CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL F. G. JACOBS van 26 mei 1989 *

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. In deze vier zaken (zaak 395/87, strafzaak tegen Tournier, en de gevoegde zaken 110/88, Lucazeau/SACEM, 241/88, SACEM/Debelle en 242/88, SACEM/Soumagnac), is het Hof om een uitspraak verzocht over de uitlegging van de artikelen 30, 59, 85 en 86 EEG-Verdrag ten aanzien van de wijze waarop het Franse auteursrechtenbureau Société des auteurs, compositeurs et editeurs de musique (hierna: SACEM) de Franse discotheekhouders behandelt, en ten aanzien van de betrekkingen tussen SACEM en de auteursrechtenbureaus in andere Lid-Staten.

2. Voor ik de prejudiciële vragen behandel, moeten eerst de juridische en de feitelijke achtergrond van de gedingen voor de Franse rechters worden geschetst en dienen de betrokken Franse wettelijke regeling, de rol en de werking van SACEM en de organisatie van haar betrekkingen met andere auteursrechtenbureaus en met bepaalde categorieën cliënten, zoals de discotheekhouders, te worden onderzocht.

De Franse wettelijke regeling

3. Volgens de wet van 11 maart 1957 betreffende het auteursrecht (zoals gewijzigd bij de wet van 3 juli 1985 inzake het auteursrecht en de rechten van uitvoerende kunstenaars, producenten van geluids- en video-opnamen, en ondernemingen op het gebied van de audio-visuele communicatie) omvat het auteursrecht, dat aan de auteur (de schepper van het werk) toekomt, het recht van uitvoering („droit de représentation") alsmede het recht van verveelvoudiging („droit de reproduction"). Artikel 27 van de wet omschrijft de uitvoering als „de openbaarmaking van het werk via om het even welk procédé ...". In artikel 28 is de verveelvoudiging gedefinieerd als „de materiële vastlegging van het werk door middel van ieder procédé dat een indirecte openbaarmaking mogelijk maakt", onder meer door middel van „mechanische opname". Artikel 30 regelt de overdracht, al dan niet onder bezwarende titel, van het recht van uitvoering en van het recht van verveelvoudiging. Artikel 31 bepaalt onder meer, dat wanneer een auteur zijn auteursrecht cedeert, de exploitatie van de gecedeerde rechten naar omvang en bestemming moet worden bepaald. Krachtens die bepaling kan de auteur of zijn cessionaris hetzelfde recht voor verschillende bestemmingen exploiteren. In de praktijk cedeert de auteur van een muziekwerk zijn verveelvoudigingsrecht tegen betaling van een verveelvoudigingsrecht aan een fabrikant die uitsluitend voor privégebruik geluidsopnamen produceert en verkoopt. Wordt de grammofoonplaat, geluidsband of compactdisk naderhand in het openbaar ten gehore gebracht, bij voorbeeld in een discotheek, café of winkel, dan is de eigenaar van die openbare gelegenheid de auteur zowel een royalty verschuldigd uit hoofde van het uitvoeringsrecht als een aanvullend recht voor mechanische verveelvoudiging („droit complémentaire de reproduction mécanique") wegens het gebruik van de geluidsopname in het openbaar.

* Oorspronkelijke taal: Engels.

4. Ingevolge artikel 33 van de wet van 11 maart 1957 is een algemene overdracht van de rechten met betrekking tot een toekomstig werk in beginsel nietig. Op die regel is in artikel 43, tweede alinea, een uitzondering gemaakt voor de „algemene uitvoeringsovereenkomst", die wordt omschreven als een overeenkomst waarbij een beroepsvereniging van auteurs een amusementsbedrijf machtigt, gedurende de looptijd van die overeenkomst de bestaande en toekomstige werken van het repertoire van die beroepsvereniging uit te voeren, tegen de voorwaarden die door de auteur of zijn rechthebbenden zijn bepaald.

5. Met betrekking tot de beginselen inzake de vergoeding van de auteurs is in artikel 35 van de wet van 11 maart 1957 bepaald, dat in geval van overdracht van auteursrechten „de auteur een evenredig deel van de ontvangsten uit de verkoop of de exploitatie moet ontvangen". Een forfaitaire vergoeding is slechts in uitzonderingsgevallen toegestaan, bij voorbeeld wanneer de berekeningsgrondslag voor het aandeel van de auteur in de praktijk niet kan worden bepaald.

6. In titel IV van de wet van 3 juli 1985 zijn een aantal regels neergelegd betreffende de oprichting, de ontbinding en de werking van de auteursrechtenbureaus. Artikel 38, op grond waarvan deze bureaus onder meer het gehele repertoire van de door hen vertegenwoordigde Franse en buitenlandse auteurs en componisten ter beschikking moeten stellen van de muziekgebruikers, is door commentatoren aldus uitgelegd, dat de bureaus een volledige opgave van het repertoire ter inzage van de muziekgebruikers moeten houden. Ingevolge artikel 41 moet een auteursrechtenbureau een kopie van zijn jaarrekening aan de minister van Cultuur toezenden en moet het hem van te voren elke voorgenomen wijziging in zijn statuten of de regels die hij toepast voor de heffing en de verdeling van de auteursrechten meedelen. In deze wet noch elders zijn bijzondere bepalingen te vinden die een extern toezicht voorzien op de vaststelling van het tarief van de auteursrechten door de auteursrechtenbureaus.

7. Ten slotte zij opgemerkt, dat ingevolge artikel 426 van de Franse code pénal als nabootsing strafbaar is gesteld „elke verveelvoudiging, uitvoering of verspreiding van een geestesprodukt in strijd met de bij wet omschreven en geregelde auteursrechten".

Rol en werkwijze van SACEM

8. De leden van SACEM zijn auteurs en componisten van muziekwerken alsmede muziekuitgevers die muziekwerken exploiteren op grond van een overeenkomst met de auteur of componist. Volgens de artikelen 1 en 2 van de statuten cedeert elk lid door zijn toetreding tot SACEM voor de gehele wereld het exclusieve recht om de rechten op de openbare uitvoering en de mechanische verveelvoudiging van de door hem gecreëerde of geëxploiteerde werken uit te oefenen. SACEM heeft specifiek tot taak, de uit hoofde van de exploitatie van deze rechten aan haar leden verschuldigde royalty's te innen en te verdelen. De exploitatie van de verveelvoudigingsrechten heeft zij toevertrouwd aan haar dochtervennootschap SDRM (Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique des auteurs, compositeurs et editeurs); het aanvullend recht voor mechanische verveelvoudiging wordt echter op grond van een man-

daat door SACEM voor rekening van SDRM geïnd en verdeeld.

9. Het door SACEM beheerde muziekrepertoire omvat niet alleen de werken van haar leden, maar ook de werken die zij beheert op grond van wederkerigheidscontracten met auteursrechtenbureaus in andere landen, waaronder bureaus in elke andere Lid-Staat met uitzondering van Ierland — waar de uitvoeringsrechten worden beheerd door de British Performing Right Society — en Luxemburg — dat tot SACEM's eigen ressort behoort.

10. In wezen verbinden de auteursrechtenbureaus zich in die wederkerigheidscontracten ertoe, binnen hun ressort (gewoonlijk het nationale grondgebied) en op basis van wederkerigheid de uitvoeringsrechten op werken uit het repertoire van een buitenlands bureau te beheren. Zij komen overeen, voor de inning en verdeling van de voor het buitenlandse repertoire verschuldigde royalty's dezelfde tarieven en modaliteiten toe te passen als voor hun eigen repertoire, en bij een inbreuk op het auteursrecht alle nodige stappen te ondernemen. Minstens eenmaal per jaar dragen zij het buitenlandse bureau de bedragen over die zij voor het gebruik van zijn repertoire hebben geïnd; zij hebben het recht daarvan redelijke beheerskosten af te trekken. Op grond van dergelijke wederkerigheidscontracten met bureaus in de gehele wereld, beheert SACEM binnen zijn sector de uitvoeringsrechten op nagenoeg het gehele „wereldrepertoire" van beschermde muziekwerken.

Betrekkingen tussen SACEM en de discotheken

11. De betrekkingen tussen SACEM en de Franse discotheekhouders zijn geregeld in een standaard-algemene-uitvoeringsovereenkomst in de zin van artikel 43, lid 2, van de wet van 11 maart 1957 (zie punt 4 hiervoor). SACEM verleent de discotheekhouders een algemene vergunning voor de uitvoering in het openbaar van alle werken van het door haar beheerde (nationale en buitenlandse) repertoire, door middel van de zogenoemde „clause forfaitaire" (forfaitclausule), die luidt als volgt:

„Als tegenprestatie voor het aan de contractant verleende recht om gedurende de gehele duur van de overeenkomst overeenkomstig de daarin bepaalde voorwaarden en modaliteiten de werken van het gehele actuele en toekomstige repertoire van SACEM te gebruiken, is de contractant de in artikel 2 van de bijzondere voorwaarden vastgestelde royalty verschuldigd, ongeacht de samenstelling van de programma's van de daadwerkelijk in het etablissement ten gehore gebrachte muziekwerken."

De discotheek dient een royalty te betalen ten belope van een percentage van de totale bruto-inkomsten van het etablissement, die worden gedefinieerd als alle inkomsten van de discotheek, verkregen als tegenprestatie voor het verlenen van een dienst of de verkoop van een produkt aan het publiek, met inbegrip van de entreegelden, en de opbrengsten van de verkoop van voedsel en dranken, alsook met inbegrip van de BTW en het bedieningsgeld. Op dit moment bedraagt dat percentage 8,25%, dat wil zeggen een recht van 6,60% voor de openbare uitvoering en een aanvullend recht van 1,65% voor de mechanische verveelvoudiging. Het door de discotheek betaalde bedrag bedraagt echter nooit minder dan een door SACEM op basis van de karakteristie-

ken van de discotheek vastgesteld gegarandeerd maandelijks minimumbedrag.

12. In de praktijk genieten de meeste discotheekhouders gunstigere voorwaarden. Meer dan drie kwart van de om en nabij 4 000 discotheken in Frankrijk zijn bij beroepsverenigingen aangesloten die met SACEM overeenkomsten hebben gesloten volgens welke zij in ruil voor bepaalde voordelen, waarvan de belangrijkste zijn dat voor de berekeningsgrondslag van de royalty's de BTW buiten beschouwing wordt gelaten en het saldo van de inkomsten met 10% wordt verlaagd, zich ertoe verplichten SACEM behulpzaam te zijn, in het bijzonder door overlegging van kopieën van hun belastingaangifte en meer in het algemeen door de verstrekking van inlichtingen en bijstand en door de minnelijke regeling van geschillen. Daarnaast wordt nog bij een aantal onafhankelijke discotheken de BTW voor de berekeningsgrondslag buiten beschouwing gelaten in ruil voor hun toezegging om SACEM een kopie van hun belastingaangifte te doen toekomen.

13. Sinds 1978 protesteert een minderheid van Franse discotheekhouders sterk tegen de door SACEM opgelegde voorwaarden voor het gebruik van haar repertoire. De discotheekhouders hebben vooral bezwaar tegen de buitensporige tarieven, de onbillijke discriminaties tussen de verschillende discotheken en de — niet objectief gerechtvaardigde — weigering om vergunningen te verlenen voor uitsluitend de categorie muziekwerken waarvoor discotheken belangstelling hebben, te weten populaire dansmuziek van overwegend Anglo-Amerikaanse oorsprong. Een aantal discotheekhouders legde die klachten voor aan de Franse Commission de la Concurrence, die in een beschikking van 17 november 1981 verklaarde dat SACEM, door tussen verschillende categorieën discotheekhouders te discrimineren, de normale werking van de markt verstoorde. In een beschikking van 13 maart 1984 heeft diezelfde commissie echter later alle klachten afgewezen, met inbegrip van de klacht inzake discriminatie. Klachten werden ook ingediend bij de Commissie van de Europese Gemeenschappen, die in september 1987 een formeel onderzoek instelde naar de verenigbaarheid van de hoogte van de door SACEM verlangde royalty's met artikel 86 EEG-Verdrag.

14. Sinds 1978 heeft SACEM tegen rebellerende discotheekhouders honderden procedures gevoerd voor civiele rechters en strafrechters. In sommige gevallen vorderde zij strafrechtelijke veroordeling, wegens inbreuk op het auteursrecht, van exploitanten die zonder toestemming haar repertoire hadden gebruikt en in andere gevallen vorderde zij onbetaalde royalty's die ingevolge een uitvoeringsovereenkomst verschuldigd waren. In vele procedures beriepen de discotheekhouders zich op het EEG-Verdrag, inzonderheid op de artikelen 85 en 86. De meeste Franse gerechten, tot zelfs de Cour de cassation toe, oordeelden echter dat de handelwijze van SACEM niet in strijd is met het EEG-Verdrag. Een aantal andere Franse gerechten hebben de behandeling van het bij hen aanhangige geding geschorst totdat het Hof in de onderhavige zaken een uitspraak zal hebben gedaan.

15. Drie van de thans voor het Hof aanhangige zaken (de gevoegde zaken nrs. 110/88 en 241/88 en 242/88) betreffen discotheekhouders (Lucazeau, Debelle en Soumagnac) die zonder vergunning opnamen hebben ten gehore gebracht van door SACEM beschermde werken. Zij werden veroordeeld wegens een inbreuk op het auteursrecht, doch in de civiele procedures betreffende de

betaling van de verschuldigde royalty's slaagden zij erin, een aantal vragen voor een prejudiciële beslissing naar het Hof te laten verwijzen. Zaak 395/87 (Tournier) is in zoverre opvallend, dat daarin de discotheekhouder Verney vordert dat de directeur-generaal van SACEM, Tournier, wegens oneerlijke handelspraktijken in strijd met de Franse mededingingsregels en de Franse code pénal wordt veroordeeld, en zich burgerlijke partij heeft gesteld om schadevergoeding te verkrijgen.

De prejudiciële vragen

16. De prejudiciële vragen van de cour d'appel te Poitiers in zaak 110/88 en het tribunal de grande instance te Poitiers in de gevoegde zaken 241 en 242/88 zijn identiek:

1) Worden, wanneer een burgerlijke vennootschap van auteurs, componisten en muziekuitgevers, SACEM genaamd, die op een belangrijk deel van de gemeenschappelijke markt een machtspositie inneemt en overeenkomsten van wederzijdse vertegenwoordiging (wederkerigheidscontracten) heeft gesloten met auteursrechtenbureaus in andere EEG-landen, een tarief voor gecombineerde royalty's vaststelt op basis van 8,25% van de bruto-omzet van een discotheek, inclusief belastingen aan de medecontractanten rechtstreeks of zijdelings onbillijke contractuele voorwaarden opgelegd, in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag, indien dit tarief duidelijk hoger ligt dan dat wat door identieke auteursverenigingen in andere Lid-Staten van de Europese Economische Gemeenschap wordt toegepast?

2) Kan de totstandkoming van een feitelijke exclusiviteit in de landen van de Gemeenschap door middel van een netwerk van wederkerigheidscontracten, waardoor een auteursrechtenbureau dat zijn werkzaamheden op het grondgebied van een Lid-Staat uitoefent, door middel van een toetredingscontract een vergoeding voor het gehele repertoire kan vaststellen die de gebruiker moet betalen om van het repertoire van buitenlandse auteurs gebruik te kunnen maken, een met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag strijdige onderling afgestemde feitelijke gedraging opleveren?

17. De vragen die het Hof zijn voorgelegd door de cour d'appel te Aix-en-Provence in zaak 395/87 zijn ruimer. Zij luiden:

1) Is de hoogte van de royalty of van alle royalty's te zamen, die is vastgesteld door SACEM, die een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt inneemt en in Frankrijk een feitelijk monopolie bezit voor het beheer van auteursrechten en de heffing van de daarvoor verschuldigde royalty's, verenigbaar met artikel 86 EEG-Verdrag of vormt dit integendeel een met de beginselen van de vrije mededinging strijdig misbruik door oplegging van onbillijke voorwaarden waarover niet valt te onderhandelen?

2) Vormt een door middel van een netwerk van zogenoemde wederkerigheidscontracten tot stand gebrachte feitelijke ex-

clusiviteit in de meeste landen van de Gemeenschap, waardoor een op het grondgebied van een Lid-Staat werkzame onderneming voor het toezicht op en de heffing van auteursrechten het niveau van de royalty's op willekeurige en discriminerende wijze kan vaststellen, zodat de gebruikers niet in staat zijn om werken uit het repertoire van buitenlandse auteurs te kiezen zonder royalty's te betalen voor het repertoire van het auteursrechtenbureau van de betrokken Lid-Staat, een met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag strijdige onderling afgestemde feitelijke gedraging, waardoor het misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag wordt vergemakkelijkt?

3) Moet artikel 86 EEG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat de vaststelling van een grondslag en een tarief voor royalty's door een auteursrechtenbureau dat een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt bezit en dat met soortgelijke ondernemingen in andere Lid-Staten van de EEG wederkerigheidscontracten heeft gesloten, een ‚onbillijke contractuele voorwaarde' vormt, wanneer blijkt dat dit tarief een veelvoud is van het tarief dat door alle andere auteursrechtenbureaus in de Lid-Staten van de EEG wordt gehanteerd, zonder dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat en zonder dat dit verband houdt met de bedragen die aan de auteurs worden doorbetaald, hetgeen deze royalty's, in verhouding tot de economische waarde van de geleverde prestaties, buitensporig maakt?

4) Wanneer een vennootschap van auteurs en uitgevers, die een feitelijk monopolie bezit op het grondgebied van een Lid-Staat, weigert de gebruikers van geluidsopnamen alleen toegang te geven tot het door haar vertegenwoordigde buitenlandse repertoire en daarbij de markt afschermt, moet dit dan worden aangemerkt als een handeling die ertoe strekt of althans ten gevolge heeft dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst in de zin van artikel 85, lid 1?

5) Is het, gelet op het feit dat volgens eerdere rechtspraak van het Hof grammofoonplaten evenals boeken ter beschikking van het publiek worden gesteld door het in omloop brengen van de materiële drager van het werk en dat dit leidt tot uitputting van het recht op royalty's, verenigbaar met de artikelen 30 en 59 EEG-Verdrag, dat, ondanks het feit dat de koper aan de uitgever de prijs van de grammofoonplaat betaalt waarin een auteursrecht is begrepen dat neerkomt op een machtiging om het werk te gebruiken, een nationale regeling wordt toegepast die ten aanzien van geluidsopnamen het niet betalen aan het nationale auteursrechtenbureau, dat een feitelijk monopolie bezit, van de door het bureau voor de openbare weergave vastgestelde royalty's gelijkstelt met onrechtmatige nabootsing, indien deze royalty's niet gerechtvaardigd en discriminatoir zijn en het tarief daarvan niet door de auteurs zelf wordt bepaald en/of niet het tarief is dat de buitenlandse bureaus die dezen vertegenwoordigen, rechtstreeks zouden kunnen overeenkomen?"

Aan het Hof voorgelegde rechtsvragen

18. De vragen van de nationale gerechten zijn zeer complex. Zij komen er op neer, dat van het Hof richtlijnen worden verlangd ten aanzien van de volgende problemen:

1) De verenigbaarheid met de artikelen 30 en 59 EEG-Verdrag van de Franse wettelijke regeling op grond waarvan SACEM van de discotheekhouders nog royalty's kan verlangen voor het in het openbaar ten gehore brengen van geluidsopnamen, nadat reeds royalty's voor de vervaardiging en het in de handel brengen van de opnamen zijn betaald, wanneer de extra royalty's buitensporig hoog of anderszins onbillijk moeten worden geacht.

2) De verenigbaarheid met artikel 85 van de wederkerigheidscontracten tussen SACEM en de buitenlandse (d. w. z. niet-Franse) auteursrechtenbureaus en de weigering van de buitenlandse bureaus om aan Franse discotheekhouders rechtstreeks vergunning te verlenen om hun repertoire te gebruiken.

3) De verenigbaarheid met artikel 85 of artikel 86 EEG-Verdrag van de door SACEM aan de Franse discotheekhouders opgelegde verplichting om een royalty te betalen voor de toegang tot het gehele repertoire, ongeacht de muziekwerken die zij effectief nodig hebben.

4) De criteria die door de nationale rechterlijke instanties moeten worden gehanteerd om te bepalen of de door SACEM gevraagde royalty voor de openbare weergave van geluidsopnamen in Franse discotheken buitensporig hoog is en derhalve als een in artikel 86 bedoeld misbruik is aan te merken, en inzonderheid of die rechterlijke instanties rekening mogen houden met de omstandigheid — indien bewezen — dat de royalty discriminatoir is en dat het tarief ervan geen verband houdt met de daadwerkelijk onder de auteurs verdeelde bedragen en een veelvoud bedraagt van, of althans kennelijk hoger is dan, het tarief dat door de auteursrechtenbureaus in andere Lid-Staten wordt toegepast.

19. Het eerste genoemde probleem is alleen aan de orde gesteld door de cour d'appel te Aix-en-Provence (zaak 395/87) en niet door de andere nationale jurisdicties. Ter zake wil ik opmerken, dat de toepassing van de artikelen 30 en 59 EEG-Verdrag onderstelt dat er sprake is van goederen- of dienstenverkeer tussen de Lid-Staten. Ofschoon dat niet uitdrukkelijk in het verwijzingsarrest is verklaard, is de nationale rechter klaarblijkelijk ervan uitgegaan, dat de royalty's voor de vervaardiging en de verkoop van de betrokken geluidsopnames in een andere Lid-Staat zijn betaald. Verder komt het mij voor dat het probleem van het buitensporig of onbillijk karakter van de gevraagde royalty dient te worden bezien in het licht van artikel 86 en niet van de artikelen 30 en 59.

20. Ter zake van het derde probleem ben ik van mening dat SACEM's weigering om enkel voor het gebruik van haar gehele repertoire vergunning te verlenen, aan artikel 86 moet worden getoetst, daar die weigering in wezen de gedraging van één enkele onderneming met een machtspositie betreft. In dit verband zij opgemerkt, dat in artikel 86 als vormen van misbruik worden genoemd: het opleggen van „onbillijke contractuele voorwaarden" (artikel 86, sub a) en het opleggen van koppelovereenkomsten (artikel 86, sub d).

21. Daarmee rekening houdend kunnen de zeven vragen van de nationale gerechten volgens mij tot vier hoofdvragen over de uitlegging van het Verdrag worden geresumeerd:

1) Moeten de artikelen 30 en 59 EEG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat zij in de weg staan aan de toepassing van een nationale wettelijke regeling die de openbare weergave van muziekwerken door middel van geluidsopnamen zonder betaling van royalty's als een inbreuk op het auteursrecht aanmerkt, indien in een andere Lid-Staat reeds royalty's ter zake van de vervaardiging en de verkoop van die geluidsopnamen zijn betaald ?

2) Moet artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat het in de weg staat aan overeenkomsten tussen auteursrechtenbureaus in verschillende Lid-Staten, waarbij die bureaus zich op basis van wederkerigheid ertoe verbinden, elkaars repertoire binnen hun respectieve nationale grondgebieden te beheren, en aan de weigering van die bureaus om aan muziekgebruikers op elkaars grondgebied vergunning te verlenen voor de openbare uitvoering van hun repertoire ?

3) Moet artikel 86 EEG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat het als misbruik verboden is, wanneer een auteursrechtenbureau met een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt zijn cliënten verplicht een royalty te betalen voor de toegang tot het gehele repertoire, ongeacht het feitelijke gebruik dat door deze cliënten van het repertoire wordt gemaakt ?

4) Welke criteria moet de nationale rechter hanteren om te bepalen of de royalty die door een auteursrechtenbureau met een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt wordt verlangd voor de openbare uitvoering van zijn repertoire, buitensporig hoog is, zodat er sprake is van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 86 ? Mag hij daarbij rekening houden met de omstandigheid dat de royalty discriminatoir is, met het verband tussen de hoogte van de royalty en het daadwerkelijk aan de auteurs betaalde bedrag, en met de verhouding tussen de hoogte van de royalty en die van de royalty die door auteursrechtenbureaus in andere Lid-Staten voor de openbare uitvoering van hun repertoire wordt verlangd ?

Ik zal deze vragen in deze volgorde behandelen.

De eerste vraag (artikelen 30 en 59 EEG-Verdrag)

22. Indien wij het probleem van het buitensporige of onbillijke niveau van de royalty alleen in het licht van artikel 86 onderzoeken, wordt de eerste vraag betrekkelijk eenvoudig. In wezen gaat het er dan om, of een nationale wettelijke regeling op grond waarvan een royalty mag worden verlangd voor de weergave in het openbaar van muziekopnamen ten aanzien waarvan in een andere Lid-Staat reeds royalty's zijn betaald voor

de vervaardiging en de verkoop, kan worden aangemerkt als een belemmering van het vrije goederenverkeer of van de vrijheid van dienstverrichting, zulks in strijd met artikel 30, respectievelijk artikel 59 van het EEG-Verdrag.

23. Het is evident, dat de exploitatiemogelijkheden van het auteursrecht op een muziekwerk niet zijn uitgeput nadat een vergoeding is ontvangen ter zake van de vervaardiging of de verkoop van een geluidsopname. Gelijk de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen in zaak 395/87 betoogt, beoogt de in 's Hofs rechtspraak ontwikkelde leer van de uitputting van het recht te voorkomen, dat de houder van rechten van industriële of intellectuele eigendom de territoriale werking van de nationale wettelijke regeling gebruikt om uit de verkoop van het produkt — zoals een geluidsopname — waarin zijn creatieve inspanning materiële vorm heeft gekregen, meer dan één keer profijt te halen. In de onderhavige zaken gaat het evenwel niet om de verkoop van geluidsopnames, doch om de openbare weergave van muziekwerken, en de openbare weergave kan uiteraard eindeloos worden herhaald.

24. Het is een algemeen beginsel van auteursrecht (dat onder meer ook is neergelegd in de artikelen 9 en 11 van de — door alle Lid-Staten ondertekende — Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst) dat de houder van het auteursrecht op muziekwerken of gelijkaardige werken het exclusieve recht bezit om de verveelvoudiging (d. w. z. door vervaardiging en verkoop) en de vertoning of het ten gehore brengen in het openbaar van deze werken toe te staan, en dat deze twee exploitatierechten afzonderlijk en te zamen kunnen worden uitgeoefend. Dit beginsel is door het Hof erkend in zijn arrest van 17 mei 1988 in zaak 158/86 (Warner Brothers, Jurispr. 1988, blz. 2605), waarin wordt verwezen naar „de twee voornaamste prerogatieven van de auteur, het alleenrecht van vertoning en het alleenrecht van verveelvoudiging..." (r. o. 13).

25. Met betrekking tot artikel 30 is in de rechtspraak van het Hof erkend, dat het voor bepaalde soorten literaire en artistieke produkten tot de wezenlijke functie van het auteursrecht behoort, dat de houder van het auteursrecht of zijn rechthebbenden voor elke openbare uitvoering van het werk royalty's verlangen [zie met betrekking tot films het arrest van 18 maart 1980, zaak 62/79, Coditel I, Jurispr. 1980, blz. 881, r. o. 12-14, en met betrekking tot geluidsopnamen het arrest van 9 april 1987, zaak 402/85, Basset, Jurispr. 1987, blz. 1747]. In de zaak Basset onderzocht het Hof de verenigbaarheid met artikel 30 van het aanvullend recht voor mechanische verveelvoudiging. Van oordeel dat het gevraagde recht, ondanks zijn misleidende benaming een deel van de auteursrechtelijke vergoeding voor de openbare uitvoering vormde, overwoog het Hof:

„Zelfs wanneer de heffing van het litigieuze recht een beperking van de invoer tot gevolg zou kunnen hebben, valt zij derhalve niet onder de door artikel 30 EEG-Verdrag verboden maatregelen van gelijke werking, daar zij moet worden beschouwd als een normale exploitatie van een auteursrecht en geen willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten vormt in de zin van artikel 36 EEG-Verdrag" (r. o. 16).

26. Het is evident, dat voor artikel 59 dezelfde beginselen gelden. In de zaak Coditel I (reeds aangehaald) overwoog het Hof:

„Weliswaar verbiedt artikel 59 EEG-Verdrag beperkingen op het vrij verrichten van diensten, maar het heeft daarbij niet de grenzen op het oog, gesteld aan de uitoefening van bepaalde economische activiteiten die voortvloeien uit de toepassing van de nationale wetgeving tot bescherming van de intellectuele eigendom, behalve wanneer die toepassing een middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de economische betrekkingen tussen de Lid-Staten vormt" (r. o. 15).

Zoals ik reeds heb gezegd bevestigde het Hof in de zaak Basset dat het eisen van een vergoeding voor het in het openbaar ten gehore brengen van een muziekopname geen willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel vormt.

27. Ik geef derhalve in overweging, de eerste vraag als volgt te beantwoorden:

„De artikelen 30 en 59 EEG-Verdrag staan niet in de weg aan de toepassing van een nationale wettelijke regeling die als inbreuk op het auteursrecht beschouwt het, zonder betaling van royalty's, openbaar uitvoeren van muziekwerken door middel van geluidsopnamen, wanneer in een andere Lid-Staat reeds royalty's zijn betaald ter zake van de vervaardiging en de verkoop van de opnamen."

De tweede vraag (artikel 85 EEG-Verdrag)

28. De discotheekhouders betogen, dat het netwerk van wederkerigheidscontracten in combinatie met de weigering van elk der auteursrechtenbureaus om muziekgebruikers buiten zijn nationale grondgebied vergunning te verlenen voor het gebruik van zijn repertoire, tot een compartimentering van de nationale markten leidt en elk bureau een feitelijk monopolie binnen zijn nationale grondgebied verzekert. De Franse discotheekhouders moeten SACEM's voorwaarden dus wel aanvaarden en hebben niet de mogelijkheid gunstiger voorwaarden van buitenlandse bureaus te bedingen. De combinatie van de contracten en de weigering om rechtstreeks vergunning te verlenen is volgens hen derhalve in strijd met artikel 85, lid 1.

29. Artikel 85, lid 1, verbiedt als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt, alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen die de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst. Deze bepaling verbiedt met name overeenkomsten en andere beperkende praktijken die bestaan in het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen. Volgens artikel 85, lid 3, kan voor een overeenkomst, besluit of onderling afgestemde gedraging onder bepaalde voorwaarden een vrijstelling van het verbod van artikel 85, lid 1, worden verleend.

30. Partijen in het hoofdgeding kunnen worden geacht, het over een aantal punten eens te zijn: allereerst, dat de wederkerigheidscontracten bestaan en dat het om over-

eenkomsten tussen ondernemingen gaat in de zin van artikel 85, lid 1; ten tweede, dat de overeenkomsten niet-exclusief zijn (op aandringen van de Commissie werd in de jaren zeventig een exclusiviteitsclausule in de overeenkomst geschrapt), zodat de auteursrechtenbureaus niet alleen het beheer van hun repertoire ten aanzien van een zelfde gebied in beginsel aan meer dan een bureau kunnen toevertrouwen, maar ook rechtstreeks vergunning kunnen verlenen aan gebruikers op elkaars grondgebied. Nochtans staat ook vast, dat ten gevolge van de territoriale beperking van de werkingssfeer van deze wederkerigheidscontracten de auteursrechtenbureaus, zelfs indien zij aan gebruikers op elkaars grondgebied vergunning wensen te verlenen, hoe dan ook enkel vergunning voor het gebruik van werken uit hun eigen repertoire kunnen verlenen, doch niet voor het gebruik van werken uit het repertoire van andere bureaus, waarvan het beheer hun bij het wederkerigheidscontract is toevertrouwd. Om een concreet voorbeeld te geven: het Duitse bureau GEMA zou in beginsel muziekgebruikers in Frankrijk vergunning kunnen verlenen voor werken uit zijn eigen binnenlands repertoire, maar het zou SACEM niet kunnen beconcurreren door het repertoire van de British Performing Right Society of zelfs SACEM's eigen repertoire, dat GEMA in Duitsland beheert, op grond van een wederkerigheidscontract aan te bieden. Voorts zijn partijen het erover eens, dat geen enkele Franse discotheekhouder tot dusverre erin is geslaagd, rechtstreeks van een buitenlands bureau vergunning te krijgen voor het gebruik van het repertoire van dat bureau, en dat zolang zulks niet gebeurt, ieder bureau binnen zijn eigen nationale gebied een feitelijke exclusiviteit geniet. Om op ons voorbeeld terug te komen, GEMA's weigering om Franse discotheekhouders toestemming met betrekking tot zijn eigen repertoire te verlenen, betekent dat SACEM zelfs geen concurrentie heeft te duchten met betrekking tot GEMA's eigen repertoire. Dit element van potentiële mededinging is trouwens ook illusoir, want de partijen zijn het erover eens, dat het onwaarschijnlijk is dat een rechtstreekse vergunning om uitsluitend werken van het repertoire van één auteursrechtenbureau te gebruiken, voor het bureau of voor de discotheekhouders commercieel aantrekkelijk is.

31. Over twee punten zijn partijen het niet eens. Ten eerste met betrekking tot de vraag of de weigering om rechtstreeks toestemming te verlenen het resultaat is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging, en dus onder artikel 85, lid 1, kan vallen. Ten tweede met betrekking tot de vraag of de wederkerigheidscontracten en deze weigering, rekening houdend met de eisen die aan het beheer van aan discotheken verleende uitvoeringsrechten moeten worden gesteld, hoe dan ook in de praktijk de concurrentie op die markt kunnen verhinderen, beperken of verstoren.

32. SACEM ontkent niet dat er in de praktijk sprake is van marktverdeling en feitelijke exclusiviteit van elk bureau, maar betoogt, hierin ondersteund door de Commissie, dat dit geen gevolg is van een door artikel 85, lid 1, verboden gedraging, doch veeleer de economische realiteiten van deze specifieke markt weerspiegelt, die ertoe leiden dat mededinging niet te realiseren is, en het beheer van uitvoeringsrechten wel op geografische basis moet geschieden.

33. Het is dunkt mij voorbarig nu reeds een categoriek antwoord te geven op de vragen die in de onderhavige zaken met betrekking tot artikel 85 kunnen rijzen. Deze zaken zijn hoogst ongewoon. Op het eerste gezicht staan wij voor een absolute de facto exclusiviteit, een volledige compartimentering van de gemeenschappelijke markt binnen nationale grenzen en een totale afwezigheid van concurrentie. In iedere andere sector zou dit alles kennelijk onverenigbaar zijn met artikel 85, lid 1. Anderzijds gaat het hier om een zeer uitzonderlijke markt, wegens het bijzondere karakter van de betrokken intellectuele eigendomsrechten, die niet alleen een territoriale werkingssfeer hebben, uitsluitend door — onderling sterk verschillende — nationale wettelijke regelingen worden geregeld, en in sommige gevallen een zeer lange periode van bescherming kennen, maar ook een permanent toezicht en beheer binnen elk nationaal grondgebied vereisen om doeltreffend te kunnen worden uitgeoefend. SACEM benadrukt in dit verband, dat concurrentie tussen auteursrechtenbureaus in de verschillende EG-Lid-Staten niet haalbaar is, en dat de wederkerigheidscontracten en de weigering om rechtstreeks vergunning te verlenen derhalve niet echt kunnen worden geacht de mededinging te verhinderen of te beperken. Ieder auteursrechtenbureau dat buiten zijn eigen nationale grondgebied wenst te opereren, zou ter plaatse een beheersysteem dienen op te zetten om het in staat te stellen met de cliënten te onderhandelen, de factoren te controleren die de berekeningsgrondslag voor de royalty's vormen, toezicht op het gebruik van zijn repertoire uit te oefenen en de nodige stappen tegen inbreuken op zijn auteursrecht te ondernemen. Zo gezien kunnen de bureaus hun repertoire goedkoper en beter laten beheren door een bureau dat reeds in het andere gebied is gevestigd. Ook de gebruiker profiteert van deze regeling, want dank zij de wederkerigheidscontracten behoeft hij maar met één enkel auteursrechtenbureau te onderhandelen om toegang te verkrijgen tot het wereldrepertoire van de muziek.

34. Het bijzondere karakter van het aldus gestelde probleem blijkt uit de strikte keuze waarvoor wij in casu door de bewoordingen van artikel 85 worden gesteld. Enerzijds kan, indien moet worden vastgesteld dat de mededinging niet wordt beperkt of vervalst, als bedoeld in artikel 85, lid 1, deze bevinding in deze sector slechts worden gebaseerd op een gedetailleerde analyse van de markt. Blijkt anderzijds uit die analyse, dat de overeenkomsten een dergelijk gevolg hebben, dan lijken zij niet in aanmerking te komen voor een ontheffing in de zin van artikel 85, lid 3, omdat zij, indien zij de mededinging ongunstig beïnvloeden, niet aan de laatste voorwaarde van artikel 85, lid 3, zouden kunnen voldoen, daar zij de mededinging op de gehele markt uitsluiten.

35. Mijns inziens zijn dit aangelegenheden die de Commissie heeft op te lossen, door een standpunt te bepalen omtrent de aangemelde overeenkomsten. Voor een marktonderzoek in de gehele Gemeenschap verkeert zij hoe dan ook in een betere positie dan de nationale gerechten, en zij zou ook in staat moeten zijn te beoordelen of de voortdurende feitelijke exclusiviteit het resultaat is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging van de auteursrechtenbureaus van de Lid-Staten dan wel een noodzakelijk uitvloeisel is van de aard van de betrokken markt.

36. Waar de Commissie geen formeel standpunt heeft ingenomen, zal een rechtstreekse beslissing van de nationale rechterlijke instanties over de ten aanzien van artikel 85 gerezen vragen hoe dan ook overbodig zijn. De geldigheid van de wederkerigheidscontracten en het bestaan van onderling afgestemde feitelijke gedragingen lijken in de gedingen niet rechtstreeks aan de orde te zijn. Blijkens de bewoordingen waarin de nationale rechters zelf hun prejudiciële vragen hebben gesteld, zijn die elementen alleen of vooral van belang in zoverre daardoor SACEM's machtspositie in de zin van artikel 86 wordt versterkt. Vanuit die optiek moet het mijns inziens volstaan dat de nationale rechters rekening houden met de feitelijke vaststelling van het bestaan van een algehele exclusiviteit en van een totaal ontbreken van mededinging, wat tussen partijen nauwelijks wordt betwist.

37. Zou een rechtstreekse uitspraak van de nationale rechters over de toepassing van artikel 85 in deze zaken nodig worden geacht, dan zouden zij allereerst de weigering van de auteursrechtenbureaus dienen te onderzoeken om gebruikers buiten hun nationale grondgebied vergunning te verlenen voor het gebruik van hun repertoire. De nationale rechter dient te beslissen of hieraan los van de wederkerigheidscontracten een zelfstandige betekenis toekomt, en, zo ja, of de weigering om rechtstreeks vergunning te verlenen het resultaat is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging van de auteursrechtenbureaus, zoals de discotheekhouders tijdens de behandeling voor het Hof hebben verklaard.

38. Volgens mij kan het probleem van de rechtstreekse vergunning niet los worden gezien van dat van de wederkerigheidscontracten. Zoals gezegd, heeft de territoriale beperking van de werkingssfeer van de wederkerigheidscontracten tot gevolg, dat de auteursrechtenbureaus, ook als zij gebruikers op elkaars grondgebied vergunning zouden wensen te verlenen, enkel vergunningen voor hun eigen repertoire kunnen verlenen, doch dergelijke beperkte vergunningen lijken commercieel niet aantrekkelijk. De weigering rechtstreekse vergunningen te verlenen is bijgevolg slechts een logisch uitvloeisel van de wederkerigheidscontracten, en het lijkt mij dan ook overbodig te onderzoeken of die weigering het resultaat is van een onderling afgestemde feitelijke gedraging.

39. Mocht de betekenis van het probleem van de rechtstreekse vergunning anders worden beoordeeld, dan dienen de nationale gerechten in de eerste plaats te onderzoeken of de weigering van de buitenlandse auteursrechtenbureaus om de Franse discotheekhouders rechtstreeks vergunning te verlenen, het resultaat is van een bewuste coördinatie of samenwerking tussen de bureaus dan wel of zij op een zelfstandige beslissing berust, door ieder bureau voor eigen rekening en in reactie op een beoordeling van zijn eigen belang genomen. Bij de beantwoording van deze vraag, mogen de nationale gerechten mijns inziens rekening houden met de reeds bestaande samenwerking tussen de auteursrechtenbureaus op grond van het netwerk van wederkerigheidscontracten en met de omstandigheid dat daarin eerst betrekkelijk recent een exclusiviteitsclausule is geschrapt (zie het arrest van 3 juli 1985, zaak 243/83, Binon, Jurispr. 1985, blz. 2015, 2040 r. o. 17). Tegelijkertijd zouden zij dienen na te gaan of voor de parallelle gedragingen een afdoende verklaring kan worden gevonden in andere factoren, die geen verband houden met het

bestaan van een onderling afgestemde feitelijke gedraging (zie het arrest van 28 maart 1984, gevoegde zaken 29 en 30/83, Cram en Rheinzink/Commissie, Jurispr. 1984, blz. 1679, r. o. 16). Bij het onderzoek naar een eventuele alternatieve verklaring, dient te worden rekening gehouden met de specifieke eisen die aan het beheer van uitvoeringsrechten worden gesteld ten aanzien van discotheken en die volgens SACEM de organisatie van de markt op nationale basis verklaren en rechtvaardigen (zie punt 33).

40. Vervolgens zouden de nationale gerechten moeten onderzoeken, of de wederkerigheidscontracten (en zo dit relevant wordt geacht, de weigering om rechtstreeks vergunning te verlenen), rekening houdend met de (in punt 33 vermelde) specifieke eisen van de auteursrechtenmarkt, de mededinging kunnen verhinderen, beperken of vervalsen. Indien zij tot de overtuiging zouden komen dat er van een daadwerkelijk of potentieel effect op de mededinging kan worden gesproken, zouden zij moeten onderzoeken of de contracten in aanmerking komen voor een vrijstelling op basis van artikel 85, lid 3. Is dat huns inziens het geval, dan dienen zij de behandeling van de zaak te schorsen totdat de Commissie, die volgens artikel 9, lid 1, van verordening nr. 17 van de Raad (PB 1962, blz. 204) als enige bevoegd is vrijstellingen te verlenen of te weigeren, haar beschikking heeft gegeven.

41. Ik geef derhalve in overweging, de tweede vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het in de weg staat aan:

a) overeenkomsten tussen auteursrechtenbureaus van verschillende Lid-Staten, waarbij deze bureaus zich op basis van wederkerigheid ertoe verbinden, binnen hun respectieve nationale grondgebieden elkaars repertoire te beheren, wanneer deze overeenkomsten, rekening houdend met de bijzondere kenmerken van de markt voor het beheer van auteursrechten, de mededinging op die markt kunnen verhinderen, beperken of vervalsen;

b) de weigering door auteursrechtenbureaus die een netwerk van wederkerigheidscontracten hebben gesloten, muziekgebruikers op elkaars grondgebied rechtstreeks vergunning te verlenen voor het gebruik van hun nationale repertoire, wanneer vaststaat dat die weigering voortspruit uit een onderling afgestemde feitelijke gedraging van die bureaus en wanneer die weigering, rekening houdend met de bijzondere kenmerken van de markt voor het beheer van auteursrechten, de mededinging op die markt kan verhinderen, beperken of vervalsen."

De derde en de vierde vraag (artikel 86 EEG-Verdrag)

42. De derde en de vierde vraag hebben betrekking op het misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 ter zake van de vergunning voor het gehele repertoire res-

pectievelijk het niveau van de royalty. De nationale rechters vragen niet om uitlegging van de begrippen „machtspositie" en „ongunstige beïnvloeding van de handel" door SACEM's gedragingen. Zij lijken er van uit te gaan, dat aan die twee voorwaarden voor de toepassing van artikel 86 is voldaan. Ik zie ook geen reden om er anders over te denken. Ik acht het niettemin opportuun eerst een aantal algemene opmerkingen te maken over de aard van SACEM's machtspositie, alvorens ik het probleem van het misbruik van een machtspositie aansnijd.

De vergunning voor het gehele repertoire

43. Allereerst zij opgemerkt, dat het bij SACEM niet om een gewone machtspositie gaat. Doordat zij het enige auteursrechtenbureau in zijn soort in Frankrijk is, zij geen mededinging van buitenlandse bureaus heeft te duchten en de overheid haar activiteiten niet echt aan regelen heeft gebonden, geniet SACEM een nagenoeg volledige vrijheid van handelen. Bovendien verkeren SACEM en de discotheken in een duidelijk ongelijke onderhandelingspositie. Bij deze laatste gaat het om een groot aantal geografisch verspreide, kleine of middelgrote ondernemingen (ook al zijn zij merendeels in een aantal beroepsorganisaties verenigd), die voor hun activiteiten volledig afhankelijk zijn van muziek, en die hun onderhandelingspartner niet kunnen kiezen. Op zichzelf vormen die factoren nog geen aanwijzing voor een misbruik en betekenen zij niet dat SACEM zich aan een strengere gedragscode dient te houden dan andere ondernemingen met een machtspositie. Mijns inziens zijn zij evenwel van dien aard, dat de nationale rechter de voor de vermeend abusieve gedragingen aangevoerde rechtvaardiging bijzonder streng moet onderzoeken. De wijze waarop de nationale rechter het probleem van de rechtvaardiging benadert, zal verschillen naar gelang van zijn nationale wettelijke regeling. In het ene land zal de rechter wellicht uitgaan van een vermoeden, terwijl in het andere land de bewijslast zal worden omgekeerd. Het eindresultaat dient nochtans gelijk uit te vallen, dat wil zeggen, de betrokken onderneming met een machtspositie dient haar gedragingen te rechtvaardigen.

44. Zoals gezegd verlangt SACEM, bij wege van de forfait-clausule in de met de discotheekhouders afgesloten standaardovereenkomst, één enkele royalty voor de toegang tot haar gehele repertoire, ongeacht het aantal of de soort muziekwerken die zij daadwerkelijk in de discotheek gebruiken. De discotheekhouders betogen dat het overdreven is hen te laten betalen voor de toegang tot het gehele wereldrepertoire dat SACEM beheert, terwijl zij slechts een gedeelte of een aantal onderdelen van dat repertoire nodig hebben. Uit het dossier is niet duidelijk op te maken, welke hun precieze behoeften zijn. Eenmaal wordt aangevoerd dat zij alleen bepaalde, door SACEM beheerde buitenlandse repertoires wensen, vooral het Amerikaanse en het Britse repertoire; een andere keer lijken zij toegang te wensen tot een bepaalde categorie muziekwerken, namelijk populaire dansmuziek, overwegend doch niet uitsluitend van Anglo-Amerikaanse origine. Hoe dan ook, zij wensen minder dan een vergunning voor het gehele repertoire, en zij geven te kennen dat zo een beperktere vergunning goedkoper zou moeten zijn.

45. De Commissie en de Franse regering betogen daarentegen, dat een splitsing van het wereldrepertoire in commercialiseerbare pakketten een verscherpt toezicht en een intensiever beheer zou vereisen, wat de kosten voor de muziekgebruikers waarschijnlijk eerder zou verhogen dan verlagen. Zij wijzen ook op de voordelen van een vergunning voor het gehele repertoire, omdat zij de discotheekhouders een volledig vrije keuze van muziekwerken verzekert.

46. Het Hof heeft tot nog toe niet de gelegenheid gehad, te oordelen of een praktijk als het verlenen van een vergunning voor het gehele repertoire verenigbaar is met artikel 86. In zaak 127/73 (arrest van 27 maart 1974 BRT, Jurispr. 1974, blz. 313) werd het Hof onder meer gevraagd, of de algehele afstand van alle auteursrechten die een auteursrechtenbureau van de aangesloten personen, zonder onderscheid naar categorie, verlangde, als een misbruik van een economische machtspositie in de zin van artikel 86 kon worden beschouwd. In zijn arrest overwoog het Hof, dat bij de beoordeling van de vraag of het auteursrechtenbureau onbillijke voorwaarden had opgelegd, alle betrokken belangen dienden te worden in aanmerking genomen, om een evenwicht tot stand te brengen tussen de maximale vrijheid voor de aangeslotenen om over hun werk te beschikken en het doeltreffend beheer van hun rechten door het bureau; daartoe diende te worden onderzocht, of de litigieuze gedragingen van het bureau de grenzen overschreden van hetgeen noodzakelijk was om zijn doel te bereiken (r. o. 7-11). Ik stel in deze zaak een zelfde benadering voor, met dien verstande dat het evenwicht dat hier moet worden bereikt, het evenwicht is tussen de belangen van het auteursrechtenbureau en die van een bepaalde categorie afnemers, de discotheekhouders.

47. Ook de Amerikaanse gerechten, waaraan herhaaldelijk anti-trustvorderingen zijn voorgelegd tegen de door de Amerikaanse auteursrechtenbureaus BMI (Broadcast Music, Inc.) en ASCAP (American Society of Composers, Authors and Publishers) toegepaste praktijk van algemene vergunning („blanket-licensing"), hebben het probleem benaderd als een probleem van het evenwicht tussen de voordelen van „blanket licensing", zowel voor de afnemers als voor het doeltreffende beheer van de auteursrechten, en de nadelen door beperking van de mededinging en van de keuzevrijheid van de gebruiker. Ofschoon de klemtoon soms anders zal moeten worden gelegd — gezien de verschillende wettelijke en feitelijke context — zijn in de Amerikaanse rechtspraak een aantal nuttige aanwijzingen te vinden voor de afweging van de tegenover elkaar staande belangen.

48. Een mijlpaal in die rechtspraak is het arrest van de United States Supreme Court van 1979 in de zaak Columbia Broadcasting System/BMI and ASCAP (441 US 1, 60 L Ed 2nd 1, 99 S Ct 1551), waarin werd beslist dat „blanket licensing" niet per se in strijd was met de Sherman Act, doch moest worden beoordeeld met inachtneming van een „rule of reason"-analyse. Volgens de „rule of reason" dient de rechtbank, om te bepalen of een gedraging geen onredelijke beperking van de mededinging op de betrokken markt veroorzaakt, de gunstige en de ongunstige effecten van die gedraging op de mededinging tegen elkaar af te wegen. De toepassing van dat beginsel in een aantal rechtsgedingen die door verschillende gebruikers tegen „blanket licensing" waren ingesteld, leidde voor de Amerikaanse lagere rechtbanken meestal tot uitspraken waarbij dit systeem geoorloofd werd geacht [zie inzonderheid Buffalo Broadcasting Inc. and Others/ASCAP and

BMI, United States Court of Appeal for the Second Circuit, 18.9.1984, 744 F. 2nd 917; 223 US PQ (BNA) 478; Copy. L. Rep. (CCH) P25,710; Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P66, 204]. Bijzonder interessant is de zaak BMI/ Moor-Law Inc. [527 F. Supp. 758 (D. Del. 1981)]. Hierin stelde het betrokken auteursrechtenbureau een vordering op grond van een schending van het auteursrecht in wegens het zonder toestemming gebruiken van zijn repertoire in de night-club van de verwerende partij, waarop deze in reconventie stelde dat BMI de anti-trustwetgeving had geschonden, omdat het wegens het feit dat het geen reëel alternatief voor de „blanket license" had aangeboden, zich in strijd met de anti-trustwetgeving had schuldig gemaakt aan een onwettige koppelverkoop. Na toepassing van de „rule of reason" kwam de rechter tot de conclusie, dat de muziekgebruikers bij een „blanket license" de controle over hun totale verbintenissen jegens BMI verloren, daar de betaalde royalty niet was berekend op basis van factoren die zij in de hand hadden, zoals het aantal uitvoeringen van een bepaald muziekwerk, doch aan de hand van bezwaarlijker te controleren elementen zoals (in die zaak) de uitgaven van de club voor live optredens. De rechtbank beoordeelde de „blanket license" positief wegens zijn eenvoudig en kostenefficiënt exploitatiesysteem van auteursrechten alsook wegens zijn flexibiliteit voor gebruikers als de verwerende partij, die niet tevoren konden vaststellen, welke muziekwerken zij zouden gebruiken. De rechtbank was ook van mening, dat er geen bruikbare alternatieven voor de „blanket license" bestonden: het alternatief van een vergunning voor de gebruikte categorie muziekwerken zou extra kosten veroorzaken voor het categoriseren, het toezicht op het gebruik en de beslechting van geschillen over de omvang van de vergunning.

49. In casu staat het aan de nationale gerechten, de voor- en nadelen van de algemene vergunning af te wegen, rekening houdend met de bijzondere context waarin deze door SACEM wordt opgelegd. De algemene vergunning is bij voorbeeld een kennelijk geschikt middel voor de exploitatie van uitvoeringsrechten, en biedt daarenboven de gewenste soepelheid voor gebruikers zoals discotheekhouders, die niet altijd tevoren kunnen weten welke werken zij precies zullen nodig hebben. Het staat eveneens aan de nationale gerechten, te onderzoeken of er een praktisch alternatief voor de algemene vergunning bestaat. Daarvoor moeten eerst de werkelijke behoeften van de discotheken worden bepaald. Indien zij alleen toegang wensen tot bepaalde buitenlandse repertoires, zullen de kosten voor het categoriseren waarschijnlijk laag zijn, maar de uitgaven voor controle evenredig hoger. Anderzijds zou de invoering van een nieuwe categorie populaire dansmuziek, althans aanvankelijk, duur kunnen blijken, maar, voor zover die categorie ruim genoeg wordt gedefinieerd, behoeven de kosten voor controle niet noodzakelijk te stijgen. Ten slotte dienen de nationale gerechten mijns inziens ook rekening te houden met een andere factor die in de vorengenoemde zaak SABAM alsmede in een aantal Amerikaanse uitspraken relevant werd geacht, namelijk de onderhandelingspositie van de partijen.

50. Hoewel ik hiervoor de relevante overwegingen heb proberen uiteen te zetten, kan het voor het antwoord op de derde vraag volstaan om de beslissing in de zaak SABAM over te nemen. Ik stel daarom voor, op de derde vraag te antwoorden als volgt:

„Een auteursrechtenbureau met een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, dat zijn afnemers verplicht een royalty voor zijn gehele repertoire te betalen, ongeacht het feitelijke gebruik van dat repertoire door de afnemer, maakt zich aan een bij artikel 86 EEG-Verdrag verboden misbruik schuldig, wanneer die verplichting verder gaat dan nodig is voor een doeltreffend beheer van het auteursrecht."

De hoogte van de royalty

51. Gelijk de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen zegt, zijn monopolisten van nature geneigd monopolieprijzen op te leggen, dat wil zeggen prijzen die hun profijt maximaliseren en die hoger zijn dan die welke in een vrije markt kunnen worden gevraagd. Vanuit economisch oogpunt is zo een gedraging volkomen rationeel, doch afnemers of consumenten kunnen hierdoor onbillijk hoge prijzen worden opgelegd. Artikel 86 bepaalt uitdrukkelijk, dat het opleggen van onbillijke prijzen een verboden misbruik vormt. Daarnaast heeft het Hof verklaard, dat het vragen van een overdreven hoge prijs in verhouding tot de economische waarde van de verrichte prestatie een misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag kan opleveren (zaak 26/75, General Motors, Jurispr. 1975, blz. 1367).

52. Met betrekking tot de hoogte van de door SACEM van de Franse discotheekhouders verlangde royalty heeft het Hof reeds verklaard:

„Het is ... niet uitgesloten dat het niveau van het recht, of van alle door de beheersmaatschappij vastgestelde rechten te zamen, zo hoog is, dat artikel 86 toepassing vindt" (zaak 402/85, Basset, Jurispr. 1987, blz. 1747).

In de zaak Basset was het Hof echter niet om een uitspraak over de hoogte van de royalty's verzocht. In de onderhavige zaken vragen de nationale gerechten daarentegen uitdrukkelijk een leidraad voor de criteria aan de hand waarvan zij moeten beoordelen of het niveau van de royalty's al dan niet onbillijk hoog is.

53. Blijkens hun schriftelijke opmerkingen zijn partijen het erover eens, dat de in de zaak United Brands (zaak 27/76, Jurispr. 1978, blz. 207) neergelegde test om vast te stellen of een prijs te hoog is voor de economische waarde van de geleverde prestatie, in casu niet van toepassing is. In dat arrest verklaarde het Hof (doch met betrekking tot een produkt in plaats van een dienst), dat moet worden onderzocht of er een al te grote disproportie bestaat tussen de werkelijke produktiekosten en de daadwerkelijk gevraagde prijs en, indien zulks het geval is, of er sprake is van het opleggen van een onbillijke prijs, zowel absoluut gezien als in vergelijking met de concurrerende produkten (r. o. 252). In casu zou een vergelijking van produktieprijs en verkoopprijs geen zin hebben, daar het onmogelijk is de produktieprijs vast te stellen van een geestesprodukt als een muziekwerk. Bovendien kan er ook geen vergelijking worden gemaakt tussen de hoogte van de door SACEM gevraagde royalty's en die van haar concurrenten, omdat er geen concurrenten zijn.

54. Aangezien de door het Hof vastgestelde methode in casu niet bruikbaar is, stellen de nationale gerechten drie mogelijke criteria voor om te bepalen of de royalty buitensporig hoog is: discriminatie, de verhouding tussen het niveau van de royalty en het aan de auteurs betaalde bedrag, en een vergelijking met de door de auteursrechtenbureaus in de andere Lid-Staten van discotheekhouders verlangde royalty's. SACEM verwerpt die criteria, inzonderheid de vergelijking met de in andere Lid-Staten toegepaste tarieven; zij stelt zelf een aantal andere criteria voor, waarvan de belangrijkste zijn: het belang van de muziek, en dus van de toegang tot het repertoire, voor discotheekhouders, de kosten van die toegang in verhouding tot de totale kosten van discotheken, en een vergelijking met de royalty's die SACEM van andere categorieën muziekgebruikers in Frankrijk in rekening brengt. Ik zal eerst de door de nationale gerechten genoemde criteria bespreken en daarna de door SACEM voorgestelde, en vervolgens zal ik onderzoeken of er wellicht nog andere criteria zijn die de nationale gerechten bij de beoordeling van het niveau van de royalty van nut kunnen zijn.

i) *De door de nationale gerechten genoemde criteria*

55. In de tweede en de vijfde prejudiciële vraag in zaak 395/87 wordt het *discriminatie*-probleem aangesneden. Uit het verwijzingsarrest blijkt evenwel niet in welk opzicht het niveau van de royalty discriminatoir zou zijn. Vier hypothesen kunnen dan ook worden onderzocht:

1) De royalty is discriminatoir, omdat zij in overeenstemming met de draagkracht van de discotheekhouder wordt bepaald en niet in overeenstemming met het effectief gebruik van SACEM's repertoire.

2) De royalty is discriminatoir in vergelijking met het niveau van de door de auteursrechtenbureaus in andere Lid-Staten gevraagde royalty's.

3) De royalty is discriminatoir omdat verschillende tarieven worden gehanteerd voor verschillende categorieën discotheekhouders. In dit verband zij opgemerkt, dat de meeste discotheekhouders lagere royalty's betalen op grond van bijzondere akkoorden tussen hun beroepsverenigingen en SACEM, en dat ook bepaalde onafhankelijke discotheken een voorkeurtarief genieten.

4) De royalty is discriminatoir vergeleken met de tarieven die voor andere categorieën muziekgebruikers worden toegepast.

56. De eerste hypothese stelt hetzelfde probleem aan de orde als de algemene vergunning, dat hiervoor reeds is besproken (punten 44-49). Het belang van het niveau van de in andere Lid-Staten verlangde royalty's voor de vraag of SACEM buitensporige royalty's in rekening brengt, wordt hierna besproken (punten 60-63); hoe het ook zij, het verschil in de tarieven is niet aan discriminatie door SACEM te wijten, aangezien SACEM niet verantwoordelijk is voor de in andere Lid-Staten gehanteerde tarieven. Denkt de nationale rechter met zijn verwij-

zing naar discriminatie aan het feit dat SACEM aan de verschillende categorieën discotheekhouders verschillende royalty's in rekening brengt, dan ben ik van mening dat een dergelijk gedrag geen aanwijzing oplevert dat de gewone royalty (8,25% van de totale ontvangsten) buitensporig is, maar dat dit het in artikel 86, tweede alinea, sub c, EEG-Verdrag bedoelde aparte misbruik door discriminatie kan opleveren, te weten: „het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmede nadeel berokkenend bij de mededinging". Om te bepalen of er van een dergelijke discriminatie sprake is, dient de nationale rechter als feit te onderzoeken, of het verschil in behandeling van verschillende categorieën discotheekhouders objectief kan worden gerechtvaardigd. De hamvraag is dan, of de discotheekhouders die een gunstigere behandeling genieten, voor die voorkeurbehandeling ook een daadwerkelijke en afdoende tegenprestatie leveren.

57. Wat de vierde hypothese betreft, in het arrest United Brands (reeds aangehaald) heeft het Hof overwogen, dat of een prijs overdreven is, onder meer kan worden uitgemaakt door vergelijking met de prijzen voor vergelijkbare produkten. Het is dus volledig terecht, dat de nationale gerechten in de onderhavige zaak kijken naar het niveau van de royalty's die door andere grote muziekgebruikers — zoals de radio- en televisiestations — worden betaald; blijkt er een aanzienlijk verschil te bestaan tussen de royalty's die deze laatste gebruikers en die welke de discotheekhouders betalen, dan kan dat er op wijzen dat de aan de discotheekhouders in rekening gebrachte royalty's overdreven hoog zijn. Bij die vergelijking mogen de nationale rechters natuurlijk niet uit het oog verliezen, dat de meeste discotheekhouders minder betalen dan het standaardtarief van 8,25%. Verder kan een verschil in behandeling van discotheekhouders en andere muziekgebruikers, zonder dat hiervoor een objectieve rechtvaardiging bestaat, mijns inziens daarnaast nog het in artikel 86, sub c, EEG-Verdrag bedoelde misbruik opleveren (zie punt 56).

58. In de derde prejudiciële vraag in zaak 395/87 gaat het erom of het *bedrag van de royalty dat aan de auteurs wordt betaald* als criterium kan dienen om te bepalen of de royalty al dan niet onbillijk is. Het is niet duidelijk of het nationale gerecht met „auteurs" alleen de „auteurs" in de enge zin van auteurs en componisten van muziekwerken bedoelt, dan wel in de ruimere zin van alle auteursrechthebbenden. Blijkens het door SACEM aan de Commissie verstrekte cijfermateriaal ontving eerstgenoemde in 1986 in totaal ongeveer 250 miljoen FF aan royalty's van discotheken. Daarvan werd (na aftrek van beheerskosten en andere uitgaven) ongeveer 83 miljoen FF uitbetaald aan SACEM's leden met inbegrip van de uitgevers en onderuitgevers. Van deze 83 miljoen FF werd 27,6 miljoen FF specifiek aan componisten en auteurs betaald. Ofschoon dit laatste cijfer niet de bedragen omvat die buitenlandse componisten en auteurs via SACEM's pendant in andere landen zijn uitbetaald, lijkt het gedeelte dat effectief aan componisten en auteurs is betaald, gering.

59. Voor de beslissing of de door de discotheken betaalde royalty al dan niet billijk is, acht ik het niet van belang, welke sommen

effectief aan de componisten en auteurs zijn betaald. De eigendom en de exploitatie van het auteursrecht op een muziekwerk zijn typisch in handen van een aantal verschillende personen voor een aantal verschillende doeleinden. Elke auteursrechthebbende — de componist in de strikte zin van het woord, de muziekuitgever, of de producent van geluidsopnamen —, heeft recht op een vergoeding uit de voor het muziekwerk ontvangen royalty's, als tegenprestatie voor zijn creatieve inspanning of het door hem geïnvesteerde kapitaal. Een concentratie op het bedrag van de royalty dat effectief aan één categorie auteursrechthebbenden, namelijk de componisten, wordt betaald, kan slechts misleidend zijn. Daarentegen is de verhouding tussen het niveau van de royalty en het bedrag dat uiteindelijk aan alle auteursrechthebbenden te zamen wordt uitbetaald, volgens mij wel relevant voor de beoordeling van het billijke karakter van de royalty. Ik kom daar nog op terug (punt 69-73).

60. Zo kom ik tot het criterium van de *vergelijking met de royaltytarieven die in andere Lid-Staten worden verlangd.* Om te beginnen wil ik opmerken dat ik dit criterium methodologisch voor de nationale gerechten wel enig potentieel doch geen onmiddellijk nut zie hebben. Het probleem met een dergelijke vergelijking is, dat een objectieve maatstaf van vergelijking tussen de tarieven in de verschillende Lid-Staten moet worden gevonden. Dat is niet eenvoudig, gelet op de verschillen in nationale wettelijke regelingen en in de door de verschillende auteursrechtenbureaus gebruikte methoden van vaststelling en inning. Wat bij voorbeeld de nationale wettelijke regelingen aangaat, van de Lid-Staten eisen enkel Frankrijk en België een aanvullend recht voor de mechanische verveelvoudiging, een factor die het algemeen niveau van de in die landen in rekening gebrachte royalty's natuurlijk verhoogt. Wat de vaststelling en de inning betreft, SACEM verlangt een vast percentage van de totale inkomsten, terwijl andere auteursrechtenbureaus een forfait toepassen dat is berekend aan de hand van factoren als de oppervlakte van de discotheek, het aantal zitplaatsen, het entreegeld of de prijs van het populairste drankje.

61. Gelijk de Commissie opmerkt, lijken die verschillen enkel te kunnen worden verdisconteerd, om een geldige vergelijking mogelijk te maken, door de royalty's te vergelijken met die welke door een theoretische standaarddiscotheek in rekening zouden worden gebracht. De Commissie heeft één dergelijke proef genomen in het kader van haar (nog lopende) onderzoek naar het niveau van de door SACEM verlangde royalty. Zij verzocht ieder auteursrechtenbureau, de jaarlijkse royalty te berekenen die een theoretische discotheek verschuldigd zou zijn, en verstrekte voldoende gegevens (totale inkomsten, oppervlakte, etc. ...) om deze bureaus in staat te stellen, hun eigen berekeningsmethode toe te passen. De resultaten werden in een tabel aan het Hof overgelegd. Uit die tabel blijkt, dat de theoretische discotheek de hoogste royalty's dient te betalen in Frankrijk (100%), alleen op de hielen gevolgd door Italië (91,37%). In de andere Lid-Staten, met name Duitsland (6,7% van de in Frankrijk betaalde royalty), het Verenigd Koninkrijk (12,24%) en Luxemburg (19,04%), behoeft veel minder te worden betaald. Met betrekking tot Luxemburg, waar de auteursrechten door SACEM worden beheerd, is het opmerkelijk

dat de door de discotheken verschuldigde royalty's op forfaitaire basis worden bepaald en dat de werkzaamheden van de auteursrechtenbureaus, met inbegrip van de vaststelling van de royalty's, onder toezicht staan van de minister van Economische Zaken (Règlement grand-ducal van 26 oktober 1972, Mémorial, 1972, blz. 1495).

62. SACEM heeft ter terechtzitting terecht kritiek geleverd op de tekortkomingen van deze vergelijking. Zij wees op verschillende fouten in de tabel: bij voorbeeld wordt het dagtarief van het Portugese bureau als de jaarlijkse royalty vermeld, en gaat de Commissie eraan voorbij, dat het Duitse bureau GEMA de royalty meestal met 50% verhoogt om rekening te houden met de door de discotheek voor eigen gebruik opgenomen muziek. In de berekening van de Commissie is evenmin rekening gehouden met eventuele kortingen, ofschoon die aanzienlijk kunnen zijn in Frankrijk, waar ongeveer 80% van de discotheken in feite slechts 6,26% van hun totale inkomsten betalen in plaats van het basistarief van 8,25%. In die cijfers wordt er ook geen rekening mee gehouden dat binnen de EEG, zoals ik hiervoor (punt 60) heb gezegd, alleen in België en Frankrijk een aanvullende vergoeding voor de mechanische verveelvoudiging wordt gevraagd. Het belangrijkste is echter — de Commissie is het daarmee eens — dat één enkele vergelijking duidelijk niet een volledig beeld kan geven van de mogelijke verschillen, vooral omdat SACEM een fundamenteel andere vaststellingsmethode gebruikt dan de auteursrechtenbureaus in de andere Lid-Staten. Een algemeen beeld kan eerst worden verkregen na verschillende vergelijkingen, op de basis van theoretische discotheken met een waaier van verschillende parameters.

63. Indien de resultaten van die vergelijkingen zouden aantonen, dat het niveau van de royalty's onderling verschilt, dan zou dit voor de nationale rechter een eerste aanwijzing voor een eventueel misbruik kunnen vormen ofschoon het loutere bestaan van die verschillen natuurlijk niet concludent zou zijn. Mocht uit de resultaten blijken, dat het niveau van de royalty's in Frankrijk véél hoger is dan in andere Lid-Staten, dan lijkt de conclusie dat er sprake is van misbruik, voor de hand te liggen, en zou op SACEM een evenredig zwaardere last rusten om de hoogte van de in rekening gebrachte royalty te rechtvaardigen (zie punt 43).

ii) *De door SACEM voorgestelde criteria*

64. SACEM verwerpt zowel de vergelijking met het niveau van de in de andere Lid-Staten verlangde royalty's als de andere criteria die de nationale rechters hebben vermeld. Zij stelt een aantal andere criteria voor, zoals het belang van de muziek voor de discotheken, de verhouding royalty/totale onkosten van de discotheken, en een vergelijking met de royalty's die van andere categorieën muziekgebruikers in Frankrijk worden verlangd.

65. Het belang van de muziek voor de betrokken bedrijfstak lijkt op het eerste gezicht een aantrekkelijk criterium, aangezien het slechts logisch lijkt, dat wie de muziek meer nodig heeft, ook bereid moet zijn daarvoor meer te betalen. Dit criterium is

volgens mij nochtans niet meer bruikbaar, wanneer een bepaalde categorie gebruikers voor zijn activiteiten volledig afhankelijk is van de levering van muziek, en wanneer die categorie wegens het ontbreken van concurrentie in feite gedwongen is eender welke vraagprijs te betalen. Dat is de situatie waarin de Franse discotheken verkeren.

66. SACEM betoogt, dat de royalty's gemiddeld ongeveer 10% van de totale uitgaven van de discotheken uitmaken, zodat zij lager zijn dan andere onkosten zoals lonen, en dat dit als een redelijk percentage is aan te merken. Tegen dit criterium kunnen dezelfde bezwaren worden gemaakt als met betrekking tot het eerste criterium. In een situatie waarin de afnemer volledig afhankelijk is van één leverancier, kan onmogelijk worden bepaald wanneer de kosten voor de levering onredelijk worden voor de koper: hij kan slechts betalen of zijn activiteiten staken. Daarbij komt nog, dat bij de door SACEM toegepaste methode (een percentage van de totale omzet) de discotheekhouder het niveau van zijn financiële verplichtingen jegens SACEM onmogelijk kan beïnvloeden of zelfs maar met enige mate van zekerheid kan voorspellen. Als gevolg van het systeem van de algemene vergunning en van de praktische onmogelijkheid om rechtstreeks contact op te nemen met buitenlandse bureaus, kan hij zijn onkosten evenmin drukken door zijn afhankelijkheid van SACEM's repertoire te verminderen.

67. SACEM gaat nogal diep in op de tarieven van de van andere grote muziekgebruikers als radio en televisie verlangde royalty's, en betoogt dat de verschillende tarieven die door de verschillende categorieën gebruikers worden betaald, het belang weergeven, dat de muziek voor de activiteiten van elke categorie heeft. Doch, gelijk de gemachtigde van de Commissie ter terechtzitting pertinent opmerkte, zelfs indien SACEM's stelsel van royalty's innerlijk coherent is, bewijst dit nog niet dat het billijk is voor de afnemers: het is mogelijk dat de aan iedere categorie in rekening gebrachte royalty's, hoewel in een juiste onderlinge verhouding, toch alle onredelijk hoog zijn. Het door SACEM voorgestelde criterium is derhalve van beperkt nut. Aan de andere kant kan, zoals ik reeds opmerkte (punt 57), een kennelijke wanverhouding tussen de lasten van de verschillende categorieën een aanwijzing zijn dat een bepaalde heffing buitensporig is.

iii) *Eventuele andere criteria*

68. Het onderzoek van de door henzelf en door SACEM voorgestelde criteria heeft weinig opgeleverd dat de nationale rechters onmiddellijk concreet houvast kan bieden. Volgens mij moet voor een solide basis voor de toetsing van de royalty aan de waarde van het ontvangen voordeel worden teruggegrepen naar het soort objectieve economische test dat door het Hof werd geformuleerd in het arrest United Brands.

69. Ik ontken niet, dat de daarin bepaalde methode, een vergelijking van de verkoopprijs en de kostprijs ter bepaling van de winstmarge, in casu niet zonder meer volledig kan worden overgenomen. Gelet op de reeds genoemde aanpak van het Hof in de zaak SABAM, meen ik dat het voor de nationale gerechten mogelijk is een eventueel buitensporig karakter van de royalty vast te

stellen met behulp van een objectieve methode, namelijk door het niveau van de royalty (in casu wil dat zeggen alle royalty-inkomsten) te vergelijken met de noodzakelijke kosten voor een doeltreffend beheer van de uitvoeringsrechten en de noodzaak, de auteursrechthebbenden een redelijke vergoeding te verzekeren.

70. Bij die beoordeling zullen de nationale gerechten rekening moeten houden met SACEM's kostenstructuur. De meest recente cijfers in het dossier dateren van 1986 en zijn in SACEM's „Rapport d'activité" (jaarverslag) voor dat jaar te vinden en in de briefwisseling tussen SACEM en de Commissie. Blijkens die documenten bedroeg SACEM's totale inkomen uit royalty's uit alle bronnen in 1986 zo een 1,1 miljard FF. Daarvan was ongeveer 250 miljoen FF (ongeveer 25% dus) afkomstig van vaste en mobiele discotheken, waardoor de discotheken na de radio- en televisiesector de belangrijkste afzonderlijke inkomstenbron van SACEM vormen. Van die 250 miljoen FF hield SACEM ongeveer 83 miljoen FF (of 33,3%) in voor beheerskosten en lopende uitgaven, en bleef er na aftrek van een aantal andere uitgaven een netto-bedrag van 150 miljoen FF voor verdeling over. Daarvan werd ongeveer 83 miljoen FF onder de leden van SACEM verdeeld, terwijl zo een 46,8 miljoen FF werd overgemaakt naar buitenlandse auteursrechtenbureaus waarmee SACEM wederkerigheidscontracten heeft gesloten. Ongeveer 20 miljoen FF bleef onverdeeld, omdat niet kon worden achterhaald, wie de betrokken auteursrechthebbenden waren.

71. Het staat natuurlijk aan de nationale rechters, de kostenstructuur te beoordelen en de nodige gevolgtrekkingen te maken. Twee van de hiervoor vermelde cijfers lijken nochtans bijzondere aandacht te verdienen, namelijk het percentage van de bruto-inkomsten dat SACEM voor de beheerskosten inhoudt, en het percentage van de netto-inkomsten dat aan buitenlandse auteursrechtenbureaus wordt doorbetaald.

72. SACEM blijkt van alle royalty's hetzelfde percentage voor beheerskosten af te trekken (33,3%), ongeacht of zij deze aan haar eigen leden of aan buitenlandse bureaus dient door te betalen. Het valt op, dat het voor beheerskosten ingehouden bedrag — 83 miljoen FF — even hoog is als het bedrag dat onder SACEM's eigen leden wordt verdeeld, en bijna twee keer zo hoog als het bedrag dat aan de buitenlandse bureaus wordt uitgekeerd. De beheerskosten blijken in drie posten te kunnen worden onderverdeeld, te weten de onkosten voor het verlenen van vergunningen (het afsluiten van contracten met de discotheken), de inning van de royalty's en de verdeling ervan, met inbegrip van het toezicht op het gebruik van de muziek. Daar met standaardovereenkomsten en algemene vergunningen wordt gewerkt, is er reden om aan te nemen dat de daadwerkelijke kosten van vergunningverlening laag zijn. Eveneens zou de omstandigheid dat de meeste discotheekhouders zich bereid hebben verklaard hun belastingaangifte aan SACEM over te leggen in ruil voor een lager royaltytarief, de effectieve inningskosten moeten drukken. Wat de kosten van het toezicht op het gebruik van de muziek aangaat, SACEM heeft in — door de Commissie in antwoord op een schriftelijke vraag aan het Hof overgelegde

— brieven aan de Commissie verklaard, dat zij ieder jaar de helft van de permanente discotheken en één vierde van de seizoendiscotheken ter plaatse controleert, waarbij zij gedurende een periode van twee uur controleert welke muziekwerken effectief in de discotheek worden ten gehore gebracht. Dergelijke controles ter plaatse zijn natuurlijk arbeidsintensief en derhalve ook duur. Of een dergelijke controle nodig en doeltreffend is voor het nagestreefde doel, dat wil zeggen de billijke verdeling van de royalty's onder de auteursrechthebbenden, dan wel of SACEM met andere middelen zou kunnen volstaan, zoals de aangiften van discjockeys, die de discotheekhouders volgens de standaardovereenkomst hoe dan ook moeten overleggen, laat ik ter beoordeling van de nationale rechters. In dit verband is van belang dat blijkens de hiervoor genoemde briefwisseling, waarbij ook SACEM's zustermaatschappijen in andere Lid-Staten betrokken waren, SACEM het enige auteursrechtenbureau is dat zich systematisch verlaat op controles ter plaatse, terwijl de anderen zich baseren op de aangiften van discjockeys, soms in combinatie met een occasionele steekproef, of zelfs op inlichtingen uit externe bronnen, zoals de frequentie van het gebruik op radio en televisie.

73. Indien het waar is, dat de Franse discotheken overwegend popmuziek van Engelse en Amerikaanse origine gebruiken (dit is een feitelijk element dat de nationale rechters dienen uit te maken), dan zou men verwachten dat het grootste gedeelte van de te verdelen netto-inkomsten aan de Britse en Amerikaanse auteursrechtenbureaus wordt uitgekeerd. Blijkens de hiervoor vermelde cijfers, werd in 1986 meer dan 50% van dat netto-bedrag aan leden van SACEM uitgekeerd en iets minder dan 25% aan buitenlandse bureaus. Bij het aan de buitenlandse bureaus betaalde bedrag is geen rekening gehouden met enige bedragen die ook als inkomsten uit de exploitatie van buitenlandse muziekwerken zijn aan te merken, namelijk de bedragen die verschuldigd zijn aan Franse onderuitgevers, bewerkers, enzovoort, van buitenlandse werken, die hun royalty's rechtstreeks van SACEM ontvangen. Het totale bedrag van 46,8 miljoen FF is evenmin per buitenlands bureau uitgesplitst (wel heeft SACEM de Commissie meegedeeld, dat het Britse bureau ongeveer 11,6 miljoen FF ontving en het Duitse GEMA ongeveer 5,4 miljoen FF). De nationale gerechten zullen dan wellicht ook dienen te onderzoeken of, rekening houdend met het werkelijk gebruik van buitenlandse repertoires, het aandeel van de inkomsten uit royalty's, dat aan buitenlandse bureaus wordt doorbetaald, een aanwijzing oplevert dat het niveau van de royalty's te hoog is.

74. Ik geef derhalve in overweging, de vierde vraag te beantwoorden als volgt:

„Bij de vaststelling of het niveau van de door een auteursrechtenbureau met een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt van een bepaalde categorie afnemers verlangde royalty buitensporig hoog is, zodat de heffing van die royalty een misbruik van een machtspositie oplevert in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag, kan de nationale rechter in aanmerking nemen, of het niveau van de royalty onevenredig is

a) aan dat van de royalty's die door hetzelfde auteursrechtenbureau aan andere categorieën afnemers in rekening worden gebracht;

b) aan de noodzakelijke kosten voor een doeltreffend beheer van de auteursrechten en de noodzaak de auteursrechthebbenden een redelijke vergoeding te verzekeren.

Wordt (door middel van objectieve vergelijkingsmethoden) een aanzienlijk verschil vastgesteld tussen het niveau van de door het auteursrechtenbureau met de machtspositie verlangde royalty en dat van de royalty's die door de auteursrechtenbureaus in andere Lid-Staten worden verlangd, dan zal dat een sterke aanwijzing vormen dat de door het bureau met de machtspositie verlangde royalty buitensporig is, en zal bijgevolg dat bureau de hoogte van de royalty moeten rechtvaardigen."

Conclusie

75. Tot besluit geef ik in overweging, de vragen van de cour d'appel te Poitiers en het tribunal de grande instance te Poitiers in de gevoegde zaken 110/88, 241/88 en 242/88 te beantwoorden als volgt:

„1) Artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het in de weg staat aan:

a) overeenkomsten tussen auteursrechtenbureaus van verschillende Lid-Staten, waarbij deze bureaus zich op basis van wederkerigheid ertoe verbinden, binnen hun respectieve nationale grondgebieden elkaars repertoire te beheren, wanneer deze overeenkomsten, rekening houdend met de bijzondere kenmerken van de markt voor het beheer van auteursrechten, de mededinging op die markt kunnen verhinderen, beperken of vervalsen;

b) de weigering door auteursrechtenbureaus die een netwerk van wederkerigheidscontracten hebben gesloten, muziekgebruikers op elkaars grondgebied rechtstreeks vergunning te verlenen voor het gebruik van hun nationale repertoire, wanneer vaststaat dat die weigering voortspruit uit een onderling afgestemde feitelijke gedraging van die bureaus en wanneer die weigering, rekening houdend met de bijzondere kenmerken van de markt voor het beheer van auteursrechten, de mededinging op die markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.

2) Een auteursrechtenbureau met een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, dat zijn afnemers verplicht een royalty voor zijn gehele repertoire te betalen, ongeacht het feitelijke gebruik van dat repertoire door de afnemer, maakt zich aan een bij artikel 86 EEG-Verdrag verboden misbruik schuldig, wanneer die verplichting verder gaat dan nodig is voor een doeltreffend beheer van het auteursrecht.

3) Bij de vaststelling of het niveau van de door een auteursrechtenbureau met een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt van een bepaalde categorie afnemers verlangde royalty buitensporig hoog is, zodat de heffing van die royalty een misbruik van een machtspositie oplevert in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag, kan de nationale rechter in aanmerking nemen, of het niveau van de royalty onevenredig is

   a) aan dat van de royalty's die door hetzelfde auteursrechtenbureau aan andere categorieën afnemers in rekening worden gebracht;

   b) aan de noodzakelijke kosten voor een doeltreffend beheer van de auteursrechten en de noodzaak de auteursrechthebbenden een redelijke vergoeding te verzekeren.

Wordt (door middel van objectieve vergelijkingsmethoden) een aanzienlijk verschil vastgesteld tussen het niveau van de door het auteursrechtenbureau met de machtspositie verlangde royalty en dat van de royalty's die door de auteursrechtenbureaus in andere Lid-Staten worden verlangd, dan zal dat een sterke aanwijzing vormen dat de door het bureau met de machtspositie verlangde royalty buitensporig is, en zal bijgevolg dat bureau de hoogte van de royalty moeten rechtvaardigen."

76. Ik geef in overweging, de vragen van de cour d'appel te Aix-en-Provence in zaak 395/87 te beantwoorden als volgt:

„1) De artikelen 30 en 59 EEG-Verdrag staan niet in de weg aan de toepassing van een nationale wettelijke regeling die als inbreuk op het auteursrecht beschouwt het, zonder betaling van royalty's, openbaar uitvoeren van muziekwerken door middel van geluidsopnamen, wanneer in een andere Lid-Staat reeds royalty's zijn betaald ter zake van de vervaardiging en de verkoop van de opnamen.

2) Artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag moet aldus worden uitgelegd, dat het in de weg staat aan:

a) overeenkomsten tussen auteursrechtenbureaus van verschillende Lid-Staten, waarbij deze bureaus zich op basis van wederkerigheid ertoe verbinden, binnen hun respectieve nationale grondgebieden elkaars repertoire te beheren, wanneer deze overeenkomsten, rekening houdend met de bijzondere kenmerken van de markt voor het beheer van auteursrechten, de mededinging op die markt kunnen verhinderen, beperken of vervalsen;

b) de weigering door auteursrechtenbureaus die een netwerk van wederkerigheidscontracten hebben gesloten, muziekgebruikers op elkaars grondgebied rechtstreeks vergunning te verlenen voor het gebruik van hun nationale repertoire, wanneer vaststaat dat die weigering voortspruit uit een onderling afgestemde feitelijke gedraging van die bureaus en wanneer die weigering, rekening houdend met de bijzondere kenmerken van de markt voor het beheer van auteursrechten, de mededinging op die markt kan verhinderen, beperken of vervalsen.

3) Een auteursrechtenbureau met een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, dat zijn afnemers verplicht een royalty voor zijn gehele repertoire te betalen, ongeacht het feitelijke gebruik van dat repertoire door de afnemer, maakt zich aan een bij artikel 86 EEG-Verdrag verboden misbruik schuldig, wanneer die verplichting verder gaat dan nodig is voor een doeltreffend beheer van het auteursrecht.

4) Bij de vaststelling of het niveau van de door een auteursrechtenbureau met een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt van een bepaalde categorie afnemers verlangde royalty buitensporig hoog is, zodat de heffing van die royalty een misbruik van een machtspositie oplevert in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag, kan de nationale rechter in aanmerking nemen, of het niveau van de royalty onevenredig is

a) aan dat van de royalty's die door hetzelfde auteursrechtenbureau aan andere categorieën afnemers in rekening worden gebracht;

b) aan de noodzakelijke kosten voor een doeltreffend beheer van de auteursrechten en de noodzaak de auteursrechthebbenden een redelijke vergoeding te verzekeren.

Wordt (door middel van objectieve vergelijkingsmethoden) een aanzienlijk verschil vastgesteld tussen het niveau van de door het auteursrechtenbureau met de machtspositie verlangde royalty en dat van de royalty's die door de auteursrechtenbureaus in andere Lid-Staten worden verlangd, dan zal dat een sterke aanwijzing vormen dat de door het bureau met de machtspositie verlangde royalty buitensporig is, en zal bijgevolg dat bureau de hoogte van de royalty moeten rechtvaardigen."