlemsstats lagstiftning i syfte att motsätta sig import eller marknadsföring av en vara som lagligen införts på marknaden i en annan medlemsstat av innehavaren själv, med hans samtycke eller av en person som står i rättsligt eller ekonomiskt beroendeförhållande till innehavaren av ensamrätten (konsumtionsprincipen)<sup>35</sup>.

51. När domstolens praxis beträffande artiklarna 30 och 36 visar att den av domstolen fastställda definitionen av den upphovsrättsliga särprägelns inte är absolut i den meningen att allt utövande av rättigheter som omfattas av den upphovsrättsliga särprägelns är befriad från laga ansvar i förhållande till artikel 30, ligger det nära till hands att anta att också artikel 86 kan beröra rättigheter som i prin-

35 — Som det framgår av dessa två exempel utgår domstolen i domar av detta slag från artikel 36.2 i fördraget, enligt vilken i övrigt motiverade handelshinder inte får utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller en dold begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Detta kan utgöra bakgrunden till att domstolens praxis ibland — men enligt min åsikt inte alltid ändamålsenligt — sammanfattas så att utövandet av en rättighet som härrör sig från den upphovsrättsliga särprägelns kan var oförenlig med artiklarna 30 och 36 i fördraget om rättigheten *missbrukas*. Se t.ex. förslag till avgörande föredraget av generaladvokat Mischo den 21 juni 1988 [mål 53/87, CICA mot Renault, Rec. s. 6039, punkt 20 c], som med hänvisning till domstolens dom i målet Keurkoop mot Nancy Kean Gifts lydde: ”När innehavaren av en mönsterrätt ’missbrukar’ sin rätt att motsätta sig importen (dvs. en rättighet som i sig härstammar från ensamrättens särskilda innehåll), kan han inte omfattas av undantaget från principen om fri rörlighet av varor, jfr artikel 36.” Se också förslag till avgörande föredraget av generaladvokat Tesouro den 9 juni 1993 (mål C-317/91, Deutsche Renault, Rec. s. I-6227, punkt 8), där det anförs: ”Det framgår nämligen av rättspraxis att artiklarna 30 och 36 uteslutande hindrar att de ifrågavarande rättigheterna utövas på ett sätt som är *ett tydligt uttryck för missbruk*” och där det hänvisas till konsumtionsprincipen som det viktigaste exemplet på denna praxis. Domstolens fastslog i sin dom i detta mål att ”syftet med artikel 36.2 är att hindra att restriktioner av handeln som baserar sig på de i den första punkten anförda motiveringarna *missbrukas i andra syften* och utnyttjas till diskriminering av varor från andra medlemsstater eller till ett indirekt skydd för nationella produkter” (punkt 19, min kursivering).

34 — Förstainstansrätten hänvisar i sina domar till domstolens dom i målet Keurkoop mot Nancy Kean Gifts. I sina indirekta citat av punkterna tillägger förstainstansrätten emellertid — och såvitt man kan förstå för egen räkning — ”eller skada konkurrensen på den gemensamma marknaden” (punkt 67 i RTE-domen; punkt 52 i ITP-domen).



cip omfattas av den upphovsrättsliga särprägel­n när dessa rättigheter utövas under sär­skilda omständigheter <sup>36</sup>.

52. Såsom kommissionen påpekat är det i detta sammanhang viktigt att det är skillnad på tillämpningsområdet för artiklarna 30 och 86 så, att medan artikel 30 berör alla före­tag <sup>37</sup> så kan artikel 86 endast tillämpas på dominerande företag. Det är utan tvivel så att dominerande företag i sitt kommersiella beteende måste uppnå en högre standard än andra företag <sup>38</sup>. Många former av kommersi­ellt beteende kan i själva verket endast ha en korrekt inverkan på den gemensamma mark­nadens funktion såframt de dominerande

36 — Man skulle kunna överväga om det skulle kunna tillmätas någon betydelse att artikel 86 inte innehåller en bestämmelse som motsvarar artikel 36.2. Tankegången skulle vara att den modifiering som saknas av den utgångspunkt som fastslås i artikel 222 i fördraget betyder att rättigheterna under särprägel, i motsats till vad som gäller i förhållande till artiklarna 30 och 36, är absolut befriade från laga ansvar när det handlar om tillämpningen av artikel 86. Jag anser att åsikten kan avvisas med hänvisning till att artikel 86 i sig är en bestämmelse som berör missbruk av rättigheter. Detta finner — som framgår nedan — stöd i domstolens praxis.

37 — Det är tydligt att artiklarna 30 och 36 i fördraget riktar sig till medlemsstaterna och ställer krav på innehållet i deras lagar. Men i verkligheten syftar domar med ovan nämnda innehåll till att förbjuda företags missbruk av de rättigheter som de har på grundval av nationella lagar som i övrigt anses förenliga med artiklarna 30 och 36 i fördraget. De nationella lagarna blir oförenliga med artiklarna 30 och 36 i fördraget såvitt de ger möjlighet till att rättigheter, som i princip omfattas av särprägel, kan utövas under ifrågavarande särskilda omständigheter.

38 — Se domstolens dom av den 9 november 1983 (mål 322/81, Michelin, Rec. 3461) där domstolen uttalade att "det faktum att det fastslås att det föreligger dominerande ställning, är således inte i sig samma sak som kritik av det berörda företaget, utan betyder endast att detsamma, oberoende av orsakerna till den ställning det har, har en särskild plikt att se till att det inte genom sitt beteende skadar en effektiv och obegränsad konkurrens på den gemensamma marknaden." (Punkt 57).

företagen betar sig på ett sådant sätt <sup>39</sup>. En rad åtgärder har med andra ord endast betydelse om de vidtas av ett dominerande före­tag. Detta innebär att ett närmare bestämt utövande av rättigheter som i princip omfat­tas av den upphovsrättsliga särprägel­n kan vara oförenlig med artikel 86 även om samma åtgärd kan godtas på grundval av artiklarna 30 och 36.

53. Av samma orsak är det mest ändamålsen­ligt att de begränsningar som med stöd av artikel 86 ålagts företagen för utövandet av rättigheterna enligt de nationella immaterial­rättsliga lagarna behandlas som undantag från — ingrepp i — den ifrågavarande imma­terialrättsliga särprägel­n och inte såsom, när man tar ställning till artiklarna 30 och 36, då de framstår som preciseringar av omfatt­ningen av den upphovsrättsliga särprägel­n. Det bör hållas fast vid att begreppet upp­hovsrättslig särprägel i huvudsak har samma innehåll och funktion i förhållande till för­dragets bestämmelser om fri rörlighet för varor som reglerna om obegränsad konkur­rens. Icke-dominerande företag skall också i fortsättningen kunna utöva ifrågavarande rättigheter utan att bryta mot fördraget i och med att de omfattas av den ifrågavarande immaterialrättsliga särprägel­n och i och med att ifrågavarande särskilda omständigheter

39 — Som kommissionen påpekat kan allmänt förekommande beteende, som inte beror på att det ifrågavarande företaget intar dominerande ställning, inte desto mindre utgöra miss­bruk av denna ställning, se domstolens dom av den 13 februari 1979 (mål 85/76, Hoffmann-La Roche, Rec. s. 461) och förstainstansrättsens dom av den 10 juli 1990 (mål T-51/89, Tetra Pak, Rec. s. II-309), var till kommissionen hänvisat. Se också domstolens dom av den 21 februari 1973 (mål 6/72; Continental Can, Rec. s. 215).

endast blir betydelsefulla för den gemensamma marknadens funktion om de utövas av ett dominerande företag <sup>40</sup>.

i sin dom i målet Volvo mot Veng som följer:

54. Det faktum att den immaterialrättsliga särprägel med stöd av artikel 86 kan kränkas bekräftas av domstolens praxis.

55. Förstainstansrätten har i sina domar hänvisat till domstolens dom av den 5 oktober 1988 i målen Volvo mot Veng och CICRA mot Renault <sup>41</sup> (punkt 72 i RTE-domen; punkt 57 i ITP-domen). Detta har gett upphov till lång argumentation i de till domstolen inlämnade skrivelserna om dessa domar kan vara tillämpliga som stöd för resultatet.

56. Efter att ha slagit fast att vägran att bevilja licens i sig inte kan utgöra missbruk av dominerande ställning fortsatte domstolen

”Det skall dock läggas märke till att innehavarens utövande av ensamrätten till karosdelarna till bilar kan omfattas av förbudet i artikel 86 om det leder till att ett företag som har dominerande ställning handlar på ett sätt som utgör missbruk, till exempel om det *godtyckligt vägrar att leverera reservdelar till fristående bilverkstäder, kräver orimligt höga priser för reservdelarna eller beslutar att inte längre tillverka reservdelar för en bestämd bilmodell, även om det fortfarande finns ett stort antal bilar av denna modell.*” (Punkt 9, min kursivering.) <sup>42</sup>.

57. I de två förstnämnda exemplen har det dominerande företaget — förutom vägran att bevilja licens — vidtagit ytterligare åtgärder vilka inte berör mönsterrätten och vilka som sådana utgör ett uttryck för missbruk, se nedan i avsnitt f) rörande domstolens praxis angående leveransvägran och se artikel 86 a) om påtvingande av orimliga priser. Karakteristiskt för dessa situationer är såsom ITP påpekat att mönsterrättsinnehavaren kan upphöra med att bryta mot artikel 86 utan att bevilja licens till sin mönsterrätt genom att återuppta leveranserna till dem som han godtyckligt vägrat leverera till och genom att sänka priserna. Tillämpningen av artikel 86 i

40 — Det är därför inte ändamålsenligt av förstainstansrätten att i sina domar uttala ”att klagandens kritiserade beteende utifrån de kriterier som fastslagits i den rättspraxis parterna hänvisat till *inte kan anses omfattas av upphovsrättens egentliga innehåll*” (punkt 74 i RTE-domen; punkt 59 i ITP-domen, min kursivering). Upphovsrättslig särprägel omfattar ovillkorligen rätten att förvägra licens, och åläggandet av ett tvång att bevilja licens med stöd av artikel 86 betyder att *särprägelns kränks*.

41 — Mål 238/87, Rec. s. 6211, och mål 53/87, Rec. s. 6039.

42 — Se motsvarande punkt 16 i domen CICRA mot Renault.

dessa situationer betyder därför inte att den mönsterrättsliga särprägelns skulle kränkas <sup>43</sup>.

58. I det tredje fallet har det dominerande företaget också gjort annat än bara förvägrat licens men detta — nämligen underlåtelsen att tillverka det skyddade verket — är i sig en rättighet som omfattas av den mönsterrättsliga särprägelns. Ensamrätten att framställa exemplar innebär således inte endast en rättighet att vägra licens utan också en rättighet att fritt bestämma om, var, när och hur det skyddade verket skall användas, i syfte att uppnå största möjliga vinst <sup>44</sup>. Oavsett det faktum att mönsterrättsinnehavaren kan välja att upphöra med att bryta mot artikel 86 genom att antingen återuppta produktionen eller bevilja licens visar det tredje exemplet, målet Volvo mot Veng, att domstolen har accepterat att det med stöd av artikel 86 kan göras kränkningar av rättigheter som omfattas av den immaterialrättsliga särprägelns.

59. Det är en allmän utgångspunkt att artikel 86 kan tillämpas när ett dominerande företag uppbär *orimliga licensavgifter* eller utövar

*diskriminerande licenspolitik*. Domstolen har — som kommissionen anför — i sin dom av den 9 april 1987, Basset <sup>45</sup>, och av den 13 juli 1989, Tournier <sup>46</sup>, uttryckligen fastslagit att det faktum att upphovsrättsliga företag uppbär orimliga avgifter för offentligt framförande av inspelade musikaliska verk kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Kommissionen anför att detta visar att rättigheter som omfattas av den upphovsrättsliga särprägelns kan kränkas med stöd av artikel 86.

60. RTE och ITP anför å sin sida att det dominerande företaget i dessa situationer gått utanför det som omfattas av den upphovsrättsliga särprägelns och att tillämpningen av artikel 86 därför inte berör den upphovsrättsliga särprägelns. Det är svårt att inse hur detta skiljer sig från situationer där utövandet av rättigheter som omfattas av den upphovsrättsliga särprägelns har skett under särskilda omständigheter. Det finns i varje fall inte i de berörda situationerna något självständigt beteende som skulle utgöra missbruk som är fristående från den ifrågasättande immaterialrätten, vilket var fallet i de två första exemplen från målet Volvo mot Veng.

61. Enligt min åsikt är *orimliga licensavgifter* och *diskriminerande licenspolitik* i verklig-heten, såsom kommissionen anför, exempel på att rättigheter som omfattas av den upp-

43 — Kommissionen anför att det andra exemplet visar att det kan göras ingrepp i särprägelns. Kommissionen likställer härmed fastställandet av orimligt höga priser på de produkter som framställs på basis av en mönsterrätt med uppbärandet av orimligt höga licensavgifter. Jag är inte av den åsikten att dessa två situationer kan likställas. I det förstnämnda fallet skall överträdelsen av artikel 86 vara oberoende av att det handlar om mönsterskyddade produkter. Endast i det andra fallet betyder tillämpningen av artikel 86 att särprägelns kränks, se nedan om detta.

44 — Se i detta sammanhang domstolens dom av den 9 juli 1985 (mål 19/84, Pharmon mot Hoechst, Rec. s. 2281, punkt 25).

45 — Mål 402/85, Rec. s. 1747.

46 — Mål 395/87, Rec. s. 2521.

hovsrättsliga särprägelns kan kränkas med stöd av artikel 86 när de utövas under särskilda omständigheter. Det dominerande företaget har inte gjort något annat än att utöva rättigheter som omfattas av särprägelns, nämligen uppburit licensavgifter<sup>47</sup> och vägrat bevilja licens. Men utövande av rättigheterna har skett under särskilda omständigheter i och med att företaget uppburit avgifter som är betydligt högre än i andra medlemsstater eller förvägrat licens samtidigt som licens faktiskt beviljats till andra. Tillämpningen av artikel 86 på de två fallen skulle betyda att det görs ingrepp i rättigheter som omfattas av den upphovsrättsliga särprägelns genom att innehavarens möjlighet att fritt bestämma över vederlaget begränsas och genom att innehavaren åläggs att bevilja licens till sådana mot vilka han betett sig diskriminerande. Det finns ingen anledning att definiera uppbärandet av orimliga licensavgifter eller diskriminerande licenspolitik som ett beteende som allmänt faller utanför den upphovsrättsliga särprägelns och som därför eventuellt skulle kunna strida mot artiklarna 30 och 36, eftersom beteende av denna typ inte kommer att påverka den gemensamma marknadens rätta funktion om de företag som betar sig på detta sätt inte är domine-

rande och i övrigt iakttar sedvanliga marknadsvillkor, jfr artikel 85<sup>48</sup>.

62. Av det ovan sagda följer att domstolen, då den tar ställning till artikel 86 såväl som till artiklarna 30 och 36, ständigt måste ange om rättigheter som i princip ingår i den upphovsrättsliga särprägelns utövas under sådana omständigheter att detta skapar oacceptabla hinder för obegränsad konkurrens eller för fri rörlighet för varor.

63. Den viktiga frågan i de föreliggande målen är naturligtvis när det föreligger sådana särskilda omständigheter. Jag skall ta ställning till detta i samband med genomgången av förstainstansrättens dom.

47 — Se i detta sammanhang domstolens dom av den 18 mars 1980 (mål 62/79, Coditel, Rec. s. 881, punkt 14) och av den 6 oktober 1982 (mål 262/81, Coditel, Rec. s. 3381, punkt 12) där domstolen fastslog att möjligheten för innehavaren av upphovsrätten till en film att kräva avgift för offentliga framföranden är en del av den väsentliga funktionen (i domarna översatt till huvudfunktionen) av upphovsrätten till denna typ av litterära och konstnärliga verk. Användningen av begreppet den väsentliga funktionen i detta sammanhang är enligt min åsikt inte korrekt. Det handlar om en avgränsning av vilka rättigheter som rättsmässigt tillkommer innehavaren av en upphovsrätt, dvs. en definition av den upphovsrättsliga särprägelns. Upphovsrättens väsentliga funktion är att belöna innehavaren för hans kreativa insats. Angående definitionen och användningen av begreppet, se nedan i avsnitt d).

48 — Se i detta sammanhang punkt 14 i Tournier-domen, där domstolen fastslog: "Frågan huruvida den avgift som SACEM fastställde på eget initiativ är ett uttryck för missbruk eller diskriminering skall värderas i förhållande till konkurrensbestämmelserna i artiklarna 85 och 86. Avgiftens storlek saknar betydelse då man skall avgöra huruvida de relevanta nationella bestämmelserna är förenliga med artiklarna 30 och 59 i fördraget". Jämför också med punkterna 18 och 19 i Basset-domen. Se slutligen som ytterligare stöd för resultatet domstolens dom av den 25 maj 1978 (mål 102/77, Hoffmann-La Roche, Rec. s. 1139, punkt 16) och domstolens praxis angående artikel 85, i synnerhet domstolens dom av den 13 juli 1966 (förenade målen 56/64 och 58/64, Consten och Grundig, Rec. 1965—1968, s. 245, se särskilt s. 258) där domstolen fastslog: "Artikel 36, som inskränker räckvidden av bestämmelserna i avsnitt I, kapitel 2 i fördraget om liberaliseringen av handeln, kan inte inskränka tillämpningsområdet för artikel 85", samt dom av den 29 februari 1968 (mål 24/67, Parke Davis, Rec. 1965—1968, s. 457) och av den 6 oktober 1982 (mål 262/81, Coditel, Rec. s. 3381, punkterna 19 och 20).

d) *Förstainstansrättens motivering för att kränkningar av den upphovsrättsliga särprägelns är möjliga och om upphovsrättens väsentliga funktion*

64. Förstainstansrätten har på följande sätt uttryckt sig om möjligheten att göra ingrepp i den upphovsrättsliga särprägelns:

”Även om det är klart att utövandet av ensamrätten till reproduktion av det skyddade verket inte som sådant utgör missbruk blir saken en annan om det vid betraktandet av de särskilda omständigheterna i enskilda fall visar sig att rätten utövats på sätt och under omständigheter som klart står i strid med artikel 86. I så fall utövas upphovsrätten nämligen inte längre i överensstämmelse med dess väsentliga funktion — jfr artikel 36 i fördraget — som är att tillförsäkra upphovsmannen [ideellt] skydd av verket och att belöna hans kreativa insats i enlighet med de mål som i synnerhet utstakats genom artikel 86 ... Vid ett sådant tillfälle följer det av gemenskapsrättens företrädare — i synnerhet rörande de grundläggande principerna såsom principen om fri rörlighet för varor och fri konkurrens — att nationella bestämmelser om intellektuell äganderätt som strider mot principerna får ge vika.” (Punkt 71 RTE-domen; punkt 56 ITP-domen).

65. Förstainstansrätten kommer härmed fram till ett principiellt riktigt resultat. Men rättens formulering av motiveringen skapar problem på flera ställen.

aa) *Beteende i avsikt att uppnå ett syfte som uttryckligen strider mot syftet med artikel 86*

66. Förstainstansrätten konstaterar att utövandet av ensamrätten till att framställa exemplar utgör missbruk om *då det vid betraktandet av de särskilda omständigheterna i de enskilda fallen visar sig att rätten utövas på sätt och under sådana omständigheter att förfarandet klart står i strid med målet med artikel 86.*

67. Jag anser att förstainstansrätten oriktigt förefaller anse att utövande av upphovsrätten utgör ett missbruk av dominerande ställning i den mån det kan konstateras att utövandet har klart konkurrensbegränsande syfte. Avsikten med upphovsrätten är ju — såsom i synnerhet ITP anfört — att ge dess innehavare möjlighet att begränsa konkurrensen och även dominerande företag skall ha denna möjlighet. Förstainstansrättens utgångspunkt verkar vara att de mål som eftersträvas med artikel 86 är av större vikt än de mål upphovsrätten har. Så långt jag förstår är domstolens praxis den att det motsatta skall läggas till grund för domar.

68. Detta betyder naturligtvis inte att frågan rörande de syften som eftersträvas med betendet inte är relevant vid tillämpningen av artikel 86. Det är således inte tillräckligt att ta ställning till om det förekommer konkurrensbegränsande beteende enligt artikel 86 i och med att en rättighet som härstammar från den upphovsrättsliga särprägel utövas under särskilda omständigheter. Det skall i detta fall tillika undersökas om det finns någon konkret acceptabel grund för att rätten skall kunna utövas under de gällande omständigheterna eller om utövandet endast har mål som klart strider mot artikel 86, jfr om detta i avsnitt i) nedan.

bb) *Definitionen av upphovsrättens väsentliga funktion*

69. Förstainstansrätten konstaterar att *upphovsrättens väsentliga funktion är att tillförsäkra upphovsmannen ideellt skydd av verket och att belöna hans kreativa insats i enlighet med de mål som i synnerhet utstakas genom artikel 86.*

70. Förstainstansrätten verkar i detta fall tolka in syftet med artikel 86 i definitionen av upphovsrättens väsentliga funktion. Detta kan inte vara korrekt. Begreppet väsentlig funktion är ett gemenskapsrättsligt begrepp men det härstammar från de nationella upphovsrättslagarna. Det är ett uttryck för domstolens åsikt om de väsentliga syften som

eftersträvas genom de nationella upphovsrättslagarna och tillämpas som nedan anförs bland annat på ställningstagande till i vilka fall det med stöd av artikel 86 kan göras ingrepp i rättigheter som omfattas av den upphovsrättsliga särprägel. Det är därför inte ändamålsenligt att införliva målet med konkurrensbestämmelserna vid definitionen av upphovsrättens väsentliga funktion.

71. Förstainstansrätten har däremot rätt i att upphovsrättens väsentliga funktion är att tilldela upphovsmannen ideellt skydd av verket och att belöna hans kreativa insats. Beträffande *belöningen av den kreativa insatsen* finns det stöd för förstainstansrättens åsikt i domstolens praxis<sup>49</sup>.

72. ITP har anfört att om upphovsrättens väsentliga funktion definieras på ett sätt som inkluderar *skydd av ideella rättigheter* skulle detta innebära att de som fått rättigheterna genom överlåtelse av upphovsmannen, såsom ITP, inte kunde utöva sådana rättigheter som inte kan överlätas och därigenom inte utöva ensamrätten till framställning av exemplar. Under det muntliga förfarandet har ITP dock preciserat sin ståndpunkt att det kan acceptera att syftet med upphovsrätten är att skydda ideella intressen bara man inte glömmet de ekonomiska och kommersiella intres-

49 — Punkt 71 i RTE-domen. Punkt 56 i ITP-domen. Förstainstansrätten har uttryckligen hänvisat till domstolens praxis rörande patent, men på denna punkt skall upphovsrätten inte uppfattas som något som skiljer sig från dem. Se också de i fotnot 47 omnämnda domarna.

sen som hör till upphovsrätten och som är de enda intressen som är av betydelse för en mottagare som ITP.

73. Det är onekligen så att upphovsrätten innefattar ekonomiska och kommersiella rättigheter. Det är självklart inte oförenligt med detta att konstatera att upphovsrätten tillika innefattar ideella rättigheter och att skyddet för dessa intressen utgör en så viktig beståndsdel av upphovsrätten att det absolut måste beaktas då begreppet upphovsrättens väsentliga funktion definieras. Skyddet för de ideella intressena garanteras av den nationella lagstiftningen även om skyddets innehåll kan variera från land till land. Det handlar dock vanligtvis om skyddet för upphovsmannens krav på att nämnas då verket används och för upphovsmannens rätt att motsätta sig kränkande ändringar i sitt verk. Denna del av upphovsrätten är i regel inte möjlig att överlåta<sup>50</sup>. Detta upphovsrättsliga särdrag påverkar inte ITP:s möjlighet till utövning av de ekonomiska och kommersiella rättigheter bolaget erhållit<sup>51</sup>.

74. Såvitt förstainstansrätten genom sin definition av begreppet väsentlig funktion inte

50 — Se artikel 6a.1 i Bernkonventionen vilken definierar det ideella skyddets innehåll på följande sätt: "Oberoende av sina ekonomiska rättigheter och även efter överlåtelse av dessa behåller upphovsmannen rätten att anges som upphovsman till verket samt rätten att motsätta sig varje förvanskning, stympling eller annan ändring i verket eller varje annat kränkande förfarande med avseende på detta, som är till men för hans ära eller anseende." Se också angående "droit morale" i kommissionens grönbok om upphovsrätt och den teknologiska utmaningen, KOM (88) 172, slutgiltiga utgåvan av den 21 februari 1989, punkt 5.6.27.

51 — Se i detta sammanhang domstolens dom av den 20 januari 1981 (förenade målen 55/80 och 57/80, Musik-Vertrieb Membran GmbH mot GEMA, Rec. s. 147, punkt 12).

ändrat definitionen av upphovsrättslig särprägel — jfr ovan i avsnitt b) — verkar själva definitionen av upphovsrättens väsentliga funktion i övrigt inte vara bestridd i målet.

75. Däremot kritiserar ITP, RTE och IPO förstainstansrättens sätt att använda begreppet väsentlig funktion. Det anförs att förstainstansrätten genom sin användning av begreppet minskat upphovsrättsinnehavarens rättigheter till rätten att genom licenser utnyttja det skyddade verket.

cc) *Användningen av begreppet väsentlig funktion*

76. Förstainstansrätten konstaterar att *i en situation där upphovsrätten inte längre utövas i överensstämmelse med dess väsentliga funktion följer det av gemenskapsrättens företräde att nationella bestämmelser om intellektuell äganderätt som står i strid med principerna om fri rörlighet för varor och fri konkurrens får ge vika.*

77. Resultatet är i princip riktigt. Men det behöver närmare anges på vilket sätt begreppet väsentlig funktion är relevant för ett ställningstagande till artikel 86.

78. Jag har redan anfört att man kan anta att artikel 86 såväl som artiklarna 30 och 36 kan tillämpas då rättigheter som följer av den upphovsrättsliga särprägel utövas under särskilda omständigheter. Den viktiga frågan är såsom tidigare sagts om domstolen anser att det finns särskilda omständigheter. Det är i detta sammanhang som begreppet väsentlig funktion är relevant.

övas även om detta skulle leda till att handelshinder eller konkurrensbegränsningar uppstår. Är utövandet av en viss immaterialrätt nödvändigt för att uppfylla den väsentliga funktionen berörs det inte av fördragets bestämmelser. Endast då utövandet inte är nödvändigt för att uppfylla den väsentliga funktionen skall hänsynen till innehavarens intresse av att utöva sin rättighet ge vika för hänsynen till fri rörlighet för varor och fri konkurrens.

79. Definitionen av vilka rättigheter som ingår i begreppet upphovsrättslig särprägel beror på en avvägning mellan hänsyn till skyddet för den ifrågavarande immateriella rättigheten å ena sidan och hänsynen till fri rörlighet för varor eller obegränsad konkurrens å den andra. Huruvida det finns särskilda omständigheter som innebär att utövandet av rättigheter som i princip ingår i den upphovsrättsliga särprägel inte desto mindre skall anses oförenliga med fördragets bestämmelser beror på en ny avvägning mellan dessa hänsyn. Begreppet väsentlig funktion är ett *hjälpbegrepp* som gör det möjligt för domstolen att göra dessa avvägningar. En definition av rättighetens väsentliga funktion har som mål att slå fast de intressen som skall avvägas gentemot motsvarande hänsyn till fri rörlighet för varor och obegränsad konkurrens.

81. Emellertid är frågan om vad som är *nödvändigt* för att immaterialrättens väsentliga funktion skall uppfyllas inte ett absolut utan ett relativt begrepp.

82. Det är inte så, som RTE, ITP och IPO verkar frukta, att ett ingrepp i rätten att förvägra licens är berättigat endast därför att det kan konstateras att upphovsrättsinnehavaren skall ha möjlighet att uppbära licensavgifter och den vägen erhålla en belöning för sin kreativa insats.

80. Det faktum att det görs en avvägning betyder inte att bägge hänsynen skall tillmätas samma betydelse. Avvägningen skall alltid ske till de immaterialrättsliga rättigheternas förmån. Fördraget utgår uttryckligen ifrån att de immaterialrättsliga rättigheterna kan ut-

Tvärtemot utgår domstolen i sin avvägning uttryckligen ifrån att rättigheter som härstammar från den upphovsrättsliga särprägel anses nödvändiga för att den ifrågavarande immaterialrätten skall kunna uppfylla sin väsentliga funktion. Ensamrätten till framställning av exemplar och därmed rätten att förvägra licens är en nödvändig utgångspunkt för att man skall kunna tillförsäkra



upphovsrättsinnehavaren en tillräcklig belöning för hans kreativa insats.

83. Närvaron av närmare bestämda omständigheter kan emellertid innebära att hänsynen till upphovsrättsinnehavaren väger lättare eller att hänsynen till konkurrensen tyngre än vanligt. I en sådan situation är det möjligt att en avvägning på basis av artikel 86 kan leda till att möjligheten att uppbära licensavgifter anses tillräcklig för att innehavaren skall få en tillräcklig belöning för sin kreativa insats i och med att rätten att förvägra licens inte under de omständigheterna kan anses nödvändig för uppfyllelsen av den väsentliga funktionen.

84. Samtidigt är det tydligt att begreppet väsentlig funktion sätter en *absolut gräns* för vilka kränkningar som med stöd av artikel 86 kan göras av rättigheter som ingår i den upphovsrättsliga särprägel. Sådana kränkningar kan inte göras som leder till att upphovsmannen inte får en belöning för sin kreativa insats eller inte kan erhålla det genom nationell lagstiftning garanterade skyddet för ideella intressen.

Gränsen överskrids inte genom ett åläggande att bevilja licens, eftersom det skall gå att uppbära licensavgifter och eftersom upphovsmannen har möjlighet att ingripa i licensinnehavarens olagliga eller kränkande bruk av det skyddade verket och eftersom han

även i övrigt har möjlighet att försäkra sig om skyddet för ideella intressen genom att detta skrivs in i licenskontrakten <sup>52</sup>.

85. Det faktum att begreppet väsentlig funktion kan tillskrivas den beskrivna betydelsen finner stöd i domstolens praxis rörande artiklarna 30 och 36 <sup>53</sup>.

Domstolen slår fast vilka rättigheter som ingår i den upphovsrättsliga särprägel utgående från en värdering av vad som är nödvändigt för att uppfylla den avgörande funktionen hos den ifrågasvarande immaterialrätten <sup>54</sup>.

Förekomsten av närmare bestämda omständigheter kan emellertid innebära att hänsy-

52 — Det skall i detta sammanhang anmärkas att skyddet för det särskilda ideella förhållandet mellan upphovsmannen och hans verk skall omfatta innehavarens rätt att helt motsätta sig offentliggörandet av sitt verk. Det faktum att begreppet väsentlig funktion anses omfatta skyddet för ideella intressen, betyder därför att ett företag med stöd av artikel 86 inte kan åläggas att bevilja licenser, då upphovsmannen inte vill att verket skall offentliggöras. Problemställningen är inte relevant i de aktuella målen, eftersom RTE och ITP själva offentliggör sina verk och har beviljat ett stort antal licenser för delvist offentliggörande av dem.

53 — Domstolen hänvisar dock i vissa domar endast till de hänsyn som utgör den ifrågasvarande immaterialrättsens väsentliga funktion, utan att uttryckligen använda begreppet.

54 — Se t.ex. domstolens dom av den 17 oktober 1990 (mål C-10/89, HAG GF, Rec. s. I-3711, punkt 14), av den 17 maj 1988 (mål 158/86, Warner Brothers, Rec. s. 2605, punkt 15), av den 9 juli 1985 (mål 19/84, Pharmon mot Hoechst, Rec. s. 2281, punkt 26), av den 3 december 1981 (mål 1/81, Pfizer, Rec. s. 2913, punkterna 7, 8 och 9), av den 14 juli 1981, (mål 187/80, Merck mot Stephar, Rec. s. 2063, punkt 10), av den 10 oktober 1978 (mål 3/78, American Home Products, Rec. s. 1823, punkt 11) och av den 23 maj 1978 (mål 102/77, Hoffman-La Roche mot Centrafarm, Rec. s. 1139, punkt 7). Den sistnämnda domen refereras utförligare ovan i punkt 49.

nen till innehavaren väger lättare och/eller att hänsynen till fri rörlighet för varor väger tyngre än vanligt samt att avvägningen av den anledningen kan leda till att utövandet av rättigheterna under sådana omständigheter anses oförenliga med bestämmelserna i fördraget. Som beskrivits ovan i avsnitt c) skall sådant beteende i samband att man tar ställning till artiklarna 30 och 36 vanligtvis definieras som beteende som inte omfattas av den upphovsrättsliga särprägel<sup>55</sup>. Domar med detta innehåll är ett uttryck för att domstolen har ansett att utövandet av rättigheter som i princip omfattas av den upphovsrättsliga särprägel<sup>55</sup> inte under ifrågavarande omständigheter var nödvändigt för att immaterialrätten skulle kunna uppfylla sin väsentliga funktion.

Domstolen har också i en rad fall konstaterat att utövandet av rättigheter som ingår i den upphovsrättsliga särprägel<sup>55</sup> även under närmare bestämda omständigheter måste anses nödvändigt för att uppfylla den väsentliga funktionen hos den ifrågavarande immaterialrätten<sup>56</sup>.

86. Det har i det föregående varit nödvändigt att klargöra för att det i princip inte är

55 — Se t.ex. punkt 15 i HAG GF-domen, punkt 23 i Pharmon mot Hoechst-domen, punkterna 10 och 11 i Pfizer-domen, punkterna 11 och 13 i Merck mot Stephar-domen, punkterna 19—23 i American Home Products-domen, punkt 9 i Hoffman-La Roche mot Centrafarm-domen samt domstolens dom av den 3 mars 1988 (mål 434/85, Allen & Hanburys mot Generics, Rec. s. 1245, punkterna 14—23), av den 20 januari 1981 (förenade målen 55/80 och 57/80, Musik-Vertrieb Mambrau mot GEMA, Rec. s. 147, punkterna 14—18) och av den 20 juni 1976 (mål 119/75, Terrapin mot Terranova, Rec. s. 1039, punkt 6).

56 — Se t.ex. punkt 16 i HAG GF-domen, punkt 18 i Warner Brothers-domen, punkterna 25 och 26 i Pharmon mot Hoechst-domen, punkterna 12—18 i American Home Products-domen, punkterna 10, 11 och 12 i Hoffman-La Roche-domen och punkt 7 i Terrapin mot Terranova-domen.

uteslutet att med stöd av artikel 86 göra ingrepp i en rättighet som enligt domstolens praxis ingår i den upphovsrättsliga särprägel<sup>55</sup> och i detta sammanhang beskriva begreppet upphovsrättens väsentliga funktion.

Här finns en inbyggd fara, nämligen att man skulle ha förorsakat den uppfattningen att begreppet upphovsrättslig särprägel<sup>55</sup> har gjorts så relativt att det saknar faktisk betydelse. En sådan uppfattning skulle vara felaktig. Det en gång fastslagna innehållet i den upphovsrättsliga särprägel<sup>55</sup> utgör alltid utgångspunkten för domstolens överväganden och man utgår ifrån att det skall finnas kvalificerade och tungt vägande skäl för att rättigheter som ingår i den upphovsrättsliga särprägel<sup>55</sup> skulle kunna utövas på ett sätt som strider mot fördragets bestämmelser.

87. I synnerhet rörande rätten att vägra licens är det klart att åläggandet att bevilja licens utgör en *allvarlig kränkning* av upphovsrätten i och med att rätten därmed beskärs till en ekonomisk rätt till vederlag. Det krävs därför *särskilt tungt vägande och kvalificerade konkurrenshänsyn* för att rätten att förvägra licens skall kunna anses ha utövats under omständigheter som är sådana att utövandet av rättigheterna inte kan anses nödvändigt för att upphovsrätten skall kunna uppfylla den väsentliga funktionen.

88. I följande avsnitt skall det tas ställning till om detta villkor uppfylls av de omständigheter som förstainstansrätten i sina domar har ansett vara särskilda omständigheter som motiverar att artikel 86 tillämpas.

e) *Tillkomsten av en produkt för vilken det finns väsentlig potentiell efterfrågan från konsumenternas sida*

89. Förstainstansrätten betonade i sina domar att RTE och ITP genom "att förbehålla sig ensamrätten till utgivningen av de veckovis utkommande programöversikterna förhindrade att det kom en ny produkt på marknaden, nämligen ett allmänt TV-blad som skulle kunnat konkurrera med bolagets eget blad" och för vilket "det skulle funnits en potentiell efterfrågan ... från konsumenternas sida." (punkt 73 i RTE-domen; punkt 58 i ITP-domen).

90. Det klart avgörande faktumet för tillämpningen av artikel 86 på de aktuella målen har varit att RTE och ITP genom sitt beteende hindrade tillkomsten av *en ny produkt*. Det råder inget tvivel om att RTE och ITP haft rätt att utöva sin upphovsrätt till att förhindra utgivningen av TV-programblad som motsvarade deras respektive TV-programblad. Kommissionen angav i sitt beslut att artikel 86 hade överträtts i den mån

bolagens agerande och praxis utgjorde ett hinder för utgivningen av ett allmänt TV-programblad och dess beslut skall därför tolkas så, att åläggandet av bolagen att bevilja licens för sina programöversikter endast gäller fall där desamma skall användas till utgivningen av allmänna veckovis utkommande TV-programblad<sup>57</sup>.

91. Hänsynen till konsumenternas intresse i att det uppstår en ny produkt är utan tvivel relevant då man tar ställning till om det föreligger konkurrensbegränsande beteenden enligt artikel 86. Som kommissionen påpekat slås det i artikel 86.b fast att missbruk av dominerande ställning i synnerhet kan uppstå genom "begränsning av produktionen, marknadsföringen eller den tekniska utvecklingen till skada för konsumenterna"<sup>58</sup>.

92. Det kan därför vid snabb genomgång verka finnas skäl att anse att det finns särskilda omständigheter som är avsedda att kvalificera utövandet av rättigheter som ingår i den upphovsrättsliga särprägel som missbruk när utövandet av rättigheterna sker i syfte att förhindra tillkomsten av en ny produkt. Ett närmare övervägande visar emeller-

57 — Kommissionen betonade i sitt beslut att situationen i de andra medlemsstaterna och erfarenheterna — om än begränsade — av utgivningen av *Magill TV Guide* bevisar att det skulle funnits en väsentlig potentiell efterfrågan på marknaden för allmänna TV-programblad. Under förfarandena inför förstainstansrätten bestred klagandena att kommissionen hade bevisat detta (punkt 37 i RTE-domen; punkt 22 i ITP-domen). Jag anser att det finns tillräckliga bevis för potentiell efterfrågan i det av kommissionen anförda materialet.

58 — Kommissionen har i detta sammanhang hänvisat till förstainstansrättens dom av den 10 juli 1990 (mål T-51/89, Tetra Pak, Rec. s. II-309).

tid att ett sådant resultat är riktigt endast om man först definierar begreppet ny produkt.

94. Kommissionen har påstått att det är utan betydelse om produkten konkurrerar med upphovsrättsinnehavarens egna produkter för om den skall kunna anses som ny<sup>60</sup>.

93. Det första villkoret för att det skall vara fråga om en ny produkt är givetvis att produkten inte finns på den ifrågavarande marknaden<sup>59</sup>. Men detta kan inte i sig vara tillräckligt för att ålägga en upphovsrättsinnehavare att bevilja licens, jfr nedan beträffande produkter som upphovsrättsinnehavaren har möjlighet att tillverka själv men som han valt att för tillfället inte tillverka. Mot bakgrund av det sagda finns det skäl att överväga om det räcker för att en produkt skall kunna anses ny med att det handlar om en produkt som upphovsrättsinnehavaren inte är i stånd att själv tillverka, till exempel på grund av att det för tillverkningen krävs licens för utnyttjande av andras upphovsrättsligt skyddade verk. Alternativt kan det relevanta kriteriet vara om den aktuella produkten konkurrerar med upphovsrättsinnehavarens produkt.

95. Jag anser inte att kommissionens åsikt är hållbar.

96. Jag anser det ligga nära till hands att anse att det förekommer missbruk av dominerande ställning om innehavaren av en upphovsrätt med hjälp av den dominerande ställningen förhindrar tillkomsten av en ny produkt som *inte konkurrerar* med upphovsrättsinnehavarens produkt i och med att den tillfredsställer andra behov hos konsumenterna än de som tillgodoses med hjälp av upphovsrättsinnehavarens produkt.

97. Det motsatta gäller enligt min åsikt om upphovsrätten utnyttjas till att förhindra tillkomsten av en produkt som tillverkas med hjälp av det upphovsrättsligt skyddade verket och som konkurrerar med de produkter upphovsrättsinnehavaren själv tillverkar. Även om det skulle handla om en produkt som är ny och bättre bör hänsynen till kon-

59 — Om bolagen bestämt att gemensamt utge ett allmänt TV-programblad men i övrigt vägrat utomstående möjligheten därtill, skulle det under alla omständigheter varit uteslutet att motivera en kränkning av den upphovsrättsliga särprägel med att bolagen genom sitt beteende förhindrade tillkomsten av en ny produkt. Men dylikt beteende skulle möjligtvis kunnat klassificeras som diskriminerande licenspolitik och på den grunden stå i strid med artikel 86. Detta är i varje fall kommissionens åsikt, då den i punkt 27 i sitt beslut uttalar: "Att fastställa ett beslut som tillåter utbyte av programuppgifterna endast mellan ITP, BBC och RTE sinsemellan skulle vara liktydigt med att man godkände diskriminering av en tredje part som vill utge ett allmänt veckovis utkommande TV-programblad på ett sätt som skulle vara oförenligt med artikel 86." ITP och RTE har inte bestritt kommissionens beslut på denna punkt, och det finns därför ingen anledning att ta ställning till huruvida kommissionens åsikt är korrekt. Den brittiska lagstiftningen verkar i övrigt utgå ifrån att alla sökande skall beviljas licens, och RTE har på samma sätt valt att göra bolagets programöversikter allmänt tillgängliga.

60 — Kommissionen anför att dess åsikt i det aktuella målet står i samklang med dess tidigare praxis. Således avbröt kommissionen år 1984 den process den inlett mot IBM, efter att bolaget förpliktat sig att ge sina konkurrenter upplysningar om användningen av IBM:s datorer av typ System/370 — ett löfte som förnyades och urvidgades i december 1988. Utan upplysningarna skulle konkurrerande bolag hållits utanför marknaden för produkter som konkurrerade med IBM:s produkter (*Fjortonde rapporten om konkurrenspolitiken*, 1984, s. 79). Enligt ITP handlade IBM-målet uteslutande om leverans av upplysningar, utan att de immateriella rättigheterna skulle ha påverkats.

sumenterna inte i denna situation kunna användas som motivering för ingrepp i den upphovsrättsliga särprägel. När det rör sig om en produkt som i huvudsak tillgodoser samma behov hos konsumenterna som den skyddade produkten väger hänsynen till upphovsrättsinnehavaren tungt. Även om marknaden beskåras till skada för konsumenterna måste rätten att vägra licens i den situationen anses nödvändig för att säkerställa upphovsmannens belöning för hans kreativa insats.

98. RTE och ITP saknar möjlighet att själva publicera ett allmänt veckovis utkommande TV-programblad. Men ett allmänt veckovis utkommande TV-programblad skulle otvivelaktigt — vilket även kommissionen anfört — konkurrera med deras respektive veckovis utkommande TV-programblad. Ett allmänt veckovis utkommande TV-programblad skulle vara både billigare och mera överskådligt men det skulle i grund och botten tillgodose samma behov hos konsumenterna som de behov som kan tillgodoses genom inköp av veckovis utkommande TV-programblad som de särskilda TV-bolagen publicerar. Under sådana omständigheter bör hänsynen till konsumenterna ge vika för hänsynen till upphovsrättsinnehavaren. Det finns inte någon ny produkt i den mening som skulle göra tillämpningen av artikel 86 aktuell och därmed inte heller någon särskild omständighet som skulle motivera en kränkning av den upphovsrättsliga särprägel.

99. Det var nämligen enligt min åsikt fel av förstainstansrätten att jämföra den aktuella situationen med den situation domstolen som i sina domar i målen Volvo mot Veng

och CICRA mot Renault tog upp som det tredje exemplet på beteende som innebär missbruk. Förstainstansrätten konstaterade följande i sina domar:

”Dessutom förhindrade det beteende som sökanden klandras för helt och hållet förekomsten av en viss typ av produkter på marknaden, nämligen allmänna TV-programblad. Eftersom det kritiserade beteendet närmare kännetecknas av att man inte tagit hänsyn till konsumenternas behov, har det följaktligen också vissa likheter med en situation där en bilproducent beslutar att inte tillverka reservdelar till en viss bilmodell trots att det finns ständig efterfrågan på marknaden.” (Punkt 74 i RTE-domen; punkt 59 i ITP-domen).

100. Detta exempel gäller produkter som upphovsrättsinnehavaren på grund av upphovsrätten har möjlighet att tillverka själv men som han valt att inte tillverka. Exemplet visar att missbruk av dominerande ställning kan uppstå genom att innehavaren av en mönsterrätt samtidigt förvägrar licens och låter bli att själv tillverka den mönsterskyddade produkten. Bägge rättigheterna ingår som ovan konstaterats i den mönsterrättsliga särprägel.

101. Exemplet kan dock knappast användas som stöd för uppfattningen att missbruk av

dominerande ställning i och för sig uppstår genom att innehavaren av upphovsrätten låter bli att tillverka en produkt samtidigt som han vägrar att bevilja licens till utomstående. Det kan inte vara så att ett dominerande företag har en allmän skyldighet att tillverka eller att bevilja licens för sina upphovsrättsligt skyddade produkter. En sådan skyldighet skulle förutsätta att det fanns särskilda omständigheter förutom att konsumenterna inte har tillgång till produkten<sup>61</sup>.

102. Exemplet skiljer sig därför från och saknar avgörande betydelse för de föreliggande målen, eftersom RTE och ITP båda dera försett konsumenterna med de produkter de haft möjlighet att tillverka på grundval av sin upphovsrätt, nämligen veckovis utkommande TV-programblad för sina respektive TV-kanaler.

*f) Utnyttjandet av dominerande ställning på en marknad i syfte att tillskansa sig en härledd marknad*

Det framstår som tydligt för mig att domstolen lade stor vikt vid det faktum att konsumenterna är särskilt beroende av produkten när en bilproducent underlåter att tillverka reservdelar till en viss bilmodell även om det fortfarande finns ett stort antal bilar av den modellen och när bristande tillgång till reservdelar kan innebära att konsumenterna blir tvungna att skaffa sig en helt ny bil. Producenten har själv skapat behovet av reservdelar och missbrukar därmed sin mönsterrätt genom att med hjälp av densamma förhindra att behovet av reservdelar tillfredsställs.

103. Förstainstansrätten har i sina domar betonat att "sökanden utnyttjade ... sin upphovsrätt till programöversiktarna som utgavs i samband med bolagets TV-sändningsverksamhet [i ITP-domen: som bolaget fått genom överlåtelse från TV-bolagen och som utgavs i samband med TV-sändningsverksamheten] till att skaffa sig monopolställning på den härledda marknaden för veckovis utkommande TV-programblad." (punkt 73 i RTE-domen; punkt 58 i ITP-domen).

104. De citerade punkterna skall förstås så, att marknaden för programöversikter uppfattas som huvudmarknaden och marknaden för TV-programblad som den härledda marknaden. Punkterna skall betraktas mot bakgrund av kommissionens beslut i vilket det konstateras att ITP och RTE båda har en dominerande ställning på en marknad —

61 — Hänsynen till konsumenternas intresse av att få tillgång till produkten måste med andra ord garanteras genom nationell immaterialrättslig lagstiftning, där det kan finnas anledning till beviljande av obligatoriska licenser i allmänhetens intresse när innehavaren inte själv utnyttjar det skyddade verket i en rimlig omfattning, se för dylika regler på patenträttens område domstolens dom av den 18 februari 1992 (mål C-30/90, kommissionen mot Förenade kungariket, Rec. s. I-829) och av den 27 oktober 1992 (mål C-191/90, Generics, Rec. s. I-5335).

nämligen marknaden för sina egna programöversikter — och att de utnyttjar denna position till att förbehålla sig en härledd marknad — nämligen marknaden för veckovis utkommande TV-programblad — där det i annat fall skulle kunna finnas konkurrens, i synnerhet med hänsyn till allmänna veckovis utkommande TV-programblad.

105. Med hänvisning till det första exemplet på missbruksbeteende som domstolen gav i sina domar i målen Volvo mot Veng och CICRA mot Renault anförde förstainstansrätten vidare:

”I det ifrågavarande fallet var syftet med och inverkan av sökandenas ensamrätt till utgivningen av sina programöversikter att omöjliggöra all potentiell konkurrens på den härledda marknaden för uppgifter om veckans program .. i avsikt att upprätthålla det monopol sökandena hade på marknaden genom utgivningen av tidskriften *RTE Guide* [i ITP-domen: *TV Times*]. För andra företag som vill publicera ett TV-blad kan sökandenas vägran — på grundval av en ansökan och på ett icke-diskriminerande sätt — att ge andra tillstånd att publicera bolagets programöversikter därför, som kommissionen riktigt anført, jämföras med en bilproducenters godtyckliga vägran att leverera reservdelar — som tillverkas i samband med hans huvudsakliga verksamhet nämligen bilproduktion — till en fristående bilverkstad som fungerar på den härledda marknaden för underhåll och reparation av bilar.” (Punkt 74 i RTE-domen; punkt 59 i ITP-domen).

106. Det är sant att det faktum att ett företag utnyttjar sin dominerande ställning på en marknad för att tillskansa sig en härledd marknad kan utgöra konkurrensbegränsande beteende som står i strid med artikel 86, se till exempel domstolens dom av den 6 mars 1974, *Commercial Solvents*<sup>62</sup>. Frågan är emellertid om sådana betraktelser är relevanta när det rör sig om utövandet av en immaterialrätt.

107. RTE, ITP och IPO anför i synnerhet att det är ett uttryck för sedvanligt utövande av upphovsrätten när man utnyttjar den till att omöjliggöra konkurrens på en härledd marknad. Upphovsrättsinnehavaren kan ofta erhålla belöning för sin kreativa insats genom tillverkning och försäljning av produkter som har samband med den på basis av upphovsrätten skapade produkten, dvs. på en härledd marknad. ITP tillägger att det nästan endast var på marknaden för TV-programblad som bolaget i ett kommersiellt syfte utnyttjade sin upphovsrätt till TV-programöversikter.

108. Kommissionen anför att det faktum att upphovsrätten utövas i avsikt att förhindra konkurrensen på en härledd marknad utgör en särskild omständighet som motiverar att artikel 86 tillämpas. Kommissionen har som stöd för sin ståndpunkt hänvisat till domstolens dom av den 13 november 1975, *General Motors Continental*<sup>63</sup>, av den 31 maj 1979,

62 — Förenade målen 6/73 och 7/73; Rec. s. 223, punkt 25.

63 — Mål 26/75, Rec. 1367.

Hugin <sup>64</sup>, av den 3 oktober 1985, Télémärkning <sup>65</sup>, samt av den 11 november 1986, British Leyland <sup>66</sup>, som berörde dominerande företags beteende i samband med leverans av produkter som bara vissa företag var kapabla att leverera och som var nödvändiga för verksamheten på en härledd marknad.

109. Kommissionen har vidare anfört att det av förstainstansrätten användas exemplet från domstolens dom i målen Volvo mot Veng och CICRA mot Renault är relevant då man tar ställning till de föreliggande målen. Enligt kommissionen motsvaras Magills situation av omständigheterna kring en fristående reparationsverkstad i och med att bägge är beroende av att det föregående omsättningsledet levererar produkter (i form av programöversikter och karossdelar) för att kunna vara verksam på en härledd marknad (marknaden för TV-programblad respektive reparation av Volvo- och Renaultbilar) där de konkurrerar med leverantören (jämförelsevis RTE:s och ITP:s egna veckovis utkommande TV-programblad och Volvos och Renaults auktoriserade verkstäder). Kommissionen medger likväl att det inte föreligger en fullständig analogi i och med att Magills situation avviker beträffande det faktum att leveransen av en produkt inte var tillräckligt för att Magill skulle kunna utöva sin verksamhet utan det var nödvändigt att erhålla licens för tillverkningen av det skyddade verket.

110. Skillnaden är avgörande. Det skall såsom RTE och ITP anfört göras en åtskillnad mellan *vägran att leverera* en produkt till kunder som vill använda produkten på en härledd marknad och *vägran att bevilja licens* till en konkurrent som vill tillverka och sälja produkter som innefattar det skyddade verket. I det första fallet är en överträdelse av artikel 86 nämligen oberoende av om det handlar om produkter som skyddas av en immaterialrätt. Förstainstansrättens analogislut är därför felaktigt liksom även de av kommissionen åberopade domarna inte är relevanta då man tar ställning till de föreliggande målen.

111. Däremot är det som ITP påpekat och i motsats till vad förstainstansrätten uttalat i sina domar (punkt 74 i RTE-domen; punkt 59 i ITP-domen) riktigt att dra analogiska slutsatser av fakta som varit tvistiga i målen Volvo mot Veng och CICRA mot Renault, nämligen att Volvo och Renault haft rätt att vägra licens för marknadsföring av reservdelar som tillverkats utan Volvos och Renaults tillstånd. Det finns skäl att lägga märke till att domstolen inte funnit någon anledning att skilja mellan licenser som reglerar marknaden för försäljningen av reservdelar och licenser som reglerar marknaden för reparation av bilar av märkena Volvo och Renault.

112. Det finns således ingen anledning att behandla upphovsrättsinnehavarens utövande av upphovsrätten i avsikt att förhindra att konkurrenterna utnyttjar det skyddade verket på ett avvikande sätt beroende på vil-

64 — Mål 22/78, Rec. s. 1869.

65 — Mål 311/84, Rec. s. 3261.

66 — Mål 226/84, Rec. s. 3263.



ken marknad som verket utnyttjas. Som ITP anförd måste möjligheten att utnyttja upphovsrätten på en så kallad härledd marknad anses nödvändig för att en tillräcklig belöning för det skyddade verket skall uppnås.

höjdpunkter bland veckans TV-program men inte till sådana företag som velat publicera veckovisa programöversikter <sup>67</sup>.

*g) Förekomsten av diskriminerande licenspolitik eller oskäliga licensvillkor*

113. Förstainstansrätten har i sina domar lagt vikt vid det faktum att "sökanden i övrigt vederlagsfritt tillåtit publiceringen av sina dagliga programöversikter och av höjdpunkterna i veckans program i tidningarna i Irland och i Förenade kungariket. Dessutom har bolaget också gett tillstånd till publicering av de veckovisa programöversikterna i de andra medlemsstaterna utan att kräva licensavgifter" (punkt 73 i RTE-domen; punkt 58 i ITP-domen).

114. Kommissionen har anförd att det första faktum som förstainstansrätten framhållit med rätta beaktats i samband med att man tagit ställning till målen. Kommissionen har dock inte närmare angett på vilket sätt detta faktum är relevant. Uppfattningen är nämligen den att bolagens beteende utgör ett uttryck för en diskriminerande licenspolitik i och med att de beviljat licens till vissa företag, nämligen sådana som haft för avsikt att publicera dagliga programöversikter eller

115. En sådan uppfattning måste dock avvisas. Diskriminering förutsätter att det finns snarlika situationer. Så är det inte i detta fall. Tvärtom beviljar RTE och ITP licens åt alla som är intresserade och tillämpar samma villkor på alla. Att bolagen vill förbehålla sig själva en särskild användning av verket kan inte vara ett uttryck för diskriminering.

116. Vad vidare angår det av förstainstansrätten omtalade faktumet att det beviljades tillstånd till publicering av de dagliga programöversikterna kan det finnas skäl att nämna att Magill under det muntliga förfarandet anförd att de aktuella målen inte handlar om vägran att bevilja licens och att de därigenom inte är fall där frågan om obligatoriska licenser aktualiseras. Magill hänvisar till att ITP och RTE beviljat ett stort antal licenser och påstår mot denna bakgrund att målen handlar om beviljande av licens på

67 — Se i detta sammanhang punkt 57 i RTE-domen och punkt 40 i ITP-domen.

orimliga villkor som förhindrar veckovis publicering av programöversikter<sup>68</sup>.

Magill försöker ytterligare bevisa att medan rätten att vägra licens möjligtvis hör till den upphovsrättsliga särprägelns område gäller inte detta rätten att fastställa licensvillkoren. Denna åsikt är inte korrekt, vilket visats ovan i avsnitt c). Rätten att bevilja licens omfattar också rätten att göra det på bestämda villkor. En annan sak är att det kan uppstå en särskild omständighet som berättigar ingrepp i den upphovsrättsliga särprägelgen genom att licens beviljas på orimliga villkor. I de föreliggande målen rör det sig inte om andra tvistiga villkor än att de licenser som beviljas inte omfattar rätten att publicera veckovisa programöversikter. Detta villkor kan med tanke på att bolagen själva publicerar veckovisa programöversikter varken anses diskriminerande eller orimligt. Anförandet tillför således inte ärendet något nytt. Det faktum att bolagen vill förbehålla sig utgivningen av de veckovisa programöversikterna blir enligt min åsikt varken mer eller mindre klandervärd, eftersom det kan konstateras att bolagen tillåter tredje parter att använda dem på ett annat mera begränsat sätt.

68 — I sitt beslut ger kommissionen troligtvis uttryck för samma tankegång genom att anse "att den praxis och den politik som ITP, BBC och RTE för var och en för sig, och som går ut på att förse utgivarna med på förhand utgivna veckovisa programöversikter, men som genom licensvillkoren begränsar återgivningen av översikterna så att en eller högst två dagars programöversikter får publiceras åt gången, eller det faktum att de förvägrar licens, är orimligt restriktiva".

117. Vad beträffar det andra av förstainstansrätten återopade faktumet — att man i andra medlemsstater tillåter publiceringen av veckovisa programöversikter — finns det skäl att nämna att det framgår av kommissionens beslut att ITP — däremot inte RTE<sup>69</sup> — utanför Irland och Förenade kungariket, nämligen bland annat i Belgien, Nederländerna och Frankrike, underlåtit att förhindra publicering av sina veckovisa programöversikter i TV-programblad på grund av att de inte haft intresse av att processa mot publikationer som publicerats på främmande språk även om de förmodligen innehållit material som beroende av den nationella lagstiftningen kunnat betraktas som en kränkning av bolagets upphovsrätt. En på detta sätt motiverad underlåtenhet att ingripa i kränkningar mot upphovsrätten kan inte jämföras med tillstånd till publicering och detta faktum utgör därför inte ett uttryck för diskriminerande licenspolitik. Detta faktum kan inte heller annars tillmätas betydelse då man skall ta ställning till de föreliggande målen.

*h) Är programöversikter verk som skall skyddas?*

118. Förstainstansrätten inleder sitt ställningstagande till om det förekommit missbruk med att slå fast att "så länge det inte skett en harmonisering inom gemenskapen eller av de nationella bestämmelserna avgörs

69 — RTE har påpekat att förstainstansrättens dom innehåller ett misstag på denna punkt, men har tillagt att det knappast haft någon avgörande betydelse för förstainstansrättens motivering av sin slutsats.

frågorna rörande fastställande av villkoren för och närmare bestämmelser om det upphovsrättsliga skyddet enligt nationell lagstiftning.” (punkt 66 i RTE-domen; punkt 51 i ITP-domen)<sup>70</sup>. Förstainstansrätten avslutar sin genomgång av denna punkt med att konstatera att det kritiserade beteendet inte är förenligt med bestämmelserna i fördraget ”även om programöversikterna vid den berörda tidpunkten var skyddade enligt nationell upphovsrätt som fortfarande fastställer villkoren för sådant skydd.” (punkt 75 i RTE-domen; punkt 60 i ITP-domen).

119. Under handläggningen av målen inför förstainstansrätten anförde kommissionen ”att det i allmänhet var oförenligt med gemenskapsrätten att nationell lagstiftning erbjuder möjlighet till upphovsrätt för programöversikter.” (punkt 44 i RTE-domen; punkt 27 i ITP-domen). Kommissionen hänvisade till det faktum att ”programöversikterna själva varken är hemliga, uttryck för nyskapande eller förbundna med forskning. De är tvärtemot rent faktiska upplysningar och kan därför inte skyddas genom upphovsrätten.” (punkt 46 i RTE-domen; punkt 29 i ITP-domen). Kommissionen medgav att programöversikter åtnjuter upphovsrättsligt skydd på grundval av nationell lagstiftning men anförde med hänvisning till det som sagts ovan att ”sökandenas praxis och politik inte omfattas av det upphovsrättsliga skyddet såsom det beskrivs i gemenskapsrätten

(punkt 43 i RTE-domen; punkt 26 i ITP-domen) men att de däremot utgör missbruk av dominerande ställning.” (punkt 47 i RTE-domen; punkt 30 i ITP-domen).

120. Kommissionen har medan målen handlagts inför domstolen anförat att det är de nationella myndigheternas och domstolarnas uppgift att fastställa vilka verk som omfattas av det upphovsrättsliga skyddet. Kommissionen har dock samtidigt ansett att förstainstansrätten beaktat den osedvanliga karaktären av den nationella rättigheten på ett riktigt sätt då den tagit ställning i målet<sup>71</sup>.

121. RTE, ITP och IPO anför att såväl kommissionens uppfattning som förstainstansrättsens dom är uttryck för bristfällig respekt för principen om att det upphovsrättsliga skyddets räckvidd definieras i den nationella lagstiftningen. Det görs gällande att besluten i själva verket har som syfte att avskaffa det upphovsrättsliga skyddet för programöversikter som är inskrivet i irländsk och i brittisk lagstiftning.

122. Min argumentering ovan leder inte till att jag skulle anse att de aktuella besluten att vägra bevilja licens skulle tagits under sådana särskilda omständigheter som skulle moti-

70 — Förstainstansrätten hänvisar i detta sammanhang till domstolens dom av den 14 september 1982 (mål 144/81, Keurkoop mot Nancy Kean Gifts, Rec. s. 2853, punkt 18), av den 5 oktober 1988 (mål 53/87, CICRA mot Renault, Rec. s. 6039, punkt 10) och av den 5 oktober 1988 (mål 238/87, Volvo mot Veng, Rec. s. 6211, punkt 7). Se också domstolens dom av den 30 juni 1988 (mål 35/87, Thetford mot Fiamma, Rec. s. 3585, punkt 12) och av den 30 november 1993 (mål C-317/91, Deutsche Renault, Rec. s. I-6227, punkterna 20 och 31).

71 — Kommissionen har vidare gjort skillnad mellan litterära och konstnärliga verk i egentlig mening samt ändamålsenliga och nytiga verk. Skillnaden verkar dock först och främst ha använts med tanke på att illustrera de ytterligare konsekvenserna av domstolens dom, jfr nedan i avsnitt ).

vera tillämpningen av artikel 86. Jag är därför mera benägen att ge bolagen rätt i att det egentliga motivet för tillämpningen av artikel 86 på målen under befintliga omständigheter varit att programöversikterna inte anses vara verk som skall skyddas.

123. Som inledningsvis antytts kan det rimligtvis anföras att den insats som krävs för produktion av programöversikter *knappast behöver skyddas så*, att det finns anledning att godta det faktum att upphovsmannen kan förhindra utgivningen av veckovis utkommande TV-programblad. Utarbetandet av programöversikter fordrar ingen tillskyndan, eftersom översikterna inte är något mer än en utskrift på papper av en rad uppgifter som i varje fall måste tas fram och sammanställas för att det skall vara möjligt att utöva TV-sändningsverksamhet. Tar man denna omständighet i beaktande, så är det inte alls svårt att anse att de aktuella vägran att bevilja licens är ett uttryck för ett orimligt utövande av upphovsrätten. Men frågan är om domstolen har möjlighet att lägga vikt vid karaktären av det upphovsrättsligt skyddade verket.

124. Domstolen har hittills obetingat ansett att det tillkommer de nationella lagstiftarna att fastställa vilka produkter som kan omfat-

tas av det immaterialrättsliga skyddet<sup>72</sup>. Nationell lagstiftning begränsas i så fall endast genom artikel 36.2 i fördraget som föreskriver att handelshinder inte får utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller en dold begränsning av handeln mellan medlemsstaterna. Begränsningarna skall tolkas strikt och det finns ingenting som tyder på att de skulle överskridits i de aktuella målen<sup>73</sup>.

125. Domstolen skall också i de aktuella målen hålla fast vid denna princip som enligt min åsikt ger uttryck för grundläggande korrekt kompetensfördelning mellan nationell rätt och gemenskapsrätt. Finns det ett gemenskapsrättsligt behov av att begränsa det upphovsrättsliga skyddet för vissa pro-

72 — Se de omnämnda domarna i fotnot 70 ovan. Se vidare förslaget till avgörande, föredraget av generaladvokat Mischo den 21 juni 1988 (mål 53/87, CICRA mot Renault, Rec. 1988, s. 6039, punkterna 21—32) där han föreslog att domstolen skulle undersöka huruvida ett genom nationell lagstiftning förmedlat skydd för vissa produkter "överensstämde med funktionen av de industriella och kommersiella äganderättsliga rättigheterna, såsom den fastslagits i domstolens praxis, dvs. att 'belöna uppfinnaren för hans kreativa insats'" (punkt 32). Domstolen fastslog i sin dom att frågan om vilka produkter som omfattas av skyddet skall regleras genom nationell lagstiftning (punkt 10).

73 — Jämför med domstolens dom av den 30 november 1993 (mål C-317/91, Deutsche Renault, Rec. s. I-6227), där domstolen som ett exempel på ett möjligt överskridande av de begränsningar som följer av artikel 36.2 hänvisade till den situation där "en producent i en annan medlemsstat inte på samma villkor [kan] åtnjuta skydd för varumärket enligt tysk rätt, oberoende av huruvida varumärket registreras eller inte, eller [där] skyddets karaktär [är] beroende av det faktum huruvida produkterna som har det ifrågavarande märket är av inhemskt eller utländskt ursprung" (punkt 27). Se också punkt 33. Generaladvokat Tesouro har i sitt förslag till avgörande i mål av den 9 juni 1993 enligt min åsikt med rätta anför "att med den tillämpning som slagits fast i rättspraxis har den aktuella begränsningen — som på ett sätt utgör en minimiskyddsregel — reell betydelse endast i undantagsfall (den har nästan uteslutande teoretiskt intresse)." (punkt 14).

dukter så skall detta ske genom bestämmelser i gemenskapsrätten<sup>74</sup>.

126. Man skulle kunna överväga om det vore möjligt att hålla fast vid principen samtidigt som det öppnas en möjlighet att ta karaktären av det skyddade verket i beaktande vid ställningstagande till om det förekommit missbruk av dominerande ställning. Jag kan dock inte föreslå domstolen en sådan balansgång även om den verkar lockande och faktiskt välmotiverad i de aktuella målen. Skulle man godkänna det faktum att upphovsrättsinnehavarna i samband med sitt kommersiella beteende skall uppfylla olika villkor beroende på avvägningen mellan behovet av skydd av sina verk sett ur gemenskapsrättslig synvinkel skulle detta i varje fall innebära att man använde gemenskapsrätten till att kontrollera bestämmelserna i de nationella immaterialrättsliga lagarna som reglerar vilka produkter som kan erhålla skydd.

127. Slutsatsen blir därför att inte heller programöversiktens karaktär — som i en viss grad behöver skyddas — utgör en omständighet som motiverar ett ingrepp i utövandet av upphovsrätten.

74 — Se i detta sammanhang rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för dataprogram, EGT nr L 122, s. 42 samt rådets direktiv 93/98/EEG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstiden för upphovsrätt och vissa besläktade rättigheter, EGT nr L 290, s. 9.

i) *Berättigandet av att vägra licens*

128. Förstainstansrätten konstaterar i sina domar att "sökandens vägran att ge andra tillstånd att publicera bolagets veckovisa programöversikter var ... godtycklig såvitt som den inte kunde motiveras genom radio- och TV-sändningssektorns särskilda behov som inte berörs i det aktuella fallet eller genom de krav som särskilt gäller utgivningen av TV-blad [i ITP-domen: såvitt den inte kunnat motiveras genom fakta som särskilt gäller utgivningen av TV-blad]. Sökanden hade således möjlighet att anpassa sig till de villkor som gäller på marknaden för TV-blad där konkurrensen är fri med avsikt att försäkra sig om bolagets veckotidnings kommersiella överlevnad." (punkt 73 i RTE-domen; punkt 58 i ITP-domen).

129. Av genomgången ovan följer att jag inte anser att det i de aktuella målen förekommer konkurrensbegränsande beteende enligt innebörden i artikel 86, eftersom licensvägran inte skett under särskilda omständigheter som skulle leda till att de kunde klassas som missbruk av dominerande ställning. Det finns följaktligen ingen anledning att undersöka om det finns godtagbara anledningar till bolagens beteende, jfr ovan i avsnitt d), stycke aa). Det är under dessa omständigheter korrekt att RTE och ITP med stöd av IPO kritiserar förstainstansrätts dom med motiveringen att de inte kan förpliktas till att motivera sina vägran att ge licens. Om domstolen ändå skulle anse att vägran gjorts under särskilda omständigheter

som kvalificerar dem som missbruk av dominerande ställning måste det undersökas om det funnits objektiva motiveringar för beteendet. Jag har följande synpunkter på detta.

I övrigt är ITP:s åsikter felaktiga i och med att kommissionen i sitt beslut konstaterade följande:

130. ITP anför att det inte uppmanats motivera sitt utövande av upphovsrätten med hänvisning till de särskilda villkor som gäller dess verksamhet, eftersom kommissionens beslut inte hänvisar till detta.

”ITP, BBC och RTE hävdar (för sig eller gemensamt) att deras nuvarande agerande och praxis med tanke på deras förhandsöversikter över veckans program motiveras av behovet av att försäkra sig om en allsidig täckning av hög kvalitet av alla deras program, inklusive program som är av ett speciellt intresse för en specifik mindre grupp och/eller av regionalt intresse eller av kulturell, historisk och/eller informativ betydelse. Enligt kommissionens åsikt är sådant agerande eller praxis inte nödvändig för att uppnå målen utan detta kan ske på ett mindre restriktivt sätt, om nödvändigt genom att ställa krav på de utgivare som erhåller licens för utgivningen av programöversikterna. Kommissionen påpekar emellertid att inget av bolagen ansett det nödvändigt att göra inskränkningar i detta hänseende rörande publiceringen av dagens (eller två dagars) programöversikter.”

131. Detta ifrågasättande av kommissionens beslut är inte hållbar. Det är vanligt att i samband med tillämpningen av artikel 86 först bedöma om det rör sig om konkurrensbegränsande beteende och därefter ta ställning till om bolaget visat att det finns konkreta godtagbara motiveringar för det<sup>75</sup>. Det kan därför knappast krävas att kommissionen uttryckligen uppmanar företaget att motivera sitt beteende.

132. RTE och ITP har under handläggningen av målet inför domstolen inte anfört att kommissionens åsikt om detta skulle vara felaktig. De har inte heller presenterat andra objektiva sett konstaterbara hänsyn som i det aktuella fallet skulle motivera den aktuella licensvägran.

<sup>75</sup> — Se t.ex. domstolens dom av den 3 oktober 1985 (mål 311/84, *Télémarketing*, Rec. s. 3261, punkt 26) och av den 13 juli 1989 (förenade målen 110/88, 241/88 och 242/88, *François Lucazeau*, Rec. s. 2811, punkt 25).

133. Man kan därför enligt min åsikt utgå ifrån att ITP och RTE, såsom förstainstans-

rätten konstaterat, vägrade licens och därigenom uteslöt alla former av konkurrens på marknaden för allmänna TV-programblad i syfte att upprätthålla sitt monopol på marknaden för veckovis utkommande TV-programblad (punkt 73 i RTE-domen; punkt 58 i ITP-domen). Om domstolen med andra ord skulle anse att licensvägran i övrigt gjorts under särskilda omständigheter som är ägnade att kvalificera beteendet som missbruk skulle de stå i strid med artikel 86.

j) *De vidare konsekvenserna av domstolens dom*

134. Kommissionen anför att man måste skilja på *litterära och konstnärliga verk* i egentlig betydelse och *funktionella eller nyttiga verk* som till exempel berör telekommunikation, ADB, informationsteknologi och databaser. Medan de förstnämnda verken inte skapar beroende hos konkurrenterna på härledda marknader skapar upphovsrätten till de sistnämnda verken i högre grad ekonomiskt beroende och därmed en dominerande ställning som kan leda till konkurrensbegränsande beteende. Enligt kommissionen har skillnaden betydelse för ställningstagandet i de aktuella fallen i och med att den visar nödvändigheten av den principiella utgångspunkten enligt vilken vägran att bevilja licens — i ljuset av de omständigheter under vilka beslutet fattats — kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Medan kommissionens åläggande att bevilja licens inte kommer att ha nämnvärd betydelse för litterära och

konstnärliga verk i egentlig mening är det *avgörande för att upprätthålla effektiv konkurrens i synnerhet inom dator- och telekommunikationsindustrin* <sup>76</sup>.

135. RTE och ITP har kritiserat den av kommissionen lanserade åtskillnaden med motiveringen att frågan om vilka produkter som är i behov av upphovsrättsligt skydd regleras genom nationell lagstiftning. Men kommissionen verkar inte använda skillnaden som motivering för åsikten att funktionella och nyttiga verk allmänt taget vore värda mindre skydd än litterära och konstnärliga verk och därför i högre grad ger anledning till tillämpningen av artikel 86, jfr ovan i avsnitt i). Kommissionen använder däremot skillnaden i avsikt att illustrera de omfattande konsekvenser en upphävning av förstainstansrättens dom skulle ha för konkurrensen på en rad viktiga områden där det enligt kommissionen finns större risk för att det upphovsrättsliga skyddet kan leda till eller förstärka dominerande ställningar.

76 — Kommissionen har i detta sammanhang hänvisat till sina grunder i samband med antagandet av kommissionens förslag till rådets direktiv om rättsligt skydd för data-program, EGT nr C 91, 1989, s. 16, där det anförts: "Företag med dominerande ställning på marknaden får vidare inte missbruka ställningen på ett sätt som beskrivs i artikel 86 i fördraget. Under vissa omständigheter kan till exempel utövandet av upphovsrätten gentemot aspekter av ett program, som andra företag är tvungna att använda sig av för att skapa kompatibla program, utgöra missbruk. Detta kan också vara fallet, om ett dominerande företag försöker utnyttja sin ensamrätt till en produkt för att uppnå orimliga fördelar i förhållande till en eller flera produkter som inte omfattas av ensamrätten." Som framgår av det ovan sagda, är dessa exempel enligt min åsikt riktiga endast när det rör sig om program eller produkter som inte konkurrerar med de upphovsrättsligt skyddade produkterna.

136. Vad beträffar kommissionens oro för att de aktuella målen kan bli ett precedensfall på området för datormjukvara har ITP anfört att den relevanta lösningen i det hänseendet är lagstiftning och att kommissionens oro i övrigt inte verkar gälla reproduktionen av skyddade verk utan uppgifter om desamma vilket inte berör upphovsrätten.

137. ITP har för sin del anfört att stadfästelsen av förstainstansrättens dom skulle få *avgörande konsekvenser för de genom nationell lagstiftning reglerade upphovsrättsliga rättigheterna*. Enligt bolaget skulle missbruk av dominerande ställning i så fall ske i följande fall: En novellförfattare som motsätter sig publiceringen av en av sina noveller i en antologi; en affischkonstnär som motsätter sig att en skyddad teckning används på ett julkort; innehavaren av upphovsrätten till den tecknade figuren "Karl Alfred" som motsätter sig att figuren trycks på en T-tröja; en pjäsförfattare som motsätter sig att hans verk filmatiseras; ägaren till en söndagstidning som motsätter sig att ITP samtidigt med tidningen återger dess viktigaste artiklar i *TV-Times*; upphovsmannen till en månkalender, tidvattenkalender, kokbok eller förteckning över romanska kyrkor i England som motsätter sig återgivningen av verket. IPO har räknat upp liknande exempel.

138. Kommissionen har anfört att ITP:s och IPO:s oro för konsekvenserna av stadfästelse

av förstainstansrättens domar är ogrundad, eftersom det i hög grad är osannolikt att upphovsrättsinnehavaren i ovannämnda situationer skulle uppnå en dominerande ställning och deras beteende kan på motsvarande sätt inte stå i strid med artikel 86. Kommissionen har tillagt att artikel 86 under de fyra år som gått sedan domstolens dom i målet Volvo mot Veng endast en gång gett upphov till ett formellt beslut med syfte att råda bot på missbruk av immaterialrättsliga rättigheter, nämligen i de föreliggande målen.

139. Det är svårt att avgöra om parternas oro avseende de vidare konsekvenserna av en dom i den ena eller i den andra riktningen är berättigad. Inte minst därför att om det råder oenighet om detta kan det knappast löna sig att försöka uttala sig om riktigheten av de anförda exemplen.

140. Men just på grund av att det inte är möjligt att förutsäga konsekvenserna av ett sådant resultat är min åsikt den att domstolen då den avgör målen inte skall utesluta möjligheten att en vägran att ge licens som gjorts under särskilda omständigheter kan stå i strid med artikel 86. Kommissionen har enligt min åsikt rätt i att "upphovsrätten inte kan ha uttryckliga regler för varje tänkbart fall av missbruk i förhållande till vissa produkter. Det är viktigt att det på andra områ-



den skapas en motvikt, som till exempel konkurrensreglerna, så att den rätta balansen uppnås mellan de olika intressen som rättsinnehavaren och de personer som är beroende av honom har”.

på utöandet av rättigheter som i princip ingår i den upphovsrättsliga särprägel ger upphov till rättslig osäkerhet. I detta sammanhang skiljer sig inte tillämpningen av artikel 86 från övrig tillämpning av artikel 77. Nationella domstolar har för övrigt möjlighet att ställa frågor till domstolen rörande de närmare omständigheter under vilka artikel 86 kan tillämpas.

141. Konsekvenserna av att fastslå att vägran att bevilja licens kan stå i strid med artikel 86 när detta sker under särskilda omständigheter är däremot inte oöverskådliga. Det skulle i så fall tillkomma domstolen då den avgör mål i framtiden att utstaka alltmär detaljerade riktlinjer för under vilka särskilda omständigheter som vägran att ge licens kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Härtill tillkommer att domstolen, om den följer mitt förslag till avgörande, skall fastslå att det inte finns sådana särskilda omständigheter i de aktuella målen vilka skulle vara uttryck för det faktum att mycket strikta villkor gäller för att på detta sätt tillämpa artikel 86 på utöandet av rättigheter som ingår i den immaterialrättsliga särprägel.

143. Härmed har man dock inte nödvändigtvis tagit slutlig ställning till frågan om artikel 86 ger grund för att ålägga företag att bevilja licens för sina upphovsrättsligt skyddade verk. I ärendet har nämligen anförts att ett sådant resultat är oförenligt med Bernkonventionen till skydd av litterära och konstnärliga verk.

**E — Har förstainstansrätten felaktigt underlåtit att beakta Bernkonventionen?**

142. Det skall avslutningsvis nämnas att ITP anför att stadfästelsen av förstainstansrätts dom skulle leda till *rättslig osäkerhet* såväl hos innehavaren av upphovsrätten som hos de nationella domstolarna, som också kommer att tillämpa artikel 86 och som skulle få det svårt att avgöra om de villkor för tillämpningen av artikel 86 som beror på förstainstansrätts dom har uppfyllts. Jag tror inte att ett rättsläge som förutsätter att det sker en ständig precisering av de omständigheter under vilka artikel 86 kan tillämpas

144. RTE och ITP anförde inför förstainstansrätten att Bernkonventionen skall ses som en del av gemenskapsrätten och att kommissionens beslut står i strid med artikel 9 i konventionen om rätten till reproduktion av skyddade verk.

77 — Se i detta sammanhang förstainstansrätts dom av den 10 juli 1990 (mål T-51/89, Tetra Pak, Rec. s. II-309, punkt 37) där förstainstansrätten anförde: ”Ett företag kan hädanafter inte, genom att hänvisa till påstådd oförutsebarhet med tanke på tillämpningen av artikel 86, anföra att det inte omfattas av förbudet i bestämmelsen”.

145. Förstainstansrätten inleder sitt ställningstagande till påståendet med att konstatera "att gemenskapen — som inte i det nuvarande tillståndet av gemenskapsrättens utveckling erhållit kompetens på området för intellektuella och kommersiella äganderättsliga rättigheter<sup>78</sup> — inte är part i Bernkonventionen av år 1886 som samtliga gemenskapens medlemsstater ratificerat." (punkt 102 i RTE- domen; punkt 75 i ITP- domen).

146. Förstainstansrätten tar härefter ställning till betydelsen av att konventionen är bindande för medlemsstaterna. Förstainstansrätten utgår ifrån artikel 234 i fördraget, enligt vilken "de rättigheter och förpliktelser som följer av avtal som ingåtts innan detta fördrag träder i kraft mellan å ena sidan en eller flera medlemsstater och å andra sidan ett eller flera tredje land skall inte påverkas av bestämmelserna i detta fördrag". Förstainstansrätten hänvisar till domstolens tolkning av artikel 234, varav framgår att bestämmelsen uteslutande avser förpliktelser som medlemsstaterna ingått med tredje land, vilket innebär att konventionen som ingåtts före fördragets ikraftträdande inte kan åberopas i

förhållandet mellan medlemsstaterna till stöd för handelshinder inom gemenskapen<sup>79</sup>.

147. Förstainstansrätten gör härefter skillnad mellan artikel 9.1 i Bernkonventionen där upphovsmannens ensamrätt till reproduktion av det skyddade verket fastslås och artikel 9.2 i konventionen där parterna i konventionen ges möjlighet att tillåta reproduktion av skyddade verk under särskilda omständigheter och på närmare bestämda villkor.

148. Angående artikel 9.1 konstaterar förstainstansrätten att bestämmelsen ratificerats av Förenade kungariket och Irland före anslutningen till gemenskapen den 1 januari 1973 och att domstolens tolkning av artikel 234 leder till att bestämmelser som ratificerats före anslutningen till gemenskapen inte i interna EG-förhållanden kan påverka bestämmelserna i fördraget. Förstainstansrätten anser att påståendet att beslutet står i strid med artikel 9.1 enbart av den orsaken inte kan tas i beaktande.

Angående artikel 9.2 konstaterar förstainstansrätten att bestämmelsen intogs i Bernkonventionen genom Parisdokumentet år

78 — Det finns ingen anledning att undersöka frågan om gemenskapens kompetens på området för intellektuella och kommersiella äganderättsliga rättigheter, men det kan dock finnas anledning att nämna att kommissionen i sitt förslag till rådets beslut rörande medlemsstaternas tillträde till Bernkonventionen (EGT nr C 24, 1991, s. 5) slår fast följande: "De områden som omfattas av Bernkonventionen (Parisdokumentet) ... hör till gemenskapens kompetens; i det nuvarande läget saknar gemenskapen möjlighet att som sådan tillträda konventionerna, om de inte ändras så att internationella organisationer som sådana får tillträda dem; med tanke på utvecklingen på gemenskapsnivån borde gemenskapen som sådan kunna tillträda Bernkonventionen." (sjunde övervägandet).

79 — Se i detta sammanhang domstolens dom av den 27 februari 1962 (mål 10/61, kommissionen mot Italien, Rec. 1954—1964, s. 287), av den 14 oktober 1980 (mål 812/79, Attorney General mot Burgoa, Rec. s. 2787, punkt 8) och av den 11 mars 1986 (mål 121/85, Conegate, Rec. s. 1007, punkt 25).

1971 som ratificerades av Förenade kungariket först den 2 januari 1990 och som Irland inte har ratificerat.

För Förenade kungarikets vidkommande konstaterar förstainstansrätten — vad beträffar artikel 9.2 — att Parisdokumentet alltså ratificerades efter anslutningen till gemenskapen varför artikel 9.2 inte kan påverka en bestämmelse i fördraget eftersom medlemsstaterna inte kan åsidosätta fördragets bestämmelser genom att ingå ett internationellt avtal utan måste följa ändringsprocessen enligt artikel 236 i fördraget.

Förstainstansrätten konstaterar härfter att påståendet om att det skett en överträdelse av Bernkonventionen under inga omständigheter kan beaktas.

149. Som framgår av fortsättningen anser jag det riktigt att Bernkonventionen inte kan utgöra motivering för upphävandet av kommissionens beslut. Det finns emellertid anledning att på två punkter precisera och fördjupa förstainstansrättens motiveringar.

150. För det första har förstainstansrätten felaktigt i det aktuella sammanhanget gjort skillnad mellan första och andra punkten i artikel 9 i konventionen. För det andra, och detta anser jag vara viktigare, har förstainstansrätten inte tagit ställning till den betydelse som Bernkonventionen kan ha för *tolkningen* av artikel 86 i fördraget.

151. Förstainstansrätten behandlar artikel 9.1 och 9.2 i Bernkonventionen på olika sätt eftersom den utgår ifrån att bestämmelsen i artikel 9.1 hade blivit bindande för Förenade kungariket och Irland före deras anslutning till gemenskapen medan det motsatta gäller artikel 9.2. Denna uppfattning är enligt de uppgifter jag erhållit felaktig<sup>80</sup>. Artikel 9.1 och 9.2 fogades till konventionen i samband med den revision av konventionen som ägde rum i Stockholm år 1967. Dessa två bestämmelser trädde — i likhet med alla andra materiella bestämmelser efter revisionen i Stockholm — dock inte i kraft. De reviderades genom Parisdokumentet och detta är orsaken till att Förenade kungariket ratificerade artikel 9 i samband med ratificeringen av Parisakten. Detta innebär att både artikel 9.1 och 9.2 ratificerades av Förenade kungariket först efter anslutningen till gemenskapen och att bestämmelserna ännu inte ratificerats av Irland.

152. Man inser i varje fall att denna ändring av förutsättningarna för förstainstansrättens ställningstagande inte ändrar slutresultatet, eftersom förstainstansrättens motiveringar rörande artikel 9.2 i konventionen hädanefter även gäller artikel 9.1.

153. Förstainstansrätten har tagit ställning till vilket som är det gällande rättsläget, om det kan konstateras att artikel 86 i fördraget

80 — Se *Guide to the Berne Convention* (Genève 1978) utgiven av World Intellectual Property Organization.

och Bernkonventionen *verkligen är motstridiga*. Detta anser jag vara ett alltför strikt sätt att ta i tu med problematiken på. Fördragets bestämmelser om lösning av konflikter mellan folkrättsligt bindande avtal och fördragets egna bestämmelser blir relevanta först när man kunnat slå fast att det finns en konflikt mellan de olika bestämmelserna. Detta innebär att man först måste ta ställning till om Bernkonventionen har en sådan status att den skall ingå som en del i domstolens tolkning av bestämmelserna i fördraget, och, om så är fallet, om konventionens bestämmelser kan åberopas som stöd för en viss tolkning av fördraget.

Förstainstansrätten borde därför ha undersökt om det i samband med tolkningen av artikel 86 och dess genomförandebestämmelser — i synnerhet i artikel 3 i förordning nr 17 — skall tas hänsyn till Bernkonventionens bestämmelser för att i möjligaste mån undvika en konflikt mellan de två regelverken.

154. Jag anser att det ligger nära till hands att tolka artikel 86 i överensstämmelse med Bernkonventionen. Det finns flera fakta som talar för att Bernkonventionen skall tillmätas betydelse vid tolkningen av fördragets bestämmelser <sup>81</sup>.

81 — Domstolens dom av den 20 januari 1981 (förenade målen 55/80 och 57/80, Musik-Vertrieb Membran GmbH mot GEMA, Rec. s. 147) där parterna åberopat bestämmelser i Bernkonventionen kan inte uppfattas som en avvisning av uppfattningen. Det märks för övrigt i detta sammanhang att domstolen i flera fall slagit fast att fördragsbestämmelserna skall tolkas i ljuset av den europeiska konventionen om de mänskliga rättigheterna, se bl.a. domstolens dom av den 28 oktober 1975 (mål 36/75, Rutili, Rec. s. 1219) och av den 25 juli 1991 (mål C-353/89, kommissionen mot Nederländerna, Rec. s. I-4069).

155. Avsikten med Bernkonventionens bestämmelser är att garantera upphovsmanen ett *minimiskydd* <sup>82</sup> och det rör sig om en konvention som har *stor internationell upplutning* <sup>83</sup>.

156. *Alla medlemsstater har tillträtt* Bernkonventionen och endast Irland och Belgien har ännu inte tillträtt Parisdokumentet av år 1971. Den 14 maj 1992 antog rådet en resolution varigenom gemenskapens medlemsstater förpliktar sig — om de inte redan gjort det — att anta Parisakten före den 1 januari 1995 och att ansvara för att den verkligen iaktas i deras nationella lagstiftning <sup>84</sup>. I resolutionen anförs vidare att det skulle vara

82 — De länder som ratificerat Bernkonventionen utgör en union, jfr artikel 1. Upphovsmännen i alla unionsländer, med undantag för verkets ursprungsland såsom det definierats i artikel 5.4, garanteras minst det skydd som följer av Bernkonventionen och garanteras samtidigt samma skydd som landets egna medborgare åtnjuter, jfr artikel 5.1. Genom Bernkonventionen garanteras upphovsmanen inte något minimiskydd i verkets ursprungsland, när upphovsmanen samtidigt är medborgare i landet. Är upphovsmanen medborgare i ett annat unionsland har han i ursprungsstaten rätt att kräva samma skydd som nationella upphovsmän, jfr artikel 5.3. Härutöver får unionsländerna fritt bestämma vilken grad av skydd de vill ge verk med ursprung i det egna landet.

83 — Se t.ex. första övervägandet i kommissionens förslag till rådets beslut om medlemsstaternas tillträde till Bernkonventionen, EGT nr C 24, 1991, s. 5 och andra övervägandet i rådets resolution av den 14 maj 1992 om förbättringen av skyddet av upphovsrätten och därmed besläktade rättigheter, EGT nr C 138, s. 1.

84 — Rådets resolution om förbättring av skyddet av upphovsrätten och därmed besläktade rättigheter, EGT nr C 138, 1990, s. 1. Se i detta sammanhang också kommissionens förslag till rådets beslut om medlemsstaternas tillträde till Bernkonventionen, EGT nr C 24, 1991, s. 5 där det i det femte övervägandet anförs att "såframt alla medlemsstater tillträder Bernkonventionen (Parisdokumentet) ... kommer det att finnas en gemensam basis för harmonisering som kan utgöra grunden för vidareutvecklingen av gemenskapens system för upphovsrätten och därmed besläktade rättigheter". Se också artikel 1a i det ändrade förslaget, EGT nr C 57, 1992, s. 13, enligt vilken "gemenskapen respekterar vid utövandet av sina befogenheter på upphovsrätten och därmed besläktade rättigheter principerna och bestämmelserna i Bernkonventionen" som reviderats genom Parisdokumentet.

en fördel för innehavarna av upphovsrättsliga rättigheter i gemenskapen om det minimiskydd som konventionen stipulerar garanterades i så många *tredje länder* som möjligt och rådet uppmanar därför kommissionen att under förhandlingar med tredje länder lägga särskild vikt vid att de respektive tredje länderna ratificerar eller tillträder konventionen och att dessa även i praktiken iakttar den.

randen gällande de aktuella målen betonar det önskvärda i att gemenskrapsrätten överensstämmer med internationella standarder.

157. Det finns som RTE påpekat flera exempel på *sekundär gemenskrapsrätt* där det hänvisas till Bernkonventionen som en generell och allmänt godkänd minimistandard, jfr rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd av dataprogram<sup>85</sup>, rådets direktiv 93/98/EEG av den 29 oktober 1993 om harmonisering av skyddstid för upphovsrätt och vissa närstående rättigheter<sup>86</sup> och avslutningsvis kommissionens förslag till rådets direktiv rörande rättsligt skydd av databaser av den 15 april 1992<sup>87</sup>.

159. Det är mot denna bakgrund man skall ta ställning till RTE:s påstående om att artikel 2 i kommissionens beslut är oförenlig med artikel 86 och artikel 3 i förordning nr 17 så som dessa bestämmelser skall tolkas i ljuset av Bernkonventionen.

160. Kommissionen anför att Bernkonventionen inte förpliktar unionsländerna att bevilja upphovsrättsligt skydd av nyttiga icke-litterära förteckningar över programtitlar och sändningstider och hänvisar till artikel 2.8 i konventionen som lyder: "Skydd enligt denna konvention tillämpas inte på nyhetsmeddelanden eller i fråga om notiser vilka endast har karaktären av vanliga tidningsmeddelanden." Kommissionen påpekar att man i Bernkonventionen inte förbjuder unionsländerna att utsträcka det upphovsrättsliga skyddet till att omfatta andra än litterära och konstnärliga verk men att Bernkonventionen samtidigt inte begränsar unionsländernas möjligheter att reglera utövandet av upphovsrätten till sådana verk.

158. Till sist finns det anledning att konstatera att också kommissionen i sina anför-

85 — EGT nr L 122, s. 42. Se det tjugofemte och tjugonionde övervägandet samt artikel 1.1 och i synnerhet artikel 6.3, vars ordalydelse i allt väsentligt motsvarar artikel 9.2 i Bernkonventionen.

86 — EGT nr L 290, s. 9. Se det första, fjärde, femte, tolfte, fjortonde, femtonde, sjuttonde och tjugooandra övervägandet samt artikel 1.1 och artikel 7.1.

87 — EGT nr C 156, 1992, s. 4. Se det nittonde, tjugooandra och tjugosjätte övervägandet samt artikel 2.1 och 2.2.

161. World Intellectual Property Organization (WIPO), som förvaltar Bernkonventionen, har publicerat en *Guide to the Berne*

*Convention*<sup>88</sup>. I kommentaren till artikel 2.8 står bl.a. att "[u]ndantaget bekräftar blott den allmänna principen att för att ett verk skall kunna skyddas skall det innehålla en viss del intellektuellt skapande. Domstolarna skall i varje enskilt fall ta ställning till om villkoret uppfyllts och avgöra om texten är en berättelse som ger ett intryck av viss originalitet eller om den endast är en — torr och opersonlig — upprepning av nyheter och information."

översikter genom bestämmelserna i Bernkonventionen garanteras ett minimiskydd.

High Court har ansett att programöversikter är resultatet av ett stort arbete som förutsätter mycket tankearbete samt tekniskt kunskande och bedömning och som till följd av detta är skyddsvärda som litterära verk och samlingsverk (punkt 10 i RTE- domen; punkt 7 i ITP- domen). Detta är uttryck för en bestämd åsikt att programöversikter inte kan anses som "mere items of press information".

162. RTE anför att det faktum att kommissionen på grundval av artikel 86 och förordning nr 17 anses ha kompetens att ålägga företag att bevilja licens strider mot artikel 9.2 i Bernkonventionen som lyder:

"Unionsländerna kan i sin lagstiftning tillåta mångfaldigande av sagda verk i särskilda fall, förutsatt att sådant mångfaldigande inte gör intrång i det normala utnyttjandet av verket och ej heller oskäligt inkräktar på upphovsmannens legitima intressen."

Mot denna bakgrund ligger det nära till hands att hålla med RTE om att program-

163. RTE anför att artikel 9.2 innehåller ett villkor enligt vilket obligatoriska licenser bara kan beviljas med stöd av särskild lagstiftning där det tydligt fastställs när och hur detta kan ske. Som exempel på lagstiftning som uppfyller dessa villkor hänvisar RTE till den nya brittiska lagstiftningen där radio- och TV-bolag förpliktas att bevilja licens till sina programöversikter och till artikel 8.1 i kommissionens förslag till rådets direktiv om

<sup>88</sup> — I förordet till guiden står följande: "Avsikten med denna handbok är dock inte att ge en autentisk tolkning av konventionsbestämmelserna, eftersom detta inte ingår i den behörighet som har getts WIPO:s International Bureau vars uppgift det är att förvalta konventionen. Handboken avser endast att framställa innehållet i Bernkonventionen så enkelt och så klart som möjligt och förmedla förklaringar om konventionens karaktär, mål och omfattning. De berörda myndigheterna — och de berörda personerna — skall själva bilda sig en uppfattning."

rättsligt skydd av databaser<sup>89</sup>. Däremot uppfyller artikel 86 i fördraget enligt RTE inte detta villkor, eftersom den inte tillräckligt tydligt anger när de kan åläggas att bevilja licens men däremot ger kommissionen möjlighet att bestämma och anpassa en sådan förpliktelse från fall till fall.

medlemsländerna rätt att begränsa ensamrätten till reproduktion och tillåta att verk reproduceras 'i vissa särskilda fall'. Den frihet som avstås till medlemsländerna är likväl inte oinskränkt. Konventionen tillägger två villkor ... som bägge skall uppfyllas."

164. Denna ståndpunkt är inte hållbar.

165. I kommentaren till artikel 9 i *Guide to the Berne Convention* står bland annat följande: "Underligt nog medtogs rätten [till reproduktion], som utgör själva kärnan av upphovsrätten, i konventionen som en av minimirättigheterna så sent som i Stockholm (1967). Även om alla medlemsländer i princip erkände rätten var problemet att hitta en formulering som var tillräckligt omfattande för att täcka alla rimliga undantag men inte så omfattande att rätten därigenom skulle bli illusorisk." Och mera specifikt i förhållande till artikel 9.2 anförs att "bestämmelserna ger

166. Det verkar som om det faktum att det i bestämmelsen hänvisas till att begränsningar i rätten till reproduktion skall regleras "genom nationell lagstiftning" inte i detta sammanhang skulle tillmätts någon särskild betydelse. Jag skulle också helst tolka en neutral formulering om syftet varit att "täcka alla rimliga undantag" så att det skall handla om lagstiftning av en bestämd typ och av en viss precision. Såsom kommissionen påpekat är det knappast sannolikt att alla länder som ratificerat Parisdokumentet av år 1971 därigenom skulle ha avsett att ge avkall på befogenheten att ålägga obligatoriska licenser med stöd av konkurrensreglerna.

Jag anser att det ur artikel 9.2 i konventionen inte kan dras någon annan slutsats än att konventionen inte förhindrar att ensamrätten till reproduktion i särskilda fall begränsas och att unionens medlemsstater tillåts att genom lagstiftning och med beaktande av de i bestämmelsen utstakade villkoren ta ställning till hur de vill använda sig av möjligheten. Det kan inte stå i strid med bestämmelsen att slå fast att en allmän konkurrensrättslig bestämmelse utgör det nödvändiga stödet i lagstiftningen.

89 — Artikel 8.1 lyder: "Oberoende av den i artikel 2.5 stadgade rätten att förbjuda otillåtna utdrag och återgivning av innehållet i en databas skall det — då de verk eller det material som utgör innehållet i en databas som gjorts tillgänglig för allmänheten inte självständigt kan skapas, insamlas eller erhållas från någon annan källa — beviljas licens på rimliga och icke-diskriminerande villkor till rätten att använda och återge — antingen i sin helhet eller väsentliga delar därav — verk eller material från databasen för kommersiella ändamål." Kommissionen kritiserar detta exempel, med motiveringen att det inte berör det upphovsrättsliga skyddet för databasen utan den särskilda rätt till skydd mot illojalt utnyttjande, som inte regleras genom Bernkonventionen. IPO verkar på denna punkt vara av samma åsikt som kommissionen. Jag anser det inte nödvändigt att ta ställning till dessa meningsskiljaktigheter.

167. Slutligen, angående villkoren i artikel 9.2 att "reproduktionen inte på ett skadligt sätt påverkar den normala användningen av verket och inte på ett orimligt sätt gör ingrepp i upphovsmannens lagstadgade intressen", verkar det tydligt att kommissionens befogenhet att med stöd av fördragets konkurrensbestämmelser ålägga företag att bevilja licens när de ovan beskrivna strikta villkoren uppfylls inte allmänt sett står i strid med det. Som kommissionen påpekat skulle uppfyllandet av villkoren i sista hand kontrolleras av domstolen.

Angående det konkreta beslutet att ålägga RTE och ITP att bevilja licens till sina programöversikter anser jag att det ovan uppnådda resultatet — enligt vilket beslutet står i strid med artikel 86 i fördraget — får ytterligare stöd av artikel 9.2 i Bernkonventionen, i synnerhet därför att skyldigheten att bevilja licens för tillverkning av produkter som i grund och botten tillfredsställer samma behov hos konsumenterna som upphovsrättsinnehavarens produkt och som därför konkurrerar med den enligt min åsikt skulle "[påverka] den normala användningen av verket".

168. Domstolen kan mot denna bakgrund konstatera att Bernkonventionen inte nödvändiggör att artikel 86 i fördraget tolkas på ett sätt som hindrar att företag med stöd av

denna bestämmelse under särskilda omständigheter åläggs att bevilja licens till sina upphovsrättsligt skyddade verk.

169. För det fall att domstolen skulle vara överens om att det under särskilda omständigheter kan strida mot artikel 86 att vägra licens och i motsats till det resultat jag föreslagit skulle anse att det i dessa mål finns särskilda omständigheter skall jag i fortsättningen ta ställning till de övriga yrkanden som tillställts domstolen.

**F — Har artikel 3 i förordning nr 17 blivit åsidosatt?**

170. Artikel 3.1 i förordning nr 17 lyder: "Konstaterar kommissionen, efter ansökan eller på eget initiativ, en överträdelse av bestämmelserna i fördragets artikel 85 eller artikel 86, kan den ålägga de berörda företagen eller företagssammanslutningarna att upphöra med överträdelsen."

171. ITP gör gällande att förstainstansrättens dom är felaktig till den del där slås fast att kommissionen med stöd av den ovan nämnda bestämmelsen kan ålägga företag att bevilja licens till sina upphovsrättsligt skyd-



dade verk<sup>90</sup>. Vissa av de anförda argumenten sammanfaller med de ovan behandlade argumenten rörande frågan om det faktum att man förvägrar licens kan stå i strid med artikel 86 och skall därför inte behandlas här. Jag har ovan konstaterat att en vägran att bevilja licens under särskilda omständigheter kan utgöra missbruk av dominerande ställning. Det återstår, som kommissionen påpekat, endast att undersöka om de citerade bestämmelserna ger kommissionen behörighet att ålägga ett dominerande företag att bevilja licens eller om kommissionen måste begränsa sig till att ålägga företaget att upphöra med att bryta mot artikel 86. På denna punkt är jag helt enig med förstainstansrättens motiveringar av sitt slutresultat och nöjer mig därför med att enbart hänvisa till dem, se punkterna 70 och 71 i ITP-domen.

upp en rad omständigheter som förstainstansrätten enligt dess åsikt borde ha tagit i beaktande<sup>91</sup>. Jag har svårt att se hur sådana förhållanden skulle kunna åstadkomma att ett beslut att på ansökan och på icke-diskriminerande grund bevilja andra intresserade parter tillstånd till publicering av bolagets översikter av veckans program, eventuellt genom att bevilja dem licens på vissa villkor<sup>92</sup>, överskrider gränsen för det rimliga och det nödvändiga för att få slut på överträdelsen av artikel 86 som i detta fall består i att bolaget vägrat licens. Inte heller på denna punkt anser jag att det finns fog för att kritisera förstainstansrättens dom, se punkterna 80 och 81 i ITP-domen.

### G — Har förstainstansrätten definierat den relevanta produktmarknaden och tillämpat begreppet dominerande ställning felaktigt?

172. ITP anför vidare att förstainstansrättens dom är felaktig till den del där slås fast att artikel 2 i kommissionens beslut står i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen. ITP räknar i detta sammanhang

173. Förstainstansrätten har i sina domar och i enlighet med kommissionens beslut definierat den relevanta marknaden för översikter av en veckas program och de TV-programblad där översikterna publiceras. Förstainstansrätten hänvisar till att det rör sig om särskilda delmarknader som inte kan

90 — ITP har i sina skriftliga inlagor rubricerat det avsnitt som berör detta yrkande som "maktmissbruk". Kommissionen har kritiserat detta och anför att det faktum att man eventuellt överskridit sin behörighet inte betyder att det skulle ha förekommit maktmissbruk. På denna punkt måste man hålla med kommissionen. Så vitt jag kan förstå påstår ITP inte att kommissionen genom sitt beslut skulle ha haft andra avsikter än de som beskrivs i artikel 86 utan enbart att kommissionen genom sitt beslut har tillämpat kompetensbestämmelsen i artikel 3 i förordning nr 17 på ett sätt som bestämmelsen enligt ITP inte ger stöd för.

91 — ITP hänvisar till att beslutet inte enbart frångöt ITP:s ensamrätt till reproduktion utan även bolagets rätt till den första kommersiella användningen av produkten, som är av särskild betydelse i fall som det aktuella där produkten har ett nyttovärde i endast tio dagar, att det inte finns någon reciprocitet mellan ITP och de konkurrenter (frånsett BBC och RTE) som ITP åläggs att bevilja licens för och att dessa konkurrenter — i synnerhet rikstäckande tidningar — har en långt större omsättning och upplaga än ITP.

92 — Som kommissionen framhållit, gav beslutet bolagen möjlighet att uppbära licensavgifter och uppställa sådana villkor som bedöms vara nödvändiga för att skydda bolagens legitima intressen.

jämföras med den allmänna marknaden för uppgifter om TV-program, eftersom det finns en särskild efterfrågan på produkterna hos näringsidkare som vill publicera ett allmänt veckovis utkommande TV-programblad och hos TV-tittare som därigenom får möjlighet att på förhand avgöra vilka TV-program de vill se och på så sätt kan planera sina fritidsaktiviteter för veckan (punkterna 61 och 62 i RTE-domen; punkterna 47 och 48 i ITP-domen).

174. IPO anser att en definition av den relevanta produktmarknaden som baserar sig på en uppdelning av densamma i olika delmarknader och härledda marknader är konstgjord och opraktisk, eftersom den inte beaktar upphovsrättens natur och det sätt på vilket upphovsrätten kommersialiseras.

175. Jag anser att det inte är motiverat att kritisera förstainstansrättens definition av de relevanta produktmarknaderna, som baserar sig på en sedvanlig och korrekt analys av om det finns ersättningsbara produkter. I övrigt är mitt intryck det att IPO:s misstankar i verkligheten handlar om frågan om en upphovsrättsinnehavare har rätt att använda det upphovsrättsligt skyddade verket på en härledd marknad. Denna fråga angår emellertid definitionen av när det sker missbruk av dominerande ställning och måste dessutom — som jag anför i avsnitt f) — besvaras jakande.

176. Frågan blir härefter om RTE och ITP var för sig har dominerande ställning på de ovan definierade marknaderna.

177. Det är i målet ostridigt att ett företag inte intar dominerande ställning endast på grund av att det är innehavare av en immaterialrättslig rättighet<sup>93</sup>. Det är likaledes ostridigt att den dominerande ställningen kan definieras som "ekonomiskt inflytande som möjliggör för ett företag att förhindra att det uppstår effektiv konkurrens på den relevanta marknaden i och med att den tillåter företaget att i hög grad bete sig på ett självständigt sätt gentemot sina konkurrenter och kunder och slutligen gentemot konsumenterna"<sup>94</sup>.

178. IPO anför att förstainstansrätten i sina domar felaktigt fastslagit att bolagen hade en dominerande ställning, helt enkelt på grundval av att de var innehavare av de ifrågakvarande immaterialrättsliga rättigheterna och utan att det någonsin skulle gjorts någon som helst undersökning av deras ekonomiska inflytande på marknaden. IPO anför vidare att kommissionen i sitt beslut tillämpade kriteriet ekonomiskt inflytande felaktigt.

<sup>93</sup> — Se domstolens dom av den 8 juni 1971 (mål 78/70, Deutsche Grammophon, Rec. s.125, punkterna 16 och 17, av den 18 februari 1971 (mål 40/70, Sirena, Rec. s. 7, punkt 16) och av den 25 juni 1976 (mål 51/75, EMI Records mot CBS United Kingdom, Rec. s. 811, punkt 36).

<sup>94</sup> — Domstolens dom av den 9 november 1983 (mål 322/81, Michelin, Rec. s. 3461, punkt 30). Se bl.a. även domstolens dom av den 13 februari 1979 (mål 85/76, Hoffman-La Roche mot kommissionen, Rec. s. 461, punkt 38) och av den 3 oktober 1985 (mål 311/84, Télémarketing, Rec. s. 3261, punkt 16).

179. Kommissionen motiverar i det bestridda beslutet sitt konstaterande av att RTE och ITP har dominerande ställning på följande sätt:

”Radio- och TV-bolag har, oberoende av vilka intellektuella äganderättsliga rättigheter de eventuellt har eller åberopar, ett *faktiskt monopol* på produktion och första utgivning av sina översikter av veckans program. Detta beror på att programöversikterna är en biprodukt av programlägningsarbetet som görs av programläggarna själva och som endast de känner till. Dessutom blir programöversikterna säljbara produkter först efter att programläggningen avslutats (beroende på det faktum att det kan ske ändringar i sista stunden) en kort tid före sändningsdagen. Följaktligen är det omöjligt för andra intresserade parter att själva producera pålitliga programöversikter för publicering i deras egna TV-programblad. De är i stället tvungna att skaffa sig programöversikterna från själva radio- och TV-bolagen eller från företag som erhållit rättigheterna till programöversikterna, i detta fall ITP, BBC och RTE. Andra intresserade parter står därför i ett ekonomiskt beroendeförhållande, vilket är karakteristiskt för dominerande ställning.

De enskilda radio- och TV-bolagens faktiska monopol på sina egna programöversikter förstärks vidare i riktning mot ett *lagstadgat monopol*, i den mån de fordrar skydd med

stöd av lagstiftningen rörande upphovsrätten i Förenade kungariket och/eller Irland eller om de parter till vilka de överlätit sina åberopade rättigheter söker likadant skydd ...

Som en följd härav tillåts ingen konkurrens från andra parter på dessa marknader.” (Punkt 22, min kursivering).

180. Min åsikt är att kommissionen definierat bolagens ställning på marknaden korrekt. Det avgörande skall vara att veckovis utkommande TV-programblad endast kan framställas med hjälp av programöversikterna för de TV-kanaler som kan mottagas på den relevanta marknaden och att programöversikterna endast kan levereras av TV-bolagen som gör programläggningen för sina respektive TV-kanaler och som på det sättet har ett faktiskt monopol på marknaden. Bolagens upphovsrättsliga rättigheter är avgörande i sig, men bidrar till att förstärka deras dominerande ställning.

181. IPO kritiserar att kommissionens tillämpning av begreppet faktiskt monopol. Man gör gällande att ett sådant monopol uppstår så fort det skapas en primär marknad och en sekundär marknad och en tredje part fattar ett ensidigt beslut om att använda produkter som finns på den primära marknaden

i avsikt att utöva ekonomisk verksamhet på den sekundära marknaden. Härigenom knyts det ekonomiska beroendet på ett konstgjort sätt till den tredje partens avsikt. Enligt IPO är begreppet faktiskt monopol en konstgjord konstruktion som kommissionen skapat för att motivera det faktum att konkurrensbestämmelserna tillämpas i avsikt att ändra den upphovsrättsliga särprägl.

182. Jag anser att den ståndpunkten bör avvisas. Det stämmer inte att det rör sig om dominerande ställning varje gång man har en primär och en sekundär marknad. Det avgörande skall vara om företaget är den enda möjliga distributionskällan av de produkter som tillverkas på den primära marknaden och som är nödvändiga för att utöva verksamhet på den sekundära marknaden<sup>95</sup>.

På denna punkt är det också mitt intryck att IPO:s oro i verkligheten handlar om frågan om upphovsrättsinnehavaren kan förbehålla sig utnyttjandet av det upphovsrättsligt skyddade verket på en härledd marknad eller om sådant beteende utgör missbruk av dominerande ställning, jfr ovan och avsnitt f).

183. Förstainstansrätten stadfäste kommissionens beslut på denna punkt med följande motivering:

”Beträffande sökandenas ställning på den härledda marknaden är förstainstansrättens uppfattning den att RTE som en följd av upphovsrätten till programöversikterna [i ITP-domen: ITP som en följd av upphovsrätten till programöversikterna för ITV och Channel Four som det genom överlåtelse erhållit av de TV-bolag som levererade program till dessa kanaler] hade ensamrätten till reproduktion och försäljning av översikterna. Bolaget kunde således under den för målet relevanta tidpunkten säkerställa ett monopol för publiceringen av sina programöversikter för veckan i ett speciellt blad för bolagets [i ITP-domen: för ITV:s och Channel Fours] egna program ... Härav följer att sökanden vid den tidpunkten hade en klart dominerande ställning på såväl marknaden för bolagets översikter av veckans program som på marknaden för de blad där översikterna publicerades i Irland och i Nordirland. Andra näringsidkare såsom Magill som ville publicera ett allmänt TV-programblad var nämligen ekonomiskt beroende av sökanden som alltså kunde förhindra effektiv konkurrens på marknaden för uppgifter om bolagets program under veckan.” (Punkt 63 i RTE-domen; punkt 49 i ITP-domen).

184. IPO:s kritik mot förstainstansrättens dom är delvis berättigad. Förstainstansrätten tycks lägga avgörande vikt vid bolagens upp-

95 — Se i detta sammanhang domstolens dom av den 13 november 1975 (mål 26/75, General Motors Continental, Rec. s. 1367, punkt 9), av den 31 maj 1979 (mål 22/78, Hugin, Rec. s. 1869, punkterna 9 och 10) av den 3 oktober 1985 (mål 311/84, Télémarketing, Rec. s. 3261, punkterna 16, 17 och 18) och av den 11 november 1986 (mål 226/84, British Leyland, Rec. s. 3263, punkterna 5 och 9).

hovsrättsliga rättigheter vilket som sagt inte stämmer överens med domstolens praxis. Men då jag i övrigt instämmer i förstainstansrättens resultat och då förstainstansrätten konstaterat att det finns ekonomiskt beroende anser jag att detta inte i sig utgör tillräcklig grund för att förstainstansrättens dom skall upphävas.

deln mellan medlemsstaterna uppfyllts. Den motiverar detta som följer:

”I det föreliggande målet anser förstainstansrätten att sökandens beteende ändrade på konkurrensstrukturen på marknaden för TV-programblad i Irland och i Nordirland, vilket påverkade möjligheterna till handel mellan Irland och Förenade kungariket.

**H — Har förstainstansrätten tillämpat begreppet inverkan på handeln mellan medlemsstaterna felaktigt?**

185. RTE anser att bolagets licenspolitik inte påverkade handeln mellan medlemsstaterna och att de gemenskapsrättsliga konkurrensreglernas uppgift inte är att ingripa i rent interna förhållanden i en medlemsstat. Om det anses otillfredsställande att det i Irland och i Förenade kungariket i motsats till de övriga medlemsstaterna inte finns något allmänt veckovis utkommande TV-programblad, skall problemet enligt RTE:s åsikt lösas av de ifrågavarande medlemsstaterna såsom har skett i Förenade kungariket.

Sökandens beslut att inte ge andra intresserade parter tillstånd till publicering av bolagets veckovisa programöversikter hade en avgörande inverkan på konkurrensstrukturen på området för TV-blad i Irland och i Nordirland. Genom sin licenspolitik — som förhindrade bland annat Magill att saluföra ett allmänt TV-blad i Irland och i Nordirland — avlägsnade sökanden inte enbart ett konkurrerande företag från marknaden för TV-programblad utan uteslöt också all potentiell konkurrens på den relevanta marknaden vilket ledde till att uppdelningen av marknaderna i Irland respektive i Nordirland upprätthölls. Det kan därför inte förnekas att det diskuterade beteendet kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna.” (Punkt 77 i RTE-domen).

186. Förstainstansrätten slår i sin dom fast att villkoret i artikel 86 om inverkan på han-

187. RTE bestrider förstainstansrättens uttalande enligt vilket bolagets beteende upprätt-

höll uppdelningen mellan marknaderna i Irland respektive i Nordirland. RTE hänvisar här till att bolaget aldrig förhindrat exporten eller importen av TV-programblad och att det alltid iakttagit ett och samma agerande beträffande leveransen av veckans programöversikter och beviljande av licenser utan hänsyn till företagets hemvist.

att det medför eliminering av en konkurrent<sup>98</sup>.

188. Det följer av domstolens praxis att villkoret om inverkan på handeln mellan medlemsstaterna är uppfyllt "om det på grund av samtliga objektiva, rättsliga eller faktiska förhållanden kan förutses med tillräcklig sannolikhet att avtalen direkt eller indirekt, vid det tillfället eller potentiellt kan ha inverkan på varuhandeln mellan medlemsstaterna" och därigenom förhindra upprättandet av en enhetlig marknad mellan medlemsstaterna<sup>96</sup>. Detta är inte fallet endast om beteendet leder till uppdelning av marknaderna<sup>97</sup>, utan också om det kan bevisas att beteendet påverkar konkurrensstrukturen på den gemensamma marknaden till exempel därför

189. Man måste förmodligen hålla med RTE om att dess beteende inte har lett till en uppdelning av de nationella marknaderna. Men det står utom tvivel att beteendet *påverkade konkurrensstrukturen* på den gemensamma marknaden, eftersom det ledde till elimineringen av en konkurrent och uteslöt nya konkurrenter från den ifrågasvarande marknaden<sup>99</sup>. Detta är det centrala konstaterandet i förstainstansrättens dom som därför inte kan kritiseras på denna punkt.

96 — Domstolens dom av den 30 juni 1966 (mål 56/65, Société Technique Minière, Rec. 1965—1968, s. 211, särskilt s. 216). Domen berör artikel 85, men det finns ingen anledning att tolka villkoret om inverkan på handel i artikel 86 annorlunda. Se också domstolens dom av den 9 november 1983 (mål 322/81, Michelin, Rec. s. 3461, punkt 104) och av den 23 april 1991 (mål C-41/90, Höfner och Elser, Rec. s. I-1979, punkt 32) som båda berör artikel 86 och där domstolen fastslog att villkoret om inverkan på handeln inte endast uppfylls ifall det beteende som kan karaktäriseras som missbruk faktiskt påverkat handeln, utan det är tillräckligt att det bevisas att det omtalade beteendet kan ha en sådan inverkan.

97 — Se i detta sammanhang domstolens dom av den 10 december 1985 (förenade målen 240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 och 269/82, Süchtung Sigarettenindustrie, Rec. s. 3831, punkt 48).

98 — Se domstolens dom av den 6 mars 1974 (förenade målen 6/73 och 7/73, Commercial Solvents, Rec. s. 223, punkt 33), där domstolen fastslog att leveransvägran, som kunde leda till att en konkurrent som likaledes var etablerad på den gemensamma marknaden blev eliminerad, kunde påverka konkurrensstrukturen på den gemensamma marknaden och därigenom ha en potentiell inverkan på handeln mellan medlemsstaterna. I domen av den 14 februari 1978 (mål 27/76, United Brands, Rec. s. 207, punkterna 201 och 202) fastslog domstolen på motsvarande sätt att "när innehavaren av dominerande ställning, som har hemvist på den gemensamma marknaden, försöker avlägsna en konkurrent som likaledes har hemvist där, saknar det faktum betydelse huruvida beteendet berör handeln mellan medlemsstaterna, när det står klart att avlägsnandet av en konkurrent kommer att påverka konkurrensstrukturen på den gemensamma marknaden". Se också domstolens dom av den 13 februari 1979 (mål 85/76, Hoffmann-La Roche mot kommissionen, Rec. s. 461, punkt 125) och av den 31 maj 1979 (mål 22/78, Hugin, Rec. s. 1869, punkt 17).

99 — RTE framförde under det muntliga förfarandet att frågan om inverkan på handeln skall värderas separat för RTE, eftersom kommissionen inte baserat sitt beslut på kollektiv dominans. RTE kunde inte ensamt påverka handelsstrukturen på den gemensamma marknaden. RTE kunde således bara bevilja licens för sina egna programöversikter och eftersom det är osannolikt att andra förlag skulle vilja utge ett TV-programblad som bara innehöll RTE:s programöversikter, kunde bolagets beteende följaktligen inte påverka handeln med veckovis utkommande TV-programblad i Irland och i Nordirland. Denna argumentation måste avvisas. Det faktum att RTE:s licenspolitik endast kunnat påverka konkurrensstrukturen om andra bolag förde en likadan licenspolitik är inte liktydigt med att bolagets licenspolitik inte skulle påverkat konkurrensstrukturen.

190. Som RTE anför och i motsats till vad kommissionen anför är det emellertid inte tillräckligt att det på ovan beskrivet sätt finns någon aktuell eller potentiell inverkan på handeln. Av domstolens praxis följer att inverkan skall vara *märkbar*<sup>100</sup>.

191. RTE påstår att bolagets licenspolitik endast i obetydlig grad påverkat handeln mellan Irland och Förenade kungariket. RTE hänvisar till

— att TV-programblad som innehåller RTE:s programöversikter av naturliga skäl endast efterfrågas i det område där RTE:s sändningar kan mottagas, dvs. i Irland och i ett litet gränsområde i Nordirland,

— att RTE varken har program eller reklam som riktar sig till Nordirland eller som sänds där, eftersom Nordirland saknar kabel-TV och bolagets sändningar därför kan mottagas i Nordirland endast på grund av "overspill",

— att endast ca 100 000 hushåll i Nordirland motsvarande 30—40 procent av Nordirlands befolkning och mindre än 1,6 procent av TV-marknaden i Förenade kungariket och mindre än 0,3 procent av gemenskapens marknad kan mottaga RTE:s sändningar och att det säljs endast ca 5 000 exemplar av *RTE Guide* i detta område<sup>101</sup>.

192. RTE anför vidare att det under alla omständigheter är kommissionen som skall bevisa att handeln mellan medlemsstaterna påverkats märkbart. Enligt RTE har kommissionen försummat att försöka bevisa detta, eftersom den i sitt beslut endast anför följande:

"Ovannämnda missbruk påverkar handeln mellan medlemsstaterna, eftersom ett allmänt TV-programblad innehållande veckovisa förhandsöversikter över ITP:s och BBC:s regionala program samt RTE:s program tydligen skulle kunna säljas både i Irland och i Nordirland, vilket skulle leda till handel över gränserna med ett sådant blad eller med sådana blad. Försäljningen av själva programöversiktterna över veckans program skulle också vara av gränsöverskridande karaktär." (Punkt 24).

100 — Se t.ex. domstolens dom av den 25 november 1971 (mål 22/71, Béguelin, Rec. s. 257, punkterna 16, 17 och 18) och av den 20 juni 1978 (mål 28/77, Tepea, Rec. s. 1391, punkterna 47—51).

101 — RTE har vidare påpekat att försäljningen av RTE:s TV-programblad i Förenade kungariket utgör mindre än 5 procent av försäljningen i Irland och att erfarenheterna efter att RTE:s nya licenspolitik tagits i bruk ännu så länge visat att den tidigare licenspolitiken inte påverkade handeln.

RTE betonar att kommissionen inte bestritt de av bolaget framförda fakta och inte heller medan målet varit inför domstolen framfört fakta som skulle bevisa att det handlat om märkbar inverkan på handeln<sup>102</sup>.

193. Enligt RTE finns det anledning att upphäva förstainstansrättens dom, eftersom den inte heller baserar sig på en grundlig marknadsanalys i syfte att fastslå om handeln märkbart påverkats och eftersom den inte beaktat de av RTE framförda faktiska uppgifterna och argumenten eller inte diskuterat dem i tillräcklig utsträckning.

102 — RTE framhåller i detta sammanhang att det i kommissionens beslut endast hänvisas till handeln mellan Irland och Nordirland. De fakta som kommissionen under målets handläggning inför domstolen åberopat rörande handeln mellan Irland och Förenade kungarikets fastland kan därför inte beaktas. Kommissionen har nekat till att det rör sig om nya fakta och har bl.a. hänvisat till det faktum att BBC redan under det muntliga förfarandet inför kommissionen anförde att BBC fruktade importen av ett engelskspråkigt TV-programblad från Irland till fastlandet, att ITP uttryckte en motsvarande fruktan under förfarandet för interimistiska åtgärder för domstolens ordförande, liksom att RTE under detta förfarande uttryckte sin oro för att engelska förlag skulle utge en irländsk version av sina TV-programblad med uppgift om RTE:s program. Eftersom det, för att kunna avgöra målet, enligt min åsikt är tillräckligt att beakta betydelsen av handeln mellan Irland och Nordirland är det inte nödvändigt att ta slutlig ställning till frågan huruvida det kan läggas vikt vid eventuell inverkan på handeln mellan Irland och fastlandet. Låt mig dock kort påpeka följande: Det förhållandet att de brittiska TV-bolagen fruktade import från Irland till fastlandet av *Magill TV Guide* och det faktum att ändringen av den brittiska lagsättningen innebar att det på den irländska marknaden dök upp allmänna veckovisa TV-programblad framställda i Förenade kungariket, är först och främst ägnat åt att dokumentera betydelsen av den licenspolitik som ITP och BBC förde om program — i motsats till RTE:s program — kunde mottagas både i Förenade kungariket och i Irland. Med det faktum att irländska förlag endast skulle vara intresserade av att utge TV-programblad med uppgifter om ITP:s och BBC:s program, så länge de också kan ta med uppgifter om RTE:s program, eller att det i Irland finns större efterfrågan på TV-programblad från fastlandet när de även innehöll uppgifter om RTE:s program kan å andra sidan inte heller uteslutas. Det är på detta sätt möjligt att RTE:s licenspolitik skulle kunna inverka på handeln mellan Irland och fastlandet.

194. Förstainstansrätten fastslog i domen att det var tal om en märkbar inverkan på handeln genom att använda följande motive-ringar:

”Det skall vidare påpekas att det kritiserade agerandets märkbara inverkan på möjligheterna till handel mellan Irland och Förenade kungariket tydligt framgår av det förhållandet att det fanns en särskild efterfrågan på ett allmänt TV-programblad i stil med *Magill TV Guide*, vilket kan utläsas av den framgång som specificerade TV-programblad som endast innehöll uppgifter om programmen på en TV-kanal vid tidpunkten i fråga nådde i brist på allmänna TV-programblad. Sökandenas politik — som avsåg att informera om deras program under veckan — förhindrade framställningen och utgivningen av allmänna TV-blad som var avsedda för samtliga TV-tittare i Irland och i Nordirland. Det relevanta geografiska område där det redan finns en gemensam marknad för radio- och TV-sändningar utgör på samma sätt en gemensam marknad för uppgifter om TV-program, eftersom handeln i hög grad underlättas av ett gemensamt språk.” (Punkt 77 i RTE-domen).

195. Enligt domstolens praxis krävs det inte mycket för att kravet om märkbar inverkan skall anses uppfyllt<sup>103</sup>. I synnerhet finns det

103 — Om ett fall där domstolen ansåg att beteendet inte kunde antas inverka på handeln mellan medlemsstaterna, se dom av den 31 maj 1979 (mål 22/78, Hugin, Rec. s. 1869).



inte någon orsak att kräva att kommissionen skulle göra en ekonomisk analys av den exakta omfattningen av potentiell handel med den ifrågasvarande produkten mellan medlemsstaterna<sup>104</sup>. Jag anser att villkoret om påtaglig inverkan på handeln i de aktuella målen skall anses uppfyllt redan på grundval av det faktum att det kan konstateras att beteendet lett till elimineringen av en konkurrent och uteslutandet av nya konkurrenter som vill tillverka en produkt som utan tvivel skulle bli efterfrågad på såväl den irländska marknaden som på den del av den nordirländska marknad där RTE:s sändningar kan mottagas<sup>105</sup>. Jag anser därför att det inte på denna punkt finns anledning att kritisera rättens dom<sup>106</sup>.

104 — Se i detta sammanhang domstolens dom av den 9 november 1983 (mål 322/81, Michelin, Rec. s. 3461, punkterna 102—105) där domstolen avvisade kritiken mot kommissionens beslut, som gick ut på att argumentationen byggde på ett antagande om inverkan på handeln och var ett uttryck för en rent abstrakt och teoretisk analys. Se också domstolens dom av den 1 februari 1978 (mål 19/77, Miller, Rec. s. 131, punkt 15). Det är ett faktum att domstolen i en rad domar fastslagit förekomsten av en märkbar inverkan på handeln utan att företa en närmare ekonomisk analys, se t.ex. domstolens dom av den 14 februari 1978 (mål 27/76, United Brands, Rec. s. 207, punkt 202) där domstolen endast konstaterade "att vägran att leverera till en fast och gammal kund, som köper för att kunna sälja vidare i en annan medlemsstat, påverkar de normala handelskanalerna och har en märkbar inverkan på handeln mellan medlemsstaterna".

105 — Resultatet har visst stöd i domstolens dom av den 25 oktober 1983 (mål 107/82, AEG, Rec. s. 3151, punkt 65), där domstolen fastslog att ett selektivt distributionssystem kunde påverka handeln mellan medlemsstaterna eftersom man redan kunde konstatera att detta inverkar på exporten av färgtelevisionsapparater som var anpassade för de olika sändningssystemen i Frankrike respektive Tyskland och därför särskilt efterfrågade i gränsområdet mellan Tyskland och Frankrike.

106 — Det är som RTE anfört riktigt att kommissionen inte i sitt beslut uttryckligen hänvisat till det faktum att RTE:s beteende skulle påverka konkurrensstrukturen på den gemensamma marknaden och därför skulle kunna leda till en märkbar inverkan på handeln. Detta kan dock inte vara avgörande. Det framgår klart av beslutet att RTE:s beteende lett till eliminering av en konkurrent och uteslutit nya konkurrenter från marknaden, jfr punkt 23, och att det rört sig om en produkt för vilken det fanns potentiell efterfrågan på såväl den irländska som den nordirländska marknaden, jfr punkt 24. Detta anser jag vara tillräckligt. Det finns med andra ord inte grunder att kritisera förstainstansrättens dom med hänvisning till att kommissionens beslut borde upphävas på grund av att det motiverats otillräckligt på denna punkt.

## I — Har artikel 190 i fördraget tillämpats felaktigt?

196. ITP påstår att förstainstansrätten tillämpat artikel 190 i fördraget felaktigt i och med att den vidhållit att kommissionens beslut var motiverat på ett riktigt sätt. Enligt ITP hade beslutet motiverats på ett otillfredsställande sätt, *eftersom* kommissionen inte redogjorde för de rättsliga grunder som ledde till att den första gången slog fast att ett utövande av upphovsrätten genom att förvägra licens kan utgöra missbruk av dominerande ställning i strid med artikel 86, *eftersom* kommissionen nöjde sig med att hävda att beteendet inte omfattades av den upphovsrättsliga särprägelns utan att motivera och förklara detta, och *eftersom* de motiveringar kommissionen nu åberopar inte framgår av beslutet, och *eftersom* kommissionen inte redogjorde för varför de principer domstolen fastslagit i domarna i målen Warner Brothers och Volvo mot Veng<sup>107</sup> inte kan tillämpas på de föreliggande målen.

197. Kommissionen anför inledningsvis att även om motiveringsplikten är en juridisk fråga är det inte ändamålsenligt att kräva att domstolen skall göra en ny undersökning av alla detaljer i ett konkurrensbeslut för att kontrollera om förstainstansrätten haft grund för att slå fast att beslutet varit riktigt motiverat. Kommissionens åsikt är att domstolen — för att undvika onödiga upprepningar på denna punkt — skall nöja sig med att undersöka den överklagade domen för att avgöra om den är behäftad med uppenbara fel. Kommissionen anför hädanefter att dess

107 — Se angående detta i kapitel D, avsnitt b) och c) ovan.

beslut är riktigt motiverat och att förstainstansrättens dom därför inte är behäftad med fel och i alla fall inte med uppenbara fel i detta hänseende.

198. Enligt min åsikt finns det inte någon grund för att anse att domstolens prövning av förstainstansrättens dom skulle vara av en mera begränsad karaktär om det handlar om att undersöka om förstainstansrätten hade rätt då den konstaterade att beslutet var väl-motiverat. Även om en undersökning av om motiveringsplikten uppfyllts innebär en värdering av det sammanhang där beslutet ingår, handlar det enligt min åsikt om en juridisk fråga som ingår i domstolens sedvanliga prövningsrätt med stöd av artikel 51 i domstolens stadga. Det skall därför undersökas om kommissionens beslut är rätt motiverat.

199. Domstolens etablerade praxis leder till att motiveringsplikten i förhållande till artikel 190 har följande innehåll:

”Även om den motivering som fordras i enlighet med artikel 190 ... klart och otvetydigt skall innehålla de motiv som den gemenskapsmyndighet som vidtagit den bestridda åtgärden grundat sig på, dels så att de berörda personerna kan erhålla kännedom om motiveringen av avgörandet för att kunna försvara sina rättigheter, dels så att domstolen kan utöva sin prövningsrätt, krävs det

dock inte att motiveringen anger alla olika relevanta faktiska eller rättsliga aspekter. Frågan om ett besluts motivering uppfyller dessa krav skall värderas inte endast i förhållande till ordalydelsen utan även till det sammanhang där den ingår samt alla de rättsregler som gäller på det aktuella området”<sup>108</sup>.

200. I motsats till vad ITP anför hänvisade kommissionen i sitt beslut uttryckligen till det faktum att ITP, BBC och RTE genom sin restriktiva licenspolitik förhindrade framställningen och försäljningen av en *ny produkt för vilken det finns väsentlig potentiell efterfrågan*, att bolagen som var för sig intog en dominerande ställning på marknaden för sina egna programöversikter härigenom förbehållit sig den *härledda marknaden* för veckovis utkommande TV-programblad, att bolagens licensvillkor som begränsade återgivningen av programöversikterna till en eller högst två dagar var *orimligt restriktiva*, att bolagens beteende inte var motiverat genom närmare definierade orsaker utan endast hade till *syfte att skydda bolagens egna TV-programblad* som inte konkurrerade med varandra eller med något annat programblad och att bolagen på detta sätt begränsade konkurrensen till skada för konsumenterna i strid med artikel 86.b. Mot denna bakgrund drog kommissionen den slutsatsen att bolagen utnyttjade sin upphovsrätt som ett medel för missbruk på ett

108 — Se domstolens dom av den 26 juni 1986 (mål 203/85, Nicolet Instrument, Rec. s. 2049, punkt 10) och senast av den 13 oktober 1993 (mål C-104/90, Matsushita Electric Industrial, Rec. s. I-4981, punkt 19). Se också domstolens dom av den 17 januari 1984 (förenade målen 43/82 och 63/82, VBVB och VBBB mot kommissionen, Rec. s. 19, punkt 22) och av den 11 juli 1989 (mål 246/86, Belasco m.fl. mot kommissionen, Rec. s. 2117, punkterna 55 och 56) till vilka förstainstansrätten hänvisat.

sätt som *inte ingår i den aktuella immaterialrättens särprägel*.

## J — Rättegångskostnaderna

201. Kommissionen har i detta sammanhang räknat upp de omständigheter som i de förevarande målen i vissa fall skulle kunnat innebära att den upphovsrättsliga särprägelns kränkts, jfr ovan i kapitel D, avsnitt e), f), g) och i). Det framgår uttryckligen att kommissionen inte anser att den upphovsrättsliga särprägelns under de sålunda uppräknade omständigheterna utgör skydd mot tillämpningen av artikel 86<sup>109</sup>. Detta är enligt min åsikt nog för att de krav på motivering som följer av domstolens praxis skall anses uppfyllda eftersom jag inte finner någon anledning att ställa krav på ytterligare rättslig motivering eller på hänvisningar till domstolens tidigare praxis.

202. Det finns därför inte någon anledning att kritisera förstainstansrättens dom såvitt här fastslås att kommissionens beslut är riktigt motiverat (punkterna 64 och 65 i ITP-domen).

109 — Det faktum att kommissionen i sitt beslut uppfattar situationen som en precisering av omfattningen av den upphovsrättsliga särprägelns och inte som en kränkning av särprägelns ger inte fog för kritik av kommissionens beslut, jfr ovan punkt 53. Detta är endast en rent formell fråga om valet av det mest ändamålsenliga tillvägagångssättet.

203. Enligt artikel 69.2 i rättegångsreglerna skall tappande part förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna om så har yrkats, och domstolen kan avgöra hur kostnaderna skall fördelas om det finns flera tappande parter. Enligt artikel 69.4 kan domstolen också förpliktas andra intervenienter än medlemsstater och institutioner att bära sina egna rättegångskostnader.

204. Om domstolen instämmer i mitt förslag, skall kommissionen som stötts av Magill anses vara den förlorande parten.

205. Förstainstansrätten beslutade i sina domar att RTE och ITP skulle ersätta rättegångskostnaderna inklusive intervenientens kostnader. Domslutet skall också upphävas på denna punkt.

206. RTE har yrkat att kommissionen och Magill skall förpliktas att ersätta rättegångskostnaderna. ITP har yrkat att kommissionen och/eller Magill skall förpliktas att ersätta ITP:s rättegångskostnader i förstainstansrätten och att kommissionen skall förpliktas att ersätta ITP:s rättegångskostnader i domstolen. IPO har yrkat att kommissionen skall förpliktas att ersätta IPO:s rättegångskostnader i domstolen.

207. Jag föreslår att domstolen avgör frågan om rättegångskostnaderna på följande sätt:

avgett ett muntligt yttrande och har därför knappast åsamkat RTE och ITP särskilda kostnader.

Kommissionen skall förpliktas att ersätta RTE:s och ITP:s rättegångskostnader i förstainstansrätten och i domstolen med undantag för de kostnader som beror på Magills intervention.

IPO får bära sina egna rättegångskostnader eftersom organisationen inte fått stöd för sin principiella ståndpunkt att artikel 86 inte kan tillämpas på utövandet av de rättigheter som ingår i den upphovsrättsliga särprägel, eftersom den inte fått stöd för sitt principiella påstående att förstainstansrätten definierat den relevanta produktmarknaden och tillämpat begreppet dominerande ställning felaktigt.

Magill skall förpliktas att ersätta de kostnader RTE och ITP ådragit sig som en följd av interventionen i både förstainstansrätten och i domstolen. I verkligheten har dock Magill under handläggningen i domstolen endast

## Förslag till avgörande

208. Mot bakgrund av det som framförts ovan föreslår jag att domstolen skall

- upphäva de av förstainstansrätten den 10 juli 1991 avkunnade domarna (mål T-69/89, RTE mot kommissionen, Rec. II, s. 485 och mål T-76/89, ITP mot kommissionen, Rec. II, s. 575),
- fatta slutgiltigt avgörande i målen med stöd av artikel 54.1 i domstolens stadga och upphäva kommissionens beslut nr 89/205/EEG av den 21 december 1988 om förfarande med stöd av artikel 86 i EEG-fördraget, eftersom de av Radio Telefis Eireann och Independent Television Publications Limited framförda yrkandena gillas,

- förplikta kommissionen att ersätta de av Radio Telefis Eireann och Independent Television Publications Limited utgivna rättegångskostnaderna i förstainstansrätten och i domstolen med undantag för de kostnader som hänför sig till Magill TV Guide Limited:s intervention,
  
  - förplikta Magill TV Guide Limited att ersätta de rättegångskostnader som Radio Telefis Eireann och Independent Television Publications Limited ådragit sig i förstainstansrätten och i domstolen till följd av interventionen,
- och
- slå fast att Intellectual Property Owners Inc skall bära sina egna kostnader.