

# VU Research Portal

## Het mededingingsrecht - een stok achter de deur om tot licenties voor content repositories en aggregators te komen?

Senftleben, M.R.F.; de Hingh, A.E.

### **published in**

Auteurs-, media- & informatierecht  
2016

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### **citation for published version (APA)**

Senftleben, M. R. F., & de Hingh, A. E. (2016). Het mededingingsrecht - een stok achter de deur om tot licenties voor content repositories en aggregators te komen? *Auteurs-, media- & informatierecht*, 2016(1), 1-12.

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Het mededingingsrecht – een stok achter de deur om tot licenties voor content repositories en aggregators te komen?

*De auteursrechtelijke balans tussen exclusieve rechten enerzijds en vrij gebruik voor economische, sociale en culturele doeleinden anderzijds is niet alleen afhankelijk van specifieke auteursrechtelijke regels. Ook externe balansinstrumenten spelen een rol. Wanneer het om de creatie van een nieuw werk op basis van beschermd materiaal gaat, moet het grondrecht op vrije meningsuiting worden meegewogen. Het scheppingsproces hangt echter niet alleen af van de vrijheid om andermans werk als bouwsteen te gebruiken. Veeleer is in de voorbereidende fase voldoende toegang tot diverse inspiratiebronnen cruciaal. De content repositories van bibliotheken en de zoeksystemen van content aggregators spelen in dat opzicht een centrale rol. Voor de ontwikkeling van moderne informatieplatforms hebben content repositories en aggregators echter regelmatig de toestemming van auteursrechthebbers nodig. Dan rijst de vraag of de auteursrechthebbers gedwongen kan worden om toegang tot zijn repertoire van werken tegen redelijke voorwaarden en een redelijke vergoeding aan te bieden. Het mededingingsrecht zou in dat opzicht een belangrijke stok achter de deur kunnen zijn.*

M.R.F. Senftleben en  
A.E. de Hingh  
Mr. M.R.F. Senftleben is  
hoogleraar Intellectuele  
Eigendom bij het Centre for  
Law and Internet van de  
Vrije Universiteit Amster-  
dam, advocaat te Den  
Haag en redacteur van dit  
blad  
Mr. A.E. de Hingh is uni-  
versitair docent Internet-  
recht bij het Centre for Law  
and Internet van de Vrije  
Universiteit Amsterdam

## Inleiding

De reikwijdte van de exclusieve rechten van auteursrechthebbers kan op verschillende manieren worden beïnvloed. Binnen het auteursrechtelijke systeem brengen de beperkingen van het auteursrecht de juiste balans aan tussen de exclusieve rechten van de rechthebbende en concurrerende economische, sociale en culturele belangen

van anderen.<sup>1</sup> Maar ook buiten het auteursrechtelijke systeem kennen we instrumenten om die afweging te maken.<sup>2</sup> Bij de afweging tussen de bescherming van het auteursrecht enerzijds en de vrijheid van meningsuiting, de bescherming van privacy en de concurrentievrijheid anderzijds mogen immers ook fundamentele rechten niet uit het oog worden verloren.<sup>3</sup>

1 Zie met betrekking tot de ruimte voor de introductie van beperkingen en excepties C. Geiger/D. Gervais/M.R.F. Senftleben, 'The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test's Flexibility in National Copyright Law', *American University International Law Review* 29 (2014), p. 581; Quotations, Parody and Fair Use, in: P.B. Hugenholtz/A.A. Quaendvlieg/D.J.G. Visser (eds.), *A Century of Dutch Copyright Law – Auteurswet 1912-2012*, Amstelveen: deLex 2012, p. 359; D. Gervais, 'Fair Use, Fair Dealing, Fair Principles: Efforts to Conceptualize Exceptions and Limitations to Copyright', *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.* 57 (2009-2010), p. 499 (510-511); A. Kur, 'Of Oceans, Islands, and Inland Water – How Much Room for Exceptions and Limitations Under the Three-Step Test?', *Richmond Journal of Global Law and Business* 8 (2009), p. 287 (307-308); C. Geiger/J. Griffiths/R.M. Hilty, 'Declaration on a Balanced Interpretation of the "Three-Step Test" in Copyright Law', *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2008, p. 707; M.R.F. Senftleben, *Copyright, Limitations and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International 2004, p. 243-244; C.A. Alberdingk Thijm, 'Fair use: het auteursrechtelijk evenwicht hersteld', *AMI* 1998, p. 145, and 'Fair use – In weiter Ferne, so nah', *AMI* 1998, p. 176; H. Cohen Jehoram, 'Fair use – die ferne Geliebte', *AMI* 1998, p. 174; H. Cohen Jehoram, 'Nu de gevolgen van trouw en ontrouw aan de Auteursrechtlijn voor fair use,

tijdelijke reproductie en driestaptoets', *AMI* 2005, p. 153; H. Cohen Jehoram, 'Restrictions on Copyright and their Abuse', *EIPR* 2005, p. 359.

2 C. Geiger, *Droit d'auteur et droit de public à l'information*, Litec 2004, p. 391-412; T. Dreier, 'Balancing Proprietary and Public Domain Interests: Inside or Outside of Proprietary Rights?', in: R.C. Dreyfuss/D. Leenheer-Zimmerman/H. First (red.), *Expanding the Boundaries of Intellectual Property. Innovation Policy for the Knowledge Economy*, Oxford: Oxford University Press 2001, p. 295 (295-316).

3 HR 3 april 2014, ECLI:NL:HR:2015:841, *GS Media/Sanoma*, NJ 2015, 183, r.o. 5.2.5; E.J. Dommering, *De achtervolging van Prometheus – over vrijheid en bezit van informatie*, Amsterdam: Otto Cramwinckel 2008; A. Strowel, F. Tulkens, D. Voorhoof (eds), *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Brussels: Editions Larcier 2006; C. Geiger, "'Constitutionalising" Intellectual Property Law? The Influence of Fundamental Rights on Intellectual Property in the European Union', *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 37 (2006), p. 371; P.B. Hugenholtz, 'Copyright and Freedom of Expression in Europe', in: N. Elkin-Koren, N.W. Netanel (eds), *The Commodification of Information*, The Hague/London/Boston: Kluwer 2002, p. 239; S. Macciachini, *Urheberrecht und Meinungsfreiheit*, Bern: Stämpfli 2000; Y. Benkler, 'Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain', *New York University Law Review* 74 (1999), p. 355; N.W. Netanel, 'Copyright and a Democratic Civil Society', *Yale Law Journal* 106 (1996), p. 283.

In de EU is de impact van fundamentele rechten op de uitkomst van de belangenafweging in het auteursrecht de afgelopen jaren sterk toegenomen. In *Painer*, bijvoorbeeld, heeft het HvJ EU benadrukt dat het citaatrecht van artikel 5(3)(d) van de Auteursrechtlijn (ARL) zodanig moet worden geïnterpreteerd dat de nuttige werking en het doel van de bepaling worden geëerbiedigd.<sup>4</sup> In concreto verklaarde het Hof dat met artikel 5(3)(d):

*'een rechtvaardig evenwicht tussen het recht op vrije meningsuiting van de gebruikers van een werk of ander materiaal en het aan de auteurs toegekende reproductierecht [moet] worden bereikt.'*<sup>5</sup>

In *Deckmyn* volgde het Hof een gelijksoortige redenering met betrekking tot de parodie.<sup>6</sup> In die uitspraak onderstreepte het Hof de noodzaak om de nuttige werking van deze beperking in artikel 5(3)(k) ARL te verzekeren<sup>7</sup> als middel om de rechten en belangen van de auteur af te wegen tegen de vrije meningsuiting van de gebruiker.<sup>8</sup>

In de praktijk kan de rechter dus een brede betekenis toe-kennen aan de beperkingen op het auteursrecht, ondanks het feit dat de onderliggende regeling, zoals de Auteursrechtlijn, deze niet kwalificeert als 'rechten' maar ze opneemt in de catalogus van beperkingen van exclusieve rechten.

### *Creatie van nieuwe werken*

Zeker de beperkingen die de creatie van nieuwe werken mogelijk maken, zoals het citaatrecht en de parodie, krijgen dus een betrekkelijk brede reikwijdte.<sup>9</sup> Zoals de voorbeelden uit de jurisprudentie van het HvJ EU aantonen, speelt de bescherming van de vrijheid van meningsuiting een cruciale rol in deze context. Met een verwijzing naar artikel 11 van het Handvest en artikel 10 EVRM kan het Hof aan het citaatrecht en de parodie-exceptie een ruimere interpretatie geven dan dat het aan andere beperkingen zou doen. In *Painer* en *Deckmyn* benadrukte het Hof de noodzaak om een 'rechtvaardig evenwicht' te waarborgen tussen, met name, 'de rechten en de belangen van de auteurs enerzijds en die van de gebruikers van beschermd materiaal anderzijds'.<sup>10</sup> Het Hof kwalificeert daarmee het

citaat en de parodie als 'rechten' van gebruikers, niet enkel als 'belangen'.

Het grondrecht op vrije meningsuiting kan dus een sterke impact hebben. In het bijzonder kan de vrijheid van meningsuiting auteursrechtelijke beperkingen ondersteunen die relevant zijn voor het creatieve proces dat leidt tot nieuwe literaire of artistieke werken. Vaak zal zich tijdens het scheppingsproces van een nieuw werk de vraag voordoen of het gebruik van een citaat of het maken van een parodie de toestemming van de auteursrechtelijke vereist. De vrijheid van meningsuiting beperkt dan de macht van de auteursrechtelijke om controle uit te oefenen over de creatie en de verspreiding van nieuwe, afgeleide werken.<sup>11</sup>

### *Toegang tot inspiratiebronnen*

Ten aanzien van de verspreiding van niet-gewijzigde, beschermde werken is het minder gebruikelijk zijn toevlucht te nemen tot de fundamentele waarborg van de uitings- en informatievrijheid. In *Technische Universität Darmstadt* erkent het HvJ EU weliswaar dat de vrijstelling van leesterminals in voor het publiek toegankelijke bibliotheken, zoals neergelegd in artikel 5(3)(n) ARL:

*'een groot deel van zijn inhoud en zelfs van zijn nuttige werking [zou] dreigen te verliezen indien die instellingen niet zouden beschikken over een accessoir recht om de betrokken werken te digitaliseren.'*<sup>12</sup>

Net als in *Painer* en *Deckmyn* streeft het Hof in *Technische Universität Darmstadt* ernaar de effectiviteit en het doel van de beperking van het auteursrecht te waarborgen. Het inhoudt zich in deze zaak echter van directe verwijzingen naar fundamentele grondrechten. Wel zijn content repositories zoals bibliotheken en content aggregators zoals (dedicated) zoekmachines cruciaal bij het aanbieden van een informatie-infrastructuur die het maken van nieuwe literaire en artistieke werken bevordert. Anders dan het citaatrecht en de parodie dragen content repositories en aggregators echter niet onmiddellijk bij aan het uiteindelijke creatieve proces, maar eerder aan de daaraan voorafgaande speurtocht naar mogelijke inspiratiebronnen. De term 'aggregator' kan in deze context worden gebruikt voor

4 HvJ EU, 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, para. 132-133 (*Painer*).

5 HvJ EU, *ibid.*, para. 134.

6 Voor een nadere bespreking van het *Deckmyn*-arrest zie D. Voorhof, 'De parodie-exceptie als geharmoniseerd EU-concept: op zoek naar een rechtvaardig evenwicht tussen auteursrecht en expressievrijheid', *AMI* 2014, p. 179; E.A. Kuitert/R.J.Q. Klomp, 'Ruim baan voor de literaire parodie', *AMI* 2014, p. 186; M. de Cock Buning/N. van Lingen, 'Tien jaar verder - De parodie-exceptie in de rechtspraktijk', *AMI* 2014, p. 190; M.R. de Zwaan, 'De bevrijdende lach - Hoe het Europese Hof het keurslijf van het gesloten beperkingensysteem minder laat knellen', *AMI* 2014, p. 193; F.W. Grosheide, 'Enige rechtsvergelijking na het *Deckmyn*-arrest', *AMI* 2014, p. 199.

7 HvJ EU, 3 september 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, para. 22-23 (*Deckmyn*).

8 HvJ EU, *ibid.*, para. 25-27.

9 M.R.F. Senftleben, 'Quotations, Parody and Fair Use', in: P.B. Hugenholtz, A.A. Quaevlieg & D.J.G. Visser (eds.), *A Century of Dutch Copyright Law - Auteurswet 1912-2012*, Amsterdam: deLex, p. 395-398.

10 HvJ EU 1 december 2011, C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, para. 132 (*Painer*); HvJ EU, 3 september 2014, C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, para. 26 (*Deckmyn*).

11 R.M. Hilty/M.R.F. Senftleben, 'Rückschnitt durch Differenzierung? Wege zur Reduktion dysfunktionaler Effekte des Urheberrechts auf Kreativ- und Angebotsmärkte', in: T. Dreier/R.M. Hilty (red.), *Vom Magnettonband zu Social Media - Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz*, C.H. Beck 2015, p. 317 (326-330); C. Geiger, 'Promoting Creativity through Copyright Limitations: Reflections on the Concept of Exclusivity in Copyright Law', *Vanderbilt Journal of Entertainment and Technology Law* 12 (2010), p. 515 (532-533).

12 HvJ EU 11 september 2014, C-117/13, ECLI:EU:C:2014:2196, para. 43 (*Technische Universität Darmstadt*).

een partij die slechts een overzicht met korte inhoudsopgave van beschikbare content en een verwijzing (bijvoorbeeld een link) aanbiedt, terwijl een 'repository' wel zelf content bevat die vanaf een eigen server openbaar wordt gemaakt.

De bijzondere betekenis van de daaruit volgende toegang tot informatie voor het creatieve proces blijkt bijvoorbeeld uit de sociologische analyse van Pierre Bourdieu.<sup>13</sup> Een nieuwe generatie van auteurs die nieuwe werken wil creëren op basis van bestaand materiaal, zal eerst inzicht moeten verkrijgen in de esthetische posities die vorige 'scheppers' hebben ingenomen. Pas wanneer nieuwkomers in staat worden gesteld hun specifieke kunstvorm te leren beheersen en inzicht te krijgen in de erfenis van voorafgaande generaties, ontdekken ze structurele hiaten waarna zij een verantwoorde volgende stap kunnen zetten in de ontwikkeling van literaire en artistieke werken.<sup>14</sup> De mogelijkheid van vrij gebruik van bestaand materiaal ten behoeve van de creatie van nieuwe werken, zoals het geval is bij de parodie en het citaatrecht, is dus slechts één manier om de vernieuwing van het culturele landschap te stimuleren. Daarnaast helpt het wanneer het ontwikkelen van content repositories en het verlenen van aggregatordiensten wordt aangemoedigd – maatregelen die een nieuwe generatie van auteurs in staat stelt om bestaande creaties te exploreren en vertrekpunten te vinden voor het formuleren van nieuwe esthetische posities.<sup>15</sup>

Ten aanzien van dit laatste – het voorzien in een rijke en diverse informatie-infrastructuur – zou het mededingingsrecht een cruciale rol kunnen spelen. Waar de vrijheid van meningsuiting wordt ingeroepen om het definitieve creatieve proces als zodanig voldoende ruimte te bieden, zou het de taak van het mededingingsrecht kunnen zijn om te dienen als een extern afwegingsmechanisme ten opzichte van de controle die auteursrechthebbenden uitoefenen over het aanbod van content repositories en aggregators. Dit betekent niet dat het mededingingsrecht het vereenvoudigings- en openbaarmakingsrecht geheel zou moeten eroderen. Mededingingsrechtelijke controle zou echter op zijn plaats kunnen zijn waar het producten of diensten betreft die de toegang tot het culturele landschap vereenvoudigen en de creatie van nieuw werk op deze wijze ondersteunen.

### Gedachtenexperiment

Het is dus de moeite waard om de potentiële impact van het mededingingsrecht op het verstrekken van licenties

voor content repositories en content aggregators te onderzoeken. Daarbij gaat het uiteraard om een gedachtenexperiment. De centrale vraag is of het mededingingsrechtelijke toetsingskader op zodanige manier op auteursrechtelijke doelstellingen kan worden afgestemd dat het mededingingsrecht uiteindelijk als een aanvullend instrument kan worden gebruikt om het licentiedrag van auteursrechthebbenden op de gewenste wijze te beïnvloeden. Naar de kern genomen wordt in de volgende analyse het mededingingsrecht dus vanuit een auteursrechtelijk perspectief benaderd en hervormd. Voor dit gedachtenexperiment moet eerst een adequate marktdefinitie worden gevonden, waarna het mogelijk is om de potentiële impact van het mededingingsrecht op licentiepraktijken vast te stellen. De conclusie zal zijn dat het mededingingsrecht inderdaad een belangrijk extern afwegingsinstrument zou kunnen vormen dat evenals fundamentele rechten en vrijheden een belangrijke bijdrage zou kunnen leveren aan het waarborgen van optimale randvoorwaarden voor de creatie van nieuwe literaire en artistieke werken.<sup>16</sup>

### Marktdefinitie

Een lastige horde die moet worden genomen bij de poging om het mededingingsrecht af te stemmen op een auteursrechtelijke doelstelling, is de basiseis van marktmacht die de auteursrechthebbende in staat stelt de concurrentiestructuren van de markt te eroderen. Artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de EU (VwEU) weerspiegelt dit vereiste in zijn verwijzing naar misbruik van machtspositie:

*'Onverenigbaar met de interne markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de interne markt of op een wezenlijk deel daarvan.'*

In deze context verwijst marktdominantie naar een economische machtspositie die de onderneming in staat stelt:

*'de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen, en het haar mogelijk maakt zich, jegens haar concurrenten, haar afnemers en, uiteindelijk, de consumenten in belangrijke mate onafhankelijk te gedragen.'*<sup>17</sup>

De crux van deze definitie ligt vanzelfsprekend in het vaststellen van het correcte referentiepunt bij het definiëren

13 M.R.F. Senftleben/L. Anemaet, 'Het verleidelijke gezang van een Griekse Sirene – Auteursrecht in het licht van Bourdieus sociologische analyse van het literaire en artistieke veld', *AMI* 2015, p. 1.

14 P. Bourdieu, *Die Regeln der Kunst. Genèse und Struktur des literarischen Feldes*, Suhrkamp 1999 (Franse originele versie: P. Bourdieu, *Les règles de l'art. Genèse et structure du champ littéraire*, Éditions du Seuil 1992), p. 385.

15 Vergelijk J.E. Cohen, 'Copyright, Commodification, and Culture: Locating the Public Domain', in: L.M.C.R. Guibault/P.B. Hugenholtz (red.), *The Future of the*

*Public Domain – Identifying the Commons in Information Law*, Kluwer Law International 2006, p. 121 (154-155).

16 Ten aanzien van de mogelijke combinatie van grondrechten en mededingingsrecht, zie T. Mylly, 'Intellectual Property and Competition Law in the Information Society', in: C. Geiger (red.), *Constructing European Intellectual Property – Achievements and New Perspectives*, Edward Elgar 2013, p. 94 (115-117).

17 HvJ EU, 13 februari 1979, C-85/76, 1979 ECR 461, para. 38 (*Hoffmann-La Roche*).

ren van 'de relevante markt'. Een ruim referentiepunt, zoals een volledig segment van literaire of artistieke creativiteit, stelt machtige marktdeelnemers in staat te ontkomen aan een uitgebreide toetsing in het licht van de mededinging. Een nauwer referentiepunt (zoals een enkel individueel werk of een specifieke collectie van werken) maakt een relatief strikte controle mogelijk in het licht van mededingingsrechtelijke standaarden. Om in auteursrechtelijke zaken de focus op een individueel werk of een collectie te leggen is traditioneel echter lastig, omdat literaire en artistieke producties vaak uitwisselbaar zullen worden geacht vanuit het perspectief van de consument.

### *Traditionele focus op consumptief gebruik*

Volgens de traditionele definitie omvat de voor de mededingingsrechtelijke analyse relevante productmarkt 'alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de consument als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd.'<sup>18</sup> Bij het bepalen van de relevante markt speelt de vraag naar substitueerbaarheid dus een centrale rol. De Europese Commissie lichtte dit als volgt toe:

*'Vanuit economisch standpunt is – voor de bepaling van de relevante markt – substitutie aan de vraagzijde de belangrijkste onmiddellijke en daadwerkelijke disciplinerende factor voor de aanbieders van een bepaald product, inzonderheid met betrekking tot hun prijsbeleid. Een onderneming of een groep ondernemingen kan niet een aanzienlijke invloed uitoefenen op de geldende verkoopvoorwaarden, zoals de prijzen, wanneer haar afnemers gemakkelijk kunnen overschakelen op beschikbare substitutieproducten of op elders gevestigde leveranciers.'*<sup>19</sup>

Naast substitueerbaarheid aan de vraagzijde kunnen ook aanbodfactoren in aanmerking genomen worden.<sup>20</sup> Op het terrein van literaire en artistieke producties kunnen deze omvatten: de specifieke expertise van een platenlabel, uitgever of filmproducent op een bepaald gebied, een gevestigde reputatie, langdurige relaties met auteurs, kennis van de afnemers en directe toegang tot verkoopkanalen en klanten.<sup>21</sup> Een beperking van de analyse tot substitueerbaarheid aan de aanbodzijde veronderstelt echter dat de basisaanname wordt verlaten, dat aanbodzijdefactoren vanwege hun elasticiteit alleen in aanmerking moeten worden genomen als hun effecten 'in termen van doelmatigheid en directheid vergelijkbaar [zijn] met de substitueerbaarheid aan de vraagzijde'.<sup>22</sup>

Een focus op aanbodzijdefactoren maakt de marktbeoordeling bovendien vaak zo licht dat een machtspositie nauwelijks kan worden vastgesteld.<sup>23</sup> De vraagzijde biedt dus meer houvast voor de ontwikkeling van een nieuwe benadering waarbij het mededingingsrecht in sterkere mate als een extern controle-instrument ter bevordering van de integratie van beschermde werken in content repositories en diensten van content aggregators wordt ingezet.

Tegen deze achtergrond is het cruciaal om de specifieke problemen te achterhalen die zich voordoen bij een vraagzijde-analyse. Josef Drexl beschrijft het dilemma van de substitueerbaarheid aan de vraagzijde in het auteursrecht als volgt:

*'Based on the copyright concept of originality, works are certainly different. But this does not mean that they are not substitutable in terms of competition law. [...] To be substitutes, products do not have to be fully identical. The question rather is whether certain factors become so important that from a consumer's perspective works cannot be considered substitutable. The problem in the entertainment industry is that consumer perceptions are not defined by objective needs – as, for instance, in the case of patented pharmaceuticals – but by highly individual tastes and preferences. For some movie fans, a science fiction film may be a substitute to a love story; for others it is not. This seems to make the application of the concept of demand-side substitutability very speculative and unreliable.'*<sup>24</sup>

Het voornaamste probleem is daarmee de afwezigheid van objectieve behoeften. Consumentenvoorkeuren kunnen aanzienlijk variëren. Voor sommige consumenten kan ongeveer elk werk in een bepaalde categorie substitueerbaar zijn – zelfs bestsellers, literaire mijlpalen en unieke kunstwerken – terwijl voor anderen met een meer verfijnde smaak vrijwel geen enkel werk substitueerbaar is. Afhankelijk van de mate van fijnzinnigheid van de consumentengroep die als referentie wordt gekozen, zijn zowel een aanzienlijke mate van substitueerbaarheid als een zeer beperkte mate van substitueerbaarheid beide plausibele uitkomsten van een vraagzijde-gerelateerd onderzoek.

De traditionele mededingingsrechtelijke analyse wordt echter juist niet toegespitst op liefhebbers van een bepaald werk of repertoire. Veeleer wordt rekening gehouden met consumentenonderzoeken inzake gebruikspatronen en attitudes, gegevens inzake de inkooppatronen van consumenten, de meningen van detailhandelaren en in het algemeen, door de partijen en hun concurrenten overlegde

18 Bekendmaking van de Europese Commissie (1997) inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht (97/C 372 /03), para. 7.

19 Europese Commissie, *ibid.*, para. 13.

20 Europese Commissie, *ibid.*, para. 20.

21 European Commission, 29 July 2003, COMP/M.3197, Candoover/Cinven/Bertelsmann-Springer, para. 14-15; European Commission, 15 February 1999, IV/M.1377, Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer, para. 9-12.

22 Europese Commissie, *supra* noot 18, para. 20.

23 R.M. Hilty, 'Renaissance der Zwangslizenzen im Urheberrecht? – Gedanken zu Ungereimtheiten auf der urheberrechtlichen Wertschöpfungskette', *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2009, p. 633 (639).

24 J. Drexl, *Copyright, Competition and Development, Report by the Max Planck Institute for Intellectual Property and Competition Law*, Munich: December 2013, beschikbaar op: <http://www.wipo.int/ip-competition/en/>, p. 75.

marktonderzoeken, teneinde vast te stellen of 'een economisch belangrijk deel van de consumenten twee producten als onderling vervangbaar beschouwt, ook rekening houdend met het belang van merken voor de bedoelde producten.'<sup>25</sup> Daarmee komt de nadruk te liggen op een bredere consumentengroep die auteursrechtelijk beschermde werken in veel gevallen sneller substitueerbaar zal achten dan de liefhebber van een individueel werk of repertoire. Het toepassingsgebied van het mededingingsrecht wordt dus beperkt.

### *Een alternatieve focus op productie-gerelateerd gebruik*

Om tot een bredere toepassing van het mededingingsrecht te komen, moet dus een alternatief perspectief worden gekozen. In plaats van de aandacht te richten op de voorkeuren van een economisch belangrijk deel van de consumenten voor literaire en artistieke werken, is het noodzakelijk om – in lijn met de inleidende opmerkingen – te focussen op gebruikers die toegang zoeken tot beschermd materiaal met het doel inspiratie op te doen voor de creatie van nieuwe literaire of artistieke werken. De nadruk komt dan te liggen op de studie, de remix en het hergebruik van bestaand materiaal voor de productie van culturele follow-on innovatie.

Een accent op productief hergebruik komt beter overeen met de onderliggende maatschappelijke doelstellingen van auteursrechtelijke bescherming. Naar de kern genomen is het auteursrecht een cyclisch inspiratiesysteem. Het is de kernfunctie van het auteursrecht om het oneindige schepingsproces van nieuwe werken met een eigen, oorspronkelijk karakter op basis van reeds bestaande inspiratiebronnen op gang te houden. De wezenlijke eigenschap van de auteur is haar capaciteit om nieuwe vormen van individuele expressie te ontdekken in een vaststaande culturele omgeving. Het bouw materiaal voor een nieuwe culturele creatie wordt gewonnen uit bestaande expressies, vormen en tradities.<sup>26</sup>

Eenzijds genereert het auteursrecht de economische prikkel die nodig is voor de productie en verspreiding van werken van letterkunde en kunst. Vanuit economisch perspectief kunnen literaire en artistieke werken als 'public goods' worden beschouwd. Het gebruik door een actor beperkt niet de mogelijkheden voor een andere actor om er eveneens van te profiteren ('non-rivalry in consumption') Verder kunnen ongeautoriseerde partijen niet zonder meer

worden uitgesloten van het gebruik ('non-excludability in use'). Tegen deze achtergrond is het onwaarschijnlijk dat literaire en artistieke werken in voldoende hoeveelheden worden gecreëerd bij gebrek aan de juiste economische stimulans, zoals overheidssubsidies of de toekenning van een exclusief recht dat de winstgevende exploitatie van werken mogelijk maakt.<sup>27</sup>

Anderzijds leidt het toekennen van exclusieve rechten als waarborg voor deze stimulans tot hoge kosten in termen van toegang tot informatie en culturele follow-on innovatie. Zodra auteursrechthebbenden over exclusieve rechten beschikken, wordt consumenten de vrije toegang tot beschermde werken ontzegd en verliezen toekomstige makers de mogelijkheid om zonder toestemming van de rechthebbenden hun nieuwe werken op bestaande werken te baseren. Het stimulansmodel dat juist is bedoeld om de creatie en de verspreiding van werken te bevorderen, werkt zo onvermijdelijk als een rem op de creatie van afgeleide werken.<sup>28</sup>

Om een optimaal resultaat voor de samenleving als geheel te behalen moet het auteursrecht er dus continu op gericht zijn om een juiste balans te vinden tussen kosten en baten. Volgens Guy Pessach moeten de conceptuele contouren van bescherming getrokken worden

*'in a manner that concurrently maximizes the incentive for investing resources in the production and dissemination of diversified, socially valued creative works; and to minimize the costs and burdens that copyright imposes on the public and on other creators.'*<sup>29</sup>

Hieruit volgt dat, naast het gunstige effect van het auteursrecht dat – althans theoretisch – bestaat uit een stimulans voor de maker, ook het nadeel voor de gebruiker van literaire en artistieke werken niet uit het oog mag worden verloren. Gebruikers van beschermd materiaal hebben immers de toestemming van de auteursrechthebbende nodig om te kunnen genieten van een beschermd werk of het te kunnen bewerken.<sup>30</sup>

Tegen deze achtergrond snijdt het hout om het perspectief te verbreden in het geval van mededingingsrechtelijke zaken betreffende auteursrechtelijk beschermd materiaal. Het volledige potentieel van het mededingingsrecht als bescherming tegen misbruik van exclusieve auteursrechten komt alleen maar tot zijn recht wanneer de behoeften

25 Europese Commissie, supra noot 18, para 41.

26 Zie de analyse van psychologisch onderzoek betreffende creatieve processen door Cohen, supra noot 15, p. 154-155.

27 W.W. Fisher, 'Reconstructing the Fair Use Doctrine', *Harvard Law Review* 101 (1988), 1659 (1700); W.M. Landes/R.A. Posner, 'An Economic Analysis of Copyright Law', *Journal of Legal Studies* 18 (1989), p. 325 (326); N.W. Netanel, *Copyright's Paradox*, Oxford University Press 2008, p. 84-85; R.A. Posner, 'Intellectual Property: The Law and Economics Approach', *Journal of Economic Perspectives* 19 (2005), 57 (58-59); S.P. Calandrillo, 'An Economic Analysis of Property Rights in Information: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives to Generate Information, and the Alternative of a Government-Run Reward

System', *Fordham Intellectual Property Media & Entertainment Law Journal* 9 (1998), p. 301.

28 Posner, supra noot 29, p. 57; G. Pessach, 'Copyright Law as a Silencing Restriction on Noninfringing Materials: Unveiling the Scope of Copyright's Diversity Externalities', *Southern California Law Review* 76 (2003), 1067 (1077); Benkler, supra noot 3, p. 392-393.

29 Pessach, supra noot 28, p. 1077.

30 L.L. Weinreb, 'Copyright for Functional Expression', *Harvard Law Review* 111 (1998), p. 1150 (1231); Calandrillo, supra noot 27, p. 304. See in respect of the 'deadweight loss' that results from the grant of exclusive rights Fisher, supra noot 27, p. 1700-1702.

van productieve gebruikers worden meegewogen. De traditionele focus op een 'economisch belangrijk deel van de consumenten' moet dus worden verlaten. In plaats daarvan dient substitueerbaarheid te worden beoordeeld vanuit het perspectief van de productieve gebruiker die toegang tot bestaande werken nodig heeft om inspiratie voor het maken van een nieuw werk op te doen. Op deze manier worden auteursrechtelijke doelstellingen in het mededingingsrecht geïntegreerd. Het mededingingsrecht wordt als het ware 'auteursrechtelijk ingekleurd'. Het ondersteunt de doelstellingen van het auteursrecht door de nadruk te leggen op de behoeften van de productieve gebruiker van werken van letterkunde, wetenschap en kunst.

Deze verschuiving in de richting van het perspectief van productief gebruik leidt, interessant genoeg, tot een veel minder 'speculatieve en onbetrouwbare'<sup>31</sup> uitkomst van het onderzoek naar substitueerbaarheid. Zoals eerder betoogd mist het substitueerbaarheidsargument voor de consumptie van bepaalde letterkundige en artistieke werken zijn doel aangezien het niet is gericht op de behoeften van auteurs die bestaand materiaal willen gebruiken om nieuw werk te creëren. Bij het vaststellen van een mogelijk corroderend effect van het misbruik van machtspositie moet dus de kwetsbaarheid van het productieproces (en niet van het consumptieproces) in aanmerking worden genomen.

Met betrekking tot het literaire en artistieke productieproces biedt de sociologische analyse van Pierre Bourdieu opnieuw belangrijke inzichten. Volgens Bourdieu zou het verkeerd zijn om in de context van de creatie van nieuwe werken een vervangbaarheid van literair en artistiek bronmateriaal aan te nemen. Zijn analyse toont aan dat de mogelijkheid tot het ontwikkelen van nieuwe richtingen in de creatie van literaire en artistieke werken afhangt van de verschillende posities die zijn ingenomen door voorgaande scheppers.<sup>32</sup> Wil een nieuwe generatie auteurs het kunnen opnemen tegen de leidende avant-garde, dan moet deze in staat zijn de structurele gaten binnen de textuur van al bekende literaire en artistieke posities op te sporen.<sup>33</sup> Een nieuwe generatie moet een overtuigende alternatieve positie innemen ten opzichte van de zwakheden en de interne tegenstrijdigheden van de huidige *state of the art*.<sup>34</sup> De reeds ingenomen posities in het literaire en artistieke veld bepalen daarmee de ruimte voor nieuwe posities en nieuwe impulsen voor de creatie van literaire en artistieke werken. Met andere woorden, zij pre-determineren de ruimte die beschikbaar is voor culturele follow-on innovatie.<sup>35</sup>

Voor een auteur die zijn eigen, nieuwe literaire of artistieke positie wil definiëren ten opzichte van bepaalde,

reeds bestaande werken heeft dit verstrekkende gevolgen. Als bestaand werk niet beschikbaar is voor dit doel, zal de beoogde culturele innovatie simpelweg niet plaatsvinden.<sup>36</sup> Daarmee beperkt elk reeds bestaand literair of artistiek werk dat niet ter beschikking staat voor culturele follow-on innovatie *a priori* het scala aan mogelijkheden dat latere auteurs ter beschikking hebben om nieuwe posities te vinden en te formuleren. Men zou kunnen zeggen dat elk literair en artistiek werk dat niet beschikbaar is vanwege misbruik van machtspositie op de markt van literaire en artistieke werken, het aantal bronnen reduceert dat beschikbaar is voor culturele vervolginnovatie. De evolutie van nieuw werk wordt dus mogelijk belemmerd.

### *Impact op de bepaling van de relevante markt*

In de praktijk hoeft dit niet te betekenen dat elk literair en artistiek werk per definitie een relevante markt op zichzelf vormt. Een individueel werk kan alleen als afzonderlijke markt worden beschouwd wanneer het vanaf het begin duidelijk is dat het werk onontbeerlijk is voor de creatie van een bepaald nieuw werk.<sup>37</sup> Nemen we het creatieve proces dat leidt tot een nieuw werk in ogenschouw, dan is de focus op een specifiek reeds bestaand werk alleen relevant in de laatste fase van creatie. Zolang de maker zich in de voorfase bevindt van het onderzoeken van inspiratiebronnen is het cruciaal om toegang te hebben tot een breed repertoire van werken die wellicht als katalysator kunnen dienen voor de creatie van een nieuw werk.

Het creatieve proces blijft daarmee 'speculatief en onbetrouwbaar'<sup>38</sup>, althans tot op zekere hoogte. Niettemin biedt het beschreven productieproces mogelijkheden voor een concretere bepaling van de relevante markt. Door de noden van de secundaire maker als uitgangspunt te nemen in plaats van consumptiepatronen en voorkeuren van de eindgebruiker kan de relevante markt worden beschreven als de veelheid van werken die als inspiratiebron kunnen dienen voor het specifieke werk van de betreffende secundaire maker: jazzmuziek in het geval van de jazzcomponist, wetenschappelijke publicaties in het geval van de wetenschappelijke auteur, strips in het geval van een stripteekenaar, horrorfilms in het geval van een regisseur in dit filmgenre. Uiteraard laten veel makers zich niet louter inspireren door werken die van hetzelfde type zijn als ze zelf maken. Ze kijken juist ook naar andere disciplines. De potentiële bijdrage van bronnen buiten de eigen discipline lijkt echter niet concreet en voorspelbaar genoeg om daarmee ook bij de bepaling van de relevante markt rekening te houden. Bij reeds bestaande werken in dezelfde sector van letterkunde, wetenschap of kunst is daarentegen de mogelijkheid van een potentiële bijdrage aan de totstandkoming van het nieuwe werk niet van de hand te wijzen. Binnen de

31 Drexler, supra noot 24, p. 75.

32 Bourdieu, supra noot 14, p. 370.

33 Senftleben/Anemaet, supra noot 13, p. 6.

34 Bourdieu, supra noot 14, p. 372 and 379-380.

35 For examples in the field of literature and music, see Bourdieu, supra noot 14, p. 379-384.

36 Senftleben/Anemaet, supra noot 13, p. 6.

37 Reference to "single source" situation, as described by Hilty.

38 Drexler, supra noot 24, p. 75.

relevante categorie van werken moet elk individueel repertoire van werken dan als niet-ervangbaar gezien worden, aangezien niet te voorspellen is welke bestaande werken de benodigde creatieve input voor de creatie van een nieuw werk bevat.

Niet-substutueerbaarheid moet dus aangenomen worden voor alle repertoires van creatieve bronnen die mogelijk belangrijk zijn voor de creatieve activiteiten van een individuele maker binnen een bepaald terrein van literatuur of kunst. Afgezien van het uitzonderlijke geval waarin een individueel werk vanaf het begin niet-substutueerbaar blijkt, vormt elke collectie van mogelijke inspiratiebronnen dus een individuele relevante markt. Elke collectie kan niet-ervangbaar worden geacht vanuit het perspectief van de secundaire maker.

Deze benadering is niet volledig nieuw. In de *Candover/Cinven/Bertelsmann-Springer*-beschikking, oordeelde de Europese Commissie:

*'From a demand-side point of view, it is rare that two different publications be viewed as perfect substitutes. There usually are differences in the coverage, comprehensiveness and content provided by two different publications. From the point of view of functional interchangeability, two different publications could hardly be regarded as substitutable by the end-users, the readers. This applies to publications pertaining to different areas of professional publishing and addressed to different customer groups as well as within professional categories. Therefore, consumers will rarely substitute one publication for another in reaction to their relative prices. In this case, a strict demand approach would lead to the definition of a multitude of relevant markets of imprecise boundaries and small dimensions. This would not allow to properly assess the competitive relations between the different publishers and the impact of the notified merger on competition.'*<sup>39</sup>

Deze benadering leidt tot een groot aantal, relatief kleine relevante markten – mogelijk zelfs van markten voor individuele werken. Gezien de fragmentatie die dit met zich zou brengen, verwierp de Commissie deze benadering echter in *Candover/Cinven/Bertelsmann-Springer*. Zij vreesde dat, in elk geval in het kader van beoordelingen van fusies, de 'multitude of relevant markets' een adequate beoordeling van machtspositie onmogelijk zou maken. De Commissie gaf daarom de voorkeur aan een analyse die gebaseerd was op aspecten van de aanbodzijde van de markt.<sup>40</sup>

## Licentieweigering

In *Candover/Cinven/Bertelsmann-Springer* was het verwerpen van de vraagzijde-aanpak begrijpelijk. Immers, aanbodfactoren, zoals de eerder genoemde criteria kennis en ervaring, reputatie, langdurige relaties met auteurs, kennis van de doelgroep en toegang tot de kanalen om klanten te bereiken, lijken een betere beoordeling mogelijk te maken van de potentiële negatieve gevolgen van een fusie.<sup>41</sup> In andere gevallen hoeft echter niet dezelfde aanpak te worden gekozen. Bij een licentieweigering kan het juist wenselijk zijn om te focussen op relatief kleine relevante markten en mogelijk zelfs markten voor individuele werken. Dat geldt tenminste als het erom gaat het mededingingsrecht ter ondersteuning van auteursrechtelijke doelstellingen in te zetten. In het kader van misbruik van machtspositie door licentieweigering kan de focus op elk individueel repertoire binnen een bepaald gebied van letterkunde, wetenschap of kunst namelijk het pad effenen voor een verbetering van de algemene informatie-infrastructuur voor secundaire auteurs en culturele follow-on innovatie.

### Speciale verantwoordelijkheid als uitgangspunt

Om dit resultaat te bereiken, kan de speciale verantwoordelijkheid van de auteursrechthebbende jegens de markt als bruikbaar uitgangspunt dienen. Matthias Lamping beschrijft deze verantwoordelijkheid als volgt:

*'The mere fact that there are no or at least no substantial competitors does not oblige the monopolist to create competition at the expense of its well-acquired market position. However, despite the lack of actual competition, the dominant company will be expected to behave as if it were operating in a perfectly competitive market environment. This includes not only its general responsibility towards satisfying market needs but also its pricing and innovation behaviour. If not only competition by imitation but also competition by substitution is eliminated, as is the case where an intellectual property right constitutes an indispensable facility, it follows that the right holder must either himself exploit the market opportunities protected by the intellectual property right or enable others to do so. If he fails on both ends, competition law must intervene.'*<sup>42</sup>

Wanneer elk afzonderlijk repertoire van literaire en artistieke werken wordt beschouwd als een niet-substutueerbare, 'onontbeerlijke' voorziening, kan deze speciale verantwoordelijkheid in die zin worden begrepen dat de rechthebbende verplicht is om voldoende toegang te bieden tot het repertoire met het oog op productief hergebruik: de rechthebbende zou ofwel zelf de marktmogelijk-

39 Europese Commissie, 29 juli 2003, COMP/M.3197, *Candover/Cinven/Bertelsmann-Springer*, para. 13.

40 Europese Commissie, *ibid.*, para. 14.

41 Europese Commissie, *ibid.*, para. 14-15; Europese Commissie, 15 februari 1999, IV/M.1377, *Bertelsmann/Wissenschaftsverlag Springer*, para. 9-12.

42 M. Lamping, 'Refusal to Licence as an Abuse of Market Dominance – From Commercial Solvents to Microsoft', in: R.M. Hilty & K.-C. Liu (red.), *Compulsory Licensing – Practical Experiences and Ways Forward*, 121, Springer 2015, p. 133. Zie

ook B. Conde Gallego, 'Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchsverbots auf „unerlässliche“ Immaterialgüterrechte im Lichte der IMS Health- und Standard-Spundfass-Urteile', *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil* 2006, p. 16 (27-28); J. Drexel, 'Intellectual Property and Antitrust Law: IMS Health and Trinko – Antitrust Placebo for Consumers Instead of Sound Economics in Refusal-To-Deal Cases', *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 35 (2004), p. 788 (806-807).



heid moeten exploiteren om een informatie-infrastructuur aan te bieden die secundaire makers in staat stelt om bestaand repertoire te bestuderen en inspiratiebronnen te vinden voor de creatie van nieuw werk, ofwel anderen in staat moeten stellen adequate informatieportals te ontwikkelen.

Om misbruik van machtspositie te voorkomen, is de rechthebbende dus verplicht om zich te onthouden van gedrag dat de toegang blokkeert tot het niet-substueerbare repertoire in kwestie. Als een zwaard van Damocles kan de speciale verantwoordelijkheid die uit de machtspositie van de rechthebbende voortvloeit een stimulerend effect hebben op investeringen in moderne toegangs- en aanbodsinstrumenten. Zo niet, dan zou de rechthebbende moeten vrezen dat het mededingingsrecht als breekijzer voor het afdwingen van licenties wordt ingeroepen en vervolgens de weg baant voor een bredere verspreiding van het repertoire.

### *Ondersteuning van content repositories en aggregators*

Wanneer afzonderlijke collecties van werken als relevante markten voor de vaststelling van een machtspositie in mededingingsrechtelijke zin worden beschouwd, dan brengt de daaruit volgende speciale verantwoordelijkheid van de auteursrechthebbende de verplichting met zich om een actieve rol te spelen in de ontwikkeling van content repositories en aggregators. Dit soort voorzieningen zijn bijvoorbeeld van bijzonder belang voor het creëren van wetenschappelijke publicaties. Josef Drexl verwijst naar bibliotheekdiensten in deze context:

*Yet there are cultural and creative products where one can seriously consider whether a certain product constitutes a proper market. One example of this may be scientific journals, access to which is indispensable both for the author of an article who depends on access to the journal for his academic career and scientific academic libraries and institutes for which the subscription of such "must-have" journals is mandatory.*<sup>43</sup>

De hiervoor beschreven vaststelling van een machtspositie gebaseerd op de behoeften van secundaire makers staat een bredere toepassing van deze stelling toe: niet alleen op het gebied van wetenschappelijke tijdschriften maar ook op andere terreinen van literaire en artistieke productie kan aangenomen worden dat een bepaald repertoire van werken onontbeerlijk is voor secundaire makers. Om de nodige impulsen te geven voor culturele follow-on innovatie, moeten content repositories en aggregators in de betreffende literaire en artistieke sector dus in staat worden gesteld om deze onontbeerlijke inspiratiebronnen op te nemen in hun producten en diensten.

Deze bredere verplichting om activiteiten van content repositories en aggregators te ondersteunen, kan ook worden geplaatst in de context van een drietal criteria ten aanzien van licentieweigering dat het HvJ EU heeft ontwikkeld. In *IMS Health* legt het Hof uit dat de weigering om een licentie te verlenen op zichzelf geen misbruik oplevert, zelfs wanneer deze weigering afkomstig is van een onderneming met een machtspositie. Alleen onder uitzonderlijke omstandigheden kan het uitoefenen van het auteursrecht uitmonden in misbruik.<sup>44</sup> Dergelijke uitzonderingsgevallen doen zich voor op het moment dat een weigering tot licentieverlening (1) het ontstaan van een nieuw product waarnaar een grote consumentenvraag bestaat, verhindert, (2) niet wordt gerechtvaardigd door objectieve overwegingen en (3) waarschijnlijk alle mededinging op een afgeleide markt uitschakelt.<sup>45</sup>

### *Nieuw product vereiste*

In zijn algemeenheid kunnen content repositories en aggregators op het gebied van literaire en artistieke werken worden omschreven als verleners van informatieproducten die een overzicht geven van werken op een bepaald creatief terrein. Zij voegen waarde toe doordat zij zoveel mogelijk beschikbare repertoires combineren. Op die manier ondersteunen zij de activiteiten van secundaire makers met het oog op de creatie van een nieuw werk. Zij bieden onbekende en dus nieuwe mogelijkheden om te browsen en bestaande werken te ontdekken die mogelijk creatieve input voor een nieuw werk bieden. De resulterende producten en diensten omvatten de verlening van directe toegang tot een brede variëteit aan werken afkomstig van verschillende auteursrechthebbenden, zoals in het geval van bibliotheken, tot enkel lijsten en korte beschrijvingen van de inhoud van werken van diverse bronnen, zoals het geval is bij (dedicated) zoekmachines.

Zonder twijfel kunnen deze nieuwe producten en diensten een katalysator zijn voor creatieve processen door bestaande werken onder de aandacht te brengen van secundaire makers – werken die anders wellicht over het hoofd waren gezien. Het lijkt dus aannemelijk dat er een 'potential consumer demand' bestaat zoals verwoord in het eerste criterium van het HvJ EU in *IMS Health* – althans wanneer 'consumer demand' wordt begrepen als 'secondary author demand' in lijn met de focus op culturele follow-on innovatie in dit artikel. Het is duidelijk dat de opkomst en het succes van nieuwe content repositories en aggregators vaak zullen afhangen van licenties. Bibliotheken kunnen nauwelijks directe toegang bieden tot een grote variëteit aan werken afkomstig van verschillende auteursrechthebbenden wanneer zij niet de nodige licenties verkrijgen. Ook een zoekmachine kan niet altijd vertrouwen op de beperkingen van het auteursrecht, de aanneming van impliciete toestemming

43 Drexl, supra noot 24, p. 42; Hilty, supra noot 23, p. 639.

44 HvJ EU 29 april 2004, *IMS Health*, C-418/01, [2004] ECR I-05039, para. 34-35.

45 HvJ EU, *ibid.*, para. 38 en dictum.

of een veilige haven bepaling die het aansprakelijkheidsrisico beperkt. Dat blijkt uit de uiteenlopende uitspraken van rechters in Europa over de toelaatbaarheid van het vertonen van afbeeldingen als zoekresultaten (*'image search services'*).<sup>46</sup>

Tot op zekere hoogte is de situatie zelfs vergelijkbaar met het feitencomplex in *Magill*. Op het moment dat het HvJ EU arrest wees in deze zaak, bestond er geen algemene wekelijkse televisiegids op de Ierse of Noord-Ierse markt. Elk afzonderlijk televisiestation publiceerde een programma-gids die alleen het eigen televisieaanbod beschreef en elk televisiestation eiste dan ook het auteursrecht voor zijn eigen wekelijkse programmaoverzichten op om te voorkomen dat deze werden gereproduceerd door derden.<sup>47</sup> Tegen deze achtergrond bevestigde het Hof dat *Magill* zich op het mededingingsrecht kon beroepen om tot een alomvattende televisiegids te komen.<sup>48</sup>

In het licht van het *Magill*-arrest kan worden beargumenteed dat het mededingingsrecht zou moeten kunnen worden ingeroepen om te verzekeren dat auteursrechthebbers niet verhinderen dat content repositories en aggregators tegemoetkomen aan de informatiebehoeften van secundaire makers op een bepaald terrein van letterkunde, wetenschap of kunst. Zelfs als elke individuele auteursrechthebbende een repository of zoekfunctie voor zijn eigen repertoire van bestaand werk zou aanbieden, dan nog zouden secundaire auteurs niet beschikken over een informatieplatform dat een overzicht geeft van een breed spectrum van bestaande repertoires van verschillende auteursrechthebbers.

Om de ontwikkeling van content repositories en aggregators te bevorderen is het daarmee gerechtvaardigd auteursrechthebbers te onderwerpen aan de verplichting tot licentieverlening. Daarbij moet worden aangetekend dat het onderliggende concept 'licentieweigering' niet alleen werkelijke weigeringen betreft maar ook weigeringen waarbij bijvoorbeeld contractuele bepalingen en voorwaarden onredelijk zwaar zijn. Het risico van een mededingingsrechtelijke interventie kan dus een disciplinerend effect hebben op de licentiepraktijken in de creatieve sector.

### Geen objectieve rechtvaardiging

De tweede voorwaarde in de toets, die volgde uit *IMS Health*, is de afwezigheid van een objectieve rechtvaardiging voor de licentieweigering.<sup>49</sup> Ondanks de machtspositie die een rechthebbende inneemt, kan een licentieweigering wel aanvaardbaar zijn wanneer deze een legitiem doel

dient, zoals de gezondheidszorg, consumentenbescherming of een ander zwaarwegend algemeen belang. Een licentieweigering is ook toegestaan wanneer het gerechtvaardigd zakelijk gedrag betreft.<sup>50</sup> Een auteursrechthebbende kan ook weer niet gedwongen worden om onredelijk bezwarende licentievoorwaarden te accepteren slechts omdat de potentiële licentienemer een beroep doet op het mededingingsrecht. Met betrekking tot de aanbieders van zoekmachines werpt de zaak *Innoweb/Wegener* licht op de grenzen van aantasting van exclusieve rechten die de rechthebbende zal moeten accepteren. De zaak betrof een zogenaamde 'meta search engine' die het aanbod van tweedehands auto's samenbracht dat op verschillende online verkoopplatforms gevonden kon worden. Met het bieden van dit overzicht van beschikbare tweedehands auto's maakte *Innoweb* het voor de gebruiker overbodig om de individuele bronwebsites te bezoeken, zoals *Wegener's* online databank van tweedehands auto's. *Innoweb* weigerde echter te betalen voor het gebruik van de brondata afkomstig van het platform van *Wegener*.<sup>51</sup> Tegen deze achtergrond onderstreepte het HvJ EU het belang van de rechthebbende om zijn investering terug te verdienen:

*'Door voormelde activiteit van de exploitant van een dedicated metazoekmachine als die in het hoofdgeding dreigt de fabrikant van de databank opbrengsten mis te lopen, in het bijzonder die uit reclame op zijn website, en dus inkomsten te worden ontnomen waarmee hij wordt geacht de kosten van zijn investering in de samenstelling en werking van de databank te kunnen dekken.'*<sup>52</sup>

Met andere woorden, de auteursrechthebbende heeft er een legitiem belang bij dat de investeringen die hij heeft gedaan in zijn repertoire van bestaande literaire en artistieke werken terugverdiend kunnen worden. Een dwanglicentie die zou kunnen voortvloeien uit de toepassing van het mededingingsrecht mag de zakelijke activiteiten van de auteursrechthebbende niet volledig frustreren. Zo is de auteursrechthebbende bijvoorbeeld niet verplicht om een dwanglicentie te accepteren die geen redelijke vergoeding voor gedane investeringen inhoudt. Zodra de drempel van een redelijke vergoeding wordt gepasseerd heeft de rechthebbende een objectieve rechtvaardiging om het sluiten van een licentieovereenkomst te weigeren – ondanks zijn machtspositie ten aanzien van een niet-substutueerbaar repertoire van werken.

### Market leveraging

De laatste voorwaarde in de test uit *IMS Health* betreft zogenaamd 'market leveraging'. Het gaat daarbij om de vraag of licentieweigering 'alle mededinging op een afgeleide

46 M.R.F. Senftleben, 'Internet Search Results – A Permissible Quotation?', *Revue Internationale du Droit d'Auteur* 235 (2013), p. 3 (85-91).

47 HvJ EU 6 April 1995, "Magill", C-241/91 P and C-242/91 P, [1995] ECR I-743, para. 7.

48 HvJ EU 6 April 1995, "Magill", C-241/91 P and C-242/91 P, [1995] ECR I-743, para. 91.

49 HvJ EU 29 April 2004, *IMS Health*, C-418/01, [2004] ECR I-05039, para. 38 and operative part.

50 Lamping, supra noot 42, p. 139.

51 HvJ EU 19 december 2013, C-202/12, ECLI:EU:C:2013:850, para. 8-14.

52 HvJ EU, *ibid.*, para. 41.

markt zou uitschakelen.<sup>53</sup> In dit verband vereist het Hof een onderzoek naar de vraag of de rechthebbende een ongerechtvaardigd voordeel verkrijgt, aangezien de licentieweigering hem in staat stelt zijn machtspositie uit te breiden tot een downstream markt die economisch afgescheiden is. De cruciale vraag is dan of de marktmogelijkheden op de afgeleide markt nog steeds kunnen worden opgevat als onderdeel van het specifieke object van het intellectuele eigendomsrecht in kwestie, of eerder als een toevallig bij- of nevenproduct van de exclusieve rechten van de rechthebbende.<sup>54</sup>

Dit is een gevoelig punt waar het content repositories en aggregators betreft. Enerzijds vormt de controle over de reproductie en verspreiding van literair en artistiek materiaal duidelijk de essentie van het auteursrecht. Voor zover content repositories directe toegang bieden tot bestaande werken (zoals in het geval van bibliotheken), lijkt de licentieweigering om die reden niet een poging om mededinging op een afgeleide markt uit te schakelen. De auteursrechthebbende tracht niet zijn dominante positie uit te breiden naar een verdere, afhankelijke markt. In tegendeel, de licentieweigering weerspiegelt eerder zijn doel om controle te houden over de primaire markt bestaande uit het repertoire van de werken in kwestie. De auteursrechthebbende tracht de aanbieder van een content repository simpelweg ervan te weerhouden een alternatief te bieden voor zijn eigen aanbod van literaire en artistieke werken.

Anderzijds kan het aanbieden van een informatieportal als zodanig – het aanbod van een ruim overzicht van beschikbare inspiratiebronnen voor culturele follow-on innovatie – beschouwd worden als een afgeleid product met toegevoegde waarde. De auteursrechthebbende kan nauwelijks claimen dat dit additionele product nog steeds onderdeel uitmaakt van het specifieke object waarop zijn auteursrecht rust. Het auteursrecht heeft betrekking op literaire en artistieke werken als zodanig. Het biedt het exclusieve recht om controle uit te oefenen over het gebruik van individuele culturele creaties. Dit recht omvat niet de controle van gerelateerde informatieplatforms die repertoires integreren afkomstig van diverse bronnen en die browse- en zoekfuncties aanbieden met betrekking tot de opgenomen individuele auteursrechtelijk beschermde werken. Vanuit dit perspectief kan de mogelijkheid om een brede variëteit aan werken te integreren in een repository of zoekstelsel beschouwd worden als een nevenproduct van literaire en artistieke werken. Content repositories en aggregators hebben specifieke eigenschappen en functies die een afzonderlijke markt vormen.<sup>55</sup>

Ten aanzien van de afgeleide markt van content repositories en aggregators rijst de bijkomende vraag of de auteursrechthebbende in staat is om ‘elke mededinging’ uit te schakelen. Het antwoord op die vraag hangt af van de mate van content aggregatie, dat als referentiepunt wordt genomen. Wanneer het voldoende wordt geacht om mededinging mogelijk te maken tussen informatieplatforms die louter werken omvatten die beschikbaar zijn in een aantal geselecteerde repertoires van verschillende rechthebbenden, dan is te verdedigen dat een licentieweigering door slechts één rechthebbende de mededinging op de markt voor content repositories en aggregators niet volledig uitschakelt. Het blijft mogelijk om te concurreren met repertoires van andere rechthebbenden die (wel) bereid zijn een licentieovereenkomst af te sluiten. Hiermee zou de controle op licentiepraktijken op basis van het mededingingsrecht echter een tandeloze tijger worden: elke eigenaar van een repertoire van literaire en artistieke werken zou kunnen ontsnappen aan controle in het licht van mededingingsrechtelijke standaarden door te stellen dat ondanks zijn licentieweigering mededinging toch mogelijk blijft tussen andere repertoires van andere rechthebbenden die wel bereid zijn hun content ter beschikking te stellen.

Daarom is het overtuigender om informatieplatforms, die ernaar streven om een overzicht te bieden van alle repertoires van literaire en artistieke werken die relevant kunnen zijn voor follow-on innovatie op een bepaald gebied van culturele creativiteit, als referentiepunt te nemen. Concurrentie tussen aanbieders van dit soort omvangrijke platforms zou dan mogelijk zijn op het niveau van gebruiksgemak voor de individuele gebruiker, de wijze van classificatie en categorisering van literaire en artistieke werken, de beschikbaarheid van hulpinstrumenten, de efficiency van de algoritmes, enz. Wanneer ervan wordt uitgegaan dat content repositories en aggregators in beginsel alle relevante werkrepertoires kunnen opnemen, dan kan een mededingingsvoordeel alleen verkregen worden door het creëren van een buitengewoon gebruiksvriendelijk systeem dat de toegevoegde waarde voor gebruikers nog vergroot.

### *Bijdrage aan follow-on innovatie*

Op basis van de criteria die het HvJ EU in *IMS Health* heeft geformuleerd, is het dus mogelijk om uit te komen bij de toepassing van het mededingingsrecht. Wanneer individuele repertoires van werken als mededingingsrechtelijk relevante markten worden beschouwd, kan het mededingingsrecht als middel dienen om een auteursrechthebbende te weerhouden van een licentieweigering ten aanzien van het plaatsen van zijn repertoire in een content repository of

53 HvJ EU 29 april 2004, *IMS Health*, C-418/01, [2004] ECR I-05039, para. 38 en dictum.

54 Lamping, supra noot 42, p. 133-134; K.-N. Peifer, ‘Das Territorialitätsprinzip im Europäischen Gemeinschaftsrecht vor dem Hintergrund der technischen Entwicklungen’, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2006, p. 1 (7); T. Dreier,

‘Primär- und Folgemärkte’, in: G. Schricker/T. Dreier/A. Kur (red.), *Geistiges Eigentum im Dienste der Innovation*, Nomos 2001, p. 51 (53, 60 en 70-71).

55 Conde Gallego, supra noot 42, p. 20; T. Höppner, ‘Missbräuchliche Verhinderung „neuer“ Produkte durch Immaterialgüterrechte – Zur Anwendung von Art. 82 EG auf Lizenzverweigerungen’, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil* 2005, p. 457 (462-463).

aggregatorsysteem. Maar de toepassing van de *IMS Health* criteria roept ook een aantal vragen op. Vooral het criterium van *market leveraging* kan twijfel doen rijzen over de toepasselijkheid van het mededingingsrecht. Wanneer een informatieplatform directe toegang tot literaire en artistieke werken biedt, kan niet anders dan geconcludeerd worden dat de primaire, upstream markt voor literaire en artistieke werken wordt aangetast, zelfs wanneer de content aggregator zelf eigenschappen toevoegt, zoals zoek- en browsefuncties, die tezamen een secundair, afgeleid (downstream) element omvatten.

Toch hoeft dit amalgaam van upstream en downstream kenmerken geen onoverkomelijk obstakel te vormen. Het besproken toetsingskader dat het HvJ EU heeft ontwikkeld – nieuw product, *market leveraging*, afwezigheid van objectieve rechtvaardiging – is slechts één set van criteria die in de rechtspraak zijn ontwikkeld. De aannahme door het Hof dat deze criteria cumulatief moeten worden toegepast, wordt hevig bekritiseerd in de literatuur.<sup>56</sup> Tegen deze achtergrond wordt de uitspraak in de *Microsoft* zaak van het Gerecht van eerste aanleg vaak beschouwd als het verlaten van het dogma van cumulatieve toepassing in de EU.<sup>57</sup> In dat geval zou *market leveraging* slechts één factor in de analyse vormen. Wanneer deze factor niet duidelijk wijst in de richting van mededingingsrechtelijke controle, dan zou de toepassing van het mededingingsrecht nog steeds gebaseerd kunnen worden op het feit dat een licentieweigering de ontwikkeling van een nieuw product frustreert waarnaar een potentiële vraag bestaat.<sup>58</sup> De *IMS Health* criteria zouden dus geen cumulatieve voorwaarden maar in plaats daarvan alternatieve afwegingsfactoren zijn.

Naast deze optie (om de *IMS Health* criteria als onderling onafhankelijke factoren toe te passen) is het ook mogelijk om te kiezen voor de herijking van de verhouding tussen auteursrechtelijke bescherming en mededingingsrechtelijke controle. Het vertrekpunt voor die benadering is de hierboven beschreven kernfunctie van het auteursrechtssysteem, te weten de voortdurende vernieuwing van het culturele landschap. Zoals boven reeds toegelicht, kan het auteursrecht beschouwd worden als een inspiratiesysteem. Het is de kernfunctie van het auteursrecht om het voortdurende proces van de creatie van nieuwe, oorspronkelijke werken op basis van reeds bestaande inspiratiebronnen mogelijk te maken.

Het past binnen deze functionele benadering om het mededingingsrecht toe te passen in gevallen waarin het uitoefenen van het auteursrecht de ontwikkeling van de

markt voor producten en diensten die bevorderlijk zijn voor follow-on innovatie, blokkeert.<sup>59</sup> Zoals Beatriz Conde Gallego benadrukt, hoeft een mededingingsrechtelijke interventie niet altijd beperkt te blijven tot de situatie van een licentieweigering die betrekking heeft op een downstream markt. Het kan ook gelegitimeerd zijn om het mededingingsrecht te gebruiken als een middel om bepaalde vormen van concurrentie door imitatie mogelijk te maken.<sup>60</sup> Een dergelijke uitbreiding van het toepassingsgebied van het mededingingsrecht lijkt verdedigbaar wanneer een licentieweigering door de auteursrechthebbende in strijd is met de overkoepelende doelstelling van het auteursrecht om culturele follow-on innovatie te stimuleren.<sup>61</sup>

Zelfs als een content repository directe toegang biedt tot auteursrechtelijk beschermd materiaal en zo activiteiten ontwikkelt op de primaire markt van literaire en artistieke werken, kan het dus nog steeds mogelijk zijn om het mededingingsrecht in te roepen tegen de licentieweigering van de auteursrechthebbende. Dit ligt in elk geval voor de hand in gevallen waarbij de overkoepelende functie van het auteursrecht om culturele follow-on innovatie te stimuleren erbij gebaat is dat de rechthebbende gedwongen wordt om een licentie te verlenen. Indien de licentieverplichting de weg effent voor de ontwikkeling van nieuwe producten en diensten met een toegevoegde waarde voor secundaire auteurs,<sup>62</sup> dan functioneert de mededingingsrechtelijke interventie als een gerechtvaardigde correctie van auteursrechtelijke exclusiviteit.

## Conclusie

Het is dus denkbaar dat het toepassingsgebied van het mededingingsrecht wordt uitgebreid naar beperkende licentiepraktijken in de auteursrechtsector. Het mededingingsrecht zou een extern afwegingsinstrument kunnen worden dat de machtspositie van auteursrechthebbenden beperkt met betrekking tot content repositories en aggregators. Hiertoe moet wel de bepaling van de relevante markt, die aan de analyse voorafgaat, worden gerelateerd aan de behoeften van secundaire auteurs die zoeken naar inspiratiebronnen, in plaats van uitsluitend aan consumentenvoorkeuren. In het licht van de informatiebehoeften van secundaire makers kan elk individueel repertoire van werken in een bepaalde sector gekwalificeerd worden als een onontbeerlijke, niet-substitueerbare voorziening.

Een licentieverplichting voor het onderbrengen van een niet-substitueerbaar repertoire van werken in een content

56 A. Heinemann, 'Gefährdung von Rechten des geistigen Eigentums durch Kartellrecht? Der Fall „Microsoft“ und die Rechtsprechung des EuGH', *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2006, p. 705 (713); Conde Gallego, supra noot 42, p. 25-26.

57 Lamping, supra noot 42, p. 135-136; Drexler, supra noot 24, p. 122.

58 Lamping, supra noot 42, p. 135-136; Höppner, supra noot 55, 463-464.

59 Zie in deze context ook S. van Loon, *Licentieweigering als misbruik van machtspositie*, deLex 2008, 5.1.2 en 5.1.3, die concludeert dat het mededingingsrecht mag ingrijpen waar de IE-rechthebbende innovatie tegenhoudt.

60 Conde Gallego, supra noot 42, p. 27.

61 Conde Gallego, supra noot 42, p. 28.

62 Over deze specifieke vorm van verplichte licentiëring, zie Hilty/Senftleben, supra noot 16, p. 330-337.

repository of aggregatorsysteem kan worden afgeleid van de overweging dat de auteursrechthebbende de opkomst van een nieuw geavanceerd informatieproduct waarvoor een potentiële vraag bestaat, niet mag frustreren. De toegevoegde waarde van informatieportals voor secundaire makers zou dan immers verloren gaan. Het weigeren van een licentie zou ook in strijd zijn met de overkoepelende ratio van het auteursrecht om culturele follow-on innovatie mogelijk te maken. Daarbij komt dat zoek- en browsefuncties van content repositories en aggregatorsystemen een afgeleide markt vormen waarnaar een auteursrechthebbende zijn machtspositie zou kunnen uitbreiden indien er geen mededingingsrechtelijke controle mogelijk was.

Tot slot, de toepassing van het mededingingsrecht als een bescherming tegen al te restrictieve licentiepraktijken op het gebied van content repositories en aggregators zou kunnen leiden tot een robuuster arsenaal van externe balansinstrumenten dat kan worden toegepast om dysfunctionele effecten van het auteursrecht te verzachten. Grondrechten en het mededingingsrecht zouden dan complementaire instrumenten worden ter ondersteuning van een goed functionerende informatie-infrastructuur. Waar het fundamentele recht op vrije meningsuiting kan worden ingeroepen om het gebruik van beschermd materiaal

als bouwstenen voor een nieuw artistiek of literair werk mogelijk te maken, zo kan de toetsing aan het mededingingsrecht auteursrechthebbenden ervan weerhouden licentiepraktijken te ontwikkelen die de evolutie van grote content repositories en aggregatorsystemen zouden tegenhouden. Hiermee zou het mededingingsrecht de beschikbaarheid van rijke en diverse informatiebronnen waarborgen in de voorbereidende fase van het scheppingsproces waarin de maker op zoek is naar potentiële inspiratiebronnen die uiteindelijk kunnen leiden tot nieuwe literaire en artistieke producties.

Tenslotte moet worden benadrukt dat het onderhavige gedachte-experiment gericht was op de mogelijkheid de impact van het mededingingsrecht op de licentiepraktijken van auteursrechthebbenden te vergroten. Het gevolg van een auteursrechtelijk ingekleurd toetsingskader voor de toepassing van het mededingingsrecht zouden dwanglicenties voor content repositories en aggregators kunnen zijn. Dat neemt uiteraard niet weg dat content repositories en aggregators zelf ook weer onderhevig kunnen zijn aan mededingingsrechtelijke controle zodra zij op de downstream markt voor informatieportals een machtspositie (onder meer in de zin van de hier uitgevoerde analyse) innemen.