

De Wisselwerking tussen Auteursrecht en Mededingingsrecht

Rechts- en economisch- wetenschappelijke bevindingen

Maarten Janssen
Emiel Maasland
Ewa Mendys-Kamphorst
Yves Montangie
Anne-Marie Van den Bossche
Tobias Cohen Jehoram



De Wisselwerking tussen Auteursrecht en Mededingingsrecht

Rechts- en economisch-wetenschappelijke
bevindingen

Maarten Janssen
Emiel Maasland
Ewa Mendys-Kamphorst
Yves Montangie
Anne-Marie Van den Bossche
Tobias Cohen Jehoram

Dit onderzoek is uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken

Rotterdam, mei 2010

© Copyright Ministerie van Economische Zaken 2010

Alle rechten voorbehouden. Het is geoorloofd binnen de perken van de Auteurswet gegevens uit dit rapport te gebruiken mits daarbij de bron duidelijk en nauwkeurig wordt vermeld.

<i>Contactpersoon</i>	Emiel Maasland
<i>Adres</i>	SEOR, Erasmus Universiteit Rotterdam Postbus 1738 3000 DR Rotterdam
<i>Telefoon</i>	010 – 408 1513
<i>Fax</i>	010 – 408 9650
<i>E-mail</i>	emaasland@ese.eur.nl
<i>Internet</i>	www.seor.nl / www.ecri.nl

Inhoudsopgave

Managementsamenvatting	5
Executive summary	8
Onderzoeksteam	11
Klankbordgroep	14
Voorwoord	15
1 Inleiding	16
1.1 Aanleiding onderzoek	16
1.2 Onderzoeksopdracht	16
1.3 Methodologie	17
1.4 Leeswijzer	18
2 Juridische beschouwingen	19
2.1 Korte schets van de problematiek	19
2.2 Auteursrecht: regelgevend kader	25
2.3 Auteursrecht: functie en grenzen	28
2.4 Concrete omgang met het spanningsveld auteursrecht – mededingingsrecht	33
2.4.1 Overzicht	33
2.4.2 Bezit van een machtspositie door de rechthebbende	38
2.4.3 Uitoefening van het auteursrecht als misbruik van machtspositie – algemeen.....	43
2.4.4 Weigering en willekeur als misbruik van machtspositie	46
2.4.5 Discriminatie en prijszetting als misbruik van machtspositie	54
2.5 Samenvatting	65
3 Economische beschouwingen	69
3.1 Kenmerken van informatiegoederen	71
3.2 Algemene effecten van auteursrecht	74
3.2.1 Effecten op efficiëntie	74
3.2.2 Mogelijke vormen van misbruik van machtspositie	77
3.2.3 De effecten van kopiëren/piraterij	85
3.3 De effecten van CBO's	88
3.4 Elementen van een optimale beloning voor auteursrechthebbenden	92
3.5 Samenvatting	98

4	Beantwoording van de onderzoeksvragen o.g.v. de juridische en economische beschouwingen	101
4.1	De positieve en negatieve gevolgen van het auteursrecht	102
4.2	De positieve en negatieve gevolgen van het bestaan van CBO's	105
4.3	Het voorkomen en beperken van negatieve consequenties voor de mededinging en de rol van het mededingingsrecht	107
4.4	De aanpak in verschillende jurisdicties	112
4.4.1	Vooraf te beoordelen aspect: het vaststellen van een machtspositie	113
4.4.2	Licentieweigering/leveringsweigering	114
4.4.3	Tariefdifferentiatie/prijstdiscriminatie	116
4.4.4	Excessieve prijzen	118
4.4.5	Economische overwegingen die niet aan bod komen in de rechtspraak ..	119
4.4.6	Recapitulatie	121
4.5	De optimale vergoeding voor auteursrechthebbenden	121
4.6	De beperking van de mededinging door de uitoefening van het auteursrecht	123
	Naschrift	128
	Referenties	129

Managementsamenvatting

Auteursrecht is een exclusief recht op het gebruik en de exploitatie van een origineel werk dat door de wet aan de auteur ervan wordt verleend. Het in het leven roepen en handhaven van auteursrecht is vanuit economisch oogpunt zonder twijfel zinvol. Auteurscreaties zouden zonder wettelijke bescherming immers makkelijk zonder vergoeding voor de auteur door anderen kunnen worden gebruikt. Door het auteursrecht krijgen auteurs de garantie dat zij een beloning voor hun inspanningen krijgen, wat hen een prikkel geeft om creatief en innoverend te werk te gaan.

In sommige omstandigheden kan een auteur echter misbruik maken van zijn exclusief recht door anderen zonder meer het recht te ontzeggen van zijn creatie gebruik te maken, of door dit enkel onder onredelijke omstandigheden toe te staan. Zo kan hij voor dat gebruik een excessief hoge vergoeding vragen of verschillende gebruikers bij het verlenen van een gebruiksrecht zonder geldige reden ongelijk behandelen (discriminatie). Zulke gedragingen kunnen leiden tot economisch onwenselijke resultaten zoals welvaartsverliezen, efficiëntieverliezen of het afremmen van de innovatiedrang.

Het mededingingsrecht kan in bepaalde gevallen ingrijpen om zulk onwenselijk gedrag te vermijden. Het bestaan van een exclusief recht voor een auteur brengt op zich niet mee dat deze onbelemmerd is in zijn economisch gedrag: onder druk van concurrenten en gebruikers zal hij zich wellicht van economisch onwenselijke gedragingen onthouden. Wanneer een auteursrechthebbende echter een product levert waarvoor weinig of geen substituten bestaan, vormt zijn product (nagenoeg) een op zichzelf staande markt. Hij heeft op die markt dan wellicht een machtspositie in mededingingsrechtelijke zin en zou misbruik van die machtspositie kunnen maken. De gedragsvrijheid van een auteur die inderdaad een machtspositie bezit is op grond van het mededingingsrecht echter enigszins beperkt. Hetzelfde geldt voor collectieve beheersorganisaties (CBO's) die op grond van een wettelijk of feitelijk monopolie instaan voor het beheer van de rechten van een collectiviteit van auteurs. Het is aannemelijk dat deze organisaties een machtspositie bezitten en dus evenmin volledig vrij zijn in hun economisch handelen.

Het mededingingsrecht verbiedt individuele rechthebbenden of CBO's met een machtspositie om over te gaan tot licentieweigering wanneer hierdoor de concurrentie wordt uitgeschakeld of de ontwikkeling van nieuwe producten wordt tegengegaan. Zij zullen in het bijzonder licenties moeten verlenen wanneer hun auteursrecht betrekking heeft op een zogenaamde essentiële faciliteit. Dit is een faciliteit die anderen, bij gebrek aan een alternatief, absoluut nodig hebben om nieuwe producten te ontwikkelen. Wanneer de weigering om die faciliteit ter

beschikking te stellen ertoe leidt dat de mededinging op de markt van de rechthebbende of op een afgeleide markt wordt verstoord, moet deze laatste objectieve redenen kunnen aantonen om een licentieweigering te rechtvaardigen. Hoewel rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten in de toepassing van de misbruikregels niet expliciet naar economische overwegingen verwijzen, worden hiermee toch de vanuit economisch oogpunt onwenselijke licentieweigeringen verhinderd.

Op grond van het mededingingsrecht kan ook worden opgetreden tegen (prijs)discriminatie zonder objectieve rechtvaardiging door rechthebbenden of CBO's. Hierbij valt wel op dat niet alle vormen van discriminatie die vanuit economisch perspectief worden geïdentificeerd ook juridisch worden aangepakt. Daarenboven worden in een mededingingsrechtelijke analyse enkel de negatieve effecten van discriminatie in acht genomen. Daardoor is het niet ondenkbaar dat sommige gevallen van discriminatie met gunstige economische effecten (zoals derdegraads prijsdiscriminatie, waarbij prijsgevoeligere afnemers een lagere prijs betalen dan minder prijsgevoelige afnemers, wat tot meer vraag kan leiden) toch door rechters of mededingingsautoriteiten worden verboden.

Zeer problematisch is gedrag dat neerkomt op het hanteren van excessief hoge prijzen (royalties) door rechthebbenden of CBO's. Het vragen van te hoge prijzen door een dominante onderneming is één van de typevoorbeelden van misbruik van machtspositie. In de sfeer van het auteursrecht is het echter de vraag wanneer een royalty te hoog is. Bij gebrek aan een duidelijk zicht op de kosten gemaakt bij het creëren van een auteursrechtelijk beschermd werk of de waarde ervan in het economisch verkeer is dat zeer moeilijk vast te stellen. Rechters en mededingingsautoriteiten zullen daarom prijszetting enkel als misbruik kwalificeren wanneer het excessieve karakter van een prijs manifest duidelijk is. In de economische literatuur wordt weliswaar een aantal suggesties gedaan in de richting van een meer verfijnde berekening van de correcte royalties, maar die suggesties blijken in de rechtspraktijk nauwelijks hanteerbaar bij gebrek aan de nodige relevante informatie. Uit de aanpak van de bevoegde autoriteiten blijkt dat deze zich in dit opzicht dan ook zeer terughoudend opstellen en zich in elk geval houden aan een beoordeling *ex post* van vermeend excessieve prijzen. Tot een *ex ante* beoordeling van wat de prijzen behoren te zijn voelen zij zich niet geroepen.

De mogelijk negatieve gevolgen van CBO's kunnen op verschillende manieren voorkomen worden. Zo zou, in de eerste plaats, de rol van CBO's beperkt kunnen worden tot dat deel van hun activiteiten waar de echte schaalvoordelen zich voordoen, dat wil zeggen bij het innen van de vergoeding en de controle op de naleving van betalingen, maar de vaststelling van de vergoeding door de auteurs zelf

te laten verzorgen. Een praktische toepassing van dit idee zou erin kunnen bestaan dat elke CBO bijvoorbeeld twee of drie mogelijke royaltyniveaus zou vaststellen en dat auteurs hieruit kunnen kiezen. Dit beperkt de verwarring die kan ontstaan indien elke auteur een andere prijs als vergoeding vraagt, maar behoudt een belangrijk deel van de voordelen doordat auteurs met elkaar (beperkt) kunnen concurreren. Als tweede optie zouden meerdere, met elkaar concurrerende CBO's per sector toegelaten kunnen worden, waarbij zowel auteurs als betalingsplichtigen kunnen kiezen waar ze diensten aanbieden en afnemen. CBO's met een monopolie voor een bepaalde sector zouden ook in concurrentie kunnen gaan treden met buitenlandse CBO's. De stimulus om te hoge tarieven te vragen valt onder druk van de gebruikers dan weg. Voor wat betreft deze twee opties biedt het mededingingsrecht echter geen geëigend middel. De eerste optie vereist een ingrijpen van de wetgever. Het doorbreken van de bestaande nationale monopolies per sector zou moeten worden gerealiseerd door een actie van de nationale wetgever of door regulerend ingrijpen op Europees niveau.

Executive summary

Copyright is an exclusive right to use and exploit an original creation which is granted to its author by law. Creating and enforcing copyright law is without any doubt meaningful from an economic point of view. Without legal protection, others could easily use an author's creation without financial compensation. Through copyright law, authors obtain the guarantee of a reward for their efforts, thus stimulating their creativity and innovation.

However, under certain circumstances an author could be inclined to abuse his exclusive right by denying others all rights to use his creation, or by only granting such right under unreasonable conditions. He could, for example, demand an excessive financial compensation for the use of his creation or treat different users unequally in granting a right of use without valid reason (discrimination). Such behaviour could lead to economically undesirable results such as welfare or efficiency losses or could slow down innovation.

In some cases competition law may prevent such undesirable behaviour. A certain tension between copyright law and competition law will then become apparent. The existence of an exclusive right for the author will not in itself allow him to act independently in his market: he will probably refrain from economically undesirable behaviour under pressure of competitors and consumers. However, when an author provides a product for which there are no or insufficient substitutes, his creation may in itself (largely) constitute a separate market. In such a case, he will probably have a dominant position as defined by competition law and could abuse this dominant position. However, competition law will to a certain extent limit the freedom of behaviour of a dominant author. The same goes for collective licensing bodies (CLB's) that are responsible for the collective management of the copyright of groups of authors on the basis of a legal or *de facto* monopoly. It can be assumed that these organisations have a dominant position and that their economic behaviour is therefore also limited to a certain extent through the rules on abuse of dominance.

Competition law prohibits individual dominant authors or dominant CLB's to refuse granting a copyright license when this eliminates competition or prevents the development of new products. They will more specifically be obliged to grant licenses when their copyright rests on a so-called essential facility. This is a facility that others absolutely need, by lack of alternatives, to develop new products. When a refusal to grant access to such a facility distorts competition on the market where the author is active or on a related market, the latter has to prove there is an objective justification for this refusal. Courts and tribunals as well as competition authorities can therefore

prohibit license refusals that are economically undesirable, even though they do not explicitly refer to economic theory in their decisions.

The application of the rules on abuse of dominance can also prevent (price) discrimination without objective justification by authors or CLB's. It is, however, striking that not all forms of discrimination that are identified in economic theory, are tackled by courts and competition authorities when they apply competition law. Furthermore, only the negative economic effects of discrimination are taken into account in a competition law analysis. It is therefore not unimaginable that some cases of discrimination generating positive economic effects (such as third degree price discrimination, where the more price susceptible consumers pay a lower price than the less price susceptible consumers, leading potentially to more demand) are nonetheless prohibited by courts or competition authorities' decisions.

A very problematic issue is behaviour that amounts to charging excessive prices (royalties) by authors or CLB's. Charging too high a price is a typical example of abuse of dominance. In copyright matters however, the question is just when royalties are deemed "excessive". This is very difficult to establish, since one cannot get a clear view on the costs incurred when creating a copyrighted work or its economic value. Courts and competition authorities will therefore only qualify pricing behaviour as an abuse of dominance when there cannot be a reasonable doubt as to the excessive character of a royalty. Economic literature does put forward some suggestions on how to engage in a more sophisticated calculation of acceptable royalties. It appears, however, very difficult for courts and competition authorities to put these suggestions into practice due to lack of information on the relevant data. It is not surprising therefore that the decision practice of courts and competition authorities shows a certain reluctance in this regard. They will in any case limit themselves to an *ex post* analysis of allegedly excessive prices. It is clear that they do not feel inclined to undertake an *ex ante* analysis of what the correct prices should be.

The possible negative consequences of CLB's can be prevented in several ways. First of all, the role of CLB's can be restricted to that part of their activities where the economies of scale can be achieved, i.e. collecting the royalties and the supervision of the fulfillment of the payments, but letting the authors themselves determine the height of the royalties. A practical application of this idea could be that each CLB determines, for example, two or three possible royalty levels from which authors can choose. This reduces the confusion that may be triggered if each author asks a different royalty, but maintains an important part of the advantages because authors are able to compete (limitedly) with each other. Secondly, several competing CLB's per sector can be permitted, where both authors and consumers can choose the CLB

they supply services to and ask services from. To increase competition the national market could also be opened for foreign CLB's. The stimulus to ask too high royalties will then disappear. However, with regard to these two options, competition law does not provide a suitable way to deal with them. The first option requires intervention by the legislator. Abolishing existing national monopolies per sector requires regulatory changes on the national and/or European level.

Onderzoeksteam

Maarten Janssen (1962) is hoogleraar Microeconomie aan de Universiteit of Wenen en de Erasmus Universiteit Rotterdam en co-grondlegger van ECRI. Zijn onderzoek richt zich op speltheorie en de theorie van industriële organisatie. Binnen dit onderzoeksterrein heeft hij zich voornamelijk gericht op problemen rondom asymmetrische informatie in markten, consumentenzoekgedrag en veilingen. Over deze onderwerpen heeft hij in de toonaangevende internationale tijdschriften gepubliceerd, zoals *Review of Economic Studies*, *Journal of Economic Theory*, *International Economic Review*, *Games and Economic Behavior*, *Journal of Industrial Economics*, *European Economic Review*, *Marketing Science*. Hij heeft internationaal onderzoeks- en onderwijsactiviteiten uitgevoerd in België (Universiteit van Louvain), Frankrijk (Sorbonne), de Verenigde Staten van Amerika (Duke University) en Rusland (Higher School of Economics, Moscow). Hij heeft ministeries, mededingingsautoriteiten en private bedrijven geadviseerd in mededingingszaken in sectoren zoals de markt voor motorbrandstoffen, fietsen, electriciteit en mobiele telefonie.

Emiel Maasland (1970) is senior onderzoeker bij SEOR en is als fellow verbonden aan het Erasmus Competition and Regulation Institute (ECRI). Zijn onderzoek richt zich op speltheorie en de theorie van industriële organisatie met in het bijzonder aandacht voor allocatiemechanismen, zoals veilingen. Over deze onderwerpen heeft hij gepubliceerd in toonaangevende internationale tijdschriften, zoals de *Journal of Political Economy*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, *Economic Theory* en *Telecommunications Policy*. Hij heeft meer dan tien jaar ervaring in wetenschappelijk onderbouwd contractonderzoek. Hij heeft ministeries en private partijen geadviseerd in mededingings- en reguleringszaken in sectoren zoals de markt voor motorbrandstoffen, fietsen, mobiele telefonie, zorg, onderwijs en afval.

Ewa Mendys-Kamphorst (1973) trad in dienst bij SEOR in juni 2003. Na haar diploma gehaald te hebben van de Kraków University of Economics in Polen, volgde zij het doctoraatsprogramma in economie aan het Tinbergen Institute Rotterdam. Zij verdedigde succesvol haar dissertatie over de economie van netwerken in september 2003. Zij heeft wetenschappelijke expertise op het vlak van de industriële economie en haar speciale onderzoeksinteresse omvat netwerkmarkten, verticale relaties, economie van innovaties en toepassingen van industriële economie op mededingingsbeleid. Haar onderzoek is gepubliceerd in toonaangevende tijdschriften zoals de *Journal of Economic Behavior & Organization* en *Journal of Evolutionary Economics*.

Yves Montangie (1969) is doctor in de rechten op een proefschrift over transparantie in mededingingsrechtelijke concentratiecontrole. Hij doceert handel- en economisch recht, met inbegrip van intellectueel eigendomsrecht en mededingingsrecht aan de Hogeschool-Universiteit Brussel. Hij is tevens Fellow van het Erasmus Competition and Regulation Institute (Erasmus Universiteit Rotterdam) en lid van een aantal beroepsverenigingen en wetenschappelijke redacties. Zijn onderzoek mondde uit in talrijke publicaties en onderzoeksrapporten over nationaal en Europees economisch recht, in het bijzonder het mededingingsrecht, met een duidelijke rechtsvergelijkende inslag. Zijn bijkomende expertise inzake intellectuele eigendom blijkt uit voordrachten die hij gaf op workshops over auteursrecht resp. tekeningen en modellen en een aantal publicaties over merkenrecht. Hij is ook advocaat te Antwerpen en adviseert ondernemingen en overheden aangaande verschillende aspecten van economisch recht, met inbegrip van mededingingsrecht en het recht inzake de intellectuele eigendom. Zo behandelde hij in zijn hoedanigheid als advocaat recent nog zaken m.b.t. auteursrechtelijke inbreuken m.b.t. websites, exclusiviteitsclausules in distributienetwerken, misbruik van machtspositie in de markt voor edelstenen en de uitoefening van exclusieve rechten door (quasi-) overheidsbedrijven.

Anne-Marie Van den Bossche (1964) is licentiaat in de rechten (Universiteit Gent, 1986) en Master of Laws European Legal Studies (Exeter, 1987). Zij promoveerde in 1994 aan de Universiteit Gent tot doctor in de rechten met een proefschrift over “Gemeenschappelijke ondernemingen in het Europees mededingingsrecht. De beoordelingsregels beoordeeld”. Zij was van 1988 tot 1999 aan de Universiteit Gent verbonden. Van 1998 tot 2000 was zij referendaris bij het Hof van Justitie te Luxemburg. Sedert 1 oktober 1999 is zij deeltijds docent aan de faculteit rechten te Antwerpen. Na een periode van 6,5 jaar als voltijds hoogleraar aan de Radboud Universiteit Nijmegen te zijn verbonden, is zij sedert 1 februari 2007 als voltijds hoogleraar Europees recht werkzaam aan de Universiteit Antwerpen. Zij verricht onderwijs en onderzoek in het recht van de Europese Unie, met een bijzondere nadruk op Europees mededingingsrecht en Rechtsbescherming.

Tobias Cohen Jehoram (1967) is gespecialiseerd in intellectueel eigendom, en in het bijzonder in copyright en handelsmerk. Zijn werkterrein omvat ook database recht, reclame en media & entertainment recht. Tobias adviseert onder andere de Vaste Kamercommissie over de herziening van het Auteursrecht, en gebruikers over de tariefstelling van Buma. Daarnaast is Tobias betrokken geweest bij de meest toonaangevende IP zaken aan de Hoge Raad in de afgelopen vijf jaar. Tobias doceert Intellectueel Eigendomsrecht aan de Erasmus Universiteit in Rotterdam. Hij heeft vele publicaties op zijn naam staan, voornamelijk over handelsmerkrecht, database bescherming en TRIPS. Zijn handboek over “Benelux and Community

Trademark law” is in november 2008 verschenen. Tobias is lid van LIDC (en VvM), INTA, AIPPI (en VIE), LES, BMM, ALAI (en VvA). Hij is een WIPO arbiter onder de ICANN regelgeving en arbiter in .nl domeinnaamtwisten. In 2006 werd hij door zijn collegae verkozen tot de beste IP/IT advocaat in Nederland en beloond met de Gouden Zandloper.

Klankbordgroep

De interdepartementale begeleidingsgroep bestond uit de volgende personen:

Mr. P.H.M. van Beukering (EZ; voorzitter)

Ir. R.O. Blad (EZ)*

Mr. S.P. Haasbeek (NMa)

Mr. E.M. Hendriks (EZ)

Mr. T. Heukels (Justitie)

Mw. drs. A.C. Hoyng (NMa)

Mr. A.L. Levisson (EZ)

Mw. mr. Y.C. van Santen (EZ)

Mw. drs. A.M.F. den Teuling (EZ)**

R.B. van de Ven (OCW)

* eerder mw. mr. P. Westhoven (EZ)

** eerder mw. mr. C.M. Meijer (EZ)

Voorwoord

Het voorliggende onderzoeksrapport is door SEOR-ECRI in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken opgesteld¹. Met dit rapport hopen we een nuttige bijdrage te leveren aan de discussie over de relatie tussen intellectuele eigendom, mededingingsrecht en innovatie. Op deze plaats past dank aan de leden van de interdepartementale klankbordgroep die verschillende tussenrapportages hebben willen becommentariëren. Vanzelfsprekend berust de verantwoordelijkheid voor de conclusies die in dit rapport worden gepresenteerd volledig bij SEOR-ECRI.

Maarten Janssen

Emiel Maasland

Ewa Mendys-Kamphorst

Yves Montangie

Anne-Marie Van den Bossche

Tobias Cohen Jehoram

Rotterdam, mei 2010

¹ ECRi, het Erasmus Competition and Regulation institute, bundelt de expertise die op het gebied van regulering en mededingingsbeleid binnen de Erasmus Universiteit Rotterdam aanwezig is.

1 Inleiding

1.1 Aanleiding onderzoek

In het licht van het toegenomen economisch belang van het auteursrecht acht de Regering het gewenst dat de discussie over de driehoeksverhouding intellectueel eigendom, innovatie en mededinging prominent op de agenda staat. In hun Beleidsbrief van 20 december 2007² verklaren de bevoegde Ministers dan ook dat op hun initiatief diverse onderzoeken zouden worden uitgevoerd. Zo zou onder andere onderzoek worden verricht naar de wisselwerking tussen het mededingingsrecht en het auteursrecht.

Vastgesteld werd immers, dat auteursrecht enerzijds door het creëren van een tijdelijk monopolierecht van een auteur op zijn werk positieve prikkels kan bieden voor het tot stand brengen en publiceren van innovaties en nieuwe creaties. Anderzijds kan dat tijdelijk monopolierecht auteurs er ook toe brengen misbruik te maken van de verleende bescherming, door bijvoorbeeld geen, of op discriminatoire wijze, licenties te verlenen. Zodoende wordt het voor derden uitgesloten of bemoeilijkt om voort te bouwen op bestaande auteursrechtelijk beschermde creaties. Dat kan dan innovatie juist afremmen. Het mededingingsrecht kan dergelijke ongewenste uitoefening van het auteursrecht mogelijk verhinderen, met name door de werking van de regels inzake misbruik van machtspositie.

In het kader hiervan heeft het Ministerie van Economische Zaken aan SEOR-ECRI een onderzoek gegund dat inzicht moet verschaffen in de wisselwerking tussen mededingingsrecht en auteursrecht. Het onderhavige rapport is het resultaat van dit onderzoek. Het rapport moet mede in het licht gezien worden van het advies uit 2006 van De Adviesraad voor het Wetenschaps- en Technologiebeleid dat de relatie tussen intellectuele eigendom, mededingingsrecht en innovatie door een brede discussie daarover verduidelijkt dient te worden.

1.2 Onderzoeksopdracht

De onderzoeksopdracht werd vastgelegd na het indienen van een schriftelijk onderzoeksvoorstel door SEOR-ECRI in september 2008. Dat voorstel werd na een schriftelijke gedachtewisseling aangepast in functie van de noden en wensen van de opdrachtgever. Uiteindelijk werden de onderzoeksopdracht en de gehanteerde

² Brief Auteursrechtbeleid van 20 december 2007 van de Ministers van Justitie, van Economische Zaken en van Onderwijs, Cultuur en Wetenschap, Kamerstukken II, 29838 nr. 6. Verder afgekort: 2007-Beleidsbrief Auteursrecht, Kamerstukken II, 29838 nr. 6.

methodologie op een kick-off meeting te Den Haag in onderling overleg verfijnd en gefinaliseerd.

De centrale vraagstelling van het onderzoek luidt als volgt:

In welke gevallen kan er sprake zijn van (ongeoorloofde) beperking van de mededinging door de uitoefening van het auteursrecht?

De subvragen die beantwoord moeten worden zijn:

- Wat zijn de (mogelijke) negatieve consequenties van de door auteursrecht ontstane marktmacht in informatiemarkten en wat voor positieve consequenties van auteursrecht voor innovatie staan daar tegenover?
- Wat zijn de (mogelijke) negatieve consequenties van de bemiddeling door collectieve beheersorganisaties (CBO's) en wat voor positieve consequenties van deze bemiddeling voor efficiëntie (zoals effectieve rechtenuitoefening en lagere transactiekosten) staan daar tegenover?
- Hoe kunnen deze negatieve consequenties voor mededinging voorkómen of beperkt worden, zonder de positieve effecten op de efficiëntie teniet te doen en wat is de rol van het mededingingsrecht daarin?
- In hoeverre en op welke wijze wordt er in de verschillende jurisdicties met economische argumenten rekening gehouden?
- Wat is een optimale vergoeding voor auteursrechthebbers?

1.3 Methodologie

Voormelde onderzoeksvragen worden beantwoord aan de hand van een initieel tweeledig onderzoek.

In een juridisch luik wordt de mogelijke wisselwerking/spanning tussen auteursrecht en mededingingsrecht geïdentificeerd. Daarbij wordt door een bondig overzicht van de relevante wetgeving en de achtergrond/doelstelling ervan nagegaan of en, zo ja, waar dergelijk spanningsveld zich mogelijk bevindt. Vervolgens wordt een *status quaestionis* opgemaakt van hoe met die wisselwerking wordt omgegaan in de rechtspraktijk – bedoeld wordt: de rechtspraak van rechterlijke instanties en de beslissingspraktijk van mededingingsautoriteiten. Daarbij wordt logischerwijze gefocust op Nederlands en Europees Gemeenschapsrecht. Op basis van een analyse van een aantal secundaire publicaties wordt nagegaan of er zich in geselecteerde andere jurisdicties beduidende verschillen in de benadering voordoen.

In een economisch luik wordt vervolgens ingegaan op de eigen aard van auteursrechtelijk beschermde creaties en met name het karakter van informatiegoederen die deze creaties meestal hebben. Daarna wordt geanalyseerd wat de economische wetenschappelijke literatuur leert over de effecten van auteursrecht. Daarbij wordt, voor wat auteursrecht in het algemeen betreft, ingegaan op de effecten van auteursrecht op de innovatie, de efficiëntie en de mededinging, waarbij voor wat dit laatste punt de gevolgen van anticompetitieve gedragingen bij de uitoefening van het auteursrecht in kaart worden gebracht. Ook op de effecten van het niet eerbiedigen van bestaande auteursrechten (illegaal kopiëren/piraterij) wordt ingegaan. Bijzondere aandacht wordt besteed aan de collectieve beheersorganisaties (CBO's) als instrument voor het gemeenschappelijk beheer van auteursrechten. Tenslotte peilt het economische luik naar welke mogelijke berekeningswijzen er zijn om een optimale beloning (royalties) voor auteurs te berekenen.

In een derde luik worden de onderzoeksvragen beantwoord op basis van de rechts- en economisch-wetenschappelijke bevindingen waartoe in de twee voorgaande delen werd gekomen. Daarbij zal waar mogelijk een integratie of minstens een naast elkaar plaatsen van de respectievelijke deelconclusies plaatsvinden. Door dergelijke aanpak hopen de onderzoekers bloot te leggen op welke punten de aanpak in de rechtspraak in lijn ligt met resp. afwijkt van de vanuit economisch oogpunt als wenselijk gepercipieerde aanpak, dan wel of op sommige punten de juridische en economische aanpak elkaar zelfs geheel niet raken en er in de huidige stand van de wetenschap dus lacunes openblijven die nader onderzoek vergen.

1.4 Leeswijzer

De opbouw van dit rapport is als volgt. Hoofdstuk 2 geeft het juridische luik van het onderzoek. Dit hoofdstuk onderzoekt het spanningsveld tussen auteursrecht en mededingingsrecht en gaat na hoe in de praktijk van mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties met dit spanningsveld wordt omgegaan. Hoofdstuk 3 geeft vervolgens een overzicht van de verschillende economische aspecten die een rol spelen bij de beoordeling van de wisselwerking tussen auteursrecht en mededingingsrecht. In hoofdstuk 4 zullen de juridische en economische inzichten die in hoofdstukken 2 en 3 geschetst zijn geïntegreerd worden om zo tot een beantwoording van de onderzoeksvragen te komen die in paragraaf 1.2 genoemd zijn.

2 Juridische beschouwingen

2.1 Korte schets van de problematiek

Het juridische luik van dit onderzoek is erop gericht, het spanningsveld tussen auteursrecht en mededingingsrecht te onderzoeken, en na te gaan hoe in de praktijk van mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties met dit spanningsveld wordt omgegaan.

Alvorens deze problematiek in zijn diverse aspecten grondig te analyseren, is het nuttig vooreerst kort mededingingsrecht resp. auteursrecht te situeren en aan te geven hoe dit spanningsveld zich kan voordoen.

Mededingingsrecht bestaat uit regelgeving, zowel in het EG-recht als in het nationale recht, die erop gericht is de vrije mededinging tussen ondernemingen te bewaren. Mededingingsrecht gaat er van uit dat vrije mededinging borg staat voor een hoge maatschappelijke welvaart en dat mededingingsbeperkingen daarom, behoudens uitzonderingen, zo veel mogelijk moeten worden vermeden.

Mededingingsrecht ziet daarom onder meer toe op samenwerking tussen onafhankelijk blijvende ondernemingen waardoor de mededinging kan worden verstoord (karteltoezicht in de zin van artikel 101 VWEU³ resp. artikel 6 Mw).

Zoals verder nog zal worden aangegeven in paragraaf 2.4.1, is een analyse van de problematiek van samenwerking tussen ondernemingen echter minder relevant voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag van dit rapport.

Daarvoor zijn vooral van belang de regels die toezien op ondernemingen die misbruik maken van hun machtspositie, artikel 102 VWEU, resp. artikel 24 Mw⁴.

Artikel 102 VWEU verklaart onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan. Artikel 102

³ VWEU (deze afkorting wordt ook verder in dit rapport gebruikt) staat voor Verdrag betreffende de werking van De Europese Unie;. Dit is de gewijzigde versie van het EG-verdrag na de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon op 1 december 2009. De verdragsbepalingen werden hierdoor hernummerd. De 'oude' mededingingsbepalingen artikel 81-verdrag en artikel 82 EG-verdrag kregen hierdoor het nieuwe nummer artikel 101 VWEU resp. artikel 102 VWEU.

⁴ Waar het VWEU spreekt over "misbruik van machtspositie" vermeldt de Mw "misbruik van een economische machtspositie". In dit rapport wordt verder de (kortere) omschrijving "machtspositie" gebruikt.

VWEU vervolgt met een niet-limitatieve⁵ opsomming van gedragingen die met name misbruik (kunnen) uitmaken:

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

Artikel 24, lid 1 Mw bevat een analoog verbod naar Nederlands recht en verbiedt ondernemingen, misbruik te maken van een economische machtspositie. De scheidingslijn tussen artikel 102 VWEU en artikel 24 Mw is de ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten⁶. Of er sprake is van misbruik van een economische machtspositie in gevallen waar de interstatelijke handel niet ongunstig wordt beïnvloed, wordt beoordeeld door de NMa en/of Nederlandse rechters op grond van artikel 24 Mw. Handelingen mét een dergelijke invloed kunnen worden beoordeeld door

- de Europese Commissie op grond van artikel 102 VWEU
- door de NMa – in nauwe samenwerking met de Commissie⁷ – op grond van artikel 24 Mw en artikel 102 VWEU en/of
- door Nederlandse rechters – desgevallend in samenwerking met de Commissie⁸ en/of het Hof van Justitie⁹ – op grond van artikel 102 VWEU dan wel artikel 102 VWEU en artikel 24 Mw¹⁰.

⁵ Vaste rechtspraak. Zo reeds H.v.J., 21 februari 1793, *Continental Can*, 6/72, *Jur.*, 1973, 215, ov 26.

⁶ Rechtstreeks of onrechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel. Anderzijds is wel merkbaarheid vereist. Zie voor nadere behandeling van deze bevoegdheidsvoorwaarde, die verder buiten beschouwing blijft, Richtsnoeren betreffende het begrip beïnvloeding van de handel in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PB* 2004 C 101/81.

⁷ Zie over deze samenwerking, artikel 11 et seq. Vo 1/2003 en Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking binnen het netwerk van mededingingsautoriteiten, *PB* 2004 C 101/43.

⁸ Zie over deze samenwerking, artikel 15 Vo 1/2003 en Mededeling van de Commissie betreffende de samenwerking tussen de Commissie en de rechterlijke instanties van de Lid-Staten bij de toepassing van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PB* 2004 C 101/54.

⁹ Zie artikel 234 EG dat aan nationale rechters de mogelijkheid biedt (of soms zelfs de verplichting oplegt) om vragen omtrent de interpretatie van EG-recht voor te leggen aan het Hof van Justitie in de zgn. 'prejudiciële procedure'. Zie hiervoor ook, Hof van Justitie, Wenken voor de indiening van prejudiciële verzoeken door nationale rechters, *PB* 1995 C 143/1.

¹⁰ Zie voor de verplichting van nationale mededingingsautoriteiten en nationale rechters tot gelijktijdige toepassing van nationaal en Europees mededingingsrecht op ondernemingsgedrag met een ongunstige invloed op de handel tussen Lid-Staten, artikel 3,

Voor het overige zijn de toepassingsvoorwaarden van artikel 102 VWEU en artikel 24 Mw gelijk: ondernemingen met een economische machtspositie die daarvan misbruik maken lopen aan tegen het verbod waarop geen uitzondering bestaat. Verder loopt ook de concrete invulling en toepassing van artikel 24 Mw in hoge mate synchroon met die van artikel 102 VWEU, gezien de enting daarop.

Auteursrecht is het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld (artikel 1, Auteurswet). Traditioneel rustte het auteursrecht in wezen op creaties met een louter, dan wel voornamelijk artistiek karakter. In recentere tijden is er op dat punt echter duidelijk een verschuiving merkbaar naar het verkrijgen en exploiteren van auteursrecht op creaties waarbij de artistieke component soms enigszins aan belang inboet en er meer de klemtoon wordt gelegd op de 'zuiver' economische waarde van de creatie. Auteursrecht heeft betrekking op de informatiegoederen boeken en artikelen, muziek, films, foto's, toneel, advertenties, radio- en televisieprogramma's, televisie-uitzendingen, software en architectonische ontwerpen.

De auteursrechthebbende moet altijd toestemming geven om het werk openbaar te maken en te verveelvoudigen. Auteursrecht is een onderdeel van het intellectuele eigendomsrecht, net als het merkenrecht, het octrooirecht, het modellenrecht en het handelsnaamrecht¹¹.

Het auteursrecht ontstaat zonder formaliteiten door het enkele scheppen van het werk¹², en vervalt in de (hoofd)regel zeventig jaar na de dood van de maker¹³. Als de maker niet bekend is of als een rechtspersoon als maker geldt, dan vangt deze termijn aan bij de eerste rechtmatige openbaarmaking van het werk¹⁴. Voor naburige rechten geldt een kortere beschermingsduur van vijftig jaar¹⁵.

lid 1, Vo 1/2003: Verordening (EG) nr. 1/2003 van de Raad van 16 december 2002 betreffende de uitvoering van de mededingingsregels van de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PB* 2003 L 1/1. Dat rechters desgevallend ook (zouden) kunnen overgaan tot de uitsluitende toepassing van artikel 102 VWEU heeft te maken met de directe werking ervan.

¹¹ Stichting auteursrecht, <http://www.auteursrecht.nl>.

¹² Berner Conventie (voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst, Verdrag van 9 september 1886, laatst gewijzigd bij de Akte van Parijs, *Trb.* 1972, 114 en *Trb.* 1976, 37), artikel 5, lid 2.

¹³ Doortellend naar de eerstvolgende 1 januari; Auteurswet, artikel 37.

¹⁴ Auteurswet, artikel 38.

¹⁵ Wet naburige rechten, artikel 12. Naburige rechten zijn o.a. de rechten van uitvoerende kunstenaars, platenmaatschappijen, filmproducenten op de uitvoering of vastlegging van auteursrechtelijk beschermde werken. Er wordt in Europees verband momenteel gesproken over een verlenging van deze termijn.

Auteursrecht is traditioneel (in de continentale auteursrecht traditie) gericht op een beloning voor de creatieve arbeid van de maker. In de Angelsaksische juridische cultuur wordt meer de nadruk gelegd op de financiële prikkels die de auteursrechtelijke bescherming aan auteurs geeft, om daarmee hun creativiteit te bevorderen. Zonder auteursrecht zouden auteurs hun werken nooit voor meer dan de kopieerkosten kunnen verkopen, en de productiekosten ervan nooit echt terugverdienen. Dat zou het creëren van deze werken kunnen ontmoedigen. Om dat te voorkomen krijgen de auteurs het monopolierecht op de exploitatie van hun werken¹⁶. Auteursrecht kan zo ook een rol spelen bij de ontwikkeling van nieuwe producten, processen en systemen en zodoende bijdragen tot innovatie. De Amerikaanse mededingingsautoriteiten omschrijven dit treffend als volgt:

“The intellectual property laws provide incentives for innovation and its dissemination and commercialization by establishing enforceable property rights for the creators of new and useful products, more efficient processes, and original works of expression. In the absence of intellectual property rights, imitators could more rapidly exploit the efforts of innovators and investors without compensation. Rapid imitation would reduce the commercial value of innovation and erode incentives to invest, ultimately to the detriment of consumers”¹⁷.

Het auteursrecht beschermt op zich geen informatie. Het beschermt alleen de vorm die aan die informatie is gegeven mits die vormgeving een eigen oorspronkelijk karakter heeft (dus niet is ontleend) en het persoonlijk stempel van de maker draagt (originaliteitsdrempel haalt). De onderliggende informatie blijft vrij. Dit is essentieel, omdat dit betekent dat, waar het om informatie met een economische waarde gaat, er in beginsel 'om de auteursrechten heen gewerkt kan worden' en deze informatie in

¹⁶ Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat het een monopolierecht betreft, en geen plicht. Auteurs zijn niet verplicht hun rechten af te dwingen en het staat hen vrij, beschermde werken vrij, of onder zeer losse voorwaarden door anderen te laten gebruiken wanneer zij denken daar meer baat bij te hebben. Een vermeldenswaardig initiatief in dit verband is de (ondertussen reeds door anderen nagevolgde) beslissing van de bekende band Radiohead om in 2007 hun nieuwe CD “In Rainbows” vrij voor downloads ter beschikking te stellen, waarbij de gebruiker zelf mocht beslissen welke vergoeding hij daarvoor wenste te betalen. Ook vermeldenswaardig is het internetplatform Creative Commons (<http://creativecommons.org>) waarop aan auteurs de mogelijkheid wordt geboden om hun creaties onder zeer open en flexibele voorwaarden te laten verspreiden/gebruiken door anderen.

¹⁷ §1 Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, April 6, 1995, (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm#t1>). Zo ook OFFICE OF FAIR TRADING (UK), 2004, *Abuse of a dominant position*, ad 5.4: “The OFT recognises the role of IPRs in encouraging creative and innovative activity”.

het economisch verkeer kan worden geëxploiteerd door uit te wijken naar een andere vormgeving. Uitzondering op het voorgaande betreft de geschriftenbescherming¹⁸.

Een individuele auteursrechthebbende mag het uitsluitend recht aanwenden om een maximaal inkomen te verwerven. Hij mag dus ook een onredelijke vergoeding vragen (daarmee is het nog niet excessief!) en mag excessieve vergoedingen vragen als hij geen machtspositie heeft (die hij niet automatisch heeft op grond van zijn auteursrechtelijk monopolie!). Ook mag hij weigeren om gebruik- en exploitatierechten te verlenen. Mededingingsrechtelijke wrijving bestaat pas wanneer er een machtspositie ontstaat en er misbruik van die machtspositie is, bijvoorbeeld omdat rechten collectief beheerd worden (een uitwijkmogelijkheid naar een andere vormgeving bestaat dan de facto niet meer) en excessieve prijzen gevraagd worden, of omdat er regels of redenen zijn die het gebruik van een werk noodzakelijk maken voor een bepaalde economische activiteit¹⁹. Onder omstandigheden kan de 'bescherming' dus verworden tot een ongeoorloofde 'afscherming'.

Hier ontstaat een spanningsveld tussen - enerzijds - het auteursrecht dat monopolies in het leven roept (met mogelijk misbruik tot gevolg) en – anderzijds – het mededingingsrecht dat onder bepaalde voorwaarden, en met name die van hoger vermelde misbruikregels, een toezicht instelt op gedragingen van ondernemingen met een machtspositie. Het is dan de vraag of het mededingingsrecht niet, waar nodig, toegang tot auteursrechtelijk beschermde werken kan en moet bieden.

Binnen de driehoeksverhouding intellectuele eigendom, innovatie en mededinging rijzen inderdaad vragen omtrent de mate waarin *c.g.* wijze waarop het mededingingsrecht correcties aanbrengt/kan aanbrengen op de monopolies die het auteursrecht oplevert, met name wanneer dat collectief wordt uitgeoefend. Zo is de vraag "wanneer er al dan niet sprake is van misbruik van een economische machtspositie, welke mededingingsrechtelijke eisen gesteld moeten worden aan tariefstijgingen, tariefsamenstelling en tarieftransparantie, en in welke omstandigheden vormen van contractsdifferentiatie geoorloofd zijn, een en ander in het licht van de culturele dimensie van intellectuele eigendomsrecht"²⁰. In dit hoofdstuk wordt nagegaan of en hoe er op grond van de bestaande regelgeving en de rechtspraak waarin deze wordt toegepast, op deze vraag een antwoord wordt geboden.

¹⁸ Als het gaat om een databank (wat vrijwel altijd het geval is) waarin substantieel geïnvesteerd is, dan is er geen ruimte meer voor geschriftenbescherming.

¹⁹ Als er bijvoorbeeld een nieuw product mee van de markt gehouden wordt; zie hierover verder paragraaf 2.2.4.

²⁰ 2007-Beleidsbrief Auteursrecht, Kamerstukken II, 29838 nr. 6, p. 11.

Het recht gaat op verschillende manieren om met het spanningsveld tussen auteurs- en mededingingsrecht. Daarbij geldt als basisuitgangspunt dat onderscheiden moet worden tussen het bestaan van het recht, en de uitoefening ervan.

Dit fundamentele onderscheid²¹ vloeit (mede) voort uit artikel 295 EG, dat bepaalt dat het Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet laat. Het EG-Verdrag laat de Lid-Staten dus vrij om hun eigen systeem van eigendomsbescherming op te zetten, daaronder begrepen intellectuele eigendom. Dat betekent, dat de Lid-Staten autonoom in hun wetgeving kunnen bepalen op welke creaties intellectuele eigendomsrechten kunnen worden gevestigd, en hoe deze rechten worden verkregen. Ook het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie erkent het beginsel van bescherming van intellectuele eigendom²².

De rechtmatige uitoefening van de door de nationale wettelijke regeling verleende intellectuele rechten wordt dan ook beschermd. Onrechtmatige uitoefening daarentegen, die zou leiden tot een kunstmatige verdeling van de markt of tot overtreding van de mededingingsregels, doorbreekt de voor het evenwicht tussen IE-rechten en Gemeenschapsrecht noodzakelijke grenzen²³. In het hierna volgende wordt nu juist geanalyseerd onder welke voorwaarden er volgens de mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties sprake is van dergelijke onrechtmatige uitoefening van auteursrecht in het licht van de mededingingsregels. Alvorens die analyse door te voeren wordt voor een goed begrip eerst ingegaan op het wezen van het auteursrecht (wettelijk kader, functie en beperkingen).

²¹ Vaste rechtspraak sinds de (vroeg)e basisarresten H.v.J., 13 juli 1966, *Consten & Grundig t. Commissie*, 56 & 58/64, *Jur.*, 1966, 299 en H.v.J., 29 februari 1968, *Parke en Davis t. Probel en Centrafarm*, 24/67, *Jur.*, 1968, 82.

²² Artikel 17, lid 2, Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, PB 2000 C 364/1, vanaf de datum van inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon bindend in zijn 2007-versie, PB 2007 C 303/1.

²³ H.v.J., 6 april 1995, *RTE-ITP (Magill)*, C-241/91P en C-242/91P, *Jur.*, 1995, I-797, ov 25, onder verwijzing naar Ger., 10 juni 1991, *RTE*, T-69/89, *Jur.*, 1991, II-489, ov 52.

2.2 Auteursrecht: regelgevend kader

Het bestaan en de inhoud van het auteursrecht zijn geregeld in wetgeving²⁴. In Nederland beschermt de Auteurswet²⁵ oorspronkelijke werken van letterkunde, wetenschap of kunst. Verder beschermt de Databankenwet²⁶ de inspanningen en investeringen van een onderneming of persoon (de databankenproducent) die bepaalde informatie of originele scheppingen in een databank onderbrengt, en de Wet op de naburige rechten uitvoerende kunstenaars in hun uitvoering van een werk van letterkunde of kunst²⁷. Deze uitvoering kan vorm krijgen middels zang, dans, toneel- of muziekspel dan wel enige andere uitvoeringswijze. Ook beschermt de Wet op de naburige rechten van fonogrammen- en filmproducenten en omroeporganisaties. Ook de Chipswet omvat elementen uit het auteursrecht²⁸.

Wat het EG-recht betreft, harmoniseert Richtlijn 93/98/EEG de beschermingstermijn van het auteursrecht en bepaalde naburige rechten²⁹, harmoniseert Richtlijn 2001/29/EG goeddeels de wetgeving inzake exploitatierechten en de beperkingen daaraan³⁰, en zijn er communautaire richtlijnen over het verhuurrecht, het

²⁴ Naast de hierna vermelde nationale en Europese regelgeving zijn er ook een aantal internationale verdragen met betrekking tot het auteursrecht, met name: Conventie van Bern voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst (9 september 1889); Universele Conventie voor Auteursrecht (Universal Copyright Convention), Genève 6 september 1952, herzien Parijs 24 juli 1971); Conventie van Rome inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen en omroeporganisaties (26 oktober 1961); Conventie van Genève ter bescherming van fonogrammenfabrikanten tegen de geautoriseerde reproductie van hun fonogrammen (29 oktober 1971); Overeenkomst van Marrakech inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIPS) (15 april 1995); WIPO Verdrag m.b.t. auteursrechten (20 december 1996); WIPO Verdrag inzake uitvoeringen en fonogrammen (20 december 1996).

²⁵ Auteurswet, Wet van 23 september 1912, *Stb.* 1912, 308, houdende nieuwe regeling van het auteursrecht, laatst gewijzigd bij Wet van 18 augustus 2004, *Stb.* 2004, 410.

²⁶ Databankenwet, Wet van 8 juli 1999 houdende aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan Richtlijn 96/9/EG van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 1996 betreffende de rechtsbescherming van databanken, *Stb.* 1999, 303, laatst gewijzigd *Stb.* 2004, 336. De Databankenwet verleent een *sui-generis* recht aan de maker van de Databank waardoor zijn toelating principieel vereist is voor het opvragen of hergebruiken van delen van de databank door derden. Daarnaast kan er auteursrecht rusten op de structuur van de databank of de erin opgenomen informatie.

²⁷ Wet op de naburige rechten, Wet van 18 maart 1993, *Stb.* 1993, 178, houdende regelen inzake de bescherming van uitvoerende kunstenaars, producenten van fonogrammen of van eerste vastleggingen van films en omroeporganisaties, laatst gewijzigd bij Wet van 6 juli 2004, *Stb.* 2004, 336.

²⁸ Chipswet, Wet van 28 oktober 1987, houdende regelen inzake de bescherming van oorspronkelijke topografieën van halfgeleiderproducten, *Stb.* 2001, 584. Zo met name het aan het auteursrecht ontleende oorspronkelijkheidsvereiste als voorwaarde voor het totstandkoming van een chipsrecht.

²⁹ Richtlijn 93/98/EEG van de Raad van 29 oktober 1993 betreffende de harmonisatie van de beschermingstermijn van het auteursrecht en van bepaalde naburige rechten, *PB* 1993 L 290/9.

³⁰ Richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 mei 2001 betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij, *PB* 2001 L 167/10; artikel 5, leden 2-5 van de Richtlijn laat de Lid-

uitleenrecht en bepaalde naburige rechten³¹, over het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte van de kabel³² en over het volgrecht ten behoeve van de auteur van een oorspronkelijk kunstwerk³³. Ook op het vlak van computerchips³⁴, computerprogramma's³⁵ en databanken³⁶ biedt het Gemeenschapsrecht basisrechtsbescherming. Verder wordt met Richtlijn 2004/48/EG, die zowel het industriële eigendomsrecht als het auteursrecht bestrijkt, beoogd dat de wetgeving van de Lid-Staten rechtsmiddelen bevat die in het kader van de handhaving van IE-rechten voldoende effectief en afschrikwekkend zijn³⁷. Via de omzetting/introductie van de daarin voorziene rechtsmiddelen, procedures en maatregelen heeft een IE-rechthebbende in elke Lid-Staat passende instrumenten ter beschikking (gekregen) om zijn rechten op afdoende wijze te verdedigen³⁸.

Al deze richtlijnen bepalen mede de inhoud van het nationale auteursrecht. Anderzijds zijn essentiële elementen van het auteursrecht (vooral nog) niet geharmoniseerd. Dit geldt met name voor het beschermingsobject van het auteursrecht (het 'werk'). Het gevolg is dan ook dat de criteria voor wat een auteursrechtelijk werk van letterkunde, wetenschap of kunst precies is, kunnen (blijven) verschillen van Lid-Staat tot Lid-Staat³⁹. Verder moet opgemerkt worden dat

Staten toe om bepaalde beperkingen of restricties op het reproductie- en/of distributierecht te voorzien.

³¹ 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, *PB* 1992 L 346/61.

³² Richtlijn 93/83/EEG van de Raad van 27 september 1993 tot coördinatie van bepaalde voorschriften betreffende het auteursrecht en naburige rechten op het gebied van de satellietomroep en de doorgifte via de kabel, *PB* 1993 L 248/15.

³³ Richtlijn 2001/84/EG van het Europees Parlement en de Raad van 27 september 2001 betreffende het volgrecht ten behoeve van de auteur van een oorspronkelijk kunstwerk, *PB* 2001 L 272/32.

³⁴ Richtlijn 87/54/EEG van de Raad van 16 december 1986 betreffende de rechtsbescherming van topografieën van halfgeleiderproducten, *PB* 1987 L 24/36.

³⁵ Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *PB* 1991 L 122/42. Pogingen om op EG-vlak ook te komen tot een octrooirechtelijke bescherming van software strandden uiteindelijk in het Europees Parlement. Zie hiervoor, Voorstel van de Commissie van 20 februari 2002 voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de octrooieerbaarheid van in computers geïmplementeerde uitvindingen, *PB* 2002 C 151 E/129, en voor de verwerping daarvan door het Europees Parlement in tweede lezing op 6 juli 2005, Wetgevingsresolutie van het Europees Parlement betreffende het gemeenschappelijk standpunt van de Raad, *PB* 2006 C 157 E/265.

³⁶ Richtlijn 96/9/EG betreffende de rechtsbescherming van databanken, *PB* 1996 L 77/20.

³⁷ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten, *PB* 2004 L 157/45.

³⁸ De omzetting leidde tot aanpassing van een aantal wetten, waaronder het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en de Rijsoctrooiwet 1995, Rijkswet van 15 december 1994, *Stb.* 1995, 51.

³⁹ Zo ook, H.v.J., 5 oktober 1988, *Volvo t. Veng*, 238/87, *Jur.*, 1988, 6211, ov 7. Zolang de nationale regels met betrekking tot het intellectuele eigendomsrecht niet zijn geüniformeerd of geharmoniseerd, worden de voorwaarden waaronder en de wijze waarop een IE-recht wordt beschermd bepaald door de nationale rechtsregels.

de beperkingen op het auteursrecht weliswaar deels geharmoniseerd zijn door Richtlijn 2001/29/EG, maar dat de mate waarin deze beperkingen worden toegepast aan de Lidstaten wordt overgelaten (zie hieromtrent nader par. 2.3). Voor databanken is dit ietwat anders. Artikel 1, lid 2, Richtlijn 96/9/EG definieert het begrip databank in ruime zin als een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen, systematisch of methodisch geordend, en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk⁴⁰.

Het EG-Verdrag laat de krachtens de wetgeving van een Lid-Staat verkregen rechten op het gebied van de industriële en commerciële eigendom onverlet (bestaan). Zolang de nationale regels met betrekking daartoe niet zijn geharmoniseerd of geünificeerd, bepalen de nationale rechtsregels van de Lid-Staten dus de mate waarin, de voorwaarden waaronder en de wijze waarop een IE-recht wordt beschermd⁴¹.

De uitoefening van het auteursrecht gebeurt ofwel door de rechthebbende zelf, ofwel door speciaal daartoe opgerichte (collectieve) beheersorganisaties⁴². Het toezicht op deze uitoefening ligt in Nederland in handen van het College van Toezicht⁴³ en van NMa⁴⁴ en, in zaken met interstatelijk effect, de Europese Commissie. Een rechthebbende zal wellicht het beheer van zijn rechten overlaten aan een CBO als hij meent dat een CBO dit efficiënter of goedkoper zal kunnen organiseren dan hijzelf. In de regel is het zo dat de meerderheid van kleine individuele rechthebbenden er effectief voor opteert te werken via een CBO. Grotere rechthebbenden zullen eerder

⁴⁰ Vergelijkbaar ruim, H.v.J., 9 november 2004, *Fixtures Marketing t. OPAP*, C-444/02, *Jur.*, 2004, I-10549, ov 32, "... iedere verzameling van werken, gegevens of andere elementen die van elkaar kunnen worden gescheiden zonder dat de waarde van de inhoud ervan daardoor wordt aangetast, en die een methode of systeem van welke aard dan ook bevat waardoor het mogelijk is elk van de elementen waaruit zij bestaat, terug te vinden." *Anders* evenwel, artikel 1 sub a Databankenwet: een verzameling van werken, gegevens of andere zelfstandige elementen die systematisch of methodisch geordend en afzonderlijk met elektronische middelen of anderszins toegankelijk zijn en waarvan de verkrijging, de controle of de presentatie van de inhoud in kwalitatief of kwantitatief opzicht getuigt van een substantiële investering (cursivering toegevoegd).

⁴¹ Zo over modellenrecht, H.v.J., 5 oktober 1988, *Volvo t. Veng*, 238/87, *Jur.*, 1988, 6211, ov 7. Vrijwel identiek over auteursrecht, H.v.J., 6 april 1995, *Magill*, C-241/91P en C-242/91P, *Jur.*, 1995, I-743, ov 49.

⁴² De CBO's BUMA/STEMRA, SENA, Thuis kopie, Leenrecht en Reprorecht beschikken in de Nederlandse context over een wettelijk monopolierecht voor de bemiddeling tussen auteurs en gebruikers op het vlak van de inning en de controle op het gebruik van rechten van cultuurdragers (literatoren, componisten, uitvoerende kunstenaars). Naast deze vijf CBO's zijn er nog een groot aantal CBO's op basis van vrijwilligheid.

⁴³ Op grond van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten. Wet van 6 maart 2003, *Stb.* 2003, 111 en 278.

⁴⁴ Artikel 4 van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten sluit toezicht door het College uit voor zover de NMa toezicht uitoefent op grond van de Mededingingswet.

verkiezen zelf in te staan voor de exploitatie van hun rechten; dit is bijvoorbeeld het geval voor fonogrammenproducenten⁴⁵.

Het (bestaan van een) recht op (intellectuele) eigendom vormt een rechtsbeginsel van de communautaire rechtsorde en zoals gezegd grijpt het EG-recht daarin niet *ipso facto* in. Dat neemt niet weg dat de uitoefening ervan in het algemeen belang en in de daartoe noodzakelijke mate wel degelijk beperkt kan worden door verbodsbepalingen van het EG-Verdrag⁴⁶. Zoals verder zal worden besproken, kan met name de toepassing van de mededingingsregels leiden tot beperkingen op het (intellectuele) eigendomsrecht die aan de door de Gemeenschap nagestreefde doelstellingen van algemeen belang beantwoorden, voor zover deze beperkingen niet een in verhouding tot het nagestreefde doel onevenredige en onduidbare ingreep vormen die het eigendomsrecht in de kern aantast⁴⁷.

2.3 Auteursrecht: functie en grenzen

Zoals reeds vermeld, regelt het auteursrecht het uitsluitend recht van makers om hun werken van letterkunde, wetenschap of kunst openbaar te maken en te verveelvoudigen⁴⁸.

De investering van een auteur, uitgever en/of producent (arbeid en/of talent) wordt door het auteursrecht niet enkel gestimuleerd, doch ook financieel beloond. Het auteursrecht beoogt zodoende enerzijds het tot stand komen en verspreiden van werken van letterkunde, wetenschap en kunst te bevorderen en zo de vooruitgang van cultuur en wetenschap te stimuleren (stimuleringsargument). Het kan zo een belangrijke rol spelen bij de ontwikkeling van nieuwe producten, processen en systemen.

Tegelijk belet het auteursrecht anderzijds dat derden ongehinderd gebruik maken van door de makers gedane investeringen (investerings⁴⁹- c.q.

⁴⁵ Zo WERKGROEP VERBETERING INCASSO AUTEURSRECHT, 2009, Samen werken aan verbetering incasso auteursrecht en naburige rechten, Advies Den Haag, p. 22 resp. VAN GOMPEL, A., Another 45 miles to go? Kritisch commentaar op het richtlijnvoorstel. *AMI* 2008-6, 179.

⁴⁶ Zo reeds (over materiële eigendom) H.v.J., 13 december 1979, *Hauer*, 44/79, *Jur.*, 1979, 3727 en over merkenrecht, H.v.J., 23 mei 1978, *Hoffmann-La Roche t. Commissie*, 102/77, *Jur.*, 1978, 1139.

⁴⁷ *Ger.*, 23 oktober 2003, *Van den Bergh Foods t. Commissie*, T-65/98, *Jur.*, 2003, II-4653, ov 170.

⁴⁸ Auteurswet, artikel 1.

⁴⁹ QUAEDVLIEG, 2001, Auteursrecht tussen patronen van positief recht, beginselen en waarden, *RM Themis* 2001-5, p. 131.

billijkheidsargument⁵⁰). De bescherming die het auteursrecht aan innovatie en vooruitgang⁵¹ biedt heeft zo ook (langdurige) gevolgen voor alle derden die het beschermde werk willen gebruiken voor hun eigen commerciële activiteiten.

Een exploitatie van een werk door derden via openbaarmaking en verveelvoudiging kan enkel gebeuren met de toestemming van de rechthebbende, die als enige beslist of en onder welke (financiële) voorwaarden deze wordt verleend. Behalve deze exploitatierechten heeft de maker, omwille van de nauwe band tussen hemzelf en zijn werk, ook persoonlijkheidsrechten, die maken dat hij het recht behoudt zich te verzetten tegen aantasting van het werk, tegen het aanbrengen van wijzigingen in het werk en/of onjuiste naamsvermelding. De persoonlijkheidsrechten zijn niet-overdraagbaar. De persoonlijkheidsrechten blijven toekomen aan de maker, ook nadat hij zijn exploitatierechten heeft overgedragen aan derden.

Het auteursrecht biedt ruime bescherming aan de exploitatierechten om het werk openbaar te maken en te verveelvoudigen. Zo is het werk in principe beschermd tegen exploitatie in zowel de vorm waarin het gemaakt is, als in de vorm van bewerking of vertaling, en tegen zowel gehele als gedeeltelijke overname.

Die ruime bescherming is echter niet onbeperkt. Zoals in de volgende paragrafen zal worden besproken, heeft het auteursrecht immers een specifiek voorwerp en een essentiële functie. Bepaalde verrichtingen m.b.t. auteursrechtelijke beschermde werken door derden zijn niet van zodanige aard dat zij daaraan afbreuk doen. Het onverkort en zonder uitzonderingen toepassen van het auteursrecht in die situaties heeft dan niets te maken met het beschermen van zijn specifiek voorwerp of functie, maar leidt er veeleer toe dat het auteursrecht een hinderpaal wordt voor de toegankelijkheid tot, de uitwisseling en de verdere verspreiding van informatie, of voor het scheppen van nieuwe werken⁵². Het auteursrecht kent daarom een aantal wettelijke en jurisprudentiële grenzen, zoals

- grenzen aan de vrijheid om al dan niet licenties te verlenen;
- bepaalde vormen van gebruik van een auteursrechtelijk beschermde creatie waarvoor een derde niet de toelating van de auteur nodig heeft;

⁵⁰ SPOOR, VERKADE en VISSER 2005, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer, Kluwer, p. 10-11.

⁵¹ Deze vooruitgang kan zowel van technologische, organisatorische, financiële, institutionele of culturele aard zijn, RAHNASTO, 2003, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law. Leveraging IPRs in the Communications Industry*, Oxford: Oxford University Press, p. 1.

⁵² SPOOR, VERKADE en VISSER, 2005, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer, Kluwer, p. 5.

- de in de rechtspraak m.b.t. vrij verkeer door de Europese rechterlijke instanties ontwikkelde 'uitputtingsleer'.

Deze grenzen worden in de hierna volgende paragrafen verder uitgediept.

IE-rechten hebben inderdaad een specifiek voorwerp en een essentiële functie waaraan (ook) het Gemeenschapsrecht in beginsel geen afbreuk doet⁵³. Tot op bepaalde hoogte zijn beperkingen van de vrije mededinging, het vrije goederenverkeer en de vrijheid van dienstverlening die noodzakelijk zijn voor de bescherming van het specifieke voorwerp van het intellectuele eigendomsrecht toegestaan⁵⁴. Tot de wezenlijke onderdelen van het eigendomsrecht behoort niet enkel het recht om licenties te verlenen⁵⁵, maar ook het recht om licentiering aan derden te weigeren⁵⁶ en het recht om aantasting van het IE-recht tegen te gaan⁵⁷. Ook het opstellen van bijzondere bepalingen van een licentieovereenkomst behoort tot de kern van het IE-recht⁵⁸.

Licenties kunnen echter (ook) een erg doeltreffend middel zijn om (het ontstaan van) concurrentie uit te sluiten. Met name dominante ondernemingen kunnen daarmee zowel pogingen van nieuwe concurrenten om op de markt door te dringen frustreren dan wel in ernstige mate vertragen⁵⁹, als de introductie op de markt van een nieuw product voorkomen⁶⁰. IE-rechten mogen dan ook niet worden gebruikt om activiteiten te beïnvloeden die buiten het beschermingsbereik (dekking) van deze rechten liggen. Zo vormt de uitoefening van bijvoorbeeld een merkenrecht, voor zover gericht op het beletten van de invoer van identiek gemerkte producten in het beschermde grondgebied geen misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU⁶¹. Wanneer de exploitatie van het IE-recht echter ontaardt in een misbruik van de bijzondere bescherming die het IE-recht biedt⁶², c.q. wordt gebruikt als een

⁵³ PRETE, 2004, From Magill to IMS: Dominant Firms' Duty to License Competitors, *European Business Law Review* 15(5), p. 1072; KEELING, 2003, *Intellectual property rights in EU law. Volume I: Free movement and competition law*, Oxford, Oxford University Press, p. 56 en *supra*, paragraaf 2.2.

⁵⁴ Ger., 10 juni 1991, *ITP*, T-76/89, *Jur.*, 1991, II-575, ov 54.

⁵⁵ H.v.J., 3 maart 1988, *Allen & Hanburys*, 343/85, *Jur.*, 1988, 1245, ov 11.

⁵⁶ H.v.J., 5 oktober 1988, *Volvo t. Veng*, 238/87, *Jur.*, 1988, 6211, ov 8.

⁵⁷ H.v.J., 20 oktober 1993, *Collins*, C-92/92 en C-326/92, *Jur.*, 1993, I-5145.

⁵⁸ CieBeschikking 11 juli 1983, *Windsurfing*, PB 1983 L 229/1, punten 75, 79, 85, 86, 90 en 100.

⁵⁹ CieBeschikking 26 juli 1988, *Tetra Pak I*, PB 1988 L 272/27, punt 45.

⁶⁰ CieBeschikking 21 december 1988, *Magill TV Guide-ITP, BBC & RTE*, PB 1989 L 78/43, punt 23.

⁶¹ H.v.J., 15 juli 1976, *EMI t. CBS UK*, 51/75, *Jur.*, 1976, 811, ov 37; H.v.J., 15 juli 1976, *EMI t. CBS Grammofoon*, 86/75, *Jur.*, 1976, 871, ov 33 en H.v.J., 15 juli 1976, *EMI t. CBS Schallplatten*, 96/75, *Jur.*, 1976, 913, ov 20.

⁶² Zo inzake octrooien, H.v.J., 29 februari 1968, *Parke en Davis t. Probel en Centrafarm*, 24/67, *Jur.*, 1968, 82, en *infra*, paragraaf 2.4.3 e.v.

instrument van misbruik van machtspositie⁶³ komt deze uitoefening onder omstandigheden binnen het toepassingsgebied van artikel 102 VWEU. Deze omstandigheden worden hier niet nader toegelicht, maar in paragraaf 2.4 uitvoerig besproken.

Geheel in dezelfde lijn beschermt ook het auteursrecht (enkel) zijn specifieke voorwerp. Dit luistert soms nauw. Zo was de voorzieningenrechter weliswaar van oordeel dat een onderneming die substantieel heeft geïnvesteerd in een databank zich kan beroepen op het databankenrecht *c.q.* geschriftenbescherming ingeval van ontlening van daarin vervatte gegevens door een derde, van een daadwerkelijke inbreuk op het auteursrecht is echter niet automatisch *c.q.* noodzakelijkerwijze sprake⁶⁴.

Daarnaast wordt het beschermingsbereik beïnvloed door een aantal uitzonderingen die de reikwijdte van het auteursrecht op onderdelen inperken. Dit gebeurt ofwel door een lijst met excepties van specifieke categorieën waarop het recht niet kan rusten, of door wettelijke beperkingmogelijkheden van (de uitoefening van) het recht. Daarbij geldt als hoofdregel dat een beperking van of uitzondering op het auteursrecht alleen in bijzondere gevallen is toegestaan, mits die beperking geen afbreuk doet aan de normale exploitatie van het voorwerp van het recht en zij de wettige belangen van de rechthebbende niet op een ongerechtvaardigde wijze schaadt⁶⁵. Voorbeelden van zulke uitzonderingen zijn door de wetgever ingebouwde beperkingen op het auteursrecht zoals de vrijheid te citeren, de mogelijkheid tot het verveelvoudigen van beschermde werken voor eigen oefening, studie of gebruik en het gebruik ervan als leermateriaal voor het onderwijs⁶⁶.

⁶³ Zo inzake merkenrecht, H.v.J., 23 mei 1978, *Hoffmann-La Roche t. Commissie*, 102/77, *Jur.*, 1978, 1139, ov 16.

⁶⁴ Zie Vzng. Rechtbank Utrecht 21 november 2007, *Wegener t. Innoweb*, LJN-nr. BB8341, reg.nr. 238193/KG ZA 07-984, i.c. geen inbreuk omdat niet schade niet aannemelijk was en het niet ging om integrale overname of eenvoudige herhaling. Wél inbreuk databankenrecht ingeval van integrale overname van *content* (gegevens en foto's) in Gerechtshof Arnhem 24 juni 2008, *Openbareverkoop.nl b.v. t. Internetnotarissen b.v.*, zaaknr. 200.002.754.

⁶⁵ Zie voor deze driestapstoets o.m. 5, lid 5 Richtlijn 2001/29/EG. Ook aan de orde in artikel 9, lid 2 Berner Conventie, artikel 13 TRIPS en artikel 10 WCT.

⁶⁶ Zie artikelen 15a, 16 en 16b Auteurswet. Zie hierover ook SPOOR, VERKADE en VISSER (2005) 5. De zgn. internetzaken verduidelijken de reikwijdte van het citaatrecht. Zo oordeelde het Gerechtshof Arnhem dat *zoekallehuizen.nl* op grond van het citaatrecht *delen van teksten* van *Funda.nl* mocht overnemen, Gerechtshof Arnhem 4 juli 2006, *NVM t. Zoekallehuizen.nl*, LJN-nr. AY0089, rolnr. 06/416. Anderzijds gaat het citaatrecht niet zover dat een site als *Jaap.nl* integraal foto's en tekst mag overnemen van makelaarssites, Vzng. Rechtbank Alkmaar 7 augustus 2007, *Stichting baas in eigen huis t. Plazacasa b.v.*, LJN-nr. BB1207, rolnr. KG ZA 07-203, ov 4.9-4.13. Toelaatbaar citeren omvat met andere woorden het overnemen van delen *c.q.* het plaatsen van links. Het integraal kopiëren van *content* gaat het citaatrecht echter te buiten en strijdt met geschriftenbescherming en/of auteursrecht. Zie hiervoor ook Gerechtshof Amsterdam 13 december 2007, *Plazacasa b.v. t. Stichting Baas in Eigen Huis*, LJN-nr. BC0125, rolnr. 1107/07 SKG en Vzng. Rechtbank Alkmaar 24 januari

Tot de categorie van beperkingmethoden behoort ook de – weliswaar zelden gebruikte – figuur van de dwanglicentie, die een publiekrechtelijke instantie de mogelijkheid biedt een IE-rechthebbende te dwingen zijn recht te delen met anderen (personen of ondernemingen). Het algemeen belang van innovatie en de belangen van derden bij de ontwikkeling van een eigen product krijgt in dat geval de bovenhand op het belang van de rechthebbende bij een absoluut ongestoord genot van zijn recht.

Hoewel vooral bekend in/van het octrooirecht is de dwanglicentie niet daartoe beperkt. Zo voorziet artikel 17a, Auteurswet dat dwanglicenties bij algemene maatregel van bestuur in het algemeen belang verleend kunnen worden voor openbaarmaking door radio- of tv-uitzending⁶⁷. Daarbij moet het persoonlijkheidsrecht van de auteur ten volle gerespecteerd worden en heeft hij recht op een billijke vergoeding. Enigszins in dezelfde (dwanglicentie)lijn bevat artikel 26a Auteurswet een regeling voor een verplichte collectieve rechtenuitoefening bij kabeldoorgifte van omroepuitzendingen. Dergelijke regels hebben echter ook ten aanzien van het auteursrecht een exceptioneel karakter en zijn in feite nooit toegepast.

Een verdere matiging van de uitwerking van IE-rechten gebeurt via de zgn. uitputtingsleer. Deze uitputtingsleer geldt niet specifiek voor het auteursrecht, maar heeft hierop evenzeer effect als op de andere IE-rechten. De uitputtingsleer betekent dat nadat een rechthebbende (of een derde met zijn toestemming) een product waarop een IE-recht rust in de EG in het verkeer heeft gebracht, hij zich niet meer met beroep op dat recht kan verzetten tegen de verdere verhandeling van dat product.

Binnen de Europese Gemeenschap hangt de uitputtingsleer nauw samen met de vrijwaring van het (intracommunautaire) vrij verkeer van goederen. Het uitoefenen van een IE-recht om zich te verzetten tegen de invoer van onder dat IE-recht vallende producten kan immers een belemmering vormen voor het vrije verkeer van goederen⁶⁸. Artikel 30 EG voorziet weliswaar een uitzondering op het vrije verkeer voor invoerbeperkingen uit hoofde van de bescherming van IE-rechten, voor zover er geen willekeurige discriminatie of verkapt beperking van de handel tussen de

2008, Stichting Baas in Eigen Huis t. Plazacasa b.v., LJN-nr. BC2614, reg.nr. 99479/KG ZA 07-418.

⁶⁷ Dat tot dusver geen AMvB als bedoeld in artikel 17a Auteurswet bestaat, doet de indicatie dat het auteursrecht zelf een mogelijkheid tot verplichte licentiëring creëert niet teniet. Zie hiervoor ook SPOOR, VERKADE en VISSER, 2005, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer, Kluwer, p. 285-286.

⁶⁸ Zie zo reeds, m.b.t. de uitoefening van het auteursrecht, H.v.J., 8 juni 1971, *DGG/ Metro*, 78/70, *Jur.*, 1971, 487.

lidstaten is. Die uitzondering wordt echter restrictief geïnterpreteerd en geldt enkel voor zover als deze beperkingen gerechtvaardigd worden door de noodzaak het zgn. 'specifieke voorwerp' van IE-rechten te waarborgen⁶⁹.

De Europese regels inzake vrij verkeer kunnen dus de uitoefening van IE-rechten aan banden leggen. Zo kan de rechthebbende van het auteursrecht zich er volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie niet tegen verzetten dat de onder zijn recht rechtmatig in de EG het verkeer gebrachte goederen, verder binnen de EG circuleren⁷⁰. De uitputtingsleer is echter wel beperkt tot goederen die rechtmatig binnen de EG in het verkeer zijn gebracht en geldt niet t.a.v. goederen die vanuit derde landen worden ingevoerd⁷¹.

2.4 Concrete omgang met het spanningsveld auteursrecht – mededingingsrecht

2.4.1 Overzicht

In EG-verband begon het mededingingsrechtelijk toezicht op de uitoefening van IE-rechten (al) in de jaren zestig van de vorige eeuw⁷². In Nederlands verband duurde dit wat langer.

Artikel 101 VWEU resp. artikel 6 Mw ziet toe op samenwerking tussen onafhankelijk blijvende ondernemingen waardoor de mededinging kan worden verstoord, hetzij door expliciet met dat doel of gevolg gesloten overeenkomsten, hetzij door stilzwijgende collusie. De analyse van de mededingingsrechtelijke benadering van dergelijke afspraken, gemeenzaam 'kartels' genoemd, is voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag van dit rapport niet echt relevant. Kartelafspraken in de auteursrechtelijke sfeer zijn immers niet essentieel anders dan 'gewone' kartelafspraken buiten die sfeer.

Bij kartelovereenkomsten wordt traditioneel onderscheid gemaakt tussen zgn. 'verticale' en de 'horizontale' overeenkomsten⁷³.

⁶⁹ DIRIX, MONTANGIE en VANHEES, 2008, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen, p. 259.

⁷⁰ H.v.J., 22 januari 1981, *Dansk Supermarked/Merco*, 58/80, *Jur.*, 1981, 181.

⁷¹ H.v.J., 15 juni 1976, *EMI/CBS*, 51/75, *Jur.*, 1976, 811.

⁷² Zie voor het eerste arrest in een lange reeks, H.v.J., 29 februari 1968, *Parke en Davis t. Probel en Centrafarm*, 24/67, *Jur.*, 1968, 82.

⁷³ Verticale overeenkomsten zijn overeenkomsten tussen ondernemingen die niet op dezelfde hoogte van de productie- en distributieketen staan (bv. distributieovereenkomsten tussen een producent/leverancier en een verdeler) waarbij afspraken over de verdere verhandeling /verkoop van de contractproducten worden opgelegd. Horizontale overeenkomsten zijn

In de auteursrechtelijke sfeer kunnen verticale overeenkomsten betrekking hebben op de voorwaarden waaronder een auteursrechthebbende of CBO een licentierecht geeft aan een derde en daarbij ook voorwaarden oplegt onder dewelke die derde sublicenties kan verlenen en/of de door het auteursrecht gedekte creaties verder kan verhandelen. Artikel 101 VWEU resp. artikel 6 Mw en zijn verdere uitvoeringsmaatregelen zijn daarop onverkort van toepassing. Voor wat auteurslicenties op software of 'gemengde' softwarelicentieovereenkomsten met een 'auteursrechtelijke component' betreft, moet mogelijk rekening gehouden worden met Vo. 772/2004 (Technologieoverdracht)⁷⁴ en de daarbij horende Richtsnoeren⁷⁵. Voor zaken waarin het merkenrecht een rol speelt zijn ook Vo. 2790/1999 en de daarbij horende Richtsnoeren van nut en belang⁷⁶.

Horizontale afspraken in de auteursrechtelijke sfeer, kunnen erop neerkomen dat

- auteurs of CBO's onderling afspreken over de voorwaarden waaronder zij licenties zullen verlenen aan derden-gebruikers, of
- CBO's onderling afspreken onder welke voorwaarden zij hun beheersdiensten aan auteursrechthebbenden zullen aanbieden, of
- potentiële rechthebbenden in een vroeg stadium samenwerken met andere ondernemingen bij de ontwikkeling van middels intellectuele eigendomsrechten te beschermen innovaties.

Ook hier gelden Artikel 101 VWEU en artikel 6 Mw en hun verdere uitvoeringsmaatregelen zonder uitzondering. Voor wat de laatst vermelde categorie betreft, bieden naar geldend recht Vo. 2659/2000 (Onderzoek & Ontwikkeling)⁷⁷ en de Richtsnoeren over horizontale overeenkomsten, alsook de reeds vermelde Vo. en Richtsnoeren m.b.t. Technologieoverdracht een (vrij) duidelijk beeld over wat vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt aanvaardbaar is in O&O- of licentieovereenkomsten.

overeenkomsten tussen ondernemingen die wel op dezelfde hoogte van de productie- en distributieketen staan, in wezen dus overeenkomsten tussen concurrenten.

⁷⁴ Verordening (EG) nr. 772/2004 van de Commissie van 27 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PB* 2004 L 123/11.

⁷⁵ Richtsnoeren betreffende de toepassing van artikel 81 EG op overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PB* 2004 C 101/2.

⁷⁶ Verordening (EG) nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 over de toepassing van artikel 81, lid 3 van het Verdrag op verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PB* 1999 L 336/21 en Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *PB* 2000 C 291/1.

⁷⁷ Verordening (EG) nr. 2659/2000 van de Commissie van 29 november 2000 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten, *PB* 2000 L 304/7.

De mededingingsrechtelijke aanpak van voormelde verticale en horizontale overeenkomsten in de auteursrechtelijke sfeer verschilt in wezen niet van de aanpak die geldt t.a.v. kartelovereenkomsten zonder auteursrechtelijke aspecten. De zopas vermelde Verordeningen inzake Technologieoverdracht en Onderzoek & Ontwikkeling vormen zeker geen uitzonderingsregime, maar hebben enkel tot doel, met het oog op de rechtszekerheid van de betrokken ondernemingen duidelijk aan te geven welke overeenkomsten niet strijdig zijn met de mededingingsregels.

De CISAC-beschikking⁷⁸ van de Europese Commissie biedt een treffende illustratie van het feit dat de Europese Commissie Commissiesamenwerkingsovereenkomsten in de auteursrechtelijke sfeer niet 'anders' behandelt. De Commissie veroordeelde daarin een samenwerkingsovereenkomst waarmee 24 Europese CBO's zich er onder de vlag van de CISAC ("Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs") toe verbonden, elkaar op basis van wederkerigheid toegang te geven tot elkaars repertoire. Daarmee kon elke individuele CBO een grensoverschrijdend repertoire van muziekwerken aan haar commerciële gebruikers aanbieden, weliswaar enkel voor haar eigen nationale grondgebied.

Een aantal clausules in de wederkerigheidsovereenkomsten waren de Commissie een doorn in het oog, met name (samengevat):

- een clausule die een individuele rechthebbende beperkte in zijn mogelijkheid aan te sluiten bij de CBO van zijn keuze of lid te zijn van meerdere CBO's;
- een exclusiviteitsclausule die verbood dat een CBO voor haar eigen repertoire in andere grondgebieden licenties zou verlenen, en dat een tweede CBO hetzelfde repertoire zou aanbieden op het grondgebied van de nationale CBO, waardoor de CBO's zich ertoe verplichtten, wederzijds elkaars monopolierecht op hun respectievelijke nationale markten te respecteren.

De Commissie stelde bijkomend vast dat alle betrokken CBO's, ook diegene in wiens overeenkomst laatst vermelde exclusiviteitsclausule niet was opgenomen, zich *de facto* toch hielden aan een strikte nationale territoriale afbakening, wat neerkwam op een door artikel 101 VWEU verboden feitelijk afgestemde gedraging.

⁷⁸ CieBeschikking 16 juli 2008, CISAC, PB 2008, C323/12 [samenvatting]. Tegen deze beschikking is ondertussen een beroep tot nietigverklaring ingesteld o.g.v. artikel 263 VWEU; zie Bericht - Beroep ingesteld op 3 oktober 2008 — CISAC/Commissie (Zaak T-442/08), PB 2009.

De Commissie veroordeelde deze praktijken omdat zij de onderlinge concurrentie tussen de CBO's ten aanzien van zowel rechthebbenden als gebruikers beperkten, en verplichtte de betrokkenen deze stop te zetten.

De Commissie ging in haar – omvangrijke – beschikking weliswaar zeer grondig in op de specifieke feitelijke achtergrond van de wederkerigheidsovereenkomsten. Naar recht hanteert de Commissie in haar beoordeling o.i. echter een 'klassieke' artikel 101 VWEU-analyse in al haar componenten, zowel voor wat het vaststellen van de inbreuk betreft (lid 1) als voor wat het onderzoek naar een mogelijke ontheffing betreft (lid 3). Zij wijkt daarin niet af van haar courante praktijk in andere zaken.

Van een echt spanningsveld tussen auteursrecht en mededingingsrecht is bij kartelovereenkomsten dus geen sprake. Bij het hierna besproken misbruiktoezicht is dat wel zo. De mogelijke spanning tussen een mededingingsnorm (verbod van misbruik van machtspositie) enerzijds en het auteursrecht (verlenen van een monopolierecht op een creatie) is daar steeds latent aanwezig. Er is immers steeds de mogelijkheid dat de houder van een auteursrecht over een machtspositie beschikt waardoor hij in staat is om – op grond van éézijdig gedrag – misbruik van die machtspositie te plegen door, bijvoorbeeld, willekeurige licentieweigering, discriminatoire licentieverlening of het hanteren van discriminerende of excessieve prijzen. Dat potentiële spanningsveld speelt zich echter af in de relatie van de auteursrechthebbende enerzijds, en diegene die een auteursrechtelijke creatie wil gebruiken of, kort samengevat: aanbieder en afnemer.

Bij kartelafspraken is de situatie wezenlijk anders. Slechts in zeer uitzonderlijke gevallen zal het sluiten van dergelijke overeenkomst of de erin vervatte voorwaarden weliswaar mogelijk éézijdig opgelegd zijn door een rechthebbende of CBO die een machtspositie bezit. In dat geval zijn dan veeleer de misbruikregels relevant. Buiten deze uitzonderlijke situatie gaat het echter om multilaterale gedragingen waarin er geen sprake is van een éézijdig gedrag waardoor mogelijk mededingingsverstoringen kunnen worden gegenereerd. Voormeld spanningsveld is dan afwezig.

Kortom: voor de vraag omtrent de mate waarin *c.q.* de wijze waarop het mededingingsrecht rechtsreeks 'correcties' aanbrengt/kan aanbrengen op de monopolies die het auteursrecht oplevert⁷⁹, biedt artikel 101 VWEU resp. artikel 6 Mw geen (nuttige) aanknopingspunten⁸⁰.

⁷⁹ 2007-Beleidsbrief Auteursrecht, Kamerstukken II 29838 nr. 6, p. 15.

⁸⁰ Om dezelfde reden wordt ook niet ingegaan op de concentratiecontrole.

Bij het toezicht op de uitoefening van het auteursrecht gaat het dus in de regel om de eenzijdige (zelf)beschikking over het exclusieve recht zelf door de rechthebbende. Artikel 102 VWEU resp. artikel 24 Mw kan de rechthebbende weliswaar niet (geheel) zijn auteursrecht ontnemen, maar dwingt hem zoals hierna zal blijken soms wel dit *in se* exclusieve recht met anderen te delen.

In het hierna volgende wordt geanalyseerd of en onder welke voorwaarden de mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties ten aanzien van gedragingen van de rechthebbende(n) van auteursrechten oordelen dat er sprake is van een misbruik van machtspositie en dus schending van artikel 102 VWEU resp. artikel 24 Mw. Daarbij wordt eerst (2.4.2) kort nagegaan of en wanneer de rechthebbende beschikt over een machtspositie, een noodzakelijke voorwaarde om onder het toepassingsgebied van de misbruikregels te vallen. Vervolgens (2.4.3) wordt geanalyseerd welke gedragingen van rechthebbenden in de rechtspraak als misbruik werden gekwalificeerd, met andere woorden in welke gevallen er van het mededingingsrecht een beperkende of disciplinerende werking uitgaat op het uitoefenen van het auteursrecht.

Waar nodig en/of nuttig wordt, zoals eerder aangegeven⁸¹, ook verwezen naar bepaalde buitenlandse rechtspraak dienaangaande. Het betreft met name rechtspraak van geselecteerde andere EG Lid-Staten waarbij op grond van secundaire publicaties werd nagegaan of er in die buitenlandse rechtspraak afwijkende trends te ontwaren zijn. Daarbij wordt nu reeds opgemerkt, dat de behandeling van deze problematiek in de Lid-Staten een interessante aanvulling biedt op de beschikkingspraktijk van de Europese Commissie of de Europese rechtspraak, maar daar, zoals uit de hierna volgende punten zal blijken, niet van afwijkt. Dat wekt geen verbazing: de meeste Lid-Staten richten zich bij de toepassing van hun mededingingsrecht zo veel als mogelijk op de op grond van het EG recht ontwikkelde praktijk, hetzij louter in hun rechtspraak⁸², dan wel omdat zij daartoe (nationaal) wettelijk verplicht zijn⁸³. Voor wat Nederland betreft, werd reeds in de Memorie van Toelichting bij de Mw aangegeven dat het in de lijn der verwachtingen lag dat bij de toepassing van de Nederlandse norm inzake misbruik van machtspositie de Europese “beleidspijp en jurisprudentie [...] mede bepalend

⁸¹ Zie *supra*, paragraaf 1.3.

⁸² Het Belgische Hof van Cassatie bijvoorbeeld stelde dat art. 3 van de Belgische Mededingingswet (bepaling analoog aan art. 82 EG) in het licht van het Gemeenschapsrecht moet worden toegepast, daarin begrepen de communautaire jurisprudentie; Cass. 9 juni 2000, *Trade Mart*, Arr. Cass. 2000, 354.

⁸³ Zo bv. Section 60, 1 van de UK Competition Act 1998.

[zullen] zijn voor de interpretatie van deze artikelen”⁸⁴. In de rechtspraak wordt daaraan ook gevolg gegeven⁸⁵.

2.4.2 Bezit van een machtspositie door de rechthebbende

Het auteursrecht verleent, zoals vermeld, exclusieve exploitatierechten aan de rechthebbende. De individuele auteur krijgt daarmee ontegenzeggelijk een wettelijk monopolierecht, dit wil zeggen: een alleenrecht. Dit (juridisch) monopolie verleent noodgedwongen een bepaalde (ook economische) “macht” over het werk, doch enkel in de beperkte zin van: de ruimte en armslag om in beginsel met het werk te doen en te laten wat hem goeddunkt⁸⁶.

Het hebben van een monopolierecht op een creatie betekent echter niet automatisch dat de rechthebbende een machtspositie bezit in de zin van artikel 102 VWEU *c.q.* artikel 24 Mw⁸⁷.

Vaste rechtspraak van het Hof van Justitie definieert een machtspositie als de positie die een onderneming in staat stelt het behoud van een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te beletten door de mogelijkheid zich onafhankelijk te gedragen zonder in noemenswaardige mate rekening te moeten houden met de houding van andere marktdeelnemers zoals concurrenten, klanten en consumenten⁸⁸.

Het moge duidelijk zijn, dat een auteursrechthebbende niet steeds in dergelijke positie vertoeft.

⁸⁴ Zo Memorie van Toelichting (Kamerstukken II 1995-1996, 24707 nr. 3, p. 71, waar verder ook nog wordt gesteld: “Het is bovendien de bedoeling dat ook bij de toepassing van die artikelen een bestendige nationale beleidspraktijk wordt ontwikkeld. De verwijtbaarheid van een inbreuk zal groter zijn naarmate uit de in andere gevallen genomen maatregelen of uit de Europeesrechtelijke beschikkingenpraktijk of jurisprudentie valt af te leiden dat de betreffende gedraging een overtreding van het verbod vormt.”

⁸⁵ Zie zeer expliciet bv. Rb. Rotterdam, 27 augustus 2009, Fresh FM t. NMa, reg. Nr. MEDED 08/2026-RIP, LJN-nr. BJ6328: de Rechtbank verwijst daarin expliciet naar de Memorie van Toelichting en stelt dat het uitgangspunt bij de toepassing van art. 24 Mw is “dat de Mw niet strenger en niet soepeler is dan de EG-mededingingsregels”.

⁸⁶ Alleen in heel specifieke omstandigheden kan aan die bevoegdheid worden afgedaan.

⁸⁷ Zo ook LANDES en POSNER, 2003, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, MA, The Belknap Press of Harvard University Press, p. 378-379, “... the majority of copyrights, patents, and other intellectual property rights confer no more monopoly power on the owner of the right than owning the only barber shop within an five-mile radius does.”

⁸⁸ H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, 280, ov. 65; H.v.J., 13 februari 1979, *Vitaminen*, 85/76 van, *Jur.*, 1979, 520, ov. 38; H.v.J., 9 november 1983, *Michelin*, 322/81, *Jur.*, 1983, 3503 ov. 30.

Vooreerst is het monopolie van de rechthebbende niet geheel onbegrensd⁸⁹. Daarnaast beperken, zoals reeds besproken, ook figuren als de dwanglicentie en de uitputting van intellectuele eigendomsrechten de uitoefening van het exclusief recht⁹⁰.

Maar ook los daarvan verleent de bijzondere positie van een IE-rechthebbende niet automatisch een machtspositie. Het kan namelijk zijn, dat meerdere ondernemingen van vergelijkbare potentie als de IE-rechthebbende zich op dezelfde markt bewegen en in staat zijn met hem te concurreren⁹¹. Er kunnen met andere woorden substituten aanwezig zijn die hem beletten zich onafhankelijk van de andere marktdeelnemers te gedragen⁹². Het is dan ook van belang een onderscheid te maken tussen een monopolierecht in de juridische resp. economische betekenis:

"There is a difference between a legal and an economic monopoly. (...) If the protected product is part of a wider market the intellectual property right will not in itself create [economic] dominance, but if the market is narrowed to comprise only the product covered by the intellectual property right then there will be a de facto monopoly, because the intellectual property right will constitute a barrier to entry preventing supply substitutions or new entrants coming onto the market"⁹³.

De Amerikaanse mededingingsautoriteiten stellen zich expliciet op dat standpunt:

"The Agencies will not presume that a patent, copyright, or trade secret necessarily confers market power upon its owner. Although the intellectual property right confers the power to exclude with respect to the *specific* product, process, or work in question, there will often be sufficient actual or potential close substitutes for such product, process, or work to prevent the exercise of market power"⁹⁴.

⁸⁹ Cf. opnieuw *supra*, paragraaf 2.2.

⁹⁰ Cf. opnieuw *supra*, paragraaf 2.2.

⁹¹ Zo inzake merkenrecht, de EMI-arresten van 15 juli 1976: H.v.J., 15 juni 1976, *EMI t. CBS UK*, 51/75, *Jur.*, 1976, 811; H.v.J., 15 juni 1976, *EMI t. CBS Grammofoon*, 86/75, *Jur.*, 1976, 871 en H.v.J., 15 juni 1976, *EMI t. CBS Schallplatten*, 96/75, *Jur.*, 1976, 913.

⁹² Opgemerkt zij, dat misbruik van machtspositie in dergelijke situatie wellicht uitgesloten is, maar dat dan wel de mogelijkheid bestaat dat de verschillende aanbieders van substitutieproducten samen overgaan tot collusie die dan veroordeeld kan worden o.g.v. artikel 101 WVEU resp. artikel 6 Mw.

⁹³ JONES en SUFRIN 2004, *EC Competition law. Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, p. 763.

⁹⁴ Zie §2.2 van de Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, April 6, 1995, (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm#t1>), trouwens ook bevestigd in de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court in *Tool Works Inc. v. Indep. Ink Inc.*, 126 U.S. S. Ct 1281 [2006]. In diezelfde zin ook COTTER, 2008, *Reflections on the antitrust*

Zo stellen ook de Britse autoriteiten in meer summere bewoordingen:

“The OFT considers that ownership of an IPR does not necessarily create a dominant position. Whether or not dominance results from the ownership of an IPR depends upon the extent to which there are substitutes for the product, process or work to which the IPR relates”⁹⁵.

Dit sluit niet uit dat de auteursrechthebbende, ondanks de aanwezigheid van substituten voor de auteursrechtelijk beschermde werken, in bepaalde omstandigheden wel een machtspositie kan bekleden in de zin van artikel 102 VWEU c.q. artikel 24 Mw. De concurrentiedruk die van die substituten uitgaat, kan immers mogelijk te klein zijn om daadwerkelijk een rem te vormen op het gedrag van de auteursrechthebbende. In de hierna besproken misbruikzaken stond de machtspositie van de auteursrechthebbenden als zodanig zelden of nooit echt ter discussie. Daaruit lijkt te volgen dat de relevante productmarkt(en) van de IE-rechthebbende in specifieke gevallen overeenstemt met het domein van zijn IE-recht. De nadere geografische afbakening is in wezen (nog) eenvoudig(er), als gelijklopend met de geografische beschermingsomvang van het IE-recht zelf. Meestal geldt dat wat in het ene Berner Conventieland wordt beschermd, vaak ook in alle andere Berner Conventielanden beschermd wordt.

Een enigszins verschillende situatie is die waarin het auteursrecht niet individueel door de rechthebbende wordt uitgeoefend, maar waar er sprake is van een collectieve uitoefening. Een auteur kan weliswaar zelf besluiten of hij gebruik wenst te maken van organisaties die instaan voor collectief beheer. Als de auteur daartoe besluit, is hij echter genoodzaakt hiervoor de wettelijk aangewezen organisaties in te schakelen. In Nederland zijn vijf collectieve beheersorganisaties (CBO's) wettelijk bevoegd om exclusief voor hun categorie rechthebbenden auteursrechten te innen⁹⁶. Vier daarvan hebben een wettelijk eigen recht: zij bezitten licentie- en inningrechten

modernization of the Commission's report and recommendations relating to the antitrust/IP interface, *Antitrust Bulletin* 53(3), p. 795.

⁹⁵ OFFICE OF FAIR TRADING, 2004, *Abuse of a dominant position*, Londen, ad 4.22.

⁹⁶ Het Bureau voor Muziekauteursrecht (Buma) richt zich op de exploitatie van het muziekauteursrecht waar het gaat om het openbaar maken van muziekstukken. Buma beheert de auteursrechten van de aangesloten auteurs (componisten en tekstdichters). Het gebruik van het Buma-repertoire kan enkel tegen vergoeding, als vastgelegd in de contracten die Buma daartoe sluit met afnemers. Stichting Stemra legt zich toe op het exploiteren van muziekwerken die worden vastgelegd op beeld- en geluidsdragers en vervolgens verveelvoudigd. Buma/Stemra vormt één auteursrechtorganisatie voor componisten, tekstdichters en uitgevers. De Stichting ter exploitatie van naburige rechten (Sena) richt zich op uitvoerende kunstenaars en platenproducenten. Daarnaast hebben ook Stichting de Thuiskopie, Stichting Reprorecht en Stichting Leenrecht een wettelijk monopolie.

zonder dat auteurs of artiesten deze aan hen hebben verleend of overgedragen⁹⁷. De vijfde beschikt als enige over een concessie van de Nederlandse overheid voor bemiddeling inzake muziekauteursrecht op het gebied van de uitvoering in het openbaar en de uitzending in een radio- en televisieprogramma⁹⁸. Dit heeft tot gevolg dat enkel Buma bij het collectief innen van auteursrechtvergoedingen gerechtigd is om op te treden als vertegenwoordiger van makers van muziekwerken. Hiermee bezitten zij alle vijf een wettelijke monopoliepositie op het hun toebedeelde (deel)terrein. Naast deze CBO's met een wettelijk licentie- en inningrecht, bestaat verder een groot aantal privaatrechtelijke verdeelorganisaties dat werkt op basis van vrijwillige aansluiting, en bestaan er rechtenorganisaties die aan collectief beheer doen op een specifiek terrein zonder wettelijke prerogatieven⁹⁹. Deze hebben in een aantal gevallen *de facto* eenzelfde positie op de markt.

Voor CBO's die een wettelijk monopolie bezitten op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, is de situatie anders dan voor individuele rechthebbenden. Bij gebrek aan substituten kunnen zowel makers als gebruikers dan immers enkel bij hen terecht¹⁰⁰. Verder hebben zij de mogelijkheid zelfstandig hun prijzen te bepalen en deze op te leggen. Daaruit blijkt dat zij in staat zijn de voorwaarden voor de ontwikkeling van de mededinging te bepalen of althans verregaand te beïnvloeden¹⁰¹. De vijf voormelde CBO's worden dan ook meestal geacht op de hun toegewezen specifieke gebieden een economische machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU *c.q.* artikel 24 Mw in te nemen¹⁰².

⁹⁷ Enkel Buma/Stemra beschikt niet over het eigen recht. Zie voor het eigen recht van de vier andere CBO's, art. 15f, 16d en 16i Auteurswet, artikel 15, 15a en 15b Wet Naburige rechten, en KOELMAN, 2004, Collectieve rechtenorganisaties en mededinging, *AMI* 2004-2, p. 45.

⁹⁸ Zie art. 30a Auteurswet en Buma-Besluit 12 oktober 1932, *Stb.* 1932, 496, laatst gewijzigd bij Besluit 12 april 2003, *Stb.* 2003, 177.

⁹⁹ Zo bijvoorbeeld Pictoright, dat auteursrechten beheert van visuele makers (beeldend kunstenaars, illustratoren, ontwerpers en fotografen). Cf. <http://www.beeldrecht.nl>

¹⁰⁰ KOELMAN, 2004, Collectieve rechtenorganisaties en mededinging, *AMI* 2004-2, p. 46. Zie hiervoor ook Besluit NMa 21 december 2007, zaak 4070/22, *XS4ALL t. Buma*.

¹⁰¹ Klassieke omschrijving van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU. O.m. aan de orde in CieBeschikking 14 december 1985, *ECS-Akzo Chemie*, PB 1985 L 374/1, punt 67.

¹⁰² H.v.J., 23 april 1991, *Höfner t. Macroton*, C-41/90, *Jur.*, 1991, I-1979. Zie voor IE-monopolies/machtspositie, (muziek)auteursrecht: o.m. CieBeschikking 2 juni 1971, *GEMA*, PB 1971 L 134/15, II.B.; CieBeschikking 4 december 1981, *GEMA*, PB 1982 L 94/12; H.v.J., 13 juli 1989, *Lucazeau*, 110, 241-242/88, *Jur.*, 1989, 2811; H.v.J., 13 juli 1989, *Tournier*, 395/87, *Jur.*, 1989, 2521; Televisierechten: o.m. H.v.J., 18 juni 1991, *ERT*, C-260/89, *Jur.*, 1991, I-2925; Modelrecht: o.m. H.v.J., 5 oktober 1988, *Renault*, 53/87, *Jur.*, 1988, 6039; H.v.J., 5 oktober 1988, *Volvo t. Veng*, 238/87, *Jur.*, 1988, 6211. CBO's organiseren wel samenwerking waardoor zij toegang krijgen tot elkaars repertoire, maar het verlenen van licenties aan gebruikers geschiedt tot op heden nog op louter nationale basis (Dergelijke samenwerkingsovereenkomsten moeten uiteraard wel verenigbaar zijn met artikel 101 VWEU resp. artikel 6 Mw; zie hierover de reeds in paragraaf 2.4.1 vermelde CISAC-beschikking van de Commissie van 16 juli 2008, PB 2008, C323/12 [samenvatting]). Concurrentie tussen CBO's uit verschillende Lid-Staten is tot op heden nog grotendeels onbestaand. Dit kan in de toekomst wijzigen wanneer CBO's niet langer op louter nationaal vlak gaan opereren, maar op grond van onderlinge samenwerking aan gebruikers pan-Europese licenties zouden

Een machtspositie kan echter ook voortvloeien uit het bestaan van een feitelijk monopolie¹⁰³. Wanneer auteursrechthebbenden die geen wettelijk monopolie, maar een feitelijk monopolie bezitten (verdeelorganisaties, vrijwillige rechtenorganisaties c.q. auteurs) toch een machtspositie bekleden in de zin van artikel 102 VWEU c.q. artikel 24 Mw kan echter niet *in abstracto* worden beoordeeld. Essentieel is de afbakening van de relevante productmarkt (van de rechthebbende). Als deze gelijk staat aan of parallel loopt met de beschermingsomvang van het intellectuele eigendomsrecht, lijkt de (juridische) machtspositie al snel aanwezig. Is de markt breder, dan is er van een machtspositie niet zonder meer sprake. Als voorbeeld uit een andere sector kan worden gewezen op de uitspraak waarin werd geoordeeld dat een automobielconstructeur met een modellenrecht, op grond waarvan hij krachtens het betrokken nationale recht bij uitsluiting gerechtigd is vervangingsonderdelen die voor herstellingen van de carrosserie van auto's van zijn fabricaat nodig zijn, te vervaardigen en in te voeren, een machtspositie bezit in de zin van artikel 102 VWEU, zowel wegens dat exclusieve recht als wegens de onmogelijkheid voor de consument om een substitutieproduct te gebruiken¹⁰⁴.

Het bezit van een machtspositie is op zich niet problematisch en wordt ook niet verboden op grond van de mededingingsregels. Het feit dat bepaalde diensten op de markt door slechts één enkele onderneming worden aangeboden, kan vanuit economisch oogpunt soms zelfs wenselijk zijn doordat hierdoor bepaalde schaalvoordelen kunnen worden gegenereerd¹⁰⁵. Wel kan worden ingegrepen

kunnen verlenen en zodoende met elkaar in onderlinge concurrentie treden. Initiatieven in die richting worden op dit moment op Europees niveau besproken in opvolging van de Online Commerce Roundtable die in september 2008 plaats vond. Zie Cie, persmededeling IP/09/832, 26 mei 2009. In dezelfde richting gaat ook de Aanbeveling van de Commissie van 18 mei 2005 betreffende het collectieve grensoverschrijdende beheer van auteursrechten en naburige rechten ten behoeve van rechtmatige online muziekdiensten, PB 2005 L 276/54, waarin de Commissie suggereert dat ook rechthebbenden zelf de keuze zouden moeten hebben door welke CBO zij hun rechten laten beheren. Het effect van (toegenomen) concurrentie kan nog versterkt worden door de werking van de Dienstenrichtlijn, nu kan worden aangenomen dat deze ook betrekking heeft op de diensten verleend door CBO's en daardoor het handhaven van mogelijk restrictieve nationale wetgeving ten aanzien van buitenlandse CBO's op de helling komt te staan. Zie hierover EISENBERG en HEINE, 2009, *Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt – Die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten nach der Dienstleistungsrichtlinie*, GRUR Int, afl. 4, p. 281.

¹⁰³ Zie H.v.J., 9 april 1987, *Basset*, 402/85, Jur., 1987, 1747, ov 5 en recent nog H.v.J., 11 december 2008, *Kanal 5 – TV4 t. STIM*, C-52/07, n.n.g., ov 21-22.

¹⁰⁴ Conclusie AG Mischo van 21 juni 1988 in zaak 238/87 (*Volvo t. Veng*), Jur., 1988, 6211, punt 15. Volledigheidshalve wordt erop gewezen dat de markt voor vervangingsonderdelen later grotendeels werd geliberaliseerd door Vo. 1400/2002 van de Commissie van 31 juli 2002 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de motorvoertuigensector, PB 2002, L 203/30. Ook in *Hugin en Hilti* viel de relevante markt samen met het betrokken IE-recht. Zie H.v.J., 1979, *Hugin t. Commissie*, 22/78, Jur., 1979, 1869 en Ger., 1991, *Hilti t. Commissie*, T-30/89, Jur., 1991, II-1439.

¹⁰⁵ De Britse Monopolies and Mergers Commission (thans Competition Commission) was daarom geen voorstander van een opsplitsing van de Performing Right Society in

wanneer blijkt dat een individuele rechthebbende of een collectief beheersorgaan die positie misbruikt.

2.4.3 Uitoefening van het auteursrecht en mogelijk misbruik van machtspositie – algemeen

Misbruik in de zin van artikel 102 VWEU *c.q.* artikel 24 Mw kent verschillende verschijningsvormen. Het VWEU zelf vermeldt er vier¹⁰⁶. Een (intussen) klassieke tweedeling onderscheidt misbruiken die leiden tot uitsluiting van concurrenten en potentiële afnemers (*exclusionary abuse*) van misbruiken die leiden tot uitbuiting van afnemers, leveranciers of consumenten (*exploitative abuse*).

Bij uitoefening van IE-rechten waarbij sprake kan zijn van misbruik van machtspositie blijkt (vooral nog) dat het in hoofdzaak om zaken m.b.t. uitsluiting gaat. Vrijwel alle zaken over de verhouding tussen IE- en mededingingsrecht bij het Hof van Justitie en nationale rechters betreffen *exclusionaire* misbruikvormen¹⁰⁷. Het gaat hierbij – niet geheel verrassend – vaak om gevallen van (onrechtmatige) licentieweigering.

Uitbuiting, die onder meer tot uiting komt in de vorm van excessieve prijzen bleef in de artikel 82/IE-context vooral nog onderbelicht. Dit neemt niet weg dat ook exploitatieve elementen zeker (kunnen) spelen. Zo kan men bij de licentiëring van intellectuele eigendomsrechten denken aan situaties waarin de IE-rechthebbende wel bereid (b)lijkt een licentie te verlenen, maar daarbij een prijs vraagt die de aspirant-licentienemer niet kan of wil betalen. Gewone artikel 82-prijstellingszaken kunnen hier wel enige richting bieden. Anderzijds is wel de vraag of *c.q.* in welke mate mededingingautoriteiten behalve (*ex post*) toezichthouders ook (*ex ante*) prijsregulator kunnen/mogen/moeten (willen) zijn.

Beide gevallen van potentieel misbruik zullen in het hierna volgende onder de loep worden genomen.

verschillende organisaties; zie haar sectorstudie “Performing rights - A report on the supply in the UK of the services of administering performing rights and film synchronization rights”, februari 1996, Cm 3147, ad 2.111. Zie over schaalvoordelen m.b.t. het collectieve beheer van auteursrechten ook het economische luik in paragraaf 3.2.1.

¹⁰⁶ Cf. met name de opsomming in artikel 102 VWEU.

¹⁰⁷ Geheel of gedeeltelijk los daarvan concentreert ook de Europese Commissie zich overigens bij haar activiteiten inzake de modernisering van artikel 102 VWEU op uitsluiting als misbruikvorm. Zie hiervoor DG Competition, *Public consultation paper on the application of Article 82 EC of the Treaty to exclusionary abuses*, december 2005, en *Communication from the Commission: Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings*, COM(2008), 3 december 2008, vooral nog enkel beschikbaar in het Engels, n.n.g. in PB, zie: <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/index.html>.

Daarbij moeten twee zaken voor ogen gehouden worden.

In de eerste plaats is er de omstandigheid dat bij de beoordeling van een (vermeend) misbruik van een machtspositie als (mede) voortvloeiend uit een IE-recht, de benadering niet wezenlijk verschilt naargelang het concrete IE-recht. Dit is logisch, nu de beoordeling, zoals reeds vermeld, niet het (nationale) bestaan, maar enkel de uitoefening van de rechten betreft. Dit betekent dat alle IE-rechtelijke zaken *mutatis mutandis* implicaties (kunnen) hebben voor de beoordeling van de rechtmatigheid van de uitoefening/exploitatie van het auteursrecht door de rechthebbende. Zo zijn Renault¹⁰⁸ of Volvo/Veng¹⁰⁹ (beide over modelrecht) potentieel even relevant als Magill¹¹⁰ (over auteursrecht), Ladbroke¹¹¹ (over uitzendrechten) en/of IMS Health¹¹² (over auteursrecht). Ook in de Nederlandse context maakt het voor de mededingingsrechtelijke beoordeling in wezen geen verschil of de litigieuze gegevens bescherming genieten op grond van geschriftenbescherming, het zgn. volle auteursrecht, dan wel de *sui generis*-bescherming van de Databankenwet¹¹³.

In de tweede plaats blijkt het Hof van Justitie bij de beoordeling van licentieweigeringen door rechthebbenden met een (juridische) monopoliepositie vrij systematisch gebruik te maken van (elementen uit) zijn jurisprudentie over gewone (niet-IE) weigeringen tot (materiële) levering *c.q.* toegang door ondernemingen met een (feitelijke) machtspositie¹¹⁴. Dit is logisch, nu het probleem in de kern hetzelfde is. In zaken rond 'klassieke' leveringsweigeringen is het probleem doorgaans het volgende:

- een onderneming X heeft een machtspositie op een bepaalde markt en verricht nevenactiviteiten op een verwante, doch onderscheiden markt;
- een derde Y wil op die verwante, doch onderscheiden markt activiteiten ontplooiën en zodoende in concurrentie treden met X;
- Y heeft daarvoor wel goederen nodig waarvoor X over een machtspositie beschikt;

¹⁰⁸ H.v.J., 5 oktober 1988, *Renault*, 53/87, *Jur.*, 1988, 6039.

¹⁰⁹ H.v.J., 5 oktober 1988, 1988, *Volvo t. Veng*, 238/87, *Jur.*, 1988, 6211.

¹¹⁰ H.v.J., 6 april 1995, *RTE en ITP t. Commissie (Magill)*, C-241/91P en C-242/91P, *Jur.*, 1995, I-743.

¹¹¹ Ger., 12 juni 1997, *Ladbroke*, T-504/93, *Jur.*, 1997, II-927.

¹¹² H.v.J., 29 april 2004, *IMS Health*, C-418/01, *Jur.*, 2004, I-5039.

¹¹³ Zo over programmegegevens, A-G Verkade in zijn conclusie bij arrest Hoge Raad van 6 juni 2003, NOS, AVRO, KRO, NRCV, EOP, TROS, VARA en POV t. De Telegraaf, LNJ-nummer AF5100, zaaknummer C01/183HR, *AMI* 2003-4, 141-147.

¹¹⁴ Vaste rechtspraak, o.m. in H.v.J., 3 oktober 1985, *Télémarketing*, 311/84, *Jur.*, 1985, 3261; Ger., 6 oktober 1994, *Tetra Pak*, T-83/91, *Jur.*, 1994, II-762, ov 115 en 186; H.v.J., 14 november 1996, *Tetra Pak*, C-333/94, *Jur.*, 1996, I-5951, ov 24; Ger., 7 oktober 1999, *Irish Sugar*, T-228/97, *Jur.*, 1999, II-2969, ov 167; H.v.J., 25 oktober 2001, *Glöckner*, C-475/99, *Jur.*, 2001, I-8089, ov 40.

- X weigert deze goederen te leveren en schakelt daarmee de concurrentie van Y op de aanverwante markt uit.

In zaken rond licentieweigeringen is de problematiek in wezen dezelfde:

- een onderneming X heeft een intellectueel eigendomsrecht op een creatie en heeft bij gebrek aan substituten een machtspositie, en verricht nevenactiviteiten op een verwante, doch onderscheiden markt;
- een derde Y wil op die verwante, doch onderscheiden markt activiteiten ontplooiën en zodoende in concurrentie treden met X;
- Y heeft daarvoor wel een licentie nodig op de creatie waarvoor X over een machtspositie beschikt;
- X weigert een licentie te verlenen en schakelt daarmee de concurrentie van Y op de aanverwante markt uit.

In beide situaties is er volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie sprake van misbruik van een economische machtspositie. Daaruit blijkt dat alle leverings- en toegangswijgeringzaken *mutatis mutandis* implicaties (kunnen) hebben voor de beoordeling van de rechtmatigheid van licentieweigeringen¹¹⁵. Zo zijn Bronner¹¹⁶ (weigering van toegang tot krantendistributienet), United Brands¹¹⁷ (weigering van voortzetting leveringen van bananen) potentieel even relevant als Microsoft¹¹⁸ (weigering van toegang tot Windows-protocollen vereist voor de interoperabiliteit van werkgroepservers van concurrenten). Verder maakt het in wezen geen verschil of de zgn. *essential facilities-doctrine* wordt toegepast voor het juridisch forceren/afdwingen van toegang tot materiële dan wel immateriële infrastructuur. Hierdoor zijn Holyhead c.s.¹¹⁹ (toegang haveninstallaties), European Night Services¹²⁰ (toegang spoorweginfrastructuur) en Bronner¹²¹ (toegang distributienet) potentieel even relevant als IMS Health¹²² (toegang informatiesysteem) en

¹¹⁵ Dit is ook niet anders in het Amerikaanse antitrustrecht, waar de algemene rechtspraak inzake leveringswijgering (met name het arrest Aspen Skiing Co. V. Aspen Highlands Skiing CO., 472 U.S. S. Ct. 585, 602 [1985]) wordt overgenomen in zaken m.b.t. licentieweigering door houders van IE-rechten (bv. Image Tech. Servs. V. Eastman Kodak Co., 125 F 3d 1995, 1210-11 [9th Cir. 1997]).

¹¹⁶ H.v.J., 26 november 1998, *Bronner*, C-7/97, *Jur.*, 1998, I-7791.

¹¹⁷ H.v.J., 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, 207.

¹¹⁸ CieBeschikking 24 maart 2004, *Microsoft*, COMP/C-3/37, PB 2007 L 32/23; Pres. Ger., 22 december 2004, *Microsoft*, T-201/04R, *Jur.*, 2004, II-4463; Ger., 17 september 2007, *Microsoft*, T-201/204, n.n.g.

¹¹⁹ Besch., 11 juni 1992 (IV/34.174), *Sealink t. B&I Holyhead*, n.g.in het PB; Besch., 21 december 1993, *Sea Containers t. Stena Sealink*, PB 1994 L 15/8; Ger., 12 december 2000, *Aéroports de Paris*, T-128/98, *Jur.*, 2000, II-3929.

¹²⁰ Ger., 15 september 1998, *European Night Services*, gev.zaken T-374, 375, 384 en 388/94, *Jur.*, 1998, II-3141. Ook aan de orde in CieBeschikking 27 augustus 2003, *GVG/FG*, PB 2004 L 11/17.

¹²¹ H.v.J., 26 november 1998, *Bronner*, C-7/97, *Jur.*, 1998, I-7791.

¹²² H.v.J., 29 april 2004, *IMS Health*, C-418/01, *Jur.*, 2004, I-5039.

Microsoft¹²³ (toegang werkgroepserver-protocollen). In de Nederlandse context kwamen de voornaamste vragen aan bod tijdens de zgn. programmagegevenszaken¹²⁴. De eigen aard van het auteursrecht doet hieraan geen afbreuk.

2.4.4 Weigering en willekeur als misbruik van machtspositie

Eigenaars *c.q.* rechthebbenden hebben het volle beschikkingsrecht over hun materiële *c.q.* immateriële eigendom(srechten). Dit omvat in wezen ook het recht het gebruik daarvan niet (meer) te willen delen met een derde¹²⁵. Zo levert ook de weigering van de houder van een IE-recht om derden een licentie te verlenen op zichzelf geen misbruik van een machtspositie op¹²⁶.

Het beschikkingsrecht geldt echter niet onverkort. In sommige gevallen verplicht (nationale) wetgeving tot levering aan derden¹²⁷. Verder vormt volgens vaste rechtspraak een leveringsweigering misbruik op wanneer dit het gevaar meebrengt op uitschakeling van de mededinging door de verzoekende onderneming op de relevante markt of het belemmeren van de ontwikkeling van concurrenten wanneer

¹²³ CieBeschikking 24 maart 2004, *Microsoft*, COMP/C-3/37, PB 2007 L 32/23; Pres. Ger., 22 december 2004, *Microsoft*, T-201/04R, *Jur.*, 2004, II-4463; Ger., 17 september 2007, *Microsoft*, T-201/204, n.n.g.

¹²⁴ Het betrof in deze zaken met name de vraag of een televisieomroep (overigens meestal met de NOS als leveringsweigeraar) zijn programmagegevens moet leveren aan een derde die daarom verzoekt teneinde zelf een programmablad op de markt te brengen. Deze vraag was o.a. aan de orde in geschillen tussen de NOS en De Telegraaf, de NOS en de NMa, SBS en Quote en MTV. Zie o.a. Pres. Rb. 's-Gravenhage 5 januari 1999, De Telegraaf t. NOS en de omroepen, rolnr. KG 98/1539; Hof 's-Gravenhage 30 januari 2001, De Telegraaf t. NOS en de omroepen, rolnr. 99/165, LJN-nr. AA9717; Rb. Rotterdam 11 december 2002, NOS en HMG t. NMa, reg. nr. MEDED 01/2430-RIP en MEDED 01/2474-RIP, LJN-nr. AF1811; CBB 9 april 2003, NOS en HMG t. NMa, reg. Nr. AWB 03/240, LJN-nr. AF 7441; Hoge Raad 6 juni 2003, NOS en de omroepen t. De Telegraaf, reg. Nr. C01/183HR, LJN-nr. AF5100; Zo Vzngr.Rechtbank Amsterdam 28 juli 2005, SBS t. Quote Media en MTV, zaaknr. 317128/KG05-1040P, LJN-nr. AU0253; Zo Vzngr.Rechtbank Amsterdam 16 juni 2005, SBS t. Quote Media en MTV, zaaknr. 317128/KG05-1040P, LJN-nr. AT7612.

¹²⁵ Zo ook, AG Jacobs in zijn conclusie van 28 mei 1998 in zaak C-7/97 (Bronner), *Jur.*, 1998, I-7791, punt 54-55, "In de eerste plaats behoort het recht zelf zijn handelspartners te kiezen, alsmede het recht over zijn eigendom te beschikken, tot de algemeen erkende beginselen van de wetgeving der Lid-Staten, soms met grondwettelijke status. Inbreuken hierop moeten zorgvuldig worden gemotiveerd. In de tweede plaats vergt op het gebied van het mededingingsbeleid de rechtvaardiging van een inmenging in de contractvrijheid van een onderneming met een machtspositie (...) een zorgvuldige afweging van belangen." Vergelijkbaar reeds inzake modelrecht H.v.J., 5 oktober 1988, *Volvo t. Veng*, 238/87, *Jur.*, 1988, 6211, ov 8 en H.v.J., 5 oktober 1985, *Renault*, 53/87, *Jur.*, 1988, 6039.

¹²⁶ H.v.J., 5 oktober 1988, *Volvo t. Veng*, 238/87, *Jur.*, 1988, 6211, ov 7-8; H.v.J., 6 april 1995, *Magill*, C-241/91P en C-242/91P, *Jur.*, 1995, I-797, ov 49.

¹²⁷ Zo verplichtte artikel 58 Mediawet de publieke omroepen hun programmagegevens te leveren aan de NOS. De publieke omroepen ontvingen in ruil de gegevens van de andere publieke omroepen. Het artikel zorgde met andere woorden voor een soort *de facto* wettelijk dwanglicentiesysteem in het Nederlandse publieke omroepbestel. Zie voor de begrenzing via het citaatrecht opnieuw *supra*, paragraaf 2.2.

zulks objectief niet is gerechtvaardigd¹²⁸. Dit geldt onder omstandigheden evenzeer ingeval van weigering om een licentie te verlenen¹²⁹. Zo oordeelde het Hof dat de uitoefening van een IE-recht tot misbruik leidde ingeval van willekeurige weigering om vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs, de vaststelling van onbillijke prijzen voor vervangingsonderdelen of de beslissing om geen vervangingsonderdelen voor een bepaald automodel meer te vervaardigen, terwijl er nog vele auto's van dat model in omloop zijn¹³⁰. In haar Microsoft-beschikking oordeelde de Commissie dat sprake was van uitzonderlijke omstandigheden omdat de weigering informatie te verstrekken inzake compatibiliteit gericht was tegen een concurrent, in een algemene gedragslijn paste en een vermindering in de verspreiding van informatie meebracht, zij de mededinging kon uitsluiten, en ten nadele van de consumenten een negatief effect had op de technische ontwikkeling¹³¹.

In dat soort gevallen "dient een onderneming met een machtspositie zich (...) [met andere woorden] niet enkel te onthouden van anticoncurrentiële gedragingen, doch moet zij de mededinging actief bevorderen door potentiële concurrenten toegang te verschaffen tot de door haar gecreëerde voorzieningen"¹³². Verder kan een onderneming met een machtspositie niet (geheel) naar believen lange tijd verleende toegang stopzetten.

Dit is onder meer het geval wanneer de eigenaar/rechthebbende een machtspositie inneemt en de betrokken eigendom een voorziening (product, dienst/infrastructuur, systeem of recht) vormt die essentieel, onmisbaar *c.q.* onontbeerlijk wordt beschouwd voor toegang tot *c.q.* voortzetting van een activiteit op de relevante markt ('*essential facility*'). Een voorziening is essentieel wanneer zij niet substitueerbaar is en er als gevolg van haar bijzondere kenmerken geen behoorlijke alternatieven bestaan, waardoor de potentiële concurrenten van de markt uitgesloten

¹²⁸ H.v.J., 5 maart 1974, *Commercial Solvents*, 6/73 en 7/73, *Jur.*, 1974, 223. Ook aan de orde in CieBeschikking 3 juli 2001, *IMS Health (voorlopige maatregelen)*, PB 2002 L 59/18, punt 64 en CieBeschikking 27 augustus 2003, *GVB/FG*, PB 2004 L 11/17, punt 121 en 144.

¹²⁹ H.v.J., 5 oktober 1988, *Volvo t. Veng*, 238/87, *Jur.*, 1988, 6211, ov 9; H.v.J., 6 april 1995, *Magill*, C-241/91P en C-242/91P, *Jur.*, 1995, I-743, ov 50. Ook uitgebreid aan de orde in CieBeschikking 24 maart 2004, *Microsoft*, PB 2007 L 32/23, punt 546-791 en Pres.Ger., 22 december 2004, *Microsoft*, T-201/04R, *Jur.*, 2004, II-4463, ov 203.

¹³⁰ Zie i.v.m. het modellenrecht, maar *mutatis mutandis* ook geldig voor het auteursrecht: H.v.J., 5 oktober 1988, *Volvo t. Veng*, 238/87, *Jur.*, 1988, 6211, ov 9; H.v.J., 5 oktober 1988, *Renault*, 53/87, *Jur.*, 1988, 6039, ov 16. Een IE-rechthebbende die niet (langer) actief is op zijn markt en daardoor een bestaande behoefte niet (langer) bevredigt, maakt dus misbruik van zijn machtspositie wanneer hij weigert licenties toe te staan voor de verdere productie.

¹³¹ CieBeschikking 24 maart 2004, *Microsoft*, PB 2007 L 32/23, resp. punt 560-584, punt 585-692 en punt 693-708. Vergelijkbaar, Ger., 17 september 2007, *Microsoft*, T-201/04, n.n.g.

¹³² Conclusie AG Jacobs van 28 mei 1998 in zaak C-7/97 (*Oscar Bronner t. Mediaprint*), *Jur.*, 1998, I-7791, punt 34.

worden/blijven¹³³. De kenmerken waarvan sprake is, kunnen verband houden met de kosten en/of tijd die nodig is om de betrokken voorziening zelf te ontwikkelen/verwerven¹³⁴. Dat alternatieven minder gunstig (zullen) zijn, maakt hen als zodanig niet onbehoorlijk *c.q.* onbestaand¹³⁵. De overwegingen van het Hof van Justitie in zijn arrest Bronner¹³⁶ kunnen dit laatste punt bij wijze van voorbeeld verduidelijken. In dat arrest boog het Hof van Justitie zich over de vraag of het thuisbezorgingssysteem van Mediaprint, een Oostenrijks krantenuitgever die onmiskenbaar over een machtspositie beschikte, een 'essential facility' vormde. Een kleine concurrerende krantenuitgever, Bronner, wenste immers gebruik te maken van dat thuisbezorgingssysteem, wat hem door Mediaprint werd geweigerd. Het Hof gaf aan dat het thuisbezorgingssysteem NIET als een essential facility moest worden beschouwd. Er waren immers alternatieven voor kleinere uitgevers, zoals bezorging van hun producten per post en verkoop in winkels en kiosken. Het Hof stelde vast dat die distributiewijzen wellicht aan economisch minder gunstige voorwaarden zou geschieden (duurder zou zijn), maar dat maakte het thuisbezorgingssysteem van Mediaprint niet onmisbaar.

De 'essential facilities'-doctrine is in het EG-recht reeds lang gevestigd en aanvaard. Zij is overgenomen uit het 'antitrustrecht' van de Verenigde Staten¹³⁷ – de bakermat van het mededingingsrecht – en wordt ook in de meeste lidstaten van de EG op analoge wijze toegepast¹³⁸. De 'essential facilities'-doctrine heeft als uitgangspunt dat

¹³³ Ger., 15 september 1998, *European Night Services*, gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *Jur.*, 1998, II-3141, ov 209 en Samenvatting, punt 6. Ook aan de orde in CieBeschikking 27 augustus 2003, *GVG/FG*, PB 2004 L 11/17, punt 120.

¹³⁴ Ger., 15 september 1998, *European Night Services*, gevoegde zaken T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *Jur.*, 1998, II-3141, ov 209 en Samenvatting, punt 6. Ook aan de orde in CieBeschikking 27 augustus 2003, *GVG/FG*, PB 2004 L 11/17, punt 148. Zie voor een opsomming van factoren van functionele, administratieve, logistieke, technische en wettelijke aard die overschakeling op een andere dan de door IMS ontwikkelde structuur weinig realistisch maakte, CieBeschikking 13 augustus 2003, *NDC Health t. IMS Health*, PB 2003 L 268/69. Vergelijkbaar over belang van inspanningen en kosten voor potentiële afnemers, H.v.J., 6 april 1995, *Magill*, C-241/91P en C-242/91P, *Jur.*, 1995, I-743, dictum, sub 1)

¹³⁵ H.v.J., 26 november 1998, *Bronner*, C-7/97, *Jur.*, 1998, I-7791, ov 42-47. Zo ook H.v.J., 29 april 2004, *IMS Health*, C-418/01, *Jur.*, 2004, I-5039, ov 28. Deze maatstaf is objectief te beoordelen. AG Jacobs in zijn conclusie van 28 mei 1998 in zaak C-7/97 (Bronner), punt 66: "... wil een weigering tot toegang misbruik opleveren, dan moet het niet alleen voor de onderneming die toegang vraagt, doch ook voor alle andere ondernemingen uiterst moeilijk zijn te concurreren. Indien dus alleen de kosten van reproductie van de voorziening een barrière voor toegang tot de markt vormt, moet deze dermate hoog zijn, dat zij elke verstandige ondernemer ervan weerhouden de markt te betreden."

¹³⁶ Zie vorige voetnoot.

¹³⁷ Zie hierover J. HOOKS, D. PATTERSON en R. PITOFISKY, 2002, The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law, *Antitrust L.J.* 70, 443-462. In de V.S. bestaat er nog wel discussie over de juiste draagwijdte van de 'essential facilities'-doctrine.

¹³⁸ In Frankrijk bijvoorbeeld spreekt men letterlijk van een 'reproduction dans le cadre national', aldus BOUT, BRUSCHI, LUBY en POILLOT-PERUZZETTO, 2008, *Lamy droit économique – concurrence, distribution, consommation, Rueil-Malmaison*, Wolters Kluwer France, p. 459. Zij is ook door het Franse Hof van Cassatie aanvaard (zie bv. Cass. com. 25 januari 2000, nr. 97-20.199, BOCCRF, 7 maart 2000, 133; Cass. com. 7 januari 2004, nr. 00-

toegang tot eigendom gedeeld moét worden indien deze essentieel is voor een andere marktpartij om een markt te betreden en daarop consumenten te bereiken¹³⁹. De doctrine richt zich in de kern op het niet willen (beginnen) delen van (intellectuele) eigendom(srechten). Dit verschilt qua tijdstip weliswaar van het niet langer willen delen daarvan (beëindigen), doch de art 82-beoordeling van beide handelwijzen is mutatis mutandis vrij vergelijkbaar.

- Een eigenaar/rechthebbende van essentiële eigendom(srechten) die deze niet wil (beginnen) delen met een derde misbruikt zijn economische machtspositie als drie voorwaarden vervuld zijn¹⁴⁰:

- 1) (risico van) uitsluiting van elke mogelijkheid tot mededinging op de (primaire of afgeleide¹⁴¹) markt¹⁴²,

12.451, JCP G, 2004, 1402). Ook de Franse mededingingsautoriteit verwijst letterlijk naar de Magill-rechtspraak van het Hof van Justitie; zie Conseil de la Concurrence, Beslissing 04-D-09 van 31 maart 2004, *Codes Rousseau*. Ook de Britse rechtspraak hanteert voorwaarden analoog aan die van de Europese rechterlijke instanties: zie bv. English High Court, Chancery Division, 2 November 2000, *Claritas (UK) Ltd v The Post Office*, UKCLR 2001, 2 alsook de beslissing van de Office of Fair Trading, *British Standards Institution/Barbour Index plc*, OFT Press. Release PN 94/03 7 juli 2003. In het Duitse recht is de 'essential facilities'-doctrine wettelijk verankerd. In §19, 4, 4 van de Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen luidt het dat het een misbruik van machtspositie uitmaakt wanneer een dominante onderneming "sich weigert, einem anderen Unternehmen gegen angemessenes Entgelt Zugang zu den eigenen Netzen oder anderen Infrastruktureinrichtungen zu gewähren, wenn es dem anderen Unternehmen aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ohne die Mitbenutzung nicht möglich ist, auf dem vor- oder nachgelagerten Markt als Wettbewerber des marktbeherrschenden Unternehmens tätig zu werden (...)". In de literatuur is er wel op gewezen dat deze bepaling wellicht toepasbaar is op een weigering om een IE-licentie te geven, nu een IE-recht geen "net" of "infrastructuur" vormt (aldus ZAGOURAS, 2006, *Freie und lizenzpflichtige Sportberichterstattung nach der Hörfunkrechte-Entscheidung des BGH*, *WuW* 2006-4, p. 384). Dat sluit echter niet uit dat de 'essential facilities'-doctrine dan op basis van de algemene misbruikbepaling in de rechtspraak wordt toegepast.

¹³⁹ HANCHER en LUGARD, 1999, *De essential facilities doctrine*. Het Bronner-arrest en vragen van mededingingsbeleid, *SEW* 1999-9, p. 323. Zie voor een uitvoerige behandeling o.m. DOHERTY, 2001, *Just what are essential facilities?*, *CMLRev.* 38(2), p. 397-436 en TEMPLE LANG, 2000, *The principle of essential facilities in European Community competition law – the position since Bronner*, *Journal of Network Industries* 1(4), p. 375-405.

¹⁴⁰ H.v.J., 26 november 1998, *Bronner*, C-7/97, *Jur.*, 1998, I-7791, ov 41. Zie voor andere toepassingen, H.v.J., 6 april 1995, *Magill*, C-241/91P en C-242/91P, *Jur.*, 1995, I-743, ov 54-56 en H.v.J., 29 april 2004, *IMS Health*, C-418/01, *Jur.*, 2004, I-5039, ov 38, 52 en dictum. *Mutatis mutandis* ook aan de orde in Hoge Raad 6 juni 2003, NOS, AVRO, KRO, NCRV, EO, TROS, VARA en VPOV t. De Telegraaf, LJN-nummer AF5100, zaaknummer C01/183HR, *AMI* 2003-4, 141-157; in Besluit d-g NMa 3 oktober 2001, 1/501.0119, besluit op bezwaar, als bevestigd in beroep, Rb.Rotterdam 11 december 2002, LJN-nummer AF1811.

¹⁴¹ In de V.S. bestaat er enige discussie over de draagwijdte van de 'essential facilities'-doctrine en dan met name m.b.t. deze voorwaarde. Anders dan in de EG pleiten sommigen er in de V.S. op basis van de bestaande case law expliciet voor, om de doctrine enkel toe te passen in gevallen waarin de rechthebbende licentiëring weigert en daarbij mededinging op een afzonderlijke markt onderdrukt. Zodoende maakt de rechthebbende misbruik van zijn monopolierecht op de ene markt om concurrentie op een andere markt te dwarsbomen (hefboomeffect of "leveraging"). De doctrine zou echter niet spelen t.a.v. weigeringen op de primaire markt, d.w.z. weigeringen ten aanzien van concurrenten die op dezelfde markt als de rechthebbende actief zijn; zo LEDDY en MARQUARDT, 2003, *The essential facilities doctrine*

- 2) afwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor de weigering van licentie/toegang (willekeur);
- 3) afwezigheid van reëel of potentieel alternatief voor de betrokken faciliteit (onontbeerlijkheid)¹⁴³.

De eerste voorwaarde vormt daarbij een absolute maatstaf voor de toepassing van het mededingingsrecht. Bij de afweging van het belang van de bescherming van het IE-recht en van de vrijheid van economisch initiatief van de houder daarvan enerzijds, en het belang van de bescherming van de vrije mededinging anderzijds, kan met andere woorden slechts in bijzondere omstandigheden meer gewicht toegekend worden aan het tweede¹⁴⁴. Zo levert óók wanneer de markt door de weigering wordt voorbehouden aan de IE-rechthebbende en elke mededinging op die markt wordt uitgesloten, de "weigering van een onderneming met een machtspositie om toegang te verlenen tot een door een intellectueel eigendomsrecht beschermd product, dat onontbeerlijk is om actief te zijn op een afgeleide markt, (...) enkel misbruik op indien de onderneming die om de licentie heeft verzocht niet voornemens is zich in wezen te beperken tot het aanbieden van producten of diensten die de houder van het IE-recht reeds op de afgeleide markt aanbiedt, maar de bedoeling heeft nieuwe producten of diensten aan te bieden die de houder niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat"¹⁴⁵.

and intellectual property rights: a response to Pitofsky, Patterson and Hooks, *Antitrust L.J.* 70, p. 865. Die opvatting vindt enige steun in de stelling van de Amerikaanse autoriteiten dat "the Agencies will not require the owner of intellectual property to create competition in its own technology"; zie §3.1 Guidelines for the Licensing of Intellectual Property, U.S. Department of Justice & Federal Trade Commission, April 6, 1995, (<http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.htm#t1>).

¹⁴² Niet-ervuld in *Ladbroke* (weigering licentie voor beeld- en geluidsmateriaal van paardenrennen aan wedkantoren), Ger., 12 juni 1997, *Ladbroke*, T-504/93, *Jur.*, 1997, II-927, ov 10: beelden niet onontbeerlijk voor uitoefening van hoofdactiviteit wedkantoren (aannemen van weddenschappen); weigering geen misbruik. Risico-versoepeling toegevoegd in *CieBeschikking* 24 maart 2004, *Microsoft*, PB 2007 L 32/23, punt 622 en voetnoot 712. Vergelijkbaar, Ger., 17 september 2007, *Microsoft*, T-201/04, n.n.g., ov 369-436.

¹⁴³ Zoals hoger aangegeven zette het Hof in *Bronner* een hoge standaard neer voor de onontbeerlijkheid. Tegelijk blijkt uit *IMS Health* dat het aspect onontbeerlijkheid in IE-zaken óók een rol speelt bij de beoordeling van de eerste voorwaarde. Ook in de beslissingen van de Franse mededingingsautoriteit (Conseil de la concurrence) en de Franse rechtspraak wordt dit vereiste redelijk streng benaderd: als blijkt dat de toegang tot de essentiële faciliteit niet echt noodzakelijk is – of dit niet overtuigend wordt aangetoond – is er geen sprake van misbruik van machtspositie. Zo bv. *Conseil de la Concurrence*, *Beslissing* 03-MC-04 van 22 december 2003, *Société Messageries Lyonnaise de Presse*; bevestigd door *Court d'Appel Paris* 12 februari 2004, *BOCCRF* 4 mei 2004, 422, verbroken door *Cass. com.* 12 juli 2005, Nr. 04-12.388, *JCP G* 2005, II, nr. 10121.

¹⁴⁴ H.v.J., 29 april 2004, *IMS Health*, C-418/01, *Jur.*, 2004, I-5039, ov 48.

¹⁴⁵ H.v.J., 29 april 2004, *IMS Health*, C-418/01, *Jur.*, 2004, I-5039, ov 49.

Hieruit volgt met andere woorden een al bij al terughoudende toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van IE-rechten¹⁴⁶. De licentievragers moet ofwel een eigen productmarkt (willen) ontginnen op voldoende afstand van de markt van de rechthebbende, ofwel een voldoende grote vernieuwing (willen) aanbrengen in het bestaande product. Dit doet – al bij al – sterk denken aan de (uitzonderlijke) omstandigheden en (strikte) voorwaarden waarin en waaronder in bepaalde IE-gebieden van dwanglicenties sprake kan zijn. Het product van een aspirant-licentienemer hoeft weliswaar niet revolutionair nieuw te zijn om aan de nieuwheidsvoorwaarde te voldoen, doch enkel een lagere prijs is onvoldoende om een product als nieuw te kwalificeren, ook al is daartoe in de regel wel vraag naar vanwege consumenten. Indien dus de IE-rechthebbende zelf al een product op de markt brengt en een concurrent claimt een licentie om hetzelfde product tegen een lagere prijs op de markt te brengen, is dit beoogde concurrerende product daarmee niet nieuw genoeg om met beroep op de ‘essential facility’-doctrine toegang tot het IE-recht af te dwingen¹⁴⁷. Enigszins in dezelfde lijn kan niet reeds uit het bestaan van een substantiële vraag naar een nog niet op de markt verschenen product worden afgeleid dat het om een nieuw product gaat. Zo is bijvoorbeeld een programmagids die gratis als bijlage bij een vrijdag- of zaterdagkrant wordt gevoegd en waarvoor wellicht interesse bij het publiek bestaat, op zich niet nieuw in vergelijking met reeds bestaande weekprogrammabladen¹⁴⁸. Ook een andere uitstraling, prijsstelling of doelgroep maakt een product niet voldoende nieuw¹⁴⁹.

Anderzijds was het Gerecht in de zaak Microsoft van oordeel dat het vereiste van de introductie van een nieuw product "niet de enige parameter [kan] zijn om te bepalen of een weigering om een licentie te verlenen voor een intellectueel eigendomsrecht, nadelig voor consumenten in de zin van artikel 82, tweede alinea, sub b, EG kan zijn", en moet evenzeer worden nagegaan of sprake is van een beperking van de technische ontwikkeling ten nadele van de consument¹⁵⁰. Dit ligt enerzijds zonder

¹⁴⁶ Ook in het Franse recht ziet men een eerder terughoudend hanteren van de doctrine van de “essential facilities” om investeringen niet te ontmoedigen: zie BOUT, BRUSCHI, LUBY en POILLOT-PERUZZETTO, 2008, *Lamy droit économique – concurrence, distribution, consommation, Rueil-Malmaison*, Wolters Kluwer France, p. 460.

¹⁴⁷ Een andere vraag is dan of hierdoor niet de mogelijkheid bestaat dat de prijs gehanteerd door de onderneming die een machtspositie bezit, kunstmatig hoog kan worden, nu zij gebruik makend van haar exclusief recht het op de markt toetreden van in wezen dezelfde, maar goedkopere producten kan verhinderen. Op de vraag wanneer prijszetting op zich een misbruik uitmaakt, wordt verder ingegaan in paragraaf 2.4.5.

¹⁴⁸ Zo CBB 's-Gravenhage 15 juli 2004, LJN-nummer AQ1727, par. 6 (omtrent tv-gids de Telegraaf). Een dergelijke aanname zou er immers ten onrechte toe leiden dat een product reeds als nieuw kan worden beschouwd als het zich enkel van bestaande producten onderscheidt door een in belangrijke mate lagere prijs of doordat het samen met een ander product wordt aangeboden.

¹⁴⁹ Zo Vzngr.Rechtbank Amsterdam 28 juli 2005, SBS t. Quote Media en MTV, zaaknr. 317128/KG05-1040P, LJN-nr. AU0253, ov 6.

¹⁵⁰ Ger., 17 september 2007, *Microsoft*, T-201/04, n.n.g., ov 647 en ov 648-665.

meer in lijn met eerdere zaken omtrent de verhindering door dominante ondernemingen van de ontwikkeling of het gebruik van nieuwe technologie¹⁵¹. Anderzijds lijkt het Gerecht hiermee een aanzienlijk ruimere toets te introduceren, waarvan de uitwerking/toepassing lastig in algemene termen te voorspellen valt.

- Zoals hoger aangestipt valt het niet langer willen delen van eigendom(srechten) op het eerste gezicht buiten de werkingsfeer van de 'essential facilities'-doctrine. Wanneer echter gedurende lange tijd verleende toegang stopgezet wordt, is het effect vrij vergelijkbaar. Als gevestigde partijen op een bepaald ogenblik toegang tot een voor hen essentiële voorziening wordt onthouden, heeft deze weigering aanwijsbare gevolgen voor de concurrentie op deze markt. Dit is met name het geval wanneer voor de betrokken afnemers alternatieve producten noch leveranciers bestaan¹⁵², wanneer de weigering het aantal afzetkanalen ten nadele van de consumenten beperkt¹⁵³, c.q. een discriminatie oplevert die uiteindelijk kan leiden tot de eliminatie van een handelspartner van de betrokken markt¹⁵⁴.

Een onderneming met een machtspositie verliest weliswaar "niet uit hoofde daarvan het recht haar eigen commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen, en [heeft] in de mate van het redelijke [zeker] de mogelijkheid te handelen zoals zij ter verdediging van die belangen wenselijk acht, niettemin [is] dat gedrag niet toelaatbaar wanneer het juist dient ter versterking van die machtspositie en tot misbruik ervan leidt"¹⁵⁵. Stopzetting van bestaande contractuele relaties met c.q. leveringen aan een vaste klant die de normale handelsgebruiken respecteert is met andere woorden niet toegestaan wanneer de door die klant geplaatste bestellingen geenszins van ongewone omvang zijn¹⁵⁶. Wanneer stopzetting nodig is om de eigen commerciële belangen tegen aanvallen te beschermen kan een onderneming met een machtspositie anderzijds wel sancties opleggen ter verdediging van haar belangen. Ook dan moeten deze echter evenredig zijn aan de bedreiging. Een complete verkoopweigering c.q. stopzetting van toegang gaat in dezen vrijwel in de regel te ver.

¹⁵¹ CieBeschikking 21 december 1988, *Decca*, PB 1989 L 43/27, punt 101; CieBeschikking 24 juli 1991, *Tetra Pak II*, PB 1992 L 72/1, punt 107 en 115; CieBeschikking 10 december 1982, *British Telecommunications*, PB 1982 L 360/36, punt 34.

¹⁵² Aan de orde in H.v.J., 6 maart 1974, *Commercial Solvents*, gev. Zaken 6 en 7/73, *Jur.*, 1974, 223, ov 9-18. Stopzetting levering grondstoffen aan trouwe afnemer.

¹⁵³ Aan de orde in H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 207; H.v.J., 3 oktober 1985, *CBEM*, 311/84, *Jur.*, 1985, 3261.

¹⁵⁴ H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, 207, ov 183.

¹⁵⁵ H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, 207, ov 189, recent m.b.t. een collectieve beheersorganisatie nogmaals expliciet bevestigd in H.v.J., 11 december 2008, *Kanal 5 – TV4 t. STIM*, C-52/07, n.n.g., ov 26.

¹⁵⁶ H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, ov 182. Ook aan de orde in CieBeschikking 3 juli 2001, *IMS Health (voorlopige maatregelen)*, PB 2002 L 59/18, punt 65.

Van objectieve rechtvaardigingsgronden voor het niet (meer) verlenen van toegang kan sprake zijn indien er legitieme commerciële, technische of uitvoerbaarheidsredenen bestaan voor de weigering¹⁵⁷. In het geval van materiële infrastructuur kan dit verband houden met het al dan niet beschikbaar zijn van reservecapaciteit¹⁵⁸, met redenen op het gebied van veiligheid, met het recht op een passende vergoeding c.q. het bestaan van openbare dienstverplichtingen¹⁵⁹. In de IE-context heeft de IE-rechthebbende mutatis mutandis ontegensprekelijk het commerciële recht geen licentie (meer) toe te staan ingeval van onvoldoende kredietwaardigheid van c.q. een onaanvaardbaar insolventierisico bij de aspirant-licentienemer, of ingeval van een aanwijsbaar risico van nabootsing c.q. ongewenste verdere verspreiding/vermenigvuldiging. Ook uitzonderlijke handelsomstandigheden kunnen ondernemingen nopen zich anders te gedragen dan ze normaal doen¹⁶⁰. Anderzijds is het enkele argument dat de IE-rechthebbende desgevallend economisch nadeel ondervindt van het gebruik van zijn rechten door een andere marktpartij op zich niet voldoende om een licentieweigering objectief te rechtvaardigen¹⁶¹. Volstaan evenmin noodzakelijk als objectieve rechtvaardiging: de bereidheid om te innoveren¹⁶² c.q. het ontbreken van een belang bij een beperking van de mededinging¹⁶³.

In haar Discussion paper van 2005 over de toepassing van de misbruikregels op uitsluitingspraktijken¹⁶⁴ onderscheidt de Commissie twee soorten objectieve rechtvaardigingsgronden voor exclusionair misbruikgedrag: "The first type of objective justification is where the dominant company is able to show that the otherwise abusive conduct is actually necessary conduct on the basis of objective

¹⁵⁷ In die zin, conclusie AG Jacobs in zaak C-7/97 (Bronner), *Jur.*, 1998, I-7791, ov 47. Zie hiervoor ook, 2005-Discussion paper, punt 234.

¹⁵⁸ Bij ICT-infrastructuren, waar capaciteit minder problematisch is, zal het ontbreken van reservecapaciteit minder makkelijk een rechtvaardigingsgrond opleveren.

¹⁵⁹ CieBeschikking 27 augustus 2003, *GVG/FG*, *PB* 2004 L 11/17, punt 135-138. In casu niet aanwezig, waardoor toegangweigering tot Italiaanse spoorweginfrastructuur voor internationaal reizigersvervoer zonder objectieve rechtvaardiging.

¹⁶⁰ RITTER en BRAUN, 2005, *European Competition Law: a Practitioner's Guide*, The Hague, Kluwer Law International, p. 424.

¹⁶¹ Vergelijkbaar, Hoge Raad 6 juni 2003, NOS, AVRO, KRO, NCRV, EO, TROS, VARA en VPOV t. De Telegraaf, LJN-nummer AF5100, zaaknummer C01/183HR, bevestiging van oordeel Hof Den Haag dat NOS niet aannemelijk had gemaakt dat de omroepen door de uitgave van een tv-blad door de Telegraaf zodanige inkomsten zouden derven dat daardoor het publieke bestel zou worden ondergraven, zie met name ov 3.9. Ten onrechte anders, *Vzng*.Rechtbank Amsterdam 28 juli 2005 (SBS/Quote Media en MTV), ov 6.

¹⁶² CieBeschikking 24 maart 2004, *Microsoft*, *PB* 2007 L 32/23, punt 709-763. Vergelijkbaar, *Ger.*, 17 september 2007, *Microsoft*, T-201/04, n.n.g., ov 698.

¹⁶³ CieBeschikking 24 maart 2004, *Microsoft*, *PB* 2007 L 32/23, punt 764-778. Vergelijkbaar, *Pres.Ger.*, 22 december 2004, *Microsoft*, T-201/04R, *Jur.*, 2004, II-4463, ov 203.

¹⁶⁴ DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Brussel, December 2005, <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/art82/discpaper2005.pdf> (verder: 2005-Discussion paper).

factors external to the parties involved and in particular external to the dominant company ('objective necessity defence'). The second type of objective justification is where the dominant company is able to show that the otherwise abusive conduct is actually a loss minimising reaction to competition from others ('meeting competition defence')¹⁶⁵. Tot de eerste categorie behoren gronden als veiligheid en gezondheid¹⁶⁶. Het tweede verweer gaat volgens de Commissie enkel op prijsgerelateerd misbruik¹⁶⁷.

2.4.5 Discriminatie en prijszetting als misbruik van machtspositie

(i) Discriminatoir optreden als misbruik van machtspositie - algemeen

Het opleggen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties is een van de verschijningsvormen van misbruik in de zin van artikel 102 VWEU resp. artikel 24 Mw. Een van het voorgaande te onderscheiden vraag is dan ook de mate waarin ondernemingen met een machtspositie die (al dan niet gedwongen) metterdaad tot licentieverlening overgaan over een recht op contractsdifferentiatie beschikken.

Als basisregel geldt dat toegang onder redelijke en niet-discriminatoire financiële voorwaarden moet toegestaan worden¹⁶⁸. De Europese Commissie gaf in haar Aanbeveling inzake collectief beheer van auteursrechten voor online muziekdiensten ook expliciet aan dat met name CBO's zich bij het beheer van rechten in de online muziekindustrie in principe moeten houden aan eisen van non-discriminatie, zowel ten aanzien van rechthebbenden als ten aanzien van afnemers/gebruikers¹⁶⁹.

De vervolgvraag is dan of/wanneer individuele rechthebbenden *c.q.* CBO's misbruik maken van hun machtspositie via discriminatie in de keuze van hun wederpartij¹⁷⁰ *c.q.* via het hanteren van verschillende contractsvoorwaarden ten aanzien van wederpartijen¹⁷¹.

De beoordeling van discriminatoir optreden ('*discriminatory licensing*') is, net als de weigering licenties te verstrekken, sterk ingebed in de contractvrijheid van ondernemingen. Hoewel discriminatie in de selectie of toelating van wederpartijen in

¹⁶⁵ 2005-Discussion paper, punt 78.

¹⁶⁶ 2005-Discussion paper, punt 80.

¹⁶⁷ 2005-Discussion paper, punt 81 en 61.

¹⁶⁸ O.m. aan de orde in CieBeschikking 24 maart 2004, *Microsoft*, PB 2007 L 32/23, punt 1005-1007 en Artikel 5, sub a.

¹⁶⁹ Aanbeveling Commissie (DG Interne Markt) inzake collectief beheer van auteursrechten voor online muziekdiensten, PB 2005 L 276/54, punten 9 resp. 13 e.v.

¹⁷⁰ Wel met de ene(n), niet met de andere(n).

¹⁷¹ Verschillende wederpartijen, hanteren van verschillende contractsvoorwaarden.

bepaalde gevallen als misbruik kan worden aangemerkt, geldt ook hier dat dit slechts geldt in geval van uitzonderlijke omstandigheden.

Anderzijds kunnen daadwerkelijk gelijke gevallen niet zonder goede reden ongelijk worden behandeld. Wanneer de NOS programmegegevens voor een weekgids zou leveren aan landelijke dagbladen als de Volkskrant of het Parool, maar zou weigeren aan De Telegraaf, leidt dit tot rechtstreekse benadeling van deze laatste ten opzichte van de eerstgenoemde. Een dergelijk ongerechtvaardigd onderscheid *c.q.* discriminatie maakt misbruik uit in de zin van artikel 102 VWEU. Op de IE-rechthebbende rust dan ook een licentiëringsplicht. Deze verplichting gaat enkel teniet wanneer een objectieve rechtvaardigingsgrond voorhanden is¹⁷². Omgekeerd zal het opleggen van identieke contractvoorwaarden aan enerzijds een zeer grote contractspartner (i.c. een leidende televisiezender met een zeer grote omzet) en anderzijds een veel kleinere partner die zich in een geheel verschillende economische situatie bevindt, misbruik van machtspositie kunnen uitmaken¹⁷³.

(ii) Discriminatie t.a.v. prijzen als misbruik van machtspositie

Wat prijszetting betreft komen twee verschillende aspecten in beeld.

Het eerste knoopt aan bij het gegeven dat ondernemingen verschillende prijzen hanteren (prijddifferentiatie). Wanneer een dergelijke prijspolitiek een onderneming met een machtspositie in staat stelt haar handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties op te leggen, waardoor sommige van deze ondernemingen in een ongunstige concurrentiepositie worden gebracht, is dit onder omstandigheden strijdig met het verbod van artikel 102 VWEU¹⁷⁴.

¹⁷² Zie hiervoor opnieuw *supra*, paragraaf 2.4.4.

¹⁷³ Zo in de Belgische rechtspraak de situatie waarin een CBO (namelijk SABAM) aan een kleine televisiezender (TVi) dezelfde voorwaarden oplegt als aan een grote leidende televisiezender (VTM). Als problematisch werd o.a. beschouwd het feit dat de kleine zender door koppelverkoop verplicht werd bepaalde filmrechten aan te kopen, hoewel die zender niet van plan was de films waarvoor moest worden betaald, uit te zenden. Zie Voorzitter Rechtbank Koophandel Brussel 6 maart 2001, *TVi t. SABAM*, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2001, Kluwer, Mechelen, 2002, 883. In verband met dergelijke koppeling kan ook worden gewezen op een beslissing van de Franse mededingingsautoriteit die het feit veroordeelde dat rechthebbenden zelf verplicht werden om hun opvoeringrechten (“droit de représentation dramatique”) en hun audiovisuele rechten door dezelfde CBO te laten beheren. Zo Conseil de la Concurrence, Beslissing nr. 05-D-16 van 26 april 2005, aangaande praktijken van de “Société des auteurs et compositeurs dramatiques (SACD)”. De Britse Competition Commission (destijds Monopolies and Mergers Commission) beschouwde dergelijke verplichte gekoppelde afname eveneens als problematisch in haar sectorstudie “Performing rights - A report on the supply in the UK of the services of administering performing rights and film synchronization rights”, februari 1996, Cm 3147.

¹⁷⁴ O.m. aan de orde in H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, 207, ov 204-234.

In de STIM-zaak geeft het Hof van Justitie aan dat van een misbruik door prijsdifferentiatie door een CBO inderdaad enkel sprake kan zijn wanneer een ongelijke behandeling één van de betrokkenen een nadeel berokkent bij de mededinging. Het Hof suggereert dat, wanneer de verschillende partners zich zelf in andere economische omstandigheden bevinden, er bij een gedifferentieerde behandeling niet automatisch sprake van een misbruik is. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer een CBO er een verschillende berekeningswijze voor royalties op nahoudt t.a.v. *enerzijds* commerciële zenders die inkomsten uit advertenties en abonnementen genieten en *anderzijds* een publiek zender die deze inkomsten niet geniet¹⁷⁵. Het hanteren van een gedifferentieerd tarief t.a.v. verschillende partners die zich in dezelfde omstandigheden bevinden, is echter enkel toegelaten wanneer daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat. Ook buitenlandse rechtspraak bevestigt dat prijsdifferentiatie op zich geen misbruik van machtspositie oplevert maar dat een verschil in behandeling gebaseerd moet zijn op een objectieve rechtvaardiging. Bovendien moet er transparantie bestaan over de reden waarom en de voorwaarden waaronder sommige partners dan onder gunstiger voorwaarden een licentie kunnen verkrijgen¹⁷⁶.

(iii) Excessieve prijszetting als misbruik van machtspositie

¹⁷⁵ Aldus H.v.J., 11 december 2008, *Kanal 5 – TV4 t. STIM*, C-52/07, n.n.g., ov 44-45.

¹⁷⁶ Aldus in België Hof van Beroep Brussel, 3 november 2005, *SABAM t. Productions & Marketing*, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2005, Kluwer, Mechelen, 2006, 883. Luidens deze uitspraak is het enkele feit, dat men een langdurige relatie met een CBO heeft en tegen deze CBO nog geen procedures heeft opgestart, op zich geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor het verlenen van kortingen. Zie over de noodzaak aan het voorhanden zijn van een objectieve rechtvaardiging voor het hanteren van een gedifferentieerd tarief ook Hof van Beroep Brussel 21 januari 2002, *SABAM t. Radio Tienen e.a.*, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2002, Kluwer, Mechelen, 2003, 840. Aangaande dezelfde benadering in het Frans recht, zie in dezelfde lijn ook de Franse Conseil de la Concurrence, beslissing 89-D-24 van 4 juli 1989 aangaande praktijken van de S.D.R.M. (Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique) en S.N.E.P. (Syndicat national de l'édition phonographique) en BOUT, BRUSCHI, LUBY en POILLOT-PERUZZETTO, 2008, *Lamy droit économique – concurrence, distribution, consommation, Rueil-Malmaison*, Wolters Kluwer France, p. 460. Vgl. het oordeel van het Duitse Bundesgerichtshof, 8 november 2005, KZR 37/03, *Hörfunkrechte*, WuW/E DE-R 1597: er is geen misbruik van machtspositie wanneer de voetbalbonden en –teams een radiozender enkel tegen betaling toegang verlenen tot een sportmanifestatie en hem het recht verlenen hierover live te berichten, terwijl andere persorganen die voordelen zonder vergoeding kunnen genieten. De meerwaarde (toegenomen reclame-inkomsten) die een live-uitzending voor de radiozender oplevert, rechtvaardigt immers de verplichting tot betaling van een vergoeding. De Spaanse mededingingsautoriteit veroordeelde recent nog twee CBO's omdat zij gedifferentieerde tarieven hanteerden t.a.v. verschillende TV-zenders (en vooral de publieke TV-zender hierbij bevoorreedden) zonder objectieve rechtvaardiging. Ook het gebrek aan transparantie, voortvloeiend uit het feit dat één TV-zender er niet van op de hoogte werd gesteld dat andere private zenders betere tarieven genoten, werd veroordeeld. Zie Comisión nacional de la competencia, *AGEDI en AIE*, persbericht van 15 december 2008. Toegenomen transparantie door CBO's is ook een van de doelstellingen van het voorstel tot wijziging van de Wet toezicht collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten (Wet van 6 maart 2003, *Stb.* 2003). Zie hierover LANGEVELD, 2009, *De belangen bij toezicht op collectieve beheersorganisaties*, AMI, 2009-2, p. 46.

Daarnaast leidt de prijszetting als zodanig onder omstandigheden tot misbruiktoezicht. In dat geval is de concrete vraag of het gehanteerde tarief wel redelijk is/blijft (excessieve prijszetting).

Opvallend is dat nergens duidelijk wordt gedefinieerd wanneer een tarief als redelijk moet worden beschouwd. Ook het Gemeenschapsrecht blijft in dezen op de vlakte: ofschoon het belangrijke delen van het auteursrecht harmoniseert en daarbij de Lid-Staten de verplichting oplegt, te voorzien dat er voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken een billijke vergoeding wordt betaald, blijft de concrete invulling van dit begrip een zaak voor de Lid-Staten, zoals het Hof van Justitie aangaf in zijn SENA-arrest¹⁷⁷.

Voor het bepalen van een prijs voor IE-licenties bestaan verschillende ex post-waarderingstechnieken.

Een mogelijke methode is kijken naar de berekeningsbasis van de royalty. Het Hof van Justitie erkende in dat verband reeds dat het opleggen door een CBO van een prijs (royalties) op basis van de omzet van diegene die een gebruiksrecht op een beschermd recht krijgt, een correcte berekeningsbasis kan zijn die op zich geen misbruik van machtspositie oplevert. Daardoor staat de te betalen vergoeding immers kennelijk in verhouding tot de waarde van het gebruik in het handelsverkeer¹⁷⁸, zeker als blijkt dat er ook rekening wordt gehouden met het aantal gebruikte werken¹⁷⁹. In dezelfde lijn ligt Belgische rechtspraak die stelt dat een berekening van de vergoeding in functie van het aantal fysieke dragers voor

¹⁷⁷ H.v.J., 6 februari 2003, *SENA t. NOS*, C-245/00, *Jur.*, 2003, I-1251, ov 37. Het Hof gaf hiermee, in antwoord op prejudiciële vragen voorgelegd door de Nederlandse Hoge Raad, een uitlegging van 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 (*PB* 1992 L 346/61). De onderliggende zaak speelde zich af tegen een zeer specifieke achtergrond: SENA stond met ingang van 1993 in voor het innen van doorzendingsrechten van op plaat vastgelegde muziekwerken. De van dat ogenblik aan de NOS aangerekende tarieven lagen merkkelijk hoger dan wat NOS voorheen vrijwillig aan de NVPI betaalde. De NOS klaagde deze praktijk aan en in hoger beroep oordeelde het Gerechtshof Den Haag op 6 mei 1999 dat de door NOS aan SENA te betalen vergoeding in de eerste jaren ongeveer moest overeenkomen met de voorheen betaalde vrijwillige vergoeding. Op dit punt vernietigde de Hoge Raad het arrest van het Gerechtshof na het antwoord op de prejudiciële vragen te hebben gekregen (Hoge Raad 28 mei 2004, *SENA t. NOS*, reg. Nr. C99/248HR LJN-nr. AA6180). De Hoge Raad verwees de zaak terug naar het Gerechtshof Den Haag. Er volgde echter geen verdere uitspraak omdat de betrokken partijen een minnelijke regeling bereikten.

¹⁷⁸ Zo m.b.t. de heffing door een CBO van een vergoeding voor het uitzenden van auteursrechtelijk beschermde muziekwerken op commerciële televisiezenders H.v.J., 11 december 2008, *Kanal 5 – TV4 t. STIM*, C-52/07, n.n.g., ov 36-37; zie hierover ook MONTANGIE, Y., 2009, Auteursrechtenbureaus en het mededingingsrecht: soms een gespannen verhouding, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2008*, Kluwer België, 2009, 799.

¹⁷⁹ Met name: de hoeveelheid uitgezonden muziek door een commerciële televisiezender. Zo H.v.J., 11 december 2008, *Kanal 5 – TV4 t. STIM*, C-52/07, n.n.g., ov 39.

muziekwerken, waarbij ook een controlemechanisme wordt gehanteerd om dat aantal te controleren¹⁸⁰, of een berekening op basis van de reclame-inkomsten van de gebruiker¹⁸¹, op zich toelaatbaar is en geen misbruik van machtspositie oplevert.

Dit zegt echter wel iets over de berekeningsbasis, maar nog niets over het al dan niet billijk of excessief zijn van het concreet toegepaste tarief.

Daarvoor zou men bijvoorbeeld kunnen kijken naar licentietarieven van vergelijkbare technologie¹⁸². Het probleem is dat zulks in de huidige auteursrechtelijke context niet steeds mogelijk is. De redelijkheid van een royalty, gevraagd door de rechthebbende van één bepaalde creatie, kan moeilijk getoetst worden aan de royalty die een andere rechthebbende voor zijn creatie vraagt, nu beide creaties juist omwille van hun uniciteit niet gelijk zijn. Het beoordelen van de redelijkheid van een prijs blijft, bij gebrek aan een reële, goed functionerende markt in (desbetreffende) IE-licenties, dan ook ook in se hypothetisch.

Dit gaat evenzeer op voor de beoordeling van de redelijkheid van tarieven gehanteerd door CBO's. In de huidige stand van zaken nemen CBO's binnen het hen toegewezen gebied als enige het beheer van de inningrechten van een maker inzake een bepaald gebruik van zijn materiaal voor hun rekening. Er is dus geen tweede organisatie die dezelfde dienst (het beheer van een auteursrechtelijke licentie) op dezelfde markt verricht/kan verrichten tegen een desgevallend lagere prijs. Een goed vergelijkingspunt ontbreekt dus in de huidige context; een vergelijking zou eventueel mogelijk zijn indien verschillende CBO's binnen éénzelfde markt met elkaar zouden concurreren.

Een ex-ante waardering zou in theorie kunnen gebeuren via het organiseren van een veiling/competitie waarbij IE-rechthebbenden inschrijven op het laagste tarief voor het recht om hun IE-rechten te doen opnemen in een industriële standaard¹⁸³. Een dergelijk reguleringsvoorstel staat echter niet enkel ver af van de *ex post*-toepassing van artikel 102 VWEU resp. artikel 24 Mw, maar gaat ook voorbij aan de omstandigheid dat het in misbruikzaken bijna in de regel gaat om de weigering van toegang door de enige IE-rechthebbende.

¹⁸⁰ Voorzitter Rechtbank Koophandel Brussel 14 juni 2007, 3.14 t. SABAM, Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2007, Kluwer, Mechelen, 2008, 1102.

¹⁸¹ Hof van Beroep Brussel 21 januari 2002, SABAM t. Radio Tienen e.a., Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2002, Kluwer, Mechelen, 2003, 840.

¹⁸² CieBeschikking 27 februari 2008, COMP/C-3/34.792, Fixation of Penalty payment to comply with Commission's Decisions, C(2008) 764 fin., punt 116-117, waar wordt gesuggereerd te kijken naar "a market valuation of technologies deemed comparable."

¹⁸³ CASE ASSOCIATES, 2008, *Pricing patents*, Casenote January 2008, p. 2.

(iv) Excessieve prijszetting door CBO's

Binnen de Nederlandse context komen vragen over de beoordeling van prijzen en tarieven onder meer, zij het niet uitsluitend, in beeld bij de beoordeling van de prijszetting door CBO's. De vraag is dan meer bepaald of de prijs gevraagd voor het gebruik van producties waarop auteursrechten berusten redelijk dan wel excessief is.

Het is vaste mededingingsrechtelijke rechtspraak dat het niveau van de prijs van een product op zichzelf niet noodzakelijkerwijs een misbruik verraadt. Een bijzondere, zakelijk niet gerechtvaardigde hoogte kan niettemin een beslissende aanwijzing vormen¹⁸⁴. Wat echter zeker als misbruik geldt is het hanteren van onbillijke aan- of verkoopprijzen. Een prijs is onbillijk wanneer er een opvallende wanverhouding bestaat tussen de werkelijke kosten en de feitelijke prijsvorming, en dit zowel in plus als in min¹⁸⁵. Van een prijs die niet in een redelijke verhouding staat tot de economische waarde van de geleverde prestatie¹⁸⁶ kan ook geoordeeld worden dat deze buitensporig hoog is.

Wanneer omgekeerd de prijszetting billijk c.q. redelijk is, kunnen ook dominante ondernemingen probleemloos ook op prijs(beleid) concurreren. De vervolgvraag wordt dan wat (nog) billijk en redelijk is. Zo stelde het Hof dat om redelijk te zijn, (luchtvaart)tarieven in een redelijke verhouding moeten staan tot de volledig toegerekende kosten op lange termijn van de luchtvaartmaatschappij, waarbij rekening moet worden gehouden met de behoeften van de consument, de noodzaak van een bevredigende opbrengst van de investering, de concurrentie op de markt, inclusief de tarieven van de andere luchtvaartmaatschappijen die dezelfde route bedienen, en de noodzaak om dumping te voorkomen¹⁸⁷. Verder volgt uit de rechtspraak dat, zeker op een markt die open staat voor concurrentie, de normale test erin bestaat de prijs van de exploitant met een machtspositie te vergelijken met die van zijn concurrenten¹⁸⁸.

Een manier om het buitensporige karakter van een prijs objectief vast te stellen is het vergelijken van de verkoopprijs van het product met de kostprijs en aldus de grootte

¹⁸⁴ H.v.J., 18 februari 1971, *Sirena t. Eda*, 40/70, *Jur.*, 1971, 69, ov 17.

¹⁸⁵ CieBeschikking 19 december 1974, *General Motors Continental*, PB 1975 L 29/14. Ook in Frankrijk kijkt men naar de verhouding tussen de gehanteerde prijs en de kosten: aldus Zie BOUT, BRUSCHI, LUBY en POILLOT-PERUZZETTO, 2008, *Lamy droit économique – concurrence, distribution, consommation, Rueil-Malmaison*, Wolters Kluwer France, p. 460.

¹⁸⁶ H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, 207, ov 250. Ook aan de orde in H.v.J., 13 november 1975, *General Motors*, 26/75, *Jur.*, 1975, 367, ov 12; H.v.J., 11 november 1982, *British Leyland*, 226/84, *Jur.*, 1982, 3263, ov 27; H.v.J., 5 oktober 1994, *SCIACI t. la Crespelle*, C-323/93, *Jur.*, 1994, I-5097, ov 25; H.v.J., 17 juli 1997, *GT-Link*, C-242/95, *Jur.*, 1997, I-4449, ov 39.

¹⁸⁷ H.v.J., 11 april 1989, *Ahmed Saeed*, 66/82, *Jur.*, 1989, 803, ov 42.

¹⁸⁸ Besch. 25 juli 2001, *Deutsche Post*, PB 2001 L 331/40, punt 159.

van de winstmarge aan te tonen¹⁸⁹. In de kern gaat het met andere woorden "om de vraag of er een al te grote disproportie bestaat tussen de werkelijk gemaakte kosten en de werkelijk gevraagde prijs, en zo ja, of er sprake is van het opleggen van een onbillijke prijs zowel absoluut gezien als in vergelijking met de concurrerende producten"¹⁹⁰.

Niettegenstaande deze (algemene) vuistregels, zijn er vaak "aanzienlijke en soms zeer grote moeilijkheden bij het bepalen van een kostprijs, waardoor vaak een willekeurige toerekening van indirecte en algemene kosten kan nodig zijn en [die] grote verschillen kan vertonen naargelang de omvang van de onderneming, haar doelstelling, de ingewikkeldheid van haar organisatie, haar geografisch werkterrein, de omstandigheid dat zij één dan wel verscheidene producten vervaardigt, het aantal harer nevenvestigingen en hun onderlinge relatie"¹⁹¹.

Een dergelijke quasi-onmogelijkheid tot het maken van een gedetailleerde kostenanalyse van de gemiddelde kosten voor de betrokken diensten, bestaat bijvoorbeeld ook wanneer de betrokken onderneming een ruim (wettelijk) monopolie heeft, en geen betrouwbare gegevens bestaan voor de relevante periode. In zulke gevallen is het dan ook noodzakelijk gebruik te maken van een alternatief beoordelingscriterium¹⁹². Dit geldt voor vrijwel alle IE-rechten. Ook ingeval van CBO-prijszetting is niet meteen een standaardreferentiepunt voorhanden voor de kost en winst(verhouding) van de betrokken producten¹⁹³.

Vanuit die optiek is de suggestie die het Hof van Justitie deed, om de billijkheid van een royalty-vergoeding te beoordelen tegen de achtergrond van de waarde van het gebruik in het handelsverkeer voor de beoordeling van CBO-prijszetting dus niet echt nuttig¹⁹⁴.

¹⁸⁹ H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, 207, ov 251. Zo ook in het Franse recht: zie BOUT, BRUSCHI, LUBY en POILLOT-PERUZZETTO, 2008, *Lamy droit économique – concurrence, distribution, consommation, Rueil-Malmaison*, Wolters Kluwer France, p. 460.

¹⁹⁰ H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, 207, ov 252.

¹⁹¹ H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, 207, ov 254. Zie hierover ook ZAGOURAS (2006), 383.

¹⁹² Besch. 25 juli 2001, *Deutsche Post*, PB 2001 L 331/40, punt 159. Zie voor meer bijzonderheden omtrent deze alternatieve berekening, punten 160-167.

¹⁹³ Zo ook René JANSEN, lid van de Raad van Bestuur van de NMa: "Wat het zo lastig maakt om toe te zien op tarieven van collectieve bestuursorganisaties is dat je hier, in tegenstelling tot andere markten, moeilijk uit kunt gaan van een kostprijs. Bovendien is er in het geval van een liedje geen directe relatie tussen de kostprijs en de waarde ervan. Is *Rood* van Marco Borsato meer waard dan *Fearless* van Kane?", Cf. persbericht NMa van 23 februari 2007: NMa presenteert resultaten onderzoek tarieven collectieve beheersorganisaties.

¹⁹⁴ H.v.J., 6 februari 2003, *SENA t. NOS*, C-245/00, *Jur.*, 2003, I-1251, ov 37.

Een vergelijking met de prijzen van CBO-tegenhangers in andere Lid-Staten kan anderzijds wel een aanwijzing voor misbruik vormen, met name indien de onderzochte tarieven aanzienlijk hoger liggen dan in andere Lid-Staten¹⁹⁵.

In de zaak Fresh FM/BUMA heeft de NMa van deze methode gebruik gemaakt om het vermeend excessieve karakter te beoordelen van de door BUMA gehanteerde tarieven voor uitzending van muziekwerken door commerciële radio-omroepinstellingen. De NMa stelde in haar beslissing dat er op zich geen enkele echt bevredigende methode is om te beoordelen of er sprake is van excessieve tarieven gehanteerd door CBO's. Het werken met een kostengerelateerde standaard of een beoordeling aan de hand van de welvaartseffecten van tariefdifferentiatie achtte de NMa als niet praktisch uitvoerbaar. De NMa ging wel over tot een internationale tariefvergelijking omdat die methode volgens haar praktisch werkbaar was en in de lijn lag van de bestaande rechtspraak van het Hof van Justitie. Uit die vergelijking kwam volgens de NMa een wisselend beeld naar voren: "er zijn landen met lagere maar ook met hogere tarieven voor een vergelijkbare licentie". Omdat het tarief van BUMA echter niet "over de hele linie aanzienlijk hoger is dan die in de vergelijkingslanden, laat staan vele malen hoger, zoals het geval was bij het SACEM-arrest" oordeelde de NMa dat er geen sprake was van een zodanig hoge vergoeding dat BUMA misbruik van machtspositie zou hebben gepleegd¹⁹⁶.

Fresh FM ging in bezwaar en voerde daarbij o.a. aan dat de door de NMa gehanteerde tariefvergelijking niet op homogene grondslag had plaatsgevonden en onzorgvuldig was uitgevoerd. Fresh FM legde ook een eigen tariefvergelijking voor die volgens haar ondubbelzinnig aangaf dat de BUMA-tarieven hoger waren dan de tarieven in de andere Lid-Staten. Het bezwaar werd gedeeltelijk gegrond verklaard omdat de tariefvergelijking van de NMa inderdaad enkele fouten bleek te bevatten. Een nieuwe gecorrigeerde tariefvergelijking door de NMa leidde echter tot dezelfde bevindingen, namelijk dat uit de tariefvergelijking niet naar voren kwam dat BUMA excessieve tarieven zou hebben gehanteerd die kwalificeerden als een misbruik van machtspositie¹⁹⁷.

De mogelijk zwakte van het werken met internationale tariefvergelijkingen komt o.i. uit voormelde beslissingen naar voren: om te beginnen moet de tariefvergelijking effectief op een correcte basis geschieden – wat de NMa in eerste orde dus niet deed. Dat blijkt m.a.w. dus geen sinecure te zijn. Dat is niet onlogisch: de wijze

¹⁹⁵ Zo H.v.J., 13 juli 1989, *Tournier*, 395/87, *Jur.*, 1989, 2521; H.v.J., 13 juli 1989, *Lucazeau t. SACEM*, gev.zaken 110/88, 241/88 en 242/88, *Jur.*, 1989, 2811.

¹⁹⁶ Besluit NMa, 10 mei 2007, zaak 3295, *Fresh FM t. Buma*, ov. 38-39.

¹⁹⁷ BezwaarBesluit NMa 2 april 2008, *Fresh FM t. Buma*, zaaknr. 3295, bevestigd door Rb. Rotterdam, 27 augustus 2009, *Fresh FM t. NMa*, reg. Nr. MEDED 08/2026-RIP, LJN-nr. BJ6328.

waarop CBO's in verschillende Lid-Statens tot hun tariefberekening komen, kan sterk uiteenlopen. Dat kan samenhangen met het feit dat het marktlandschap in de verschillende Lid-Statens een heel ander uitzicht kan hebben in functie van in welke mate er publieke resp. commerciële zenders aanwezig zijn, of deze lokaal, regionaal dan wel nationaal actief zijn, hoe zij worden gefinancierd (publieke gelden, ledenbijdragen, reclame-inkomsten...) enz. Verder is het mogelijk dat men bij dergelijke vergelijking tarieven in ogenschouw neemt van CBO's die op hun respectievelijke markten over een machtspositie beschikken, waardoor de door hen gehanteerde tarieven al enigszins vertekend kunnen zijn. Om die reden heeft ook de NMa zelf kennelijk bedenkingen bij de methode van de internationale tariefvergelijking¹⁹⁸. Deze methode biedt dus m.a.w. geen "wondermiddel" om vermeend excessieve prijszetting te beoordelen.

Daarenboven zullen tariefverschillen "slechts als *prima facie* aanwijzing van eventuele excessiviteit worden beschouwd"¹⁹⁹ en staat daarmee het bestaan van een misbruik nog niet *ipso facto* vast. Dergelijke verschillen – en met name het hanteren van hogere tarieven dan in andere Lid-Statens – kunnen immers door objectieve omstandigheden gerechtvaardigd zijn. Om de vaststelling van misbruik van machtspositie af te (kunnen) wenden, is dan met name vereist dat een CBO erin slaagt aan te tonen dat de situatie in de eigen Lid-Staat objectief verschilt van deze in andere Lid-Statens²⁰⁰. Omstandigheden als hoge prijzen in de horeca, een traditioneel hoge mate van bescherming van het auteursrecht en bijzonderheden in de nationale wetgeving volstaan echter op zichzelf niet ter objectieve onderbouwing van (afwijkend) hoge tarieven²⁰¹. Desgevallend wel objectief-verklarend zijn verschillen in beheersstructuur. Zo leidt een log beheersapparaat met hoge (personeels)kosten op de punten van inning, beheer en verdeling rechtstreeks en objectief verklaarbaar tot hoge(re) tarieven *c.q.* lage(re) uitkeringen²⁰².

Wat de eigenlijke prijszetting betreft, geldt echter dat mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties zich in de regel vrij terughoudend opstellen ten aanzien van de hoogte van prijzen en tarieven. Zo beoordelen zij weliswaar in concrete gevallen ex

¹⁹⁸ Besluit NMa, 10 mei 2007, zaak 3295, *Fresh FM t. Buma*, ov. 32.

¹⁹⁹ BezwaarBesluit NMa 2 april 2008, *Fresh FM t. Buma*, zaaknr. 3295, ov. 57

²⁰⁰ H.v.J., 13 juli 1989, *Tournier*, 395/87, *Jur.*, 1989, 2521, ov. 38 en 43; H.v.J., 13 juli 1989, *Lucazeau t. SACEM*, gev.zaken 110/88, 241/88 en 242/88, *Jur.*, 1989, 2811, ov. 25 en 30.

²⁰¹ H.v.J., 13 juli 1989, *Tournier*, 395/87, *Jur.*, 1989, 2521, ov. 39-42; H.v.J., 13 juli 1989, *Lucazeau t. SACEM*, gev.zaken 110/88, 241/88 en 242/88, *Jur.*, 1989, 2811, ov. 26-29.

²⁰² H.v.J., 13 juli 1989, *Tournier*, 395/87, *Jur.*, 1989, 2521, ov. 42; H.v.J., 13 juli 1989, *Lucazeau t. SACEM*, gev.zaken 110/88, 241/88 en 242/88, *Jur.*, 1989, 2811, ov. 29. Het ging hierbij telkens om prejudiciële arresten. Het Hof van Justitie geeft in dergelijke arresten antwoord op de vragen van de nationale rechter over de toepassing van i.c. artikel 102 VWEU in een concreet nationaal geschil. Het Hof zegt in deze arresten met andere woorden niet dat inefficiënte bedrijfsvoering 'normaal' is *c.q.* beloond moet worden.

post of de hoogte van een gehanteerd *royalty*-tarief redelijk is (geweest)²⁰³. Daarbij gaat het dan steevast om een controle op het feit of het onderzochte tarief niet kennelijk en manifest onredelijk is geweest (enigszins vergelijkbaar met een marginale toetsing). *Ex ante* regulerend voorschrijven welke berekeningswijze of welke de 'juiste prijs' is, doen zij echter nooit.

Men zou kunnen denken dat de Europese Commissie ogenschijnlijk van die gedragslijn is afgeweken in haar Microsoft-beschikking²⁰⁴. In haar verbodsbeschikking stelde de Commissie vast dat Microsoft o.a. misbruik van zijn machtspositie had gemaakt op de markt van besturingssoftware voor PC's. Microsoft produceerde op een aanverwante markt ook serversoftware die perfect compatibel was met zijn besturingssysteem "Windows". Microsoft weigerde echter aan concurrerende producenten van serversoftware informatie te verstrekken betreffende het "hart" van het Windows besturingssysteem, waardoor hun producten niet even vlot konden communiceren met onder "Windows" draaiende PC's. Dat stelde Microsoft in staat de concurrentie op de markt voor serversoftware te dwarsbomen en ook een machtspositie op deze markt uit te bouwen (hefboomeffect of "leveraging").

De Commissie verplichtte Microsoft om volledige en nauwkeurige informatie over zijn besturingssoftware vrij te geven die nodig was om een goede interoperabiliteit tussen de serversoftware van de concurrenten en Windows-PC's te garanderen. Afgesproken werd, dat Microsoft een vergoeding zou kunnen vragen voor de toegang tot die informatie, in zoverre de gevraagde vergoeding redelijk was en op non-discriminatoire wijze werd toegepast. De gevraagde vergoeding mocht in elk geval

"not reflect the "strategic value" stemming from Microsoft's market power in the client PC operating system market or in the work group server operating system market"²⁰⁵.

De Commissie stelde achteraf vast dat het vergoedingsregime dat Microsoft voor de toegang tot zijn informatie had uitgewerkt, op een aantal punten niet aan de gestelde vereisten voldeed. Zo voorzagen delen van het vergoedingsregime in een vergoeding voor informatie die in wezen geen innovatief karakter had of enkel problemen in Windows zelf oploste, maar niet bijdroeg tot de functionaliteit van de

²⁰³ Zo o.m. Bezwaar-Besluit d-g NMa van 1 april 2004, zaaknr. 1/682, *De Telegraaf t. HMG*, door HMG gevraagde prijs niét excessief. Het Duitse Bundesgerichtshof ging in zijn uitspraak *Hörfunkrechte* (reeds vermeld, zie voetnoot 176) bij gebrek aan concrete indicaties ook niet echt in op het al dan niet excessieve karakter van de gehanteerde tarieven.

²⁰⁴ CieBeschikking 24 maart 2004, *Microsoft, PB 2007 L 32/23*.

²⁰⁵ Ov. 1008 van de Beschikking.

serversoftware van de derden-gebruikers. Om die reden legde de Commissie aan Microsoft een boete op wegens het niet-correct uitvoeren van haar verbodsbeschikking²⁰⁶. Microsoft kwam pas met ingang van 22 oktober 2007 met een aangepast vergoedingssysteem aan de bekommernissen van de Commissie tegemoet²⁰⁷.

Men kan zich afvragen of de Europese Commissie in haar verbodsbeschikking minder terughoudend is geweest door bij het omschrijven van de consequenties (gedrag) die daaraan moeten worden gekoppeld, enigszins aan te geven hoe Microsoft een passende vergoeding moest berekenen. Heeft de Commissie in haar beschikking m.a.w. *ex ante* / “regulerend” opgetreden? Niets zou dan beletten dat bij uitbreiding ook nationale mededingingsautoriteiten op dergelijke manier actief sturend zouden gaan werken en met name ten aanzien van CBO’s zouden kunnen gaan aangeven welke tariefberekening passend is.

Dit is o.i. echter niet de les die uit Microsoft moet worden gehaald. Dat de Commissie in de Microsoft-beschikking leek aan te geven hoe de vergoeding moest worden bepaald is om te beginnen de spreekwoordelijke uitzondering op de regel. Daarenboven was er in haar beschikking geenszins sprake van een echt *ex ante* toezicht in de enge zin, waarbij de Commissie zelf de correcte prijs inschat. Het enige wat de Commissie deed in haar beschikking, is op voorhand *in abstracto* enkele beoordelingscriteria vastleggen waarmee zij de redelijkheid van het door Microsoft nog te concipiëren vergoedingsmodel zou beoordelen. Die criteria waren dan nog zeer open en ruim geformuleerd en weken bovendien niet af van de criteria die in eerdere beschikkingen en rechtspraak reeds waren vermeld. De eigenlijke beoordeling van de door Microsoft gehanteerde vergoedingen geschiedde echter opnieuw *ex post* in de opvolging door de Commissie van de wijze waarop Microsoft de verbodsbeschikking uitvoerde. Wij menen dus dat er niet echt sprake is geweest van een “trendbreuk” maar dat de Commissie niet verder ging dan de gebruikelijke *ex post* controle op het feit of het onderzochte tarief niet kennelijk en manifest onredelijk was geweest.

Wij zijn het eens met de NMa dat het wettelijk misbruikverbod en de autoriteiten die toezien op de naleving ervan – resp. de mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties – onvoldoende geëquipeerd zijn om verder te gaan dan dergelijke

²⁰⁶ CieBeschikking 27 februari 2008, COMP/C-3/34.792, Fixation of Penalty payment to comply with Commission's Decisions, C(2008) 764 fin.; zie ook Persbericht IP/08/318 van 27 februari 2008, Commission imposes 899 million euov penalty on Microsoft for non-compliance with March 2004 Decision.

²⁰⁷ Persbericht IP/07/1567 van 22 oktober 2007, Commission ensures compliance with 2004 Decision against Microsoft.

redelijkheidstoetsing en om *ex ante* het juiste prijsniveau te bepalen: een meer specifieke vorm van toezicht lijkt ons daartoe noodzakelijk²⁰⁸.

Herbert Hovenkamp, een coryfee van het Amerikaanse antitrustrecht stelt in dezen o.i. pittig, maar terecht:

“To be sure, application of antitrust remedies can get courts mired in such things as setting reasonable royalty rates, an activity for which they are very poorly suited”²⁰⁹.

2.5 Samenvatting

De bevindingen van het juridische luik kunnen als volgt worden samengevat.

i) Auteursrecht geeft de rechthebbende een monopolierecht op zijn werk, namelijk een exclusief recht op het openbaar maken en het verveelvoudigen ervan. Dit garandeert hem een financiële beloning voor zijn creativiteit en draagt mogelijk ook bij tot innovatie. Derden kunnen het werk enkel exploiteren als en voor zover de auteur daar toestemming voor heeft gegeven (o.g.v. een licentie). Het recht van de auteur is echter niet onbepaald en kent uitzonderingen zoals het citaatrecht, de mogelijkheid dat hij in bepaalde omstandigheden gedwongen kan zijn een licentie op zijn werk te verlenen (dwanglicenties) en de uitputting van het auteursrecht m.b.t. goederen waarop het recht rust die met toelating van de rechthebbende in de EU in het verkeer zijn gebracht.

ii) Het mededingingsrecht, dat erop gericht is de vrije mededinging te waarborgen, grijpt niet in op het bestaan van het auteursrecht op zich. Het mededingingsrecht staat ook een normale, legitieme uitoefening van de rechten van de auteur niet in de weg. In bepaalde gevallen kan de uitoefening van het auteursrecht echter duidelijk mededingingsversturende effecten genereren, wat bijvoorbeeld het geval is wanneer de rechthebbende te hoge tarieven voor een licentie eist, of in onredelijke omstandigheden weigert een licentie te verlenen. In dat geval kan zo'n gedrag onder omstandigheden worden beschouwd als een misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU, resp. artikel 24 Mw.

²⁰⁸ NMa-document, *De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties*, Den Haag, 2007, p. 7 en 8. Vergelijkbaar, Besluit NMa, 10 mei 2007, zaak 5169, *Koninklijke Horeca Nederland t. Buma*; Besluit NMa, 10 mei 2007, zaak 3295, *Fresh FM t. Buma*, en Bezwaar-Besluit NMa, 2 april 2008, zaak 3295, *Fresh FM t. Buma*.

²⁰⁹ HOVENKAMP, 2005, United States antitrust policy in an age of IP expansion, in: Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2004, New York, Juris Publishing, p. 235.

iii) De toepassing van artikel 102 VWEU, resp. artikel 24 Mw veronderstelt het bestaan van een machtspositie. Beklemtoond wordt, dat het hebben van een monopolierecht op een auteursrechtelijk beschermd werk op zich niet het bestaan van een machtspositie impliceert. Er kunnen immers substitutieproducten aanwezig zijn op de markt waar concurrentiedruk van uitgaat. Van het bestaan van een machtspositie kan echter wel sprake zijn

- wanneer het beschermde werk op zich samenvalt met de relevante markt wegens gebrek aan substitutieproducten (wat zich bijvoorbeeld kan voordoen bij onder de geschriftenbescherming vallende informatie)
- wanneer de uitoefening van rechten collectief wordt georganiseerd door organisaties die een wettelijk of feitelijk monopolierecht bezitten voor een wezenlijk deel van de markt, zoals bij de Nederlandse CBO's het geval is.

iv) De vraag naar wanneer er dan sprake is van het plegen van een misbruik van machtspositie door individuele rechthebbenden of CBO's draait in de praktijk van de mededingingsautoriteiten en de hoven en rechtbanken vooral rond gevallen van licentieweigering en, in mindere mate, rond discriminatoir gedrag of excessieve prijszetting bij het verlenen van licenties. Deze gevallen worden dan beoordeeld in het licht van de rechtspraak - voornamelijk de Europese, maar ook de nationale - inzake leveringsweigeringen, discriminatie en prijszettinggedrag als misbruik van machtspositie in het algemeen. De rechtspraak aangaande dergelijke gedragingen in verband met andere intellectuele eigendomsrechten is daarbij mede richtinggevend, aangezien de problematiek voor al deze rechten in wezen dezelfde is.

v) De weigering van de houder van een auteursrecht met een machtspositie om een licentie te verlenen zal als misbruik van machtspositie worden beschouwd indien hierdoor de mededinging wordt uitgeschakeld of de ontwikkeling van concurrenten of concurrentie wordt belemmerd en er voor de weigering geen objectieve rechtvaardiging is. De rechthebbende kan dan onder druk van de mededingingsregels verplicht worden, onder bepaalde voorwaarden licenties te verlenen. Dit is bijvoorbeeld zo wanneer de rechthebbende houder is van een werk dat kan worden beschouwd als een essentiële faciliteit ('*essential facility*'), d.w.z.: een faciliteit die onmisbaar is voor de toegang tot, of het voortzetten van bepaalde activiteiten. Wanneer de houder van dergelijke faciliteit de toegang ertoe weigert, is dit een misbruik van machtspositie wanneer

- daardoor het ontwikkelen van daadwerkelijk vernieuwende producten op de markt van de rechthebbende, of het ontwikkelen van een nieuwe markt wordt uitgesloten,

- diegene aan wie de licentie wordt geweigerd ook geen reëel of potentieel alternatief ter beschikking staat en
- de weigering geen objectieve rechtvaardigingsgrond kent (o.a. legitieme commerciële of technische redenen).

Ook het niet langer willen verlenen van een licentie aan een bestaande contractspartner kan misbruik opleveren. Een dergelijke weigering is voor een rechthebbende met een machtspositie enkel toegelaten ter bescherming van de eigen commerciële belangen en voor zover de aard en mate van de weigering proportioneel is aan de bedreiging voor de eigen belangen.

vi) Misbruik kan ook bestaan in het discrimineren bij het al dan niet verlenen van licenties of bij de prijszetting t.a.v. verschillende contractpartners. Waar men *normaliter* vrij is om te contracteren met wie men wil, en onder de voorwaarden die men wil, kan een rechthebbende met een machtspositie enkel overgaan tot een gedifferentieerde behandeling van contractpartners die zich in verschillende omstandigheden bevinden; contractpartners in een zelfde situatie verschillend behandelen of, omgekeerd, partners die zich in een verschillende situatie bevinden op dezelfde wijze behandelen, kan enkel als daarvoor een objectieve rechtvaardiging bestaat.

vii) Ook excessieve prijszetting bij het verlenen van licenties (hetzij door een individuele rechthebbende, hetzij door een CBO) kan een misbruik van machtspositie uitmaken. Het bepalen van een prijs op basis van de omzet van de begunstigde van de licentie is op zich geen misbruik, maar dit betreft enkel de berekeningsbasis en zegt op zich niets over het feit of de prijs te hoog is resp. als redelijk en normaal kan worden beschouwd. Tot een *ex ante* beoordeling hiervan gaan mededingingsautoriteiten of rechterlijke instanties niet over: zij beperken zich tot een *ex post* beoordeling op grond van artikel 102 VWEU resp. artikel 24 Mw.

De bestaande rechtspraak geeft aan dat, bij die beoordeling, men een vergelijking kan maken van de gehanteerde prijzen met die van concurrerende aanbieders en/of vergelijkbare goederen. Het probleem is dat er, wanneer er sprake is van een machtspositie – met name in het geval van een CBO met een wettelijk monopolierecht – er geen 'normaal' functionerende markt is en er dus vaak geen/niet voldoende concurrerende aanbieders of goederen zijn.

Een andere mogelijkheid bestaat erin de gehanteerde prijzen te relateren aan de economische waarde van het werk of de kosten die de individuele rechthebbende moet maken om het tot stand te brengen, resp. de kosten die een CBO moet maken

voor haar werking. Als er een manifeste wanverhouding bestaat tussen de prijs en de waarde/kosten, kan zulks een indicatie zijn van een misbruik. Het probleem hierbij is dat het zeer moeilijk blijkt te komen tot een accurate berekening van de economische waarde van een werk of de kosten die nodig zijn voor het tot stand brengen ervan resp. voor het beheer ervan door een CBO.

In het geval van CBO's zou men eventueel een misbruik kunnen vaststellen indien een CBO, zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging is, tarieven hanteert die aanmerkelijk hoger liggen dan die van CBO's in andere landen. Ook die methode biedt echter geen wondermiddel, nu de verschillende situatie in de onderscheiden Lid-Staten een correcte en relevante vergelijking zeer sterk bemoeilijkt. In het algemeen wordt het in de praktijk van de mededingingsautoriteiten en de rechterlijke instanties dan ook als zeer moeilijk ervaren, het redelijke resp. excessieve karakter van prijzen en tarieven te beoordelen. Om die reden stellen zij zich dan ook eerder terughoudend op en zullen zij, manifeste gevallen daargelaten, niet snel overgaan tot het vaststellen van een misbruik.

viii) Bij het onderzoek werd geen exhaustieve rechtsvergelijkende analyse van de benadering van deze problematiek in verschillende jurisdicties doorgevoerd. Wel werd op basis van een aantal secundaire publicaties nagegaan of er in geselecteerde jurisdicties opvallende afwijkingen in de aanpak konden worden gedetecteerd. Dergelijke afwijkende aanpak kwam uit het onderzoek niet naar voren.

Het Europees Gemeenschapsrecht en de toepassing en interpretatie ervan door de Europese rechterlijke instanties en de Europese Commissie lijken richtinggevend te zijn voor de benadering van deze problematiek door – met name – Nederland en de buurlanden. Dat blijkt uit het feit dat in de nationale praktijk zeer getrouw wordt verwezen naar het Europese voorbeeld en daar niet van wordt afgeweken. Opvallende verschillen in de aanpak tussen de verschillende nationale overheden onderling zijn evenmin aan het licht gekomen.

Dit geldt voor alle aspecten van deze problematiek, zij het nu de vraag naar het al dan niet bestaan van een machtspositie of de vraag naar wanneer er sprake is van een ongeoorloofde licentieweigering – met name de gelijklopende aanpak van de *essential facilities*-doctrine springt daarbij in het oog. Ook de beoordeling van vermeend discriminerende resp. excessieve tarieven loopt in de verschillende jurisdicties gelijk. Voor wat dat laatste punt betreft merkt men dat mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties zich zonder onderscheid beperken tot een *ex-post* beoordeling, die er in wezen op neerkomt te oordelen of er sprake is geweest van kennelijk onredelijke voorwaarden. Van een *ex-ante* benadering wordt overal echter behoedzaam weggebleven.

3 Economische beschouwingen

In het vorige hoofdstuk is reeds het spanningsveld beschreven tussen *enerzijds* het auteursrecht dat monopolies in het leven roept (om naast het bevorderen van de creativiteit, de auteurs in staat te stellen in ieder geval de productiekosten van hun creatieve werken terug te verdienen) en *anderzijds* het mededingingsrecht dat misbruik van machtspositie bestrijdt. Daaruit bleek dat de uitoefening van het auteursrecht tot vanuit mededingingsrechtelijke optiek ongewenste effecten kan leiden, zoals excessieve prijzen, verboden leveringsweigering of discriminatoire behandeling van gebruikers. Het kan echter ook zo zijn dat de mogelijkheden die het auteursrecht geeft voor auteurs zelf tot ongewenste effecten leiden. Het is namelijk niet alleen zo dat auteurs soms kunnen profiteren van de mogelijkheid van het maken van goedkope kopieën (zoals bv. in paragraaf 3.2.3 wordt beschreven), ook kan het geven van financiële prikkels soms averechts werken (zie paragraaf 3.2). Dit hoofdstuk geeft een overzicht van de verschillende economische aspecten die een rol spelen bij de beoordeling van de wisselwerking tussen auteursrecht en mededingingsrecht.

Een discussie omtrent de wisselwerking tussen mededingingsrecht en auteursrecht kan niet alleen bestaan uit een afweging van de voor- en nadelen van het bestaan van auteursrecht. De discussie moet ook gaan over de wijze waarop het auteursrecht in verschillende markten praktisch gestalte heeft gekregen (“de organisatievorm van het auteursrecht”) en de wijze waarop auteursrecht mogelijkheden creëert of blokkeert voor nieuwe samenwerkingsvormen zoals “open innovatie”.

Ten aanzien van de vorm waarin auteursrechten in verschillende markten georganiseerd is, dient speciale aandacht geschonken te worden aan de uitoefening van auteursrechten middels collectief beheer door collectieve beheersorganisaties (CBO's). Het collectief beheer is immers een belangrijk middel voor auteursrechthebbenden om hun rechten effectief te kunnen uitoefenen. CBO's vervullen daartoe in verschillende markten een belangrijke, intermediaire rol tussen auteurs en gebruikers. CBO's beschikken vaak over een aanzienlijke vrijheid in het bepalen van hun marktgedrag, vooral in de gevallen waarin zij een wettelijk monopolierecht hebben gekregen op het collectief beheer van auteursrechten. De verschillende aspecten hiervan worden in deze studie verder belicht²¹⁰.

²¹⁰ Zo heeft de NMa in 2006 en 2007 een onderzoek naar het misbruik van marktmacht door CBO's ingesteld. Zie NMa, 2007, *De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties*, Den Haag, februari 2007 en RBB ECONOMICS, 2006, *The efficiency of price discrimination schemes of performing rights organizations*, 1 augustus 2006.

Ten aanzien van de vraag of auteursrecht nieuwe samenwerkingsvormen creëert of blokkeert is recentelijk speciale aandacht gevraagd voor het concept van “open innovatie”²¹¹. Open innovatie is een verzamelterm voor samenwerkingsvormen tussen bedrijven waarbij externe kennis, competenties en creativiteit worden gezien als een belangrijke bron voor innovatie, en waarbij verschillende trajecten buiten de onderneming actief worden geïnitieerd om innovatie te bereiken of te versnellen. Open innovatie vindt plaats in netwerken, waarin specialisatie, samenwerking en kennisdeling vooropstaan en waarbij niet of nauwelijks voor het gebruik van elkaars werk betaald hoeft te worden.

Basisidee achter deze nieuwe samenwerkingsvormen is het volgende. Innovatie is gebaat bij een grote hoeveelheid geproduceerde informatiegoederen. Als voor deze goederen echter een hoge prijs betaald moet worden als gevolg van de bescherming ervan door het auteursrecht, dan kan het het geval zijn dat veel potentiële afnemers afzien van het gebruik van het werk van anderen. In deze zin kan de hoeveelheid door anderen gebruikte hoeveelheid informatiegoederen negatief afhangen van de mate waarin deze beschermd worden door het auteursrecht. Aan de andere kant is het natuurlijk wel zo dat er vanwege het auteursrecht waarschijnlijk meer geproduceerd wordt. Het auteursrecht kan dus positief en negatief uitwerken: er wordt meer geproduceerd, maar van wat geproduceerd wordt, wordt minder als input in het productieproces van andere werken opgenomen. Als dit laatste effect sterk is, dan kan het bestaan van auteursrecht op de lange termijn het innovatieproces belemmeren²¹². Dit is het belangrijkste argument van de voorstanders van open innovatie om gebruik van het open innovatie model zo min mogelijk te belemmeren. Volgens dit argument is innovatie op lange termijn het meest gebaat bij het garanderen van een vergaande vrijheid om van andermans werk gebruik te maken²¹³ en daarop voort te bouwen. Belangrijk hierbij is op te merken dat er in dit argument ten behoeve van open innovatie impliciet van uitgegaan wordt dat verschillende beschermde werken complementen van elkaar zijn, in die zin dat ze als input dienen voor de productie van andere (informatie)goederen²¹⁴.

²¹¹ Zie hiervoor vooral ook AWT, 2006, Opening van zaken – Beleid voor Open innovatie.

²¹² Computerspelen bijvoorbeeld leunen sterk op materiaal dat een ander al eerder gecreëerd heeft (denk aan het spelconcept/de verhaallijn, de karakters, de muziek). Om de ontwikkeling van nieuwe games niet te veel te belemmeren, moet auteursrecht op oude games daarom niet overbeschermd worden. In de muzieksector leiden ‘covers’ vaak tot allerlei nieuwe creaties. Om deze innovatie niet te belemmeren is het vanuit economisch oogpunt beter als op de ‘originele song’ niet een te grote bescherming rust. Voor meer voorbeelden zie DIALOGIC/SEO, 2003, *Auteursrecht, economische lust of last? Een empirische studie naar de economische aspecten van het auteursrecht in het Nederlandse multimediacluster*, Amsterdam, p. 65.

²¹³ Zie bv. RAYMOND, 2001, *The cathedral and the bazaar: musings on Linux and open source by accidental revolutionary*, O’Reilly, Beijing.

²¹⁴ Bijvoorbeeld, een muziekstuk dat verwerkt kan worden in een film of een toneelstuk, en een softwareprogramma dat een basis kan vormen voor een ander programma. Ook

Dit hoofdstuk behandelt die economische argumenten die de wisselwerking tussen auteursrecht en mededingingsrecht belichten. Daartoe geeft paragraaf 3.1 allereerst een overzicht van de specifieke economische kenmerken van de goederen die vaak door het auteursrecht worden beschermd. Paragraaf 3.2 bespreekt vervolgens de algemene effecten van auteursrecht. Paragraaf 3.3 gaat vervolgens in op verschillende vraagstukken rondom CBO's. Paragraaf 3.4 sluit af met een aantal observaties die relevant zijn voor het bepalen van een optimale vergoeding voor auteurs.

3.1 Kenmerken van informatiegoederen

De goederen waar het auteursrecht vrijwel altijd betrekking op heeft, zijn zogenaamde 'informatiegoederen'. Informatiegoederen (*information goods*) hebben specifieke kenmerken, die bepalend zijn voor de marktuitskomsten die verkregen worden als deze goederen in een markt verhandeld worden. Wij bespreken deze kenmerken nu één voor één²¹⁵.

(i) Hoge productiekosten, lage kopieerkosten

Informatiegoederen zijn meestal duur om te produceren en goedkoop om te kopiëren. Het kan maanden/jaren werk kosten om bijvoorbeeld een film of een muziekopname te maken, maar als dat eenmaal gedaan is, zijn de kosten om een kopie te maken verwaarloosbaar laag, zeker nu muziek elektronisch bewaard kan worden. Het maken van een *hard copy* van een boek is iets duurder, maar deze kosten staan nog steeds niet in verhouding tot de hoeveelheid inzet en werk die vereist is om het boek te schrijven. Door technologische vooruitgang wordt kopiëren steeds eenvoudiger en goedkoper²¹⁶.

Een consequentie van het feit dat de productie van informatiegoederen gepaard gaat met hoge vaste (eenmalige) kosten en lage kopieer (of marginale) kosten is dat als de prijs van informatiegoederen gelijk is aan de marginale kosten, de productiekosten niet kunnen worden gedekt. Deze situatie ontstaat als een informatiegoed vrij gekopieerd mag worden en concurrentie tussen alternatieve aanbieders van kopieën er voor zorgt dat de prijs tot het niveau van de marginale

anderen, zoals café-eigenaren, gebruiken informatiegoederen als televisie-uitzendingen of muziek als input of als randvoorwaarde voor hun dienstverlening.

²¹⁵ SHAPIRO en VARIAN, 1999, *Information Rules: a Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts.

²¹⁶ Aan de andere kant is het belangrijk te constateren dat het ook steeds eenvoudiger wordt om de schendingen van auteursrechten te ontdekken. Zie bv. NICITA en RAMELLO, 2007, Property, Liability and Market Power: The Antitrust Side of Copyright, *Review of Law and Economics* 3(3), 767-791.

kosten zal zakken. Als de productiekosten van informatiegoederen niet worden gedekt, dan kunnen auteurs te weinig prikkels hebben om de goederen te maken.

(ii) Netwerkexternaliteiten

Veel informatiegoederen vertonen zogenaamde netwerkexternaliteiten²¹⁷. Er is sprake van een netwerkexternaliteit als de waarde die een consument aan een product toekent positief afhankelijk is van het aantal consumenten dat hetzelfde product gebruikt. Dit is heel duidelijk het geval bij software: hoe meer mensen een bepaald tekstverwerkingspakket gebruiken, hoe groter de kans zal zijn dat een nieuwe gebruiker hetzelfde pakket aanschafft om bestanden te kunnen uitwisselen. Ook bij culturele goederen, waartoe de meeste informatiegoederen behoren, komen netwerkexternaliteiten veel voor: een populair boek, een populaire film of muziekband trekt nog meer publiek aan. Netwerkexternaliteiten kunnen leiden tot sterk geconcentreerde markten: Microsoft bijvoorbeeld is bijna een monopolist in de markt voor besturingssystemen voor PC's en voor veel cultuurgooederen geldt dat werken van een aantal "sterren" en boeken van bekende schrijvers verhoudingsgewijs extreem veel meer verkocht worden dan werken van andere aanbieders die objectief gezien nochtans vrijwel dezelfde kwaliteit leveren (denk bijvoorbeeld aan operazangers).

(iii) Informatiegoederen als ervaringsgoederen

Ervaringsgoederen zijn goederen waarvan de consument de waarde pas leert kennen tijdens het consumeren van het goed. Heel veel (culturele) producten kunnen als ervaringsgoederen worden aangemerkt, maar voor veel informatiegoederen heeft het ervaringsaspect een bijzondere betekenis, omdat ze hooguit één keer worden geconsumeerd. We weten niet of we een boek zullen waarderen voordat we het gelezen hebben, en we lezen de meeste boeken maar één keer. Dit leidt tot onzekerheid bij de consument of ze een boek wel of niet zullen aanschaffen en tot een behoefte aan kwaliteitskeurmerken zoals recensies, bestseller- of hitlijsten. Het bestaan van het ervaringsgoedaspect is één van de oorzaken van de hiervoor besproken netwerkexternaliteiten²¹⁸. Verder is ook de reputatie van de auteur belangrijk voor het vormen van verwachtingen omtrent de kwaliteit van een werk. Als

²¹⁷ Zie bv. ECONOMIDES (1996), *The Economics of Networks*, *International Journal of Industrial Organization* 14, 673-699, voor een inleiding op het onderwerp. De eerste keer dat de term netwerkexternaliteit in de economische literatuur voorkomt is in KATZ en SHAPIRO, 1985, *Network Externalities, Competition, and Compatibility*, *American Economic Review* 75, 424-440. Voor recente bijdragen, zie MENDYS-KAMPHORST, 2003, *Essays on Network Economics*, proefschrift, Tinbergen Institute, en JANSSEN en MENDYS-KAMPHORST, 2007, *Evolution of Market Shares with Heterogeneous Network Externalities and Repeated Purchases*, *Journal of Evolutionary Economics* 17(5), 551-577.

²¹⁸ Soms worden boeken aangeprezen met het vermelden van het aantal exemplaren dat reeds internationaal verkocht is.

we bijvoorbeeld een boek van een bepaalde schrijver sterk waarderen, dan verwachten we dat we een ander boek van dezelfde auteur ook zullen waarderen.

(iv) Het belang van compatibiliteit

Informatiegoederen zijn vrijwel altijd verbonden aan een fysieke drager. Boeken en tijdschriften staan op papier of op de harde schijf van een computer, muziek staat geregistreerd op CD's of in de computer en om software te gebruiken hebben we hardware nodig. Verder worden sommige informatiegoederen – voornamelijk computersoftware – voornamelijk gebruikt samen met andere informatiegoederen: om een software-applicatie te draaien hebben we een besturingssysteem nodig. Dit maakt *compatibiliteit* – dat wil zeggen de technische mogelijkheid om twee producten samen te gebruiken – van cruciaal belang. Dit geldt zowel tussen de drager van het informatiegoed en het informatiegoed zelf, als tussen informatiegoederen onderling.

(v) De rol van niet-financiële prikkels

In vergelijking met producenten in andere markten, worden producenten van veel informatiegoederen in relatief grote mate gemotiveerd door niet-financiële prikkels, zoals intrinsieke motivatie of sociale erkenning. Naast professionele schrijvers, musici en websiteontwerpers die voor hun werk een vergoeding ontvangen, bestaan er over de hele wereld heel veel auteurs die uit hun creativiteit voldoening en sociale status putten. Ook onder professionele kunstenaars en wetenschappers is reputatie bij de collega's en/of het grote publiek een belangrijke prikkel. Deze niet-financiële prikkels kunnen onafhankelijk van de financiële prikkels bestaan, maar ze kunnen ook door deze financiële prikkels negatief (*crowding out*) of positief (*crowding in*) worden beïnvloed²¹⁹. Een klassiek geworden voorbeeld moge dit verduidelijken²²⁰. Mensen kunnen bloed doneren, omdat dit hen het gevoel geeft dat ze een positieve daad voor de samenleving stellen (niet-financiële prikkel). Indien de overheid een financiële beloning instelt voor iedereen die bloed doneert, kan het zo zijn dat de mensen die eerst bloed gaven vanuit een meer idealistisch motief, nu geen bloed meer doneren. Indien dit het geval is, is sprake van *crowding out* van de niet-financiële motieven door de financiële beloning die is ingevoerd²²¹.

²¹⁹ Zie bv. FREY, 1997, *Not just for the money*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Brookfield, US.

²²⁰ TITMUS, 1970, *The Gift Relationship: from Human Blood to Social Policy*, London, Allen and Unwin.

²²¹ Ons zijn geen studies bekend die specifiek ingaan op de vraag in hoeverre het *crowding out* effect optreedt bij het produceren van informatiegoederen.

3.2 Algemene effecten van auteursrecht

Na de bespreking van de verschillende economische kenmerken van de goederen waar we het hier over hebben, gaan we nu dieper in op de verschillende effecten van het auteursrecht. We doen dat in drie stappen. Allereerst bespreken we de effecten die van het auteursrecht in algemene zin uitgaan op de wijze waarop prijsvorming in markten tot stand komt en het daardoor te ontstane effect op de efficiënte werking van markten. Vervolgens bespreken we de economische effecten van mogelijke specifieke gedragingen van marktpartijen, zoals prijsdiscriminatie²²² en leveringsweigerings. Deze gedragingen worden, zoals in hoofdstuk 2 werd besproken, als mogelijke vormen van misbruik van economische machtspositie gezien. Tenslotte laten we zien dat het algemene beeld, dat auteurs beschermd moeten worden tegen het goedkoop kunnen kopiëren van hun werk, niet altijd opgaat en dat auteurs soms zelfs profijt kunnen hebben van de ontstane mogelijkheden om werken *c.q.* informatiegoederen goedkoop te kunnen kopiëren.

3.2.1 Effecten op efficiëntie

Auteursrecht geeft auteurs een monopolierecht op het gebruik en de exploitatie van hun werken. Hier bespreken we de invloed van deze monopolies op efficiëntie. Efficiëntie definiëren we hier als een situatie waarbij de sociale welvaart²²³ die een markt genereert, dat wil zeggen de som van *consumenten- en producentensurplus*, gemaximaliseerd wordt. Het consumentensurplus kan als volgt gedefinieerd worden. Voor elke consumptie kan een consument in principe uitdrukken hoeveel (geld) hij of zij maximaal bereid zou zijn voor die consumptie te besteden. Dit is de waarde die de consument aan de consumptie toekent. Voor elke consumptie is er ook een feitelijk bedrag dat de consument betaald heeft (gelijk aan nul, indien het goed gratis was). Als we voor alle consumenten tezamen het verschil tussen de waarde en het feitelijk betaalde bedrag bepalen, dan krijgen we het consumentensurplus. Een soortgelijke definitie geldt voor het producentensurplus. Voor elke productie kan een producent in principe uitdrukken hoeveel (geld) hij of zij minimaal moet krijgen om bereid te zijn tot productie over te gaan. In principe zijn dit de productiekosten. Voor elke productie is er ook een feitelijk bedrag dat de producent betaald krijgt. Als we voor alle producenten tezamen het verschil tussen het feitelijk betaalde bedrag en de productiekosten bepalen, dan krijgen we het producentensurplus.

²²² Ook wel: prijsdifferentiatie. Beide termen kunnen door elkaar worden gebruikt.

²²³ We zullen sociale welvaart ruim definiëren, zodat in principe alle maatschappelijke effecten (ook de meer zachte, moeilijk meetbare kant) voor de bepaling van de welvaart van belang zijn. Men kan hierbij denken aan zaken als een "Bloeiende softwarebranche", "maatschappij waarbij kunstenaars tot bloei komen", etc. Omdat we sociale welvaart meten aan de hand van de waarderingen van producenten en consumenten moet het echter wel zo zijn dat concrete individuen belang aan dergelijke zaken hechten.

We onderscheiden *statische efficiëntie*, waarbij de huidige stand van de techniek en de huidige voorkeuren van consumenten als uitgangspunt worden genomen, en *dynamische efficiëntie*, waarbij expliciet ook rekening gehouden wordt met innovatie en veranderingen in de technologische mogelijkheden en soms ook met veranderingen in de voorkeuren van consumenten. Bij statische efficiëntie wordt de vraag van consumenten en het aanbod van producenten bij verschillende prijzen als gegeven genomen en wordt een maatstaf aangelegd die meet hoe goed de tot stand gekomen productie en consumptie de voorkeuren van consumenten en producenten bevredigt. Bij dynamische efficiëntie staat de mate waarin de aanbodcurve verschuift centraal doordat of procesinnovatie er voor zorgt dat bestaande producten goedkoper geproduceerd kunnen worden of productinnovatie er voor zorgt dat er geheel nieuwe producten geproduceerd worden.

Statische efficiëntie gaat vaak hand in hand met een situatie waarin aanbieders concurreren om de gunst van de consument. Vanuit deze optiek wordt concurrentie meestal als positief gewaardeerd en is het bestaan van auteursrecht niet goed te rechtvaardigen. De relatie tussen concurrentie en dynamische efficiëntie is echter niet eenduidig. Vandaar dat we in het vervolg apart aandacht zullen besteden aan zowel statische als dynamische efficiëntie. Verder, omdat het mededingingsrecht de meeste nadruk legt op de belangen van de gebruikers/consumenten, zullen we iedere keer dat we de uitkomsten beoordelen ook specifiek bij het consumentensurplus stilstaan.

Gebruikmakend van het onderscheid tussen statische en dynamische efficiëntie zijn de belangrijkste effecten van auteursrecht als volgt te karakteriseren.

(i) Negatieve statische effecten

Doordat auteursrecht aan anderen dan de auteur zelf verbiedt om een bepaald werk te reproduceren, creëert het een monopolierecht en heeft het daarmee mogelijk een negatieve invloed op statische efficiëntie. Het is hierbij natuurlijk belangrijk om op te merken dat deze zienswijze er vanuit gaat dat een bepaald product al bestaat en dan is het het meest efficiënt als het tegen marginale kosten wordt verkocht²²⁴. Voor informatiegoederen zou dit verkoop tegen kopieerkosten betekenen, wat voor veel goederen die via Internet gedownload kunnen worden (zoals muziek, software, films en e-books) in feite een prijs gelijk aan nul impliceert. Vanwege het bestaan van auteursrecht is de prijs in de markt hoger dan deze marginale (kopieer)kosten. Consumenten voor wie de waardering voor het product tussen de marginale kosten

²²⁴ Indien wij aannemen dat het product nog niet bestaat, dan is de optimale prijs gelijk aan de gemiddelde kosten (zie paragraaf 3.4).

en de gevraagde (markt)prijs in ligt zullen het product niet meer kopen. Dit is een inefficiënte uitkomst.

Naast een te hoge prijs, zijn er ook mogelijke andere negatieve effecten ten gevolge van een mogelijk gecreëerde machtspositie. Deze worden in paragraaf 3.2.2 besproken.

(ii) Dynamische effecten

Het idee achter het creëren van auteursrechten is om potentiële auteurs financiële prikkels te geven die ervoor zorgen dat zij werken produceren. Doordat auteurs de financiële vruchten van hun inspanningen mogen plukken, zijn ze meer geneigd om zich deze inspanning te getroosten. Auteursrecht heeft zodoende in principe een mogelijk positieve invloed op de productie van nieuwe goederen.

Deze positieve invloed is echter minder evident als het op het eerste gezicht lijkt. Er zijn twee mogelijke mechanismen die voor een negatief effect kunnen zorgen. Ten eerste kan een producent (auteur) die al een bestaand product verkoopt en daar veel aan verdient, minder prikkels hebben om een nieuw product te maken omdat het de verkoop van het oude product zou kunnen verminderen (*replacement effect*)²²⁵. Ten tweede kan, in geval de maker (auteur) een individu is, de drang naar het ontwikkelen van een nieuw product wegvallen omdat de verkoop van het oude product zoveel inkomen genereert dat vrije tijd belangrijker wordt (*inkomenseffect*)²²⁶.

Ten aanzien van het inkomenseffect kan onderscheid gemaakt worden tussen twee mogelijke effecten van een sterke(re) auteursrechtelijke bescherming²²⁷. Ten eerste is er een inter-temporeel effect: het is interessanter om productie in de tijd naar voren te schuiven (door minder van de beschikbare tijd in vroege levensjaren aan vrije tijd te besteden) omdat de producten dan meer opbrengsten in de toekomst genereren. Ten tweede is er het inkomenseffect: hogere toekomstige opbrengsten leiden tot een hoger inkomen en dus tot een hogere waardering van vrije tijd, hetgeen de *toekomstige* prikkels om creatieve werken te produceren doet afnemen. Hoe jonger de auteur, hoe sterker het eerste effect en *vice versa*. Sterkere auteursrechtbescherming leidt er (in theorie) dus toe dat de gemiddelde leeftijd van auteurs daalt²²⁸.

²²⁵ Zie bv. ARROW, 1962, *Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions*, in: R. NELSON (red.), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton University Press, Princeton, NJ.

²²⁶ Dit is overigens geen specifiek punt van het auteursrecht. Het kan ook gelden t.a.v. andere IE-rechten en meer in het algemeen.

²²⁷ Zie de analyse van WATT en TOWSE, 2006, *Copyright protection standards and authors' time allocation*, *Industrial and Corporate Change* 15(6), 995-1011.

²²⁸ Deze conclusie geldt wel onder strikte aannames zoals de aanname dat de kwaliteit van de output over de generaties gelijk is.

Een ander mogelijk negatief effect van het door auteursrechten verstrekken van financiële prikkels is het verdringen van intrinsieke motivatie of van reputatie-effecten (*crowding out*)²²⁹.

Er is veel literatuur over de relatie tussen concurrentie en dynamische efficiëntie. Studies laten zien dat deze relatie kan worden gerepresenteerd door omgekeerde U-verbanden²³⁰. Zeer lage concurrentie leidt tot weinig innovatie omdat er geen prikkel daartoe bestaat. Zeer hoge concurrentie leidt ook tot weinig innovatie omdat de investeringen niet terug te verdienen zijn. Een gemiddeld niveau van concurrentie geeft de grootste prikkel tot innoveren. Het optimale niveau van concurrentie verschilt per markt. Ook bestaan er studies die een omgekeerd U-relatieverband vinden tussen de Herfindahl index (een gebruikelijke indicator van marktconcentratie) en innovatie²³¹. De muzieksector is een goed voorbeeld van een sterk geconcentreerde markt waar innovaties maar zeer moeizaam van de grond komen. De concurrentiële druk vanuit internetpiraterij kan de innovatieve ontwikkelingen (zoals toepassing van DRM en creatie van innovatieve business modellen) in deze sector wel doen versnellen.

3.2.2 Mogelijke vormen van misbruik van machtspositie

Tot nu toe hebben we ons voornamelijk geconcentreerd op het effect dat partijen die op grond van het auteursrecht over een monopoliepositie beschikken, hoge(re) tarieven kunnen vragen en dat dit tot statische inefficiëntie kan leiden. Zoals in hoofdstuk 2 reeds is aangegeven, kunnen auteursrechthebbenden echter in bepaalde omstandigheden een machtspositie bekleden die hen in staat stelt, andere gedragingen te vertonen die de sociale welvaart negatief beïnvloeden. Deze gedragingen werden in hoofdstuk 2 uitvoerig geanalyseerd als mogelijke gevallen van door het mededingingsrecht verboden misbruik van machtspositie.

Hieronder bespreken we enkele van die gedragingen die relevant zijn voor de economische context van auteursrecht. Daarbij zal blijken dat veel van de gedragingen die we hier de revue laten passeren in het algemeen vanuit een economisch perspectief zowel positief als negatief beoordeeld kunnen worden. Dit sluit niet uit dat bij de bestudering van concrete markten en concrete gedragingen van partijen deze gedragingen in concrete situaties uiteindelijk vooral positieve dan wel negatieve effecten hebben op de efficiënte werking van markten. Bestudeerd

²²⁹ Zie paragraaf 3.1, onder (v).

²³⁰ Zie AGHION e.a., 2004, Competition and Innovation: An Inverted U Relationship, NBER Working Paper series, No. 9269.

²³¹ Zie GUSTAVSSON TINGVALL en POLDAHL, 2006, Is there really an inverted U-shaped relation between competition and R&D?, *Economics of Innovation and New Technology* 15(2), 101-118.

moet dan worden welke condities in die specifieke gevallen opgaan en onder welke algemene noemer dat geval dan thuishoort. Vanuit een economisch perspectief zouden vormen van prijsdiscriminatie dan toegestaan moeten worden als ook consumenten van zo'n bepaalde vorm van prijsdiscriminatie profiteren.

(i) *Prijsdiscriminatie*

Prijsdiscriminatie is in economische termen te definiëren als het vaststellen van verschillende prijzen voor hetzelfde product afhankelijk van het soort afnemer, of voor verschillende producten waarbij de prijsverschillen niet in verhouding staan tot de onderliggende kostenverschillen. We onderscheiden drie vormen van prijsdiscriminatie: eerstegraads, tweedegraads en derdegraads.

Bij *eerstegraads* prijsdiscriminatie betaalt iedere consument de prijs die gelijk is aan zijn waardering voor het product. Dit leidt weliswaar tot maximale efficiëntie²³², maar het leidt ook tot een verwaarloosbaar klein consumentensurplus, omdat iedere consument immers precies dat moet betalen dat hij maximaal bereid is te betalen. Bovendien is het vaak praktisch gezien onmogelijk om eerstegraads prijsdiscriminatie door te voeren omdat de producent niet goed weet wat elke consument maximaal bereid is voor het product te betalen.

We spreken van *derdegraads* prijsdiscriminatie als een bepaalde groep consumenten een andere prijs betaalt dan een andere groep, waarbij de groep met de minst elastische vraag²³³ het meest betaalt. Cruciaal voor deze vorm van prijsdiscriminatie is dus dat de producent of auteur verschillende groepen van consumenten kan onderscheiden en voor elke groep een andere prijs kan vaststellen²³⁴. De welvaartseffecten van derdegraads prijsdiscriminatie kunnen zowel positief als negatief zijn. De effecten zijn positief indien prijsdiscriminatie leidt tot een vergroting van het aanbod. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen als zonder deze vorm van prijsdiscriminatie de auteur een dusdanig hoge prijs vraagt dat bepaalde groepen consumenten het product niet aanschaffen. Derdegraads prijsdiscriminatie kan er dan toe leiden dat de auteur voor deze groep een dusdanig lagere prijs vaststelt dat een aantal consumenten dat tot deze groep behoort het product wel aanschafft. Deze vergroting van het aanbod leidt tot welvaartswinst. Als door derdegraads prijsdiscriminatie de verkochte hoeveelheid daalt, dan is het welvaartseffect altijd negatief.

²³² Zie RBB ECONOMICS, 2006, The efficiency of price discrimination schemes of performing rights organizations, 1 augustus 2006.

²³³ Een vraag naar een product is elastisch als de vraag naar dat product relatief veel verandert bij een relatieve kleine verandering van de prijs van dat product.

²³⁴ Derdegraads prijsdiscriminatie wordt bijvoorbeeld door Schiphol toegepast: Schiphol laat opstappende passagiers een hoger tarief betalen dan transferpassagiers omdat deze laatste groep passagiers naar verluidt prijsgevoeliger is.

De reden om *tweedegraads* prijsdiscriminatie als laatste te bespreken is dat de effecten van deze vorm van prijsdiscriminatie het moeilijkst te begrijpen zijn en de effecten ook niet eenduidig zijn te beschrijven. We spreken van tweedegraads prijsdiscriminatie als een producent verschillende contracten voor (min of meer) hetzelfde goed aanbiedt en als elke consument vrij kan kiezen welk contract hij of zij aanschaft. Het cruciale onderscheid tussen tweede en derdegraads prijsdiscriminatie is dat bij derdegraads prijsdiscriminatie de producent zelf verschillende groepen consumenten duidelijk van elkaar moet kunnen onderscheiden, kan vaststellen welke consument tot welke groep behoort en voor iedere groep een prijs vaststelt, terwijl bij tweedegraads prijsdiscriminatie een producent slechts weet dat er verschillende groepen consumenten zijn, maar niet kan vaststellen welke consument tot welke groep behoort. Het zijn de verschillende consumenten zelf die bepalen welk type van contract zij met de aanbieder willen aangaan. Het geven van korting voor kinderen is een vorm van derdegraads prijsdiscriminatie aangezien het relatief eenvoudig is vast te stellen of iemand een kind is of niet. Het maken van een onderscheid tussen vliegtuigpassagiers die zakelijk of voor vakantie reizen (door vliegtuigtickets waarbij op dezelfde dag of een dag later de retourvlucht plaatsvindt veel duurder te maken dan tickets met een verblijf van minimaal drie dagen) is een vorm van tweedegraads prijsdiscriminatie: iedereen kan zelf bepalen wanneer hij of zij vliegt en de tarieven kunnen zodanig gekozen worden dat de meeste zakelijke reizigers bereid zijn wat meer te betalen als ze niet te lang weg hoeven te blijven.

Ingevolge de werking van het auteursrecht kan zich derdegraads prijsdiscriminatie voordoen met mogelijk positieve welvaartseffecten. Daarnaast kan er ingevolge de toepassing van het auteursrecht echter ook een extra negatief gevolg voor de gegeneerde sociale welvaart zijn. Dit is het geval indien een auteur niet rechtstreeks aan de finale consument levert, maar een input voor een andere producent (een *downstream*bedrijf) levert, zoals een muziekstuk bij een dansschool. De reden is dat door toepassing van *intermediate good* prijsdiscriminatie aan de minst efficiënte *downstream*bedrijven de laagste prijs berekend wordt door de auteur, wat de efficiëntie van de hele *downstream*branche omlaag kan doen brengen²³⁵. Beschouw een voorbeeld waarin alle dansscholen, groot en klein, dezelfde prijs moeten betalen voor het draaien van een muziekstuk. Stel ook dat de kwaliteit van beide soorten scholen dezelfde is. De grote school gebruikt dan dezelfde hoeveelheid muziek efficiënter omdat meer mensen leren dansen. Als alle scholen,

²³⁵ Dit is zeker het geval als de output van het eindproduct daalt/niet verandert (zie KATZ, 1987, The Welfare Effects of Third-Degree Price Discrimination in Intermediate Goods Markets, *American Economic Review* 77(1), 154-67, en DeGRABA, 1990, Input Market Price Discrimination and the Choice of Technology, *American Economic Review* 80(5), 1246-53), maar het kan ook het geval zijn als de output stijgt (zie YOSHIDA, 2000, Third Degree Price Discrimination in Input Markets: Output and Welfare, *American Economic Review* 90(1), 240-246).

groot (met schaalvoordelen) en klein (zonder schaalvoordelen), dezelfde prijs voor het draaien van muziek moeten betalen, dan kan men schaalvergroting verwachten, wat onder de gegeven aannames efficiënt is. Bij prijsdiscriminatie zijn er minder prikkels tot schaalvergroting, waardoor de kleine scholen blijven bestaan.

Tweedegraads prijsdiscriminatie kent verschillende verschijningsvormen. Eén van deze vormen is de situatie waarin de prijs per eenheid afhankelijk is van de gekochte hoeveelheid (kwantumkorting, bv. de mogelijkheid om een seriekorting te krijgen bij een schouwburg). Andere verschijningsvormen zijn het aanbieden van verschillende kwaliteiten van het product (*hard* en *soft cover*) of het tijdstip van beschikbaar stellen (live uitzendingen versus integrale uitzending na 24 uur). De welvaartseffecten van tweedegraads prijsdiscriminatie kunnen ook positief of negatief zijn en het is niet goed mogelijk eenvoudige condities te bepalen waaronder het effect positief of negatief is. Bij aanwezigheid van vaste kosten is het vaak optimaal om de prijzen op een dusdanige wijze te differentiëren dat de meeste winst op de markten met een inelastische vraag wordt gemaakt²³⁶.

Prijsdiscriminatie is alleen mogelijk als er geen doorverkoop (arbitrage) plaats kan vinden of als er hoge arbitragekosten zijn. Indien dit niet zo is, en de auteur toch probeert prijsdiscriminatie toe te passen, dan zullen sommige “consumenten” besluiten veel van het product tegen lage prijzen van de auteur te kopen en het vervolgens (per stuk) weer door te verkopen aan andere consumenten. Zo leidt het toestaan van zgn. *parallel imports* van CD's uit andere landen ertoe dat er geen prijsdiscriminatie tussen landen meer plaats kan vinden. Hiervan profiteren de landen met een lage prijselasticiteit²³⁷. Hetzelfde geldt voor (Engelstalige) boeken.

Het introduceren van goedkopere (of gratis) versies van lagere kwaliteit kan ook worden gezien als een vorm van (tweedegraads) prijsdiscriminatie. Onder voorwaarden kan deze vorm tot een hogere sociale welvaart leiden. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een situatie waarin een keuzemogelijkheid van twee contracten wordt geïntroduceerd: in het eerste contract betalen gebruikers per kopie, in het tweede contract betalen ze een vast bedrag en mogen ze zoveel kopiëren als ze willen. Indien illegaal kopiëren technisch niet mogelijk is en er geen doorverkoop van kopieën plaatsvindt, verhoogt prijsdiscriminatie de sociale welvaart als de

²³⁶ Een voorbeeld is de verkoop van CD's. De meeste winst wordt behaald bij de *hard core fans* van de artiest. Deze groep is relatief prijsinelastisch. Voor hen is het belangrijkste dat zij de CD kort na de *release* in bezit hebben. De winstmarge op *special editions* (met één of meer *bonus tracks*) is vaak ook groter dan op de normale uitgave van de CD. De consumentengroep die in de *special edition* geïnteresseerd is (nl. de meer dan gemiddelde fan), is prijsinelastischer dan de consumenten die (alleen) in de normale CD geïnteresseerd is.

²³⁷ Zie PAPAPOULOS (2000), Copyright, Parallel Import and National Welfare: The Australian Market for Sound Recordings, *Australian Economic Review* 33(4), 337-48.

consumenten die zelf kiezen te kopiëren, lagere kopieerkosten hebben dan de producent²³⁸.

In de markt voor videobanden vond bijvoorbeeld tweedegraads prijsdiscriminatie plaats. De prijsstrategie die op die markt in de VS vaak toegepast werd is zgn. *rental pricing*. Dat hield in dat de prijs van een nieuwe film de eerste paar maanden hoog was, waardoor de band vrijwel uitsluitend door videoverhuurbedrijven werd gekocht. Voor deze bedrijven was het van belang om de film zo snel mogelijk in hun catalogus te hebben omdat de vraag na een paar maanden zou dalen. Na de eerste 2-3 maanden werd de prijs van videobanden verlaagd zodat het voor individuele consumenten aantrekkelijk werd de videoband zelf aan te schaffen. Deze intertemporele prijsstrategie (eerst hoge, dan lage prijzen) maximaliseerde de welvaart van consumenten; detailverkopers leden er daarentegen onder²³⁹. Het toestaan van derdegraads prijsdiscriminatie zou in die omstandigheden het surplus van consumenten en auteursrechthebbenden verhogen; detailverkopers zouden er echter op achteruit gaan²⁴⁰.

In de context van verhuurbedrijven wordt vaak een prijsstrategie toegepast waarbij de verhuurbedrijven een prijs betalen aan de leverancier van de banden / DVD's die afhankelijk is van het aantal keer dat een videoband (of een DVD) verhuurd is²⁴¹. Hoe vaker een bepaalde titel verhuurd wordt, hoe hoger de prijs voor deze titel is. Dit element van prijsdiscriminatie zit ook in de prijsstrategie van BUMA verwerkt. BUMA heeft een prijsstrategie waarbij de prijs die betaald moet worden afhankelijk is van ofwel het aantal keren dat de muziek gedraaid wordt, ofwel de opbrengsten van de gebruiker, ofwel de aard van het gebruik. Een gebruikafhankelijke prijsstrategie kan echter minder efficiënt zijn dan een vaste prijs als die tot minder verhuur leidt²⁴².

(ii) Bundelen

Bundelen is het aanbieden van verschillende informatiegoederen als één product in één pakket. Voorbeelden zijn: softwarebundels (Microsoft Office), pakketten van een aantal TV-zenders, meerdere muziekstukken op één CD, en abonnementenseries bij theaters. Ook de welvaartseffecten van het gebundeld verkopen van producten kunnen positief en negatief zijn. De welvaartseffecten zijn negatief als door het

²³⁸ Zie DOMON, 2006, Price discrimination of digital content, *Economics Letters* 93, 421–426.

²³⁹ Zie MORTIMER, 2007, Price Discrimination, Copyright Law and Technological Innovation: Evidence from the Introduction of DVD's, *Quarterly Journal of Economics* 122(3), 1307-1350.

²⁴⁰ Zie ook MORTIMER, 2007, Price Discrimination, Copyright Law and Technological Innovation: Evidence from the Introduction of DVD's, *Quarterly Journal of Economics* 122(3), 1307-1350.

²⁴¹ Zie bv. JOHNSON, 2005, Creative Pricing in Markets for Intellectual Property, *Review of Economic Research on Copyright Issues* 2(1), 5-10.

²⁴² Merk op dat in het kader van de gewenste toepassing van het 'actual use beginsel' wel wordt gevraagd om gebruikafhankelijke prijzen.

slechts verkopen van bundels, groepen consumenten van de aanschaf afzien. Ook kunnen de consequenties voor consumenten negatief zijn, terwijl de totale welvaart stijgt, indien een groter deel van het surplus aan de producent toekomt.

Bundelen van producten kan ook tot een verhoging van de sociale welvaart (en ook het consumentensurplus) leiden indien het het zogenaamde “dubbele marginalisatie-probleem” oplost²⁴³. Het dubbele marginalisatie-probleem doet zich in principe voor indien twee partijen met een aanzienlijke macht op hun respectievelijke markten een verticale relatie in de bedrijfskolom met elkaar hebben en de ene partij een halfproduct met een aanzienlijke opslag doorverkoopt aan de andere partij die op haar beurt ook weer een aanzienlijke opslag berekent. De totale opslag in de gehele bedrijfskolom kan daardoor zo hoog uitvallen (en de finale vraag naar het product zodanig laag zijn) dat zelfs alle producenten tezamen beter af zijn als ze, via andere organisatievormen, in staat zouden zijn de prijs voor het finale product naar beneden toe bij te stellen. Om aan te tonen dat het gebundeld verkopen van producten dit dubbele marginalisatie-probleem kan oplossen bekijken wij nu kort markten voor twee producten, A en B, waarbij A door consumenten afzonderlijk kan worden gebruikt terwijl product B alleen samen met A gebruikt kan worden. Als A en B door afzonderlijke bedrijven met een machtspositie worden gemaakt, dan ontstaat het dubbele marginalisatieprobleem: zowel het bedrijf dat product A maakt als het bedrijf dat product B maakt vragen een (hoge) opslag bovenop hun marginale kosten. Kort gezegd: het bestaan van twee (verticaal gerelateerde) ondernemingen met een machtspositie is een minder gunstige situatie dan het bestaan van één (verticaal geïntegreerde) onderneming met een machtspositie. A kan de winsten van de twee afzonderlijke bedrijven tezamen verhogen door een eigen versie van B te maken en gratis weg te geven (bundelen met A), waardoor de andere aanbieder van B ook een prijs van nul moet vragen. Omdat het probleem van dubbele marginalisatie opgelost wordt (product B wordt namelijk niet meer met een opslag verkocht), wordt de sociale welvaart hoger. Cruciaal in dit voorbeeld is natuurlijk dat er afnemers zijn die zowel product A als product B willen afnemen. Als de vraag voor de twee producten onafhankelijk van elkaar is, dan kan het gebundeld aanbieden van producten niet welvaartsverhogend werken.

(iii) Licentieweigering

Er is sprake van licentieweigering indien de houder van een intellectueel eigendomsrecht weigert om aan een bepaalde gebruiker een licentie te verlenen. Licentieweigering kan aanleiding geven tot *foreclosure*. *Foreclosure* komt voor als de rechthebbende en de kandidaat-licentienemer concurrenten zijn op een markt voor

²⁴³ CHEN en NALEBUFF, 2006, *One-Way Essential Complements*, Cowles Foundation Discussion Paper No. 1588.

het product dat het betreffende informatiegoed als input gebruikt (*downstreammarkt*). Een producent van televisieprogramma's die tegelijk ook een televisiezender heeft kan bijvoorbeeld weigeren om zijn programma's aan andere zenders te verkopen. Een platenmaatschappij die ook belangen in de distributie en verspreiding van muziek heeft, kan licenties weigeren uit te geven aan derden die er bijvoorbeeld online muziekdiensten mee willen realiseren. Licentieweigering heeft in beginsel negatieve welvaartsconsequenties omdat zij tot monopolisering op de *downstreammarkt* kan leiden, tot suboptimaal gebruik van de input, tot minder keuze voor de consument/afnemer en tot minder diversiteit (indien de finale consument diversiteit verkiest)²⁴⁴.

(iv) Verticale beperkingen

Verticale beperkingen doen zich voor als een rechthebbende verschillende anticompetitieve voorwaarden verbindt aan de licentie om zijn product openbaar te maken of te kopiëren. Een softwareproducent kan bijvoorbeeld eisen dat de koper geen concurrerende software zal gebruiken of hij kan het installeren van concurrerende software moeilijker maken dan nodig is. Ook dit heeft vaak negatieve effecten op de concurrentie en efficiëntie van markten.

(v) Incompatibiliteit

Zoals hierboven beschreven, speelt zowel de compatibiliteit tussen de informatie en de drager als de compatibiliteit tussen informatiegoederen onderling vaak een belangrijke rol, vooral in de softwaresector. Eigenaren van software kunnen weigeren om hun software compatibel te maken met de software van andere ontwikkelaars. Dit heeft een negatief effect op de concurrentiemogelijkheden van concurrenten en kan daardoor een negatief effect op de (statische) efficiëntie hebben. Het voorbeeld van de in hoofdstuk 2 ter sprake gekomen Microsoft-zaak kan dit illustreren: als het moeilijk is om een applicatie compatibel te maken met Microsoft Windows, dan kunnen onafhankelijke applicatieproducenten moeilijk concurreren met de door Microsoft zelf ontwikkelde applicaties. Incompatibiliteit heeft vaak ook negatieve gevolgen voor dynamische efficiëntie, omdat vanwege een gebrek aan concurrentie de noodzaak ontbreekt om veel te investeren in proces- en productinnovatie. Als er wel sprake van compatibiliteit en concurrentie is, dan moeten bedrijven de concurrentie voorblijven door te innoveren.

Uit bovenstaand overzicht komt naar voren dat verschillende gedragingen die vanuit juridisch oogpunt als mogelijk misbruik van een economische machtspositie kunnen worden beschouwd, en dus verboden zijn, vanuit de economische theorie bezien niet

²⁴⁴ BIJLSMA, KOCSIS, SHESTALOVA en ZWART (2008), *Vertical foreclosure: a policy framework*, CPB Document 157, beschrijft een raamwerk om het risico te bepalen van welvaartverlagende *foreclosure*.

altijd als negatief kunnen worden aangeduid. In het slot van deze paragraaf gaan we kort in op de vraag wanneer bovengenoemde gedragingen anticompetitief zijn en hoe het anticompetitieve effect aangetoond kan worden.

Zoals in hoofdstuk 2 uitvoerig werd besproken, moet er, voordat misbruik van een economische machtspositie kan worden vastgesteld, ook sprake zijn van machtspositie op een relevante markt. De eerste vraag is dus of een auteur daadwerkelijk als dominante speler op een eigen relevante markt kan worden omschreven. Door de werking van het auteursrecht beschikt iedere componist weliswaar over een monopoliepositie ten aanzien van het gebruik van zijn muziek, maar gebruikers kunnen ook gebruik maken van muziek van andere componisten. Werken van de verschillende componisten kunnen dus vaak worden gezien als (imperfecte) substituten. Hierdoor is het hoogst onzeker of er wel sprake is van een eigen relevante markt waarop de individuele componist dan een machtspositie heeft. Hetzelfde geldt voor schrijvers of filmmakers.

Wat wel duidelijk is, is dat het werk van de meest populaire artiesten makkelijker als behorend tot een afzonderlijke markt zal kunnen worden beschouwd dan het werk van minder bekende artiesten. De vraag naar het werk van verschillende musici, schrijvers of filmmakers is immers ongelijk verdeeld, mede door het aanwezig zijn van netwerkexternaliteiten en het feit dat er sprake is van een ervaringsgoed. Als een bekende auteur zijn vergoeding voor het gebruik of de exploitatie van zijn werk zou verhogen, dan zou dit daarom een veel kleiner effect op de vraag naar zijn werk hebben dan als een relatief onbekende auteur hetzelfde zou doen. Een bekende auteur zal daarom makkelijker kunnen worden geacht een machtspositie op "zijn" relevante markt te bezitten dan een onbekende auteur. Als de vergoedingen voor het gebruik of de exploitatie van een werk dat onder het auteursrecht valt door een CBO worden bepaald, dan zal makkelijker sprake zijn van het vaststellen van excessieve prijzen op een eigen relevante markt omdat een CBO voor veel verschillende auteurs de vergoedingen vaststelt en het dus minder eenvoudig voor afnemers is om naar een andere CBO over te stappen²⁴⁵. Ingeval de relevante markt uit één artiest bestaat, is het feit dat een CBO ook andere artiesten in portefeuille heeft niet relevant en is het risico van excessieve prijzen er zonder meer.

Een tweede vraag die vanuit economisch perspectief beantwoord moet worden voordat misbruik kan worden vastgesteld is of de partij die de vergoedingen vaststelt (een CBO of de auteurs zelf) daadwerkelijk een prikkel heeft om zich op een bepaalde manier te gedragen en ook of de gedragingen zelf zodanig zijn geweest dat

²⁴⁵ Zoals reeds in paragraaf 2.4.3 werd aangegeven, blijft het overigens lastig om te bepalen of tarieven excessief zijn (zie NMa, 2007, *De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties*, Den Haag, februari 2007).

de afnemers daar duidelijk schade van hebben ondervonden²⁴⁶. Met andere woorden, een *counterfactual* moet beantwoord worden waarin wordt vastgesteld hoe de partijen zich anders hadden kunnen gedragen en wat hiervan de effecten zouden zijn geweest op de afnemers. Bij de meeste van de hierboven besproken mogelijke vormen van misbruik van machtspositie hebben we vastgesteld dat afnemers geprofiteerd kunnen hebben van de gedraging (bv. positieve effecten van prijsdiscriminatie) maar evenzeer schade hebben geleden (negatieve effecten). Voor een concrete markt moet vanuit economisch oogpunt dus duidelijk gemaakt worden welke van deze mogelijke effecten in deze specifieke markt zich daadwerkelijk heeft voorgedaan. In het algemeen is een dergelijke *counterfactual* moeilijk te beantwoorden, omdat moeilijk is vast te stellen hoe effectief alternatieve gedragingen in de *counterfactual* toestand zouden zijn geweest.

3.2.3 De effecten van kopiëren/piraterij

In veel markten kunnen consumenten niet alleen een 'legale' kopie (die geproduceerd is conform het auteursrecht) kopen, maar ook een 'illegale' kopie. Vaak kunnen consumenten ook zelf een kopie maken van, bijvoorbeeld, geleend materiaal. Dit heeft als gevolg dat de producent van een informatieproduct rekening moet houden met het concurreren met (illegale) kopieën van zijn eigen product. Zo is de verkoop van CD's in de VS in de jaren 2000-2004 substantieel gedaald²⁴⁷, vooral doordat het veel goedkoper is geworden CD's te kopiëren. Het enige dat een auteur kan doen om dit te voorkómen, is een prijs kiezen die lager is naarmate de kosten van het kopiëren lager worden²⁴⁸. Op deze manier dalen zijn inkomsten echter drastisch. We hebben eerder betoogd dat dit de belangrijkste reden is om auteursrecht te introduceren. Basisidee is immers dat auteurs van werken een reële en redelijke vergoeding moeten kunnen krijgen voor het produceren van het werk, dit doordat afnemers het werk enkel mogen gebruiken door verplicht een redelijke vergoeding voor dit gebruik te betalen.

In deze paragraaf tonen wij echter aan dat het niet zonder meer altijd zo is dat auteurs gebaat zijn bij het creëren van obstakels voor het goedkoop kopiëren van hun werk en dat er omstandigheden kunnen zijn waarin auteurs er juist belang bij hebben dat kopieën goedkoop gemaakt kunnen worden. Eén van de redenen

²⁴⁶ Nu reeds wordt opgemerkt dat deze "prikkel en schade aan afnemers"-voorwaarde vanuit juridisch oogpunt niet relevant is. Het vaststellen van een misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU/art. 24 Mw vereist geen bewijs van de afwezigheid van een (rationele) prikkel. Een misbruik kan verder ook worden vastgesteld zonder dat enige daadwerkelijke schade aan afnemers wordt vastgesteld. Cf. ook infra, paragraaf 4.6.

²⁴⁷ LIEBOWITZ, 2005, Economists Examine File-Sharing and Music Sales, in: ILLING en WAELBROECK (red.), *The Industrial Organization and the Digital Economy*, MIT Press.

²⁴⁸ VARIAN, 2005, Copying and Copyright, *Journal of Economic Perspectives* 19(2), 121-138.

waarom dit zo is, is dat elk door de auteur verkocht exemplaar een grotere waarde heeft door de mogelijkheid dat er kopieën van gemaakt kunnen worden²⁴⁹. In dit geval kan een hogere marge echter niet echt geïnterpreteerd worden als een teken van een grotere macht van de auteur, maar als een teken dat de bereidheid van de consument om voor het product te betalen is veranderd (en daardoor de ligging van de vraagcurve anders is)²⁵⁰.

Het feit dat de waarde van elk exemplaar stijgt als de kopieerkosten lager worden wordt soms aangedragen als een argument dat auteursrechten overbodig zijn omdat auteurs zelfs zonder deze rechten voldoende winst kunnen behalen²⁵¹. Empirische studies laten zien dat de introductie van fotokopieermachines de opbrengsten van uitgeverij van tijdschriften misschien zelfs hoger heeft gemaakt²⁵². Het effect van piraterij (het illegaal kopiëren van werken) op opbrengsten uit legale verkoop is niet eenduidig. Bestaande empirische studies vinden soms geen, en soms een aanzienlijk effect²⁵³. Zo bestaan er verschillende lezingen over de netto effecten van Napster (online file sharing). Auteursrechthebbenden becijferen een grote schade, anderen claimen een positief netto effect omdat de gebruikers van Napster juist tot de grote CD-kopers behoren²⁵⁴. Waar Napster in ieder geval voor zorgde met zijn nieuwe technologie van file sharing is dat consumenten muziek op een andere manier zijn gaan gebruiken²⁵⁵. Napster stelde consumenten in staat 'hit songs' te verkrijgen zonder het gehele album te hoeven kopen. Consumenten kregen ook beschikking over een veel groter aanbod ('old songs', niet eerder uitgebrachte opnames en live-opnames van concerten). Napster zorgde ervoor dat bestaande

²⁴⁹ Zie bv. VARIAN, 2005, Copying and Copyright, *Journal of Economic Perspectives* 19(2), 121-138.

²⁵⁰ Als er vaste kosten aan het maken van kopieën verbonden zijn, dan kan het voorkomen dat prijzen onder oligopolie hoger zijn dan onder monopolie (BELLEFLAMME en PICARD, 2005, *Piracy and Competition*, CORE Discussion Paper 2005-57, Université Catholique de Louvain). Hogere prijzen creëren prikkels om te kopiëren, maar de vaste kosten zorgen ervoor dat het pas de moeite waard wordt om te kopiëren als de prijzen van meerdere producten hoog zijn. Een multi-product monopolist internaliseert dit effect en zet de prijzen van alle producten dusdanig laag dat het aanschaffen van kopieerapparatuur oninteressant is. Aangezien bij een oligopoliesituatie een onderneming deze effecten niet internaliseert, zijn de prikkels om de prijzen te verhogen bij een oligopolie sterker.

²⁵¹ Zie bv. BOLDRIN en LEVINE, 2002, The Case Against Intellectual Property, *American Economic Review, Papers and Proceedings* 92, 209-212, en BOLDRIN, M. en D.K. LEVINE, 2005, The Economics of Ideas and Intellectual Property, *Proceedings of the National Academy of Sciences* 102, 1252-1256.

²⁵² Zie LIEBOWITZ, 1985, Copying and indirect appropriability, *Journal of Political Economy* 93, 945-957.

²⁵³ Zie GREENHALGH en ROGERS, 2007, The value of intellectual property rights to firms and society, *Oxford Review of Economic Policy* 23(4), 541-567.

²⁵⁴ MICHEL (2006) vindt op basis van een analyse van de *Consumer Expenditure Survey* steun voor de bewering dat file sharing de CD verkopen heeft doen dalen. Zie MICHEL, 2006, *The Impact of Digital File Sharing on the Music Industry: An Empirical Analysis*, Working Paper, Nicholls State University.

²⁵⁵ Zie CHOI en PEREZ, 2007, Online Piracy, Innovation, and Legitimate Business Models, *Technovation* 27, 168-178.

partijen in de muziekbranche zich zijn gaan innoveren met betrekking tot (P2P-) technologie en business modellen²⁵⁶. Filmpiraterij is in beginsel schadelijker voor de filmstudio's dan muziekpiraterij voor de muziklabels omdat consumenten films vaak maar eenmaal bekijken. De filmindustrie biedt nu legale versies van films aan tegen een prijs die filmpiraterij voor een groot deel voorkomt (via traditionele videohuur, video-on-demand, etc.)²⁵⁷. Studies die het effect van het verlengen van auteursrecht op productie van creatieve werken meten, tenslotte, zijn schaars en de conclusies zijn bovendien niet eenduidig.

In de economische literatuur worden nog andere redenen aangedragen waarom auteurs nog steeds een boterham zouden kunnen verdienen als de kopieerkosten laag zijn. Deze argumenten zijn als volgt te classificeren:

- *Lagere productiekosten*

Technologisch gezien gaat de verlaging van kopieerkosten vaak samen met het verlagen van productiekosten doordat hetzelfde medium gebruikt kan worden. Het feit dat computers gebruikt worden om werk te kopiëren en hierdoor de kopieerkosten aanzienlijk verlaagd zijn, en computers ook gebruikt worden in het schrijfproces en hierdoor het schrijfproces makkelijker is geworden, illustreert dit.

- *Sampling*

Sampling is gebaseerd op het idee dat sommige consumenten een gratis kopie gebruiken om erachter te komen hoe ze het informatiegoed waarderen om vervolgens voor een kopie van een hogere kwaliteit te betalen. Het idee achter sampling steunt op twee aannames, namelijk dat informatiegoederen ervaringsgoederen zijn en dat de consumptiewaarde van een kopie lager is dan de consumptiewaarde van een origineel. Er zijn studies die laten zien dat het in aanwezigheid van piraterij optimaal kan zijn om een *downgraded* versie aan te bieden waarvan zowel de kwaliteit als de prijs tussen het origineel en de illegale kopie in liggen²⁵⁸.

- *Netwerkexternaliteiten*

Als er sprake is van netwerkexternaliteiten en consumenten dus een werk meer waarderen hoe groter het aantal consumenten van dat werk, en piraterij ertoe leidt dat het product door meer mensen gebruikt wordt, dan zal de

²⁵⁶ Vóór de oprichting van Napster werd muziek niet online verkocht.

²⁵⁷ Zie PEITZ en WAELBROECK, 2006, Piracy of Digital Products: A Critical Review of the Theoretical Literature, *Information Economics and Policy* 18, 449-476.

²⁵⁸ Zie bv. GRASSI, 2007, The Music Market in the Age of Download, FEEM Working Paper No. 2007.80.

waarde van het product voor alle consumenten toenemen. Een betalende klant zal dus ook meer bereid zijn voor het product te betalen en hierdoor kan de prijs door piraterij uiteindelijk zelfs hoger uitvallen, dan zonder piraterij²⁵⁹.

- *Verhoogde vraag naar complementaire producten*
Musici hebben vaak inkomsten uit zowel opnames als concerten. Deze inkomsten zijn complementair aan elkaar: hoe meer mensen een opname kunnen beluisteren, hoe bekender de muziek en hoe meer mensen naar concerten komen²⁶⁰. Het beschikbaar zijn van goedkope kopieën kan dus tot een grotere vraag naar concertbezoek leiden.

Kortom, het is vaak zo dat auteurs er belang bij hebben dat voor ieder gebruik van hun werk een vergoeding betaald wordt. Dit is echter niet altijd zo en in deze paragraaf hebben we een aantal omstandigheden benoemd waaronder auteurs juist gebaat kunnen zijn bij de mogelijkheid van het goedkoop kunnen kopiëren van hun werk.

3.3 De effecten van CBO's

Collectieve beheersorganisaties (CBO's) zijn organisaties die namens rechthebbenden *royalties* innen bij gebruikers. Met hun collectieve beheer vervullen zij voor auteurs een belangrijke rol door hun rechten effectief te exploiteren. In Nederland hebben vijf CBO's, op grond van de Auteurswet en de Wet op de naburige rechten, een wettelijk monopolie op de bemiddeling tussen auteurs en gebruikers in bepaalde markten²⁶¹.

CBO's spelen een belangrijke rol als intermediair tussen auteur en consument²⁶². Eén van de belangrijkste positieve effecten van het bestaan van CBO's is dat ze transactiekosten in de markten voor informatiegoederen verlagen. De economische literatuur leert dat in markten met significante transactiekosten, de marktallocatie niet efficiënt is en dat niet alle welvaartverhogende handel ook feitelijk plaatsvindt²⁶³. Dit is zeker ook relevant in de discussie over auteursrecht: de waarde van het auteursrecht op een bepaald werk is vaak lager dan de transactiekosten. Zonder een CBO zou iedere auteur met elke gebruiker over de licentievoorwaarden van gebruik

²⁵⁹ Zie bv. LIEBOWITZ, 2005, Economists Examine File-Sharing and Music Sales, in: ILLING en WAELBROECK (red.), *The Industrial Organization and the Digital Economy*, MIT Press.

²⁶⁰ Concerten zijn tegenwoordig vaak de grootste inkomensbron voor artiesten.

²⁶¹ Zie voetnoot 42.

²⁶² Zie SPULBER, 1996, Market Microstructure and Intermediation, *Journal of Economic Perspectives*, 10(3), 135-152, voor een goed overzicht van de verschillende rollen die door intermediairs vervuld worden.

²⁶³ Zie COASE, 1960, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics* 3, 1-44.

moeten onderhandelen. In geval van n auteurs en m afnemers wordt het aantal contacten door het bestaan van een CBO beperkt van nm (zonder het bestaan van de CBO) tot $n+m$ (omdat met een CBO iedere auteur en iedere afnemer alleen met de CBO hoeft te onderhandelen)²⁶⁴. Indien n en vooral m redelijk grote getallen zijn, dan levert dit een aanzienlijke reductie in het aantal contacten en daarmee het aantal transacties op. Als er bijvoorbeeld 50 auteurs zijn en 1000 afnemers, dan reduceert het aantal benodigde contacten van 50.000 naar 1050, een reductie van bijna 98%!²⁶⁵

Daarnaast spelen ook schaalvoordelen een belangrijke rol bij het verklaren van de rol van CBO's. Het is voor een organisatie veel goedkoper om te controleren of het auteursrecht daadwerkelijk wordt nageleefd dan voor alle auteurs afzonderlijk. Bovendien kunnen partijen zich nu toeleggen op die zaken waar ze naar verwachting goed in zijn: het creëren van nieuwe werken resp. het verzorgen van de financiële stromen en het toezien op naleving van het auteursrecht.

Deze efficiëntie-effecten kunnen ertoe leiden dat CBO's in de markten waar ze actief zijn een monopoliepositie verwerven, zelfs zonder dat ze deze positie door de wet toegewezen krijgen. Door het bestaan van aanzienlijke schaalvoordelen is het immers moeilijk voor alternatieve intermediairs toe te treden en met de bestaande CBO's te concurreren²⁶⁶.

Door het bestaan van aanzienlijke schaalvoordelen lijkt een CBO in veel opzichten op een natuurlijk monopolie. Er is sprake van een natuurlijk monopolie als een gegeven vraag naar een product het goedkoopst door één aanbieder geproduceerd kan worden in plaats van door meerdere aanbieders. Bij de controle op de naleving van het betalen van auteursrechten en ook bij de inning zelf heeft een CBO eigenschappen van een natuurlijk monopolie, omdat het goedkoper is voor alle aangesloten auteurs in één keer een afnemer te controleren dan wanneer dat voor verschillende organisaties moet gebeuren.

Een ander positief aspect van het vaststellen van een auteursvergoeding door CBO's is dat zij, vanwege het feit dat zij meerdere auteurs onder hun hoede hebben, beter in staat zijn het optimale gebruik door andere auteurs van een bepaald werk mee te

²⁶⁴ Deze redenering kan veralgemeniseerd worden naar meerdere CBO's.

²⁶⁵ Dit geeft het voordeel aan van het verlenen van een "blanket license". Met een CBO kunnen afnemers een "blanket license" afnemen. Bij zo'n licentie hoeft niet voor elk liedje afzonderlijk een tarief te worden vastgesteld.

²⁶⁶ Alternatieve intermediairs is zijn in het algemeen te klein om een bedreiging voor de dominante partij te vormen omdat zij schaalvoordelen in veel mindere mate kunnen benutten. Concurrentie op Europese schaal kan echter (althans in theorie) wel de monopoliepositie ondergraven.

laten wegen in de prijsstelling. Eerder hebben we betoogd dat een hoge vergoeding er voor zorgt dat auteurs in principe een prikkel hebben een werk te produceren, maar dat tegelijkertijd deze hoge vergoeding er voor zorgt dat anderen het werk niet zo snel als input in hun eigen productieproces zullen gebruiken. Als een vergoeding door een individuele auteur wordt vastgesteld, dan komt deze laatste overweging waarschijnlijk onvoldoende tot haar recht, terwijl een CBO dit effect eerder wel zal internaliseren.

Wanneer CBO's zich op grond van hun monopolierecht in een machtspositie bevinden, kan dit echter ook negatieve consequenties voor de statische en dynamische efficiëntie hebben, zoals beschreven in paragraaf 3.2.1. Een monopolistische CBO kan haar machtspositie ook misbruiken op de in paragraaf 3.2.2 besproken manieren. Belangrijk is echter dat de macht van CBO's groter is dan die van individuele auteurs. In de eerste plaats is het zo dat, doordat een CBO veel auteurs vertegenwoordigt, de substitutiemogelijkheden voor consumenten door het bestaan van CBO's aanzienlijk worden beknot. Hierdoor hebben consumenten en andere afnemers geen alternatief dan zaken te doen met de CBO's die daardoor in een betere positie zijn dan individuele auteurs om condities op te leggen aan de consumenten (gebruikers). Vanwege het feit dat de CBO's vaak ook met veel meer consumenten te maken hebben dan elke individuele auteur afzonderlijk, heeft een CBO ook een grotere onderhandelingsmacht. Een CBO kan eenvoudigweg tegen elke afnemer zeggen dat zij geen gunstiger voorwaarden kan geven, omdat zij anders diezelfde gunstige voorwaarden ook aan anderen moet geven.

Een laatste effect van het bestaan van CBO's is dat mogelijk grote verschillen in de vergoedingen van bijvoorbeeld boeken van verschillende auteurs gemitigeerd worden. Een populaire auteur heeft een veel grotere marktmacht dan een minder bekende auteur en zou zijn of haar populariteit in (veel) hogere prijzen voor zijn werken kunnen vertalen. Doordat het voor CBO's ondoenlijk is om voor iedere auteur een ander vergoedingssysteem te bepalen, zullen minder bekende auteurs meer profiteren van het bestaan van CBO's dan populaire auteurs²⁶⁷.

Voor wat betreft de prijsstelling door CBO's, kunnen we te rade gaan bij de literatuur over tweezijdige markten. Tweezijdige markten zijn markten waar een platform twee groepen bij elkaar brengt. Een bekend voorbeeld is een *credit card* maatschappij die zowel kopers en verkopers een dienst aanbiedt. Cruciaal is dat het nut van het hebben van een *credit card* aanzienlijk groter is als veel verkopers die *card* ook

²⁶⁷ Hier moet benadrukt worden dat het hier in de eerste plaats een theoretische redenering betreft. In hoeverre dit daadwerkelijk in de praktijk geldt en in hoeverre de inrichting van het vergoedingssysteem (rechten in een keer afgekocht of proportionele vergoeding) invloed heeft moet een nadere studie uitwijzen.

accepteren, en, andersom is het voor veel verkopers aantrekkelijk een *card* te accepteren als veel kopers met die kaart willen betalen. In een dergelijke markt is dus de grootte van een groep bepalend voor de prijs die de andere groep wil betalen: er is sprake van *cross-group network externalities*. CBO's zijn platforms die tussen auteurs en gebruikers bemiddelen. Een CBO wordt in het algemeen (zeker als afnemers in verschillende auteurs geïnteresseerd zijn) aantrekkelijker voor auteurs als zij veel afnemers als klanten heeft, en aantrekkelijker voor gebruikers als veel auteurs bij haar ingeschreven staan²⁶⁸.

Er is echter ook een belangrijk verschil tussen de vergoedingen die CBO's bepalen en prijsstelling van een intermediair in een tweezijdige markt. Een *credit card* maatschappij bepaalt de prijzen die zij berekent aan consumenten en aanbieders voor haar eigen diensten, maar laat de prijzen die de aanbieders zelf berekenen ongemoeid. Een CBO daarentegen bepaalt de vergoedingen die de aanbieders (auteurs) krijgen²⁶⁹.

Dit roept daarmee de vraag op wat de prikkels zijn die CBO's hebben om voor bepaalde vergoedingen te kiezen. Lopen de belangen van CBO's parallel met die van de auteurs, bijvoorbeeld

- doordat CBO's een percentage van de vergoeding zelf kunnen houden in ruil voor de prestaties die zij leveren, of
- doordat de CBO's intrinsiek gemotiveerd zijn de belangen van auteurs zo goed mogelijk te behartigen, of
- omdat de importantie van een CBO afhangt van de economische waarde van de sector die zij vertegenwoordigt?

Of is het anders en heeft een CBO zo haar eigen belangen, die soms wel en soms niet parallel lopen met die van (een groot deel van) de auteurs?

Om deze vraag te beantwoorden is het van belang te onderzoeken hoe een CBO georganiseerd is en wie uiteindelijk een CBO bestuurt. CBO-besturen lijken met name gericht op – goede – vertegenwoordiging van rechthebbenden. Er zijn ook organisatievormen waar zowel auteurs als betalingsplichtigen (de afnemers) gezamenlijk, mogelijksterwijs in verschillende verhoudingen, de dienst uitmaken. Het doel hiervan lijkt tweeledig te zijn, namelijk om enerzijds de interne organisatie (inning en controle) zo efficiënt mogelijk te laten verlopen en anderzijds de

²⁶⁸ Natuurlijk moet elke auteur zichzelf bewijzen. Aansluiting bij een CBO leidt niet direct tot een enorme groep klanten. Het gestelde betreft een *ceteris paribus* argument.

²⁶⁹ In die zin betreft het hier geen echte *two-sided market*, maar een markt die kenmerken ervan in zich draagt.

prijsvorming zodanig te laten zijn dat de belangen van verschillende belanghebbenden intern tegen elkaar afgewogen worden. Het feit dat er veel klachten *c.q.* onduidelijkheden zijn over de prijsvorming door een CBO wijst er wellicht op dat besluitvorming op dit terrein nog transparanter en volgens meer objectieve methoden kan plaatsvinden. Duidelijk is ook dat als belanghebbenden gezamenlijk de prijsvorming van een CBO vaststellen het niet evident zo is dat een CBO een prikkel heeft haar machtspositie op een relevante mededingingsmarkt uit te buiten.

Of een groter aantal CBO's tot hogere of lagere prijzen voor gebruikers leidt, hangt af van het feit of de door CBO's aangeboden muziekpakketten substituten of complementen zijn. In het eerste geval leidt een groter aantal CBO's tot meer concurrentie en lagere prijzen. In het tweede geval leidt een groter aantal CBO's tot hogere prijzen²⁷⁰. Met complementen is de prijs die een monopolistische CBO²⁷¹ zet dus lager dan de som van de prijzen die twee onafhankelijke winstmaximaliserende CBO's (die elk een deel van de auteursrechten in handen hebben) zetten. De reden is gelegen in de aanwezigheid van negatieve externaliteiten (negatieve kruiselingse prijseffect) in de onafhankelijke (prijs)keuzes van de CBO's.

3.4 Elementen van een optimale beloning voor auteursrechthebbers

Bij de bepaling van de optimale beloning voor auteursrechthebbers moeten twee aspecten tegen elkaar worden afgewogen. In de eerste plaats moet een beloning hoog genoeg zijn zodat auteurs een dusdanige vergoeding voor hun productie krijgen dat ze daadwerkelijk tot productie overgaan (indien dit maatschappelijk gezien gewenst is). In de tweede plaats mag de vergoeding niet dusdanig hoog zijn dat het consumptie of de afname door anderen in de weg staat. Vanwege het feit dat het hier vaak gaat om de productie van informatiegoederen, is een belangrijke subvraag hoe de vaste kosten van het produceren terugverdiend moeten worden. Wij zullen ons in onderstaande discussie vooral concentreren op het gedrag van de CBO's aangezien die vaak de partij zijn die de vergoedingen voor gebruik vaststelt²⁷².

²⁷⁰ Zie ook DEPOORTER en PARISI, 2002, Fair use and copyright protection: a price theory explanation, *International Review of Law and Economics* 21, 453–473, (i.h.b. p. 459-460).

²⁷¹ Hier bedoelen wij een CBO mee die alle auteursrechten in handen heeft.

²⁷² CBO's zijn in het gros van de deelmarkten van auteursrechtproducten actief: Buma, Musicopy en buitenlandse CBO's (musici), Norma en IRDA (uitvoerende kunstenaars), VEVAM en LIRA (scenarioschrijvers).

In haar zienswijze²⁷³ met betrekking tot CBO's concludeert de NMa dat *ex ante* regulering een geschikt instrument kan zijn om de negatieve consequenties van mogelijk mededingingsverstoring gedrag van CBO's te beperken, zeker zolang er nog geen concurrentie is tussen verschillende Europese CBO's. Bij het nadenken over de wijze waarop regulering dan vormgegeven zou moeten worden, moeten we twee aspecten in de gaten houden. In de eerste plaats moet de regulering zodanig zijn dat auteurs zodanig gecompenseerd worden dat werken die vanuit een sociaal welvaartsoogpunt geproduceerd moeten worden (i.e. waarbij de totale vergoeding die alle afnemers bereid zijn te betalen groter is dan de kosten van het produceren van het werk) ook feitelijk geproduceerd worden²⁷⁴. Daarnaast moet de prijsstelling zodanig zijn dat de consumptie wordt gestimuleerd zolang de bereidheid van consumenten om te betalen groter is dan de marginale productiekosten. Recent is in een studie naar vergoedingen voor het gebruik van muziek door commerciële radiostations in Canada²⁷⁵ getracht een methodologie te ontwikkelen om te bepalen wat de juiste vergoeding zou zijn voor auteursrechten. Het uitgangspunt van de verrichte studie is dat de vergoedingen die feitelijk betaald worden wellicht niet de meest optimale vergoedingen zijn, en dat de meest optimale vergoedingen die vergoedingen zijn die tot stand zouden komen indien er een vrije markt zou zijn waar vraag en aanbod de vergoeding bepalen. Een dergelijke vergoeding geeft auteurs van muziekwerken een prijs die hun toegevoegde waarde aan een radioprogramma reflecteert. Deze Canadese studie suggereert dat het mogelijk is om op basis van de huidige vergoedingen en het huidige gebruik van de radiostations te bepalen wat die vergoedingen zouden zijn geweest indien een vrije markt zou bestaan. Op basis van feitelijk waargenomen gedrag worden vergoedingen berekend die in de hypothetische situatie van een vrije markt zouden gelden en deze laatste vergoedingen worden als een rechtvaardige en optimale beloning gezien vanwege de karakteristieken van een vrije markt.

Naast prijsstelling kunnen ook andere aspecten een rol spelen bij het kiezen van een optimale regulering²⁷⁶. Hierbij kan gedacht worden aan de tijdsduur waarop het auteursrecht betrekking heeft en soms ook de 'breedte' en de 'hoogte' van het auteursrecht. Bij 'breedte' denken we vooral aan de vraag in hoeverre gerelateerde creaties afgedekt zijn en bij 'hoogte' denken we vooral aan de vraag hoe vernieuwend een creatie moet zijn. Bij auteursrecht (in tegenstelling tot bij octrooien)

²⁷³ NMa, 2007, *De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties*, Den Haag, februari 2007.

²⁷⁴ Een goed vormgegeven regulering zou ook rekening moeten houden met het feit dat de beslissing tot productie over te gaan in sommige gevallen niet door financiële prikkels alleen bepaald wordt (romanschrijvers) en in andere gevallen juist wel (vertalers).

²⁷⁵ Zie AUDLEY en BOYER, 2007, The Competitive Value of Music to Commercial Radio Stations, *Review of Economic Research on Copyright Issues* 4(2), 29-50.

²⁷⁶ Zie bv. VARIAN, 2006, Copyright term extension and orphan works, *Industrial and Corporate Change* 15(6), 965-980, aangaande aspecten van IP.

is het vaak zo dat de breedte erg smal gedefinieerd is en de hoogte erg laag. Dit betekent dat vergeleken met patenten, auteursrecht relatief snel gehonoreerd wordt (en het werk waarover auteursrecht betaald moet worden dus niet echt sterk vernieuwend moet zijn), maar dat het slechts betrekking heeft op het specifieke werk dat de auteur geproduceerd heeft en dus niet op soortgelijke werken. Tijdsduur kan een relevante factor zijn. Uit onderzoek blijkt dat hoe elastischer de vraag is, hoe korter de optimale duur van het auteursrecht is (en hoe lager het statische welvaartsverlies)²⁷⁷.

Daarnaast is het belangrijk oog te hebben voor de verschillen in belangen tussen auteurs aan de ene kant en uitgevers of CBO's aan de andere kant. Musici, bijvoorbeeld, hebben vaak inkomsten uit zowel opnames als concerten²⁷⁸. Deze inkomsten zijn vaak complementair aan elkaar: hoe meer mensen een opname kunnen beluisteren, hoe bekender de muziek wordt en hoe meer mensen naar concerten willen komen. Uitgevers hebben aan de andere kant alleen inkomsten uit de verkoop van opnames. Dat betekent dat voor uitgevers een hogere prijs beter is dan voor musici. Musici profiteren immers van hun algemene bekendheid waardoor ze een hogere gage kunnen vragen als ze een concert geven, terwijl uitgevers alleen aan de opname zelf verdienen.

Ten aanzien van de optimale prijsstelling kan gesteld worden dat de sociale welvaart maximaal is als de prijzen gelijk zijn aan marginale kosten. Als de marginale kosten echter onder de gemiddelde kosten liggen (bijvoorbeeld indien er hoge vaste kosten zijn en lage marginale kosten, zoals in het geval van informatiegoederen)²⁷⁹, dan zou de toepassing van deze regel er toe leiden dat auteurs verliezen maken indien ze hun werk produceren en er dan waarschijnlijk dus voor zullen kiezen het werk niet te maken. Auteurs moeten dus een opslag boven op de marginale kosten kunnen krijgen om de vaste kosten te financieren. In het geval de auteur slechts één goed produceert levert dit bij volledig vrije mededinging de regel op dat de optimale prijs gelijk is aan de prijs waar de gemiddelde kosten en de vraagcurve elkaar snijden. De opslag is dan zodanig dat de vaste kosten terugverdiend worden en de allocatieve inefficiëntie vanwege het feit dat prijs niet gelijk aan marginale kosten is dan geminimaliseerd.

Een belangrijke vraag is hoe deze regel veralgemeend kan worden indien een auteur meerdere producten maakt en de vaste kosten over de prijzen voor de verschillende producten verdeeld kunnen worden zodanig zijn dat de geringst mogelijke verstoring

²⁷⁷ Zie VARIAN, 2006, Copyright term extension and orphan works, *Industrial and Corporate Change* 15(6), 965-980.

²⁷⁸ Dit geldt niet ten aanzien van 'studiomusici'.

²⁷⁹ Of andere vormen van schaalvoordelen.

van de welvaart ontstaat. Deze vraag brengt ons tot het onderwerp van Ramsey-prijzen. Ramsey-prijzen zijn die prijzen die de welvaart maximaliseren onder de voorwaarde dat de vaste kosten worden terugverdiend. Dergelijke Ramsey-prijzen impliceren een hogere prijsopslag op die producten waarvoor de elasticiteit van de vraag geringer is.

BOITEUX analyseerde in 1956 de optimale regulering van publieke monopolies die meerdere producten of diensten aanbieden²⁸⁰. Omdat zijn regels voor optimale prijzen sterk lijken op de regels voor optimale belastingen van RAMSEY²⁸¹, worden de prijzen die deze regels volgen Ramsey-Boiteux-prijzen (of simpelweg Ramsey-prijzen) genoemd²⁸². Het uitgangspunt van Ramsey-prijzen is dat de sociale welvaart (en tegelijk de welvaart van consumenten) gemaximaliseerd moet worden onder de voorwaarde dat het gereguleerde bedrijf geen verlies lijdt.

Het concept van Ramsey-prijzen is relevant voor de discussie over de optimale prijsstelling in de sfeer van het auteursrecht, omdat een auteur zijn werk vaak op verschillende deelmarkten kan vermarkten. Een voorbeeld hiervan is een musicus die zowel inkomsten kan krijgen uit de verkoop van cd's als ook uit de kaartverkoop van concerten. De kosten voor het maken of instuderen van een bepaald werk zijn gemeenschappelijke kosten en de vraag is hoe die op een sociaal optimale manier aan de prijzen op de verschillende deelmarkten toegewezen moeten worden. De hieronder beschreven theorie geeft een antwoord op die vraag.

De conclusie van Boiteux is dat de sociale welvaart gemaximaliseerd wordt als de opslag voor vaste kosten het hoogst is op die producten en diensten die de minst elastische vraag hebben²⁸³. De belangrijkste reden voor dit resultaat is dat als de prijselasticiteit laag is, de afzet weinig afneemt met een prijsstijging en dus is het welvaartsverlies als gevolg van een prijs boven de marginale kosten het kleinst. Dit wordt geïllustreerd in Grafiek 1²⁸⁴. In deze figuur staat op de verticale as de prijs en

²⁸⁰ BOITEUX, 1956, Sur la Gestion des Monopoles Publics Astreints 'a l'Equilibre Budgetaire, *Econometrica* 24, 22-44.

²⁸¹ RAMSEY, 1927, A Contribution to the Theory of Taxation, *Economic Journal* 37, 47-61.

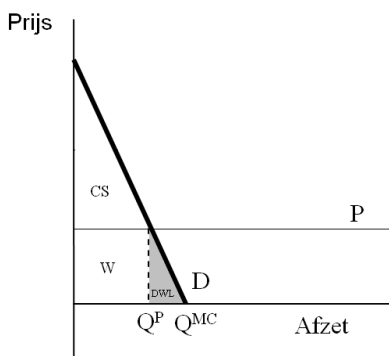
²⁸² Voor een bespreking van Ramsey-Boiteux-prijzen zie bv. LAFFONT en TIROLE, 1994, Access pricing and competition, *European Economic Review* 38(9), 1673-1710; LAFFONT en TIROLE, 2001, Competition in Telecommunications, Cambridge, The MIT Press; MITCHELL en VOGELSANG, 1991, *Telecommunications Pricing: Theory and Practice*, Cambridge, UK: Cambridge University Press; of VALLETTI en ESTACHE, 1999, The Theory of Access Pricing: An Overview for Infrastructure Regulators, CEPR Discussion Paper No. 2133.

²⁸³ Dit houdt in dat het bedrijf de meeste winst maakt op die producten die consumenten toch wel afnemen onafhankelijk van de precieze prijs en minder winst op die producten waar consumenten hun afname sterk laten afhangen van de prijs.

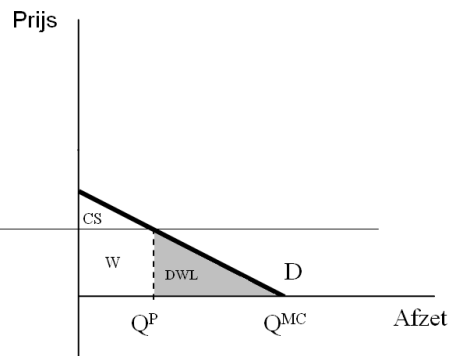
²⁸⁴ We gebruiken hier de in de economie (zie bv. KATZ en ROSEN, 1998, *Microeconomics*, Boston, Irwin/McGraw-Hill, derde editie; of SCHOTTER, 2001, *Microeconomics: a modern approach*, Boston, Addison Wesley, derde editie) gebruikelijke maatstaf voor de welvaart van consumenten, namelijk het consumentensurplus, of het verschil tussen wat de consumenten

op de horizontale as de afzet. D duidt de vraagcurve aan (die hier voor de eenvoud lineair is weergegeven zodat elke prijsverhoging een zelfde effect heeft op de vraag, ongeacht de hoogte van de prijs), CS het consumentensurplus, W de winst en DWL de zogenaamde *deadweight loss*, een maatstaf van de (in)efficiëntie van de marktuitskomst die hier onder nader wordt toegelicht. We nemen (zonder verlies van algemeenheid) aan dat de marginale kosten constant zijn en gelijk aan nul. Het enige verschil in de twee plaatjes is de ligging van de vraagcurve. In figuur 1a verloopt de vraagcurve veel steiler dan in figuur 1b en dat duidt er op dat in figuur 1b de gevraagde hoeveelheid veel gevoeliger is voor prijsveranderingen dan in figuur 1a.

Als de prijs gelijk is aan de marginale kosten (en dus hier gelijk is aan 0), dan kopen consumenten (in beide figuren) de hoeveelheid Q^{MC} . Het consumentensurplus is dan de totale oppervlakte onder de vraagcurve en dus gelijk aan de som van de driehoeken CS en DWL en de rechthoek W. De operationele winsten van de producent (voor aftrek van de vaste kosten) zijn nul. Als de producent ook vaste kosten heeft, lijdt hij verlies.



Grafiek 1a. Inelastische vraag



Grafiek 1b. Elastische vraag

We tonen nu eerst aan dat een prijs die boven de marginale kosten ligt tot welvaartsverlies leidt. Stel daarom nu dat de prijs P is. Bij deze prijs gaan consumenten minder van het product kopen en de vraag daalt tot Q^P . Het consumentensurplus daalt daarmee tot de oppervlakte van de driehoek CS, wat een verlies in welvaart voor de consumenten van $W + DWL$ betekent. De operationele winsten van de producent (voor aftrek van de vaste kosten) stijgen tot W. Vergelijken met een prijs van 0 is er een stukje onder de vraagcurve dat noch door de consumenten, noch door de producent wordt opgeëist. Doordat de prijs groter is dan de marginale kosten, zijn consumenten niet meer bereid dezelfde hoeveelheid als

voor een product of dienst bereid zijn te betalen en wat ze werkelijk moeten betalen. In grafieken wordt het consumentensurplus weergegeven als de oppervlakte tussen de vraagcurve (die de bereidheid om te betalen illustreert) en de prijs. De totale sociale welvaart is dan gelijk aan het consumentensurplus plus de winsten (opbrengsten min kosten).

eerst (bij een prijs van 0) te kopen, terwijl de producent best bereid zou zijn een extra eenheid te produceren tegen een positieve prijs voor die ene eenheid. Deze inefficiëntie wordt het DWL (*dead weight loss*) genoemd, het netto verlies in sociale welvaart als gevolg van een prijs die boven de marginale kosten ligt.

De reden dat we twee soortgelijke grafieken hebben opgenomen is om te tonen dat bij dezelfde prijsmarge en ongeveer dezelfde winst van de producent de omvang van het DWL sterk afhankelijk is van de mate waarin de prijsverhoging tot een daling van afzet leidt, dat wil zeggen van hoe elastisch de vraagcurve is. Als de vraag inelastisch is, dan daalt de afzet nauwelijks, zoals in Grafiek 1a te zien is. Het verlies van het consumentensurplus en het *dead weight loss* is dan veel kleiner dan in het geval van een elastische vraag, dat in Grafiek 1b weergegeven wordt.

Dit betekent dat als een auteur in zowel markt 1a als in markt 1b opereert met vaste kosten die niet direct in één van deze markten ontstaan, het dan sociaal wenselijk is dat hij het grootste deel van de vaste kosten in de markt van Grafiek 1a terugverdient, omdat dat het kleinste welvaartsverlies veroorzaakt²⁸⁵. Een andere verdeling van vaste kosten, bijvoorbeeld dezelfde opslag in beide markten zou weliswaar de welvaart van de inelastische afnemers verhogen, maar doordat de welvaart van de elastische afnemers nog meer zou dalen, wordt de gezamenlijke consumentenwelvaart lager. Dit is het principe van de Ramsey prijzen: het is optimaal om de prijs hoger te kiezen in het marktsegment met de minst elastische vraag.

Ramsey-prijzen als instrument voor regulering worden vaak bekritiseerd omdat ze moeilijk in de praktijk toepasbaar zouden zijn. De toezichthouders zouden immers eerst de relevante markt(en) moeten vaststellen en vervolgens de prijselasticiteiten in alle deelmarkten moeten kennen om de juiste prijzen te kiezen. In het geval van een monopolie is het echter niet nodig dat de toezichthouder zelf alle prijzen bepaalt²⁸⁶. Het is namelijk zo dat de *prijstructuur* die door een winstmaximaliserende monopolist wordt gekozen, ook sociaal optimaal is, in die zin dat de verhoudingen tussen de prijzen optimaal zijn. Een monopolist kiest immers ook de hoogste prijsmarge in markten die inelastisch zijn. Het *niveau van de prijzen* dat door de monopolist gekozen wordt is echter waarschijnlijk wel te hoog in vergelijking met de sociaal gewenste prijzen. Als regulering kan gedacht worden aan een globale maximumprijs (*global price cap*), die ervoor moet zorgen dat het prijsniveau niet te

²⁸⁵ Neem als voorbeeld de markt voor (wetenschappelijke) boeken. Aangezien de vraag naar wetenschappelijke boeken in het algemeen prijsinelastisch is (omdat bibliotheken en wetenschappers genoodzaakt zijn deze boeken te kopen) zullen uitgeverijen geneigd zijn de vaste kosten vooral te verdisconteren in de prijs van deze boeken.

²⁸⁶ Zie bv. LAFFONT en TIROLE, 2001, *Competition in Telecommunications*, Cambridge, The MIT Press.

hoog is, terwijl de keuze van afzonderlijke prijzen aan de monopolist zelf kan worden overgelaten²⁸⁷. Dit verhoudt zich in zoverre goed tot het mogelijke toekomstige wettelijke tarieftoezicht op CBO's (waarbij voor van de gebruikelijke prijsverhoging afwijkende verhogingen goedkeuring gevraagd moet worden) als het tarieftoezicht de tarieven die een aanbieder op een individuele deelmarkt vraagt vrijlaat en zich vooral concentreert op de hoogte van het globale prijsniveau dat een aanbieder kiest.

Bij meerdere aanbieders is de analyse ingewikkelder. Aan de ene kant zorgt concurrentie ervoor dat het *prijsniveau* dichter bij het sociaal optimale niveau (en bij volledige concurrentie op het optimale niveau) ligt. Aan de andere kant kunnen de prijsverhoudingen tussen verschillende producten in de markt afwijken van wat optimaal is. Dit komt omdat de prijzen die door een bedrijf worden gekozen bepaald zijn door de elasticiteit van de vraag naar het product van dat individuele bedrijf, terwijl de sociaal optimale prijs afhangt van de prijselasticiteit van de marktvraag.

De relatie tussen marktprijzen en de optimale prijzen is dus afhankelijk van meer specifieke eigenschappen van de markt. Er bestaat echter heel weinig literatuur naar Ramsey-prijzen in oligopolistische markten. Er is wel specifieke literatuur over concurrerende electriciteitsmarkten waar de marktprijzen gelijk aan Ramsey-prijzen zijn^{288,289}. Ook is er literatuur over platformconcurrentie in een 'tweezijdige markt'²⁹⁰. Beide voorbeelden van specifieke literatuur zijn echter niet algemeen toepasbaar op markten die voor een beschouwing van het auteursrecht relevant zijn.

3.5 Samenvatting

De bevindingen van het economische luik kunnen als volgt worden samengevat.

i) Het auteursrecht heeft vaak betrekking op informatiegoederen. Dit zijn goederen die eenvoudig tegen lage kosten vermenigvuldigd kunnen worden, terwijl de creatie van het werk (het origineel) daarentegen vaak wel (erg) kostbaar is. Bovendien hangt de waarde van het werk voor een consument vaak af van hoeveel andere consumenten het werk consumeren. Tenslotte is het vaak zo dat het om

²⁸⁷ LAFFONT en TIROLE, 2001, *Competition in Telecommunications*, Cambridge, The MIT Press.

²⁸⁸ JOSKOW en TIROLE, 2004, *Retail Electricity Competition*, NBER Working Paper No. 10473.

²⁸⁹ Een voorwaarde is *real-time pricing*, wat betekent dat de prijs die consumenten betalen niet één keer in het jaar, maar op elk moment vastgesteld wordt afhankelijk van de onderliggende *wholesale* prijs.

²⁹⁰ Zie ROCHET en TIROLE, 2003, *Platform Competition in Two-Sided Markets*, *Journal of the European Economic Association* 1, 990-1029. Deze analyse maakt echter gebruik van de onrealistische veronderstelling dat de vraag aan beide kanten van de markt lineair is.

ervaringsgoederen gaat, dat wil zeggen goederen waarvan de waarde voor een consument pas goed bepaald kan worden als de consument het goed al geconsumeerd heeft. Deze karakteristieken maken het bepalen van een optimale vergoeding extra gecompliceerd.

ii) De hoogte van de vergoeding (*royalties*) die een auteur krijgt voor het gebruik van zijn werk door afnemers bepaalt niet alleen de mate waarin een auteur een prikkel heeft om het werk te produceren, maar ook in hoeverre potentiële afnemers het werk daadwerkelijk afnemen. Zeker als de afnemers zelf ook producenten zijn, kan een hoge vergoeding voor het werk innovatie in de weg staan, doordat het een obstakel vormt voor het gebruik door andere producenten. Dit is het basisargument achter het idee van open innovatie. De vergoeding moet natuurlijk ook niet zo laag zijn dat auteurs geen prikkel hebben het werk te produceren. Het auteursrecht geeft daarom een auteur van een werk het recht dit werk te beschermen en een (ongerestricteerde) vergoeding voor de consumptie van het werk te vragen. Dit betekent niet dat een auteur altijd belang heeft bij een hoge vergoeding voor alle soorten gebruik van zijn werk. Een musicus kan bijvoorbeeld baat hebben bij een lage prijs voor zijn CD's, of het gratis verstrekken van sommige nummers via internet (met een relatief lage kwaliteit), om zo de bekendheid met zijn werk te vergroten en deze 'investering' terug te verdienen door middel van het geven van lucratieve concerten.

iii) Het auteursrecht geeft auteurs een monopolierecht op hun creatie. In sommige gevallen zal dit leiden tot het ontstaan van een machtspositie in handen van een auteur of in handen van CBO's die collectief de rechten van auteurs beheren. Het mededingingsrecht stelt dat partijen geen misbruik mogen maken van een machtspositie²⁹¹. De economische theorie leert dat houders van een auteursrecht dergelijk misbruik kunnen plegen door excessieve vergoedingen (*royalties*) voor het gebruik van hun creatie te vragen. Daarnaast hebben ook andere mogelijke gedragingen een mogelijk mededingingsverstrend en welvaartsverminderend effect, zoals prijsdiscriminatie, koppelverkoop (het gebundeld verkopen van verschillende producten) en leveringsweigering. Afhankelijk van de specifieke marktomstandigheden berokkent dezelfde marktgedraging vanuit economisch oogpunt soms wel en soms niet schade aan afnemers. De vraag of een bepaalde gedraging dus verboden moet worden als misbruik van machtspositie kan dus niet eenvoudig aan de gedraging zelf worden afgelezen²⁹². Een gedetailleerde analyse

²⁹¹ In de praktijk is het veelvuldig het geval dat deze machtspositie bij andere partijen dan de maker ligt. Vertalers worden auteursrechtelijk beschermd, maar hebben een geheel andere onderhandelingspositie dan bekende en geroemde auteurs.

²⁹² Dit punt wordt vanuit economisch oogpunt gemaakt. Bij een mededingingsrechtelijke beoordeling (misbruik in de zin van artikel 102 VWEU) is het niet van belang of een gedraging schade berokkent of niet. Zie ook voetnoot 246.

van de effecten van de gedraging in de specifieke omstandigheden van de markt in kwestie dient plaats te vinden.

iv) Het is echter zo, dat een monopoliepositie die door het auteursrecht gecreëerd wordt, niet noodzakelijkerwijs ook het bestaan van een machtspositie in een relevante mededingingsmarkt impliceert. Omdat het auteursrecht slechts betrekking heeft op het specifieke werk (en niet breder is), is het vaak zo dat er andere werken zijn die voor de meeste afnemers als (nauwe) substituten gezien worden. De relevante markt omvat dan niet alleen het werk van een auteur, maar ook alle soortgelijke werken van alle auteurs.

v) Voor veel informatiegoederen wordt de vergoeding op basis van het auteursrecht niet door de auteur zelf vastgesteld, maar door een CBO. Een CBO vertegenwoordigt de belangen van auteurs in een bepaalde sector. Omdat vergoedingen voor het gebruik van werken die door afnemers als nauwe substituten worden gezien, vaak door één en dezelfde CBO worden bepaald en omdat die werken vaak alleen van de betreffende CBO kunnen worden betrokken, heeft een CBO vaak een machtspositie op een relevante markt. Voor de vraag of een CBO mogelijkerwijs misbruik zou maken van haar machtspositie, is het onder andere ook van belang de vraag te stellen welke prikkels een CBO zelf heeft voor het vaststellen van bepaalde vergoedingen, of voor het bepalen van andere gedragingen.

vi) Daarnaast zijn er grote potentiële voordelen aan het laten vaststellen van auteursvergoedingen door een centrale organisatie, ten opzichte van het vaststellen van vergoedingen door individuele auteurs. Zeker daar waar het de inning van vergoedingen betreft en de controle op de betaling en de naleving van de regels, zijn er veel schaalvoordelen te behalen. Het ligt daarom erg in de rede deze zaken onder de hoede van een centrale organisatie te houden. Of dit ook impliceert dat die organisatievorm moet samenvallen met wat nu de CBO's zijn, is een vraag waar we in hoofdstuk 4 op terugkomen. Een van de punten die daarbij meegewogen moeten worden is of het mogelijk is de schaalvoordelen van de huidige CBO's te blijven realiseren zonder de mogelijke nadelen die gekoppeld zijn aan de machtspositie van een CBO op een relevante mededingingsmarkt.

vii) Daar waar het werk van auteurs op verschillende deelmarkten gebruikt wordt, is het vanuit economisch oogpunt gezien efficiënt om de vaste kosten voor een belangrijk deel te laten betalen door afnemers in die deelmarkt waar de vraag het minst elastisch is (i.e. die deelmarkt waar de vraag naar het product relatief weinig verandert bij een relatieve kleine verandering van de prijs van dat product).

4 Beantwoording van de onderzoeksvragen o.g.v. de juridische en economische beschouwingen

In de vorige hoofdstukken werd geanalyseerd hoe zowel vanuit juridisch als economisch oogpunt wordt gekeken naar de wisselwerking tussen auteursrecht en mededingingsrecht.

Vanuit juridisch oogpunt levert auteursrecht *op zich* geen mededingingsrechtelijke problemen op. Het is niet omdat iemand de hoedanigheid van auteur heeft en daardoor een exclusief recht op een creatie bezit, dat hij *ipso facto* in staat is om gedrag te vertonen met negatieve effecten op de mededinging. Dit kan echter wel het geval zijn wanneer de markt, waarop de rechthebbende actief is, nagenoeg samenvalt met de beschermingsomvang van zijn creatie. In zulk geval kan hij in mededingingsrechtelijke termen een machtspositie bezitten. Wanneer hij dan eenzijdige gedragingen vertoont die de mededinging op die markt of aanverwante markten verstoort of fnuikt, maakt hij zich schuldig aan misbruik van machtspositie door de Europese en nationale wetgeving zoals verboden door artikel 102 WVEU resp. artikel 24 Mw.

Het mededingingsrecht laat het bestaan van het auteursrecht ongemoeid, maar stelt dus mogelijk wel grenzen aan de uitoefening ervan. Het is in de praktijk echter niet steeds even eenvoudig om vast te stellen of en wanneer de houder van een auteursrecht daadwerkelijk misbruik maakt van zijn economische machtspositie.

Meestal draaien mededingingsrechtelijke problemen rond de vraag of de rechthebbende misbruik maakt van zijn machtspositie door licentieweigering (*exclusionary abuse/uitsluiting*) of door (eenzijdige) differentiatie tussen (potentiële) licentienemers. Voor mededingingsproblemen die voortvloeien uit licentieweigering als zodanig of een ongelijke behandeling, lijkt het mededingingsrecht goed in staat mogelijk misbruik van een economische machtspositie aan te pakken. Niet geheel toevallig gaan vrijwel alle zaken over de verhouding tussen IE/auteursrecht en mededingingsrecht bij het Hof van Justitie, de nationale rechters en de mededingingsautoriteiten over licentieweigering.

Moeilijker blijkt het, in de praktijk te beoordelen of de auteursrechthebbende in concrete gevallen excessieve tarieven hanteert (*exploitative abuse/uitbuiting*). Mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties zijn in wezen *ex post* toezichthouders; van het *ex ante* reguleren van prijzen blijven zij in de regel weg.

Uit het economische luik blijkt dat een aantal, doch niet alle, problemen die in de rechtspraktijk als reëel worden ervaren, ook vanuit economisch perspectief (op

dezelfde wijze) als relevant worden beschouwd. De 'overlapping' is echter niet volledig²⁹³.

In het hierna volgende worden de onderzoeksvragen die in paragraaf 1.2 omschreven zijn beantwoord op basis van de bevindingen waartoe in de twee voorgaande hoofdstukken werd gekomen. Daarbij zal waar mogelijk een integratie of minstens een naast elkaar plaatsen van de respectievelijke deelconclusies plaatsvinden. Door dergelijke aanpak hopen we bloot te leggen op welke punten de aanpak in de rechtspraak in lijn ligt met resp. afwijkt van de vanuit economisch oogpunt als wenselijk gepercipieerde aanpak, dan wel of op sommige punten de juridische en economische aanpak elkaar zelfs geheel niet raken en er in de huidige stand van de wetenschap dus lacunes openblijven die nader onderzoek vergen.

We hanteren daartoe de subvragen zelf als leidraad voor de indeling van dit hoofdstuk en zullen in de conclusie de centrale vraagstelling van het onderzoek beantwoorden door aan te geven in welke gevallen er sprake kan zijn van een (ongeoorloofde) beperking van de mededinging door de uitoefening van het auteursrecht.

4.1 De positieve en negatieve gevolgen van het auteursrecht

De eerste onderzoeksvraag luidt:

“Wat zijn de (mogelijke) negatieve consequenties van de door auteursrecht ontstane marktmacht in informatiemarkten en wat voor positieve consequenties van auteursrecht voor innovatie staan daar tegenover?”

Dit is een vraag die hoofdzakelijk van economische aard is, maar uiteraard niet los gezien kan worden van de juridische achtergrond van auteursrecht. Auteursrecht is het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te veelevoudigen, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld (artikel 1, Auteurswet). Dit (juridisch) monopolie verleent de auteursrechthebbende vanzelf een bepaalde (ook economische) macht over het werk: de ruimte en armslag om in beginsel met het werk te doen en laten wat hem goedgevalt. Het recht ontstaat zonder formaliteiten door het enkele scheppen van het werk, en vervalt in de (hoofd)regel zeventig jaar na de dood van de maker.

²⁹³ Zie paragraaf 4.4 voor een vergelijkend overzicht.

Positieve gevolgen

Auteursrecht is traditioneel gericht op een beloning voor de creatieve arbeid van de maker. Een individuele rechthebbende mag het uitsluitend recht aanwenden om een maximaal inkomen te verwerven. Auteursrecht heeft zodoende de volgende *positieve* gevolgen. In de eerste plaats zorgt auteursrecht in beginsel voor een positieve invloed op dynamische efficiëntie. Het auteursrecht belet dat derden ongehinderd gebruik maken van door de makers gedane investeringen (investeringsargument). De financiële prikkels zetten auteurs vaak aan tot het produceren van meer informatiegoederen (stimuleringsargument). De bescherming die het auteursrecht aan innovatie en vooruitgang biedt heeft zo ook (langdurige) gevolgen voor alle derden die het beschermde werk willen gebruiken voor hun eigen commerciële activiteiten. Een exploitatie van een werk door derden via openbaarmaking en vereenvoudiging kan enkel gebeuren met de toestemming van de rechthebbende c.q. degene aan wie het recht is overgedragen, die als enige beslist of en onder welke financiële voorwaarden deze wordt verleend (*royalties*).

In de tweede plaats kan auteursrecht mogelijkheden creëren voor het gebruik van goederen door derden door het betalen van een vergoeding. De Nobelprijswinnaar Ronald Coase heeft er al op gewezen dat markten waar goederen worden geruild veronderstellen dat eigendomsrechten goed gedefinieerd zijn. Auteursrecht zorgt er voor dat het eigendom met betrekking tot creatieve producten en diensten goed gedefinieerd is. Dit is met name het geval indien de auteursrechtprikkel tevens leidt tot de productie van extra werken en deze ingebracht (kunnen) worden in het productieproces van andere werken. Verder staat vast dat wat vanuit juridisch oogpunt onrechtmatig wordt geacht niet per definitie ook vanuit economisch perspectief negatief is. Zo wordt bijvoorbeeld discriminatie van verschillende gebruikers door een rechthebbende met een machtspositie in beginsel verboden op grond van het mededingingsrecht. Nochtans werd in het economische luik in paragraaf 3.2.2 ad i) aangegeven dat derdegraads prijsdiscriminatie door een rechthebbende in sommige gevallen positieve welvaartseffecten kan hebben en (sommige) gebruikers daar (al dan niet tijdelijk) tastbaar voordeel uit kunnen halen.

Negatieve gevolgen

Auteursrecht kan negatieve gevolgen genereren wanneer er mededingingsrechtelijke wrijving ontstaat. Dit is pas het geval wanneer de marktmacht van de rechthebbende dusdanig sterk is dat sprake is van een economische machtspositie, en deze misbruikt wordt (cf. infra). Dit betekent niet dat bij afwezigheid van mededingingsrechtelijke problemen, er geen mogelijke negatieve gevolgen van het auteursrecht zijn.

In de eerste plaats heeft de macht die door het auteursrecht gecreëerd wordt (hoe klein mogelijkwijs ook) in beginsel een negatieve invloed op statische efficiëntie. Auteursrechten zorgen er voor dat de prijs in de markt voor een bepaald product hoger komt te liggen dan de marginale kosten met als gevolg dat een deel van de consumenten (namelijk dat deel dat bereid is het product te kopen tegen een prijs die tussen de marginale (kopieer)kosten en de (markt)prijs in ligt) het product niet meer koopt. Kortom, de eerste mogelijk negatieve consequentie is een te hoge prijs en een beperkte vraag.

In de tweede plaats is er dus het feit dat auteursrecht de rechthebbende een zekere macht over zijn creatie geeft, wat hem onder de in paragraaf 2.4.2 beschreven omstandigheden een machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU resp. artikel 24 Mw bezorgt. IE-rechten hebben een specifiek voorwerp en een essentiële functie. Gebruik ervan om activiteiten te beïnvloeden die buiten het beschermingsbereik (dekking) ervan liggen kan misbruik opleveren (tweede mogelijk negatief gevolg). Gedragingen als prijsdiscriminatie, koppelverkoop, licentieweigering, verticale beperkingen en incompatibiliteit vormen onder de in paragraaf 3.2.2 beschreven omstandigheden misbruik van machtspositie. Mogelijke negatieve consequenties van misbruik van een economische machtspositie op informatiemarkten zijn dat:

1. bepaalde groepen consumenten van aanschaf afzien,
2. de *downstream*markt gemonopoliseerd wordt,
3. toetreding tot de markt onmogelijk wordt gemaakt/in ernstige mate wordt vertraagd,
4. het informatiegoed als input suboptimaal gebruik wordt,
5. de introductie op de markt van nieuwe producten onmogelijk is,
6. de keuze voor de consument/afnemer afneemt,
7. de concurrentie en efficiëntie van markten negatief beïnvloed wordt, en dat
8. de prikkel tot het investeren in proces- en productinnovatie als gevolg van verminderde concurrentiemogelijkheden voor concurrenten afneemt.

In de derde plaats kan de werking van het auteursrecht nieuwe samenwerkingsvormen blokkeren zoals "open innovatie". Het auteursrecht biedt ruime bescherming aan de exploitatierechten, het recht om het werk openbaar te maken en te verveelvoudigen. Zo is het werk in principe beschermd tegen exploitatie in zowel de vorm waarin het gemaakt is, als in de vorm van bewerking of vertaling, en tegen zowel gehele als gedeeltelijke overname. Wanneer de rechthebbende – via een of meerdere van de hiervoor genoemde gedragingen – zijn exploitatierechten dermate uitoefent dat de exploitatie van zijn werk door derden extreem moeilijk zoniet onmogelijk is, kan het auteursrecht er voor zorgen dat werken minder als input in het productieproces van andere werken worden opgenomen.

In de vierde plaats kunnen de financiële prikkels die van het auteursrecht uitgaan averechts uitpakken. Drie mechanismen zijn hiervoor verantwoordelijk: het 'replacement effect', het 'inkomenseffect' en 'crowding out'. Het eerste effect houdt in dat de prikkels om te innoveren bij de auteur worden weggenomen omdat een nieuw innovatief product de verkoop van een oud, maar mogelijk sterk winstgevend product, kan verminderen. Het inkomenseffect houdt in dat het auteursrecht een auteur zoveel meer inkomen kan doen genereren dat vrije tijd belangrijker wordt. 'Crowding out' wil zeggen dat de financiële prikkels de intrinsieke motivatie van auteurs om nieuwe werken te creëren kan doen verminderen.

De mogelijke positieve en negatieve gevolgen van auteursrecht overziend komen wij tot de conclusie dat het ondenkbaar is dat een economie op langere termijn efficiënt kan opereren zonder het bestaan van een vorm van auteursrecht. De economische groei van een land hangt nauw samen met de mate van innovatie en hoewel er gevallen zijn waarbij de financiële prikkels die het auteursrecht mogelijk maakt niet tot meer innovatie leiden, zal het over het algemeen zo zijn dat er veel minder goederen geproduceerd worden die nu door het auteursrecht beschermd worden als dat recht er niet meer zou zijn. Ook is het zo dat het mededingingsrecht er in voorziet dat de belangrijkste potentiële negatieve gevolgen van het bestaan van auteursrecht worden opgeheven of aangepakt. Verder kan getracht worden eventueel nog overblijvende negatieve gevolgen van het bestaan van auteursrecht aan te pakken door naar de vormgeving te kijken die aan het auteursrecht is gegeven (waarover hieronder meer).

4.2 De positieve en negatieve gevolgen van het bestaan van CBO's

De tweede onderzoeksvraag luidt:

“Wat zijn de (mogelijke) negatieve consequenties van de bemiddeling door collectieve beheersorganisaties (CBO's) en wat voor positieve consequenties van deze bemiddeling voor efficiëntie (zoals effectieve rechtenuitoefening en lagere transactiekosten) staan daar tegenover?”

De vijf CBO's die in Nederland wettelijk bevoegd zijn om voor hun categorie rechthebbenden auteursrechten te innen, bezitten via hun wettelijk recht een monopoliepositie op het hun toebedeelde (deel)terrein. Zoals aangegeven in paragraaf 2.4.2 hebben deze CBO's met hun wettelijke exclusieve licentie- en inningsrechten in de huidige stand van zaken ook een economische machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU resp. artikel 24 Mw op de hun toegewezen specifieke gebieden in zoverre deze gebieden voor een belangrijk deel overeenkomen met een

relevante mededingingsrechtelijk gedefinieerde markt. Zowel makers als gebruikers kunnen enkel bij hen terecht als zij zich willen verenigen/gebruik willen maken van het collectief beheer, en zij hebben de mogelijkheid zelfstandig hun prijzen te bepalen en deze op te leggen. Het bestaan van deze machtspositie is op zich niet problematisch. Het mededingingsrecht grijpt ook hier pas in wanneer blijkt dat deze machtspositie wordt misbruikt.

Negatieve gevolgen

Wat de (mogelijke) negatieve consequenties van de bemiddeling door CBO's betreft, kan het volgende worden gesteld. Enerzijds verschillen deze niet wezenlijk van de hiervoor besproken mogelijke negatieve aspecten van de uitoefening door individuele auteurs van de machtspositie die zij via het auteursrecht over hun werk toegekend hebben gekregen (zie paragraaf 4.1). Omdat elke CBO echter binnen het haar toebedeelde (deel)terrein alle rechthebbenden die zich hebben verenigd vertegenwoordigt, beschikken CBO's anderzijds wel over een beduidend grotere onderhandelingsmacht ten aanzien van afnemers/consumenten die (vrijwel) geen substitutiemogelijkheden hebben. Waar het voor individuele auteurs vaak de vraag is of er wel een relevante mededingingsrechtelijk gedefinieerde markt is voor het product dat zij als enige produceren, omdat soortgelijke producten door andere auteurs geproduceerd worden en afnemers vaak veel substitutiemogelijkheden hebben, geldt dat veel minder voor CBO's, omdat die alle auteurs op een (deel)terrein vertegenwoordigt.

Een eerste consequentie hiervan is dat CBO's, veel meer dan individuele auteurs, eenzijdig condities kunnen opleggen. Door het wettelijk monopolie is toetreding tot de markt van alternatieve intermediairs immers uitgesloten, zodat ook de druk die van potentiële concurrentie uit zou kunnen gaan, ontbreekt. Wanneer een CBO in concrete gevallen overgaat tot excessieve prijsstelling- resp. ongerechtvaardigde prijsdifferentiatie levert dit onder de in paragraaf 2.4.5 beschreven omstandigheden misbruik van machtspositie op en kan een mededingingsautoriteit ingrijpen.

Een tweede mogelijk risico is dat CBO's verzoeken om individuele regelingen afwijzen ('one for all'), met als motivering dat een gunstige regeling voor één bepaalde consument niet mogelijk is omdat dan ook alle andere consumenten op deze regeling aanspraak zullen maken (zoals dat ook opgaat voor zogenaamde *most favoured customer clauses*). Zoals in paragraaf 2.4.5 is gebleken kan ook niet-differentiatie – i.e. het opleggen van identieke contractvoorwaarden aan enerzijds een zeer grote contractspartner en anderzijds een veel kleinere partner die zich in een geheel verschillende economische situatie bevindt – onder omstandigheden misbruik van machtspositie opleveren.

Positieve gevolgen

Tegenover deze (mogelijke) negatieve consequenties staan ook positieve. Het collectief beheer is in de eerste plaats een belangrijk middel voor auteursrechthebbenden om hun rechten effectief te kunnen uitoefenen. Een belangrijk aanverwant positief effect is de verlaging van de transactiekosten omdat er minder licentievoorwaardenonderhandelingen nodig zijn. Een derde positief effect houdt verband met schaalvoordelen: voor CBO's is de controle op de daadwerkelijke eerbiediging van het auteursrecht relatief eenvoudiger/goedkoper dan voor alle auteurs afzonderlijk. Een CBO heeft vanuit welvaarts oogpunt ook als voordeel dat zij bij de vaststelling van een auteursrechtvergoeding ook het effect van de vergoeding op de kans dat het betreffende werk in het productieproces van een ander werk als input wordt gebruikt, internaliseert. Deze meeweging van het (eventuele) gebruik van een werk door andere auteurs is aanzienlijk moeilijker te realiseren door individuele auteurs.

De mogelijke positieve en negatieve gevolgen van het bestaan van CBO's overziend komen wij tot de conclusie dat over het algemeen de positieve effecten zullen overheersen. In veel sectoren zal het zo zijn dat het auteursrecht als zodanig weinig beschermend werkt indien individuele auteurs dan wel hun eigen werk kunnen beschermen, maar concurrentie tussen auteurs van soortgelijke producten er toe leidt dat het moeilijk, zo niet onmogelijk, is de hoge vaste kosten die met het maken van informatiegoederen verbonden zijn terug te verdienen. Ook zijn de transactiekosten verbonden aan het heffen door individuele auteurs van *royalties* prohibitief. Daarnaast is het zeker ook ten aanzien van CBO's zo dat de meer pregnante negatieve gevolgen van hun bestaan effectief door het mededingingsrecht kunnen worden aangepast. Dit wil natuurlijk niet zeggen dat het mededingingsrecht alle mogelijke negatieve economische gevolgen het hoofd kan bieden. Beleid moet er op gericht zijn dat de rechtsposities van CBO's dusdanig vormgegeven zijn dat mogelijk negatieve gevolgen zo veel mogelijk voorkomen worden.

4.3 Het voorkomen en beperken van negatieve consequenties voor de mededinging en de rol van het mededingingsrecht

De derde onderzoeksvraag luidt:

“Hoe kunnen deze negatieve consequenties voor mededinging voorkómen of beperkt worden, zonder de positieve effecten op de efficiëntie teniet te doen en wat is de rol van het mededingingsrecht daarin?”

De CBO zorgt voor het realiseren van schaalvoordelen bij het innen van de vergoeding en de controle op de naleving van betalingen. Het is vooral bij deze activiteit dat een CBO schaalvoordelen kan genereren en minder bij het bepalen van de vergoeding zelf. Bij het vaststellen van – mogelijk excessief hoge of discriminerende – vergoedingen door een CBO dreigen zich andersom juist eerder de mogelijk negatieve gevolgen van de uitoefening van het auteursrecht te manifesteren. Bovendien kan de vraag gesteld worden hoe groot de extra schaalvoordelen zijn als eenmaal een bepaalde schaal bereikt is: liggen de schaalvoordelen vooral niet in het voorkómen dat een enkele auteur zelf voor de inning en de controle moet zorgen? Het nadeel van het bestaan van één CBO per sector is dat de exclusieve positie op hun deel van de markt mogelijkerwijs tot een machtspositie kan leiden en daarmee tot mogelijk misbruik van die machtspositie (zie hierboven voor meer details).

Langs deze lijnen verder denkend, kan de vraag gesteld worden of het niet mogelijk is de positieve effecten van CBO's voor een belangrijk deel te behouden, maar tegelijkertijd de mogelijke schadelijke gevolgen te beperken. Een theoretische mogelijkheid die zich voor lijkt te doen is de activiteiten van een CBO te beperken tot die waar de echte schaalvoordelen zich voordoen, dat wil zeggen bij het innen van de vergoeding en de controle op de naleving van betalingen, maar de vaststelling van de vergoeding door de auteurs zelf te laten verzorgen. Dit heeft mogelijkerwijs als voordeel dat er meer concurrentie tussen auteurs ontstaat, omdat die immers zelf hun vergoedingen kunnen kiezen. Dergelijke toegenomen concurrentie kan zich voordoen wanneer individuele auteurs weliswaar een exclusief recht hebben op het gebruik van hun werken, maar geen machtspositie omdat er voldoende onderlinge substitutiemogelijkheden zijn voor gebruikers. Door auteurs dus zelf hun tarieven te laten kiezen (mogelijkerwijs uit een keuzemenu) heeft de CBO geen machtspositie meer ten aanzien van de hoogte van de vergoeding en concentreert het monopolie van de CBO zich vooral op die activiteiten waar efficiëntievoordelen te behalen zijn.

Wij zien natuurlijk ook de praktische problemen die aan dit alternatief vastzitten²⁹⁴. Een afnemer van een licentie wil niet geconfronteerd worden met verschillende tarieven voor elk liedje dat hij afspeelt. Een CBO zal als gevolg hiervan veel hogere transactiekosten hebben als zij na het innen aan elke rechthebbende diens specifieke tarief moet terugbetalen. Een meer praktische toepassing van dit idee zou erin kunnen bestaan dat elke CBO bijvoorbeeld twee (hoog en laag) of drie (hoog, midden en laag) mogelijke royaltyniveaus zou vaststellen en dat auteurs hieruit kunnen kiezen. Dit beperkt de verwarring die kan ontstaan indien elke auteur een

²⁹⁴ Bij toepassing van zogenaamde Creative Commons is het nu al mogelijk om zelf afwijkende voorwaarden te stellen voor auteursrecht gebruikers.

andere prijs als vergoeding vraagt, maar behoudt een belangrijk deel van de voordelen doordat auteurs met elkaar (beperkt) kunnen concurreren.

Een tweede mogelijkheid zit in het creëren van enkele CBO's per sector waarbij zowel auteurs als betalingsplichtigen kunnen kiezen waar ze diensten aanbieden en afnemen. Op deze manier wordt concurrentie gecreëerd tussen verschillende CBO's analoog aan de concurrentie tussen makelaars (die ook vraag en aanbod bij elkaar brengen): indien een CBO te hoge tarieven vaststelt, dan zullen afnemers niet meer met deze CBO in zee willen gaan en zullen uiteindelijk ook auteurs bij deze CBO wegllopen, omdat de vraag naar hun producten duidelijk afneemt. Deze mogelijkheid kan voordelen opleveren indien de schaalvoordelen die een CBO creëert zich boven een bepaald activiteitsniveau niet meer sterk voordoen en het daardoor zo is dat meerdere CBO's die allen boven dit activiteitsniveau uitsteken naast elkaar kunnen bestaan zonder dat dit (sterk) ten koste gaat van de mogelijke efficiëntievoordelen die behaald kunnen worden.

Samengevat komen uit het voorgaande dus drie mogelijkheden naar voren om de negatieve effecten van CBO's te voorkomen:

- optie 1: het beperken van de rol van CBO's tot de inning van royalties, *i.e.* dat deel van hun activiteiten waar zich schaalvoordelen voordoen.
- optie 2: het toelaten van meerdere, met elkaar concurrerende CBO's per sector, waardoor de stimulus om te hoge tarieven te vragen onder druk van de gebruikers wegvalt.
- optie 3: het beteugelen van excessieve prijzen als misbruik van machtspositie.

Het is de vraag welke rol het mededingingsrecht daarbij kan spelen.

In optie 1 is er voor het mededingingsrecht duidelijk geen rol weggelegd. Deze optie veronderstelt immers dat CBO's *a priori*, volledig en definitief het recht wordt ontnomen om tarifierend op te treden. Dat vereist een ingrijpen van de wetgever.

Ook optie 2 veronderstelt een ingrijpen dat de mededingingsrechtelijke sfeer overstijgt. Het doorbreken van de bestaande nationale monopolies per sector zou moeten worden gerealiseerd door een actie van de nationale wetgever of door regulerend ingrijpen op Europees niveau. Een aan optie 2 aanverwant scenario zou zich ook voordoen wanneer CBO's met een monopolie voor een bepaalde sector in concurrentie zouden gaan treden met buitenlandse CBO's doordat zij pan-Europese licenties zouden kunnen verlenen. Eerder werd vermeld dat initiatieven in die richting op dit moment worden besproken op aansturen van de Europese Commissie.

Volledigheidshalve kan er op worden gewezen dat voor het mededingingsrecht een rol weggelegd kan zijn indien en wanneer er daadwerkelijk concurrentie tussen CBO's zou komen. In die situatie zou er immers over gewaakt moeten worden dat CBO's de gecreëerde mededinging niet ondergraven door mededingingsverstorende overeenkomsten of gedragingen. Dan zou het toezicht op grond van art. 101 VWEU resp. artikel 6 Mw aan belang winnen. Bijkomend zou het mogelijk uitschakelen van de mededinging door fusies en overnames van concurrerende CBO's dan leiden tot een mogelijk verhoogde activiteit in het nationale en Europese mededingingsrechtelijke concentratietoezicht.

Het realiseren van optie 3 lijkt natuurlijk een uitgelezen taak voor het mededingingsrecht. In hoofdstuk 2 van dit rapport is uitgebreid ingegaan op deze problematiek. Daarbij is gebleken dat, naast licentieweigeringen, de problematiek van excessieve tarieven voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken, al dan niet gepaard gaand met prijsdiscriminatie, één van de problemen is die in de praktijk van het mededingingsrecht wordt onderkend en aangepakt.

Het hanteren van te hoge prijzen is nu eenmaal één van de typevoorbeelden van misbruik van machtspositie waarop de Europese en nationale mededingingsautoriteiten, evenals de nationale rechter, kan ingrijpen. Er is in dit rapport weliswaar beklemtoond dat dergelijk ingrijpen het bestaan van een machtspositie impliceert, maar dat dit met name voor CBO's in de huidige stand van zaken doorgaans het geval is.

Het opleggen van te hoge prijzen door CBO's kan dus in theorie vlot door rechters of mededingingsautoriteiten worden beteugeld. De praktijk leert echter dat dit niet steeds even eenvoudig is.

Rechters en autoriteiten beperken zich dienaangaande in wezen tot een *ex post* beoordeling: wanneer een CBO ervan wordt beschuldigd excessieve tarieven te hanteren, zal men nagaan of het onderzochte tarief niet kennelijk en manifest onredelijk is geweest. De tussenkomst vindt dan plaats nadat, bij wijze van spreken, het kwaad reeds is geschied. Dat wekt op zich geen verbazing: de regels inzake misbruik van machtspositie zijn weliswaar bedoeld als een verbodsbepaling die het gedrag van ondernemingen met een machtspositie tracht te sturen/in te perken en hebben zo in zekere zin een regulerende functie. De concrete toepassing ervan vindt in de praktijk echter toch quasi uitsluitend *post factum* plaats. Een *ex ante* regulering van de tarieven is dan ook niet de kerntaak van rechters of mededingingsautoriteiten.

De Microsoft-zaak leert dat het echter niet uitgesloten kan worden geacht dat rechters of mededingingsautoriteiten toch in zekere zin enigszins regulerend zouden

kunnen ingrijpen wanneer ten aanzien van een CBO misbruik van machtspositie door het hanteren van te hoge prijzen is vastgesteld. Het voorbeeld van de Commissie in haar Microsoft-beschikking volgend, zou men immers bij het omschrijven van de gevolgen/het gedrag dat aan de vaststelling van dat misbruik moet worden gekoppeld, kunnen aangeven welke tariefberekening passend is. Wij namen echter het standpunt in dat de Commissie in de Microsoft-beschikking niet is overgegaan tot een *ex ante* toezicht *au pur sang*, maar zich ertoe beperkt heeft, op voorhand *in abstracto* beoordelingscriteria vast te leggen waarmee zij de redelijkheid van het door Microsoft nog te concipiëren vergoedingsmodel zou beoordelen. In die zin is de Commissie bij nader inzien niet fundamenteel anders te werk gegaan dan zij bij gebruikelijke *ex post* controle doet. Wij zien geen reden voor nationale mededingingsautoriteiten of rechterlijke instanties om in deze verder te gaan dan dat.

Meteen is daarmee ook een bijkomende beperking van het mededingingsrecht ten aanzien van het beoordelen van vermeend excessieve prijzen vermeld. Rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten achten zich – en zijn wellicht ook – goed geplaatst om een aantal algemene en eerder ruim geformuleerde criteria te hanteren waarmee kan worden nagegaan of de door een CBO gehanteerde tarieven kennelijk en manifest overdreven zijn. Men kan verwachten dat, aan de hand van dergelijke ‘marginale toetsing’, gevallen waarin er vanuit economisch oogpunt zeer ernstige welvaartsverliezen optreden, afdoend op grond van het mededingingsrecht kunnen worden betoeteld. In gevallen waar het overdreven karakter van de tarieven echter niet kennelijk en manifest is, zullen rechters en mededingingsautoriteiten zich eerder terughoudend opstellen en wellicht niet tot het vaststellen van een misbruik overgaan. Het wettelijk misbruikverbod en de autoriteiten die toezien op de naleving ervan lijken onvoldoende geëquipeerd te zijn om verder te gaan dan een loutere redelijkheidstoetsing en om *ex ante* exact het wenselijke maximale prijsniveau te bepalen. Prijszetting die tot geringe welvaartsverliezen leidt en dus vanuit economisch ongewenst is, zal daardoor wellicht niet worden gedetecteerd en bestraft.

Samenvattend kan men ten aanzien van de rol van het mededingingsrecht stellen, dat het weliswaar een rol kan vervullen bij het wegnemen van de mogelijk negatieve gevolgen van CBO's, maar dat deze rol beperkt is. Excessieve prijszetting kan bij mededingingsrechtelijk toezicht worden betoeteld, doch enkel voor zover het overdreven karakter van de prijzen manifest duidelijk is. Voor wat betreft de twee andere mechanismen waarmee de mogelijk negatieve gevolgen van CBO's kunnen worden getemperd, te weten het beperken van hun taak tot de inning van royalties, of het creëren van concurrentie tussen CBO's per sector, biedt het mededingingsrecht geen geëigend middel.

4.4 De aanpak in verschillende jurisdicties

De vierde onderzoeksvraag luidt:

“In hoeverre en op welke wijze wordt er in de verschillende jurisdicties met economische argumenten rekening gehouden?”

Als algemene voorafgaande opmerking hieromtrent kan het volgende worden gesteld.

Het valt op dat in zaken waar de toepassing van het mededingingsrecht een spanning vertoont met de werking van het auteursrecht, er slechts zeer zelden expliciet aandacht wordt besteed aan economische argumenten en/of leerstukken.

Het gebeurt weliswaar sporadisch dat een autoriteit/rechter uitdrukkelijk refereert aan de economische achtergrond van een probleem; de betrokken autoriteit/rechter zal zich dan in de regel echter onthouden van een concreet ingaan op en toepassen van de achterliggende economische redenering wegens de moeilijke toepasbaarheid ervan. Zo verwees de NMa bijvoorbeeld in de zaak Fresh FM/BUMA naar de mogelijkheid om de toelaatbaarheid van tariefdifferentiatie door een CBO te beoordelen aan de hand de welvaartseffecten ervan, maar voegde daaraan toe dat dergelijke toetsing “niet praktisch uitvoerbaar” was²⁹⁵.

Dat sluit uiteraard niet uit dat mededingingsautoriteiten of rechterlijke instanties beslissingen kunnen nemen waarbij weliswaar niet uitdrukkelijk naar economische argumenten wordt verwezen, maar waarbij de juridische redenering wel in lijn daarmee ligt en/of uiteindelijk leidt tot een vanuit economisch oogpunt wenselijk resultaat.

Dit alles gaat overigens op zowel voor de rechtspraak van de Europese rechterlijke instanties en de beslissingspraktijk van de Europese Commissie, als voor die van de NMa/Nederlandse rechterlijke instanties. Ook in andere jurisdicties, waar op basis van secundaire publicaties naar afwijkende uitspraken werd gespeurd, werd geen andere tendens ontwaard. Dit sluit aan bij wat wij reeds in de deelconclusies bij het juridische luik aangaven, namelijk dat in de geselecteerde jurisdicties – net als in Nederland – voor alle aspecten van deze problematiek getrouw wordt verwezen naar het Europese voorbeeld en daar niet van wordt afgeweken.

²⁹⁵ Zie paragraaf 2.4.5 iii).

In het hierna volgende wordt een overzicht gegeven van of en in welke mate in de rechtspraak en de beslissingspraktijk van mededingingsautoriteiten voor verschillende vanuit economisch oogpunt als relevant beschouwde aspecten rekening wordt gehouden.

4.4.1 Vooraf te beoordelen aspect: het vaststellen van een machtspositie

Zoals in het juridische luik is besproken, is de problematiek van de spanning tussen auteursrecht en mededingingsrecht in de praktijk vooral aan de orde bij de toepassing van de regels inzake misbruik van machtspositie op eenzijdige gedragingen door individuele rechthebbenden of CBO's. Omdat de misbruikregels van toepassing zouden kunnen zijn, moet aangetoond zijn dat de betrokken rechthebbende of CBO economisch gezien een machtspositie op de relevante markt heeft.

De redenering die rond dat begrip machtspositie is opgebouwd, loopt zeer duidelijk gelijk in de rechtspraktijk en in de economische wetenschappelijke literatuur. Het auteursrecht verleent weliswaar een exclusief recht op het gebruik en de exploitatie van een auteursrechtelijk beschermde creatie, en sluit derden daarvan uit, behoudens toestemming van de betrokken auteur. Dat exclusief recht (monopolierecht) levert op zich echter niet noodzakelijk een machtspositie op. Het kan immers zijn dat er andere werken zijn die als substituten functioneren en in concurrentie treden met het beschermde werk. Vanuit economisch oogpunt is er dan geen sprake van een machtspositie, net zomin als in juridische zin. Vaste rechtspraak definieert het begrip "machtspositie" immers als de mogelijkheid om "een daadwerkelijke mededinging op de relevante markt te beletten door de mogelijkheid zich onafhankelijk te gedragen zonder in noemenswaardige mate rekening te moeten houden met de houding van andere marktdeelnemers zoals concurrenten, klanten en consumenten"²⁹⁶. Een rechthebbende heeft niet die mogelijkheid als er substituten zijn die met zijn producten in concurrentie treden.

Van een machtspositie zal in juridische zin enkel sprake zijn wanneer een individuele rechthebbende een werk exploiteert dat geen of te weinig concurrentiedruk uitgaand van substituten ondergaat. Het gaat om gevallen waarin de relevante productmarkt(en) van de rechthebbende nagenoeg overeenstemt met het domein van zijn auteursrecht. Vanuit economisch oogpunt is dit niet wezenlijk anders: als voorbeeld werd daar gegeven het werk van een bekende auteur waar gebruikers geen alternatief voor zien en dat op zich een afzonderlijke markt kan vormen. In het

²⁹⁶ Zie opnieuw H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, *Jur.*, 1978, 280, ov. 65; H.v.J., 13 februari 1979, *Vitaminen*, 85/76 van, *Jur.*, 1979, 520, ov. 38; H.v.J., 9 november 1983, *Michelin*, 322/81, *Jur.*, 1983, 3503 ov. 30.

economische luik werd ook aangegeven dat een gelijkaardige situatie zich kan voordoen wanneer een bepaald werk door de werking van netwerkeffecten zo goed als onvervangbaar en onmisbaar is geworden. Voor wat CBO's betreft, zal er zowel vanuit juridisch als vanuit economisch perspectief sprake zijn van een machtspositie wanneer zij over een wettelijk of feitelijk monopolie bezitten op de exploitatie van auteursrecht voor creaties die tot eenzelfde markt behoren (of, in economisch termen verwoord: werken die door de gebruiker als nauwe onderlinge substituten worden beschouwd).

Zoals reeds meermaals werd aangegeven, impliceert het bestaan van een machtspositie op zich geen misbruik. Daarom grijpt het mededingingsrecht ook niet in op het bestaan en de inhoud van het auteursrecht zelf. Dat is enkel zo bij bepaalde hieronder besproken gedragingen die onder omstandigheden misbruik van machtspositie opleveren.

4.4.2 Licentieweigering/leveringsweigering

In het economische luik werd erop gewezen dat auteursrecht een belangrijke rol te vervullen heeft bij het stimuleren van innovatie. Het verlenen van een tijdelijk exclusief recht op het gebruik en de exploitatie van een werk garandeert de schepper ervan de mogelijkheid om de kosten van onderzoek en ontwikkeling terug te verdienen, alsook zijn creativiteit en innovatie te belonen. In bepaalde gevallen kan de uitoefening van het auteursrecht echter economisch onwenselijke gevolgen hebben. In die gevallen is een al te strakke toepassing van het auteursrecht uit den boze en is het veeleer nuttig dat ook anderen gebruik kunnen maken van het beschermde werk. Een licentieweigering door een rechthebbende met een machtspositie kan dan vanuit economisch oogpunt als problematisch worden beschouwd. Dit is zo indien, kort samengevat:

- een leveringsweigering uitgaat van een rechthebbende ten aanzien van een concurrent op een *downstream*markt waar de rechthebbende zelf ook actief is. Een licentieweigering kan de (potentiële) concurrentie op de *downstream*markt dan afremmen of uitsluiten door een *foreclosure* effect.
- het gebruik van een auteursrechtelijk beschermde creatie in het bijzonder nodig is opdat anderen een nieuw product zouden kunnen ontwikkelen. Een licentieweigering kan dan immers de innovatie afremmen.
- de licentieweigering in het bijzonder leidt tot incompatibiliteit. Dit is het geval wanneer een rechthebbende weigert zijn werk of bepaalde bestanddelen/bouwstenen ervan ter beschikking te stellen aan concurrenten, waardoor deze niet in staat zijn om compatibele werken te ontwikkelen. Dit

heeft dan een negatief effect op de statische en mogelijk ook op de dynamische efficiëntie.

In deze gevallen is het economisch gezien wenselijk dat op grond van het mededingingsrecht zou worden ingegrepen. Uit onze analyse valt op te maken dat, met betrekking tot leveringsweigering, de economische analyse en rechtspraak met betrekking tot de toepassing van het mededingingsrecht in wezen ook effectief gelijk lopen. Hoewel rechters en mededingingsautoriteiten niet vaak specifiek en expliciet naar de economische literatuur verwijzen, ligt hun aanpak doorgaans in de lijn daarvan.

Ook rechters en mededingingsautoriteiten nemen als uitgangspunt dat het auteursrecht een belangrijke rol te vervullen heeft bij het belonen van creativiteit en het stimuleren van innovatie. Het moet een auteur in beginsel dus vrij staan, te beslissen of hij zijn werk al dan niet door anderen wil laten gebruiken. Dit sluit aan bij de algemene mededingingsrechtelijke rechtspraak inzake leveringsweigering.

Vanuit juridisch oogpunt moet licentieweigering door een auteursrechthebbende met een machtspositie echter als misbruik worden gekwalificeerd wanneer zij leidt tot het uitschakelen van bestaande concurrenten of het belemmeren van de ontwikkeling van nieuwe concurrenten zonder dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging kan worden gegeven. Een licentieweigering zal in het bijzonder misbruik kunnen opleveren indien het beschermde werk een *essential facility* is, *i.e.* een faciliteit die onmisbaar is voor de toegang tot of het voortzetten van bepaalde activiteiten. Een licentieweigering vormt dan een misbruik wanneer (cumulatief)

- daardoor het ontwikkelen van daadwerkelijk vernieuwende producten op de markt van de rechthebbende, of het ontwikkelen van een nieuwe markt wordt uitgesloten en
- diegene aan wie de licentie wordt geweigerd, geen reëel of potentieel alternatief heeft en
- de weigering niet objectief wordt gerechtvaardigd.

Deze aanpak laat toe om voormelde economisch onwenselijke gevallen van licentieweigering door een rechthebbende met een machtspositie, leidend tot *foreclosure* of het afremmen van innovatie – al dan niet door het veroorzaken van incompatibiliteit – juridisch te beteugelen.

Tegelijk biedt de juridische aanpak echter aan de rechthebbende de mogelijkheid om aan de vaststelling van een misbruik te ontsnappen voor zover deze de licentieweigering objectief kan rechtvaardigen. De rechtspraak en de

beslissingspraktijk van de mededingingsautoriteiten erkennen een beperkt aantal mogelijke legitieme commerciële, technische of uitvoerbaarheidsredenen als rechtvaardigingsgrond voor een weigering²⁹⁷. Het gaat veelal om situaties waarin het verlenen van een licentie de capaciteit van de rechthebbende zou hypothekeren, hem onbillijke commerciële of financiële risico's zou doen lopen (bijvoorbeeld in geval van insolventie van de gebruiker), of een risico van onrechtmatig gebruik van zijn werk zou veroorzaken (bijvoorbeeld illegaal kopiëren). In die gevallen komt het ook vanuit economisch oogpunt onwenselijk over, de rechthebbende te dwingen een licentie te verlenen.

Ons inziens geeft de aanpak van licentieweigering door de rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten dan ook blijk van een enigszins terughoudende maar terecht behoedzame toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van het auteursrecht, die goeddeels overeenstemt met de economische inzichten terzake, al wordt dan misschien niet expliciet naar die inzichten verwezen.

4.4.3 Tariefdifferentiatie/prijsdiscriminatie

In de economische wetenschappelijke literatuur wordt wel één en ander gesteld met betrekking tot de wenselijkheid van tariefdifferentiatie of, anders verwoord, prijsdiscriminatie. Zo worden niet minder dan drie vormen van prijsdiscriminatie onderscheiden, met name de *eerstegraads*-, *tweedegraads*- en *derdegraads* prijsdiscriminatie, waarbij voor elke vorm zowel positieve als negatieve effecten worden geïdentificeerd. Anders dan het geval is bij licentieweigering, lopen de economische analyse en de aanpak in de rechtspraak op het vlak van prijsdiscriminatie echter enigszins uiteen. De juridische aanpak op dit vlak is veel minder genuanceerd: prijsdiscriminatie door een rechthebbende met een machtspositie is in beginsel verboden, tenzij de rechthebbende een objectieve rechtvaardiging voor het verschil in behandeling kan geven.

Over *eerstegraads* discriminatie kan men kort zijn: er zijn ons geen gevallen bekend in de rechtspraak of praktijk van de mededingingsautoriteiten van prijsdiscriminatie door een rechthebbende of CBO met een machtspositie waarbij elke gebruiker precies die prijs betaalde die hij maximaal bereid was te betalen. Wellicht heeft dit te maken met het feit dat, zoals in het economische luik ook aangegeven, het voor een rechthebbende juist zeer moeilijk is om te achterhalen wat elke gebruiker bereid is te betalen. Mocht zo'n situatie zich voordoen, is het best mogelijk dat zo'n *eerstegraads* discriminatie als een misbruik zou worden beschouwd: zij vertoont immers gelijkenis met de situatie waarin een onderneming met een machtspositie ertoe overgaat "to

²⁹⁷ Zie supra paragraaf 2.4.4 *in fine*.

charge what the market can bear”, *i.e.* aan elke (groep van) gebruiker(s) aanrekent wat die (groep) kan en wil dragen. Dergelijk procédé is in andere (niet-auteursrecht gerelateerde) misbruikzaken reeds veroordeeld²⁹⁸.

Ook over *tweedegraads* discriminatie behoudt de rechtspraak inzake mededingingsrecht het stilzwijgen. Het aanbieden van verschillende contractstypes, waarbij de gebruiker zelf en dus vrijwillig kan kiezen volgens welke formule hij met de rechthebbende in zee gaat en diens werk gebruikt, zou in juridische termen immers NIET als misbruik worden beschouwd. In juridische zin betekent discriminatie immers dat men gelijke gevallen ongelijk behandelt en *vice versa* zonder een keuzemogelijkheid te laten aan de gebruiker. Nochtans kan tweedegraads discriminatie vanuit economisch oogpunt onder bepaalde omstandigheden onwenselijk zijn, waarbij het niet steeds eenvoudig is om uit te maken in welke concrete gevallen dit zo is. In deze gevallen komt het mededingingsrecht echter niet tussen.

Als er al een vorm van prijsdiscriminatie in economische zin is die in de rechtspraak wordt verboden als misbruik van machtspositie, dan zal het wellicht het meest waarschijnlijk gaan om *derdegraads* prijsdiscriminatie. Dit werd gedefinieerd als een situatie waarin de rechthebbende verschillende groepen van gebruikers onderscheidt en voor elke groep een andere prijs vaststelt, waarbij de groep met de minst elastische vraag het meest betaalt. In het juridische luik²⁹⁹ werd verwezen naar een aantal zaken waar ongelijke behandeling van bijvoorbeeld commerciële resp. publieke zenders, radiozenders resp. andere persorganen, kleine resp. grote televisiezenders als mogelijk misbruik werd beschouwd. In de desbetreffende uitspraken werd weliswaar geheel voorbij gegaan aan de vraag of het effectief de gebruikers met de meest inelastische vraag waren die het hoogste (en dus nadelige) tarief dienden te betalen; of het dus ging om echte gevallen van *derdegraads* discriminatie in de economische betekenis is niet geheel duidelijk. Wat daar ook van zij, duidelijk is dat in de rechtspraak en de praktijk van de mededingingsautoriteiten enkel wordt nagegaan of een eventuele ongelijke behandeling kan worden toegelaten op grond van een objectieve rechtvaardiging en of daarbij transparante voorwaarden worden gehanteerd. Of de ongelijke behandeling resulteert in de in de economische literatuur geïdentificeerde mogelijke negatieve dan wel positieve effecten wordt niet onderzocht.

²⁹⁸ Zo ten aanzien van ondernemingen die verschillende tarieven handhaafden in functie van de financiële draagkracht van de consumenten in verschillende landen: zie H.v.J., 14 februari 1978, *United Brands*, 27/76, Jur., 1978, 207, ov. 120-122; G.e.a., 6 oktober 1994, *Tetra Pak II*, T-83/91, Jur. 1994, II-755, ov. 160.

²⁹⁹ Meer bepaald in paragraaf 2.3.5. ii).

Men kan dus besluiten dat in de rechtspraak al niet expliciet rekening wordt gehouden met de economische leer rond prijsdiscriminatie, maar dat zelfs bij een impliciete inachtneming ervan enkel *derdegraads* discriminatie mogelijk als misbruik van machtspositie zal worden beschouwd. Daarbij wordt deze vorm van discriminatie dan echter in principe verboden zonder dat rekening wordt gehouden met de mogelijk positieve economische effecten ervan.

4.4.4 Excessieve prijzen

In het juridische gedeelte werd besproken dat het vragen van excessief hoge vergoedingen (royalties) door een rechthebbende/CBO met een machtspositie onmiskenbaar als een misbruik van machtspositie kan worden beschouwd. Ook vanuit economisch oogpunt zijn excessieve, d.w.z. economisch niet verantwoorde prijzen om voor de hand liggende redenen (mogelijke welvaartsvermindering) onwenselijk. Excessieve prijzen kunnen ook innovatie afremmen wanneer beschermde creaties die nodig zijn als input voor de ontwikkeling van nieuwe producten, te hoog geprijsd zijn: de mogelijke producenten van die nieuwe producten kunnen dan afzien van het afnemen van de te dure creatie waardoor er minder innovatie optreedt.

Zowel vanuit juridisch als vanuit economisch oogpunt is het echter niet eenvoudig om vast te stellen vanaf wanneer prijzen effectief als te hoog of excessief moeten worden beschouwd. Zoals in het economische luik werd aangegeven, bemoeilijkt het feit dat auteursrechtelijke werken vaak informatiegoederen of ervaringsgoederen zijn, en zich ook vaak netwerkeffecten kunnen voordoen, het bepalen van een correcte vergoeding. Men zou – zoals het geval is geweest bij de vermelde Canadese studie – kunnen uitgaan van een hypothetische vrije markt waar vraag en aanbod de prijs bepalen, om uit te maken wat een correcte prijs is. Men zou ook kunnen trachten te werken met Ramsey prijzen.

Beide werkwijzen lijken echter in de praktijk – en zeker in de rechtspraak – moeilijk hanteerbaar te zijn. Omwille van de wettelijke exclusiviteit die het auteursrecht in het leven roept en het daaruit voortvloeiend ontbreken van een "normale" marktwerking wat auteursrecht betreft, evenals door het in de praktijk niet voorhanden zijn van alle nodige informatie, is het *de facto* moeilijk te bepalen wanneer prijzen excessief zijn. Bij de beoordeling van de redelijkheid van concreet gehanteerde prijzen, bieden de economische argumenten in een mededingingsrechtelijke analyse door rechters of mededingingsautoriteiten dan ook weinig houvast.

Laatstgenoemden besteden er dan ook niet echt veel aandacht aan. Veel betere alternatieve technieken zijn er echter niet meteen. De methode die erin bestaat, te

achterhalen of er sprake is van excessieve tarieven is door te starten vanuit een kostenoriëntatie, biedt weinig soelaas: het wenselijke tarief voor het gebruik van auteursrechten, ook in het geval van prijszetting door CBO's, kan immers niet of nauwelijks worden gerelateerd aan kosten. Ook een internationale tariefvergelijking is, zoals besproken, geen wondermiddel. Een correcte vergelijking is immers zeer moeilijk omdat de situatie in verschillende landen zeer sterk uiteen loopt en evenmin duidelijk is of de vergoedingen in die landen niet excessief (of te laag) zijn. In de rechtspraak is men daarom zeer terughoudend en zal men niet makkelijk besluiten dat excessieve prijzen een misbruik van machtspositie uitmaken, doch dit enkel doen in zeer manifeste gevallen waar het gehanteerde tarief kennelijk onredelijk is.

Dit betekent dat het mogelijk is dat er in bepaalde gevallen een licht te hoge prijs wordt gevraagd die een beperkt welvaartsverlies genereert, zonder dat dit, bij gebrek aan een manifest karakter, op grond van het mededingingsrecht wordt gedetecteerd en beteugeld. In die zin kan de toepassing van het mededingingsrecht dan ook slechts gedeeltelijk economisch onwenselijke prijszetting verhinderen.

4.4.5 Economische overwegingen die niet aan bod komen in de rechtspraak

In het economische luik werd nog een aantal aspecten besproken die relevant zijn bij de beoordeling van het gedrag van auteursrechthebbenden of CBO's als mogelijk misbruik van machtspositie, die echter niet als zodanig in de praktijk van rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten aan bod komen.

Vooreerst werd er op gewezen dat bundeling, i.e. het aanbieden van verschillende informatiegoederen in één pakket, mogelijk economisch onwenselijke gevolgen met zich meebrengt. Bundeling is in de rechtspraak echter geen probleem dat specificiteiten vertoont in de context van de toepassing van het mededingingsrecht op gedragingen van auteursrechthebbenden of CBO's. Dat betekent niet dat deze laatsten zich niet aan door het mededingingsrecht verboden bundeling schuldig kunnen maken. Bundeling door een onderneming met een machtspositie kan onder bepaalde omstandigheden een misbruik van machtspositie opleveren; in mededingingsrechtelijke termen spreekt men dan doorgaans van koppelverkoop of 'tying'. Zo werden in het juridische luik zijdelings enkele cases vermeld³⁰⁰ waarin koppelverkoop door CBO's als verboden werd beschouwd. Ook in de Microsoft-zaak, waarvan het aspect prijszetting uitvoerig werd besproken, werd Microsoft naast voor het hanteren van onredelijke prijzen ook veroordeeld voor het toepassen van koppelverkoop. Dit was het geval doordat het zijn besturingssysteem Windows samen met mediaspelerssoftware aanbood zonder dat de gebruiker in de praktijk de

³⁰⁰ Zie paragraaf 2.4.5 i).

mogelijkheid kreeg zich de producten afzonderlijk aan te schaffen. Wij beklemtonen dat de koppelverkoop in deze gevallen werd veroordeeld op grond van de klassieke juridische criteria ter beoordeling van koppelverkoop voor eender welk product/welke dienst zonder dat het feit, dat het in die gevallen om auteursrechtelijke creaties ging, van enige invloed was.

In de economische literatuur wordt ook aandacht besteed aan de algemene effecten van auteursrecht op de efficiëntie buiten de specifieke efficiëntieoverwegingen die bij de hiervoor besproken specifieke vormen van misbruik van machtspositie aan bod komen. In de rechtspraak zal met deze effecten enkel in negatieve zin rekening worden gehouden: wanneer men een verminderde efficiëntie ten gevolge van gedragingen van een auteursrechthebbende of CBO met een machtspositie vaststelt, zal dit ertoe kunnen bijdragen dat deze wegens misbruik van machtspositie wordt veroordeeld. Met eventuele positieve efficiëntie-effecten wordt bij de misbruikanalyse geen rekening gehouden. Dat is ergens logisch. Het vaststellen van een misbruik geschiedt immers niet door het opmaken van een balans van negatieve en positieve effecten van een gedraging. Wanneer negatieve gevolgen kunnen worden vastgekoppeld aan gedragingen van een onderneming met een machtspositie leidt dit onvermijdelijk tot het vaststellen van een misbruik. Mogelijke positieve effecten leveren dan geen 'verweer' of 'ontsnappingsmogelijkheid' op. Dat is anders bij de kartelcontrole, waar de negatieve effecten van een mededingingsversturende afspraak of multilateraal gedrag kunnen worden gecompenseerd door bepaalde gunstige effecten; principieel verboden kartels kunnen dan onder bepaalde voorwaarden van het kartelverbod ontheven worden³⁰¹.

Tenslotte gaat men er in de economische literatuur ook van uit dat men bij de beoordeling van het gedrag van rechthebbenden/CBO's ook moet kijken naar de effectieve gevolgen van dat gedrag en nagaan of er effectief schade aan andere marktdeelnemers werd toegebracht. Of dat het geval is, kan men immers niet aan de gedraging zelf aflezen. Vanuit economisch perspectief kan er enkel sprake zijn van een misbruik van machtspositie indien de dader ook een prikkel heeft gehad om zich op een bepaalde wijze te gedragen of indien de gebruikers ook daadwerkelijk schade door dat gedrag hebben geleden. In de mededingingsrechtelijke beoordeling van mogelijk misbruik van machtspositie is dit geheel irrelevant. Indien rechterlijke instanties of mededingingsautoriteiten vaststellen dat een bepaald gedrag aan de objectieve voorwaarden voor het vaststellen van een misbruik beantwoordt, doet het er niet toe of dit gedrag ook effectief nadelige gevolgen heeft teweeggebracht. Dat er potentieel schade kon worden veroorzaakt volstaat om tot een veroordeling op grond van de misbruikregels te komen.

³⁰¹ Dit op grond van art. 101, derde lid WVEU resp. art. 6, derde lid Mw.

4.4.6 Recapitulatie

Samenvattend kan men stellen dat in de verschillende jurisdicties slechts hoogst uitzonderlijk expliciet naar economische overwegingen wordt verwezen. Met een aantal van deze overwegingen wordt echter wel impliciet rekening gehouden, in die zin dat de gehanteerde juridische redenering in wezen samenvalt met de economische zienswijze en/of leidt tot een resultaat dat vanuit economisch oogpunt wenselijk is.

Dit geldt vooreerst voor wat de vraag betreft of en wanneer een auteur of CBO een machtspositie heeft; dit vloeit zeker niet steeds voort uit het feit dat men op grond van het auteursrecht een exclusief recht op een werk verkrijgt. Het samenvallen van de economische en juridische analyse is het sterkst bij de benadering van licentieweigering als mogelijk misbruik van machtspositie. Beiden geven blijk van een terughoudende toepassing van het mededingingsrecht, in die zin dat licentieweigering slechts uitzonderlijk als misbruik zal worden beschouwd. Wanneer die weigering echter leidt tot het afremmen van innovatie of een onnodig beperken van de mededinging zonder objectieve rechtvaardiging en dus economisch onwenselijk is, zal zij ook op grond van het mededingingsrecht kunnen worden belet. Ook bij de beoordeling van vermeend excessieve prijzen vinden de economische inzichten en de rechtspraktijk elkaar, zij het dan in hun beperktheid om accuraat het wenselijke prijsniveau te bepalen.

Voor wat prijsdiscriminatie betreft valt het op dat slechts één van de vormen (*derdegraads*) van prijsdiscriminatie die vanuit economisch oogpunt worden onderscheiden, mogelijk als misbruik van machtspositie in juridische zin zal worden beschouwd. Bij de mogelijke juridische beteugeling van derdegraads discriminatie wordt dan wel voorbij gegaan aan de mogelijk positieve effecten die uit *derdegraads* discriminatie kunnen voortvloeien. Andere economische overwegingen, tenslotte, komen in de praktijk van rechters en mededingingsautoriteiten niet aan bod.

4.5 De optimale vergoeding voor auteursrechthebbenden

De vijfde onderzoeksvraag luidt:

“Wat is een optimale vergoeding voor auteursrechthebbenden?”

Een optimale vergoeding voor auteursrechthebbenden, eventueel door middel van prijsstelling door CBO's, geeft een dusdanige vergoeding voor de werken dat (i) auteurs daadwerkelijk ook een prikkel hebben om die werken te produceren die

maatschappelijk gezien gewenst zijn (d.w.z. dat de waarde die afnemers aan een werk toedichten, groter is dan de kosten die veroorzaakt worden door de productie van het werk) en (ii) afnemers niet onnodig afgeschrikt worden door de hoogte van de vergoeding. In normale markten kan een dergelijke vergoeding door de werking van vraag en aanbod bepaald worden. Dat is hier echter niet het geval omdat er voor deze informatiegoederen slechts één of enkele aanbieder(s) is/zijn en er bovendien hoge kosten gepaard gaan met de inning en de controle op de naleving van de betaling van de vergoedingen.

In de praktijk worden de vergoedingen vaak door CBO's vastgesteld, maar gezien de vele klachten op dit terrein lijkt het wenselijk naar mogelijkheden te zoeken om de vergoedingen op een meer objectieve wijze te laten plaatsvinden. Zoals eerder gesteld, heeft het toezicht op grond van het mededingingsrecht gezien zijn wezenlijk *ex post* karakter bij de uitwerking daarvan slechts een beperkte rol te spelen. Vanuit een economische optiek ligt het voor de hand om te bestuderen in hoeverre een objectieve prijsstelling kan plaatsvinden via marktwerking of de nabootsing (simulering) hiervan. De eerste denkrichting in de vorm van het inbouwen van meer keuzemogelijkheden voor zowel auteurs als betalingsplichtigen kwam aan bod in paragraaf 3.3. We zullen hier kort een tweede, alternatieve denkrichting wat verder uitwerken.

Voor vergoedingen voor muziekgebruik door commerciële radiostations kan in dit verband het volgende worden opgemerkt. In Nederland worden de vergoedingen centraal vastgesteld en bepalen radiostations welke muziek zij gebruiken. In een recente studie over Canada waar de vergoedingen op een overeenkomstige wijze geregeld worden, wordt een analyse gemaakt van de vergoedingen die commerciële radiostations *zouden moeten* betalen voor het gebruik van muziek³⁰². Het uitgangspunt van de verrichte studie is dat de vergoedingen die feitelijk betaald worden wellicht niet de meest optimale vergoedingen zijn en dat de meest optimale vergoedingen die vergoedingen zijn die tot stand zouden komen indien er een vrije markt zou zijn waar vraag en aanbod de vergoeding bepalen. Een dergelijke vergoeding geeft auteurs van muziekwerken een prijs die hun toegevoegde waarde aan een radioprogramma reflecteert. De hierover verrichte analyse geeft aan dat het mogelijk is om op basis van de huidige vergoedingen en het huidige gebruik van de radiostations te bepalen wat die vergoedingen zouden zijn geweest indien een vrije markt zou bestaan. Op basis van feitelijk waargenomen gedrag worden met andere woorden vergoedingen berekend die in een hypothetische situatie van een vrije markt zouden gelden. Deze laatste vergoedingen worden dan als een rechtvaardige

³⁰² Zie AUDLEY en BOYER, 2007, The Competitive Value of Music to Commercial Radio Stations, *Review of Economic Research on Copyright Issues* 4(2), 29-50.

en optimale beloning gezien die tot stand zou komen ingevolge de karakteristieken van een vrije markt. Op basis van de verrichte analyse is de conclusie dat de vergoedingen in Canada ruwweg twee keer zo hoog zouden moeten worden vastgesteld.

Deze methode is niet altijd gemakkelijk te implementeren, maar indien de benodigde informatie voorhanden is, is het een redelijke methode die theoretisch bepaalde gewenste eigenschappen heeft. De methode is zeker te prefereren boven de twee methoden die de NMa vermeldt in haar rapport uit 2007 m.b.t. het toezicht op collectieve beheersorganisaties³⁰³. Een internationale vergelijkende studie is niet zinvol omdat onduidelijk is welke landen in een vergelijking betrokken moeten worden en evenmin duidelijk is of de vergoedingen in die landen niet excessief (of te laag) zijn. Aan de andere kant is vaak ook niet zonder meer vast te stellen, zoals wij ook in hoofdstuk 2 reeds geconcludeerd hebben, of er sprake is van misbruik van machtspositie indien CBO's of andere instanties die de vergoedingen vaststellen prijsdiscriminatie toepassen.

4.6 Beperking van de mededinging door de uitoefening van het auteursrecht

De centrale onderzoeksvraag luidt:

“In welke gevallen kan er sprake zijn van een (ongeoorloofde) beperking van de mededinging door de uitoefening van het auteursrecht?”

Auteursrecht is het uitsluitend recht van de maker van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst, of van diens rechtverkrijgenden, om dit openbaar te maken en te verveelvoudigen, behoudens de beperkingen bij de wet gesteld (artikel 1, Auteurswet). Dit exclusieve recht dat de auteursrechthebbende een (juridisch) monopolie verleent houdt daarmee ook in dat deze per definitie, evenals een houder van andere eigendomsrechten, een bepaalde (economische) macht heeft over het werk: de ruimte en armslag om in beginsel met het werk te doen en laten wat hem goeddunkt.

Mededingingsrecht bestaat zowel in het EG-recht als in het nationale recht uit regelgeving die erop gericht is de vrije mededinging tussen ondernemingen te vrijwaren. Mededingingsrecht gaat er van uit dat vrije mededinging borg staat voor

³⁰³ NMa, 2007, *De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties*, Den Haag, februari 2007.

een hoge maatschappelijke welvaart en dat mededingingsbeperkingen daarom, behoudens uitzonderingen, zo veel mogelijk moeten worden vermeden. Mededingingsrecht ziet daarom toe op samenwerking tussen onafhankelijk blijvende ondernemingen waardoor de mededinging kan worden verstoord (karteltoezicht in de zin van artikel 101 VWEU resp. artikel 6 Mw). Het mededingingsrecht omvat ook regels die toezien op het éézijdig optreden van ondernemingen met een machtspositie, met name het misbruiktoezicht in de zin van artikel 102 VWEU resp. artikel 24 Mw.

In de praktijk van mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties zullen auteursrecht en mededingingsrecht tot een onderlinge spanning komen bij de toepassing van het misbruiktoezicht. Het betreft dan zaken waarin de vraag opduikt of de wijze waarop een auteursrechthebbende zijn exclusieve rechten voortvloeiend uit zijn auteursrecht gebruikt, neerkomt op een misbruik van *machtspositie* in de zin van artikel 102 VWEU resp. artikel 24 Mw. Gelet op het exclusieve recht waarover een auteur beschikt, bestaat immers de mogelijkheid dat deze een machtspositie in de mededingingsrechtelijke zin bezit. Uit hoofdstukken 2 en 3 van dit rapport blijkt dat zowel een analyse van de rechtspraak van rechterlijke instanties en de beslissingspraktijk van mededingingsautoriteiten, als de economische literatuur, leren dat dit met name het geval is wanneer voor zijn werk weinig of geen substituten bestaan en dit werk zodoende op zich (nagenoeg) een afzonderlijke relevante markt vormt. Auteurs kunnen hun rechten ook namens henzelf laten exploiteren door een orgaan voor collectief beheer (CBO). Wanneer dergelijke CBO over een wettelijk of feitelijk monopolie beschikt, kan ook deze CBO een machtspositie bezitten en zich in zijn gedrag onder omstandigheden schuldig maken aan misbruik daarvan.

Vervolgens rijst de vraag in welke situaties een rechthebbende of CBO zich dan schuldig maakt aan misbruik van machtspositie, met andere woorden: in welke gevallen de uitoefening van het auteursrecht tot een mededingingsrechtelijke inbreuk leidt.

De praktijk van mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties toont dat zij bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van de uitoefening van het auteursrecht geen *a priori's* hanteren. Het mededingingsrecht doet met andere woorden níét als zodanig afbreuk aan het bestaan, de wezenskenmerken en/of functie(s) van het auteursrecht. Ook de mededingingsrechtelijke beoordeling van het gebruik/uitoefening van het auteursrecht door de rechthebbende is niet systematisch "in het nadeel" van het auteursrecht. Er weze aan herinnerd dat dit overigens aansluit bij de economische inzichten van hoofdstuk 3 van dit rapport: auteursrecht wordt vanuit economisch oogpunt gezien als een nuttig instrument voor het stimuleren van innovatie. Een al te

voortvarende toepassing van het mededingingsrecht zou dan ook afbreuk kunnen doen aan de gunstige economische effecten van auteursrecht.

In de praktijk van het mededingingsrecht wordt een drietal gedragingen echter als een mogelijk misbruik van machtspositie gezien. Het betreft situaties waarin een rechthebbende onredelijk weigert een licentie (gebruiksrecht) voor zijn auteursrechtelijk beschermde creatie te verlenen, waarin verschillende gebruikers door een rechthebbende of CBO op discriminatoire wijze worden behandeld ten aanzien van de licentievoorwaarden (met inbegrip van de te betalen vergoeding), of waarin een rechthebbende of CBO excessief hoge royalties eist. Uit het rechtswetenschappelijke deel van dit rapport blijkt dat, wanneer de uitoefening van het auteursrecht tot een (vermeende) beperking van de mededinging van een van deze vermelde types leidt, het voor mededingingsautoriteiten en rechterlijke instanties in de praktijk vaak niet gemakkelijk is om vast te stellen dat er effectief sprake is van een ongeoorloofde beperking van de mededinging in die zin dat partijen misbruik maken van hun machtspositie.

Voor de beoordeling van vermeend onredelijke licentieweigering en discriminatoir gedrag is het mededingingsrecht nog redelijk goed in staat mogelijke problemen effectief aan te pakken.

Licentieweigering door een rechthebbende of CBO is principieel toegelaten. In uitzonderlijke gevallen zal licentieweigering door een rechthebbende echter vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt ongeoorloofd zijn. Dit is het geval wanneer die weigering de concurrenten zou uitschakelen of de ontwikkeling van nieuwe producten zou belemmeren. Wanneer de door het auteursrecht beschermde creatie als onmisbaar *c.q.* onontbeerlijk wordt beschouwd voor toegang tot *c.q.* voortzetting van een activiteit op de relevante markt, heeft de auteursrechthebbende een *essential facility* in handen. Wanneer hij deze niet wil delen met een derde misbruikt hij zijn machtspositie als drie cumulatieve voorwaarden vervuld zijn:

1. (risico van) uitsluiting van elke mogelijkheid tot mededinging op de (primaire of afgeleide) markt;
2. afwezigheid van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor de weigering van licentie/toegang (willekeur), en
3. afwezigheid van ieder reëel of potentieel alternatief voor de betrokken faciliteit (onontbeerlijkheid).

Deze voorwaarden geven aan dat licentieweigering slechts onder redelijk strenge voorwaarden als misbruik zal worden beschouwd. Er is dus sprake van een al bij al terughoudende toepassing van het mededingingsrecht ten aanzien van auteursrecht.

De zgn. 'essential facility'-doctrine brengt een "normale" uitoefening van het auteursrecht met andere woorden niet binnen het bereik van het mededingingsrecht. Zoals aangegeven in paragraaf 4.4.2 stemt deze aanpak goeddeels overeen met de economische inzichten terzake, al wordt door rechters en mededingingsautoriteiten dan misschien niet expliciet naar die inzichten verwezen.

De benadering van (prijs)discriminatie in het mededingingsrecht is relatief eenvoudig: een rechthebbende of CBO met een machtspositie mag in beginsel niet discrimineren, d.w.z. gebruikers in eenzelfde situatie verschillend behandelen en *vice versa*. Een ongelijke behandeling is enkel oorbaar indien daaraan een objectieve rechtvaardiging ten grondslag ligt; de redenen en toepassingsvoorwaarden voor de ongelijke behandeling moeten dan ook transparant zijn opgegeven. Zoals wij aangaven in paragraaf 4.4.3 sluit die benadering niet geheel aan bij de economische inzichten terzake: bepaalde vormen van discriminatie die in de economische literatuur worden geïdentificeerd komen geheel niet aan bod in de rechtspraak. Derdegraads discriminatie wordt mogelijk wel beteugeld, maar zonder dat dan met de mogelijk positieve gevolgen ervan rekening wordt gehouden.

Het mededingingsrecht verbiedt duidelijk aan rechthebbende of CBO's met een machtspositie om excessief hoge tarieven (royalties) te eisen voor het gebruik van auteursrechtelijk beschermde werken. Door hen opgelegde tarieven die kennelijk en manifest uittorenen boven wat voor vergelijkbare werken/in een vergelijkbare context als te hoog en onredelijk wordt beschouwd zullen door rechters en mededingingsautoriteiten dan ook als misbruik van machtspositie worden beschouwd. Zij gaan in dezen echter niet verder dan een vorm van "marginale toetsing". Dat valt te verklaren door het feit dat voor het accuraat berekenen van wat een correct c.q. te hoog tarief moet worden beschouwd, vooralsnog geen sluitende methode ter beschikking staat. Daartoe is een gedetailleerde analyse vereist van de effecten van de gedraging voor de mededinging, concurrenten en/of derden in de specifieke omstandigheden van de markt in kwestie.

Zoals aangegeven in paragraaf 3.4 zou een rechtvaardige en optimale beloning vanuit economisch oogpunt de (gesimuleerde) prijs kunnen zijn die tot stand zou komen indien er een vrije markt zou zijn waar vraag en aanbod de beloning bepalen (omdat een dergelijke beloning de toegevoegde waarde van de auteur reflecteert). Nabootsing (simulering) van een beloning die in een concurrerende markt tot stand zou komen kan theoretisch vanuit economisch oogpunt dan ook een aantal werkbare handvaten bieden om tot een redelijke vergoeding te komen³⁰⁴. In het beleid rond

³⁰⁴ Zie AUDLEY en BOYER, 2007, The Competitive Value of Music to Commercial Radio Stations, *Review of Economic Research on Copyright Issues* 4(2), 29-50.

CBO's zou bijvoorbeeld gedefinieerd kunnen worden dat ze periodiek zelfstandig een objectief, onafhankelijk onderzoek zouden moeten uitvoeren dat als uitgangspunt dient voor toekomstige tariefstelling. Rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten hebben daaraan in de huidige stand van zaken echter weinig boodschap: de gegevens en informatie die voor een vanuit economisch oogpunt correcte analyse vereist zijn, staan hen in de regel niet ter beschikking.

Tot slot kan nog het volgende worden opgemerkt. Rechters en mededingingsautoriteiten zijn in wezen *ex post* toezichthouders die moeten oordelen of een prijszetting in een concreet dossier toelaatbaar was of niet. *Ex ante* aan globale prijsregulering doen is niet hun wezenlijke taak en opdracht. Prijsstellingszaken kunnen bij de uitwerking van algemeen geldende *ex ante* regulering/wetgeving omtrent de optimale beloning voor auteursrecht mogelijk enige richting bieden. Een globale *ex ante* beoordeling welke prijzen te hoog zijn resp. als redelijk en normaal kunnen worden beschouwd ligt echter buiten de sfeer van het mededingingsrecht.

Naschrift

In dit rapport werd een uitgebreide analyse gemaakt van de wijze waarop auteursrecht en mededingingsrecht met elkaar in interactie treden in de rechtspraak van Nederlandse en Europese/buitenlandse rechterlijke instanties en mededingingsautoriteiten. Daarbij werd vastgesteld dat mededingingsrecht in beginsel het bestaan en de inhoud van auteursrecht onverlet laat. Een individuele auteur of een CBO die namens auteurs collectief auteursrechten beheert, hebben in beginsel dan ook een grote vrijheid om de auteursrechten naar goeddunken te exploiteren. Dat stemt ook overeen met de functie van auteursrecht die erin bestaat innovatie en creativiteit te stimuleren door auteurs te belonen voor hun inspanningen. Sommige exploitatiewijzen kunnen echter vanuit economisch oogpunt schadelijke effecten hebben en op grond van het mededingingsrecht worden verboden. Het gaat met name om een aantal gedragingen die als misbruik van machtspositie in de mededingingsrechtelijke zin kunnen worden beschouwd: licentieweigering, discriminatie of het opleggen van excessieve prijzen. Uit dit rapport blijkt dat de mededingingrechtelijke aanpak deels overeenstemt met economisch inzichten terzake, deels echter daarvan afwijkt. Dit is voor een stuk gelegen aan het feit dat wat economisch (theoretisch) wenselijk is, in de juridische realiteit vaak moeilijk (praktisch) toepasbaar lijkt. Dat is bij uitstek het geval bij de vraag naar wat een te hoge prijs (royalty) voor het gebruik auteursrechtelijk beschermde werken is. Dat is een vraag die vooralsnog onbeantwoord blijft en waarop dit rapport dan ook geen antwoord kon en moest bieden. Verder onderzoek dienaangaande zal ongetwijfeld zijn nut hebben.

Referenties

AGHION, P., N. BLOOM, R. BLUNDELL, R. GRIFFITH en P. HOWITT, 2004, *Competition and Innovation: An Inverted U Relationship*, NBER Working Paper series, No. 9269.

AITMAN, D. en A. JONES, 2004, Competition law and copyright: has the copyright owner lost the ability to control his copyright?, *ECLR* 26(3), 137-139.

ALIKHAN, S. en R.A. MASHELKAR, 2004, *Intellectual property and competitive strategies in the 21th century*, Den Haag, Kluwer Law International.

ANDERMAN, S.D., 1998, *EC Competition law and intellectual property rights: the regulation of innovation*, Oxford, Oxford University Press.

ANDERMAN, S.D. (Ed.), 2007, *The interface between intellectual property rights and competition policy*, Cambridge, Cambridge University Press.

ANTON, J.J. en D.A. YAO, 2005, Markets for Partially Contractible Knowledge: Bootstrapping versus Bundling, *Journal of the European Economic Association* 3(2–3), 745–754.

ARMSTRONG, M., 2006, Competition in two-sided markets, *RAND Journal of Economics* 37(3), 668-691.

ARROW, K., 1962, Economic Welfare and the Allocation of Resources for Inventions, in: R. NELSON (red.), *The Rate and Direction of Inventive Activity*, Princeton University Press, Princeton, NJ.

AUDLEY, P. en M. BOYER, 2007, The Competitive Value of Music to Commercial Radio Stations, *Review of Economic Research on Copyright Issues* 4(2), 29-50.

AWT, 2006, Opening van zaken – Beleid voor Open innovatie, http://www.awt.nl/uploads/files/Adviezen/a68_open_innovatie.pdf.

BASEMAN, K., F.R. WARREN-BOULTON en G.A. WOROCH, 1995, Economics of intellectual property protection for software: the proper role for copyright, *StandardView* 3(2), 68-78.

BELLEFLAMME, P. en P.M. PICARD, 2005, *Piracy and Competition*, CORE Discussion Paper 2005-57, Université Catholique de Louvain.

BENTLEY, L. en B. SHERMAN, 2004, *Intellectual property law*, Oxford, Oxford University Press.

BERGMAN, M.A., 2000, The Bronner case. A turning point for the essential facilities doctrine?, *ECLR*, 21(2), 59-63.

BEUNEN, A., 2007, Bescherming voor databanken, *AMI* 2007-6, 173-177.

BIJLSMA, M., V. KOCSIS, V. SHESTALOVA en G. ZWART, 2008, *Vertical foreclosure: a policy framework*, CPB Document 157.

BLAIR, R.D. en TH.F. COTTER, 2005, *Intellectual property. Economic and legal dimensions of rights and remedies*, New York, Cambridge University Press.

BOITEUX, M., 1956, Sur la Gestion des Monopoles Publics Astreints 'a l'Equilibre Budgetaire, *Econometrica* 24, 22-44; English translation: On the Management of Public Monopolies Subject to Budgetary Constraints, *Journal of Economic Theory* 3 (1971), 219-240.

BOLDRIN, M. en D.K. LEVINE, 2002, The Case Against Intellectual Property, *American Economic Review, Papers and Proceedings* 92, 209-212.

BOLDRIN, M. en D.K. LEVINE, 2005, The Economics of Ideas and Intellectual Property, *Proceedings of the National Academy of Sciences* 102, 1252-1256.

BORBA LEFÈVRE, D., 2007, Wanadoo: hoe exclusionary moet een abuse zijn om onder artikel 82 EG-Verdrag te vallen?, *NTER* 2007-4, 55-59.

BOUT, R., M. BRUSCHI, M. LUBY en S. POILLOT-PERUZZETTO, 2008, *Lamy droit économique – concurrence, distribution, consommation*, Rueil-Malmaison, Wolters Kluwer France.

CASE ASSOCIATES, 2008, *Pricing patents*, Casenote January 2008.

CHATELIN, M., 2001, De Telegraaf – NOS, AVRO, KRO, NCRV, EO, TROS, VARA en VPRO. Arrest van het Gerechtshof te 's Gravenhage d.d. 30 januari 2001, *M&M* 2001-3, 115-119.

CHEN, M.K. en B. NALEBUFF, 2006, *One-Way Essential Complements*, Cowles Foundation Discussion Paper No. 1588.

CHOI, D.Y. en A. PEREZ, 2007, Online Piracy, Innovation, and Legitimate Business Models, *Technovation* 27, 168-178.

COASE, R.H., 1960, The Problem of Social Cost, *Journal of Law and Economics* 3, 1-44.

COHEN JEHORAM, H., 2008, Het toezicht op collectieve beheersorganisaties en de goededoelenfondsen, *AMI* 2008-1, 8-13.

COOPER DREYFUSS, R., D. LEENHEER ZIMMERMAN en H. FIRST (Eds), 2001, *Expanding the boundaries of intellectual property: innovation policy for the knowledge society*, Oxford, Oxford University Press, 2001.

COTTER, TH.F., 1999, Intellectual property and the essential facilities doctrine, *Antitrust Bulletin* 44(1), 211-250.

COTTER, TH.F., 2008, Reflections on the antitrust modernization of the Commission's report and recommendations relating to the antitrust/IP interface, *Antitrust Bulletin* 53(3), 754-801.

DeGRABA, P., 1990, Input Market Price Discrimination and the Choice of Technology, *American Economic Review* 80(5), 1246-53.

DEPOORTER, B. en F. PARISI, 2002, Fair use and copyright protection: a price theory explanation, *International Review of Law and Economics* 21, 453-473.

DERCLAYE, E., 2003, Abuses of dominant positions and intellectual property rights: a suggestion to reconcile the Community Courts case law, *W.comp.* 26(4), 685-705.

DERCLAYE, E., 2004, The IMS Health doctrine: a triple victory, *W.comp.* 27(3), 397-405.

DERCLAYE, E., 2004, The IMS Health doctrine and the reconciliation of copyright and competition law, *ELRev.* 29(5), 687-697.

DIALOGIC/SEO, 2003, *Auteursrecht, economische lust of last? Een empirische studie naar de economische aspecten van het auteursrecht in het Nederlandse multimediacluster*, Amsterdam.

DIRIX, E., Y. MONTANGIE en H. VANHEES, 2008, *Handels- en economisch recht in hoofdlijnen*, Antwerpen.

DIXON, P. en CH. GREENHALGH, 2002, The economics of intellectual property: a review to identify themes for future research, *OIPRC Electronic Journal of Intellectual Property Rights* 2002-5.

DOHERTY, B., 2001, Just what are essential facilities?, *CMLRev.* 38(2), 397-436.

DOMON, K., 2006, Price discrimination of digital content, *Economics Letters* 93, 421-426.

DREXL, J., 2007, *Collecting societies and competition law*, Working Paper.

DRIEHUIS, W. en J.W. VELTHUIJSEN, 2006, De econoom in mededingingszaken. Reflecties over de inbreng van economen in mededingingszaken, *NTER* 2006-4, 75-84.

B.J. DRIJBER, 2004, Noot bij arrest IMS Health/NDC Health, *AMI* 2004-4, 133-140.

ECONOMIDES, N., 1996, The Economics of Networks, *International Journal of Industrial Organization* 14, 673-699.

EHLERMANN, C.D. en I. ATANASIU (Eds), 2006, *European Competition Law Annual 2003. What is an abuse of a dominant position?*, Oxford, Hart Publishing.

EHLERMANN, C.D. en I. ATANASIU (Eds), 2007, *European Competition Law Annual 2005. The interaction between competition law and intellectual property law*, Oxford, Hart Publishing.

EINHORN, M.A., 2006, Transactions Costs and Administered Markets: Licence Contracts for Music Performance Rights, *Review of Economic Research on Copyright Issues* 3(11), 61-74.

EISENBERG, S. en R. HEINE, 2009, Verwertungsgesellschaften im Binnenmarkt – Die kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten nach der Dienstleistungsrichtlinie, *GRUR Int* 2009-4, 277-283.

FOLMER, F.C., 2005, Arrest British Horseracing Board t. William Hill: het einde van de spin-offtheorie in het databankenrecht?, *NTER* 2005-3/4, 70-73.

FREY, B., 1997, *Not just for the money*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Brookfield, US.

FRISCHMANN, B.M., 2007, Evaluating the Demsetzian trend in Copyright Law, *Review of Law and Economics* 3(3), 649-677.

GANS, J.S., D.H. HSU en S. STERN, 2007, *The Impact of Uncertain Intellectual Property Rights on the Market for Ideas: Evidence from Patent Grant Delays*, NBER Working Paper 13234.

GEIGER, A., 2004, Patents, trademarks, copyrights – a mission for Article 82 EC?, *ECLR* 25 2004-5, 311-313.

GERADIN, D., 2004, Limiting the scope of Article 82 EC: what can the EU learn from the US Supreme Court's judgement in *Trinko* in the wake of *Microsoft*, *IMS*, and *Deutsche Telekom*?, *CMLRev.* 41(6), 1519-1554.

GHIDINI, G., 2006, *Intellectual property and competition law. The innovation nexus*, Cheltenham, Edward Elgar Publishing.

GIELEN, C., 2005, De richtlijn handhaving IE-rechten, *NTER* 1, 6-11.

GILBERT, R.J., 2008, Competition policy for intellectual property, in: P. Buccirossi (ed.), *Handbook of Antitrust Economics*, 519-542.

GILBERT, R.J. en A.J. Weinschel, 2008, Competition Policy for Intellectual Property: Balancing Competition and Reward, in W.D. Collins (ed.), *Issues in Competition Law and Policy*, ABA Section of Antitrust Law.

GITTER, D.M., 2003, The conflict in the European Community between competition law and intellectual property rights: a call for legislative clarification of the essential facilities doctrine, *American Business Law Journal* 40(2), 217-300.

GOVAERE, I., 1996, *The use and abuse of intellectual property rights in EC law*, London, Sweet & Maxwell.

GRANSTRAND, O., 2003, Innovations and intellectual property studies. An introduction and overview of a developing field, in: O. Granstrand (Ed), *Economics, law and intellectual property. Seeking strategies for research and teaching in a developing field*, Boston, Kluwer Academic Publishers, p. 9-40.

GRASSI, I., 2007, *The Music Market in the Age of Download*, FEEM Working Paper No. 2007.80.

GREENHALGH, C. en M. ROGERS, 2007, The value of intellectual property rights to firms and society, *Oxford Review of Economic Policy* 23(4), 541–567.

GROSHEIDE, F.W., 1986, *Auteursrecht op maat. Beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in een rechtspolitieke context*, Deventer, Kluwer.

GROVES, P., A. MARTINO, C. MISKIN en J. RICHARDS, 1993, *Intellectual property and the Internal Market of the European Community*, London, Graham & Trotman.

GUIBAULT, L., 2008, Halleluja: Buma's aansluitvoorwaarden krijgen zegen van NMa!, *AMI* 2008-4, 85-93.

GUSTAVSSON TINGVALL, P. en A. POLDAHL, 2006, Is there really an inverted U-shaped relation between competition and R&D?, *Economics of Innovation and New Technology* 15(2), 101-118.

GUY, F., 2007, Strategic bundling: Information product, market power, and the future of globalization, *Review of International Political Economy* 14(1), 26–48.

HANCHER, L. en H.H.P. LUGARD, 1999, De essential facilities doctrine. Het Bronner-arrest en vragen van mededingingsbeleid, *SEW* 1999-9, 323-333.

HILDEBRAND, D., 2002, *The role of economic analysis and the EC competition rules*, Den Haag, Kluwer Law International.

HOOKS, J., D. PATTERSON en R. PITOFISKY, 2002, The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law, *Antitrust L.J.* 70, 443-462.

HOUDIJK, J.C.A., 2003, HR 6 juni 2003 – NOS vs. De Telegraaf. Misbruik van machtspositie door IE-rechthebbende in geval van leveringsweigering van programmagegevens, *M&M* 2003-6, 204-213.

HOUDIJK, J.C.A., 2005, Rechtspraak op het snijvlak van mededingingsrecht en intellectuele eigendomsrecht: het evenwicht tussen de rechtsgebieden in het arrest IMS Health, *SEW* 2005-1, 23-34.

HOUDIJK, J.C.A., 2005, Noot bij CBB 15 juli 2004 NOS t. NMa, *AMI* 2005-2, 72-76.

HOUDIJK, J.C.A., 2005, The IMS Health ruling: some thoughts on its significance for legal practice and its consequences for future cases such as Microsoft, *European Business Organisation Law Review* 6(3), 467-495.

HOUDIJK, J.C.A., 2005, De strijd om de programmagegevens in Nederland: een nieuwe episode in een bekend omroepfeuilleton, *Mediaforum* 2005-11/12, 356-365.

HOVENKAMP, H., 2005, United States antitrust policy in an age of IP expansion, in: Annual proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2004, New York, Juris Publishing, p. 225-240.

HOYNG, W.A., 2002, Noot bij arrest IMS Health t. Commissie, *M&M* 2002-3, 113-117.

HUGENHOLTZ, P.B., 2002, De spin-off theorie uitgesponnen, *AMI* 2002-5, 161-166.

HUGENHOLTZ, P.B., 2003, Is concurrentie tussen rechtenorganisaties wenselijk?, *AMI* 2003-6, 203-208.

HUGENHOLTZ, P.B., 2005, Noot bij British Horseracing Board t. William Hill, *AMI* 2005-1, 27-37.

HUGENHOLTZ, P.B., D. VISSER en W. HINS, 2008, Geschillenbeslechting en collectief rechtenbeheer, *AMI* 2008-4, 94-98.

HULL, D.W. en A. STROWEL, 2004, Compulsory licensing of IP rights: the ECJ's judgement in the IMS health case and its impact on the Microsoft case, *Auteurs & Media* 2004-5/6, 491-497.

JANSSEN, M.C.W. en E. MENDYS-KAMPHORST, 2004, The Price of a Price: On the Crowding Out of Social Norms, *Journal of Economic Behavior and Organization* 55, 377-395.

JANSSEN, M.C.W. en E. MENDYS-KAMPHORST, 2007, Evolution of Market Shares with Heterogeneous Network Externalities and Repeated Purchases, *Journal of Evolutionary Economics* 17(5), 551-577.

JOHNSON, W.R., 2005, Creative Pricing in Markets for Intellectual Property, *Review of Economic Research on Copyright Issues* 2(1), 5-10.

JONES, J., 2001, Intellectual property rights, in: P.M. Roth (Ed.), *European Community Law of competition*, London, Sweet & Maxwell, p. 610-679.

JONES, A. en B. SUFRIN, 2004 en 2008, *EC Competition law. Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press.

JOSKOW, P. en J. TIROLE, 2004, Retail Electricity Competition, NBER Working Paper No. 10473.

KAMPERMAN SANDERS, A., 2004, Intellectuele eigendom na IMS Health/NDC Health: de dwanglicentie in opmars?, *AMI* 2004-4, 129-132.

KATZ, A., 2005, The Potential Demise of Another Natural Monopoly: Rethinking the Collective Administration of Performing Rights, *Journal of Competition Law and Economics* 1(3), 541–593.

KATZ, A., 2006, The Potential Demise of Another Natural Monopoly: New Technologies and the Administration of Performing Rights, *Journal of Competition Law and Economics* 2(2), 245-284.

KATZ, M.L., 1987, The Welfare Effects of Third-Degree Price Discrimination in Intermediate Goods Markets, *American Economic Review* 77(1), 154-67.

KATZ, M.L. en H.S. ROSEN, 1998, *Microeconomics*, Boston, Irwin/McGraw-Hill, derde editie.

KATZ, M.L. en C. SHAPIRO, 1985, Network Externalities, Competition, and Compatibility, *American Economic Review* 75, 424-440.

KEELING, D.T., 2003, Intellectual property rights in EU law. Volume I: Free movement and competition law, Oxford, Oxford University Press.

KLEIN, B. en J.S. WILEY Jr., 2003, Competitive Price Discrimination as an Antitrust Justification for Intellectual Property Refusals to Deal, *Antitrust Law Journal* 70(3), 599-642.

KOELMAN, K.J., 2003, Noot bij HR 6 juni 2003 (NOS/Telegraaf), *AMI* 2003, 141-157.

KOELMAN, K.J., 2004, Collectieve rechtenorganisaties en mededinging, *AMI* 2004-2, 45-50 en 2004-3, 89-97.

KORAH, V., 2006, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, Oxford, Hart Publishing.

KREIJGER, P.J., 2002, De afbakening tussen intellectuele eigendomsrechten en de Nederlandse Mededingingswet, *IER* 2002-4, 167-173.

LAFFONT, J.-J. en J. TIROLE, 1994, Access pricing and competition, *European Economic Review* 38(9), 1673-1710.

LAFFONT, J.-J. en J. TIROLE, 2001, *Competition in Telecommunications*, Cambridge, The MIT Press.

LANDES, W.M. en R.A. POSNER, 2003, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge, MA, The Belknap Press of Harvard University Press.

LANGER, J., 2004, De Microsoft-zaak en de leverage-theorie, *AMI* 2004-8, 169-170.

LANGER, J., 2008, The Court of First Instance's Microsoft Decision: just an orthodox ruling in a non-orthodox case, *LIEI* 35(2), 183-195.

LANGEVELD, M., 2009, De belangen bij toezicht op collectieve beheersorganisaties, *AMI*, 2009-2, 45-50.

LE, N., 2005, What does capable of eliminating all competition mean?, *ECLR* 26 2005-1, 6-9.

LEDDY, M. en P.D. MARQUARDT, 2003, The essential facilities doctrine and intellectual property rights: a response to Pitofsky, Patterson and Hooks, *Antitrust L.J.* 70, 847-873.

LÉVÊQUE, F., 2005, Innovation, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case, *W.comp.* 28(1), 71-92.

LÉVÊQUE, F. en H. SHELANSKI (red.), 2005, Antitrust, patents and copyright: EU and US perspectives.

LIEBOWITZ, S. J., 1985, Copying and indirect appropriability, *Journal of Political Economy* 93, 945-957.

LIEBOWITZ, S. J., 2005, Economists Examine File-Sharing and Music Sales, in: ILLING en WAELBROECK (red.), *The Industrial Organization and the Digital Economy*, MIT Press.

LUGARD, H.H.P. en P.M.A.L. PLOMPEN, 2003, Innovatie(f) mededingingsbeleid?, *SEW*, 2003-11, 372-382.

LUNNEY, Jr., G.S., 2008, Copyright's Price Discrimination Panacea, *Harvard Journal of Law & Technology* 21(2), 387-456.

MAHLER, R., 2005, Noot bij SBS/Quote, *Mediaforum* 2005-10, 346-348.

MARQUIS, M., 2007, Patent, know-how, and software copyright licensing: The EU competition regime, *The Antitrust Bulletin* 52(2), 239-331.

MAURER, S.M. en S. SCOTCHMER, 2006, Profit Neutrality in Licensing: The Boundary between Antitrust Law and Patent Law, *American Law and Economics Review* 8(3), 476-522.

McALEER, M. en L. OXLEY (red.), 2007, Economic and Legal Issues in Intellectual Property, *Journal of Economic Surveys* 20(4).

McAULEY, D., 2004, Exclusivity for all and collectivity for none: refereeing broadcasting rights between the Premier League, European Commission and BSkyB, *ECLR* 25(6), 370-379.

McMANIS, CH.R., 2004, *Intellectual property and unfair competition in a nutshell*, St. Paul, West Group.

MENDYS-KAMPHORST, E., 2003, *Essays on Network Economics*, proefschrift, Tinbergen Institute.

MEURER, M.J., 2001, Copyright Law and Price Discrimination, *Cardozo Law Review* 23(1), 55-148.

MICHEL, N.J., 2006, *The Impact of Digital File Sharing on the Music Industry: An Empirical Analysis*, Working Paper, Nicholls State University.

MITCHELL, B.M. en I. VOGELSANG, 1991, *Telecommunications Pricing: Theory and Practice*, Cambridge, UK: Cambridge University Press.

MONOPOLIES AND MERGERS COMMISSION, 1996, *Performing rights - A report on the supply in the UK of the services of administering performing rights and film synchronization rights*, Londen, februari 1996, Cm 3147.

MONTANGIE, Y., 2009, Auteursrechtenbureaus en het mededingingsrecht: soms een gespannen verhouding, *Jaarboek Handelspraktijken en Mededinging 2008*, Kluwer België, 2009, 792-801.

MORTELMANS, K.J.M., 2003, Mededinging en algemene belangen: welke signalen geeft de Europese rechter in de Eurovisiezaak?, *Mediaforum* 2003-1, 11-20.

MORTIMER, J.H., 2007, Price Discrimination, Copyright Law and Technological Innovation: Evidence from the Introduction of DVD's, *Quarterly Journal of Economics* 122(3), 1307-1350.

MÜLLER, U. en A. RODENHAUSEN, 2008, The rise and fall of the essential facility doctrine, *ECLR* 29(5), 310-329.

NARCISO, A., 2003, IMS Health or the question whether intellectual property still deserves a specific approach in a free market economy, *Intellectual Property Quarterly* 7(4), 445-468.

NICITA, A. en G.B. RAMELLO, 2007, Property, Liability and Market Power: The Antitrust Side of Copyright, *Review of Law and Economics* 3(3), 767-791.

NIJS, B.A., 2005, Noot bij SBS/Quote, *Actualiteiten Mededingingsrecht* 2005-6, 153-156.

NMa, 2007, *De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties*, Den Haag, februari 2007.

OECD, 2007, *Giving Knowledge for Free: The Emergence of Open Educational Resources*, OECD, Paris.

OFFICE OF FAIR TRADING (UK), 2004, *Abuse of a dominant position*, Londen.

ONG, B., 2004, Anti-competitive Refusals to Grant Copyright Licences: Reflections on the IMS Saga, *European Intellectual Property Review* 26(11), 505-514.

ONG, B., 2005, Building Brick Barricades and other Barriers to Entry: Abusing a Dominant Position by Refusing to Licence Intellectual Property Rights, *ECLR* 4, 213-222.

OVERDIJK, T.F.W., 2005, Noot bij BHB/William Hil, *Mediaforum* 2005-2, 63-69.

PAPADOPOULOS, T., 2000, Copyright, Parallel Import and National Welfare: The Australian Market for Sound Recordings, *Australian Economic Review* 33(4), 337-48.

PARDOLESI, R. en A. RENDA, 2004, The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?, *W.comp.* 27(4), 513-566.

PEEPERKORN, L., 2003, IP Licences and Competition Rules: Striking the Right Balance, *W.comp.* 26(4), 539-564.

PEITZ, M. en P. WAELBROECK, 2006, Piracy of Digital Products: A Critical Review of the Theoretical Literature, *Information Economics and Policy* 18, 449-476.

PIJNACKER HORDIJK, E.H. en Y. DE VRIES, 2002, Onbillijk hoge prijzen als vorm van misbruik van een *machtspositie* onder het Europese en het Nederlandse mededingingsrecht, *SEW* 12, 430-446.

PRETE, L., 2004, From Magill to IMS: Dominant Firms' Duty to License Competitors, *European Business Law Review* 15(5), 1071-1086.

QUAEDVLIEG, A.A., 2001, Auteursrecht tussen patronen van positief recht, beginselen en waarden, *RM Themis* 2001-5, p. 131-146.

QUAEDVLIEG, A.A., 2002, Televisie in de muil van de databankbescherming? Tv-programmalijsten als beschermde gegevensverzamelingen, *Ars Aequi* 2002-6, 403-411.

RAHNASTO, I., 2003, *Intellectual Property Rights, External Effects, and Anti-trust Law. Leveraging IPRs in the Communications Industry*, Oxford: Oxford University Press.

RAMELLO, G.B. en F. SILVA, 2007, New Directions in Copyright Law and Economics, *Review of Law and Economics* 3(3), 643-647.

RAMSEY, F.P., 1927, A Contribution to the Theory of Taxation, *Economic Journal* 37, 47-61.

RAYMOND, E., 2001, *The cathedral and the bazaar: musings on Linux and open source by accidental revolutionary*, O'Reilly, Beijing.

RBB Economics, 2006, The efficiency of price discrimination schemes of performing rights organizations, 1 augustus 2006.

RIDYARD, D., 2004, Compulsory Access Under EC Competition Law – A New Doctrine of “Convenient Facilities” and the Case for Price Regulation, *ECLR* 11, 669-673.

RITTER, L. en W.D. BRAUN, 2005, *European Competition Law: a Practitioner's Guide*, The Hague, Kluwer Law International.

ROCHET, J.-C. en J. TIROLE, 2003, Platform Competition in Two-Sided Markets, *Journal of the European Economic Association* 1, 990-1029.

SCHOTTER, A.R., 2001, *Microeconomics: a modern approach*, Boston, Addison Wesley, derde editie.

SENFLEBEN, M., 2004, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test. An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, The Hague, Kluwer Law International.

SHAPIRO, C. en H. VARIAN, 1999, *Information Rules: a Strategic Guide to the Network Economy*, Harvard Business School Press, Boston, Massachusetts.

SIEGEL, D. en M. WRIGHT, 2007, Intellectual Property: The Assessment, *Oxford Review of Economic Policy* 23(4), 529-540.

SPOOR, J.H., D.W.F. VERKADE en D.J.G. VISSER, 2005, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer, Kluwer.

SPULBER, D.F., 1996, Market Microstructure and Intermediation, *Journal of Economic Perspectives*, 10(3), 135-152.

Studiecommissie Toezicht Vereniging voor Auteursrecht, 2009, Collectief beheer, toezicht en geschillenbeslechting, Reactie op het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet van 6 maart 2003, houdende bepalingen met betrekking tot het toezicht op collectieve beheersorganisaties voor auteurs- en naburige rechten, rapport, 4 maart 2009.

TEMPLE LANG, J., 2000, The principle of essential facilities in European Community competition law – the position since Bronner, *Journal of Network Industries* 1(4), 375-405.

TITMUS, R.M., 1970, *The Gift Relationship: from Human Blood to Social Policy*, London, Allen and Unwin.

TNO/SEO/IViR, 2009, Ups and downs: Economische en culturele gevolgen van file sharing voor muziek, films en games, TNO-rapport, nr. 34782.

TREACY, P., 2004, The IMS decision – implications for business, *New Law Journal* 154, issue 7129, p. 772-773.

VALLETTI, T.M. en A. ESTACHE, 1999, The Theory of Access Pricing: An Overview for Infrastructure Regulators, CEPR Discussion Paper No. 2133.

VAN DE GRONDEN, J. en K. MORTELMANS, 2003, Mededinging en algemene belangen: welke signalen geeft de Europese rechter in de Eurovisiezaak?, *Mediaforum* 2003-1, 11-20.

VAN DEN BOSSCHE, A.M., 2004, OHRA, Artikelsgewijs Commentaar Handels- en Economisch recht, Afl. 2004/29, Artikel 82 EG-verdrag, Mechelen, Kluwer, losbladig.

VAN DER KLIS, G., 2003, Noot bij HR 6 juni 2003, NOS vs. Telegraaf, *Mediaforum* 2003-7/8, 255-256.

VANDERMEERSCH, D., 2007, *De mededingingswet*, Mechelen, Kluwer.

VAN EMPEL, M., 2005, Intellectuele eigendom en EG-kartelrecht. 2004: een bewogen jaar, *NJB* 2005-14, 730-737.

VAN EMPEL, G. en P.G.F.A. GEERTS, 2005, *Bescherming van de intellectuele eigendom*, Deventer, Kluwer.

VAN GOMPEL, A., Another 45 miles to go? Kritisch commentaar op het richtlijnvoorstel. *AMI* 2008-6, 169-180.

VAN LOON, S., 2004, *Databankenrecht en mededinging*, Den Haag, Sdu Uitgevers.

VAN LOON, S., 2007, Licentieweigering door Microsoft: innovatiebelemmering of rechtmatige uitoefening van het intellectueel eigendomsrecht?, *AMI* 2007-6, 166-173.

VARIAN, H., 2005, Copying and Copyright, *Journal of Economic Perspectives* 19(2), 121-138.

VARIAN, H., 2006, Copyright term extension and orphan works, *Industrial and Corporate Change* 15(6), 965-980.

VISSER, D.J.G., 2005, Noot bij BHB/William Hill, *AMI* 2005-1, 27-37.

VOGELAAR, F.O.W. en M. SCHUERMAN, 2004, *The European Competition Rules: Landmark Cases of the European Courts and the Commission*, Groningen: Europa Law Publishing.

WATT, R. en R. TOWSE, 2006, Copyright protection standards and authors' time allocation, *Industrial and Corporate Change* 15(6), 995-1011.

WERKGROEP VERBETERING INCASSO AUTEURSRECHT, 2009, Samen werken aan verbetering incasso auteursrecht en naburige rechten, Advies Den Haag

WHISH, R., 2009, *Competition law*, Oxford, Oxford University Press.

WICHERS HOETH, L., CH. GIELEN, N. HAGEMANS (red.), 2000, *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.

WIELSCH, D., 2004, Competition Policy for Information Platform Technology, *ECLR* 25(2), 95-106.

WITBRAAD, C., 2008, Buma/Stemra, een merkwaardig prachtig bedrijf, *AMI* 2008-1, 13-15.

YOSHIDA, Y., 2000, Third Degree Price Discrimination in Input Markets: Output and Welfare, *American Economic Review* 90(1), 240-246.

ZAGOURAS, G., 2006, Freie und lizenzpflichtige Sportberichterstattung nach der Hörfunkrechte-Entscheidung des BGH, *WuW* 2006-4, 376-385.

SEOR doet onafhankelijk toegepast economisch onderzoek in opdracht van overheid en bedrijfsleven. SEOR is een onderdeel van de Erasmus School of Economics (ESE) en is een onafhankelijke werkmaatschappij van de EUR Holding, Erasmus Universiteit Rotterdam

SEOR provides independent applied economic research on behalf of the public and the private sector. SEOR belongs to the Erasmus School of Economics (ESE) and is an independent subsidiary of the EUR Holding, Erasmus University Rotterdam

Burgemeester Oudlaan 50
3062 PA Rotterdam
www.seor.nl

Postbus / P.O. Box 1738
3000 DR Rotterdam
The Netherlands

T +31 10 408 2220
F +31 10 408 9650
E seor-secr@ese.eur.nl