

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL H. MAYRAS
VAN 12 FEBRUARI 1974 ¹

*Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,*

Bij arrest van 30 januari heeft Uw Hof, uitspraak doende over zijn bevoegdheid, de beide door een der partijen in het hoofdgeding gestelde prealabele vragen ter zijde gesteld en mij verzocht mijn standpunt te bepalen nopens de beantwoording van de prejudiciële vragen gesteld door de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel.

1 — Probleemstelling

De beide eerste vragen betreffen de uitlegging van artikel 86 van het Verdrag. Het gaat om de term „misbruik van een machtspositie” en de Belgische rechter wenst van U te weten

- enerzijds: of zodanig misbruik wordt begaan door een onderneming die in een Lid-Staat over het feitelijk beheersmonopolie van de auteursrechten beschikt en van haar leden, auteurs, componisten en muziekuitgevers verlangt dat zij van al hun auteursrechten, ongeacht de categorie, afstand doen;
- anderzijds: of zodanig misbruik ook daarin kan zijn gelegen dat die onderneming bedingt dat de auteurs hun tegenwoordige en toekomstige rechten afstaan en zich met name het uitsluitend recht voorbehoudt de afgestane rechten gedurende vijf jaar na hun uittrekking uit te oefenen.

Alvorens op deze problemen in te gaan zou ik mij over de te volgen methode willen uitspreken, waarbij een keuze moet worden gemaakt tussen twee opvattingen.

Dient er in het raam van artikel 177 van het Verdrag een uitlegging in abstracto

te worden gegeven, des dat de gestelde vragen in algemene zin worden beantwoord en de nationale rechter de leidinggevende beginselen op het concrete geval heeft toe te passen?

Of hebt U die rechter een uitlegging te bieden die hem bij zijn beslissing werkelijk kan helpen in dier voege dat de interpretatie aansluit bij de concrete gegevens die in de overwegingen van de verwijzende rechter — alsook in de schriftelijke en mondelinge opmerkingen van partijen in het hoofdgeding en de Commissie — zijn te vinden.

Uw Hof heeft deze laatste weg ingeslagen; dit blijkt met name uit het arrest van 30 juni 1966 (Société Technique Minière — LTM/Maschinenbau Ulm — MBU, zaak 56-65, Jurisprudentie 1966, blz. 391), waarin U hebt overwogen dat „het . . . juist is wanneer de nationale rechter, in het belang van een bruikbare uitlegging van de litigieuze bepalingen, duidelijk maakt in verband met welke rechtsvragen 's Hof's interpretatie wordt gevraagd; dat het Hof derhalve aan de (door de nationale rechter) medegedeelde rechtsfeiten de tot goed begrip en deugdelijke beantwoording der gestelde vragen noodzakelijke gegevens mag ontleen”.

In dezelfde zin hebt U in het arrest van 1 december 1965, gewezen in de zaak Dekker (zaak 33-65, Jurisprudentie 1965, blz. 1135), overwogen dat de gestelde vraag elementen bevatte die met de uitlegging van het gemeenschapsrecht verband hielden, zodat daarop met inaanmerkingneming van de concrete gegevens die de nationale rechter heeft vastgesteld, moest worden gelet.

In casu zullen wij de gegevens van feitelijke en juridische aard die kunnen worden ontleend aan de procedure voor de rechtbank te Brussel en aan de U ver-

¹ — Vertaald uit het Frans.

strekte toelichtingen dus niet buiten beschouwing mogen laten.

Het gaat in het onderhavige geval om de Belgische Vereniging van auteurs, componisten en uitgevers en met name om haar Statuten en algemeen reglement, waarin haar betrekkingen met de leden zijn vastgelegd.

Wij mogen er al evenmin aan voorbij zien dat de Commissie tegen die vereniging — en tegen soortgelijke verenigingen — in de andere Lid-Staten — ambtshalve een procedure krachtens artikel 86 van het Verdrag heeft ingeleid.

De communautaire markt voor dienstverleningen vertoont, wat het beheer van muziekauteursrechten betreft, bijzonderheden welke de Commissie aanleiding geven om, ter beoordeling van de vraag of de gedragslijn dezer ondernemingen de toets van de mededingingsregelen der Gemeenschap kan doorstaan, een onderzoek in te stellen naar de voorwaarden waaronder zij werken.

Het feitelijk monopolie dezer vennootschappen in de betrokken Lid-Staten, de daarmee samenhangende beperking van hun rechtstreekse bemoeiingen tot hun nationale grondgebied en het feit dat zij ten aanzien van de exploitatie van hun repertoire over en weer bepaalde overeenkomsten hebben gesloten, leidden er volgens de Commissie toe dat iedere in een dezer Staten gevestigde auteur, componist of muziekuitgever wel van de diensten van een nationaal auteursrechtenbureau gebruik moest maken — individueel beheer bleek meestal volslagen onmogelijk —.

De Commissie heeft voorts als bijlage bij haar schriftelijke opmerkingen de uiteenzetting der jegens Sabam in aanmerking genomen punten van bezwaar gevoegd; daarin zijn de statutaire clausules — en bepalingen uit het algemeen reglement — van Sabam te vinden door welke toepassing zou blijken dat zij haar machtspositie op het Belgisch grondgebied misbruikt.

Weliswaar heeft de Commissie in het geval-Sabam helaas nog geen beschikking genomen, maar vaststaat dat de gedach-

tenwisseling die tijdens de administratieve procedure heeft plaatsgevonden de vennootschap in 1971 en 1973 in sommige wijzigingen van haar Statuut deed bewilligen.

Anderzijds heeft de Commissie na de procedure tegen de Duitse vennootschap Gema bij beschikking van 2 juni 1971 een opsomming gegeven van de met artikel 86 van het Verdrag strijdig bevonden bepalingen harer statuten. Hoewel deze individuele beschikking thans niet in het geding is, werpt zij licht op het leerstellig standpunt der Commissie inzake de auteursrechtenbureaus en het oordeel der Commissie over hun optreden, getoetst aan artikel 86.

In dit algemeen bestek zullen wij de prejudiciële vragen van de rechtbank te Brussel moeten bezien. Met behulp van de ons verstrekte gegevens zullen wij — ze in hun feitelijke en juridische samenhang plaatsen om U een antwoord aan de hand te doen dat de Belgische rechter, zo mogelijk, in staat zal stellen met volledige kennis van zaken zijn beslissing te nemen.

Het gaat er hem om of de contracten die volgens Sabams statuten en algemeen reglement tussen Sabam enerzijds en Rozenstraten en Davis anderzijds zijn aangegaan, op het tijdstip waarop hij van de zaak had kennis te nemen op een ongeoorloofde oorzaak berustten in die zin dat ze waren aangegaan door een onderneming die een machtspositie innam en daarvan ook misbruik maakte.

Wij zullen dus een onderzoek moeten instellen naar de statuten en het reglement krachtens welke de litigieuze contracten zijn gesloten om dan, daarvan uitgaande, te bezien of wat Sabams gedragingen betreft de voorwaarden voor toepassing van artikel 86 zijn vervuld.

II — Voorwaarden waaronder artikel 86 van het Verdrag kan worden toegepast

Welke zijn die voorwaarden?

A — Het misbruik dat in artikel 86

wordt verboden moet in de eerste plaats zijn begaan door

- een of meer ondernemingen, die
- een machtspositie innemen
- op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.

1. Ofschoon de Belgische rechter het als een uitgemaakte zaak schijnt te beschouwen dat Sabam een onderneming is in de zin van artikel 86, is het wellicht nuttig er aan te herinneren dat de auteurs van het Verdrag wilden werken met een economisch ondernemingsbegrip in de zin van de omschrijving van professor Goldman: „een gecoördineerd geheel van personen en goederen, dat met het oog op een bepaald doel gevormd is en welks activiteiten op de verwezenlijking van dat doel gericht zijn”.

In Uw — op grond van het EGKS-Verdrag gewezen — arrest van 13 juli 1962 (Mannesmann AG/Hoge Autoriteit, zaak 19-61, Jurisprudentie 1962, blz. 703) hebt U een dergelijke formulering gebezigd: „... dat een onderneming bestaat uit een tot een zelfstandig rechtssubject behorend geheel van persoonlijke, materiële en immateriële factoren, waarmede op duurzame wijze een bepaald economisch doel wordt nagestreefd”.

Deze definitie behelst in zoverre een aanvulling dat er sprake moet zijn van een zelfstandig rechtssubject.

De rechtsvorm waarin de onderneming is gegoten geeft echter bij de toepassing van het mededingingsrecht niet de doorslag. Wordt zij niet persoonlijk beheerd, dan behoeft bij de rechtsvorm (vennootschap, coöperatieve vereniging, maatschap, eventueel: vereniging) niet verder te worden stilgestaan.

Artikel 86 is dus, zo goed als artikel 85, van toepassing op iedere onderneming welke activiteiten zijn gelegen op economisch gebied, dat wil zeggen op iedere onderneming die zich op het tegen vergoeding uitwisselen van goederen of diensten toelegt.

Een vennootschap die zich ten doel stelt onder bezwarende titel auteursrechten te

exploiteren en te beheren „oefent een ondernemersactiviteit uit, bestaande in dienstverrichtingen jegens componisten, auteurs, uitgevers en afnemers van muziek” (beschikking Commissie inzake Gema).

Wij maken deze stelling tot de onze, te meer waar Uw Hof in het arrest van 8 juni 1971 (Deutsche Grammophon, zaak 78-70, Jurisprudentie 1971, blz. 487) artikel 86 zonder aarzeling heeft toegepast op een „fabrikant van dragers voor het weergeven van geluid, houder van een met het auteursrecht verwant recht”.

Ook het feit dat Sabam een coöperatieve vereniging is die haar leden ter zake van de uitoefening hunner auteursrechten vertegenwoordigt, neemt niet weg dat zij een onderneming is, immers: zij exploiteert de haar gecedeerde rechten op eigen naam; zij draagt de daaraan verbonden kosten; zij stelt het bedrag der heffingen vrijelijk vast.

Zij is dus niet als „lasthebster” van haar leden te beschouwen; zij neemt te hunnen opzichte geen afhankelijke positie in.

Ten slotte doet ook het feit dat Sabam vooral auteurs en componisten omvat die behoren tot de uitoefenaars der vrije beroepen aan de hoedanigheid van ondernemer niet af: zij exploiteert hun auteursrechten op economische wijze.

2. Het in artikel 86 niet omschreven begrip machtspositie, zal moeten worden uitgelegd in het licht van het beginsel neergelegd in artikel 3 (f), volgens hetwelke de activiteit der Gemeenschap ook omvat „de invoering van een régime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt *vervalst*”.

In Uw arrest van 21 februari 1973 (Europemballage en Continental Can, zaak 6-72, Jurisprudentie 1973, blz. 245) hebt U overwogen dat „deze bepaling a fortiori eist dat de mededinging niet wordt uitgeschakeld”. Wanneer een aanmerkelijke beperking van de werkelijke mededinging al typisch kan zijn voor een machtspositie op een bepaalde markt, dan wordt dit begrip door de uitoefening

van een monopoliepositie die de mededinging geheel uitschakelt gedekt — en meer dan dat —.

Ter kwalificatie van Sabams positie op Belgisch grondgebied heeft de rechtbank te Brussel trouwens de term „feitelijk monopolie” te baat genomen. Onweersproken is dat zij sedert 1940 in België de enige onderneming is die belast is met de zorg voor de exploitatie der auteursrechten, met name op muziekgebied. Zij heeft, evenals Gema in Duitsland, geen concurrenten.

Dit leidt er toe dat in de praktijk geen enkele componist, auteur of uitgever van muziekstukken het voor de uitoefening van zijn rechten buiten Sabam kan stellen.

Persoonlijk beheer is volslagen onmogelijk; voor zodanig beheer zou men over zeer sterke middelen moeten beschikken en ongetwijfeld te veel kosten moeten maken.

En ofschoon een Belgisch auteur of uitgever anderzijds zeer wel het beheer zijner rechten aan een in een andere Lid-Staat gevestigde vennootschap kan toevertrouwen, staat in de eerste plaats vast dat betrokkene dat alleen kan doen wanneer hij genoeg neemt met een lidmaatschap met zeer beperkte sociale rechten en is het bovendien zo dat de verschillende nationale auteursrechtenbureaus bij op voet van wederkerigheid gesloten overeenkomsten hun rechtstreekse bemoeiingen beperken tot het land, waar zij gevestigd zijn. Ook zo zou men in België als auteur of uitgever Sabams monopolie niet kunnen ontlopen.

Dat Sabam een machtspositie inneemt lijdt dus geen twijfel.

3. Die machtspositie moet nog worden gezien in verband met een bepaalde markt: de „betrokken” markt, bekend uit het Amerikaanse antitrustrecht op grondslag waarvan de federale rechtspreek het begrip „relevant market” ontwikkelde.

De vraag die bij markten voor industriële produkten gewoonlijk aan de orde

komt, namelijk die naar het bestaan van vervangende produkten, speelt bij de muziekauteursrechten en de auteursrechten van uitgevers van muziekwerken geen rol.

Doch ter bepaling van de „betrokken markt” dient stellig niet alleen op de produkten en dienstverleningen te worden gelet, doch ook op de ligging in geografisch opzicht en het kwantitatief belang, zoals artikel 86 door te spreken van een machtspositie „op een wezenlijk deel” van „de gemeenschappelijke markt” verlangt.

Het is dan niet nodig dat die „macht” zich doet gelden op een markt die het grondgebied van twee of meer Lid-Statens omvat. Het marktgebied geeft niet langer de doorslag, wel het marktkwantum vergeleken met de gehele gemeenschappelijke markt, dus gemeten naar zijn relatief economisch belang. Daarbij dienen vooral dichtheid, middelen en koopkracht der bevolking in aanmerking te worden genomen. België is dan ongetwijfeld een „wezenlijk deel” van „de gemeenschappelijke markt”.

B — In artikel 86 wordt niet het innemen doch het misbruik maken van een machtspositie — waardoor de handel tussen Lid-Statens ongunstig kan worden beïnvloed — verboden.

1. Is de term misbruik van objectieve aard — zodat opzet op wederrechtelijkheid niet nodig is — (arrest van 18 februari 1971, Sirena, zaak 40-70, Jurisprudentie 1971, blz. 69), artikel 86 geeft slechts enkele voorbeelden doch geen omschrijving. De betekenis van deze term zal dus van geval tot geval moeten worden vastgesteld.

De rechtbank te Brussel heeft gemeend in de U gestelde vragen met twee voorbeelden van misbruik opleverende gedragingen van Sabam jegens haar leden en jegens afnemers van muziek te kunnen volstaan.

In de eerste plaats verlangt Sabam krachtens artikel 10 harer Statuten, zoals die in 1968 luiden, dat haar alle auteurs-

rechten, ongeacht hun categorie, bij uitsluiting worden overgedragen. In de tweede plaats betreft die cessie tegenwoordige en toekomstige rechten en heeft zij zich de uitsluitende uitoefening dier rechten gedurende een tijdvak van vijf jaren na uitreding van het betrokken lid voorbehouden.

Hiermede staan enkele, maar dan ook slechts enkele, van de grieven in verband die de Commissie tegen Sabam in het geding brengt; zij acht het een ondeugdelijk argument dat de bescherming van de auteur altijd en zonder uitzondering zou medebrengen dat men zich tot een auteursrechtenbureau heeft te wenden: het zou voldoende zijn dat de componist van Sabams diensten gebruik kan maken wanneer hij zich door de muziekafnemers aan buitensporige economische druk ziet blootgesteld.

Om te beginnen kan men zich afvragen of deze stelling niet met de aard der dingen, met de economische realiteit, in strijd is. Een auteur of componist en zelfs een uitgever van muziekwerken is, voor zover er in dit laatste geval niet van zeer sterke ondernemingen sprake is, praktisch niet in staat zijn rechten zelf te exploiteren. Hij kan geen toezicht houden op de verschillende mogelijke manieren waarop er van zijn werk gebruik kan worden gemaakt. Sterker nog, verschillende afnemers, zoals grammofoonplatenfabrikanten en radio- en televisie-maatschappijen in handen van de overheid of van particulieren, nemen op de markt zo sterke posities in dat zij de auteurs en componisten van zich afhankelijk kunnen maken door afstand te verlangen van bepaalde werken, vooral van die welke veel succes beloven, zodat de exploitatie bijzonder interessant gaat worden.

De Commissie heeft de hieraan verbonden gevaren zelf erkend en toegegeven dat toetreding tot een bureau als Sabam betrokkenen een noodzakelijke bescherming biedt.

Het gaat hier echter niet om het beginsel van aansluiting bij een bureau voor muziek auteursrechten, doch enerzijds om

omvang en zwaarte van de in artikel 11 der contracten overgenomen eis van artikel 10 der Statuten dat men zijn rechten exclusief heeft over te dragen en anderzijds om de clausules die haar leden praktisch alle rechtstreekse betrekkingen met buitenlandse bureaus verbieden.

Het misbruik dat de Commissie in de bepalingen heeft menen te ontdekken is gelegen in het feit dat Sabam haar leden aldus verplichtingen zou opleggen die ter verwezenlijking van haar doel niet onmisbaar zijn en het lid worden van een ander bureau op onbillijke wijze bemoeilijken.

Met andere woorden, voor een onderneming met een machtspositie zou het verbod gelden bij haar gestie de grenzen van het redelijke te overschrijden en zij zou ter verwezenlijking van haar maatschappelijk doel de middelen hebben te kiezen welke met de minste restricties gepaard gaan.

De noodzaak van zulk een gedragslijn kan worden gelezen in het eerste voorbeeld van misbruik dat artikel 86 tweede alinea, a) geeft door te spreken van „het rechtstreeks of zijdelings opleggen van ... onbillijke contractuele voorwaarden”.

Die onbillijkheid is in casu bovendien gelegen in de duur van de exclusieve cessie — even lang als het lidmaatschap zelf (artikel 3 der Statuten) — en de algemeenheid dier cessie, die naar wij zagen voor tegenwoordige en toekomstige rechten geldt.

Want zulke clausules schijnen niet alleen in de praktische behoeften die met de uitoefening der auteursrechten verband houden hoegenaamd geen rechtvaardiging te vinden, doch de leden bovendien aan handen en voeten te binden en hun toetreding tot een ander bureau onmogelijk te maken.

Het ligt voor de hand dat de Commissie, deze bepalingen onverenigbaar achtend met het verbod van artikel 86, doch anderzijds rekening houdend met de noodzakelijke bescherming welke bureaus als Sabam de auteurs van muziekwerken bieden, gezocht heeft naar een definitie

van hetgeen zij „aanvaardbare banden” heeft genoemd.

Zij heeft daartoe onderscheid gemaakt tussen de verschillende soorten rechten die voor exploitatie door een auteurs-rechtenbureau in aanmerking komen en wijzigingen van de Statuten voorgeschreven in dier voege dat de leden voor al hun werken de afstand hunner rechten tot bepaalde wijzen van exploitatie kunnen beperken.

Deze tussenoplossing lag besloten in de tweede Gema-beschikking en ook Sabam heeft haar tenslotte aanvaard door in 1971 een wijziging harer statuten in de door de Commissie gewenste zin te bewilligen. Het is niet zonder belang dat ook de Société française des auteurs et compositeurs de musique (Sacem) zich tijdens de tegen haar aangespannen procedure bij deze zienswijze heeft neergelegd, terwijl het Nederlandse bureau Bu-ma eigener beweging een beslissing in dezelfde zin heeft genomen.

Ook wist de Commissie gedaan te krijgen dat de statutaire bepaling volgens welke een bureau gedurende vijf jaren nadat het betrokken lid is uitgetreden de afgestane rechten kan blijven uitoefenen (artikel 15 van Sabams statuten) werd gewijzigd.

Omdat zij een zo lange termijn ook voor de nog lopende contracten onnodig achtte en deze bepaling al te rigoureuus vond — en de leden haars inziens ook meer dan strikt nodig aan banden worden gelegd —, heeft de Commissie gemeend dat met een termijn van drie jaren kon worden volstaan, terwijl het de auteur werd mogelijk gemaakt zijn rechten alleen voor bijzondere vormen van exploitatie af te staan en ook — wanneer de cessie bepaalde exploitatiewijzen betrof — voor slechts één jaar.

Zonder een oordeel uit te spreken over deze oplossingen die ter beoordeling van de Commissie staan, zijn wij van mening dat Sabam door goed te vinden dat ze ook in haar statuten tot uitdrukking komen, heeft erkend dat die statuten in hun oude redactie met artikel 86 van het

Verdrag onverenigbare bepalingen bevatten.

Wij zouden de beide eerste vragen van de rechtbank te Brussel dus in bevestigende zin willen zien beantwoord.

Voor deze opvatting vinden wij bovendien steun in een overweging die de Belgische rechter in het verwijzingsvonnis niet heeft doen gelden en die nochtans de aandacht verdient. Een van de andere verwijtten aan het adres van Sabam was dat er in haar statuten zoals die tot 1970 luidden, jegens de onderdanen van andere Lid-Staten dan België werd gediscrimineerd. Zij konden geen vennoot of stagiair worden.

Zij konden alleen lid van de vennootschap worden in de hoedanigheid van titularis, welke term ten onrechte deed vermoeden dat zij in de vennootschap over bepaalde beheersrechten beschikten of aanspraak zouden kunnen maken op uitkeringen van de sociale dienst voor onderlinge hulp en solidariteit (waaraan zij wél hun contributie hadden te betalen).

Wanneer men anderzijds weet dat ook de andere auteursrechtenbureaus zulke bepalingen kenden en dat die bureaus in onderling overleg hun rechtstreekse bemoeiingen beperkten tot het grondgebied van de Staat waar zij gevestigd waren, dan blijken deze ondernemingen in feite te hebben gewerkt op een wijze die een afscherming van de nationale markten voor muziekwerken behelsde, hetgeen in strijd was met de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt en de handel tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden.

III — Uitlegging van de term „onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang”

De beide laatste vragen van de rechtbank te Brussel vragen geen lange bespreking meer.

De rechtbank heeft gemeend de mogelijkheid van door Sabam gepleegd mis-

bruik van een machtspositie ook te moeten toetsen aan artikel 90, lid 2, van het Verdrag en vraagt U derhalve de term „onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang” uit te leggen en te verklaren of die term impliceert dat zulk een onderneming bepaalde aan andere ondernemingen niet toegekende voorrechten moet genieten.

De bedoeling van deze vraag is duidelijk: artikel 90, lid 2, behelst een uitzonderingsregeling welke met name ondernemingen belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang begunstigt; de mededingingsregelen van het Verdrag zijn op die ondernemingen slechts van toepassing voor zover daardoor de vervulling van hun bijzondere taak niet wordt verhinderd. Mocht Sabam dus een dergelijke taak te vervullen hebben en als een onderneming zijn te beschouwen in de zin van de bijzondere regeling van artikel 90, lid 2, zou dan op haar handelwijze ook artikel 86 niet-toepasselijk zijn, althans voor zover de uitsluiting van de toepasselijkheid met het oog op haar taak gerechtvaardigd was?

Deze vraag is zijdelings — doch kennelijk — ingegeven door de beschikking welke de Commissie ten opzichte van Gema heeft genomen.

Het Duitse bureau had in de loop van de procedure gesteld dat het in het Urheberrechtsgesetz van 9 september 1965 met diensten van algemeen economisch belang was belast.

De Commissie wilde hiervan niet weten: zodanige taak was Gema noch in die wet noch in de krachtens paragraaf 1 dier wet aan Gema verstrekte machtiging opgedragen; de wet legde Gema alleen bepaalde verplichtingen van financiële aard op zoals die bijvoorbeeld ook rusten op banken en verzekeringsmaatschappijen; de aanvullende verplichtingen bedoeld in paragraaf 6 der wet (beheer der rechten), paragraaf 11 (contract) en paragraaf 12 (algemene contracten) houden verband met Gema's feitelijke monopoliepositie en beantwoorden aan de rechtspositie waar-

in in Duitsland alle monopolies verkeren — zij zijn tot het aangaan van een contract verplicht en discriminatie is hun verboden —.

De ratio van de beslissing der Commissie was in casu dat het Duitse bureau noch in de wet noch bij enig overheidsbesluit belast was met de taak van algemeen belang die het stelde te moeten vervullen.

Deze opvatting lijkt ons in de lijn te liggen van een juiste uitlegging van artikel 90, lid 2.

Aan de term „dienst van algemeen economisch belang” moge een zeer ruime betekenis toekomen, die verder gaat dan die van dienst van openbaar economisch belang of openbare dienst van industriële of commerciële aard, dat neemt niet weg dat het beheer van de in artikel 90, lid 2, bedoelde dienst een onderneming bij overheidsbesluit is opgedragen.

Deze opvatting vloeit onzes inziens voort uit Uw arrest van 14 juli 1971 (Hein, zaak 10-71, Jurisprudentie 1971, blz. 730) waarin U hebt uitgesproken dat onder artikel 90, lid 2 „een onderneming kan vallen die in het genot van bepaalde voorrechten voor de uitoefening van de haar *wettelijk opgedragen taak*” „nauw contact [onderhoudt] met de overheid . . .”.

Het ging in die zaak om de onderneming die belast was met het beheer van de rivierhaven van Mertert aan de Moezel met haar voor de algemene economische bedrijvigheid in het Groothertogdom Luxemburg zo belangrijk handelsverkeer. Aan het algemeen economisch belang behoefde dus niet te worden getwijfeld, maar een tweede voor toepassing van artikel 90 noodzakelijk element was gelegen in het feit dat het beheer over bedoelde haven bij eenzijdige handeling van de overheid — namelijk bij de wet — aan de onderneming was opgedragen.

In casu bestaat er echter geen enkel verband tussen Sabam en de Staat; de overheid had Sabam niet met haar taak belast; het is dus een coöperatieve vereniging die alleen door particulier initiatief

in het leven is geroepen en waarop het Belgische vennootschapsrecht voor zover deze categorie betreffend, van toepassing is. Zij is niet in het genot van enig bijzonder wettelijk voorrecht.

Het lijkt mij dan ook zinloos na te gaan of de taken van Sabam in feite het algemeen economisch belang dienen.

De laatste vraag van de rechtbank te Brussel, namelijk of artikel 90, lid 2, van het Verdrag ten behoeve van particulieren rechten kan doen ontstaan die de nationale rechter dient te handhaven is daarmee zonder voorwerp geraakt.

Wij dienen echter te bedenken dat Uw Hof in hetzelfde arrest-Hein van 11 juli 1971 deze vraag in die zin heeft beantwoord dat artikel 90, lid 2, geen onvoorwaardelijke regel geeft; dat immers de toepassing van deze bepaling een beoordeling inhoudt van de eisen die inherent zijn aan de vervulling van de bijzondere taken der betrokken ondernemingen

enerzijds en aan de bescherming van het belang der Gemeenschap anderzijds; dat deze beoordeling deel uitmaakt van de algemene economische beleidsdoelinden welke de Lid-Staten onder toezicht van de Commissie nastreven; dat bijgevolg, onverminderd de uitoefening van de in lid 3 van artikel 90 voorziene bevoegdheden door de Commissie, lid 2 van dit artikel in het huidige stadium geen individuele rechten kan doen ontstaan, die de nationale rechter dient te handhaven.

De reserve die besloten ligt in Uw verwijzing naar lid 3 en die U aanleiding gaf te spreken van het „huidig stadium” wil alleen maar zeggen dat U zich voorbehoudt Uw uitlegging te wijzigen wanneer de Commissie artikel 90, lid 2, mocht uitwerken door uitvoeringsbesluiten zoals zij die krachtens lid 3 mag nemen. Voor zover ik weet is dat nog niet gebeurd. Uw oplossing uit 1971 heeft thans haar waarde nog behouden.

Ik concludeer dus dat Uw Hof zal verklaren voor recht:

1. dat misbruik in de zin van de verbodsbepaling van artikel 86 van het Verdrag met name daarin kan zijn gelegen dat een onderneming die op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt door de exploitatie van muziek-auteursrechten een machtspositie inneemt:
 - a) van de auteurs, componisten en uitgevers van muziek die bij haar zijn aangesloten verlangt dat zij hun rechten op al hun tegenwoordige en toekomstige werken cederen,
 - b) bedingt dat een lid bij uittreding pas na verloop van jaren wederom de beschikking over zijn rechten verkrijgt,

voor zover die onderneming door zulke bedingen haar leden onbillijke verplichtingen oplegt die qua omvang en strekking verder gaan dan ter bescherming dier rechten en met het oog op hun economische exploitatie nodig is;

2. dat in artikel 90, lid 2, van het Verdrag met „onderneming belast met het beheer van diensten van algemeen economisch belang” alleen bedoeld zijn ondernemingen waaraan zulk een taak wettelijk bij besluit van de nationale overheid is opgedragen;

3. dat artikel 90, lid 2, van het EEG-Verdrag, onverminderd de uitoefening der bevoegdheden welke de Commissie in lid 3 zijn verleend, ten behoeve van particulieren geen rechten in het leven kan roepen die de nationale rechter heeft te handhaven.