

HvJEG, 15 december 2008, Kanal 5 en TV4 v STIM



## AUTEURSRECHT – MISBRUIK MACHTSPOSITIE

Als regel geen misbruik machtspositie in geval van gebruiksgerelateerde royalty

- wanneer bedrag van royalty's overeenkomt met een deel van de inkomsten van zenders, op voorwaarde dat dat deel in grote lijnen in verhouding staat tot de hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde muziekwerken die werkelijk op televisie is of kan worden uitgezonden

dat een auteursrechtenbureau dat een machtspositie bezit op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, geen misbruik maakt van deze machtspositie wanneer het als vergoeding voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken op commerciële televisiezenders een vergoedingsmodel toepast volgens hetwelk het bedrag van deze royalty's overeenkomt met een deel van de inkomsten van deze zenders, op voorwaarde dat dat deel in grote lijnen in verhouding staat tot de hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde muziekwerken die werkelijk op televisie is of kan worden uitgezonden, en mits er geen andere methode is waarmee het gebruik van deze werken en het kijkcijfer nauwkeuriger kunnen worden geïdentificeerd en gekwantificeerd zonder evenwel de kosten van het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van deze werken onevenredig te verhogen.

In beginsel misbruik machtspositie bij verschillende voorwaarden voor commerciële of publiek televisiezenders

- indien ten opzichte van deze televisiezenders ongelijke voorwaarden toepast bij gelijkwaardige prestaties en hun daarmee nadeel berokkent bij de mededinging, tenzij een dergelijke praktijk objectief kan worden gerechtvaardigd

wanneer een auteursrechtenbureau de royalty's die worden geheven als vergoeding voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, op verschillende manieren berekent naargelang het commerciële of publieke televisiezenders betreft, het daarmee misbruik kan maken van zijn machtspositie in de zin van dat artikel indien het ten opzichte van deze televisiezenders ongelijke voorwaarden toepast bij gelijkwaardige prestaties en hun daarmee nadeel

berokkent bij de mededinging, tenzij een dergelijke praktijk objectief kan worden gerechtvaardigd.

Vindplaatsen: [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu); AMI 2009, nr. 4, p. 57, m.nt. Koelman

HvJEG, 11 december 2008

(K. Lenaerts, R. Silva de Lapuerta, E. Juhász, G. Arestis en J. Malenovský)

ARREST VAN HET HOF (Vierde kamer)

11 december 2008 (\*)

*„Auteursrecht – Auteursrechtenbureau met feitelijk monopolie – Heffing van royalty's voor uitzending van muziekwerken op televisie – Methode voor berekening van royalty's – Machtspositie – Misbruik"*

In zaak C-52/07,

betreffende een verzoek om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 234 EG, ingediend door de Marknadsdomstol (Zweden) bij beslissing van 2 februari 2007, ingekomen bij het Hof op 6 februari 2007, in de procedure

Kanal 5 Ltd,

TV 4 AB

tegen

Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa, wijst

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: K. Lenaerts, kamerpresident, R. Silva de Lapuerta (rapporteur), E. Juhász, G. Arestis en J. Malenovský, rechters,

advocaat-generaal: V. Trstenjak,

griffier: C. Strömholm, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 12 juni 2008,

gelet op de opmerkingen van:

– Kanal 5 Ltd en TV 4 AB, vertegenwoordigd door C. Wetter en P. Karlsson, advocater, bijgestaan door M. Johansson, jur. kand.,

– Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa, vertegenwoordigd door A. Calissendorff, L. Johansson, E. Arbrandt, vervolgens door K. Cederlund en M. Jonson, advocater,

– de Poolse regering, vertegenwoordigd door E. Ośniecka-Tamecka als gemachtigde,

– de regering van het Verenigd Koninkrijk van Groot-Brittannië en Noord-Ierland, vertegenwoordigd door T. Harris als gemachtigde, bijgestaan door M. Gray, barrister,

– de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door F. Arbault als gemachtigde, bijgestaan door U. Öberg, advocat, gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 11 september 2008, het navolgende

**Arrest**

1 Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 82 EG.

2 Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen Kanal 5 Ltd (hierna: „Kanal 5”) en TV 4 AB (hierna: „TV 4”) enerzijds en Föreningen Svenska

Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa (Zweeds auteursrechtenbureau; hierna: „STIM”) anderzijds, betreffende het door STIM toegepaste vergoedingsmodel voor de uitzending van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken op televisie.

### **Toepasselijke bepalingen**

3 In Zweden is het auteursrecht geregeld door de Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (wet 1960:729 inzake auteursrecht op literaire en artistieke werken).

4 Volgens de §§ 42a en 42e van deze wet kunnen TV-zenders die auteursrechtelijk beschermde werken gebruiken, met een auteursrechtenbureau een contractuele licentie overeenkomen en daarmee een algemeen recht verkrijgen om deze werken op televisie uit te zenden.

5 § 23 van de Konkurrenslag (1993:20) (wet 1993:20 op de mededinging; hierna: „KL”) bepaalt:

„Het Konkurrensverk [(Zweedse mededingingsautoriteit)] kan een onderneming gelasten, een overtreding van de §§ 6 en 19 van deze wet of van de artikelen 81 EG en 82 EG te staken. Indien het Konkurrensverk besluit om een dergelijke maatregel niet te gelasten, kan elke door de inbreuk getroffen partij zich wenden tot de Marknadsdomstol. [...]”

### **Hoofdinging en prejudiciële vragen**

6 Kanal 5 en TV 4 zijn commerciële televisiezenders.

7 STIM is een vereniging die in Zweden een feitelijk monopolie heeft op de markt voor de terbeschikkingstelling van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken voor uitzending op televisie.

8 De leden van STIM zijn auteurs en uitgevers van muziekwerken.

9 Zij sluiten met deze vereniging een toetredingscontract waarbij zij aan haar het recht overdragen op vergoeding voor de opvoering en uitvoering in het openbaar (opvoeringsrechten) en voor de opname en vermenigvuldiging (mechanische rechten) van hun werken.

10 Wat de heffing van opvoeringsrechten betreft, verlangt STIM van Kanal 5 en TV 4 royalty's die overeenkomen met een percentage van hun inkomsten uit voor het publiek bestemde uitzendingen of, subsidiair, uit reclame en/of abonnementen.

11 Deze percentages variëren naargelang van de hoeveelheid op televisie uitgezonden muziek.

12 De publieke TV-zender Sveriges Television (hierna: „SVT”) betaalt aan STIM een forfaitaire vergoeding waarvan het bedrag van tevoren is overeengekomen.

13 In oktober 2004 hebben Kanal 5 en TV 4 op grond van § 23, eerste alinea, KL het Konkurrensverk om een bevel verzocht op grond dat STIM volgens hen haar machtspositie misbruikte.

14 Bij besluit van 28 april 2005 heeft het Konkurrensverk dat verzoek afgewezen, omdat er

onvoldoende grond aanwezig was om een onderzoek te openen.

15 Kanal 5 en TV 4 hebben STIM voor de verwijzende rechter gedagvaard krachtens § 23, tweede alinea, KL.

16 In die omstandigheden heeft de Marknadsdomstol de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen gesteld:

„1) Moet artikel 82 EG aldus worden uitgelegd dat er sprake is van misbruik van machtspositie wanneer een auteursrechtenbureau, dat in een lidstaat een feitelijk monopolie heeft, op commerciële televisiezenders voor het recht op verspreiding van muziek in voor het publiek bestemde televisie-uitzendingen een vergoedingsmodel toepast of hun oplegt, waarin de vergoeding wordt berekend naar een aandeel van de inkomsten van de televisiezenders uit dergelijke, voor het publiek bestemde televisie-uitzendingen?

2) Moet artikel 82 EG aldus worden uitgelegd dat er sprake is van misbruik van machtspositie wanneer een auteursrechtenbureau, dat in een lidstaat een feitelijk monopolie heeft, op commerciële televisiezenders voor het recht op verspreiding van muziek in voor het publiek bestemde televisie-uitzendingen een vergoedingsmodel toepast of hun oplegt, waarin de vergoeding wordt berekend naar een aandeel van de inkomsten van de televisiezenders uit dergelijke, voor het publiek bestemde televisie-uitzendingen, wanneer een duidelijk verband tussen de inkomsten en de prestatie van het auteursrechtenbureau, namelijk de toestemming om auteursrechtelijk beschermde muziek uit te zenden, ontbreekt, zoals vaak het geval is met bijvoorbeeld nieuws- en sportuitzendingen, en wanneer de inkomsten stijgen als gevolg van de ontwikkeling van de programmering, investeringen, technologie en op maat van de klant gesneden oplossingen?

3) Maakt het voor de beantwoording van vraag 1 en vraag 2 verschil dat de uitgezonden muziek en het kijkcijfer kunnen worden geïdentificeerd en gekwantificeerd?

4) Maakt het voor de beantwoording van vraag 1 en vraag 2 verschil

dat het vergoedingsmodel (inkomstenmodel) niet op dezelfde wijze wordt toegepast op de publieke televisiezender?”

### **Beantwoording van de prejudiciële vragen**

#### **Eerste tot en met derde vraag**

17 Met zijn eerste drie vragen, die gezamenlijk moeten worden onderzocht, wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of het feit dat een auteursrechtenbureau dat in een lidstaat een feitelijk monopolie heeft op de markt voor de terbeschikkingstelling van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken voor uitzending op televisie, voor de vergoeding voor die prestatie een model toepast volgens hetwelk deze vergoeding wordt berekend op basis van de inkomsten van de maatschappijen die deze werken uitzenden, alsmede aan de hand van de hoeveelheid op televisie

uitgezonderd muziek, een door artikel 82 EG verboden misbruik van machtspositie vormt, en of het feit dat een andere methode het mogelijk maakt om het gebruik van die werken en het kijkcijfer nauwkeuriger te identificeren en te kwantificeren, invloed kan hebben op die kwalificatie.

18 Volgens artikel 82, eerste alinea, EG is het onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden dat één of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen de lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed.

19 Bij het onderzoek of een onderneming een machtspositie in de zin van artikel 82, eerste alinea, EG bezit, moet fundamenteel belang worden toegekend aan de bepaling van de relevante markt en aan de afbakening van het wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt waar die onderneming in staat is eventueel misbruik te maken, waardoor een effectieve mededinging wordt verhinderd (zie [arrest van 26 november 1998, Bronner, C-7/97, Jurispr. blz. I-7791, punt 32](#)).

20 De relevante markt in het hoofdgeding is volgens de verwijzende rechter de Zweedse markt voor de terbeschikkingstelling van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken voor uitzending op televisie.

21 Deze rechter geeft tevens aan dat STIM op deze markt een feitelijk monopolie bezit.

22 Daaruit volgt dat STIM een machtspositie bezit op de relevante markt in het hoofdgeding (zie in die zin arrest Bronner, reeds aangehaald, punt 35) en dat deze machtspositie, voor zover zij zich uitstrekt over het grondgebied van een lidstaat, een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt kan vormen (zie in die zin arrest van 25 juni 1998, Dusseldorp e.a., C-203/96, Jurispr. blz. I-4075, punt 60; [arrest Bronner, reeds aangehaald, punt 36](#), en arresten van 17 mei 2001, TNT Traco, C-340/99, Jurispr. blz. I-4109, punt 43, en 22 mei 2003, Connect Austria, C-462/99, Jurispr. blz. I-5197, punt 79).

23 Tot slot verklaart de verwijzende rechter dat de handel tussen de lidstaten ongunstig wordt beïnvloed omdat het in het hoofdgeding aan de orde gestelde vergoedingsmodel betrekking heeft op het gebruik van muziekwerken van zowel binnenlandse als buitenlandse auteurs, omdat een deel van de adverteerders op Kanal 5 en TV 4 in andere lidstaten dan het Koninkrijk Zweden is gevestigd, en omdat Kanal 5 vanuit het Verenigd Koninkrijk uitzendt.

24 Onder deze omstandigheden moet worden onderzocht of het feit dat STIM genoemd model toepast op Kanal 5 en op TV 4, misbruik van haar machtspositie in de zin van artikel 82, eerste alinea, EG vormt.

25 Het begrip misbruik is een objectief begrip dat doelt op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe kunnen leiden dat de

handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande mededinging op de markt wordt tegengegaan met andere middelen dan bij een op ondernemersprestaties berustende normale mededinging – met goederen of diensten – gebruikelijk zijn (arresten van 13 februari 1979, Hoffmann-La Roche/Commissie, 85/76, Jurispr. blz. 461, punt 91, en 3 juli 1991, AKZO/Commissie, C-62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 69).

26 Een onderneming met een machtspositie verliest weliswaar op die grond niet het recht om haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen, en de onderneming moet in de mate van het redelijke de mogelijkheid worden gelaten om te handelen zoals zij ter verdediging van die belangen wenselijk acht, maar dit gedrag is niet toelaatbaar wanneer het juist ter versterking van die machtspositie dient en tot misbruik ervan leidt (zie arresten van 14 februari 1978, United Brands en United Brands Continentaal/Commissie, 27/76, Jurispr. blz. 207, punt 189, en 16 september 2008, Sot. Lélou kai Sia e.a., C-468/06–C-478/06, nog niet gepubliceerd in de Jurisprudentie, punt 50).

27 Tegen deze achtergrond moet dus worden onderzocht of de bezitter van de machtspositie de mogelijkheden daarvan heeft benut om handelsvoordelen te verwerven die hij in een situatie van normale en voldoende effectieve mededinging niet zou hebben gehad (arrest United Brands en United Brands Continentaal/Commissie, reeds aangehaald, punt 249).

28 Volgens de rechtspraak van het Hof kan een dergelijk misbruik bestaan in de toepassing van een te hoge prijs die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie (zie arrest van 13 november 1975, General Motors Continental/Commissie, 26/75, Jurispr. blz. 1367, punt 12, en arrest United Brands en United Brands Continentaal/Commissie, reeds aangehaald, punt 250).

29 In het hoofdgeding moet dus worden nagegaan of de door STIM gevraagde royalty's in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de door deze organisatie geleverde prestatie, die erin bestaat het door haar beheerde repertoire van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken ter beschikking te stellen aan televisiezenders die contractuele licenties met haar zijn overeengekomen.

30 Voor zover deze royalty's de auteurs van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken beogen te vergoeden voor de uitzending van deze werken op televisie, moet rekening worden gehouden met de bijzondere aard van dit recht.

31 In dit verband verdient het aanbeveling om te zoeken naar een passend evenwicht tussen het belang van de auteurs van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken om een vergoeding te ontvangen voor de uitzending van die werken op televisie, en het belang van de televisiezenders om die werken onder redelijke voorwaarden te kunnen uitzenden.

32 Met betrekking tot royalty's die werden geheven als auteursrechtelijke vergoeding voor de openbare uitvoering, in een discotheek, van muziekopnamen en waarvan het bedrag werd berekend op basis van de

omzet van die discotheek, heeft het Hof geoordeeld dat dergelijke royalty's moesten worden beschouwd als een normale exploitatie van een auteursrecht en dat de heffing ervan op zichzelf geen misbruik in de zin van artikel 82 EG opleverde (zie in die zin arrest van 9 april 1987, Basset, 402/85, Jurispr. blz. 1747, punten 15, 16, 18 en 21).

33 Inzake de onrechtmatigheid van vergelijkbare royalty's, waarvan het bedrag eveneens overeenkwam met een percentage van de omzet van een discotheek, heeft het Hof geoordeeld dat de heffing van royalty's voor het gehele repertoire slechts met het verbod van artikel 82 EG in strijd kon worden geacht indien hetzelfde rechtmatige doel, te weten de bescherming van de belangen van de auteurs, componisten en muzikuitgevers, ook via andere methodes kon worden bereikt, zonder evenwel de kosten van het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van de beschermde muziekwerken te verhogen (zie arrest van 13 juli 1989, Tournier, 395/87, Jurispr. blz. 2521, punt 45).

34 De toepassing door STIM van het in het hoofdgeding aan de orde gestelde vergoedingsmodel vormt eveneens op zichzelf geen misbruik in de zin van artikel 82 EG en moet in beginsel worden beschouwd als een normale exploitatie van het auteursrecht.

35 Het kan immers niet worden betwist dat STIM, door de heffing van royalty's als vergoeding voor de uitzending van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken op televisie, een rechtmatig doel nastreeft, namelijk de bescherming en behartiging van de rechten en belangen van degenen die bij haar zijn aangesloten, tegenover de gebruikers van hun muziekwerken (zie in die zin arrest Tournier, reeds aangehaald, punt 31).

36 Voorts moeten deze royalty's, die de tegenprestatie vormen voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken voor uitzending op televisie, met name worden beoordeeld in het licht van de waarde van dat gebruik in het handelsverkeer.

37 Voor zover dergelijke royalty's worden berekend op basis van de inkomsten van de televisiezenders, staan zij in beginsel in een redelijke verhouding tot de economische waarde van de door STIM geleverde prestatie.

38 Bovendien hebben auteursrechthebbers en hun rechtverkrijgenden er rechtmatig belang bij dat de royalty's die zijn verschuldigd wegens de toestemming voor de weergave van een auteursrechtelijk beschermd werk, worden berekend aan de hand van het werkelijke of waarschijnlijke aantal vertoningen (zie in die zin arrest van 18 maart 1980, Coditel e.a., 62/79, Jurispr. blz. 881, punt 13, en arrest Tournier, reeds aangehaald, punt 12).

39 Het door STIM toegepaste vergoedingsmodel houdt rekening met de hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde muziekwerken die werkelijk op televisie is uitgezonden, aangezien blijkens de verwijzingsbeslissing het bedrag van deze royalty's varieert aan de hand van niet alleen de inkomsten van

de televisiezenders, maar ook van de hoeveelheid uitgezonden muziek.

40 Het kan echter niet worden uitgesloten dat de toepassing van een dergelijk vergoedingsmodel onder bepaalde omstandigheden misbruik kan opleveren, met name indien er een andere methode bestaat waarmee het gebruik van deze werken en het kijkcijfer nauwkeuriger kunnen worden geïdentificeerd en gekwantificeerd, en met deze methode hetzelfde rechtmatige doel, te weten de bescherming van de belangen van de auteurs, componisten en muzikuitgevers, kan worden bereikt, zonder evenwel de kosten van het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van de auteursrechtelijk beschermde muziekwerken onevenredig te verhogen.

41 Bijgevolg dient op de eerste tot en met de derde vraag te worden geantwoord dat artikel 82 EG aldus moet worden uitgelegd dat een auteursrechtenbureau dat een machtspositie bezit op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, geen misbruik maakt van deze machtspositie wanneer het als vergoeding voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken op commerciële televisiezenders een vergoedingsmodel toepast volgens hetwelk het bedrag van deze royalty's overeenkomt met een deel van de inkomsten van deze zenders, op voorwaarde dat dat deel in grote lijnen in verhouding staat tot de hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde muziekwerken die werkelijk op televisie is of kan worden uitgezonden, en mits er geen andere methode is waarmee het gebruik van deze werken en het kijkcijfer nauwkeuriger kunnen worden geïdentificeerd en gekwantificeerd zonder evenwel de kosten van het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van deze werken onevenredig te verhogen.

#### Vierde vraag

42 Met zijn vierde vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of de omstandigheid dat een auteursrechtenbureau de royalty's die worden geheven als vergoeding voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, op verschillende manieren berekent naargelang het commerciële of publieke televisiezenders betreft, misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG oplevert.

43 Volgens artikel 82, tweede alinea, sub c, EG kan misbruik met name bestaan in het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkenend bij de mededinging.

44 Aangaande de vraag of er in het hoofdgeding eventueel sprake is van een dergelijke praktijk, staat het aan de verwijzende rechter om in de eerste plaats te onderzoeken of STIM, door de royalty's die Kanal 5 en TV 4 enerzijds en SVT anderzijds verschuldigd zijn voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, op verschillende manieren te berekenen, ten opzichte van hen ongelijke voorwaarden toepast bij gelijkwaardige prestaties, en in de tweede plaats of deze televisiezenders daardoor worden benadeeld bij de mededinging.

45 Bij dat onderzoek zal die rechter met name rekening moeten houden met de omstandigheid dat SVT, anders dan Kanal 5 en TV 4, niet beschikt over reclame-inkomsten noch over inkomsten uit abonnementsovereenkomsten, en met het feit dat de door SVT verschuldigde royalty's worden geheven zonder dat in aanmerking wordt genomen hoeveel auteursrechtelijk beschermde muziekwerken werkelijk worden uitgezonden.

46 De verwijzende rechter zal voorts moeten nagaan of Kanal 5 en TV 4 of een van hen concurrenten van SVT op dezelfde markt zijn.

47 Om te bepalen of er sprake is van misbruik van machtspositie in de zin van artikel 82 EG wanneer een auteursrechtenbureau de royalty's die worden geheven als vergoeding voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, op verschillende manieren berekent naargelang het commerciële of publieke televisiezenders betreft, zal die rechter tot slot moeten onderzoeken of een dergelijke praktijk objectief kan worden gerechtvaardigd (zie in die zin reeds aangehaalde arresten *United Brands* en *United Brands Continentaal/Commissie*, punt 184, en *Tournier*, punten 38 en 46; arrest van 15 maart 2007, *British Airways/Commissie*, C-95/04 P, Jurispr. blz. I-2331, punt 69, en arrest *Sot. Léloukas* e.a., reeds aangehaald, punt 39). Een dergelijke rechtvaardiging zou met name kunnen liggen in de taak en de wijze van financiering van de publieke televisiezenders.

48 Derhalve moet op de vierde vraag worden geantwoord dat artikel 82 EG aldus moet worden uitgelegd dat wanneer een auteursrechtenbureau de royalty's die worden geheven als vergoeding voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, op verschillende manieren berekent naargelang het commerciële of publieke televisiezenders betreft, het daarmee misbruik kan maken van zijn machtspositie in de zin van dat artikel indien het ten opzichte van deze televisiezenders ongelijke voorwaarden toepast bij gelijkwaardige prestaties en hun daarmee nadeel berokkent bij de mededinging, tenzij een dergelijke praktijk objectief kan worden gerechtvaardigd.

#### **Kosten**

49 Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof van Justitie (Vierde kamer) verklaart voor recht:

1) Artikel 82 EG moet aldus worden uitgelegd dat een auteursrechtenbureau dat een machtspositie bezit op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, geen misbruik maakt van deze machtspositie wanneer het als vergoeding voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken op commerciële televisiezenders een vergoedingsmodel toepast volgens hetwelk het bedrag

van deze royalty's overeenkomt met een deel van de inkomsten van deze zenders, op voorwaarde dat dat deel in grote lijnen in verhouding staat tot de hoeveelheid auteursrechtelijk beschermde muziekwerken die werkelijk op televisie is of kan worden uitgezonden, en mits er geen andere methode is waarmee het gebruik van deze werken en het kijkcijfer nauwkeuriger kunnen worden geïdentificeerd en gekwantificeerd zonder evenwel de kosten van het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van deze werken onevenredig te verhogen.

2) Artikel 82 EG moet aldus worden uitgelegd dat wanneer een auteursrechtenbureau de royalty's die worden geheven als vergoeding voor de uitzending op televisie van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, op verschillende manieren berekent naargelang het commerciële of publieke televisiezenders betreft, het daarmee misbruik kan maken van zijn machtspositie in de zin van dat artikel indien het ten opzichte van deze televisiezenders ongelijke voorwaarden toepast bij gelijkwaardige prestaties en hun daarmee nadeel berokkent bij de mededinging, tenzij een dergelijke praktijk objectief kan worden gerechtvaardigd.

---

### **Conclusie Advocaat-Generaal Trstenjak**

Zaak C-52/07

Kanal 5 Ltd

TV 4 AB

tegen

Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM)

[verzoek van de Marknadsdomstol (Zweden) om een prejudiciële beslissing]

„Artikel 82 EG – Machtspositie – Misbruik – Auteursrechtenbureau – Organisatie met feitelijk monopolie – Uitzending door TV-zender – Methode voor berekening van vergoeding”

#### **Inhoud**

I – Inleiding

II – Toepasselijke bepalingen

A – Gemeenschapsrecht

B – Nationaal recht

III – Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

A – Feiten

B – Hoofdgeding en prejudiciële vragen

IV – Procesverloop voor het Hof

V – Argumenten van partijen

VI – Juridische beoordeling

A – Opmerkingen vooraf

B – Eerste prejudiciële vraag

1. Prestatie van STIM

2. Vergoeding

3. Verhouding van de vergoeding tot de prestatie

a) Vast aandeel van de inkomsten

b) Variabel aandeel van de inkomsten

4. Conclusie

C – Tweede en derde prejudiciële vraag

1. Berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast
    - a) Identificatie en kwantificering van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken
    - b) Vaststelling en kwantificering van het kijkcijfer
    - c) Inaanmerkingneming van andere factoren voor de verhoging van de inkomsten
    - d) Conclusie
  2. Mogelijke, anders vormgegeven berekeningsmethoden
  - D – Vierde prejudiciële vraag
    1. Ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties
    2. Concurrentieverhouding
    3. Conclusie
- 
- VII – Conclusie

## I – Inleiding

1. Het onderhavige verzoek om een prejudiciële beslissing betreft een vergoeding die een Zweeds auteursrechtenbureau vraagt van TV-zenders voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken uit het door hem beheerde totale repertoire. De vragen zijn gerezen in een geding tussen commerciële TV-zenders en het Zweedse auteursrechtenbureau. In dat geding vorderen de commerciële TV-zenders een verbod voor het auteursrechtenbureau om gebruik te maken van bepaalde methoden voor de berekening van de vergoeding. De verwijzende rechter wenst te vernemen of de toepassing van bepaalde methoden voor de berekening van deze vergoeding misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG oplevert.

## II – Toepasselijke bepalingen

### A – Gemeenschapsrecht

2. Volgens artikel 82 EG is het onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan, voor zover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed. Dit misbruik kan met name bestaan in:

- a) het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden;
- b) het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers;
- c) het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging;
- d) het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten.

### B – Nationaal recht

3. In Zweden wordt het auteursrecht geregeld door de Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk (wet [1960:729] inzake auteursrecht op literaire en artistieke werken; hierna: „auteurswet”). Volgens deze wet komt de componist van een muziek-

werk een uitsluitend recht toe, waarmee hij in het bijzonder opvoering in het openbaar van zijn muziekwerk (hierna: „opvoeringsrechten”) evenals opname en vermenigvuldiging ervan (hierna: „mechanische rechten”) kan beheersen. Derden mogen zijn werk in beginsel niet zonder zijn toestemming (licentie) opvoeren, opnemen of vermenigvuldigen. De componist kan voor de verlening van de licentie royalty's vragen.

4. Voor TV-zenders voorziet het Zweedse auteursrecht in een bijzondere regeling. Volgens de §§ 42a en 42e van de auteurswet kunnen TV-zenders met een auteursrechtenbureau, dat op een bepaald auteursrechtelijk gebied een meerderheid van de Zweedse auteurs vertegenwoordigt, een „contractuele licentie” overeenkomen. Indien TV-zenders over een dergelijke „contractuele licentie” beschikken, kan de Zweedse regering hun een allesdekkende licentie voor het gebruik van de desbetreffende auteursrechtelijk beschermde werken toekennen. Toestemming van de individuele auteurs is dan niet meer noodzakelijk.

5. § 23 van de Konkurrenslag [1993:20] (mededingingswet; hierna: „KL”) bepaalt dat het Konkurrensverk (nationale mededingingsautoriteit) een onderneming kan gelasten, een overtreding van artikel 82 EG te staken. Het bepaalt voorts dat een getroffen partij zich tot de Marknadsdomstol (nationale rechter) kan wenden indien de nationale mededingingsautoriteit niet ingaat op zijn klacht.

## III – Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

### A – Feiten

6. Kanal 5 Ltd (hierna: „Kanal 5”) en TV 4 AB (hierna: „TV 4”) zijn commerciële TV-zenders. Sverige Television (hierna: „SVT”) is een publieke TV-zender.

7. Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå u.p.a. (hierna: „STIM”) is een auteursrechtenbureau. De leden van STIM zijn componisten van muziekwerken en muziekuitgevers. Door hun toetreding dragen de leden hun recht op vergoeding voor het gebruik van hun rechten door TV-zenders over aan STIM. STIM doet deze rechten gelden jegens TV-zenders en verdeelt de geïnde vergoedingen onder haar leden.

8. STIM heeft met haar zustermaatschappijen in andere lidstaten en derde landen wederkerigheidsovereenkomsten gesloten. Op grond daarvan kan STIM in Zweden zowel haar eigen repertoire(2) als het gehele repertoire van de zustermaatschappijen exploiteren.

9. Bij de bepaling van de hoogte van de vergoeding past STIM jegens TV-zenders drie verschillende methoden toe:

– Van Kanal 5 en TV 4 vraagt STIM een vergoeding op basis van het zogenoemde hoofdtarief. STIM eist een aandeel op van de inkomsten die de TV-zenders behalen uit de verkoop van reclameblokken, dan wel de verkoop van reclameblokken en abonnementen (hierna: „inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten”). Dit aandeel staat niet vast; er wordt een percentage vastgesteld waarbij het jaarlijkse muziekaandeel van de TV-zenders in aanmerking wordt genomen. De hoogte van dit aandeel stijgt en daalt aan de hand van het jaarlijkse muziek-

aandeel, maar het is niet gelijk aan het muziekaandeel: het ligt aanzienlijk lager.(3) Voorts wordt een bepaalde aftrek voor verkoopkosten toegekend.(4)

Het jaarlijkse muziekaandeel is het aandeel van de jaarlijkse totale zendtijd van een TV-zender waarin deze gebruikmaakt van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken. Het jaarlijkse muziekaandeel wordt bepaald aan de hand van mededelingen van Kanal 5 en TV 4 aan STIM. Uit die mededelingen blijkt hoe lang een beschermd muziekwerk in afzonderlijke uitzendingen is gebruikt. Het jaarlijkse muziekaandeel wordt achteraf voor het gehele jaar vastgesteld.

– Van SVT vraagt STIM een vergoeding op basis van een ander berekeningsmodel. SVT wordt in wezen gefinancierd door publieke bijdragen en heeft nauwelijks reclame-inkomsten. Daarom worden voor SVT fictieve inkomsten uit reclameovereenkomsten berekend.(5) STIM vraagt van SVT een aandeel van deze fictieve inkomsten uit reclameovereenkomsten, waarbij het jaarlijkse muziekaandeel van SVT in aanmerking wordt genomen. Het jaarlijkse muziekaandeel van SVT wordt echter vooraf voorspeld. Er wordt achteraf geen rekening gehouden met het werkelijke muziekaandeel van SVT.

– Het zogeheten minimumtarief past STIM toe op TV-zenders met een kleine omzet. Dit tarief houdt rekening met het aantal muziekuren per jaar en met de werkelijke kijkcijfers van de betreffende TV-zender. Het werkelijke kijkcijfer is het aantal kijkers per dag.(6)

#### **B – Hoofdgeding en prejudiciële vragen**

10. In oktober 2004 hebben Kanal 5 en TV 4 het Konkurrentenverzoek verzocht, vast te stellen dat STIM misbruik van een machtspositie maakte. Het Konkurrentenverzoek zag echter geen aanwijzingen voor een inbreuk op artikel 82 EG. Op grond daarvan hebben Kanal 5 en TV 4 de Marknadsdomstol (de verwijzende rechter) verzocht om een verbod voor STIM om bepaalde berekeningsmethoden voor de bepaling van de vergoeding te gebruiken. Het verzoek van Kanal 5 en TV 4 om een verbod is deels algemeen geformuleerd, zonder verwijzing naar de thans door STIM gebruikte berekeningsmethode.

11. De verwijzende rechter heeft vastgesteld dat de relevante product- en geografische markt de Zweedse markt voor de verspreiding van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken op TV is, en dat STIM op deze markt op grond van haar feitelijke monopolie een machtspositie heeft. Hij heeft voorts vastgesteld dat het gedrag van STIM de handel tussen lidstaten nadelig kan beïnvloeden. De verwijzende rechter wijst er in zijn verwijzingsbeschikking allereerst op dat de berekeningsmethode ook wordt toegepast op de vergoeding voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken van burgers van andere lidstaten. Voorts is een deel van de ondernemingen waarmee Kanal 5 en TV 4 reclameovereenkomsten hebben afgesloten, in andere lidstaten gevestigd. Tot slot zendt Kanal 5 ook uit in het Verenigd Koninkrijk.

12. De nationale rechter heeft de behandeling van de zaak geschorst en de volgende vragen aan het Hof voorgelegd:

1) Moet artikel 82 EG aldus worden uitgelegd dat er sprake is van misbruik van machtspositie wanneer een auteursrechtenbureau, dat in een lidstaat een feitelijk monopolie heeft, op commerciële televisiezenders voor het recht op verspreiding van muziek in voor het publiek bestemde televisie-uitzendingen een vergoedingsmodel toepast of hen oplegt, waarin de vergoeding wordt berekend naar een aandeel van de inkomsten van de televisiezenders uit dergelijke, voor het publiek bestemde televisie-uitzendingen?

2) Moet artikel 82 EG aldus worden uitgelegd dat er sprake is van misbruik van machtspositie wanneer een auteursrechtenbureau, dat in een lidstaat een feitelijk monopolie heeft, op commerciële televisiezenders voor het recht op verspreiding van muziek in voor het publiek bestemde televisie-uitzendingen een vergoedingsmodel toepast of hen oplegt, waarin de vergoeding wordt berekend naar een aandeel van de inkomsten van de televisiezenders uit dergelijke, voor het publiek bestemde televisie-uitzendingen, wanneer een duidelijk verband tussen de inkomsten en de prestatie van het auteursrechtenbureau, namelijk de toestemming om auteursrechtelijk beschermde muziek uit te zenden, ontbreekt, zoals vaak het geval is met bijvoorbeeld nieuws- en sportuitzendingen, en wanneer de inkomsten stijgen als gevolg van de ontwikkeling van de programmering, investeringen, technologie en op maat van de klant gesneden oplossingen?

3) Maakt het voor de beantwoording van vraag 1 en vraag 2 verschil dat de uitgezonden muziek en het kijkcijfer kunnen worden geïdentificeerd en gekwantificeerd?

4) Maakt het voor de beantwoording van vraag 1 en vraag 2 verschil dat het vergoedingsmodel (inkomstenmodel) niet op dezelfde wijze wordt toegepast op de publieke televisiezender?

#### **IV – Procesverloop voor het Hof**

13. Het verzoek om een prejudiciële beslissing is op 6 februari 2007 ingediend bij het Hof. In de schriftelijke procedure hebben Kanal 5 en TV 4, STIM, de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Poolse regering en de Commissie opmerkingen ingediend. Ter terechtzitting van 12 juni 2008 waren Kanal 5, STIM, de regering van het Verenigd Koninkrijk en de Commissie vertegenwoordigd en hebben zij hun argumenten aangevuld.

#### **V – Argumenten van partijen**

14. Kanal 5 en TV 4 zijn van mening dat STIM door de toepassing van haar berekeningsmethoden haar machtspositie misbruikt. STIM legt onbillijke verkoopprijzen op, beperkt de productie, de afzet en de technische ontwikkeling ten nadele van de consument en behandelt de TV-zenders ongelijk.

15. Met betrekking tot de eerste, de tweede en de derde prejudiciële vraag betogen Kanal 5 en TV 4 in wezen dat er onvoldoende verband bestaat tussen de prestatie van STIM en de inkomsten van een TV-zender uit reclame- en abonnementsovereenkomsten. In

dit verband klagen Kanal 5 en TV 4 voorts dat het grootste deel van de inkomsten van de TV-zenders wordt verkregen uit reclameovereenkomsten voor prime time, terwijl het muziekaandeel in die tijd relatief gering is. Ook bij het nieuws en bij sportuitzendingen is het muziekaandeel van de uitzendingen gering. De toepassing van een forfaitaire vergoedingsmethode kan geschikt zijn om de kosten van collectief rechtenbeheer te beperken. Indien het echter technisch mogelijk is om de uitgezonden auteursrechtelijk beschermde muziekwerken en de kijkcijfers te identificeren en te kwantificeren, moet STIM deze technische mogelijkheden in haar berekeningsmethode in aanmerking nemen.

16. Met betrekking tot de vierde prejudiciële vraag zijn Kanal 5 en TV 4 van mening dat de toepassing van verschillende vergoedingsmodellen discriminatie vormt. Voorts wijzen zij erop dat Kanal 5, TV 4 en SVT afnemers zijn op de Zweedse markt voor de verspreiding van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken op TV.

17. STIM is van mening dat de beantwoording van de prejudiciële vragen onder het leerstuk van de *acte clair* valt. Artikel 82 EG is in het onderhavige geval niet van toepassing omdat de uitoefening van een exclusief auteursrecht het wezen van het auteursrecht raakt. De uitoefening ervan kan derhalve niet binnen de werkingsfeer van artikel 82 EG vallen. In dit verband wijst STIM op de artikelen 295 EG en 307 EG in samenhang met de Berner Conventie.<sup>(7)</sup>

18. Inhoudelijk merkt STIM over de eerste, de tweede en de derde prejudiciële vraag op dat in de door haar toegepaste berekeningsmethode alle wezenlijke aspecten in aanmerking worden genomen. De methode is gebaseerd op objectieve en transparante criteria en is eenvoudig en goedkoop toe te passen. Er wordt rekening gehouden met het jaarlijkse muziekaandeel van de TV-zenders. Er wordt ook rekening gehouden met het potentiële kijkcijfer en de economische context van het beheer van de auteursrechten. Voorts is de methode flexibel en vergemakkelijkt zij de toegang tot de markt voor nieuwe, kleinere marktdeelnemers. Tot slot weerspiegelt zij ook de waarde van het auteursrecht correct. Derhalve heeft het bestaan van technische mogelijkheden waarmee de mate van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken en de kijkcijfers nauwkeurig kunnen worden vastgesteld, niet tot gevolg dat de toepassing van de huidige berekeningsmethode onrechtmatig is.

19. Met betrekking tot de vierde prejudiciële vraag is STIM van mening dat de toepassing van verschillende berekeningsmethoden geen discriminatie vormt. Er is geen sprake van een concurrentienadeel voor Kanal 5 en TV 4, alleen al omdat de TV-zenders op verschillende markten actief zijn. Er moet onderscheid worden gemaakt tussen de markt voor publieke televisie en de markt voor betaaltelevisie. Binnen de markt voor publieke televisie moet worden onderscheiden tussen publieke TV-zenders, die uit publieke bijdragen worden gefinancierd, en commerciële TV-zenders, die worden gefinancierd uit reclame-inkomsten. Voorts is

er geen sprake van ongelijke behandeling, omdat SVT uit publieke bijdragen wordt gefinancierd.

20. De Poolse regering is met betrekking tot de eerste, de tweede en de derde prejudiciële vraag van mening dat de toepassing van een berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast, op zich geen misbruik van een machtspositie oplevert, mits de hoogte van de vergoedingen de economische waarde van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken en de prestatie van het auteursrechtenbureau weerspiegelt. In dit verband is de identificatie en de kwantificering van de muziek van wezenlijk belang.

21. Over de vierde prejudiciële vraag merkt de Poolse regering op dat de toepassing van verschillende berekeningsmethoden op commerciële en publieke TV-zenders ongeoorloofde discriminatie kan zijn, indien dit ertoe leidt dat voor dezelfde prestatie ongelijke voorwaarden worden toegepast, zonder dat dit gerechtvaardigd is.

22. De regering van het Verenigd Koninkrijk merkt inzake de eerste, de tweede en de derde prejudiciële vraag op dat de toepassing van een berekeningsmethode, op grond waarvan de vergoeding een aandeel van de inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten bedraagt, niet automatisch misbruik oplevert. Dat is een normale uitoefening van het auteursrecht. De vraag of de berekeningsmethode voldoende verband houdt met het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, is een feitelijke vraag waarover de nationale rechter dient te beslissen. Verder wijst de regering van het Verenigd Koninkrijk erop dat de nadelen van een forfaitaire aanpak zouden kunnen worden gecompenseerd door voordelen op het vlak van efficiëntie.

23. Met betrekking tot de vierde prejudiciële vraag is de regering van het Verenigd Koninkrijk van mening dat de nationale rechter moet nagaan of Kanal 5 en TV 4 concurrenten van SVT zijn. Verder moet de nationale rechter beoordelen of er sprake is van discriminatie.

24. De Commissie betoogt met betrekking tot de eerste, de tweede en de derde prejudiciële vraag dat de toepassing van een berekeningsmethode, op grond waarvan de vergoeding een aandeel van de inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten bedraagt, op zich niet onrechtmatig is. Het is moeilijk om de waarde te bepalen van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken voor de kijkers en voor de TV-zenders. Op het gebied van het auteursrecht is het legitiem om de vergoeding ten minste gedeeltelijk te koppelen aan het werkelijke of het potentiële kijkcijfer en aan de economische waarde van het gebruik voor de TV-zenders. Voorts is het moeilijk om het causale verband tussen het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken en het economische succes van een uitzending of een TV-zender vast te stellen. In beginsel kan worden aangenomen dat er een redelijk verband bestaat tussen kijkcijfers en de inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten. Het kijkcijfer kan echter van uitzending tot uitzending verschillen.

25. Volgens de Commissie moet een berekeningsmethode, op grond waarvan de vergoeding een aandeel van de omzet bedraagt, de mate van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken in aanmerking nemen. Hoe beter de muziek en de kijkcijfers kunnen worden geïdentificeerd en gekwantificeerd, des te beter kan de economische waarde worden bepaald. De technische mogelijkheid van een zeer nauwkeurige analyse heeft echter niet tot gevolg dat de toepassing van een minder nauwkeurige methode misbruik oplevert. De betrouwbaarheid van de nauwkeurigere analyse en de kosten ervan moeten in aanmerking worden genomen.

26. Met betrekking tot de vierde prejudiciële vraag wijst de Commissie erop dat de nationale rechter allereerst moet nagaan of Kanal 5 en TV 4 concurrenten van SVT zijn. Voorts moet de nationale rechter nagaan of er sprake is van discriminatie. De toepassing van een bijzonder berekeningsmodel is geen discriminatie indien deze ertoe dient, voor SVT de commerciële TV-zenders te benaderen door een simulatie van de fictieve inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten op te stellen. De nationale rechter moet echter nagaan of de omstandigheid dat het werkelijke muziek-aandeel van SVT achteraf niet in aanmerking wordt genomen, leidt tot discriminatie.

## **VI – Juridische beoordeling**

### **A – Opmerkingen vooraf**

27. De prejudiciële vragen betreffen een gebied waarvan het sociale en economische belang gestaag groeit. De tarifiering van de vergoedingen die auteursrechtenbureaus vragen van de gebruikers van de door hen beheerde rechten, is een bijzonder gevoelig onderdeel van het collectieve beheer van auteursrechten. Dit heeft in het verleden regelmatig geleid tot meningsverschillen tussen de auteursrechtenbureaus en hun gebruikers. Het Hof heeft al de gelegenheid gehad, zich te buigen over de verenigbaarheid van berekeningsmethoden van auteursrechtenbureaus met artikel 82 EG.

28. De vragen die de nationale rechter in de onderhavige procedure stelt, lijken in zekere mate op de vragen die het Hof in de zogenoemde „discotheekzaken”(8) moest beantwoorden. Het onderhavige geval verschilt echter van de discotheekzaken, omdat TV-zenders tijdens hun zendtijd vaak in geringere mate gebruikmaken van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken dan discotheken gedurende hun openingstijden.

29. De prejudiciële vragen zijn ontvankelijk. STIM is van mening dat de antwoorden op de prejudiciële vragen volgen uit de eerdere rechtspraak van het Hof, maar zelfs als dat juist was, zou dat niet leiden tot niet-ontvankelijkheid van de prejudiciële vragen.(9)

30. De verwijzende rechter heeft vastgesteld dat de relevante product- en geografische markt de Zweedse markt voor de verspreiding van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken op TV is en dat STIM op grond van haar feitelijke monopolie op deze markt een machtspositie heeft. Hij gaat er voorts van uit dat het gedrag van STIM de handel tussen lidstaten nadelig kan beïnvloeden. De onderhavige vragen zijn derhalve

beperkt tot de uitlegging van het begrip misbruik in de zin van artikel 82 EG.(10)

31. Met de eerste drie prejudiciële vragen wenst de verwijzende rechter te vernemen of een auteursrechtenbureau met een machtspositie daarvan misbruik maakt indien het bepaalde berekeningsmethoden voor de berekening van de vergoeding voor zijn prestatie jegens commerciële TV-zenders zoals Kanal 5 en TV 4 toepast. In dit verband valt op dat de verwijzende rechter niet vraagt of een bepaalde berekeningsmethode onrechtmatig is omdat zij een te hoge vergoeding oplevert. Met zijn vragen wil hij veeleer vernemen of de toepassing van deze berekeningsmethoden onrechtmatig is indien er onvoldoende verband bestaat tussen de prestatie van het auteursrechtenbureau en de gevraagde vergoeding.

32. Verder valt op dat de verwijzende rechter zijn vragen zeer algemeen heeft geformuleerd en dat deze niet uitdrukkelijk betrekking hebben op de thans door STIM toegepaste berekeningsmethode. Hiervoor kunnen procesrechtelijke redenen bestaan, aangezien een prejudiciële procedure krachtens artikel 234, eerste alinea, sub a, EG enkel de uitlegging van het primaire gemeenschapsrecht als voorwerp heeft en niet de beoordeling van nationale feiten.(11) De verbodsvorderingen van Kanal 5 en TV 4 in het hoofdgeding zijn echter deels algemeen geformuleerd, zonder te verwijzen naar de thans door STIM toegepaste berekeningsmethode. In dit verband moet in aanmerking worden genomen dat STIM de berekeningsmethode naar eigen inzicht vaststelt. Tegen deze achtergrond kan niet worden uitgesloten dat de verbodsvorderingen van Kanal 5 en TV 4 niet enkel betrekking hebben op de thans door STIM toegepaste vergoedingsmethode, maar zijn gericht op een principieel verbod voor STIM van de toepassing van bepaalde soorten berekeningsmethoden. Hiermee moet bij de uitlegging van de prejudiciële vragen rekening worden gehouden.

33. Met zijn vierde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de toepassing van verschillende berekeningsmethoden op commerciële TV-zenders zoals Kanal 5 en TV 4 enerzijds en een publieke TV-zender zoals SVT anderzijds onrechtmatig is.

### **B – Eerste prejudiciële vraag**

34. Met zijn eerste prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de toepassing van een berekeningsmethode op grond waarvan de vergoeding een aandeel van de inkomsten van de TV-zenders uit voor het publiek bestemde televisie-uitzendingen bedraagt, misbruik in de zin van artikel 82 EG oplevert. Uit de samenhang tussen de eerste en de tweede prejudiciële vraag blijkt dat de verwijzende rechter met zijn eerste vraag wenst te vernemen of een berekeningsmethode reeds onrechtmatig is omdat zij als vergoeding inzet op een aandeel van de inkomsten van de TV-zenders.(12)

35. Artikel 82 EG verbiedt niet de machtspositie van een onderneming als zodanig. Het belast ondernemingen met een machtspositie echter met een bijzondere

verantwoordelijkheid. Dergelijke ondernemingen mogen hun machtspositie niet misbruiken.(13) Het begrip misbruik moet objectief worden uitgelegd. Het ziet op gedragingen van een onderneming met een machtspositie die invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van de betrokken onderneming, de mededinging reeds is verzwakt, en die ertoe kunnen leiden dat de handhaving of de ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie wordt tegengegaan met andere dan de gebruikelijke middelen bij een op ondernemersprestaties gebaseerde normale mededinging met goederen of diensten.(14)

36. Ook een onderneming met een machtspositie mag haar belangen behartigen. Zij gedraagt zich echter onrechtmatig wanneer zij de uit de machtspositie voortvloeiende mogelijkheden benut om handelsvoordelen te verwerven die zij in een situatie van normale en voldoende daadwerkelijke mededinging niet zou hebben gehad.(15)

37. In artikel 82 EG worden niet-limitatief voorbeelden van misbruik door ondernemingen met een machtspositie genoemd. Daaronder vallen onder meer het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden (artikel 82, tweede alinea, sub a, EG), het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers (artikel 82, tweede alinea, sub b, EG) en het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties, hun daarmee nadeel berokkend bij de mededinging (artikel 82, tweede alinea, sub c, EG).

38. Aangezien het in het onderhavige geval gaat om de vraag of de toepassing van een bepaald soort berekeningsmethode onrechtmatig is, lijkt het in eerste instantie te gaan om het voorbeeld van artikel 82, tweede alinea, sub a, EG, dus het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of andere onbillijke contractuele voorwaarden. Kanal 5 en TV 4 zijn weliswaar ook ingegaan op de voorbeelden van artikel 82, tweede alinea, sub b en c, EG, maar hun motivering daarvoor is gebaseerd op het feit dat er sprake is van een onbillijke vergoeding overeenkomstig artikel 82, tweede alinea, sub a, EG. Daarom zal ik allereerst dit voorbeeld behandelen.(16)

39. Volgens de rechtspraak van het Hof kan met name worden geconcludeerd dat onbillijke verkoopprijzen of andere onbillijke contractuele voorwaarden worden opgelegd, indien de onderneming met een machtspositie een tegenprestatie of een vergoeding vraagt die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie.(17) Deze moeilijk uit te voeren beoordeling(18) vereist een grondige analyse van de waarde van de prestatie, de tegenprestatie en de verhouding tussen de prestatie en de tegenprestatie. Ik zal derhalve hierna allereerst de economische waarde van de prestatie van een auteursrechtenbureau zoals STIM (1) en de gevraagde vergoeding (2) behandelen. Vervolgens zal ik beoorde-

len of deze in een redelijke verhouding tot elkaar staan (3).

### 1. Prestatie van STIM

40. De prestatie van een auteursrechtenbureau zoals STIM bestaat in de verlening van een allesdekkende licentie voor het gebruik van het door hem beheerde totale repertoire van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken. Dit is een behoorlijk abstracte beschrijving van de prestatie. Ik zou deze hierna wat aanschouwelijker willen maken om een beter beeld te schetsen van de economische waarde ervan.

41. Allereerst moet in aanmerking worden genomen dat het totale repertoire van een auteursrechtenbureau is samengesteld uit de individuele auteursrechten(19) van de leden. Zonder de collectieve exploitatie in de vorm van een auteursrechtenbureau zou iedere auteur het gebruik van zijn werk moeten controleren en zijn recht op vergoeding tegenover de gebruikers moeten doen gelden. Evenzo zou een TV-zender zonder de allesdekkende licentie voor het gebruik van een individueel auteursrechtelijk beschermd muziekwerk een licentie van de desbetreffende componist of muziekuitgever moeten verkrijgen. Individuele exploitatie en gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken zou daardoor voor zowel de componist als de TV-zenders gepaard gaan met zeer hoge economische kosten.(20)

42. De collectivisatie van de exploitatie in de vorm van een auteursrechtenbureau en de verlening van allesdekkende licenties biedt derhalve voordelen voor de auteurs en voor de TV-zenders. Voor de auteurs wordt de exploitatie vergemakkelijkt dan wel economisch mogelijk gemaakt. Vanuit het oogpunt van de TV-zenders worden de individuele auteursrechten getransformeerd tot een totaal repertoire en krijgen de TV-zenders door middel van een allesdekkende licentie eenvoudige toegang tot de individuele onderdelen daarvan, zonder eerst over een individuele licentie te hoeven onderhandelen.(21) Wederkerigheidsovereenkomsten tussen gelieerde auteursrechtenbureaus verschaffen toegang tot het repertoire van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken van auteursrechtenbureaus in andere lidstaten en derde landen.(22)

### 2. Vergoeding

43. De verwijzende rechter beschrijft de vergoeding in zijn vraag als een aandeel van de inkomsten van de TV-zenders uit dergelijke, voor het publiek bestemde televisie-uitzendingen. Zoals uit de verwijzingsbeschikking blijkt, moeten daaronder inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten worden verstaan.

44. Indien een TV-zender wordt gefinancierd door reclameovereenkomsten, stelt hij de uitzendingen gewoonlijk gratis ter beschikking van de kijkers. Hij financiert zich door reclameblokken te verkopen; hij vraagt dus een vergoeding voor het feit dat hij zijn reclamecliënten in contact brengt met de kijkers, en hun een deel van zijn zendtijd ter beschikking stelt voor reclame-uitzendingen. Indien een TV-zender wordt gefinancierd met inkomsten uit abonnementsovereen-

komsten, stelt de TV-zender zijn programmering tegen betaling ter beschikking.(23)

45. De verwijzende rechter heeft de berekeningsmethode aldus beschreven dat de vergoeding „een aandeel” van de inkomsten bedraagt. Deze formulering is niet eenduidig. Zij omvat berekeningsmethoden waarin wordt uitgegaan van een vast aandeel van de inkomsten, op grond waarvan bijvoorbeeld een vast percentage van de inkomsten wordt geïnd. Zij omvat echter ook berekeningsmethoden waarin wordt uitgegaan van een variabel aandeel van de inkomsten, dat wil zeggen een aandeel dat aan de hand van bepaalde criteria varieert. Bij de thans door STIM toegepaste berekeningsmethode gaat het om een berekeningsmethode met een variabel aandeel, maar omdat de prejudiciële vragen niet beperkt lijken te zijn tot de thans door STIM toegepaste berekeningsmethoden(24), zal ik hierna zowel berekeningsmethoden met een vast aandeel als die met een variabel aandeel in de beschouwing betrekken.

### 3. Verhouding van de vergoeding tot de prestatie

46. Zoals hierboven(25) is vermeld, is er sprake van het opleggen van onbillijke verkoopprijzen of andere onbillijke contractuele voorwaarden in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub a, EG, wanneer een vergoeding wordt gevraagd die niet in een redelijke verhouding tot de economische waarde van de verrichte prestatie staat. Voordat ik de verhouding van de vergoeding tot de prestatie behandel bij een berekeningsmethode met een vast aandeel (a) en een berekeningsmethode met een variabel aandeel (b), wil ik eerst wijzen op de beoordelingsmaatstaf die in het onderhavige geval zal worden toegepast.

47. Ten eerste gaat het in het onderhavige geval niet om een beoordeling van de billijkheid van een vergoeding, zoals die het voorwerp is van nationale auteursrechtregelingen, waarin het recht van een auteur op een billijke vergoeding is neergelegd. Het gaat om een toetsing in het kader van het mededingingsrecht.(26) Het is in de onderhavige procedure dus niet de taak van het Hof om te bepalen of een bepaalde vergoeding in auteursrechtelijke zin billijk is.(27) Het gaat er eerder om of een auteursrechtenbureau door de toepassing van een bepaalde berekeningsmethode de grenzen van het mededingingsrechtelijk geoorloofde overschrijdt.(28)

48. Ten tweede zijn de bevoegdheden van de Gemeenschap op het gebied van het auteursrecht beperkt. Het Hof is bijvoorbeeld zeer terughoudend geweest in zijn arrest SENA(29), dat ging over de uitlegging van het auteursrechtelijke begrip billijke vergoeding in richtlijn 92/100/EEG van de Raad van 19 november 1992 betreffende het verhuurrecht, het uitleenrecht en bepaalde naburige rechten op het gebied van intellectuele eigendom.(30) In dat arrest heeft het vastgesteld dat het bij gebreke van een definitie van het begrip billijke vergoeding in de richtlijn niet de taak van het Hof kon zijn om de criteria voor een billijke vergoeding vast te stellen.(31)

49. Met de genoemde punten moet rekening worden gehouden bij de toetsing in het kader van het mededin-

gingsrecht. Wat de vraag betreft, wat de inhoud en de waarde van een auteursrecht is, moet het Hof zich mijns inziens in beginsel terughoudend opstellen. Indien er geen communautaire regeling is, valt dit onder de bevoegdheid van de lidstaten.(32) Voor zover het echter gaat om de vraag of een berekeningsmethode ertoe leidt dat er geen redelijke verhouding bestaat tussen het gebruik van het auteursrecht en de vergoeding, valt dit mijns inziens onder de toetsing in het kader van het mededingingsrecht die op grond van artikel 82 EG moet worden uitgevoerd.

#### a) Vast aandeel van de inkomsten

50. Het Hof heeft zich in het arrest Basset(33) gebogen over een berekeningsmethode die uitging van een vast aandeel van de inkomsten. In dat geval vroeg het Franse auteursrechtenbureau van discotheekexploitanten een vergoeding die was gebaseerd op een vast percentage van de inkomsten. Het Hof heeft het gebruik van een dergelijke berekeningsmethode in dat geval niet als onrechtmatig aangemerkt. Het heeft juist vastgesteld dat deze soort exploitatie moet worden beschouwd als een gebruikelijke exploitatie van het auteursrecht, en dat het daarom niet als onrechtmatig kan worden aangemerkt wanneer een auteursrechtenbureau gebruikmaakt van de mogelijkheden die de nationale wettelijke regeling haar biedt.(34)

51. Ook al is het Hof in dat arrest niet uitdrukkelijk gevraagd of de toepassing van een berekeningsmethode waarin wordt uitgegaan van een vast aandeel van de inkomsten, onrechtmatig is, ik vat het arrest aldus op dat het Hof de vraag of een dergelijke berekeningsmethode onrechtmatig is, in dat geval impliciet ontkennend heeft beantwoord.

52. Dit oordeel kan echter niet ten volle worden toegepast op het onderhavige geval. Bij de beoordeling of er sprake is van misbruik van een machtspositie, moet rekening worden gehouden met alle omstandigheden van het individuele geval.(35) Tegen een onbeperkte toepassing van het oordeel van het Hof in het arrest Basset op het onderhavige geval pleit het feit dat er aanzienlijke verschillen bestaan tussen de activiteit van een discotheek en die van een TV-zender, wat het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken betreft. Voor een discotheek is het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken een wezenlijk element van haar activiteit. Daarom kan worden aangenomen dat discotheken voor hun werkzaamheid zijn aangewezen op het gebruik van muziekwerken en gedurende hun totale activiteit gewoonlijk intensief gebruikmaken van muziekwerken. Bij TV-zenders is dat anders. Deze gebruiken ook muziek, maar de mate van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken kan uiteenlopen tussen TV-zenders, zendtijden en uitzendingen.

53. De toepassing van een berekeningsmethode met een vast aandeel op TV-zenders zou derhalve ertoe leiden dat de hoogte van de vergoeding wordt ontkoppeld van het werkelijke gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken. TV-zenders die nauwelijks of helemaal geen auteursrechtelijk beschermde muziekwerken gebruiken, zouden dus een vergoeding moeten

betalen die niet of onvoldoende verband houdt met de economische waarde van de prestatie van STIM. Zo worden bepaalde gebruikers onevenredig belast in vergelijking met andere die intensiever gebruikmaken van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken.(36)

54. De toepassing van een berekeningsmethode met een vast aandeel op TV-zenders kan dus leiden tot een aanzienlijke wanverhouding tussen de economische waarde van de prestatie van een auteursrechtenbureau en de gevraagde vergoeding.

55. In beginsel moet hier nog worden nagegaan of er een alternatieve berekeningsmethode is die de verhouding tussen de vergoeding en de economische waarde van de prestatie beter weergeeft dan een berekeningsmethode waarin wordt uitgegaan van een vast aandeel van de inkomsten.(37) In het onderhavige geval kan daarvan worden uitgegaan, omdat STIM een berekeningsmethode met een variabel aandeel toepast.

56. Voorts zou in beginsel nog moeten worden nagegaan of de toepassing van een berekeningsmethode met een vast aandeel ten opzichte van een berekeningsmethode met een variabel aandeel kan worden gerechtvaardigd door voordelen op het vlak van efficiëntie.(38) Aangezien de toepassing van een berekeningsmethode met een vast aandeel op TV-zenders echter tot een zeer aanzienlijke wanverhouding tussen de waarde van de prestatie en de vergoeding kan leiden, lijkt een rechtvaardiging op grond van voordelen op het vlak van efficiëntie in het onderhavige geval uitgesloten.

57. De toepassing van een berekeningsmethode met een vast aandeel op TV-zenders moet derhalve worden aangemerkt als misbruik in de zin van artikel 82 EG.

#### **b) Variabel aandeel van de inkomsten**

58. Betreft het daarentegen een berekeningsmethode met een variabel aandeel van de inkomsten, dan kan de mate van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken in beginsel via de variabele factor in aanmerking worden genomen.(39) De toepassing van een berekeningsmethode met een variabel aandeel kan dus alleen als zodanig misbruik opleveren, indien alleen de koppeling van de vergoeding aan de inkomsten van de TV-zenders uit reclame- en abonnementsovereenkomsten al kan leiden tot aanzienlijke wanverhoudingen tussen de economische waarde van de prestatie van het auteursrechtenbureau en de vergoeding.

59. Het kan in beginsel niet worden uitgesloten dat een onderneming met een machtspositie misbruik maakt wanneer zij de prijs voor haar producten koppelt aan de omzet die haar afnemers met behulp van deze producten behalen.(40) In het onderhavige geval moet echter rekening worden gehouden met de omstandigheden van het individuele geval(41), met name de bijzonderheden van de prestatie van auteursrechtenbureaus.

60. Ten eerste staan achter het totale repertoire van STIM uiteindelijk de individuele auteursrechten van de afzonderlijke auteurs. Het is volkomen gebruikelijk dat voor de verlening van een licentie voor auteursrechten wordt gevraagd om royalty's die een aandeel bedragen

van de omzet die wordt behaald met het product dat met behulp van het auteursrecht is voortgebracht.(42) Dit onderstreept de geschiktheid van het auteursrecht voor exploitatie(43) en de idee dat een auteur een redelijk aandeel moet krijgen van de omzet die met behulp van zijn werk wordt behaald.(44)

61. Het Hof heeft in de zaak United Brands(45) weliswaar aangenomen dat de wanverhouding van een vergoeding kan worden vastgesteld aan de hand van een prijs/kosten-vergelijking, maar een dergelijke aanpak veronderstelt dat uit de productiekosten conclusies kunnen worden getrokken over de waarde van de prestatie. Deze aanpak kan echter niet worden toegepast op auteursrechten, aangezien het moeilijk lijkt om de productiekosten van het voortbrengen van een muziekwerk te bepalen, laat staan daaruit conclusies te trekken over de waarde van de prestatie.(46)

62. Mijns inziens kan evenmin worden tegengeworpen dat dit anders is wanneer het in licentie gegeven auteursrecht niet het hoofdbestanddeel van het product vormt. Zo is bijvoorbeeld bij de verlening van licenties voor octrooien en knowhow een soortgelijke vergoedingsregeling niet ongewoon, zelfs wanneer het eindproduct niet alleen uit het octrooi, maar ook uit andere elementen bestaat (bijvoorbeeld het materiaal, het ontwerp, enz.)(47)

63. Ten tweede moet ermee rekening worden gehouden dat de vaststelling van de economische waarde van de prestatie van auteursrechtenbureaus moeilijk is.(48) Op grond van de hierboven(49) beschreven inrichting van het stelsel bestaat er in Zweden geen markt waar de prijs wordt bepaald door vraag en aanbod.(50) Wanneer het gaat om de vraag of de hoogte van de vergoeding onrechtmatig is, kan een vergelijking worden gemaakt met de hoogte van de vergoeding in andere lidstaten (het concept van de vergelijking van geografische markten).(51) Wanneer het echter gaat, zoals in het onderhavige geval, om de beoordeling van de toelaatbaarheid van een bepaalde berekeningsmethode, kan deze vergelijking mijns inziens niet zonder meer worden toegepast.(52)

64. Gelet op, ten eerste, het feit dat de berekeningsmethode niet ongebruikelijk is(53), ten tweede, het feit dat deze aanknoopt bij een criterium dat verband houdt met de waarde van het auteursrecht(54), en ten derde, de moeilijkheden bij de vaststelling van de waarde van de prestatie van een auteursrechtenbureau, kan ik in de koppeling van de vergoeding aan de inkomsten van de TV-zenders uit reclame- en abonnementsovereenkomsten geen misbruik zien. Dit lijkt mij ook overeen te stemmen met de rechtspraak van het Hof. Dat heeft in het arrest Basset(55) vastgesteld dat een berekeningsmethode die uitgaat van een aandeel van de inkomsten, moet worden beschouwd als een normale exploitatie van het auteursrecht. In dat opzicht acht ik dat arrest toepasbaar op het onderhavige geval.

65. Dat ook andere aanknopingspunten denkbaar zijn of in andere lidstaten worden gebruikt, weerlegt deze conclusie niet. Een berekeningsmethode die uitgaat van een variabel aandeel van de inkomsten, drukt de geschiktheid van het auteursrecht voor exploitatie

uit, alsmede de idee dat een auteur een redelijk aandeel moet krijgen van de omzet die met behulp van zijn werk wordt behaald. Het is weliswaar volledig denkbaar dat andere berekeningsmethoden(56) de nadruk leggen op andere aspecten, maar het is niet de taak van het Hof in de onderhavige procedure om vast te stellen welke berekeningsmethode het meest geschikt is om de belangen van de auteur en van de TV-zenders te verzoenen.(57)

66. Een berekeningsmethode die uitgaat van een variabel aandeel van de inkomsten van de TV-zenders uit reclame- en abonnementsovereenkomsten, moet evenwel de mate van het gebruik van de auteursrechtelijk beschermde muziekwerken in aanmerking nemen.

#### **4. Conclusie**

67. De toepassing van een berekeningsmethode op grond waarvan een vast aandeel van de inkomsten van TV-zenders uit reclame- en abonnementsovereenkomsten wordt gevraagd, vormt misbruik in de zin van artikel 82 EG. Wordt daarentegen een variabel aandeel gevraagd, dan levert dat niet automatisch misbruik op. Een dergelijke berekeningsmethode kan echter onrechtmatig zijn, indien daarbij de mate van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken onvoldoende in aanmerking wordt genomen.

#### **C – Tweede en derde prejudiciële vraag**

68. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het onrechtmatig is indien een auteursrechtenbureau op TV-zenders een berekeningsmethode met een variabel aandeel toepast, waarin een duidelijk verband tussen de inkomsten en de prestatie van het auteursrechtenbureau ontbreekt. Het ontbreken van een duidelijk verband ziet de verwijzende rechter bijvoorbeeld bij nieuws- en sportuitzendingen en wanneer de inkomsten van de TV-zenders stijgen als gevolg van de ontwikkeling van de programmering, investeringen, technologie en op maat van de klant gesneden oplossingen. Met zijn derde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of het voor de beantwoording van de eerste en de tweede prejudiciële vraag van belang is dat de uitgezonden muziek en het kijkcijfer kunnen worden geïdentificeerd en gekwantificeerd.

69. Ik begrijp deze twee vragen van de verwijzende rechter aldus, dat hij wenst te vernemen of de toepassing van een berekeningsmethode onrechtmatig is, omdat daarbij ofwel de mate van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken door de TV-zenders ofwel de mate waarin het gebruik ervan bijdraagt aan de inkomsten, niet in aanmerking wordt genomen. De vraag in hoeverre rekening moet worden gehouden met de technische mogelijkheid om de uitgezonden muziek of het kijkcijfer te identificeren en te kwantificeren, kan mijns inziens niet afzonderlijk worden beantwoord.(58)

70. Zoals hierboven(59) is uiteengezet, kan niet worden uitgesloten dat de vragen van de verwijzende rechter niet alleen betrekking hebben op de thans door STIM toegepaste berekeningsmethode, maar ook op mogelijk anders vormgegeven berekeningsmethoden die STIM in de toekomst zou kunnen toepassen. Ik zal

de vragen van de verwijzende rechter derhalve allereerst beantwoorden met het oog op de berekeningsmethoden zoals die thans door STIM worden toegepast (1). Vervolgens zal ik nagaan, in hoeverre deze vragen ook met het oog op mogelijk anders vormgegeven berekeningsmethoden kunnen worden beantwoord (2).

#### **1. Berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast**

71. Hierboven(60) is reeds vastgesteld dat een berekeningsmethode misbruik in de zin van artikel 82 EG kan opleveren, indien daarbij de mate van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken onvoldoende in aanmerking wordt genomen.

72. Of dat het geval is, is in de eerste plaats een feitelijke vraag. Daarom moet er vooraf op worden gewezen, dat de rol van het Hof in de onderhavige prejudiciële procedure is beperkt tot uitlegging van artikel 82 EG. Het Hof is niet bevoegd, te beslissen over de feiten van het hoofdgeding of om de door hem uitgelegde communautaire bepalingen toe te passen op nationale maatregelen of situaties. Deze taken behoren tot de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechter.(61)

73. Voordat ik de afzonderlijke punten van de vragen van de verwijzende rechter behandel, wil ik eerst uiteenzetten, volgens welke stappen de nationale rechter de toetsing in het kader van het mededingingsrecht moet uitvoeren.

74. De nationale rechter moet ten eerste nagaan of er aanwijzingen zijn dat een berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast, leidt tot een aanzienlijke wanverhouding tussen de vergoeding en de economische waarde van de prestatie.(62) Dit kan mijns inziens alleen worden aangenomen indien er een alternatieve berekeningsmethode bestaat waarin nauwkeurigere rekening kan worden gehouden met de economische waarde van het auteursrecht.

75. Indien de nationale rechter tot de conclusie komt dat er een dergelijke alternatieve berekeningsmethode bestaat, moet hij ten tweede de voor- en nadelen van beide berekeningsmethoden tegen elkaar afwegen. Het loutere bestaan van een nauwkeurigere alternatieve berekeningsmethode leidt er niet automatisch toe dat de toepassing van de forfaitaire methode onrechtmatig is. De toepassing van een forfaitaire berekeningsmethode kan namelijk worden gerechtvaardigd door voordelen op het vlak van efficiëntie.(63) Deze voordelen op het vlak van efficiëntie kunnen in het bijzonder bestaan in de vorm van kostenbesparingen bij het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van de beschermde muziekwerken.(64)

76. In dit verband kan bijvoorbeeld een rol spelen hoe eenvoudig de forfaitaire methode te hanteren is, dan wel welke bijkomende kosten ontstaan door de toepassing van de nauwkeurigere berekeningsmethode. Een berekeningsmethode die uitgaat van gemakkelijk vast te stellen objectieve criteria, zal gewoonlijk gemakkelijker te hanteren zijn dan één die uitgaat van subjectieve criteria die zich in het machtsgebied van een van de partijen bevinden en door de andere partij

slechts moeilijk te controleren zijn. Verder kan in dit verband een rol spelen of de benodigde gegevens reeds beschikbaar zijn, omdat zij al voor andere doeleinden worden gebruikt, dan wel of zij speciaal voor de berekening van de vergoeding moeten worden opgezocht. Ook de vatbaarheid van een berekeningsmethode voor geschillen of de bestendigheid ervan, dan wel de noodzaak om haar aan te passen, kunnen voor de beoordeling van de voordelen op het vlak van efficiëntie in aanmerking worden genomen.

77. Volgens mij kunnen voordelen op het vlak van efficiëntie echter een forfaitaire berekeningsmethode niet onbeperkt rechtvaardigen. Het Hof heeft in het arrest *Tournier*(65) vastgesteld dat de forfaitaire aard van een berekeningsmethode slechts met het verbod van artikel 82 EG in strijd wordt geacht, indien hetzelfde rechtmatige oogmerk, te weten de bescherming van de belangen van de auteurs, ook via andere methoden kan worden bereikt, zonder evenwel de kosten van het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van de beschermde muziekwerken te verhogen. Dit kan mijns inziens echter niet aldus worden opgevat, dat alleen alternatieve berekeningsmethoden in aanmerking kunnen worden genomen die de kosten van het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van de beschermde muziekwerken niet verhogen. Volgens mij kan de toepassing van een forfaitaire methode ook onrechtmatig zijn indien de toepassing van de forfaitaire berekeningsmethode weliswaar iets goedkoper is dan de toepassing van een alternatieve, nauwkeurigere berekeningsmethode, maar dit kostenvoordeel niet in verhouding staat tot de wanverhouding die bij de forfaitaire berekeningsmethode ontstaat, maar door toepassing van de nauwkeurigere berekeningsmethode zou kunnen worden vermeden.

78. Op grond van artikel 82 EG moet weliswaar rekening worden gehouden met de doelstelling, een billijke vergoeding zeker te stellen voor auteurs, maar ook met het belang van de consument.(66) Een billijke vergoeding voor auteurs zorgt voor een stimulans voor het voortbrengen van muziekwerken(67) en is derhalve in beginsel in het belang van de consument. De toepassing van een forfaitaire berekeningsmethode leidt tot lagere kosten. Wanneer deze kostenbesparing in het voordeel van de auteurs uitvalt, leidt zij tot hogere vergoedingen en versterkt zij derhalve de stimulans voor het voortbrengen van kunstwerken.

79. Het is echter ook in het belang van de consument om zo voordelig mogelijk van kwalitatief hoogstaande TV-zenders te worden voorzien. Indien een forfaitaire berekeningsmethode leidt tot een aanzienlijke wanverhouding tussen de prestatie van een auteursrechtenbureau en de vergoeding, kan dit tot hogere productiekosten leiden en indirect in het nadeel van de consument uitvallen. De voor- en nadelen van de toepassing van een forfaitaire en een nauwkeurigere berekeningsmethode moeten tegen elkaar worden afgewogen.

80. Ik zal nu bespreken in hoeverre een berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast, kan worden aangemerkt als misbruik in de

zin van artikel 82 EG, omdat zij de tijdsduur van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken door bepaalde uitzendingen (a) of het kijkcijfer (b) niet of onvoldoende in aanmerking neemt. Verder zal ik bespreken of een dergelijke berekeningsmethode onrechtmatig kan zijn, indien niet in aanmerking wordt genomen dat de inkomsten van een TV-zender kunnen stijgen door omstandigheden die losstaan van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken (c).

#### **a) Identificatie en kwantificering van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken**

81. Een berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast, stelt een bepaald percentage vast dat varieert aan de hand van het jaarlijkse muziekaandeel van de TV-zender. Zij neemt dus de jaarlijkse tijdsduur van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken in aanmerking.

82. Doordat een dergelijke berekeningsmethode eerst het jaarlijkse muziekaandeel berekent en vervolgens het aan de hand van het muziekaandeel berekende aandeel toepast op de jaarinkomsten van Kanal 5 en TV 4, gaat zij echter voorbij aan het feit dat de inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten kunnen variëren naargelang van de uitzending en de uitzendtijd.

83. De nationale rechter zal allereerst moeten nagaan of de inkomsten uit reclameovereenkomsten aanzienlijk variëren naargelang van de uitzending en de uitzendtijd.(68) Voorts zal hij moeten nagaan of bepaalde uitzendingen van een TV-zender gewoonlijk hoge inkomsten uit reclameovereenkomsten opbrengen, maar gewoonlijk slechts in geringe mate auteursrechtelijk beschermde muziekwerken gebruiken. Indien hij beide vaststelt, kan de toepassing van een berekeningsmethode zoals die door STIM wordt toegepast, ertoe leiden dat er een aanzienlijke wanverhouding tussen de prestatie van het auteursrechtenbureau en de gevraagde vergoeding ontstaat.

84. Hetzelfde geldt voor de inkomsten uit abonnementsovereenkomsten. Indien bepaalde uitzendingen van een TV-zender voor abonnees een grotere rol spelen dan andere uitzendingen, en deze slechts in geringe mate gebruikmaken van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, kan de toepassing van een dergelijke berekeningsmethode ertoe leiden dat er een wanverhouding tussen de gevraagde vergoeding en de prestatie van het auteursrechtenbureau ontstaat.

85. Indien de verwijzende rechter vaststelt dat er een wanverhouding ontstaat, zal hij derhalve moeten nagaan of er technische mogelijkheden zijn om de inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten beter toe te bedelen, bijvoorbeeld aan bepaalde uitzendtijden, afzonderlijke uitzendingen of bepaalde soorten uitzendingen.(69) Indien er dergelijke technische mogelijkheden zijn, moet de verwijzende rechter de voordelen die worden behaald met een nauwkeurigere toedeling, afgewogen tegen de voordelen op het vlak van efficiëntie die de forfaitaire berekeningsmethode meebrengt.

86. In deze context zal de verwijzende rechter onder meer de hierboven genoemde criteria(70) in aanmerking moeten nemen. Bij de afweging van de voor- en nadelen zal hij in het bijzonder in aanmerking moeten nemen dat een berekeningsmethode die uitgaat van de jaarinkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten, duidelijk gemakkelijker te hanteren is dan een berekeningsmethode waarin de inkomsten nauwkeuriger worden toebedeeld. Voorts moet volgens mij rekening worden gehouden met het feit dat het aantal TV-zenders beperkt lijkt te zijn, maar dat zij een relatief groot publiek trekken en dat bij publiek uitgezonden uitzendingen een behoorlijk goede controlebaarheid lijkt te bestaan.

**b) Vaststelling en kwantificering van het kijkcijfer**

87. De mate van het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd muziekwerk wordt mede bepaald door het aantal personen dat in aanraking komt met het werk. Hier moet onderscheid worden gemaakt tussen de vraag of in een berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast, dit aspect van het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd muziekwerk hoegeaamd meetelt en of het daarin voldoende meetelt.

88. Met betrekking tot de eerste vraag moet worden vastgesteld dat een berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast, het werkelijke kijkcijfer van de TV-zenders niet rechtstreeks in aanmerking neemt. De verwijzende rechter zal moeten nagaan of in een dergelijke berekeningsmethode rechtstreeks of indirect het potentiële of het verwachte kijkcijfer wordt meegeteld. Hij zal in dat verband moeten nagaan of de inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten in een evenredige verhouding staan tot het verwachte kijkcijfer.(71)

89. Indien de rechter vaststelt dat de inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten in een evenredige verhouding staan tot het potentiële of verwachte kijkcijfer, rijst de vraag of een berekeningsmethode zoals die door STIM wordt toegepast, als onrechtmatig kan worden aangemerkt, louter omdat daarin het werkelijke kijkcijfer niet in aanmerking wordt genomen. Dat is niet mijn zienswijze. Volgens mij hebben deze twee criteria (werkelijk of potentieel dan wel verwacht kijkcijfer) betrekking op verschillende aspecten van een auteursrecht. De referte aan het werkelijke kijkcijfer benadrukt sterker het aspect van de mate van het gebruik/gebruik van het auteursrechtelijk beschermde muziekwerk, terwijl de referte aan het potentiële of verwachte kijkcijfer sterker de geschiktheid van het auteursrecht voor exploitatie uitdrukt, alsmede de idee dat een auteur een redelijk aandeel moet krijgen van de omzet die met behulp van zijn werk wordt behaald.(72)

90. Bij beide aspecten gaat het niet om een hiërarchische verhouding inzake de nauwkeurigheid van de berekeningsmethode, zoals hierboven is beschreven(73), maar eerder om de inhoud van het auteursrecht en om de vraag wat de waarde ervan is. Zoals hierboven(74) is uiteengezet, ben ik van mening dat het bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet de taak van het Hof is om vast te stellen welk uit-

gangspunt de voorkeur verdient, zodat dit niet het voorwerp kan zijn van de hier uit te voeren toetsing in het kader van het mededingingsrecht. Dat een berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast, het werkelijke kijkcijfer niet in aanmerking neemt, acht ik derhalve niet automatisch onrechtmatig, mits zij voldoende verband legt met het potentiële of verwachte kijkcijfer.

91. Met betrekking tot de tweede vraag, of de kijkcijfers voldoende worden meegerekend, moet er echter op worden gewezen dat een berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast, niet in aanmerking neemt dat de kijkcijfers kunnen variëren naargelang van de uitzending en de uitzendtijd.

92. Indien de verwijzende rechter vaststelt dat de inkomsten uit de reclameovereenkomsten variëren naargelang van de uitzending en de uitzendtijd, zodat er een correlatie bestaat tussen de inkomsten en de kijkcijfers, en dat bepaalde uitzendingen gewoonlijk hoge kijkcijfers halen maar gewoonlijk slechts in geringe mate gebruikmaken van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, kan de toepassing van een dergelijke berekeningsmethode ertoe leiden dat er een wanverhouding tussen de gevraagde vergoeding en de prestatie van het auteursrechtenbureau ontstaat.

93. Hetzelfde geldt voor de inkomsten uit abonnementsovereenkomsten. Indien bepaalde uitzendingen van een TV-zender hogere aantallen kijkers trekken en indien deze uitzendingen gewoonlijk slechts in geringe mate gebruikmaken van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, kan de toepassing van een berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast, leiden tot een wanverhouding tussen de gevraagde vergoeding en de prestatie van het auteursrechtenbureau.

94. Indien de verwijzende rechter een aanzienlijke wanverhouding vaststelt, zal hij moeten nagaan of er technische mogelijkheden zijn om het kijkcijfer nauwkeuriger, bijvoorbeeld aan bepaalde uitzendtijden, afzonderlijke uitzendingen of bepaalde soorten uitzendingen toe te bedelen.(75) Indien er dergelijke technische mogelijkheden bestaan, moet de verwijzende rechter, zoals hierboven beschreven(76), de voor- en nadelen van de nauwkeurigere en onnauwkeurigere berekeningsmethoden tegen elkaar afwegen.

**c) Inaanmerkingneming van andere factoren voor de verhoging van de inkomsten**

95. Een berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast, neemt niet in aanmerking, in hoeverre de inkomsten stijgen door het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken dan wel als gevolg van niet aan muziek gerelateerde factoren, zoals de ontwikkeling van de programmering, investeringen, technologie en op maat van de klant gesneden oplossingen.

96. Volgens mij is de toepassing van een berekeningsmethode die de mate van het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd muziekwerk voldoende in aanmerking neemt, niet onrechtmatig, louter omdat zij niet in aanmerking neemt of een stijging van de inkomsten kan worden teruggevoerd op andere factoren dan

het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd muziekwerk.

97. Ten eerste zou het moeilijk kunnen zijn om te bepalen welke factoren hebben geleid tot de stijging van het kijkcijfer en tot de verhoging van de inkomsten van een TV-zender. Het succes van een TV-zender of een uitzending hangt af van een veelheid van factoren. Volgens mij kan niet met voldoende precisie worden vastgesteld welke factor in welke mate heeft bijgedragen tot het economische succes.

98. Dat het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken invloed kan hebben op het succes van een uitzending of van een TV-zender, staat buiten kijf. In dat opzicht zou het nauwelijks mogelijk zijn om te bewijzen dat gestegen kijkcijfers en hogere inkomsten niet zijn terug te voeren op het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, vooral omdat de gebruikswaarde van muziek juist van kijker tot kijker individueel kan variëren. Reeds daarom betwijfel ik zeer of er een methode is waarmee voldoende nauwkeurig rekening kan worden gehouden met deze omstandigheid.(77)

99. Overigens zou moeten worden nagegaan of een alternatieve berekeningsmethode, voor zover die technisch mogelijk zou zijn, niet tot dermate hoge kosten leidt dat de voordelen van de toepassing ervan niet in verhouding staan tot de nadelen.

100. Ten tweede is het op het gebied van het auteurs- en intellectuele-eigendomsrecht niet ongebruikelijk dat voor de verlening van een licentie voor auteursrechten royalty's worden gevraagd die een aandeel bedragen van de omzet die wordt behaald met het product dat met behulp van die rechten is voortgebracht.(78) Voorts pleit voor deze zienswijze dat het Hof in het arrest Basset(79) het niet als onrechtmatig heeft aangemerkt dat een auteursrechtenbureau een aandeel van de inkomsten van discotheken vroeg, zonder dat in aanmerking werd genomen in hoeverre de inkomsten waren terug te voeren op andere omstandigheden dan het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken. Het oordeel van het Hof is mijns inziens toepasbaar op het onderhavige geval.(80)

#### **d) Conclusie**

101. Bij wijze van conclusie kan het volgende worden vastgesteld: indien een nationale rechter vaststelt dat de toepassing van een berekeningsmethode waarin de vergoeding een variabel aandeel van de inkomsten van de TV-zender uit reclame- en abonnementsinkomsten bedraagt, leidt tot een wanverhouding tussen de prestatie van het auteursrechtenbureau en de door haar gevraagde vergoeding, is de toepassing van een dergelijke berekeningsmethode onrechtmatig indien er een alternatieve berekeningsmethode bestaat, waarin de mate van het gebruik nauwkeuriger in aanmerking kan worden genomen in de vergoeding, en de toepassing van de onnauwkeurigere berekeningsmethode niet wordt gerechtvaardigd door voordelen op het gebied van efficiëntie, met name in de vorm van kostenbesparingen bij het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van de beschermde muziekwerken.

102. De toepassing van een dergelijke berekeningsmethode kan niet reeds worden aangemerkt als misbruik in de zin van artikel 82 EG op de enkele grond dat niet het werkelijke kijkcijfer in aanmerking wordt genomen, mits ervan kan worden uitgegaan dat het potentiële of verwachte kijkcijfer voldoende in aanmerking wordt genomen.

103. Indien een dergelijke berekeningsmethode de mate van het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd muziekwerk voldoende in aanmerking neemt, kan zij niet als onrechtmatig worden aangemerkt op de enkele grond dat zij niet in aanmerking neemt in welke mate dit gebruik en niet andere factoren een stijging van de inkomsten tot gevolg heeft.

104. Indien de verwijzende rechter voorts vaststelt dat een berekeningsmethode zoals die thans door STIM wordt toegepast, ook in een ander opzicht leidt tot een wanverhouding tussen de prestatie van STIM en de gevraagde vergoeding, bijvoorbeeld omdat het soort gebruik van de auteursrechtelijk beschermde muziekwerken niet in aanmerking wordt genomen, zal hij ook in dat opzicht de hierboven uiteengezette toetsing in het kader van het mededingingsrecht moeten uitvoeren.(81)

#### **2. Mogelijke, anders vormgegeven berekeningsmethoden**

105. Voor zover de tweede en de derde vraag van de verwijzende rechter betrekking hebben op de verenigbaarheid met artikel 82 EG van andere berekeningsmethoden dan die welke STIM thans toepast, moet op het volgende worden gewezen: wegens de veelheid van mogelijke vormen van berekeningsmethoden kan niet in abstracto worden beoordeeld of een berekeningsmethode die de door de verwijzende rechter genoemde criteria niet in aanmerking neemt, misbruik in de zin van artikel 82 EG oplevert. Indien de nationale rechter echter vaststelt dat de berekeningsmethode tot een wanverhouding leidt, moet hij de bovengenoemde(82) beginselen toepassen.

#### **D – Vierde prejudiciële vraag**

106. Met zijn vierde prejudiciële vraag wenst de verwijzende rechter te vernemen of de toepassing op de publieke TV-zender SVT van een berekeningsmethode die afwijkt van het hoofdtarief(83), misbruik in de zin van artikel 82 EG kan vormen.

107. In dit verband lijkt mij met name het voorbeeld van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG relevant. Het specifieke discriminatieverbod van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG maakt deel uit van het regime dat overeenkomstig artikel 3, lid 1, sub g, EG verzekert dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. Het commerciële gedrag van de onderneming met een machtspositie mag de mededinging op een upstream- of downstream-markt niet vervalsen, dat wil zeggen de mededinging tussen leveranciers of tussen afnemers van deze onderneming. De medecontractanten van deze onderneming mogen geen voordeel of nadeel ondervinden bij de mededinging die zij onderling voeren.(84)

108. Voor het voorbeeld van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG gelden twee voorwaarden. Ten eerste moet de onderneming met een machtspositie ongelijke voor-

waarden bij gelijkwaardige prestaties bedingen (1). Ten tweede moeten haar handelspartners daardoor worden benadeeld bij de mededinging (2).

### **1. Ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties**

109. Er is sprake van ongelijke behandeling bij een gelijkwaardige prestatie wanneer bij verschillende handelspartners de verhouding tussen de waarde van de prestatie en de tegenprestatie verschilt. De verwijzende rechter moet dus nagaan of STIM voor gelijkwaardige prestaties verschillende vergoedingen vraagt.

110. Met betrekking tot de prestatie moet worden vastgesteld dat de prestatie jegens Kanal 5 en TV 4 enerzijds en aan SVT anderzijds bestaat in het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd muziekwerk uit het totale repertoire van STIM. De mate van het gebruik varieert van TV-zender tot TV-zender.

111. Voorts moet de verwijzende rechter nagaan of STIM verschillende vergoedingen vraagt. Allereerst moet worden vastgesteld dat de tarieven die worden toegepast voor Kanal 5 en TV 4 enerzijds en SVT anderzijds, verschillen. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt echter dat SVT geen aanmerkelijke inkomsten uit reclameovereenkomsten en geen inkomsten uit abonnementsovereenkomsten heeft.(85) De ongelijke behandeling kan dus worden teruggevoerd op het feit dat bij SVT een berekeningsmethode wordt toegepast waarin een simulatie van fictieve inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten plaatsvindt. Voor zover dit ten aanzien van de verhouding tussen de waarde van de prestatie en de waarde van de tegenprestatie leidt tot resultaten die vergelijkbaar zijn met de resultaten die worden bereikt voor Kanal 5 en TV 4 op grond van het hoofdtarief, beschouw ik dit op zich niet als ongeoorloofde discriminatie.

112. Het jaarlijkse muziekaandeel wordt bij SVT echter vooraf bepaald, dus op basis van een prognose, terwijl dit bij Kanal 5 en TV 4 achteraf gebeurt. De verwijzende rechter moet nagaan of dit verschil tot een nadelige ongelijke behandeling kan leiden. Dat ligt met name voor de hand wanneer de werkelijke mate van gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken door SVT hoger is dan aan het begin van het jaar is voorspeld.(86)

### **2. Concurrentieverhouding**

113. Een verdere voorwaarde voor het voorbeeld van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG is dat Kanal 5 en TV 4 door de ongelijke behandeling worden benadeeld bij de mededinging. De concurrentiepositie van Kanal 5 en TV 4 zou ten opzichte van die van SVT nadelig moeten zijn beïnvloed.(87) Daarvoor is het noodzakelijk dat Kanal 5 en TV 4 enerzijds en SVT anderzijds concurrenten zijn.

114. In deze context gaat het niet om de verhouding van SVT, Kanal 5 en TV 4 op de upstream-markt voor het aanbod van en de vraag naar allesdekkende licenties voor auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, maar om hun verhouding op de downstream-markt voor televisie. De verwijzende rechter zal moeten nagaan of Kanal 5 en SVT, dan wel TV 4 en SVT op dat terrein concurrenten zijn. Voor deze beoordeling is een

onderzoek van de feiten van het hoofdgeding noodzakelijk. Het Hof is niet bevoegd om over de feiten van het hoofdgeding te beslissen, of om de communautaire voorschriften die het heeft uitgelegd, op nationale maatregelen of situaties toe te passen, aangezien die vragen tot de uitsluitende bevoegdheid van de nationale rechter behoren.(88)

### **3. Conclusie**

115. De toepassing van verschillende berekeningsmethoden op een publieke TV-zender enerzijds en commerciële TV-zenders anderzijds kan misbruik in de zin van artikel 82 EG vormen, indien de publieke TV-zender daardoor wordt bevoordeeld ten opzichte van de commerciële TV-zenders, en de publieke TV-zender en ten minste één van de commerciële TV-zenders concurrenten zijn.

### **VII – Conclusie**

116. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de vragen van de verwijzende rechter als volgt te beantwoorden:

„1) Artikel 82 EG moet aldus worden uitgelegd dat een auteursrechtenbureau dat in een lidstaat een feitelijk monopolie heeft en jegens commerciële TV-zenders voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken uit zijn totale repertoire een berekeningsmethode toepast, op grond waarvan de vergoeding een vast aandeel van de inkomsten van de TV-zenders uit reclame- en abonnementsovereenkomsten bedraagt, misbruik maakt van zijn machtspositie. De toepassing van een berekeningsmethode, op grond waarvan de vergoeding een variabel aandeel van de inkomsten bedraagt, vormt evenwel geen misbruik, mits een dergelijke berekeningsmethode in aanmerking neemt in welke mate een TV-zender de auteursrechtelijk beschermde muziekwerken gebruikt.

2) De toepassing van een berekeningsmethode kan misbruik in de zin van artikel 82 EG vormen, indien er een alternatieve berekeningsmethode bestaat waarin de mate van het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd muziekwerk nauwkeuriger in aanmerking kan worden genomen, en de toepassing van de onnauwkeurigere berekeningsmethode niet wordt gerechtvaardigd door voordelen op het gebied van efficiëntie, met name in de vorm van kostenbesparingen bij het beheer van de overeenkomsten en van het toezicht op het gebruik van de beschermde muziekwerken.

De toepassing van een berekeningsmethode kan niet worden aangemerkt als misbruik in de zin van artikel 82 EG op de enkele grond dat zij niet in aanmerking neemt in welke mate andere factoren dan het gebruik van een auteursrechtelijk beschermd muziekwerk een stijging van de inkomsten tot gevolg hebben.

3) De toepassing van een berekeningsmethode vormt geen misbruik in de zin van artikel 82 EG op de enkele grond dat zij niet het werkelijke kijkcijfer in aanmerking neemt, mits ervan kan worden uitgegaan dat zij het potentiële of verwachte kijkcijfer voldoende in aanmerking neemt.

4) De toepassing van verschillende berekeningsmethoden voor commerciële TV-zenders enerzijds en een

publieke TV-zender anderzijds vormt een misbruik in de zin van artikel 82 EG, indien dit ten eerste ertoe leidt dat de publieke TV-zender, vergeleken met de commerciële TV-zenders, een lagere vergoeding voor een gelijkwaardige prestatie van het auteursrechtenbureau betaalt, en er ten tweede tussen de publieke TV-zender en één van de commerciële TV-zenders een concurrentieverhouding bestaat.”

---

1 – Oorspronkelijke taal: Sloveens.

2 – Wat de uitzending van Kanal 5 via satelliet betreft, wordt het recht op vergoeding voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken beheerd door het Britse auteursrechtenbureau Performing Right Society.

3 – Bij een muziekaandeel van 1-10 % wordt een aandeel van 0,2 % van de inkomsten uit reclameovereenkomsten en 0,15 % van de inkomsten uit abonnementsovereenkomsten gevraagd; bij een muziekaandeel van 51-55 % wordt een aandeel van 4,7 % van de inkomsten uit reclameovereenkomsten en 3,48 % van de inkomsten uit abonnementsovereenkomsten gevraagd.

4 – Kanal 5 en TV 4 krijgen een aftrek van 10 % van de verkoopkosten. TV 4 krijgt extra aftrek om rekening te houden met het feit dat deze TV-zender een vergoeding moet betalen aan de Zweedse Staat om via de kabel uit te zenden.

5 – Dit berekeningsmodel neemt ook fictieve verkoopkosten in aanmerking.

6 – Deze waarde wordt bepaald door de organisatie Mediamätning i Skandinavien AB (hierna: „MMS”). MMS is in handen van de TV-zenders en andere belanghebbenden.

7 – Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, volgens de Akte van Parijs van 24 juli 1971, zoals gewijzigd op 28 september 1979 (kan worden geraadpleegd op <http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/index.html>).

8 – Arresten van 9 april 1987, Basset (402/85, Jurispr. blz. 1747); 13 juli 1989, Lucazeau e.a. (110/88, 241/88 en 242/88, Jurispr. blz. 2811), en 13 juli 1989, Tournier (395/87, Jurispr. blz. 2521).

9 – Indien het antwoord op de voor het hoofdgeding relevante uitleggingsvraag volgt uit de eerdere rechtspraak van het Hof, kan weliswaar de verplichting voor de nationale rechter om deze uitleggingsvraag aan het Hof voor te leggen, vervallen, maar dit heeft geen invloed op de bevoegdheid van de nationale rechter om deze uitleggingsvraag voor te leggen; zie arrest van 6 oktober 1982, Cilfit e.a. (283/81, Jurispr. blz. 3415, punt 15).

10 – Voor zover STIM betoogt dat artikel 82 EG in het onderhavige geval niet van toepassing is, moet er allereerst op worden gewezen dat er geen uitdrukkelijke positiefrechtelijke beperking van de toepasselijkheid van het mededingingsrecht op auteursrechten bestaat. De artikelen 295 EG en 307 EG juncto artikel 11bis van de Berner Conventie leiden in het onderhavige ge-

val niet tot een andere conclusie. De vaststelling van een berekeningsmethode voor een vergoeding betreft de uitoefening van auteursrechten. Een botsing tussen artikel 82 EG en artikel 11bis van de Berner Conventie is – ongeacht de vraag of STIM zich in het onderhavige geval daarop kan beroepen op grond van artikel 307 EG – niet aan de orde, omdat artikel 11bis van de Berner Conventie alleen het recht op een passende vergoeding waarborgt. Deze minimumgarantie wordt door de toetsing van de vergoeding in het kader van het mededingingsrecht niet aangetast. Overigens heeft het Hof reeds in eerdere arresten de toepasselijkheid van artikel 82 EG op berekeningsmethoden van auteursrechtenbureaus bevestigd (zie met name in voetnoot 8 aangehaalde arresten Basset, Lucazeau e.a. en Tournier), en in de vakliteratuur wordt voor het merendeel geen twijfel geuit over de toepasselijkheid van artikel 82 EG op dergelijke berekeningsmethoden (Faull, J./Nikpay, A., *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2e druk, 2007, punten 8.234-8.236; Liaskos, E.-P., *La gestion collective des droits d'auteurs dans la perspective du droit communautaire*, Bruylant 2004, punt 699). Bij de toepassing van artikel 82 EG op auteursrechten is echter een bijzondere voorzichtigheid aangewezen: zie dienaangaande punten 47-49 van deze conclusie.

11 – Daarom worden prejudiciële vragen altijd in zekere mate van het hoofdgeding geabstraheerd.

12 – In de tweede prejudiciële vraag wordt de eerste vraag herhaald, maar aangevuld met bepaalde criteria; zie punt 12 van deze conclusie. Ik vat de tweede prejudiciële vraag aldus op, dat de rechter wenst te vernemen of een berekeningsmethode waarin deze criteria niet in aanmerking worden genomen, onrechtmatig is; zie punt 69 van deze conclusie.

13 – Arrest van 9 november 1983, *Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Commissie* (322/81, Jurispr. blz. 3461, punt 57).

14 – Arresten van 13 februari 1979, *Hoffmann-La Roche/Commissie* (85/76, Jurispr. blz. 461, punt 91), en 3 juli 1991, *AKZO/Commissie* (62/86, Jurispr. blz. I-3359, punt 69).

15 – Arrest van 14 februari 1978, *United Brands en United Brands Continentaal/Commissie* (27/76, Jurispr. blz. 207, punten 248-257).

16 – Dit betreft alleen de eerste, de tweede en de derde prejudiciële vraag. De vierde prejudiciële vraag heeft betrekking op het voorbeeld van artikel 82, tweede alinea, sub c, EG.

17 – Zie arrest *United Brands en United Brands Continentaal/Commissie* (aangehaald in voetnoot 15, punten 248-257), en arrest van 13 november 1975, *General Motors Continental/Commissie* (26/75, Jurispr. blz. 1367, punten 11 en 12).

18 – Wish, R., *Competition Law*, Reed Elsevier, 5e druk 2003, blz. 195; Faull, J./Nikpay, A., aangehaald werk (voetnoot 10), punt 3.298.

19 – Zie met betrekking tot de plaats van de intellectuele eigendom in het gemeenschapsrecht Reinbothe, J., „Der Stellenwert des geistigen Eigentums im Binnenmarkt”, in: Schwarze, J., Becker, J. (ed.), *Geistiges*

Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht, Nomos 1998, blz. 31 e.v.

20 – Daarom wordt erop gewezen dat de exploitatie van het auteursrecht in veel gevallen pas mogelijk wordt door de aansluiting van de betrokken componist en muziekuitgever bij een auteursrechtenbureau; zie Dworkin, G., „Monopoly, non-participating rightowners, relationship authors/producers, Copyright Tribunal”, in: Jehoram, H. C., *Collective Administration of Copyrights in Europe*, Kluwer – Deventer, 1995, blz. 12. Wünschmann, C., *Die kollektive Verwertung von Urheber- und Leistungsschutzrechten nach europäischem Wettbewerbsrecht*, Nomos 2000, blz. 20 e.v., wijst op prohibitieve transactiekosten en verklaart dat de controle en de exploitatie van auteursrechten juist op het gebied van muziekwerken op grond van het „diffuse massale gebruik” ervan bijzonder moeilijk is. Voor nadere bijzonderheden hierover Mestmäcker, E.-J., „Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht aus Sicht der Verwertungsgesellschaften”, in: Schwarze, J., Becker, J. (ed.), *Geistiges Eigentum und Kultur im Spannungsfeld von nationaler Regelungskompetenz und europäischem Wirtschafts- und Wettbewerbsrecht*, Nomos 1998, blz. 55.

21 – Zie Vinje, T., Niiranen, O., „The Application of Competition Law to Collecting Societies in a Borderless Digital Environment”, in: *European Competition Law Annual 2005: The Interaction between Competition Law and Intellectual Property Law*, Ehlermann, C. D. (ed.), Hart, 2007, blz. 402; Wünschmann, C., aangehaald werk (voetnoot 20), blz. 19; Trampuz, M., *Avtorsko pravo, Cankarjeva zalozba*, 2000, blz. 73.

22 – Wünschmann, C., aangehaald werk (voetnoot 20), blz. 25. In dit verband moet echter rekening worden gehouden met het feit dat de Commissie bij beschikking COMP/36.698 – CISAC van 16 juli 2008 Europese auteursrechtenbureaus heeft verboden om hun dienstenaanbod buiten hun eigen land te beperken en op die manier de mededinging te vervalsen. Deze beschikking staat de auteursrechtenbureaus echter toe, hun bestaande stelsel van bilaterale overeenkomsten te handhaven en de hoogte van de royalty's vast te leggen. Aangezien deze beschikking niet is gepubliceerd, verwijs ik naar de persverklaring van de Commissie IP/08/1165 van 16 juli 2008 en het memorandum van de Commissie MEMO/08/511 van 16 juli 2008.

23 – Afnemers zijn in dit geval gewoonlijk kabelexploitanten of vergelijkbare ondernemingen die TV-zenders bundelen in verschillende pakketten en distribueren aan eindgebruikers.

24 – Zie punt 32 van deze conclusie.

25 – Zie punt 39 van deze conclusie.

26 – Zoals hierboven (punten 35 en 36 van deze conclusie) is uiteengezet, heeft artikel 82 EG niet tot gevolg dat een onderneming met een machtspositie haar economische handelingsvrijheid volledig verliest.

27 – Wünschmann, C., aangehaald werk (voetnoot 20), blz. 163, wijst erop dat het aan binnenlandse mecha-

nismen blijft om de tariefregelingen van monopolisten te toetsen.

28 – In punt 3.294 van Faull, J./Nikpay, A., aangehaald werk (voetnoot 10), wordt erop gewezen dat op dit gebied terughoudendheid van de mededingingsautoriteiten aangewezen is en dat alleen moet worden ingegrepen wanneer bijzonder duidelijk wordt dat er schade wordt toegebracht aan de welvaart van consumenten.

29 – Arrest van 6 februari 2003, SENA (C-245/00, Jurispr. blz. I-1251).

30 – PB L 346, blz. 61.

31 – Arrest SENA (aangehaald in voetnoot 29, punten 34-36 en 40-46). Zie inzake het (beperkte) mandaat van de Europese Gemeenschap als wetgever inzake auteursrechten Reinbothe, J., aangehaald werk (voetnoot 19), blz. 33.

32 – In Faull, J./Nikpay, A., aangehaald werk (voetnoot 10), punten 8.35-8.37, wordt erop gewezen dat de precieze omvang van het auteursrecht kan variëren, dat het specifieke voorwerp van het auteursrecht niet altijd duidelijk kan worden geïdentificeerd en dat de auteursrechtelijke bescherming van lidstaat tot lidstaat kan verschillen.

33 – Arrest Basset (aangehaald in voetnoot 8), punt 5.

34 – Arrest Basset (aangehaald in voetnoot 8), punten 16 en 18. In punt 19 van dat arrest heeft het Hof er echter op gewezen dat er sprake kan zijn van misbruik wanneer het auteursrechtenbureau een onredelijk hoge vergoeding vraagt.

35 – Arrest Hof van 15 maart 2007, *British Airways/Commissie* (C-95/04 P, Jurispr. blz. I-2331, punt 67), en arrest *Gerecht van 30 september 2003, Michelin/Commissie* (T-203/01, Jurispr. blz. II-4071, punt 73).

36 – Zie ook Temple Lang, J., „Media, Multimedia and European Community Law”, in: *International antitrust law & policy*, 1997, nr. 377, blz. 424.

37 – Zie dienaangaande in meer detail punt 74 van deze conclusie.

38 – Zie dienaangaande in meer detail punten 75-77 van deze conclusie.

39 – De beoordeling of een dergelijke berekeningsmethode onrechtmatig is, hangt dan af van de criteria die door middel van de variabele factor in aanmerking worden genomen. Aangezien de verwijzende rechter in zijn tweede en zijn derde prejudiciële vraag vragen ter zake heeft gesteld, verwijs ik naar de beantwoording van de tweede en de derde vraag (punten 68-105 van deze conclusie).

40 – Het Hof heeft in zijn arrest *United Brands en United Brands Continentaal/Commissie* (aangehaald in voetnoot 15, punten 227-233) erop gewezen dat het spel van vraag en aanbod naar zijn aard enkel invloed mag hebben in de handelsfase waarin het zich werkelijk manifesteert. De marktmechanismen worden ontregeld als bij de prijsberekening een marktphase wordt overgeslagen en niet wordt uitgegaan van de vraag-aanbodverhouding tussen verkoper en koper, maar van die tussen verkoper en eindverbruiker.

41 – Arresten British Airways/Commissie (aangehaald in voetnoot 35, punt 67) en Michelin/Commissie (aangehaald in voetnoot 35, punt 73).

42 – Zie Bellamy & Child, European Community Law of Competition, Sweet & Maxwell, 6e druk 2008, nr. 10.109. Temple Lang, J., aangehaald werk (voetnoot 36), blz. 425. Dit is bijvoorbeeld bij uitgavecontracten met schrijvers of bij platencontracten met musici een volkomen gebruikelijke handelwijze.

43 – Zie Mestmäcker, E.-J., aangehaald werk (voetnoot 20), blz. 55.

44 – Becker, J., „Governmental and judicial control over licensing and tariffs”, in: Collective Administration of Copyrights in Europe, Kluwer – Deventer 1995, blz. 44.

45 – Arrest United Brands en United Brands Continentaal/Commissie (aangehaald in voetnoot 15, punten 239-241).

46 – Zie punt 53 van de conclusie van advocaat-generaal Jacobs van 26 mei 1989 in de zaak Tournier (aangehaald in voetnoot 8) en de zaak Lucazeau e.a. (aangehaald in voetnoot 8); Allendesalazar, R., Vallina, R., „Collecting Societies: The Usual Suspects”, aangehaald werk (voetnoot 21); Liaskos, E.-P., aangehaald werk (voetnoot 10), punten 704 e.v. Dit blijkt onder meer uit het feit dat het gebruik van een muziekwerk, wanneer het eenmaal is voortgebracht, niet tot aanvullende kosten voor de componist leidt.

47 – Deze idee kan bijvoorbeeld worden afgeleid uit punt 156 van de richtsnoeren van de Commissie voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht (PB 2004, C 101, blz. 2). Volgens dat punt is het over het algemeen niet concurrentiebeperkend dat royalty's worden berekend op basis van de prijs van het eindproduct, mits daarin de in licentie gegeven technologie is verwerkt. Volgens mij kan dit worden aangehaald als bewijs dat een dergelijke vergoedingsregeling gebruikelijk is op het gebied van intellectuele eigendom. Indien door een cumulatie van royalty's een onevenredig resultaat ontstaat voor een product, moet dat mijns inziens niet noodzakelijkerwijs tot een loskoppeling van de royalty's leiden, maar kan dat worden opgelost door middel van de hoogte van de royalty's.

48 – Becker, J., aangehaald werk (voetnoot 44), blz. 44; Liaskos, E.-P., aangehaald werk (voetnoot 10), punt 699.

49 – Punten 40-42 van deze conclusie.

50 – Een methode voor de vaststelling van de economische waarde van een product zou zijn, om uit te gaan van de gemiddelde prijs van dat product (economische waarde als gemiddelde, geobjectieerde prijs). Hier bestaat er echter op grond van de exclusieve positie van auteursrechtenbureaus geen concurrentie die de prijs zou kunnen beïnvloeden. Zie in het algemeen inzake dit probleem Faull, J./Nikpay, A., aangehaald werk (voetnoot 10), punt 3.293.

51 – Arrest Tournier (aangehaald in voetnoot 8, punt 38).

52 – Mijns inziens moet het Hof om de bovengenoemde redenen (punt 48 van deze conclusie) terughoudend zijn, wanneer de berekeningsmethode in een lidstaat uitgaat van een criterium dat in een begrijpelijk verband staat met het auteursrecht, terwijl de berekeningsmethode in een andere lidstaat uitgaat van een ander criterium, dat eveneens in een begrijpelijk verband staat met het auteursrecht, waardoor verschillende resultaten worden verkregen.

53 – Volgens Bellamy & Child, aangehaald werk (voetnoot 42), punt 9-065, moet het feit dat een praktijk in de betrokken sector gebruikelijk is, in aanmerking worden genomen.

54 – In dit verband moet erop worden gewezen dat er geen onderhandelingen plaatsvinden over licenties voor individuele auteursrechten, zoals in de punten 40-42 van deze conclusie is beschreven, omdat TV-zenders op grond van de allesdekkende licentie voor het totale repertoire van STIM niet over licenties voor het gebruik van individuele auteursrechtelijk beschermde muziekwerken hoeven te onderhandelen. Indien echter voor de bepaling van de waarde van de gezamenlijke licentie werd uitgegaan van dergelijke onderhandelingen als hypothese, dan zou het niet ongebruikelijk zijn dat de auteurs een aandeel van de behaalde omzet vragen. Volgens mij kan de conclusie niet anders zijn, louter omdat de auteursrechten door het auteursrechtbureau worden uitgeoefend.

55 – Arrest Basset (aangehaald in voetnoot 8, punten 16 en 18).

56 – Kanal 5 en TV 4 wijzen erop dat ook een koppeling aan de door de TV-zenders behaalde winst mogelijk zou zijn, maar ik betwijfel dat deze alternatieve methode de waarde van de prestatie van een auteursrechtenbureau correct zou weergeven. In dat geval zouden niet alleen de behaalde omzet, maar ook de kosten van de TV-zenders volledig in aanmerking worden genomen bij de bepaling van de waarde van de prestatie. Het is mij niet duidelijk wat de kostenstructuur van een TV-zender zegt over de economische waarde van de prestatie van een auteursrechtenbureau.

Overigens is de stelling van Kanal 5 en TV 4, dat STIM geen deel heeft in het economische risico van de TV-zenders, ook onjuist. Aangezien de vergoeding van STIM afhankelijk is van de inkomsten van de TV-zenders uit reclame- en abonnementsovereenkomsten, heeft een daling van die inkomsten rechtstreeks invloed op de vergoeding van STIM.

57 – Zie punten 47 en 48 van deze conclusie.

58 – Voor zover de derde prejudiciële vraag verwijst naar de eerste prejudiciële vraag, verwijs ik naar mijn antwoord op de eerste prejudiciële vraag.

59 – Punt 32 van deze conclusie.

60 – Punten 52-57 van deze conclusie.

61 – Zie arresten van 19 december 1968, Salgoil (13/68, Jurispr. blz. 632, op blz. 642); 23 januari 1975, Van der Hulst (51/74, Jurispr. blz. 79, punt 12); 8 februari 1990, Shipping and Forwarding Enterprise Safe (C-320/88, Jurispr. blz. I-285, punt 11); 5 oktober 1999, Lirussi en Bizzaro (C-175/98 en C-177/98, Jurispr. blz. I-6881, punt 38); 15 mei 2003, RAR (C-282/00,

Jurispr. blz. I-4741, punt 47), en 30 maart 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Jurispr. blz. I-2941, punten 68 e.v.)

62 – Arrest Basset (aangehaald in voetnoot 8, punt 18).

63 – Arrest Tournier (aangehaald in voetnoot 8, punt 45).

64 – Ibidem.

65 – Ibidem.

66 – Zie Bellamy & Child, European Community Law of Competition, aangehaald werk (voetnoot 42), nr. 9-065; arrest van 21 februari 1973, Europemballage en Continental Can/Commissie (6/72, Jurispr. blz. 215, punt 26).

67 – Liaskos, E.-P., aangehaald werk (voetnoot 10), punt 699.

68 – Bepaalde uitzendingen zijn voor reclamedoeleinden bijzonder interessant, bijvoorbeeld omdat zij een groot aantal kijkers trekken. De TV-zenders kunnen met deze uitzendingen gewoonlijk hogere reclame-inkomsten behalen.

69 – Dit zal bij abonnementsovereenkomsten wel moeilijker zijn dan bij reclameovereenkomsten; zie dienaangaande voetnoot 75.

70 – Punten 75-77 van deze conclusie.

71 – Wat de inkomsten uit reclameovereenkomsten betreft, pleit mijns inziens veel voor de opvatting dat er een sterke correlatie bestaat tussen het verwachte kijkcijfer en de hoogte van de reclame-inkomsten. Ook bij de inkomsten uit de abonnementsovereenkomsten zouden de inkomsten zeer wel evenredig aan het aantal verwachte of potentiële kijkers kunnen stijgen.

72 – Zie punten 58-61 van deze conclusie.

73 – Zie punt 74 van deze conclusie.

74 – Punten 47-49 van deze conclusie.

75 – In dit verband moet in aanmerking worden genomen dat bij TV-zenders die alleen worden gefinancierd door inkomsten uit abonnementsovereenkomsten, anders dan bij inkomsten uit reclameovereenkomsten, vermoedelijk geen correlatie tussen de inkomsten en het kijkcijfer kan worden vastgesteld die specifiek is voor de uitzending of uitzendtijd. De verwijzende rechter moet dan nagaan of met betrekking tot de inkomsten uit abonnementsovereenkomsten een nauwkeurigere toedeling, bijvoorbeeld door de vaststelling van het werkelijke kijkcijfer van afzonderlijke uitzendtijden of van individuele uitzendingen, mogelijk is.

76 – Zie punten 75-77 van deze conclusie.

77 – Volgens mij kan beter met deze omstandigheid rekening worden gehouden via de hoogte van het aandeel. Het aandeel dat op de inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten wordt toegepast, ligt immers duidelijk onder het muziekaandeel. Aangezien de verwijzende rechter echter niet heeft gevraagd of een vergoeding zoals die welke door STIM wordt gevraagd, te hoog is, hoef ik hier op dit punt niet dieper in te gaan.

78 – Zie punten 60-64 van deze conclusie.

79 – Arrest Basset (aangehaald in voetnoot 8, punten 16 en 18).

80 – Dienaangaande moet erop worden gewezen dat de inkomsten van discotheken niet alleen afhangen van het

gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken, maar ook van andere factoren, zoals bijvoorbeeld de ligging, de reclame, het publiek en de inrichting van de discotheek, die voor een deel slechts in geringe mate verband houden met het gebruik van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken.

81 – Met betrekking tot de inaanmerkingneming van het soort gebruik zal in het bijzonder rekening moeten worden gehouden met de vraag of een onderscheid naargelang van het soort gebruik (bijvoorbeeld uitzendingen die auteursrechtelijk beschermde muziekwerken alleen als achtergrondmuziek gebruiken, of uitzendingen waarvan de weergave van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken het hoofdvoorwerp is) kan worden gemaakt volgens voldoende objectieve criteria. Voorts zal in het bijzonder in aanmerking moeten worden genomen of een dergelijke alternatieve methode de kosten doet stijgen. In dat verband kan het een rol spelen of het auteursrechtenbureau intern een vergelijkbaar onderscheid maakt. Tot slot zal een afweging moeten worden gemaakt tussen de voor- en de nadelen.

82 – Punten 74-79 van deze conclusie.

83 – Zie dienaangaande punt 9 van deze conclusie.

84 – Arrest British Airways/Commissie (aangehaald in voetnoot 35, punt 143).

85 – SVT wordt gefinancierd door publieke bijdragen. Uit de hoogte van de publieke bijdragen kunnen, anders dan bij inkomsten uit reclame- en abonnementsovereenkomsten, niet noodzakelijkerwijs conclusies worden getrokken inzake de mate van het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken.

86 – Rechtvaardiging van de ongelijke behandeling van Kanal 5 en TV 4 enerzijds en SVT anderzijds op grond van de publiekrechtelijke taak van SVT komt niet in aanmerking, omdat STIM ter terechtzitting heeft verklaard dat de reden voor de ongelijke behandeling alleen ligt in het feit dat SVT nauwelijks inkomsten uit reclameovereenkomsten en geen inkomsten uit abonnementsovereenkomsten heeft.

87 – Arrest van 16 december 1975, Suiker Unie e.a./Commissie (40/73-48/73, 50/73, 54/73-56/73, 111/73, 113/73 en 114/73, Jurispr. blz. 1663, punten 523 en 524), en arrest British Airways/Commissie (aangehaald in voetnoot 35, punt 144).

88 – Zie in voetnoot 61 aangehaalde arresten Van der Hulst (punt 12); Shipping and Forwarding Enterprise Safe (punt 11); Lirussi en Bizzaro (punt 38); RAR (punt 47) en Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (punten 68 e.v.).