

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/65604>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-06 and may be subject to change.

Sophie van Loon

## Licentieweigering als misbruik van machtspositie

Intellectuele eigendom, artikel 82 EG en de belemmering van innovatie

**Wanneer maakt een onderneming misbruik van machtspositie als zij weigert haar intellectueel eigendom in licentie te geven? Dat is kort samengevat de onderzoeksvraag die ten grondslag ligt aan deze dissertatie.**

De mogelijkheid een licentie te weigeren behoort tot de kern van het recht van intellectuele eigendom. De rechthebbende mag immers zelf beslissen of en op welke manier hij zijn exclusieve recht exploiteert. Niettemin zijn er omstandigheden denkbaar waarin een weigering tot licentieverlening de mededinging in ernstige mate kan frustreren, bijvoorbeeld als deze weigering ertoe leidt dat alle concurrentie op een bepaalde markt verdwijnt. In dergelijke gevallen kan het mededingingsrecht, dat het misbruiken van een machtspositie verbiedt, ingrijpen door een verplichte licentie op te leggen. Deze toepassing van het mededingingsrecht is echter omstreden, omdat zij de IE-rechthebbende berooft van de essentie van zijn recht, namelijk de exclusiviteit.

Dit proefschrift formuleert een antwoord op de vraag onder welke omstandigheden een ingrijpen door het mededingingsrecht bij licentieweigeringen gerechtvaardigd is. In het eerste deel van het onderzoek wordt daartoe de Europese rechtspraak over licentieweigering uitvoerig besproken; in het tweede deel volgt een analyse van de problematiek tegen de achtergrond van de relatie tussen het intellectueel eigendomsrecht en het mededingingsrecht in het algemeen. Speerpunt is daarbij de rol van innovatie: voor ingrijpen door het mededingingsrecht bij licentieweigeringen lijkt alleen dan plaats, als door die weigering verdere innovatie verhinderd wordt. Tot slot wordt een aantal criteria benoemd, die in een concrete situatie ingezet kunnen worden om te beoordelen of een licentieweigering innovatiebelemmerend is.

Dit boek is interessant voor zowel IE- als mededingingsrechtjuristen, en voor iedereen die belangstelling heeft voor de problematiek rondom licentieweigeringen.

intellectuele  
eigendom

1

Uitgeverij deLex



Sophie van Loon

Licentieweigering als misbruik van machtspositie

deLex

Sophie van Loon

## Licentieweigering als misbruik van machtspositie

Intellectuele eigendom,  
artikel 82 EG en de belemmering  
van innovatie

1

Uitgeverij deLex

Licentieweigering als misbruik van machtspositie



# Licentieweigering als misbruik van machtspositie

Intellectuele eigendom, artikel 82 EG  
en de belemmering van innovatie

Een wetenschappelijke proeve op het gebied van de Rechtsgeleerdheid

## Proefschrift

ter verkrijging van de graad van doctor  
aan de Radboud Universiteit Nijmegen  
op gezag van de rector magnificus prof. mr. S.C.J.J. Kortmann,  
volgens besluit van het College van Decanen  
in het openbaar te verdedigen op donderdag 6 november 2008  
om 13.30 uur precies

door

**Sophie Charlotte van Loon**

geboren op 10 november 1977  
te Nijmegen

Promotor:  
Prof. mr. A.A. Quaedvlieg

Manuscriptcommissie:  
Prof. mr. J.W. van de Gronden (voorzitter)  
Prof. mr. P.B. Hugenholtz (Universiteit van Amsterdam)  
Prof. mr. A.W.J. Kamperman Sanders (Universiteit Maastricht)

© 2008 S.C. van Loon/deLex bv

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/pro](http://www.cedar.nl/pro)).

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced in any form, by print, photo print, microfilm or any other means, without the publisher's prior written permission.

Ontwerp omslag: Theresia Koelewijn  
Lay-out: AlphaZet prepress, Waddinxveen

ISBN 978-90-8692-015-0  
NUR 827

Hartelijk dank aan Kennedy Van der Laan voor het mogelijk maken van deze uitgave.

Uitgeverij deLex  
[www.delex.nl](http://www.delex.nl)

# Inhoudsopgave

<b>Dankwoord</b>	9
<b>Afkortingenlijst</b>	11
<b>Inleiding</b>	15
I.1 Achtergronden	15
I.1.1 <i>Een complexe relatie</i>	15
I.1.2 <i>Conflicterende doelstellingen of gemeenschappelijk streven?</i>	18
I.1.3 <i>Verskil in benadering</i>	22
I.2 Afbakening van het onderzoeksonderwerp	27
I.2.1 <i>Focus op Europees recht</i>	27
I.2.2 <i>Inhoudelijk: misbruik van machtspositie en licentieweigering</i>	28
I.3 Probleemstelling	30
I.4 Onderzoeksmethode	33
I.4.1 <i>Methodologie</i>	33
I.4.2 <i>Plan van aanpak</i>	34
<b>Deel I</b>	37
<b>1 Artikel 82 EG</b>	39
1.1 Wettelijk kader: Europese mededingingsregels voor ondernemingen	39
1.1.1 <i>Artikel 81 en 82 EG</i>	39
1.1.2 <i>Relatie tussen artikel 81 en 82 EG: overeenkomsten en verschillen</i>	42
1.1.3 <i>Kernbegrippen</i>	45
1.2 Machtspositie op de relevante markt	49
1.2.1 <i>Machtspositie, relevante markt en samenhang</i>	49
1.2.2 <i>Relevante productmarkt</i>	51
1.2.3 <i>Relevante geografische markt</i>	57
1.2.4 <i>Marktaandeel</i>	60

1.2.5	<i>Overige concurrentievoorwaarden</i>	62
1.2.6	<i>Machtspositie op de afgeleide markt</i>	66
1.2.7	<i>Kritiek op marktafbakening en vaststellen machtspositie</i>	70
1.3	<b>Misbruik</b>	70
1.3.1	<i>Introductie</i>	70
1.3.2	<i>Prijsbeleid</i>	72
1.3.3	<i>Weigering tot levering, onderhandelen of licentieverlening</i>	79
1.3.4	<i>Contractuele beperkingen</i>	83
1.3.5	<i>Koppelverkoop</i>	89
<b>2</b>	<b>Jurisprudentie inzake licentieweigering</b>	93
2.1	Plan van aanpak	93
2.2	Volvo/Veng & Renault/Maxicar	93
2.2.1	<i>Inleiding</i>	93
2.2.2	<i>Relevante markt</i>	95
2.2.3	<i>Machtspositie</i>	97
2.2.4	<i>Misbruik</i>	99
2.3	Magill	105
2.3.1	<i>Inleiding</i>	105
2.3.2	<i>Relevante markt</i>	105
2.3.3	<i>Machtspositie</i>	108
2.3.4	<i>Misbruik</i>	110
2.4	Tiercé Ladbroke	121
2.4.1	<i>Inleiding</i>	121
2.4.2	<i>Relevante markt</i>	122
2.4.3	<i>Machtspositie</i>	124
2.4.4	<i>Misbruik</i>	125
2.5	IMS Health	127
2.5.1	<i>Inleiding</i>	127
2.5.2	<i>Relevante markt</i>	128
2.5.3	<i>Machtspositie</i>	130
2.5.4	<i>Misbruik</i>	132
2.6	Microsoft	139
2.6.1	<i>Inleiding</i>	139
2.6.2	<i>Relevante markt</i>	141
2.6.3	<i>Machtspositie</i>	143
2.6.4	<i>Misbruik</i>	144
2.7	Tussenconclusie	154
<b>3</b>	<b>Jurisprudentie inzake leveringsweigering</b>	157
3.1	Inleiding	157
3.2	Essential facilities doctrine	159
3.2.1	<i>Oorsprong en rechtspraak in Verenigde Staten</i>	159
3.2.2	<i>Leveringsweigering en essential facilities volgens de Europese Commissie</i>	166



3.3	HvJEG inzake leveringsweigering	171
3.3.1	<i>Commercial Solvents</i>	171
3.3.2	<i>United Brands</i>	174
3.3.3	<i>Télémarketing</i>	176
3.3.4	<i>Oscar Bronner</i>	178
3.4	Tussenconclusie	182
<b>Deel II</b>		<b>185</b>
<b>4</b>	<b>Intellectueel eigendom, marktafbakening en machtspositie</b>	<b>187</b>
4.1	Inleiding	187
4.2	Marktafbakening: substitutie en IE	189
4.2.1	<i>Consumentenvoorkeur en productkenmerken</i>	189
4.2.2	<i>Aanbodsubstitutie</i>	195
4.2.3	<i>Omschakelingsmogelijkheden voor de consument</i>	199
4.2.4	<i>Tussenconclusie</i>	203
4.3	Afgeleide markt	205
4.3.1	<i>Hoofd- en afgeleide markt</i>	205
4.3.2	<i>Up- en downstream markt</i>	210
4.3.3	<i>Tussenconclusie</i>	215
4.4	Mededinging in de informatie-economie	216
4.4.1	<i>Markten in de informatie-economie: kenmerken</i>	217
4.4.2	<i>Machtspositie in de informatie-economie</i>	219
4.4.3	<i>IE en machtspositie in de informatie-economie: de facto standaarden</i>	226
4.4.4	<i>Innovatiemarkt</i>	230
4.5	Innovatiemededinging: relevante markt voor innovatie	231
4.5.1	<i>Marktafbakening bij innovatiemededinging: een analyse</i>	231
4.5.2	<i>Imitatiemededinging versus innovatiemededinging</i>	232
4.5.3	<i>Groepsvrijstellingen: relevante technologiemarkt en relevante innovatiemarkt</i>	234
4.5.4	<i>CRA rapport: toetredingsbarrières</i>	241
4.5.5	<i>Microsoft beschikking</i>	242
4.5.6	<i>Kallay: model voor dynamische mededinging</i>	243
4.5.7	<i>Conclusies aangaande relevante innovatiemarkt</i>	247
<b>5</b>	<b>Intellectueel eigendom en misbruik van machtspositie</b>	<b>251</b>
5.1	Leveringsweigering versus licentieweigering	251
5.1.1	<i>Inleiding</i>	251
5.1.2	<i>Economische functie IE versus economische functie eigendomsrecht</i>	252
5.1.3	<i>Ingebouwde correctie versus meest omvattend recht</i>	253
5.1.4	<i>Onderscheid door het HvJEG</i>	256
5.1.5	<i>Nieuw product versus onontbeerlijkheid</i>	259

5.2	Nieuw product	261
5.2.1	<i>Nieuw product: voorwaarde voor verplichte licentie</i>	261
5.2.2	<i>Innovatiemededinging</i>	265
5.2.3	<i>Vraag aan consumentenzijde</i>	269
5.2.4	<i>Nieuw product samengesteld uit meerdere bronnen</i>	272
5.2.5	<i>'Use it or lose it'</i>	273
5.2.6	<i>'Prijisgegeven' intellectuele eigendom</i>	278
5.2.7	<i>Nieuwheidvereiste in het octrooi- en auteursrecht</i>	281
5.2.8	<i>Tussenconclusie</i>	287
5.3	Onontbeerlijkheid	290
5.3.1	<i>Onontbeerlijkheid: voorwaarde voor verplichte levering</i>	290
5.3.2	<i>'Daadwerkelijk of potentieel alternatief'</i>	292
5.3.3	<i>Knowhow / bedrijfsgeheimen</i>	296
5.3.4	<i>Tussenconclusie</i>	299
5.4	Afgeleide markt	300
5.4.1	<i>Voorbehouden van een afgeleide markt: voorwaarde voor misbruik?</i>	300
5.4.2	<i>Verskillende benadering bij licentieweigering en leveringsweigering</i>	301
5.4.3	<i>'Uitsluiting van alle mededinging'</i>	303
5.5	Objectieve rechtvaardiging	305
5.5.1	<i>Voorwaarde voor misbruik</i>	305
5.5.2	<i>Algemeen belang / externe verplichting als rechtvaardiging</i>	307
5.5.3	<i>Commercieel belang als rechtvaardiging</i>	308
5.5.4	<i>Negatieve innovatiestimulans als rechtvaardiging (Microsoft)</i>	313
	<b>Samenvatting &amp; Conclusies</b>	317
S.1	Samenvatting	317
S.1.1	<i>Onderzoeksvraag</i>	317
S.1.2	<i>Wettelijk kader &amp; jurisprudentie</i>	318
S.1.3	<i>Analyse</i>	321
S.2	Beantwoording van de onderzoeksvraag	327
	<b>English Summary</b>	329
E.1	Summary	329
E.1.1	<i>Research subject</i>	329
E.1.2	<i>Legal framework and case law</i>	330
E.1.3	<i>Analysis</i>	333
E.2	Answering the research question	338
	<b>Lijst van verkort aangehaalde literatuur</b>	341
	<b>Register</b>	353
	<b>Jurisprudentieregister</b>	363
	<b>Over de auteur</b>	373

## Dankwoord

Dit proefschrift is tot stand gekomen tijdens mijn dienstverband aan de Radboud Universiteit Nijmegen, een periode waar ik met veel plezier op terugkijk. Mijn collega's van de faculteit Rechtsgeleerdheid in het algemeen en van de vaksectie Handels- en Economisch recht in het bijzonder zorgden voor een aangename werksfeer, waar zowel ik als dit boek ten volle van hebben kunnen profiteren.

Op de eerste plaats wil ik dan ook graag mijn promotor Antoon Quaedvlieg bedanken voor zijn steun en vertrouwen. Ooit, nog voordat ik begon aan dit onderzoek, omschreef Antoon de relatie tussen intellectueel eigendom en het mededingingsrecht als 'de zwarte piste van het economisch recht'. Niettemin begon ik vol goede moed aan de afdaling. Deze bleek inderdaad niet eenvoudig, maar Antoon wees me altijd de juiste weg als ik weer eens buiten de piste was beland. En gelukkig wacht aan het eind, net als bij een echte zwarte afdaling, de beloning.

Martijn Bakker verdient een bijzondere vermelding. Grote collega, dank voor al je steun; zowel op de 'fukkeltijt' als daarbuiten!

In 2006 bracht ik geruime tijd door aan het Max Planck Institut für Geistiges Eigentum te München en aan het Centre for Intellectual Property and Information Law (CIPIL) te Cambridge. Deze verblijven hebben in belangrijke mate bijgedragen aan de totstandkoming van dit boek, en ik dank beide instituten dan ook hartelijk voor hun gastvrijheid.

Misschien spreekt het voor zich, maar uiteraard ben ik ook mijn familie en vrienden heel dankbaar, niet in het minst voor alle welkome afleiding door de jaren heen.

Tot slot dank ik Joris. Voor zijn geduld, en omdat hij me altijd de andere kant van de zaak laat zien.

De tekst van dit proefschrift is afgerond in december 2007. Na die tijd zijn nog incidentele wijzigingen opgenomen.

Nijmegen,

29 juli 2008



## Afkortingenlijst

AA	Ars Aequi
A-G	advocaat-generaal
ALAI	Association Littéraire et Artistique Internationale
AMI	<i>Tijdschrift voor Auteurs-, Media- en Informatierecht</i>
<i>Antitrust L.J.</i>	<i>Antitrust Law Journal</i>
art(t).	artikel(en)
Aw	Auteurswet
BC	Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst
bew.	bewerker
BGH	Bundesgerichtshof
<i>BIE</i>	<i>Bijblad Industriële Eigendom</i>
B.V.	Besloten Vennootschap
b.v.	bijvoorbeeld
BW	Burgerlijk Wetboek
CBB	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
CFI	Court of First Instance of the European Communities
<i>CMLR</i>	<i>Common Market Law Review</i>
c.q.	casu quo
CRA	Charles River Associates
c.s.	cum suis
curs.	cursivering
DG	Directoraat-generaal
diss.	dissertatie
e.a.	en andere(n)
EC	Europese Commissie
ECJ	European Court of Justice
<i>ECLR</i>	<i>European Competition Law Review</i>
ECR	European Court Reports
e.d.	en dergelijke

EEG	Europese Economische Gemeenschap
EER	Europese Economische Ruimte
EG	Europese Gemeenschap
<i>EIPR</i>	<i>European Intellectual Property Review</i>
<i>ELR</i>	<i>European Law Review</i>
enz.	enzovoort
EU	Europese Unie
<i>EuR</i>	<i>Europarecht</i>
<i>EuZW</i>	<i>Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht</i>
e.v.	en volgende
<i>EWS</i>	<i>Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht</i>
GEA	Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen
GEMA	Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
<i>GRUR</i>	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i>
<i>GRUR Int.</i>	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil</i>
GVTO	Groepsvrijstelling Technologieoverdracht
<i>Harv. L. Rev.</i>	<i>Harvard Law Review</i>
HR	Hoge Raad der Nederlanden
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IE	Intellectuele Eigendom
i.e.	id est
<i>IER</i>	<i>Intellectuele Eigendom en Reclamerecht</i>
<i>IIC</i>	<i>International Review of Industrial Property and Competition law</i>
IP	Intellectual Property
<i>IPQ</i>	<i>Intellectual Property Quarterly</i>
j°	juncto
<i>Jur.</i>	<i>Jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen</i>
<i>JZ</i>	<i>Juristen Zeitung</i>
<i>LJN</i>	<i>Landelijk Jurisprudentie Nummer</i>
Ltd.	Limited
<i>M&amp;M</i>	<i>Markt en Mededinging</i>
MvA	Memorie van Antwoord
MvT	Memorie van Toelichting
<i>NJ</i>	<i>Nederlandse Jurisprudentie</i>
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
NOS	Nederlandse Omroep Stichting
nr.	nummer
nt.	noot
<i>NTER</i>	<i>Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht</i>
o.a.	onder andere
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development

OJ	<i>Official Journal of the European Union</i>
OLG	Oberlandesgericht
o.m.	onder meer
OPTA	Onafhankelijke Post- en Telecommunicatie Autoriteit
p.	pagina
<i>PbEG</i>	<i>Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen</i>
Pres. Rb.	President van de Rechtbank
Rb.	Rechtbank
red.	redacteur / redactie
resp.	respectievelijk
<i>RIDA</i>	<i>Revue Internationale du Droit d'Auteur</i>
RI.	Richtlijn
r.o.	rechtsoverweging
ROW	Rijksoctrooiwet
SA	Société Anonyme
SACEM	Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique
SEW	<i>Sociaal-Economische Wetgeving</i>
<i>Stan. L. Rev.</i>	<i>Stanford Law Review</i>
S.Ct.	<i>Supreme Court Reporter</i>
t.a.p.	te aangehaalde plaatse
T&C	Tekst & Commentaar
Trb.	Tractatenblad
TRIPs	Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights
UrhG	Urheberrechtgesetz
v.	versus
vgl.	vergelijk
Vo.	Verordening
VvA	Vereniging voor Auteursrecht
Vzr.	Voorzieningenrechter
WIPO	World Intellectual Property Organisation
<i>ZHR</i>	<i>Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht</i>
<i>ZWeR</i>	<i>Zeitschrift für Wettbewerbsrecht</i>





# Inleiding

## § I.1 Achtergronden

### § I.1.1 Een complexe relatie

Dit proefschrift gaat over de verhouding tussen intellectueel eigendomsrecht en mededingingsrecht. Deze is sinds enkele decennia aan beide zijden van de Atlantische Oceaan onderwerp van discussie in zowel rechtsleer als praktisch.<sup>1</sup> De aard van de verhouding tussen intellectueel eigendom en mededingingsrecht wordt daarbij vaak getypeerd als conflictueus. Een zekere spanning bestaat in theorie al tussen het mededingingsrecht en het recht op eigendom in het algemeen: de eigendom van productiemiddelen of infrastructuur leidt welbeschouwd tot een beperking van het handelen van marktdeelnemers,<sup>2</sup> terwijl het mededingingsrecht de handelsvrijheid juist tracht te optimaliseren door mededingingsbeperkende gedragingen tegen te gaan.<sup>3</sup> De specifieke karakteristieken van het intellectueel eigendomsrecht maken de relatie met het mededingingsrecht echter scherper en meer complex.<sup>4</sup>

---

1 Een greep uit de talrijke publicaties over het onderwerp: S.D. Anderman, *EC competition law and intellectual property rights: the regulation of innovation*, Oxford: Oxford University Press 1998; I. Govaere, *The use and abuse of intellectual property rights in EC law*, London: Sweet & Maxwell 1996; W.K. Tom & J.A. Newberg, 'Antitrust and intellectual property: from separate spheres to united field', (66) *Antitrust L.J.* 1997/1998, p. 167-229; L. Kaplow, 'The patent-antitrust intersection: a reappraisal', (97) *Harv. L. Rev.* 1983-1984, p. 1813; W.S. Bowman Jr., *Patent and antitrust law: a legal and economic appraisal*, Chicago: University of Chicago Press 1973; G. Schrans, *Octrooien en octrooiententies in het Europees mededingingsrecht*, (diss. Rijksuniversiteit Gent), Gent: E. Story-Scientia 1966; OECD rapport 'Competition policy and intellectual property rights' (Competition Policy roundtables 1997), [www.oecd.org/dataoecd/34/57/1920398.pdf](http://www.oecd.org/dataoecd/34/57/1920398.pdf).

2 Het eigendomsrecht leidt strikt gezien tot een mededingingsbeperking doordat het derden uitsluit van het gebruik van het object van de betreffende eigendom: Torremans 2005, p. 11-12; Lehmann 1989, p. 1 e.v.

3 Dat het mededingingsrecht het handelen van marktdeelnemers door haar regulering tegelijkertijd juist weer beperkt, is een bekende paradox: R. Bork, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York: Free Press 1993 (herdruk).

4 Zie ook Kallay 2004, p. 68-69.

Complicaties treden op doordat intellectueel eigendom een recht op immateriële objecten verschaft, hetgeen sterk verschilt van een systeem van fysieke eigendom. Het object van intellectueel eigendom kan ongelimiteerd gedeeld worden door een oneindig aantal personen, anders dan het geval is bij 'gewone' eigendom. Hier ligt ook een oorzaak van de roep om juridische bescherming door een exclusief recht.<sup>5</sup> Maar de kunstmatige mededingingsuitsluiting die gepaard gaat met het exclusieve recht brengt ook een potentieel omvangrijke mededingingsbeperking met zich mee. Immers, het verbodsrecht kan ervoor zorgen dat concurrenten uitgesloten worden van het gebruik en daarmee de exploitatie van het immateriële object. In het recht van de intellectuele eigendom is deze beperking van de handelsvrijheid van marktdeelnemers echter een door de wetgever *bewust gecreëerd en beoogd* effect. De wetgever beperkt de mededingingsvrijheid, maar houdt daarbij rekening met de belangen van derden. Alle rechten van intellectueel eigendom kennen namelijk een begrenzing, die gebaseerd is op afwegingen van algemene en mededingingsrechtelijke aard.<sup>6</sup> Deze begrenzing reguleert de verhouding tussen de verschillende marktdeelnemers, waardoor binnen het systeem van intellectueel eigendom *zelf* een afweging gemaakt wordt die beoogt te voorkomen dat het exclusieve recht de vrije mededinging te zeer beperkt.

Deze aan het IE-recht inherente regulering van de mededinging vraagt om een omzichtige benadering van conflicten met het mededingingsrecht. Wanneer de wetgever bedoeld heeft een bepaalde balans te creëren binnen het systeem van de intellectuele eigendom zelf, moet gewaakt worden dat deze balans niet door het handelen van de rechter of mededingingsautoriteit doorkruist wordt.

Met de opkomst van de kenniseconomie en de daarmee gepaard gaande stijging van de economische waarde van intellectueel eigendom,<sup>7</sup> dient het belang van het vinden van een nieuwe balans tussen wettelijke bescherming enerzijds en concurrentievrijheid anderzijds zich aan. De enorme investeringen in kennis en innovatie die een kenniseconomie vereist brengen immers aan producentenzijde een ver-

5 Landes & Posner 2003, p. 11; Cornish & Llewelyn 2003, § 1-41 – § 1-42; Koelman 2003, p. 202.

6 Hiermee wordt bedoeld op beperkingen van verschillende aard: begrenzingen wat betreft het object van bescherming (onder meer in het auteursrecht uitsluiting van ideeën, concepten, systemen en methoden; in het merkenrecht de uitsluiting van merken zonder onderscheidend vermogen en het Freihaltungsbedürfnis), beperkingen in de beschermingsomvang (excepties in het auteursrecht), beperkingen in tijdsduur en ten slotte de mogelijkheid van een verplichte licentie zoals bijvoorbeeld in het octrooirecht.

7 Een studie van de Europese Commissie wijst uit dat alleen al het auteursrecht (inclusief daaraan gerelateerde rechten) in het jaar 2000 verantwoordelijk was voor 5.3 % van het Europese bruto nationaal product. 'The contribution of copyright and related rights to the European economy', final report 20 October 2003 prepared for European Commission DG Internal Market, [http://europa.eu.int/comm/internal\\_market/copyright/docs/studies/etd2002b53001e34\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/internal_market/copyright/docs/studies/etd2002b53001e34_en.pdf). In Nederland zijn investeringen in licenties door overheid en ondernemingen tussen 1985 en 2001 met meer dan 100% toegenomen: Ministerie van Economische Zaken, *Intellectueel eigendom en innovatie: over de rol van intellectueel eigendom in de Nederlandse kenniseconomie*, Den Haag: Ministerie van Economische Zaken, 2001.

langen naar een krachtigere en meer omvangrijke juridische bescherming daarvan met zich mee.<sup>8</sup> Diezelfde bescherming creëert echter een rem op de ontwikkeling van producten die op deze beschermde verworvenheden voortbouwen, en daarvoor nu afhankelijk worden van toestemming van een rechthebbende. In een kennis-economie klemt dit belang van een versnelde en verruimde innovatie meer dan vroeger. Door het toegenomen belang van een bewuste afweging tussen bescherming en beschikbaarheid, is er behoefte aan een nadere verkenning van het grensvlak tussen de intellectueel eigendom en het mededingingsrecht. Deze verkenning strekt zich uit tot de grondslagen van zowel het intellectueel eigendomsrecht als het mededingingsrecht: zijn deze met elkaar in overeenstemming te brengen of leiden ze per definitie tot een tegenstelling? Is een correctie van het mededingingsrecht op uitoefeningen van het intellectueel eigendomsrecht mogelijk of zelfs wenselijk, of moet elke invloed van buitenaf op het systeem dat reeds ingebouwde uitzonderingen heeft worden afgewend? Het antwoord op deze vragen kan ons helpen bij de beoordeling van specifieke gevallen.

Deze dissertatie tracht een structuur aan te brengen in de beoordeling van een categorie gedragingen die in mededingingsrechtelijk opzicht problemen kunnen veroorzaken, namelijk licentieweigeringen. In de problematiek aangaande licentieweigeringen manifesteert de spanning tussen het intellectueel eigendomsrecht en het mededingingsrecht zich in haar puurste vorm: het weigeren van een licentie is een directe uiting van het verbodsrecht, en behoort om die reden tot de kern van het recht van intellectueel eigendom. Een sanctionering van deze gedraging door het mededingingsrecht zal leiden tot gedwongen licentieverlening, hetgeen niet alleen een vergaande ingreep in de contractvrijheid is, maar bovendien een rigoureuze beknotting van het exclusieve recht inhoudt. Een dergelijke inperking zal dus, indien zij op zichzelf al geoorloofd wordt geacht, met bijzondere zorgvuldigheid moeten worden afgewogen.

In de literatuur en jurisprudentie wordt de mogelijkheid van een mededingingsrechtelijke correctie op licentieweigering weliswaar erkend, maar de voorwaarden voor een dergelijke ingreep zijn niet helder. Met deze dissertatie wordt een poging gedaan meer duidelijkheid te scheppen omtrent de omstandigheden waaronder deze mededingingsrechtelijke correctie plaats kan vinden. Daarbij wordt een praktische benadering gehanteerd: aan de hand van bestaande conflictsituaties wordt

---

<sup>8</sup> Zie ook overweging 3 bij Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, *PbEG* 2004, L157/45, gerechtigd bij *PbEG* 2004, L195/16 (Handhavingsrichtlijn): 'Zonder doeltreffende middelen om intellectuele-eigendomsrechten te handhaven, worden innovatie en creativiteit echter ontmoedigd en investeringen verminderd. Er moet dus voor worden gezorgd dat het materiële recht inzake de intellectuele eigendom, dat tegenwoordig grotendeels onder het communautaire acquis valt, in de Gemeenschap doeltreffend wordt toegepast. In dit opzicht zijn de middelen tot handhaving van intellectuele-eigendomsrechten voor het welslagen van de interne markt van wezenlijk belang'.

getracht een algemene regel te formuleren. Ondanks het spanningsveld dat zich met betrekking tot de problematiek voordoet, zal blijken dat er een aanzet gegeven kan worden tot het ontwikkelen van werkbare criteria voor de beoordeling van licentieweigeringen.

### § 1.1.2 Conflicterende doelstellingen of gemeenschappelijk streven?

Situaties waarin het mededingingsrecht en het intellectueel eigendomsrecht botsen kunnen niet worden beoordeeld zonder dat we weten tegen welke achtergrond conflicten tussen de beide rechtsgebieden geplaatst moeten worden. Vooralere we dieper ingaan op het onderzoekonderwerp staan we daarom stil bij de vraag of de grondslagen van het intellectueel eigendomsrecht en het mededingingsrecht verenigbaar, dan wel *a priori* met elkaar in tegenspraak zijn.

Het systeem van intellectueel eigendom beoogt in de eerste plaats innovatie te stimuleren door het toekennen van exclusieve rechten aan marktdeelnemers die een creatieve of innovatieve prestatie leveren.<sup>9</sup> De bescherming van het exclusieve recht stelt hen in staat hun investeringen in het tot stand komen van deze prestatie terug te verdienen en winst te maken. Dit geeft een stimulans tot innoveren, hetgeen essentieel wordt geacht voor economische vooruitgang. Door economen wordt daarnaast benadrukt, dat intellectueel eigendom het probleem van marktfalen op het terrein van informatiegoederen oplost: alle intellectuele eigendom rust op een ontastbaar grondproduct van informatie, dat zonder de bescherming onder het exclusieve recht kosteloos door iedereen gedeeld kan worden waardoor de prikkel tot het creëren van meer informatiegoederen weggenomen wordt.<sup>10</sup> Bij een correcte werking van het systeem zorgt intellectueel eigendom daarom voor dynamische efficiëntie: doordat de rechthebbende een beloning voor zijn investeringen ontvangt worden marktpartijen gestimuleerd andere, nieuwe producten te maken. Deze stimulans sluit naadloos aan op de doelstelling van het mededingingsrecht, dat streeft naar welvaartsverbetering door het bereiken van economische efficiëntie,

<sup>9</sup> In het TRIPs-verdrag (Trade Related aspects of Intellectual Property Rights; overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom; bijlage 1C bij het Wereldhandelsverdrag: Trib. 1995, 130) vinden we dit stimuleringsbeginsel terug. Art. 7 van dit verdrag luidt: 'de bescherming en handhaving van rechten uit hoofde van de intellectuele eigendom dient bij te dragen aan de bevordering van technologische vernieuwing en aan de overdracht en verspreiding van technologie, tot wederzijds voordeel van producenten en gebruikers van technologische kennis en op een wijze die bevorderlijk is voor het sociaal en economisch welzijn, en aan een evenwicht tussen rechten en verplichtingen'. Deze grondslag van de bescherming van intellectueel eigendom wordt tevens verwoord in de Amerikaanse grondwet: 'the Congress shall have the Power (...) to promote the Progress of science and useful Arts, by securing for limited Times to Authors and Inventors the exclusive Right to their respective writings and Discoveries' (US Constitution art. I § 8).

<sup>10</sup> (O.m.) Kallay 2004, p. 13; Anderman 1998, p. 5-6; Schotchmer 2004, p. 31 e.v. Deze eigenschap van informatiegoederen voert terug op de karakteristieken van informatie als publiek goed. Vgl. Landes & Posner 2003, p. 11-16; Towse & Holzhauser 2002, p. xiii-xviii.

zowel bij de verdeling als de productie van goederen.<sup>11</sup> Daarbij gaat het mededingingsrecht uit van een vrije markteconomie, waarin in beginsel de marktdeelnemers zelf bepalen wat er gebeurt.<sup>12</sup> Ingrijpen vindt alleen plaats indien er geen sprake is van adequate marktwerking.

Uit het bovenstaande blijkt dat het mededingingsbeleid en het systeem van intellectuele eigendom beide streven naar een verhoging van de consumentenwelvaart, die zij trachten te bereiken door de mededinging op een vrije markt te bevorderen. De rechten van intellectueel eigendom waarborgen in dat verband de totstandkoming van nieuwe vindingen en producten, en het mededingingsrecht waakt over het concurrentieproces. De opvatting dat de rechtsgebieden hetzelfde fundamentele doel dienen is dan ook op dit moment het uitgangspunt, zowel in de literatuur<sup>13</sup> als in het beleid van mededingingsautoriteiten. De Europese Commissie overweegt in de richtlijnen bij de Groepsvrijstelling Technologieoverdracht uit 2004 als volgt:

*(...) Beide groepen rechtsregels hebben immers hetzelfde fundamentele doel, namelijk de bescherming van de welvaart van de consument en een doeltreffende besteding van middelen. Innovatie is een wezenlijk en dynamisch bestanddeel van een open en concurrerende markteconomie. Intellectuele-eigendomsrechten bevorderen een dynamische mededinging doordat zij ondernemingen aanmoedigen om te investeren in de ontwikkeling van nieuwe of betere producten en processen. Dat doet ook een vrije mededinging, omdat zij ondernemingen onder druk zet om te innoveren.*

11 Dit heet ook wel allocatieve efficiëntie. Allocatieve efficiëntie ziet op een optimale verdeling van productiemiddelen, die als gevolg heeft dat er niet of nauwelijks producten worden gemaakt die de consument niet wil afnemen of niet tegen de prijs waarvoor ze worden aangeboden wil afnemen. Het bereiken van allocatieve efficiëntie wordt wel gezien als een van de belangrijkste doelen van het mededingingsbeleid, daar het leidt tot een verbetering van de welvaart. Daarnaast richt het mededingingsbeleid zich op dynamische efficiëntie, hetgeen inhoudt dat door het stimuleren van ontwikkeling en innovatie het welvaartsniveau verhoogd wordt. Hierbij wordt geaccepteerd dat tijdelijke beperkingen van de concurrentie in de vorm van verhoogde marktmacht soms noodzakelijk zijn voor het bereiken van een dergelijke efficiëntie. Zie ook Jones & Sufrin 2004, p. 2 – 15. Zie voor wat betreft het Europese mededingingsrecht onder meer Bellamy & Child 2001, § 1-076; Jones & Sufrin 2004, p. 35-40; Korah 2004, § 1.3.1. Aangaande het mededingingsrecht in de VS wordt verwezen naar R.A. Posner, *Antitrust Law*, Chicago: Chicago University Press 2001. Posner vertegenwoordigt de Chicago School, een invloedrijke stroming binnen de economische wetenschap die een belangrijk stempel heeft gezet op de mededingingsrechtelijke doctrine in de VS.

12 De gedachte dat individuele marktdeelnemers door het nastreven van hun eigen belangen concurrentie en daardoor consumentenwelvaart bevorderen werd reeds geuit door Adam Smith in zijn vermaarde *An inquiry into the nature and causes of the wealth of nations*, London: W. Strahan/T.Cadell 1776 (een recentere druk stamt uit 1977; uitgeverij Chicago University Press). Dit proces is de bekende 'invisible hand'.

13 Zie o.m. Drexel 2004, p. 792 e.v.; Ullrich 2001, p. 367-374 (maar Ullrich maakt een belangrijk onderscheid wanneer hij stelt dat het niet de exclusiviteit van intellectueel eigendom is die een prikkel tot innovatie vormt, maar de beloning voor de investering die bereikt wordt via het *middel* van exclusiviteit: Ullrich 2004, p. 373); Narciso 2003, p. 447; Lehmann 1989, p. 12 e.v.; Whish 2003, p. 734. Ook het gerenommeerde Max Planck Instituut beschouwt de rechtsgebieden als complementair: Comments of the Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition and Tax Law on the DG Competition discussion paper of December 2005 on the application of article 82 of the EC Treaty to exclusionary abuses, [www.ip.mpg.de](http://www.ip.mpg.de), § 4-9.

*Zowel intellectuele-eigendomsrechten als vrije mededinging zijn derhalve noodzakelijk om innovatie te bevorderen en een concurrerende exploitatie daarvan te waarborgen.*<sup>14</sup>

Ook de Department of Justice Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property geven aan: 'The intellectual property laws and the antitrust laws share the common purpose of promoting innovation and enhancing consumer welfare'.<sup>15</sup>

Niettemin bestaan er ook opvattingen waarbij uitgegaan wordt van een inherente botsing tussen de twee rechtsgebieden. Belangrijkste reden voor het aannemen van een conflict is de veronderstelling dat het juridisch monopolie dat intellectueel eigendom verschaft onverenigbaar is met het mededingingsrecht. Het mededingingsrecht probeert immers de gevolgen van een monopoliepositie tegen te gaan.<sup>16</sup> In haar meeste extreme vorm houdt deze opvatting in dat het juridische monopolie gelijk te stellen is aan een economisch monopolie.<sup>17</sup> In de rechtspraak en in de literatuur is echter duidelijk afstand genomen van dit uitgangspunt: het intellectueel eigendomsrecht verleent geen marktmacht in economische zin, maar vestigt een bewust gecreëerd *recht* in juridische zin.<sup>18</sup>

Een andere opvatting die uitgaat van een botsing beweert dat de doelstelling van intellectueel eigendomsrecht tegengesteld is aan doelstellingen van het mededingingsrecht, omdat eerstgenoemde het beperken van concurrentie beoogt.<sup>19</sup> Deze interpretatie lijkt niet vatbaar voor vruchtbare discussie: het is onwaarschijnlijk dat het beperken van concurrentie een *doel* is van bescherming door intellectueel

<sup>14</sup> Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PbEG* 2004, C101/02, § 7.

<sup>15</sup> Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property van 6-4-1995, [www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf), § 1.0.

<sup>16</sup> Een monopolie leidt per definitie tot een surplus aan consumentenvraag die niet wordt omgezet in winst voor de monopolist, hetgeen door economen wel wordt aangeduid als het 'deadweight loss of monopoly'. Dit veroorzaakt inefficiëntie: er is consumentenvraag waar de monopolist wel aan kan voldoen, maar dat niet wil omdat hij meer winst maakt bij een hogere productprijs, en er zijn consumenten die een hogere prijs betalen dan zij ingeval van monopolistische concurrentie gedaan zouden hebben. Andere belangrijke mogelijke nadelen van een monopolie zijn het ontbreken van een prikkel tot kostenreductie en het verbeteren van productiemethoden. Jones & Sufrin 2004, p. 9-10; Bishop & Walker 2002, § 2.18-2.21.

<sup>17</sup> Kallay 2004, p. 7-8. Zie ook Rahnasto 2003, § 2.09 e.v.

<sup>18</sup> A. Strowel, 'L'analyse économique du droit d'auteur. Une revue critique des arguments invoqués', in: M. van Hoecke (red.), *De sociaal-economische rol van intellectuele rechten*, Brussel: E. Story-Scientia 1991, p. 126-128; HvJEG 8-6-1971, Deutsche Grammophon Gesellschaft MbH tegen Metro SB – Grossmärkte GmbH & Co., zaak nr. 78/70, *Jur.* 1971, p. 487, § 16; HvJEG 6-4-1995, Radio Telefís Éireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*), § 46; 126 S.Ct. 1281 (2006) (*Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*); Cuttermann 1997, p. 429-431; Anderman 1998, p. 169-172; Jones & Sufrin 2004, p. 763-764; Bellamy & Child 2001, § 9-056. Ook in de richtlijnen voor IE-licenties van het Department of Justice en de Federal Trade Commission (mededingingsautoriteiten in de VS) wordt vermeld: 'The agencies will not presume that a patent, copyright or trade secret necessarily confers market power upon its owner. (...) If a patent or other form of intellectual property does confer market power, that market power does not by itself offend the antitrust laws.' Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property van 6-4-1995, [www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf).

<sup>19</sup> Kallay 2004, p. 8.

eigendom. Intellectueel eigendom kan ontegenzeggelijk mededingingsbelemmeringen ten gevolge hebben, maar het systeem is niet gericht op het opwerpen van dergelijke blokkades, doch op het realiseren van een mogelijkheid tot het terugverdienen van investeringen en het belonen van inspanningen die de innovatie en diversiteit van het 'geestelijk kapitaal' bevorderen. Bovendien is allerminst zeker dat het bevorderen van concurrentie het uiteindelijke *doel* is van het mededingingsrecht; een gezond concurrentieklimaat wordt veel meer beschouwd als een *middel* tot het bereiken van een ander (hoger) doel, namelijk welvaartsverbetering.<sup>20</sup>

Wij gaan er gezien het bovenstaande vanuit dat het mededingingsrecht en het recht van intellectueel eigendom een gemeenschappelijk streven hebben. Een volledige overlapping van de doelstellingen van beide rechtsgebieden bestaat evenwel niet. Van het mededingingsrecht is onzeker of het bevorderen van consumentenwelvaart het *enige* doel is, in het bijzonder in de Europese context,<sup>21</sup> en voor het intellectueel eigendomsrecht staat het vast dat er meer grondslagen zijn dan het hierboven genoemde stimuleringsbeginsel. Andere rechtvaardigingen voor het beschermen van intellectueel eigendom zijn te vinden in Locke's Labour Theory,<sup>22</sup> die voorschrijft dat iedereen recht heeft op de vruchten van zijn arbeid, en in personaliteitsargumenten die hoofdzakelijk hun wortels hebben in de filosofie van Hegel<sup>23</sup> en Kant.<sup>24</sup> Deze beginselen zijn minder evident op één lijn te stellen met de puur economische grondslagen van het mededingingsrecht. Daar komt bij dat het mededingingsrecht inhoudelijk nog volop in ontwikkeling is: de modernisatie van het Europees mededingingsrecht in 2004 alsmede de huidige evaluatie van

20 Jones & Sufrin 2004, p. 15-17.

21 De totstandbrenging van de interne markt is, als onderliggend streven van de Europese Gemeenschap zelf, een belangrijke factor in het Europees mededingingsrecht. Daarnaast worden consumentenbescherming en de bescherming van kleine of middelgrote ondernemingen wel genoemd; Jones & Sufrin 2004, p. 30-43. Desondanks valt binnen het Europees mededingingsbeleid een tendens naar een meer economische benadering te ontwaren. Commissaris Monti sprak in 2001: '(...) *the goal of competition policy, in all its aspects, is to protect consumer welfare by maintaining a high degree of competition in the common market. Competition should lead to lower prices, a wider choice of goods, and technological innovation, all in the interest of the consumer*' (curs. toegevoegd); speech 'Antitrust in the US and Europe: a history of convergence' op 14-11-2001 in Washington, [www.ec.europa.eu/comm/competition/speeches](http://www.ec.europa.eu/comm/competition/speeches) en de huidige commissaris Kroes zegt naar aanleiding van de evaluatie van artikel 82 EG in september 2005: '(...) I am aware that it is often suggested that – unlike Section 2 of the Sherman Act – Article 82 is intrinsically concerned with 'fairness' and therefore not focussed primarily on consumer welfare. As far as I'm concerned, I think that competition policy evolves as our understanding of economics evolves. In days gone by, 'fairness' played an important role in Section 2 enforcement in a way that is no longer the case. I don't see why a similar development could not take place in Europe', speech 'Preliminary thoughts on policy review of article 82' op 23-9-2005 te New York, [www.ec.europa.eu/comm/competition/speeches](http://www.ec.europa.eu/comm/competition/speeches).

22 J. Locke, *Two treatises of government*, Cambridge: Cambridge University Press 1988 (Laslett ed.).

23 G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, heruitgave door Ludwig Siep, Berlin: Akademie Verlag 1997. Zie ook: Kallay 2004, p. 12-13.

24 I. Kant, *Metaphysische Anfangsgründe des Rechtslehre*, Frankfurt und Leipzig 1797. Zie ook: Quaedvlieg 2001, p. 131. Met name het auteursrecht leunt zwaar op deze ontstaansredenen, die de intellectueel eigendom beschouwen als een natuurrecht: Grosheide 1986, p. 130. Dit in tegenstelling tot de doctrine die uitgaat van het stimuleringsbeginsel, die de intellectueel eigendom beschouwt als een door de wetgever verleend recht.

artikel 82 EG tonen aan dat het Europees mededingingsbeleid, en daarmee de contouren van het Europees mededingingsrechtelijk denken, (nog) geen solide identiteit hebben.<sup>25</sup>

Bovengenoemde aspecten kunnen niettemin geen doorslaggevende rol spelen als het gaat om de verenigbaarheid van de doelstellingen van de beide rechtsgebieden. De personaliteitsargumenten in de intellectuele eigendom hebben hoofdzakelijk betrekking op de relatie tussen de maker en de exploitant die met hem contracteert, en zijn derhalve als zodanig niet per se onverenigbaar met de andere (economische) grondslagen van de intellectuele eigendom. Bovendien is het hoogst onwaarschijnlijk dat het mededingingsbeleid, hoe zeer ook in revisie, de uitgangspunten van welvaartverbetering verlaat. De conclusie mag dus zijn, dat het mededingingsrecht en het recht van intellectueel eigendom in hun grondslagen verenigbaar zijn, aangezien zij hetzelfde doel dienen. Dit doel is gelegen in het bevorderen van mededinging op het niveau van innovatie, met als einddoel onder meer het verhogen van de consumentenwelvaart.<sup>26</sup>

### § I.1.3 Verschil in benadering

In weerwil van hun gemeenschappelijk doel hebben het intellectueel eigendomsrecht en het mededingingsrecht elk een andere benadering, die in fundamenteel opzicht van elkaar verschilt. Het intellectueel eigendomsrecht reguleert de mededinging *vooraf*; de wetgever verleent een exclusief recht dat de rechthebbende de mogelijkheid geeft om, naar zijn eigen inzicht, gedurende een naar tijd begrensde periode zijn intellectueel eigendom te exploiteren. Deze *ex ante* benadering is vereist om rechtssubjecten de (rechts)zekerheid te bieden die een totstandkoming van nieuwe creatieve en innovatieve prestaties verzekert. Immers, zouden de voorwaarden voor verlening, de exploitatiebevoegdheden dan wel de tijdsduur van het intellectueel eigendomsrecht onzeker en afhankelijk van omstandigheden zijn, dan is men minder snel bereid investeringen te doen. De zekerheid van bescherming draagt daarom in hoge mate bij aan de totstandkoming van nieuwe intellectuele eigendom, hetgeen essentieel wordt geacht voor vooruitgang. Het mededingingsrecht daarentegen, reguleert de mededinging in een groot aantal van de gevallen *achteraf*, aangezien per geval moet worden beschouwd of en in hoeverre de mededinging geschaad wordt. Een onderscheid moet daarbij gemaakt worden tussen het kartelverbod en het verbod op misbruik van machtspositie, die in de doctrine worden beschouwd als een toetsing *ex post*, en de concentratiecontrole en het verbod op staatssteun, die veeleer gezien kunnen worden als *ex ante* regulering.<sup>27</sup>

<sup>25</sup> Zie ook Ullrich 2001, p. 370-371.

<sup>26</sup> Bowman 1973, p. 1-14; Tom & Newberg 1997, p. 167; Peeperkorn 2003, p. 528; Kallay 2004, p. 10-11; Drexel 2004, p. 792-794; Netanel 2005, p. 149.

<sup>27</sup> Doordat het kartelverbod wordt ondersteund door een veelvoud aan secundaire regelgeving van de Commissie (bijvoorbeeld de Groepsvrijstellingen), kent het in de praktijk ook elementen van een *ex ante* toetsing.



Deze fundamenteel verschillende benadering zorgt voor conflicten in de praktijk. Indien de wetgever een exclusief recht verleent op basis van mededingingsrechtelijke overwegingen *ex ante*, bestaat de mogelijkheid dat deze overwegingen in een specifiek geval niet opgaan en eventueel zelfs in strijd met het mededingingsrecht kunnen worden geacht. Zoals we reeds benadrukten, moet met dergelijke conflictsituaties zeer behoedzaam worden omgegaan vanwege het risico op terugloop van de rechtszekerheid en daarmee de investeringszin bij de IE-rechthebbenden. Er zijn een aantal manieren om met conflicten tussen intellectueel eigendom en mededingingsrecht om te gaan, ieder afhankelijk van het type conflict. Hieronder worden een aantal van deze mogelijkheden kort besproken. Daarbij komen zowel wettelijke oplossingen als jurisprudentiële correctiemogelijkheden aan de orde.

#### *Voorrang van het mededingingsrecht*

Een manier om een conflict tussen mededinging en intellectueel eigendom op te lossen is voorrang te geven aan de regels van het mededingingsrecht. De meeste voorbeelden van omstandigheden waarin de mededingingsrechtelijke regels voorrang krijgen zijn te vinden in secundaire wetgeving over de uitwerking van het kartelverbod, zoals de lijst met hardcore beperkingen in de Groepsvrijstelling Technologieoverdracht.<sup>28</sup>

De lijst bevat bepalingen die op grond van het exclusieve recht in een licentie opgenomen kunnen worden, maar in zodanige mate onverenigbaar met het mededingingsrecht worden geacht, dat de het opnemen ervan de werking van de groepsvrijstelling voor de gehele overeenkomst wegneemt. De consequentie hiervan is dat de overeenkomst mogelijk in strijd is met artikel 81 EG, met nietigheid als gevolg.<sup>29</sup>

Een voorbeeld uit het Amerikaanse mededingingsrecht zijn de formalistische regels voor licenties uit de jaren '70 die bepaalde categorieën licentievoorwaarden aanwensen als *per se* in strijd met het mededingingsrecht.<sup>30</sup>

In het TRIPs-Verdrag<sup>31</sup> ten slotte wordt in artikel 40 wordt geëxpliciteerd dat de verdragstaten de mogelijkheid hebben mededingingsrechtelijke wetgeving aan te

28 Verordening 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, *PbEG* 2004, L123/11. Zie ook Rahnasto 2003, § 2.34.

29 Indien een overeenkomst bepalingen bevat die weliswaar geen 'hardcore' restricties zijn maar wel onder de uitgesloten beperkingen vallen, geldt de vrijstelling alleen ten opzichte van die specifieke bepalingen niet. Zie ook Jones & Sufrin 2004, p. 738-741.

30 Deze regels werden ook wel 'the nine no-no's' genoemd: Tom & Newberg 1997, p. 178-184; R. Hewitt Pate, DoJ, 'Antitrust and Intellectual Property', speech for the American Intellectual Property Law Association op 24-1-2003, [http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200701.btm#N\\_10\\_](http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/200701.btm#N_10_).

31 Trade Related aspects of Intellectual Property Rights; overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom; bijlage 1C bij het Wereldhandelsverdrag: Trb. 1995, 130.

nemen die de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten beperkt.<sup>32</sup> Deze verdragsregel schept ruimte voor een wettelijke beperking van het recht van intellectuele eigendom ten behoeve van het mededingingsrecht.<sup>33</sup>

#### *Voorrang van het intellectueel eigendomsrecht*

In plaats van prioriteit te geven aan het mededingingsrecht, bestaat uiteraard ook de mogelijkheid om in situaties waarin de twee rechtsgebieden botsen, voorrang te geven aan het intellectueel eigendomsrecht. Gevolg van het verlenen van absolute voorrang aan intellectuele eigendomsrechten in conflictsituaties is dat een rechthebbende vrij staat te bepalen of hij gebruik maakt van zijn bevoegdheid om te licentiëren en, indien hij daarvan gebruik maakt, onder welke condities dat geschiedt. Deze condities kunnen redelijk of onredelijk en mededingingsbeperkend zijn – dat maakt geen verschil. Een stroming waarbij voorrang wordt verleend aan intellectueel eigendom is die waarbij intellectueel eigendom wordt beschouwd als 'gewoon' eigendomsrecht. Voorstanders van deze visie menen dat intellectueel eigendom hetzelfde behandeld zou moeten worden als ieder ander eigendomsrecht: als degene die het meest omvattende recht toekomt kan de rechthebbende beslissen wat hij doet met zijn eigendom. Consequentie van deze zienswijze is dat de rechthebbende iedere gedraging die door de markt geaccepteerd wordt kan en mag uitoefenen, hetgeen bijvoorbeeld kan leiden tot het gedogen van onredelijke licentievoorwaarden die buiten het bereik van het exclusieve recht vallen.<sup>34</sup>

Het belangrijkste argument dat voorrang van intellectueel eigendom ondersteunt is het – reeds genoemde – gegeven dat ieder intellectueel eigendomsrecht al een intern correctiemechanisme bevat dat rekening houdt met belangen van derden. Tegenstanders van het verlenen van absolute voorrang aan intellectueel eigendom stellen dat dit argument onzuiver is omdat wetgeving niet adequaat kan reageren op veranderingen waardoor het interne mechanisme niet altijd juist werkt, en daarnaast geen oplossing biedt voor probleemsituaties met betrekking tot nieuwe technieken die de werking van deze mechanismen in de praktijk beperken.<sup>35</sup> Prioriteit voor intellectueel eigendom werd met name aan het begin van de 20<sup>e</sup> eeuw in de Verenigde Staten en voorafgaand aan de inwerkingtreding van de Europese mededingingsregels in Europa toegekend.<sup>36</sup>

32 Lid 2 van artikel 40 TRIPs luidt: 'Geen enkele bepaling in deze Overeenkomst belet de Leden om in hun nationale wetgeving licentiegebruiken of –voorwaarden aan te geven die in bepaalde gevallen een misbruik van de intellectuele eigendom kunnen vormen dat een nadelig gevolg heeft voor de concurrentie op de desbetreffende markt (...).'

33 Zie ook M. Ricolfi, 'Is there an antitrust antidote against IP overprotection within TRIPs?', *Marquette Intellectual Property Law Review* (10) 2006, p. 305-367.

34 Rahnasto 2003, § 2.100. Vgl. ook de annotatie van Hoyng bij de Commissiebeschikking inzake *IMS Health*, waar hij het opleggen van een verplichte licentie vergelijkt met onteigening: *M&M* 2002-3, p. 116.

35 Rahnasto 2003, § 2.53 – § 2.55.

36 W. Tom & J. Newberg, 'Antitrust and intellectual property: from separate spheres to unified field', (167) *Antitrust L.J.* 1997-1998, p. 167-229; Rahnasto 2003, § 2.49.

*Oplossing gebaseerd op misbruikelijke uitoefening van het intellectueel eigendomsrecht*

Naast absolute voorrang van het intellectueel eigendomsrecht dan wel het mededingingsrecht bestaat er ook een meer flexibele manier om met conflicten tussen mededingingsrecht en intellectueel eigendom om te gaan: de mededingingsregels hebben voorrang boven de bepalingen van intellectueel eigendom als het gaat om uitoefeningen van het recht die niet inherent zijn aan het exclusieve recht zelf. Voorbeelden van deze zienswijze zijn de misuse doctrine in de Verenigde Staten en het onderscheid tussen existence en exercise van intellectueel eigendom in de jurisprudentie van het HvJEG.

Op grond van de Amerikaanse 'misuse' doctrine kan een rechthebbende bij gedragingen die als 'misuse' van auteurs- of octrooirecht<sup>37</sup> worden aangemerkt geen beroep doen op zijn exclusieve recht. Er is sprake van 'misuse' indien het recht wordt gebruikt voor uitoefeningen die in strijd zijn met het doel van de verlening ervan.<sup>38</sup> De misuse doctrine heeft overeenkomsten met de beslissingspraktijk van het HvJEG, in die zin dat het Europees Hof ook uitoefeningen van intellectueel eigendomsrecht die buiten de 'kern' van het exclusieve recht vielen onverenigbaar heeft geacht met het mededingingsrecht.<sup>39</sup> Niettemin bestaat er een verschil in reikwijdte: de misuse doctrine lijkt zich tot buiten het mededingingsrecht te kunnen uitstrekken.<sup>40</sup>

Op dit punt is er een nuanceverschil tussen de misuse doctrine en een Nederlands equivalent daarvan, namelijk misbruik van bevoegdheid,<sup>41</sup> dat immers uitsluitend een privaatrechtelijke basis heeft.

37 De misuse doctrine was oorspronkelijk alleen van toepassing op uitoefeningen van het octrooirecht, maar heeft zich later uitgebreid naar het auteursrecht. Zie aangaande copyright misuse: K. Judge, 'Rethinking copyright misuse', (57) *Stan. L. Rev.* 2004, p. 901-952.

38 Te denken valt aan het met behulp van het exclusieve recht blokkeren van niet-beschermd gebruik (b.v. het verhinderen van *fair use* in het auteursrecht) of het invoeren van bescherming wanneer dat niet (langer) aan de orde is. Zie ook K. Judge, *supra*, p. 930 e.v.. De oorsprong van de toepassing van de patent misuse doctrine is het koppelen van de verkoop van niet-geoctrooieerde producten aan de verkoop van geoctrooieerde producten: *Morton Salt Co. v. G.S. Suppiger Co.*, 314 U.S. 488 (1941), nr. 492 e.v. Overigens wordt in de U.S. Patent Code geëxpliciteerd dat de weigering een octrooi in licentie te geven geen misuse kan zijn: U.S.C. § 271(d)(4).

39 HvJEG 13-7-1966, Etablissements Consten SA en Grundig-Verkaufs-GmbH tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 56 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 299 (*Consten & Grundig*), alsmede de in hoofdstuk 1 en 2 genoemde jurisprudentie.

40 Aangaande het octrooirecht wordt verwezen naar de volgende rechtspraak: *Morton Salt*, *supra*, nr. 492 e.v. en *Transparent-Wrap Machine Corp. v. Stokes & Smith Co.*, 329 U.S. 637 (1947) op p. 641: 'The requirement that a licensee under a patent use an unpatented material or device with the patent might violate the antitrust laws (...). The condemnation of the practice, however, does not depend on such a showing'. Zie ook 'Is the patent misuse doctrine obsolete?', (110) *Harv. L. Rev.* 1922. Auteursrecht: *Lasercomb America, Inc. v. Reynolds*, 911 F.2d 970 (4<sup>th</sup> Circuit 1990) op p. 978: 'misuse need not be a violation of antitrust law in order to comprise an equitable defense to an infringement action. The question is not whether the copyright is used in a manner violative of antitrust law (such as whether the licensing agreement is 'reasonable'), but whether the copyright is being used in a manner violative of the public policy embodied in the grant of a copyright'. De copyright misuse doctrine is nooit officieel door het Supreme Court erkend. Zie ook *Video Pipeline vs. Buena Vista Home Entertainment*, 342 F.3d 191 (3rd Circuit 2003), *GRUR Int.* 2004, p. 75-78.

41 Art. 3:13 BW.

Hierboven werd reeds kort gerefereerd aan de jurisprudentie van het HvJEG. Het Hof heeft in een aantal arresten een onderscheid gemaakt tussen het bestaan en de uitoefening van het intellectueel eigendomsrecht.<sup>42</sup> De verlening van een recht van intellectuele eigendom kan op grond van deze jurisprudentie niet geraakt worden door het mededingingsrecht, de uitoefening ervan echter wel. Verwant aan deze doctrine, die ook wel wordt aangeduid als de *existence/exercise* dichotomie, is de leer van het specifieke voorwerp. Deze houdt in dat de verdragsregels niet kunnen treden in het specifieke voorwerp van het exclusieve recht.<sup>43</sup> Dit specifieke voorwerp is per IE-recht verschillend. Het Hof omschreef in *Centrafram/Sterling Drug* het specifieke voorwerp van het octrooirecht als volgt: 'dat ter zake van octrooien de industriële eigendom met name tot specifiek voorwerp heeft de octrooihouder, ter beloning van des uitvinders creatieve inspanning, het uitsluitende recht te verschaffen om een uitvinding hetzij rechtstreeks hetzij door licentieverlening aan derden, te gebruiken voor de vervaardiging en het als eerste in het verkeer brengen van producten van nijverheid, alsmede het recht zich tegen inbreuken te verzetten'.<sup>44</sup>

In de literatuur wordt wel betoogd dat het onderscheid tussen 'existence' en 'exercise' kunstmatig is (de waarde van een exclusief recht ligt immers voor een belangrijk deel in de uitoefening ervan) en in feite een beleidsinstrument behelst.<sup>45</sup> Voor wat betreft de leer van het specifieke voorwerp blijkt inmiddels uit de jurisprudentie dat het HvJEG ook bereid is om in uitzonderlijke gevallen wél het specifieke voorwerp van het exclusieve recht binnen het bereik van de verdragsregels te brengen.<sup>46</sup> Niettemin hanteert het HvJEG op bovenstaande wijze een meer flexibele methode om met conflicten tussen intellectueel eigendom en mededingingsrecht om te gaan dan het verlenen van absolute voorrang aan één van de twee rechtsgebieden.

De benadering die wij in deze dissertatie zullen hanteren past binnen de zienswijze dat het mededingingsrecht misbruikelijke uitoefeningen van het intellectueel eigendomsrecht kan corrigeren. Wij streven daarbij naar het vinden van een evenwicht tussen enerzijds de *ex post* benadering die de handhaving van het mededingingsrecht met zich meebrengt en anderzijds het in stand houden van een mate van rechtszekerheid die een optimale werking van het systeem van intellectueel eigendom waarborgt.

42 HvJEG 13-7-1966, *Etablissements Consten SA en Grundig-Verkaufs-GmbH tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. 56 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 299 (*Consten & Grundig*), HvJEG 8-6-1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft MbH tegen Metro SB – Grossmärkte GmbH & Co.*, zaak nr. 78/70, *Jur.* 1971, p. 487 (*Deutsche Grammophon*); HvJEG 13-10-1974, *Centrafarm BV en Adriaan de Peijper tegen Sterling Drug Inc.*, zaak nr. 15/74, *Jur.* 1974, p. 1183 (*Centrafarm/Sterling Drug*).

43 Zie over de leer van het specifieke voorwerp uitgebreid Govaere 1996, § 4.15 – § 4.50.

44 *Centrafarm/Sterling Drug*, *supra*, § 9.

45 Jones & Sufrin 2004, p. 695; Korah 2004, p. 292.

46 HvJEG 6-4-1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*).

## § I.2 Afbakening van het onderzoeksonderwerp

### § I.2.1 Focus op Europees recht

Hierboven is naar voren gekomen dat in de Verenigde Staten en (West-)Europa de meeste aandacht is voor conflicten tussen mededingingsrecht en intellectueel eigendom. De introductie van de Amerikaanse Sherman Act in 1890 en de totstandkoming van de Europese mededingingsregels, als onderdeel van het EG-Verdrag in 1958, hebben beide geleid tot een uitgebreide doctrine. De meeste rechten van intellectueel eigendom kennen hun (eerdere) oorsprong eveneens veelal in de Verenigde Staten en Europa.<sup>47</sup> De botsing tussen de beide rechtsgebieden lijkt zodoende het meest uitgekristalliseerd in deze twee jurisdicties. Om het onderzoeksonderwerp af te bakenen is in deze dissertatie gekozen voor een onderzoek op het gebied van het Europese recht. Doctrine en jurisprudentie uit de Verenigde Staten worden slechts incidenteel behandeld voor zover nuttig voor illustratie, contrastwerking of informatie. De reden voor deze keuze is dat zich in de afgelopen 20 jaar in Europees verband belangrijke ontwikkelingen hebben voorgedaan met betrekking tot de jurisprudentie aangaande licentieweigeringen, het hoofdonderwerp van deze dissertatie. Daarnaast wordt het onderzoeks- onderwerp op deze wijze beter beheersbaar.

De focus van het onderzoek zal nadrukkelijk komen te liggen op de wisselwerking tussen het intellectueel eigendomsrecht en de *Europese* mededingingsregels – nationale rechtspraak zal alleen worden behandeld indien specifiek van belang. Deze keuze heeft als belangrijkste motivatie de doorwerking van deze bepalingen uit het Verdrag van Rome in de rechtsstelsels van de Lidstaten, waardoor de beslissingen van het HvJEG direct doorwerken in de nationale rechtsordes.<sup>48</sup> Daar komt bij dat veel Lidstaten hun nationale mededingingsregels door middel van spontane harmonisatie inmiddels hebben aangepast aan de Europese.<sup>49</sup> Bovendien bepaalt Verordening 1/2003<sup>50</sup> in artikel 3 lid 1 dat de nationale mededingingsautoriteiten bij toepassing van het nationale mededingingsrecht tevens artikel 81 en 82 EG, de mededingingsregels voor ondernemingen, toepassen. Daarbij zijn zij gebonden aan de beslissingenpraktijk van de Europese Commissie.<sup>51</sup> Een ontwikkeling in de relatie tussen mededingingsrecht en intellectueel eigendom op Europees niveau zal zodoende direct effect sorteren in de Lidstaten zelf.

47 Zie met name de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst uit 1886 en het Unieverdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom uit 1883.

48 De directe werking van artikel 82 is (o.m.) vastgesteld in HvJEG 27-3-1974, Belgische Radio en Televisie tegen SV SABAM en NV Fonior, zaak nr. 127/73, *Jur.* 1974, p. 313 (*BRT/SABAM*). De nationale rechter is gehouden de interpretatie van verdragsartikelen door het HvJEG te volgen op grond van art. 10 EG (Gemeenschapstrouw).

49 Voor een overzicht zie Whish 2003, p. 58-60.

50 Verordening 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, *PbEG* 2003 L1/1.

51 Artikel 16 lid 2 Verordening 1/2003.

### § I.2.2 Inhoudelijk: misbruik van machtspositie en licentieweigering

Binnen het speelveld van de relatie tussen de Europese mededingingsregels en de bepalingen van intellectueel eigendom concentreert het onderzoek zich op de verhouding tussen intellectueel eigendom en artikel 82 EG; het verbod op misbruik van machtspositie.

In de praktijk vallen conflicten tussen intellectueel eigendom en mededinging te onderscheiden in twee categorieën: conflicten die betrekking hebben op afspraken tussen ondernemingen en conflicten die betrekking hebben op eenzijdige gedragingen van een onderneming (unilateraal gedrag). Deze tweedeling kan geïllustreerd worden aan de hand van de volgende voorbeelden. De volgende afspraken tussen ondernemingen met betrekking tot intellectueel eigendom kunnen leiden tot mededingingsbelemmeringen:

- Het overeenkomen van licentievoorwaarden die de activiteiten van de licentienemer beperken tot een bepaald gebied, waardoor de mededinging in dat gebied beperkt of onmogelijk gemaakt wordt;<sup>52</sup>
- Het overeenkomen van licentievoorwaarden die bepalen dat indien octrooieerbare verbeteringen in het gelicentieerde product worden aangebracht deze verbeteringen exclusief aan de licentiegever worden teruggelicenseerd, waardoor de mededinging in de betreffende sector gefrustreerd kan worden;
- Het kruislicentiëren van concurrerende technologieën door ondernemingen in verschillende Lidstaten, waarbij zij overeenkomen geen producten te verkopen op elkaars thuismarkt;
- Het opnemen van licentievoorwaarden die het gebruik van de in licentie gegeven technologie of werkwijze beperken, waardoor de mededinging beperkt wordt.

Genoemde voorbeelden zijn uiteraard niet uitputtend. Vele afspraken tussen ondernemingen met betrekking tot intellectueel eigendom die de mededinging kunnen beperken of frustreren zijn denkbaar. Grofweg vallen de mogelijke beperkingen in te delen in de volgende categorieën: beperkingen die betrekking hebben op het territorium waarbinnen de licentie gebruikt mag worden, beperkingen die betrekking hebben op de verkoop van het product of de dienst waarin de intellectuele eigendom verwerkt is (territoriaal of beperkingen naar klantenkring), voorwaarden die de licentienemer verplichten zich te onthouden van concurrerende activiteiten en beperkingen die zien op de gebruiksmogelijkheden van de in licentie gegeven technologie of werkwijze.<sup>53</sup> Binnen het toepassingsgebied van artikel 81 EG gelden diverse Groepsverordeningen; verordeningen uitgevaardigd door de Commissie waarin bepaalde overeenkomsten

52 Vgl. HvJEG 8-6-1982, L.C. Nungesser KG en Kurt Eisele tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 258/78, *Jur.* 1982, p. 2015 (*Maize Seed*), waarin het HvJEG de exclusieve licentie als zodanig in stand hield, maar de licentievoorwaarden die opgesteld waren met het oogmerk derden van de betreffende markt te weren onverenigbaar achtte met artikel 81 EG.

53 Zie voor een overzicht Jones & Sufrin 2004, p. 699 – 702. Overigens dient onderscheid te worden gemaakt tussen overeenkomsten die een mededingingsbeperking als *doel* hebben en overeenkomsten die een mededingingsbeperking als *gevolg* hebben. Zie in dit verband ook de Richtsnoeren van de Commissie voor toepassing van de Verordening inzake de technologieoverdracht (*PbEG* 2004, C101/2) § 13 e.v.

vrijgesteld worden van het kartelverbod.<sup>54</sup> Deze Groepsvrijstellingen kunnen van toepassing zijn op overeenkomsten inzake intellectuele eigendomsrechten.

Daarnaast valt te onderscheiden het unilateraal handelen van een enkele onderneming met betrekking tot de exploitatie van haar intellectueel eigendom. Onder andere de volgende gedragingen kunnen in dit verband conflicten met het mededingingsrecht opleveren:

- Het koppelen van de verkoop van een product dat door intellectueel eigendom wordt beschermd aan een product dat niet door intellectueel eigendom wordt beschermd, daarmee de mededinging voor het niet-beschermd product beperkend;<sup>55</sup>
- Het hanteren van onbillijke verkoopprijzen voor producten die door intellectueel eigendom beschermd worden;
- Prijsdiscriminatie tussen door intellectueel eigendom beschermde producten;
- Het weigeren van een licentie voor een door intellectueel eigendom beschermd product of een door intellectueel eigendom beschermde dienst.

De laatste vorm van unilateraal handelen vormt het onderwerp van deze dissertatie.

De reden voor de focus op licentieweigeringen is dat deze complexe problematiek, méér dan het geval is bij de toepassing van het mededingingsrecht op licentievooraarden of andere unilaterale gedragingen, bij de kern van de relatie tussen mededingingsrecht en intellectueel eigendomsrecht ligt. Het merendeel van de hierboven genoemde voorbeelden heeft betrekking op situaties waarin het gedrag van de rechthebbende niet zozeer samenvalt met de kern van het intellectueel eigendomsrecht, maar met additionele gedragingen.<sup>56</sup> Het verbodsrecht, dat in het geding is ingeval van licentieweigering, is daarentegen een onvermengd door de wetgever verschaft recht. Dit maakt het conflict scherper en principiëler.

Daarnaast zijn de contouren van de verhouding tussen artikel 82 EG en intellectueel eigendom minder duidelijk: de toepassing van artikel 81 EG, het kartelverbod, op overeenkomsten inzake intellectueel eigendom is daarentegen in zoverre gere-

<sup>54</sup> Zoals bijvoorbeeld de Groepsvrijstelling Specialisatieovereenkomsten (Verordening nr. 2658/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, *PbEG* 2000, L 304/3), de Groepsvrijstelling Verticale overeenkomsten (Verordening nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1999, L336/21) of de Groepsvrijstelling Onderzoek & Ontwikkelingsovereenkomsten (Verordening 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, *PbEG* 2000, L 304/7). Voor intellectueel eigendom is met name van belang de Groepsvrijstelling Technologieoverdracht (Verordening 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, *PbEG* 2004, L123/11). Zie voorts over Groepsvrijstellingen en IE § 4.5.3 van deze dissertatie.

<sup>55</sup> Vgl. HvJEG 2-3-1994, Hilti AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. C-53/92P, *Jur.* 1994, p. I-667 (*Hilti*).

<sup>56</sup> Zie ook Schmidt 2005, p. 82-83. Volgens Schmidt zijn er drie manieren waarop de rechthebbende zijn exclusieve recht kan gebruiken. Hij kan het zelf exploiteren, niet exploiteren of door een derde laten exploiteren. In het laatste geval kan het verbod van artikel 82 EG volgens Schmidt zonder meer van toepassing zijn – in de eerste twee gevallen heeft de rechthebbende zijn uitsluitende recht nog niet 'prijsgegeven' en moet een uiterste omzichtigheid betracht worden. Zie over Schmidt's opvattingen ook § 5.2.6 van deze dissertatie.

guleerd dat er Groepsvrijstellingen zijn die op deze overeenkomsten van toepassing kunnen zijn en daarmee de rechthebbenden enig houvast bieden.<sup>57</sup> Ook in meer algemene zin is de toepassing van artikel 82 overigens nog volop in ontwikkeling: aangenomen wordt dat met de modernisering van de Europese mededingingsregels een focus op artikel 82 EG wordt ingeluid.<sup>58</sup> Dit brengt met zich mee dat reflectie over de relatie tussen artikel 82 EG en intellectueel eigendom wellicht een nuttige bijdrage kan leveren aan het vormgeven van de kaders van de toepassing van dit verdragsartikel.

### § I.3 Probleemstelling

Het onderzoek richt zich gezien het voorgaande op de problematiek rond het onderwerp licentieweigering. Van licentieweigeringen kan een sterk mededingingsbeperkende werking uitgaan, indien een weigering tot licentiëren tot gevolg heeft dat alle concurrentie op de relevante markt uitgesloten wordt. Zowel gevallen waarin de rechthebbende het exclusieve recht zelf exploiteert als gevallen waarin ook de rechthebbende zelf niet overgaat – of voornemens is over te gaan – tot exploitatie zijn denkbaar.<sup>59</sup> Hoewel een licentieweigering met zich mee kan brengen dat de mededinging op een bepaalde markt in sterke mate gereduceerd wordt, is de sanctie die het (Europees) mededingingsrecht met zich meebrengt verstrekkend: de mededingingsautoriteit dan wel de rechter kan de rechthebbende verplichten een licentie af te geven.<sup>60</sup> Aangezien een dergelijke remedie in vergaande mate ingrijpt in de beschikkingsbevoegdheid van de IE-rechthebbende, is het niet verwonderlijk dat het beperkte aantal gevallen waarin de problematiek in de Europese

<sup>57</sup> De belangrijkste van deze groepsvrijstellingen is voor intellectueel eigendom uiteraard de Groepsvrijstelling Technologieoverdracht (Verordening nr. 772/2004 van de Commissie van 7 april 2004 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PbEG* 2004, L 123/11), maar ook de groepsvrijstelling Onderzoek & Ontwikkeling (Verordening 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, *PbEG* 2000, L 304/7), de groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten (Verordening nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1999, L336/21) en de groepsvrijstelling Specialisatieovereenkomsten (Verordening nr. 2658/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, *PbEG* 2000, L 304/3) kunnen van toepassing zijn op licentieovereenkomsten. Zie ook § 56 – 64 van de Richtsnoeren voor toepassing van de Verordening inzake de Technologieoverdracht (*PbEG* 2004, C 101/2).

<sup>58</sup> Overigens tonen data van de Europese Commissie aan dat ook op nationaal niveau de toepassing van artikel 82 zijn vroegere achterstand op die van artikel 81 EG aan het inlopen is: <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/ecn/statistics.html>.

<sup>59</sup> Laatstgenoemde situatie doet zich bijvoorbeeld voor bij de zogenaamde 'strategische octrooien'; octrooien die enkel aangehouden worden met het oog op dwarsbomen van de concurrent.

<sup>60</sup> Deze bevoegdheid vloeit voor de Europese Commissie voort uit artikel 7 van Verordening 1/2003 en voor de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) uit artikel 58 van de Mededingingswet.



jurisprudentie aan de orde is geweest heeft geleid tot uitgebreide discussie over dit onderwerp.<sup>61</sup>

Daarnaast is een legitieme vraag in hoeverre een dergelijk ingrijpen de innovatiebereidheid van ondernemingen negatief beïnvloedt. Het is niet ondenkbaar dat de rechtsonzekerheid die de mogelijkheid van een jurisprudentiële dwanglicentie met zich meebrengt, ertoe kan leiden dat de investeringen in onderzoek en ontwikkeling teruglopen. De rechthebbende is namelijk niet meer zeker onder welke omstandigheden hij de hem door de wet gegunde bevoegdheden mag uitoefenen, mede omdat de door de Europese rechter geformuleerde criteria voor het opleggen van een verplichte licentie allerminst helder zijn.

Bovendien roept de interventie door publiekrechtelijk mededingingsrecht belangrijke rechtssystematische vragen op. Zoals reeds eerder in deze inleiding aangegeven, kent ieder intellectueel eigendomsrecht een intern correctiemechanisme; een beperking van bepaalde vormen van concurrentie, die gemodelleerd is naar object, omvang, subject en tijd. Ieder intellectueel eigendomsrecht creëert daardoor een specifieke balans tussen de belangen van de rechthebbende, van zijn concurrenten en van het algemeen belang, met inbegrip van het belang van de consument. In de traditionele doctrine wordt ervan uitgegaan dat het aldus gecreëerde evenwicht geacht moet worden te berusten op een afweging door de wetgever. Indien echter de uitoefening van het exclusieve recht consequent kan worden onderworpen aan een toets onder het mededingingsrecht waarvan de uitkomst op zijn zachtst gezegd onzeker is, betekent dit in feite dat de *rechter in ieder individueel geval* de door de wetgever gemaakte belangenafweging kan of moet overdoen. De vraag rijst, in hoeverre dat in overeenstemming te brengen valt met de consistentie van het systeem.

In deze dissertatie wordt derhalve getracht een antwoord te vinden op de volgende onderzoeksvraag:

*Is een juridische systematisering denkbaar van de gevallen waarin de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten, in het bijzonder bij licentieweigering, misbruik van machtspositie kan opleveren onder het publiekrechtelijk mededingingsrecht, zodanig dat door die systematisering rechtsonzekerheid wordt gereduceerd en systeeminterne fricties en tegenspraken binnen het recht worden opgelost?*

61 Zie onder meer: P. Glazener, 'Verplichte licenties in het Gemeenschapsrecht', *IER* 1992-1, p. 10; G. van der Wal, 'Article 86 EC: the limits of compulsory licensing', *ECLR* 1994-4, p. 230; P. Crowther, 'Compulsory licensing of intellectual property rights', (20) *ELR* 1995, p. 521; C. Stothers, 'The end of exclusivity? Abuse of intellectual property rights in the EU', *EIPR* 2002-2, p. 86; H. Schmidt, 'Article 82's 'exceptional circumstances' that restrict intellectual property rights', *ECLR* 2002-5, p. 210; M. Casper, 'Die Wettbewerbsliche Begründung von Zwanglizenzen', *ZHR* 166 (2002), p. 685; A. Geiger, 'Ende Patente?', *EuZW* 2004-3, p. 65; F. Fine, 'European Community compulsory licensing policy: heresy versus common sense', *Northwestern Journal of International Law & Business* 24 (2004), p. 619; G. Spindler & K. Apel, 'Urheber- versus Kartellrecht – Auf dem Weg zur Zwangslizenz?', *JZ* 2005-3, p. 133; Th. Höppner, 'Missbräuchliche Verhinderung 'neuer' Produkte durch Immaterialgüterrechte. Zur Anwendung von Art. 82 EG auf Lizenzverweigerungen', *GRUR Int.* 2005-6, p. 457.

Het vinden van een antwoord op deze vraag is niet zonder belang, vanwege een drietal redenen. Ten eerste brengt de voorbeeldfunctie van het Europese Hof met zich mee dat veel nationale rechters (en mededingingsautoriteiten) de Europese jurisprudentie nauwlettend zullen (na)volgen. Onduidelijkheid op Europees niveau kan leiden tot een verkeerde interpretatie door de nationale rechter of mededingingsautoriteit, met als gevolg jurisprudentie die verdergaande consequenties heeft dan hetgeen de Europese rechter voor ogen had. Een goed voorbeeld van een dergelijke verkeerde interpretatie door de nationale mededingingsautoriteit vormen de besluiten van de NMa inzake het conflict NOS/Telegraaf, waar de NMa oordeelde dat enkel een verstoring van de mededinging voldoende is om een gedwongen licentie te rechtvaardigen.<sup>62</sup>

Ten tweede breidt de problematiek zich uit van licentieweigeringen naar onredelijke licentiebepalingen. Er valt een tendens waar te nemen waarbij ondernemingen die het oneens zijn met de – inderdaad soms verstrekkende – licentiebepalingen die zij als licentienemer door een rechthebbende met marktmacht opgelegd krijgen, een poging doen gunstigere voorwaarden te verkrijgen door een beroep op de jurisprudentie inzake licentieweigering. De onredelijkheid van de licentiebepalingen vormt in deze visie een verkapte licentieweigering. Voorbeelden van procedures die op deze grondslag zijn gevoerd zijn die inzake *KPN/Denda*<sup>63</sup> (Nederland) en *Intel*<sup>64</sup> (Verenigd Koninkrijk). Ook om deze reden is er dus behoefte aan meer duidelijkheid.

Ten slotte menen wij dat de eerder genoemde rechtsonzekerheid, en daarmee het risico dat de casuïstiek van het mededingingsrecht haar stempel zodanig op de intellectueel eigendom drukt dat de door de wetgever gemaakte afweging opzij wordt gezet, op zichzelf reeds voldoende aanleiding voor dit onderzoek vormt.

Doelstelling bij de beantwoording van de onderzoeksvraag is dan ook om de rechter dan wel mededingingsautoriteit aanknopingspunten te bieden bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van licentieweigeringen, op zodanige wijze dat de toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie in harmonie wordt gebracht met de grondslagen van het intellectueel eigendomsrecht.

62 NMa 10-9-1998, *Mediaforum* 1998-10, nr. 50, nt. Hugenholtz; NMa 3-10-2001, *Mediaforum* 2002-2, nr. 7, nt. Mahler (*Telegraaf/NOS & HMG*). In deze zaak werd overigens ook een civiele procedure gevoerd: HR 6-6-2003, *AMI* 2003-4, nr. 13, nt. Koelman (*NOS/Telegraaf*).

63 Pres. Rb. Almelo 5-12-1996, *Computerrecht* 1997-6, p. 309 & Hof Arnhem 15-4-1997 en 5-8-1997, *Informatierecht/AMI*, 1997-10, p. 214 (*KPN/Denda*). Voorts: Rb. Almelo 6-12-2000, *Mediaforum* 2001-5, nr. 26 (bodemprocedure). Zie ook: OPTA 29-9-1999, *Computerrecht* 2000-1, p. 47.

64 High Court, Chancery division – patents court (Lawrence Collins J.) April 11-12, June 14, 2002, HC 01 C 04135 (*Intel Corporation v (1) Via Technologies Inc. (2) Elitegroup Computer Systems (UK Ltd.)*) en HC 01 C 04136 (*Intel Corporation v (1) Via Technologies Inc. (2) Via Technologies (Europe) Ltd. (3) Realtime Distribution Ltd.*); ((2003) F.S.R. 12); Court of Appeal (Sir Andrew Morritt V.C., Mummery and Tuckey L.J.) December 20, 2002 (*idem*) ((2003) E.C.C. 16). Zie ook: A. Toutoungi, 'Intel v Via: holding back the tide of compulsory licensing', *EIPR* 2002-11, p. 548 e.v.; D. Curley, 'Eurodefences and chips: 'a somewhat indigestible dish': the UK Court of Appeal's decision in *Intel Corp. v Via Technologies*', *EIPR* 2003-6, p. 282 e.v.

## § I.4 Onderzoeksmethode

### § I.4.1 Methodologie

De hierboven weergegeven onderzoeksvraag vereist uitgebreid onderzoek naar de gevallen waarin in de Europese jurisprudentie licentieweigering aan de orde is geweest, alsmede een analyse daarvan. Immers, het is de Europese rechter die uiteindelijk beslist over de toepassing van de Europese mededingingsregels, en het is dan ook het HvJEG geweest dat in het baanbrekende arrest *Magill*<sup>65</sup> heeft uitgemaakt dat licentieweigering misbruik van machtspositie op kan leveren. Omdat de toepassing van het mededingingsrecht op licentieweigering derhalve grotendeels vorm heeft gekregen in de Europese rechtspraak, wordt deze in dit onderzoek als uitgangspunt genomen. Het Hof van Justitie heeft een viertal arresten gewezen over de toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie op licentieweigeringen: *Volvo*,<sup>66</sup> *Renault*,<sup>67</sup> *Magill*,<sup>68</sup> en *IMS Health*.<sup>69</sup> In een tweetal gevallen (*Tiercé Ladbroke*<sup>70</sup> en *Microsoft*<sup>71</sup>) verscheen een arrest van het GEA. Deze jurisprudentie vormt de basis voor de beantwoording van de onderzoeksvraag, aangezien het toetsingskader van het HvJEG het belangrijkste aanknopingspunt is bij het ontwikkelen van een handvat voor de beoordeling van licentieweigering door de (lagere) rechter en de mededingingsautoriteit. Daarnaast zullen beschikkingen van de Europese Commissie, in haar hoedanigheid van Europese mededingingsautoriteit, bestudeerd worden voor zover deze betrekking hebben op licentieweigering.

Voorts wordt de rechtspraak van het HvJEG inzake leveringsweigering besproken. Deze rechtspraak staat in nauw verband met die over licentieweigering. Ook de jurisprudentie inzake leveringsweigering door het Hof van Justitie wordt uitputtend behandeld. Omdat de zogenaamde essential facilities doctrine toonaangevend is geweest voor het debat over leveringsweigering in de literatuur, wordt kort aandacht besteed aan de achtergronden van deze doctrine, die afkomstig is uit de Verenigde Staten.

65 HvJEG 6-4-1995, *Radio Telefís Éireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743.

66 HvJEG 5-10-1988, *AB Volvo tegen Erik Veng (UK) Ltd.*, zaak nr. 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211.

67 HvJEG 5-10-1988, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Maxicar tegen Régie nationale des usines Renault*, zaak nr. 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039.

68 HvJEG 6-4-1995, *Radio Telefís Éireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743.

69 HvJEG 29-4-2004, betreffende een verzoek krachtens artikel 234 EG van het Landgericht Frankfurt am Main, in het aldaar aanhangige geding tussen *IMS Health GmbH & Co. OHG en NDC Health GmbH & Co. KG*, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039.

70 GEA 12-6-1997, *Tiercé Ladbroke SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-504/93, *Jur.* 1997, p. II-923.

71 GEA 17-9-2007, *Microsoft Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

Omdat voor een analyse van de jurisprudentie over licentie- en leveringsweigering een goed begrip van het Europees mededingingsrecht en meer specifiek van het verbod op misbruik van machtspositie vereist is, staan we uitgebreid stil bij de werking van dit verbod. Hoewel het verbod een basis heeft in het EG-verdrag (artikel 82 EG), heeft het grotendeels vorm gekregen in de jurisprudentie van het HvJEG. Deze jurisprudentie wordt dan ook, aan de hand van in de doctrine geïdentificeerde kernpunten, onderzocht met als doel inzicht te verkrijgen in de manier waarop het verbod wordt toegepast door de Europese rechter.

Het onderzoek richt zich derhalve grotendeels op de bestudering van relevante Europese jurisprudentie over artikel 82 EG en de toepassing daarvan op licentie- en leveringsweigeringen. Daarnaast wordt literatuur over het onderwerp licentieweigering bestudeerd. Dit literatuuronderzoek omvat zowel bronnen op het gebied van het (Europees) mededingingsrecht als op het gebied van het intellectueel eigendomsrecht. Voor het overgrote deel bestaan deze bronnen uit tijdschriftartikelen, geselecteerd op relevantie vanuit het perspectief van beide rechtsgebieden. Deze bronnen zijn gezien de Europeesrechtelijke aard van het onderwerp veelal afkomstig uit tijdschriften met een dienovereenkomstige focus, maar ook het debat op nationaal niveau wordt gevolgd. Daarnaast worden handboeken geraadpleegd, met name bij de bespreking van het verbod op misbruik van machtspositie.

Wetgeving is in deze dissertatie niet of nauwelijks onderwerp van onderzoek. Reden hiervoor is dat de toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie op licentieweigering niet als zodanig in de wet geregeld is, en het onderzoek zich bovendien richt op het ontwikkelen van bruikbare criteria voor gebruik in de rechtspraak.

#### § 1.4.2 Plan van aanpak

De dissertatie bestaat uit twee delen. In deel I wordt het wettelijk kader geschetst en de jurisprudentie van het HvJEG inzake licentie- en leveringsweigering behandeld, in deel II wordt de toepassing van de mededingingsrechtelijke begrippen uit artikel 82 EG op het intellectueel eigendomsrecht geanalyseerd. Daarbij wordt uitgebreid aandacht besteed aan de criteria die het HvJEG ontwikkeld heeft voor de beoordeling van licentieweigeringen.

Deel I vangt aan met een uiteenzetting van de werking van artikel 82 EG in hoofdstuk 1. Hierbij wordt uitgebreid ingegaan op de Europese jurisprudentie, daar deze het verdragsartikel voor een belangrijk deel heeft vormgegeven. Vervolgens wordt in hoofdstuk 2 de rechtspraak van het Hof van Justitie inzake licentieweigering besproken en geanalyseerd. Dit gebeurt systematisch door bij ieder arrest de onderdelen 'relevante markt', 'machtspositie' en 'misbruik' te behandelen. Hetzelfde

gebeurt in hoofdstuk 3 met de rechtspraak inzake leveringsweigering, waarbij uitgebreid aandacht wordt besteed aan de 'essential facilities' doctrine. Daarna zal in deel II de problematiek inzake licentieweigeringen op een meer fundamenteel niveau onderzocht worden. In hoofdstuk 4 komt aan de orde in hoeverre de mededingingsrechtelijke instrumenten voor marktafbakening in staat zijn een markt waarin intellectueel eigendom een belangrijke rol speelt op de juiste manier af te bakenen, en welke criteria aangelegd moeten worden voor het bepalen van de positie van de rechthebbende op die relevante markt. Daarnaast wordt in dit hoofdstuk aandacht geschonken aan de specifieke karakteristieken van de kenniseconomie en de betekenis daarvan voor de toepassing van artikel 82 EG. In hoofdstuk 5 ten slotte wordt onderzocht wat de invulling moet zijn van de criteria die het HvJEG heeft ontwikkeld voor misbruik van machtspositie door middel van licentieweigeringen. Het zogenaamde 'nieuw product' criterium staat daarbij centraal.

De dissertatie wordt afgesloten met een concluderend hoofdstuk, waarin de bevindingen op een rij worden gezet en conclusies worden getrokken ten aanzien van de beantwoording van de onderzoeksvraag.



# Deel I





# 1 Artikel 82 EG

## § 1.1 Wettelijk kader: Europese mededingingsregels voor ondernemingen

### § 1.1.1 Artikel 81 en 82 EG

Het verbod op misbruik van machtspositie maakt onderdeel uit van de Europese mededingingsregels die gericht zijn tot ondernemingen, welke zijn vervat in artikel 81-86 van het Verdrag van Rome (EG-Verdrag). Deze regels voor ondernemingen vormen samen met de regels voor steunmaatregelen van de Lidstaten een uitwerking van artikel 3 lid 1 sub g van het EG-Verdrag,<sup>1</sup> welk artikel voorziet in het instellen van een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst.<sup>2</sup> Deze grondslag brengt met zich mee dat de mededingingsregels gericht tot ondernemingen dezelfde doelstelling hebben, namelijk het in stand houden van een daadwerkelijke mededinging binnen de gemeenschappelijke markt.<sup>3</sup> Van de Europese mededingingsregels die gericht zijn tot ondernemingen zijn artikel 81 en 82 EG de enige bepalingen die directe

<sup>1</sup> Voormalig art. 3 lid 1 sub f EG.

<sup>2</sup> Het Protocol betreffende de Interne markt en de Mededinging, behorende bij het Verdrag van Lisabon (*PbEG* 2007, C306/456) overweegt 'dat de interne markt als omschreven in artikel 2 van het Verdrag betreffende de Europese Unie een regime omvat dat verzekert dat de mededinging niet wordt verstoord'. In het ontwerp voor de (niet in werking getreden) Europese Grondwet werd het streven naar een eerlijke concurrentie nog als een van de doelstellingen van de Europese Unie vermeld: 'De Unie biedt haar burgers een ruimte van vrijheid, veiligheid en recht zonder binnengrenzen, en een interne markt waarin de mededinging vrij en onvervalst is'. Op aandringen van de Franse president werd de bepaling over de vrije mededinging in het ontwerp voor het nieuwe verdrag verplaatst naar het Protocol. Critici vrezen dat het gevolg van deze verplaatsing zou kunnen zijn dat het streven naar een onvervalste mededinging in mindere mate als een van de hoofddoelstellingen van de Europese Unie wordt gezien: zie (onder meer) de weblog van Geradin & Petit: [http://professorgeradin.blogs.com/professor\\_geradins\\_weblog/2007/06/protocol-on-int.html](http://professorgeradin.blogs.com/professor_geradins_weblog/2007/06/protocol-on-int.html).

<sup>3</sup> HvJEG 21-2-1973, *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Continental Can*), § 25.

werking hebben en zodoende rechtstreeks door ingezetenen van een Lidstaat ingeroepen kunnen worden.<sup>4</sup>

Artikel 83 EG verleent de Raad van de Europese Unie de bevoegdheid tot het vaststellen van verordeningen en richtlijnen teneinde regels te ontwerpen voor de toepassing van artikel 81 en 82 EG. Van deze bevoegdheid heeft zij een aantal malen gebruik gemaakt, waarvan de belangrijkste resultaten zijn:

- Verordening 17/62<sup>5</sup> (bepaalde tot 1-5-2004 de kernbevoegdheden van de Europese Commissie met betrekking tot artikel 81 en 82);
- Verordeningen 19/65,<sup>6</sup> 2821/71<sup>7</sup> en 1534/91<sup>8</sup> (stellen de Europese Commissie in staat tot het aannemen van groepsvrijstellingen in het kader van artikel 81 lid 3);
- Verordening 139/2004<sup>9</sup> (herschikking van de oude Verordening 4064/89<sup>10</sup>, zoals laatstelijk gewijzigd door Verordening 1310/97<sup>11</sup>), die de controle op fusies van ondernemingen institueert);
- Verordening 1/2003<sup>12</sup> (vernieuwde en aangepaste versie van Verordening 17).

Deze Verordeningen delegeren bepaalde regelgevende bevoegdheden aan de Commissie, en stellen haar in staat een effectief mededingingstoezicht uit te oefenen.

4 Het beginsel van directe werking werd door het HvJEG voor het eerst benoemd in *Van Gend & Loos* (N.V. algemene transport- en expeditie – onderneming Van Gend & Loos tegen Nederlandse Administratie der Belastingen, zaak nr. 26/62, *Jur.* 1963, p. 1). Of een communautaire bepaling direct effect heeft is een vraag van gemeenschapsrecht, en moet derhalve door het HvJEG beantwoord worden. De directe werking van artikel 81 en 82 is in een aantal arresten van het HvJEG bevestigd, waaronder *BRT/SABAM* (HvJEG 27-3-1974, Belgische Radio en Televisie tegen SV SABAM en NV Fonior, zaak nr. 127/73, *Jur.* 1974, p. 313). Voor een overzicht zie Bellamy & Child 2001, § 10-004. Sinds de inwerkingtreding van Verordening 1/2003 (Verordening 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, *PbEG* 2003, L 1/1) kan ook lid 3 van artikel 81 EG, waarvan toepassing voorheen voorbehouden was aan de Europese Commissie, rechtstreeks door de nationale rechter en/of mededingingsautoriteit worden toegepast.

5 Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, *PbEG* 1962, P 013, p. 204.

6 Verordening van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassingen van artikel 85 lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, laatstelijk gewijzigd door Verordening 1215/1999, *PbEG* 1965, P 036, p. 533.

7 Verordening (EEG) nr. 2821/71 van de Raad van 20 december 1971 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1971, L285/46.

8 Verordening (EEG) nr. 1534/91 van de Raad van 31 mei 1991 betreffende de toepassing van artikel 85 lid 3, van het Verdrag op bepaalde groepen van overeenkomsten, besluiten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de verzekeringssector, *PbEG* 1991, L143/1.

9 Verordening nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 2004, L24/1.

10 Verordening van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 1990, L257/13.

11 Verordening 1310/97 van de Raad van 30 juni 1997 houdende wijziging van Verordening 4064/89 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 1997, L 180/1.

12 Verordening 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, *PbEG* 2003, L 1/1.

De toepassing van Europees mededingingsrecht ligt derhalve voor het overgrote deel in de handen van de Europese Commissie. De Commissie ontleent haar bevoegdheden aan Verordening 1/2003. Op grond van artikel 83 EG doet zij voorstellen voor wetgeving aan de Raad. Daarnaast vaardigt de Commissie regelmatig aanbevelingen en bekendmakingen uit, en publiceert zij op jaarbasis de 'Reports on Competition Policy'. De artikelen 81 en 82 EG vormen de kern van de Europese mededingingsregels voor ondernemingen en zijn, zoals hierboven reeds aangegeven, de enige bepalingen uit deze regels die directe werking hebben. Hieronder wordt kort op de tekst van beide artikelen ingegaan, alsmede op de relatie die zij tot elkaar hebben. Daarna richten wij ons volledig op artikel 82, het verbod op misbruik van machtspositie.

#### *Artikel 81 EG*

Artikel 81 EG behelst het kartelverbod; een verbod voor ondernemingen om overeenkomsten te sluiten of afspraken te maken die de mededinging binnen de Gemeenschappelijke markt verhinderen, beperken of vervalsen. De tekst van artikel 81 lid 1 EG vangt aan met:

*'Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst (...).'*

Overtredingen van het kartelverbod zijn onder meer het maken van prijsafspraken, het verdelen van de markt en het toepassen van ongelijke handelsvoorwaarden. Het kartelverbod wordt, evenals het verbod op misbruik van machtspositie, gehandhaafd door de Europese Commissie en de nationale rechter. Ontheffing van het kartelverbod is mogelijk indien de overeenkomst of afgestemde gedraging bepaalde positieve effecten heeft die zwaarwegender worden geacht dan de mededingingsbeperking. Deze ontheffingsmogelijkheid is neergelegd in artikel 81 lid 3 en de groepsvrijstellingen. In deze regelingen worden bepaalde groepen overeenkomsten vrijgesteld van het kartelverbod.<sup>13</sup>

#### *Artikel 82 EG*

De tekst van artikel 82 luidt als volgt:

*'Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voor zover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.'*

<sup>13</sup> Zie uitgebreid over het kartelverbod en de uitzonderingen daarop onder meer Jones & Sufrin 2004, p. 101-252; Whish 2005, p. 79-174; Bellamy & Child 2001, § 2-001 t/m § 4-146.

Dit misbruik kan met name bestaan in:

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

Artikel 82 EG behelst aldus een verbod voor ondernemingen misbruik te maken van een machtspositie op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt. Artikel 82 kan worden toegepast door de Europese Commissie en door de nationale rechter, op grond van de directe werking van de verdragsbepaling.<sup>14</sup> De procedure kan worden ingeleid door een klacht of door een onderzoek dat ambtshalve door de Commissie is opgestart.<sup>15</sup> Een ontheffing van het verbod is niet mogelijk, maar ook niet noodzakelijk omdat gedrag dat eventueel in aanmerking zou komen voor een ontheffing geen misbruik op zal leveren en dus niet onder het verbod zal vallen. In dit verband wordt ook wel opgemerkt dat artikel 82 zijn eigen 'rule of reason' behelst.<sup>16</sup>

Artikel 82 EG is tevens de oorsprong van de zogeheten concentratiecontrole, de controle op fusies tussen ondernemingen. Inzake *Continental Can* oordeelde het HvJEG dat de overname van een onderneming onder omstandigheden misbruik van machtspositie op kan leveren.<sup>17</sup> Daarmee opende het Hof de deur voor de concentratiecontrole door de Commissie, die voor het eerst werd neergelegd in Verordening 4064/89.<sup>18</sup>

### § 1.1.2 Relatie tussen artikel 81 en 82 EG: overeenkomsten en verschillen

Samenloop tussen artikel 81 en 82 lijkt gezien de doelstellingen van de bepalingen niet direct voor de hand te liggen. Artikel 81 ziet immers op verboden afspraken *tussen ondernemingen*, terwijl artikel 82 bepaalde gedragingen van *een onderneming* met een bepaalde positie sanctioneert. Toch bestaan er belangrijke samenhangen.

<sup>14</sup> Uitvoerig over de competentieverdeling tussen de Commissie en de nationale rechter/mededingingsautoriteit: Bellamy & Child 2001, § 10-074 – § 10-086; Ritter, Braun & Rawlinson 2000, p. 65-74; Jones & Sufrin 2004, p. 1170-1174; Verordening 1/2003.

<sup>15</sup> Art. 3 Verordening 17/62; art. 7 Verordening 1/2003. Gerechtigd tot het indienen van een klacht zijn Lidstaten en natuurlijke of rechtspersonen die aantonen daarbij een redelijk belang te hebben (art. 3 lid 2 sub b Verordening 17/62; art. 7 lid 2 Verordening 1/2003, hoewel daar gesproken wordt van een 'rechtmatig' belang).

<sup>16</sup> Bellamy & Child 2001, p. 681.

<sup>17</sup> *Continental Can*, *supra*, § 20-27. Zie ook Whish 2003, p. 203 j° 795-796.

<sup>18</sup> Verordening van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 1990, L257/13.

Richtinggevend arrest inzake de verhouding tussen artikel 81 en 82 (toen nog 85 en 86) en hun grondslagen is het uit 1972 stammende *Continental Can*.<sup>19</sup> Het HvJEG deed in deze zaak belangrijke uitspraken over de verhouding tussen artikel 81 en artikel 82 EG alsmede over de grondslag van deze artikelen. Het Hof oordeelt onder meer: 'dat de artikelen 85 en 86 op verschillend niveau hetzelfde beogen, namelijk de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging binnen de gemeenschappelijke markt' en 'dat het immers, indien het ter omzeiling van de in artikel 81 vervatte verboden voldoende zou zijn om bij de afspraken een zodanige toenadering tussen de ondernemingen tot stand te brengen, dat zij aan de toepassing van dit artikel ontsnappen zonder binnen het bereik van artikel 86 te komen, geoorloofd zou worden in strijd met de grondbeginselen van de gemeenschappelijke markt een wezenlijk deel dier markt af te grendelen'.<sup>20</sup> Het concludeert: 'dat in ieder geval de artikelen 85 en 86 niet in onderling tegengestelde zin kunnen worden uitgelegd, daar zij dienen tot verwezenlijking van hetzelfde doel'.<sup>21</sup> Op basis van deze jurisprudentie van het HvJEG kan geconcludeerd worden dat het niet mogelijk is dat gedragingen die onder artikel 81 worden gesanctioneerd, rechtmatig te achten onder artikel 82 indien een onderneming door middel van deze gedragingen een zodanige machtspositie in gaat nemen dat elke vorm van mededinging wordt uitgeschakeld.

Artikel 81 en artikel 82 EG vertonen op bepaalde punten belangrijke begripsmatige gelijkenissen:

- de verboden gedragingen komen voor een groot deel overeen (met nadruk zij echter gesteld dat de opsommingen in artikel 81 en 82 niet limitatief zijn: alle overeenkomsten of afgestemde gedragingen die tot gevolg hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst en alle gedragingen die beschouwd kunnen worden als misbruik van een economische machtspositie vallen binnen het bereik van de bepalingen)<sup>22</sup>
- beide bepalingen stellen beïnvloeding van de tussenstaatse handel als vereiste voor inbreuk.

<sup>19</sup> HvJEG 21-2-1973, *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Continental Can*). In deze zaak ging het om de overname van een Nederlands bedrijf handelend in metalen verpakkingen door een Amerikaanse onderneming, die tevens een meerderheid in een Duits bedrijf met gelijksoortige activiteiten had. Het Nederlandse bedrijf was marktleider in de Benelux op het gebied van metalen verpakkingen, het Duitse in Duitsland. De Commissie beschouwde de fusie als een inbreuk op artikel 82. Hoewel ze van het Hof gelijk kreeg wat betreft de toepasselijkheid van artikel 82 op fusies en overnames door ondernemingen met een economische machtspositie (later verloor deze toepassing aan belang door de aanneming van de eerste Merger Regulation (Verordening nr. 4064/89 van de Raad van 21 december 1989 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen), verloor ze de procedure op grond van onzorgvuldigheid bij de marktafbakening.

<sup>20</sup> *Continental Can*, § 25. In dit verband is van belang op te merken dat bij een fusie art. 81 niet van toepassing kan zijn, omdat de ondernemingen geen economische onafhankelijke entiteiten (meer) zijn, en er dus ook geen sprake kan zijn van afspraken *tussen* ondernemingen.

<sup>21</sup> *Continental Can*, § 25.

<sup>22</sup> Goyder 1998, p. 370.

Sinds het arrest inzake *Continental Can* heeft het HvJEG meerdere malen bevestigd dat samenloop van artikel 81 en artikel 82 zeer goed mogelijk is. Deze samenloop zal met name aan de orde zijn in situaties waarin een onderneming met een machtspositie concurrentiebeperkende overeenkomsten sluit.<sup>23</sup>

Indien er sprake is van een gezamenlijke toepassing van artikel 81 en 82 dient de Commissie erop te letten dat ze niet de feiten die moeten leiden tot een inbreuk op artikel 81 'recyclet' teneinde een inbreuk op artikel 82 aan te tonen.<sup>24</sup> Andersom betekent het niet, dat indien een overeenkomst binnen het bereik van een groepsvrijstelling valt, artikel 82 automatisch *niet* van toepassing is.<sup>25</sup>

Naast bovengenoemde gelijkenissen zijn er ook belangrijke verschillen op te merken tussen de beide verdragsartikelen. Behalve de verschillen die bestaan in mogelijkheden tot ontheffing<sup>26</sup> is een belangrijk verschil tussen artikel 81 en 82 EG gelegen in de elementen die cruciaal zijn voor het aannemen van een inbreuk. Bij toepassing van artikel 81 EG is het voor de Commissie met name van belang om aan te tonen dat er een verboden afspraak of overeenkomst bestaat. Bij toepassing van artikel 82 daarentegen staan de gedragingen van de onderneming in kwestie en haar positie op de relevante markt centraal. Essentieel verschil is dan ook dat de marktafbakening in het kader van artikel 82 vooraf plaats dient te vinden, terwijl deze afbakening in artikel 81 gevallen veelal pas plaats vindt op het moment dat een verboden overeenkomst is vastgesteld. Marktbevestiging speelt bij artikel 81 van oudsher dan ook een minder grote rol dan in het kader van artikel 82.<sup>27</sup> Het komt bij de toepassing van artikel 82 EG dus zeer nauw de relevante markt op juiste wijze af te bakenen en de definities aangaande economische machtspositie en het misbruik daarvan correct in te vullen.

Een eventuele samenloop tussen artikel 81 EG en artikel 82 EG zal verder in deze dissertatie slechts nog aan de orde komen, indien specifiek van belang in het kader van de bespreking van artikel 82 en licentieweigeringen.

23 HvJEG 11-4-1989, Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro GmbH tegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren wettbewerbs e.v., zaak nr. 66/86, *Jur.* 1989, p. 803 (*Ahmed Saeed*), § 37 e.v.; HvJEG 13-7-1989, Ministère Public tegen Jean-Louis Tournier, zaak nr. 395/87, *Jur.* 1989, p. 2521 (*Tournier*); GEA 10-7-1990, Tetra Pak Rausing SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-51/89, *Jur.* 1990, p. II-309 (*Tetra Pak I*), § 28/29.

24 GEA 10-3-1992, Societa Italiana Vetro SpA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. T-68/89, 77/89 en 78/89, *Jur.* 1992, p. II-1403 (*Italian Flatglass*), § 360.

25 *Tetra Pak I*, *supra*, § 28/29.

26 Een mogelijkheid tot ontheffing vergelijkbaar met art. 81 lid 3 bestaat uiteraard niet binnen het stelsel van art. 82: ontheffing van misbruik is onmogelijk. Om die reden zijn ook groepsvrijstellingen alleen van toepassing binnen het kader van artikel 81.

27 Bishop & Walker 2002, § 5.67.

### § 1.1.3 Kernbegrippen

Zoals in de Inleiding is uiteengezet staat in deze dissertatie de vraag centraal onder welke voorwaarden het weigeren van een licentie misbruik van machtspositie op kan leveren. Om deze vraag te kunnen beantwoorden dient allereerst de werking van het Europese verbod op misbruik van machtspositie uiteen te worden gezet. Dit gebeurt aan de hand van een aantal kernbegrippen uit artikel 82 EG. In de literatuur worden doorgaans als kernbegrippen benoemd de elementen 'één of meer ondernemingen', 'machtspositie', 'misbruik', 'gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan' en 'beïnvloeding van de tussenstaatse handel'.<sup>28</sup> Hieraan is invulling gegeven in de jurisprudentie van het GEA en het HvJEG en in bekendmakingen van de Commissie. In dit proefschrift staan alleen 'machtspositie' (inclusief de afbakening van de relevante markt) en 'misbruik' centraal, aangezien deze elementen van fundamenteel belang zijn in het spanningsveld tussen intellectueel eigendom en mededinging bij de beoordeling van licentieweigeringen.

De onderdelen 'één of meer ondernemingen', 'gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan' en 'beïnvloeding van de tussenstaatse handel' worden niet in detail behandeld, maar hieronder kort besproken. Het ondernemingsbegrip is uitgewerkt in de jurisprudentie in het kader van artikel 81, welke uitwerking op dezelfde wijze toegepast wordt bij beoordelingen onder artikel 82.<sup>29</sup> De laatste twee vereisten hebben als doel het begrenzen van gemeenschapsjurisdictie en het scheiden van gemeenschapsbelangen en nationale belangen. Als het gaat om ondernemingen die louter een dominante rol vervullen op de nationale markt en waarvan de gedragingen geen effect hebben op het tussenstaatse handelsverkeer, is er geen gevaar voor het functioneren van de interne markt en kan eventueel het nationale mededingingsrecht toegepast worden.

#### *Eén of meer ondernemingen*

Het begrip 'onderneming' heeft in artikel 81 en artikel 82 dezelfde betekenis. 'Onderneming' wordt ruim geïnterpreteerd: alle entiteiten die een economische activiteit uitoefenen, ongeacht hun rechtsvorm en de wijze waarop zij worden gefinancierd, vallen onder de definitie.<sup>30</sup> Dat betekent onder meer, dat het voor de vraag of een bepaalde entiteit aan te merken valt als een onderneming niet van belang is of er sprake is van een winsttoegmerk, of dat het een overheidsorgaan betreft. Van essentieel belang voor de vraag of er sprake is van een onderneming is daarentegen de *activiteit* die wordt uitgeoefend: is deze van economische aard dan is er sprake

<sup>28</sup> Zie o.m. Jones & Sufrin 2004, p. 255.

<sup>29</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 107; p. 258. Zie verder *Italian Flatglass*, *supra*, § 358: 'Naar het oordeel van het Gerecht is er geen juridische of economische reden om aan te nemen, dat de term 'onderneming' in artikel 86 een andere betekenis heeft dan die er in het kader van artikel 85 aan is toegekend'.

<sup>30</sup> HvJEG 23-4-1991, Klaus Höfner en Fritz Elser tegen Macrotron GmbH, zaak nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979, § 21 (*Höfner & Elser*). Zie ook: Jones & Sufrin 2004, p. 107-127; Bellamy & Child 2001, § 2-003 – § 2-014.

van een onderneming in de zin van artikel 81 dan wel artikel 82 EG.<sup>31</sup> Van dochterondernemingen die deel uitmaken van een concern wordt aangenomen dat zij, indien zij de voor het ondernemersbegrip vereiste zelfstandigheid ontberen, niet voldoen aan de definitie en derhalve niet (los van het concern als geheel) als onderneming aangemerkt kunnen worden.<sup>32</sup>

Uit de tekst van artikel 82 EG blijkt dat het verbod niet alleen geldt indien de machtspositie wordt ingenomen door een enkele onderneming, maar ook indien sprake is van een zogenaamde collectieve machtspositie.<sup>33</sup> Hiervan is sprake als de betreffende ondernemingen ten gevolge van bestaande economische banden in staat zijn of gestimuleerd worden tot het afstemmen van hun gedrag op de relevante markt.<sup>34</sup>

Het concept collectieve machtspositie onderscheidt zich als zodanig niet van een enkelvoudige machtspositie – althans niet in die zin dat de invulling van het begrip machtspositie ('de positie die een onderneming in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging in de relevante markt te verhinderen doordat zij sterk genoeg is zich in belangrijke mate onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en uiteindelijk de consumenten te gedragen'<sup>35</sup>), of van de gedragingen die resulteren in het misbruik daarvan, verschilt. Het bezit van intellectueel eigen-

31 Zo zijn onder meer gekwalificeerd als onderneming: zelfstandig ondernemers, sportorganisaties, handelsassociaties, operazangers en de Nederlandse Orde van Advocaten.

32 Inzake *Centrafarm/Sterling Drug* is bepaald dat artikel 81 EG niet van toepassing is indien de betreffende moeder- en dochteronderneming een economische eenheid vormen, waarin de dochteronderneming haar optreden op de markt niet werkelijk zelfstandig kan bepalen, en indien de overeenkomsten en gedragingen die in het geding zijn een interne taakverdeling ten doel hebben (*Centrafarm BV en Adriaan de Peijper tegen Sterling Drug Inc.*, zaak nr. 15/74, *Jur.* 1974, p. 1183, § 8). Of dit in een bepaalde situatie aan de orde is, hangt af van een aantal factoren: zie Jones & Sufrin 2004, p. 125. Het HvJEG bevestigt in *Vibo Europe* dat een concern met een aantal 100% dochterondernemingen beschouwd moet worden als een economische eenheid waarbinnen de dochtermaatschappijen over geen enkele zelfstandigheid beschikken (*Vibo Europe BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. C-73/95P, *Jur.* 1996, p. I-5457).

33 Aanvankelijk werd aangenomen dat de zinsnede 'één of meer ondernemingen' betrekking had op de mogelijkheid het gedrag van verschillende entiteiten binnen een concern in aanmerking te nemen bij de vraag of er sprake was van misbruik. Deze benadering impliceert echter dat het begrip onderneming in de context van artikel 82 niet dezelfde inhoud heeft als in de context van artikel 81, aangezien onderdelen van een concern daar juist *niet* aangemerkt worden als een afzonderlijke onderneming (zie hierboven). Zij is daarom verlaten en heeft plaats gemaakt voor de opvatting dat artikel 82 ziet op het gedrag van een enkele onderneming, waarbij dit begrip dezelfde inhoud heeft als in artikel 81, en van een aantal economisch onafhankelijke ondernemingen die gezamenlijk een machtspositie innemen. Jones & Sufrin 2004, p. 259-260.

34 (O.m.) HvJEG 27-4-1994, *Gemeente Almelo en anderen tegen NV Energiebedrijf Ijsselmij*, zaak nr. C-393/92, *Jur.* 1994, p. I-1477; HvJEG 16-3-2000, *Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96P)*, *Compagnie maritime belge SA en Dafra-Lines A/S tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. C-395- en 396/96P, *Jur.* 2000, p. I-1365 (*Compagnie maritime belge*). Aangenomen wordt dat ook de beschikkingen van de Commissie en arresten van het HvJEG genomen in het kader van het concentratietoezicht relevant zijn voor de invulling van het concept collectieve machtspositie, hoewel het Hof dit nooit expliciet bevestigd heeft. Jones & Sufrin 2004, p. 831-836.

35 HvJEG 14-2-1978, *United Brands Company en United Brands Continentaal BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 27/76, *Jur.* 1978, p. 207, § 65 (*United Brands*). Zie voorts ook § 1.2.



dom of het uitoefenen van de exclusieve rechten die daaruit voortvloeien speelt daarom in dit verband geen andere rol dan in de context van een enkelvoudige machtspositie en een eventueel misbruik daarvan. Om die reden wordt niet verder ingegaan op het onderwerp collectieve machtspositie.

*Gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan*

Dit onderdeel hangt nauw samen met de omvang van de relevante geografische markt.<sup>36</sup> Echter, bij het bepalen of een gebied een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt omvat spelen niet alleen territoriale factoren een rol. Met name de structuur en de omvang van de productie, alsmede de consumptie van het in het geding zijnde product zijn van belang, naast de gewoonten en economische mogelijkheden van de kopers en verkopers.<sup>37</sup> Anders gezegd: om vast te kunnen stellen of de geografische markt een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt omvat, moet binnen die geografische markt gekeken worden naar de productmarkt.<sup>38</sup> Hierbij kan de omvang van de productie in relatie tot de totale productie in de Gemeenschap in oogschouw genomen worden.<sup>39</sup>

Voorbeelden: het territorium van een enkele Lidstaat kan een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt behelzen,<sup>40</sup> evenals een deelgebied binnen een Lidstaat.<sup>41</sup> Ook (lucht)havens zijn door de Commissie wel aangemerkt als wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt.<sup>42</sup>

*Beïnvloeding van de tussenstaatse handel*

Dit vereiste heeft dezelfde betekenis als in artikel 81 EG. Het geeft de grens aan tussen nationale- en gemeenschapsjurisdictie.<sup>43</sup>

Het begrip 'handel' dient ruim opgevat te worden: het omvat alle economische activiteit die betrekking heeft op goederen en/of diensten.<sup>44</sup>

Beïnvloeding van de tussenstaatse handel kan zowel plaatsvinden door een verandering in het handelsverkeer als door een verandering in de concurrentiestructuur.

<sup>36</sup> Faull & Nikpay 1999, § 3.112. Zie voorts § 1.2.3 van deze dissertatie.

<sup>37</sup> HvJEG 16-12-1975, Coöperatieve vereniging 'Suiker Unie' UA en anderen tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 40/73, *Jur.* 1975, p. 1663 (*Suiker Unie*), § 371.

<sup>38</sup> Bellamy & Child 2001, § 9-038.

<sup>39</sup> Zie o.a. *Suiker Unie*, § 373-375.

<sup>40</sup> HvJEG 11-11-1986, British Lelyland Public Limited Company tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 226/84, *Jur.* 1986, p. 3263 (*British Lelyland*), HvJEG 27-3-1974, Belgische Radio en Televisie tegen SV SABAM en NV Fonior, zaak nr. 127/73, *Jur.* 1974, p. 313 (*BRT/SABAM*).

<sup>41</sup> HvJEG 31-5-1979, Hugin kassaregister AB en Hugin Cash Register Ltd tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 22/78, *Jur.* 1979, p. 1869 (*Hugin*); analoog aan § 19.

<sup>42</sup> PbEG 1994, L 55/52 (*Port of Rødby*), *Commission's XXIIe Report on Competition Policy* 1992, punt 219 (*Sealink/B&I Holyhead*), *Merci convenzionale porto di Genova*, zaak nr. C-179/90, *Jur.* 1991, p. I-5889 (*Port of Genoa*), PbEG 1995, L 216/8 (*Brussels Airport*), PbEG 1992, L 96/34 (*British Midland/Aer Lingus*).

<sup>43</sup> Bellamy & Child 2001, § 2-128.

<sup>44</sup> Bellamy & Child 2001, § 2-130.

Een overeenkomst heeft invloed op de tussenstaatse handel indien deze 'met een voldoende mate van waarschijnlijkheid moet doen verwachten dat zij, al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, op het ruilverkeer tussen Lidstaten een zodanige invloed kan uitoefenen, dat de verwezenlijking van de doelstellingen van een gemeenschappelijke markt tussen de Lidstaten wordt geschaad.'<sup>45</sup> Aan dit criterium is voldaan indien het handelsverkeer zich door toedoen van de betreffende overeenkomst anders ontwikkelt (of zou *kunnen* ontwikkelen<sup>46</sup>) dan het zou hebben gedaan zonder het bestaan hiervan.<sup>47</sup> Overeenkomsten die het gehele territorium van een enkele Lidstaat bestrijken hebben niet automatisch effect op de tussenstaatse handel.<sup>48</sup> Eerder werd dit, naar aanleiding van jurisprudentie van HvJEG,<sup>49</sup> wèl aangenomen vanwege de afscheiding van nationale markten die dergelijke overeenkomsten met zich kunnen meebrengen. De Commissie geeft in haar Richtsnoeren betreffende de interpretatie van het begrip 'beïnvloeding van de handel' verdere aanwijzingen om in een specifieke situatie te kunnen beoordelen of een bepaalde overeenkomst of gedraging de handel tussen de Lidstaten beïnvloedt.<sup>50</sup> Indien een overeenkomst juist een *toename* van het handelsverkeer tot gevolg heeft, betekent dit niet per definitie dat niet voldaan wordt aan de vereiste beïnvloeding van de handel tussen Lidstaten. Niettemin is in een aantal vertalingen van de Verdragstekst (zie ook de Nederlandse vertaling van artikel 82 hierboven) te lezen dat de invloed op het handelsverkeer een *nadelige* dient te zijn. Dat ook positieve veranderingen in het handelsverkeer binnen het bereik van de mededingingsregels vallen is echter conform de visie van het HvJEG, dat de doelstelling van de mededingingsregels het waarborgen van een vrije concurrentie is, en niet louter het bevorderen van het handelsverkeer omvat.<sup>51</sup>

45 HvJEG 11-7-1985, Remia B.V., F.A. de Rooij en N.V. Verenigde Bedrijven Nutricia tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 42/84, *Jur.* 1985, p. 2545, § 22 (*Remia*). De formulering werd door het HvJEG voor het eerst gehanteerd in het arrest *Société Technique Minière* (zaak nr. 56/65, *Jur.* 1966, p. 337).

46 Niet vereist is, dat de handel tussen Lidstaten ook daadwerkelijk beïnvloed wordt: het is afdoende indien de betreffende overeenkomst mogelijk een dergelijk effect zou kunnen sorteren (zaak nr. C-219/95P, *Jur.* 1997, p. I-4411, § 19 (*Ferriere Nord*); meer specifiek voor artikel 82: zaak nr. 322/81, *Jur.* 1983, p. 3461, § 104 (*Michelin*)).

47 Bellamy & Child 2001, § 2-131.

48 HvJEG 21-1-1999, Carlo Bagnasco tegen Banca Popolare di Novara en Casa di Risparmio di Genova e Imperia, gevoegde zaken nrs. C-215 en C-216/96, *Jur.* 1999, p. I-135, § 47-53 (*Bagnasco*). Zie ook: *Hugin, supra*, § 15-26.

49 HvJEG 17-10-1972, Vereniging van Cementhandelaren tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 8/72, *Jur.* 1972, p. 977 (*Cementhandelaren*).

50 Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2004, C 101/07.

51 HvJEG 13-7-1966, Etablissements Consten SA en Grundig-Verkaufs-GmbH tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 56 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 299 (*Consten & Grundig*).

Beïnvloeding van handel tussen Lidstaten vindt zodoende plaats bij mutaties in het handelsverkeer, doch eveneens indien de concurrentiestructuur gewijzigd wordt.<sup>52</sup> Ook als een gedraging slechts een enkele Lidstaat of zelfs een deel daarvan bestrijkt, kan beïnvloeding van de interstatelijke handel worden aangenomen.<sup>53</sup> Uitzondering in deze was de situatie in het arrest *Hugin*, waarin het HvJEG oordeelde dat een leveringsweigering geen invloed had op het handelsverkeer. Weliswaar was verzocht om levering bij dochters van de betreffende onderneming in de Europese Gemeenschap, doch dit had slechts plaatsgevonden omdat de moedermaatschappij, gevestigd buiten de Gemeenschap (Zweden; toentertijd geen lid) geen levering buiten het distributienet toestond. Deze verzoeken golden zodoende niet als aanwijzing voor het bestaan van normaal, daadwerkelijk of potentieel handelsverkeer tussen de Lidstaten, en de voor de toepassing van artikel 82 vereiste beïnvloeding van de tussenstaatse handel was dan ook niet gegeven.<sup>54</sup>

In de literatuur wordt wel betoogd dat hoewel een beïnvloeding van de tussenstaatse handel door aantasting van de concurrentiestructuur meestal voor zal komen in artikel 82 situaties, de toepassing ervan in het kader van artikel 81 niet uitgesloten dient te worden.<sup>55</sup>

## § 1.2 Machtspositie op de relevante markt

### § 1.2.1 Machtspositie, relevante markt en samenhang

Het begrip machtspositie is door het HvJEG gedefinieerd als 'een economische machtspositie welke een 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>56</sup> Bedoelde onafhankelijkheid kan zich manifesteren door een aanzienlijk marktaandeel op de relevante markt, maar kan tevens blijken uit een aantal andere factoren. Deze worden in § 1.2.5 besproken.

<sup>52</sup> HvJEG 6-3-1974, *Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. en Commercial Solvents Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. 6 en 7/73, *Jur.* 1974, p. 223, § 33 (*Commercial Solvents*) en HvJEG 14-2-1978, *United Brands Company en United Brands Continentaal BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 27/76, *Jur.* 1978, p. 207, § 201 (*United Brands*).

<sup>53</sup> Richtsnoeren betreffende het begrip 'beïnvloeding van de handel' in de artikelen 81 en 82 van het Verdrag, *PbEG* 2004, C 101/07, § 77 e.v..

<sup>54</sup> *Hugin*, *supra*, § 24-26.

<sup>55</sup> Faull & Nikpay 1999, § 2.114; Bellamy & Child 2001, § 2-133. Genoemde situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen in gevallen waarin een overeenkomst aangaande een joint venture, die onder het verbod van artikel 81 valt, effect heeft op de mededingingsstructuur.

<sup>56</sup> HvJEG 13-2-1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 85/76, *Jur.* 1979, p. 461, § 38. Zie ook: *United Brands*, *supra*, § 65; *Michelin*, *supra*, § 30; HvJEG 3-10-1985, *SA Centre belge d'études de marché – télémarketing tegen SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) en SA Information publicité Benelux (IPB)*, zaak nr. 311/84, *Jur.* 1985, p. 3261, § 16 (*Télémarketing*).

In de (rechts)economische literatuur wordt wel betoogd dat een onderneming zich in feite nooit onafhankelijk van afnemers en consumenten kan gedragen, en maar tot op zekere hoogte onafhankelijk van haar concurrenten. De door het HvJEG vereiste onafhankelijkheid zou erin bestaan dat de betreffende onderneming haar prijzen hoger kan vaststellen dan een onderneming zonder machtspositie.<sup>57</sup>

In *Continental Can*<sup>58</sup> benadrukte het Hof dat een machtspositie alleen kan bestaan in relatie tot een bepaalde markt, en niet in abstracto.<sup>59</sup> Teneinde te kunnen bepalen of een onderneming een machtspositie inneemt, dient dan ook *voorafgaand* aan een eventuele vaststelling daarvan de relevante markt afgebakend te worden.<sup>60</sup> De relevante markt wordt bepaald aan de hand van de relevante productmarkt (zie § 1.2.2.) en de relevante geografische markt (zie § 1.2.3). Wanneer de relevante product- en geografische markt vastgesteld zijn, kan aan de hand van een analyse van het marktaandeel en de overige concurrentievoorwaarden worden bepaald of de onderneming in kwestie ook daadwerkelijk een machtspositie bezit. De markt-afbakening en het bepalen van de positie van de onderneming zijn twee verschillende fasen van de toetsing aan artikel 82 EG, maar zijn soms moeilijk te onderscheiden. Moeten bijvoorbeeld de mogelijkheden voor een concurrerende onderneming om over te schakelen op het produceren van een ander product worden meegewogen bij het beoordelen van de (eventuele) machtspositie of bij de vaststelling van de relevante markt (zodat deze ook het alternatieve product omvat)? Het maken van een onderscheid tussen de verschillende fasen is echter niet zonder belang. Immers, hoe kleiner de markt, hoe waarschijnlijker dat de onderneming in kwestie een machtspositie inneemt en vice versa.

Daarnaast wordt in de literatuur betoogd dat ook het vaststellen van de machtspositie en het misbruikoordeel door elkaar kunnen lopen: als naar aanleiding van het gedrag van een onderneming wordt geconcludeerd dat deze een machtspositie inneemt, en ditzelfde gedrag vervolgens misbruik daarvan oplevert, moet voorzichtigheid betracht worden in verband met het gevaar van het toepassen van cirkelredeneringen.<sup>61</sup>

57 Azevedo & Walker 2002, p. 364.

58 HvJEG 6-3-1974, Europemballage Corporation en Continental Can Company Inc. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Continental Can*).

59 *Continental Can*, § 32.

60 Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid en anderen tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-29/92, *Jur.* 1995, P. II-295, § 74 (VSPO). In genoemde overweging geeft het GEA overigens tevens aan dat de markt-afbakening in het kader van de toepassing van artikel 82 EG een andere rol speelt dan die in het kader van de toepassing van artikel 81 EG. Daar is de markt-afbakening met name van belang met betrekking tot de *de minimis* regel en de toepasselijkheid van groepsvrijstellingen.

61 Jones & Sufrin 2004, p. 364.

### § 1.2.2 Relevante productmarkt

De relevante productmarkt omvat 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>62</sup> Het HvJEG benadrukte reeds in 1979 inzake *Hoffmann-La Roche* dat de mate van verwisselbaarheid van essentieel belang is bij het bepalen van de relevante markt: 'de term 'betrokken markt' (relevant market) houdt in, dat het tussen de van die markt deel uitmakende producten tot daadwerkelijke mededinging kan komen, hetgeen medebrengt dat alle producten die deel van eenzelfde markt uitmaken, elkander voor eenzelfde gebruik in voldoende mate kunnen substitueren'.<sup>63</sup> Om de mate van verwisselbaarheid vast te stellen kunnen verschillende economische instrumenten worden gebruikt, zoals bijvoorbeeld het meten van de kruislingse prijselasticiteit van twee producten.<sup>64</sup>

Een afbakening van de relevante markt dient te geschieden bij de toepassing van zowel artikel 81 EG als artikel 82 EG, daarbij inbegrepen de concentratiecontrole. Het is een complex proces waarvan de eindresultaten niettemin van essentieel belang zijn voor het verdere verloop van het onderzoek naar een overtreding van de mededingingsregels. Een nauwe marktafbakening leidt immers snel tot een dominante positie of een marktaandeel dat boven de drempel van een groepsvrijstelling uitkomt, terwijl een brede definitie van de betrokken markt dergelijke consequenties niet zal hebben. De Europese Commissie is vaak sterk bekritiseerd om haar marktafbakening, met name in toonaangevende artikel 82 procedures zoals bijvoorbeeld *United Brands*,<sup>65</sup> *Hoffmann-La Roche*,<sup>66</sup> *Michelin*,<sup>67</sup> *Hilti*<sup>68</sup> en *Magill*.<sup>69</sup>

<sup>62</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5, § 7.

<sup>63</sup> *Hoffmann-La Roche*, *supra*, § 28.

<sup>64</sup> De kruislingse prijselasticiteit van de vraag meet in hoeverre de vraag naar product A toeneemt als de prijs van product B stijgt. Zij is positief indien een prijsverhoging van product B leidt tot een toename van de vraag naar A, hetgeen inhoudt dat A en B substitueerbare producten zijn (bv frisdrank en limonadesiroop). Zij is negatief als we te maken hebben met complementaire producten (bv ski's en skischoenen). De kruislingse prijselasticiteit van de vraag A-B is niet per definitie dezelfde als die van B-A.

<sup>65</sup> Beschikking van de Commissie van 17 december 1975 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag (IV/26.699 – Chiquita), *PbEG* 1976, L95/1.

<sup>66</sup> Beschikking van de Commissie van 9 juni 1976 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (IV/29.020 – Vitaminen), *PbEG* 1976, L223/27.

<sup>67</sup> Beschikking van de Commissie van 7 oktober 1981 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/29.491 – Bandengroothandel Frieschebrug B.V. / N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin), *PbEG* 1981, L353/33.

<sup>68</sup> Beschikking van de Commissie van 22 december 1987 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/30.787 en 31.488 – Eurofix- Bauco/Hilti), *PbEG* 1998, L65/19.

<sup>69</sup> Beschikking van de Commissie van 21 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.851 – Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE), *PbEG* 1989 L78/43. Jones & Sufrin 2004, p. 51-66; p. 299-326.

Door middel van haar Bekendmaking inzake de Bepaling van de Relevante Markt<sup>70</sup> uit 1997 heeft de Commissie ondernemingen inzicht willen verschaffen in haar wijze van marktafbakening. Dit is ten dele geslaagd; het proces van marktafbakening blijft tot op zekere hoogte arbitrair,<sup>71</sup> en op sommige punten blijkt de Commissie in de praktijk af te wijken van haar richtlijnen uit de Bekendmaking.<sup>72</sup> De Bekendmaking is geen wetgeving als zodanig en heeft derhalve geen bindend karakter, maar wordt desondanks als de belangrijkste leidraad op dit terrein beschouwd. Ook de NMa hanteert haar als richtsnoer.<sup>73</sup> Hieronder worden de belangrijkste punten uit de Bekendmaking in detail besproken.

Het belangrijkste instrument voor vaststelling van de relevante productmarkt is de substitueerbaarheid aan de *vraagzijde*, dat wil zeggen in hoeverre de consumenten, als actoren aan de vraagzijde, bepaalde producten en/of diensten als onderling uitwisselbaar beschouwen.

Ook substitueerbaarheid aan de aanbodzijde (indien een andere aanbieder op korte termijn kan overgaan tot het produceren van relevante substitutiegoederen of – diensten maken zijn producten onderdeel uit van de relevante markt) kan in overweging worden genomen, maar speelt in de praktijk doorgaans een minder grote rol vanwege de tijd die het een producent veelal kost om over te schakelen op een ander productieproces. Deze vorm van substitueerbaarheid kan volgens de Bekendmaking inzake de Relevante Markt desondanks in bepaalde gevallen van belang kan zijn bij het bepalen van de relevante markt, namelijk wanneer de gevolgen ervan in doelmatigheid en directheid vergelijkbaar zijn met die van de substitueerbaarheid aan de vraagzijde.<sup>74</sup> Vergelijkbaarheid is aan de orde indien de aanbieder over kan schakelen op de productie van een relevant product en dit op korte termijn<sup>75</sup> op de markt kan brengen, zonder aanzienlijke bijkomende kosten te maken of risico's te lopen bij kleine doch permanente prijswijzigingen.<sup>76</sup> Inzake *Continental Can* tikte het HvJEG de Commissie op de

70 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5, § 7.

71 Vgl. O'Donoghue & Padilla 2006, p. 68.

72 Met name hecht zij in de praktijk veel belang aan productkenmerken, terwijl in § 36 van de Bekendmaking gesteld wordt dat deze niet van doorslaggevend belang kunnen zijn bij de marktbeoordeling. Zie ook verderop in deze paragraaf. Overigens lijkt de inhoud van § 36 op zichzelf reeds tegenstrijdig te zijn aan § 7 van de Bekendmaking, die immers stelt dat een relevante productmarkt alle producten en/of diensten omvat die *op grond van hun kenmerken* door de consument als substitueerbaar worden beschouwd (curs. SvL).

73 Jaarverslag NMa 1998, [www.nmanet.nl/Images/11\\_19533\\_tcm16-74505.pdf](http://www.nmanet.nl/Images/11_19533_tcm16-74505.pdf), p. 18/19: 'Bij de afbakening van de relevante markt vormt de Bekendmaking van de Europese Commissie inzake de bepaling van de relevante markten voor het gemeenschappelijk mededingingsrecht een uitgangspunt, zonder dat overigens sprake is van een ijzeren regel'. Vgl. de Memorie van Toelichting bij de Mededingingswet, *Kamerstukken II* 1995/1996, 24 707, nr. 3, p. 9/10, p. 25, waarin het EG-recht als oriëntatiepunt voor de uitleg van de Nederlandse Mededingingswet geldt.

74 Bekendmaking inzake de relevante markt, § 20.

75 Bij de beoordeling van concentraties beschouwt de Commissie als 'korte termijn' een periode van 1 jaar of korter: Bellamy & Child 2001, § 6-109.

76 Bekendmaking inzake de relevante markt, § 20.

vingers omdat zij geen rekening had gehouden met de mogelijkheden voor andere producenten om over te schakelen op de productie van licht metalen verpakkingen.<sup>77</sup>

De Europese Commissie hanteert verschillende methoden om substitueerbaarheid aan de vraagzijde te meten. De belangrijkste graadmeter is daarbij in hoeverre gereageerd wordt op een kleine, duurzame wijziging van de betrokken prijzen.<sup>78</sup> Deze hypothetische toets wordt wel aangeduid als de SSNIP-test,<sup>79</sup> en werkt als volgt. Men neemt een marginale prijsverhoging van 5 tot 10 % aan voor product A, en kijkt dan tot in hoeverre de consument overgaat tot aankoop van product B of aankoop van product A uit een andere regio. Switcht de consument naar product B of product A uit de andere regio, dan maken deze deel uit van dezelfde markt als product A.

Naast de hypothetische SSNIP test baseert de Commissie zich bij de marktafbakening tevens op andere factoren die naar haar inzicht een concreet bewijs vormen van het bestaan van substitueerbaarheid. Zij geeft in haar Bekendmaking inzake de relevante markt uit 1997 aan welke factoren zij in het algemeen van belang acht.<sup>80</sup>

- Bewijs van substitutie in een recent verleden (door recente gebeurtenissen of schokken op de markt). Hierbij moet gedacht worden aan een bewezen reactie op prijswijzigingen of de invoer van nieuwe producten indien daarbij vastgesteld kan worden welke producten marktaandeel hebben verloren aan het nieuwe product.<sup>81</sup> Methoden die gebruikt worden voor het bewijs van substitutie in een recent verleden zijn (onder andere) schattingen van de elasticiteit en kruislingse prijselasticiteit. Bewijs van substitutie in een recent verleden is van zwaarwegend belang bij de marktafbakening;<sup>82</sup>
- Standpunten van afnemers en concurrenten. De Commissie neemt indien noodzakelijk contact op met bestaande afnemers en concurrenten van de betreffende onderneming, en vraagt hun mening naar de consequenties van een lichte prijsstijging in het betrokken geografische gebied.<sup>83</sup> Het voor de hand liggende

<sup>77</sup> *Continental Can, supra*, § 33. Men kan zich echter wel afvragen in welk stadium de potentiële concurrentie van andere producenten via substitueerbaarheid aan de aanbodzijde moet worden meegewogen: bij de bepaling van de relevante markt of bij de bepaling van de positie van de betreffende onderneming op die markt. Zie ook de opmerking hieromtrent in § 1.2.1.

<sup>78</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 15-18.

<sup>79</sup> Small but Significant Non-transitory Increase in Price. Zie de bekendmaking inzake de relevante markt, § 15 t/m 19. De SSNIP test wordt ook wel de 'hypothetical monopolist test' genoemd, naar zijn oorsprong in de US horizontal merger Guidelines (Department of Justice & Federal Trade Commission: <http://www.ftc.gov/bc/docs/horizmer.htm>) uit 1992: 'a market is defined as a group of products and a geographic area in which it is produced or sold such that a hypothetical profit-maximising firm, not subject to price regulation, that was the only present and future producer or seller of those products in that area likely would impose at least a 'small but significant and nontransitory' increase in price, assuming the terms of sale of all other products are held constant'. Zie ook Bishop & Walker 2002, § 4.08.

<sup>80</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 25-52.

<sup>81</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 38.

<sup>82</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 38.

<sup>83</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 40.

probleem bij het hanteren van deze methode is de vertaling van een hypothetische prijsstijging naar de praktijk. De Commissie erkent dit probleem in de Bekendmaking, en geeft aan dat genoemde standpunten slechts in aanmerking worden genomen indien zij door voldoende feitelijke gegevens worden onderbouwd,<sup>84</sup>

- Consumentenvoorkeur. Teneinde de voorkeur van de consument te bepalen maakt de Commissie wel gebruik van (bestaande) marketingstudies, –campagnes en consumentenonderzoeken,<sup>85</sup>
- Obstakels bij overschakeling van de vraag naar potentiële vervangingsproducten. Hierbij valt te denken aan overheidsmaatregelen, beperkingen op afgeleide markten, specifieke investeringen in het productieproces, opleiding en investering in menselijk kapitaal en vele andere factoren die een product dat op het eerste gezicht voldoet als substituut toch tot een andere productmarkt kunnen doen behoren,<sup>86</sup>
- Verschillende categorieën afnemers en prijsdiscriminatie. De relevante productmarkt kan beperkt worden tot een bepaalde groep afnemers indien deze groep aan prijsdiscriminatie onderworpen kan worden.<sup>87</sup> De Bekendmaking stelt dat dit het geval is als aan de volgende twee voorwaarden is voldaan:
  - bij de verkoop van het product in kwestie, kan duidelijk worden onderscheiden tot welke groep een bepaalde afnemer behoort;
  - handel tussen afnemers onderling of met een derde is niet mogelijk.<sup>88</sup>

De Commissie geeft in haar Bekendmaking aan, dat de kenmerken van een product en het gebruik waarvoor het is bestemd wel van belang kunnen zijn bij de afbakening van het onderzoeksveld aangaande substitueerbare producten, maar bij de uiteindelijke marktafbakening niet volstaan als criteria. Bewijs van functionele verwisselbaarheid en/of gelijkaardigheid van productkenmerken is onvoldoende omdat de gevoeligheid van afnemers voor prijswijzigingen ook door andere overwegingen dan door producteigenschappen ingegeven kan zijn.<sup>89</sup> Andersom duiden verschillen in productkenmerken niet per definitie op uitsluiting van substitueer-

<sup>84</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 40.

<sup>85</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 41. De Bekendmaking stelt dat bij *ad hoc* uitgevoerde consumentenonderzoeken de methoden zorgvuldig onder de loep genomen worden omdat deze onderzoeken niet worden uitgevoerd in een 'normale' bedrijfscontext.

<sup>86</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 42.

<sup>87</sup> Zie ook: Ritter, Braun & Rawlinson 2000, p. 30.

<sup>88</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 43.

<sup>89</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 36. Als voorbeeld noemt de Commissie voor de bouw van auto's bestemde onderdelen en reserveonderdelen: deze producten hebben weliswaar dezelfde eigenschappen, maar er zullen wellicht toch verschillende markten moeten worden onderscheiden omdat er een verschil in concurrentiedwang kan bestaan. Andersom geldt het uiteraard ook dat verschillen in productkenmerken niet voldoende zijn om aan te nemen dat er *geen* sprake is van substitueerbaarheid (§ 36; laatste zin). Indien wèl de nadruk wordt gelegd op verschillen in productkenmerken kan dit leiden tot een (te) nauwe marktafbakening: Jones & Sufrin 2004, p. 308. De beschikkingen waarin de Commissie nota bene zelf het laatstgenoemde uitgangspunt niet in acht neemt, zijn wat betreft de marktafbakening het meest onderhevig geweest aan kritiek.



baarheid aangezien daarmee niets is gezegd over de waarde die afnemers aan bepaalde kenmerken hechten.<sup>90</sup>

Uit de beschikkingen van de Commissie en de jurisprudentie van het HvJEG blijkt echter dat productkenmerken in sommige gevallen wel degelijk van doorslaggevend belang worden geacht bij het bepalen van de relevante markt. In *United Brands* en *Michelin* bijvoorbeeld bevestigt het Hof een afbakening van de relevante productmarkt door de Commissie waarbij producteigenschappen een essentiële rol spelen. In *United Brands* oordeelde de Commissie dat de bananenmarkt een afzonderlijke markt vormt en geen onderdeel uitmaakt van de markt voor vers fruit, omdat de banaan voorziet in een specifieke behoefte van een groep consumenten, namelijk ouderen, zieken en jonge kinderen, vanwege zijn uiterlijk, smaak, zachtheid en pitloosheid.<sup>91</sup>

In *Michelin* werden een markt voor nieuwe reservebanden en tweedehands reservebanden onderscheiden, omdat deze laatste minder geliefd zouden zijn bij de afnemer vanwege de eventuele veiligheids- en betrouwbaarheidsrisico's.<sup>92</sup>

Bovenstaande uitspraken ondervonden op grond van deze marktafbakening kritiek: dat een product voorziet in de specifieke behoefte van een selecte groep consumenten (*United Brands*) betekent niet dat het overige deel van de consumenten wellicht wèl zal reageren op prijsveranderingen en dat de betreffende onderneming daar dus rekening mee zal moeten houden. Voor *Michelin* geldt hetzelfde: de onderneming houdt in haar prijsbeleid met betrekking tot nieuwe reservebanden zeer waarschijnlijk wel rekening met de klanten die zij eventueel zou kunnen verliezen aan fabrikanten van tweedehands reservebanden.<sup>93</sup> Oudere beschikkingen van de Commissie zoals bovengenoemde zijn wel bekritiseerd om het 'terugredeneren' vanuit een misbruikelijke gedraging, waarbij het aspect marktafbakening een ondergeschikte rol zou hebben gespeeld.<sup>94</sup> Dit (mogelijke) terugredenen vormt echter geen verklaring voor de focus op productkenmerken: ook in haar recente beschikkingen ziet de Commissie een belangrijke rol weggelegd voor producteigenschappen bij de marktafbakening. Haar beschikking inzake *Michelin II* in 2001 is daar een voorbeeld van: opnieuw oordeelde de Commissie dat tweedehands banden en nieuwe banden 'ingevolge hun eigen kenmerken en wat het gebruik door de eindgebruiker betreft' niet tot dezelfde productmarkt behoren.<sup>95</sup> Bovendien ziet de Commissie haar handelwijze door het HvJEG bevestigd. In *Magill* werd de marktafbakening van de Commissie impliciet bevestigd doordat het Hof oordeelt dat 'enkel een wekelijks verschijnende tv-gids met de volledige programma's voor de komende week biedt de kijkers de mogelijkheid vooraf te beslissen

<sup>90</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 36.

<sup>91</sup> Commissiebeschikking inzake *United Brands*, *supra*, nr. II A-2.

<sup>92</sup> Commissiebeschikking inzake *Michelin*, *supra*, nr. 32. Zie ook Korah 1982, p. 130-138.

<sup>93</sup> Korah 1982, p. 130-132. Zie ook: Jones & Sufrin 2004, p. 308-310.

<sup>94</sup> O'Donoghue & Padilla 2006, p. 68. Vgl. Jones & Sufrin 2004, p. 51-68.

<sup>95</sup> Beschikking van de Commissie van 20 juni 2001 betreffende een procedure uit hoofde van artikel 82 van het EG-Verdrag (COMP/E-2/36.041/Michelin), *PbEG* 2002, L143/1, § 116.

welke programma's zij willen zien en aan de hand daarvan plannen te maken voor de besteding van hun vrije tijd in de komende week'.<sup>96</sup> In *Bronner* erkent het Hof expliciet de rol die producteigenschappen spelen bij de marktafbakening: 'Volgens vaste rechtspraak is, voor toepassing van artikel 86 van het Verdrag, de markt van het betrokken product of de betrokken dienst de markt van alle betrokken producten of diensten die *door hun eigenschappen* (curs. toegevoegd) bijzonder geschikt zijn om in een constante behoefte te voorzien, en die slechts in geringe mate door andere producten of diensten kunnen worden vervangen'.<sup>97</sup> We mogen derhalve concluderen dat productkenmerken een belangrijke of zelfs primaire rol kunnen spelen in het stadium van marktafbakening.

Bishop & Walker wijzen op het gevaar van een te nauwe marktafbakening door het meewegen van producteigenschappen bij het bepalen van de relevante markt: er zijn immers altijd wel verschillen te constateren tussen producten. Dit wil echter niet zeggen dat deze altijd van betekenis zijn.<sup>98</sup> Zij stellen dat het enige juiste criterium voor het aannemen van substitueerbaarheid een bewezen reactie op prijsveranderingen is.<sup>99</sup>

De Bekendmaking van de Europese Commissie is van toepassing op de marktafbakening in het kader van zowel artikel 81 als artikel 82. Er zijn echter factoren die in het bijzonder bij een marktafbakening in het kader van artikel 82 een rol spelen. Het toepassen van de SSNIP-test bij een marktafbakening in een onderzoek aangaande een schending van artikel 82 heeft als belangrijk nadeel dat een hypothetische prijsverhoging op een markt waar een monopolist aanwezig is een vertekend beeld kan geven. De bestaande prijs is dan immers niet tot stand gekomen onder normale concurrentievoorwaarden (vraag en aanbod), hetgeen in de meeste gevallen betekent dat de prijs van het betreffende product door de monopolist is vastgesteld op een hoogte waardoor de monopolist een maximale omzet behaalt. Als dan een hypothetische prijsverhoging wordt toegepast, zal de omzet altijd dalen, hetgeen leidt tot een aanname van substitutie met producten die onder normale marktomstandigheden niet als substitueerbaar zouden worden beschouwd. Oftewel: de relevante productmarkt wordt te breed vastgesteld in het voordeel van de monopolist. Een bekend voorbeeld is in dit verband de Amerikaanse casus *Du Pont*:<sup>100</sup> een producent van cellofaan met een zeer dominante positie op de cellofaanmarkt had de prijzen dermate hoog opgedreven dat de consumenten bij een hypothetische prijsverhoging aangaven over te gaan tot aankoop van andere verpakkingproducten zoals aluminiumfolie en polyethyleen, een stap die ze niet

96 HvJEG 6-4-1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*), § 52.

97 HvJEG 26-11-1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a.*, zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*), § 33.

98 Bishop & Walker 2002, § 4.49-4.50. Zie ook: Jones & Sufrin 2004, p. 308.

99 Bishop & Walker 2002, § 4.49-4.50.

100 *United States v. Du Pont de Nemours & Co.*, 351 US 377, 76 S.Ct. 944 (1956).

genomen zouden hebben als de cellofaanprijs tot stand was gekomen door middel van vraag en aanbod. Deze schijn-substutueerbaarheid werd in bovenstaand geval niet onderkend door het Supreme Court, vandaar ook de benaming 'cellophane fallacy' voor deze problematiek.

De Commissie geeft in haar Bekendmaking inzake de relevante markt aan rekening te houden met de mogelijkheid van prijszetting bij onvoldoende mededinging. Zij stelt dat de SSNIP test bij uitstek geschikt is voor het beoordelen van concentraties, en dat bij onderzoek naar misbruik van machtspositie in het oog gehouden dient te worden dat de geldende marktprijs wellicht reeds een gevolg is van de invloed van een onderneming met een machtspositie.<sup>101</sup>

Andere complicaties bij de marktafbakening kunnen zich voordoen bij gerelateerde markten, zoals markten voor grondstoffen en eindproducten, kapitaalgoederen en consumptiegoederen, hoofdproducten en reserveonderdelen, en eindproducten en service & onderhoud. Bij deze markten zijn zowel het aanbod van als de vraag naar deze producten afhankelijk van elkaar.

Deze markten kunnen, hoewel gerelateerd, als afzonderlijke productmarkten beschouwd worden, opdat het voor de producent van het primaire product niet mogelijk wordt de markt voor het uiteindelijke consumptiegoed naar zich toe te trekken. Bij een aantal belangrijke arresten die in het kader van artikel 82 EG zijn geweest is er sprake van dergelijke gerelateerde markten. In § 1.2.6 komen we hier op terug.

### § 1.2.3 Relevante geografische markt

De relevante markt heeft uiteraard ook een geografische dimensie: binnen welk territorium moet getoetst worden of er sprake is van een machtspositie? Ook voor de geografische markt geldt dat substitueerbaarheid aan de vraagzijde de belangrijkste graadmeter is: indien de consument op een prijsverhoging reageert door een identiek product uit een andere regio aan te schaffen, zal dit doorgaans een prijsverhoging onrendabel maken. Deze regio maakt dan deel uit van de relevante markt.<sup>102</sup>

De relevante geografische markt is door het HvJEG als volgt gedefinieerd: 'het wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, waar die onderneming eventueel in staat is op onrechtmatige wijze een daadwerkelijke mededinging te verhinderen, en waar de objectieve mededingingsvoorwaarden voor het betrokken product voor alle handelaren gelijk moeten zijn'.<sup>103</sup>

Het begrip 'wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt' is reeds behandeld in § 1.1.3.

<sup>101</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 19. Zie in dit verband ook DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, § 13-19.

<sup>102</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 17.

<sup>103</sup> HvJEG 14-2-1978, *United Brands Company en United Brands Continentaal BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 27/76, *Jur.* 1978, p. 207 (*United Brands*), § 44.

Verschillen in objectieve mededingingsvoorwaarden kunnen ontstaan door nationaal bepaalde verschillen in de vraag naar het product of verschillen aan de aanbodzijde zoals variabele transportkosten, verschil in nationale of regionale regelgeving en allerhande andere factoren. In *United Brands* werd de geografische markt beperkt op grond van het gegeven dat in Frankrijk, Italië en Engeland speciale regelingen bestonden voor het inkopen van bananen in specifieke daartoe aangewezen landen (in Engeland waren dat voormalige koloniën).<sup>104</sup> Anderzijds werd bij de marktafbakening in dit arrest juist weer *geen* rekening gehouden met nationale invoertarieven en verschillen in consumptie per hoofd van de bevolking.<sup>105</sup> Verschillen in concurrentievoorwaarden rechtvaardigen echter niet altijd een engere geografische markt: in *Hilti* bijvoorbeeld werd juist op grond van de prijsverschillen in Lidstaten de conclusie getrokken dat parallelimport naar alle waarschijnlijkheid op grote schaal plaats zou vinden, en dat de geografische markt zodoende de gehele EG omvatte.<sup>106</sup>

Door het GEA werd in *Tetra Pak II*, onder verwijzing naar *United Brands*,<sup>107</sup> gepreciseerd dat 'gelijke' mededingingsvoorwaarden niet betekent dat deze voorwaarden exact hetzelfde behoeven te zijn, doch dat slechts vereist is dat ze 'voldoende homogeen' zijn.<sup>108</sup> Ook de Europese Commissie hanteert dit criterium in haar Bekendmaking inzake de relevante markt.<sup>109</sup> 'de relevante geografische markt is het gebied waarbinnen de betrokken ondernemingen een rol spelen in de vraag naar en het aanbod van goederen of diensten, waarbinnen de concurrentievoorwaarden voldoende homogeen zijn en dat van aangrenzende gebieden kan worden onderscheiden doordat daar *duidelijk afwijkende* concurrentievoorwaarden heersen' (curs. toegevoegd).

De Commissie gebruikt volgens haar Bekendmaking voor het bepalen van de relevante geografische markt de volgende aanknopingspunten: kenmerken van de vraag (substitutie aan de vraagzijde), aanbodfactoren (substitutie aan de aanbodzijde) en het patroon van het handelsverkeer.<sup>110</sup> Hierbij vormt de vraagsubstitutie evenals bij de vaststelling van de relevante productmarkt het belangrijkste aspect.<sup>111</sup>

De beslissingspraktijk van het HvJEG en het GEA lijkt ambivalent als het gaat om de primaire factor voor het bepalen van de geografische markt. Zoals vermeld was het oordeel in *Hilti* hoofdzakelijk gebaseerd op de mogelijkheid van substitueerbaarheid aan de *aanbodzijde* (lage transportkosten dus voldoende beschikbaarheid

104 *United Brands*, § 38.

105 *United Brands*, § 52.

106 GEA 12-12-1991, *Hilti AG* tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-30/89, *Jur.* 1991, p. II-1439 (*Hilti GEA*), § 81.

107 *United Brands*, § 11 & 53.

108 GEA 6-10-1994, *Tetra Pak International SA* tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-83/91, *Jur.* 1994, p. II-755 (*Tetra Pak II*), § 91.

109 Bekendmaking inzake de relevante markt, § 8. Anders: Jones & Sufrin 2004, p. 326.

110 Bekendmaking inzake de relevante markt, § 28-31.

111 Bekendmaking inzake de relevante markt, § 13.

van importgoederen), net als in *Tetra Pak II*. Daar oordeelde het GEA in navolging van de Commissie dat de relevante geografische markt de gehele Europese Gemeenschap besloeg, onder verwijzing naar het belang van aanbod-substitutie: 'In dit verband kunnen bepaalde consumptiepatronen op zichzelf nog niet bewijzen dat er een afzonderlijke geografische markt bestaat (...). De aangevoerde verschillen in verband met de smaak van de consumenten wat het type melk of de verpakkingsvorm betreft, beïnvloedden immers enkel de totale omvang van de betrokken productmarkt in iedere Lid-Staat en hadden geen weerslag op de voorwaarden waaronder binnen die markten de fabrikanten van die specifieke producten met elkaar concurreerden; zij waren ten opzichte van elkaar in de gehele Gemeenschap aan voor allen gelijke mededingingsvoorwaarden onderworpen'.<sup>112</sup> In de *Ladbroke*-uitspraak<sup>113</sup> daarentegen lag de focus wèl op omstandigheden aan de *vraagzijde*: hier stelde het GEA op grond van weddenschaps-voorkeuren van de individuele consument dat de geografische markt slechts het Belgische grondgebied omvatte.<sup>114</sup>

Een afbakening van de geografische markt die zich louter beperkte tot een nationaal grondgebied zagen we reeds in 1983 in *Michelin*.<sup>115</sup> Daar werd de geografische markt vastgesteld op Nederland, op grond van het gegeven dat bandenfabrikanten er doorgaans voor kozen om hun producten af te zetten via nationale dochterondernemingen, en de afnemers voor hun bevoorrading zodoende op deze dochters aangewezen waren. De veelgeuite kritiek op deze uitspraak houdt hoofdzakelijk in dat niet door de Commissie onderzocht is in hoeverre het voor de klanten van de afnemers mogelijk was buiten Nederland en dus buiten de Nederlandse dochterondernemingen om banden te kopen. Indien de klanten gemakkelijk banden in andere Lidstaten zouden kunnen verkrijgen zou een prijsverhoging door de Nederlandse Michelindochters tot gevolg hebben dat de afnemers, teneinde hun klandizie niet te verliezen, wellicht andere merken of producten gaan verkopen. In dat geval zou er voor Michelin geen sprake zijn van een machtspositie.<sup>116</sup>

Als afsluitende opmerking wat betreft de afbakening van de geografische markt het volgende: bij concentraties zal de marktabakening in veel gevallen ruimer zijn dan in artikel 82 situaties, aangezien dan niet alleen de bestaande en de eerdere toestand van de markt in aanmerking moet worden genomen, maar met name ook de toekomstige marktsituatie. De Commissie zal bij de beoordeling van concentraties dan ook meer aandacht besteden aan de aanknopingsfactor 'voortgaande markt-integratie', zoals genoemd in haar Bekendmaking inzake de relevante markt.<sup>117</sup>

112 *Tetra Pak II*, *supra*, § 95.

113 GEA 12-6-1997, *Tiercé Ladbroke SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-504/93, *Jur.* 1997, p. II-923 (*Tiercé Ladbroke*).

114 *Tiercé Ladbroke*, § 103. Zie ook § 2.4.2 van deze dissertatie.

115 HvJEG 9-11-1983, zaak nr. 322/81, *Jur.* 1983, p. 3461 (*Michelin*).

116 Korah 1982, p. 132-133.

117 Bekendmaking inzake de relevante markt, § 32.

### § 1.2.4 Marktaandeel

Het beantwoorden van de vraag of een onderneming een machtspositie bezit, kent zoals reeds vermeld verschillende fasen: ten eerste de afbakening van de relevante markt, gevolgd door het bepalen van de positie van de onderneming op die markt. Het laatste valt te verdelen in twee stadia: een analyse van het marktaandeel van de onderneming en een analyse van de overige concurrentievoorwaarden.

Het HvJEG heeft het belang van marktaandeel bij het onderzoek naar het bestaan van een machtspositie reeds benadrukt in *Hoffmann-La Roche*: 'een machtspositie kan resulteren uit verschillende factoren, die elk afzonderlijk niet per se beslissend behoeven te zijn, doch onder die factoren is het bezit van omvangrijke marktaandelen zeer significant'.<sup>118</sup> Dit omdat het bezit van een groot marktaandeel een onderneming tot een 'unavoidable trading partner' maakt: een onderneming waarop andere spelers op de markt aangewezen zijn, hetgeen haar de voor een machtspositie kenmerkende onafhankelijkheid verschaft.<sup>119</sup> Het marktaandeel wordt bepaald aan de hand van diverse bronnen (ondernemingen zelf; studies door bedrijfsadviseurs e.a.). Indien deze niet voorhanden of onbetrouwbaar zijn, stelt de Commissie zelf een onderzoek in.<sup>120</sup> Uitgangspunt voor het berekenen van het marktaandeel is meestal de afzet van de onderneming in kwestie, doch de Commissie geeft aan dat ook andere factoren een rol kunnen spelen.<sup>121</sup> Heeft de onderneming waarop het onderzoek naar misbruik van machtspositie gericht is een marktaandeel van meer dan 50%, dan wordt een machtspositie verondersteld. Dit blijkt uit het arrest *AKZO*, waarin het HvJEG aannam dat een marktaandeel van 50% voldoet aan het criterium uit de reeds aangehaalde passage in *Hoffmann-La Roche*.<sup>122</sup> Een onderneming zal in dat geval dus zelf aan dienen te tonen dat zij geen machtspositie bezit.

Ook in *Hilti* en *Tetra Pak II* leidden zeer hoge marktaandelen (respectievelijk 70-80% en 90%) tot de aannahme van een machtspositie, hoewel door het Hof benadrukt werd dat er eveneens toetredingsbarrières tot de markt bestonden.<sup>123</sup>

Anderzijds kan een laag marktaandeel een contra-indicatie zijn voor het bestaan van een machtspositie: in *Metro*<sup>124</sup> werd door het HvJEG aangenomen dat een marktaandeel van 10% te klein was om als aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie te kunnen dienen (behoudens exceptionele omstandigheden). Vermeldenswaardig is in dit verband nog, dat in artikel 32 van de Concentratieveror-

<sup>118</sup> *Hoffmann-La Roche*, supra, § 39.

<sup>119</sup> *Hoffmann-La Roche*, § 41.

<sup>120</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 53.

<sup>121</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 54/55.

<sup>122</sup> HvJEG 3-6-1991, *AKZO Chemie B.V. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. C-62/86, *Jur.* 1991, p. I-3359 (*AKZO*), § 60.

<sup>123</sup> *Hilti GEA*, § 91-94 (later bevestigd door het HvJEG); *Tetra Pak II*, § 109.

<sup>124</sup> HvJEG 22-10-1986, *Metro SB Grossmärkte GmbH und Co KG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 75/84, *Jur.* 1986, p. 3021, § 85 (*Metro*).

dening<sup>125</sup> gesteld wordt dat indien de ondernemingen die voornemens zijn een concentratie tot stand te brengen een marktaandeel hebben van minder dan 25%, dit een indicatie is voor verenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt.

Naast de grootte van het marktaandeel moet tevens de verhouding tot de aandelen van andere marktdeelnemers in aanmerking genomen worden. In *United Brands* werd geoordeeld dat UBC een machtspositie had, terwijl de onderneming 'slechts' een marktaandeel had van 45%. De marktaandelen van de concurrerende ondernemingen waren echter met afstand kleiner. Ook in *Hoffmann-La Roche* was het marktaandeel aanzienlijk groter dan dat van de andere ondernemingen op de markt. Deze bezaten marktaandelen van 27, 18, 7 en 1%, hetgeen Roche, met een marktaandeel van 47%, een machtspositie opleverde: '(...) uit Roche's marktaandeel – even groot als dat van haar beide naaste concurrenten tezamen – blijkt wel dat zij bij het bepalen van haar houding jegens de concurrentie over een bijzondere vrijheid van handelen beschikte'.<sup>126</sup> Het Hof oordeelde vergelijkbaar in *Michelin*: '(...) heeft de Commissie derhalve terecht rekening gehouden met een marktaandeel van 57-65% op de vervangingsmarkt van nieuwe banden voor vrachtwagens. Vergeleken met de marktaandelen van de voornaamste concurrenten van NBIM, die tussen de 4 en 8% bedragen, vormt dit marktaandeel, zelfs wanneer men rekening houdt met een zekere concurrentie van vernieuwde banden, een geldige aanwijzing voor het bestaan van een overheersende positie van NBIM ten opzichte van haar concurrenten'.<sup>127</sup>

Daarnaast moet bij de beoordeling van het belang van het marktaandeel van de onderneming rekening gehouden worden met het tijdsbestek waarin dat marktaandeel stabiel is. In *Hoffmann-La Roche* benadrukte het HvJEG dat een groot marktaandeel geruime tijd stabiel dient te zijn, wil het leiden tot het aannemen van een machtspositie.<sup>128</sup> Het Hof heeft geen precieze indicatie gegeven gedurende welke periode het marktaandeel vastgehouden moet worden; in *Hoffmann-La Roche* echter bleek een marktaandeel variërend van 29-51% over 3 jaar onvoldoende.<sup>129</sup>

Heeft een onderneming een marktaandeel van 100%, oftewel is zij monopolist, dan is zij per definitie in het bezit van een machtspositie, zo blijkt uit diverse arresten van het HvJEG.<sup>130</sup> Hierbij ging het in de meeste gevallen om ondernemingen met een wettelijk monopolie, die niet onder de uitzondering van artikel 86 lid 2<sup>131</sup>

125 Verordening (EG) nr. 139/2004 van de Raad van 20 januari 2004 betreffende de controle op concentraties van ondernemingen, *PbEG* 2004, L24/1.

126 *Hoffmann-La Roche*, § 51.

127 *Michelin*, § 52.

128 *Hoffmann-La Roche*, § 41.

129 *Hoffmann-La Roche*, § 57/58. Het ging hierbij om de deelmarkt voor vitamines B3.

130 Zie ook: Bellamy & Child 2001, § 9-039; Jones & Sufrin 2004, p. 339; Ritter, Braun & Rawlinson 2000, p. 337; Faull & Nikpay 1999, § 3.86-3.87.

131 Artikel 86 lid 2 EG behelst een uitzondering op de toepassing van de Europese mededingingsregels voor ondernemingen die belast zijn met een dienst van algemeen economisch belang.

vielen. Voorbeelden van activiteiten waarbij de onderneming als monopolist werd aangemerkt zijn: het uitoefenen van conformiteitscontrole op auto's door een door de overheid aangewezen controleur,<sup>132</sup> postbezorging,<sup>133</sup> havendiensten<sup>134</sup> en collectief beheer van auteursrechten.<sup>135</sup> Een juridisch monopolie gebaseerd op een intellectueel eigendomsrecht leidt niet automatisch tot het aannemen van een machtspositie,<sup>136</sup> maar in combinatie met een eng gedefinieerde markt lijkt een monopoliepositie bijna onvermijdelijk.<sup>137</sup>

Ten slotte kan nog worden opgemerkt dat in de literatuur gewaarschuwd wordt voor een overwaardering van het belang van de grootte van het marktaandeel bij het onderzoek naar een machtspositie. Het zou weinig aangeven omtrent het concurrentiepatroon in de markt en de factoren waaraan ondernemingen onderhevig zijn bij het maken van prijsbeslissingen. Ook weerspiegelt het marktaandeel niet het effect van potentiële concurrentie.<sup>138</sup>

### § 1.2.5 Overige concurrentievoorwaarden

Naast het marktaandeel zijn er diverse andere omstandigheden die een rol kunnen spelen bij de beoordeling van de positie van een onderneming op de relevante markt. Bij de analyse van deze overige concurrentievoorwaarden komen allerhande factoren aan bod die van invloed kunnen zijn op de marktpositie van de onderneming, zoals wettelijke regelingen, intellectuele eigendomsrechten, superieure techniek, verticale integratie, financiële reserves of zelfs het gedrag van de onderneming zelf.<sup>139</sup> Zogenaamde 'barriers to entry' ofwel toetredingsbarrières spelen in deze analyse een centrale rol. Een onderneming die zich gesterkt weet doordat andere ondernemingen die toegang tot de markt wensen hinder ondervinden van toetredingsbarrières, zal zich eerder in een positie bevinden waarin zij zich onafhankelijk kan gedragen dan een onderneming die rekening moet houden met concurrenten die gemakkelijk tot de markt toe zullen kunnen treden.<sup>140</sup> Zoals reeds vermeld is het onderscheid tussen de marktafbakeningsfase en het bepalen van de positie van de onderneming op de markt slechts een dunne lijn: veel omstandigheden hangen samen, en van bepaalde factoren is het moeilijk te bepalen in welk

132 HvJEG 13-11-1975, *General Motors Continental NV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 26/75, *Jur.* 1975, p. 1376 (*General Motors*), § 6-10.

133 *Corbeau tegen Regie der Posterijen*, zaak nr. C-320/91, *Jur.* 1993, p. I-2533.

134 HvJEG 10-12-1991, *Merci convenzionali Porto di Genova Spa tegen Siderurgica Gabrielli Spa*, zaak nr. C-179/90, *Jur.* 1991, p. I-5889 (*Port of Genoa*), § 14.

135 *Tournier*, *supra*, § 6.

136 *Magill*, *supra*, § 46. Zie ook hoofdstuk 4 van deze dissertatie.

137 Jones & Sufrin 2004, p. 764. Zie voorts hoofdstuk 4 van deze dissertatie.

138 Bellamy & Child 2001, § 9-046; O'Donoghue & Padilla 2006, p. 111-112.

139 Jones & Sufrin 2004, p. 355-364.

140 Economen van de Chicago School zijn van mening dat er weinig toetredingsbarrières bestaan die daadwerkelijk een reden zijn voor een ingrijpen door de regulerende mededingingsinstantie: de markt zal in de meeste gevallen zichzelf herstellen. Monopolies zullen uiteindelijk alleen overleven door superieure efficiency. Jones & Sufrin 2004, p. 337-339.



stadium ze moeten worden meegewogen. In de literatuur worden de volgende factoren onderscheiden die van belang kunnen zijn bij het vaststellen van de positie van een onderneming op de relevante markt:

#### *Grootte en vermogen van de onderneming*

Bij het vaststellen van de grootte van een onderneming kan gekeken worden naar de jaaromzet, of naar de omvang van de activa. De grootte van een onderneming kan wijzen op het bestaan van een machtspositie, maar kan ook een gevolg zijn van het feit dat een onderneming actief is op verschillende markten, hetgeen doorgaans niet van belang zou moeten zijn voor de vraag of zij een machtspositie bezit op een specifieke markt. In *Hoffmann-La Roche* werd een soortgelijk argument van de Commissie dan ook van de hand gewezen.<sup>141</sup>

Naast grootte kan de geografische spreiding van een onderneming van belang zijn: in *Michelin* werd geoordeeld dat het voordeel dat de Nederlandse dochter van Michelin ondervond doordat zij deel uitmaakte van een Europees concern, haar een voorsprong verschafte ten opzichte van haar concurrenten.<sup>142</sup> Dit leidde mede tot het aannemen van een machtspositie.

#### *Schaalvoordelen*

Schaalvoordelen kunnen in combinatie met hoge aanloopkosten (kosten die niet kunnen worden terugverdiend als de toetreding tot de markt mislukt) leiden tot een toetredingsbarrière die relevant is voor de positie van de onderneming op de relevante markt. In *United Brands* oordeelde het HvJEG dat de grote investeringen die noodzakelijk zijn voor het aanleggen van bananenplantages en een bijbehorend distributienet voor een bederfelijk product, in combinatie met de schaalvoordelen die United Brands genoot als grote speler op de markt, leidde tot een belemmering voor concurrenten.<sup>143</sup> Bellamy & Child wijzen in dit verband op het belang van een juiste analyse van schaalvoordelen: als de concurrent dezelfde activiteiten op een kleinere schaal even efficiënt kan uitvoeren, kan dit een contra-indicatie zijn voor het bestaan van een machtspositie.<sup>144</sup> Ook dient rekening gehouden te worden met het gegeven dat de onderneming die reeds op de markt aanwezig is ook aanloopkosten heeft moeten maken, en ten slotte met het gegeven dat een markt verzadigd kan zijn.<sup>145</sup>

#### *Reclame en reputatie*

Reclamekosten en de opgebouwde reputatie van een merk zijn in de jurisprudentie incidenteel meegewogen als factoren bij het vaststellen van de marktpositie.<sup>146</sup> Deze factoren zijn meer in het algemeen te beschouwen als aanloopkosten.<sup>147</sup>

<sup>141</sup> *Hoffmann-La Roche*, § 47.

<sup>142</sup> *Michelin*, § 55.

<sup>143</sup> *United Brands*, § 122.

<sup>144</sup> Bellamy & Child 2001, § 9-050. Of schaalvoordelen daadwerkelijk een toetredingsbarrière vormen, is eveneens onderwerp van discussie onder economen. Bain verdedigt van wel, terwijl in de theorie van Stigler schaalvoordelen geen toetredingsbarrière vormen: ingeval een onderneming voor dezelfde kosten staat om zich op een markt te kunnen begeven als de daar reeds aanwezige spelers eerder hebben moeten maken, maar het voor deze onderneming desondanks niet winstgevend is om toe te treden, is de markt verzadigd. Jones & Sufrin 2004, p. 73-74.

<sup>145</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 6 en 73-74.

<sup>146</sup> *United Brands*, § 91/92 j° § 122; Commissiebeschikking inzake Van den Bergh Foods, *PbEG* 1998, L 246/1, § 260 (de bekendheid van de productmerken op de relevante markt droeg bij aan de aanwezigheid van een machtspositie).

<sup>147</sup> Faull & Nikpay 1999, § 3.62.

*Financiële of technologische voorsprong*

In onder meer *Continental Can* waren grote financiële reserves ('deep pockets') relevant bij het oordeel aangaande de machtspositie.<sup>148</sup> Ook een technologische voorsprong van de onderneming in kwestie kan een toetredingsbarrière vormen en in die zin relevant zijn voor de machtspositie.<sup>149</sup>

Ook deze factoren kunnen gezien worden als aanloopkosten.

*Intellectuele eigendomsrechten*

Het bezit van een intellectueel eigendomsrecht leidt voor een onderneming in beginsel niet tot het ontstaan van een machtspositie.<sup>150</sup> Zoals reeds opgemerkt, is echter uit de jurisprudentie van het HvJEG<sup>151</sup> meerdere malen gebleken, dat het bezit van een intellectueel eigendomsrecht in combinatie met een nauwe afbakening van de relevante productmarkt het aannemen van een machtspositie zeer waarschijnlijk maakt.<sup>152</sup>

*Verticale integratie*

In *United Brands* werd geoordeeld dat de mate waarin UBC verticaal geïntegreerd was een toetredingsbarrière opleverde voor potentiële concurrenten en zodoende bijdroeg aan haar machtspositie op de relevante markt.<sup>153</sup> Het Hof motiveerde het oordeel in deze niet. Vanuit economische hoek is wel kritiek geleverd op de aanname van de mate van verticale integratie als indicatie voor een machtspositie: vaak vindt verticale integratie plaats vanuit efficiency-motieven en hoewel het soms gepaard gaat met een machtspositie, is het daar geen aanwijzing voor.<sup>154</sup>

*Productspreiding*

In *Michelin* woog het Hof het uitgebreide productassortiment mee bij het bepalen van de marktpositie, evenals in *AKZO*.<sup>155</sup> Ook de Commissie heeft een vergaande mate van productspreiding wel als indicatie gezien voor een machtspositie.<sup>156</sup> Economen waarschuwen echter voor een overwaardering van het gegeven dat een onderneming veel verschillende producten op de markt zet: alleen indien voor al die producten de productiekosten gedeeld kunnen worden kan dit een zodanig schaalvoordeel opleveren dat het een indicatie kan zijn van het bestaan van een machtspositie.<sup>157</sup>

*Omschakelingskosten voor consumenten/afnemers*

De potentiële toetreder tot de markt ondervindt niet alleen hinder van toetredingsbarrières in de vorm van te maken kosten, maar ook van toetredingsbarrières die ontstaan doordat de *consument* kosten maakt indien hij van aanbieder verandert. Bellamy & Child noemen dit ook

148 Commissiebeschikking inz. *Continental Can*, PbEG 1972, L 7/25, § 13.

149 *Tetra Pak II*, § 133.

150 *Magill*, § 46; Deutsche Grammophon Gesellschaft Mbh tegen Metro SB – Grossmärkte GmbH & Co., zaak nr. 78/70, *Jur.* 1971, p. 487, § 16 (*Deutsche Grammophon*); Parke, Davis & Co tegen Probel, Reese, Beintema-Interpharm en Centrafarm, zaak nr. 24/67, *Jur.* 1968, p. 55 (*Parke, Davis*).

151 *Hilti, Volvo, Renault, Magill*.

152 Jones & Sufrin 2004, p. 764.

153 *United Brands*, § 70/71.

154 Baden Fuller 1979, p. 440.

155 *Michelin*, § 55; *AKZO*, § 58.

156 Commissiebeschikking inzake *Tetra Pak II*, PbEG 1992, L 72/1, § 101.

157 Baden Fuller 1979, p. 436.

wel 'countervailing power of buyers':<sup>158</sup> moet de consument-afnemer bijvoorbeeld investeren in een nieuwe infrastructuur of zijn personeel omscholen om producten of diensten van de nieuwe aanbieder af te nemen, dan kan dat voor andere ondernemingen een obstakel zijn bij toetreding tot de markt.<sup>159</sup> Zie in dit verband ook § 4.2.3.

#### *Gedrag van de onderneming zelf*

Hoewel de beoordeling van misbruik van machtspositie een controle achteraf is, wordt de stelling dat een bepaalde onderneming een machtspositie bezit ook wel ondersteund door het argument dat deze zich ook als zodanig gedraagt. Voorbeelden hiervan zijn te vinden in *United Brands*<sup>160</sup> en in het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg inzake *Hilti*.<sup>161</sup> Het gevaar van het meewegen van het gedrag van de onderneming is echter dat er een cirkelredenering ontstaat: het gedrag leidt tot de aanneming van een machtspositie, hetgeen leidt tot de aanneming van misbruik op grond van hetzelfde gedrag.<sup>162</sup>

Overige factoren die in de literatuur worden genoemd als indicatie voor een machtspositie zijn productieoverschot, landrechten, toegang tot ruwe grondstoffen, mogelijkheid van risicospreiding, winst en de economische positie van de onderneming.<sup>163</sup>

Tegenovergesteld aan toetredingsbarrières kunnen expansiebarrières een contra-indicatie zijn voor het bestaan van een machtspositie: de onderneming die reeds actief is op de relevante markt kan door dergelijke belemmeringen haar opbrengst niet vergroten, hetgeen met zich meebrengt dat zij geen overheersende positie op de markt heeft. Een prijsverhoging zal in dit geval immers leiden tot afzetverlies aan de concurrenten, omdat er geen uitbreidingsmogelijkheden tegenover staan. De meeste factoren die een toetredingsbarrière vormen, kunnen in een andere marktsituatie een expansiebarrière zijn.<sup>164</sup> Een belangrijke uitzondering vormen echter wettelijke en exclusieve rechten zoals intellectuele eigendomsrechten. Deze rechten kunnen een toetredingsbarrière vormen vanwege de benodigde investeringen en de eisen die gepaard gaan met de verkrijging van deze rechten, maar heeft een onderneming deze rechten eenmaal in het bezit, dan kunnen ze (binnen de looptijd van het recht) onbepaald benut worden. In een octrooi(aanvraag) bijvoorbeeld dient ruim geïnvesteerd te worden, maar is de onderneming eenmaal rechtgebende, dan wordt ze niet begrensd in haar mogelijkheden tot opbrengst-

<sup>158</sup> Bellamy & Child 2001, § 9-058.

<sup>159</sup> Faull & Nikpay 1999, § 3.64.

<sup>160</sup> *United Brands*, § 68 jº § 121.

<sup>161</sup> GEA 12-12-1991, Hilti AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-30/89, *Jur.* 1991, p. II-1439, § 93 ('Daarbij komt nog, zoals de Commissie terecht opmerkt, dat het in de praktijk hoogst onwaarschijnlijk is dat een aanbieder die geen machtspositie heeft, zich gedraagt als Hilti, aangezien bij een daadwerkelijke mededinging de eventuele voordelen van zulk gedrag normaliter niet zullen opwegen tegen de nadelen').

<sup>162</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 364.

<sup>163</sup> Bellamy & Child 2001, § 9-047 – 9-059; Faull & Nikpay 1999, § 3.49 – § 3.85; Jones & Sufrin 2004, p. 355-364; Ritter, Braun & Rawlinson 2000, p. 342-344.

<sup>164</sup> Faull & Nikpay 1999, § 3.71.

verruiming: de marginale kosten van het produceren van extra eenheden zijn doorgaans laag. Expansiebarrières komen dan ook veel voor op markten waar het uitbreiden van de productiecapaciteit grote investeringen vergt, zoals het uitbreiden of opzetten van een distributienetwerk of het zoeken naar nieuwe grondstoffen.<sup>165</sup>

### § 1.2.6 Machtspositie op de afgeleide markt

Een controversieel onderwerp is de machtspositie op de afgeleide markt. In een aantal van de reeds genoemde arresten werd de relevante productmarkt vastgesteld op een afgeleide/gerelateerde markt, bijvoorbeeld die voor reserveonderdelen (*Volvo & Renault; Hugin*) en verbruiksgoederen (*Hilti; Tetra Pak II*<sup>166</sup>). In al deze gevallen werd een machtspositie op die afgeleide markt aangenomen, ondanks dat er op de hoofdmarkt in kwestie in ruime mate geconcurrereerd werd.

De eerste zaak waarin het probleem van de gerelateerde markten werd onderkend was *Commercial Solvents* uit 1974. Hier werd geoordeeld dat er een afzonderlijke markt was voor de grondstof aminobutanol, terwijl het eindproduct ethambutol (een geneesmiddel voor tuberculose) concurrentie ondervond van verschillende andere geneesmiddelen. Het HvJEG oordeelde dat '(...) kan worden onderscheiden tussen de markt voor de fabricage van een product benodigde grondstoffen en de markt waarop dat product wordt afgezet.'<sup>167</sup> Een machtspositie op de markt voor aminobutanol kon derhalve een uitwerking hebben op markt voor geneesmiddelen voor tuberculose.

In *Hoffmann-La Roche*<sup>168</sup> hingen de gerelateerde markten samen met de eigenschappen van de in het geding zijnde producten. Het ging om door farmaceut Hoffmann-La Roche (hierna: HLR) op de markt gebrachte vitaminen die door hun verschillende eigenschappen afzonderlijke markten zouden vormen: de vitaminen C en E kenden beiden zowel een bionutritieve als een technologische functie (anti-oxidant en fermenteermiddel). Voor de eerste functie waren geen substituten, maar op de markt voor anti-oxidanten ondervond HLR veel concurrentie. Het bedrijf meende

<sup>165</sup> Faull & Nikpay 1999, § 3.72.

<sup>166</sup> In *Tetra Pak II* kwam het GEA (later bevestigd door het HvJEG) zelfs tot de conclusie dat de gedragingen van Tetra Pak op de relevante productmarkten waar zij niet dominant was getoetst konden worden aan artikel 82 EG, zonder dat het bestaan van een machtspositie op die markten aangetoond behoefde te worden: 'aangezien de leidende positie van die onderneming op de niet-aseptische markten, te zamen met de nauwe banden tussen die twee markten en de aseptische markten, het Tetra Pak mogelijk maakt zich zodanig onafhankelijk van de andere op de niet-aseptische markten aanwezige marktdeelnemers te gedragen, dat op haar krachtens artikel 86 een bijzondere verantwoordelijkheid voor het behoud van een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op die markten rustte' (arrest GEA *Tetra Pak II*, *supra*, § 122). De marktafbakening inzake *Tetra Pak II* is een van de meest complexe marktafbakeningen die de Commissie inzake artikel 82 heeft verricht.

<sup>167</sup> *Commercial Solvents*, *supra*, § 22.

<sup>168</sup> HvJEG 13-2-1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-La Roche*).

daarom dat de vitamines C en E onderdeel uitmaakten van de (product)markt voor anti-oxidanten, maar het HvJEG bevestigde het oordeel van de Commissie dat voor beide vitamines (net als overigens voor alle andere vitamines van HLR) een aparte markt bestond.<sup>169</sup> Het arrest is op dit punt bekritiseerd: HLR kan de prijs van de vitamines C en E niet aanpassen zonder rekening te houden met een eventueel verlies aan klanten op de anti-oxidanten markt, waarvan de logische gevolgtrekking zou zijn dat andere anti-oxidanten tot de relevante productmarkt behoren.

Bekende voorbeelden zijn verder afzonderlijke markten voor reserveonderdelen, zoals aan de orde in *Hugin* en later in *Volvo*<sup>170</sup> en *Renault*<sup>171</sup>. In *Hugin* oordeelde het HvJEG dat er een afzonderlijke markt bestond voor Hugin kassaonderdelen, in tegenstelling tot hetgeen de onderneming Hugin aanvoerde, namelijk dat de markt voor kassaonderdelen deel uitmaakte van de ruimere markt voor kasregisters zelf.<sup>172</sup> Het Hof motiveerde dit oordeel met de stelling 'dat er een specifieke vraag is naar onderdelen van het merk Hugin, aangezien deze niet uitwisselbaar zijn met onderdelen van kasregisters van andere merken'.<sup>173</sup> Dit onderdeel van het vonnis ondervond kritiek vanwege het ontbreken van een onderzoek naar de mogelijkheid van de afnemer, Liptons, om zijn diensten te verschuiven naar het repareren en reviseren van onderdelen van andere merken kasregisters.<sup>174</sup>

Ondanks deze kritiek vormde de marktafbakening in *Hugin* een precedent voor het bepalen van de relevante productmarkt in de zaken *Volvo* en *Renault*. De A-G concludeerde in deze zaken tot een afbakening van de relevante productmarkt naar Volvo- respectievelijk Renault-reserveonderdelen, gefabriceerd door hetzij de autofabrikant zelf, hetzij door een derde.<sup>175</sup> Het argument van de autofabrikanten, dat de reserveonderdelen en het primaire product, de auto, tot één en dezelfde markt behoren omdat de prijs voor de reserveonderdelen mede bepaald wordt door de invloed die deze prijs uitoefent op de vraag naar het primaire product, werd door de A-G niet erkend. Hij stelde dat kopers weliswaar rekening houden met de prijs van reserveonderdelen bij de aankoop van een auto, maar dat als men eenmaal eigenaar is van een auto van een bepaald merk, waarvan delen aan vervanging toe zijn, de relevante productmarkt bestaat uit de markt van reserveonderdelen die door de constructeur van de auto worden verkocht en van onderdelen die in plaats daarvan kunnen worden gebruikt omdat zij kopieën van de originele onderdelen zijn.<sup>176</sup>

<sup>169</sup> *Hoffmann-La Roche*, § 29/30.

<sup>170</sup> HvJEG 5-10-1988, AB Volvo tegen Erik Veng (UK) Ltd., zaak nr. 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211 (*Volvo*).

<sup>171</sup> HvJEG 5-10-1988, Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Maxicar tegen Régie nationale des usines Renault, zaak nr. 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039 (*Renault*).

<sup>172</sup> *Hugin*, *supra*, § 7/8.

<sup>173</sup> *Hugin*, § 7.

<sup>174</sup> Baden Fuller 1979, p. 423-426. De Commissie had geen uitgebreide motivering gegeven voor de verwerping van het argument van Liptons dat genoemde omschakeling te kostbaar zou zijn.

<sup>175</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Volvo*, § 6-8. Conclusie A-G Mischo bij *Renault*, § 46-48.

<sup>176</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Volvo*, § 8.

Het bijzondere aan de marktafbakening in de drie bovengenoemde zaken is dat de markt niet zo zeer werd afgebakend naar een product, maar naar een product van een *specifiek merk* (of een kopie daarvan).

Deze manier van marktafbakening wordt later ook toegepast op verbruiksgoederen. Verbruiksgoederen zijn producten die nodig zijn voor de gebruikmaking van een hoofdproduct, maar regelmatig vervangen dienen te worden. In het geval *Hilti*<sup>177</sup> was er sprake van een afzonderlijke markt voor nietpistolen en patronen en nagels voor deze nietpistolen. In *Tetra Pak II*<sup>178</sup> werden zelfs vier relevante markten onderscheiden: de markt voor machines, bestemd voor het gesteriliseerd verpakken van producten, de markt voor machines voor het niet-gesteriliseerd verpakken van producten, de markt voor gesteriliseerde verpakkingkartons en de markt voor niet-gesteriliseerde verpakkingkartons. De onderneming in casu, Tetra Pak, had verdedigd dat haar bedrijfsactiviteiten plaatsvonden op de markt voor verpakkingssystemen voor vloeibaar voedsel.<sup>179</sup> In de Commissiebeschikking inzake *Info Lab*<sup>180</sup> ten slotte werd geoordeeld dat er geen aparte markt bestond voor lege tonerpatronen voor fotokopieermachines van Ricoh: toner en patroon werden beschouwd als één product. Aangezien Ricoh geen licenties uitgaf voor de fabricage van haar tonerpatronen, rees in dit geschil de vraag of er sprake was van een machtspositie op de markt voor Ricoh-patronen, mede in aanmerking genomen dat er op de hoofdmarkt, de markt voor fotokopieermachines, in voldoende mate geconcurrereerd werd.

De aanname dat een onderneming zonder machtspositie op de hoofdmarkt op de *afgeleide* markt zodanig veel invloed uit kan oefenen dat zij zich onafhankelijk van concurrent, afnemer en consument kan gedragen, wordt wel in twijfel getrokken. Een consument die op de afgeleide markt wordt uitgebuit kan immers bij de vervanging van het primaire product van aanbieder wisselen, en bovendien zal het in een aantal markten zeker zo zijn dat de prijzen of omstandigheden in de afgeleide markt van invloed zijn op de aankoopbeslissing omtrent het primaire product.<sup>181</sup> Dit werd door A-G Mischo ook aangegeven in zijn conclusie bij *Volvo*.<sup>182</sup>

Niettemin werd in bovengenoemde gevallen een machtspositie op de afgeleide markt aangenomen. Kritiek op deze beslissingen hield in dat de Commissie en later het HvJEG niet hadden overwogen in hoeverre het voor consument mogelijk was op een ander primair product over te stappen of welke informatie er voor de consument beschikbaar was op het moment van aankoop van het primaire product.

177 HvJEG 2-3-1994, Hilti AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. C-53/92P, *Jur.* 1994, p. I-666 (*Hilti*).

178 GEA 6-10-1994, Tetra Pak International SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-83/91, *Jur.* 1994, p. II-755 (*Tetra Pak II*).

179 *Tetra Pak II*, § 43.

180 Info-Lab tegen Ricoh, zaak nr. IV/36431, *EC Competition Policy Newsletter* 1999-1, p. 35 (*Info-Lab*).

181 Jones & Sufrin 2004, p. 365. Zie voorts § 4.3.1 van deze dissertatie.

182 Conclusie A-G Mischo bij *Volvo*, § 7.

In *Pelikan/Kyocera*<sup>183</sup> en later in *Info-Lab/Ricoh*<sup>184</sup> koos de Commissie voor een andere benadering en stelde een viertal criteria op om te beoordelen of er een zodanige interactie tussen de hoofd- en afgeleide markt is, dat gesproken kan worden van een machtspositie op de afgeleide markt.

Deze criteria luiden als volgt:

- de consument heeft een goed beeld van de kosten van de verbruiksgoederen voor het primaire product gedurende de levensduur daarvan, en kan zodoende de primaire producten vergelijken;
- de consument kan een goed geïnformeerde aankoopbeslissing nemen;
- een prijsverhoging op de secundaire markt leidt tot een verschuiving van het aankoopgedrag op de primaire markt (oftewel: als de inktpatronen duurder worden gaat de consument een andere printer kopen);<sup>185</sup>
- genoemde verschuiving kan op korte termijn plaatsvinden.<sup>186</sup>

In bovengenoemde gevallen ging het om printers respectievelijk fotokopieerapparaten, waarbij de aankoopbeslissing voor een belangrijk deel afhankelijk was van de prijs per pagina; de prijs van inktpatronen/toners werd dus meegewogen bij de aankoop.

De Commissie geeft in haar *XXVth Report on Competition Policy*<sup>187</sup> aan bij de beoordeling van de marktpositie op een afgeleide markt rekening te zullen houden met alle omstandigheden van het geval, zoals de prijs en levensduur van het primaire product, transparantie van de prijs van het secundaire product, de verhouding van de prijs van het secundaire product tot die van het primaire product en informatiekosten.<sup>188</sup>

We zien hier dat ook bij de beoordeling van de machtspositie op de afgeleide markt aanknopingspunten ter bepaling van de relevante productmarkt en ter bepaling van de marktpositie door elkaar lopen: bij de zojuist vermelde criteria gaat het immers om de interactie tussen de hoofd- en secundaire markt, oftewel om de vraag of er twee relevante markten zijn te onderscheiden of niet. Verdedigbaar is wellicht, dat bovengenoemde factoren aan bod komen bij de bepaling van de relevante productmarkt: vormt de secundaire markt geen afzonderlijke productmarkt op grond van de door de Commissie in haar Bekendmaking gehanteerde criteria,

<sup>183</sup> *Commission's XXVth report on Competition Policy*, [http://ec.europa.eu/comm/competition/annual\\_reports/](http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/), punt 87.

<sup>184</sup> *Info-Lab*, *supra*.

<sup>185</sup> Dit is in feite een vraag naar de kruislingse prijselasticiteit van de vraag. Dat is opmerkelijk, omdat dat een factor is die eigenlijk aan de orde zou moeten komen bij de bepaling van de relevante markt.

<sup>186</sup> De Commissie beargumenteert dat ook al kunnen bestaande klanten wellicht niet onmiddellijk switchen, een prijsverhoging in de secundaire markt toch uitwerking zal hebben via het aankoopgedrag van nieuwe afnemers. Zo blijkt dat de genoemde vier criteria bijzonder veel samenhang vertonen: indien de consument goed geïnformeerd is bij de aankoop, zal een prijsverhoging in de secundaire markt via invloed op de potentiële klant altijd tot een verschuiving in aankoopgedrag leiden.

<sup>187</sup> *Commission's XXVth report on Competition Policy*, *supra*, punt 86.

<sup>188</sup> Deze factoren zijn voor een belangrijk deel afkomstig uit de *Kodak*-uitspraak van het Supreme Court van de Verenigde Staten: *Eastman Kodak Co. v. Image Technical Services Inc.*, 504 US 451, 112 S.Ct. 2072 (1992) (*Kodak*).

dan hoeft bij de beoordeling van de marktpositie niet nog eens in aanmerking te worden genomen of een sterke positie op dat deel van de markt wellicht doorwerkt op de primaire markt. Wordt wèl een relevante productmarkt onderscheiden voor reserveonderdelen of verbruiksgoederen (zoals in *Volvo en Hugin*), dan dient er eenvoudig getoetst te worden aan factoren als marktaandeel en toetredingsbarrières. Zie voorts over het onderscheid tussen hoofd- en afgeleide markt § 4.3.

### § 1.2.7 Kritiek op marktafbakening en vaststellen machtspositie

Kritiek op de beslissingspraktijk van de Commissie aangaande de toepassing van artikel 82 houdt vaak in dat de marktafbakening te nauw of arbitrair is, de marktpositie van ondernemingen wordt overschat of dat er te weinig aandacht is voor economische theorieën. In het verlengde daarvan wordt het HvJEG wel verweten in de jurisprudentie toetredingsbarrières op te werpen die in de economische theorie niet als zodanig erkend worden.<sup>189</sup>

In de literatuur worden deze bezwaren gerelateerd aan het tijdsbestek waarin ontwikkelingen worden geplaatst: mededingingstoezicht houdt zich bezig met het waarborgen van concurrentie op een korte termijn, terwijl de economische theorie vaak uitgaat van langere termijnen als het gaat om marktontwikkeling.<sup>190</sup> Dat uiteindelijk een markt zichzelf corrigeert en weer competitief wordt, wil niet zeggen dat er in de tussentijd geen nadeel ontstaat voor consumenten en/of concurrenten. Anderzijds kan verdedigd worden dat een (tijdelijke) machtspositie onvermijdelijk is vanuit het oogpunt van innovatie. Hierover meer in § 4.4.

## § 1.3 Misbruik

### § 1.3.1 Introductie

Indien een onderneming een machtspositie inneemt op de relevante markt, betekent dat niet automatisch dat zij daarvan ook misbruik maakt. Toch rust op een onderneming met een machtspositie een 'bijzondere verantwoordelijkheid (...) om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt'.<sup>191</sup> Gedragingen die ondernemingen zonder machtspositie probleemloos kunnen verrichten, kunnen dominante ondernemingen in conflict brengen met de mededingingsregels. Het HvJEG omschrijft misbruikgedragingen in *Hoffmann-La Roche* als volgt: 'gedragingen van een dominerende onderneming welke a) invloed kunnen uitoefenen op de structuur van een markt waar, juist door de aanwezigheid van bedoelde onderneming, de mededinging reeds verflauwde; b) ertoe leiden dat de handhaving of ontwikkeling van de nog bestaande marktconcurrentie met *andere middelen dan bij een op basis*

<sup>189</sup> Zie o.a. Baden Fuller 1979, p. 423-441; Bishop & Caffarra 1998, p. 265.

<sup>190</sup> Jones & Suftrin 2004, p. 367.

<sup>191</sup> *Michelin, supra*, § 57.



van ondernemersprestaties berustende normale mededinging – met goederen of diensten – in zwang zijn, wordt tegengegaan' (curs. toegevoegd).<sup>192</sup> Uit deze objectivering van het misbruikbegrip valt af te leiden dat gedragingen die misbruik opleveren niet met die intentie verricht behoeven te zijn. Dit aspect is echter wel van belang bij het bepalen van de eventuele boete.<sup>193</sup>

Het concept 'misbruik' staat derhalve los van de machtspositie van de onderneming in kwestie: er hoeft geen causaal verband te zijn tussen haar dominante positie en de gedraging.<sup>194</sup> De gedraging die misbruik oplevert kan zelfs op een andere markt plaatsvinden, zoals werd geoordeeld in onder meer *Télémarketing* en *Tetra Pak II*.

Behalve dat een onderneming met een machtspositie een bijzondere verantwoordelijkheid heeft met betrekking tot het handhaven van een werkzame mededinging, wordt in de literatuur gesproken van een nieuwe ontwikkeling richting een zogenaamd 'super-dominance' begrip. Deze term werd door A-G Fennelly gehanteerd in zijn conclusie inzake *Compagnie Maritime Belge*,<sup>195</sup> en duidt op de marktpositie van monopolisten of quasi-monopolisten. Op hen rust een extra zware verplichting jegens de mededinging, en hun gedragingen zullen daardoor eerder als misbruik bestempeld kunnen worden.<sup>196</sup> Dit houdt in dat, ondanks het ontbreken van een causaliteitsvereiste, er bij dergelijke gevallen van 'super-dominance' wél sprake kan zijn van een relatie tussen de marktpositie van een onderneming en gedragingen die misbruik opleveren.<sup>197</sup>

De vormen van misbruik die genoemd worden in artikel 82 EG zelf zijn niet uitputtend. Ze geven voornamelijk situaties weer waarin sprake is van uitbuiting van de machtspositie door middel van gedragingen die handelspartners, afnemers en/of consumenten benadelen, maar die geen directe invloed hebben op de mededingingsstructuur (denk bijvoorbeeld aan het hanteren van onbillijke prijzen en/of contractuele voorwaarden). Deze vormen van misbruik hebben gemeen dat zij betrekking hebben op het *uitbuiten* van andere marktdeelnemers en/of consumenten. Anderzijds kan misbruik ook bestaan in gedragingen die als doel hebben daadwerkelijke of potentiële concurrenten te dwarsbomen en zodoende op lange termijn de mededingingsstructuur aantasten.<sup>198</sup> Deze vorm van misbruik wordt doorgaans aan-

<sup>192</sup> *Hoffmann-La Roche*, *supra*, § 91.

<sup>193</sup> Commission Guidelines on the method of setting fines imposed pursuant to Article 23(2)(a) of Regulation No 1/2003, *PbEG* 2006, C210/2, nr. 28 ('aggravating circumstances'). Vgl. Jones & Sufrin 2004, p. 1122-1123; Verordening 1/2003, artikel 23 lid 2.

<sup>194</sup> *Continental Can*, *supra*, § 27. Maar zie Jones & Sufrin 2004, p. 372 en Eilmansberger 2005, p. 140-146.

<sup>195</sup> HvJEG 16-3-2000, *Compagnie Maritime Belge NV en Dafra-Lines tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. C-395/96P en C-396/96P, *Jur.* 2000, p. I-1365 (CMB); conclusie A-G Fennelly van 29-10-1998, § 137. De Nederlandse vertaling van de conclusie gebruikt overigens de woorden 'overheersende positie op de markt', hetgeen naar onze mening niet geheel de lading van het begrip dekt.

<sup>196</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 372.

<sup>197</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 266.

<sup>198</sup> HvJEG 21-2-1973, *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. vs. Commission*, zaak nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Continental Can*).

geduid als misbruik door *uitsluiting* van concurrenten.<sup>199</sup> De Commissie gaat in haar Discussion Paper van december 2005 uitgebreid in op deze vorm van misbruik.<sup>200</sup> In de literatuur wordt het onderscheid tussen misbruik door uitbuiting en misbruik door uitsluiting veelvuldig gehanteerd, maar omdat er legio situaties bestaan waarbij sprake is van een gedraging die in beide categorieën valt of juist niet gemakkelijk in één van deze categorieën te plaatsen is, hanteren we in dit hoofdstuk een indeling naar het *type gedraging*. Deze indeling ziet er als volgt uit:

- gedragingen met betrekking tot het prijsbeleid;
- weigering tot onderhandelen, levering of licentie;
- contractuele beperkingen.

### § 1.3.2 Prijsbeleid

Gedragingen van een onderneming met betrekking tot haar prijsbeleid die misbruik opleveren, kunnen zowel gedragingen betreffen die zonder machtspositie vrijwel niet voorkomen (zoals het hanteren van onbillijk hoge prijzen of roofprijzen<sup>201</sup>) als gedragingen die ook door ondernemingen zonder machtspositie verricht kunnen worden. In het laatste geval kan het gaan om gedragingen die in een normale mededingingssituatie zelfs als concurrentiebevorderend worden beschouwd, zoals het voeren van discriminatoire prijzen in de vorm van kortingsregelingen.

#### *Onbillijke prijzen*

Het voeren van onbillijk hoge prijzen is een gedraging die genoemd wordt in artikel 82 sub a EG. Als onbillijk hoge prijzen worden beschouwd die prijzen, die door het aanwenden van de marktmacht van een dominante onderneming hoger liggen dan het prijsniveau dat bereikt zou zijn bij een normale mededingingsstructuur. Het voeren van dergelijke prijzen door een onderneming met een machtspositie kan tot misbruik leiden indien de prijzen dermate hoog zijn, dat ze niet in een redelijke verhouding staan tot de economische waarde van de geleverde prestatie.<sup>202</sup> Om objectief te kunnen bepalen of dit het geval is, dient de winstmarge op het betreffende product geanalyseerd te worden. Dit kan gebeuren door de verkoopprijs van het product te vergelijken met de kostprijs.<sup>203</sup>

Naast deze aanpak heeft het HvJEG in *Tournier* een andere methode gehanteerd om te bepalen of er door de onderneming in kwestie zodanig hoge prijzen worden gevoerd dat er sprake is van misbruik, namelijk een vergelijking met het prijsniveau

<sup>199</sup> In de Engelse terminologie gebruikt men de aanduidingen 'exploitative' en 'exclusionary' abuse.

<sup>200</sup> DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>.

<sup>201</sup> In het Engels wordt de praktijk van het voeren van roofprijzen aangeduid als 'predatory pricing'.

<sup>202</sup> *United Brands*, § 250. Een dergelijke omschrijving gebruikte het HvJEG reeds in *General Motors*, *supra*, § 12.

<sup>203</sup> *United Brands*, § 251. In deze zaak had de Commissie nagelaten de kostenstructuur van United Brands Company te analyseren, waardoor haar besluit aangaande misbruik door het voeren van onbillijk hoge prijzen door het HvJEG werd vernietigd.

van het product (in casu de auteursrechtelijke vergoeding verschuldigd aan de nationale collectieve beheersorganisatie) in andere Lidstaten.<sup>204</sup>

Ondanks deze hulpmiddelen is het vaststellen van de redelijkheid van een prijs een complexe aangelegenheid, te meer daar prijzen die boven het normale mededingingsniveau liggen vaak ook juist concurrentiebevorderend kunnen werken. Dit vanwege de aantrekkingskracht die dergelijke prijzen hebben op nieuwe marktdeelnemers.<sup>205</sup> In dit verband zijn ook van belang de investeringen die door een onderneming zijn gedaan in onderzoek en ontwikkeling en die zich mogelijk via de productopbrengst terugbetalen: dit kan een vertekend prijsbeeld geven.

Indien er intellectuele eigendomsrechten in het spel zijn, dringt de noodzaak van een grondige analyse van research kosten zich in het bijzonder op: wordt de houder van het juridisch monopolie niet in de gelegenheid gesteld zijn recht maximaal te exploiteren, dan wordt de waarde van het exclusieve recht sterk gereduceerd.<sup>206</sup> De houder van een intellectueel eigendomsrecht heeft zijn investeringen immers doorgaans niet gedaan met als doel het verkrijgen van een *redelijke* winst.<sup>207</sup> Het risico van de gedane investering wordt via het IE-systeem gecompenseerd door de verlening van het exclusieve recht, dat de houder gedurende een beperkte periode in de gelegenheid stelt voor het beschermde voortbrengsel te vragen wat de markt ervoor geeft. Dit zal mogelijk resulteren in prijzen die boven het normale mededingingsniveau liggen, hetgeen kan leiden tot de conclusie dat er onbillijke prijzen gehanteerd worden. Deze conclusie zou dus in gevallen waarin het bezit van intellectuele eigendom een belangrijke rol speelt een vertekend beeld kunnen geven. Niettemin werd door het HvJEG in de arresten *Volvo* en *Renault* geoordeeld dat het voeren van onbillijke prijzen in combinatie met een licentieweigering aan onafhankelijke reparateurs wel degelijk misbruik van machtspositie op kan leveren.<sup>208</sup> Hieraan voegde het Hof in *Renault* echter toe, dat bij een prijsvergelijking met andere producten rekening gehouden moet worden met het gegeven dat de houder van het intellectueel eigendomsrecht aanspraak heeft op een beloning voor de uitgaven die hij heeft moeten doen voor de ontwikkeling van het beschermde product.<sup>209</sup> Het lijkt echter vrijwel onmogelijk te bepalen wat deze beloning moet inhouden: een kostprijs/verkoopprijs analyse levert zoals reeds gesteld al compli-

204 *Tournier, supra*, § 37/38. De prijsvergelijking dient op homogene grondslag plaats te vinden.

205 Jones & Sufrin 2004, p. 379; Faull & Nikpay 1999, § 3.296. Faull & Nikpay wijzen er echter op, dat de aantrekkingskracht die een markt met (te) hoge prijzen in theorie heeft op nieuwe deelnemers, in de praktijk teniet gedaan kan worden, bijvoorbeeld door het bestaan van toetredingsbarrières: Faull & Nikpay 1999, § 3.297.

206 Jones & Sufrin 2004, p. 384.

207 Korah 1988, p. 383; Friden 1989, p. 211. Vgl: Jones & Sufrin 2004, p. 384; Govaere 1996, § 8.55.

208 *Renault, supra*, § 16; *Volvo, supra*, § 9.

209 *Renault*, § 17. Het Hof baseerde deze overweging op het arrest *Parke, Davis*: '(...) hoewel niet kan worden uitgesloten dat de verkoopprijs van het beschermde product een element vormt voor de beoordeling van de vraag in hoeverre zich een misbruik voordoet, het feit, dat de verkoopprijs van het geoctrooieerde voortbrengsel die van het niet-geoctrooieerde overtreft, niet noodzakelijkerwijs misbruik oplevert' (*Parke Davis, supra*).

caties op gezien de noodzakelijke meetelling van R&D kosten. Een inschatting van de hoogte van de beloning die vereist is voor een verdere stimulering van innovatie zal daarom welhaast ondoenlijk zijn.<sup>210</sup>

De complicaties die zich voordoen bij het bepalen van de billijkheid van een prijs lijken ertoe geleid te hebben dat bij de Commissie een zekere terughoudendheid is ontstaan bij het veroordelen van het voeren van hoge prijzen als misbruik van machtspositie. In haar *XXIVth Report on Competition Policy* omschrijft de Commissie haar beslissingspraktijk met betrekking tot excessieve prijzen als volgt:

*'(...) Consumers can suffer from a dominant company exploiting this position, the most likely way being through prices higher than would be found if the market were subject to effective competition. However, the Commission in its decision-making practice does not normally control or condemn the high level of prices as such. Rather it examines the behaviour of the dominant company designed to preserve its dominance, usually directly against competitors or new entrants who would normally bring about effective competition and the price level associated with it.'*<sup>211</sup>

Alleen in de Telecommunicatiesector ageert de Commissie nog sterk tegen het voeren van hoge prijzen.

Naast het voeren van onbillijk hoge prijzen kan ook het voeren van onbillijk lage prijzen leiden tot misbruik indien er sprake is van een machtspositie aan de vraagzijde. Hier is echter, op een enkele uitzondering na, geen jurisprudentie over.<sup>212</sup>

#### *Roofprijzen*

Het verschijnsel 'roofprijzen' houdt in dat een dominante onderneming haar prijsniveau zodanig laag houdt, dat het voor andere ondernemingen uiteindelijk onmogelijk is actief te blijven op de markt. Nadat haar concurrenten zijn verdwenen, zal de dominante onderneming haar prijzen verhogen tot een niveau dat hoger ligt dan het geval geweest zou zijn op een markt met volledige mededinging. Volgens Rapp zijn de volgende omstandigheden (cumulatief) een voorwaarde wil er sprake kunnen zijn van roofprijzen:<sup>213</sup>

- een machtspositie;
- de aanwezigheid van toetredingsbarrières tot de markt (zijn die er niet, dan is het voor concurrenten immers gemakkelijk na het verhogen van de prijzen weer op de markt terug te keren);

<sup>210</sup> Govaere 1996, § 8.55. Zie ook: Friden 1989, p. 211; Korah 1988, p. 383.

<sup>211</sup> *Commission's XXIVth Report on Competition Policy*; [http://ec.europa.eu/comm/competition/annual\\_reports/](http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/), punt 207.

<sup>212</sup> Genoemde uitzondering is de zaak *CICCE*, waarin de Commissie een klacht afwees van filmdistributeurs over een aantal Franse televisiezenders die onbillijk lage prijzen vroegen voor de uitzendrechten van bepaalde films. Het oordeel van de Commissie werd bevestigd door het HvJEG. HvJEG 28-3-1985, Comité des Industries Cinématographiques des Communautés Européennes (C.I.C.C.E.) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 298/83, *Jur.* 1985, p. 1105 (*CICCE*).

<sup>213</sup> Rapp 1986, p. 233.

- de prijzen die worden gevoerd zijn lager dan de laagste prijs die de onderneming kan voeren zonder verlies te leiden.

Roofprijzen zijn moeilijk te identificeren, want wanneer is er sprake van normale prijsconcurrentie en wanneer van het voeren van roofprijzen? In de Verenigde Staten is door de economen Areeda en Turner een toets ontwikkeld voor het beoordelen van prijsniveaus in dergelijke situaties (toepasselijk de Areeda-Turner test genoemd): liggen de prijzen van een onderneming lager dan het niveau van de gemiddelde variabele kosten, dan kan men aannemen dat er sprake is van roofprijzen. Liggen de prijzen hoger dan de gemiddelde variabele kosten, dan is het gedrag van de onderneming in beginsel legitiem.<sup>214</sup> Het HvJEG heeft deze test inzake AKZO als volgt bewerkt en geïntroduceerd in de Europese rechtsorde: 'Prijzen die beneden de gemiddelde variabele kosten (dat wil zeggen de kosten die variëren naargelang van de geproduceerde hoeveelheden) liggen en waarmee een onderneming met een machtspositie een concurrent tracht uit te schakelen, moeten worden geacht misbruik op te leveren. (...) Bovendien moeten prijzen die beneden de gemiddelde totale kosten – dat wil zeggen de vaste plus de variabele kosten –, doch boven de gemiddelde variabele kosten liggen, als onrechtmatig worden beschouwd, wanneer zij zijn vastgesteld in het kader van een plan dat ten doel heeft een concurrent uit te schakelen. Deze prijzen kunnen namelijk ondernemingen van de markt verdrijven, die misschien even efficiënt zijn als de onderneming met de machtspositie, doch die wegens hun geringere financiële armslag niet in staat zijn de hun aangedane concurrentie het hoofd te bieden'.<sup>215</sup> Het Hof combineerde op deze wijze een kostenanalyse met een intentievereiste: liggen de prijzen tussen de gemiddelde variabele kosten en de gemiddelde totale kosten, dan is een bewijs van malafide intentie nodig om misbruik van machtspositie aan te kunnen nemen. Vanzelfsprekend is het vrij gecompliceerd om te bewijzen dat een onderneming de *intentie* heeft om via haar prijsbeleid op een andere wijze dan via normale mededinging te concurreren.<sup>216</sup> Bijkomend nadeel van deze methode is dat wordt geconcentreerd op de bedoelingen van de onderneming, en niet op de effecten die haar gedrag sorteert. Als zij er niet in slaagt haar prijzen weer boven het normale mededingingsniveau te brengen, kan namelijk verdedigd worden dat het laakbare gedrag louter voordelen biedt voor de consument. In dit verband kan ook opgemerkt worden dat het HvJEG in AKZO eventuele toetredingsbarrières niet heeft behandeld: deze vormen immers een belangrijke voorwaarde voor het slagen van deze vorm van misbruik.

214 Areeda & Turner, 'Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act', (88) *Harv. Law Review* 1975, p. 697 e.v. Voor een meer uitgebreide uiteenzetting van de diverse kostenbegrippen zie Jones & Sufrin 2004, p. 387 e.v.

215 AKZO, *supra*, § 71/72.

216 In de zaak AKZO werd als bewijs aangenomen documenten die de Commissie in beslag had genomen tijdens een onverwachte inspectie op grond van artikel 14 (3) van Verordening 17. Deze documenten bevatten bewijs van AKZO's bedoelingen haar concurrent van de markt te verwijderen.

In *Tetra Pak II* wees het HvJEG een argument met die inhoud van de hand. Tetra Pak, de onderneming in kwestie, stelde dat de mogelijkheid tot het terugverdienen van het verlies in het geval van verkoop tegen prijzen beneden de gemiddelde variabele kosten, een absoluut vereiste is voor het aannemen van misbruik door rooftprijzen. In haar geval kon daar geen sprake van zijn, aangezien de verkoop met verlies plaatsvond op *een andere markt* dan de markt waarop zij een machtspositie had. Het Hof wees het argument van de hand en redeneerde als volgt: 'Overigens zou het in de omstandigheden van de onderhavige zaak niet dienstig zijn om daarnaast nog als extra bewijs te eisen, dat wordt aangetoond dat Tetra Pak een reële kans had om haar verliezen goed te maken. Tegen een praktijk van afbraakprijzen moet namelijk kunnen worden opgetreden, zodra het risico bestaat dat concurrenten worden uitgeschakeld. (...) Het nagestreefde doel van de instandhouding van een onvervalste mededinging staat niet toe dat wordt gewacht totdat een dergelijk beleid resulteert in de feitelijke uitschakeling van de concurrenten'.<sup>217</sup> Het lijkt er dus op dat het Hof genoemd bewijs in deze specifieke situatie niet nodig achtte. Desondanks wordt er vanuit verschillende bronnen gewezen op de noodzaak van een structurele analyse van de mogelijkheden voor de onderneming in kwestie het verlies terug te verdienen.<sup>218</sup>

De uitspraak inzake *Tetra Pak II* is ook wel gezien als een impliciete sanctiëring van kruissubsidiëring. Kruissubsidiëring is op zich niet in strijd met artikel 82, tenzij het samengaat met een gedraging die wel misbruik oplevert, zoals dus het voeren van rooftprijzen.<sup>219</sup> In *Deutsche Post* geeft de Commissie een definitie van het begrip: 'Economisch gezien is sprake van kruissubsidiëring wanneer enerzijds de inkomsten van een dienst niet toereikend zijn om de incrementele kosten van deze dienst te dekken en anderzijds een dienst of een heel bedrijfsdeel voorhanden is waarvan de inkomsten hoger zijn dan de 'stand alone' kosten'.<sup>220</sup> In deze zaak kwam de Commissie tot de conclusie dat Deutsche Post haar postorderdienst (mede) financierde met de inkomsten uit de reguliere postdiensten, en het zodoende mogelijk was eerstbedoelde diensten langdurig onder de kostprijs aan te bieden. De Commissie legde een boete op wegens schending van artikel 82 EG.

Belangrijk nadeel van genoemde Areeda Turner test en de benadering van het HvJEG, is dat de methode op bepaalde markten niet werkt. Op markten die gekenmerkt worden door innovatiemededinging en/of netwerkeffecten, zoals bijvoorbeeld de markten voor computers & software, biotechnologie, IT, telecommunicatie en televisiediensten,<sup>221</sup> zijn de marginale kosten per producteenheid erg laag, waardoor een kostenanalyse op basis van de gemiddelde variabele kosten een vertekend beeld kan geven. In deze markten speelt de acquisitie van intellectuele

217 HvJEG 14-11-1996, *Tetra Pak International SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. C-333/94P, *Jur.* 1996, p. I-5951 (*Tetra Pak II*), § 44.

218 Martinez, 'Some views on pricing and EC Competition policy' (voordracht op 7-12-1998 tijdens congres 'Legal challenges of pricing', Norton Rose, Londen), tekst opvraagbaar via [www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/](http://www.europa.eu.int/comm/competition/speeches/), § 9; conclusie A-G Fennelly bij *CMB*, *supra*, § 136.

219 GEA 20-3-2002, zaak nr. T-175/99, *Jur.* 2002, p. II-1915, § 61 (*UPS Europe*).

220 Beschikking van de Commissie van 20 maart 2001 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, *PbEG* 2001, L 125/27 (*Deutsche Post AG*).

221 Genoemde markten worden door Temple Lang onderscheiden als 'high technology industries': Temple Lang 1996, p. 3.

eigendomsrechten vaak een grote rol: technologische veranderingen en verbeteringen vinden in hoog tempo plaats, waardoor de levensduur van producten kort is en het belangrijk is om het zogenaamde 'first mover advantage' te hebben dat een intellectueel eigendomsrecht kan creëren.<sup>222</sup> In genoemde gevallen is een kostenanalyse geen werkbare methode om te bepalen of er sprake is van rooftprijzen.<sup>223</sup> Uit haar beschikking inzake *Wanadoo* kan opgemaakt worden dat de Commissie vooralsnog echter niet voornemens is de test aan te passen aan de karakteristieken van dergelijke innovatieve markten.<sup>224</sup> Het argument dat een mededingingsautoriteit zich terughoudend op zou moeten stellen jegens een markt in de opkomende fase, schoof zij in deze procedure terzijde: 'to subordinate the application of the competition rules to a complete stabilisation of the market would be to deprive the competition authorities of the power to act in time and before the abuses established have exerted their full effect and the positions unduly acquired have thus been finally consolidated'.<sup>225</sup> Zie voorts over de toepassing van het mededingingsrecht in markten in de kenniseconomie § 4.4 van deze dissertatie.

#### *Discriminerende prijzen en kortingen*

Prijstdiscriminatie is het rekenen van verschillende prijzen aan verschillende klanten voor dezelfde producten of diensten. Of andersom: het rekenen van dezelfde prijs aan verschillende klanten voor ongelijke producten of diensten. Deze vorm van misbruik valt onder artikel 82 sub c: het toepassen ten opzichte van handelspartners van ongelijke handelsvoorwaarden bij gelijkwaardige prestaties. Het voeren van discriminerende prijzen vindt veelvuldig plaats in het kader van normale prijsconcurrentie, doch onder omstandigheden kan het in strijd zijn met artikel 82 EG. Een onderneming kan prijsdiscriminatie op een (voor haarzelf) succesvolle wijze toepassen indien aan een aantal voorwaarden is voldaan: er moet sprake zijn van een dominante positie op de markt, van verschillende groepen afnemers waaronder de prijselasticiteit van de vraag verschilt en onderlinge handel tussen deze afnemers moet niet mogelijk zijn.<sup>226</sup> Te onderscheiden valt prijsdiscriminatie die schadelijk is voor de concurrent ('primary line') en prijsdiscriminatie die schadelijk is voor afnemers van de betreffende onderneming, en zodoende *hun* onderlinge mededinging verstoort ('secondary line').<sup>227</sup>

Veelal vindt prijsdiscriminatie plaats door middel van reductiesystemen, zoals loyaliteitskortingen, hoeveelheidskortingen, doelkortingen of cumulatiekortingen (de afnemer komt in aanmerking voor prijsreductie indien meerdere verschillende

222 Temple Lang, *supra*, p. 3. Zie voorts § 4.4 van deze dissertatie.

223 Zie ook: Jones & Sufrin 2004, p. 389 & 392-394.

224 Beschikking van de Commissie van 16 juli 2003 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, zaak nr. COMP/38.233, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/> (*Wanadoo Interactive*). Zie ook § 4.4.2 van deze dissertatie.

225 R. Klotz & J. Fehrenbach, (2003) *Competition Policy Newsletter* nr. 3, p. 12.

226 Faull & Nikpay 1999, § 3.234; Jones & Sufrin 2004, p. 409-411.

227 Faull & Nikpay 1999, § 3.235; Jones & Sufrin 2001, p. 411/412.

producten worden afgenomen; zie verder ook koppelverkoop). Sommige van deze reductiesystemen zijn ook in een gezonde mededingingssituatie niet ongebruikelijk, zoals hoeveelheidskortingen.<sup>228</sup> Loyaliteitskortingen daarentegen worden regelmatig onverenigbaar geacht met de mededingingsregels, zoals onder meer het geval was in *Hoffmann-La Roche*<sup>229</sup> en *British Plasterboard*.<sup>230</sup> Ook bij doelkortingen is het waarschijnlijk dat de mededinging gefrustreerd wordt.<sup>231</sup>

Veelal is er een samenloop van genoemde reductiesystemen en gaan zij gepaard met andere exclusieve contractvoorwaarden. Strikt gezien gaat het bij deze gedragingen dan ook meer om vormen van contractuele beperkingen.

Prijdiscriminatie kan ook geschieden in de vorm van 'prize squeezing': indien een onderneming actief is op zowel een upstream als downstream markt kan zij haar eigen dochter bevoordelen door de andere ondernemingen op de downstream markt hogere prijzen te rekenen. Ook deze gedraging kan misbruik opleveren.<sup>232</sup>

Naast bovengenoemde vormen van prijsdiscriminatie bestaat tevens *geografische* prijsdiscriminatie: prijsdiscriminatie gebaseerd op een bepaalde gebiedsindeling. Dit onderwerp was aan de orde inzake *United Brands*: de producten werden na transport naar Rotterdam of Bremerhaven verkocht tegen sterk variërende prijzen, afhankelijk van de Lidstaat waaruit de afnemer afkomstig was. Deze verkoopprijzen weerspiegelden het prijsniveau van de detailhandel in de betreffende Lidstaten. Het HvJEG veroordeelde dit prijsbeleid: '(...) ofschoon het begrijpelijk is dat verschillen in transportkosten, belastingen, invoerrechten, arbeidslonen, verhandelingsvoorwaarden, valutakoersen en concurrentiedruk eventueel kunnen leiden tot een verschillende kleinhandelsprijs in de diverse Lidstaten, deze factoren niettemin door UBC slechts in beperkte mate in aanmerking mogen worden genomen, aangezien zij een volkomen identiek product op één en dezelfde plaats verkoopt aan rijpers/distributeurs die de risico's van de consumentenmarkt alleen dragen'.<sup>233</sup> Ook in *Tetra Pak II* werd geoordeeld dat geografische prijsdiscriminatie in strijd kan zijn met artikel 82: 'In het bijzonder mag zij niet kunstmatige prijsverschillen in de diverse Lidstaten toepassen, waardoor haar afnemers in een ongunstige positie worden gebracht en de mededinging kan worden vervalst in het kader van een kunstmatige afscherming van de nationale markten'.<sup>234</sup> Uit deze passage blijkt dat het bezwaar tegen geografische prijsdiscriminatie vaak is dat het functioneren van de interne markt wordt bedreigd omdat de geografische prijsdiscriminatie nationale markten verdeelt.

228 Door een grotere afname bespaart een onderneming immers op haar kosten. Hoeveelheidskortingen zullen doorgaans dan ook geen strijd opleveren met de mededingingsregels: Commissiebeschikking inzake *Irish Sugar*, PbEG 1997 L258/1, § 153. Zie echter het arrest van het GEA van 30-9-2003 inzake *Michelin*, zaak nr. T-203/01, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int) (*Michelin II*).

229 *Hoffmann-La Roche*, § 89.

230 HvJEG 6-4-1995, *British Plasterboard Industries PLC en British Gypsum Ltd. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. C-310/93P, *Jur.* 1995, p. I-865 (*British Plasterboard*), § 68.

231 *Michelin*, § 81-84.

232 Commissiebeschikking inzake *Napier Brown tegen British Sugar*, PbEG 1988, L284/41, § 66. Zie ook de Commissiebeschikking inzake *Telefónica*, zaak nr. COMP/38.784, zie persbericht IP/07/1011 via [http://ec.europa.eu/comm/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html).

233 *United Brands*, § 228.

234 *Tetra Pak II*, § 160.



Dit effect werd ook benadrukt in *United Brands*, waar het HvJEG oordeelt dat het voeren van per Lidstaat verschillende prijzen een belemmering vormt voor het vrije verkeer van goederen.<sup>235</sup> Echter, zowel in *United Brands* als *Tetra Pak II* was er, naast de discriminerende prijszetting, sprake van bijkomende beperkende maatregelen. In *United Brands* was dat de zogenaamde 'green banana clause'<sup>236</sup> en in het geval *Tetra Pak II* waren dat koppelverkoop-clausules.<sup>237</sup> In hoeverre geografische prijsdiscriminatie zonder bijkomende mededingingsbeperkende maatregelen misbruik op kan leveren lijkt niet helder.<sup>238</sup> Het bestraffen van een onderneming wegens het voeren van ongelijke prijzen in verschillende Lidstaten lijkt in ieder geval onredelijk indien de onderneming in vergaande mate verticaal geïntegreerd is. Deze onderneming draagt dan immers zelf zorg voor het op de markt brengen van het product in de verschillende Lidstaten; de verschillen in de bijbehorende kosten komen dan dus ook voor haar rekening. Deze aanname komt niettemin niet overeen met het hierboven weergegeven oordeel van het HvJEG inzake *United Brands*.

### § 1.3.3 Weigering tot levering, onderhandelen of licentieverlening

Het HvJEG heeft een aantal malen arrest gewezen in zaken waarin een weigering tot leveren of licentieverlening centraal stond. Het kwalificeren van dergelijke weigeringen als misbruik is omstreden vanwege de ingrijpende inbreuk op de contractvrijheid. De Commissie zal immers bij een vastgestelde inbreuk verplichten tot levering of licentieverlening, hetgeen indruist tegen het uitgangspunt van handelsvrijheid voor ondernemingen. De Commissie is gerechtigd tot het nemen van dergelijke maatregelen op grond van artikel 7 van Verordening 1/2003. Naast deze bevoegdheid creëert deze Verordening bovendien voor de Commissie de mogelijkheid tot het nemen van voorlopige maatregelen.<sup>239</sup>

#### *Leveringsweigering*

Het HvJEG besliste reeds in 1974 dat een leveringsweigering aan een bestaande afnemer strijdig kan zijn met artikel 82 EG: inzake *Commercial Solvents* werd de producent van een grondstof gesanctioneerd toen deze de levering daarvan aan een afnemer, die de grondstof verwerkte tot een eindproduct, stopzette. Het door de onder-

<sup>235</sup> *United Brands*, § 232.

<sup>236</sup> Deze clausule betrof een verbod op de doorverkoop van bananen die nog groen waren. Op deze wijze werd de algehele doorverkoop door afnemers feitelijk onmogelijk gemaakt, gezien het feit dat eenmaal rijpe bananen vrijwel ogenblikkelijk verhandeld moeten worden in verband met hun bederfelijkheid.

<sup>237</sup> *Tetra Pak II*, § 170.

<sup>238</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 417. Anders: Faull & Nikpay 1999, § 3.324-3.328.

<sup>239</sup> Het bestaan van deze bevoegdheid werd reeds op grond van de jurisprudentie aangenomen: HvJEG 17-1-1980, *Camera Care Ltd.* tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 792/79R, *Jur.* 1980, p. 119 (*Camera Care*). Het bestaan van bedoelde bevoegdheid werd voorts bevestigd in de arresten *Ford, Peugeot en La Cinq* (resp. HvJEG 28-2-1984, *Ford of Europe Incorporated* en *Ford – Werke Aktiengesellschaft* tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 228/82 & 229/82, *Jur.* 1984, p. 1129; GEA 12-7-1991, *Automobiles Peugeot SA* en *Peugeot SA* tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-23/90, *Jur.* 1991, p. II-653; GEA 24-1-1992, *La Cinq SA* tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-44/90, *Jur.* 1992, p. II-1).

neming (Commercial Solvents) verdedigde standpunt, dat de leveringsweigering gerechtvaardigd zou zijn gezien het feit dat zij zich zelf wilde begeven op de markt voor eindproducten en derhalve verticale integratie nastreefde, werd door het HvJEG verworpen. Het Hof oordeelde dat 'een onderneming – in het bezit van een machtspositie voor de productie van de grondstoffen en uit dien hoofde in staat de bevoorrading van de producenten van afgeleide producten te controleren – zich op grond van haar besluit zelf die derivaten te gaan produceren, waardoor zij de concurrente zou worden van haar vroegere afnemers, evenwel niet zodanig ver mag gaan dat zij de mededinging dier voormalige afnemers (...) kan uitschakelen'.<sup>240</sup> Het Hof besteedde geen aandacht aan de vraag of de verticale integratie van Commercial Solvents efficiencyvoordelen had die uiteindelijk de consument ten goede zouden komen. Inzake *United Brands*, waar de dominante onderneming United Brands Company weigerde een afnemer te leveren omdat deze promotieactiviteiten voor een concurrent verrichtte, werd zelfs niet overwogen of de mededinging op de lager gelegen markt wel belemmerd werd door de in het geding zijnde leveringsweigering.<sup>241</sup> Hoewel het Hof in dit arrest erkende dat een onderneming, ook al heeft zij een machtspositie, gerechtigd is haar eigen commerciële belangen te verdedigen en dat zij de mogelijkheid moet hebben te handelen zoals ze ter verdediging van die belangen wenselijk acht, oordeelde het dat in casu geen sprake kon zijn van een rechtvaardiging.<sup>242</sup> Het was United Brands derhalve niet toegestaan haar leveranties aan een vaste klant die de normale handelsgebruiken respecteert te staken.<sup>243</sup> Het feit dat de betreffende afnemer deelnam aan een uitgebreide reclamecampagne voor een concurrent van UBC, deed hieraan niet af.<sup>244</sup> In *Hugin*, waar net als in *Commercial Solvents* verticale integratie de reden was om leveringen aan een bestaande afnemer stop te zetten, oordeelde de Commissie<sup>245</sup> dat in deze bedrijfsstrategie geen objectieve rechtvaardiging lag voor het laakbare gedrag, evenmin zonder te oordelen over de vraag of de bezitters van Hugin kasregisters hiervan nadeel zouden ondervinden.<sup>246</sup>

Naast een weigering tot het leveren van producten, kan leveringsweigering tevens betrekking hebben op diensten. Dit was aan de orde in het arrest *Télémarketing*, waar het HvJEG het gedrag sanctioneerde van Compagnie Luxembourgeoise de Telediffusion (hierna: CLT), de beheerder van een televisiestation. CLT had, na het aflopen van een overeenkomst, geweigerd in reclameboodschappen, opgesteld door het telemarketingbedrijf Centre Belge, nog langer te

240 HvJEG 6-3-1974, Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. en Commercial Solvents Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 6 en 7/73, *Jur.* 1974, p. 223 (*Commercial Solvents*), § 24.

241 Faull & Nikpay 1999, § 3.165.

242 *United Brands*, § 189.

243 *United Brands*, § 182. Zie ook § 5.5.3 van deze dissertatie.

244 *United Brands*, § 182-196.

245 Het Hof kwam aan de beoordeling van het misbruik niet toe, omdat het oordeelde dat de handel tussen de Lidstaten niet beïnvloed werd door Hugin's gedraging.

246 Commissiebeschikking inzake *Hugin*, *PbEG* 1978, L22/23, onder II.

verwijzen naar diens telefooncentrale, maar verwees de bellende consument in plaats daarvan naar haar eigen telefooncentrale. Centre Belge werd zodoende uitgesloten van de door haarzelf opgebouwde markt voor telemarketing. Het HvJEG overwoog dat een onderneming met een machtspositie zich schuldig maakt aan misbruik, indien 'zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf of aan een tot dezelfde groep behorende onderneming voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde ondernemer volledig wordt uitgeschakeld'.<sup>247</sup>

Bovengenoemde gevallen betroffen telkens leveringsweigering aan bestaande afnemers. Leveringsweigering aan *nieuwe* afnemers kan als gevolg hebben dat een effectieve mededinging door deze afnemers op een bepaalde markt wordt uitgesloten, indien het gewenste product of de gewenste dienst niet via andere kanalen verkregen kan worden. Inzake deze problematiek heeft zich de essential facilities doctrine ontwikkeld. Dit is een leerstuk afkomstig uit de Verenigde Staten, waar het een omstreden rol speelt in het mededingingsrecht.<sup>248</sup> De essential facilities doctrine schrijft voor, dat een onderneming met een machtspositie gedwongen kan worden een product of dienst te leveren of toegang te verlenen tot een bepaalde voorziening indien dit essentieel is voor een (potentiële) andere aanbieder om op de markt te kunnen functioneren.

Het HvJEG heeft het leerstuk van de essential facilities nooit uitdrukkelijk erkend. In de meest gezaghebbende uitspraak inzake de problematiek van leveringsweigering aan nieuwe afnemers, *Oscar Bronner*,<sup>249</sup> wordt de term niet genoemd. In dit arrest oordeelt het HvJEG dat een faciliteit onontbeerlijk dient te zijn voor de uitoefening van de werkzaamheden van de verzoekende partij, wil een onderneming verplicht worden toegang te verlenen.<sup>250</sup> Onontbeerlijkheid houdt volgens het Hof in, dat er geen reëel of potentieel alternatief voor de faciliteit bestaat.

Hoofdstuk drie van deze dissertatie behandelt de essential facilities doctrine en de Europese jurisprudentie aangaande leveringsweigering.

<sup>247</sup> *Télémarketing*, *supra*, § 27. Zie ook § 3.3.3 van deze dissertatie.

<sup>248</sup> De doctrine vormt een uitzondering op het zogenaamde *Colgate*-beginsel, hetgeen de contractsvrijheid van ondernemingen behelst: *United States vs. Colgate & Co.*, 250 US 300, 39 S Ct. 465 (1919). Zie ook: Jones & Sufrin 2004, p. 476. Zie verder over essential facilities § 3.2 van deze dissertatie.

<sup>249</sup> HvJEG 26-11-1998, *Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a.*, zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*). Zie ook § 3.3.4.

<sup>250</sup> *Bronner*, *supra*, § 41.

*Licentieweigering*

Er zijn door het HvJEG enkele principiële arresten inzake licentieweigering geweest: *Volvo/Veng & Renault/Maxicar*,<sup>251</sup> *Magill*,<sup>252</sup> *Tiercé Ladbroke*<sup>253</sup> en *IMS Health*.<sup>254</sup> In *Magill* werd misbruik aangenomen, in de overige zaken niet. *Volvo/Veng*, *Renault/Maxicar* en *IMS Health* betroffen een prejudiciële vraag. De problematiek die centraal staat bij het beoordelen van een weigering tot licentiëren houdt verband met de mogelijk innovatiebelemmerende werking die uit kan gaan van een gedwongen licentie via het mededingingsrecht. De vrees bestaat dat ondernemingen terughoudend worden met investeren als de reële mogelijkheid bestaat dat zij bij het uitoefenen van een daardoor verkregen IE-recht geregisseerd worden door de bepalingen van het (Europees) mededingingsrecht. Het HvJEG gaat daarom terughoudend om met gevallen waarin de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten een mededingingsbeperkende werking hebben, ook omdat die beperkende werking inherent is aan het juridische monopolie dat de intellectuele eigendom verschaft.

In *Volvo/Veng* noemde het Hof voor het eerst situaties waarin de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht (in dit geval een modelrecht) in strijd zou kunnen zijn met het verbod op misbruik van machtspositie. Willekeurige leveringsweigering aan afnemers, het voeren van onbillijk hoge prijzen of het weigeren reserveonderdelen te vervaardigen voor auto's die nog in omloop zijn konden volgens het Hof misbruik opleveren.<sup>255</sup> Het HvJEG opende hier voor het eerst een deur naar de dwanglicentie op grond van strijd met artikel 82 EG.

In *Magill* leidde een licentieweigering naar het oordeel van het HvJEG tot schending van artikel 82 EG. De Ierse televisieomroepen die weigerden hun televisie-programmalijsten te licentiëren, maakten misbruik van de machtspositie die zij bezaten op de markt voor wekelijkse tv-gidsen doordat er sprake was van de volgende uitzonderlijke omstandigheden:

- Er was geen daadwerkelijk of potentieel substituut voor een wekelijkse tv-gids, maar wel een constante en regelmatige consumentenvraag naar dit product. Door hun weigering blokkeerden de omroepen, die de enige bron waren van de benodigde gegevens, aldus de introductie van een nieuw product;

251 HvJEG 5-10-1988, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Maxicar tegen Régie nationale des usines Renault*, zaak nr. 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039 (*Renault*); *AB Volvo tegen Erik Veng (UK) Ltd.*, zaak nr. 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211 (*Volvo*).

252 HvJEG 6-4-1995, *Radio Telefís Éireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*).

253 GEA 12-6-1997, *Tiercé Ladbroke SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-504/93, *Jur.* 1997, p. II-923 (*Tiercé Ladbroke*). HvJEG: zaak nr. C-353-95P, *Jur.* 1997, p. I-7007. NB: het inhoudelijke eindoordeel over de geweigerde licentie is gegeven in het arrest van het GEA; in de behandeling door het HvJEG komt dit aspect niet meer aan bod.

254 HvJEG 29-4-2004, *verzoek krachtens art. 234 EG inzake IMS Health GmbH & Co. OHG en NDC Health GmbH & Co. KG*, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039 (*IMS Health*).

255 *Volvo*, § 9.

- Voor deze weigering bestond geen objectieve rechtvaardiging;
- De omroepen behielden zich aldus een afgeleide markt voor door elke mededinging op die markt uit te sluiten.

Of genoemde omstandigheden als cumulatief dan wel alternatief opgevat moesten worden is lange tijd onderwerp van discussie geweest. In *IMS Health* is echter uitdrukkelijk uitgemaakt dat het cumulatieve voorwaarden betreft.<sup>256</sup>

Het arrest van het GEA inzake *Microsoft* is de meest recente uitspraak inzake licentieweigering. De Commissie legde in 2004 Microsoft een boete op van bijna 500 miljoen euro wegens misbruik van machtspositie. Daarnaast verplichtte zij Microsoft bepaalde interoperabiliteitsinformatie te licentiëren en een versie van haar besturingssysteem Windows zonder Mediaplayer op de markt te brengen.<sup>257</sup> Het GEA oordeelde dat deze maatregelen terecht waren opgelegd.<sup>258</sup>

Licentieweigering en de vraag in hoeverre deze gedraging in strijd kan zijn met het verbod van artikel 82 EG is zoals uiteengezet in de Inleiding het hoofdonderwerp van deze dissertatie. In hoofdstuk 2 wordt uitgebreid ingegaan op de hierboven genoemde jurisprudentie, en in de hoofdstukken 4 en 5 wordt de toepassing van artikel 82 op licentieweigeringen geanalyseerd.

#### § 1.3.4 Contractuele beperkingen

Naast het voeren van onbillijke of discriminatoire prijzen verbiedt artikel 82 EG eveneens expliciet het opleggen van onbillijke of discriminatoire contractvoorwaarden (artikel 82 sub a j° sub c).

##### *Hoeveelheids- en loyaliteitskortingen*

Zoals reeds besproken in § 1.3.2 hangt het hanteren van diverse kortingsystemen samen met het prijsbeleid van een onderneming. Afnemers komen in aanmerking voor prijsreducties indien zij bijvoorbeeld grote hoeveelheden afnemen of zich verbinden tot exclusieve afname. Met name kortingen die verband houden met loyaliteit aan de verkopende onderneming komen binnen de werkingsfeer van artikel 82 EG. Wat hoeveelheidskortingen of kwantumkortingen aangaat is de vuistregel dat een onderneming met een machtspositie deze mag toepassen, indien daar een objectieve rechtvaardigingsgrond voor is aan te voeren en de kortingen

<sup>256</sup> *IMS Health*, § 38. Zie echter § 5.2.1 en § 2.6.4 van deze dissertatie.

<sup>257</sup> Beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, zaak nr. COMP/C-3/37.792, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/> (*Microsoft*).

<sup>258</sup> GEA 17-9-2007, Microsoft Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

niet discriminatoir zijn.<sup>259</sup> Een objectieve rechtvaardiging moet gezocht worden in reële kostenbesparingen die verband houden met de verkoop van grotere hoeveelheden.

Loyaliteitskortingen zijn er in een aantal verschillende vormen. Zogenaamde target discounts zijn kortingen die worden verleend als de klant in een bepaalde periode meer dan een bepaalde hoeveelheid inkoopt, bijvoorbeeld indien de afnemer de jaarlijkse inkoop verhoogt met een bepaald percentage. Exclusiviteitskortingen worden verleend als de afnemer alleen of voor het grootste deel bij de betreffende onderneming inkoopt. Kenmerk van deze vormen van kortingsregelingen is dat ze geïndividualiseerd zijn.

Bij bovengenoemde kortingen moet een onderscheid gemaakt worden tussen kortingen die *de facto* verleend worden en kortingen die contractueel vastgelegd zijn.<sup>260</sup> Contractsbepalingen waarin een afnemer zich jegens een onderneming met een machtspositie verbindt tot exclusieve afname, of kortingsstelsels die eenzelfde effect hebben, zijn altijd in strijd met artikel 82.<sup>261</sup> De Commissie en het HvJEG sanctioneren eveneens kortingsregelingen die kwantumkortingen lijken te zijn, doch feitelijk verkapte loyaliteitskortingen behelzen, zoals het geval was in bijvoorbeeld *Hoffmann-La Roche* en *Michelin II*.<sup>262</sup> De Commissie geeft inzake *Deutsche Post* duidelijk aan wat het essentiële verschil is tussen kwantumkortingen (in beginsel geoorloofd) en kortingen die aanzetten tot loyaliteit (op grond van *Hoffmann-La Roche* verboden): een hoeveelheidskorting is alleen van de omvang van de aankopen afhankelijk, en de korting wordt berekend aan de hand van objectieve criteria, die voor alle potentiële afnemers gelijk zijn. Loyaliteits- (of getrouwheids-) kortingen daarentegen zijn niet gebonden aan een bepaalde hoeveelheid, maar aan de behoeften van de afnemer, en worden verleend als tegenprestatie voor de toezegging van exclusiviteit. Ook indien de loyaliteitskorting aan een bepaalde hoeveelheid is gebonden wordt deze korting niet toegekend op basis van deze hoeveelheid maar op basis van een schatting van de vermoedelijke afnamecapaciteit van iedere afnemer afzonderlijk, waarbij de korting op een zo hoog mogelijk percentage van de verwachte behoefte van de afnemer is gebaseerd.<sup>263</sup>

259 HvJEG 29-3-2001, zaak nr. C-163/99, *Jur.* 2001, p. I-2613 (*Portugal/Commissie*). Het HvJEG oordeelt hier dat het inherent is aan een systeem van hoeveelheidskortingen dat bepaalde afnemers een proportioneel grotere korting verkrijgen dan andere. Echter, indien de drempels voor deze kortingen zo hoog liggen dat slechts enkele marktpartijen ze kunnen bereiken, terwijl dat niet gerechtvaardigd wordt door de omvang van hun klandizie of door schaalvoordelen voor de onderneming zelf, zijn de kortingen discriminatoir en derhalve in strijd met artikel 82. *Portugal/Commissie*, § 52.

260 Jones & Sufrin 2004, p. 421.

261 *Hoffmann-La Roche*, § 89.

262 *Hoffmann-La Roche*, § 95-101. Manufacture Française des pneumatiques Michelin tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-203/01, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int). (*Michelin II*), § 62.

263 Beschikking van de Commissie van 20 maart 2001 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, *PbEG* 2001 L125/27 (*Deutsche Post*), § 33.

Alle vormen van loyaliteitskortingen hebben zodoende de bijzondere aandacht van de Commissie, terwijl hoeveelheidskortingen in beginsel geoorloofd zijn. De vraag in welke mate een reële kostenbesparing voor de onderneming als rechtvaardiging een rol speelt is tot op heden niet afdoende beantwoord. In *Michelin II* oordeelde het GEA dat, indien niet aangetoond kan worden dat een kwantumkortingsregeling berust op een vanuit economisch oogpunt gerechtvaardigde tegenprestatie, aangenomen kan worden dat de regeling een klantenbindende werking heeft en derhalve per definitie onverenigbaar is met artikel 82 EG.<sup>264</sup> In *British Airways* geeft het Gerecht echter aan dat argumenten in de sfeer van kostenbesparing juist wel een rol kunnen spelen bij de beoordeling van loyaliteitskortingen, waardoor deze niet per se misbruik opleveren: 'in casu moet worden bepaald of de marketingovereenkomsten en de nieuwe prestatiepremieregeling een klantenbindingseffect hadden (...) en, in voorkomend geval, of deze regelingen op een economisch gerechtvaardigde tegenprestatie berusten'.<sup>265</sup> Onduidelijk is derhalve, of objectieve rechtvaardigingen zoals kostenbesparingen mee mogen spelen bij de beoordeling van zowel kwantumkortingsregelingen als loyaliteitskortingen, en of de laatste per definitie onverenigbaar zijn met artikel 82 EG, of dat alleen een vermoeden van onrechtmatigheid bestaat.

De Commissie had zich in beide bovengenoemde zaken op het standpunt gesteld dat voor het aannemen van misbruik volstaat 'het bewijs dat de onrechtmatige gedraging van de onderneming met een machtspositie erop gericht is de mededinging te beperken of, met andere woorden, dat de gedraging een dergelijk effect heeft of *kan* hebben' (curs. toegevoegd).<sup>266</sup> Zij zag zich hierin door het Gerecht gesteund. Zodoende behoeft niet aangetoond te worden, of de kortingsregeling de mededinging daadwerkelijk beperkt. Dit uitgangspunt heeft scherpe kritiek onderzonden, met name vanuit economische hoek.<sup>267</sup>

#### *Exclusiviteitscontracten*

Overeenkomsten die ertoe strekken exclusieve afname te bewerkstelligen door middel van kortingen zijn blijkens *Hoffmann-La Roche* strijdig met artikel 82 EG. Betekent dit voor een onderneming met een machtspositie dat ook het sluiten van alle overige overeenkomsten die anderszins exclusiviteit behelzen ongeoorloofd is? De Commissie stelt in haar Richtsnoeren inzake verticale beperkingen het volgende: 'ondernemingen met een machtspositie mogen geen niet-concurrentiebedingen aan hun afnemers opleggen, tenzij zij een dergelijke commerciële praktijk op grond van artikel 82 objectief kunnen rechtvaardigen'.<sup>268</sup> Een niet-concurrentiebeding is blijkens de groepsvrijstelling Verticale Overeenkomsten 'elke directe

<sup>264</sup> *Michelin II*, § 110-111.

<sup>265</sup> GEA 17-12-2003, *British Airways plc* tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-219/99, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int) (*British Airways*), § 271.

<sup>266</sup> *British Airways*, § 293; *Michelin II*, § 239.

<sup>267</sup> Jones & Sufrin, p. 446.

<sup>268</sup> Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *PbEG* 2000, C291/1, § 141.

of indirecte verplichting van de afnemer om geen goederen of diensten te produceren, te kopen, te verkopen of door te verkopen die met de contractgoederen of -diensten concurreren, of elke directe of indirecte verplichting van de afnemer om op de relevante markt meer dan 80% van zijn totale aankopen van de contractgoederen of -diensten en substituten daarvan bij de leverancier of een door de leverancier aangewezen onderneming te betrekken, berekend op basis van de waarde van de aankopen van de afnemer in het voorafgaande kalenderjaar'.<sup>269</sup> Deze definitie bestrijkt zodoende naast de reeds besproken (contractuele) kortingsregelingen tevens overeenkomsten waarin de afnemer zich verplicht tot het afnemen van het merendeel van zijn behoeften<sup>270</sup> of waarin de afnemer zich verplicht geen concurrerende producten op de markt te brengen. Dergelijke overeenkomsten zijn – op grond van de richtsnoeren van de Commissie – in beginsel dus in strijd met artikel 82 EG.

Ook het opnemen van een zogenaamde Engelse clause in het contract kan niet voorkomen dat de overeenkomst in strijd wordt geacht met artikel 82. Een Engelse clause is een bepaling waarin de afnemer wordt vrijgesteld van zijn afnameverplichting indien de leverancier – de dominante onderneming – een beter aanbod van een concurrent niet kan of wil evenaren.<sup>271</sup> In *Hoffmann-La Roche* oordeelde het HvJEG dat een dergelijke clause juist bijdroeg aan het misbruik doordat zij HLR informatie verschafte over het gedrag van de concurrenten, waardoor de onderneming een 'gedifferentieerde marktstrategie' kon volgen.<sup>272</sup> Ook de Commissie geeft in haar Richtsnoeren inzake verticale beperkingen aan dat artikel 82 ondernemingen met een machtspositie verbiedt Engelse clauses toe te passen.<sup>273</sup>

Een bijzondere vorm van exclusiviteitscontracten betreft de zogenaamde 'freezer exclusiviteit'. Dit betreft het kosteloos 'verhuren' of 'leasen' van ijskasten door ijsleveranciers, onder de voorwaarde dat hierin louter hun eigen producten worden geplaatst. In *Van den Bergh Foods* oordeelde het GEA dat de Commissie deze praktijk terecht had gesanctioneerd.<sup>274</sup> De exclusiviteitsclausules hadden tot gevolg dat de detailhandelaren geen andere merken 'impuls' ijs meer verkochten terwijl daar wel vraag naar was, hetgeen tevens zou leiden tot toetredingsbarrières voor concurrenten. Het tegenargument van Van den Bergh was gebaseerd op artikel 295 EG, dat het eigendomsrecht van de Lidstaten onverlet laat. De onderneming betoogde dat indien andere merken ijs in de door haar in eigendom zijnde en door haar onderhouden ijskasten zou worden geplaatst, dit een ernstige inbreuk zou zijn op haar eigendomsrechten en

269 Verordening nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1999, L336/21, art 1(b).

270 Zie ook: Beschikking van de Commissie van 20 maart 2001 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, *PbEG* 2003 L10/33 (*Soda-Asb-ICI*), § 142.

271 Jones & Sufrin 2004, p. 451.

272 *Hoffmann-La Roche*, § 107-108. Roche had juist betoogd dat de Engelse clause het misbruikelijke aspect van de kortingsregeling op zou heffen.

273 Richtsnoeren inzake verticale beperkingen, *PbEG* 2000, C291/1, § 152.

274 GEA 23-10-2003, *Van den Bergh Foods Ltd. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-65/98, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int) (*Van den Bergh Foods*).



haar economische belangen zou schaden.<sup>275</sup> Het GEA wees dit argument echter van de hand: 'De litigieuze beschikking tast evenwel de eigendomstitel van HB op haar activa geenszins aan, maar regelt slechts in het algemeen belang een bijzondere vorm van exploitatie ervan, zoals ook bijvoorbeeld de wetgever in tal van lidstaten optreedt ter bescherming van de huurder. De litigieuze beschikking ontnemt HB niet het eigendomsrecht op haar vrieskistenbestand en belet haar evenmin deze activa te exploiteren door ze tegen commerciële voorwaarden te verhuren. Zij bepaalt enkel dat, indien HB besluit ze te exploiteren door ze gratis aan detailhandelaren te verstrekken, zij dit niet mag doen op basis van een exclusiviteitsbeding zolang zij een machtspositie op de relevante markt bekleedt'.<sup>276</sup> Het GEA refereert hierbij aan de rechtspraak die bepaalt dat het eigendomsrecht der Lidstaten weliswaar ongemoeid dient te worden gelaten, doch dat dit niet betekent dat aan de uitoefening daarvan geen grenzen mogen worden gesteld. Vereist is dan wel, dat het ingrijpen door het gemeenschapsrecht beantwoordt aan 'doeleinden van algemeen belang die de Gemeenschap nastreeft en niet een in verhouding tot het nagestreefde doel onevenredige en onduidbare ingreep vormen waardoor de aldus gewaarborgde rechten in hun kern worden aangetast'.<sup>277</sup>

#### *Collectieve rechtenorganisaties*

Ook contracten die collectieve rechtenorganisaties voor het beheer van auteurs- of naburige rechten sluiten met hun aangesloten of gebruikers vallen blijkens Europese jurisprudentie onder het bereik van artikel 82 EG.<sup>278</sup> Veel collectieve rechtenorganisaties bezitten een wettelijke monopoliepositie, hetgeen per definitie leidt tot een machtspositie op de relevante markt.<sup>279</sup> In *BRT/SABAM* uit 1974 besliste het HvJEG dat het vanuit het oogpunt van efficiënt rechtenbeheer weliswaar vereist is dat alle aangesloten auteurs hun rechten aan de collectieve beheersorganisatie afstaan, maar dat indien de organisatie '(...) aan de bij haar aangesloten verplichtingen oplegt welke ter bereiking van haar maatschappelijk doel niet onontbeerlijk zijn en aldus op onbillijke wijze inbreuk maken op de vrijheid van een aangeslotene in de uitoefening van zijn auteursrecht, zulks misbruik op kan leveren'.<sup>280</sup> Een dergelijke verplichting kon volgens het Hof daarin bestaan, dat een overdracht van alle bestaande en toekomstige auteursrechten plaatsvond, ook na uittreding van de auteur uit de organisatie.<sup>281</sup>

<sup>275</sup> *Van den Bergh Foods*, § 164.

<sup>276</sup> *Van den Bergh Foods*, § 171.

<sup>277</sup> HvJEG 13-12-1979, Liselotte Hauer tegen Land Rheinland Pfalz, zaak nr. 44/79, *Jur.* 1979, p. 3727 (*Hauer*).

<sup>278</sup> Wederkerigheidsovereenkomsten tussen collectieve rechtenorganisaties onderling vallen onder het bereik van artikel 81 EG. Zie ook Beschikking van de Commissie van 8 oktober 2002 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst, *PbEG* 2003 L107/58 (*Simulcasting*). Ook in de relatie tussen muziekgebruikers en de rechtenorganisatie kan artikel 81 EG een rol spelen: deze materie kwam aan de orde in *Tournier* (HvJEG 13-7-1989, Ministère Public tegen Jean-Louis Tournier, zaak nr. 395/87, *Jur.* 1989, p. 2521).

<sup>279</sup> Beschikking van de Commissie van 2 juni 1971 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het Verdrag, *PbEG* 1971 L134/15 (*GEMA*), § II onder B; HvJEG 27-3-1974, Belgische radio en televisie tegen SV Sabam en NV Fonior, zaak nr. 127/73, *Jur.* 1974, p. 313 (*BRT/Sabam*), § 5.

<sup>280</sup> *BRT/Sabam*, § 15.

<sup>281</sup> *BRT/Sabam*, § 12.

Eerder had de Commissie inzake *GEMA* reeds geoordeeld dat een contractuele uitbreiding van de te vertegenwoordigen muziekwerken naar werken waarop geen auteursrecht meer rustte of werken die buiten *GEMA*'s repertoire vielen, in strijd was met artikel 82 EG.<sup>282</sup> Later besliste het HvJEG inzake *GVL* dat het uitsluiten van rechthebbenden zonder vaste woonplaats in Duitsland van de opbrengsten van de zogenaamde tweede exploitatie eveneens misbruik van machtspositie opleverde.<sup>283</sup>

In *Tournier* rees de vraag in hoeverre het verlenen van blanco licenties<sup>284</sup> verenigbaar is met artikel 82 EG. Daarnaast werd de hoogte van de gehanteerde tarieven aan de orde gesteld. Ten aanzien van de verlening van blanco licenties oordeelde het Hof dat deze praktijk alleen met artikel 82 in strijd is indien het doel van de rechtenorganisatie, namelijk het beschermen van de belangen van auteurs, ook via een andere methode bereikt kan worden zonder dat de kosten van de licentieverlening en het rechtenbeheer stijgen.<sup>285</sup> Aangaande de veronderstelde excessieve tarieven oordeelt het Hof als volgt: '(...) wanneer een onderneming met een machtspositie voor de door haar verrichte diensten aanzienlijk hogere tarieven verlangt, dan die welke in andere Lidstaten worden toegepast, en de tariefniveaus op homogene grondslag zijn vergeleken, dit verschil als aanwijzing voor een misbruik van een machtspositie is te beschouwen. De betrokken onderneming dient het verschil dan te rechtvaardigen op basis van objectieve verschillen tussen de situatie in de betrokken Lidstaat en die in andere Lidstaten.'<sup>286</sup> Het Hof geeft daarnaast nadrukkelijk aan, dat het niveau van de huishoudelijke kosten van de collectieve rechtenorganisatie een indicatie kan zijn voor eventueel misbruik.<sup>287</sup> Overigens oordeelde de Commissie na een vergelijking op homogene grondslag zoals door het Hof voorgeschreven, dat *SACEM* geen aanzienlijk hogere tarieven rekende dan haar zusterorganisaties.<sup>288</sup> De Franse Conseil de la Concurrence kwam echter tot een tegenovergestelde conclusie.<sup>289</sup>

282 Beschikking van de Commissie van 2 juni 1971 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het Verdrag, *PbEG* 1971 L134/15 (*GEMA*), § IV onder artikel 2.

283 Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten MBH (GvL) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 7/82, *Jur.* 1983, p. 483 (*GVL*), § 56.

284 Blanco licenties verleend door collectieve rechtenorganisaties zijn licenties voor het gehele muziekrepertoire (binnen- en buitenland) en voor onbepaald gebruik. In de zaak *Tournier* maakten discohouders bezwaar tegen het feit dat door de Franse collectieve rechtenorganisatie *SACEM* enkel licenties voor het volledige repertoire werden afgegeven (en betaald dienden te worden), terwijl zij slechts een deel van dat repertoire (namelijk uitsluitend Engelstalige popmuziek) ten gehore brachten.

285 *Tournier, supra*, § 45.

286 *Tournier, supra*, § 38.

287 *Tournier, supra*, § 42.

288 Zie het feitencomplex zoals weergegeven in Bureau Européen des médias de l'industrie musicale tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-114/92, *Jur.* 1995, p. 147 (*BEMIM*).

289 Conseil de la Concurrence 20-4-1993, nr. 93 A05. Zie uitgebreid hierover *GRUIR Int.* 1994, p. 339-350.

Vermeldenswaardig als het gaat om deze problematiek is ten slotte de Mededeling van de Commissie inzake het beheer van auteursrechten en naburige rechten in de interne markt.<sup>290</sup> Hierin geeft de Commissie aan dat zij voornemens is wetgeving op te stellen teneinde bepaalde kenmerken van collectieve rechtenorganisaties te harmoniseren.<sup>291</sup> Bovendien toont zij zich een voorstander van het 'one-stop-shop' principe met betrekking tot licentieverlening in een on-line omgeving.<sup>292</sup>

### § 1.3.5 Koppelverkoop

Koppelverkoop, in het Engels 'tying' genoemd, wordt bestreken door artikel 82 sub d EG: (...) 'het feit dat het sluiten van overeenkomsten afhankelijk wordt gesteld van het aanvaarden door de handelspartners van bijkomende prestaties, welke naar hun aard of volgens het handelsgebruik geen verband houden met het onderwerp van deze overeenkomsten'. Koppelverkoop houdt derhalve in dat een product of dienst alleen geleverd wordt als er ook een ander product of een andere dienst van de producent wordt afgenomen. Ondernemingen trachten op deze wijze hun positie op de ene markt uit te breiden naar een aanverwante markt.<sup>293</sup>

Koppelverkoop kan op verschillende manieren plaatsvinden. De verkopende onderneming kan eenvoudigweg het hoofdproduct zonder het gekoppelde product niet aanbieden, maar kan ook een aanbieding doen die sterk aanzet tot koppelverkoop, bijvoorbeeld een gereduceerd tarief ingeval beide producten afgenomen worden. Een ander voorbeeld is het koppelen van producten waarbij weliswaar de mogelijkheid wordt geboden slechts een van de producten af te nemen, doch waarbij dit niet resulteert in een prijsreductie of een ander voordeel dat in verhouding staat tot het product dat niet wordt afgenomen. In genoemde gevallen gaat er een sterke prikkel uit naar de afnemer beide producten of diensten af te nemen. Dit kan een financieel voordeel zijn, maar ook een andersoortige stimulans, zoals bijvoorbeeld het weigeren van garantie op het hoofdproduct.<sup>294</sup>

Zoals uit de tekst van artikel 82 reeds op te maken valt, ziet het verbod niet op producten die naar hun aard gezamenlijk worden aangeboden, zoals bijvoorbeeld auto's met autobanden. Van belang is derhalve, om te bepalen of iets als één product moet worden beschouwd, of dat het twee afzonderlijke producten betreft. Bijna automatisch belanden we hier weer op het terrein van de marktafbakening.

<sup>290</sup> Mededeling van de Commissie inzake het beheer van auteursrechten en naburige rechten in de interne markt, COM(2004) 261 def.

<sup>291</sup> COM(2004) 261 def., § 3.6.

<sup>292</sup> COM(2004) 261 def., § 3.4 sub c.

<sup>293</sup> In de literatuur wordt wel een conceptueel onderscheid gemaakt tussen 'tying' en 'bundling', waarbij tying bijna per definitie duidt op misbruik van een machtspositie omdat het in alle gevallen zou zien op het openlijke gebruik van een dominante positie met als doel het verkrijgen / verstevigen van een positie op een aanverwante markt. 'Bundling' duidt daarentegen op de toevoeging van een of meer componenten aan het hoofdproduct, met louter als doel dit product aantrekkelijker te maken. Het laatste zou een minder negatief effect op de mededingingsstructuur hebben. Eilmansberger 2005, p. 153-154. In bovenstaande paragraaf wordt met 'koppelverkoop' beide vormen aangeduid.

<sup>294</sup> Vgl. Commissiebeschikking inzake *Hilti*, PbEG 1988 L65/19, § 44.

Enkele voorbeelden uit de jurisprudentie:

#### *Hilti*

Inzake *Hilti* werd door de gelijknamige onderneming aangevoerd dat er, in tegenstelling tot hetgeen de Commissie betoogde, geen sprake was van drie verschillende markten voor schiethamers, patroonstrips voor schiethamers en nagels voor schiethamers, maar van slechts een enkele markt voor 'bevestigingsystemen met explosieve lading'. Zodoende kon er volgens Hilti geen sprake zijn van een machtspositie, waardoor zij zich niet schuldig maakte aan het ongeoorloofd koppelen van de verkoop van niet-geoctrooieerde nagels aan door haarzelf ge-octrooieerde patroonstrips en schiethamers. Het oordeel van de Commissie inzake de relevante markt werd echter bevestigd door het GEA en het HvJEG, waarop Hilti geen verweer meer had aangaande de koppelverkoop.<sup>295</sup>

#### *Tetra Pak II*

Ook in *Tetra Pak II* lag de marktafbakening<sup>296</sup> mede ten grondslag aan de vaststelling van misbruik door middel van koppelverkoop. Tetra Pak verkocht of verhuurde haar verpakkingsmachines, en legde haar afnemers de contractuele verplichting op louter Tetra Pak verpakkingen te gebruiken, al hun onderhoud door Tetra Pak te laten verrichten en al hun reserveonderdelen van Tetra Pak te betrekken. Tetra Pak voerde ter verdediging aan, dat er een natuurlijk verband tussen de verpakkingsmachines en de verpakkingen bestond, en dat de gekoppelde verkoop in overeenstemming met het handelsgebruik was. Het HvJEG oordeelde echter anders, en wees beide argumenten af. Bovendien stelde het Hof: '(...) dat de lijst van misbruiken in artikel 86, tweede alinea, van het Verdrag geen limitatieve lijst is. Zelfs wanneer de gekoppelde verkoop van twee producten in overeenstemming is met het handelsgebruik of wanneer er een natuurlijk verband tussen de betrokken producten bestaat, kan deze verkoop dus niettemin een misbruik in de zin van artikel 86 opleveren, tenzij deze objectief gerechtvaardigd is'.<sup>297</sup>

#### *IBM & Microsoft*

In 1981 startte de Commissie een procedure op grond van misbruik van machtspositie tegen IBM. Volgens de Commissie waren diverse gedragingen van het computerbedrijf in strijd met artikel 82. De levering van het ene product tezamen met het andere (met name hoofdgeheugen en bijpassende software) zonder aparte facturering, de weigering bepaalde software te leveren aan IBM-gebruikers tenzij deze werd gebruikt op een centrale IBM verwerkingseenheid en de weigering bepaalde interface-informatie te verstrekken waren naar het oordeel van de Commissie in strijd met het misbruikverbod.<sup>298</sup> Deze procedure werd in 1984 opgeschort omdat de Commissie een eenzijdige verbintenis van IBM aanvaardde.<sup>299</sup> IBM verplichtte zich daarbij, overigens zonder dat zij de aanwezigheid van een machtspositie dan wel enig misbruik

<sup>295</sup> GEA 12-12-1991, Hilti AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-30/89, *Jur.* 1991, p. II-1439 (*Hilti GEA*), § 27 j° § 101.

<sup>296</sup> Zie § 1.3.2. De Commissie onderscheidde vier relevante markten: de markt voor machines, bestemd voor het gesteriliseerd verpakken van producten, de markt voor machines voor het niet-gesteriliseerd verpakken van producten, de markt voor gesteriliseerde verpakkingskartons en de markt voor niet-gesteriliseerde verpakkingskartons.

<sup>297</sup> HvJEG 4-11-1996, Tetra Pak International SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. C-333/94P, *Jur.* 1996, p. I-5951 (*Tetra Pak II*), § 37.

<sup>298</sup> HvJEG 11-11-1981, International Business Machines Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 60/81, *Jur.* 1981, p. 2639 (*IBM*), § 1.

<sup>299</sup> *XIVe Verslag over het Mededingingsbeleid*, § 94-95 j° Bull. EG 10-1984, p. 100.

daarvan erkende, tot het afzien van de genoemde koppelverkoop en het leveren van interface-informatie aan haar concurrenten. De Commissie meende dat deze verbintenis een aanzienlijke verbetering zou betekenen voor de mededinging op de markt voor IBM-compatibele systemen, maar ook voor de positie van consumenten: 'Zij verkrijgen eveneens de vrijheid van keuze uit een groter gamma producten omdat andere producenten thans worden aangespoord nieuwe producten te ontwikkelen daar zij weten dat de fundamentele gegevens over de interfaces voor hen toegankelijk zullen zijn'.<sup>300</sup>

Twintig jaar na deze IBM-verbintenis nam de Commissie in maart 2004 een beschikking aan inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag met betrekking tot gedragingen van softwarefabrikant Microsoft.<sup>301</sup> Na uitgebreid onderzoek komt zij tot de conclusie dat Microsoft misbruik van haar machtspositie maakt door te weigeren interoperabiliteitsinformatie voor haar besturingssysteem Windows bekend te maken alsmede door het koppelen van de verkoop van de Windows Media Player aan de verkoop van het Windows besturingssysteem.<sup>302</sup> De Commissie legt naast een boete van 497 miljoen euro de volgende maatregelen op: het verplicht leveren van genoemde interoperabiliteitsinformatie aan eenieder die voornemens is een besturingssysteem te ontwikkelen alsmede de verplichting een versie van het Windows besturingssysteem op de markt te brengen waarin niet tevens de Windows Media Player is verwerkt. Het GEA houdt de beschikking van de Commissie in stand (zie ook § 2.6 van deze dissertatie).<sup>303</sup>

Vermeldenswaardig is ten slotte het gegeven, dat de Commissie koppelverkoop eveneens sanctioneert indien er voldoende concurrentie en geen machtspositie aanwezig is op de markt voor het hoofdproduct. In haar beschikking inzake *Hilti* maakte de Commissie reeds duidelijk dat ook indien Hilti niet dominant geweest zou zijn op de hoofdmarkt, er nog steeds sprake zou zijn geweest van misbruik, aangezien zij dat wel was op de afgeleide markt (de markt voor Hilti-compatibel toebehoren).<sup>304</sup> Inzake *Digital Undertaking* oordeelde de Commissie dat de gelijknamige onderneming haar positie op de markt voor soft- en hardware onderhoudsdiensten (afgeleide markt) misbruikte door deze diensten te koppelen, met als gevolg dat de consument ertoe werd aangezet ook PC systemen (hoofdmarkt) van Digital aan te schaffen.<sup>305</sup> Zie over dit onderwerp ook § 1.2.6 van deze dissertatie.

300 *XIVe Verslag over het Mededingingsbeleid*, § 95.

301 Beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, zaak nr. COMP/C-3/37.792, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/>, C(2004) 900 def. (*Microsoft*).

302 C(2004) 900 def., artikel 2.

303 GEA 17-9-2007, *Microsoft Corporation* tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

304 Commissiebeschikking inzake *Hilti*, *PbEG* 1988 L65/19, § 72.

305 *XXVIIth Report on Competition Policy*, [http://ec.europa.eu/comm/competition/annual\\_reports/](http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/), p. 130 (*Digital*).



## 2 Jurisprudentie inzake licentieweigering

### § 2.1 Plan van aanpak

Nu in het voorgaande hoofdstuk de werking van artikel 82 EG uiteen gezet is, zal in dit hoofdstuk de toepassing van dit verbod op licentieweigering geanalyseerd worden. Daartoe bespreken we de beschikbare jurisprudentie van het HvJEG en het GEA aangaande de toepassing van artikel 82 op licentieweigeringen. Doelstelling is tot een inventarisatie te komen van de factoren die in de Europese jurisprudentie een rol spelen bij de beoordeling van licentieweigeringen op grond van artikel 82 EG. Dit is van belang voor de onderzoeksvraag die aan deze dissertatie ten grondslag ligt, namelijk: in hoeverre is een juridische systematisering denkbaar van de gevallen waarin licentieweigering leidt tot misbruik van een economische machtspositie? Het kader waarin deze onderzoeksvraag gesitueerd is, zoals in de Inleiding uiteen gezet werd, Europeesrechtelijk.<sup>1</sup>

De jurisprudentieanalyse zal systematisch uitgevoerd worden door de overwegingen van het HvJEG (c.q. die van de Europese Commissie en het GEA) te bespreken aan de hand van de volgende onderdelen: marktafbakening, machtspositie en misbruik. De betekenis van deze begrippen is behandeld in § 1.2 en § 1.3 van deze dissertatie.

### § 2.2 Volvo/Veng & Renault/Maxicar

#### § 2.2.1 Inleiding

Hoewel vaak in één adem genoemd en op dezelfde dag gewezen, zijn de arresten *Volvo/Veng*<sup>2</sup> en *Renault/Maxicar*<sup>3</sup> van het HvJEG niet geheel eender. Inzake *Renault*, waar het conflict van Italiaanse origine was, werd door Maxicar c.s., fabrikant van

<sup>1</sup> Zie ook § 1.2.

<sup>2</sup> HvJEG 5-10-1988, AB Volvo tegen Erik Veng (UK) Ltd., zaak nr. 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211 (*Volvo*).

<sup>3</sup> HvJEG 5-10-1988, Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Maxicar tegen Régie nationale des usines Renault, zaak nr. 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039 (*Renault*).

carrosserieonderdelen voor auto's van het merk Renault, een beroep gedaan op de nietigheid van bepaalde modelrechten van de gelijknamige onderneming. Daarnaast vorderde Maxicar een verklaring voor recht dat het produceren en verhandelen van niet-originele auto-onderdelen niet in strijd is met de Europese mededingingsregels. De Italiaanse nationale rechter verwierp het beroep op nietigheid, en richtte zich tot het HvJEG met twee prejudiciële vragen. De eerste vraag zag op de verenigbaarheid van het handelen van Renault met de artikelen 28-30 (voorheen artikel 30-36) EG. De tweede prejudiciële vraag had betrekking op de toepassing van het verbod van artikel 82 (toen 86) EG op de uitoefening van een recht van intellectuele eigendom en luidde:

*'Is het verbod van artikel 86 EEG-Verdrag al dan niet van toepassing op het misbruik van de machtspositie die elke automobielconstructeur op de markt van vervangingsonderdelen voor door hem gefabriceerde auto's inneemt, dat hierin bestaat dat door het verwerven van modelrechten en de handhaving in rechte daarvan ernaar wordt gestreefd, de mededinging van onafhankelijke producenten van vervangingsonderdelen geheel uit te schakelen?'*<sup>4</sup>

Inzake *Volvo* had gedaagde in de inbreukprocedure, Erik Veng Ltd. (hierna: Veng) aanvankelijk eveneens een nietigheidsverweer gevoerd, maar zijn verweer later geconcentreerd op de weigering van Volvo een licentie te verlenen voor de productie van het voorspatbord voor de Volvo 200. Deze weigering zou volgens Veng strijdig zijn met het verbod op misbruik van economische machtspositie zoals neergelegd in artikel 82 EG. Het Engelse Patents Court stelde daarop drie prejudiciële vragen aan het HvJEG. De eerste omvatte de vraag of een autofabrikant, als houder van een recht van intellectuele eigendom dat rust op een reserveonderdeel, door of wegens het houderschap van dat recht een machtspositie inneemt. De derde vraag had betrekking op de mogelijke beïnvloeding van de tussenstaatse handel door de handeling (of eigenlijk de weigering tot handelen) van Volvo. De tweede prejudiciële vraag luidde als volgt:

*'Is er sprake van misbruik van machtspositie wanneer die constructeur (Volvo) weigert anderen een licentie voor het leveren van dergelijke carrosserieonderdelen te verlenen, zelfs wanneer die anderen bereid zijn een billijke royalty voor alle onder de licentie verkochte goederen te betalen (...)?'*<sup>5</sup>

De vraag uit *Renault* ziet op de mogelijke toepasbaarheid van artikel 82 EG op de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten, terwijl inzake *Volvo* de verwijzen-de rechter wenst te vernemen of in het betreffende concrete geval de licentieweigering aan te merken valt als misbruik van een economische machtspositie. De prejudiciële vragen in *Renault* en *Volvo* vullen elkaar derhalve aan: *Renault* ziet op

<sup>4</sup> *Renault*, p. 6042.

<sup>5</sup> *Volvo*, p. 6213.



de toepasselijkheid van artikel 82 en *Volvo* ziet op de vraag of de licentieweigering op grond van artikel 82 misbruik oplevert.<sup>6</sup>

### § 2.2.2 Relevante markt

Zoals op te maken valt uit de woordkeus van het Tribunale Civile et Penale te Milaan veronderstelt de Italiaanse verwijzende rechter een machtspositie op de relevante markt bij autofabrikant Renault.

A-G Mischo meent dat dit niet op voorhand kan worden gesteld, en herformuleert de vraag als volgt: 'Maakt een automobielconstructeur die modellen voor de vervangingsonderdelen van auto's deponereert, misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag, nu de uitoefening van de aan een modelrecht verbonden uitsluitende rechten onafhankelijke ondernemingen belet, deze onderdelen rechtmatig te vervaardigen en zodoende met de constructeur te concurreren?'.<sup>7</sup> Vervolgens bakent de A-G de markt af naar de markt voor de (als model) gedeponeerde carrosserieonderdelen. Hij neemt hierbij als uitgangspunt substitutiemogelijkheden aan de vraagzijde. Vanuit de perceptie van een auto-eigenaar zal de relevante productmarkt bestaan uit carrosserieonderdelen die door de autofabrikant zelf worden verkocht of identieke kopieën daarvan.<sup>8</sup>

Daarnaast neemt de A-G in overweging dat handhaving van het modelrecht met zich meebrengt dat er geen substitutieproducten meer beschikbaar zijn, aangezien er geen substitutieproducten zijn die geen inbreuk maken op het modelrecht.<sup>9</sup> Uit deze overweging blijkt dat hetgeen bepalend is voor de substitueerbaarheid van het product, namelijk de vormgeving, identiek is aan hetgeen beschermd wordt door het modelrecht.

In de conclusie van Mischo aangaande *Volvo* zien we dezelfde benadering terug.<sup>10</sup>

De autofabrikanten zelf stelden zich op het standpunt dat de relevante productmarkt omvangrijker was, en naast de beschermde carrosserieonderdelen tevens nieuwe auto's omvatte. Belangrijk argument dat ter onderbouwing van deze stelling naar voren werd gebracht, was dat de consument zich bij de aankoop van een auto rekenschap geeft van de prijzen van reserveonderdelen en reparaties, waardoor het geheel als één productmarkt te beschouwen valt. Zoals we in § 1.2.6 reeds hebben gezien past dit argument in situaties waarbij naast de hoofdmarkt een afgeleide markt voor vervangingsonderdelen wordt onderscheiden. Govaere duidt de benadering van de autofabrikanten aan als 'package deal theory', en verwerpt haar voor wat betreft de auto-onderdelen. Zij stelt dat de consument bij aankoop van een

<sup>6</sup> Zie ook: Govaere 1996, § 8.06.

<sup>7</sup> Overigens leidt deze herformulering tot een vraag die meer identiek is aan de vragen uit *Volvo*, hetgeen wellicht verklaart waarom de twee zaken vaak als één worden besproken.

<sup>8</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Renault*, § 48. Tevens neemt de A-G hierbij in overweging dat de garantie verleend door de autofabrikanten afhankelijk is van het gebruik van originele onderdelen.

<sup>9</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Renault*, § 54.

<sup>10</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Volvo*, § 6-13.

product als een auto onmogelijk een juiste inschatting kan maken van de kosten die in een later stadium verbonden zijn aan reparaties en de aanschaf van reserveonderdelen.<sup>11</sup> Ons inziens kan de benadering bij andere, minder duurzame, verbruiksgoederen echter wel degelijk juist zijn.

Daarnaast tracht Govaere de 'package deal theory' te ontcrachten met het argument dat nieuwe auto's en reserveonderdelen niet substitueerbaar zijn: de prijs van reserveonderdelen zal een bijzondere hoogte moeten bereiken eer de consument ervoor kiest in plaats van een reserveonderdeel een nieuwe auto aan te schaffen. De op grond van de package deal theory geïntegreerde voor-, hoofd- en afgeleide markten voor auto's en auto-onderdelen moeten naar haar mening van elkaar worden onderscheiden. Deze opinie lijkt in overeenstemming met de Bekendmaking inzake de Relevante Markt, waarin de Commissie stelt dat er verschillen in concurrentiedwang kunnen bestaan tussen de markt van de voor de bouw van de auto bestemde onderdelen en de markt van reserveonderdelen.<sup>12</sup>

Anderman stelt daarentegen dat het package deal argument een logisch gevolg is van de commerciële zienswijze van een onderneming, die het productieproces zal zien als één geheel, daar de marketingstrategie gericht is op alle facetten die met de marketing van het product samenhangen. Om te kunnen concurreren op het gebied van de verkoop voor nieuwe auto's, zal de onderneming bijvoorbeeld besluiten de prijs van reserveonderdelen op te schroeven, teneinde op dat vlak de benodigde winst te behalen.<sup>13</sup> Een mededingingsautoriteit definieert markten echter dikwijls eng, waardoor het kan voorkomen dat geconcludeerd wordt dat een onderneming een machtspositie inneemt op een afgeleide markt, terwijl de hoofdmarkt competitief is. Zie in dit verband ook § 1.2.6.

De op consumentenvoorkeur georiënteerde marktafbakening door de A-G wekt op zich weinig verbazing, aangezien de afbakening van de relevante productmarkt zich in beginsel richt op substitueerbaarheid aan de vraagzijde.<sup>14</sup> Tevens is zij geheel in lijn met de marktafbakening in *Hugin*,<sup>15</sup> waar het HvJEG oordeelde dat er een aparte productmarkt aangenomen moet worden indien er een aparte vraag naar het product aan consumentenzijde geïdentificeerd kan worden.<sup>16</sup> Anderzijds is een belangrijk verschil met de situatie zoals die aan de orde was in *Hugin* dat in de onderhavige gevallen er zelfstandige ondernemingen waren die het gevraagde product produceerden, of althans wilden produceren. In *Hugin* was alleen Hugin Ltd. zelf producent van de Hugin kassaregisters. Dit illustreert tevens waarom de A-G inzake *Volvo* en *Renault* concludeert dat de relevante productmarkt bestaat uit car-

11 Govaere 1996, § 8.16.

12 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5, § 36.

13 Anderman 1998, p. 154 j° p. 158.

14 Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt, § 7.

15 HvJEG 31-5-1979, *Hugin kassaregister AB en Hugin Cash Register Ltd tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 22/78, *Jur.* 1979, p. 1869 (*Hugin*).

16 *Hugin*, § 7.

rosserieonderdelen die door de autofabrikant zelf worden verkocht of identieke kopieën daarvan.<sup>17</sup> De vraag naar (de mogelijkheid) van het bestaan van identieke kopieën hangt samen met de vraag naar substitueerbaarheid aan de aanbodzijde. Zoals we hebben gezien in § 1.2.2 moet substitueerbaarheid aan de aanbodzijde in aanmerking worden genomen indien producenten zonder al te veel inspanning binnen korte termijn kunnen overschakelen op de productie van een relevant product. Verhindert de uitoefening van het intellectueel eigendomsrecht niet de productie van relevante substitutiegoederen, dan moeten deze in de relevante markt opgenomen worden. Zie in dit verband ook de overweging van het HvJEG inzake *Tetra pak II*: 'het (staat) iedere onafhankelijke producent vanuit het oogpunt van het communautaire mededingingsrecht volkomen vrij (...) om verbruiksproducten te vervaardigen die bestemd zijn voor gebruik in door anderen vervaardigde apparaten, tenzij hij daardoor inbreuk zou maken op een recht van intellectuele eigendom'.<sup>18</sup>

De vraag dient zich aan of aanbodssubstitutie van bijzonder belang kan zijn bij een marktafbakening waarbij een intellectueel eigendomsrecht een rol speelt. Ligt de focus hier op de consumentenvoorkeur en producteigenschappen of anderszins op substitutiemogelijkheden aan de vraagzijde, dan zal immers vrijwel altijd een zeer nauwe markt ontstaan, die bijna per definitie leidt tot de vaststelling van een machtspositie bij de rechthebbende. Zie in dit verband ook § 4.2.2 van deze dissertatie.

Het HvJEG besteedt in de arresten *Volvo* en *Renault* geen aandacht aan marktafbakening. Belangrijkste conclusie die evenwel getrokken kan worden uit de marktafbakening door A-G Mischo is dat ingeval de substitueerbaarheid van een product bepaald wordt door de eigenschappen van het product die worden beschermd door het intellectueel eigendomsrecht, de productmarkt beperkt zal worden tot louter het beschermde product.

### § 2.2.3 Machtspositie

Uitgaande van het gegeven dat de relevante productmarkt inzake *Renault* en *Volvo* de markt is voor carrosserieonderdelen door de autofabrikant zelf verkocht of identieke kopieën daarvan, moet vervolgens worden beoordeeld of de autofabrikanten een machtspositie innemen op deze markt. De A-G stelt inzake *Volvo* dat het houden van een modelrecht op zichzelf onvoldoende is om een machtspositie aan te kunnen nemen.<sup>19</sup> Ook inzake *Renault* wijst de A-G erop dat het bezit van

<sup>17</sup> Identieke kopieën kunnen zijn reserveonderdelen die vervaardigd worden door een onafhankelijke producent, maar ons inziens valt niet uit te sluiten dat ook tweedehands onderdelen die door particulieren worden aangeboden onder deze definitie vallen.

<sup>18</sup> HvJEG 14-10-1996, *Tetra Pak International SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschapen*, zaak nr. C-333/94P, *Jur.* 1996, p. I-5951 (*Tetra Pak II*), § 36.

<sup>19</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Volvo*, § 13.

een industrieel eigendomsrecht niet automatisch een machtspositie oplevert.<sup>20</sup> Hij verwijst in beide gevallen naar het arrest *Deutsche Grammophon*.<sup>21</sup> Echter, doordat er in het onderhavige geval geen substitutieproducten zijn die *geen* inbreuk maken op het modelrecht, beschikt de autofabrikant over een machtspositie zodra hij dit recht doet gelden.<sup>22</sup> De A-G geeft hier dus aan dat niet het bestaan van het modelrecht, maar wel de uitoefening daarvan een machtspositie op kan leveren in de zin van artikel 82 EG.

Dat het de *handhaving* van het recht is, die de machtspositie verschaft en niet louter het gegeven dat een onderneming rechthebbende is, komt echter niet duidelijk naar voren in de volgende (slot)overweging die de A-G inzake *Volvo* aan deze materie wijdt: 'wanneer een belangrijke automobielconstructeur rechten bezit op gedeponeerde modellen, op grond waarvan hij krachtens het recht van een Lid-Staat bij uitsluiting gerechtigd is vervangingsonderdelen die voor herstellingen van de carrosserie van auto's van zijn fabrikaat nodig zijn, te vervaardigen en in te voeren (indien de carrosserieonderdelen niet door onderdelen van een model kunnen worden vervangen) dan bezit die fabrikant een machtspositie in de zin van artikel 86 EEG-Verdrag, *zowel wegens dat uitsluitend recht* als wegens de onmogelijkheid voor de consument om een substitutieproduct te gebruiken' (curs. toegevoegd).<sup>23</sup> Op grond van zijn eerdere overwegingen mogen we echter aannemen dat zijn uitgangspunt wel degelijk is dat louter de uitoefening van het recht in combinatie met het ontbreken van substitutiemogelijkheden tot de vaststelling kan leiden dat de onderneming een machtspositie inneemt.

De vraag die zich in dit verband voordoet is logischerwijs of, bij een nauw afgebakende productmarkt, de uitoefening c.q. handhaving van een intellectueel eigendomsrecht niet *altijd* met zich meebrengt dat er geen substitutiegoederen op de markt gebracht kunnen worden. Handhaving door de rechthebbende zou dan in alle gevallen een machtspositie op de relevante markt met zich meebrengen. Govaere meent dat dit afhankelijk is van de mate waarin de rechthebbende in staat is de concurrentie op de relevante markt te beïnvloeden.<sup>24</sup> Bij een zeer nauwe marktafbakening zal het niettemin voor de rechthebbende uiterst lastig worden aan te tonen dat er nog substitutiegoederen zijn.<sup>25</sup>

Het HvJEG gaat inzake *Volvo* en *Renault* niet in op de vraag of de autofabrikanten een machtspositie op de relevante markt innemen, alhoewel impliciet uit de arresten valt af te leiden dat het deze positie veronderstelt.

<sup>20</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Renault*, § 53.

<sup>21</sup> Daarin overweegt het HvJEG als volgt: 'dat de fabrikant van dragers, houder van een aan het auteursrecht verwant recht, niet reeds uit hoofde van het feit dat hij zij uitsluitend recht tot verbreiding van de beschermde voortbrengselen uitoefent, een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag inneemt'. HvJEG 8-6-1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft Mbh tegen Metro SB – Grossmärkte GmbH & Co.*, zaak nr. 78/70, *Jur.* 1971, p. 487, § 16.

<sup>22</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Renault*, § 54; Conclusie A-G Mischo bij *Volvo*, § 14.

<sup>23</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Volvo*, § 15.

<sup>24</sup> Govaere 1996, § 8.32.

<sup>25</sup> Vgl: Anderman 1998, p. 174; Friden 1989, p. 209.

Men zou kunnen aanvoeren dat het hebben van een machtspositie nog geen misbruik oplevert, en dat er om die reden weinig bezwaar kan zijn tegen het aannemen daarvan op basis van een eng gedefinieerde productmarkt. Daarentegen dient niet uit het oog verloren te worden dat het hebben van een machtspositie een onderneming beperkt in haar gedragingen: handelingen die een onderneming zonder machtspositie probleemloos kan verrichten worden gesanctioneerd bij ondernemingen die deze positie wèl innemen.<sup>26</sup>

#### § 2.2.4 Misbruik

Inzake *Renault* benadrukt het HvJEG, in navolging van de A-G, dat de verkrijging van een exclusief recht niet automatisch leidt tot een onrechtmatige mededingingsbeperking: 'In dat verband moet er onmiddellijk op worden gewezen dat de loutere verkrijging van een door de wet toegekend uitsluitend recht, dat inhoudt dat de rechthebbende zich kan verzetten tegen de productie en de verkoop van de beschermde producten door onbevoegde derden, niet kan worden beschouwd als een onrechtmatige uitschakeling van de mededinging'.<sup>27</sup> Het Hof verwijst hierbij naar het arrest *Parke, Davis*.<sup>28</sup> Conform dit arrest uit 1968 oordeelt het vervolgens dat de *uitoefening* van het exclusieve recht wèl strijdig kan zijn met de Europese mededingingsregels, indien zij de onderneming met de machtspositie brengt tot gedragingen die misbruik opleveren.<sup>29</sup>

Dit oordeel is in overeenstemming met de zogenaamde existence/exercise doctrine, die voorschrijft dat het bestaan c.q. de verlening van een exclusief recht niet onderworpen is aan inhoudelijke toetsing onder het Europees recht omdat deze verlening exclusief is voorbehouden aan de nationale wetgever, maar de wijze waarop het recht wordt uitgeoefend wèl. De doctrine is ontwikkeld in de rechtspraak.<sup>30</sup> Zij hangt samen met het leerstuk van het 'specifieke voorwerp'. Dit laatste ziet op de theorie, tot stand gekomen in het kader van rechtspraak inzake de artikelen 30-36 (de huidige artikelen 28-30) EG, dat het gemeenschapsrecht niet in de beoordeling mag treden van het specifieke voorwerp van een intellectueel eigendomsrecht. Het 'specifieke voorwerp' heeft betrekking op bevoegdheden die voortvloeien uit het exclusieve recht en die tot de essentie van dat recht gerekend kunnen worden.

<sup>26</sup> Zie hierover ook § 4.2.1.

<sup>27</sup> *Renault*, § 15.

<sup>28</sup> HvJEG 29-2-1968, *Parke, Davis & Co tegen Probel, Reese, Beintema-Interpharm en Centrafarm*, zaak nr. 24/67, *Jur.* 1968, p. 55 (*Parke, Davis*). In dit arrest oordeelt het Hof dat de bijzondere bescherming die een octrooi verleent niet per definitie met zich meebrengt dat aan alle vereisten van artikel 82 EG is voldaan en 'dat zulks slechts anders zou zijn, indien de exploitatie van het octrooi zou ontaarden in een misbruik van bedoelde bescherming'. Daarna overweegt het Hof: 'dat derhalve, waar het bestaan van het octrooierecht, thans nog, slechts van nationale wetgeving afhangt, alleen de uitoefening daarvan door het gemeenschapsrecht kan worden beheerst wanneer die uitoefening bijdraagt tot de vorming van een machtspositie welke zodanig wordt misbruikt, dat de handel tussen de Lid-Staten daardoor ongunstig zou kunnen worden beïnvloed'.

<sup>29</sup> *Renault*, § 16.

<sup>30</sup> Het onderscheid existence/exercise werd voor het eerst gemaakt in het arrest *Consten/Grundig*: HvJEG 13-7-1966, *Etablissements Consten SA en Grundig-Verkaufs-GmbH tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. 56 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 299 (*Consten & Grundig*). Zie met name p. 519 van dit arrest.

Aan de actualiteitswaarde van de existence/exercise doctrine kan ons inziens worden getwijfeld. De voortschrijdende harmonisering van de diverse intellectuele eigendomsrechten binnen de Europese Unie heeft ertoe geleid dat de communautaire rechter uitspraken kan doen over de geldigheid van deze rechten. Het HvJEG kan nu in de beoordeling treden van de verlening en dus de 'existence' van een aantal van deze rechten,<sup>31</sup> maar dit heeft de vraag naar de legitimiteit van het toetsen van deze verlening aan het mededingingsrecht niet minder prangend gemaakt. Daarnaast staat de invloed van het communautair mededingingsrecht op de *uitoefening* van het exclusieve recht eveneens nog ter discussie, maar dit was ook binnen de existence/exercise doctrine reeds het geval. De toegevoegde waarde van de doctrine lijkt om deze redenen klein. Meer over de existence/exercise dichotomie volgt bij de bespreking van het arrest *Magill*.

Het oordeel van het HvJEG aangaande *Volvo* voegt aan dat inzake *Renault* nog toe dat '(...) moet worden beklemtoond dat de mogelijkheid voor de houder van een model om derden te beletten, producten waarin het model is verwerkt zonder zijn toestemming te vervaardigen en te verkopen of in te voeren, de essentie vormt van zijn uitsluitende recht. Daaruit volgt dat, wanneer de houder van een beschermd model wordt verplicht om derden, zelfs tegen billijke royalty's, een licentie te verlenen voor de levering van producten waarin het model is verwerkt, hem de essentie van zijn uitsluitend recht wordt ontzegd, en dat de weigering om zulk een licentie te verlenen op zich geen misbruik van machtspositie op kan leveren'.<sup>32</sup>

Het Hof oordeelt derhalve dat het uitoefenen van bevoegdheden uit hoofde van een intellectueel eigendomsrecht in beginsel geen misbruik kan inhouden. Het kan wel tot misbruik *leiden*, maar daartoe is een additionele factor vereist.<sup>33</sup> Belangwekkend is in dit verband, dat de A-G stelt dat een zodanige factor niet inhoudt de volledige uitschakeling van de mededinging van onafhankelijke ondernemingen die nagemaakte onderdelen vervaardigen.<sup>34</sup> Zoals we later zullen zien bij de analyse van *Magill*, speelt de volledige uitschakeling van de mededinging op de afgeleide markt daar wèl een zeer belangrijke rol.

31 Hiermee wordt met name bedoeld op het merken- en het modellenrecht, die immers een communautaire variant kennen op grond van de Verordening inzake het Gemeenschapsmerk (Verordening (EG) nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het Gemeenschapsmerk, *PbEG* 1994 L11/1, zoals laatstelijk gewijzigd bij *PbEG* 2004, L70/1) en de Verordening inzake Gemeenschapsmodellen (Verordening (EG) nr. 6/2002 van de Raad van 12 december 2001 betreffende Gemeenschapsmodellen, *PbEG* 2002 L3/1). Anders is het wellicht als harmonisatie beoogd wordt door middel van het instrument van de richtlijn, zoals het geval is bij (wederom) het merken- en modellenrecht, (bepaalde onderdelen van) het auteursrecht en het databankenrecht. Deze vorm van harmonisatie zou een toetsing aan de existence/exercise dichotomie niet in de weg staan omdat dan nog een wetgevende stap van de Lidstaat plaats dient te vinden. In deze gevallen is verdedigbaar, dat de communautaire rechter dan nog steeds niet in de beoordeling van de verlening van het exclusieve recht kan treden.

32 *Volvo*, § 8.

33 Conclusie A-G Mischo bij *Renault*, § 59; bij *Volvo*, § 21.

34 Conclusie A-G Mischo bij *Renault*, § 60.

De A-G noemt vervolgens drie voorbeelden van omstandigheden waarin het uitoefenen van een modelrecht wèl strijd met artikel 82 EG zou opleveren.<sup>35</sup> Het HvJEG neemt deze voorbeelden over. De voorbeelden bieden belangrijke aanknopingspunten voor de beoordeling van licentieweigeringen onder artikel 82 EG door het HvJEG.<sup>36</sup> Het Hof overweegt als volgt:

*'Er zij evenwel op gewezen, dat de uitoefening van een uitsluitend recht door de houder van een model voor carrosserieonderdelen van auto's op grond van artikel 86 verboden kan zijn, indien zij de onderneming met een machtpositie brengt tot gedragingen die misbruik opleveren, zoals de 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 zijn'*<sup>37</sup>

Bij de analyse van de eerste door het HvJEG genoemde gedraging, de willekeurige weigering vervangingsonderdelen te leveren, doet zich de vraag voor of het Hof hier doelt op een *algehele* leveringsweigering aan afnemers, of op een willekeurige, dat wil zeggen discriminatoire, weigering aan *bepaalde* afnemers te leveren. Anderman gaat uit van een algehele leveringsweigering.<sup>38</sup> Echter, als we kijken naar de overweging van de A-G dan zien we dat deze de volgende bewoordingen gebruikt: '(...) discriminerende verkoopvoorwaarden (zoals de weigering om vervangingsonderdelen aan zelfstandige reparateurs te leveren) (...)'.<sup>39</sup> De A-G lijkt hier te doelen op een situatie waarin ten opzichte van handelspartners ongelijke voorwaarden worden toegepast, zoals omschreven in artikel 82 sub c EG. Verdedigbaar lijkt, dat het Hof het element 'willekeurig' heeft toegevoegd om het discriminatoire karakter van de weigering te benadrukken. Overigens merkt Korah terecht op, dat het niet eenvoudig zal zijn een dergelijke leveringsweigering als willekeurig te beschouwen.<sup>40</sup>

Zowel een algehele leveringsweigering als een discriminatoire leveringsweigering houden in de situatie zoals aan de orde in *Volvo* en *Renault* in beginsel geen verband met de uitoefening van het modelrecht: levering van het gevraagde heft de eventuele onrechtmatigheid van de gedraging op.

Net als het eerstgenoemde voorbeeld heeft ook het tweede, het vaststellen van onbillijk hoge prijzen, niet specifiek betrekking op de uitoefening van het modelrecht door de autofabrikanten. Het hanteren van onbillijk hoge prijzen door een onderneming met een machtspositie is immers altijd in strijd met met artikel 82 EG.

<sup>35</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Renault*, § 61; bij *Volvo*, § 28.

<sup>36</sup> Anders: Friden 1989, p. 210.

<sup>37</sup> *Volvo*, § 9; *Renault*, § 16.

<sup>38</sup> Anderman 1998, p. 198.

<sup>39</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Renault*, § 61; bij *Volvo*, § 28.

<sup>40</sup> Korah 1988, p. 382.

Wel moet in herinnering gebracht worden, dat het bepalen van de billijkheid van een prijs voor producten die beschermd worden door een intellectueel eigendomsrecht bijzonder gecompliceerd is.<sup>41</sup> Ook de A-G geeft zich hiervan rekenschap. Onder verwijzing naar *Parke, Davis* overweegt hij dat de omstandigheid dat een geoctrooieerd product duurder is dan een niet-geoctrooieerd product niet noodzakelijkerwijs misbruik oplevert.<sup>42</sup> Dit lijkt evident, gezien de ratio van de verlening van een intellectueel eigendomsrecht: de beloning die de rechthebbende ontvangt moet hem in staat stellen om (soms hoge) investeringen te dekken in onderzoek en (product)ontwikkeling, terwijl de grote meerderheid van de schrijvers aanneemt dat zij daarnaast een stimulerend effect moet hebben op innovatie in het algemeen. Het is om die reden niet onredelijk dat een rechthebbende niet alleen aanspraak kan maken op een vergoeding van de ontwikkelings- en productiekosten, maar ook op een winstmarge. Hoe groot deze winstmarge mag zijn, is onderwerp van discussie. Het IE-systeem legt daar in beginsel geen beperkingen op. In dit verband wordt ook wel aangevoerd, dat het vooruitzicht op een matige tot redelijke winst een onderneming niet voldoende zal stimuleren om daadwerkelijk investeringen te doen, terwijl de mogelijkheid van een exceptioneel hoge beloning dit effect wèl heeft.<sup>43</sup> Een reguliere toets die bepaalt of de prijs in redelijke verhouding staat tot de economische waarde van geleverde prestatie, zal in deze context dan ook geen antwoord geven op de vraag of een prijs onbillijk is in de zin van artikel 82 EG, te meer daar aangevoerd kan worden dat ook de kosten voor de ontwikkeling van producten die uiteindelijk niet op de markt zijn gebracht meegewogen dienen te worden bij een dergelijke analyse.<sup>44</sup>

De A-G concludeert inzake *Volvo* niettemin dat het denkbaar is dat er excessieve prijzen worden gerekend voor de vervangingsonderdelen.<sup>45</sup> Hij geeft tevens aan dat, naar zijn mening, het voeren van excessieve prijzen als bijkomende omstandigheid het meest voor de hand ligt als het gaat om het vaststellen van misbruik in gevallen zoals *Volvo* en *Renault*.<sup>46</sup>

Korah uit bezorgdheid ten aanzien van de vaststelling 'onbillijke prijzen' in een markt waarin concurrentie ontbreekt.<sup>47</sup> Het is op een dergelijke markt immers vrijwel onmogelijk te bepalen wat een redelijke prijs is, aangezien deze doorgaans boven het normale mededingingsniveau zal liggen.<sup>48</sup> Het toepassen van een prijsvergelijking zoals door het HvJEG genoemd in

41 Vgl. § 1.3.2.

42 Conclusie A-G Mischo bij *Renault*, § 62; bij *Volvo*, § 32.

43 Korah 1988, p. 383; Friden 1989, p. 211. Vgl: Jones & Sufrin 2004, p. 384; Govaere 1996, § 8.55.

44 Jones & Sufrin 2004, p. 384.

45 Conclusie A-G Mischo bij *Volvo*, § 33.

46 Conclusie A-G Mischo bij *Renault*, § 61; bij *Volvo*, § 28.

47 Korah 1988, p. 382.

48 Zie in dit verband ook 'De NMa en het toezicht op collectieve beheersorganisaties', onderzoeksrapport NMa 23-2-2007, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl), waarin de Nederlandse mededingingsautoriteit aangeeft dat er geen werkzame methode is om te bepalen of de tarieven van een collectieve rechtenorganisatie excessief zijn. Zie voorts HvJEG 6-2-2003, betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG in het geding tussen Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) en Nederlandse Omroep Stichting (NOS), zaak nr. C-245/00, *Jur.* 2003, p. I-1251 (SENA/NOS).



*Tournier*<sup>49</sup> en door de Commissie in *Deutsche Post*<sup>50</sup> is onbruikbaar, aangezien in deze gevallen vergeleken werd met prijzen van homogene producten uit andere Lidstaten, hetgeen bij door intellectueel eigendom beschermde producten meestal niet mogelijk zal zijn. Korah geeft aan dat een vergelijking met de kosten van de onderneming zelf gecompliceerd zal zijn, aangezien onduidelijk is welke kosten exact moeten worden meegewogen.<sup>51</sup>

De laatste omstandigheid die door de A-G en het HvJEG genoemd wordt als voorbeeld van situatie waarin sprake zou zijn van misbruik, de beslissing om geen vervangingsonderdelen voor een bepaald automodel meer te vervaardigen terwijl er nog veel auto's van dat specifieke type in omloop zijn, lijkt voor twee verschillende interpretaties vatbaar.<sup>52</sup> Indien de autofabrikant zelf geen modellen meer op de markt brengt en weigert te licentiëren aan onafhankelijke reparateurs, zou er op grond van 's Hofs overweging misbruik aangenomen kunnen worden. De vraag is dan welke remedie de mededingingsautoriteit zal dienen toe te passen: een verplichting de modellen opnieuw in productie te nemen en zelf op de markt te brengen of een verplichting te licentiëren. Anders gesteld: opent het HvJEG hier voor de eerste maal een deur naar de mogelijkheid een verplichte licentie op te leggen op grond van artikel 82 EG of heeft de overweging 'slechts' betrekking op een leveringsweigering? Diverse auteurs, waaronder toenmalig rechter van het HvJEG Joliet, gaan ervan uit dat het Hof enkel een mogelijke verplichting om de onderdelen opnieuw in productie te nemen in gedachten had.<sup>53</sup> Dit blijkt ook uit commentaren op het latere *Magill*, waarbij de parallel die het GEA trekt met *Renault* en *Volvo* scherp bekritiseerd wordt vanwege de onvergelykbaarheid van de licentieweigering uit *Magill* en de veronderstelde leveringsweigering uit *Renault* en *Volvo*.<sup>54</sup> De mogelijkheid dat de door het HvJEG geschetste situatie wel degelijk zag op een mogelijke dwanglicentie dient echter niet geheel uitgesloten te worden. Niet alleen is er dan meer coherentie met *Magill*, maar ook de volgende overweging van A-G Mischo inzake *Volvo* wijst hierop: '(...) in geval van een misbruik van machtspositie verband houdend met een industrieel eigendomsrecht, de bevoegde nationale overheid (...) dan wel de Commissie van de Europese Gemeenschappen (...) aan de houder van het octrooi of model één of meerdere gedwongen licenties kan opleggen indien zij meent dat zo het best aan het misbruik een einde kan worden gemaakt'.<sup>55</sup>

49 Ministère Public tegen Jean-Louis Tournier, zaak nr. 395/87, *Jur.* 1989, p. 2521 (*Tournier*). Zie ook § 1.3.4.

50 Beschikking van de Commissie van 20 maart 2001 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, *PbEG* 2001, L 125/27 (*Deutsche Post AG*).

51 Korah 1988, p. 383.

52 Dit overigens nog afgezien van de afbakeningsproblemen: 'veel auto's' lijkt niet een bijzonder bruikbaar criterium.

53 Joliet 1989, p. 185.

54 Govaere 1996, § 8.58; Subiotto 1992, p. 241.

55 Conclusie A-G Mischo bij *Volvo*, § 31.

Volgens Korah dient aan het derde voorbeeld weinig waarde toegekend te worden omdat de situatie zich in de praktijk nauwelijks voordoet.<sup>56</sup> Zij stelt dat indien de autofabrikant het onderdeel niet meer in productie of op voorraad heeft, het onwaarschijnlijk is dat hij zijn modelrecht nog wil handhaven, en dat het bovendien niet waarschijnlijk is dat een onafhankelijke reparateur het onderdeel zelf zou willen gaan produceren. Het is ons inziens echter niet ondenkbaar dat een autofabrikant de productie van een recent model stilletst omdat het niet aanslaat bij de consument, en besluit geen onderdelen daarvoor meer te produceren teneinde de consument zo snel mogelijk op een nieuw model over te laten stappen. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat reparateurs in een dergelijk geval best nog onderdelen die een hoge omloopsnelheid hebben willen produceren.

Indien we op grond van bovengenoemd voorbeeld uit *Volvo* en *Renault* mogen concluderen dat de mededingingsautoriteit of rechter in een dergelijk geval een dwanglicentie zou mogen opleggen, rijst de vraag in hoeverre de situatie zoals genoemd in *Volvo* en *Renault* een dergelijke ingreep rechtvaardigt. In tegenstelling tot hetgeen aan de orde was in de andere twee voorbeelden van de A-G, wordt de consument hier rechte reeks benadeeld, in de zin dat hem een product onthouden wordt waaraan hij wel behoefte heeft. Anderzijds geldt, dat het niet alleen de essentie van een uitsluitend recht is, te kunnen bepalen iets alleen *zelf* te exploiteren, maar ook te besluiten iets helemaal *niet* te exploiteren.<sup>57</sup> Daar komt bij, dat indien men ervan uitgaat dat de consument die een auto aanschaft, ook recht heeft op de mogelijkheid daarvoor vervangingsonderdelen aan te schaffen, de auto en het reserveonderdeel feitelijk als één product beschouwd worden. De afbakening van de relevante productmarkt naar de markt voor vervangingsonderdelen lijkt dan met terugwerkende kracht onterecht.

Ten slotte is nog vermeldenswaardig, dat A-G Mischo na het opnoemen van bovengenoemde drie voorbeelden concludeert dat het handhaven van het modelrecht eerder bijdraagt aan de vorming van de machtspositie dan aan het misbruik daarvan: 'Ik geloof evenwel dat de uitoefening van het intellectueel eigendomsrecht veeleer tot gevolg heeft dat *de machtspositie* van de onderneming wordt gevestigd of versterkt (...) en op zichzelf geenszins een misbruik daarvan kan vormen'.<sup>58</sup>

<sup>56</sup> Korah 1988, p. 383.

<sup>57</sup> Zie ook § 5.2.6.

<sup>58</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Volvo*, § 30.

## § 2.3 Magill

### § 2.3.1 Inleiding

*Magill*<sup>59</sup> was het eerste arrest waarin het HvJEG expliciet oordeelde dat een licentieweigering in uitzonderlijke omstandigheden in strijd kan zijn met artikel 82 EG. Het feitencomplex van deze zaak is in de talrijke publicaties over het arrest uitgebreid besproken,<sup>60</sup> maar wordt hier voor de volledigheid kort weergegeven.

In Ierland waren eind jaren '80 van de vorige eeuw drie televisieomroepen actief: RTE, ITP en het Britse BBC. Iedere omroep publiceerde een tv-gids met daarin louter zijn eigen wekelijkse tv-aanbod. Aan dagbladen werden 24-uurs dan wel 48-uurs (weekend) programmaoverzichten verstrekt. Ierse televisiekijkers die een overzicht wensten van het complete wekelijkse televisieaanbod dienden alledrie de gidsen aan te schaffen. Aangezien de programmagegevens beschermd waren op grond van het Ierse auteursrecht, was voor publicatie van de gegevens door derden een licentie vereist. Aan Magill TV Guides Ltd. (hierna: Magill), producent van een wekelijkse televisiegids met programma-informatie van alledrie de omroepen, werd een licentie voor het gebruik van de gegevens geweigerd, waarop Magill een klacht indiende bij de Europese Commissie.<sup>61</sup>

### § 2.3.2 Relevante markt

De marktafbakening in *Magill* is van bijzonder belang. In haar beschikking onderscheidt de Commissie de volgende markten: de markt voor de afzonderlijke voorpublicaties van de door ITP, RTE en BBC uit te zenden televisieprogramma's, welke betrekking had op professionele afnemers, en de markt voor de afzonderlijke wekelijkse gidsen waarin deze overzichten werden gepubliceerd, welke betrekking

59 HvJEG 6-4-1995, Radio Telefís Éireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*).

60 Zie o.m. D.W.F. Verkade, 'Magill blijft Magill', *Mediaforum* 1995-5, p. 55; F.W. Grosheide, 'Monopolisering van informatie in Europa', *Mediaforum* 1996-5, p. 67; J.J. Feenstra, 'De Magill-zaak: het auteursrecht op programmagegevens en art. 86 EEG', *Informatierecht/AMI* 1990-8, p. 180-183; J. Smith, 'Television guides: the European Court doesn't know there's so much in it', *ECLR* 1992-3, p. 135-138; T. Vinje, 'Magill: its impact on the information industry', *EIPR* 1992-11, p. 397-402; A. Reindl, 'The magic of Magill: TV program guides as a limit of copyright law?', *IIC* 1993-1, p. 61-83; C.G. Miller, 'Magill: time to abandon the 'specific subject-matter' concept', *EIPR* 1994-10, p. 415-421; C. Doutrépoint, 'Mißbräuliche Ausübung von Urheberrechten?', *GRUR Int.* 1994-4, p. 302-308; R. Greaves, 'Magill est arrivé... RTE and ITP v Commission of the European Communities', *ECLR* 1995-4, p. 244-247; K.H. Pilny, 'Mißbräuchliche marktbeherrschung gemäß art. 86 EWG durch Immaterialgüterrechte', *GRUR Int.* 1995-12, p. 954-962; P. Crowther, 'Compulsory licensing of intellectual property rights', (20) *ELR* 1995, p. 521-528; T. Vinje, 'The final word on Magill', *EIPR* 1995-6, p. 297-303; H. H.P. Lugard, 'ECJ upholds Magill: it sounds nice in theory, but how does it work in practice?', *European Business Law Review* 1995, p. 231-234; J.J. Feenstra, 'Het Magill-arrest: eendagsvlief of vogelspin?', *Informatierecht/AMI* 1996-2, p. 31-35; H. Calvet & T. Desurmont, 'L'arrêt Magill: une décision d'espèce?', *RIDA* 1996, p. 2-67.

61 Deze klacht ging overigens vooraf aan een door het Ierse High Court aan Magill opgelegd inbreukverbod.

had op de consument.<sup>62</sup> Beide soorten markten waren afgeleid van de markt voor informatie over televisieprogramma's in het algemeen.<sup>63</sup> Het onderscheid tussen aparte markten voor de afzonderlijke omroepen verklaart de Commissie als volgt:

*'De afzonderlijke overzichten zijn onderling niet uitwisselbaar doch vormen een aanvulling op elkaar aangezien zij verschillende programma's betreffen. (...) De in de gidsen opgenomen wekelijkse overzichten van de omroeporganisaties zijn voor de consument niet uitwisselbaar, en wel om dezelfde reden als voor de uitgever.'*<sup>64</sup>

Naar het oordeel van de Commissie zijn de weekoverzichten van RTE, ITP en BBC complementair, en kunnen derhalve niet elkaars substituut zijn. De dagelijkse overzichten zouden voorts geen substituut vormen voor wekelijkse overzichten, aangezien de verkoop van de wekelijkse gidsen van RTE, ITP en BBC bewijst dat er een separate vraag is naar informatie over televisieprogramma's naast de vraag naar informatie uit de dagbladen.<sup>65</sup> De Commissie concludeert dat ITP, RTE en BBC, nog afgezien van de intellectuele eigendomsrechten die op de programmaoverzichten rustten, een feitelijk monopolie bezitten inzake de productie en eerste publicatie van hun weekoverzichten. Zij acht daarbij van doorslaggevend belang dat 'programmaschema's een bijproduct zijn van het programmeringsproces, dat wordt uitgevoerd door en alleen bekend is bij de programmamakers zelf'.<sup>66</sup> Aangezien de omroepen daarnaast bescherming voor hun programmaoverzichten verkregen op grond van het Ierse en Britse auteursrecht, werd hun feitelijke monopolie versterkt door een juridisch alleenrecht. Om die reden namen de omroepen een machtspositie in op de relevante markt voor hun wekelijkse respectievelijke programmaoverzichten.

De omroepen voeren in het hoger beroep bij het Gerecht van Eerste Aanleg verweer op de volgende wijze. ITP betoogt in beroep dat de relevante productmarkt die voor televisiegidsen in het algemeen is,<sup>67</sup> BBC stelt dat de relevante markt de markt voor omroepdiensten dan wel informatie over televisieprogramma's in het algemeen is (volgens de Commissie dus de hoofdmarkt)<sup>68</sup> en RTE meent dat de markt afgebakend moet worden naar *alle* overzichten van televisieprogramma's.<sup>69</sup> Het Gerecht van Eerste Aanleg bevestigt niettemin het oordeel van de Commissie inzake de relevante productmarkt. Ook het GEA acht doorslaggevend dat er een

62 Beschikking van de Commissie van 21 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.851 – Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE), *PbEG* 1989 L78/43, § 20.

63 Commissiebeschikking inzake ITP, BBC en RTE, § 20.

64 Commissiebeschikking inzake ITP, BBC en RTE, § 20.

65 Commissiebeschikking inzake ITP, BBC en RTE, § 20.

66 Commissiebeschikking inzake ITP, BBC en RTE, § 22.

67 GEA 10-7-1991, Independent Television Publications Ltd. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-76/89, *Jur.* 1991, p. II-575 (GEA ITP), § 15.

68 GEA 10-7-1991, BBC Enterprises Ltd. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-70/89, *Jur.* 1991, p. 535 (GEA BBC), § 16-17.

69 GEA 10-7-1991, Radio Telefis Eireann (RTE) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-69/89, *Jur.* 1991, p. II-485 (GEA RTE), § 30.

separate vraag is naar weekoverzichten, zowel vanuit de consument als vanuit derden die de weekoverzichten wensen te publiceren.<sup>70</sup> Evenals de Commissie oordeelt het Gerecht dat de zogenaamde 24-uurs overzichten niet substitueerbaar zijn met de wekelijkse overzichten: 'enkel wekelijks verschijnende tv-gidsen met de volledige programma's voor de komende week bieden de kijkers de mogelijkheid vooraf te beslissen welk programma zij willen zien, en aan de hand daarvan plannen te maken voor de besteding van hun vrije tijd in de komende week'.<sup>71</sup> Blijkens deze overweging geeft ook hier de voorkeur van de consument voor de specifieke eigenschappen van de weekoverzichten de doorslag bij de bepaling van de relevante productmarkt. De beperkte vervangbaarheid van de weekoverzichten blijkt volgens de Commissie en het GEA in het bijzonder uit het succes van de gids die Magill (tijdelijk) uitbracht en de afname van soortgelijke alomvattende televisiegidsen in andere Lidstaten. Hieruit leiden beide instanties ook af dat er een regelmatig en constante vraag naar het product is.<sup>72</sup>

Evenals in *Renault* en *Volvo* doet zich in *Magill* de vraag voor, in hoeverre het voor derden mogelijk is een substitutieproduct op te markt te brengen zonder inbreuk te maken op de intellectuele eigendomsrechten van de rechthebbende. In *Volvo* en *Renault* was het element dat bepalend was voor de substitueerbaarheid van het product, namelijk de vormgeving, identiek aan het onderwerp van bescherming door het modelrecht. In *Magill* is het onderwerp van de auteursrechtelijke bescherming een programmaoverzicht van een omroep. Onder een dergelijk overzicht moeten we verstaan: 'een lijst van programma's die binnen een bepaald tijdsbestek zullen worden uitgezonden door of namens een zendgemachtigde, waarbij het overzicht de volgende informatie bevat: de titel van elk uit te zenden programma, het kanaal, de datum en het tijdstip van uitzending'.<sup>73</sup> Publicatie en reproductie van deze lijst is voorbehouden aan de rechthebbende, die derden het zonder toestemming verrichten van genoemde handelingen kan verbieden. In hoeverre is het voor derden mogelijk een substitutieproduct te maken dat geen publicatie dan wel reproductie van de beschermde lijst inhoudt? Uit de Commissiebeschikking blijkt dat de publicatie van zogenaamde 'highlights', een beperkt aantal programma's die gedurende de navolgende week zullen worden uitgezonden, niet geacht wordt inbreuk te maken op het auteursrecht van de omroepen.<sup>74</sup> Daar staat tegenover het oordeel van het Hof Den Haag, dat in de Nederlandse procedure over programmegegevens inzake *NOS/Telegraaf* oordeelde dat de publicatie van genregegevens door de Telegraaf in strijd was met de Nederlandse Auteurswet.<sup>75</sup> Niettemin lijkt de constatering dat het exclusieve recht de productie van substitutiegoederen verhindert in *Magill* minder onontkoombaar dan inzake *Volvo* en *Renault*.

<sup>70</sup> GEA ITP, § 48; GEA RTE, § 62; GEA BBC, § 50.

<sup>71</sup> GEA ITP, § 48; GEA RTE, § 62; GEA BBC § 50.

<sup>72</sup> Commissiebeschikking § 23; GEA ITP § 48; GEA RTE § 62; GEA BBC § 50.

<sup>73</sup> Commissiebeschikking § 7.

<sup>74</sup> Commissiebeschikking § 19.

<sup>75</sup> Hof 's-Gravenhage 30-1-2001, *Mediaforum* 2001-2, nr. 12, p. 90, nt. Overdijk; *AMI* 2001-3, nr. 9, p. 73, nt. Cohen Jehoram. De A-G bij de Hoge Raad concludeerde evenwel tot gegrondverklaring van het middel dat tegen dit oordeel van het Hof opkwam (conclusie A-G verkade bij *NOS/Telegraaf*, § 4.31 – § 4.47). De Hoge Raad zelf kwam aan behandeling van het betreffende middel in zijn arrest niet meer toe. In dit verband is de vraag of, indien de Nederlandse rechter had geoordeeld dat een databankrechtelijke bescherming van toepassing was, het publiceren van de genregegevens inbreuk had gemaakt op het sui generis databankrecht, niet zonder belang.

Op de marktafbakening door de Commissie en het GEA in *Magill* is veel kritiek geweest.<sup>76</sup> Het onderscheid tussen de verschillende markten voor programma-gegevens van iedere omroep afzonderlijk wordt daarbij wel als artificieel en doelgericht omschreven.<sup>77</sup> Wat opvalt is dat noch de Commissie, noch het GEA de marktafbakening heeft onderbouwd met economisch bewijs van substitueerbaarheid.<sup>78</sup>

A-G Jacobs gaat in zijn conclusie niet uitvoerig in op de marktafbakening. Daarentegen behandelt hij het misbruikaspect van de zaak zeer uitgebreid. Hier gaan we later op in. Het HvJEG wijdt eveneens weinig woorden aan de afbakening van de relevante productmarkt, al mogen we uit de volgende overweging opmaken dat het Hof oordeelt dat het GEA de markt niet op onjuiste wijze heeft gedefinieerd: 'RTE, ITP als rechtverkrijgende van ITV en BBC beschikken uit de aard der zaak over een feitelijk monopolie op de gegevens voor de opstelling van de televisieprogramma's (...). Requiranten zijn dus in staat een daadwerkelijke mededinging op de markt voor wekelijkse tv-gidsen te beletten, zodat het Gerecht het oordeel van de Commissie, die van mening was dat zij een machtspositie innamen, terecht heeft bevestigd (...).'<sup>79</sup> Het HvJEG oordeelt aldus dat de markt voor wekelijkse televisiegidsen als het ware afgeleid kan worden van die voor de wekelijkse overzichten. Daarmee is onduidelijk wat het lot is van de markt voor informatie over televisieprogramma's in het algemeen, welke door de Commissie als hoofmarkt werd beschouwd.<sup>80</sup>

We brengen hier in herinnering, dat de Commissie en het Gerecht het onderscheid tussen de twee relevante markten maakten, teneinde te kunnen differentiëren naar de vraag van de consumenten (heeft betrekking op televisiegidsen) en de vraag van afnemers (heeft betrekking op programmaoverzichten).<sup>81</sup> Het HvJEG lijkt met de bovenstaande overweging te willen benadrukken dat de *consument* benadeeld wordt, doordat de *concurrent* geen toegang heeft tot de markt op een hoger niveau, namelijk de markt voor wekelijkse programmegegevens.

### § 2.3.3 Machtspositie

De Commissie oordeelt, zoals hierboven reeds werd vermeld, dat de omroepen een feitelijk monopolie inzake de productie en eerste publicatie van hun programmaoverzichten hebben, aangezien deze tot stand komen als bijproduct van het programmeringsproces. Derden zijn derhalve niet in staat zelf betrouwbare programmaoverzichten te maken, en zijn daarom afhankelijk van de omroep-

<sup>76</sup> Zie o.m. Feenstra 1990, p. 181; Skinner 1994, p. 104; Smith 1992, p. 137.

<sup>77</sup> Skinner 1994, p. 104-105.

<sup>78</sup> Vgl. Skinner 1994, p. 104. Zie voorts § 4.2.

<sup>79</sup> HvJEG 6-4-1995, Radio Telefis Eireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*), § 47.

<sup>80</sup> Vgl. Pilny 1995, p. 956.

<sup>81</sup> Commissiebeschikking § 20; *GEA ITP*, § 48; *GEA RTE*, § 62; *GEA BBC*, § 50.

organisaties dan wel hun rechtverkrijgenden. Deze economische afhankelijkheid is kenmerkend voor een machtspositie.<sup>82</sup> Daar komt bij, dat het feitelijke monopolie van de omroepen verstrekt wordt door het juridisch monopolie dat hen toekomt op grond van de bescherming door het auteursrecht. Dit leidt ertoe, dat op de door de Commissie geïdentificeerde markten geen concurrentie plaatsvindt. Dat er door de handhaving van het exclusieve recht een beperking van de mededinging is ontstaan verbaast uiteraard niet, maar de Commissie acht de samenloop met het feitelijke monopolie van de omroepen voldoende grond tot het aannemen van een machtspositie. Gezien haar formulering mogen we aannemen dat zij doelt op een machtspositie op *beide* door haar geïdentificeerde markten.<sup>83</sup>

Het GEA motiveert de vaststelling van de machtspositie summier en op tamelijk onbevredigende wijze. De passage luidt als volgt:

*'(...) als gevolg van haar auteursrecht op haar programmaoverzichten, het alleenrecht bezat om deze overzichten te vereenvoudigen en in het verkeer te brengen. Daardoor was zij in staat een monopolie in stand te houden op de publicatie van de weekoverzichten (...). Verzoekster bezat toen dus duidelijk een machtspositie zowel op de markt van weekoverzichten als op die van de tijdschriften waarin deze in Ierland en Noord-Ierland werden gepubliceerd.'*<sup>84</sup>

Uit deze overweging van het Gerecht kan de indruk ontstaan, dat de machtspositie van de omroepen louter gebaseerd is op het exclusieve recht. Het is weinig verbaazingwekkend dat een rechthebbende met behulp van een exclusief recht een juridisch monopolie in stand kan houden; daar is het exclusieve recht immers voor bedoeld. Het Gerecht lijkt hier niet geheel juist weer te geven dat het *feitelijke* monopolie is dat wordt versterkt door het *juridische*, en niet andersom.<sup>85</sup>

Het HvJEG benadrukt in haar arrest dan ook duidelijk dat de enkele hoedanigheid van houder van een intellectueel eigendomsrecht de rechthebbende geen machtspositie kan verlenen.<sup>86</sup> In het oordeel van het HvJEG wordt geen direct verband gelegd tussen het auteursrecht van de omroepen en hun machtspositie, maar wordt vooral benadrukt dat de omroepen een feitelijke monopolie bezaten:

*'(...) beschikken uit de aard der zaak over een feitelijke monopolie op de gegevens voor de opstelling van de televisieprogramma's (...). Requiranten zijn dus in staat een daadwerkelijke mededinging op de markt voor wekelijkse tv-gidsen te beletten (...).'*<sup>87</sup>

<sup>82</sup> Commissiebeschikking § 22.

<sup>83</sup> Commissiebeschikking § 22.

<sup>84</sup> GEA ITP, § 49; GEA RTE, § 63; GEA BBC, § 51.

<sup>85</sup> Vgl. Conclusie A-G Jacobs bij Magill, § 184. De A-G is het eens met de kritiek op bovengenoemde passage, maar meent dat dit niet tot vernietiging van het arrest hoeft te leiden. Zie ook: Calvet & Desurmont 1996, p. 22.

<sup>86</sup> Magill, § 46.

<sup>87</sup> Magill, § 47.

In § 2.2.3 werd reeds aan de orde gesteld dat een nauwe marktafbakening voor de houder van een IE-recht bijna vanzelfsprekend een machtspositie met zich mee zal brengen. Ook inzake *Magill* kunnen we een dergelijke constatering doen. Dat ITP een machtspositie heeft op de markt voor wekelijkse programmaoverzichten van ITP en RTE op de markt voor wekelijkse programmaoverzichten van RTE, is niet verrassend te noemen.

Smith meent dat het bestaan van een collectieve machtspositie onderzocht had dienen te worden. De relevante markt had dan vastgesteld moeten worden op programmegevens en televisiegidsen in het algemeen.<sup>88</sup>

Het HvJEG lijkt met de bovenstaande overweging te willen onderstrepen dat de machtspositie van de omroepen op de markt voor programmaoverzichten voortvloeit uit hun *feitelijke* monopolie.<sup>89</sup> Dit monopolie kan zich echter niet zonder meer uitstrekken tot de markt voor de wekelijkse televisiegidsen. In *Magill* echter brachten de omroepen zelf gidsen op de markt, en de reden waarom hun feitelijk monopolie zich uitstreckte tot de markt voor de wekelijkse gidsen, was dat zij op grond van hun auteursrecht publicatie van de overzichten door derden konden verbieden. Zo zorgt het feitelijk monopolie voor de machtspositie op de hoofdmarkt, en de combinatie met het juridisch monopolie voor de machtspositie op de afgeleide markt.

#### § 2.3.4 Misbruik

De in het arrest *Magill* genoemde uitzonderlijke omstandigheden, die ertoe leidden dat de omroepen een verplichte licentie opgelegd kon worden wegens misbruik van machtspositie, zijn gedurende lange tijd onderwerp van discussie geweest. In het bijzonder stond de vraag centraal, in hoeverre de door het HvJEG genoemde omstandigheden als vaststaande, cumulatieve vereisten voor het beoordelen van licentieweigeringen beschouwd moesten worden.

De Commissie stelt in haar beschikking dat 'de omroepen hun machtspositie gebruiken om de introductie op de markt van een nieuw product, met name een wekelijkse, alomvattende tv-gids, te voorkomen, misbruik maken van deze machtspositie'.<sup>90</sup> Daarbij speelt volgens de Commissie een belangrijke rol dat de omroepen hun machtspositie op de markt voor programmaoverzichten gebruiken om de afgeleide markt van de wekelijkse televisiegidsen voor zichzelf te kunnen reserveren. Dit heeft weer als gevolg dat de omroepen op deze wijze verhinderen dat aan een wezenlijke potentiële vraag, die op laatstgenoemde markt bestaat, wordt voldaan.<sup>91</sup>

<sup>88</sup> Smith 1992, p. 137-138. Zie over de collectieve machtspositie ook § 1.1.3.

<sup>89</sup> *Magill*, § 47.

<sup>90</sup> Commissiebeschikking inzake *Magill*, § 23.

<sup>91</sup> Commissiebeschikking inzake *Magill*, § 23.



Deze gedragingen en dit beleid leiden ertoe dat de omroepen het auteursrecht in feite gebruiken als instrument voor een misbruik, op een wijze die naar de opvatting van de Commissie buiten het specifieke voorwerp van het auteursrecht valt.<sup>92</sup>

Het Gerecht sluit zich aan bij deze overwegingen van de Commissie, en oordeelt onder verwijzing naar jurisprudentie van het HvJEG het volgende:

*'Dat de uitoefening van het alleenrecht tot verveelvoudiging van een beschermd werk op zich geen misbruik vormt, is duidelijk, doch het ligt anders, wanneer uit de bijzonderheden van het concrete geval blijkt, dat dat recht wordt uitgeoefend op zodanige wijze en onder zodanige omstandigheden, dat in feite een doel wordt nagestreefd dat kennelijk in strijd is met de doelstellingen van artikel 86'.<sup>93</sup>*

Het GEA acht de volgende gedragingen en omstandigheden als zodanig in strijd met de doelstellingen van artikel 82:

*'het beletten dat op de afgeleide markt van tv-gidsen een nieuw product, waarnaar potentiële vraag van consumentenzijde bestaat, wordt vervaardigd met als enig doel verzoeksters monopolie in stand te houden'.<sup>94</sup>*

Daarbij oordeelt het Gerecht, dat er sprake is van een vergelijkbare situatie zoals in *Volvo* en *Renault*, in die zin dat de weigering van de omroepen om zonder te discrimineren licenties te verlenen aan derden vergelijkbaar is met de willekeurige weigering van een autofabrikant om bij zijn hoofdactiviteit vervaardigde vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs.<sup>95</sup> Op deze overweging van het GEA is kritiek geuit, omdat het onjuist zou zijn een leveringsweigering gelijk te stellen aan een licentieweigering.<sup>96</sup> Wij delen deze kritiek: een licentieweigering verschilt naar haar aard fundamenteel van een weigering te leveren, hetgeen tot gevolg heeft dat de beide gedragingen in het licht van artikel 82 EG verschillend beoordeeld dienen te worden.<sup>97</sup>

A-G Gulmann betoogt in zijn zeer uitgebreide conclusie bij *Magill* dat het uitsluitend recht in casu dient te prevaleren boven het mededingingsrecht. Hij baseert zijn betoog op de doctrine van het specifieke voorwerp van het intellectueel eigendomsrecht.<sup>98</sup> De leer van het specifieke voorwerp heeft raakvlakken met de existence/exercise doctrine, hetgeen reeds werd aangestipt in § I.1.3. Hieronder worden beide leerstukken kort toegelicht.

92 Commissiebeschikking inzake *Magill*, § 23.

93 *GEA ITP*, § 56; *GEA RTE*, § 71; *GEA BBC*, § 58.

94 *GEA ITP*, § 58; *GEA RTE*, § 73; *GEA BBC*, § 60.

95 *GEA ITP*, § 59; *GEA RTE*, § 74; *GEA BBC*, § 61.

96 Govaere 1996, § 5.57 j° § 8.48.

97 Zie voorts over de verschillen tussen leveringsweigering en licentieweigering § 5.1 van deze dissertatie.

98 Zie ook § I.1.3.

*Existence/exercise en het specifieke voorwerp*

De existence/exercise doctrine vindt haar oorsprong in de Europese rechtspraak inzake de artikelen 81 EG en 82 EG, maar is ook toegepast in het kader van de regels inzake het vrij verkeer van goederen. Het HvJEG benoemt het onderscheid tussen existence en exercise van het intellectueel eigendomsrecht voor de eerste maal in het arrest *Consten/Grundig* uit 1966:

*'dat het (...) gebod om de uit nationale wetgevingen voortvloeiende rechten op een merk niet uit te oefenen (...) het verwerven van bedoelde rechten op zichzelf niet raakt, doch de uitoefening daarvan slechts beperkt voor zover zulks voor de toepassing van het verbod van artikel 85, paragraaf 1, nodig is.'*<sup>99</sup>

Het Hof expliciteert voorts dat louter de *misbruikelijke* uitoefening van rechten van intellectueel eigendom strijd kan opleveren met de verdragsregels inzake de mededinging.<sup>100</sup> Inzake *Parke, Davis* bevestigde het Hof dit uitgangspunt.<sup>101</sup> In *Deutsche Grammophon* werd het onderscheid tussen het bestaan en de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht toegepast in de context van de regels inzake het vrij verkeer van goederen zoals neergelegd in artikel 28-30 van het EG-Verdrag (voorheen artikel 30-36). Het HvJEG besliste dat ook al was de uitoefening van een exclusief recht niet in strijd met de mededingingsregels, deze uitoefening nog steeds geraakt kan worden door andere bepalingen uit het EG-Verdrag.<sup>102</sup> Tevens introduceerde het Hof hier het begrip 'specifiek voorwerp'. Artikel 30 (toentertijd artikel 36) EG staat weliswaar beperkingen van het vrij verkeer van goederen toe die gerechtvaardigd zijn op grond van de bescherming van de industriële en commerciële<sup>103</sup> eigendom, maar alleen voor zover deze beperkingen gerechtvaardigd zijn op grond van het waarborgen van de rechten die het specifieke voorwerp van de intellectuele eigendom vormen.<sup>104</sup> Wat dat specifieke voorwerp is, heeft het Hof voor de meeste van de intellectuele eigendomsrechten uitgemaakt in een aantal arresten over de relatie tussen intellectueel eigendom en het vrij verkeer van goederen.

99 HvJEG 13-7-1966, *Etablissements Consten SA en Grundig-Verkaufs-GmbH tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. 56 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 299 (*Consten & Grundig*), p. 519.

100 *Consten & Grundig*, p. 520.

101 HvJEG 29-2-1968, *Parke, Davis & Co tegen Probel, Reese, Beintema-Interpharm en Centrafarm*, zaak nr. 24/67, *Jur.* 1968, p. 55 (*Parke, Davis*). Het HvJEG overweegt op pagina 107 van het arrest als volgt: 'dat derhalve, waar het bestaan van het octrooirecht, thans nog, slechts van nationale wetgeving afhangt, alleen de uitoefening daarvan door het gemeenschapsrecht kan worden beheerst wanneer die uitoefening bijdraagt tot de vorming van een machtspositie welke zodanig wordt misbruikt, dat de handel tussen de Lid-Staten daardoor ongunstig zou kunnen worden beïnvloed'.

102 HvJEG 8-6-1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft MbH tegen Metro SB – Grossmärkte GmbH & Co.*, zaak nr. 78/70, *Jur.* 1971, p. 487 (*Deutsche Grammophon*), § 6 – § 7.

103 Govaere betoogt dat door het toepassen van artikel 30 in deze zaak, die betrekking had op een uitoefening van het auteursrecht, het Hof hier reeds impliciet aangeeft dat het begrip 'industriële en commerciële eigendom' zich mede uitstrekt tot de intellectuele eigendom: Govaere 1996, § 4.03. Dit werd later bevestigd in het arrest *Musik Vertrieb*: HvJEG 20-1-1981, *Musik-Vertrieb membran GmbH en K-tel International tegen GEMA*, gevoegde zaken nrs. 55/1980 en 57/1980, *Jur.* 1980, p. 147 (*Musik Vertrieb*), § 12.

104 *Deutsche Grammophon*, § 11.

Inzake *Centrafarm/Sterling Drug* omschreef het HvJEG het specifieke voorwerp van het octrooi-recht als het recht op het ontvangen van een beloning voor de creatieve prestatie van de uitvinder. Deze beloning vormt volgens het Hof de garantie dat de rechthebbende de enige is die het beschermde product mag maken en (als eerste) op de markt mag brengen, welke is belichaamd in het exclusieve recht.<sup>105</sup> Niettemin heeft de rechthebbende geen absolute zekerheid dat hij ook daadwerkelijk een beloning ontvangt: het exclusieve recht stelt hem daartoe louter in de gelegenheid.<sup>106</sup> Voor wat betreft het specifieke voorwerp van het auteursrecht kan een onderscheid worden gemaakt tussen het distributierecht en het recht van mededeling aan het publiek. Voor het distributierecht geldt, evenals voor het octrooi-recht, dat het Hof het specifieke voorwerp gelegen acht in het recht de beschermde goederen voor het eerst op de markt te brengen.<sup>107</sup> Dat kan geschieden door de rechthebbende zelf of met diens toestemming. Voor het recht van mededeling aan het publiek geldt, dat de inhoud van het specifieke voorwerp uitgelegd moet worden binnen de context van de *essentiële functie* van het recht. Inzake *Coditel* is door het Hof uitgemaakt dat dit in ieder geval inhoudt het recht voor iedere afzonderlijke vertoning van een filmwerk een vergoeding te vragen.<sup>108</sup> Ook voor het merkenrecht geldt dat de essentiële functie van het recht een centrale rol speelt. Deze functie is het kunnen garanderen van de herkomst van een beschermd product. Treedt de merkhouder derhalve op tegen een gebruik dat de herkomstfunctie van het merk aantast, dan valt deze actie binnen het specifieke voorwerp van het merkenrecht.<sup>109</sup> Voor het modellenrecht geldt ten slotte, zoals we reeds constateerden bij de bespreking van *Volvo* en *Renault*, dat het specifieke voorwerp daarin bestaat, dat de rechthebbende derden kan beletten zonder zijn toestemming het beschermde model te maken, te verkopen of te importeren.<sup>110</sup>

Het leerstuk van het specifieke voorwerp was door het Hof in de bovengenoemde jurisprudentie geïntroduceerd om in het kader van het vrij verkeer van goederen een onderscheid te kunnen maken tussen de geoorloofde uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht en de ongeoorloofde uitoefening daarvan. In hoeverre het leerstuk kan worden toegepast in het kader van de mededingingsregels, is echter niet geheel onomstreden.<sup>111</sup> Dat het niet *onverkort* kan worden toegepast, lijkt min of meer voor de hand te liggen: gedrag dat op grond van artikel 30 EG geoorloofd is, zou daarmee meteen ook geen mededingingsinbreuk opleveren, hetgeen toch moeilijk als juist uitgangspunt kan worden beschouwd.<sup>112</sup> Niettemin wordt het specifieke voorwerp door A-G Gulmann in zijn conclusie bij *Magill*

105 HvJEG 31-10-1974, *Centrafarm BV en Adriaan de Peijper tegen Sterling Drug Incorporated*, zaak nr. 15/74, *Jur.* 1974, p. 1147 (*Centrafarm/Sterling Drug*), § 9.

106 HvJEG 14-7-1981, *Merck & Co. Inc. tegen Stephar BV en Petrus Stephanus Exler*, zaak nr. 187/80, *Jur.* 1980, p. 2063 (*Merck/Stephar*), § 10.

107 *Musik Vertrieb*, *supra*, § 25; HvJEG 22-1-1981, *Dansk Supermarked A/S tegen A/S Imerco*, zaak nr. 58/80, *Jur.* 1981, p. 181 (*Dansk Supermarked*), § 11. Zie ook Govaere 1996, § 4.28 – § 4.29.

108 HvJEG 18-3-1980, *S.A. Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, e.a. tegen Ciné Vog films e.a.*, zaak nr. 62/79, *Jur.* 1980, p. 881 (*Coditel I*), § 14; HvJEG 6-10-1982, *S.A. Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, e.a. tegen Ciné Vog films e.a.*, zaak nr. 262/81, *Jur.* 1982, p. 3381 (*Coditel II*), § 12.

109 HvJEG 23-5-1978, *Hoffmann-La Roche & Co. AG tegen Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH.*, zaak nr. 102/77, *Jur.* 1978, p. 1139 (*Hoffmann-La Roche/Centrafarm*), § 7.

110 *Volvo*, *supra*, § 8; *Renault*, *supra*, § 11.

111 Govaere 1996, § 5.01. Vgl. Reindl 1993, p. 66-68.

112 Zie ook Govaere 1996, § 5.01.

gebruikt als pijler voor zijn betoog, waarover hieronder meer. Overigens kan ons inziens worden getwijfeld aan de actualiteitswaarde van de *existence/exercise* doctrine, die zoals hierboven werd aangegeven wèl ontwikkeld is in de context van de mededingingsregels. Immers, de problematiek van de mededingingsrechtelijke beoordeling van uitoefeningen van het intellectueel eigendomsrecht onder de mededingingsregels is niet minder actueel gebleken nu bepaalde delen van het IE-recht zijn geharmoniseerd. Daar komt nog bij, dat onderscheid tussen het bestaan en de uitoefening van IE-rechten in de praktijk wat onnatuurlijk lijkt. De waarde van een exclusief recht ligt immers voor het belangrijkste deel in de mogelijkheid dat recht ook daadwerkelijk te kunnen uitoefenen.<sup>113</sup>

#### *Conclusie A-G Gulmann*

Zoals vermeld baseert A-G Gulmann zich op de doctrine van het specifieke voorwerp. Hij geeft aan wat naar zijn mening de relatie is tussen het specifieke voorwerp en de *existence/exercise* doctrine: 'dat onderscheid tussen het bestaan van het intellectuele eigendomsrecht en de uitoefening daarvan komt terug in een aantal arresten betreffende de mededingingsregels en in een aantal arresten betreffende de regels inzake het vrij verkeer van goederen. Uit laatstgenoemde arresten blijkt, dat het begrip specifiek voorwerp is ontwikkeld om dat onderscheid te kunnen maken. De uitoefening van rechten die tot het specifiek voorwerp van het intellectuele-eigendomsrecht behoren, betreft het bestaan van dat recht.'<sup>114</sup> Uitoefeningen van het exclusieve recht, die binnen het specifieke voorwerp daarvan vallen, kunnen in beginsel niet aangetast worden door het communautair (mededingings-) recht. Op dit principe zijn volgens Gulmann uitzonderingen mogelijk: wanneer rechten die in beginsel tot het specifieke voorwerp behoren in bijzondere omstandigheden worden uitgeoefend, kan artikel 82 EG van toepassing zijn.<sup>115</sup> Bij een toetsing aan artikel 82 EG, dient het HvJEG precies aan te geven in hoeverre die rechten die binnen het specifieke voorwerp vallen 'in dermate bijzondere omstandigheden worden uitgeoefend, dat de onvervalste mededinging of het vrij verkeer van goederen daardoor op onaanvaardbare wijze worden belemmerd'.<sup>116</sup> Om te bepalen of er van 'dermate bijzondere omstandigheden' sprake is, dient het Hof de *wezenlijke functie* van het intellectuele eigendomsrecht in acht te nemen bij het maken van bedoelde afweging tussen de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten en de waarborging van de onvervalste mededinging.<sup>117</sup> Volgens Gulmann dient het HvJEG bij deze afweging een groter gewicht toe te kennen aan de bescherming van de intellectuele eigendomsrechten dan aan de bescherming van de vrije mededinging, daar de uitoefening van intellectuele eigendomsrechten altijd handelsbelemmeringen met zich mee zal brengen. Hij stelt:

113 Jones & Sufrin 2004, p. 695; Korah 2004, p. 292. Zie voorts Govaere 1996, § 5.79 e.v.

114 Conclusie A-G Gulmann bij *Magill*, 1-6-1994, *Jur.* 1995, p. I-747, § 31.

115 Conclusie A-G Gulmann, § 51.

116 Conclusie A-G Gulmann, § 62.

117 Conclusie A-G Gulmann, § 79.

*'Slechts wanneer een uitoefening niet noodzakelijk is om het intellectuele-eigendomsrecht zijn wezenlijke functie te laten vervullen, dient die uitoefening van het recht te wijken voor het vrij verkeer van goederen of de vrije mededinging'.*<sup>118</sup>

Het begrip 'wezenlijke functie' heeft volgens Gulmann een ondergrens: er kunnen op basis van het communautaire recht geen ingrepen in het exclusieve recht plaatsvinden die met zich meebrengen dat de auteur geen beloning kan krijgen voor zijn creatieve inspanning of dat de bescherming van de door het nationale recht verleende morele rechten niet kan worden verzekerd.<sup>119</sup> De verplichting om een licentie te verlenen beschouwt Gulmann in beginsel niet als een zodanige inbreuk, echter wel als een serieuze inmenging in het exclusieve recht.<sup>120</sup> Er moeten derhalve zeer zwaarwegende en duidelijke mededingingsbelangen op het spel staan, wil men van zodanige bijzondere omstandigheden kunnen spreken dat een licentieweigering in strijd is met het mededingingsrecht.<sup>121</sup> De A-G concludeert dat de omstandigheden die het GEA inzake *Magill* benoemt niet als zodanig zwaarwegend gelden, dat zij een ingrijpen in het exclusieve recht door middel van een verplichte licentie rechtvaardigen.

Daartoe voert hij ten eerste aan, dat er geen sprake is van de belemmering van de introductie van een nieuw product. Een nieuw product is, in tegenstelling tot hetgeen de Commissie en het GEA aanvoeren, *niet* een product dat, zou het op de markt gebracht worden, concurreert met de eigen producten van de auteursrechthebbende. Zolang er sprake is van een concurrerend product, wordt er immers een consumentenbehoefte aangesproken waarin reeds voorzien is.<sup>122</sup> De A-G ziet in de gids van *Magill* geen nieuw product:

*'RTE en ITP zijn niet in staat zelf een alomvattende wekelijkse tv-gids te publiceren. Een alomvattende wekelijkse tv-gids zal evenwel (...) ongetwijfeld concurreren met hun respectieve tv-gidsen. Hij zal zowel goedkoper als overzichtelijker zijn, maar in wezen voorzien in dezelfde behoeften van de consumenten als die waaraan door het kopen van wekelijkse tv-gidsen van de afzonderlijke tv-omroeporganisaties kan worden voldaan. In die omstandigheden moet het belang van de consument wijken voor dat van de rechthebbende'.*<sup>123</sup>

Ten tweede is er volgens de A-G een belangrijk verschil met het derde voorbeeld uit *Volvo* en *Renault* (de willekeurige weigering om onderdelen te vervaardigen voor auto's die nog in omloop zijn), namelijk dat het voor de omroepen afzonderlijk niet mogelijk is om aan de wens van de consument tegemoet te komen. Zij bieden hetgeen zij op basis van hun eigen auteursrecht kunnen vervaardigen, namelijk een wekelijkse

<sup>118</sup> Conclusie A-G Gulmann, § 80.

<sup>119</sup> Conclusie A-G Gulmann, § 84.

<sup>120</sup> Conclusie A-G Gulmann, § 84.

<sup>121</sup> Conclusie A-G Gulmann, § 87.

<sup>122</sup> Conclusie A-G Gulmann, § 96.

<sup>123</sup> Conclusie A-G Gulmann, § 98.

televisiegids voor hun eigen kanaal, reeds aan. In *Volvo* en *Renault* daarentegen, werd een weigering om de consument in een behoefte te voorzien die door de rechthebbende zelf gecreëerd was als misbruik beschouwd. De autofabrikanten hadden de mogelijkheid om de consument te voorzien van het product, waarnaar zij de vraag zelf gecreëerd hadden door nog wel auto's met het betreffende model te produceren.<sup>124</sup> In het bovenstaande zijn twee opvattingen over de inhoud van het 'nieuw product' vereiste te onderscheiden: ten eerste dat een nieuw product *niet* is een product dat kan concurreren met het product dat de rechthebbende reeds aanbiedt, en ten tweede de opvatting dat een rechthebbende alleen gedwongen kan worden te licentiëren indien hij het beschermde product niet zelf exploiteert.

De A-G uit kritiek op de overwegingen van het GEA en de Commissie inzake het voorbehouden van een afgeleide markt. Hij stelt dat er geen enkele reden is om onderscheid te maken naar de markt waarop de auteursrechthebbende zijn recht uitoefent: zowel de exploitatie op de hoofdmarkt als die op de afgeleide markt zijn noodzakelijk om de rechthebbende te verzekeren van een beloning voor zijn creatieve inspanningen.<sup>125</sup> Een weigering om een afnemer op een afgeleide markt te leveren, kan conform de jurisprudentie van het HvJEG inderdaad in strijd zijn met artikel 82 EG,<sup>126</sup> maar dit ligt anders ingeval er intellectuele eigendomsrechten in het spel zijn, aldus de A-G. Daarom gaat de vergelijking die de Commissie en het GEA maken met het tweede voorbeeld van misbruik in de arresten *Volvo* en *Renault* zijns inziens niet op, aangezien aan *Magill* niet alleen geleverd, maar ook gelicentieerd moet worden.<sup>127</sup> Wat betreft de afwezigheid van een 'objectieve rechtvaardiging' voor de gewraakte gedraging(en) van de omroepen concludeert de A-G dat de omroepen een dergelijke rechtvaardigingsgrond niet hebben aangedragen. Het Hof dient zodoende, ingeval het er vanuit gaat dat er zodanige bijzondere omstandigheden aanwezig zijn dat de licentieweigering van de omroepen in strijd is met artikel 82 EG, misbruik van machtspositie aan te nemen.<sup>128</sup>

Ten slotte maakt de A-G enkele vermeldenswaardige opmerkingen over de auteursrechtelijke bescherming van programmaoverzichten. De Commissie had inzake *Magill* betoogd dat er een onderscheid gemaakt dient te worden tussen werken van letterkunde en kunst, en werken met een meer utilitair dan wel functioneel karakter. Zij noemt daarbij als voorbeeld computerprogramma's, databanken en werken in de sfeer van informatietechnologie en telecommunicatie.<sup>129</sup> Het auteursrecht op deze werken creëert volgens de Commissie een grote economische afhankelijkheid bij

124 Vgl. Conclusie A-G Gulmann, § 101-102.

125 Conclusie A-G Gulmann, § 112.

126 (O.m.) HvJEG 6-3-1974, Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. en Commercial Solvents Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 6 en 7/73, *Jur.* 1974, p. 223, § 33 (*Commercial Solvents*); zie voorts hoofdstuk 3 van deze dissertatie.

127 Conclusie A-G Gulmann, § 108-110.

128 Conclusie A-G Gulmann, § 131-132.

129 Zie conclusie A-G Gulmann, § 134.

concurrenten, en leidt gemakkelijk tot een machtspositie bij de rechthebbenden. Daarom betoogt zij, dat het opleggen van een verplichte licentie in uitzonderingsgevallen mogelijk gemaakt moet worden.

In haar verweer bij het GEA had de Commissie al in onomwonden bewoordingen gesteld dat zij het auteursrecht op programmeergegevens onjuist acht: de programmaoverzichten zijn niet geheim of innovatief, maar betreffen louter feitelijke gegevens. Daarop zou geen auteursrecht mogen rusten. De Commissie merkt daarbij op, dat daaruit volgt dat het handhaven van een auteursrecht op programmeergegevens louter verklaard kan worden vanuit een streven naar een monopoliepositie.<sup>130</sup>

De A-G is het eens met de Commissie in die zin, dat hij meent dat het HvJEG de mogelijkheid tot een verplichte licentie op grond van artikel 82 EG inderdaad niet volledig dient uit te sluiten.<sup>131</sup> Zoals reeds vermeld is hij echter van mening dat deze maatregel in het geval *Magill* niet opgelegd dient te worden. In navolging van de Commissie stelt de A-G zich echter wel de vraag, in hoeverre de aard van het werk een rol mag spelen bij de beoordeling door het HvJEG. Het antwoord is uiteindelijk negatief:

*'Aanvaarden dat de auteursrechthebbende zich in zijn handelsactiviteiten aan verschillende normen dient te houden naar gelang de mate waarin zijn werk uit gemeenschapsrechtelijk oogpunt bescherming verdient, impliceert in alle omstandigheden, dat het gemeenschapsrecht wordt aangewend om een ongunstig oordeel uit te spreken over de in nationale auteurswetten vervatte bepalingen inzake de vraag welke producten voor bescherming in aanmerking komen'.<sup>132</sup>*

Meerdere bronnen verkondigen de opvatting dat het uiteindelijke oordeel inzake *Magill* desondanks (mede) ingegeven is geweest door de aard van het beschermde werk.<sup>133</sup> Het arrest *Magill* heeft met name in de informatietechnologie- en telecommunicatie-industrie geleid tot onrust, aangezien men zich afvroeg in hoeverre de zogenaamde 'works of low authorship' voortaan onderhevig zouden zijn aan dwanglicenties.<sup>134</sup> Het arrest van het GEA inzake *Microsoft* van 17-9-2007 lijkt deze angst overigens voor een belangrijk deel weg te nemen.<sup>135</sup> Opmerkelijk is in dit verband tot slot nog, dat het Ierse High Court, dat de inbreuk van *Magill* op de auteursrechten van de omroepen vaststelde, de aard van het werk wel degelijk meewoog in haar oordeel over het eventuele misbruik, maar daarbij tot een tegen-

<sup>130</sup> *GEA ITP*, § 29; *GEA RTE*, § 46; *GEA BBC*, § 30.

<sup>131</sup> Conclusie A-G Gulmann, § 141.

<sup>132</sup> Conclusie A-G Gulmann, § 126.

<sup>133</sup> Govaere 1996, p. 149, p. 306. Bâth 2002, p. 139. Anders: Feenstra 1996, p. 34. Calvet & Desurmont stellen zich de vraag of de bijzondere omstandigheid in casu niet het auteursrecht op de programmeergegevens zelf is: Calvet & Desurmont 1996, p. 45.

<sup>134</sup> Vinje 1992, p. 397; Vinje 1995, p. 302; Pilny 1995, p. 959 e.v.

<sup>135</sup> *GEA 17-9-2007*, Microsoft Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), overweging 695. Zie in dit verband ook de opmerking daaromtrent in § 2.5.4.

overgestelde conclusie kwam. Het High Court legde de nadruk op het feit dat de waarde van het auteursrecht op programmeergegevens ligt in het voordeel van de eerste publicatie:

*'If it is to be denied this system of securing to itself first publication, it seems probable that it will be deprived of an important element of the substance of its copyright and of the right of first exploitation of its own labour'.<sup>136</sup>*

In verband gebracht met de opvatting van A-G Gulmann dat de ondergrens van de wezenlijke functie van het auteursrecht mede omvat de morele rechten, is dit een interessant gezichtspunt.<sup>137</sup> De omroepen worden door het opleggen van een verplichte licentie niet alleen beperkt in de uitoefening van hun exploitatierechten, maar daarnaast worden hun morele rechten aangetast.<sup>138</sup>

Het argument inzake de inbreuk op de persoonlijkheidsrechten is echter noch inzake de Europese procedure in *Magill*, noch in andere Europese rechtspraak over licentieweigering naar voren gekomen.

Het HvJEG, dat op 6-4-1995 arrest wijst,<sup>139</sup> volgt de A-G niet. Het Hof oordeelt dat er in casu zodanige bijzondere omstandigheden gepaard gaan met de licentieweigering, dat het verbod van artikel 82 EG voorrang heeft. Een verplichting tot licentiëren heft de onrechtmatigheid van het handelen op. Het Hof overweegt als volgt:

*'Door met een beroep op de nationale bepalingen inzake het auteursrecht te weigeren de basisgegevens te verstrekken, hebben requiranten derhalve de introductie belet van een nieuw product, namelijk een alomvattende wekelijkse tv-gids, dat zijzelf niet aanboden en waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond, hetgeen misbruik in de zin van artikel 86, tweede alinea, sub b, van het Verdrag oplevert.*

*Ten tweede vond die weigering geen rechtvaardigingsgrond in de activiteiten van het televisiebedrijf noch in de van het uitgeven van tv-gidsen (...).*

*Ten slotte, en ten derde, hebben requiranten (...) zich door hun gedragingen een afgeleide markt, te weten de markt voor wekelijkse tv-gidsen, voorbehouden door elke mededinging op die markt uit te sluiten (...), aangezien requiranten eenieder de toegang tot de basisgegevens, het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een dergelijke gids, ontzegden'.<sup>140</sup>*

<sup>136</sup> Irish High Court 26-7-1989, RTE v. Magill T.V. Guide Ltd. (No. 2), (1989) IEHC 2, [www.bailii.org/ie/cases/IEHC/](http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/), § 46.

<sup>137</sup> Het recht van de auteur om te beslissen over de eerste openbaarmaking van het werk, het *droit de divulgation*, is een persoonlijkheidsrecht dat naast een persoonlijke ratio tevens een economische grondslag heeft. Spoor, Verkade & Visser 2005, p. 364.

<sup>138</sup> Dit standpunt leent zich anderzijds weer voor de nuancering dat televisieprogrammalijsten geen buitengewoon uitgesproken persoonlijk stempel hebben. Het zijn anonieme producten waarbij de persoonlijkheidsbelangen van de individuele makers nauwelijks in het geding zijn.

<sup>139</sup> HvJEG 6-4-1995, Radio Telefis Eireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743.

<sup>140</sup> *Magill*, § 54-56.



Het HvJEG houdt aldus het oordeel van het Gerecht in stand, en geeft drie omstandigheden aan die zij zodanig bijzonder acht, dat een inmenging in het auteursrecht gerechtvaardigd is. Zoals reeds vermeld, is het gedurende lange tijd onduidelijk geweest of deze omstandigheden als vast toetsingskader beschouwd dienden te worden, of dat de 'uitzonderlijke omstandigheden' per geval verschillen. Het arrest *IMS Health* leek hieromtrent meer duidelijkheid te verschaffen,<sup>141</sup> maar na de uitspraak van het GEA inzake *Microsoft* kan wellicht weer getwijfeld worden aan het uitgangspunt dat de 'Magill-criteria' uitputtend zijn.<sup>142</sup>

In weerwil van het uitvoerige betoog van A-G Gulmann op dit punt, besteedt het Hof in het geheel geen aandacht aan de vraag in hoeverre het auteursrecht in casu zijn wezenlijke functie vervult, doch louter aan de omstandigheden die leiden tot misbruik van het exclusieve recht. Ook gaat het HvJEG in het geheel niet in op de argumentatie inzake het specifieke voorwerp, waar het Gerecht nog wel bij stilstond.<sup>143</sup> Aangezien het HvJEG niet alleen inzake *Magill* met geen woord meer rept over de existence/exercise dichotomie of de leer van het specifieke voorwerp, maar daar ook in de latere jurisprudentie over licentieweigering niet meer bij stilstaat, lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat deze begrippen geen belangrijke rol (meer) spelen bij de toepassing van artikel 82 EG op licentieweigeringen.

Kritiek op *Magill* schuilt, naast de principiële bezwaren tegen het sanctioneren van een licentieweigering, voornamelijk in de onduidelijkheid omtrent de invulling van de genoemde criteria. Met name de uitleg van het begrip 'nieuw product' is niet helder: zoals Gulmann betoogt is het voor twijfel vatbaar of een product dat kan concurreren met reeds bestaande producten wel als nieuw kan worden beschouwd. Ook de toevoeging van het Hof 'en dat zij zelf niet aanboden' roept vraagtekens op: een product dat nieuw is, wordt evident nog niet aangeboden.

Het Hof heeft hier naar alle waarschijnlijkheid willen aangeven dat indien het product reeds op de markt gebracht wordt, er geen reden is een verplichte licentie op te leggen, daar de consument reeds wordt voorzien in zijn behoefte. Dit oordeel is conform de conclusie van de A-G, die zoals reeds vermeld stelt dat een rechthebbende alleen een gedwongen licentie opgelegd kan worden indien hij het product niet zelf exploiteert.<sup>144</sup> Problematisch blijft echter in het geval *Magill*, dat het voor de rechthebbenden afzonderlijk niet mogelijk was om een alomvattende tv-gids op de markt te brengen. Uit bovenstaande bewoordingen van het Hof mogen we de conclusie trekken, dat als de omroepen *aan elkaar* hadden gelicentieerd en op deze wijze een alomvattende tv-gids op de markt hadden gebracht, er waarschijnlijk geen strijd met het verbod van artikel 82 EG was aangenomen. In contrast hiermee staat het arrest van

141 Zie ook § 2.5.4.

142 Zie ook § 2.6.4.

143 Vgl. *GEA ITP*, § 54-56; *GEA RTE*, § 69-71.

144 Conclusie A-G Gulmann, § 101-102.

de Nederlandse Hoge Raad inzake *NOS/Telegraaf*, waar een ruim aanbod van wekelijkse televisiegidsen bestond, maar desondanks misbruik van machtspositie werd aangenomen.<sup>145</sup>

Bij nadere beschouwing van de exceptionele omstandigheden die door het HvJEG inzake *Magill* worden genoemd valt met name het criterium inzake de belemmering van de introductie van een nieuw product op. Dit lijkt namelijk het enige criterium te zijn dat specifiek is toegesneden op intellectueel eigendomsrecht. Het voorhouden van een afgeleide markt heeft het Hof namelijk vaker gesanctioneerd in de jurisprudentie aangaande artikel 82 EG,<sup>146</sup> en de aanwezigheid van een objectieve rechtvaardiging is een gangbare justificatie voor onrechtmatig gedrag van ondernemingen binnen de rechtspraak inzake artikel 82.<sup>147</sup>

De door het Hof genoemde belemmering van de introductie van een nieuw product, waar aan consumentenzijde vraag naar is, geeft echter aan wanneer een ingrijpen van het mededingingsrecht in de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht gerechtvaardigd is, namelijk ingeval het recht zichzelf tegenwerkt en de totstandkoming van nieuwe, innovatieve producten belemmert. In dat opzicht lijkt het een cruciaal vereiste voor het aannemen van misbruik in gevallen van licentieweigering. Daar komt nog bij, dat het criterium de potentie heeft niet alleen een evenwicht tussen mededinging en intellectueel eigendomsrecht tot stand te brengen, maar zelfs de balans te doen omslaan naar een verdergaande harmonie: het bevorderen van innovatie. Concurrenten worden immers via het vereiste van het nieuwe, innovatieve product aangespoord tot vernieuwing.<sup>148</sup> Geven we dit begrip echter een marginale mededingingsrechtelijke lading, dat wil zeggen interpreteren we 'nieuw' als een zijnde een product dat buiten de relevante markt valt, dan doet dit geen recht aan de potentie die het begrip mogelijk heeft als afgrenzing van een mededingingsbelemmerende uitoefening van een exclusief recht.

Een met het bovenstaande samenhangend argument vóór een niet-mededingingsrechtelijke invulling van het begrip 'nieuw product', is de interne afweging die elk intellectueel eigendomsrecht reeds in zich heeft. Ieder recht van intellectueel eigendom kent een stelsel van beperkingen dat een afweging behelst tussen het belang van de rechthebbende zijn bevoegdheden exclusief uit te kunnen oefenen en de belangen van derden om in bepaalde gevallen toegang te verkrijgen tot de

<sup>145</sup> HR 6-6-2003, *NJ* 2003/505. Overigens wees de Hoge Raad dit arrest in anticipatie op de uitkomst van de mededingingsrechtelijke procedure, waarin later door het College van Beroep voor het Bedrijfsleven werd beslist dat niet was voldaan aan het nieuw product-vereiste, en derhalve geen sprake kon zijn van een misbruik van machtspositie: CBB 15-7-2004, *Mediaforum* 2004-10, nr. 40, nt. Mahler.

<sup>146</sup> Vgl. de arresten *Télémarketing*, *Hilti*, *Tetra Pak II*, *Volvo*, *Renault & Hugin*.

<sup>147</sup> Desalniettemin is niet helder wat de reikwijdte is van het begrip 'objectieve rechtvaardiging'. Philip Lowe, D-G Mededinging bij de Commissie, noemde de volgende mogelijke objectieve rechtvaardigingen in zijn speech bij de jaarlijkse Fordham conferentie in 2003: concurrentie op basis van normaal ondernemersgedrag; het behartigen van een legitiem publiek belang en 'efficiency gains' (Philip Lowe, speech at Fordham Corporate Law Institute 30th Annual Conference on International Antitrust Law, [www.http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003\\_040\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_040_en.pdf)). Zie voorts over de objectieve rechtvaardiging § 5.5 van deze dissertatie.

<sup>148</sup> Derclaye 2004a, p. 695.

beschermden producten. In beginsel zou alleen een verstoring van deze balans die uit het recht *zelf* voortvloeit, een exogene mededingingsrechtelijke correctie rechtvaardigen. Om te beoordelen of er inderdaad sprake is van zo een interne verstoring, dient daarom een afweging plaats te vinden die rekening houdt met de specifieke kenmerken van exclusieve recht in kwestie, en niet een afweging die gebaseerd is op mededingingsrechtelijke overwegingen. In hoofdstuk 5 gaan we uitgebreid in op een aantal invullingen die het nieuw product vereiste zou kunnen krijgen.

Ten slotte staan we kort stil bij het middel van RTE en ITP dat ziet op schending van artikel 9 Berner Conventie.<sup>149</sup> Voor het Gerecht voeren de omroepen aan dat de Berner Conventie slechts in bijzondere gevallen beperkingen op het auteursrecht toelaat die geen afbreuk doen aan de normale exploitatie van het werk en de wettige belangen van de rechthebbende niet schaden.<sup>150</sup> Dit beroep op de Berner Conventie kunnen we beschouwen als een beroep op de interne afweging binnen het auteursrecht zelf, die een externe beknutting van het recht niet toelaat. Het HvJEG wijst, evenals het Gerecht, het middel overigens af omdat de EG als zodanig geen partij is bij dit verdrag.<sup>151</sup> Cohen Jehoram meent, dat ook indien wel was getoetst aan de Berner Conventie, dit niet geleid zou hebben tot de conclusie dat de opgelegde dwanglicentie onverenigbaar is met artikel 9.<sup>152</sup>

Het HvJEG oordeelde aldus dat de licentieweigering door de omroepen in strijd was met artikel 82 EG. Na *Magill* was derhalve duidelijk dat, in uitzonderlijke omstandigheden, een rechthebbende gedwongen kon worden zijn recht in licentie te geven wegens strijd met artikel 82 EG.

## § 2.4 Tiercé Ladbroke

### § 2.4.1 Inleiding

Het arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg inzake *Tiercé Ladbroke*<sup>153</sup> maakt onderdeel uit van een aantal procedures die in de jaren '90 van de vorige eeuw werden geïnitieerd door de Ladbroke Group, een Britse onderneming die weddenschappen op sportevenementen aanneemt. Tiercé Ladbroke is de Belgische dochter van deze onderneming. Hoewel de diverse procedures die door Ladbroke geïnitieerd werden allen tot doel hadden de uitzendrechten voor beeld- en geluidsmateriaal van Franse paardenrennen te verkrijgen, is voor ons onderwerp alleen de klacht van

<sup>149</sup> Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst van 9 september 1886, laatstelijk gewijzigd te Parijs op 24 juli 1971.

<sup>150</sup> Art. 9 lid 2 BC; ook wel genoemd de 'drie-stappen-toets'.

<sup>151</sup> *Magill*, § 83-87.

<sup>152</sup> H. Cohen Jehoram & Mortelmans 1995, p. 821. Vgl. Calvet & Desurmont 1996, p. 47.

<sup>153</sup> GEA 12-6-1997, *Tiercé Ladbroke SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-504/93, *Jur.* 1997, p. II-923 (*Tiercé Ladbroke*).

belang die werd ingediend op 9 oktober 1990 bij de Europese Commissie.<sup>154</sup> De door Tiercé Ladbroke (hierna: Ladbroke) ingediende klacht betrof de weigering van de Franse 'Sociétés des Courses' om beeld- en geluidsmateriaal van paardenrennen in Frankrijk in licentie te geven, alsook de verbintenis die deze organisaties met betrekking tot dit materiaal met een Duitse bookmaker was aangegaan.

De situatie was als volgt: de Franse verenigingen die paardenrennen organiseren (Sociétés des Courses) zijn auteursrechthebbende op de beelden van en het geluidscommentaar behorend bij deze wedstrijden. Bedoelde rechten worden in licentie gegeven aan Pari Mutuel Urbain (hierna: PMU), een economisch samenwerkingsverband van de Courses, dat exclusief belast is met de organisatie van weddenschappen buiten de renbaan (het zogenaamde 'off-course betting') in Frankrijk. PMU verleent toestemming voor exploitatie van het beeld- en geluidsmateriaal op de Duitse en Oostenrijkse markt aan Pari Mutuel International (hierna: PMI). PMI licentieert vervolgens aan Deutscher Sportverlag Kurt Stoof GmbH & Co. (hierna: DSV), onder de voorwaarde dat deze de beelden niet uitzendt buiten de Duitse dan wel Oostenrijkse landsgrenzen. Ladbroke wil het beeld- en geluidsmateriaal van de paardenrennen uitzenden in België, maar benadert DSV, PMI, PMU en de Sociétés des Courses tevergeefs. Hierop dient zij een klacht in bij de Europese Commissie wegens schending van artikel 81 en artikel 82 EG.<sup>155</sup> De Commissie wijst de klacht af. Zij oordeelt dat door de afwezigheid van de rechthebbenden op de relevante geografische markt geen misbruik kan worden aangenomen.

Hieronder zal enkel worden ingegaan op de klacht van Ladbroke inzake schending van artikel 82 EG.

#### § 2.4.2 Relevante markt

De Commissie stelt, dat de relevante productmarkt bestaat uit de markt voor uitzending van beeld- en geluidsmateriaal van paardenrennen in het algemeen. Ladbroke daarentegen had aangevoerd dat de markt zou bestaan uit de markt voor beeld- en geluidsmateriaal van *Franse* paardenrennen. Daartoe stelt Ladbroke dat de vraag naar het beeld- en geluidsmateriaal afhankelijk is van de weddenschappen van de consumenten, aangezien deze de races zullen willen zien waar zij op gewed hebben. Dit zou resulteren in een separate vraag naar Frans materiaal, en een dienovereenkomstig afgebakende relevante markt. De Commissie oordeelt zoals vermeld anders, en baseert zich daarbij op een onderzoek op de Duitse markt naar weddenschappen op paardenrennen, waaruit zou blijken dat er geen relatie is tus-

<sup>154</sup> Klacht afgewezen door de Commissie op 24-6-1993, beschikking nr. IV/33.699, niet gepubliceerd. De overige procedures hadden geen betrekking op het verbod op misbruik van machtspositie, maar zagen op ongeoorloofde staatssteun (art. 93 EG) en procedurele kwesties aangaande eerdere klachten inzake de artt. 81 en 82 EG.

<sup>155</sup> De klacht inzake artikel 81 EG betreft de territoriale beperking in de licentieovereenkomst PMI-DSV.

sen de door de consument afgesloten weddenschappen en het door de bookmakers gevraagde beeldmateriaal.<sup>156</sup> Als de bedoelde relatie ontbreekt en de aard van de afgesloten weddenschappen dus niet van invloed is op de vraag door de bookmakers, is het beeld- en geluidsmateriaal voor Franse paardenrennen vanuit de perceptie van de bookmakers uitwisselbaar met materiaal van bijvoorbeeld Britse of Duitse races, zo redeneert de Commissie. De vraag van de bookmakers naar beeld en geluid zal immers ook afhankelijk zijn van andere factoren, zoals de hoogte van de gevraagde licentievergoeding en het eigen beleid ten opzichte van andere bookmakerkantoren.<sup>157</sup> De Commissie stelt de relevante markt daarom vast op de markt voor de uitzending van beeld- en geluidsmateriaal in het algemeen, en niet de markt voor beeld- en geluidsmateriaal van Franse paardenrennen.

Het GEA steunt de Commissie in haar marktafbakening. Het ontbrekende element in de argumentatie van de Commissie, namelijk een bewijs van substitutie tussen beeld- en geluidsmateriaal van Franse paardenrennen en beeld- en geluidsmateriaal van paardenrennen uit andere landen, vult het Gerecht aan met gebruikmaking van data uit de Belgische markt voor weddenschappen op paardenraces.<sup>158</sup> Deze laten zien dat voordat het in België wettelijk mogelijk was om überhaupt beeld- en geluidsmateriaal van races uit te zenden, 100% van de weddenschappen betrekking had op Franse paardenrennen en 0% op Britse, terwijl sinds de uitzending van Brits beeldmateriaal 60% betrekking heeft op Franse races en 40% op Britse. Het ontbreken van Frans beeldmateriaal heeft de wedders dus niet tegengehouden weddenschappen te plaatsen op Franse races, ondanks het feit dat het Britse materiaal wél beschikbaar was. Dit toont naar het oordeel van het Gerecht aan, dat de vraag naar het beeldmateriaal niet wordt beïnvloed door de wens van de wedders.<sup>159</sup>

Op basis van de genoemde cijfers kan deze redenering natuurlijk ook omgedraaid worden: de sterke daling van het aantal weddenschappen op Franse paardenrennen na de introductie van het Britse beeldmateriaal zou dan juist aantonen dat er wél een verband is tussen de weddenschappen en de beschikbaarheid van beeldmateriaal. Deze uitleg lijkt op zijn minst plausibel, en eigenlijk meer voor de hand liggend dan de interpretatie van het GEA. Dat de weddenschappen inderdaad invloed hebben op de vraag naar beeld- en geluidsmateriaal lijkt het Gerecht ook zelf toe te geven als het overweegt: '(...) is de markt voor beeld- en geluidsmateriaal namelijk geen autonome markt, maar eerder een afgeleide markt die tot stand is gekomen als consequentie van de primaire markt voor weddenschappen, waarvan de werking de keuze van de wedders veelal beïnvloedt en oriënteert op weddenschappen op uitgezonden paardenrennen, waarbij de wedders zowel op de primaire markt voor weddenschappen als op de afgeleide markt voor beeld- en geluidsmateriaal de eindverbruikers zijn'.<sup>160</sup>

<sup>156</sup> *Tiercé Ladbroke*, § 27.

<sup>157</sup> *Tiercé Ladbroke*, § 66. Bewijs voor deze stelling in de vorm van aantoonbare substitutie bij een verhoging van de licentietarieven door PMU/PMI geeft de Commissie echter niet. Zie ook Fitzgerald 1998, p. 160.

<sup>158</sup> *Tiercé Ladbroke*, § 87.

<sup>159</sup> *Tiercé Ladbroke*, § 87.

<sup>160</sup> *Tiercé Ladbroke*, § 104.

Deze overweging onderstreept te meer dat er wel degelijk een separate vraag is naar Frans beeldmateriaal.

Het GEA constateert dat de primaire markt in casu de markt voor weddenschappen is, en de markt voor beeld- en geluidsmateriaal de afgeleide markt vormt. De relevante markt wordt hier dus gevormd door de afgeleide markt. Het Gerecht geeft aan dat het, evenals de Commissie, voor de afbakening van een aparte markt voor beeld- en geluidsmateriaal gekozen heeft omdat de bookmakers op deze markt de relevante vragers zijn.<sup>161</sup>

Korah meent, dat weddenschappen op paardenrennen en beeld- en geluidsmateriaal van paardenrennen complementaire producten zijn, en derhalve niet in dezelfde of een aanverwante markt thuishoren. Zij stelt zich voor, dat er behalve bookmakers ook andere partijen zijn die vraag creëren naar beeld- en geluidsmateriaal, zoals nieuwsprogramma's en sportzenders.<sup>162</sup>

Evenals de Commissie oordeelt het GEA dat de relevante geografische markt bestaat uit het Belgische grondgebied. Daar de band tussen wedders en wedkantoren nauw is, omdat de mobiliteit van wedders slechts gering is, kan mededinging tussen wedkantoren zich niet uitstreken buiten het nationale grondgebied.<sup>163</sup> Het GEA passeert hiermee het verweer van Ladbroke dat de geografische markt ruimer is, en een afbakening naar het Belgische grondgebied de oorzaak is van de opvatting van de Commissie dat de markt voor weddenschappen en de markt voor beeld- en geluidsmateriaal een geheel zijn.<sup>164</sup> Nadien werd aangenomen dat deze afbakening van de geografische markt cruciaal is geweest voor het afwijzen van Ladbroke's klacht, daar er geen sprake was van discriminatie door de Sociétés op de *Belgische* markt.<sup>165</sup>

### § 2.4.3 Machtspositie

Ladbroke voert aan dat de Sociétés des Courses een collectieve machtspositie innemen op de relevante markt. Dit verweer wordt door de Commissie verworpen, daar de Sociétés niet aanwezig zijn op de Belgische markt voor beeld- en geluidsmateriaal van paardenrennen, en daar logischerwijs dus ook geen (collectieve) machtspositie op innemen.<sup>166</sup> Daarnaast benadrukt de Commissie dat de positie die PMU inneemt, niet het gevolg is van de licentieovereenkomst met de Sociétés, maar van de Franse wettelijke regeling betreffende weddenschappen buiten de renbaan. In samenhang met het gegeven dat de Sociétés hun recht in licentie hebben gegeven en niet hebben overgedragen, leidt dit volgens de Commissie tot de con-

<sup>161</sup> *Tiercé Ladbroke*, § 103 j° 64.

<sup>162</sup> Korah 2004, § 4.3.1.1. Zie ook Korah 1998, p. 169-176.

<sup>163</sup> *Tiercé Ladbroke*, § 106.

<sup>164</sup> Zie *Tiercé Ladbroke*, § 90.

<sup>165</sup> Fitzgerald 1998, p. 160; Wezenbeek-Geuke 1997, p. 253.

<sup>166</sup> Kenbaar uit *Tiercé Ladbroke*, § 22.

clusie dat er niet zodanige economische banden tussen de twee organisaties bestaan, dat er gesproken kan worden van een collectieve machtspositie.<sup>167</sup> Opgemerkt kan worden, dat het oordeel over de machtspositie waarschijnlijk anders was geweest indien de relevante markt was vastgesteld op de markt voor beeld- en geluidsmateriaal van Franse paardenrennen.

Het Gerecht besteedt geheel geen aandacht aan de positie van de Sociétés op de relevante markt, omdat het tot de conclusie komt dat er geen sprake is van misbruik.<sup>168</sup>

#### § 2.4.4 Misbruik

Ladbroke voert aan, dat de licentieweigering door Sociétés en PMU discriminatoir dan wel willekeurig is, en derhalve in strijd is met het verbod van artikel 82 EG. Het GEA oordeelt anders:

*'Anders dan in de zaak Magill, (...) is verzoekster niet alleen aanwezig op, maar heeft zij het grootste aandeel van de primaire markt voor weddenschappen waarop het relevante product, namelijk beeld- en geluidsmateriaal, aan de consumenten wordt aangeboden, terwijl de Sociétés de Courses, de houders van de intellectuele-eigendomsrechten, niet op die markt aanwezig zijn.'*<sup>169</sup>

Uit bovenstaande overweging blijkt, dat het Gerecht het van essentieel belang acht voor het aannemen van misbruik dat de licentieweigerende onderneming aanwezig is op de hoofdmarkt. De Sociétés waren dat in dit geval niet. Dit is inderdaad een verschil met *Magill*, waar de omroepen wél aanwezig waren op de hoofdmarkt en *Magill* juist niet. Niettemin oordeelt het GEA dat, ook al was er de aanwezigheid van de Sociétés in casu niet van doorslaggevende invloed geweest, er geen sprake kan zijn van misbruik:

*'Zelfs indien de aanwezigheid van de Sociétés de Courses op de Belgische markt voor beeld- en geluidsmateriaal in casu geen beslissende factor zou zijn voor de toepassing van artikel 86, zou deze verdragsbepaling hier niet van toepassing zijn. De weigering om aan verzoekster te leveren kan namelijk slechts onder het verbod van artikel 86 vallen, indien zij betrekking heeft op een product of dienst die essentieel lijkt voor de uitoefening van de betrokken activiteit, in de zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel substituut bestaat, of op een nieuw product waarvan de introductie wordt belet ondanks een constante en regelmatige potentiële vraag van de zijde van de consumenten.'* (onderstreping toegevoegd)<sup>170</sup>

<sup>167</sup> Vgl. GEA 10-3-1992, Societa Italiana Vetro SpA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. T-68/89, 77/89 en 78/89, *Jur.* 1992, p. II-1403 (*Italian Flatglass*). *Tiercé Ladbroke*, § 31. Zie over de collectieve machtspositie ook § 1.1.3 van deze dissertatie.

<sup>168</sup> *Tiercé Ladbroke*, § 109-111.

<sup>169</sup> *Tiercé Ladbroke*, § 130.

<sup>170</sup> *Tiercé Ladbroke*, § 131.

Deze overweging is in de literatuur regelmatig aangemerkt als een restrictieve interpretatie van de *Magill*-criteria, in die zin dat deze niet als cumulatief, maar als alternatief beschouwd dienen te worden.<sup>171</sup> Anderman bijvoorbeeld schetst de mogelijkheid dat *Magill* zou voorzien in twee alternatieve tests voor mogelijk misbruik: een 'nieuw product' test en een 'essential facility' test. In bovenstaande passage uit *Tiercé Ladbroke* ziet hij een bevestiging van het bestaan van deze mogelijkheid. Korah daarentegen meent dat het Gerecht met deze overweging de bevoegdheidsgrenzen overschrijdt, en dat zij daarom slechts een zwak precedent vormt.<sup>172</sup>

Ons inziens is het denkbaar, dat het GEA met bovenstaande overweging heeft aan willen geven dat er in casu twee verschillende, van elkaar te onderscheiden situaties zijn. Het product of de dienst moet essentieel zijn voor de activiteiten van Ladbroke om de Sociétés te kunnen verplichten tot levering, òf de weigering moet leiden tot de belemmering van de introductie van een nieuw product, met als gevolg dat de Sociétés verplicht een licentie zouden moeten afgeven. Het onderscheid heeft dus betrekking op het verschil tussen een leveringsweigering en een licentieweigering: om een leveringsweigering onder het verbod van artikel 82 EG te laten vallen, is het voldoende als het gewilde product voor de afnemer *essentieel* is om het gewenste te kunnen produceren. Is er een intellectueel eigendomsrecht in het spel, dan is er een bijkomende factor vereist, namelijk dat de introductie van een nieuw product wordt belemmerd. Problematisch in het geval *Tiercé Ladbroke* is alleen, dat evenals in *Magill*, levering en licentie niet zinvol gescheiden kunnen worden. Programmagegevens en beeldmateriaal kunnen weliswaar apart geleverd worden, maar zijn zonder gebruikslicentie van weinig waarde.

Het GEA acht het uitzenden van beeldmateriaal van paardenrennen niet onontbeerlijk voor de uitoefening van de hoofdactiviteit van de bookmakers, omdat het aannemen van weddenschappen immers ook mogelijk is zonder beschikking te hebben over het beeldmateriaal.<sup>173</sup> Daar komt bij, dat het uitzenden van beelden van de races volgens het GEA niet onontbeerlijk is aangezien dit plaatsvindt na afloop van het plaatsen van de weddenschappen, en zodoende de handelsactiviteiten van Ladbroke niet kan beperken.<sup>174</sup> Het Gerecht oordeelt om deze redenen dat de licentieweigering door de Sociétés en PMU niet in strijd kan worden geacht met het verbod van artikel 82 EG. Er is geen sprake van een discriminatoire weigering, noch van een willekeurige weigering die misbruik oplevert. Tegen het oordeel van het Gerecht is geen hoger beroep ingesteld. In 2001 kwamen de Sociétés/PMU en Ladbroke tot een schikking.<sup>175</sup>

171 Jones & Sufrin 2004, p. 502; Anderman 1998, p. 214; Fine 2002, p. 461; Temple Lang 2000, p. 376 (n. 2); Correa 2004, p. 85. Anders: Fitzgerald 1998, p. 161. Vgl. ook de beschikking van de Commissie inzake *IMS Health*: Beschikking van de Commissie van 3 juli 2001 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag, COMP D3/38.044, NDC Health/IMS Health, *PbEG* 2002 L59/18, § 68.

172 Korah 2004, § 5.2.5.3.

173 *Tiercé Ladbroke*, § 132.

174 *Tiercé Ladbroke*, § 132.

175 Persbericht DG Competition IP/01/82 van 22-1-2001, [www.europa.eu.int/rapid/pressReleases](http://www.europa.eu.int/rapid/pressReleases).



Opmerkelijk is, dat in *Tiercé Ladbroke* niet wordt ingegaan op de omstandigheden waaronder het exclusieve recht verkregen wordt. Zoals reeds besproken kwam dit aspect inzake *Magill* uitgebreid aan de orde. Er zijn diverse gelijkenissen tussen onderhavige zaak en *Magill* in dit opzicht: in beide gevallen valt namelijk een juridisch monopolie samen met een *de facto* monopolie. De Sociétés zijn rechthebbende op het auteursrecht op het beeld- en geluidsmateriaal, daar zij op grond van hun hoofd-activiteit, het organiseren van paardenraces, als enige kunnen beschikken over het betreffende materiaal. Ladbroke had niet op andere wijze het materiaal kunnen bemachtigen. Niettemin lijkt deze omstandigheid in casu niet te kunnen leiden tot het aannemen van misbruik, aangezien de weigering van de Sociétés niet de introductie van een nieuw product belemmert.

Relevant is ten slotte nog de vraag, in hoeverre de licentieweigering discriminatoir geweest zou zijn, indien de relevante geografische markt ruimer zou zijn vastgesteld. Ons inziens had ook op grond van deze hypothese geen misbruik aangenomen kunnen worden. Omdat er geen sprake is van de belemmering van de introductie van een nieuw product, weegt het alleenrecht van de rechthebbende om te kunnen bepalen aan wie hij wèl en aan wie hij geen licentie verleent, zwaarder dan de behoefte van Ladbroke om het beeldmateriaal uit te kunnen zenden.

## § 2.5 IMS Health

### § 2.5.1 Inleiding

Inzake *IMS Health*<sup>176</sup> zijn diverse procedures gevoerd, waarvan één er heeft geleid tot een prejudiciële vraag van het Landgericht Frankfurt.<sup>177</sup> Daarnaast is door de onderneming NDC Health (hierna: NDC) een klacht ingediend bij de Commissie, inhoudende een verzoek tot het starten van een procedure inzake schending van het verbod van artikel 82 EG. Deze klacht heeft geresulteerd in een beschikking van de Commissie, inhoudende een verplichting voor IMS Health (hierna: IMS) om op niet-discriminerende basis aan alle ondernemingen die daarom vragen een licentie te verlenen.<sup>178</sup> Deze beschikking van de Commissie wordt gevolgd door twee beschikkingen van het Gerecht en een afwijzing van het hoger beroep tegen

<sup>176</sup> Arrest van het Hof van 29 april 2004 betreffende een verzoek krachtens artikel 234 EG van het Landgericht Frankfurt am Main, in het aldaar aanhangige geding tussen IMS Health GmbH & Co. OHG en NDC Health GmbH & Co. KG, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039 (*IMS Health*).

<sup>177</sup> Verzoek van het Landgericht Frankfurt am Main van 12 juli 2001 om een prejudiciële beslissing in het geding tussen Firma IMS Health GmbH & Co. OHG en NDC Health GmbH & Co. KG, *PbEG* 2002 C3/16.

<sup>178</sup> Beschikking van de Commissie van 3 juli 2001 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag, COMP D3/38.044, NDC Health/IMS Health, *PbEG* 2002 L59/18.

deze beschikkingen, ingesteld door de Commissie, door het HvJEG.<sup>179</sup> De Commissie heeft daarop besloten haar eerdere beschikking in te trekken. Nadat het HvJEG arrest heeft gewezen inzake de prejudiciële vraag van het Landgericht Frankfurt wordt door IMS nog gepoogd een vernietigingsbeschikking te verkrijgen voor de Commissiebeschikking van 3 juli 2001, doch daarin slaagt zij niet.<sup>180</sup> Het onderwerp van geschil is een door het auteursrecht beschermde databank, de zogenaamde '1860 brick structure'. Op basis van dit systeem wordt Duitsland verdeeld in een aantal bouwstenen, die elk een bepaald geografisch gebied vertegenwoordigen en die zijn vastgesteld op grond van een aantal criteria zoals postcodegebied, bevolkingsdichtheid en spreiding van artsen en apotheken. IMS gebruikt het systeem om haar cliënten, farmaceutische bedrijven, diensten te leveren op het gebied van regionale verkoopgegevens van geneesmiddelen. De brick structure is door IMS in samenwerking met de farmaceutische industrie ontwikkeld.<sup>181</sup> NDC wil de brick structure gaan gebruiken, daar deze is verworpen tot een industriële norm, en haar cliënten om die reden niet positief hadden gereageerd op de introductie van alternatieve structuren, waartoe NDC pogingen had ondernomen. IMS weigert echter een licentie te verlenen voor het gebruik van de structuur. NDC neemt de structuur desondanks in gebruik, met als gevolg dat een geschil ontstaat over auteursrechtinbreuk enerzijds en misbruik van machtspositie anderzijds. De hierboven geschetste procedures volgen. Hieronder worden zowel de Commissiebeschikking op de door NDC ingediende klacht als het prejudiciële oordeel van het HvJEG besproken.

### § 2.5.2 Relevante markt

In de literatuur wordt de nadruk gelegd op een belangrijk verschil met het precedent *Magill*, namelijk het gegeven dat NDC de licentie niet wenst te gebruiken op een afgeleide markt, maar op dezelfde markt als die waarop IMS actief is.<sup>182</sup> Uit de hiervoor behandelde jurisprudentie blijkt dat de Europese rechter tot nu toe slechts bereid is om misbruik door licentieweigering aan te nemen op het moment dat daarmee de toegang tot een afgeleide markt wordt geblokkeerd.<sup>183</sup>

De Commissie stelt dat de relevante productmarkt de markt voor diensten op het gebied van Duitse regionale verkoopgegevens is.<sup>184</sup> Zij komt tot deze conclusie op grond van de veronderstelling dat de Duitse data niet uitwisselbaar zijn met de

179 Beschikking van de President van het Gerecht van Eerste Aanleg van 10 augustus 2001, zaak nr. T-184/01R, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int); Beschikking van de President van het Gerecht van Eerste Aanleg van 26 oktober 2001, zaak nr. T-184/01R, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int). Beschikking van de President van het Hof van Justitie van 11 april 2002, zaak nr. C-481/01 P(R), [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int).

180 Beschikking van de President van het Gerecht van Eerste Aanleg van 10 maart 2005, zaak nr. T-184/01, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int).

181 Commissiebeschikking inzake *IMS Health*, § 75-84.

182 Zie o.m. Wezenbeek-Geuke 2001, p. 341; Hoyng 2002, p. 114; LeBrun 2004, p. 86.

183 *Magill*, § 56. Vgl. Narciso 2003, p. 467.

184 Commissiebeschikking inzake *IMS Health*, § 51.

gegevens van een ander land, daar ze ofwel zien op handelingen met betrekking tot medicijnen die louter op nationaal dan wel regionaal niveau plaatsvinden, ofwel op verkoopgebieden die zich uitsluitend binnen het Duitse grondgebied bevinden.<sup>185</sup> Vervolgens concludeert zij dat de relevante geografische markt Duitsland is, omdat farmaceutische markten naar hun aard nationaal zijn.<sup>186</sup>

Ons inziens gebruikt de Commissie hier tweemaal hetzelfde argument. De vraag naar relevante substitutiegoederen wordt over het hoofd gezien en in geografische termen beantwoord. Net als in het geval *Magill* doet zich in dit verband de vraag voor in hoeverre het voor derden mogelijk is een concurrerend product te maken zonder dat dit inbreuk maakt op het betreffende intellectueel eigendomsrecht.<sup>187</sup> De bescherming rust in casu op de structuur, en niet op de data zelf. Zodoende is het denkbaar, dat derden een structuur ontwikkelen, die geen inbreuk maakt op die van IMS. Probleem is echter dat dit niet lukt, niet omdat een alternatieve structuur inbreuk maakt op die van IMS, maar omdat afnemers geen andere structuur willen. Het intellectueel eigendomsrecht verhindert in casu dus niet dat er een concurrerend product op de markt komt, maar het feit dat het product een *de facto* standaard betreft staat hieraan in de weg.<sup>188</sup>

Gezien het aan het begin van deze paragraaf genoemde verschil met de situatie in *Magill*, is het opmerkelijk dat A-G Tizzano in zijn conclusie inzake de prejudiciële vraag de onderstaande marktafbakening voorstelt:

*'(...) in the present case the case-law on the refusal to grant a licence cannot not be applied owing to the sole fact that the undertaking seeking the licence to use the brick structure intends to operate on the same market as the owner of the copyright. In view of the fact that that question proceeds on the assumption that the brick structure for which the licence is sought is essential to the marketing of the studies on regional sales of medicines in a given country, it is not hard to identify an upstream market for access to the brick structure (monopolised by the owner of the copyright) and a downstream market for the sale of the studies.'*<sup>189</sup>

De A-G voert hier dus aan, dat het voldoende is een hypothetische markt vast te stellen om een aparte hoofd- en afgeleide markt te kunnen identificeren. Bevestiging voor deze zienswijze ziet hij in *Magill* en *Bronner*, waar naar zijn oordeel eveneens sprake was van een relevante markt waarop goederen en/of diensten niet afzonderlijk geëxploiteerd werden. In *Bronner* werd een markt onderscheiden voor landelijke thuisbezorgingsystemen, terwijl deze dienst door de onderneming met

<sup>185</sup> Commissiebeschikking inzake *IMS Health*, § 49.

<sup>186</sup> Commissiebeschikking inzake *IMS Health*, § 54. De exacte overweging luidt als volgt: 'Als gevolg van de verschillen tussen landen in de wijze waarop farmaceutische producten worden verkocht op kleinhandelniveau, de verpakking, taal en veiligheidseisen, onder welke handelsnaam de verkrijgbare medicijnen worden verhandeld, verwachtingen van de consument, gewoonten enz., zijn farmaceutische markten dikwijls nationaal en hebben deze markten ieder hun eigen kenmerken'.

<sup>187</sup> Zie § 2.3.2.

<sup>188</sup> Zie over *de facto* standaarden voorts § 4.4.3 van deze dissertatie.

<sup>189</sup> Conclusie A-G Tizzano bij *IMS Health* van 2 oktober 2003, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039.

de machtspositie op die markt niet apart aangeboden werd.<sup>190</sup> Ook in *Magill* werden de wekelijkse programmaoverzichten niet afzonderlijk geëxploiteerd. De A-G ziet hierin ondersteuning voor zijn stelling dat het HvJEG het niet noodzakelijk acht dat er een *bestaande* upstream markt geïdentificeerd wordt. Een potentiële markt is volgens hem dus afdoende.<sup>191</sup>

Het HvJEG gaat hierin mee, en oordeelt dat het inderdaad voldoende is een potentiële of hypothetische markt aan te wijzen.<sup>192</sup> Het Hof overweegt over het bestaan van een zodanige markt:

*'Dit is het geval wanneer producten of diensten onontbeerlijk zijn om een bepaalde activiteit uit te oefenen en voor die producten en diensten een daadwerkelijke vraag bestaat vanwege ondernemingen die voornemens zijn de activiteit uit te oefenen waarvoor zij onontbeerlijk zijn.'* (onderstreping toegevoegd)<sup>193</sup>

Het Hof onderscheidt hier duidelijk twee stadia. Op de hoofdmarkt wil een onderneming toegang tot een product of dienst, welke onontbeerlijk is voor het uitoefenen van haar activiteiten. Bij het afbakenen van deze markt dient derhalve uitgegaan te worden van de vraag aan afnemerszijde. Indien bedoelde onderneming geen toegang krijgt tot de gewenste dienst of het gewenste product, en indien dit leidt tot een belemmering van de mededinging op een afgeleide markt, dan komt de eindafnemer, dat wil zeggen de consument, in beeld en zal de marktafbakening gebaseerd dienen te zijn op diens voorkeuren. Bovengenoemde overweging van het Hof is dan ook consistent met het oordeel inzake *Magill*.<sup>194</sup> De vraag rijst niettemin of het juist is om in een concrete situatie de markt af te bakenen naar de *toegang tot het exclusieve recht*, zoals de A-G dat doet. Hierover meer in § 4.3.2.

### § 2.5.3 Machtspositie

In tegenstelling tot hetgeen aan de orde was in *Magill* en *Tiercé Ladbroke* levert niet het samenvallen van een IE-recht en een wettelijk monopolie de rechthebbende een dominante positie op, maar verschaft het exclusieve recht in combinatie met een *de facto* standaard IMS een positie waardoor zij zich onafhankelijk van haar afnemers en concurrenten kan opstellen. Naast IMS zijn op de betrokken markt NDC Health (voormalig Pharmaintranet) en AzyX actief.

<sup>190</sup> HvJEG 26-11-1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*), § 34. Zie ook § 3.3.4 van deze dissertatie.

<sup>191</sup> Conclusie A-G Tizzano bij *IMS Health*, § 57.

<sup>192</sup> *IMS Health*, § 44.

<sup>193</sup> *IMS Health*, § 44.

<sup>194</sup> Zie § 2.3.2.

Het gegeven dat de 1860 brick structure een *de facto* standaard is geworden, maakt het bepalen van de marktpositie van IMS gecompliceerd. Op markten zoals die waarin IMS actief is en waar zogenoemde netwerkeffecten een grote rol spelen, is de concurrentiedruk moeilijk te bepalen.<sup>195</sup> De neiging tot monopolievorming die in dergelijke markten aanwezig is, hoeft niet te betekenen dat de markt niet dynamisch is: de aanbieder kan namelijk geconfronteerd worden met een constante dreiging dat de standaard vervangen wordt door een nieuwe, verbeterde versie. Dit zal hem dwingen te blijven ontwikkelen. Deze druk die uitgaat van potentiële concurrenten wordt ook wel omschreven als concurrentie ‘voor de markt’ in plaats van ‘op de markt’. Is deze druk groot, dan zijn eventuele toetredingsbarrières hoogstwaarschijnlijk niet onneembaar,<sup>196</sup> hetgeen in het onderhavige geval gedemonstreerd werd door de toetreding van NDC en AzyX tot de markt.

Het spreekt voor zich, dat indien bovengenoemde factoren een rol spelen, het voor een mededingingsautoriteit zeer moeilijk zal zijn te bepalen in hoeverre een markt dynamische kenmerken vertoont. Niettemin is dit van essentieel belang voor het bepalen van de positie van de in het geding zijnde onderneming op de relevante markt. Zie in dit verband ook § 4.4.1.

De Commissie noemt de positie die IMS inneemt een ‘quasi-monopolie’.<sup>197</sup> Zij meent dat IMS op de door haar gedefinieerde markt, dat wil zeggen de markt voor diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens, een machtspositie inneemt in de zin van artikel 82 EG. Daarbij baseert zij zich met name op het marktaandeel van IMS.<sup>198</sup> Zij komt zonder verdere verwijzing naar de specifieke kenmerken van de markt tot de conclusie dat op deze grondslag een machtspositie op de relevante markt aangenomen kan worden.

In de beschikkingen van het Gerecht waarin tot de voorlopige en daarna definitieve schorsing van de maatregel van de Commissie wordt bevolen, beoordeelt het Gerecht slechts de aanwezigheid van een *prima facie* inbreuk alsmede de urgentie van de maatregel, en komt zodoende niet toe aan een uitgebreide analyse van de positie van IMS op de relevante markt.<sup>199</sup> Ook het HvJEG komt hier in het hoger beroep tegen deze beschikkingen, ingesteld door de Commissie, niet aan toe.

<sup>195</sup> Netwerkeffecten zijn de versterkende effecten die een netwerk heeft op de gebruikers daarvan: hoe meer gebruikers, hoe groter het nut van het netwerk. Een markt die wordt gekenmerkt door de aanwezigheid van netwerkeffecten zal vaak weinig aanbieders hebben, of zelfs maar één. Niels & Van Dijk 2003, p. 100-102.

<sup>196</sup> Voor een uitleg van het begrip ‘toetredingsbarrière’ zie § 1.2.5.

<sup>197</sup> Commissiebeschikking inzake *IMS Health*, § 58.

<sup>198</sup> Commissiebeschikking inzake *IMS Health*, § 62.

<sup>199</sup> Het GEA beoordeelt conform de geldende jurisprudentie (arrest *Camera Care e.a.*; zie ook § 1.3.3) of er is voldaan aan de volgende voorwaarden: het bestaan van voldoende bewijsmateriaal op grond waarvan op het eerste gezicht kan worden vastgesteld dat er sprake is van een inbreuk op het gemeenschapsrecht, ernstige en onherstelbare schade aan de zijde van de partij die om de maatregel verzoekt en een dringende behoefte aan conservatoire maatregelen. Op grond van het arrest *Ford* (eveneens aangehaald in § 1.3.3) oordeelt het GEA dat, met toevoeging van de mogelijkheid dat niet alleen schade bij de klager maar ook schade aan het algemeen belang noopt tot een maatregel, het slechts twee voorwaarden betreft: directe en onherstelbare schade impliceert namelijk urgentie. Beschikking van de President van het Gerecht van Eerste Aanleg van 26 oktober 2001, zaak nr. T-184/01R, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int), § 53-54.

Bij de behandeling van de prejudiciële vraag van het Landgericht Frankfurt wordt noch door de A-G noch door het HvJEG ingegaan op het bestaan van een machtspositie aan de zijde van IMS, aangezien deze door de nationale rechter was gesteld.

Vermeldenswaardig is ten slotte, dat het Oberlandesgericht Frankfurt in de inbreukprocedure tussen Pharmaintranet (later NDC) en IMS op 17 september 2002 auteursrechtelijke bescherming voor de 1860 brick structure afwijst, op grond van het ontbreken van een procesvolmacht. Deze ontbreekt, daar de brick structure tot stand is gekomen met medewerking van diverse ondernemingen uit de farmaceutische industrie, de zogenaamde workshops, en het co-auteurschap zodoende toekomt aan de medewerkers van deze ondernemingen.<sup>200</sup> Aangezien deze zich niet tezamen met IMS gesteld hebben, kan de inbreukvordering niet toegevoegd worden. Wèl honoreert het Oberlandesgericht een vordering van IMS, gebaseerd op ongeoorloofde mededinging.<sup>201</sup>

#### § 2.5.4 Misbruik

De vragen die het Landgericht Frankfurt het HvJEG voorlegt luiden als volgt:

1. *'Moet artikel 82 EG aldus worden uitgelegd, dat een onderneming met een machtspositie op de markt hiervan misbruik maakt door te weigeren een licentieovereenkomst betreffende het gebruik van een krachtens het auteursrecht beschermde gegevensbank te sluiten met een onderneming die toegang wil hebben tot dezelfde geografische markt en productmarkt, wanneer de marktdeelnemers aan de andere zijde, dat wil zeggen de potentiële afnemers, elk product dat geen gebruik maakt van de krachtens het auteursrecht beschermde gegevensbank weigeren, omdat zij zich op het gebruik van producten op basis van de krachtens het auteursrecht beschermde gegevensbank hebben ingesteld?'*
2. *'Is het voor de vraag of een onderneming met een machtspositie hiervan misbruik maakt, relevant in welke mate zij medewerkers van de afnemers bij de ontwikkeling van de krachtens het auteursrecht beschermde gegevensbank heeft ingeschakeld?'*
3. *'Is het voor de vraag of een onderneming met een machtspositie hiervan misbruik maakt, relevant welke omschakelingsinspanning (in het bijzonder kosten) de afnemers zullen moeten leveren, die tot dusver het product van de onderneming met de machtspositie hebben gekocht wanneer zij in de toekomst het product van een concurrerende onderneming zouden afnemen, die geen gebruik maakt van de krachtens het auteursrecht beschermde gegevensbank?'*<sup>202</sup>

De eerste prejudiciële vraag ziet aldus op de vraag of een verplichte licentie opgelegd kan worden bij het samenvallen van een juridisch monopolie met een *de facto* standaard. Het HvJEG oordeelt dat deze vraag steunt op de veronderstelling dat de

<sup>200</sup> Het Duitse auteursrecht kent niet de figuur van het fictieve makerschap. Het auteursrecht op in dienstverband gemaakte werken valt derhalve toe aan de werknemer. Vgl. art. 8 UrhG.

<sup>201</sup> OLG Frankfurt/M., Urteil vom 17.9.2002 – 11 U 67/00, <http://www.jurpc.de/rechtspr/20030077.htm>.

<sup>202</sup> Verzoek van het Landgericht Frankfurt am Main van 12 juli 2001 om een prejudiciële beslissing in het geding tussen firma IMS Health GmbH & Co. OHG en NDC Health GmbH & Co. KG, zaak nr. C-418/01, *PbEG* 2002 C3/16.

gewenste licentie onontbeerlijk is om te kunnen functioneren op de markt. De laatste twee vragen zien uitdrukkelijk op de vraag in hoeverre de brick structure daadwerkelijk onontbeerlijk is, en dienen derhalve eerst te worden beantwoord.<sup>203</sup>

A-G Tizzano concludeert dat de bovengenoemde omstandigheden, dat wil zeggen de mate waarin de afnemers hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van de structuur en de moeite die het hen kost om te schakelen naar een ander systeem, elementen zijn die meewegen bij de beoordeling van de mate van onontbeerlijkheid.<sup>204</sup> Het HvJEG volgt deze conclusie. Evenals de A-G knoopt het Hof aan bij het arrest *Bronner*,<sup>205</sup> waarin werd geoordeeld dat om te bepalen of een product of dienst onontbeerlijk is moet worden nagegaan of er alternatieven voorhanden zijn, en of er technische, reglementaire of economische hindernissen zijn die het de toetreders onmogelijk of onredelijk moeilijk maken om alternatieven aan te bieden. Voor het bestaan van dergelijke hindernissen moet op zijn minst aangetoond kunnen worden dat het voor een onderneming van vergelijkbare omvang als de aanbieder die reeds actief is, niet economisch rendabel is om dergelijke producten of diensten aan te bieden.<sup>206</sup>

Het Hof acht het waarschijnlijk dat de bovengenoemde omstandigheden zodanige hindernissen kunnen vormen:

*'In dergelijke omstandigheden is het waarschijnlijk dat deze ondernemingen zeer grote technische en economische inspanningen zouden moeten leveren voor de verwerving van onderzoeken over regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen die op basis van een andere dan de door het intellectueel eigendomsrecht beschermde structuur zijn voorgesteld. De aanbieder van deze alternatieve structuur zou dus gedwongen kunnen zijn financiële voorwaarden te bieden die de economische rendabiliteit van een activiteit van vergelijkbare omvang als die van de onderneming die de beschermde structuur controleert, uitsluiten.'*<sup>207</sup>

Hoewel het Hof het eindoordeel over de onontbeerlijkheid van de brick structure overlaat aan de nationale rechter, geeft het in bovenstaande overweging aan dat de structuur naar alle waarschijnlijkheid voor toetreders inderdaad onontbeerlijk is om te kunnen functioneren op de markt.

Deze overweging laat zien dat het HvJEG veel waarde hecht aan de invulling van het begrip 'onontbeerlijkheid' zoals gegeven in *Bronner*. In dit arrest overweegt het HvJEG dat Oscar Bronner geen toegang tot het distributiesysteem van Mediaprint kan eisen, omdat er enerzijds alternatieven zijn voor dat distributiesysteem, en er anderzijds geen technische, reglementaire of economische hindernissen zijn die het opzetten van een concurrerend systeem

<sup>203</sup> *IMS Health*, § 22-25.

<sup>204</sup> Conclusie A-G Tizzano bij *IMS Health*, § 85.

<sup>205</sup> HvJEG 26-10-1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*).

<sup>206</sup> *Bronner*, § 43-46.

<sup>207</sup> *IMS Health*, § 29.

onmogelijk dan wel onredelijk moeilijk maken. Bronner kan zodoende niet aantonen dat er geen reëel of potentieel alternatief voor het distributiesysteem bestaat, waardoor het niet als onontbeerlijk beschouwd kan worden.<sup>208</sup>

Met Hancher en Lugard zijn wij echter van mening dat de vraag naar het bestaan van reële alternatieven beantwoord dient te worden bij de marktafbakening.<sup>209</sup> Immers, het onderzoek naar het bestaan van substituten voor het product of de dienst in kwestie hoort thuis bij de marktafbakening. De aanwezigheid van technische, reglementaire of economische hindernissen lijkt daarentegen wèl relevant bij de invulling van het begrip onontbeerlijkheid. Van belang is de vraag, in hoeverre daarbij rekening gehouden kan worden met de voorkeuren van de eindafnemers, zoals in *IMS Health* gebeurt. Bij de beantwoording van deze vraag kan aansluiting worden gezocht bij de conclusie van A-G Jacobs bij *Bronner*.<sup>210</sup> Hij stelt dat het voor de toetredende onderneming vanwege fysieke, geografische of wettelijke beperkingen dan wel redenen van openbare orde, onmogelijk of uiterst moeilijk moet zijn, wil er sprake kunnen zijn van een verplichte levering door de dominante onderneming. Daarbij kunnen ook de kosten die moeten worden gemaakt teneinde de markt te kunnen betreden, worden meegerekend: *'Indien dus alleen de kosten van reproductie van de voorziening een barrière voor toetreding tot de markt vormen, moet deze dermate hoog zijn, dat zij elke verstandige ondernemer ervan weerhouden de markt te betreden. Mijns inziens moeten hiertoe alle omstandigheden in aanmerking worden genomen (...).'*<sup>211</sup>

Deze overweging lijkt niet uit te sluiten dat de afhankelijkheid van de afnemers alsmede hun participatie in de totstandkoming van het gewenste product bijdragen aan een dermate hoge financiële barrière dat van onontbeerlijkheid van de voorziening gesproken kan worden. Het oordeel van het HvJEG inzake *IMS Health* is derhalve consistent met de eerdere jurisprudentie inzake *Bronner*. Hull en Strowel menen daarentegen dat het HvJEG het criterium in *IMS Health* ten opzichte van *Bronner* verruimt. Zij plaatsen de afhankelijkheid van de afnemers in het licht van omschakelingskosten; kosten die door consumenten of afnemers gemaakt moeten worden als zij willen overstappen op een ander product.<sup>212</sup> Omschakelingskosten die afnemers moeten maken dienen alleen mee te tellen indien deze daadwerkelijk hoger uitvallen dan de kosten die de onderneming met de machtspositie heeft moeten maken om de markt te kunnen betreden, aldus Hull & Strowel.<sup>213</sup> Echter, ons inziens zijn dit factoren die in aanmerking genomen moeten worden bij de afbakening van de relevante markt. Ondersteuning voor deze opvatting kan gezocht worden in de Bekendmaking van de Commissie inzake de relevante markt, waarin zij onderschrijft dat omschakelingskosten een rol spelen bij de afbakening van de productmarkt.<sup>214</sup>

We mogen op basis van het bovenstaande concluderen dat bij de invulling van het begrip onontbeerlijkheid rekening gehouden kan worden met de voorkeuren van de eindafnemers.<sup>215</sup>

Na het behandelen van de tweede en derde prejudiciële vraag, gaat het HvJEG in op de eerste vraag van het Landgericht Frankfurt. Wil een weigering tot het verlenen van een licentie voor een product dat onontbeerlijk is om te kunnen functione-

208 *Bronner*, § 41-46. Zie ook § 3.3.4 van deze dissertatie.

209 Hancher & Lugard 1999, p. 330.

210 Conclusie van A-G Jacobs van 28 mei 1998 bij *Oscar Bronner*, zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791.

211 Conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 66.

212 Zie ook § 1.2.5 van deze dissertatie.

213 Hull & Strowel 2004, p. 494.

214 Bekendmaking inzake de bepaling van de relevante markt, *PbEG* 1997, C 372/5, § 42.

215 Vgl. § 2.5.2.



ren op de markt misbruik opleveren, dan moet voldaan zijn aan de drie cumulatieve voorwaarden uit *Magill*, aldus het HvJEG.<sup>216</sup> Deze voorwaarden zijn: de weigering staat in de weg aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consument een potentiële vraag is, er is geen rechtvaardigingsgrond voor de weigering en de weigering sluit alle mededinging op een afgeleide markt uit.<sup>217</sup> Zoals reeds aangegeven in § 2.5.2 interpreteert het Hof het vereiste van de afgeleide markt, door te specificeren dat het moet gaan om apart identificeerbare productiestadia die zijn verbonden doordat het product in het eerdere stadium een onontbeerlijk element is voor de levering van het product in het latere stadium.<sup>218</sup>

Het Hof gaat daarnaast in op het vereiste van het nieuw product en overweegt daaromtrent het volgende:

*'(...) is deze voorwaarde ingegeven door de overweging dat bij de afweging van het belang van de bescherming van het intellectueel eigendomsrecht en van de vrijheid van economisch initiatief van de houder daarvan enerzijds en het belang van de bescherming van de vrije mededinging anderzijds, aan dit laatste enkel meer gewicht kan worden toegekend, indien de weigering om een licentie te verlenen de ontwikkeling van de afgeleide markt ten nadele van de consumenten belemmert.'*<sup>219</sup>

Het Hof vervolgt:

*'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, levert dus 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 intellectueel eigendomsrecht 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.'*<sup>220</sup>

Het Hof oordeelt aldus dat voor het aannemen van misbruik vereist is dat de toetredende onderneming nieuwe producten of diensten aanbiedt, anders dan de dominante onderneming reeds aanbiedt. Het geeft geen verdere aanknopingspunten voor de invulling van het begrip 'nieuw'; dit wordt ter beoordeling van de nationale rechter gelaten.<sup>221</sup> In de literatuur wordt wel verdedigd dat het HvJEG door de formulering 'die de houder niet aanbiedt' het nieuw product vereiste heeft beknot.<sup>222</sup> Nieuw zijn dan producten die de rechthebbende op de afgeleide markt zelf niet aanbiedt.

<sup>216</sup> *IMS Health*, § 38.

<sup>217</sup> *IMS Health*, § 38.

<sup>218</sup> *IMS Health*, § 44.

<sup>219</sup> *IMS Health*, § 48.

<sup>220</sup> *IMS Health*, § 49.

<sup>221</sup> *IMS Health*, § 50.

<sup>222</sup> Houdijk 2005, p. 28.

De conclusie van A-G Tizzano wijkt op het punt van de vereiste nieuwheid enigszins af:

*'(...) I consider that the refusal to grant a licence may be deemed abusive only if the requested undertaking does not wish to limit itself essentially to duplicating the goods or services already offered on the secondary market by the owner of the intellectual property right but intends to produce goods or services of a different nature which, although in competition with those of the owner of the right, answer specific consumer requirements not satisfied by existing goods or services.'* (onderstrepingen toegevoegd)<sup>223</sup>

De A-G bepleit aldus dat het voldoende is indien een product *anders* is dan de producten die reeds worden aangeboden, in die zin dat het voorziet in specifieke verlangens van de consument. Bovendien is het volgens de A-G niet bezwaarlijk indien dit product concurreert met producten van de rechthebbende. Hij ziet hiervoor steun in de arresten *Magill* en *Volvo*. In het eerste geval werd de introductie van een ander product, namelijk een alomvattende tv-gids, belemmerd, dat zou gaan concurreren met de gidsen van de omroepen, waardoor misbruik kon worden aangenomen. In het tweede geval wilde Veng identieke modellen van de Volvo-voorspatborden in productie nemen, hetgeen ertoe leidde dat *geen* misbruik aangenomen werd.<sup>224</sup>

Met het bovenstaande gaat Tizzano voorbij aan hetgeen door A-G Gulmann in zijn conclusie bij *Magill* gesteld wordt, namelijk dat juist het gegeven dat de tv-gids van *Magill* met die van de omroepen zou gaan concurreren een reden is om de vereiste nieuwheid niet aan te nemen.<sup>225</sup>

Met betrekking tot de door de A-G geïdentificeerde 'specific consumer requirements' menen wij dat dat er altijd een consumentenvraag zal zijn naar een product dat op bepaalde punten anders is dan de producten die al op de markt zijn.<sup>226</sup> Een specifieke vraag van de consument lijkt ons daarom niet voldoende om aan te kunnen nemen dat er sprake is van een nieuw product.<sup>227</sup> Er zal altijd vraag zijn naar producten die een extra functie hebben, gebruiksvriendelijker zijn of anderszins verschillen van het product dat reeds wordt aangeboden. Dit betekent echter niet dat een dergelijk product dan ook daadwerkelijk als 'nieuw' aangemerkt moet worden. Met Houdijk menen wij dat de vraag van de consument gericht moet zijn op de nieuwheid *zelf*, dus op het innovatieve karakter van het product (of de dienst).<sup>228</sup>

<sup>223</sup> Conclusie A-G Tizzano bij *IMS Health*, § 62.

<sup>224</sup> Conclusie A-G Tizzano bij *IMS Health*, § 63-65.

<sup>225</sup> Conclusie A-G Gulmann bij *Magill*, § 97.

<sup>226</sup> Vgl. Ong 2005, p. 221.

<sup>227</sup> Zie ook § 5.2.3.

<sup>228</sup> Houdijk 2005, p. p. 28. Overigens sluiten wij ons niet aan bij het verband dat Houdijk ziet tussen die invulling van het begrip 'nieuw product' en de Bekendmaking Relevante markt.

Zoals we hebben gezien formuleert het HvJEG de voorwaarde anders dan de A-G en verwijst het uitdrukkelijk naar het begrip 'nieuw'. Het vereiste 'nieuwe producten of diensten' gaat evident verder dan het 'andere product' van de A-G.<sup>229</sup>

De Commissie had in haar beschikking uit 2001 in het geheel niet getoetst aan het vereiste van belemmering van de introductie van een 'nieuw' dan wel 'ander' product. Op grond van de jurisprudentie inzake leveringsweigering (*Commercial Solvents, United Brands, Bronner*) alsmede *Tiercé Ladbroke* komt zij tot de conclusie dat getoetst dient te worden aan de volgende vereisten:

- Uitsluiting van elke mededinging op de *betrokken* markt (curs. toegevoegd);
- Het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging;
- De geweigerde faciliteit is onontbeerlijk voor de uitoefening van de betreffende werkzaamheid, in die zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel alternatief voor bestaat.<sup>230</sup>

In de literatuur wordt kritiek geuit op deze selectie van criteria.<sup>231</sup> Er blijkt dan ook op geen enkele wijze uit dat er rekening wordt gehouden met het feit dat er niet een verplichte levering, maar een verplichte licentie in het geding is. De Commissie geeft in haar beschikking niet aan rekening te houden met het gegeven dat er een intellectueel eigendomsrecht rust op de brick structure, en meent dat een toets aan de vereisten voor een verplichte levering voldoende is. Ondersteuning voor deze opvatting ziet zij in de uitspraak *Tiercé Ladbroke*.<sup>232</sup> De Commissie maakt in haar beschikking derhalve geen onderscheid tussen materiële en immateriële eigendomsrechten. Daarmee gaat zij voorbij aan hetgeen A-G Jacobs in zijn conclusie inzake *Bronner* stelt, namelijk dat licentie van een intellectueel eigendomsrecht anders beoordeeld dient te worden dan de levering van een product of dienst, daar dit laatste tot een permanente uitschakeling van concurrentie kan leiden, terwijl dit bij een intellectueel eigendomsrecht niet het geval zal zijn vanwege de beperking in tijd die inherent is aan dit recht.<sup>233</sup>

Hull & Strowel schrijven naar aanleiding het arrest van het HvJEG dat het nieuw product vereiste voor afbakeningsproblemen zorgt, en dat het wenselijk is de rechthebbende alleen een verplichte licentie op te leggen indien het intellectueel eigendomsrecht *onontbeerlijk* is om te kunnen functioneren op een *andere markt*. Op deze wijze wordt de rechthebbende niet gedwongen een concurrent toe te laten op een markt waarop hij zelf actief is. Naar de mening van de auteurs zou dit weliswaar nog steeds indruisen tegen het principe dat een rechthebbende zelf kan beschikken over het recht een licentie te verlenen, maar niettemin de schade voor de rechthebbende beperkt houden daar de licentie alleen geldt op een andere markt.<sup>234</sup> Wij kunnen ons niet vinden in deze opvatting, aangezien zij het oordeel over de dwanglicentie feitelijk overlaat aan het instrument van de marktafbakening. Dit zal leiden tot rechtsonzekerheid bij de rechthebbenden, aangezien het

<sup>229</sup> Anders: Derclaye 2004a, p. 695.

<sup>230</sup> Commissiebeschikking inzake *IMS Health*, § 70.

<sup>231</sup> Hoyng 2002.

<sup>232</sup> Commissiebeschikking inzake *IMS Health*, § 68.

<sup>233</sup> Conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 64. Vgl. conclusie A-G Tizzano bij *IMS Health*, § 61. Zie ook § 5.1 van deze dissertatie.

<sup>234</sup> Hull & Strowel 2004, p. 495.

proces van marktafbakening vaak een onzekere uitkomst heeft, zoals we hebben gezien in § 1.2.2. Bovendien doet de opvatting geen recht aan de afweging tussen de bevordering van de mededinging via het ingrijpen in de markt en de bevordering van innovatie door middel van het toekennen van een exclusief recht. Het vereiste van het nieuw product heeft de potentie dat wel te kunnen.<sup>235</sup>

De tweede voorwaarde uit *Magill* die het HvJEG noemt, het ontbreken van een rechtvaardigingsgrond voor de weigering tot licentie, komt inzake *IMS Health* slechts marginaal aan bod.

Inzake de derde voorwaarde, de uitsluiting van elke mededinging op een afgeleide markt, hebben we reeds geconstateerd dat indien er een apart productiestadium geïdentificeerd kan worden, waarbij vanwege een onderneming vraag is naar een specifiek product dat onontbeerlijk is voor het uitoefenen van een activiteit, er sprake is van een afgeleide markt. Met het noemen van de mogelijkheid een potentiële dan wel hypothetische markt aan te wijzen lijkt het HvJEG de eerste vraag van het Landgericht Frankfurt strikt gezien ontkennend te beantwoorden: indien de onderneming die om toegang vraagt voornemens is *dezelfde* productmarkt te betreden lijkt er immers geen sprake van misbruik.

Naar aanleiding van *IMS Health* is in de literatuur opnieuw uitvoerig gediscussieerd over de vraag of de criteria voor licentieweigering uit *Magill* uitputtend zijn, en of ze cumulatief moeten worden toegepast. Een tekstuele interpretatie van 's Hofs arrest zou erop wijzen dat het geen vast toetsingskader voor ogen had. In overweging 38 beslist het Hof namelijk:

*'Opdat de weigering van een onderneming die houder is van een auteursrecht om toegang te geven tot een product of een dienst die onontbeerlijk is voor de uitoefening van een bepaalde activiteit als misbruik kan worden aangemerkt, volstaat het blijkens deze rechtspraak dat is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden, namelijk dat deze weigering in de weg staat aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat, dat zij geen rechtvaardigingsgrond heeft en dat zij elke mededinging op een afgeleide markt uitsluit.'* (onderstreping toegevoegd)

Het gebruik van 'volstaat' zou erop duiden dat de *Magill* criteria niet uitputtend zijn.<sup>236</sup> Anderzijds lijkt de laatste overweging van het Hof, waarin het antwoordt dat de weigering om de baksteenstructuur in licentie te geven misbruik van machtspositie is indien is voldaan aan de drie voorwaarden die ook worden genoemd in *Magill*, op het tegenovergestelde te wijzen.<sup>237</sup> Zie in dit verband ook § 2.6.4 van deze dissertatie.

<sup>235</sup> Vgl. *IMS Health*, § 48; Derclaye 2004a, p. 695.

<sup>236</sup> Anderman 2004, p. 13.

<sup>237</sup> *IMS Health*, § 52.

Ten slotte is opnieuw de vraag relevant, in hoeverre de aard van het door het intellectueel eigendomsrecht beschermde product in casu meespeelt. Ook naar aanleiding van *IMS Health* wordt geopperd dat indien de licentie een 'superieur' product betreft er wellicht minder aanleiding is een verplichte licentie op te leggen dan wanneer het exclusieve recht rust op een werk met een laag originaliteitsgehalte.<sup>238</sup> Daarnaast maken sommige schrijvers een onderscheid tussen producten die als bijproduct van een andere activiteit van de dominante onderneming tot stand komen en producten waarin apart geïnvesteerd wordt.<sup>239</sup> Het arrest van het GEA inzake *Microsoft* van 17 september 2007 heeft vermoedelijk de grondslag voor de eerste opvatting weggenomen.<sup>240</sup>

## § 2.6 Microsoft

### § 2.6.1 Inleiding

Microsoft is producent van software voor personal computers, waaronder het veel gebruikte besturingssysteem Windows. Op de markt voor PC-besturingssystemen heeft Microsoft reeds gedurende enige jaren een marktaandeel van boven de 90%.<sup>241</sup> Concurrent Sun Microsystems Inc. (hierna: Sun) dient in 1998 een klacht in bij de Europese Commissie wegens misbruik van machtspositie.<sup>242</sup> Na een uitvoerig onderzoek neemt de Commissie in maart 2004 een beschikking aan, waarin zij tot de conclusie komt dat Microsoft zich schuldig heeft gemaakt aan overtreding van het verbod van artikel 82 EG. Er wordt een boete opgelegd van bijna 500 miljoen euro, alsmede een verplichting interoperabiliteitsinformatie bekend te maken en een versie van Windows aan te bieden zonder daarin inbegrepen het programma Media Player.<sup>243</sup> De Commissie ziet overtuigend bewijs voor het bestaan van misbruik in het feit dat Microsoft haar positie op de markt voor de zogenaamde *client PC operating systems* (hierna: pc-besturingssystemen) heeft uitgebreid naar de markt voor *work group server operating systems* (hierna: netwerkbesturingssystemen),

<sup>238</sup> Ong 2005, p. 222.

<sup>239</sup> Hull & Strowel 2004, p. 497.

<sup>240</sup> In overweging 695 van dit arrest verduidelijkt het Gerecht dat het inherent is aan een intellectueel eigendomsrecht dat er een innovatieve of creatieve prestatie aan ten grondslag ligt, daarmee het argument van Microsoft verwerpend dat haar interoperabiliteitsinformatie van hoge innovatieve waarde is en om die reden niet verplicht in licentie gegeven kan worden. Dit duidt er ons inziens op dat het Gerecht geen onderscheid wil maken tussen 'works of low authorship' en objecten met een hogere originaliteits- of innovativiteitswaarde.

<sup>241</sup> Het marktaandeel van Microsoft wordt zowel berekend aan de hand van verkochte eenheden als aan de hand van opbrengsten: Beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 betreffende een procedure inzake artikel 82 van het EG-Verdrag, COMP/C-3/37.792, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>, § 430 e.v.

<sup>242</sup> Voor een overzicht van de diverse mededingingsrechtelijke procedures die sinds de jaren '90 van de vorige eeuw in de Verenigde Staten zijn gevoerd zie B. Creve, 'US versus Microsoft: wie won wat? Een overzicht van het Amerikaanse hoofdstuk van de Microsoftsaga.', *SEW* 2004 7/8, p. 292-306.

<sup>243</sup> Beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 betreffende een procedure inzake artikel 82 van het EG-Verdrag, COMP/C-3/37.792, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>.

door te weigeren interoperabiliteitsinformatie beschikbaar te stellen aan concurrenten als Sun en Novell. Dit verhindert dat deze laatsten hun netwerkbesturingssystemen aan kunnen passen aan het besturingssysteem voor gebruikers pc's (client pc's) van Microsoft.<sup>244</sup> Microsoft begeeft zich vervolgens op de markt voor netwerkbesturingssystemen en kan daar haar positie op de markt voor individuele besturingssystemen gebruiken om concurrenten in deze markt uit te schakelen, omdat zij de enige is die een optimale koppeling kan maken tussen de client pc's en de servers op het netwerk.

Tevens oordeelt de Commissie dat de verkoop van het Windows besturingssysteem tezamen met de Windows Media Player, een programma dat digitale muziek- en filmbestanden kan afspelen, in strijd is met artikel 82, omdat de consument door het primaat van het besturingssysteem niet geneigd zal zijn een andere mediaspeler te kopen en te installeren.

Microsoft vordert opschorting van de door de Commissie opgelegde maatregelen, maar de President van het GEA wijst dit verzoek af.<sup>245</sup> Ondertussen beoordeelt de Commissie het voorstel dat Microsoft heeft ontwikkeld voor de implementatie van haar beschikking betreffende de beschikbaarstelling van de interoperabiliteitsinformatie. Indien de overige spelers op de markt en de 'Trustee', aangesteld om de correcte implementatie van de beschikking door Microsoft te monitoren, dit beschouwen als afdoende wordt de interoperabiliteitsinformatie ter beschikking gesteld.<sup>246</sup> Een geschil tussen de Commissie en Microsoft over de implementatie van de Commissiebeschikking op dit punt volgt.<sup>247</sup> Nadat het GEA op 17 september 2007 arrest wijst in de hoofdzaak,<sup>248</sup> staakt Microsoft haar verzet tegen de implementatie van de Commissiebeschikking en kondigt aan geen hoger beroep in te stellen bij het HvJEG.<sup>249</sup>

244 Netwerkbesturingssystemen worden gebruikt in organisaties met een intranet. De systemen ondersteunen handelingen die op het netwerk plaatsvinden, zoals het gebruik van gezamenlijke bestanden en printers. Hebben de computers die zijn aangesloten op het netwerk een ander besturingssysteem dan het netwerkbesturingssysteem en is er geen communicatieprotocol dat hen verbindt, dan zijn de systemen incompatibel.

245 President GEA 22 december 2004, zaak nr. T-201/04, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int).

246 Zie persberichten IP/05/673 en IP/05/1215, [http://ec.europa.eu/comm/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html).

247 Zie persberichten IP/05/1695; IP/06/298; IP/06/979 en IP/07/269, [http://ec.europa.eu/comm/competition/index\\_en.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/index_en.html), alsmede de Commissiebeschikkingen van 10-11-2005 (boete wegens 'non-compliance'), COMP/C-3/37.792, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/microsoft/implementation.html> en 12-7-2006 (hoogte van de boete voor 'non-compliance'), COMP/C-3/37.792, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/microsoft/implementation.html>.

248 GEA 17-9-2007, Microsoft Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

249 <http://www.euractiv.com/en/infosociety/microsoft-compliance-eu-ruling-years/article-167800>; <http://www.microsoft.com/Presspass/press/2007/oct07/10-22MSStatement.aspx>; <http://www.microsoft.com/presspass/press/2007/oct07/10-24MSStatement.aspx>.

### § 2.6.2 Relevante markt

De Commissie onderscheidt in haar beschikking verschillende productmarkten. Zij definieert de markt voor pc-besturingssystemen en daarnaast de markt voor netwerkbesturingssystemen. De eerste markt wordt gedefinieerd op basis van een specifieke consumentenvraag die wordt beïnvloed door de karakteristieken van het product en het bedoelde gebruik.<sup>250</sup> Netwerkbesturingssystemen vormen geen substitutieproduct want zijn niet geschikt voor individuele pc's, en producten als personal digital assistants (PDA's) blijven in functionaliteit ver achter bij een pc-besturingssysteem, waardoor zij geen alternatief vormen. Applicatiesoftware is evident geen substituut voor een pc-besturingssysteem.<sup>251</sup> Ook aan de aanbodzijde ziet de Commissie geen mogelijkheden voor substitutie: de kosten en inspanningen die een potentiële aanbieder van een nieuw pc-besturingssysteem zich zou moeten getroosten gaan verder dan de inspanningen die in aanmerking mogen worden genomen bij het bepalen van substitueerbaarheid aan de aanbodzijde.<sup>252</sup>

Aangaande de netwerkbesturingssystemen komt de Commissie tot de conclusie dat deze systemen eveneens een relevante productmarkt vormen. Grondslag voor deze gevolgtrekking is de specifieke vraag die voor de systemen onderscheiden kan worden en de kenmerken van de systemen waardoor ze niet inwisselbaar zijn voor andere *operating systems*.<sup>253</sup> Bovendien wordt het ontbreken van substituten volgens de Commissie bevestigd door het prijsbeleid van Microsoft.<sup>254</sup> Dit prijsbeleid vertoont kenmerken van discriminatie, hetgeen een aanwijzing kan zijn voor het bestaan van een aparte productmarkt.<sup>255</sup> Substitutiemogelijkheden aan de aanbodzijde acht de Commissie onvoldoende aanwezig.<sup>256</sup>

Een belangrijk verschil met de hiervoor behandelde uitspraken is dat de Commissie de relevante markt in deze zaak niet heeft afgebakend naar het product dat wordt beschermd door een intellectueel eigendomsrecht. Niettemin kampt Sun hier met hetzelfde probleem als NDC

<sup>250</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 325.

<sup>251</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 325-332.

<sup>252</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 341.

<sup>253</sup> Netwerkbesturingssystemen kunnen onderscheiden worden van andere besturingssystemen doordat ze minder specifieke hardware en mainframe eisen stellen dan besturingssystemen die een 'mission critical task' uitvoeren (voorbeelden van systemen die wèl een mission critical task uitvoeren zijn luchtvaartreserveringssystemen en systemen voor de verwerking van financiële transacties). Daarnaast moeten ze onderscheiden worden van de zogenaamde 'low-end' servers zoals systemen die een firewall ondersteunen. Zie Commissiebeschikking *Microsoft* § 52-59. Microsoft stelt dat de laatsten wel degelijk onderdeel uitmaken van de betreffende productmarkt, maar dit argument wordt door de Commissie weerlegd met een beroep op Microsoft's eigen productomschrijvingen. Deze prijzen diverse besturingssystemen, die Microsoft aanmerkt als onderdeel van dezelfde markt, aan als geschikt voor verschillende groepen gebruikers: Commissiebeschikking *Microsoft* § 359-368.

<sup>254</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 347.

<sup>255</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt, *PbEG* 1997, C 372/5, § 43. Overigens verklaart Microsoft de prijsverschillen door te stellen dat deze gerelateerd zijn aan de diverse intellectuele eigendomsrechten die aan de systemen ten grondslag liggen: Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 375.

<sup>256</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 388-400.

Health had inzake *IMS Health*, namelijk dat het wel *mogelijk* is om een product te maken dat geen inbreuk maakt op het beschermde object, maar dat de standaard in de weg staat aan de acceptatie van dat product door de consument. Toch neemt de Commissie in dit geval geen 'hypothetische' markt aan voor de toegang tot de interoperabiliteitsinformatie.

Naast bovengenoemde productmarkten onderscheidt de Commissie ten slotte nog de markt voor mediaspelers. Microsoft stelt dat pc-besturingssysteem en mediaspeler één product zijn en derhalve tot dezelfde productmarkt behoren. Consumenten verwachten immers dat ze bij het afnemen van een besturingssysteem tevens applicaties krijgen die bepaalde basishandelingen, zoals het afspelen van mediabestanden, kunnen verrichten. De Commissie ziet echter het bewijs voor het bestaan van een aparte markt voor mediaspelers in het feit dat deze apart voor verkoop worden aangeboden.<sup>257</sup>

Wellicht had de Commissie nog moeten onderzoeken of er ook een aparte markt is voor besturingssystemen zonder mediaspeler. Indien blijkt dat het gebruikelijk is besturingssystemen aan te bieden met mediaspeler aangezien de consument een geïntegreerd product verwacht, zou dit een indicatie kunnen zijn voor het bestaan van een ruimere markt.<sup>258</sup> Op dit punt lijkt de Commissie zichzelf tegen te spreken wanneer zij later in haar beschikking stelt dat het feit dat ook andere producenten hun besturingssystemen uitrusten met een mediaspeler aantoont dat er een consumentenvraag is naar een geïntegreerd product.<sup>259</sup> Hier tegenover staan de beslissingen van het HvJEG inzake *Volvo*, *Renault* en *Hugin*, waar eveneens aparte markten voor geïntegreerde onderdelen werden aangenomen, ondanks dat verkoop van het product zonder het betreffende onderdeel ongebruikelijk is (auto's worden bijvoorbeeld doorgaans niet zonder voorspatbord aangeboden). Niettemin kan opgemerkt worden dat het in deze gevallen de markt voor de vervangingsonderdelen was die apart werd afgebakend, en dus niet de markt voor de oorspronkelijke onderdelen afzonderlijk.

De Commissie ziet geen substituten in CD- en DVD-spelers of mediaspelers die geen streaming media kunnen afspelen.<sup>260</sup> Ook substitutiemogelijkheden aan de aanbodzijde acht zij niet aanwezig, daar de markt voor mediasoftware gekarakteriseerd wordt door netwerkeffecten en standaarden, waardoor het voor derden niet tot de mogelijkheden behoort om te schakelen naar de productie van mediaspelers, of althans niet binnen de termijn die voor aanbodssubstitutie relevant is.<sup>261</sup> Gezien het feit dat koppelverkoop van geringer belang is voor ons onderwerp, zal dit aspect in de verdere analyse van deze zaak buiten beschouwing gelaten worden.

<sup>257</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 802.

<sup>258</sup> Vgl. Van Daalen & Geursen 2004, p. 250.

<sup>259</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 824.

<sup>260</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 407-415.

<sup>261</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 416-424.



In het arrest van 17 september 2007 bevestigt het GEA het oordeel van de Commissie aangaande de relevante markt(en). Microsoft verweert zich met name tegen de afbakening van een aparte markt voor netwerkbesturingssystemen, maar ziet haar verweer niet gehonoreerd.<sup>262</sup>

### § 2.6.3 Machtspositie

Microsoft erkent zelf haar machtspositie op de markt voor pc-besturingssystemen. De Commissie toont aan dat het marktaandeel van Microsoft op deze markt boven de 90% ligt, en dat dit bovendien al geruime tijd het geval is.<sup>263</sup> Daarnaast bestaan er toetredingsbarrières doordat de markt zich kenmerkt door netwerkeffecten. De Commissie stelt dat de – tot nog toe gebleken – onmogelijkheid de Windows-programmatuur aan reverse engineering te onderwerpen bijdraagt aan het bestaan van deze toetredingsbarrières.<sup>264</sup>

Wat betreft de markt voor netwerkbesturingssystemen blijven de marktaandelen van Microsoft's concurrenten zodanig achter dat, wederom in combinatie met de op de markt aanwezige netwerkeffecten, de Commissie ook op deze markt een machtspositie aanneemt.<sup>265</sup> Daarnaast stelt de Commissie dat er zodanige banden bestaan tussen de markt voor pc-besturingssystemen en de markt voor netwerkbesturingssystemen dat op deze grondslag eveneens een machtspositie verondersteld kan worden. Volgens de Commissie bestaan er zowel technologische als commerciële banden tussen beide markten, hetgeen de positie van Microsoft aanzienlijk versterkt.<sup>266</sup>

Het GEA bevestigt in het arrest van 17 september 2007 het oordeel van de Commissie over de machtspositie, en weerlegt het verweer van Microsoft dat zij geen machtspositie in zou nemen op de markt voor netwerkbesturingssystemen als volgt:

*'(...) it must be borne in mind that in the contested decision the Commission takes issue with Microsoft for having used, by leveraging, its quasi-monopoly on the client PC operating systems market to influence the work group server operating systems market (...). In other words, Microsoft's abusive conduct has its origin in its dominant position on the first product market (...). Even if the Commission were wrongly to have considered that Microsoft was in a dominant position on the second market (...) that could not therefore of itself suffice to support a finding that the Commission was wrong to conclude that there had been an abuse of a dominant position by Microsoft.'*<sup>267</sup>

<sup>262</sup> Arrest GEA, *supra*, § 480 – 532.

<sup>263</sup> Commissiebeschikking inzake Microsoft, § 430-447.

<sup>264</sup> Commissiebeschikking inzake Microsoft, § 454-456.

<sup>265</sup> Commissiebeschikking inzake Microsoft, § 473-525.

<sup>266</sup> Commissiebeschikking inzake Microsoft, § 526-540. Vgl. *Tetra Pak II*, § 122.

<sup>267</sup> Arrest GEA, *supra*, § 559.

Het GEA geeft met deze overweging duidelijk aan dat Microsoft verweten wordt dat zij haar machtspositie op de markt voor client pc's heeft gebruikt om de markt voor netwerkbesturingssystemen naar zich toe te trekken.

Ten slotte is nog vermeldenswaardig dat Microsoft verweer voert met de stelling dat de mededingingsregels niet onverkort toepasbaar zijn op markten in de informatietechnologie. Zij beargumenteert dat, naast substitueerbaarheid aan de vraag- en aanbodzijde en toetredingsbarrières, ook rekening gehouden moet worden met een element dat zij 'dreiging van een plotselinge technologische revolutie' noemt.<sup>268</sup>

Dit argument wordt in de literatuur erkend.<sup>269</sup> Mededingingsautoriteiten dienen in 'new economy' markten niet voorbij te gaan aan de specifieke kenmerken van deze markten, daar een op zo een markt verworven machtspositie vaak onder druk staat van dreigende innovatie.<sup>270</sup> Kenmerk van dit type markt is dat concurrentie vaak plaatsvindt *voor* de markt in plaats van daarop. Anderzijds zou deze laatste bevinding ook kunnen leiden tot de conclusie dat mededingingautoriteiten juist in een eerder stadium moeten ingrijpen.<sup>271</sup> Zie in dit verband ook § 4.4 van deze dissertatie.

#### § 2.6.4 Misbruik

Na een analyse van relevante rechtspraak aangaande leveringsweigering en licentieweigering, komt de Commissie tot de volgende conclusie:

*'On a general note, there is no persuasiveness to an approach that would advocate the existence of an exhaustive checklist of exceptional circumstances and would have the Commission disregard a limine other circumstances of exceptional character that may deserve to be taken into account when assessing a refusal to supply.'*<sup>272</sup>

Zij vervolgt met:

*'The case-law of the European Courts therefore suggests that the Commission must analyse the entirety of the circumstances surrounding a specific instance of a refusal to supply and must take its decision based on the results of such a comprehensive examination.'*<sup>273</sup>

De Commissie stelt aldus dat de criteria die het HvJEG tot op heden heeft aangevend bij het beoordelen van leverings- en licentieweigeringen niet cumulatief en niet uitputtend zijn. Bewijs voor haar zienswijze leest de Commissie in overweging

<sup>268</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 465-470.

<sup>269</sup> Ahlhorn, Evans & Padilla 2001; Lind & Muysert 2003.

<sup>270</sup> Zie ook: Beschikking van de Commissie van 16 juli 2003 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, zaak nr. COMP/38.233, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/> (Wanadoo Interactive).

<sup>271</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 368.

<sup>272</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 555.

<sup>273</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 558.

38 inzake *IMS Health*, waarin het HvJEG stelt dat het volgens de rechtspraak *volstaat* dat is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden.<sup>274</sup>

Bovengenoemd standpunt van de Commissie leidt ertoe dat zij in haar beschikking niet uitdrukkelijk alle criteria naloopt, maar een eigen toets formuleert aan de hand waarvan het beweerdelijk misbruik van Microsoft gesteld wordt. Een van de meest interessante argumenten die de Commissie in dit verband aanvoert, is dat de gewenste bekendmaking van de interoperabiliteitsinformatie geen bekendmaking van de broncode van Microsoft's software inhoudt.<sup>275</sup> Dit zou impliceren dat er geen licentieweigering, maar louter een leveringsweigering in het geding is.<sup>276</sup>

De weigering van Microsoft wordt door de Commissie in haar beschikking als misbruik aangemerkt daar zij tot gevolg heeft dat er een aanzienlijk risico bestaat dat alle concurrentie op de relevante markt voor netwerkbesturingssystemen wordt uitgesloten en de markt ten nadele van de consument wordt beperkt.<sup>277</sup> Daarbij hecht de Commissie belang aan het feit dat Microsoft, toen haar marktaandeel op de markt voor netwerkbesturingssystemen nog klein was, wel interoperabiliteitsinformatie heeft verschaft, maar daar na het op de markt brengen van een nieuwe versie van haar systeem mee is opgehouden.<sup>278</sup> Dit lijkt inconsistent met haar eerdere overweging dat er geen onderscheid is tussen leveringsweigeringen aan ondernemingen die al actief zijn op de markt en ondernemingen die tot de markt toe willen treden.<sup>279</sup>

De rechtvaardiging die Microsoft geeft voor haar gedragingen, namelijk dat een verplichte levering haar stimulans tot innovatie zou doen afnemen, wordt door de Commissie terzijde geschoven:

*'(...) the possible negative impact of an order to supply on Microsoft's incentives to innovate is outweighed by its positive impact on the level of innovation of the whole industry (including Microsoft). As such, the need to protect Microsoft's incentives to innovate cannot constitute an objective justification that would offset the exceptional circumstances identified.'*<sup>280</sup>

Microsoft vraagt om opschorting van de opgelegde maatregelen aan het GEA, maar haar verzoek wordt afgewezen.<sup>281</sup> Niettemin lijkt de president van het GEA ontvankelijk voor een aantal van de argumenten die door Microsoft worden aangedragen. Hij oordeelt dan ook dat deze niet op het eerste gezicht ongegrond zijn.<sup>282</sup>

<sup>274</sup> *IMS Health*, *supra*, § 38. Zie ook § 2.5.4 van deze dissertatie.

<sup>275</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 568-572.

<sup>276</sup> In haar beschikking duidt de Commissie de gewraakte gedragingen van Microsoft dan ook consequent aan als 'refusal to supply'.

<sup>277</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 560-708.

<sup>278</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 584.

<sup>279</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 562.

<sup>280</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 783. Vgl. Derclaye 2004a, p. 695. Zie ook § 5.5.4 van deze dissertatie.

<sup>281</sup> President GEA 22 december 2004, zaak nr. T-201/04, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int)

<sup>282</sup> President GEA 22 december 2004, § 394 e.v.

Een aantal overwegingen zijn in dit verband vermeldenswaardig, met name overweging 206, waarin de president oordeelt dat het in een beschikking als de onderhavige niet kan beoordelen in hoeverre de condities die het HvJEG in *IMS Health* heeft genoemd cumulatief en/of uitputtend zijn. Daarnaast gaat hij in op het argument van Microsoft dat een verplichte licentie niet gerechtvaardigd is vanwege de aard van de beschermde informatie. Microsoft stelt dat, in tegenstelling tot de informatie die in het geding was in *Magill* en *IMS Health*, haar interoperabiliteitsinformatie waardevolle technologie betreft en om die reden minder snel verplicht in licentie gegeven mag worden. Ook aangaande dit argument meent de president dat uitsluitel slechts in de hoofdzaak gegeven kan worden.<sup>283</sup> Zoals in § 2.5.4 reeds werd opgemerkt, wordt door het Gerecht in de hoofdzaak beslist, dat er op dit punt geen onderscheid gemaakt kan worden tussen het ene en het andere door intellectuele eigendomsrechten beschermde voortbrengsel.<sup>284</sup>

Op 17 september 2007 wijst het GEA arrest in de hoofdzaak.<sup>285</sup> Omdat Microsoft besloten heeft niet in hoger beroep te gaan tegen dit vonnis, zal het HvJEG zich niet meer over deze zaak kunnen buigen en is dit arrest van het Gerecht derhalve de laatste uitspraak inzake *Microsoft*. Om deze reden wordt het vonnis van het GEA hieronder uitgebreid behandeld. Zowel de argumenten die de Commissie aanvoerde als de door Microsoft naar voren gebrachte verweren worden besproken. Daarbij komen de volgende punten aan de orde: interoperabiliteit, IE-bescherming en de criteria voor misbruik.

#### *Interoperabiliteit*

Bij de beoordeling van het gedrag van Microsoft gaat het Gerecht eerst in op de *mate van interoperabiliteit* die op grond van de door de Commissie opgelegde maatregel bereikt zou moeten worden. Microsoft voert namelijk aan dat de interoperabiliteit die zij van de Commissie moet bewerkstelligen niet valt binnen het begrip 'interoperabiliteit' uit de Softwarerichtlijn.<sup>286</sup> De informatie die zij op grond van de Commissiebeschikking moet vrijgeven stelt volgens Microsoft haar concurrenten niet alleen in staat interoperabiliteit met Windows te bereiken, maar geeft hen bovendien de mogelijkheid over te gaan tot 'cloning'; het maken van een product dat identiek is aan Windows. Dit standpunt vormt in feite de kern van alle verweren van Microsoft. Op grond van de beschikking van de Commissie zou zij worden gedwongen tot het toestaan van *imitatiemededinging*; concurrentie die niet gevoerd wordt op basis van nieuwe, innovatieve producten maar die gebaseerd is op het namaken van Microsofts succesvolle product Windows. Dit zou naar het oordeel

<sup>283</sup> President GEA 22 december 2004, § 207.

<sup>284</sup> Arrest GEA, *supra*, § 695.

<sup>285</sup> GEA 17-9-2007, Microsoft Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) (Microsoft).

<sup>286</sup> Richtlijn 91/250/EEG van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *PbEG* 1991, L122/42.

van Microsoft een onaanvaardbare uitholling van haar intellectuele eigendomsrechten met zich meebrengen, die de rechthebbende immers behoren te kunnen beschermen tegen namaak.

Met betrekking tot de interoperabiliteitskwestie had de Commissie zich op het standpunt gesteld dat Microsoft niet verplicht is de broncode van Windows te openbaren, maar alleen de specificaties van de *protocolen* die de communicatie tussen client pc en server en tussen de servers onderling regelen, opdat ook een niet door Windows bestuurde server volledig deel uit kan maken van een Windows landschap. Deze mate van interoperabiliteit valt volgens de Commissie binnen de grenzen van het relevante Europese recht. Het GEA is het met de Commissie eens: het concept 'interoperabiliteit' zoals dat wordt gebruikt in de Softwarerichtlijn omvat ook de door de Commissie aan Microsoft opgelegde verplichtingen.<sup>287</sup> Vermeldenswaardig is in dit verband, dat voorafgaand aan het arrest van het GEA in de literatuur is betoogd dat dit juist *niet* het geval is.<sup>288</sup> Het GEA vervolgt met de opmerking dat het eigenlijk niet van belang is of de uitleg van het begrip 'interoperabiliteit' door de Commissie overeenkomt met dat uit de Softwarerichtlijn, aangezien artikel 82 EG een regeling is van hogere orde. Er hoeft dus alleen getoetst te worden of de door de Commissie verlangde mate van interoperabiliteit verenigbaar is met de doelstellingen van artikel 82.<sup>289</sup>

Niettemin lijkt de kwestie niet geheel zonder belang. Zou er op basis van de Softwarerichtlijn reden zijn om aan te nemen dat het gebruik van de interoperabiliteitsinformatie niet onder de beschermingsomvang van het auteursrecht valt, dan brengt dat met zich mee dat concurrenten strikt genomen geen licentie nodig zouden hebben voor het gebruik ervan. Kan men de informatie niet zelfstandig bemachtigen door middel van decompilatie dan kan een weigering door Microsoft de informatie ter beschikking te stellen 'slechts' als weigering tot *levering* worden bestempeld. Of het gedrag van Microsoft een weigering tot leveren of een weigering tot licentieverlening behelst, is dus zeker relevant.

#### *IE-bescherming*

In tegenstelling tot het geval was bij *Magill* en *IMS Health*, waar door de nationale rechter was uitgemaakt dat het gebruik van de gewraakte informatie zonder toestemming inbreuk op een exclusief recht op zou leveren, was in het geding in hoeverre Microsoft aanspraak kan maken op bescherming door enig recht van intellectueel eigendom. Onderwerp van (eventuele) bescherming zijn de communicatieprotocollen die de interactie tussen de diverse servers en pc's in een netwerk regelen.

<sup>287</sup> *Microsoft*, § 225-226.

<sup>288</sup> R. Hart, 'Interoperability information and the Microsoft decision', *EIPR* 2006-7, p. 361-365.

<sup>289</sup> *Microsoft*, § 227.

Microsoft voert aan dat bepaalde aspecten van deze communicatieprotocollen ge-octrooieerd zijn, dat de specificaties ervan auteursrechtelijk beschermd zijn, en dat de protocollen bovendien te beschouwen zijn als waardevolle knowhow.<sup>290</sup> De Commissie meent dat Microsoft niet afdoende heeft aangetoond dat er inderdaad octrooibescherming rust op de innovatieve aspecten van de communicatieprotocollen, en bestrijdt de visie dat er sprake zou zijn van enige inbreuk op het auteursrecht dat op de specificaties rust. De *implementatie* van deze specificaties door derden in hun eigen programmatuur zou immers niet beschouwd kunnen worden als een kopie, maar zou een nieuw en ander voortbrengsel opleveren.<sup>291</sup> Voorts is zij van mening dat Microsoft geheel onterecht knowhow gelijk stelt aan rechten van intellectuele eigendom: de jurisprudentie over licentieweigering zou niet onverkort toepasbaar zijn op de weigering knowhow of bedrijfsgeheimen te ontsluiten.<sup>292</sup>

Hoewel een oordeel van het GEA op dit punt zeker belangwekkend was geweest, besluit het Gerecht de kwestie over de beschermbaarheid in het midden te laten. Volgens het Gerecht is de Commissie bij haar beoordeling in 2004 reeds uitgegaan van de meest strenge toets, namelijk die voor licentieweigering, ook al betwistte zij toen ook al dat er sprake zou zijn van een weigering tot licentieverlening. Of de weigering van Microsoft om de interoperabiliteitsinformatie bekend te maken nu een weigering tot leveren of een weigering tot licentieverlening betreft, maakt om die reden bij een toetsing van de Commissiebeschikking geen verschil, aldus het GEA.<sup>293</sup> De zaak kan verder worden afgedaan op basis van de *aanname* dat er sprake is van IE-bescherming en er derhalve een licentieweigering in het geding is. Het GEA geeft met deze overwegingen duidelijk aan dat de toets voor licentieweigering verschilt van die voor leveringsweigering, en dat deze eerste bovendien als strenger beschouwd wordt.

#### *Criteria voor misbruik*

De Commissie stelt zich, zoals reeds vermeld, op het standpunt dat *Magill* en *IMS Health* geen uitputtende lijst van 'uitzonderlijke omstandigheden' in het leven roepen, en dat ieder geval in dat opzicht opnieuw beoordeeld dient te worden. Microsoft betoogt dat de criteria uit *Magill* en *IMS Health* toegepast moeten worden, aangezien er sprake is van een licentieweigering. Overigens meent zij dat daar in haar geval niet aan voldaan wordt.

Het GEA oordeelt als volgt. Uit de jurisprudentie van het Hof kan worden afgeleid dat licentieweigering op zichzelf niet tot misbruik van machtspositie kan leiden, maar alleen in exceptionele omstandigheden. De volgende omstandigheden zijn daarbij naar het oordeel van het GEA *in het bijzonder* aangemerkt als exceptioneel:

<sup>290</sup> *Microsoft*, § 270-273.

<sup>291</sup> *Microsoft*, § 279.

<sup>292</sup> *Microsoft*, § 280.

<sup>293</sup> *Microsoft*, § 284.

- De weigering ziet op een product of dienst die onontbeerlijk is voor het uitvoeren van een bepaalde activiteit op een aanverwante markt;
- De weigering schakelt alle effectieve mededinging op die markt uit;
- De weigering belemmert de introductie van een nieuw product waar aan consumentenzijde vraag naar is.<sup>294</sup>

Indien deze omstandigheden aanwezig zijn, is er sprake van misbruik, tenzij er een objectieve rechtvaardiging voor de weigering is.<sup>295</sup> Het Gerecht merkt daarbij nog op, dat het criterium van de belemmering van de introductie van een nieuw product alleen een rol heeft gespeeld in de jurisprudentie over licentieweigering; niet in die over leveringsweigering.<sup>296</sup> Alvorens een oordeel te vellen over het standpunt van de Commissie dat de genoemde omstandigheden niet uitputtend zijn, zal het GEA eerst het gedrag van Microsoft onderwerpen aan deze criteria. Indien blijkt dat er op basis daarvan niet geconcludeerd kan worden dat er sprake is van misbruik, dan komt het argument van de Commissie aan bod.<sup>297</sup>

#### *Onontbeerlijkheid*

Op de eerste plaats wordt de onontbeerlijkheid van de interoperabiliteitsinformatie getoetst. De Commissie had aangevoerd dat er zonder de betreffende informatie voor derden geen levensvatbare concurrentie op de markt voor netwerkbesturingssystemen mogelijk is. Het GEA gaat hierin mee, en komt tot de conclusie dat er inderdaad sprake is van informatie die onontbeerlijk is voor de activiteiten van derden op de markt.<sup>298</sup> In dit verband kan opgemerkt worden dat deze invulling van het begrip onontbeerlijkheid ('the absence of viable competition') lijkt te verschillen van de invulling die het HvJEG gaf inzake *Bronner*. Daar werd het begrip gedefinieerd als 'het ontbreken van alle daadwerkelijke en potentiële substituten', hetgeen een engere maatstaf lijkt te zijn dan die uitleg die door het GEA nu inzake *Microsoft* wordt gegeven.<sup>299</sup> Microsoft ondervindt immers wel degelijk concurrentie op de markt voor netwerkbesturingssystemen: interoperabiliteit met Windows is wel *mogelijk*, alleen niet optimaal.<sup>300</sup> In dit licht lijkt het voor twijfel vatbaar of er geen 'daadwerkelijk of potentieel substituu' is voor de interoperabiliteitsinformatie in de zin van het arrest *Bronner*.

#### *Uitschakeling van alle mededinging*

Voorts gaat het GEA in op de uitschakeling van de mededinging. Microsoft had aangevoerd dat op basis van de jurisprudentie over licentieweigering vereist is, dat

<sup>294</sup> *Microsoft*, § 331-332.

<sup>295</sup> *Microsoft*, § 333.

<sup>296</sup> *Microsoft*, § 334.

<sup>297</sup> *Microsoft*, § 336.

<sup>298</sup> *Microsoft*, § 436.

<sup>299</sup> HvJEG 26 november 1998, Oscar Bronner GmbH & Co KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co KG c.s. zaak C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*). Zie ook § 3.3.4 van deze dissertatie.

<sup>300</sup> Vgl. § 398.

*alle* mededinging op een aanverwante markt wordt uitgeschakeld. Daarvan zou in haar geval geen sprake zijn; zij ondervindt immers concurrentie op de markt voor netwerkbesturingssystemen. Van Sun, maar ook van IBM, Novell en van diverse aanbieders van het besturingssysteem Linux. Een volledige uitschakeling van alle mededinging is daarom naar haar mening niet aan de orde. De Commissie brengt daar tegen in dat er weliswaar andere aanbieders op de markt zijn, maar dat het door het gedrag van Microsoft onmogelijk is om daar een *effectieve* mededinging te voeren. Het GEA is het met de Commissie eens dat het voldoende is dat er een *risico* bestaat dat op termijn alle mededinging op de markt wordt uitgeschakeld. Bovendien, zo geeft het GEA in overweging 561 aan, zou het tegenstrijdig zijn aan de doelstelling van artikel 82 EG indien de Commissie zou moeten wachten totdat alle mededinging op een markt is uitgeschakeld eer zij actie kan ondernemen. Aan het vereiste van uitschakeling van de mededinging is daarom voldaan.

De invulling die het GEA hier geeft aan 'uitschakeling van elke mededinging' lijkt een logisch gevolg van de overwegingen over de onontbeerlijkheid van de interoperabiliteitsinformatie. Als onontbeerlijkheid het ontbreken van ieder substituuut, bestaand of potentieel, voor het gevraagde product of de gevraagde dienst inhoudt, zal een weigering het gevraagde ter beschikking te stellen automatisch leiden tot een totale uitsluiting van de mededinging. Vergelijk de situatie in *Magill*: daar oordeelde het HvJEG dat wekelijkse televisieprogrammalijs ten het onontbeerlijke materiaal waren voor het maken van een wekelijkse alomvattende televisiegids. Zonder dit materiaal was het onmogelijk om een dergelijke gids te maken – worden de lijsten aan eenieder geweigerd dan is er dus sprake van een *totale* mededingingsuitsluiting. Krijgt het begrip 'onontbeerlijkheid' echter de invulling zoals die er inzake *Microsoft* door de Commissie aan wordt gegeven ('the absence of viable competition'), dan brengt dit vanzelf met zich mee dat er dan ook geen uitsluiting van *alle* mededinging hoeft plaats te vinden.<sup>301</sup> Er is dan immers wel concurrentie mogelijk, alleen leidt deze niet tot effectieve mededinging. Om die reden verbaast het niet dat het GEA na het goedkeuren van onontbeerlijkheidsbegrip zoals dat door de Commissie is ingevuld, ook deze wat ruimere interpretatie van 'uitschakeling van alle mededinging' omarmt.

#### *Nieuw product*

De overwegingen van het GEA over het criterium betreffende de belemmering van de introductie van een nieuw product zijn in het bijzonder belangwekkend. Microsoft betoogt in dit verband opnieuw dat haar concurrenten in het geheel niet voornemens zijn een echt nieuw product op de markt te brengen, maar uitsluitend geïnteresseerd zijn in het imiteren van Windows.<sup>302</sup> Bovendien, zo stelt zij, is er helemaal geen vraag naar zo'n 'imitatie-Windows' bij de consument. De Commissie

<sup>301</sup> Zie ook § 5.4.3.

<sup>302</sup> *Microsoft*, § 621-626. Zie ook de opmerking hieromtrent bij 'interoperabiliteit'.



brengt daar tegenin dat uit *IMS Health* zou blijken dat het voldoende is dat het nieuwe product 'elementen bevat die door inspanning van de licentienemer zijn toegevoegd'.<sup>303</sup> Tevens stelt zij dat concurrenten van Microsoft wel degelijk activiteiten ondernemen op het gebied van onderzoek & ontwikkeling, maar daarbij niet verder komen omdat zij niet in staat zijn optimale interoperabiliteit met Windows tot stand te brengen.<sup>304</sup> Ten slotte kan de weigering van Microsoft volgens de Commissie gekwalificeerd worden als een beperking van de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers, zoals omschreven in artikel 82(b) EG.<sup>305</sup>

Het GEA overweegt als volgt. Het nieuw product criterium uit de rechtspraak inzake *Magill* en *IMS Health* moet gelezen worden in het licht van artikel 82(b) EG. De nadruk ligt daarbij op de bescherming van de consument, een belang dat ook bij het oordeel van het HvJEG inzake *Magill* en *IMS Health* voorop stond.<sup>306</sup> Het nieuw product criterium zoals dat aan de orde was in deze zaken is niet de enige factor die kan bepalen of een licentieweigering in strijd is met artikel 82(b) EG. Immers, naast 'het beperken van de productie of de afzet ten nadele van de gebruikers' schrijft artikel 82(b) voor dat de gebruiker ook benadeeld kan worden door een beperking van de technische ontwikkeling. Van deze hypothese is de Commissie uitgegaan in haar beschikking.<sup>307</sup> Naar het oordeel van het GEA kan inderdaad gesteld worden dat Microsoft de technische ontwikkeling beperkt ten opzichte van haar gebruikers. Dit doet zij doordat zij concurrenten ontmoedigt om innovatieve producten die zijn gebaseerd op Windows te maken en doordat haar gedrag consumenten insluit op de markt voor netwerkbesturingssystemen.<sup>308</sup> Daarbij moet in overweging genomen worden dat consumenten volgens vaste rechtspraak ook indirect benadeeld kunnen worden doordat concurrenten worden uitgesloten.<sup>309</sup> Om deze redenen, aldus het GEA, is de bevinding van de Commissie dat Microsoft de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers beperkt niet manifest onjuist. Aan het nieuw product criterium is daarom voldaan.<sup>310</sup>

Het GEA lijkt met de overwegingen over artikel 82(b) EG aan te willen geven dat het nieuw product criterium zoals dat werd gehanteerd in *Magill* en *IMS Health* betrekking had op beperkingen ten aanzien van de afzet en productie, een en ander zoals vermeld in de tekst van dit artikellid. Het Hof van Justitie heeft niettemin noch in deze, noch in andere rechtspraak aangegeven dat het nieuw product criterium op die wijze geïnterpreteerd dient te worden. Deze uitleg van dit begrip door

303 *Microsoft*, § 631.

304 *Microsoft*, § 636.

305 *Microsoft*, § 632. Zie over artikel 82(b) EG ook § 1.1.1 van deze dissertatie.

306 *Microsoft*, § 643-646.

307 *Microsoft*, § 647-648.

308 *Microsoft*, § 650-658.

309 *Microsoft*, § 664. Zie in dit verband onder meer HvJEG 21-2-1973, *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. vs. Commission*, zaak nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Continental Can*).

310 *Microsoft*, § 665.

het GEA is dus zonder precedent. Niet helemaal duidelijk is, of het Gerecht bedoelt dat het nieuw product criterium daarbij onderdeel uitmaakt van artikel 82(b) of dat het nieuw product criterium de situaties zoals genoemd in artikel 82(b) juist omvat. Overweging 647 wijst in de richting van het eerste ('the circumstance relating to the appearance of a new product (...) cannot be the only parameter which determines whether a refusal to license an intellectual property right is capable of causing prejudice to consumers within the meaning of article 82(b) EC), maar in overweging 665 concludeert het Gerecht anders ('the Commission's finding to the effect that Microsoft's refusal limits technical development to the prejudice of consumers within the meaning of Article 82(b) EC is not manifestly incorrect. The Court *therefore* finds that the circumstance relating to the appearance of a new product is present in this case').<sup>311</sup> Opnieuw is het daarom niet helder wat de juiste interpretatie en rol moet zijn van het nieuw product vereiste.

Waar het Gerecht onderzoekt of de licentieweigering van Microsoft concurrenten belemmert in hun pogingen innovatieve producten te ontwikkelen komt het bij de kern van de zaak. Is er sprake van een belemmering, dan werkt de IE-bescherming waar Microsoft een beroep op kan doen als het ware contraproductief: in plaats van innovatie te bewerkstelligen wordt innovatie door de uitoefening van het exclusieve recht juist geblokkeerd. Volgens het GEA heeft de Commissie afdoende aangetoond dat er inderdaad sprake is van een blokkade: indien de interoperabiliteitsdrempel met betrekking tot Windows wordt weggenomen, dan zullen Microsofts concurrenten in staat zijn besturingssystemen te maken met kenmerken die de consument als zeer waardevol beschouwt.<sup>312</sup> Het Gerecht benadrukt daarbij nog, dat het voor concurrenten op basis van de informatie die Microsoft van de Commissie openbaar moet maken *niet* mogelijk zal zijn Windows te 'clonen'. Niettemin wordt nergens, ook niet uit de overwegingen van de Commissiebeschikking waar het GEA naar verwijst, echt duidelijk wat deze bijzondere nieuwe kenmerken zijn die door de consument zo gewaardeerd worden,<sup>313</sup> en of deze producten innovatie zullen realiseren.

#### *Objectieve rechtvaardiging*

Tot slot de objectieve rechtvaardiging voor Microsofts gedrag. De softwareproducent ziet een objectieve rechtvaardiging voor haar licentieweigering gelegen in het feit dat de softwareprotocollen beschermd worden door diverse IE-rechten. Een onderneming die door middel van een licentieweigering tracht te voorkomen dat concurrentie met het beschermde product plaatsvindt is daarin vanwege die be-

<sup>311</sup> Curs. toegevoegd.

<sup>312</sup> *Microsoft*, § 656.

<sup>313</sup> De Commissie verwijst in overwegingen 695 t/m 699 van haar beschikking uit 2004 weliswaar naar de verbetering in betrouwbaarheid en veiligheid van netwerkbesturingssystemen die een licentie voor derden zou kunnen bewerkstelligen, maar het lijkt voor twijfel vatbaar dat dit zeer bijzondere, innovatieve producteigenschappen betreft.

scherming gerechtvaardigd.<sup>314</sup> Het GEA stelt dit argument ter zijde: indien zelfs na het vervullen van alle *Magill/IMS Health* criteria een onderneming om deze reden nog een licentie kan weigeren, dan is het bestaan van die criteria immers zinloos.<sup>315</sup> Ook kan Microsoft in dit verband geen beroep doen op het feit dat er geheime knowhow in de protocollen is verwerkt. Er is naar het oordeel van het GEA geen reden om aan te nemen dat op knowhow een hoger beschermingsniveau van toepassing is dan op enig recht van intellectuele eigendom.<sup>316</sup> Ten slotte overweegt het Gerecht dat het aan de onderneming is om het bestaan van een objectieve rechtvaardiging aan te tonen, en niet aan de Commissie. Het GEA komt uiteindelijk tot de conclusie dat Microsoft onvoldoende heeft kunnen aantonen dat er sprake was van een objectieve rechtvaardiging voor haar gedrag. Zij heeft daartoe weliswaar aangevoerd dat een gedwongen licentie haar stimulans tot innovatie sterk zou verminderen, maar is niet in staat gebleken het tegenovergestelde oordeel van de Commissie te weerleggen.<sup>317</sup>

#### *Eindoordeel*

Het Gerecht van Eerste Aanleg komt op grond van het bovenstaande tot de conclusie dat is voldaan aan de criteria voor licentieweigering zoals die in de Europese rechtspraak gesteld worden. Microsoft maakt misbruik van haar machtspositie door te weigeren om aan haar concurrenten de gewraakte interoperabiliteitsinformatie ter beschikking te stellen. Doordat nu niet meer behoeft te worden onderzocht in hoeverre het standpunt van de Commissie dat de *Magill/IMS Health* criteria niet uitputtend zijn juist is, gaat het GEA daar verder niet op in. De beschikking van de Commissie uit 2004 wordt aldus gehandhaafd, met als enige kanttekening dat de aan Microsoft opgelegde verplichting met betrekking tot de 'Monitoring Trustee' door het GEA wordt opgeheven.<sup>318</sup> Microsoft zal dus licenties moeten (blijven) verlenen aan iedere onderneming die actief is op het gebied van netwerkbesturings-systemen, een en ander onder redelijke en niet-discriminerende voorwaarden.

Het eindoordeel inzake de procedure tussen Microsoft en de Commissie laat een aantal belangrijke vragen onbeantwoord. Om te beginnen lijkt de discussie omtrent de vraag of de criteria uit *Magill* en *IMS Health* uitputtend zijn nog niet definitief te kunnen worden afgesloten. Het GEA verwijst weliswaar naar de criteria als omstandigheden die *in het bijzonder* zijn aangemerkt als zodanig uitzonderlijk dat ze een gedwongen licentie rechtvaardigen,<sup>319</sup> maar geeft geen uitsluitel over het standpunt van de Commissie dat het een niet-limitatieve lijst betreft. Een andere vraag

314 *Microsoft*, § 666.

315 *Microsoft*, § 683. Zie in dit verband ook § 5.5.1 van deze dissertatie.

316 *Microsoft*, § 693.

317 *Microsoft*, § 709-711. Zie over het oordeel van de Commissie inzake deze 'negatieve innovatiestimulans' ook § 5.5.4 van deze dissertatie.

318 *Microsoft*, § 1251-1279. Zie ook <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/microsoft/implementation.html>.

319 *Microsoft*, § 331-332.

die overblijft, is wat de exacte relatie is tussen artikel 82(b) EG en het nieuw product criterium. Behoudt het nieuw product vereiste haar onafhankelijke rol of dient het voortaan in het licht van artikel 82(b) EG te worden geïnterpreteerd? Helaas zal het HvJEG niet meer de kans krijgen om zich over deze vragen te buigen.

## § 2.7 Tussenconclusie

In het voorgaande hoofdstuk hebben we de beschikbare jurisprudentie van het HvJEG en het GEA inzake licentieweigering besproken. Dit is gebeurd aan de hand van de verschillende fasen waaruit een toetsing aan artikel 82 EG is opgebouwd, zijnde de afbakening van de relevante markt, de bepaling van de (machts)positie en het misbruikoordeel. Aangaande de afbakening van de relevante markt valt op dat deze vaak wordt vastgesteld op het door het intellectueel eigendomsrecht beschermde product zelf (*Volvo*, *Renault*, *Magill*) of zelfs op een markt voor de *toegang* tot een door IE beschermd product (*IMS Health*). Met een dergelijke nauwe marktafbakening lijkt een machtspositie voor de IE-rechthebbende vrijwel onafwendbaar. Dit roept de vraag op in hoeverre de mededingingsrechtelijke instrumenten die worden ingezet bij het afbakenen van de markt de mogelijkheid bieden om te abstraheren van de mededingingsordening die het IE-recht als vanzelf met zich meebrengt, namelijk de mogelijkheid om substituten (tijdelijk) uit te sluiten. In hoofdstuk 4 zal daarom uitgebreid worden stilgestaan bij deze vraag, alsmede bij het onderwerp van de afgeleide markt.

Het bepalen van de (machts)positie wordt extra gecompliceerd indien het exclusieve recht samenvalt met een wettelijk monopolie (*Magill*, *Tiercé Ladbroke*) dan wel een *de facto* standaard (*IMS Health*, *Microsoft*). Deze factoren geven de onderneming de kans om in hoge mate onafhankelijk te opereren op de relevante markt, hetgeen het belangrijkste kenmerk is van het bestaan van een machtspositie. Op de rol die standaardisatie speelt bij de toepassing van artikel 82 EG op licentieweigeringen komen we in § 4.4 en § 4.5 terug.

Ten slotte het misbruik. In *Volvo* en *Renault* is door het HvJEG voor het eerst aangegeven dat het mogelijk is dat een licentieweigering misbruik van machtspositie oplevert, al benadrukte het Hof daarbij wel dat het weigeren van een licentie in beginsel volkomen geoorloofd is. Inzake *Magill* oordeelde het HvJEG dat een licentieweigering alleen in *uitzonderlijke omstandigheden* in strijd kan zijn met het verbod van artikel 82 EG. De weigering van de Ierse omroepen om hun televisie-programmagegevens in licentie te geven ten behoeve van een alomvattende wekelijkse tv-gids werd daarbij gekwalificeerd als misbruik. Het HvJEG kwam tot dit oordeel omdat de omroepen door hun weigering a) de introductie beletten van een nieuw product waar aan consumentzijde vraag naar was, b) daarmee alle mededinging op een afgeleide markt uitschakelden en er c) voor deze weigering geen objectieve rechtvaardiging was. Na *Magill* rees de vraag of deze uitzonderlijke omstandigheden als een vast toetsingskader voor licentieweigeringen beschouwd

dienden te worden, of dat de omstandigheden van geval tot geval konden verschillen. Het arrest *IMS Health* leek te bevestigen dat het een uitputtende lijst betreft, maar naar aanleiding van het verschijnen van de uitspraak van het GEA inzake *Microsoft* kunnen daar wellicht toch weer vraagtekens bij worden geplaatst. Niettemin blijven de criteria uit *Magill* de enige door het Hof geaccepteerde toets voor licentieweigeringen, en om die reden worden zij in deze dissertatie dan ook als uitgangspunt genomen voor de analyse van de problematiek. In hoofdstuk 5 worden deze criteria uitgebreid besproken, waarbij speciale aandacht uitgaat naar het 'nieuw product' criterium, dat ons inziens een sleutelrol kan spelen bij de beoordeling van licentieweigeringen op grond van artikel 82 EG.



## 3 Jurisprudentie inzake leveringsweigering

### § 3.1 Inleiding

In het voorgaande hoofdstuk behandelden we de jurisprudentie van het Hof van Justitie aangaande licentieweigering. In dit hoofdstuk komt de rechtspraak van het Hof inzake leveringsweigering aan bod. De problematiek van licentieweigering wordt vaak in verband gebracht met dan wel gelijkgesteld aan die van leveringsweigering. Aan het opleggen van een verplichte levering kleven immers in beginsel hetzelfde soort bezwaren als aan het opleggen van een verplichte licentie: het vormt een ingreep in de contractvrijheid, het is een inbreuk op het eigendomsrecht en het risico bestaat dat investeringen in voorzieningen en infrastructuur op den duur teruglopen.<sup>1</sup> Ook een gedwongen levering zal dus met zwaarwegende argumenten dienen te worden onderbouwd. In deze dissertatie zal niettemin worden betoogd dat er zeer essentiële verschillen bestaan tussen leveringsweigering en licentieweigering, op grond waarvan deze gedragingen anders beoordeeld dienen te worden bij een toetsing aan artikel 82 EG.<sup>2</sup> Om de noodzaak van een afwijkende beoordeling te benadrukken wordt de jurisprudentie inzake leveringsweigering in dit hoofdstuk apart geanalyseerd.

Het onderwerp leveringsweigering lijkt onlosmakelijk verbonden met de zogenaamde essential facilities doctrine. Dit is een leerstuk dat voorschrijft dat een onderneming met een machtspositie onder omstandigheden gedwongen kan worden een bepaalde faciliteit of dienst die zij beheert te delen met andere onderne-

<sup>1</sup> Hancher & Lugard 1998, p. 325-326, alsmede de daar genoemde literatuur.

<sup>2</sup> Zie voorts § 5.1.

mingen die een verzoek daartoe doen.<sup>3</sup> Het weigeren van toegang tot de essentiële voorziening door de onderneming met de dominante positie wordt dan beschouwd als misbruik van machtspositie. De maatregel die bij een dergelijk misbruik door de rechter of mededingingsautoriteit opgelegd kan worden is een verplichting de essentiële faciliteit te delen. In hoeverre de essential facilities doctrine is erkend door het Hof van Justitie is omstreden.<sup>4</sup>

Voorstanders van het toepassen van de essential facilities doctrine bij leveringsweigering menen veelal dat zij eveneens onverkort kan worden toegepast op licentieweigeringen.<sup>5</sup> Wij menen dat deze toepassing onwenselijk is. Het belangrijkste argument ter ondersteuning van deze stelling is het onderscheid tussen levering en licentie, dat een fundamenteel andere benadering door het mededingingsrecht met zich meebrengt. Zie voorts over het verschil tussen leveringen en licenties § 5.1.

De vraag wanneer de toegang tot een faciliteit precies aangemerkt kan worden als 'essentieel' lijkt vooralsnog niet eenduidig te beantwoorden. Temple Lang geeft in zijn gezaghebbende publicatie uit 1994 over het onderwerp de volgende omschrijving:

*'The test seems to be whether the handicap resulting from denial of access is one that can reasonably be expected to make competitor's activities in the market in question either impossible or permanently, seriously, and unavoidably uneconomical'*<sup>6</sup>

Of de toegang tot een faciliteit of dienst inderdaad essentieel is, zal per geval beoordeeld moeten worden. Zoals hierboven reeds werd aangegeven, heeft het HvJEG de doctrine niet expliciet erkend. Daarnaast staat ter discussie in hoeverre de doctrine een zelfstandig bestaansrecht heeft binnen de algemene problematiek inzake leveringsweigering. Niettemin heeft de essential facilities doctrine in

3 Zie aangaande de essential facilities doctrine onder meer: P. Areeda, 'Essential facilities: an epithet in need of limiting principles', (58) *Antitrust L.J.* 1990, p. 841; J. Temple Lang, 'Defining legitimate competition: companies' duties to supply access to essential facilities', (18) *Fordham International Law Journal* 1994, p. 437; D. Ridyard, 'Essential facilities and the obligation to supply competitors under UK and EC competition law', *ECLR* 1996, p. 438; L. Hancher & H. Lugard, 'De essential facilities doctrine: het Bronner-arrest en vragen van mededingingsbeleid', *SEW* 1999, p. 323; J. Temple Lang, 'The principle of essential facilities in European Community competition law – the position since Bronner', *Journal of Network Industries* 2000, p. 375; A. Capobianco, 'The essential facilities doctrine: similarities and differences between the American and the European approach', (26) *ELR* 2001, p. 548; B. Doherty, 'Just what are essential facilities?', *CMLR* 2001, p. 397. Zie ook § 1.3.3 van deze dissertatie.

4 H. Akyürek-Kievits, 'Accepteert het Hof de leer van de 'essential facilities?', *NTER* 1999, p. 8; M. Bergman, 'The Bronner case – a turning point for the essential facilities doctrine?', *ECLR* 2000, p. 59.

5 F. Fine, 'NDC/IMS: a logical application of the essential facilities doctrine', *ECLR* 2002, p. 457; C. Ritter, 'Refusal to deal and 'essential facilities': does intellectual property require special deference compared to tangible property?', *World Competition* 2005, p. 281.

6 Temple Lang 1994, p. 488.



belangrijke mate vorm gegeven aan het debat over de toepassing van artikel 82 EG op leveringsweigerings en licentieweigerings. Om die reden wordt zij in dit hoofdstuk uitgebreid besproken.

In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk beschrijven we het ontstaan van de essential facilities doctrine in de Verenigde Staten. Vervolgens wordt de rol van de essential facilities doctrine in de Europese rechtspraak besproken, aan de hand van beschikkingen van de Europese Commissie inzake leveringsweigerings. De Commissie heeft in jaren '90 van de vorige eeuw diverse malen geoordeeld dat de weigerings een essentiële faciliteit te leveren in strijd was met artikel 82 EG. Ten slotte wordt de jurisprudentie van het HvJEG behandeld. Het Hof heeft de essential facilities doctrine nooit expliciet erkend, maar wel een aantal malen een weigerings tot leveren gesanctioneerd. Deze jurisprudentie wordt besproken op dezelfde wijze als hiervoor met licentieweigerings gebeurde: aan de hand van de onderdelen marktafbakening, machtspositie en misbruik.

## § 3.2 Essential facilities doctrine

### § 3.2.1 Oorsprong en rechtspraak in Verenigde Staten

De essential facilities doctrine vindt haar oorsprong in de Verenigde Staten, waar zij sinds 1912<sup>7</sup> een omstreden rol speelt in de discussie over uitzonderings op de regel dat ondernemings niet verplicht zijn met elkaar te contracteren. De doctrine heeft in de Verenigde Staten altijd scherpe kritiek ondervonden. Wijlen Philip Areeda, gerenommeerd mededingingsrecht deskundige, schreef in 1990:

*'As with most instances of judging by catch-phrase, the law evolves in three stages: (1) An extreme case arises to which a court responds. (2) The language of that response is then applied – often mechanically, sometimes cleverly – to expand the application. With too few judges experienced enough with the subject to resist, the doctrine expands to the limits of its language, with little regard to policy. (3) Such expansions ultimately become ridiculous, and the process of cutting back begins.'*<sup>8</sup>

<sup>7</sup> In de uitspraak *United States vs. Terminal Railroad Association of St. Louis* (224 US 383 (1912)) inzake een groep spoorwegmaatschappijs die het beheer van het spoornetwerk in en rond St. Louis in handen hadden, bepaalde het Supreme Court dat het onmogelijk was voor andere maatschappijs '(...) to pass through, or even enter St. Louis, so as to be within reach of its industries or commerce, without using the facilities entirely controlled by the terminal company' en legde het een verplichting tot het verlenen van toegang onder niet-discriminerende voorwaarden op. Ondanks dat het Supreme Court de term 'essential facility' niet bezigt, en het bovendien niet vaststond dat er daadwerkelijk toegang geweigerd was, wordt deze uitspraak gezien als de oorsprong van de doctrine: Areeda 1990, p. 842; Doherty 2001, p. 398-399; Capobianco 2001, p. 548.

<sup>8</sup> P. Areeda, 'Essential facilities: an epithet in need of limiting principles', (63) *Antitrust L.J.* 1990, p. 841.

Areeda stelt dat de essential facilities doctrine zich in de hierboven geschetste tweede fase bevindt. Uit het feit dat de essential facilities doctrine de laatste jaren enigszins uit de discussie en de rechtspraak is verdwenen zouden we, uitgaande van de juistheid van het hetgeen door Areeda gesteld werd, kunnen aannemen dat de doctrine zich nu in de derde fase bevindt. Niettemin is het leerstuk van de essential facilities van grote invloed (geweest) op de discussie over de mededingingsrechtelijke beoordeling van leveringsweigeringen. Om die reden wordt zij hier uitgebreid besproken.

Het essential facilities leerstuk is in de Verenigde Staten in de context van Section 2 van de Sherman Act<sup>9</sup> met enige regelmaat toegepast, hoewel het niet altijd als zodanig benoemd is. Te onderscheiden vallen enerzijds toegangsweigeringen door een groep ondernemingen, zoals aan de orde was in *Terminal Railroad*<sup>10</sup> en *Associated Press*,<sup>11</sup> en anderzijds unilaterale weigeringen. Dit onderscheid is van belang, ten eerste omdat een actie van een groep ondernemingen mogelijk ook bestreken wordt door het kartelverbod,<sup>12</sup> maar bovendien omdat remedies bij unilaterale weigeringen veel moeilijker te bepalen zijn en volgens sommigen het risico van afname van investeringsbereidheid groter is.<sup>13</sup> Aangaande unilaterale weigeringen waren in de Verenigde Staten tot 2004 met name de zaken *Aspen Skiing*<sup>14</sup>, *Eastman Kodak*<sup>15</sup> en *MCI Communications*<sup>16</sup> van belang. De eerste twee zaken zijn specifiek van belang omdat ze beide een arrest van het Supreme Court hebben uitgelokt over de materie, de derde omdat er expliciete essential facilities terminologie wordt gebezigd. In 2004 gaf het Supreme Court een oordeel inzake *Trinko*<sup>17</sup> – deze uitspraak biedt op dit moment de belangrijkste aanknopingspunten voor wat betreft de toepassing van de essential facilities doctrine in de VS.

9 Title 15 US Code. Het Amerikaanse equivalent van artikel 82 EG: 'every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony (...)'. Hiermee kent de Sherman Act een ander toepassingsbereik dan artikel 82, daar het tevens het streven naar een monopoliepositie en het samenspannen met monopolisering als oogmerk sanctioneert. Voor een vergelijking tussen Section 2 Sherman Act en artikel 82 EG zie Jones & Sufrin 2004, p. 293-296.

10 *Supra*; noot 7.

11 *Associated Press vs. United States*, 326 US 1 (1945). Het Supreme Court besliste in deze zaak dat het (discriminerende) toelatingsbeleid van een vereniging van dagbladen in strijd was met de Sherman Act.

12 In de Verenigde Staten is het kartelverbod vervat in Section 1 Sherman Act: 'Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony (...)'.  
13 Areeda 1990, p. 844-845. Zie ook: Bork 1993, p. 330-346.

14 *Aspen Skiing Company vs. Aspen Highlands Skiing Corporation*, 472 US 585 (1985).

15 *Eastman Kodak Company vs. Image Technical Services*, 504 US 451 (1992).

16 *MCI Communications Corporation vs. AT&T*, 708 F.2d 1081 (7<sup>th</sup> Circuit).

17 *Verizon Communications Inc. vs. Law Offices of Curtis V. Trinko*, 540 US 682 (2004). Zie over dit arrest uitgebreid Geradin, '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*?', (41) CMLR 2004, p. 1519-1553 en Drexler, '*IMS Health* and *Trinko*: antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal-to-deal cases', (35) IIC 2004, p. 788 – 808.

*Aspen Skiing* had betrekking op een skigebied waar gedurende enige jaren twee aanbieders van skipassen hadden samengewerkt, maar waar een van de twee aanbieders, Aspen Skiing Company, op een gegeven moment had besloten deze samenwerking te beëindigen. De andere partij, Aspen Highlands, startte een procedure wegens inbreuk op de mededingingsregels. Inzet van deze procedure was een verlenging van de samenwerking, daar Aspen Highlands, die slechts één van de bergen in het skigebied exploiteerde, vreesde dat skiërs de skipas van Aspen Skiing Company, die toegang bood tot maar liefst drie bergen, zouden prefereren. Het appèlhof oordeelde dat Aspen Skiing streefde naar een monopoliepositie, en dat een gecombineerde skipas een essentiële faciliteit was die zij verplicht was te delen.<sup>18</sup> Het Supreme Court bevestigde dit oordeel, alhoewel het daarbij niet expliciet de essential facilities terminologie hanteerde.

*Eastman Kodak* borduurde voort op Aspen. De stopzetting van het leveren van reserveonderdelen door Kodak<sup>19</sup> was volgens het Supreme Court alleen geoorloofd als daar een 'valid business reason' voor was.<sup>20</sup> Het herhaalde de regel uit *Aspen Skiing* dat een onderneming in beginsel het recht heeft tot leveringsweigerings, maar dat dit recht niet absoluut is en louter bestaat als er legitieme bedrijfsmatige redenen voor de weigering aan te wijzen zijn.<sup>21</sup> Een legitieme reden was in dit geval *niet* gelegen in: 1. kwaliteitscontrole 2. het voorkomen dat onafhankelijke derden de vruchten plukken van investeringen in productontwikkeling en marketing of 3. het reduceren van inventarisatiekosten.<sup>22</sup> Ook ditmaal werd door het Supreme Court de term 'essential facilities' niet gebezigd.

Inzake *MCI Communications vs. AT&T* stelde MCI dat AT&T haar toegang weigerde tot diens telefonienetwerk, en probeerde toegang af te dwingen via de rechter. Het Court of Appeals (7th Circuit) verwees naar de essential facilities doctrine en gaf een aantal voorwaarden waarvoor een succesvol beroep op de doctrine aan voldaan moest zijn:

*'The case law sets forth four elements necessary to establish liability under the essential facilities doctrine: (1) control of the essential facility by a monopolist; (2) a competitor's inability practically or reasonably to duplicate the essential facility; (3) the denial of the use of the facility to a competitor; and (4) the feasibility of providing the facility'*<sup>23</sup>

Het netwerk van AT&T werd beschouwd als een essentiële faciliteit, omdat het voor MCI onmogelijk was het netwerk te dupliceren of een soortgelijk (landelijk) netwerk op te zetten. Toegang tot het netwerk was vereist voor de dienst die MCI wilde aanbieden. AT&T had de mogelijkheden om die toegang te leveren en geen geldige bedrijfsmatige of technische argumenten om de toegang te weigeren.<sup>24</sup>

*Trinko* heeft, evenals *MCI Communications*, betrekking op een telecommunicatienetwerk. Verizon is een lokale netwerkexploitant in de staat New York, en op grond van telecommunicatiewetgeving uit 1996 verplicht haar netwerk open te stellen

18 *Aspen Highlands Skiing Corporation vs. Aspen Skiing Company*, 738 F.2d 1509, 1513 (10<sup>th</sup> Circuit 1984). Zie ook: Ahern, 'Refusals to deal after Aspen', (63) *Antitrust L.J.* 1994, p. 153 e.v..

19 Aan afnemers die reparatiewerkzaamheden lieten uitvoeren door derden in plaats van door Kodak.

20 *Eastman Kodak*, nr. 15.

21 *Eastman Kodak*, voetnoot nr. 32.

22 *Eastman Kodak*, nr. 15.

23 *MCI Communications vs. AT&T*, *supra*, nr. 1132-1133.

24 *MCI Communications vs. AT&T*, *supra*, nr. 1133.

voor concurrerende aanbieders. Daarnaast verplicht bedoelde wetgeving tot het bieden van een zekere mate van technische ondersteuning aan de andere aanbieders. Een aantal van deze aanbieders, waaronder AT&T, diende een klacht in wegens schending van de Sherman Act. Zij stelden dat Verizon, in weerwil van haar verplichtingen op grond van de telecommunicatiewetgeving, geen of beperkte toegang bood tot haar technische ondersteuningsdiensten. Hierdoor zouden de aanbieders klanten verliezen. Het Supreme Court sprak zich uit over twee belangrijke kwesties: de essential facilities doctrine en de relatie tussen algemeen en sectorspecifiek mededingingstoezicht. Het Hooggerechtshof herhaalt allereerst de regel dat een onderneming in beginsel niet verplicht kan worden te contracteren.<sup>25</sup> Onder bepaalde omstandigheden kan een weigering tot samenwerking echter leiden tot anticompetitief gedrag dat in strijd is met de Sherman Act. Deze omstandigheden worden echter niet snel aangenomen, daar niet altijd helder is in hoeverre de remedie (verplichte samenwerking oftewel gedwongen toegang) daadwerkelijk heilzaam is.<sup>26</sup> Ter beantwoording van de vraag of de omstandigheden in *Trinko* een zodanige remedie rechtvaardigen, toetst het Supreme Court aan de criteria die het formuleerde in *Aspen Skiing*, en komt tot de conclusie dat Verizon niet in strijd heeft gehandeld met de mededingingswetgeving. Opmerkelijk is de volgende overweging:

*'In Aspen Skiing, what the defendant refused to provide to its competitor was a product that it already sold at retail – to oversimplify slightly, lift tickets representing a bundle of services to skiers. (...) In the present case, by contrast, the services are not otherwise marketed or available to the public. (...) The unbundled elements offered (...) exist only deep within the bowels of Verizon; they are brought out on compulsion of the 1996 Act and offered not to consumers but to rivals, and at a considerable expense and effort. New systems must be designed and implemented simply to make that access possible – indeed, it is the failure of one of those systems that prompted the present complaint.'*<sup>27</sup>

Het Supreme Court oordeelt hier, met andere woorden, dat een faciliteit die niet afzonderlijk aangeboden wordt geen onderwerp kan zijn van een verplichte levering. Dit is opmerkelijk, omdat in de Europese jurisprudentie aangaande leveringen en licentieweigering juist regelmatig een dienst of product ter discussie stond, dat niet afzonderlijk op de markt gebracht werd: een distributiesysteem voor dagbladen (*Bronner*); interoperabiliteitsinformatie (*Microsoft*); wekelijkse tv-programmalijsten (*Magill*); een structuur voor de verwerking van farmaceutische gegevens (*IMS Health*). Het HvJEG zag in het feit dat deze producten en/of diensten niet afzonderlijk aangeboden werden, geen beletsel om ze te onderwerpen aan een misbruiktoetsing op grond van artikel 82 EG.

<sup>25</sup> Opinion of the Court delivered by Justice Scalia inz. *Trinko*, onder III. Deze passage verwijst naar *United States vs. Colgate* (250 US 300 (1919)), waar deze regel voor het eerst geformuleerd werd.

<sup>26</sup> *Trinko*, nr. III.

<sup>27</sup> *Trinko*, nr. III.

Het Supreme Court vervolgt met de volgende opmerking over de essential facilities doctrine:

*'This conclusion (dat Verizon geen inbreuk maakt op de mededingingsregels; SvL) would be unchanged even if we considered to be established law the 'essential facilities' doctrine crafted by some lower courts, under which the Court of Appeals concluded respondent's allegations might state a claim. (...) We have never recognized such a doctrine (...) and we find no need either to recognize or to repudiate it here. It suffices for present purposes to note that the indispensable requirement for invoking the doctrine is the unavailability of access to the 'essential facilities'; where access exists, the doctrine serves no purpose.'*<sup>28</sup>

Deze overweging benadrukt dat de essential facilities doctrine en daarmee het algemene mededingingsrecht geen rol spelen op het moment dat er al regels voor toegang zijn vastgesteld door de overheid. Het Hooggerechtshof wijst de doctrine weliswaar niet geheel af, maar lijkt het toch een bijzonder enge toepassing voor te staan, mede omdat het hierboven geciteerde artikel van Areeda aangehaald wordt, dat algemeen bekend staat als een zeer kritisch stuk over de doctrine.<sup>29</sup>

Ten slotte is de volgende overweging vermeldenswaardig:

*'The mere possession of monopoly power, and the concomitant charging of monopoly prices, is not only not unlawful, it is an important element of the free-market system. The opportunity to charge monopoly prices – at least for a short period – is what attracts business acumen in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth. To safeguard the incentive to innovate, the possession of monopoly power will not be found unlawful unless it is accompanied by an element of anticompetitive conduct.'*<sup>30</sup>

Drexel ziet de uitspraak inzake *Trinko* in het algemeen en bovenstaande overweging in het bijzonder als een – naar zijn mening – onwelkome terugkeer van 'Chicago School economics'. Op grond van de economische redenering in *Trinko* zou de eigenaar van een essential facility die deze niet hoeft te delen geen rekening behoeven te houden met concurrenten en daardoor niet gestimuleerd worden tot innovatie. Dit argument is tegenovergesteld aan hetgeen doorgaans wordt beschouwd als reden voor het afwijzen van de essential facilities doctrine, namelijk dat een verplichting de faciliteit *wel* te delen investeringen zou ontmoedigen.<sup>31</sup> Drexel ziet daarnaast een groot gevaar in parallelle toepassing van de redenering inzake *Trinko* op intellectuele eigendomsrechten. Als het bezit van intellectueel eigendom gepaard gaat met een machtspositie, zou dit op grond van de regel uit *Trinko* per definitie niet onder het bereik van het mededingingsrecht kunnen vallen,

28 *Trinko*, nr. III.

29 Geradin 2005, p. 1523.

30 *Trinko*, nr. III.

31 Hancher & Lugard 1999, p. 325.

omdat deze machtspositie op grond van bovenstaande overweging zou kunnen worden gezien als een legitieme beloning voor het doen van een investering.<sup>32</sup> Naar de mening van Drexel is dit een onwenselijke situatie.

Het ligt niet binnen het bereik van deze dissertatie om een discussie te voeren over de (on)juistheid van de economische theorieën van de Chicago School, maar de vergelijking tussen de beloning voor de inspanning die een exclusief recht oplevert en de beloning die een onderneming met een machtspositie verkrijgt gaat ons inziens niet op. De beloning voor investeringen in innovatie is het exclusieve recht zelf, en niet het kunnen hanteren van monopolieprijzen. De mogelijkheid dat de rechthebbende in bepaalde gevallen monopolistische prijzen kan hanteren wordt door het exclusieve recht op de koop toegenomen, maar vormt niet de kern van het recht.

In dit verband moet overigens nog worden opgemerkt dat de Sherman Act, in tegenstelling tot de Europese mededingingsregels, het hanteren van excessieve prijzen niet verbiedt. De hierboven geciteerde overweging wekt daarom in een Amerikaanse context wellicht minder verbazing dan in een Europese.

Gesteld kan worden dat het Supreme Court met *Trinko* de toepassing van de essential facilities doctrine sterk beperkt heeft.

#### *Licentieweigeringen en de essential facilities doctrine in de VS*

De toepassing van de essential facilities doctrine op licentieweigeringen is in de Verenigde Staten altijd van de hand geweest.<sup>33</sup> In *Data General Corporation vs. Grumman Systems Corporation* uit 1994 oordeelt het Court of Appeals for the First Circuit:

*'The underlying thrust of Grumman's essential facilities claim is that if it cannot force Data General to share its knowledge, the essential facilities doctrine requires Data General to share the fruits of its knowledge (...). If manufacturers of complex and innovative systems were required to share with competitors the development of accessories, because they have a possibly absolute advantage through producing the system, the incentives of copyright and patent laws would be severely undermined.'*<sup>34</sup>

In *Intergraph Corporation vs. Intel Corporation*, wordt deze regel bevestigd, met de volgende toevoeging:

<sup>32</sup> Drexel 2004, p. 796-797.

<sup>33</sup> Leaffer noemt het essential facilities leerstuk een 'doctrine in search of a rationale', en benadrukt dat de doctrine in de VS nooit is toegepast op intellectueel eigendom en niet is erkend door het Supreme Court dan wel het Department of Justice. M. Leaffer, *The essential facilities doctrine in U.S. law*, voordracht op 21-9-2005 te Parijs tijdens de jaarlijkse ALAI bijeenkomst. Gepubliceerd in: *Exploring the sources of copyright*, bundel ALAI 2005 Parijs, p. 625-629.

<sup>34</sup> *Data General Corporation vs. Grumman Systems Corporation*, 36 F3d 1147 (1<sup>st</sup> Circuit 1994), nr. 1187.

*'The notion that withholding of technical information and samples violates the Sherman Act, based on the essential facility jurisprudence, is an unwarranted extension of the precedent and cannot be supported on the premises presented.'*<sup>35</sup>

Ook in de literatuur wordt een dergelijk toepassing afgewezen: Lipsky en Sidak concluderen in 1999 het volgende ten aanzien van essential facilities en intellectueel eigendom:

*'(...) the foregoing analysis illustrates why the application of essential facilities doctrine to intellectual property is antithetical to the policies of patent, copyright and other kindred systems. The essential facilities doctrine is, above all, a legal rule of mandatory sharing and compulsory dealings. This characteristic alone is inconsistent with the exclusivity that is necessary to preserve incentives to create, the core operative device of intellectual property law in a market economy. The essential facilities doctrine, moreover, is most likely to condemn intellectual property in precisely those circumstances in which this result is at least defensible: under the essential facilities doctrine, the more an invention is unique, valuable, and difficult to duplicate, the greater is the obligation to share it. In short, essential facilities principles are inherently inconsistent with intellectual property protection.'*<sup>36</sup>

Ondanks dat de toepassing van de essential facilities doctrine op licentieweigerings vooralsnog wordt afgewezen, lijkt er wel ruimte te bestaan voor een meer algemene toepassing van het verbod van Section 2 Sherman Act op een weigering tot licentieverlening over te gaan. De voetnoot bij de hierboven geciteerde passage uit *Data Corp. vs Grumman* vermeldt bijvoorbeeld: 'Wary of undermining the Sherman Act, however, we do not hold that an antitrust plaintiff can never rebut this presumption, for there may be rare cases in which imposing antitrust liability is unlikely to frustrate the objectives of the Copyright Act'. Dit wordt nog bevestigd in *Intergraph vs. Intel*, maar dan wel met de toevoeging dat het verlangen van de auteur derden uit te sluiten van het gebruik van zijn werk een volkomen legitieme rechtvaardiging is voor het benadelen van consumenten.<sup>37</sup> Overigens oordeelt rechter Kollar-Kotelly inzake de schikking tussen Microsoft, het Department of Justice<sup>38</sup> en de afzonderlijke Staten van de VS dat de verplichting tot het delen van intellectueel eigendom met de concurrent in een dynamische en innovatieve industrie ongunstige effecten heeft op de innovatie.<sup>39</sup>

<sup>35</sup> *Intergraph Corporation vs. Intel Corporation*, 195 F3d 1346 (Fed. Circuit), nr. 1362.

<sup>36</sup> A.B. Lipsky & J.C. Sidak, 'Essential facilities', (51) *Stan. L. Rev.* 1999, p. 1219.

<sup>37</sup> *Intergraph vs. Intel*, *supra*, p. 1362.

<sup>38</sup> Het Department of Justice is, samen met de Federal Trade Commission, de instelling die in de VS het federale mededingingsrecht kan handhaven.

<sup>39</sup> *Memorandum Opinion* inz. Civil Action no. 98-1233 (CKK), § 162-167 (motivering voor de schikking tussen Microsoft, het Department of Justice en 9 staten, waaronder New York, te vinden op <http://download.microsoft.com/download/5/3/2/53239546-efee-460c-a583-11c20cdea9ab/Lit11-1.pdf>). Dit oordeel gaat lijnrecht in tegen het oordeel van de Europese Commissie inzake de licentieweigerings door Microsoft (zie ook § 2.6.4).

Daarnaast blijft overigens de mogelijkheid bestaan dat de uitoefening van een IE-recht op grond van de zogenaamde 'misuse doctrine' in strijd wordt geacht met de mededingingsregels. De misuse doctrine houdt in dat de IE-rechthebbende die zijn recht misbruikt om handelingen te verrichten die hem op basis van de wet niet zijn toegekend, een verbod opgelegd kan worden zijn exclusieve recht uit te oefenen.<sup>40</sup> Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien de rechthebbende zijn recht gebruikt om handelingen te verbieden die niet onder de uitsluitende werking van het recht vallen.<sup>41</sup> De misuse doctrine beperkt zich niet tot het mededingingsrecht, maar vindt daar wel haar oorsprong in.<sup>42</sup> Er is daarbij een belangrijk verschil tussen patent misuse en copyright misuse in de zin dat de eerste doctrine wel en de tweede niet uitdrukkelijk is erkend door het Supreme Court.<sup>43</sup>

Ondanks steeds terugkerende – zij het spaarzame – verwijzingen naar de essential facilities doctrine in de rechtspraak in de Verenigde Staten, mogen we op grond van het bovenstaande concluderen dat het bestaansrecht ervan binnen het vraagstuk van de leveringsweigering nooit expliciet bevestigd is. Daarnaast heeft de essential facilities doctrine altijd blootgestaan aan forse kritiek. Aangenomen wordt dat het leerstuk, als het al toepassing vindt, met een uiterste terughoudendheid aangewend wordt. De toepassing op licentieweigeringen wordt in de jurisprudentie van de hand gewezen. De opvatting dat de doctrine in de Verenigde Staten een rol zou kunnen spelen bij de beoordeling van licentieweigeringen, lijkt dan ook bijzonder onwaarschijnlijk, en vindt bovendien geen steun in rechtspraak en literatuur.

### § 3.2.2 Leveringsweigering en essential facilities volgens de Europese Commissie

In de rechtspraak van het HvJEG is de essential facilities doctrine evenmin expliciet erkend. Wel bestaan er een aantal gezaghebbende arresten aangaande leveringsweigering in het algemeen, waarvan *Commercial Solvents*<sup>44</sup> en *Bronner*<sup>45</sup> de belangrijkste zijn. De Europese Commissie daarentegen heeft in haar beschikkingenpraktijk diverse malen de essential facilities leer toegepast, op grond van schending van zowel artikel 81 als artikel 82 EG. De beschikkingen en arresten zullen in deze paragraaf worden besproken, alvorens een antwoord wordt gegeven op de vraag wat de status is van de essential facilities doctrine in het Europese recht.

<sup>40</sup> Zie ook § 1.1.2 van deze dissertatie alsmede de daar genoemde literatuur.

<sup>41</sup> Zie ook *Video Pipeline vs. Buena Vista Home Entertainment* (342 F.3d 191 (3rd Circuit 2003)), *GRUR Int.* 2004, p. 75-78), waar licentievoorwaarden in het geding waren die vereisten dat de context waarin de beschermde werken (in casu zogenaamde 'trailers' van Disney-films) werden tentoongespreid geen kritiek mocht inhouden op Disney, de rechthebbende.

<sup>42</sup> Zie 'Is the patent misuse doctrine obsolete?', 110 *Harv. L. Rev.* 1922.

<sup>43</sup> Zie echter K. Judge, 'Rethinking copyright misuse', (57) *Stan. L. Rev.* 2004, p. 910-912 alsmede de daar genoemde literatuur.

<sup>44</sup> HvJEG 6-3-1974, Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. en Commercial Solvents Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 6 en 7/73, *Jur.* 1974, p. 223 (*Commercial Solvents*).

<sup>45</sup> HvJEG 26-11-1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*).



De Commissie heeft sinds het eind van de jaren '80 van de vorige eeuw een aantal beschikkingen aangenomen waarin zij een weigering te leveren veroordeelde. In latere beschikkingen paste zij daarbij de essential facilities doctrine toe.

In 1987 legde de Commissie voorlopige maatregelen op inzake *BBI/Boosey & Hawkes*.<sup>46</sup> Het bedrijf Boosey & Hawkes had leveringen aan een distributeur en een reparateur stopgezet omdat deze twee een gemeenschappelijke onderneming waren opgestart met de bedoeling direct aan eindafnemers te gaan leveren. De Commissie verplichtte het bedrijf de leveringen te hervatten. Zij erkende daarbij dat geen enkele onderneming verplicht is zijn concurrenten te helpen en dat ook een dominante onderneming altijd stappen mag ondernemen om zijn commerciële belangen te beschermen. De maatregelen die Boosey & Hawkes had genomen gingen echter verder dan een legitieme bescherming van haar commerciële belangen, en werden daarom in strijd geacht met artikel 82 EG.

Ook inzake *Napier Brown/British Sugar*<sup>47</sup> oordeelde de Commissie dat een leveringsweigerings in strijd was met artikel 82 EG. Zij achtte het echter niet noodzakelijk een maatregel op te leggen, daar de *British Sugar* de inbreukmakende gedragingen ten tijde van de beschikking van de Commissie reeds had stopgezet. Interessant aspect van deze zaak is, dat *British Sugar* wel een aanbod tot levering had gedaan, maar tegen een zodanig hoge prijs dat *Napier Brown* zich genoodzaakt zag van de bestelling af te zien.

Een derde geval waarin de Commissie een onderneming verplichtte te leveren was *London-European/Sabena*.<sup>48</sup> *Sabena* moest *London-European* toelaten tot haar computer reserveringssysteem, een handeling die zij eerder geweigerd had om te trachten andere luchtvaartmaatschappijen hun prijzen op de route Londen-Brussel te laten verhogen.

In *British Midland/Aer Lingus*<sup>49</sup> beval de Commissie de Ierse luchtvaartmaatschappij *Aer Lingus* tot het opnieuw openstellen van zogenaamde 'interlining' diensten voor luchtvaartmaatschappij *British Midland*. *Aer Lingus* had de mogelijkheid tot interlining (het verkopen van tickets waarin vluchten van meerdere vliegmaatschappijen zijn verwerkt) stopgezet nadat *British Midland* actief geworden was op de route Londen Heathrow – Dublin. Op de markt voor deze vliegroute had *Aer Lingus* volgens de Commissie een machtspositie. Belangrijke overweging uit de beschikking is overweging 26, waarin de Commissie stelt dat een verplichting tot het verlenen van interline diensten bestaat indien de weigering naar alle waarschijnlijkheid een aanzienlijke impact zal hebben op het vermogen van de vragende onderneming de nieuwe dienst op te starten, en er voor de weigering geen objectieve bedrijfsmatige rechtvaardiging is. Opmerkelijk is, dat de Commissie daarbij stelt, dat zowel een stopzetting van de dienst aan bestaande afnemers als een weigering nieuwe afnemers toe te laten in strijd kan zijn met het verbod van artikel 82 EG.

46 Beschikking van de Commissie van 29 juli 1987 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.279), *PbEG* 1987, L286/36 (*Boosey&Hawkes*).

47 Beschikking van de Commissie van 18 juli 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/30.178), *PbEG* 1988, L284/41 (*Napier Brown/British Sugar*). Het betrof een weigering van *British Sugar* suiker te leveren aan haar vaste afnemer *Napier Brown*, omdat zij van deze afnemer concurrentie op de kleinhandelssuikermarkt vreesde.

48 Beschikking van de Commissie van 4 november 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.318), *PbEG* 1988, L317/47 (*London European / Sabena*).

49 Beschikking van de Commissie van 26 februari 1992 in een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (zaak IV/33.544), *PbEG* 1992, L96/34 (*British Midland/Aer Lingus*).

De juistheid van de beslissing van de Commissie om Aer Lingus op grond van de bovenstaande redenering te verplichten British Midland weer in het interlining systeem op te nemen, kan in twijfel getrokken worden. British Midland was niet genoodzaakt geweest haar vluchten stop te zetten, waardoor de toegang tot het interlining systeem niet beschouwd kan worden als essentieel voor de bedrijfsvoering. In dit opzicht voldoet de situatie niet aan de test ontwikkeld door Temple Lang (het nadeel dat de weigering oplevert is zodanig dat het de activiteiten van de toegang vragende onderneming onmogelijk of permanent verliesgevend maakt)<sup>50</sup> en de latere criteria van het HvJEG uit *Bronner*. Jones & Sufrin menen dat de beslissing van de Commissie in deze zaak met name is ingegeven door de sterke wens de Europese luchtvaartsector te liberaliseren.<sup>51</sup>

De eerste zaken waarin de Commissie een expliciete essential facilities terminologie hanteerde waren de zogenaamde *Holyhead* zaken. De Holyhead haven in Noord-Wales was tweemaal onderwerp van een geschil in het kader van artikel 82: de eerste keer was de aanleiding een verandering in het vaarschema van de veerboten door Sealink, de eigenaar van de haven. Het tweede conflict betrof de veronderstelde tegenwerking van Sealink bij een toegangsverzoek voor een nieuwe veerbootdienst van Sea Containers. In beide gevallen eiste de Commissie van Sealink dat deze zijn gedragingen aan zou passen, hetgeen inhield dat hij zijn vaarschema diende te veranderen en Sea Containers toegang tot de haven moest verlenen. Zij overwoog daarbij inzake *Sealink / B&I Holyhead* het volgende:

*'A dominant undertaking which both owns and controls and itself uses an essential facility, i.e. a facility or infrastructure without access to which competitors cannot provide services to their customers, and which refuses its competitors access to that facility or grants access to competitors only on terms less favourable than those which it gives to its own services, thereby placing the competitors at a competitive disadvantage, infringes article 86, if the other conditions of that article are met. A company in a dominant position may not discriminate in favour of its own activities in a related market (...). The owner of an essential facility which uses its power in one market to strengthen its position in another related market, in particular, by granting its competitor access to that related market on less favourable terms than those of its own services, infringes article 86 when a competitive disadvantage is imposed upon its competitor without objective justification.'*<sup>52</sup>

Inzake *Sea Containers* herhaalde de Commissie deze regel, en voegde daar nog aan toe:

50 Temple Lang 1994, p. 488: 'The test seems to be, whether the handicap resulting from denial of access is one that can reasonably be expected to make competitor's activities in the market in question either impossible or permanently, seriously and unavoidably uneconomical'. Zie ook § 3.1.

51 Jones & Sufrin 2004, p. 479. Bewijs voor deze stelling zien zij in de volgende opmerking van de Commissie in het *Report on Competition Policy* uit 1992: 'This decision is evidence of the Commission's determination to act against airlines holding dominant positions (...). At a time when the European air transport industry is being liberalized, airlines making use of the new opportunities for competition should be given a fair chance to develop and sustain their challenge to established carriers' (*XXII Report on competition policy 1992*, nummer 218).

52 *Sealink/B&I Holyhead*, *XXII Report on Competition Policy*, Bull. EG 6-1992, punt 1.3.30.

*'This principle applies when the competitor seeking access to the essential facility is a new entrant into the relevant market'.<sup>53</sup>*

De Commissie introduceert hier een essential facilities regel waarbij een vereiste is dat de mededinging op een verwante markt wordt uitgeschakeld. Immers, met name het gegeven dat Sealink haar positie als haveneigenaar gebruikte om de mededinging op de markt voor veerbootdiensten, waarop zij zelf ook actief was, te verminderen, leidde tot misbruik.

Ook in twee andere zaken die betrekking hadden op een haven paste de Commissie de essential facilities doctrine toe.

In *Port of Rødby*<sup>54</sup> eiste de Commissie dat de overheidsonderneming die eigenaar was van de Rødby haven in Denemarken een nieuwe veerbootdienst zou toelaten op de route naar Duitsland. Daarbij stelde ze expliciet dat een onderneming die een essentiële faciliteit beheert niet zonder objectieve rechtvaardiging mag weigeren een veerbootdienst toe te laten.<sup>55</sup> Eenzelfde regel paste zij toe in *Port of Roscoff*,<sup>56</sup> met het verschil dat de toegang weigerende onderneming daar zelf niet actief was op de afgeleide markt voor veerbootdiensten.

Op grond van bovenstaande beschikkingenpraktijk bestond halverwege de jaren '90 van de vorige eeuw de indruk, dat de Commissie de essential facilities doctrine erkende en toepaste.<sup>57</sup> Het Hof van Justitie had de leer echter nooit expliciet erkend. Nadat het Hof in 1998 inzake *Bronner*<sup>58</sup> de toepassing van de essential facilities doctrine beperkte (zie hierna in § 3.3.4) werd de Commissie gedwongen haar beschikkingenpraktijk aan te passen. Het GEA draaide de Commissiebeschikking inzake *European Night Services*<sup>59</sup> terug, waarna de Commissie gedwongen was leveringsweigerings met een meer omzichtige benadering tegemoet te treden.<sup>60</sup>

53 Beschikking van de Commissie van 21 december 1993 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EG-Verdrag (IV/34.689), *PbEG* 1994, L15/8 (*Sea Containers / Stena Sealink*), overweging nr. 67.

54 Beschikking van de Commissie van 21 december 1993 inzake de weigering om toegang te verlenen tot de haveninstallaties van Rødby, *PbEG* 1994, L55/52 (*Port of Rødby*).

55 *Port of Rødby*, overweging nr. 12.

56 Beschikking van de Commissie van 16 mei 1995 inzake ICC/CCI Morlaix, *XXVe Report on Competition Policy* 1995, nr. 43 (*Port of Roscoff*).

57 Zie onder andere Temple Lang 1994; Ridyard 1996; Hancher & Lugard 1998.

58 HvJEG 26-11-1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*).

59 GEA 15-9-1998, *European Night Services Ltd (ENS)*, Eurostar (UK) Ltd, voorheen *European Passenger Services Ltd (EPS)*, Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) en Société nationale des chemins de fer français (SNCF) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *Jur.* 1998, p. II-3141. Commissiebeschikking: Beschikking van de Commissie van 21 september 1994 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (IV/34.600), *PbEG* 1994, L259/20 (*ENS*).

60 De beschikking inzake *Info-Lab (Info-Lab Ricob)*, zaak nr. IV/36431, *EC Competition Policy Newsletter* 1999-1, p. 35; *XXVe Verslag over het Mededingingsbeleid 1995*, § 87) wordt wel gezien als een erkenning door de Commissie van de terughoudende aanpak van het Hof: Jones & Sufrin 2004, p. 492.

*European Night Services* had betrekking op een procedure op grond van artikel 81 van het Verdrag. Een Brits-Nederlands-Duits-Frans-Belgisch samenwerkingsverband, met als doel het aanbieden van treindiensten via de nieuwe kanaaltunnel, had geresulteerd in een joint-venture. Deze overeenkomst was bij de Commissie aangemeld met het verzoek om ontheffing van de toepassing van artikel 81 EG. De Commissie had de ontheffing verleend, onder de voorwaarde dat de joint venture alle ondernemingen die daarom vroegen locomotieven, personeel en toegang tot het spoor zou leveren. In het arrest wordt door het GEA voor de eerste maal verwezen naar de essential facilities doctrine:

*'Het loutere feit dat ENS het voordeel geniet dat aan haar speciale locomotieven voor de Kanaaltunnel en het bedieningspersoneel daarvan worden geleverd, kan de toegang van derden tot de zich lager in de bedrijfskolom bevindende markt slechts belemmeren, indien deze locomotieven en het bedieningspersoneel daarvan als essentiële faciliteiten moeten worden beschouwd. Aangezien om de hiervoor uiteengezette redenen (...) de speciale locomotieven en het bedieningspersoneel daarvan niet als essentiële faciliteiten kunnen worden aangemerkt, kan het feit dat deze locomotieven op grond van de overeenkomsten tot exploitatie van de nachttreinen, aan ENS moeten worden geleverd, niet worden geacht een belemmering van de mededinging met derden mee te brengen.'*<sup>61</sup>

Uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie blijkt dat zij na dit arrest terughoudender omsprong met het sanctioneren van leveringsweigeringen. Niettemin veroordeelde zij in 2004 een leveringsweigering in de financiële sector. Het Duitse Clearstream Banking AG had volgens de Commissie gedurende enige tijd geweigerd Euroclear Bank toegang te verlenen tot haar 'clearing en settlement' diensten.<sup>62</sup> Hoewel de gedraging ten tijde van de beschikking reeds was stopgezet, nam de Commissie de beschikking toch aan om duidelijk te maken dat de mededingingsregels onverminderd worden toegepast in de financiële sector.<sup>63</sup> De Commissie acht de leveringsweigering in strijd met artikel 82 om de volgende redenen:

*'The qualification of CI/CBF's refusal to supply as contrary to Article 82 of the Treaty follows from the combination of a number of factors, notably: (i) the fact that CI/CBF is a de facto monopolist and thus an unavoidable trading partner in the provision of primary clearing and settlement services in the relevant market, together with the existence of high barriers to entry, which do not make it possible for EB to replicate CBF's functions as a Wertpapiersammelbank (...) and (ii) the fact, that not supplying EB with direct access for primary clearing and settlement services for registered shares harms innovation and competition in the provision of cross-border secondary clearing and settlement services and ultimately the consumers within the single market. Also, to set the proper context within which to examine the abuse in the present case,*

<sup>61</sup> ENS, § 221.

<sup>62</sup> 'Clearing' en 'settlement' zijn financiële diensten bij de afhandeling van effectentransacties. Beschikking van de Commissie van 2 juni 2004 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het Verdrag (COMP 38.096), <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38096/en.pdf> (Clearstream). De zaak is aanhangig bij het GEA onder nummer T-301/04: PbEG 2004 C262/39.

<sup>63</sup> Aldus Eurocommissaris Monti, geciteerd in persbericht IP/04/705 naar aanleiding van de Clearstream-beschikking.

*it must be considered that (iii) the growing importance of registered shares in Germany had as an effect a reduction in the services provided to EB, an existing customer of CI/CBF, and (iv) that there is a breach of EB's legitimate expectations that it would be supplied by CI/CBF with primary clearing and settlement services within a reasonable time.*<sup>64</sup>

Bij een vergelijking tussen de beschikkingen van de Commissie van begin jaren '90 en deze *Clearstream* beschikking, valt op dat het lijkt alsof de Commissie niet langer leveringsweigerings binnen de context van de essential facilities doctrine probeert te plaatsen, maar veeleer tracht leveringsweigerings per geval aan de hand van andere criteria te beoordelen. Dit kan afgeleid worden uit de nadruk die zij in het bovenstaande legt op de specifieke omstandigheden in deze zaak. Het is niet onwaarschijnlijk dat dit beleid een gevolg is van de afwijzende houding van het HvJEG ten opzichte van de essential facilities doctrine. Deze houding wordt hieronder besproken.

### § 3.3 HvJEG inzake leveringsweigerings

#### § 3.3.1 Commercial Solvents

De oorsprong van de Europese rechtspraak inzake leveringsweigerings is het uit 1974 stammende *Commercial Solvents*.<sup>65</sup> Commercial Solvents Corporation, een onderneming gevestigd in de Verenigde Staten, leverde aminobutanol aan haar Italiaanse dochter Instituto Chemioterapico. Deze leverde vervolgens weer aan de Italiaanse onderneming Zoja, die de aminobutanol aanwendde om het derivaat ethambutol te fabriceren.<sup>66</sup> Op een gegeven moment onderbrak Zoja haar orders voor aminobutanol, omdat zij een goedkopere leverancier had gevonden. Toen deze leverancier niet beviel, hervatte Zoja haar bestellingen bij Instituto Chemioterapico, doch daar bleek de strategie gewijzigd: Commercial Solvents had besloten voortaan de grondstof dextroaminobutanol aan Instituto te leveren, opdat Instituto zelf ethambutol zou kunnen produceren. Commercial Solvents wilde op die manier verticaal integreren, en weigerde nog via haar dochter aan Zoja te leveren. Aangezien Zoja de benodigde grondstof inmiddels nergens anders meer kon bemachtigen, diende zij een klacht in bij de Commissie wegens misbruik van machtspositie. De Commissie, en later ook het HvJEG, gaven Zoja gelijk.

De Commissie had de relevante productmarkt vastgesteld op de markt voor ethambutol. Commercial Solvents had daarentegen aangevoerd dat de relevante markt de markt voor tuberculosegeneesmiddelen in het algemeen was. De Commissie

<sup>64</sup> *Clearstream*, § 226.

<sup>65</sup> HvJEG 6-3-1974, Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. en Commercial Solvents Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 6 en 7/73, *Jur.* 1974, p. 223 (*Commercial Solvents*).

<sup>66</sup> Ethambutol is de werkzame stof van geneesmiddelen tegen tuberculose.

oordeelde echter dat de stof een markt op zichzelf vormde, aangezien ethambutol veelal in combinatie met andere geneesmiddelen wordt voorgeschreven, hetgeen zou duiden op een complementaire relatie met andere tbc-geneesmiddelen in plaats van op substitueerbaarheid.<sup>67</sup> Daarnaast voerde Commercial Solvents aan dat er, naast het winnen van ethambutol uit aminobutanol/nitropropaan, nog een andere methode bestond om ethambutol te verkrijgen. Aanvaarding van dit argument zou er toe hebben geleid dat de relevante markt ruimer diende te worden vastgesteld: voor Zoja zouden er in dat geval immers alternatieven hebben bestaan. De Commissie wees het argument echter van de hand, overwegende dat 'thans onder economisch verantwoorde mededingingsvoorwaarden geen fabricagemethoden voor ethambutol op industriële schaal kunnen worden toegepast die uitgaan van het gebruik van andere stoffen dan de bovengenoemde'.<sup>68</sup> De grondstoffen aminobutanol en nitropropaan achtte zij daarom 'onontbeerlijk' voor de productie van ethambutol.<sup>69</sup> Op grond van haar positie op de markt voor deze grondstoffen nam Commercial Solvents (zij was de enige producent) volgens de Commissie daarom een machtspositie in op de markt voor de fabricage van ethambutol.

Het Hof bevestigt het oordeel van de Commissie omtrent de machtspositie. Daarbij overweegt het dat alleen de aanwezigheid op de markt van een grondstof, die zonder veel problemen aminobutanol en nitropropaan bij de productie van ethambutol kan vervangen, een argument kan zijn tegen de vaststelling dat Commercial Solvents een machtspositie inneemt.<sup>70</sup> De vraag of Zoja door aanpassingen in haar eigen productieproces mogelijkwerijs op een andere manier ethambutol had kunnen produceren acht het Hof hier niet van belang.<sup>71</sup>

Het Hof heeft wellicht met deze vaststelling bedoeld aan te geven dat deze vraag wèl een rol kan spelen bij de beoordeling van het misbruik. Vergelijken we deze overweging met die van het Hof inzake *Bronner*, dan wordt dit vermoeden bevestigd. Hier oordeelt het Hof namelijk dat misbruik door leveringsweigering in een dergelijke situatie slechts bestaat, indien de dienst onontbeerlijk is, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor is.<sup>72</sup> Uit verdere overwegingen blijkt, dat het Hof onder potentiële alternatieven verstaat de mogelijkheden voor de verzoeker om zelf een alternatief voor de faciliteit te ontwikkelen.<sup>73</sup> De vraag of Zoja, door haar installaties en fabricagemethoden aan te passen een alternatieve productiewijze van ethambutol had kunnen ontwikkelen lijkt aldus thuis te horen bij de beoordeling van het misbruik. Het Hof komt hier in die context echter niet meer op

67 Beschikking van de Commissie van 14 december 1972 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het E.E.G. Verdrag (IV/26.911 – Zoja C.S.C. – I.C.I.), *PbEG* 1972, L299/51, onder C. Zie over complementaire dan wel substitueerbare producten ook § 1.2.2 van deze dissertatie.

68 Zie aangaande deze conclusie van de Commissie alsmede de onweerlegbaarheid ervan de annotatie van Mok bij het arrest van het HvJEG: *SEW* 1974, p. 542 / 543.

69 Beschikking van de Commissie van 14 december 1972 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het E.E.G. Verdrag (IV/26.911 – Zoja C.S.C. – I.C.I.), *PbEG* 1972, L299/51, onder B.

70 Zie ook Anderman 1998, p. 173-174.

71 *Commercial Solvents*, § 15.

72 *Bronner, supra*, § 41.

73 *Bronner, supra*, § 42 – § 46.

terug, omdat zij – evenals de Commissie – oordeelt dat er geen andere fabricagemethoden voor ethambutanol op industriële schaal bestaan.

De Commissie had naar het oordeel van het HvJEG terecht de markt voor grondstoffen die noodzakelijk waren voor de productie van ethambutanol onderscheiden van de markt voor tuberculosegeneesmiddelen. Een misbruik op de markt voor grondstoffen kan volgens het Hof een beperkende invloed uitoefenen op de mededinging op de markt voor de afgeleide producten. Deze invloed moet in aanmerking worden genomen bij het beoordelen van de gevolgen van de inbreuk, ook als de markt voor derivaten geen markt op zichzelf vormt.<sup>74</sup>

De mogelijkheid van het aannemen van een relevante markt voor producten of diensten die niet afzonderlijk op de markt gebracht worden vormt een belangrijke overweging van het Hof. Immers, in de latere rechtspraak bouwt het Hof voort op deze constatering door in de arresten over leverings- en licentieweigeringsmarkten te onderscheiden voor producten en/of diensten die niet afzonderlijk worden aangeboden. Dit is onder meer aan de orde in *Magill*, waar een markt wordt onderscheiden voor wekelijkse tv-programmaoverzichten, en in *IMS Health*, waar een markt wordt onderscheiden voor toegang tot de intellectuele eigendom die ten grondslag ligt aan de baksteenstructuur.

Met betrekking tot het misbruik constateert de Commissie dat de weigering aan Zoja te leveren kan leiden tot de uitschakeling van een van de voornaamste ethambutanolproducenten op de gemeenschappelijke markt, hetgeen de mededingingsvoorwaarden op deze markt op ernstige wijze ongunstig zou beïnvloeden.<sup>75</sup> Het gegeven dat de leveringsweigerings voortkwam uit de wens van Commercial Solvents voortaan zelf ethambutanol te gaan produceren alsmede de voordelen die een dergelijke verticale integratie van het bedrijf voor de consument met zich mee zouden kunnen brengen wordt door de Commissie, en later door het HvJEG, niet in het oordeel meegewogen.<sup>76</sup>

Het Hof overweegt aangaande het misbruik het volgende:

*'Dat een onderneming – in het bezit van een machtspositie voor de productie van de grondstoffen en uit dien hoofde in staat de bevoorrading van de producenten van afgeleide produkten te controleren – zich op grond van het besluit zelf die derivaten te gaan produceren, waardoor zij de concurrentie zou worden van haar voormalige afnemers, evenwel niet zodanig mag gaan gedragen, dat zij de mededinging dier voormalige afnemers – en in casu één van de voornaamste ethambutanolproducenten binnen de gemeenschappelijke markt – kan uitschakelen.'*<sup>77</sup>

<sup>74</sup> *Commercial Solvents*, § 22.

<sup>75</sup> Commissiebeschikking inzake *Commercial Solvents*, *supra*, onder C.

<sup>76</sup> Zie ook Jones & Sufrin 2004, p. 469, alwaar zij opmerken dat het lijkt alsof het oordeel van het HvJEG is ingegeven door de wens de kleine Italiaanse onderneming Zoja te beschermen tegen de Amerikaanse multinational Commercial Solvents.

<sup>77</sup> *Commercial Solvents*, § 25.

Met deze overweging schiep het Hof ruimte voor de sanctionering van leveringsweigering aan bestaande afnemers<sup>78</sup> onder artikel 82 EG. Een dergelijke sanctie kan bestaan in het opleggen van een verplichting een bepaalde hoeveelheid product aan een bepaalde afnemer te leveren.<sup>79</sup> Deze verplichting kan worden opgelegd door de Commissie.<sup>80</sup>

### § 3.3.2 United Brands

In het arrest *United Brands*<sup>81</sup> bevestigde het HvJEG de regel uit *Commercial Solvents* dat een weigering te leveren aan een bestaande afnemer in strijd kan zijn met artikel 82 EG. Het arrest wordt meestal genoemd in verband met de enge – en sterk bekritiseerde – afbakening van de relevante productmarkt.<sup>82</sup> Het heeft daarnaast ook een element van leveringweigering in zich: United Brands Company (hierna: UBC) had de levering van bananen aan een van haar afnemers, Olesen, stopgezet, hetgeen volgens de Europese Commissie misbruik van haar machtspositie inhield. UBC verweerde zich met het argument dat zij een bedrijfsmatige reden had de leveringen aan Olesen stop te zetten: Olesen zou als rijper / distributeur de verkoop van de bananen van zijn andere leverancier doelbewust stimuleren ten koste van de verkoop van de Chiquita bananen van UBC. Tevens zou hij minder aandacht besteden aan het rijpingsproces van de Chiquita bananen en had hij geparticipeerd in een reclamecampagne voor zijn andere leverancier, een concurrent van UBC.

De afbakening van de relevante productmarkt in *United Brands* heeft zoals vermeld blootgestaan aan scherpe kritiek. De Commissie had de relevante productmarkt vastgesteld op de markt voor bananen, omdat deze door hun speciale eigenschappen zouden voorzien in een specifieke behoefte.<sup>83</sup> Dit argument werd door het HvJEG gehonoreerd. Het Hof oordeelt dat er tussen bananen en andere vruchten slechts een beperkte substitueerbaarheid bestaat en overweegt: 'dat de banaan, door haar uiterlijk, smaak en zachtheid alsmede doordat zij geen pitten bevat, gemakkelijk handelbaar is en in gelijkmatige hoeveelheden wordt geproduceerd, kan voorzien in de constante behoefte van een grote bevolkingsgroep bestaande uit kinderen, ouderen en zieken'.<sup>84</sup>

78 *Commercial Solvents*, § 25.

79 *Commercial Solvents*, § 45.

80 Ten tijde van het arrest *Commercial Solvents* was deze bevoegdheid van de Commissie gebaseerd op artikel 3 van Vo 17/62. Nu is dat artikel 7 lid 1 van Vo 1/2003, dat voorschrijft dat de Commissie '(...) alle maatregelen ter correctie van gedragingen of structurele maatregelen op (kan) leggen die evenredig zijn aan de gepleegde inbreuk en noodzakelijk zijn om aan de inbreuk daadwerkelijk een einde te maken'.

81 HvJEG 14-2-1978, *United Brands Company en United Brands Continentaal BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 27/76, *Jur.* 1978, p. 207 (*United Brands*).

82 Zie ook § 1.2.2 van deze dissertatie.

83 Beschikking van de Commissie van 17 december 1975 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag (IV/26.699 – Chiquita), *PbEG* 1976, L95/1, § 2 j° *United Brands*, *supra*, nr. II onder 1a.

84 *United Brands*, § 31.



Kritiek op deze overweging van het Hof richt zich op twee onderdelen. Het meewegen van producteigenschappen zou een subjectief element introduceren in de marktafbakening en bovendien snel leiden tot nauwer dan wel arbitrair vastgestelde markten. Verschillen in eigenschappen van producten zijn namelijk gemakkelijk te benoemen, terwijl ze lang niet altijd van betekenis zijn voor de substitueerbaarheid.<sup>85</sup> Daarnaast zou het Hof, door de behoefte van een zeer specifieke groep consumenten centraal te stellen, voorbij zijn gegaan aan de reactie van de overige consumenten op prijsveranderingen. Ook dit zou geleid hebben tot een onjuiste, nauwe marktafbakening.<sup>86</sup>

Het Hof oordeelde conform de beschikking van de Commissie dat UBC een machtspositie innam op de relevante markt. Het achtte daarbij van belang dat UBC in vergaande mate verticaal geïntegreerd was en daardoor veel controle op het gehele productieproces kon uitoefenen, dat zij vanwege haar omvang schaalvoordelen genoot en dat afnemers dankzij het sterke reclamebeleid van UBC en de als gevolg daarvan grote consumentvraag in belangrijke mate afhankelijk waren van UBC's producten.<sup>87</sup> Deze factoren droegen bij aan het bestaan van een toetredingsbarrière voor nieuwe marktdeelnemers. Daarnaast stelde het Hof vast dat UBC op de relevante markt een marktaandeel had van tenminste 40%. Deze vaststellingen brachten het Hof tot de conclusie dat UBC een machtspositie in de zin van artikel 82 EG innam.<sup>88</sup>

Het HvJEG wijst in het arrest een aantal gedragingen van UBC aan die in strijd zijn met het verbod op misbruik van machtspositie. Wij concentreren ons hier op het misbruik door leveringsweigering. Het Hof overweegt dat een onderneming met een machtspositie – bij de verhandeling van een bij de consument bekend en gewaardeerd product – haar leveranties aan een vaste klant die de normale handelsgebruiken respecteert, niet mag staken wanneer de door die klant geplaatste bestellingen geenszins van ongewone omvang zijn.<sup>89</sup> Naar we kunnen afleiden uit de overwegingen 183 en 184 van het arrest worden bedoelde handelsgebruiken volgens het Hof door Olesen gerespecteerd, en betreffen de geweigerde leveringen geen bestellingen van buitengewone omvang.

UBC kan om die reden naar het oordeel van het Hof voor de stopzetting van de leveringen aan Olesen geen rechtvaardiging aandragen: een onderneming met een machtspositie is weliswaar gerechtigd haar commerciële belangen tegen aanvallen te verdedigen, doch dergelijke defensieve gedragingen dienen niet te leiden tot

85 Bishop & Walker 2002, § 4.49 – 4.50; Jones & Sufrin 2004, p. 308. Zie uitgebreid over de factor productkenmerken bij de marktafbakening § 4.2.1 van deze dissertatie.

86 Jones & Sufrin 2004, p. 64-65 j° p. 302-303. Zie overigens ook de Bekendmaking van de Commissie inzake de relevante markt uit 1997 (*PbEG* 1997, C 372/5) § 43, waarin de Commissie erkent dat een separate groep consumenten alleen een afzonderlijke markt kan vormen indien de mogelijkheid bestaat van prijsdiscriminatie.

87 *United Brands*, § 69-96.

88 *United Brands*, § 129.

89 *United Brands*, § 182.

versterking van die machtspositie of tot misbruik daarvan.<sup>90</sup> Het Hof beslist dat de leveringsweigering van UBC verder gaat dan hetgeen als een redelijke sanctie voor het aan Olesen verweten gedrag kan worden beschouwd. Het veroordeelt voorts de leveringsweigering door UBC omdat deze 'een ernstige aantasting vormt van de onafhankelijkheid van de kleine en middelgrote ondernemingen die handelsbetrekkingen met de onderneming met de machtspositie onderhouden, welke onafhankelijkheid het recht inhoudt de voorkeur te geven aan producten van concurrenten'.<sup>91</sup>

Het HvJEG oordeelt aldus dat een onderneming met een machtspositie een rechtvaardiging moet kunnen aanvoeren, indien zij weigert een bestaande afnemer die normale bestellingen plaatst te leveren. Een dergelijke leveringsweigering levert dus in beginsel misbruik op, tenzij de onderneming in kwestie een rechtvaardiging aan kan dragen voor haar gedrag.<sup>92</sup>

### § 3.3.3 Télémarketing

Inzake *Télémarketing*<sup>93</sup> was naar het oordeel van het HvJEG sprake van een verkapte leveringsweigering door koppelverkoop. Het geschil naar aanleiding waarvan de Belgische rechter een prejudiciële vraag had voorgelegd aan het Hof betrof een onderneming die telefonische diensten aanbood aan adverteerders via televisieboodschappen. Deze onderneming, Centre Belge d'Études de Marché (CBEM) had een overeenkomst met de exploitant van de commerciële televisiezender RTL (CLT) alsmede haar dochteronderneming die op exclusieve basis voor RTL reclame verzorgde (IPB). CBEM verzorgde gedurende een jaar op RTL de eerste telemarketinguitzendingen, waarbij haar eigen telefoonnummer in beeld gebracht werd en zij zodoende haar eigen telefooncentrale en medewerkers in kon zetten om de bestellingen en vragen van de tv-kijkers af te wikkelen. Na een jaar liep de overeenkomst af en besloten CLT/IPB zelfstandig de telemarketingdiensten aan de adverteerders aan te gaan bieden. Adverteerders konden alleen nog gebruikmaken van het telefoonnummer en de diensten van IPB indien zij hun producten bij RTL via telemarketing wilden aanprijzen. CBEM meende dat dit misbruik van machtspositie inhield.

90 *United Brands*, § 189-194. Het Hof erkent overigens wel dat UBC zich 'in the midst of a banana war' bevond, hetgeen leidde tot kritiek betreffende de manier waarop het UBC's gedrag had veroordeeld. Zie Jones & Sufrin 2004, p. 471 alsmede het daar aangehaalde 'Assumptions, goals, and dominant undertakings: the regulation of competition under the article 86 of the European Union', door P. Jebsen & R. Stevens in (64) *Antitrust L.J.* 1996, p. 510-511.

91 *United Brands*, § 193.

92 Vgl. HR 6-6-2003, *NJ* 2003, 505 (*NOS/Telegraaf*), waar de Hoge Raad het Hof 's-Gravenhage steunt in de opvatting dat een onderneming een zwaarwegende reden moet hebben voor een licentieweigering (§ 3.9). Zie voorts over de objectieve rechtvaardiging § 5.5 van deze dissertatie.

93 HvJEG 3-10-1985, SA Centre belge d'études de marché – télémarketing tegen SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) en SA Information publicité Benelux (IPB), zaak nr. 311/84, *Jur.* 1985, p. 3261, § 16 (*Télémarketing*).

Aangezien het een prejudiciële procedure betrof en de verwijzende rechter op dat punt geen vragen had gesteld, gaat het HvJEG niet in op de omvang van de relevante markt. Niettemin kunnen we, gezien het feit dat het Hof in overweging 21 spreekt van een 'nevenactiviteit' en doordat het een onderscheid maakt tussen de verkoop van zendtijd en het aanbieden van telefonische diensten, concluderen dat het een onderscheid maakt tussen de markt voor tv-zendtijd en de markt voor telefonische reclamediensten.<sup>94</sup>

Aangaande de machtspositie concludeert het Hof dat het feit dat CLT op basis van Belgische wetgeving als enige onderneming commerciële televisie aan mag bieden geen beletsel is voor het aannemen van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG. De omstandigheid dat wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen mededinging op een markt slechts beperkt mogelijk maken sluit de toepassing van artikel 82 EG naar het oordeel van het Hof niet uit.<sup>95</sup>

Wat betreft het misbruik oordeelt het Hof dat het besluit van CLT/IPB louter nog de eigen diensten aan te bieden aan adverteerders neerkomt op een koppeling van de verkoop van zendtijd aan de verkoop van telefonische diensten. Daarnaast kan het besluit, de verkoop van zendtijd voor telefonische marketingacties afhankelijk te stellen van het gebruik van het telefoonnummer van IPB, gezien worden als een weigering tot leveren aan derden die telemarketingdiensten aanbieden.<sup>96</sup> Het Hof verwijst vervolgens naar het misbruik door leveringsweigering in *Commercial Solvents* en overweegt als volgt:

*'Dit geldt ook in het geval van een onderneming die een machtspositie bezit op de markt van een dienst die onmisbaar<sup>97</sup> is voor de bedrijvigheid van een andere onderneming op een andere markt. Waar, zoals de verwijzende rechter in zijn verwijzingsbeschikking reeds heeft vastgesteld, telefonische marketing een afzonderlijke markt vormt, die – hoe eng de banden tussen beide ook zijn – onderscheiden is van de markt waarop het gekozen reclamemedium opereert, en waar telefonische marketing in wezen hierin bestaat dat de telefooncentrale en de telefonisten van de betrokken onderneming ter beschikking van de adverteerders worden gesteld, vormt de voorwaarde dat zendtijd enkel wordt verkocht indien gebruik wordt gemaakt van de telefooncentrale van de reclameagent die tot dezelfde groep behoort als de televisiezender, in feite een weigering om de diensten van deze zender ter beschikking te stellen van enige andere onderneming voor telefonische marketing. Indien voorts deze weigering niet haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van technische of commerciële aard, die eigen zijn aan het medium televisie, doch ertoe strekt alle via de zender uitgezonden telefonische marketingacties voor te behouden aan bedoelde reclameagent, met de kans elke concurrentie vanwege een derde onderneming uit te schakelen, vormt deze gedraging een misbruik dat, indien aan de andere voorwaarden voor toepassing van artikel 86 is voldaan, onder het verbod van dit artikel valt.'*<sup>98</sup>

<sup>94</sup> *Télémarketing*, § 20 j° § 27.

<sup>95</sup> *Télémarketing*, § 18.

<sup>96</sup> *Télémarketing*, § 20.

<sup>97</sup> Zowel de Franse tekst als de Engelse vertaling gebruiken hier de term 'indispensable' oftewel 'onontbeerlijk'; het latere criterium in *Bronner*.

<sup>98</sup> *Télémarketing*, § 26.

De onderneming met een machtspositie die een nevenactiviteit, die ook door een derde verricht kan worden, zonder objectieve rechtvaardiging aan zichzelf voorbehoudt met het risico dat de mededinging van die derde volledig wordt uitgeschakeld, maakt zich aldus schuldig aan misbruik van die machtspositie.<sup>99</sup>

Dit oordeel van het Hof ging verder dan hetgeen overwogen was inzake *Commercial Solvents of United Brands*. Immers, er was geen sprake van stopzetting van een levering aangezien de overeenkomst tussen CBEM en CLT/IPB reeds was afgelopen. Door de gedraging van deze laatsten als mogelijk misbruik te kwalificeren, geeft het Hof aan dat ook leveringsweigeringen aan *voormalige afnemers* misbruik van machtspositie op kunnen leveren. Daarbij speelde een rol dat de gevolgen van de weigering voor CBEM ingrijpend waren: RTL was de enige commerciële zender en belichaamde zodoende de enige mogelijkheid om telemarketingdiensten via de televisie aan te bieden. Daardoor werd CBEM verdrongen uit een markt die zij grotendeels zelf had opgebouwd. Niettemin waren er ten tijde van de weigering geen banden tussen CBEM en CLT/IPB, hetgeen duidelijk verschilt van de situaties in de hierboven genoemde arresten. Voorts is van belang dat het Hof in *Télémarketing* duidelijk onderscheidt tussen twee markten: de markt waar de onderneming met de machtspositie op actief is (in casu de markt voor commerciële televisie in België) en een aanverwante markt die een derde wil betreden, doch dat niet kan zonder levering door de onderneming met de machtspositie.

Ten slotte gaat het HvJEG in de hierboven geciteerde overweging in op de aard van de rechtvaardiging die een onderneming aan kan voeren voor een weigering tot leveren. Deze rechtvaardiging kan schuilen in dwingende redenen van technische of commerciële aard, die – in casu – eigen zijn aan het medium televisie. Het is niet helder welke redenen hiervoor volgens het Hof zouden kwalificeren. CLT/IPB hadden aangevoerd dat televisiekijkers de telemarketinguitzendingen in de eerste plaats associeerden met de televisiezender zelf en daardoor in verwarring gebracht werden. Om het imago van RTL te bewaken zou zijn besloten de uitzendingen voortaan door IPB te laten afhandelen. Het Hof heeft zich niet uitgesproken over de vraag of een dergelijke reden een 'reden van technische of commerciële aard' kan zijn.

#### § 3.3.4 Oscar Bronner

Tot 1998 veroordeelt het HvJEG derhalve leveringsweigeringen aan bestaande afnemers, indien de mededinging op de markt waar deze afnemers zich bevinden door de weigering wordt uitgeschakeld, en de onderneming die levering weigert geen objectieve rechtvaardiging kan aanvoeren voor deze gedraging. De markt waarop de afnemer zich bevindt kan een afgeleide markt zijn (*Commercial Solvents*;

<sup>99</sup> *Télémarketing*, § 27.

*Télémarketing*) en ook discriminerende weigerings (*United Brands*) en verkapte weigerings in de vorm van koppelverkoop (*Télémarketing*) zijn aan te merken als leveringsweigerings.<sup>100</sup> Het Hof heeft echter in geen van de besproken uitspraken de essential facilities doctrine genoemd, noch geoordeeld over een verplichte levering aan *nieuwe* afnemers.

Inzake *Bronner*<sup>101</sup> gaf het Hof een dergelijk oordeel wel. De situatie was als volgt. Oscar Bronner GmbH is uitgever, drukker en distributeur van het Oostenrijkse dagblad 'Der Standard', dat in Oostenrijk op de markt voor dagbladen een marktaandeel heeft van 3,6 % en 6 % van de reclame-inkomsten verwerft. Bronner concurreert met Mediaprint, dat twee dagbladen uitgeeft die samen een marktaandeel van 46,8 % vertegenwoordigen (en 42 % van de reclame-inkomsten). Mediaprint heeft, als enige in Oostenrijk, voor de bezorging van de dagbladen aan haar abonnees een landelijk thuisbezorgingsysteem opgezet. Aangezien zij weigert 'Der Standard' daarin op te nemen, stapt Bronner naar de nationale rechter, en betoogt dat Mediaprint door de weigering misbruik maakt van haar machtspositie, aangezien het voor Bronner niet rendabel zou zijn zelf een dergelijk systeem op te zetten. Bronner vordert toegang tot het systeem tegen een redelijke vergoeding. De nationale rechter legt de kwestie voor aan het Hof van Justitie.

A-G Jacobs gaat in zijn verhelderende conclusie uitgebreid in op de essential facilities doctrine.<sup>102</sup> Hij vindt een algemene verplichting tot leveren alleen te rechtvaardigen indien de dominante onderneming een echte wurggreep op de verwante markt heeft. Jacobs acht het daarbij niet van belang of een dergelijk ingrijpen het stempel van de essential facilities doctrine draagt dan wel plaatsvindt in het kader van een algemene toepassing van artikel 82 EG.<sup>103</sup> Ingrijpen door middel van een verplichting tot leveren is ongewenst, indien het uitsluitend voor die ene onderneming die om levering vraagt onmogelijk is de markt te betreden zonder toegang tot de gewenste voorziening. Het volstaat dus niet, dat een specifieke concurrent een bijzonder kwetsbare positie op de markt inneemt: het nadeel moet voor alle concurrenten in gelijke mate gelden.<sup>104</sup> Jacobs verwijst hierbij naar het criterium dat Temple Lang gebruikt als maatstaf om te bepalen of een voorziening essentieel is:

100 Vgl. het *XIIIe Report on Competition Policy* van de Commissie, waarin zij in nummer 157 stelt: '(...) dat als algemeen principe geldt dat een objectief niet te rechtvaardigen weigering van een onderneming met een machtspositie op de markt om te leveren, een inbreuk oplevert op artikel 86 en ook als zodanig zal worden beschouwd wanneer de dominerende onderneming de levering van het betrokken produkt afhankelijk stelt van het recht, controle uit te oefenen op de verdere verwerking of afzet van het produkt'.

101 HvJEG 26-11-1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*).

102 Conclusie van A-G F.G. Jacobs van 28 mei 1998 in zaak nr. C-7/97.

103 Conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 65.

104 Conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 66; § 51.

*'whether the handicap resulting from the denial of access is one that can reasonably be expected to make competitors' activities in the market in question either impossible or permanently, seriously and unavoidably uneconomical'*<sup>105</sup>

Toegang kan naar de mening van de A-G niet afgedwongen worden indien de dominante onderneming door de voorziening aan zichzelf te houden een aanzienlijk voordeel heeft ten opzichte van zijn concurrenten: het hoofddoel van artikel 82 is immers het beschermen van de belangen van de *consument*, en niet het verbeteren van de positie van *concurrenten*.<sup>106</sup> In het geval dat de kosten van de reproductie van de voorziening een onoverkomelijke barrière vormen voor toegang tot de markt, kan volgens de A-G dan ook alleen sprake zijn van een verplichte toegang indien deze kosten dermate hoog zijn, dat ze *iedere* verstandige ondernemer ervan weerhouden de markt te betreden. Hiertoe moeten naar zijn mening alle omstandigheden in aanmerking worden genomen.<sup>107</sup>

Inzake *Bronner* is er volgens de A-G geen sprake van een dergelijke onoverkomelijke barrière: hoewel Bronner wellicht niet in staat zal zijn een distributienetwerk op te zetten van eenzelfde omvang als dat van Mediaprint, is toegang tot dit netwerk geen voorwaarde voor het functioneren van Bronner op de markt – immers, de krant heeft een groeiende oplage. Een verplichte toegang zou wel denkbaar zijn, op het moment dat het de vereiste investeringen voor het opzetten van een nieuw netwerk zo groot zijn, dat een ondernemer die een groot nieuw landelijk dagblad wil opstarten, daarvan om die reden afziet.<sup>108</sup> De A-G stelt voorts, dat het verlenen van toegang tot het distributienetwerk in de omstandigheden van het geval *Bronner* zou leiden tot een onwerkbaar precedent, dat op lange termijn nadelig zou zijn voor de mededinging en nauwelijks verenigbaar met een markteconomie.<sup>109</sup>

Daarnaast bevat de conclusie van Jacobs een aantal interessante overwegingen over licentieweigering. Tegen de achtergrond van de afweging tussen enerzijds belangen van mededingingsrechtelijke aard en anderzijds het recht over de eigen eigendom te kunnen beschikken, merkt hij het volgende op:

*'De beoordeling van dergelijke conflicterende belangen vergt bijzondere voorzichtigheid wanneer de goederen, diensten of voorzieningen waartoe toegang wordt verlangd, de vrucht van aanzienlijke investeringen zijn. Dit kan met name het geval zijn met betrekking tot de weigering intellectuele eigendomsrechten in licentie te geven. Aangezien dergelijke uitsluitende rechten voor een beperkte periode worden verleend, impliceert dat op zich reeds een afweging van het belang van vrije mededinging enerzijds en het belang van stimulering van onderzoek en ontwikkeling en creativiteit anderzijds.'*<sup>110</sup>

<sup>105</sup> Temple Lang 1994, p. 488; conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 51. Zie ook § 3.1 van deze dissertatie.

<sup>106</sup> Conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 58.

<sup>107</sup> Conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 66. Zie ook § 2.5.4.

<sup>108</sup> Conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 68.

<sup>109</sup> Conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 69.

<sup>110</sup> Conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 62.

Er is volgens Jacobs daarnaast een belangrijk verschil tussen een leveringsweigering en een licentieweigering:

*‘Terwijl de uitoefening van intellectuele-eigendomsrechten de mededinging veelal slechts gedurende een bepaalde periode beperkt, kan het monopolie van een dominante onderneming met betrekking tot een product, dienst of voorziening in sommige gevallen tot permanente uitschakeling van de mededinging op een verwante markt leiden. In dergelijke gevallen is concurrentie slechts mogelijk door van de dominante onderneming te eisen, dat zij het product of de dienst levert dan wel toegang tot de voorziening verschaft.’<sup>111</sup>*

De A-G pleit derhalve voor het hanteren van een andere, meer terughoudende, maatstaf bij het beoordelen van licentieweigeringen.

Het HvJEG volgt de conclusie van Jacobs. Het oordeelt dat er geen sprake is van misbruik indien een uitgever weigert tegen een passende vergoeding toegang te verlenen tot zijn distributienetwerk aan een concurrerende uitgever, die wegens de geringe oplage van zijn dagblad niet zelf in staat is om onder redelijke economische omstandigheden een dergelijk netwerk op te zetten.<sup>112</sup> Het Hof acht de onontbeerlijkheid van de voorziening een cruciale maatstaf bij het beoordelen van de weigering. In een verwijzing naar *Magill*, waarin het eveneens ging om een nieuwe afnemer,<sup>113</sup> noemt het Hof de onontbeerlijkheid van het te leveren product essentieel: een verplichte toegang zou slechts bestaan indien niet alleen de weigering om de dienst van thuisbezorging te verlenen elke mededinging kan uitsluiten en niet objectief kan worden gerechtvaardigd, maar de dienst bovendien onontbeerlijk is, in die zin *dat er geen reëel of potentieel alternatief bestaat*.<sup>114</sup>

Hiermee formuleert het HvJEG een belangrijk criterium voor de beoordeling van leveringsweigeringen. Een expliciete erkenning van de essential facilities doctrine is het echter allerminst.

Zoals in § 2.5.4 reeds werd betoogd, zou de vraag naar het bestaan van een reëel alternatief beter beantwoord kunnen worden in het stadium van marktafbakening. Het bestaan van een *potentieel* alternatief staat ons inziens niettemin in direct verband met onontbeerlijkheid: indien het voor de vragende onderneming onmogelijk of onredelijk moeilijk is zelfstandig een alternatief te ontwikkelen is de dienst onontbeerlijk. Het HvJEG geeft aan dat een dergelijke onmogelijkheid kan bestaan in technische, reglementaire of economische hindernissen.<sup>115</sup> Uit *IMS Health* is inmiddels duidelijk geworden dat voorkeuren van afnemers een rol kunnen spelen bij de vraag naar het bestaan van dergelijke hindernissen.<sup>116</sup>

<sup>111</sup> Conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 64.

<sup>112</sup> *Bronner*, § 47.

<sup>113</sup> Zie ook § 2.3.

<sup>114</sup> *Bronner*, § 41.

<sup>115</sup> *Bronner*, § 44.

<sup>116</sup> Zie ook § 2.5.4.

Het HvJEG oordeelt dat er geen sprake is van het ontbreken van een potentieel alternatief indien het zelfstandig ontwikkelen van een alternatief voor de gevraagde dienst wegens de geringe oplage van de te distribueren dagbladen niet economisch rendabel is. De economische hindernis die een voorziening onontbeerlijk maakt, moet dermate hoog zijn, dat het niet rendabel is een dergelijke voorziening op te zetten voor een onderneming die op dezelfde schaal het relevante product verkoopt.<sup>117</sup>

Kanttekening bij dit oordeel van het HvJEG kan zijn, dat het vanuit economisch perspectief niet heel logisch lijkt om toegang tot een voorziening juist te verplichten, op het moment dat het voor een onderneming met dezelfde grootte niet rendabel is om een tweede voorziening op te zetten. De markt heeft dan klaarblijkelijk geen behoefte aan twee aanbieders van een dergelijke omvang, waardoor het verlenen van toegang tot de voorziening in economisch opzicht niet kostenefficiënt is.<sup>118</sup>

*Bronner* kan worden beschouwd als het meest gezaghebbende arrest inzake leveringsweigering uit de Europese rechtspraak tot nu toe. De door het HvJEG gehanteerde criteria vormen dan ook een belangrijk aanknopingspunt voor de beoordeling van leveringsweigerings, zoals ook aan de orde zal komen in § 5.3 van deze dissertatie.

### § 3.4 Tussenconclusie

Leveringsweigering door een onderneming met een machtspositie is een gedraging die in de Europese rechtspraak een aantal malen in strijd is geacht met het misbruikverbod van artikel 82 EG. Het HvJEG acht voor de onrechtmatigheid van een leveringsweigering aan nieuwe afnemers met name van belang, dat de geweigerde dienst of het geweigerde product onontbeerlijk is voor de uitoefening van de bedrijfsactiviteit van de afnemer, in die zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel alternatief voor is.<sup>119</sup> Niettemin heeft het Hof met *Bronner* duidelijk gemaakt dat het een terughoudende benadering van leveringsweigerings voorstaat, waarin geen plaats lijkt voor een essential facilities leer. Immers, het criterium dat het HvJEG hanteert in *Bronner* is een strengere toets voor leveringsweigering dan de essential facilities doctrine zoals deze in het verleden toegepast is in de Verenigde Staten en door de Commissie.<sup>120</sup>

<sup>117</sup> *Bronner*, § 46.

<sup>118</sup> Den Hertog 2001, p. 15-20; Bergman 2000, p. 61.

<sup>119</sup> *Bronner*, § 41.

<sup>120</sup> Vgl. de criteria uit *MCI Communications*, waar de toets (onder meer) is dat de het voor de concurrent in *praktisch of redelijk opzicht* onmogelijk is om de faciliteit te dupliceren (§ 3.2.1), en de formulering van de Commissie inzake *Sealink*, waar een essential facility wordt aangeduid als 'a facility or infrastructure without access to which competitors cannot provide services to their customers' (§ 3.2.2).



De conclusie lijkt derhalve gerechtvaardigd, dat de essential facilities doctrine geen rol van betekenis speelt binnen de Europese rechtspraak inzake artikel 82 EG. Ook in de Verenigde Staten, waar de essential facilities doctrine haar oorsprong vindt, kan op basis van recente rechtspraak en literatuur de conclusie getrokken worden dat de essential facilities doctrine geen actieve rol (meer) speelt. Wij kunnen dus niet anders concluderen, dan dat de essential facilities doctrine eveneens geen rol toekomt bij de problematiek inzake licentieweigerings, waar haar toepassing nog meer omstrede is dan in gevallen van leveringsweigerings.<sup>121</sup>

De Commissie heeft in dat opzicht de terughoudendheid van het Hof in acht genomen, getuige het ontbreken van essential facilities terminologie in haar beschikkingen sinds het arrest inzake *Bronner*. Ze blijft echter leveringsweigerings incidenteel sanctioneren. Naast het reeds genoemde *Clearstream* verplicht de Commissie in 2004 Microsoft haar interoperabiliteitsinformatie bekend te maken, hetgeen zij eveneens aanduidt als een verplichte levering.<sup>122</sup>

Niettemin blijft het van fundamenteel belang te identificeren wat het exacte onderscheid is tussen de beoordelingscriteria voor een leverings- respectievelijk een licentieweigerings. Ondanks dat aangenomen kan worden dat in de EU geen algemene toegangsverplichting op grond van de essential facilities doctrine bestaat, acht het HvJEG verplichte levering wel mogelijk en geeft diverse aanknopingspunten voor de beoordeling van gevallen van leveringsweigerings.<sup>123</sup> Deze aanknopingspunten zijn in de literatuur ook wel gebruikt om licentieweigerings te beoordelen. Ook de Europese Commissie beschouwt licentieweigerings blijkens haar Discussion Paper aangaande de toepassing van artikel 82 op uitsluitingspraktijken als een subcategorie van de problematiek inzake leveringsweigerings.<sup>124</sup> Wij wijzen een dergelijke toepassing met klem af. Ons inziens dient er een nauwkeurig onderscheid gemaakt te worden tussen een weigerings te leveren en een weigerings te licentiëren, om redenen die in hoofdstuk 5 van deze dissertatie nader toegelicht zullen worden.

121 Anders o.m. Fine 2002; Ritter 2005; Temple Lang 2000; Ghidini 2006, § 5.7 – § 5.9.

122 Zie voorts § 2.6.

123 Vgl. Temple Lang 2000, p. 403-404.

124 DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, § 237 e.v..



# Deel II



## 4 Intellectueel eigendom, marktafbakening en machtspositie

### § 4.1 Inleiding

In de voorgaande hoofdstukken is artikel 82 EG en de toepassing daarvan door de Europese rechter op licentieweigeringen besproken. Artikel 82 EG verbiedt ondernemingen om misbruik te maken van hun machtspositie.<sup>1</sup> Dit hoofdstuk behandelt de samenhang tussen intellectueel eigendomsrecht en het innemen van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG.<sup>2</sup> De in de voorgaande hoofdstukken behandelde jurisprudentie wordt hierbij als uitgangspunt genomen.

De verhouding tussen de handhaving van een exclusief recht van intellectueel eigendom en de toepassing van de mededingingsregels wordt gecompliceerd door het feit dat het IE-systeem zelf reeds een mededingingsregulering beoogt.<sup>3</sup> Het exclusieve recht behelst immers een kunstmatige mededingingsuitsluiting ten behoeve van de bescherming van investeringen in innovatieve en creatieve producten.<sup>4</sup> De verlening van een intellectueel eigendomsrecht brengt daarom per definitie een – door de wetgever beoogde – *ex ante* beperking van de mededinging met zich mee. In de mededingingsrechtelijke jurisprudentie wordt de geoorlooftheid van die beperking in beginsel erkend. Zoals blijkt uit de rechtspraak van het HvJEG levert het bezit van intellectueel eigendom op zichzelf geen machtspositie

<sup>1</sup> Zie voorts hoofdstuk 1.

<sup>2</sup> Zowel binnen het mededingingsrecht als het intellectueel eigendomsrecht is de relatie tussen intellectueel eigendom en de marktpositie van ondernemingen een actueel thema. Het jaarlijkse ATRIP (International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property) congres had in 2006 en in 2007 'Intellectual property and market power' als thema, en de jaarlijkse workshop over het Europees Mededingingsbeleid van het European University Institute had in 2005 het onderwerp *The Interaction Between Competition Law and Intellectual Property Law*, waarbij onder meer het deelonderwerp 'marktmacht' aan de orde kwam (zie <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2005/Compet05-webProgr.pdf>).

<sup>3</sup> Zie § 1.1.

<sup>4</sup> Lehmann 1989, p. 7-11.

in de zin van artikel 82 EG op.<sup>5</sup> Ook de Commissie stelt zich op het standpunt dat intellectueel eigendom als zodanig de rechthebbende geen machtspositie kan verschaffen.<sup>6</sup> De vraag of een onderneming in een concreet geval een machtspositie inneemt, houdt echter in vergaande mate verband met de afbakening van de relevante markt. Immers, hoe enger de markt, hoe waarschijnlijker dat de onderneming daarop een machtspositie in de zin van artikel 82 EG inneemt.

Nauwe marktafbakening betreft doorgaans de afbakening van de *productmarkt*. Een voorbeeld van een zeer nauwe afbakening van de productmarkt is het geval *Hugin*: de Commissie stelde de relevante markt daar vast op de markt voor onderdelen van het merk Hugin (en werd daarin bevestigd door het GEA en het HvJEG).<sup>7</sup> Maar ook een nauwe afbakening van de relevante *geografische* markt is denkbaar: inzake *Michelin* bijvoorbeeld werd de markt afgebakend naar het Nederlandse grondgebied, terwijl de onderneming Michelin wereldwijd actief was.<sup>8</sup>

Is de relevante markt vastgesteld op het product of de dienst die beschermd wordt door een recht van intellectueel eigendom, dan is de conclusie dat de IE-rechthebbende op die markt een machtspositie inneemt vrijwel onafwendbaar, ook al omdat het exclusieve recht gezien zou kunnen worden als een toetredingsbarrière voor nieuwkomers op de markt. Voor de IE-rechthebbende brengt dit met zich mee, dat ingeval de relevante markt op een dergelijk nauwe wijze wordt gedefinieerd, zijn juridisch monopolie snel zal overgaan in een economische machtspositie.<sup>9</sup>

Het gevaar van het samenvallen van de economische machtspositie met de positie die het exclusieve recht verleent, is dat de mededingingsbeperking die door de wetgever met het IE-recht beoogd is teniet wordt gedaan. Daarmee wordt niet alleen de keuze van de wetgever doorkruist, maar mogelijk tevens een stimulans voor het bedenken van verdere nieuwe of creatieve toepassingen weggenomen. Om te voorkomen dat een *ex post* correctie door het publiekrechtelijk mededingingsrecht op deze wijze de aan het IE-recht inherente mededingingsordering verstoort, moet daarom gewaakt worden voor een (te) nauwe marktafbakening en gelijkstelling van de machtspositie aan de exclusieve juridische positie die wordt ingenomen op grond van het intellectueel eigendomsrecht.

5 HvJEG 18-2-1971, *Sirena* tegen Eda, zaak nr. 40/70, *Jur.* 1971, p. 69 (*Sirena*), § 83; HvJEG 8-6-1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft Mbh* tegen Metro SB – Grossmärkte GmbH & Co., zaak nr. 78/70, *Jur.* 1971, p. 487 (*Deutsche Grammophon*), § 16; HvJEG 6-4-1995, *Radio Telefis Eireann (RTE)* en *Independent Television Publications (ITP)* tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. 1-743 (*Magill*), § 46. Overigens oordeelde het U.S. Supreme Court in 2006 eveneens onomwonden dat een intellectueel eigendomsrecht geen machtspositie in de zin van het mededingingsrecht met zich meebrengt: 126 S.Ct. 1281 (2006), *Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.*

6 DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, § 40.

7 Commissiebeschikking inzake *Hugin*, *PbEG* 1978, L22/23, § IIA. Zie ook § 1.2.6 van deze dissertatie.

8 Commissiebeschikking inzake *Bandengroothandel Frieschebrug B.V. / N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin*, *PbEG* 1981, L353/33 en HvJEG 9-11-1983, zaak nr. 322/81, *Jur.* 1983, p. 3461.

9 O.m. Jones & Sufrin 2004, p. 763; Anderman 1998, p. 172-173. Zie ook Schmidt 2005, p. 76-78.

In dit hoofdstuk wordt om die reden onderzocht wat de relatie is tussen de (machts)positie in de zin van het mededingingsrecht en de positie die de IE-rechthebbende op grond van het exclusieve recht bekleedt. Daarbij gaat speciale aandacht uit naar de mededingingsrechtelijke methoden voor marktafbakening. Reeds in hoofdstuk 2 werd het vermoeden uitgesproken dat er een spanning bestaat tussen de positie die de IE-rechthebbende inneemt op basis van de wet, en het afbakenen van de relevante markt door middel van het uitsluiten van substituten.<sup>10</sup> In het navolgende wordt daarom onderzocht of het mogelijk is om de mededingingsrechtelijke criteria voor het vaststellen van de machtspositie in te zetten zonder dat deze al vrijwel per definitie leiden tot fricties met de positie die de IE-rechthebbende aan de wet ontleent. In het bijzonder komen hierbij aan de orde de instrumenten voor marktafbakening en het concept van de afgeleide markt. Voorts wordt besproken in hoeverre de relatie tussen de machtspositie in mededingingsrechtelijke zin en het bezit van intellectuele eigendom veranderd is met de opkomst van de informatiemaatschappij. Geconcludeerd zal worden, dat de afbakening van een relevante markt voor innovatie een uitkomst kan bieden bij zowel fricties bij de marktafbakening als het bepalen van de positie van een onderneming in een dynamische markt. In § 4.5 zullen aanknopingspunten gezocht worden voor de afbakening van zo een relevante markt voor innovatie.

## § 4.2 Marktafbakening: substitutie en IE

### § 4.2.1 Consumentenvoorkeur en productkenmerken

De belangrijkste factor bij het afbakenen van de relevante productmarkt is naar algemeen wordt aangenomen de substitutie aan de vraagzijde.<sup>11</sup> Zoals we in § 1.2.2 reeds hebben besproken, wordt de substitueerbaarheid aan de vraagzijde bepaald door te meten welke producten de consument als onderling uitwisselbaar beschouwt.<sup>12</sup> Daarvoor zijn verschillende methoden beschikbaar, waaronder de zogenaamde SSNIP-test.<sup>13</sup> Toegepast op een markt waarop het bezit van intellectueel eigendom een centrale rol speelt, rijst de vraag in hoeverre het meten van substitueerbaarheid aan de vraagzijde niet per definitie zal leiden tot een zeer nauwe marktafbakening.<sup>14</sup> Als de mate waarin de consument een product als uitwisselbaar

<sup>10</sup> § 2.7.

<sup>11</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5, § 13. Zie ook: DG Competition Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, § 18.

<sup>12</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 7: 'een relevante productmarkt omvat 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 worden beschouwd'.

<sup>13</sup> De SSNIP test meet de gevolgen van een hypothetische, tijdelijke prijsverhoging van product A ('Small but Significant Non-transitory Increase in Price') op de aankoop van product B. Zie ook § 1.2.2.

<sup>14</sup> Zie ook § 2.2.2.

beschouwt bepalend is voor de omvang van de relevante markt, dan is de kans groot dat die substitueerbaarheid wordt bepaald door eigenschappen die beschermd zijn door intellectueel eigendomsrecht. Immers, eigenschappen van producten die bescherming genieten op grond van een recht van intellectuele eigendom hebben die bescherming veelal verkregen juist doordat ze voorzien in een specifieke behoefte van de consument. Hierdoor zullen er vanuit het oogpunt van de consument als vanzelf minder substituten zijn. Dit effect wordt bovendien nog versterkt, doordat de Commissie bij de marktafbakening de focus legt op de voorkeur van de consument voor bepaalde producteigenschappen, in plaats van uit te gaan van een bewezen reactie op prijsveranderingen. Dit blijkt duidelijk uit de rechtspraak inzake licentieweigering. In *Volvo* en *Renault* leidt de verwachting van de auto-eigenaar losse onderdelen voor zijn voertuig aan te kunnen schaffen tot een afbakening naar de markt voor carrosserieonderdelen. In *Magill* wordt geoordeeld dat de wens van televisiekijkers vooraf te beslissen over hun weekindeling bepaalt dat de markt wordt afgebakend naar de wekelijkse programmaoverzichten. Deze consumentenvoorkeur hangt nauw samen met bepaalde eigenschappen van een product die beschermd worden door een recht van intellectueel eigendom: in het geval van *Volvo* en *Renault* is dat de pasvorm en het uiterlijk van de carrosseriemodellen en bij *Magill* de informatieve eigenschappen van een *wekelijkse* tv-programmalijst. In het navolgende zal worden toegelicht waarom deze focus op productkenmerken bij de marktafbakening naar onze mening leidt tot frictie met het IE-systeem.

Naast de reeds genoemde voorbeelden blijkt deze focus op productkenmerken uit legio andere beslissingen die verband houden met intellectueel eigendom: inzake *Hilti* worden een aparte markt onderscheiden voor Hilti-compatibele patroonstrips (geoctrooieerd),<sup>15</sup> in *Tetra Pak II* wordt (onder andere) een markt benoemd voor machines voor het aseptisch verpakken van kartons (waarvoor technologie vereist is die door de onderneming is geoctrooieerd),<sup>16</sup> in *Tiercé Ladbroke* is de relevante markt de markt voor auteursrechtelijk beschermd beelden geluidsmateriaal van paardenrennen. In *IMS Health* wordt bevestigd dat de markt kan worden vastgesteld op basis van een *abstracte* producteigenschap die samenhangt met een bescherming door intellectueel eigendom, namelijk de mogelijkheid er een licentie voor te verlenen.<sup>17</sup>

De samenhang tussen de voorkeur van consumenten voor bepaalde producteigenschappen en bescherming van diezelfde eigenschappen door intellectueel eigendomsrecht spreekt uit ieder voorbeeld. Men kan denken aan de handige inkeping in de beschuit van Bolletje (geoctrooieerd), het nieuwste boek in de serie Harry Potter

<sup>15</sup> Commissiebeschikking inzake *Eurofix-Bauco/Hilti*, *PbEG* 1988 L65/19 (bevestigd door het HvJEG in een arrest van 2-3-1994, zaak nr. C-53/92P, *Jur.* 1994, p. I-667 e.v.).

<sup>16</sup> Commissiebeschikking inzake *Tetra Pak II*, *PbEG* 1992, L72/1, § 14 j° § 92-97. Het GEA bevestigt de zienswijze van de Commissie en oordeelt dat de octrooien van Tetra Pak bijdragen aan haar machtspositie (GEA 6-10-1994, zaak nr. T-83/91, *Jur.* 1994, p. II-755, § 110).

<sup>17</sup> HvJEG 29-4-2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG* tegen *NDC Health GmbH & Co. KG.*, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039, § 44 j° conclusie A-G Tizzano bij *IMS Health* van 2-10-2003, § 57 e.v. Zie ook § 2.5.2 van deze dissertatie.



(auteursrechtelijk beschermd) of het karakteristieke en functionele uiterlijk van de 'Tripp Trapp' stoel van Stokke (door diverse IE-rechten en de slaafse nabootsingsleer beschermd). Rechten van intellectueel eigendom beschermen nu eenmaal juist producten die ontwikkeld worden *met het oog op* het bevredigen van het verlangen van de consument naar een product met een nieuwe functionele, esthetische of intellectuele eigenschappen of kenmerken. De bescherming door een exclusieve recht voldoet daarmee exact aan (een van) zijn doelstellingen, namelijk het verhogen van welvaart door de bevordering van wetenschap, kennis en innovatie. De marktafbakening die gebaseerd wordt op een specifieke vraag van de consument naar een bepaalde eigenschap van een product maakt de IE-rechthebbende zodoende extra kwetsbaar doordat zij kan leiden tot een zeer nauwe en in sommige gevallen zelfs circulaire definitie van de relevante markt.<sup>18</sup> De specifieke producteigenschappen die door de consument zo gewaardeerd worden, zullen immers doorgaans niet in andere producten worden aangetroffen, daar de werking van het exclusieve recht dit verhindert. Dit gegeven maakt dat het overige marktaanbod in de ogen van de consument minder geschikt is voor substitutie met het beschermde product.<sup>19</sup> Wordt op basis daarvan de relevante markt nauw afgebakend, dan zal dit snel leiden tot het aannemen van een machtspositie op die betreffende markt, juist omdat het IE-recht toetreding van derden verhindert.<sup>20</sup> Op die wijze ontstaat het risico van een conflict binnen het systeem. Er is immers sprake van een structurele onverenigbaarheid, als blijkt dat precies datgene wat het IE-recht teweegbrengt, ook de machtspositie naar de maatstaven van het mededingingsrecht met zich meebrengt.

Een nauwe marktdefinitie is natuurlijk ook mogelijk voor innovatieve producten en diensten die *niet* beschermd worden door enig regime van intellectueel eigendom.<sup>21</sup> Producenten zullen namelijk altijd naar manieren zoeken om hun producten te onderscheiden – met als doel meer vraag door de consument en zodoende een hogere afzet (en omzet).<sup>22</sup> Maar hetgeen de wetgever beoogd heeft met het systeem van de intellectuele eigendom zit juist in het *beschermen* van bedoelde aspecten van een product of dienst – op het moment dat de drempel voor bescherming

18 Anderman 1998, p. 157-160; Bishop & Walker 2002, § 4.48 – 4.50. Zie in dit verband ook de marktafbakening in *Hugin*: de relevante productmarkt werd hier vastgesteld op kassaonderdelen van het merk Hugin, omdat '(...) er een specifieke vraag is naar onderdelen van het merk Hugin' (*Hugin, supra*, § 7/8).

19 Een voorbeeld: de ipod mp3speler van Apple heeft een zogenaamd 'click wheel', een handige methode om het apparaat te bedienen. Deze toepassing is geoctrooieerd (Europees octrooi nr. EP1687684). Indien het bediengemak van het apparaat voor consumenten een belangrijke reden zou zijn minder snel over te stappen op een ander product, hetgeen betekent dat het octrooi zijn functie vervuld heeft en een bijdrage heeft geleverd aan innovatie en welvaart, betekent dat ook dat het apparaat gemeten vanuit het oogpunt van consumentenvoorkeur in mindere mate substituerebaar is.

20 Jones & Sufrin 2004, p. 763.

21 Vgl. Ullrich 2001, p. 369 e.v. over het verschil tussen de toepassing van mededingingsregels op markten met fysieke en markten met immateriële eigendom.

22 Vgl. Crowther 1995, p. 189.

gehaald wordt, betekent dit dat er een juridische reden is voor het uitsluiten van substituten. Er komt als het ware bovenop het 'gewone' eigendomsrecht een extra bescherming te liggen.<sup>23</sup> Het is zodoende paradoxaal om juist deze beloning voor inventiviteit en creativiteit aan zijn eigen succes ten onder te laten gaan door hem te onderwerpen aan een toets die gebaseerd is op, en haast niet anders geformuleerd kan worden dan in termen van, de voorkeuren van de consument voor die eigenschappen die zo goed inspelen op zijn verlangens. Het systeem van intellectueel eigendom beoogt in beginsel geen marktmacht in economische zin, maar vestigt een bewust gecreëerd uitsluitend *recht* in juridische zin.<sup>24</sup> De marktafbakening die ontleend wordt aan het beschermingsobject van dit recht leidt daarom *a priori* tot een interne tegenstelling in de mededingingsordening.

Ook in het algemeen wordt marktafbakening op basis van productkenmerken en gebruiksbestemming in de literatuur wel bekritiseerd:<sup>25</sup> overeenkomende producteigenschappen zijn niet altijd een indicatie voor substitueerbaarheid (en behoren dus niet per definitie tot dezelfde markt). Andersom kunnen verschillen in producteigenschappen niet automatisch tot de conclusie leiden dat er *geen* sprake is van substitueerbaarheid en derhalve van een afzonderlijke markt.<sup>26</sup>

Zie in dit verband het door Bishop & Walker aangehaalde voorbeeld van de marktafbakening inzake de (voorgenomen) fusie tussen Nestlé en Perrier.<sup>27</sup> Partijen hadden aangevoerd dat de relevante markt bestond uit non-alcoholische dorstlessers, maar de Commissie redeneerde dat consumenten kiezen voor gebotteld mineraalwater omdat ze op zoek zijn naar een dorstlesser uit een natuurlijke, ongezoete bron.<sup>28</sup> Vervolgens voegde zij toe, dat dit een *natuurlijke, mineraalrijke* bron moest zijn.<sup>29</sup> Volgens Bishop & Walker is deze doelredenering een voorbeeld van de willekeur die ontstaat als de marktafbakening gebaseerd wordt op productkenmerken. Zij stellen dat het belangrijkste bewijs van substitueerbaarheid een bewezen reactie op prijsveranderingen is.<sup>30</sup>

Aangezien de Europese Commissie de objectieve SSNIP test juist heeft ingevoerd om dergelijke problemen met arbitraire marktafbakeningen te ondervangen,<sup>31</sup> rijst de vraag waarom deze in de context van artikel 82 EG, en daarmee in gevallen van licentieweigering, dan niet meer frequent wordt toegepast.

23 Vgl. Landes & Posner 2003, p. 21-22.

24 Zie ook A. Strowel 1991, p. 126-128.

25 Jones & Sufrin 2004, p. 308; Bishop & Walker 2002, § 4.48 e.v.; Ahlborn e.a., 'DG Comp's discussion paper on article 82: Implications of the proposed framework and antitrust rules for dynamically competitive industries', [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article\\_82\\_contributions.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article_82_contributions.html) (reactie op de Discussion Paper van de Commissie inzake artikel 82 EG), § 5.1.

26 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt, § 36.

27 Commissiebeschikking inzake de (voorgenomen) fusie Nestlé/Perrier, zaak nr. IV/M.190, *PbEG* 1992, L356/1 (*Nestlé/Perrier*).

28 *Nestlé/Perrier*, § 9 e.v.

29 *Nestlé/Perrier*, § 10.

30 Bishop & Walker 2002, § 4.50.

31 Jones & Sufrin 2004, p. 309. Zie voor een omschrijving van de SSNIP test § 1.2.2.

Een antwoord op deze vraag kan worden gevonden worden in het Discussiedocument van de Europese Commissie aangaande de toepassing van artikel 82 uit 2005.<sup>32</sup> De Commissie geeft in § 13-19 van dit document aan dat zij de SSNIP test niet altijd geschikt acht voor toepassing in het kader van artikel 82 EG, daar er op een markt met een sterk dominante onderneming sprake kan zijn van een vertekend prijsbeeld. Onverkorte toepassing van de SSNIP test in dergelijke gevallen kan leiden tot een foutieve afbakening van de relevante markt die gebaseerd is op de misvatting dat er competitieve prijzen worden gehanteerd, de zogenaamde *cellophane fallacy*.<sup>33</sup> De term *cellophane fallacy* duidt op de misvatting dat er substituëerbaarheid bestaat ten aanzien van een bepaald product, terwijl dit in realiteit niet het geval is. Deze schijnsuïstueerbaarheid wordt veroorzaakt doordat op een markt met een zeer dominante aanbieder de prijzen reeds boven het niveau liggen van prijzen die tot stand zijn gekomen door middel van vraag en aanbod, waardoor de consument bij een prijsverhoging sneller over zal stappen op een ander product.<sup>34</sup>

Om te voorkomen dat op deze wijze een onjuiste marktafbakening tot stand komt, geeft de Commissie aan – naast de SSNIP test – gebruik te willen maken van diverse andere methoden voor marktafbakening, waarbij zij met name het onderzoek naar de eigenschappen en de bestemming van producten noemt.<sup>35</sup> Deze overweging van de Commissie maakt duidelijk dat zij de kenmerken van een product onveranderd een belangrijke factor acht bij het bepalen van de relevante markt, en daarmee ook in gevallen van licentieweigering.

Een andere verklaring voor de – voor een IE-rechthebbende zo nadelige – focus op productkenmerken door de Commissie, kan zijn dat indien het uitgangspunt voor het bepalen van de relevante markt ligt bij een product dat niet apart op de markt aangeboden wordt, andere vormen van toetsing niet aangewend kunnen worden.<sup>36</sup> In *Magill* en *IMS Health* bijvoorbeeld gaat de Commissie respectievelijk de A-G uit van een product dat op dat betreffende moment niet wordt aangeboden.<sup>37</sup>

32 DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>.

33 DG Competition Discussion Paper, § 15. Zie ook: O'Donoghue & Padilla 2006, p. 81-84.

34 Zie ook § 1.2.2.

35 DG Competition Discussion Paper, § 18. Overigens geeft de Commissie in deze paragraaf aan dat het feit dat een bepaalde groep consumenten de voorkeur geeft aan een product op basis van de kenmerken daarvan, op zich onvoldoende is om een aparte markt aan te nemen. Met deze opmerking neemt zij duidelijk afstand van haar marktafbakening inzake *United Brands* (een bepaalde groep consumenten, namelijk baby's, bejaarden en zieken geeft de voorkeur aan de banaan boven ander fruit vanwege zijn bijzondere eigenschappen van zachtheid en pitloosheid), die in de loop der jaren veelvuldig als te eng bekrutiseerd is.

36 Vgl. Anderman 1998, p. 153-157.

37 Beschikking van de Commissie van 21 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.851 – *Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE*), *PbEG* 1989 L78/43, § 20; Conclusie van A-G Tizzano van 2-10-2003 bij *IMS Health*, zaak nr. C-418/01, § 56-57.

In *Magill* zijn dat de wekelijkse programmaoverzichten, en in *IMS Health* is dat de toegang tot de baksteenstructuur. Op dergelijke markten kan een toets als de SSNIP test, die immers kijkt naar (hypothetische) prijsverhogingen van producten die reeds op de markt worden aangeboden, vanzelfsprekend moeilijk ingezet worden. Om dezelfde reden werkt ook marktafbakening door middel van het aantonen van prijsdiscriminatie op deze markten niet.<sup>38</sup> De mededingingsautoriteit heeft bij het bepalen van substitueerbaarheid aan de vraagzijde dan als enig aanknopingspunt het product waarvoor een licentie geweigerd wordt, hetgeen kan resulteren in een marktafbakening die louter gebaseerd is op de kenmerken van dit product.

Resumerend: een focus op productkenmerken bij de marktafbakening leidt in veel gevallen tot een zeer nauwe marktafbakening, die voor de houder van een intellectueel eigendomsrecht zeer nadelige gevolgen kan hebben. Het exclusieve recht op diezelfde productkenmerken staat immers in de weg aan het bestaan van een marktaanbod van substituten, waardoor de rechthebbende vrijwel zeker een dominante positie op de overeenkomstig gedefinieerde relevante markt zal innemen. Systematisch leidt deze benadering dus tot een innerlijke tegenspraak: de beloning die de rechthebbende heeft ontvangen voor zijn investeringen in creativiteit en (product)innovatie, namelijk het exclusieve recht, wordt omgezet in een belangrijk concurrentieel nadeel doordat juist deze prestatie ten grondslag ligt aan een nauwe marktdefinitie die automatisch leidt tot een dominante positie. Een machtspositie is weliswaar niet gelijk te stellen aan het misbruiken daarvan, maar is wel de essentiële voorwaarde daarvoor. Daarbij hebben ondernemingen met een zodanige positie een speciale verantwoordelijkheid jegens het concurrentieproces, waardoor zij zich minder vrij kunnen gedragen.<sup>39</sup>

Legt men in gevallen van licentieweigering bij de marktafbakening de nadruk op de voorkeur van de consument voor bepaalde productkenmerken dan ontstaat dus frictie met de positie die de IE-rechthebbende bekleedt op basis van de wet.

38 De aanwezigheid van prijsdiscriminatie kan de conclusie ondersteunen dat er sprake is van (een) afzonderlijke markt(en): Bekendmaking inzake de relevante markt, *PbEG* 1997 C372/5, § 43. Zie ook § 1.2.2. In haar *Microsoft* beschikking bijvoorbeeld ondersteunt de Commissie haar stelling dat er sprake is van een aparte markt voor netwerkbesturingssystemen met het argument dat Microsoft in staat is prijsdiscriminatie toe te passen: Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 369-382.

39 *Michelin*, § 57: 'De vaststelling van het bestaan van een machtspositie (...) betekent alleen dat, los van de oorzaken van die positie, op de onderneming een *bijzondere verantwoordelijkheid* rust om niet door haar gedrag inbreuk te maken op een daadwerkelijke en onvervalste mededinging op de gemeenschappelijke markt' (curs. toegevoegd). In het geval van een houder van een recht van intellectueel eigendom is er mogelijk sprake van een zogenaamde 'super-machtspositie', daar hij bij een nauwe marktafbakening gebaseerd op productkenmerken ook vrijwel automatisch een machtspositie aan zal nemen die grenst aan een monopoliepositie. Aangezien de mate van verantwoordelijkheid toeneemt naarmate de machtspositie groter is, brengt een quasi-monopoliepositie met zich mee dat de onderneming een 'bijzonder zware specifieke verplichting, de structuur van de bestaande flauwe mededinging niet verder aan te tasten' heeft (conclusie A-G Fennelly van 29-10-1998 bij *Compagnie Maritime Belge Transports SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. C-395 en 396/96P, *Jur.* 2000, p. I-1365).

### § 4.2.2 Aanbodsubstitutie

Nu blijkt dat een focus op productkenmerken bij de marktafbakening een ondeugdelijk middel is op markten waar intellectueel eigendom een rol speelt en de Commissie terughoudend is met het toepassen van de SSNIP test in de context van artikel 82,<sup>40</sup> is vereist dat we nagaan of er andere methoden voor marktafbakening zijn die wél kunnen leiden tot een evenwichtig resultaat. In de literatuur wordt wel gepleit voor meer aandacht voor substitutiemogelijkheden aan de *aanbodzijde* bij het afbakenen van de relevante markt.<sup>41</sup> Het onderzoeken van substitutiemogelijkheden aan de aanbodzijde zou de dynamiek van de markt beter in kaart kunnen brengen dan wanneer er louter aandacht wordt besteed aan substitutiemogelijkheden aan de vraagzijde.<sup>42</sup>

Bellamy & Child geven een heldere definitie van aanbodsubstitutie: het betreft de mogelijkheden voor aanbieders van producten die *niet* substitueerbaar zijn aan de vraagzijde om over te schakelen op producten die *wel* substitueerbaar zijn aan de vraagzijde, zonder daarbij substantiële kosten te moeten maken.<sup>43</sup> De producten die deze aanbieders maken, maken dan onderdeel uit van de relevante productmarkt, daar de onderneming die centraal staat in het onderzoek naar misbruik immers concurrentie ondervindt van de producenten ervan.<sup>44</sup> Bijvoorbeeld: een producent die metalen doosjes maakt voor de verpakking van fruit, kan concurreren met een producent die deze verpakkingen maakt voor vis, aangezien deze eenvoudig over kan schakelen op de productie van metalen fruitverpakkingen. De relevante productmarkt is dan niet beperkt tot de markt voor fruitproducten in blik, maar omvat tevens de markt voor visconserven.<sup>45</sup>

O'Donoghue en Padilla stellen dat het samenvoegen van markten door producten die de consument *niet* als uitwisselbaar beschouwt op grond van aanbodsubstitutie *wel* tot de relevante markt te rekenen, onnatuurlijk is en tegen de basisprincipes van marktafbakening ingaat.<sup>46</sup> De relevante markt omvat immers de producten die de *consument* als onderling inwisselbaar beschouwt.<sup>47</sup> Zij suggereren daarom het aannemen van substitutie aan de aanbodzijde te beperken tot gevallen waarin verreweg het merendeel of zelfs *alle* overige aanbieders kunnen overschakelen op de productie van relevante substitutiegoederen.<sup>48</sup> Een dergelijke situatie zou zich met name voordoen bij een product dat in een breed assortiment kwaliteiten of soorten op de markt wordt gebracht, waardoor het in de ogen van de consument

40 DG Competition Discussion Paper, § 15-17.

41 Bishop & Walker 2002, § 4.31; § 4.58. Anders: Crowther 1995, p. 178-185.

42 Crowther 1995, p. 178.

43 Bellamy & Child 2001, § 9-020.

44 Bellamy & Child 2001, § 9-020.

45 Vgl. HvJEG 21-2-1973, *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. vs. Commission*, zaak nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Continental Can*).

46 O'Donoghue & Padilla 2006, p. 72.

47 Bekendmaking inzake de relevante markt, § 7.

48 O'Donoghue & Padilla 2006, p. 72. Zie ook: Bekendmaking inzake de relevante markt, § 21.

niet substitueerbaar is, maar dat wordt geproduceerd met behulp van min of meer identieke kapitaalgoederen. Voorbeelden zijn de markt voor papier en de markt voor schoenen: voor de consument is er geen substitutie mogelijk (fotopapier is niet substitueerbaar met gewoon printpapier; schoenen maat 37 zijn niet uitwisselbaar met schoenen maat 39), maar de diverse aanbieders kunnen zeer makkelijk overschakelen omdat de productiewijze vrijwel eender is.<sup>49</sup>

Aanbodsubstitutie vereist op grond van de Bepaling van de Commissie dat 'aanbieders kunnen overschakelen op de productie van relevante producten en deze op *korte termijn* op de markt kunnen brengen zonder aanzienlijke bijkomende kosten te maken of risico's te lopen in antwoord op geringe en duurzame wijzigingen van de betrokken prijzen'.<sup>50</sup> Mogelijkheden tot aanbodsubstitutie op lange termijn zien op de potentiële concurrentiedruk en dienen derhalve te worden meegewogen bij de bepaling van de (machts)positie van de onderneming op de relevante markt, dus bij de volgende stap in het proces.<sup>51</sup> De reden voor dit onderscheid is dat mogelijkheden tot aanbodsubstitutie op korte termijn geacht worden de huidige concurrentiedruk weer te geven, en daarom bij de marktafbakening thuishoren, terwijl mogelijkheden op lange termijn de potentiële concurrentie bepalen en daarom zien op de *positie* op de relevante markt.<sup>52</sup> Meer concurrentiedruk betekent minder ruimte voor de – op grond van de jurisprudentie van het HvJEG<sup>53</sup> – voor een machtspositie vereiste onafhankelijkheid, en vice versa.

Wat is de relevantie van (mogelijkheden tot) aanbodsubstitutie voor IE-rechthebbers? Indien we het exclusieve recht zien als een beloning voor de uitwerking van een origineel of innovatief idee, en indien deze uitwerking succes heeft bij de consument, zal er altijd potentiële concurrentie en vaak ook actuele concurrentie zijn, omdat men iets dat succesvol is altijd zal willen navolgen. Zowel in het stadium van marktafbakening als bij het bepalen van de positie van de rechthebbende onderneming op de markt is een juiste inschatting van de concurrentiedruk dus van belang. Belangrijk nadeel van het meewegen van substitutiemogelijkheden bij de bepaling van de positie van de onderneming op de markt is, dat indien het

49 Bekendmaking inzake de relevante markt, § 22; O'Donoghue & Padilla 2006, § 71.

50 Bekendmaking van de Commissie inzake de relevante markt, § 20. Voor een overzicht van Commissiebeschikkingen waarin aanbodsubstitutie wordt overwogen bij de definiëring van de relevante markt zie O'Donoghue & Padilla 2006, p. 73-74.

51 Zie ook § 1.2.2. Overigens verschilt men in de literatuur van mening over het belang van het onderscheid tussen aanbodsubstitutie op korte en op lange termijn: Bishop & Walker menen dat het niet uitmaakt wanneer aanbodsubstitutie in overweging wordt genomen (Bishop & Walker 2002, § 4.58); O'Donoghue & Padilla wijzen daarentegen op het belang van het maken van onderscheid tussen aanbodsubstitutie en potentiële concurrentie (O'Donoghue & Padilla 2006, p. 72-73). Voor de toepassing van groepsvrijstellingen in het kader van artikel 81 is het onderscheid overigens wel degelijk relevant: het marktaandeel bepaalt immers of de vrijstelling van toepassing is. Het meewegen van aanbodsubstitutie bij de bepaling van de relevante markt kan ervoor zorgen dat de markt ruimer is en het marktaandeel van de onderneming daarmee kleiner, waardoor deze wellicht in aanmerking komt voor de vrijstelling.

52 Jones & Sufrin 2004, p. 324-325.

53 (o.m.) Hoffmann-La Roche, § 38.

marktaandeel van de onderneming op de (dan reeds gedefinieerde) relevante markt erg groot is, de potentiële concurrentiedruk als mee te wegen factor naar de achtergrond verdwijnt.<sup>54</sup> Dit kan in gevallen waarin intellectueel eigendom een rol speelt, in het bijzonder aan de orde zijn: wordt de relevante markt nauw gedefinieerd, dan zal op grond van het juridisch exclusief recht van de rechthebbende het marktaandeel vaak groot zijn.<sup>55</sup> Aannemelijk is, dat potentiële concurrentiedruk door middel van mogelijke aanbodsubstitutie in dergelijke gevallen minder zwaar zal meetellen. Wordt potentiële concurrentie in de vorm van aanbodsubstitutie onderkend bij de marktafbakening dan ligt dit anders. Met name op markten waar aangenomen moet worden dat deze concurrentiedruk aanwezig is, zoals markten waarin technologische ontwikkelingen elkaar snel opvolgen, kan het onderkennen van aanbodsubstitutie in de fase van marktafbakening zorgen voor een beter beeld van de positie van de betreffende onderneming op de markt.<sup>56</sup> Als voorbeeld kan genoemd worden een onderneming die een octrooi heeft op de fabricage van een bepaalde HIV-remmer: wordt bij de marktafbakening mede in aanmerking genomen dat er, ondanks het ontbreken van substitutiemogelijkheden aan de vraagzijde, ruime mogelijkheden voor aanbodsubstitutie zijn doordat het voor fabrikanten van geneesmiddelen voor andere virusziekten gemakkelijk is om te schakelen naar de productie van de HIV-remmer, dan worden hun producten betrokken in de relevante productmarkt. De kans dat de fabrikant van de HIV-remmer dominant wordt bevonden is dan hoogstwaarschijnlijk kleiner, dan wanneer de markt wordt vastgesteld op de markt voor HIV-remmers en de concurrentie in een later stadium wordt meegewogen.

In theorie is derhalve aannemelijk, dat voor de IE-rechthebbende het erkennen van mogelijkheden tot aanbodsubstitutie van belang kan zijn, en dan met name in de fase van marktafbakening. In de praktijk staat de uitsluitende werking van het exclusieve recht daaraan echter in de weg. In het bovenstaande voorbeeld is het voor geneesmiddelenfabrikanten technisch wellicht heel goed *mogelijk* om de HIV-remmer te produceren – het kan hen alleen worden verboden op grond van het exclusieve recht. De zaak *Hilti* illustreert de geringe importantie van de factor aanbodsubstitutie in gevallen waarbij IE betrokken is:

In haar beschikking inzake *Hilti* gaat de Commissie uit van drie verschillende relevante producten: schiethamers, patroonstrips en nagels.<sup>57</sup> Hilti heeft een octrooi op de fabricage van patroonstrips die compatibel zijn met haar schiethamers. De Commissie neemt in paragraaf 55 van de beschikking mogelijkheden tot aanbodsubstitutie voor de patroonstrips en nagels in overweging:

<sup>54</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 67; Van den Bergh & Camesasca 2001, p. 104-105.

<sup>55</sup> Bishop & Walker 2002, § 4.29.

<sup>56</sup> Vgl. Temple Lang 1996.

<sup>57</sup> Commissiebeschikking inzake *Hilti*, *supra*, § 55-56.

*'Opgemerkt zij evenwel dat producenten die reeds nagels en patroonstrips voor een bepaald merk schiethamers vervaardigen, hun productie zonder al te veel bezwaren tot dergelijk toebehoren voor andere merken schiethamers kunnen uitbreiden, voor zover zij niet op kunstmatige of institutionele hinderpalen stuiten.' (onderstreping toegevoegd)*

De beschikking en de geciteerde passage tonen aan dat indien uitgegaan wordt van een product dat wordt beschermd door een intellectueel eigendomsrecht, er nooit een mogelijkheid tot aanbodssubstitutie zal bestaan. Ook als andere producenten wel degelijk in de gelegenheid zijn vergelijkbare producten te maken, zal de 'hinderpaal' van het exclusieve recht dit altijd kunnen voorkomen. Indien de producenten van patroonstrips omschakelen naar de fabricage van Hilti-compatibele patroonstrips, maken ze inbreuk. Er is derhalve geen ruimte voor aanbodssubstitutie en de relevante markt zal worden vastgesteld op Hilti-compatibele patroonstrips, hetgeen Hilti automatisch een machtspositie verschaft.

Indien een ruimer 'relevant product'<sup>58</sup> wordt gekozen, in het geval *Hilti* bijvoorbeeld bevestigingssystemen met een explosieve lading, kan het overwegen van mogelijkheden tot substitutie aan de aanbodzijde wél leiden tot het vaststellen van een ruimere markt. Het exclusieve recht staat dan immers toetreding tot de markt niet meer in de weg. Het belangrijkste nadeel voor de IE-rechthebbende dat een marktafbakening op basis van de *vraag* met zich meebrengt, namelijk de keuze voor het beschermde product als startpunt voor de marktafbakening, is dan echter reeds weggenomen. De mogelijkheid tot aanbodssubstitutie kan de markt dan weliswaar ruimer maken waardoor het minder waarschijnlijk is dat de rechthebbende een machtspositie inneemt, doch dit is niet direct het gevolg van het overwegen van mogelijkheden tot aanbodssubstitutie. Het overwegen van mogelijkheden tot aanbodssubstitutie is dan niet meer een speciaal voor het IE-recht ingerichte waarborg tegen een enge marktafbakening, en voegt in deze zin weinig toe.

Overigens hoeft aanbodssubstitutie niet noodzakelijkerwijs te bestaan in gevallen waarin het relevante product ruimer gedefinieerd wordt: inzake *Microsoft* gaat de Commissie uit van een ruimer gedefinieerd product, namelijk pc-besturingssystemen, en komt vervolgens tot de conclusie dat er geen mogelijkheden zijn voor aanbodssubstitutie op korte termijn.<sup>59</sup>

De beschikking inzake *Hilti* is een voorbeeld van een zaak waarin de Commissie aanbodssubstitutie in overweging genomen heeft, maar de conclusie die eruit getrokken kan worden, heeft een algemene gelding in gevallen waarin een door IE-rechten beschermd product is betrokken. Waren mogelijkheden tot aanbodssubstitutie overwogen in *Volvo* of *Magill*, dan had men eveneens moeten concluderen dat het exclusieve recht het op de markt brengen van identieke modellen respectievelijk programmaoverzichten verhindert.<sup>60</sup> Substitueerbaarheid aan de aanbodzijde is wat dat betreft de spiegel van substitueerbaarheid aan de vraagzijde: het

<sup>58</sup> Zie ook Anderman 1998, p. 153-157.

<sup>59</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 334-341; § 388-400. De marktafbakening inzake de Windows mediaspeler wordt hier buiten beschouwing gelaten.

<sup>60</sup> Zie ook Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, *supra*, § 393.



exclusieve recht staat substitutie in de weg omdat het *gemaakt* is om substitutie in de weg te staan; omdat het voorziet in een specifieke consumentenbehoefte kan het derden van het voorzien in die behoefte – tijdelijk – uitsluiten. De interne balans van het IE-recht neemt de belangen van de concurrenten van de rechthebbenden in acht door hen in staat te stellen gelijkende producten te maken en/of ideeën over te nemen, zolang dit niet leidt tot de fabricage van een inbreukmakend product. Ook de verdere verkoop van producten die eenmaal met zijn toestemming op de markt zijn gebracht, kan de rechthebbende op grond van de uitputtingsleer niet verhinderen.

Evenals het verhinderen van substitueerbaarheid aan de vraagzijde is zodoende ook de uitsluiting van substitueerbaarheid aan de aanbodzijde een door de wetgever *beoogd* effect, waarbij voorafgaand aan de verlening afwegingen ten behoeve van de mededinging zijn gemaakt.

#### § 4.2.3 Omschakelingsmogelijkheden voor de consument

Gebleken is dat zowel aanbods substitutie als een focus op productkenmerken zich niet goed lenen voor toepassing op de uitoefening van IE-rechten omdat deze factoren geen rekening (kunnen) houden met de interne mededingingsordering van het IE-recht zelf. Een factor die kan worden meegewogen bij de marktafbakening en die mogelijk wél recht doet aan de interne balans van het IE-recht, wordt gevormd door de omschakelingskosten voor consumenten.

In haar Bekendmaking inzake de relevante markt noemt de Commissie 'belemmeringen en kosten in verband met de overschakeling van de vraag naar potentiële vervangingsproducten' als omstandigheden die van invloed kunnen zijn op de marktafbakening.<sup>61</sup> Deze omschakelingskosten kunnen financieel van aard zijn, maar ook betrekking hebben op tijd en moeite die een verandering van product met zich meebrengt.<sup>62</sup> Het gevolg van het meewegen van dergelijke omschakelingsbarrières is dat de relevante markt kleiner wordt. Immers, deze barrières zorgen ervoor dat de consument minder makkelijk overstapt op een ander product waardoor het aantal mogelijke substituten afneemt. Alhoewel in het voorgaande is gewaarschuwd tegen een te nauwe marktafbakening bij IE, kan het betrekken van omschakelingskosten bij de marktafbakening er mogelijk voor zorgen dat gevallen waarin een nauwe marktafbakening *wel* op haar plaats zou zijn geïdentificeerd worden. Omschakelingsmogelijkheden spelen als het ware een dubbelrol bij het vaststellen van de concurrentiepositie van de onderneming: zij kunnen van invloed zijn in het stadium van marktafbakening, zoals hier aan de orde, maar ze kunnen ook fungeren als toetredingsbarrières tot de markt voor andere ondernemingen.<sup>63</sup>

<sup>61</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, § 42. Zie ook § 1.2.2 van deze dissertatie.

<sup>62</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 57.

<sup>63</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 57.

In *IMS Health* oordeelt het HvJEG dat omschakelingskosten relevant zijn bij de voor verplichte toegang vereiste onontbeerlijkheid, en acht deze kosten dus zelfs van belang in het stadium van misbruik.<sup>64</sup> In haar beschikking inzake *Microsoft* neemt de Commissie omschakelingsmogelijkheden voor de consument in overweging bij de marktafbakening: bij het identificeren van de markt voor pc-besturingssystemen noemt ze omschakelingsmoeilijkheden als reden om die markt te beperken tot *Intel-compatibele* besturingssystemen (hetgeen bijvoorbeeld het Apple Macintosh besturingssysteem uitsluit).<sup>65</sup>

Door omschakelingskosten voor de consument mee te wegen bij de marktafbakening kan een meer genuanceerd marktbeeld ontstaan dat in een aantal gevallen recht doet aan de interne mededingingsrechtelijke afwegingen van het IE-recht. Echter, verderop in deze paragraaf zal blijken dat het meewegen van omschakelingskosten niet in alle gevallen een juist beeld geeft van de marktpositie van de IE-rechthebbende.

*Auteursrecht, modellenrecht en merkenrecht: omschakelingskosten geven wèl een goed beeld*

In het auteursrecht kan de factor omschakelingskosten met name een goed beeld geven van de relevante markt ten aanzien van werken zoals software, databanken en verzamelingen, ook wel benoemd als 'works of fact and function'.<sup>66</sup> Ten aanzien van deze producten hebben zich de meest hevige botsingen met artikel 82 EG voorgedaan.<sup>67</sup> Het lijkt evident dat het voor consumenten veelal moeilijker en kostbaarder zal zijn om te schakelen naar een ander informaticaproduct dan naar een ander cultuurproduct: het kost bijvoorbeeld meer tijd en moeite om van Microsoft Windows over te stappen op Linux dan dat het kost om in plaats van Harry Potter deel 5 een ander kinderboek aan te schaffen. Hoewel een ratio voor de – hoofdzakelijk – auteursrechtelijke bescherming voor de 'works of fact and function' identiek is aan die voor culturele producten, namelijk het voorkomen dat er niet meer geïnvesteerd wordt in makkelijk te kopiëren producten omdat concurrenten ze kosteloos kunnen namaken, zijn de economische consequenties van deze bescherming verschillend. Deze producten hebben wezenlijk andere karakteristieken, en kenmerken zich in auteursrechtelijk opzicht doordat hun beschermingsobject zeer dicht bij het van oudsher van bescherming uitgesloten domein ligt.<sup>68</sup> Daar komt bij dat de producten in toenemende mate aan hoge compatibiliteits- en interoperabiliteitseisen moeten voldoen. Indien er barrières bestaan die het berei-

64 HvJEG 29-4-2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG tegen NDC Health GmbH & Co. KG.*, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039, § 29.

65 Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, *supra*, § 326.

66 In het buitenland wordt voor deze categorie ook wel de term 'informational works' gebruikt, maar in Nederland is het vrijwel algemeen ingeburgerd om ook kunstzinnige uitingen te beschouwen als 'informatieproduct', zodat die term geen onderscheidende kracht meer heeft voor de hierboven aangeduide groep van werken. Zie in dit verband ook P.B. Hugenholtz, *Auteursrecht op informatie* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1989.

67 Zowel *Magill* (televisieprogrammagidsen) als *IMS Health* (databank) en *Microsoft* (software) hadden betrekking op een 'work of fact and function'.

68 Quaedvlieg 2003, p. 148.

ken van compatibiliteit dan wel interoperabiliteit verhinderen of onredelijk moeilijk maken, kunnen concurrenten daar ernstige hinder van ondervinden bij het ontwikkelen van hun eigen producten.

Rahnasto signaleert een ontwikkeling die hiermee samenhangt. Hij stelt dat er significante veranderingen hebben plaatsgevonden in de manier waarop innovatie plaatsvindt: van een uitvinding die tot stand komt door achtereenvolgens, stap voor stap, verbeteringen en vernieuwingen aan te brengen is de productie van nieuwe uitvindingen en werken geëvolueerd tot een productie en distributie van nieuwe uitvindingen en werken die *gelijktijdig* plaatsvindt.<sup>69</sup> Gevolg en kenmerk van deze verschuiving is zijns inziens dat ontwikkelingen en uitvindingen niet meer aan één onderneming of persoon toe te schrijven zijn. Een voorbeeld van het eerste model is volgens Rahnasto de totstandkoming van de personal computer (aanvankelijk ontwikkeld door IBM, doorontwikkeld door diverse andere ondernemingen), een voorbeeld van het tweede model is Linux en andere Open Source Software (ontwikkeling is afhankelijk van de diverse – gelijktijdige – bijdragen van gebruikers).<sup>70</sup>

De onderneming die IE-rechten kan laten gelden op 'works of fact and function' kan om bovengenoemde redenen een exclusievere mededingingsrechtelijke positie bekleden dan de wetgever had beoogd. Deze sterke concurrentiepositie kan naar voren komen in een marktafbakening die is gebaseerd op omschakelingskosten; deze illustreert namelijk op de juiste wijze de veel beperktere mogelijkheden tot substitutie voor de consument.

Ook indien we kijken naar het modellenrecht zoals dat aan de orde was in *Volvo* en *Renault*, leidt het meewegen van omschakelingskosten bij consumenten tot een nauwe marktafbakening,<sup>71</sup> die evenwel gerelateerd is aan de zeer sterke positie die de autofabrikanten op de markt voor onderdelen innemen.<sup>72</sup> Andere siermodellen, zoals bijvoorbeeld designmeubelen, veroorzaken dikwijls geen omschakelingskosten bij de consument en zullen daarom deel uitmaken van een ruimere relevante productmarkt. In een merkenrechtelijke context lijkt de consument eveneens weinig omschakelingsproblemen tegen te komen. Weliswaar zijn er warenmerken die verbonden zijn aan producten waarbij compatibiliteit een belangrijke rol speelt (bijvoorbeeld een Nintendo spelcomputer met bijbehorende games), en misschien wordt het consumenten ten aanzien van deze producten moeilijk gemaakt over te

<sup>69</sup> Rahnasto 2003, § 1.08 – § 1.13.

<sup>70</sup> Rahnasto 2003, § 1.09 j° § 1.12.

<sup>71</sup> Conclusie A-G Mischo bij *Renault* van 21-6-1988, *Jur.* 1988, p. 6055, § 48; conclusie A-G Mischo bij *Volvo* van 21-6-1988, *Jur.* 1988, p. 6224, § 8.

<sup>72</sup> Zie in dit verband ook het voorstel van de Europese Commissie tot aanpassing van de Modellenrichtlijn (Richtlijn 98/71/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 oktober 1998 inzake de rechtsbescherming van modellen, *PbEG* 1998, L289/28). Het voorstel behelst een wijziging op grond waarvan zogenaamde 'must-match' onderdelen (dus ook auto-onderdelen) weliswaar nog in aanmerking komen voor modelrechtelijke bescherming, maar dat derden onder bepaalde voorwaarden in staat moeten worden gesteld de onderdelen onafhankelijk van de rechthebbende te produceren en distribueren. Zie ook: Drexel & Hilty & Kur, 'Design protection for spare parts and the Commission's proposal for a repair clause', (36) *IIC* 4-2005, p. 449-457.

stappen, doch dit zal niet aan het *merkrecht* liggen – dit exclusieve recht kan niet verhinderen dat er compatibele producten op de markt worden gebracht of als zodanig worden aangeduid.<sup>73</sup> Ook hier zal het omschakelingscriterium daarom leiden tot een ruime markt, die aldus aansluit bij de marktpositie die de rechthebbende heeft op basis van zijn exclusieve recht. De mate waarin een consument afhankelijk is van een bepaald product staat in al deze voorbeelden in een direct *mededingingsrechtelijk* verband met de omvang van de concurrentiepositie van de rechthebbende.

Het in aanmerking nemen van omschakelingskosten lijkt zodoende een instrument dat, in tegenstelling tot het meewegen van voorkeuren voor productkenmerken of mogelijkheden tot aanbodssubstitutie, kan leiden tot een evenwichtige marktafbakening die rekening houdt met de interne balans van het IE-recht. De vraag rijst echter of omschakelingskosten voor *alle* IE-rechten kunnen leiden tot een evenwichtige marktafbakening.

*Octrooirecht: omschakelingskosten geven geen goed beeld*

In het octrooirecht lijken omschakelingskosten geen goede indicatie te geven van een mededingingsrechtelijke positie die niet door de wetgever was voorzien. We zien daar dat de mogelijkheid van hoge omschakelingskosten voor de consument een door de wetgever op de koop toe genomen effect is.<sup>74</sup> Hoewel er natuurlijk talloze geoctrooieerde producten denkbaar zijn waarbij de consument gemakkelijk kan overschakelen op een substituut, zijn er ook een aanzienlijk aantal producten, in het bijzonder in de farmaceutische sector, waarbij de overstap naar het gebruik van een ander product kosten en/of problemen met zich meebrengt. Denk bijvoorbeeld aan de nadelen die een patiënt met reuma kan ondervinden bij de overstap op andere medicatie. Nadrukkelijk moet er echter op gewezen worden, dat de wetgever deze beperkingen binnen het octrooirecht *zelf* heeft gecompenseerd, door middel van de verplichte openbaarmaking van het octrooi en de beperkte looptijd. Dergelijke omschakelingsproblemen voor de consument zijn dus niet alleen een door de wetgever geaccepteerde beperking, maar staan ook niet per definitie in verband met een sterke marktpositie.<sup>75</sup>

<sup>73</sup> (Onder meer) HvJEG 4-11-1997, Parfums Christian Dior SA en Parfums Christian Dior BV tegen Evora BV, zaak nr. C-337/95, *Jur.* 1997, p. I-6013 (*Dior/Evora*).

<sup>74</sup> Sowieso is de door de wetgever beoogde mededingingsuitsluiting bij het octrooirecht groter dan bij het auteursrecht. Octrooien zijn immers gebaseerd op de uitwerking van (inhoudelijke) uitvindingen, waardoor de mededinging meer ingeperkt wordt dan bij het auteursrecht: daar worden immers niet de (inhoudelijke) ideeën zelf, maar alleen de door de auteur gekozen expressie ervan beschermd. Landes & Posner 2003, p. 295-296. Zie ook A. Strowel 1991, p. 127-128.

<sup>75</sup> Zie ook de inleidende opmerkingen in de Memorie van Toelichting bij de Rijsoctrooiwet 1995: *Kamerstukken II*, 1991/1992, 22604 (R1435), nr. 3: 'De octrooiwetgeving geeft aldus aan degene die een uitvinding heeft gedaan, een rechtens beschermd monopolie op de toepassing van die uitvinding, dat zich – afhankelijk van de praktische betekenis die een uitvinding blijkt te hebben – *kan* vertalen in een economisch voordeel'. (curs. toegevoegd).

Anders is het wellicht, indien er sprake is van standaardisatie. Indien consumenten moeilijkheden ondervinden bij het overstappen naar een ander product ten gevolge van de combinatie standaard – geoctrooieerd product, valt in sommige situaties te verdedigen dat uitsluiting van concurrenten door de octrooihouder *niet* is voorzien door de wetgever.<sup>76</sup> In die gevallen zou het bestaan van omschakelingskosten dus wel degelijk kunnen duiden op een nauwe markt met een dienovereenkomstige grote kans op de aanwezigheid van een machtspositie. De relatie tussen intellectueel eigendom, machtspositie en standaardisatie komt verder aan de orde in § 4.4.3.

Voor octrooirechtelijk beschermde producten zou het meten van omschakelingskosten gezien het bovenstaande in beginsel geen geschikt instrument zijn – het leidt tot een nauwe marktafbakening die geen verband houdt met de omstandigheden op de markt, maar een gevolg is van de kunstmatige uitsluiting van de mededinging die door de wetgever is gerealiseerd.

De conclusie die hieruit volgt moet dan ook zijn, dat het meten van omschakelingskosten bij consumenten geen *algemene* toepassing kan vinden als instrument voor marktafbakening, als het gaat om IE-rechten. Ondanks dat gebleken is dat omschakelingskosten een sterk mededingingsbelemmerende rol kunnen spelen in gevallen waarbij dat *niet* door de wetgever voorzien is, bijvoorbeeld bij de auteursrechtelijke bescherming van informatieproducten, zullen deze kosten in andere gevallen, met name in het octrooirecht, wèl het gevolg zijn van keuzes van de wetgever.

#### § 4.2.4 Tussenconclusie

In het bovenstaande is naar instrumenten van marktafbakening gezocht die ingezet kunnen worden in mededingingssituaties waarin het bezit of de exploitatie van een IE-recht een cruciale rol speelt. Onderzocht is, of er een methode aangewezen kan worden, waarmee tot een marktafbakening gekomen wordt die niet gebaseerd is op de kunstmatige mededingingsuitsluiting die het IE-recht nu eenmaal met zich meebrengt, maar die als het ware abstraheert van het exclusieve recht. Immers, als de door de wetgever *ex ante* gekozen mededingingsuitsluiting precies datgene is dat onder het mededingingsrecht aanleiding is voor een nauwe marktafbakening en de daarmee samenhangende machtspositie, dan wordt het wettelijke systeem van mededingingsordering verstoord.

Van de diverse instrumenten die ingezet kunnen worden bij de marktafbakening (en genoemd worden door de Commissie in haar Bekendmaking inzake de relevante markt) lijkt echter geen enkel instrument bijzonder geschikt om in te zetten

<sup>76</sup> Denk bijvoorbeeld aan de positie van de rechthebbenden op de GSM-octrooien. Of aan de positie van Microsoft, indien zij octrooien kan laten gelden op haar besturingssysteem Windows.

in situaties waarin intellectueel eigendom een rol speelt. De objectieve SSNIP test wordt door de Commissie ongeschikt geacht voor beoordelingen onder artikel 82 EG,<sup>77</sup> en is bovendien niet inzetbaar in gevallen waarin als uitgangspunt een product wordt gekozen dat niet daadwerkelijk op de markt gebracht wordt, zoals aan de orde was in *Magill* en *IMS Health*. Onderzoek naar substitueerbaarheid aan de vraagzijde dat gebaseerd wordt op de voorkeur van de consument voor bepaalde producteigenschappen of het voor het product bestemde gebruik leidt *a priori* tot een marktafbakening die de voorafgaande keuze van de wetgever voor de beloning van creativiteit en inventiviteit, en de daarbij behorende (tijdelijke) uitsluiting van de mededinging, miskent. Het overwegen van substitutiemogelijkheden aan de aanbodzijde kan om dezelfde reden geen alternatief zijn. Het meewegen van omschakelingskosten aan consumentenzijde, een factor die de Commissie in haar Bekendmaking eveneens als hulpmiddel voor de marktafbakening wordt aangeduid, kan eveneens geen algemene toepassing vinden omdat in sommige gevallen ook een beperking van de keuzevrijheid voor de consument door de wetgever is beoogd, dan wel op de koop toegenomen, met de verlening van het exclusieve recht.

Gebleken is derhalve, dat er inderdaad fricties bestaan tussen de positie die de IE-rechthebbende inneemt op basis van zijn exclusieve recht en de mededingingsrechtelijke marktafbakeningsmethoden. Reeds in algemene zin bestaat er een spanning tussen de marktpositie die het juridische alleenrecht met zich meebrengt en de definitie van de relevante markt zoals die wordt gegeven in de Bekendmaking van de Commissie, namelijk alle producten en/of diensten die de consument als uitwisselbaar beschouwt.<sup>78</sup> Doordat de Commissie bij de marktafbakening in zaken waarin het bezit of de exploitatie van intellectueel eigendom een belangrijke rol speelt veelal de nadruk legt op productkenmerken, wordt dit effect nog versterkt. Nu duidelijk is geworden dat er geen marktafbakeningsmethode is die kan abstraheren van de exclusieve positie die op basis van het IE-recht bestaat als we ons concentreren op de consument als vrager, rijst de vraag of dit anders is indien we uitgaan van de afnemer/concurrent die de door intellectueel eigendom beschermde grondstof vraagt. Zeker in gevallen van licentieweigering, waarin de concurrent/afnemer toch doorgaans om de licentie vraagt, lijkt het meer voor de hand te liggen om de focus naar de vraag vanuit deze groep te verplaatsen. Dit vraagstuk hangt samen met de afbakening van de hoofd- en afgeleide markt en wordt hierna behandeld.

<sup>77</sup> DG Competition Discussion Paper, *supra*, § 13-19.

<sup>78</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt, *PbEG* 1997, C 372/5, § 7.

## § 4.3 Afgeleide markt

### § 4.3.1 Hoofd- en afgeleide markt

Het vraagstuk inzake de afgeleide markt hangt nauw samen met de marktafbakening. Immers, tijdens het proces van marktafbakening kan bepaald worden dat er niet slechts sprake is van één markt, maar dat er meerdere relevante productmarkten bestaan. Deze markten kunnen in een horizontaal, maar ook in een verticaal ('upstream / downstream') verband tot elkaar staan.<sup>79</sup> Met de aanduiding 'afgeleide markt' wordt in de context van deze dissertatie de markt bedoeld, die relevant is bij de marktafbakening, maar *niet* de hoofdmarkt is. Deze markt kan dus zowel in een horizontale als verticale relatie tot die hoofdmarkt staan. Het onderscheid tussen een hoofd- en een daarvan afgeleide markt is voor het onderwerp licentieweigering van belang, aangezien in de eerder besproken jurisprudentie over licentieweigering uitsluiting van de mededinging op een afgeleide markt een voorwaarde lijkt te zijn voor het aannemen van misbruik.<sup>80</sup> Zie bijvoorbeeld inzake *Magill* de onderverdeling tussen de markt voor de programmalijsten en de markt voor wekelijkse televisiegidsen: het feit dat de omroepen hun intellectueel eigendomsrecht op de ene markt gebruiken om de mededinging op de andere markt uit te sluiten, lijkt van grote invloed te zijn op het oordeel dat er sprake is van misbruik in de zin van artikel 82 EG.<sup>81</sup>

Een drietal essentiële vragen rijst met betrekking tot het onderwerp van de afgeleide markt. Ten eerste de – meer algemene – vraag wanneer een aparte hoofd- en afgeleide markt kunnen worden onderscheiden, ten tweede in hoeverre een machtspositie op de afgeleide markt aangenomen kan worden indien er op de hoofdmarkt wèl ruime concurrentie plaatsvindt en ten derde welke rol het bezit en/of de exploitatie van intellectueel eigendom hierbij speelt. Op de vraag in hoeverre het bestaan van een afgeleide markt een essentiële voorwaarde is voor het aannemen van misbruik van machtspositie, gaan we in § 5.4 verder in.

<sup>79</sup> Zie bijvoorbeeld GEA 6-10-1994, zaak nr. T-83/91, *Jur.* 1994, p. II-755 (*Tetra Pak II*), waar vier verschillende markten worden onderscheiden: de markt voor machines bestemd voor het gesteriliseerd verpakken van producten, de markt voor machines voor het niet-gesteriliseerd verpakken van producten, de markt voor verpakkingskartons geschikt voor gesteriliseerde producten en de markt voor verpakkingskartons niet geschikt voor gesteriliseerde producten. De markten voor de machines staan in een verticale relatie tot de markten voor de kartons: deze laatste liggen lager in het productieproces en Tetra Pak verdedigde dan ook het standpunt dat het hier eigenlijk één markt betrof (zie ook § 79-85 van het arrest). De markten voor de verpakkingsprocessen zijn horizontaal gerelateerd daar zijn zich in dezelfde fase van het productieproces bevinden – ook hier kan gesteld worden dat het in wezen één markt betreft voor verpakkingsmachines (zie ook het verweer van Tetra Pak, § 45 – § 54).

<sup>80</sup> De onderverdeling in een hoofd- en afgeleide markt is terug te vinden in alle in het voorgaande hoofdstuk behandelde jurisprudentie. Vgl. O'Donoghue & Padilla 2006, p. 435-440; Hull & Strowel 2004, p. 494-495; Houdijk 2005, p. 26; Conde Gallego 2006, p. 18-19. Zie voorts § 1.2.6 van deze dissertatie.

<sup>81</sup> HvJEG 6-4-1995, Radio Telefis Eireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*), § 56.

De Europese Commissie leek een ambivalente benadering te hanteren ten aanzien van de wijze waarop en het stadium waarin de afbakening hoofdmarkt – afgeleide markt plaats dient te vinden. In haar Bekendmaking inzake de relevante markt geeft zij in paragraaf 56 duidelijk aan dat het onderscheiden van verschillende markten een vraag van marktafbakening is, en ook dienovereenkomstig beoordeeld dient te worden.<sup>82</sup> Dat wil zeggen: indien de consument op korte termijn reageert op prijsveranderingen van het product dan zijn er voldoende substituten en is er dus geen sprake van twee (of meer) verschillende markten.

In een tweetal beschikkingen en in het 25<sup>e</sup> Mededingingsverslag noemde de Commissie voorts een aantal criteria die zij gebruikt om te bepalen of er sprake is van een *machtspositie* op een afgeleide markt.<sup>83</sup> Doordat deze criteria inhoudelijk toch weer sterk leken op een marktafbakeningstoets was niet helder in welk stadium de Commissie het onderscheid tussen een hoofd- en een afgeleide markt aan de orde wilde stellen; tijdens de marktafbakening of bij het bepalen van de positie van de onderneming op die markt.

In haar Discussion Paper aangaande de toepassing van artikel 82 op misbruik door uitsluiting van concurrenten geeft de Commissie duidelijker aan dat het onderscheiden van een hoofd- en afgeleide markt thuishoort in het stadium van marktafbakening.<sup>84</sup> Dit is ons inziens een correcte benadering, daar het bestaan van een aparte hoofd- en afgeleide markt afhankelijk is van de opties van de consument en niet zozeer van de concurrentievoorwaarden waaronder de onderneming in kwestie opereert. In haar Discussion Paper geeft de Commissie aan dat de marktafbakening wordt gebaseerd op de opties die de consumenten op de afgeleide markt hebben. Deze consumenten zijn dus al in het bezit van het primaire product dat op de hoofdmarkt verkocht wordt.<sup>85</sup> De Commissie noemt twee gevallen waarin *geen* aparte afgeleide productmarkt wordt onderscheiden: ten eerste indien consumenten de mogelijkheid hebben over te schakelen op een product van een andere aanbieder op de afgeleide markt, en ten tweede indien het voor de consument mogelijk is zonder hoge omschakelingskosten het primaire product van een andere aanbieder te betrekken.<sup>86</sup> De hoogte van deze omschakelingskosten wordt bepaald door de opbrengsten van de verkoop van het primaire product in relatie tot de prijs

82 Bekendmaking inzake de relevante markt, § 56: 'Een enge marktdefinitie voor secundaire producten – zoals bijvoorbeeld onderdelen – kan nodig zijn wanneer er aanzienlijke verenigbaarheid is met het primaire product. Problemen om verenigbare secundaire producten te vinden, gecombineerd met hoge prijzen en een lange levensduur van de primaire producten, kan stijgingen van de relatieve prijs van secundaire producten winstgevend maken. Een andere marktbevestiging kan mogelijk zijn, wanneer aanzienlijke substitutie tussen secundaire producten mogelijk is of wanneer door de kenmerken van de primaire producten snelle en directe reacties van de consumenten op stijgingen van de relatieve prijs van de secundaire producten mogelijk zijn'.

83 *Info-Lab Ricob*, zaak nr. IV/36431, *EC Competition Policy Newsletter* 1999-1, p. 35; *XXVe Verslag over het Mededingingsbeleid 1995*, § 86 & § 87 (*Pelikan/Kyocera*). Zie ook § 1.2.6 van deze dissertatie.

84 DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, *supra*, § 243 – § 265.

85 *Idem*, § 247.

86 Discussion Paper, *supra*, § 248-249.



van andere primaire producten (omgekeerd evenredig: naarmate de verkoop van het primaire product meer opbrengt zijn de omschakelingskosten lager) of investeringen die noodzakelijk zijn voor een dergelijke omschakeling (trainingen, aanschaf nieuwe software en dergelijke).<sup>87</sup> Indien op basis van deze factoren geconcludeerd wordt dat de consument niet 'ingesloten' is op de markt voor het afgeleide product, vormen de markten één geheel.

Ondernemingen hebben naar alle waarschijnlijkheid een andere perceptie van dergelijke markten dan de consument: vaak zullen zij de diverse producten als een aaneengeschakeld productieproces beschouwen, waar op een gegeven productonderdeel winst gemaakt moet worden.<sup>88</sup> Gedacht kan worden aan printers en cartridges, spelconsoles en games, senseo-koffiezetapparaten en koffiepads, maar natuurlijk ook auto's en auto-onderdelen: voor de consument zijn dit afzonderlijke producten omdat hij ze (doorgaans) apart aanschaf, maar voor een onderneming kan het verhogen of verlagen van prijs van één van deze producten deel uitmaken van een bedrijfsstrategie.<sup>89</sup> In dit verband wordt ook de in § 2.2.2 genoemde 'package deal theory' in herinnering gebracht: de onderneming biedt een 'pakket' aan goederen en diensten aan, en niet een aantal afzonderlijke producten.

In essentie komen de bovengenoemde, door de Commissie uitgekozen, criteria voor het onderscheiden van een hoofd- en afgeleide markt net als bij een 'gewone' marktafbakening neer op het meten van substitueerbaarheid aan de vraagzijde: in hoeverre beschouwt de consument producten als uitwisselbaar? Als hij bij een prijsverhoging van cartridges een nieuwe printer koopt, dan heeft hij de mogelijkheid over te stappen naar het primaire product van een andere aanbieder, zoals de Commissie eist, en behoren deze producten tot dezelfde markt. Deze constatering leidt tot de conclusie dat een onverkorte toepassing op productmarkten waarin IE een belangrijke rol speelt, op dezelfde bezwaren stuit als eerder in § 4.2 genoemd werden. Als de koffiepads duurder worden, en het octrooi van Sara Lee verhindert het overstappen op andere koffiepads, is dat dan niet juist het de door de wetgever geaccepteerde uitsluitende effect van het octrooi?<sup>90</sup> En als de consument vervolgens vanwege deze prijsverhoging om wil schakelen naar een ander koffiezetapparaat, maar geen alternatief ziet voor een Senseo omdat die zo makkelijk is vanwege het gebruik van pads, is dat dan niet eveneens het directe gevolg van het octrooi? In dit opzicht verschillen de genoemde criteria dus niet van de eerder in dit hoofdstuk onderzochte wijzen van marktafbakening: ze houden geen rekening met de keuze van de wetgever voor een tijdelijke uitsluiting van de mededinging.

Wordt toch een onderscheid gemaakt tussen een hoofd- en een afgeleide markt, dan rijst de vraag in hoeverre denkbaar is dat een onderneming een machtspositie

87 Discussion Paper, *supra*, § 249.

88 Anderman 1998, p. 154 e.v..

89 Zie ook: O'Donoghue & Padilla 2006, p. 105-106.

90 Overigens is het octrooi op de koffiepads inmiddels door het Europees Octrooibureau nietig verklaard: beschikking Board of Appeal nr. T-0452/05, <http://legal.european-patent-office.org>.

inneemt op de afgeleide markt indien op de hoofdmarkt wèl veel concurrentie plaatsvindt. De jurisprudentie laat zien dat zelfs als de hoofdmarkt competitief is, een machtspositie op een afgeleide markt nog steeds aanwezig kan zijn.<sup>91</sup> De Commissie geeft in haar Discussion Paper aan dat het niettemin onwaarschijnlijker is dat de onderneming in kwestie een dominante positie inneemt op de afgeleide markt naarmate de concurrentie op de hoofdmarkt intensiever is.<sup>92</sup> Ook indien de prijzen op de afgeleide markt zeer hoog zijn, hoeft dit niet automatisch te betekenen dat er sprake is van een machtspositie.<sup>93</sup> Belangrijk aanknopingspunt voor het aannemen van een machtspositie op de afgeleide markt is het bestaan van toetredingsbarrières,<sup>94</sup> hetgeen volgens de Commissie met name aan de orde zal zijn in gevallen waarin er sprake is van intellectueel eigendom of geheime knowhow.<sup>95</sup> Op deze wijze legt de Commissie dus een direct verband tussen het juridische monopolie en de economische machtspositie. Daar de Commissie aangeeft dat, in tegenstelling tot bij de marktafbakening, het gedrag van consumenten op de *primaire* markt een rol kan spelen bij de beoordeling van de marktpositie van de onderneming,<sup>96</sup> acht zij de mate waarin de consument geïnformeerd is over de prijs van zowel het primaire als het secundaire product van aanzienlijk belang. Hoe beter de consument in staat is een weloverwogen beslissing te nemen over zijn aankoopgedrag, hoe minder makkelijk de onderneming in staat zal zijn de prijzen op de afgeleide markt te verhogen.<sup>97</sup>

Bishop & Walker benadrukken het belang van de rol van de consument op de primaire markt en stellen dat een dominante positie op een afgeleide markt sneller aangenomen zal kunnen worden wanneer het aantal 'nieuwe' consumenten klein is. Indien het werven van nieuwe klanten erg belangrijk is, bijvoorbeeld in opkomende markten, zal minder snel sprake zijn van een dominante positie.<sup>98</sup>

Wat valt af te leiden uit deze aanknopingspunten van de Commissie voor de beoordeling van hoofd- en afgeleide markten voor wat betreft de positie van de IE-rechthebbende? Zoals eerder vermeld kan de onderverdeling in twee markten consequenties hebben voor een eventueel misbruik: vooralsnog is het niet voorgekomen dat een IE-rechthebbende op *dezelfde* markt als waarop hij zelf actief was verplicht een licentie moest verlenen.<sup>99</sup>

91 *Volvo en Renault, supra; Hugin, HvJEG 31-5-1979, zaak nr. 22/78, Jur. 1979, p. 1869; Hilti, supra; Tetra Pak II, supra.*

92 Discussion Paper, *supra*, § 260.

93 Discussion Paper, *supra*, § 259.

94 Het bestaan van toetredingsbarrières is ook in algemene zin een belangrijke factor bij het aannemen van een machtspositie: zie § 1.3.5 van deze dissertatie.

95 Discussion Paper, *supra*, § 252.

96 Discussion Paper, *supra*, § 254.

97 Discussion Paper, *supra*, § 257. Zie aangaande de machtspositie op afgeleide markten ook Albrecht Wendenburg, *Marktmacht auf Sekundärmarkten*, Köln: Carl Heymans Verlag 2004.

98 Bishop & Walker 2002, § 6.48 – § 6.49.

99 Niettemin kan inzake *IMS Health* betoogd worden dat, indien de nationale rechter zou besluiten dat er voldaan is aan de criteria voor een dwanglicentie, NDC op dezelfde *bestaande* markt actief gaat worden als *IMS Health* zelf.

Opmerkelijk is, dat in de jurisprudentie aangaande licentieweigering de machtspositie van de IE-rechthebbende niet altijd bestond op de afgeleide markt, maar soms ook op de hoofdmarkt.

Als we kijken naar de marktafbakening in de geanalyseerde jurisprudentie inzake licentieweigering, dan valt op dat deze inconsistentie vertoont als het gaat om de positie van de ondernemingen op de hoofd- en afgeleide markt. In *Magill* waren de omroepen actief op de hoofdmarkt, maar niet op de afgeleide markt, die immers bestond uit de markt voor wekelijkse televisiegidsen.<sup>100</sup> In *Volvo* en *Renault* kwam de marktafbakening in mindere mate aan de orde, maar we mogen aannemen dat de markt voor de verkoop van auto's als hoofdmarkt beschouwd kan worden, terwijl de markt voor carrosserieonderdelen de afgeleide markt is.<sup>101</sup> De autofabrikanten waren op beide markten aanwezig, waarbij ze op de afgeleide markt de sterkste positie innamen. In *IMS Health* was IMS aanwezig op eveneens de hoofdmarkt (de hypothetische markt voor toegang tot de brick structure) en op de afgeleide markt. In *Microsoft* worden meerdere markten onderscheiden, waarbij de onderneming op alle markten actief is.<sup>102</sup> *Tiercé Ladbroke* is het enige voorbeeld waarbij geen activiteit op de hoofdmarkt plaatsvond, doch louter op de afgeleide markt.<sup>103</sup> In alle genoemde gevallen is de mededingingsrechtelijk verwerpelijke gedraging het aanwenden van invloed op de ene markt om de mededinging op de andere markt in ernstige mate te beperken. Toch zijn niet alle gevallen eender. De situatie in *Magill* is een belangrijke uitzondering: de ondernemingen waren daar zelf niet actief op de afgeleide markt en ondernamen ook geen pogingen deze markt te betreden. De gedragingen in *Volvo* en *Microsoft* vallen te herleiden tot een zekere vorm van koppelverkoop: men gebruikt een bepaalde strategie om markten met elkaar in verbinding te stellen met als doel het vergroten van marktaandeel op deze markten.<sup>104</sup> In beginsel is in *IMS Health* ook sprake van een dergelijke gedraging, maar daar is men zoals gezegd bij de marktdefinitie uitgegaan van een hypothetische markt.

In alle genoemde gevallen werd niettemin een machtspositie aangenomen. Daar een machtspositie alleen aangenomen kan worden op de relevante (product)markt,<sup>105</sup> leidt het bovenstaande tot de veronderstelling dat de relevante markt niet altijd de afgeleide markt hoeft te zijn, maar ook de hoofdmarkt kan zijn. Doorgaans zal dit de markt zijn waarop het beweerdelijk misbruik plaatsvindt. In gevallen van licentien- en leveringsweigering zal dit de markt zijn waarvoor toegang gevraagd wordt.<sup>106</sup>

<sup>100</sup> Zie ook § 2.3.2.

<sup>101</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 364; Anderman 1998, p. 160-165; Govaere 1996, § 8.15 – § 8.24.

<sup>102</sup> Zie ook § 2.6.2.

<sup>103</sup> Zie ook § 2.4.2.

<sup>104</sup> Inzake *Microsoft* wordt bedoeld op de strategie die de onderneming gebruikte om door te dringen op de markt voor netwerkbesturingssystemen (zie § 5.3.1.2.2 van de beschikking van de Commissie van 24-3-2004), en niet op de verkoop van de mediaplayer tezamen met het besturingssysteem Windows. Dit laatste kan eerder opgevat worden als een vorm van 'bundling': Eilmansberger 2005, p. 154.

<sup>105</sup> HvJEG 21-2-1973, *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. vs. Commission*, zaak nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Continental Can*); DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, *supra*, § 22.

<sup>106</sup> Welbeschouwd blijkt uit deze constatering reeds dat het vrijwel onmogelijk is de elementen van artikel 82 EG als onafhankelijk van elkaar te beschouwen: de aanleiding voor een onderzoek naar misbruik is immers een gedraging die wellicht als zodanig beschouwd kan worden; deze gedraging wordt vervolgens als uitgangspunt genomen voor het onderzoek naar de machtspositie. Zie ook Jones & Sufrin 2004, p. 255-256.

Betreft dit een markt waarop consumenten actief zijn, zoals het geval was in onder meer *Volvo*, *Renault*, *Hugin* en *Microsoft*, dan kan het onderzoek naar de machtspositie en de daarmee gepaard gaande marktafbakening gebaseerd worden op de substitueerbaarheid aan de vraagzijde. Worden tijdens dit proces een hoofd- en een afgeleide markt onderscheiden, dan stuit deze afbakening als het gaat om intellectueel eigendom op dezelfde bezwaren die eerder genoemd werden: het concept substitueerbaarheid aan de vraagzijde lijkt vooralsnog niet verenigbaar met de ratio van het intellectueel eigendomsrecht, namelijk de bewuste en tijdelijke uitsluiting van substituten door namaak van het beschermde object.<sup>107</sup> Waar de Commissie bovendien IE-rechten aanmerkt als toetredingsbarrières, lijkt de stap naar een vereenzelviging van het exclusieve recht met een machtspositie in economische zin klein.

Een andere situatie doet zich voor, indien een markt onderscheiden moet worden waarop niet de consument, maar de concurrent of afnemer actief is – de zogenaamde upstream markt.

#### § 4.3.2 Up- en downstream markt

Als we kijken naar de problematiek inzake licentieweigering wordt duidelijk dat er een onderscheid is tussen hetgeen door de Commissie beschreven wordt als 'aftermarket' of 'secondary market' en wat men noemt een up- en downstream markt – een 'upstream' markt ligt veelal hoger in het productieproces en de kans dat de consument op een dergelijke markt actief is lijkt in mindere mate aanwezig. De – op de reguliere instrumenten van marktafbakening gebaseerde – toets die de Commissie voorstelt om te bepalen of er sprake is van een hoofd- en een afgeleide markt lijkt daarom niet onverkort van toepassing op producten en diensten die in een verticale relatie tot elkaar staan.<sup>108</sup> Immers, de substitueerbaarheid aan de vraagzijde is gebaseerd op de producten die de *consument* als onderling verwisselbaar beschouwt.<sup>109</sup> De vraag rijst derhalve hoe deze markten gedefinieerd moeten worden, wat daarvan de gevolgen zijn voor de IE-rechthebbende en ten slotte wat de consequenties zijn van het definiëren van een upstream markt voor toegang tot het exclusieve recht, zoals dat in *IMS Health* gebeurde.<sup>110</sup>

Naar aanleiding van de jurisprudentie van het HvJEG waarin up- en downstream markten worden onderscheiden, mag de conclusie worden getrokken dat ook in markten waarop de consument niet als zodanig actief is, de omvang van de relevante productmarkt wordt vastgesteld op basis van substitueerbaarheid aan de vraagzijde. Deze vraag betreft dan echter niet de vraag vanuit de consument, maar

<sup>107</sup> *Supra*, § 4.2.4.

<sup>108</sup> DG Competition Discussion Paper, *supra*, § 247 – § 250.

<sup>109</sup> Bekendmaking van de Commissie inzake de relevante markt, *PbEG* 1997 C372/5, § 7.

<sup>110</sup> *IMS Health*, *supra*, § 44.

de vraag aan afnemerszijde. Dat gekozen is voor substitueerbaarheid aan afnemerszijde blijkt voor het eerst duidelijk uit het arrest *Hugin*:

*'Ofschoon er op het niveau van de gebruikers stellig een markt voor onderhoud en reparatie bestaat die zich onderscheidt van de markt van nieuwe kassaregisters, gaat het daarbij in wezen om een dienstenmarkt en niet om een verkoopmarkt van een product, zoals reserveonderdelen, waarop de in de beschikking van de Commissie gewraakte leveringsweigering betrekking heeft. Wel bestaat er een afzonderlijke markt voor Hugin-onderdelen op een ander niveau, te weten dat van de onafhankelijke ondernemingen die zijn gespecialiseerd in onderhoud en reparatie van de van kasregisters (...). Deze ondernemingen treden op de markt op als vragers van onderdelen voor hun verschillende activiteiten.'* (onderstreping toegevoegd)<sup>111</sup>

Ook uit de rechtspraak inzake *Commercial Solvents* en *IMS Health* blijkt dat de alternatieven die er voor de afnemer bestaan de meeste aanknopingspunten bieden voor het onderscheiden van een aparte upstream markt.<sup>112</sup> Het HvJEG oordeelde in deze arresten dat het ontbreken van alternatieven respectievelijk de onontbeerlijkheid van het gevraagde product / de gevraagde dienst ertoe leidde dat een aparte upstream markt moest worden onderscheiden.<sup>113</sup> Met de vraag van de consumenten werd geen rekening gehouden – het eindproduct verschilt in beide gevallen immers niet, of het nu door de ene of door de andere onderneming geproduceerd wordt, maakt voor de consument geen verschil.<sup>114</sup> Bij het identificeren van een upstream markt telt derhalve de mate waarin producten of diensten uitwisselbaar zijn voor de afnemer.<sup>115</sup> Niet onaannemelijk lijkt, dat er voor de afnemer per definitie minder alternatieven zijn dan voor de consument, aangezien er met het in de upstream markt verkregen product nog een eindproduct gefabriceerd dient te worden. De keuzevrijheid van de afnemer zal om deze reden beperkt worden. Bijvoorbeeld: een verkoper van mobiele telefoons en bijbehorende abonnementen die netwerkruimte in moet kopen bij netwerkproviders heeft logischerwijs minder keuzemogelijkheden dan de consument van het eindproduct – deze beschikt over de alternatieven van (bijvoorbeeld) de vaste telefoonlijn en telefoneren via de pc. De verkoper daarentegen zal een ander product op de markt moeten zetten wil zijn vraag veranderen, hetgeen leidt tot een hogere barrière en derhalve minder substitueerbaarheid aan afnemerszijde. Het meten van de substitueerbaarheid aan afnemerszijde zal daarom een nauwe marktdefinitie met zich meebrengen.

<sup>111</sup> HvJEG 31-5-1979, zaak nr. 22/78, *Jur.* 1379, p. 1869 (*Hugin*), § 6-7.

<sup>112</sup> In *Commercial Solvents* was dat de markt voor aminobutanol en in *IMS Health* de markt voor de toegang tot het IE-recht.

<sup>113</sup> *Commercial Solvents*, *supra*, § 15-16; *IMS Health*, *supra*, § 44.

<sup>114</sup> Dat neemt uiteraard niet weg dat de consument eventueel baat heeft bij de aanwezigheid van meerdere ondernemingen op de markt (zie ook Drexel 2004, p. 802); de consument speelt alleen geen rol bij de marktafbakening.

<sup>115</sup> Vgl. Drexel 2004, p. 802.

Toch heeft deze nauwe marktafbakening voor upstream markten in de beginjaren van het Europees mededingingsrecht niet tot enorme botsingen met het intellectueel eigendomsrecht geleid. Intellectueel eigendom *zelf* vormde zelden de grondstof voor een product lager in het productieproces, aangezien er voor het recht doorgaans voldoende alternatieven waren.<sup>116</sup> En bij het ontbreken van alternatieven had het betreffende IE-recht daar intern wel een oplossing voor.

Het octrooirecht, dat het idee zelf beschermt en daarom het gebruik van datzelfde idee kan verhinderen, beperkt bijvoorbeeld de exclusieve werking doordat het een korte looptijd heeft en de mogelijkheid van een dwanglicentie kent. Bovendien stimuleert het de totstandkoming van nieuwe voortbrengselen doordat het octrooi verplicht wordt gepubliceerd.

De groei van de informatiemaatschappij heeft echter ontwikkelingen met zich meegebracht die een sterk mededingingsbeperkend effect kunnen hebben, in die zin dat er voor markspelers en producenten steeds minder alternatieven beschikbaar zijn voor een bepaald product of een bepaalde dienst. Twee factoren zijn hierbij met name van invloed geweest.

Ten eerste heeft het auteursrecht zich ontwikkeld op een wijze waardoor, veel vaker dan vroeger, ook dit recht de toegang tot 'grondstof-informatie' kan beletten. Het betreft een uitbreiding van de bescherming van intellectueel eigendom naar objecten met een inhoud die vroeger veeleer als feitelijk of functioneel in het publieke domein zou zijn ondergebracht. Thans heeft de juridische bescherming ertoe geleid dat de toegang tot de grondstof van deze producten, feitelijke dan wel functionele informatie, moeilijker is geworden. Tegelijkertijd is de uitwisselbaarheid van deze producten vanuit het oogpunt van de consument afgenomen: de wekelijkse televisieprogrammagegevens zijn niet te vervangen door bijvoorbeeld radioprogrammagegevens, terwijl voor de gemiddelde consument geldt dat in plaats van de nieuwste roman van Harry Mulisch best een boek van Saskia Noort aangeschaft kan worden.<sup>117</sup> Door deze beperktere substitueerbaarheid aan consumentzijde is de afhankelijkheid van producenten van de inhoud van deze informatieproducten enerzijds toegenomen, terwijl anderzijds de mogelijkheden tot toegang als gevolg van de bescherming van het exclusieve recht zijn gereduceerd. In samenhang met het gegeven dat uitgerekend bij deze nieuwe beschermingsvormen de uitzonderingen op het exclusieve recht beperkt zijn,<sup>118</sup> zowel voor consumenten als voor producenten, leidt dit ertoe dat concurrenten verhoogd afhankelijk zijn van de door IE beschermde producten. Deze afhankelijkheid leidt tot het ontbreken van alternatieven voor deze groep producenten, hetgeen in mededingings-

<sup>116</sup> Stothers 2004, p. 47; Eilmansberger 2005, p. 163. Met name op het gebied van het auteursrecht had men voorafgaand aan het ontstaan van de bescherming voor software en gegevensverzamelingen in het productiestadium voldoende keus. Zie ook: Ullrich 2001, p. 367-371.

<sup>117</sup> Zie ook Quaadvlieg 2003, p. 148.

<sup>118</sup> Denk (o.m.) aan de beperkte gebruikersexcepties in het databankenrecht en de zeer begrensde uitzondering van reverse engineering in de softwarebescherming.

rechtelijke context een nauwe marktdefinitie en naar alle waarschijnlijkheid een machtspositie voor de IE-rechthebbende ten gevolge heeft.

Ten tweede zijn standaarden en compatibiliteit van producten een steeds grotere rol gaan spelen op markten voor informatietechnologie. In deze markten is het voor ondernemingen essentieel dat zij hun producten af kunnen stemmen op producten of netwerken van andere aanbieders. Voorbeelden zijn onder andere de markt voor mobiele telefonie, computergames, mp3-spelers en computer hard- en software.<sup>119</sup> Vertaald naar het mededingingsrecht en in de context van verticale markten betekent dit minder substitueerbaarheid aan afnemerszijde en derhalve een nauwe marktdefinitie.<sup>120</sup> Daar intellectueel eigendom een belangrijke rol speelt in dergelijke markten, en in combinatie met hierboven geschetste uitbreiding van bescherming, ontstaat de mogelijkheid dat intellectueel eigendom wèl een essentiële grondstof gaat vormen voor een product in een ander stadium van het productieproces.<sup>121</sup> Indien dat het geval is, lijkt bij toepassing van de mededingingsregels een machtspositie voor de IE-rechthebbende op de hoger gelegen markt bijna onafwendbaar.

Wordt bovendien de productmarkt zo gedefinieerd dat er een *hypothetische* markt wordt benoemd voor de toegang tot het exclusieve recht, dan is de rechthebbende natuurlijk automatisch dominant. Eerder is geconstateerd dat de markt waarvoor toegang wordt gevraagd vaak wordt beschouwd als de relevante markt,<sup>122</sup> waardoor het vaststellen van een hypothetische markt voor de toegang tot het recht leidt tot een monopoliepositie voor de rechthebbende. De rechthebbende kan zich met betrekking tot de toegang tot het exclusieve recht immers onafhankelijk van haar afnemers en concurrenten gedragen.<sup>123</sup> De mogelijkheid van het vaststellen van een hypothetische productmarkt, die zoals eerder vermeld in *IMS Health* werd bevestigd,<sup>124</sup> wekt verbazing: een machtspositie kan immers volgens eerdere jurisprudentie van het HvJEG slechts bestaan op een daadwerkelijke markt, en niet in abstracto.<sup>125</sup> Indien de mogelijkheid van het bestaan van een machtspositie op

119 Voor een uitgebreide opsomming van 'new economy' markten, een beschrijving van hun karakteristieken en de relatie met het mededingingsrecht zie R.Lind & P. Muysert, 'Innovation and competition policy: challenges for the new millennium', *ECLR* 2003, p. 87-92; C. Ahlborn, D. Evans & A. Padilla, 'Competition policy in the new economy: is European Competition Law up for the challenge?', *ECLR* 2001, p. 156-167; J. Temple Lang 1996; Ahlborn e.a., 'DG Comp's discussion paper on article 82: Implications of the proposed framework and antitrust rules for dynamically competitive industries', [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article\\_82\\_contributions.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article_82_contributions.html). Zie voorts § 4.4 van deze dissertatie.

120 Zoals bijvoorbeeld het geval was in *IMS Health*.

121 Dit was het geval in *IMS Health* en *Microsoft*.

122 *Supra*, § 4.3.1.

123 Zie in § 1.2.1 de definitie van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG.

124 *IMS Health*, *supra*, § 44.

125 HvJEG 21-2-1973, *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. vs. Commission*, HvJEG 21-2-1973, zaak nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Continental Can*); DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, *supra*, § 22. Zie ook Hatzopoulos 2004, p. 1627-1630. Anders: Drexel 2004, p. 799.

een abstracte productmarkt opengesteld wordt, kan een juridisch monopolie zoals dat door de wetgever door middel van het intellectueel eigendomsrecht verstrekt wordt, direct overgaan in een economisch monopolie op grond van het mededingingsrecht. De relevante markt wordt dan als het ware vastgesteld op de innovatie zelf.<sup>126</sup> Dit is een bijzonder onwenselijke ontwikkeling, daar met deze markt-afbakening *ieder* intellectueel eigendomsrecht een machtspositie voor de rechthebbende creëert: voor elk IE-recht bestaat immers een hypothetische markt voor toegang tot het recht.<sup>127</sup> Het juridisch exclusief recht wordt op deze wijze gelijkgesteld aan een economisch monopolie.

Voorgesteld wordt, dat een betere oplossing voor het probleem van de marktafbakening in een verticale context zou zijn te toetsen aan het bestaan van alternatieven voor de *afnemer*, zoals aan de orde in *Bronner*.<sup>128</sup> Dit is weliswaar een vorm van het meten van substitueerbaarheid aan de vraagzijde, met de bijbehorende valkuilen als het gaat om intellectueel eigendom,<sup>129</sup> maar het levert een beter resultaat dan het louter onderscheiden van verschillende productiestadia zoals dat gebeurt in *IMS Health*.<sup>130</sup> Dan vormen immers *alle* producten of diensten waarop een IE-recht rust een downstream markt.<sup>131</sup> Bovendien lijkt het Hof in *IMS Health* een cirkelredenering toe te passen: de onontbeerlijkheid die wordt gebruikt voor het afbakenen van de relevante markt<sup>132</sup> is tevens een voorwaarde voor misbruik. Als de markt op een dergelijke wijze wordt afgebakend, is het misbruik welhaast gegeven.<sup>133</sup>

Ondanks dat het meten van de vraag aan afnemerszijde resulteert in een nauwe marktafbakening, lijkt onderzoek naar alternatieve input voor de afnemer daarom de minst schadelijke methode van marktafbakening als het gaat om verticale verhoudingen in het productieproces. Bovendien sluit het aan bij de ratio van het IE-systeem: de substitueerbaarheid aan de vraagzijde op het niveau van de consument wordt tot op zekere hoogte opzettelijk verminderd dan wel uitgesloten,<sup>134</sup> maar op het niveau van de afnemer/concurrent beoogt het systeem van de intellectuele eigendom geen totale uitsluiting van alternatieven. Er mag niet aan de intellectueel

126 Houdijk 2005, p. 26.

127 Geradin 2004, p. 1530.

128 HvJEG 26-11-1998, zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*), § 41-44. Aangevoerd wordt, dat het gebruik van dit criterium in *Bronner*, waar het op het onontbeerlijkheidsvraagstuk ziet, daar niet helemaal op haar plaats is en dat het onderzoek naar *reële* alternatieven beter plaats kan vinden in het stadium van marktafbakening. Zie ook Hancher & Lugard 1998, p. 330.

129 Voor een overzicht van de problemen bij het toepassen van de standaard marktafbakeningsinstrumenten op gevallen waarin IE een belangrijke rol speelt, zie *supra* § 4.2.

130 *IMS Health, supra*, § 44. Zie ook Le Brun 2004, p. 86-87.

131 Houdijk 2005, p. 26.

132 *IMS Health, supra*, § 45: 'Derhalve is het doorslaggevend dat twee verschillende productiestadia kunnen worden aangewezen die verbonden zijn doordat het product in het eerdere stadium een onontbeerlijk element is voor de levering van het product in het latere stadium'.

133 Zie ook Anderman 2002, p. 291.

134 Zie ook § 4.2.4.



eigendom van de rechthebbende ontleend worden, en de intellectueel eigendom mag niet op dezelfde wijze toegepast worden, maar het systeem beoogt niet te voorkomen dat concurrenten *andere* input gebruiken of een *andere* oplossing vinden voor hetzelfde probleem. Zij hebben geen toegang tot de intellectuele eigendom en mogen geen inbreuk daarop maken, maar buiten dat heeft de wetgever niet de intentie gehad alternatieven uit te sluiten.<sup>135</sup> Een marktafbakeningstoets die gebaseerd is op het bestaan van alternatieven voor de afnemer lijkt daarom een plausible manier om te bepalen wat de relevante productmarkt is. Wel mogen aan het bestaan van deze alternatieven ons inziens enige eisen worden gesteld. Zoals het HvJEG in *Bronner* ook aangeeft, is het zeker niet nodig dat het perfecte substituten betreft.<sup>136</sup>

#### § 4.3.3 Tussenconclusie

In § 4.2 hebben we gezien dat er een frictie bestaat tussen de positie die de IE-rechthebbende op grond van zijn exclusieve recht bekleedt en de methoden voor marktafbakening die door het Europees mededingingsrecht gehanteerd worden. Die frictie bestaat daarin, dat precies de mededingingsbeperking die door de wetgever wordt geaccepteerd als gevolg van het verbodsrecht, namelijk de uitsluiting van substituten, de aanleiding is voor een nauwe definitie van de relevante markt. In § 4.3 hebben we ons geconcentreerd op het verschijnsel van de afgeleide markt en de relatie met het bezit en de exploitatie van intellectueel eigendom. Een marktafbakening die is gebaseerd op de vraag van de *afnemer/concurrent* in plaats van op die van de consument in gevallen waarin intellectueel eigendom de essentiële grondstof is voor een productieproces lijkt meer recht te doen aan de ratio van het IE-systeem. Dit reduceert tot op zekere hoogte de frictie: het systeem van intellectueel eigendom beoogt immers niet te voorkomen dat alle alternatieven voor concurrenten worden afgesloten. Bovendien is de afnemer in gevallen van licentieweigering de vrager, en ligt het om die reden voor de hand dat de markt wordt afgebakend aan de hand van de voor hem aanwezige substituten. Niettemin blijft een zekere frictie bestaan, enerzijds omdat de keuze voor afnemers per definitie meer beperkt is omdat er nog een eindproduct gemaakt moet worden, en anderzijds omdat de ontwikkelingen die de informatiemaatschappij met zich heeft meegebracht vrijwel automatisch ten gevolge lijken te hebben dat de markt zo nauw afgebakend wordt, dat zelfs een hypothetische markt voor toegang tot het exclusieve recht vastgesteld kan worden. Het vermoeden bestaat dat er in gevallen waarin het bezit of de exploitatie van intellectueel eigendom een belangrijke rol speelt, wellicht beter gekozen kan worden voor een marktafbakening vanuit een ander perspectief. Vooraleer we verder daarop ingaan, wordt eerst de ontwikkeling

<sup>135</sup> Zie ook: Drexel 2004, p. 805-806.

<sup>136</sup> *Bronner, supra*, § 43. In deze overweging geeft het HvJEG aan, dat verkoop in winkels en bezorging per post als alternatief beschouwd konden worden voor het thuisbezorgingssysteem van Mediaprint, ook al waren deze alternatieven minder gunstig.

van de mededinging in de kenniseconomie geschetst. Er zal blijken, dat deze ontwikkeling heeft geleid tot gelijksoortige problemen bij het hanteren van de mededingingsrechtelijke marktafbakeningsinstrumenten, hetgeen noopt tot een onderzoek naar een gelijksoortige oplossing.

#### § 4.4 Mededinging in de informatie-economie

Aan het eind van de vorige eeuw vonden ingrijpende veranderingen plaats op het gebied van de economische ordening. Niet langer zijn de verwerking van grondstoffen en de productie van goederen de spil van een goed functionerende economie, maar veel meer het ontwikkelen, toepassen en verspreiden van kennis.<sup>137</sup> Informatie is de belangrijkste pijler van deze kenniseconomie. De verwerking en verspreiding van informatie heeft dan ook sterk aan economisch belang gewonnen. Ontwikkelingen op het gebied van de toepassing van informatie en de informatietechnologie hebben geleid tot een ingrijpende verandering van de aard van markten waarop ondernemingen concurreren: in plaats van markten waarop de productie en verdeling van goederen centraal staat, opereren veel ondernemingen op markten waar juist innovatie en de ontwikkeling van nieuwe producten het voorwerp van concurrentie is.

In de voorgaande paragrafen is reeds aangestipt dat mutaties binnen het systeem van de intellectuele eigendom en veranderde producteisen nauw samenhangen met deze ontwikkelingen.<sup>138</sup> In de nieuwe concurrentieomgeving speelt intellectueel eigendom een bijzondere rol: door de dynamische kenmerken van veel markten in de kenniseconomie<sup>139</sup> en het essentiële belang van intellectueel eigendom voor product- en procesinnovatie zijn het bezit en de verwerving van IE belangrijke factoren geworden in veel bedrijfsstrategieën.<sup>140</sup> Daarnaast stellen de kenniseconomie en deze nieuwe wijze van concurreren andere eisen aan de toepassing van het mededingingsrecht.

Bovengenoemde ontwikkelingen maken zinvol te analyseren of en zo ja, in hoeverre, de relatie tussen IE en het begrip machtspositie in de zin van artikel 82 EG is veranderd. Speciale aandacht gaat uit naar rol die *de facto* standaarden en netwerk-effecten hierbij spelen.

137 Teece & Coleman 1998, p. 811 e.v. In de economische wetenschap wordt kennis gezien als een nieuwe productiefactor naast arbeid, natuur en kapitaal.

138 Zie § 4.3.2.

139 De termen 'kenniseconomie' en 'informatie-economie' worden hier door elkaar gebruikt en kunnen in de context van deze dissertatie als uitwisselbaar worden beschouwd.

140 Zie voor een schets van de situatie in Nederland *Intellectueel eigendom en innovatie. Over de rol van intellectueel eigendom in de Nederlandse kenniseconomie*, Den Haag: Ministerie van Economische zaken 2001.

#### § 4.4.1 Markten in de informatie-economie: kenmerken

In de kenniseconomie spelen snel opeenvolgende technologische veranderingen en productinnovatie een centrale rol. De literatuur onderscheidt diverse karakteristieken van markten in de nieuwe economie: korte levensloop en technische complexiteit van producten, standaardisatie, een verhoogde behoefte aan compatibiliteit en interoperabiliteit van producten<sup>141</sup> en het ontstaan van netwerkeffecten.<sup>142</sup>

De term ‘netwerkeffecten’ wordt gebruikt om het verschijnsel aan te duiden waarbij een product meer waarde heeft naarmate meer mensen er gebruik van maken. Bij informatieproducten zoals bijvoorbeeld besturingssystemen, chatprogramma’s en internet betalingssystemen staat het nut van het product direct in verband met het aantal gebruikers. Hoe meer mensen gebruik maken van een bepaald systeem, bijvoorbeeld voor tekstverwerking, hoe praktischer: teksten hoeven niet langer omgezet te worden naar een ander tekstverwerkingsprogramma (met alle mogelijke problemen van dien). Bij ‘gewone’ producten geldt dit in veel mindere mate: degene die een Mars chocoladereep eet, heeft er geen belang bij dat iemand anders ook Mars repen eet.<sup>143</sup>

Bedrijfstakingen waarin markten bovengenoemde karakteristieken vertonen zijn onder meer de biotechnologie, de farmaceutische industrie en de ICT-sector.<sup>144</sup> De concurrentie op markten in de nieuwe economie kenmerkt zich doordat deze veelal plaatsvindt *voor* de markt, dat wil zeggen dat ondernemingen elkaar bestrijden op het terrein van product- en procesinnovatie. De onderneming die bij deze strijd wint, verovert vervolgens het leeuwendeel van de (nieuwe) markt. In tegenstelling tot de concurrentiestrijd *op* de markt, die meestal draait om de prijs, staat bij concurrentie in de nieuwe economie innovatie centraal.

Een voorbeeld: de concurrentiestrijd verschuift van prijzen op de markt voor cd-spelers naar het bedenken van een muzikspeler die zo nieuw is dat niemand meer cd-spelers wil (bijvoorbeeld een mp3 speler). Of: in plaats van (prijs)concurrentie op de markt voor mobiele telefoons, wordt er geconcurrereerd om de markt voor het nieuwe product; bijvoorbeeld een product zoals de Blackberry dat onder meer de functies van telefoon en e-mail combineert en daardoor wellicht de consument in groten getale doet overstappen.<sup>145</sup>

<sup>141</sup> Rahnasto ziet deze verhoogde behoefte aan compatibiliteit en interoperabiliteit als een uitvloeisel van een verandering in de productie en distributie van nieuwe uitvindingen en werken: deze ontwikkeling beschrijft hij als de verschuiving van een ‘serial model of innovation’ naar een ‘simultaneous model of innovation’. In dit tweede model is een nieuwe, essentiële, rol weggelegd voor intellectueel eigendom. Rahnasto 2003, § 1.08 – § 1.13.

<sup>142</sup> Zie voor een uitgebreide beschrijving van diverse karakteristieken van de zogenaamde ‘high-technology’- markten Temple Lang 1996.

<sup>143</sup> Zie voorts over netwerkeffecten en economische theorie Rahnasto 2003, § 3.19 – § 3.43 en Koelman 2003, p. 196-201.

<sup>144</sup> Zie voor een uitgebreide beschrijving van diverse markten in de nieuwe economie die onderwerp waren van een mededingingsconflict Lind e.a., ‘Innovation and Competition Policy: Part II – case studies’, [www.ofi.gov.uk/news/publications](http://www.ofi.gov.uk/news/publications) (report prepared for the Office of Fair Trading).

<sup>145</sup> Zie ook: Ahlborn, Evans en Padilla 2001, p. 160-161.

Dit concurrentieproces wordt ook wel *dynamische concurrentie* genoemd, en werd uitgebreid geanalyseerd door Joseph Schumpeter in zijn beroemde werk 'capitalism, socialism and democracy' uit 1942.<sup>146</sup> Het type concurrentie wordt dynamisch genoemd omdat vernieuwing ten gevolge van product- en procesinnovatie centraal staat. De tegenhanger van dynamische concurrentie is statische concurrentie. Bij statische concurrentie wordt veelal op prijs geconcurrerd, bij dynamische concurrentie op productvoorsprong.<sup>147</sup> Indien een onderneming erin slaagt binnen een dynamische omgeving de concurrentieslag te winnen verkrijgt zij daarbij een grote mate van zelfbeschikking in de (nieuw ontstane) markt. Deze positie zal niettemin voortdurend onderhevig zijn aan de druk die uitgaat van de ondernemingen die door innovatie proberen de markt over te nemen dan wel een nieuwe markt te creëren.<sup>148</sup> Als de leider in de markt zelf niet innoveert, zal zijn positie spoedig worden overgenomen door anderen die dat wel doen.<sup>149</sup> Tegenover deze fragiele machtspositie staan echter vaak hoge winsten: de concurrentiestrijd in dynamische markten wordt wel getypeerd als 'the winner takes it all'.<sup>150</sup> Diverse aspecten die in een omgeving van statische concurrentie (kunnen) leiden tot een dominante positie op de markt, zoals schaalvoordelen, verticale integratie en toegang tot grondstoffen, zijn in een dynamische concurrentiestrijd vrijwel irrelevant. Deze aspecten zijn van nut in een omgeving van statische concurrentie, waar zij het efficiencygehalte van een onderneming verhogen, waardoor zij de prijs van haar producten kan verlagen. Bij concurrentie op prijs is dit vanzelfsprekend van essentieel belang. Wordt er echter niet langer op prijs, maar op productvernieuwing geconcurrerd, dan is het innovatievermogen van een onderneming van groter belang dan haar efficiency. Doordat genoemde efficiencyvoordelen een minder grote rol spelen bij het innemen van een sterke marktpositie, kunnen verschuivingen in de marktverhoudingen tussen ondernemingen elkaar snel opvolgen.<sup>151</sup> De instrumenten van het mededingingsrecht, die ontwikkeld zijn met vooral het oog op statische concurrentie, zijn daarom niet zonder meer toepasbaar op markten in de nieuwe economie.<sup>152</sup>

Dat het bezit en de uitoefening van intellectueel eigendomsrecht een centrale rol speelt in deze markten is evident. Innovatievermogen is datgene dat ondernemingen de kans geeft de gewilde – tijdelijke – voorsprong op hun concurrenten te verkrijgen. De winsten die gemaakt kunnen worden in de korte periode dat men

146 J. A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London: Routledge 1994 (oorspronkelijke uitgave London: Allen & Unwin 1943). Schumpeter noemt het proces 'creative destruction', hetgeen ziet op ten onder gaan van oude industrieën en markten door de komst van nieuwe, innovatieve technieken.

147 Lind & Muysert 2003, p. 89; Bishop & Walker 2002, § 2.44; Temple Lang 1996, p. 5.

148 Ahlborn, Evans & Padilla 2001, p. 162.

149 Teece & Coleman 1998, p. 808 e.v.

150 (o.m.) Lind ea 2002, 'Innovation and Competition Policy' (Part 1 – Conceptual issues), [www.oft.gov.uk/news/publications](http://www.oft.gov.uk/news/publications) (report prepared for the Office of Fair Trading), § 3.5 e.v.; Teece & Coleman 1998, p. 811. Zie ook Niels & Van Dijk 2003.

151 Zie ook Shapiro & Varian 1999, p. 173 e.v.

152 Teece & Coleman 1998, p. 803 e.v.; Ahlborn e.a., 'DG Comp's discussion paper on article 82: Implications of the proposed framework and antitrust rules for dynamically competitive industries', [http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article\\_82\\_contributions.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/article_82_contributions.html) (reactie op de Discussion Paper van de Commissie inzake artikel 82 EG), § 4; Lind e.a. 2002, *supra*, p. 35 e.v.

marktleider is zijn immers veelal hoog, ter compensatie van de hoge risico's die een onderneming op de innovatiemarkt moet nemen.<sup>153</sup> Investeren in onderzoek en ontwikkeling en daarmee de verkrijging van intellectueel eigendom is op deze markten derhalve van essentieel belang voor ondernemingen.<sup>154</sup>

#### § 4.4.2 Machtspositie in de informatie-economie

Economen zijn sceptisch over de toepassing van de traditionele instrumenten van het mededingingsrecht op markten in de informatie-economie.<sup>155</sup> Instrumenten voor marktafbakening zijn grotendeels geënt op statische concurrentie, die zoals vermeld draait om concurrentie op de productmarkt. Bij concurrentie op productinnovatie kan de toepassing van traditionele marktafbakeningsinstrumenten leiden tot de afbakening van een zeer nauwe productmarkt met als gevolg dat snel sprake is van een economische machtspositie.<sup>156</sup> De traditionele marktafbakeningsmethoden worden ontoereikend geacht omdat ze onvoldoende rekening houden met de karakteristieken van de dynamische markt.<sup>157</sup>

Met name het toepassen van de SSNIP test kan leiden tot een vertekend beeld, doordat in markten met netwerkeffecten de prijs van een product vaak ver onder het niveau ligt van een prijs die door middel van vraag en aanbod tot stand komt.<sup>158</sup> Ondernemingen willen immers graag een plek veroveren op een nieuwe markt, hetgeen in het geval van markten met netwerkeffecten vaak betekent dat er eerst een zekere basis van gebruikers moet bestaan voordat er succesvol op de markt kan worden geopereerd.<sup>159</sup> Om deze gebruikers te winnen worden producten vaak onder de kostprijs aangeboden.

Een voorbeeld van een dergelijke markt vormt de markt voor videogames. Een aanbieder kan geen consoles (de apparaten waarmee het spel bestuurd wordt) verkopen zonder dat daar games op gespeeld kunnen worden. Andersom zullen programmeurs alleen games willen ontwikkelen als ze zeker zijn dat er ook een groep gebruikers is die het spel gaat kopen. Dat betekent dat de aanbieder van de game console (X-box, playstation e.a.) zal dienen te zorgen dat er een groot aantal consumenten zijn console aanschaf, hetgeen bewerkstelligd kan worden door de prijzen substantieel te verlagen. De winst kan vervolgens gemaakt worden op de verkoop van de games.<sup>160</sup>

153 Teece & Coleman 1998, p. 809; Ahlborn, Evans & Padilla 2001, p. 160.

154 Lind & Muysert 2003, p. 89; Lind e.a., *supra*, Part 1 – Conceptual issues, p. 91 e.v. Zie ook Ahlborn e.a., *supra*, § 3.5.

155 (O.a.) Teece & Coleman 1998; Balto & Pitofsky 1998; Ahlborn, Evans & Padilla 2001; Lind e.a. 2002, *supra*, 2002.

156 Teece & Coleman 1998, p. 826-831; Ahlborn e.a., *supra*, § 5.1; Lind e.a. 2002, *supra*, § 4.43-4.59.

157 Balto & Pitofsky 1998; Teece & Coleman 1998; Ahlborn, Evans & Padilla 2001; Lind & Muysert 2003; Lind e.a., *supra*, Part 1 – Conceptual issues, p. 51 e.v. Zie ook Ahlborn e.a., *supra*, § 5.1.

158 Lind e.a. 2002, *supra*, Part 1 – Conceptual issues, p. 54 e.v. Zie ook: Shapiro & Varian 1999, p. 273-274.

159 Zie o.m. O'Donoghue & Padilla 2006, p. 105-106. Vaak wordt in dit verband gesproken van een 'installed base'.

160 Zie ook: Niels & Van Dijk 2003, p. 101.

Dergelijk prijsbeleid wordt wel 'dynamic pricing' genoemd en door Lind e.a. aangeduid als een fenomeen dat tegenovergesteld is aan de *cellophane fallacy*.<sup>161</sup> Toepassing van de SSNIP test leidt bij situaties waarin dynamic pricing voorkomt dan ook tot een *te nauwe* marktafbakening, doordat de toets producten uitsluit die *wel* als substituuut aangemerkt hadden moeten worden. Dit in tegenstelling tot hetgeen aan de orde is bij de *cellophane fallacy*, waar de productmarkt *te ruim* wordt afgebakend omdat producten die eigenlijk *geen* substituuut vormen als zodanig worden beschouwd. De SSNIP test lijkt daarom in deze markten geen accurate methode om de productmarkt te bepalen.<sup>162</sup>

De marktafbakening die gebaseerd is op productkenmerken, een methode die de Commissie bepleit in (onder meer) haar Discussion Paper, kent eveneens belangrijke nadelen, zoals we reeds uitgebreid hebben besproken in § 4.2.1. Toegepast op een marktafbakening in de nieuwe economie klemmen deze nadelen echter des te meer, daar producten vanwege hun (technische) complexiteit veelal in hoge mate gedifferentieerd zijn.<sup>163</sup> Consumenten zullen om die reden producten die strikt gezien, namelijk op basis van prijs, substitueerbaar zijn, op basis van hun kenmerken niet als zodanig beschouwen.

Een voorbeeld vormen de mp3-spelers van Apple ('ipod') en Creative ('Zen'): op basis van prijs uitwisselbaar, maar toch in zodanige mate gedifferentieerd (bijvoorbeeld: ipod heeft een handig clickwhele; Zen heeft een fm-functie) dat ze voor de consument niet per se substitueerbaar zijn.

Traditionele marktafbakeningsmethoden zijn zodoende niet zonder meer toepasbaar op markten in de nieuwe economie. Doordat dynamische concurrentie veelal uitmondt in een situatie waarbij een enkele onderneming de markt voor een bepaald product domineert ('winner-takes-all'), lijkt het alsof er sprake is van een economische machtspositie. De onderneming die de markt 'gewonnen' heeft en op de eng vastgestelde productmarkt een hoog marktaandeel heeft, kan zich echter vaak allesbehalve onafhankelijk gedragen. De concurrentiedruk van andere ondernemingen is immers groot: innoveren zij op succesvolle wijze, dan kan de positie van de leidende onderneming op zeer korte termijn volledig veranderen.<sup>164</sup>

Het volgende voorbeeld toont aan hoe instabiel een machtspositie in een omgeving van dynamische concurrentie kan zijn. Medio jaren '90 van de vorige eeuw voerde de Engelse mededingingsautoriteit<sup>165</sup> een onderzoek uit naar de markt voor video games. Zij concludeerde dat de twee grootste aanbieders van video games, Nintendo en Sega, een machtspositie innamen

161 Lind e.a. 2002, *supra*, Part 1 – Conceptual issues, p. 55 e.v. Zie voor een bespreking van de *cellophane fallacy* § 4.2.1.

162 Lind e.a. 2002, *supra*, Part 1 – Conceptual issues, p. 56. Teece & Coleman 1998, p. 826-828.

163 Ahlborn e.a. 2006, *supra*, § 5.1.

164 In hun handboek voor de nieuwe economie, 'Information Rules' uit 1999, merken Shapiro & Varian in deze context zelfs op: 'Rigidity is death'. Shapiro & Varian 1999, p. 278.

165 Competition Commission (CC), voorheen Monopolies and Mergers Commission (MCC).

en daar misbruik van maakten door onder meer het voeren van onbillijke prijzen en het hanteren van onredelijke licentievoorwaarden.<sup>166</sup> Het rapport werd voorgelegd aan de Secretary of State.<sup>167</sup> Drie jaar later was Sony, een onderneming die daarvoor helemaal niet op de Engelse markt voor video games actief was, marktleider met een marktaandeel van 53%.<sup>168</sup>

Een focus op de hoogte van het marktaandeel bij het bepalen van de marktpositie zal dus een vertekend beeld geven: het marktaandeel zal in een omgeving van dynamische concurrentie niet representatief zijn voor de concurrentiedruk waaronder een onderneming opereert. Tevens loopt men bij een nadruk op het belang van marktaandeel het risico dat de potentiële concurrentiedruk, een factor die bij innovatieconcurrentie wél van centraal belang is voor de marktpositie, minder aandacht krijgt omdat het oordeel over de machtspositie reeds vaststaat.<sup>169</sup>

De Europese mededingingsautoriteit lijkt echter nog niet bereid de mogelijke beperkingen van het traditionele mededingingsrechtinstrumentarium te onderkennen. Dit blijkt de Discussion Paper van de Europese Commissie, waarin zij onverkort vasthoudt aan de traditionele marktafbakeningswijzen en tevens aangeeft dat een hoog marktaandeel de belangrijkste aanwijzing is voor het bestaan van een machtspositie.<sup>170</sup> Daarnaast blijkt uit procedures als *Wanadoo*<sup>171</sup> en *MCI/Worldcom*<sup>172</sup>, die beide betrekking hadden op internetdiensten, dat de Commissie voorlopig niet voornemens is haar wijze van marktanalyse aan te passen.<sup>173</sup> Vooralsnog ziet zij zich door het GEA bevestigd in deze benadering. Inzake het hoger beroep in de *Wanadoo* procedure oordeelde het Gerecht ten aanzien van de markt voor internetverbindingen dat de hoogte van het marktaandeel niet als onbetrouwbare aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie kan worden gezien.<sup>174</sup>

166 'Video Games: a report on the supply of video games in the UK' uit 1995, verkrijgbaar via [www.competition-commission.org.uk](http://www.competition-commission.org.uk).

167 De Monopolies and Mergers Commission had toentertijd geen bevoegdheid tot het zelfstandig nemen van maatregelen en kon slechts aanbevelingen doen.

168 Lind e.a. 2002, *supra*, Part II – case studies, hoofdstuk 3.

169 Zie ook § 4.2.2.

170 DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, *supra*, § 11 – § 33.

171 Beschikking van de Commissie van 16 juli 2003 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, zaak nr. COMP/38.233, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/>, (*Wanadoo Interactive*). Zie ook Jones & Sufrin 2004, p. 401-402. De zaak is aanhangig bij het GEA onder zaaknummer T-340/03.

172 Beschikking van de Commissie van 8 juli 1998, zaak nr. IV/M.1069 (*MCI/Worldcom II*). Dit betreft geen artikel 82-procedure maar een (voorgenomen) fusie. Het voorbeeld is relevant omdat in het kader van de fusiecontrole door de Commissie eveneens markten afgebakend dienen te worden. Zie over de relatie tussen de fusiecontrole door de Commissie en markten in de nieuwe economie ook Anderman 2002, p. 298-301, C. Veljanovski, 'E.C. antitrust in the new economy: is the European Commission's view of the network economy right?', *ECLR* 2001, p. 115-121 en Bishop & Caffarra Lexecon, 'Merger control in 'new markets'', *ECLR* 2001, p. 31-33.

173 Zie ook Anderman 2002, p. 286-287.

174 GEA 30-1-2007, France Télécom SA (voorheen Wanadoo Interactive SA) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-340/03, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int), § 105 – § 111 (*Wanadoo*).

Wanadoo werd verweten dat zij misbruik had gemaakt van haar machtspositie door tussen maart 2001 en oktober 2002 rooftprijzen te hanteren bij het aanbieden van internetdiensten. Wanadoo Interactive was toentertijd een dochter van France Télécom, en haar marktaandeel op de – door de Commissie vastgestelde – markt voor snelle internetdiensten schommelde in de litigieuze periode tussen 50 en 72%. Het verweer van Wanadoo tegen het oordeel van de Commissie, dat dit hoge marktaandeel blijk gaf van het bestaan van een machtspositie, had betrekking op de onbetrouwbaarheid van de factor marktaandeel in de context van een opkomende markt.<sup>175</sup> Het GEA honoreerde dit verweer niet omdat, zoals was gebleken uit prognoses van Wanadoo zelf, het marktaandeel van het internetbedrijf eind 2004 ongeveer 60% zou zijn. Deze handhaving van het hoge marktaandeel toonde naar het oordeel van het Gerecht aan, dat de factor marktaandeel als zodanig niet kan worden beschouwd als een weinig betrouwbare aanwijzing voor het bestaan van een machtspositie op de relevante markt.<sup>176</sup> Dit oordeel van het GEA is niet direct begrijpelijk: de periode waarin het marktaandeel constant blijft is tamelijk kort en zoals hierboven reeds werd aangegeven kan in de nieuwe economie een onderneming met een hoog marktaandeel wel degelijk onder concurrentiële druk staan. Deze mogelijkheid heeft het Gerecht echter onbesproken gelaten.

Het GEA past aldus inzake *Wanadoo* het traditionele mededingingsrechtelijke instrumentarium onverkort toe bij het bepalen van de machtspositie. De Commissie benadrukt in *Microsoft* nogmaals dat ook zij vasthoudt aan de traditionele marktanalyse:

*'The specifics of any particular industry (be it 'hi-tech' or 'old-economy') must of course be taken into account when analysing issues of market definition and market power. Differing characteristics will undoubtedly have an influence on the specific assessments that are reached. This, however, does not mean that no antitrust analysis could be applied to 'new economy' markets. In fact, the specific characteristics of the market in question (for example, network effects and the applications barrier to entry) would rather suggest that there is an increased likelihood of positions of entrenched market power, compared to certain 'traditional industries'.*<sup>177</sup>

Uit de bovenstaande passage blijkt tevens dat de Commissie bepaalde kenmerken van markten in de kenniseconomie juist als mogelijke oorzaken van marktmacht beschouwt. Zij doelt in het geval van *Microsoft* met name op de netwerkeffecten op de markt, alsmede op het feit dat het besturingssysteem Windows tot een *de facto* standaard verworden is. Doordat Windows op meer dan 87% van de pc's gebruikt wordt als besturingssysteem en Microsoft daarbij gebruik maakt van de netwerkeffecten in de markt door al haar applicaties afhankelijk te maken van het gebruik van Windows, wordt een zodanige toetredingsbarrière opgeworpen dat de Commissie meent dat er sprake is van een machtspositie op de markt voor pc besturingssystemen.<sup>178</sup> Ook inzake *IMS Health* speelt het gegeven dat de baksteenstructuur tot een *de facto* standaard is verworden een belangrijke rol bij de bepaling van

<sup>175</sup> GEA inzake *Wanadoo*, *supra*, § 105.

<sup>176</sup> GEA inzake *Wanadoo*, *supra*, § 111.

<sup>177</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>, § 470.

<sup>178</sup> *Microsoft*, § 428 – 472.



de relevante markt en is daardoor van de cruciale invloed op de marktpositie van IMS. Het HvJEG oordeelt dat de omschakelingsmoeilijkheden voor de afnemers bijdragen aan de onontbeerlijkheid van de baksteenstructuur, welke onontbeerlijkheid een voorwaarde is voor het vaststellen van een upstream markt voor toegang tot het exclusieve recht.<sup>179</sup> Het identificeren van een dergelijke markt levert automatisch een machtspositie op voor de IE-rechthebbende, zoals we eerder vastgesteld hebben.<sup>180</sup> Tevens wordt in het arrest *IMS Health* door het HvJEG de indruk gewekt dat de omstandigheid dat er sprake is van een *de facto* standaard direct van invloed zou kunnen zijn op de misbruikvraag.<sup>181</sup>

Eenzijds lijkt de dynamische concurrentie in de nieuwe economie dus te leiden tot dominante posities van vergankelijke aard, anderzijds zijn er factoren die door de mededingingsautoriteiten en de Europese rechter juist worden beschouwd als potentieel zeer mededingingsbeperkend. Met name standaardisatie en het optreden van netwerkeffecten worden, zoals hierboven aangegeven, beschouwd als mededingingsbelemmerende factoren, die in direct verband zouden staan met het bestaan van een economische machtspositie.

In de literatuur kunnen verschillende opvattingen worden onderscheiden aangaande de marktpositie van ondernemingen in de nieuwe economie. Sommige auteurs menen dat machtsposities *altijd* van tijdelijke aard zijn, ook al is er sprake van netwerkeffecten die de positie van een onderneming sterk kunnen verstevigen.<sup>182</sup> Anderen zien in de overlevering van inferieure standaarden het bewijs dat marktfalen in de informatie-economie wel degelijk het gevolg kan zijn van een machtspositie die wordt versterkt door standaarden of netwerkeffecten. Voorbeelden van dergelijke inferieure standaarden zouden zijn de QWERTY standaard voor toetsenborden en het VHS videosysteem.<sup>183</sup> De toepasselijkheid van de mededingingsregels en daarmee de mogelijkheid van ingrijpen door de mededingingsautoriteit wordt niettemin door de meeste auteurs niet ter discussie gesteld.<sup>184</sup>

179 *IMS Health, supra*, § 30 j° § 44.

180 Zie ook § 4.3.2.

181 *IMS Health, supra*, § 30: 'Derhalve moet op de tweede en derde vraag worden geantwoord dat bij het onderzoek of de weigering van een onderneming met een machtspositie om een gebruikslicentie te verlenen voor een bouwsteenstructuur die is beschermd krachtens een intellectueel eigendomsrecht waarvan zij houder is, misbruik oplevert, rekening moet worden gehouden met (...) de inspanning die potentiële afnemers zullen moeten leveren om op een alternatieve structuur berustende marktonderzoeken over regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen te kunnen aankopen en in het bijzonder de daarmee verbonden kosten, om te bepalen of de beschermde structuur onontbeerlijk is (...)'.

182 Teece & Coleman 1998, p. 808.

183 Balto & Pitofsky 1998, p. 589 e.v.

184 (O.m.) Ahlborn e.a. 2006, *supra*, p. 21; Anderman 2002, p. 306-308. Teece & Coleman daarentegen verwachten van mededingingsrechtelijk ingrijpen op korte termijn louter slechte resultaten en menen dat mededingingsautoriteiten zéér terughoudend dienen te zijn (Teece & Coleman 1998, p. 809 j° p. 846-847. Lind e.a. verkiezen hun zogenaamde 'first principles' approach (zie ook § 4.5.4 van deze dissertatie), een economische benadering waarbij het belang van marktafbakening naar de achtergrond verdwijnt, boven de traditionele mededingingsrechtelijke aanpak.

Indien we uitgaan van de veronderstelling dat de mededingingsregels in de nieuwe economie inderdaad op de gewone wijze worden toegepast, dat wil zeggen volgens het model van marktafbakening, bepaling van de marktpositie en analyse van het gedrag van de onderneming in kwestie, dan rijst derhalve de vraag welke factoren in een concrete situatie van doorslaggevend belang zullen zijn voor het bepalen van de marktpositie. Ook als we aannemen dat netwerkeffecten en standaardisatie factoren zijn die een positieve invloed hebben op het bestaan van een machtspositie, is daarmee nog niet de vraag beantwoord hoe de relevante markt bepaald moet worden. Zoals eerder in deze paragraaf is aangegeven, is het op zijn minst twijfelachtig dat de traditionele marktafbakeningsmethoden onverkort toegepast kunnen worden. Een methode die mogelijk beter aansluit bij de karakteristieken van de nieuwe economie, is het meewegen van de potentiële concurrentie bij de marktafbakening. Aangezien de druk van potentiële nieuwe innovatoren vaak van cruciale invloed is op het handelen van een onderneming in de nieuwe economie, ligt het wellicht voor de hand om bij het bepalen van de relevante markt uit te gaan van de druk die potentiële concurrenten uitoefenen in plaats van de focus te leggen op substitueerbaarheid aan de vraagzijde.<sup>185</sup> Bij het laatste wordt immers uitgegaan van een bestaand product, terwijl bij innovatieconcurrentie de substitueerbaarheid juist ziet op producten die (nog) niet bestaan.

Een manier om een inschatting te maken van de potentiële concurrentiedruk voor een onderneming zou kunnen zijn een onderzoek naar de innovatiebereidheid van deze onderneming. Is de innovatiebereidheid gering of non-existent en voelt de onderneming geen druk tot productverbetering en –innovatie, dan is het waarschijnlijk dat deze onderneming zich tot op zekere hoogte onafhankelijk kan gedragen van haar concurrenten, hetgeen kan duiden op het bestaan van een machtspositie.<sup>186</sup> Ook andere ondernemingen binnen dezelfde branche kunnen bij het onderzoek betrokken worden: wordt door derden geïnvesteerd in onderzoek & ontwikkeling en in de verkrijging van intellectueel eigendom, dan kan dat een teken zijn dat er voldoende concurrentie is in de betreffende branche, ongeacht het (hoge) marktaandeel van de onderneming die onderwerp is van onderzoek.<sup>187</sup> Er zou in dat geval geen sprake zijn van een economische machtspositie. Temple Lang doet een aantal suggesties voor het inschatten van toekomstige marktmacht (noodzakelijk bij fusiecontrole) die wellicht te transponeren zijn: 'deep pockets' (stellen een onderneming in staat nieuwe technologieën aan te kopen) en een goede infrastructuur (stelt de onderneming in staat een nieuwe technologie snel te implementeren).<sup>188</sup>

De Commissie noemt in haar Bekendmaking inzake de relevante markt potentiële concurrentie als één van de drie belangrijke bronnen van concurrentiedwang naast

<sup>185</sup> Vgl. Ahlborn, Evans & Padilla 2001, p. 162.

<sup>186</sup> Teece & Coleman 1998, p. 825. Zie ook Ahlborn, Evans & Padilla 2001, p. 162.

<sup>187</sup> Evans & Schmalensee 2002, p. 25.

<sup>188</sup> Temple Lang 1996, p. 42. Een voorbeeld van het laatste zou kunnen zijn een kabelnetwerk voor televisie dat de exploitant ervan in staat stelt op korte termijn internetdiensten aan te bieden.

substitueerbaarheid aan de vraagzijde en substitueerbaarheid aan de aanbodzijde.<sup>189</sup> In de benadering van de relevante markt door de Commissie lijkt aldus ruimte voor het meewegen van potentiële concurrentiedwang. Verderop in de Bekendmaking blijkt echter dat de derde bron *geen* factor is die volgens de Commissie mee dient te wegen in de fase van marktafbakening:

*'Een derde bron van concurrentiedwang, de potentiële mededinging, wordt bij de bepaling van de markten buiten beschouwing gelaten, aangezien de voorwaarden waaronder de potentiële mededinging daadwerkelijk dwang zal uitoefenen, afhankelijk zal zijn van de analyse van de specifieke factoren en omstandigheden die betrekking hebben op de toegangsvoorwaarden. Indien nodig, wordt dit onderzoek pas in een later stadium verricht, in het algemeen zodra de positie van de betrokken ondernemingen in de markt is vastgesteld en aanleiding geeft tot bezorgdheid vanuit mededingingsoogpunt.'*<sup>190</sup>

De Commissie geeft hiermee aan, de druk van potentiële concurrentie mee te wegen tijdens het bepalen van de positie van de onderneming in kwestie, aangezien zij verband ziet met toetredingsbarrières tot de markt. Dat betekent dat de potentiële concurrentie pas in beeld komt *nadat* de relevante markt is vastgesteld. Belangrijk gevaar van deze werkwijze is, dat als de relevante markt eenmaal nauw gedefinieerd is, een focus op marktaandeel zal verhinderen dat potentiële concurrentiedruk nog veel aandacht krijgt.<sup>191</sup> Wordt de potentiële concurrentie *wel* tijdens de marktbevestiging meegewogen, dan bestaat de kans dat de markt veel ruimer gedefinieerd wordt, hetgeen in overeenstemming kan zijn met de grote druk die ondernemingen in de kenniseconomie vaak ondervinden van deze vorm van concurrentie. Derhalve lijkt het wenselijk om de potentiële concurrentiedruk bij marktafbakening in de kenniseconomie een centrale rol te geven, dan wel zeer ruime aandacht te besteden aan mogelijke concurrentiedwang tijdens de bepaling van de positie van de onderneming op de relevante (product)markt.<sup>192</sup> In combinatie met een verhoogde aandacht voor substitueerbaarheid aan de aanbodzijde zou dat kunnen leiden tot een juistere inschatting van de marktpositie van ondernemingen op innovatieve markten.<sup>193</sup>

Een belangrijk nadeel van het meewegen van potentiële concurrentiedwang is echter dat het geen oplossing biedt ingeval er IE-rechten in het spel zijn. Zoals we eerder hebben geconstateerd in § 4.2.2 stuit het overwegen van aanbodsstitutie

<sup>189</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, *supra*, § 13.

<sup>190</sup> Bekendmaking inzake de relevante markt, *supra*, § 24.

<sup>191</sup> Evans & Schmalensee 2002, p. 18-20. Zie ook § 4.2.2.

<sup>192</sup> Zie ook Evans & Schmalensee 2002, p. 15-26.

<sup>193</sup> De potentiële concurrentiedruk hangt samen met de vraag naar substitueerbaarheid aan de aanbodzijde. Aanbodsstitutie is een meer directe dwang – het betreft de mogelijkheid om op *korte termijn*, zonder dat daar een aanpassing van de materiële of immateriële activa voor nodig is (Bekendmaking inzake de Relevante markt, § 20 j° § 23), over te schakelen op de productie van relevante substitutiegoederen. Potentiële concurrentie daarentegen speelt doorgaans een rol op de langere termijn, waarbij ook rekening gehouden kan worden met aanpassingen of ontwikkelingen die meer tijd vergen.

in de marktafbakeningsfase enerzijds en tijdens het bepalen van de marktpositie anderzijds op de uitsluitende werking van het exclusieve recht. Het exclusieve recht is immers verleend met het expliciete doel de mogelijkheid te verschaffen om concurrentie uit te sluiten. In een omgeving van innovatieconcurrentie waarin het bezit en de verkrijging van intellectueel eigendom van essentieel belang is, lijkt dit derhalve geen goede maatstaf voor de beantwoording van de vraag of een onderneming een machtspositie inneemt. Extra gecompliceerd wordt het als er sprake is van standaardisatie, waarover hieronder meer.

#### § 4.4.3 IE en machtspositie in de informatie-economie: *de facto* standaarden

De relatie tussen het bezit of de exploitatie van intellectueel eigendom en het innemen van een economische machtspositie is complexer in de informatie-economie dan in een omgeving van statische concurrentie. Het belang van de erkenning van de innovatiebevorderende aspecten van het exclusieve recht klemt hier des te meer. Als ondernemingen door de toepassing van het mededingingsrecht beperkt worden in de exploitatie van hun intellectueel eigendom kan dat schadelijk zijn voor de – in de informatie-economie zo essentiële – innovatiebereidheid. Anderzijds lijkt de uitoefening van rechten van intellectueel eigendom juist te leiden tot ernstige mededingingsbelemmeringen in gevallen waarin zij de compatibiliteit van producten verhindert of samenvalt met een industriestandaard. Dit blijkt uit de Europese rechtspraak inzake *Microsoft* en *IMS Health*<sup>194</sup>, maar ook uit nationale procedures zoals *Intel vs. Via* in het Verenigd Koninkrijk<sup>195</sup> en *Virgin vs. Apple* in Frankrijk.<sup>196</sup> Met name de combinatie van IE bescherming en een *de facto* standaard lijkt in mededingingsrechtelijk opzicht tot problemen te kunnen leiden.<sup>197</sup>

<sup>194</sup> Zie ook hoofdstuk 2 van deze dissertatie.

<sup>195</sup> Deze procedure draaide om een inbreuk van Via op Intel's octrooi voor de productie van bepaalde groepen microprocessors (chips). De microprocessors van Intel zijn de standaard wat betreft inbouw in personal computers (zie ook de sticker 'Intel inside' die in de meeste gevallen aangetroffen wordt op een (met Windows uitgeruste) nieuw aangeschafte pc). Via verweerde zich door te stellen dat Intel misbruik maakte van haar machtspositie: High Court; Chancery division – patents court (Lawrence Collins J.) April 11-12, June 14, 2002, HC 01 C 04135 (*Intel Corporation v (1) Via Technologies Inc. (2) Elitegroup Computer Systems (UK Ltd.)*) en HC 01 C 04136 (*Intel Corporation v (1) Via Technologies Inc. (2) Via Technologies (Europe) Ltd. (3) Realtime Distribution Ltd.*); ((2003) F.S.R. 12); Court of Appeal (Sir Andrew Morritt V.C., Mummery and Tuckey L.JJ.) December 20, 2002 (*idem*) ((2003) E.C.C. 16). Zie ook: A. Toutoungi, 'Intel v Via: holding back the tide of compulsory licensing', *EIPR* 2002-11, p. 548 e.v.; D. Curley, 'Eurodefences and chips: 'a somewhat indigestible dish': the UK Court of Appeal's decision in *Intel Corp. v Via Technologies*', *EIPR* 2003-6, p. 282 e.v.

<sup>196</sup> Virgin stelde dat Apple misbruik maakte van haar economische machtspositie op de markt voor draagbare mp3-spelers (ipod) door het (zo goed als) onmogelijk te maken om muziek die gedownload werd via andere platforms dan Apple's itunes (bv dat van Virgin) afspeelbaar te maken op de ipod: Décision n° 04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur Internet et des baladeurs numériques, [www.conseil-concurrence.fr](http://www.conseil-concurrence.fr). Zie ook G. Mazziotti, 'Did Apple's refusal to licence proprietary information enabling interoperability with its ipod Music player constitute an abuse under article 82 of the EC Treaty?', *World Competition* 2005, p. 253-275.

<sup>197</sup> Zie hierover o.m. K. Koelman, 'Een exceptio standardis: is een uitzondering op de IE-rechten voor standaarden wenselijk?', in: DJ.G. Visser & D.W.F. Verkade (red.), *Spoorbundel*, Amsterdam: DeLex 2007, p. 199-213.

Een *de facto* standaard of industriestandaard komt tot stand doordat een norm door verschillende marktpartijen wordt geaccepteerd als technische uitkomst.<sup>198</sup> De tegenhanger van een *de facto* standaard is een *de jure* standaard; een norm die door een officiële standaardisatieorganisatie wordt vastgesteld. Het onderscheid is echter niet heel scherp: *de facto* standaarden kunnen bijvoorbeeld ontwikkeld worden in een consortium of in een later stadium geaccepteerd worden als officiële norm. Rahnasto onderscheidt zelfs vier verschillende typen standaardisatie: public standardisation (*de jure* standaardisatie; geïnitieerd door officiële standaardisatieinstanties zoals ETSI), semi-public standardisation (geïnitieerd door consortia waar iedereen aan kan deelnemen, zoals het consortium dat de Bluetooth standaard heeft ontwikkeld), semi-private standardisation (geïnitieerd door een gesloten consortium) en private standardisation (*de facto* standaardisatie).<sup>199</sup> In deze paragraaf wordt uitsluitend *de facto* standaardisatie besproken. De problematiek inzake de samenloop van intellectueel eigendom, mededinging en *de jure* standaarden valt buiten het bereik van deze dissertatie. Het is namelijk meer dan aannemelijk dat gevallen waarin een rechthebbende weigert een licentie te verlenen voor de productie van een voortbrengsel waarop een officieel erkende standaard rust anders beoordeeld dienen te worden dan 'reguliere' gevallen van licentieweigering. Zie bijvoorbeeld het Duitse *Standard Spundfass*: het BGH oordeelde dat aangezien het octrooi van de rechthebbende een officiële standaard betrof alle producenten van Spundfässer (tapkraantjes) afhankelijk waren van een octrooi voor de toegang tot de markt. Het was de combinatie van deze bijkomende omstandigheid en de exclusieve werking van octrooi die naar het oordeel van het BGH een machtspositie en derhalve speciale verplichtingen voor de rechthebbende in het leven schiep.<sup>200</sup> Voor een nadere beschouwing van de problematiek rond intellectueel eigendomsrecht en *de jure* standaarden wordt hier volstaan met een verwijzing naar de dissertaties van Stuurman,<sup>201</sup> Van Duijvenvoorde<sup>202</sup> en Elferink<sup>203</sup> alsmede naar de IE-beleidsregels van standaardisatie-organisatie ETSI.<sup>204</sup>

In *IMS Health* hebben we gezien dat indien er op een *de facto* standaard IE-bescherming rust dit ernstige mededingingsbeperkingen voor derden met zich mee kan brengen. NDC ontwikkelde een nieuwe structuur voor de verwerking van farma-

198 Rahnasto 2003, § 6.11.

199 Rahnasto 2003, § 6.10 – § 6.12.

200 BGH 13-7-2004, KZR 40/02, *GRUR* 2004, p. 966-970. Zie ook over deze zaak B. Conde Gallego, 'Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchverbots auf 'unerlässliche' Immaterialgüterrechte im Lichte der IMS Health- und Standard-Spundfass- Urteile', *GRUR Int.* 2006-1, p. 16-28.

201 C. Stuurman, *Technische normen en het recht: beschouwingen over de interactie tussen het recht en technische normalisatie op het terrein van informatietechnologie en telecommunicatie* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1995.

202 G.P. van Duijvenvoorde, *Informatietechnologie en Europees Mededingingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1996.

203 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving: over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Leiden: E.M. Meijers Instituut 1998.

204 European Telecommunications Standards Institute, IPR Policy, [www.etsi.org/legal/documents/ETSI\\_IPRPolicy.pdf](http://www.etsi.org/legal/documents/ETSI_IPRPolicy.pdf).

ceutische informatie, maar kon daar geen afnemers voor vinden omdat de baksteenstructuur van IMS Health de standaard was, en alle afnemers daarop ingesteld waren. Het HvJEG oordeelde weliswaar niet op expliciete wijze over de vraag of IMS Health een machtspositie bezat, maar via de rol die de onontbeerlijkheid inneemt bij de bepaling van de relevante markt is het feit dat er sprake is van een *de facto* standaard (indirect) van invloed op de marktpositie van IMS.<sup>205</sup> Het feit dat de brick structure een *de facto* standaard is (de potentiële afnemers weigeren elk ander product omdat zij zich op het gebruik van de brick structure hebben ingesteld) leidt immers tot het aannemen van de onontbeerlijkheid, welke vervolgens vereist is voor het kunnen aannemen van misbruik.<sup>206</sup>

Een andere zaak waarin de uitoefening van intellectueel eigendom op een *de facto* standaard botst met de vrije mededinging is natuurlijk de zaak *Microsoft*. Maar er zijn veel meer voorbeelden denkbaar waarin exclusieve rechten op industriestandaarden tot mededingingsrechtelijke problemen leiden. Kernvraag is in dit verband dan ook in hoeverre een cumulatie van standaarden en IE-bescherming automatisch leidt tot een economische machtspositie in de zin van artikel 82 EG, dan wel of deze samenloop slechts een logisch uitvloeisel is van de dynamische concurrentie in de informatie-economie.

Inzake beperkingen van de vrije mededinging, veroorzaakt door via IE beschermde standaarden, moeten twee verschillende situaties worden onderscheiden. Allereerst kunnen er beperkingen ontstaan op het niveau van de productie.<sup>207</sup> Als een product dat een standaard vormt krachtens octrooirecht bescherming geniet maakt dit het – gedurende de looptijd van het octrooi – zeer moeilijk voor derden om met een concurrerend product te komen: de standaard bindt immers de consument. De mogelijkheid om buiten het octrooi om met een andere uitvinding te komen staat weliswaar nog steeds open, maar dat impliceert dat de concurrerende onderneming met iets moet komen dat de heersende standaard omver werpt, hetgeen begrijpelijkerwijs een enorme drempel opwerpt.<sup>208</sup> Het octrooi op de compact disc is in dit verband een passend voorbeeld: voor derden is het tijdens de looptijd van het octrooi niet mogelijk gebleken een nieuwe standaard voor afspeelbare muziekdragers te ontwikkelen.<sup>209</sup> De aanwezigheid van een standaard kan het uitsluitende karakter van het exclusieve recht op productioniveau versterken, omdat de in het IE-systeem ingebouwde correcties (met uitzondering van de beperking in tijd) aan belang verliezen. Het op de markt brengen van een eigen, door het voortbrengsel waarop de standaard rust geïnspireerde, variant die buiten de beschermingsomvang

205 Zie ook § 4.4.2.

206 *IMS Health, supra*, § 17 jº 22.

207 Zie over het onderscheid in economische zin tussen consumptie, productie en innovatie § 5.1.2.

208 Zie ook Rahnasto 2003, § 6.13.

209 Weliswaar zijn diverse concurrerende technologieën zoals bijvoorbeeld Minidisc ontwikkeld, maar dat gebeurde met toestemming van de rechthebbenden.

daarvan valt zal in commercieel opzicht weinig succesvol zijn, aangezien de consument niet van de standaard af zal willen wijken. Het is in commercieel opzicht zinloos om een tekstverwerkingsprogramma te maken dat net buiten de auteursrechtelijke beschermingsomvang van *Word* zit, want niemand zal het programma aanschaffen. De rechthebbende kan op basis van zijn exclusieve recht verhinderen dat er inbreukmakende producten op de markt gebracht worden, en dat recht blijft onveranderd wanneer er sprake is van een beschermd standaard. Niettemin *lijkt* het alsof de beschermingsomvang van het recht groter is geworden. Producten die onder normale omstandigheden succesvol op de markt gebracht hadden kunnen worden omdat ze geen inbreuk maken, komen namelijk niet meer tot stand omdat de consument ze niet wil afnemen. Een voorbeeld vormt – opnieuw – *IMS Health*. De structuur die NDC eerder op de markt bracht maakte geen inbreuk op de 1860-structuur van *IMS Health*, dus zonder de standaard was er geen probleem geweest. De combinatie IE/standaard kan zodoende op productieniveau zorgen voor mededingingsbelemmeringen. Deze zijn echter niet onoverkomelijk: door innovatie is het nog steeds mogelijk met een zodanig nieuw product te komen dat de consument *wel* omgaat en wellicht een nieuwe standaard omarmt.<sup>210</sup>

De tweede manier waarop standaardisatie in combinatie met IE effect kan sorteren is door het creëren van belemmeringen op innovatieniveau. Dit lijkt bedenkelijker dan belemmeringen die mogelijk ontstaan op productieniveau: het systeem van intellectueel eigendom is immers bedoeld om ontwikkelingen op innovatieniveau te stimuleren, niet om ze af te remmen. Bij het ontstaan van innovatiebelemmeringen speelt met name compatibiliteit van producten een grote rol: kan een rechthebbende met een beroep op het exclusieve recht verhinderen dat er compatibele producten van derden op de markt komen, dan is het mogelijk dat de innovatiemededinging ernstig belemmerd wordt. 'To invent around' kan lastig worden als het niet alleen verboden is iemands idee na te bootsen,<sup>211</sup> maar tevens zo goed als onmogelijk is om erop voort te borduren. Het geval *Microsoft* is hiervan een voorbeeld: indien *Microsoft* kan voorkomen dat er producten op de markt komen die interoperabel zijn met *Windows*, kan zij in sommige gevallen ook voorkomen dat er *nieuwe, innovatieve* producten op de markt komen die interoperabel zijn met *Windows*. Deze ontwikkeling versterkt vervolgens weer de positie die ten opzichte van *Windows* wordt ingenomen: het zal voor concurrenten alleen maar moeilijker worden de *Windows*-standaard te passeren met het op de markt brengen van een

210 Hoyng 2002, p. 115; Cotter 1999, p. 239. Vgl. Teece & Coleman 1998, p. 829-830.

211 De doctrine schrijft voor dat octrooien wél op een idee, op een uitvinding, rusten maar de mededingingsbeperking door hun beperkte looptijd en publicatieverplichting weer in evenwicht brengen, terwijl het traditionele auteursrecht geacht wordt ideeën vrij te laten. Als gevolg daarvan is de mededingingsuitsluiting op productieniveau bij het octrooirecht in beginsel groter dan bij het auteursrecht. De uitbreiding van het auteursrecht naar software en databanken brengt echter met zich mee dat de auteursrechtelijke bescherming zich steeds meer uitstrekt richting het publieke domein, met bijbehorende mededingingsrechtelijke consequenties van dien. Quaadvlieg 2003, p. 148.

superieur besturingssysteem, aangezien de gebruikers inmiddels niet alleen van het oorspronkelijke product afhankelijk zijn, maar ook van alle daarmee compatibele producten eromheen.<sup>212</sup> Hierdoor wordt de Windows-standaard weer verstevigd. Het samenspel van standaard, netwerkeffecten, intellectueel eigendom en controle over compatibele producten kan op deze manier een ondoordringbare mededingingsbarrière vormen, die concurrenten bovendien uitsluit van het creëren van nieuwe, innovatieve producten.<sup>213</sup>

Zoals ook op andere punten binnen de intellectuele eigendom het geval is, is het bij de interoperabiliteitskwesitie niet eenvoudig geweest een evenwicht te vinden tussen de noodzakelijke toegang tot het beschermde product en de bescherming van de belangen van de rechthebbende. Interfaces bijvoorbeeld dienen een zekere mate van bescherming te genieten, wil voorkomen worden dat software moeiteloos gekopieerd kan worden.<sup>214</sup> Anderzijds is het allerminst de intentie van de (auteursrecht-)wetgever interoperabiliteit van software onmogelijk te maken. De bepaling aangaande decompilatie in de softwarerichtlijn voorziet in het mogelijk maken van interoperabiliteit ten behoeve van het creëren van nieuwe programma's; niet ten behoeve van het maken van een kloon van (een deel van) het bestaande programma.<sup>215</sup> Desondanks lijkt ook de interoperabiliteit die nieuwe, innovatieve programma's moet creëren moeilijk tot stand te brengen.<sup>216</sup>

Uit het bovenstaande blijkt dat indien de uitoefening van het exclusieve recht in combinatie met een *de facto* standaard ertoe leidt dat interoperabiliteit moeilijk of onmogelijk wordt gemaakt, dit verstrekende gevolgen kan hebben voor de innovatiemededinging. Bij een beschermde standaard die weliswaar de productie beperkt maar de mogelijkheden tot innovatieconcurrentie open laat, is de mededingingsbelemmering in beginsel minder groot.

De vraag hoe in een concreet geval vastgesteld dient te worden wanneer er sprake is van een economische machtspositie is daarmee echter nog niet beantwoord.

#### § 4.4.4 Innovatiemarkt

Eerder hebben we vastgesteld dat de mededinging zich in de kenniseconomie verschoven heeft van productieconcurrentie naar innovatieconcurrentie.<sup>217</sup> Uitgaande van de definitie van het HvJEG is er sprake van een machtspositie als een

<sup>212</sup> Koelman 2007, *supra*, p. 200-201.

<sup>213</sup> Farrell & Katz 1998. Aldus ook Ghidini 2006, p. 104-105.

<sup>214</sup> Farrell & Katz 1998, p. 648-649. Zie ook artikel 1 lid 2 van de Softwarerichtlijn (Richtlijn van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *PbEG* 1991 L122/42), waarin wordt verduidelijkt dat interfaces bescherming genieten, doch de ideeën en beginselen die eraan ten grondslag liggen niet. Over de achtergronden van het opnemen van een bescherming van interfaces in de softwarerichtlijn zie verder Van Schelven & Struik, *Software-recht*, Deventer: Kluwer 1995.

<sup>215</sup> Hart, 'Interoperability information and the Microsoft decision', *EIPR* 2006, p. 362.

<sup>216</sup> M. de Cock Buning, 'Auteursrecht en 'reverse engineering'', *IER* 1993-5, p. 129-137. Zie ook Farrell & Katz 1998.

<sup>217</sup> Zie § 4.4.1.



onderneming zich onafhankelijk van haar concurrenten, afnemers en consumenten kan gedragen.<sup>218</sup> Kernvraag is derhalve wanneer daar in een context van innovatiemededinging sprake van is. Zeer aannemelijk is, dat een onderneming zich onafhankelijk kan gedragen op een innovatiemarkt indien zij, zoals in de hierboven geschetste situatie inzake *Microsoft*, innovatieconcurrentie kan belemmeren. De combinatie van intellectueel eigendom, standaard en netwerkeffecten lijkt dat effect te kunnen hebben. Om te kunnen beoordelen of dit in een specifiek geval ook aan de orde is, moeten we – opnieuw – weten wat de relevante markt is en welke positie de onderneming in kwestie daarop inneemt. In de context van innovatieconcurrentie dienen we daartoe echter niet de relevante *productmarkt*, maar de relevante *innovatiemarkt* af te bakenen.

## § 4.5 Innovatiemededinging: relevante markt voor innovatie

### § 4.5.1 Marktafbakening bij innovatiemededinging: een analyse

In § 4.2 en § 4.3 is beschreven dat de afbakening van een relevante productmarkt in gevallen van IE vrijwel altijd zal leiden tot een zeer nauwe relevante markt. Door intellectueel eigendom beschermde producten hebben namelijk naar hun aard dikwijls geen volmaakte substituten, aangezien het exclusieve recht verhindert dat inbreukmakende producten op de markt gebracht worden. Het gevolg van een marktafbakening die zich direct baseert op de mededingingsbeperkingen die het IE-recht met zich meebrengt, is dat louter het bezit van het exclusieve recht al een economische machtspositie met zich mee kan brengen. Dit miskent dat de ratio van het IE-systeem die beperkingen nu juist tolereert ter bevordering van innovatie en creativiteit. De mededingingsregulering die het systeem van intellectueel eigendomsrecht beoogt, richt zich niet op productmarkten maar op markten voor innovatie.<sup>219</sup> Ontegenzeggelijk kunnen daaruit consequenties voortvloeien voor productmarkten, maar indien deze consequenties uitsluitend worden beoordeeld naar de maatstaf van productmededinging sluit dat niet adequaat aan op een wenselijk beleid ten aanzien van de mededinging op innovatieniveau. Het (trachten te) omschrijven van een relevante *productmarkt* ten behoeve van het toetsen aan artikel 82 EG is om die reden wellicht onwenselijk.

Daarnaast hebben we vastgesteld dat de manier waarop geconcurrereerd wordt in de informatie-economie in fundamenteel opzicht verschilt van de statische concurrentie waar veel regels uit het mededingingsrecht op gebaseerd zijn. Deze regels zijn derhalve niet zonder meer toepasbaar in een omgeving van dynamische concurrentie. Met name de (machts)positie wordt door andere factoren bepaald. Niet

<sup>218</sup> HvJEG 13-2-1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 85/76, *Jur.* 1979, p. 461, § 38.

<sup>219</sup> Ullrich 2001, p. 373-374.

zozeer de aanwezigheid van een hoog marktaandeel duidt op het bestaan van een machtspositie, maar eerder het innovatievermogen van een onderneming. Traditionele mededingingsrechtelijke methoden voor het bepalen van de marktpositie kunnen daarom ontoereikend zijn. Net als in situaties waarin intellectueel eigendom een centrale rol speelt, heeft de mededinging voornamelijk betrekking op innovatieconcurrentie en niet zozeer op concurrentie op de productmarkt.<sup>220</sup>

Deze twee bevindingen nopen tot een verkenning van de mogelijkheden om in plaats van een relevante *productmarkt* een relevante *innovatiemarkt* te definiëren. De definitie van deze markt zou de mogelijkheden omvatten die concurrerende ondernemingen hebben om innovatie te bewerkstelligen. Hoe groter deze mogelijkheden, hoe kleiner de kans dat de onderneming in kwestie een machtspositie inneemt en vice versa. Zijn er omstandigheden die innovatie door derden verhinderen of bemoeilijken en kan een onderneming zich daardoor onafhankelijk gedragen, dan neemt die onderneming een machtspositie in. Indien een onderneming een machtspositie op de innovatiemarkt in kwestie inneemt, dan kunnen haar gedragingen – inclusief het weigeren van licenties – aan een misbruiktoets worden onderworpen.

Kernvraag bij het onderzoek naar de afbakening van een dergelijke innovatiemarkt is vanzelfsprekend welke factoren bij die afbakening een rol spelen. Hieronder zullen een aantal aanknopingspunten worden besproken die mogelijk een aanzet vormen voor een bruikbare definitie van de markt voor innovatie. Achtereenvolgens komen aan bod het onderscheid tussen imitatiemededinging en innovatiemededinging,<sup>221</sup> de definities van de relevante markt in diverse Groepsvrijstellingen in het kader van artikel 81 EG, het CRA<sup>222</sup> rapport over innovatie en mededingingsbeleid voor het (Engelse) Office of Fair Trading,<sup>223</sup> en de toets die de Europese Commissie gebruikt inzake *Microsoft*. Tot slot wordt ingegaan op het door Kallay omschreven model voor dynamische mededinging.<sup>224</sup>

#### § 4.5.2 Imitatiemededinging versus innovatiemededinging

Het bevorderen van innovatie is altijd een prominent doel van het systeem van intellectueel eigendom geweest, en wordt ook in het auteursrecht steeds nadrukke-

220 Zie ook § 4.4.2. Zie over de relatie tussen dynamische mededinging en marktdefinitie ook Kamperman Sanders e.a. 2003, 'Expert Group report on Strategic use and adaptation of intellectual property rights systems in information and communications technologies-based research', <http://ec.europa.eu/research/era/pdf/ipr-ict-report.pdf>, p. 10-17.

221 (O.a.) Drexel 2005, 'Abuse of dominance in licensing and refusal to licence: a 'more economic approach' to competition by imitation and to competition by substitution', paper gepresenteerd tijdens de 'competition law and policy' workshop 2005 bij het European University Institute, <http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2005/200510-CompDrexel.pdf>.

222 Charles River Associates (<http://www.crai.com/>).

223 Lind e.a. 2002, 'Innovation and Competition Policy' (Part 1 – Conceptual issues), [www.ofg.gov.uk/news/publications](http://www.ofg.gov.uk/news/publications).

224 D. Kallay, *The law and economics of antitrust and intellectual property*, Cheltenham: Edward Elgar 2004.

lijker als 'hoofddoel' aangemerkt.<sup>225</sup> Door de rechthebbende de mogelijkheid te bieden imitatie van zijn beschermde producten te verhinderen, maar tegelijkertijd het voortbouwen op die producten toe te staan, beoogt het systeem de creatie van nieuwe, innovatieve voortbrengselen aan te moedigen. In § 4.2 hebben we reeds geconstateerd dat de exclusieve, uitsluitende eigenschappen van het IE-systeem kunnen botsen met de marktafbakening op grond van het mededingingsrecht, in die zin dat de mededingingsrechtelijke instrumenten teruggrijpen op de aan het systeem inherente kunstmatige mededingingsuitsluiting. Tevens is opgemerkt dat bedoelde mededingingsuitsluiting de markt voor innovatie in beginsel ongemoeid laat – zoals hierboven ook aangegeven dient innovatieconcurrentie mogelijk te blijven. De vraag rijst of dit gegeven aanknopingspunten kan bieden voor de omschrijving van een innovatiemarkt: immers, een mededingingsuitsluiting op het gebied van innovatie kan een rechthebbende onderneming mogelijk wél een machtspositie in economische zin opleveren.

Op basis van het conceptuele verschil tussen imitatie- en innovatiemededinging zou de relevante innovatiemarkt vastgesteld moeten worden op de voortbrengselen die geen imitatie maar een innovatie vormen ten opzichte van bestaande producten en/of werkwijzen. De vraag waar de scheidslijn tussen imitatie en innovatie getrokken moet worden zal echter niet eenvoudig te beantwoorden zijn. Betreft de (mislukte) introductie van de 3942 baksteenstructuur in *IMS Health* bijvoorbeeld een poging tot innovatie of imitatie?<sup>226</sup> Dezelfde vraag kan gesteld worden ten aanzien van de situatie zoals die bestond in *Magill*.

We zien hier dat het vraagstuk van de relevante innovatiemarkt in sterke mate lijkt samen te hangen met de misbruikvraag: wanneer een onderneming op de innovatiemarkt actief wil worden maar daar niet in slaagt, zal dat automatisch betekenen dat de introductie van een nieuw product belemmerd wordt. Als een rechthebbende onderneming zich onafhankelijk kan gedragen op een innovatiemarkt zal een gedraging waarmee zij een andere onderneming verhindert deze markt te betreden (bijvoorbeeld licentieweigering) snel tot misbruik van die positie leiden.

Het benoemen van het verschil tussen imitatieconcurrentie en innovatieconcurrentie in een concrete situatie kan helpen de markt voor producten en de markt voor innovatie van elkaar te onderscheiden. Uitgaande van de potentieel mededingingsbelemmerende gedraging (licentieweigering) onderscheidt het Max Planck Instituut voor Intellectueel Eigendom, in een reactie op de Discussion Paper van de Commissie inzake artikel 82 EG, de volgende twee situaties waarin de concurrent/afnemer afhankelijk is van een licentie: ten eerste die waarin het voor concurrenten

<sup>225</sup> Zoals bekend vallen binnen de diverse systemen van intellectueel eigendom verschillende grondslagen en doelstellingen aan te wijzen, waarvan de bevordering van innovatie er één is. Zie ook Grosheide, *Auteursrecht op maat: beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in een rechtspolitieke context* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1986. Zie voorts § 1.1.2 van deze dissertatie.

<sup>226</sup> Zie ook § 4.4.3.

niet mogelijk is zich tot een alternatief te wenden omdat de consument niet van product wil veranderen (standaardisatie) en ten tweede die waarin het voor concurrenten onmogelijk is op het beschermde product voort te borduren (het bereiken van interoperabiliteit is moeilijk of onmogelijk).<sup>227</sup> De eerste situatie ziet niet, de tweede wèl op innovatiemededinging.

In bovenstaand onderscheid wordt uitgegaan van de mogelijkheden van de concurrent: diens mogelijkheden bepalen de aard van de mededinging. Anders gesteld, bepalen de opties van de concurrent/afnemer de omvang en inhoud van de markt. Dit uitgangspunt sluit aan bij eerdere opmerkingen over marktafbakening in een upstream/downstream marktsituatie,<sup>228</sup> in feite is een innovatiemarkt immers ook een 'upstream' markt. Het is alleen geen upstream *product*markt. De relevante innovatiemarkt is in deze benadering afhankelijk van de mogelijkheden van de concurrent (van de rechthebbende) tot innovatie. Deze aanname heeft een belangrijke consequentie, namelijk dat de innovatiemarkt een erg omvangrijke markt zal zijn. De mogelijkheden tot innovatie zijn immers in theorie oneindig. In plaats van een 1860 baksteenstructuur bijvoorbeeld kan wellicht een systeem ontwikkeld worden dat deze structuur geheel overbodig maakt. In plaats van een tekstverwerkingsprogramma voor de pc kan misschien een web-based tekstverwerkingsprogramma worden bedacht.<sup>229</sup> Uitgaande van een dergelijke ruime definitie van de relevante markt voor innovatie, zal een onderneming met een IE-recht alleen een machtspositie innemen op het moment dat zij concurrenten ervan kan weerhouden te innoveren. Dit zal alleen aan de orde zijn in exceptionele situaties.

Uitgangspunt bij het afbakenen van een relevante markt voor innovatie is derhalve dat het de markt betreft waarop innovatiemededinging plaatsvindt. Welke markt dit in een concreet geval zal zijn, zal in beginsel bepaald kunnen worden aan de hand van de mogelijkheden tot innovatie die open staan voor de concurrenten of afnemers van de betreffende onderneming. In het navolgende zullen factoren worden besproken die hierbij ingezet kunnen worden.

#### § 4.5.3 Groepsvrijstellingen: relevante technologiemarkt en relevante innovatiemarkt

Groepsvrijstellingen stellen groepen overeenkomsten die voldoen aan zekere criteria vrij van het verbod van artikel 81 EG.<sup>230</sup> De groepsvrijstellingen hebben door-

<sup>227</sup> Comments of the Max Planck Institute for intellectual property, competition and tax law on the DG Competition discussion paper of December 2005 on the application of article 82 EC Treaty to exclusionary abuses, <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/comment1.pdf>, § 28.

<sup>228</sup> Zie § 4.3.2.

<sup>229</sup> Dergelijke programma's zijn overigens al in beperkte mate beschikbaar: zie bijvoorbeeld <http://www.thinkfree.com/common/main.tfo>.

<sup>230</sup> Groepsvrijstellingen zijn kort genoemd in § 1.2.2, § 1.1.1 en § 1.1.2. Zie uitgebreid over groepsvrijstellingen (o.a.) Jones & Sufrin 2004, p. 246 e.v.

gaans de vorm van een Commissieverordening,<sup>231</sup> en stellen ondernemingen in staat zelfstandig te toetsen of de door hen beoogde of reeds gesloten overeenkomsten zijn vrijgesteld van het verbod van artikel 81 lid 1 EG.<sup>232</sup> Voldoet de overeenkomst niet aan de vereisten die de groepsvrijstelling stelt, dan is zij niet automatisch in strijd met artikel 81, doch valt zij buiten de zogenaamde 'safe harbour'.<sup>233</sup> Gevolg is dat de overeenkomst individueel getoetst dient te worden aan het kartelverbod. Aangezien groepsvrijstellingen een uitwerking vormen van de regels van artikel 81 EG, hebben zij betrekking op overeenkomsten en niet zozeer op unilaterale gedragingen zoals die onderwerp kunnen zijn van het verbod van artikel 82 EG. De toepassing van groepsvrijstellingen op intellectueel eigendom ziet dan ook in beginsel op licentieovereenkomsten en niet op gedragingen zoals licentieweigeringen.<sup>234</sup> De belangrijkste groepsvrijstelling op het terrein van de intellectuele eigendom is de groepsvrijstelling Technologieoverdracht ('GVTO'),<sup>235</sup> maar toepassing van de groepsvrijstellingen inzake Specialisatieovereenkomsten,<sup>236</sup> Verticale overeenkomsten<sup>237</sup> en Onderzoek & Ontwikkeling<sup>238</sup> zijn eveneens denkbaar.<sup>239</sup>

231 Deze competentie tot vaststelling van groepsvrijstellingen in de vorm van een verordening is gebaseerd op een aantal door de Raad gedelegeerde bevoegdheden – zie ook § 1.1.1 van deze dissertatie.

232 Deze zelftoetsing vormt een belangrijk onderdeel van de modernisering van de EG-mededingingsregels. Sinds 1-5-2004 is het namelijk niet meer mogelijk een overeenkomst individueel aan te melden voor toetsing door de Commissie, maar dienen ondernemingen aan de hand van de bestaande Groepsvrijstellingen zelf te beoordelen of hun overeenkomsten zijn vrijgesteld of niet. Zie over de modernisering van de mededingingsregels: Anderman & Kallaughner 2006, § 3.01 – § 3.44.

233 Onderscheid moet hierbij gemaakt worden tussen overeenkomsten die bepalingen bevatten die door de groepsvrijstelling worden beschouwd als 'hardcore' mededingingsbeperkingen (gehele overeenkomst valt buiten de werking van de groepsvrijstelling en is vermoedelijk in strijd met artikel 81 EG – zie echter Anderman & Kallaughner 2006, § 5.21) en overeenkomsten die zogenaamde 'niet-vrijgestelde' bepalingen bevatten (de groepsvrijstelling geldt niet voor wat betreft deze clausules maar kan wel gelden voor het overige deel van de overeenkomst).

234 Zie ook paragraaf 7 van de bij de Verordening behorende Richtsnoeren (Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PbEG* 2004, C101/2) ('Richtsnoeren GVTO'): 'Het feit dat de wetgeving inzake intellectuele eigendom exclusieve exploitatierechten verleent, betekent niet dat intellectuele-eigendomsrechten geheel buiten de werking van het mededingingsrecht vallen. De artikelen 81 en 82 zijn met name van toepassing op overeenkomsten waarbij een rechthebbende aan een andere onderneming een licentie geeft om zijn intellectuele eigendomsrechten te exploiteren'. Drexler stelt, dat de werking van het mededingingsrecht naast overeenkomsten vanzelfsprekend ook ziet op licentieweigeringen. Drexler, *supra*, p. 1.

235 Verordening 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, *PbEG* 2004, L123/11.

236 Verordening nr. 2658/2000 van de Commissie betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen specialisatieovereenkomsten, *PbEG* 2000, L 304/3.

237 Verordening nr. 2790/1999 van de Commissie van 22 december 1999 betreffende de toepassing van artikel 81, lid 3, van het Verdrag op groepen verticale overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, *PbEG* 1999, L336/21.

238 Verordening 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, *PbEG* 2000, L 304/7.

239 Zie ook Jones & Sufrin 2004, p. 737-738; Korah 2006, p. 50-51; § 56 – 64 van de Richtsnoeren voor toepassing van de Verordening inzake de Technologieoverdracht (*PbEG* 2004, C 101/2).

Ondanks dat het een toepassing van artikel 81 EG betreft, kunnen de groepsvrijstellingen relevant zijn voor de vaststelling van een relevante markt voor innovatie. Zij maken namelijk vaak gebruik van marktaandeeldrempels: bevindt het marktaandeel van de onderneming in kwestie zich onder een bepaald percentage, dan is de vrijstelling van toepassing. Om te bepalen wat het marktaandeel is, moet vanzelfsprekend eerst een relevante markt gedefinieerd worden. Doorgaans maken de groepsvrijstellingen daarvoor gebruik van de definitie van de relevante markt zoals die door de Commissie gegeven wordt in haar – in deze dissertatie reeds veelvuldig aangehaalde – Bekendmaking.<sup>240</sup> Op een tweetal plaatsen binnen het raamwerk van de groepsvrijstellingen vinden we echter verwijzingen naar andere markten dan alleen de productmarkt: bij de groepsvrijstelling Technologieoverdracht (technologiemarkt) en de richtsnoeren inzake Horizontale Samenwerkingsovereenkomsten (innovatiemarkt). Deze kunnen wellicht aanknopingspunten bieden voor de omschrijving van een relevante innovatiemarkt.<sup>241</sup>

*Richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten:*<sup>242</sup> *innovatiemarkt*

De richtsnoeren horizontale samenwerkingsovereenkomsten (hierna: richtsnoeren horizontalen) hebben betrekking op de toepassing van artikel 81 op horizontale overeenkomsten, dat wil zeggen overeenkomsten<sup>243</sup> over samenwerking tussen ondernemingen die elkaars concurrenten zijn. Deze samenwerking kan onder andere betrekking hebben op productie, aan- of verkoop en onderzoek & ontwikkeling.<sup>244</sup> De richtsnoeren geven een aanvulling op de groepsvrijstellingen inzake Onderzoek & Ontwikkeling<sup>245</sup> en Specialisatieovereenkomsten.<sup>246</sup> Aangenomen mag worden dat zij eveneens richtinggevend zijn voor de beoordeling van (horizontale) overeenkomsten inzake de technologieoverdracht.<sup>247</sup>

De richtsnoeren horizontalen wijden zoals hierboven reeds aangegeven een aantal paragrafen aan mededinging op innovatiemarkten, die wellicht bruikbaar zijn.

De verdeling in productmarkt, technologiemarkt en innovatiemarkt die de richtsnoeren hanteren, is overigens ook terug te vinden in de Department of Justice Antitrust Guidelines on IP licensing uit de Verenigde Staten.<sup>248</sup>

<sup>240</sup> (Onder andere) de richtsnoeren GVTO verwijzen voor de bepaling van de relevante markt naar de Bekendmaking van de Commissie: Richtsnoeren GVTO, § 19.

<sup>241</sup> Zie over het vaststellen van een markt voor innovatie in de context van artikel 81 EG ook Kamperman Sanders e.a. 2003, *supra*, p. 14.

<sup>242</sup> Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PBEG* 2001 C3/2.

<sup>243</sup> De richtsnoeren zijn ook van toepassing op onderling afgestemde gedragingen (§ 1).

<sup>244</sup> Richtsnoeren horizontalen, § 1.

<sup>245</sup> *Supra*, noot 29.

<sup>246</sup> *Supra*, noot 13. Richtsnoeren horizontalen, § 8.

<sup>247</sup> Zie ook Korah 2006, § 3.3 – § 3.4.

<sup>248</sup> Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property van 6-4-1995, [www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf), hoofdstuk 3. Zie ook Anderman & Kallaughner 2006, § 6.40.

Innovatiemededinging heeft betrekking op producten die worden ontwikkeld ter vervanging van bestaande producten en die een geheel nieuwe vraag zullen scheppen.<sup>249</sup> De relevante markt voor innovatie zal dan bestaan uit de bouwstenen voor deze producten.<sup>250</sup> Daarbij kan gedacht worden aan technologie en/of knowhow, maar ook aan bijvoorbeeld infrastructuur voor telecommunicatie. Omdat het om producten gaat die bestaande producten zullen vervangen, zal het niet eenvoudig zijn om te bepalen wat de bouwstenen voor deze producten zijn of zullen worden. Naarmate er meer aanknopingspunten zijn voor wat deze producten mogelijk zullen zijn, zal het makkelijker worden deze bouwstenen te identificeren, en zal de relevante markt voor innovatie duidelijker afgebakend kunnen worden. Vaak zal echter minder duidelijk zijn welke producten in de toekomst het huidige aanbod zullen (kunnen) vervangen, waardoor de relevante markt voor innovatie zeer breed zal moeten worden vastgesteld.<sup>251</sup>

De Commissie erkent in de richtsnoeren horizontalen dat bij innovatiemededinging een analyse van de relevante product- en technologiemarkt tekort kan schieten, maar ziet in situaties waarin de innovatieactiviteiten in de betreffende bedrijfstak onvoldoende duidelijk gestructureerd zijn geen andere optie.<sup>252</sup> Indien wèl een duidelijk beeld is van de innovatieactiviteiten – als voorbeeld wordt de farmaceutische sector genoemd<sup>253</sup> – gaat de Commissie uit van de ‘O&O – pools’ die na het sluiten van de overeenkomst overblijven.<sup>254</sup> Dat wil zeggen dat indien er voldoende concurrerende onderzoeks- en ontwikkelingsactiviteiten op de markt kunnen plaatsvinden na het sluiten van de overeenkomst, de mededinging op de innovatiemarkt voldoende gewaarborgd blijft. Uit deze formulering kan niet direct een definitie van de relevante innovatiemarkt worden afgeleid, maar de hulpmiddelen die de Commissie noemt om te bepalen of er inderdaad voldoende innovatieactiviteit mogelijk blijft zijn misschien wèl bruikbaar. Als van belang zijnde factoren moet volgens de Commissie rekening gehouden worden met: de aard, de reikwijdte en omvang van potentiële andere O&O-activiteiten bij concurrenten, hun toegang tot financiële en menselijke hulpbronnen, knowhow en octrooien of andere specifieke activa alsook het tijdsverloop en de mogelijkheid eventuele resultaten te exploiteren.<sup>255</sup> Deze factoren lijken bruikbaar voor de afbakening van de relevante innovatiemarkt omdat ze de focus leggen op het innovatievermogen van de concurrenten zelf, en niet uitgaan

249 Richtsnoeren horizontalen, § 50.

250 Glader 2006, p. 213. Vgl. ook de Antitrust guidelines for the licensing of intellectual property van 6-4-1995, [www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf](http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/0558.pdf), § 3.2.3.

251 Glader 2006, p. 213.

252 Richtsnoeren horizontalen, § 50 j<sup>o</sup> § 52.

253 In de farmaceutische sector is het relatief eenvoudig innoverende activiteiten te identificeren omdat regelgeving op het gebied van geneesmiddelenregistratie voor bepaalde ontwikkelingsstadia van een geneesmiddel registratie vereist. Anderman & Kallaughar 2006, § 6.42. Zie over marktafbakening in de farmaceutische sector ook Charles River Associates International, ‘Competition Memo (november 2006): Market definition in the pharmaceutical sector’, [http://www.crai.com/ecp/assets/Market\\_Definition\\_Pharma.pdf](http://www.crai.com/ecp/assets/Market_Definition_Pharma.pdf).

254 Richtsnoeren horizontalen, § 51.

255 Richtsnoeren horizontalen, § 51.

van de via andere kanalen reeds beschikbare producten, technologieën of anderzootige input. Als er voldoende aanknopingspunten zijn om een beeld te kunnen vormen van de producten en technologieën die in de toekomst een rol zullen spelen bij de concurrentie in een bepaalde sector, kan bepaald worden welke elementen noodzakelijk zijn om in de toekomstige markt te concurreren. Op deze manier kan een aanzet gegeven worden tot de afbakening van de relevante markt voor innovatie. Niettemin zal deze relevante markt altijd een ruime markt zijn, want ook al kunnen bouwstenen voor toekomstige innovatie in het heden reeds geïdentificeerd worden, het zal altijd een verzameling betreffen die ruimer is dan de relevante productmarkt zoals we die nu kennen in het mededingingsrecht.

*Groepsvrijstelling Technologieoverdracht: relevante technologiemarkt*

De per 1 mei 2004 in werking getreden Groepsvrijstelling Technologieoverdracht ('GVTO')<sup>256</sup> ziet op overeenkomsten inzake de technologieoverdracht. Zoals blijkt uit artikel 1 GVTO zijn dit octrooilicenties, knowhowlicenties, licentieovereenkomsten betreffende softwareauteursrecht en gemengde vormen van deze overeenkomsten. Ook de volledige overdracht van bovengenoemde exclusieve rechten valt onder de groepsvrijstelling, mits een deel van het exploitatierisico bij de overdrager blijft.<sup>257</sup> De GVTO introduceert echter een nieuw begrip: naast de relevante productmarkt gaat zij uit van een relevante *technologiemarkt*.

Ondernemingen die met elkaar concurreren moeten, om onder de groepsvrijstelling te kunnen vallen, een gezamenlijk marktaandeel van 20% of minder innemen op de relevante technologie- en productmarkt; ondernemingen die niet met elkaar concurreren mogen ieder maximaal een marktaandeel van 30% innemen.<sup>258</sup> Ondernemingen concurreren op de technologiemarkt indien ze concurrerende technologieën in licentie geven (zonder daarbij inbreuk te maken op hun wederzijdse intellectuele eigendomsrechten). Op de productmarkt zijn ondernemingen concurrenten indien ze beide (voorafgaand aan de beoogde licentieovereenkomst) actief zijn op de markt of markten waarop contractproducten worden verkocht dan wel op die markt(en) potentiële concurrenten zijn.<sup>259</sup> Paragraaf 68 van de Richtsnoeren verduidelijkt dat ondernemingen *geen* concurrenten zijn als de licentiegever noch een feitelijke noch een potentiële leverancier van producten op de relevante (product)markt is en de licentienemer geen licenties op een concurrerende technologie verleent. Zodra deze situatie verandert worden de ondernemingen aangemerkt als concurrenten.<sup>260</sup> Of ondernemingen concurrenten zijn op de relevante product- en/of technologiemarkt is van belang omdat de GVTO een verschil maakt tussen concurrenten en niet-concurrenten voor wat betreft de marktaandeeldrempels en de hardcore restricties.

<sup>256</sup> Verordening 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, *PbEG* 2004, L123/11.

<sup>257</sup> Art. 1 sub b GVTO. Zie ook Kneepkens & Speyart, 'De nieuwe groepsvrijstellingsverordening inzake technologieoverdracht: rechtszekerheid heeft haar prijs', *IER* 2006-6, p. 291-292.

<sup>258</sup> Art. 3 lid 1 en lid 2 GVTO. De hoogte van deze marktaandeeldrempels wordt in de literatuur wel bekritiseerd: Anderman & Kallaughar 2006, § 5.65.

<sup>259</sup> Art. 1 sub j kleine letter i en ii GVTO.

<sup>260</sup> Richtsnoeren GVTO, § 68.



De introductie van dit nieuwe begrip vormt, in samenhang met de doelstelling van de GVTO, namelijk het identificeren van situaties waarin het aanwakkeren van innovatie vóór eventuele beperkingen van de mededinging gaat,<sup>261</sup> aanleiding voor een verkenning van mogelijke aanknopingspunten voor de invulling van het begrip innovatiemarkt.

*Verwisselbare kenmerken, royalty's en gebruiksbestemming*

In artikel 1 sub j kleine letter i GVTO wordt de relevante technologiemarkt als volgt omschreven: 'de relevante technologiemarkt omvat technologieën die op grond van hun kenmerken, hun royalty's en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd, door de licentienemers als onderling verwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd'. De richtsnoeren maken duidelijk dat deze methode voor het bepalen van de relevante technologiemarkt is gebaseerd op de beginselen die ook gelden bij de afbakening van de relevante productmarkt: uitgaand van de technologie die door de licentiegever op de markt wordt gebracht, wordt bekeken wat de alternatieven zijn voor de licentienemers.<sup>262</sup> Hieruit blijkt dat technologie in dit verband wordt beschouwd als een *product*: als de prijs van het gebruik van de technologie (dat wil zeggen de royalty's die de licentienemer verschuldigd is aan de licentiegever) omhoog gaat, op welke andere technologieën kan de licentienemer dan overschakelen?<sup>263</sup> Omdat deze methode op dezelfde uitgangspunten is gebaseerd als de standaard marktafbakening, kleven er wat betreft intellectueel eigendom dezelfde bezwaren aan als eerder geconstateerd in dit hoofdstuk, namelijk dat het gevaar bestaat dat de markt zo nauw gedefinieerd wordt, dat zij alleen de producten omvat die beschermd worden door het exclusieve recht. Dat de technologie wordt beschouwd als een product, blijkt ook uit de definitie van 'technologie' in de richtsnoeren voor horizontale overeenkomsten, die in de GVTO richtsnoeren regelmatig aangehaald worden: 'Technologiemarkten bestaan uit de intellectuele eigendom die in licentie is gegeven en de naaste substitutietechnologieën, dat wil zeggen andere technologie en die de afnemers als vervanging zouden kunnen gebruiken'.<sup>264</sup> Het identificeren van technologie met een product, waardoor de relevante markt slechts de (door IE beschermde) technologie omvat, lijkt gezien het bovenstaande in een context van artikel 82 niet heel bruikbaar.

*Totaalpakket van technieken*

Het lijkt er zodoende niet direct op dat het begrip 'relevante technologiemarkt' uit de GVTO hulp kan bieden bij het afbakenen van een markt voor innovatie in het kader van artikel 82 EG. Anderman wijst echter op de mogelijkheid een meer functionele definitie van 'technologie' aan te nemen: technologie omvat dan het totaalpakket van technieken die de potentiële licentienemer nodig heeft om het gewenste product te kunnen maken.<sup>265</sup> Verschil met de benadering uit de richtsnoeren horizontale overeenkomsten is dat de relevante technologiemarkt in dit geval ruimer is, en naast louter de in licentie gegeven technologie andere technologieën omvat. De relevante markt kan daardoor niet meer worden vastgesteld op het intellectueel eigendomsrecht dat ten grondslag ligt aan een enkel technologisch product. Nadeel van deze benadering is echter dat de relevante markt per licentienemer sterk zal verschillen. Immers,

<sup>261</sup> Overweging 5 j° overweging 6 GVTO.

<sup>262</sup> Richtsnoeren GVTO, § 22.

<sup>263</sup> Zie ook Anderman & Kallaughar 2006, § 6.55 – § 6.58.

<sup>264</sup> Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, PBEG 2001 C3/2, § 47. Zie ook Anderman & Kallaughar 2006, § 6.58.

<sup>265</sup> Anderman & Kallaughar 2006, § 6.59.

niet iedere licentienemer wil hetzelfde product maken en heeft dus weer andere technologieën nodig. Dit zou leiden tot een per licentienemer verschillende technologiemarkt. Bovendien richt deze benadering zich op *bestaande* technologieën en is in dat opzicht misschien niet helemaal gelijk te stellen aan een markt voor *innovatie*. Betekent bijvoorbeeld het feit dat er verschillende octrooilicenties nodig zijn om een geneesmiddel te produceren dat de werkwijzen die deze octrooien bestrijken ook per definitie samen de markt voor innovatie vormen? Of dienen in de markt voor innovatie ook mogelijkheden inbegrepen te worden die de (potentiële) licentienemer *zelf* heeft om *nieuwe* werkwijzen te bedenken en op die manier een nieuw product te creëren? Wij menen het laatste.

Een verwijzing naar de richtsnoeren horizontale overeenkomsten in de richtsnoeren GVTO biedt in dit opzicht wellicht meer aanknopingspunten. In paragraaf 25 wordt gesteld dat sommige licentieovereenkomsten invloed kunnen hebben op innovatiemarkten. Onderzoek naar dergelijke invloeden zal in beginsel plaatsvinden binnen de bestaande product- en technologiemarkten, waarbij innovatie een bron van potentiële concurrentie zal zijn.<sup>266</sup> De Commissie geeft echter aan dat het in uitzonderlijke situaties wel degelijk nodig kan zijn een innovatiemarkt af te bakenen – het zou dan met name overeenkomsten betreffen die gericht zijn op de totstandbrenging van nieuwe producten, zoals overeenkomsten op het gebied van onderzoek en ontwikkeling. Een nadere definitie van een dergelijke innovatiemarkt wordt echter in de groepsvrijstelling op het gebied van Onderzoek & Ontwikkeling niet gegeven.<sup>267</sup>

De aandacht voor relevante technologiemarkten en innovatiemarkten in de GVTO en de richtsnoeren Horizontalen heeft zich (nog) niet gemanifesteerd in de context van artikel 82 EG. Dit blijkt ook uit de Discussion Paper van de Commissie aangaande toepassing van artikel 82: marktafbakening in het kader van artikel 82 concentreert zich louter op de relevante *productmarkt*.<sup>268</sup> Het vaststellen van een relevante markt voor innovatie is wellicht makkelijker voor te stellen bij het beoordelen van onderzoeks- en ontwikkelingsovereenkomsten of concentraties dan bij unilateraal gedrag, omdat er dan meer aanknopingspunten zijn om te kunnen bepalen op welke wijze bestaande producten in de toekomst vervangen zullen worden.<sup>269</sup> Niettemin valt niet in te zien waarom alternatieven voor of aanvullingen op de relevante productmarkt niet effectief zouden kunnen zijn bij de toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie, en daarmee bij licentieweigeringen.<sup>270</sup>

De definitie van technologiemarkten lijkt vooralsnog niet bruikbaar in een innovatiecontext, aangezien ook deze zich op de bestaande alternatieven en productiemiddelen richt. In de richtsnoeren horizontalen worden echter factoren genoemd

<sup>266</sup> Deze potentiële concurrentie wordt dan meegewogen bij de beoordeling van de invloed van de overeenkomst op de product- en technologiemarkt: richtsnoeren GVTO, § 25.

<sup>267</sup> In de betreffende groepsvrijstelling wordt alleen gesproken van een relevante product- en geografische markt. Verordening 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, *PbEG* 2000, L 304/7, artikel 2 sub 13.

<sup>268</sup> DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, *supra*, § 11 – § 19.

<sup>269</sup> Zie ook Glader 2006, p. 281 e.v.

<sup>270</sup> Sowieso zijn omschrijvingen van een relevante technologie- en innovatiemarkt bruikbaar bij de beoordeling van concentraties: Anderman & Kallaugh 2006, § 6.42.

die voor een definitie van de relevante innovatiemarkt van belang zouden kunnen zijn, omdat ze de nadruk leggen op de mogelijkheden voor innovatie bij de concurrent(en) en op die wijze een bijdrage kunnen leveren aan een inschatting van de mate waarin de markt open is voor innovatie.

#### § 4.5.4 CRA rapport: toetredingsbarrières

Verdere aanknopingspunten voor de definitie van een relevante innovatiemarkt worden gezocht in het reeds genoemde rapport van het gerenommeerd economisch adviesbureau Charles River Associates. Het rapport werd in 2002 uitgebracht en heeft betrekking op de relatie tussen innovatie en mededingingsbeleid, met ruime aandacht voor de rol die intellectueel eigendom daarbij speelt.<sup>271</sup> De auteurs staan een zogenaamde 'first principles' benadering van de problematiek voor: in plaats van een gescheiden behandeling van machtspositie en misbruik wordt het *gedrag* als uitgangspunt genomen bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een mededingingsverstoring.<sup>272</sup> Een deel van het rapport focust zich op de vraag of het nuttig is bij deze analyse een markt voor innovatie te onderscheiden. Het geeft dus niet zozeer aanknopingspunten voor een mogelijke definitie van een relevante innovatiemarkt, maar richt zich meer op de vraag of het überhaupt zinvol is om – los van het bestaan van een productmarkt – een markt voor innovatie af te bakenen.

De meningen van economen over de beantwoording van deze vraag lopen uiteen. Tegenstanders van het onderkennen van een aparte markt voor innovatie wijzen met name op de complicaties die zouden ontstaan bij de afbakening: innovatie is een moeilijk te meten element, waardoor het vaststellen van een markt daarvoor een lastige opgave lijkt.<sup>273</sup>

Anderman is van mening dat het omschrijven van een markt voor innovatie een hulpmiddel kan zijn bij de beoordeling van het concurrentie*klimaat*. Innovatiemarkten kunnen naar zijn mening echter geen rol spelen bij de afbakening van de relevante markt, omdat het vrijwel onmogelijk zou zijn een machtspositie in te nemen op een zodanige markt.<sup>274</sup> De vraag rijst niettemin of dat niet juist de meerwaarde is van het definiëren van een relevante markt voor innovatie in een IE-context, omdat daarmee duidelijk wordt dat het exclusieve recht eigenlijk helemaal geen mededingingsbeperking met zich meebrengt. De verwachting is dat het zelden voor zal komen dat een IE-rechthebbende op de innovatiemarkt een machtspositie inneemt, maar als dat zo is, dan is het zowel naar de strekking van het mededingingsrecht als naar de ratio van het IE-recht gerechtvaardigd deze rechthebbende beperkingen op te leggen met betrekking tot zijn gedrag, voor zover dit anders de innovatie zou kunnen belemmeren.

<sup>271</sup> Het rapport bestaat uit 2 delen: een eerste deel met een uiteenzetting van de benadering van de auteurs en een tweede deel met 'case studies': Lind e.a. 2002, 'Innovation and Competition Policy' Part 1 – Conceptual issues & Part II – Case studies', [www.offt.gov.uk/news/publications](http://www.offt.gov.uk/news/publications) (report prepared for the Office of Fair Trading).

<sup>272</sup> Lind e.a. 2002, 'Innovation and Competition Policy' Part 1 – Conceptual issues, § 4.7 – § 4.15.

<sup>273</sup> CRA rapport part I, *supra*, B.2 – B.5.

<sup>274</sup> Anderman & Kallaugh 2006, § 6.42.

De auteurs van het rapport erkennen de bezwaren die kleven aan het definiëren van een innovatiemarkt. Kern van de problematiek is naar hun oordeel het gegeven dat op innovatiemarkten veelal een duidelijke link ontbreekt tussen grondstoffen (onderzoek, ontwikkeling) en eindproducten (innovatie), waardoor de traditionele aanpak uit het mededingingsrecht niet goed werkt.<sup>275</sup> Desondanks menen zij dat het geenszins onmogelijk is om in een specifieke situatie een markt voor innovatie te omschrijven.<sup>276</sup> Belangrijk is hierbij wel dat de mededingingsautoriteit zich realiseert dat instrumenten voor het meten van marktmacht niet onverkort kunnen worden toegepast op een dergelijke innovatiemarkt: marktaandeel en marktconcentratie geven op een innovatiemarkt geen goed beeld van de positie van een onderneming op die markt. Het identificeren van toetredingsbarrières zou daarentegen wèl een bruikbaar instrument zijn.<sup>277</sup> Een dergelijke toetredingsbarrière zou bijvoorbeeld gevormd kunnen worden door een bijzonder sterke concentratie relevante knowhow bij één onderneming.<sup>278</sup>

#### § 4.5.5 *Microsoft* beschikking

In haar beschikking inzake *Microsoft* gaat de Commissie in op het verweer van Microsoft dat een verplichting tot het afstaan van interface-informatie haar innovatiebereidheid drastisch zou verminderen.<sup>279</sup> Daarbij bakent zij niet een specifieke markt voor innovatie af, maar gaat indirect wèl in op de omvang van deze markt: bij het beoordelen van de innovatiebereidheid van Microsoft moet volgens haar niet alleen rekening gehouden worden met de innovatiebereidheid voor wat betreft de interfaces (het product waarvoor toegang wordt gevraagd) maar met de bereidheid tot productinnovatie in het algemeen.<sup>280</sup> De markt waarop de positie van Microsoft gemeten zou moeten worden is in dit geval dus groter dan louter de markt voor het product waartoe toegang wordt gevraagd.

Het lijkt inderdaad niet onlogisch dat een markt voor innovatie in bepaalde opzichten omvangrijker zal zijn dan een productmarkt: immers, een innovatiemarkt zal potentiële nieuwe producten dienen te omvatten.

Deze benadering van de Commissie ziet in eerste instantie op de mogelijkheden tot innovatie bij Microsoft zelf en niet zozeer bij haar concurrenten. Zoals reeds werd opgemerkt in § 4.4.3 kan een zeer geringe mate van innovatiebereidheid bij de onderneming in kwestie een indicatie zijn voor een machtspositie op een

<sup>275</sup> CRA rapport part I, *supra*, B.10.

<sup>276</sup> CRA rapport part I, *supra*, B.11.

<sup>277</sup> CRA rapport part I, *supra*, B.13.

<sup>278</sup> Vgl. Evans & Schmalensee 2002, p. 25.

<sup>279</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, zaak nr. 37.792, <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf>, § 5.3.1.4.1.

<sup>280</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 724.

mogelijke innovatiemarkt.<sup>281</sup> Het meten van innovatiebereidheid lijkt echter problematisch. Inzake *Microsoft* voert de Commissie aan dat het elimineren van concurrenten zal leiden tot verminderde productinnovatie bij Microsoft zelf.<sup>282</sup> Dit lijkt echter meer een algemeen mededingingsrechtelijk uitgangspunt dan een specifiek argument in deze zaak.<sup>283</sup> Geen concurrentie op het innovatievlak leidt tot een afnemende drang tot innovatie, maar daarmee is niet gezegd dat weinig concurrentie een bewijs levert voor het ontbreken van deze innovatiebereidheid. Evenmin overtuigt het verweer van Microsoft dat, had het een dwanglicentie voor interoperabiliteitsinformatie voorzien, er geen moeite gedaan zou zijn de pc-besturingssystemen en netwerkbesturingssystemen op elkaar af te stemmen. De wijze waarop een ontbreken van innovatiebereidheid kan worden aangetoond lijkt dus gecompliceerd. Mogelijk zouden investeringen in R&D kunnen duiden op de bereidheid tot innoveren, maar een dergelijk criterium zou tot afbakeningproblemen kunnen leiden.<sup>284</sup> Innovatiebereidheid lijkt derhalve in theorie geschikt als marktafbakingscriterium, maar zal in de praktijk moeilijk te hantieren zijn.

#### § 4.5.6 Kallay: model voor dynamische mededinging

Dina Kallay gebruikt in haar boek over mededinging en intellectueel eigendom het concept dynamische mededinging om een model voor mededingingsrechtelijke analyse te ontwikkelen, dat in het bijzonder geschikt zou zijn voor de beoordeling van conflicten tussen de twee rechtsgebieden.<sup>285</sup> Haar analyse valt uiteen in twee onderdelen: een onderzoek naar het competitieve proces op een bepaald deel van de markt en een evaluatie van de marktomstandigheden. Het laatstgenoemde onderdeel komt slechts aan bod indien uit het onderzoek naar het competitieve proces blijkt dat dit verstoord is: een evaluatie van de marktomstandigheden moet dan uitwijzen in hoeverre het gebrek aan concurrentie toe te rekenen valt aan de aard van de markt (bijvoorbeeld overheidsregulering of de aanwezigheid van intellectueel eigendom) of aan het gedrag van de onderneming in kwestie.<sup>286</sup> In zoverre lijkt het model op de analyse in het kader van artikel 82 EG, dat het eerst een drempel opwerpt (machtspositie, situatie van verminderde concurrentie) alvorens een oordeel te kunnen geven over het gedrag van de onderneming.

281 Andersom kan een zeer hoge innovatiebereidheid eveneens leiden tot een dominante positie op de markt voor innovatie aangezien er dan hoge toetredingsbarrières voor concurrenten ontstaan.

282 Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, § 725.

283 Zie over dit aspect van *Microsoft* ook § 5.5.4 van deze dissertatie.

284 Welke investeringen kunnen aangemerkt worden als investeringen in R&D? Hoeveel investeringen zijn vereist om innovatiebereidheid aan te kunnen nemen?

285 Dina Kallay, *The law and economics of antitrust and intellectual property*, Cheltenham: Edward Elgar 2004.

286 Kallay 2004, p. 92-98.

In dit opzicht is Kallay's model derhalve een tegenhanger van de in § 4.5.4 besproken 'first principles approach' waarbij juist het *gedrag* als uitgangspunt genomen wordt voor de mededingingsrechtelijke analyse. In een ander opzicht komt het daarmee juist weer overeen, in die zin dat het afstapt van het traditionele traject marktafbakening – positie onderneming – misbruik.<sup>287</sup> Kallay baseert haar model op opvattingen van de Oostenrijkse School, die het individueel menselijk handelen als uitgangspunt neemt voor het verklaren van economische ontwikkelingen.<sup>288</sup>

De wijze waarop in het eerste stadium het competitieve proces wordt onderzocht verschilt in Kallay's model niettemin in een aantal opzichten van de traditionele mededingingsrechtelijke analyse. Deze verschillen hebben betrekking op de dynamiek van de markt en verdienen in de context van het onderzoek naar de definitie van een innovatiemarkt nadere aandacht.

Kallay tracht door middel van haar – op principes van de Oostenrijkse School gebaseerde – model voor dynamische mededinging in kaart te brengen in hoeverre een onderneming op een bepaalde markt afgeschermd is van of zich kan onttrekken aan de effecten van concurrentie. Daarbij dient aan de volgende factoren aandacht te worden besteed:<sup>289</sup>

- *de mate waarin innovatie plaatsvindt*  
hiermee wordt zowel bedoeld op door IE beschermbare prestaties als op productvernieuwing en –aanpassingen die niet beschermbaar zijn. Deze factor kan gezien worden als een uitwerking van de imitatiemededinging / innovatiemededinging dichotomie.
- *de gevoeligheid van de onderneming in kwestie voor de wensen van de markt*  
dit element lijkt hetzelfde als in de traditionele marktafbakening. Immers, kan een onderneming zich onafhankelijk gedragen van haar consumenten, dan kan worden aangenomen dat zij een machtspositie inneemt. Kallay benadrukt echter dat bedoelde gevoeligheid niet alleen het prijsbeleid van de onderneming betreft, maar ook zaken als deelname aan advertentiecampagnes en de kwaliteit van haar producten. Desondanks overtuigt dit niet: in de Europese benadering<sup>290</sup> van de marktanalyse vervullen ook de laatstgenoemde elementen reeds een rol.<sup>291</sup>

287 Daarbij moet de kanttekening gemaakt worden, dat Kallay in haar boek uitgaat van de Amerikaanse mededingingswetgeving. Een analyse op basis van artikel 2 van de Sherman Act (het Amerikaanse equivalent van artikel 82 EG) vereist vanwege de aard van het verbod geen marktafbakening. Zie ook § 3.2.1 van deze dissertatie.

288 Zie Kallay 2004, p. 38-69. Bekende vertegenwoordigers van de Oostenrijkse school waren Menger, Von Böhm-Bawerk, Kirzner, Von Mises en Hayek. Joseph Schumpeter, leerling van Von Böhm-Bawerk, wordt wel geassocieerd met de Oostenrijkse School, maar neemt in zijn latere werk duidelijk afstand van de beginselen van de stroming. Kallay rekent Schumpeter in haar boek tot de neo-Oostenrijkse economen, maar vermeldt dat de grenzen van Oostenrijkse school niet duidelijk afgebakend zijn: Kallay 2004, p. 38 j° p. 69 (voetnoot 3).

289 Kallay 2004, p. 92-97.

290 Het boek van Kallay gaat voor wat betreft vergelijkingen met de traditionele, statische marktafbakeningsmethoden uit van de praktijk in de Verenigde Staten op basis van artikel 2 van de Sherman Act (zie ook § 3.2.1). Dit maakt haar dynamische model voor deze dissertatie echter niet onbruikbaar: de uitgangspunten voor de invulling van de begrippen marktmacht en misbruikgedrag liggen in de VS en Europa niet ver uiteen (zie ook Jones & Sufrin 2004, p. 293-296), en bovendien kan het dynamische model in beide jurisdicties toepassing vinden.

291 Zie § 1.2.5 van deze dissertatie.

- *veranderlijkheid van de markt*  
maar: het aantal spelers zegt niets. Ook in Kallay's analyse van een dynamische concurrentieomgeving spelen marktaandeel en marktconcentratie geen enkele rol.<sup>292</sup> Alleen ter verdediging van een aantijging van misbruik van machtspositie zou een onderneming zich kunnen beroepen op haar marktaandeel, indien dit aandeel bewijsbaar fluctueert. Onmiddellijk wordt echter de kanttekening gemaakt dat het inschatten van een marktaandeel een uiterst onzekere exercitie is.<sup>293</sup>
- *prijsfuctuaties*  
indien de prijs van het product zelf of de prijs ten opzichte van concurrerende producten fluctueert, is dat een teken van een gezond concurrentieklimaat.
- *aanwezigheid van alternatieven voor het beschermde product*  
het begrip 'alternatief' moet hier volgens Kallay ruimer worden opgevat dan het begrip substitueert zoals dat gebruikt wordt bij het vaststellen van substitueerbaarheid aan de vraagzijde. Als 'alternatief' komen tevens in aanmerking alle producten in gerelateerde of aanverwante markten.<sup>294</sup> Tevens wordt opgemerkt dat indien alternatieven ontbreken, de reden daarvoor zorgvuldig moet worden onderzocht, aangezien er sprake kan zijn van een zodanig nieuwe markt dat er nog geen alternatieven ontwikkeld zijn.<sup>295</sup>
- *mate van onzekerheid in de markt*  
indien de onderneming die onderwerp is van onderzoek zich tot op zekere hoogte kan immuniseren voor de onzekerheden die in een dynamische markt vrijwel altijd aanwezig zijn, kan dat een teken zijn dat de onderneming zich kan onttrekken aan concurrentie op de markt. Een voorbeeld is het opstellen van grant-back licentieclausules door een onderneming met een voor de markt essentieel octrooi.
- *aanwezigheid van toetredingsbarrières*  
barrières voor toetreding tot een dynamische markt worden niet zo zeer gevormd door factoren als schaalvoordelen of grootte van de onderneming, maar zijn gerelateerd aan het gedrag van de onderneming in kwestie.<sup>296</sup>

Na een toetsing aan bovenstaande factoren moet duidelijk worden of er sprake is van een verstoord concurrentieproces. Is dit het geval, dan worden de marktomstandigheden langs de lat van de mededingingsrechtelijke grondbeginselen uit de Oostenrijkse School gelegd.<sup>297</sup> Van belang is daarbij dat er een causaal verband vastgesteld kan worden tussen de verstoorde marktomstandigheden en het gedrag

<sup>292</sup> Ter vergelijking met de traditionele analyse wordt een metafoor met een visvijver gebruikt: de instrumenten die zijn voortgekomen uit statische mededingingsopvattingen meten de grootte van de vijver, de grootte van de vissen ten opzichte van de vijver en in hoeverre de verdachte vis zijn territorium in de vijver kan vergroten. De dynamische mededingingsanalyse richt zich daarentegen op de relatie tussen de vissen, de dagelijkse gebeurtenissen in de vijver en de vraag of de verdachte vis zich kan onttrekken aan de huisregels van de vijver. Kallay 2004, p. 100.

<sup>293</sup> Kallay 2004, p. 94.

<sup>294</sup> Kallay benadrukt dat het begrip 'markt' zoals zij het gebruikt niet overeenkomt met het begrip van de relevante markt uit de traditionele mededingingsrechtelijke analyse. Omdat in de visie van de Oostenrijkse School markten nooit volledig onafhankelijk van elkaar zijn, moet het begrip 'markt' worden opgevat als 'marktgebied'; 'markttruimte'. Kallay 2004, p. 110 (voetnoot 16).

<sup>295</sup> Kallay 2004, p. 95. Als voorbeeld van de gradatie van substitueerbaarheid die haar model aanhangt noemt Kallay de uitwisselbaarheid van frequente bezoeken aan een zonnebankstudio met de vraag naar Caribische vakanties: *idem*, p. 110 (voetnoot 16).

<sup>296</sup> Zie ook § 4.4.1.

<sup>297</sup> Voor nadere uitleg omtrent deze beginselen wordt verwezen naar Kallay 2004, p. 81-90.

van de onderneming die onderwerp is van onderzoek. Dit is een wezenlijk andere benadering dan de analyse in het kader van artikel 82 EG, daar de toepassing van dat artikel geen causaal verband vereist tussen de machtspositie en de gewraakte gedraging.<sup>298</sup> Aangezien dit onderdeel van het model van Kallay louter ziet op het toerekenen van de situatie op de markt aan de onderneming, en niet op de *positie* van de onderneming op de (innovatie)markt, wordt het hier verder buiten beschouwing gelaten.

Kallay meent dat haar dynamische model in het bijzonder geschikt is voor toepassing bij conflicten tussen het mededingingsrecht en IE, aangezien het de onderliggende beginselen van het IE-systeem respecteert.<sup>299</sup> Om het model te toetsen past zij het toe op de *Magill* casus, en komt daarbij tot de volgende conclusies. Op grond van het dynamische model wordt de marktsituatie in *Magill* beoordeeld als verstoord. Innovatie vond niet plaats en werd zelfs geblokkeerd, voor de hand liggende wensen van de consument (allesomvattende tv-gids) werden genegeerd, er waren geen alternatieven voor de consument,<sup>300</sup> er waren toetredingsbarrières en de actoren op de markt stemden hun gedrag op elkaar af.<sup>301</sup> Als we ervan uitgaan dat er bij het innemen van een machtspositie in de zin van artikel 82 EG ook sprake is van een verstoerde marktsituatie, leiden het dynamische model en de marktafbakening door de Commissie op dit punt dus tot hetzelfde resultaat. Belangrijk voordeel is volgens Kallay echter, dat het arbitraire proces van marktafbakening bij gebruik van het dynamische model vermeden kan worden.<sup>302</sup> Bovendien is het kunstmatige onderscheid tussen hoofd- en afgeleide markt niet meer vereist voor het aannemen van een schending van het verbod van artikel 82 EG.<sup>303</sup>

Is het model van Kallay bruikbaar voor de definitie van een innovatiemarkt? Het lijkt zeker aanknopingspunten te bieden voor het vaststellen van een zodanige markt, maar in sommige onderdelen van de analyse valt het terug op bepaalde aspecten van productmarkten die zich niet zonder meer laten transponeren naar de innovatiemarkt. De factoren prijsfluctuatie, veranderlijkheid van de markt en het bestaan van alternatieven voor de consument kunnen eigenlijk alleen gemeten worden als teruggegrepen wordt op een productmarkt. Immers, het gebruik van deze instrumenten vereist informatie over *bestaande* producten: voor de vaststelling van de prijs, de substitueerbaarheid en het bepalen van een marktaandeel. Aangezien we juist van de productmarkt die alleen bestaande producten omvat wensen te abstraheren, lijken deze elementen niet heel bruikbaar.

298 Zie § 1.3 alsmede de daar genoemde literatuur. Anders: Eilmannsberger 2005, p. 140-146.

299 Kallay 2004, p. 108.

300 De conclusie dat er voor de Ierse consument geen alternatieven waren voor een wekelijkse tv-gids lijkt overigens onverenigbaar met Kallay's eerdere uitleg over het (ruime) begrip 'alternatief'.

301 Kallay 2004, p. 134-142.

302 Kallay 2004, p. 149-150.

303 Kallay 2004, p. 150-151.



Anderzijds kunnen de mate waarin innovatie plaatsvindt en de aanwezigheid van toetredingsbarrières beschouwd worden als belangrijke graadmeters voor het vaststellen van een innovatiemarkt: worden ondernemingen belemmerd in hun mogelijkheden tot innovatie dan slinkt de omvang van de markt voor innovatie. Daarnaast wijst de rigoureuze afwijzing van het belang van marktaandeel of marktconcentratie er – opnieuw – op dat deze elementen in ieder geval *niet* van belang zijn bij het afbakenen van een innovatiemarkt.

Bovendien is een belangrijk pluspunt van Kallay's model dat het niet als doelstelling heeft bepaalde producten in- of uit te sluiten; het richt zich louter op het analyseren van de marktomstandigheden en op de vraag of daaruit blijkt dat de mededinging verstoord wordt. Tegelijkertijd levert een dergelijke functionele analyse ook een nadeel op, namelijk dat het geen heldere, duidelijke criteria geeft die antwoord kunnen geven op de vraag wanneer een onderneming nu precies wèl, en wanneer zij geen machtspositie inneemt.

Ten slotte lijkt het tweede onderdeel van haar analyse, de evaluatie van de marktomstandigheden, niet bruikbaar omdat het zich moeilijk laat transponeren naar de Europese situatie, aangezien de beoordeling op grond van artikel 82 EG geen causaliteit vereist.

#### § 4.5.7 Conclusies aangaande relevante innovatiemarkt

In het voorgaande is getracht een antwoord te geven op de vraag of het definiëren van een relevante innovatiemarkt ten behoeve van de beoordeling van licentieweigeringen onder artikel 82 EG wenselijk is en zo ja, wat deze definitie in moet houden. In § 4.2, § 4.3 en § 4.4 is naar voren gekomen, dat de focus op een relevante *productmarkt* frictie met het IE-systeem veroorzaakt. Om die reden hebben we ons geconcentreerd op het afbakenen van een relevante *innovatiemarkt*, waarmee recht wordt gedaan aan de positie die de IE-rechthebbende op grond van de wet bekleedt, en daarbij tevens inspeelt op de veranderde mededingingsomstandigheden in de kenniseconomie. Gebleken is, dat het idee van een innovatiemarkt vorm begint te krijgen in de (economische) doctrine. Ook de Commissie staat niet negatief ten opzichte van het aannemen van een relevante markt voor innovatie – zij het dat zij het concept vooralsnog alleen gebruikt in de context van artikel 81 EG.<sup>304</sup> Vooralsnog is het echter niet mogelijk een heldere omschrijving van de relevante markt voor innovatie te geven zoals die wèl bestaat voor de relevante productmarkt.<sup>305</sup> Het lijkt er op dat de relevante innovatiemarkt per geval

<sup>304</sup> Richtsnoeren Horizontalen, *supra*, § 50. Zie ook § 4.5.3.

<sup>305</sup> De relevante productmarkt wordt in de Bekendmaking van de Commissie inzake de relevante markt (*PbEG* 1997, C 372/5) als volgt gedefinieerd: 'de relevante productmarkt omvat alle producten en/of diensten die op grond van hun kenmerken, hun prijzen en het gebruik waarvoor zij zijn bestemd als onderling uitwisselbaar of substitueerbaar worden beschouwd' (§ 7).

zal moeten worden vastgesteld.<sup>306</sup> Niettemin kunnen wel een aantal factoren worden geïdentificeerd die een belangrijke rol spelen bij het afbakenen van een relevante markt voor innovatie. Deze worden hieronder kort genoemd. Uitdrukkelijk *niet* relevant zijn marktaandeel en marktconcentratie. Deze factoren spelen in een statische mededingingsanalyse een grote, maar in een analyse van de relevante innovatiemarkt helemaal *geen* rol.

Van essentieel belang bij het vaststellen van een markt voor innovatie, is – evident – de mate waarin innovatie kan plaatsvinden. Is er weinig ruimte voor innovatie, dan wordt de innovatiemarkt nauw afgebakend en vice versa. Teneinde vast te stellen of er in een specifieke situatie sprake is van een ruime dan wel nauwe markt voor innovatie dienen de mogelijkheden tot innoveren die de concurrenten/afnemers van de onderneming in kwestie hebben geanalyseerd te worden. Wat ons betreft kan daarbij als uitgangspunt dienen de omschrijving van innovatiemededinging zoals die wordt gegeven in de Richtsnoeren voor horizontale samenwerkingsovereenkomsten. Op grond van deze Richtsnoeren heeft innovatiemededinging betrekking op producten die worden ontwikkeld ter *vervanging* van bestaande producten en die een *geheel nieuwe vraag zullen scheppen*.<sup>307</sup> De bouwstenen voor deze producten vormen de contouren van de relevante innovatiemarkt.<sup>308</sup> Een IE-rechthebbende zal om die reden zeer zelden dominant zijn op de markt voor innovatie, daar alle IE-rechten de mogelijkheid tot innovatie open laten. Slechts in uitzonderingsgevallen zal het mogelijk zijn dat een zodanige machtspositie ontstaat. Te denken valt aan gevallen waarin interoperabiliteit niet mogelijk of onredelijk moeilijk is, zoals in het geval *Microsoft*.

Zoals gezegd is het niet eenvoudig een afgebakende definitie te geven van de relevante markt voor innovatie, maar voor de beantwoording van de vraag of er in een concreet geval sprake is van innovatiemededinging zoals in de Richtsnoeren wordt omschreven kan rekening gehouden worden met de aard en omvang van de activiteiten van concurrenten – alleen of gezamenlijk – op het gebied van onderzoek en ontwikkeling.<sup>309</sup> Voorts kan het ontbreken van innovatiebereidheid bij de onderneming *zelf* een indicatie zijn voor het bestaan van een nauwe markt voor innovatie. Gebrek aan innovatiebereidheid is echter niet eenvoudig vast te stellen, en wij beschouwen dit dan ook niet als een (potentieel) doorslaggevend criterium.<sup>310</sup>

306 Zie Lind e.a. 2002, 'Innovation and Competition Policy' (Part 1 – Conceptual issues), [www.ofc.gov.uk/news/publications](http://www.ofc.gov.uk/news/publications), § B13.

307 Richtsnoeren Horizontalen, *supra*, § 50. Zie ook § 4.5.3.

308 Glader 2006. Zie ook § 4.5.3.

309 Zie § 4.5.3.

310 Zie § 4.5.5.

Ten slotte zijn toetredingsbarrières tot de markt voor innovatie relevant bij het vaststellen van de positie van de onderneming op deze markt. Is de IE-rechthebbende in staat drempels op te werpen die toetreden tot de markt voor innovatie moeilijk maken, dan leidt dat mogelijk tot de conclusie dat hij daarop een machtspositie inneemt. Deze toetredingsbarrières zouden bijvoorbeeld kunnen bestaan in een vergaande voorsprong in relevante knowhow bij de litigieuze onderneming.

Alle in de voorgaande paragrafen onderzochte bronnen wijzen erop dat de afbakening van een relevante markt voor innovatie een meer dynamisch proces zal zijn dan de afbakening van een relevante productmarkt. Van belang is daarbij vooral het verschuiven van de focus op de *consument* als doorslaggevende factor naar de *afnemer/concurrent*. Dit betekent overigens ons inziens niet dat de consument in het mededingingsrecht van de kenniseconomie uit beeld verdwenen zou zijn. Immers, een goed functionerende markt voor innovatie is uiteindelijk ook in het belang van de consument.



## 5 Intellectueel eigendom en misbruik van machtspositie

### § 5.1 Leveringsweigering versus licentieweigering

#### § 5.1.1 Inleiding

Eerder in deze dissertatie is bij de bespreking van de jurisprudentie van het HvJEG een onderscheid gemaakt tussen leverings- en licentieweigering. Controversieel is in hoeverre een dergelijk onderscheid gemaakt zou moeten worden bij het vaststellen van misbruik door de mededingingsautoriteit of rechter. Twee opvattingen manifesteren zich op meer of minder duidelijke wijze in de literatuur. Sommige auteurs zien licentieweigering als een specialis van leveringsweigering; anderen zijn van mening dat er een verschil bestaat tussen een weigering te leveren en een weigering tot licentieverlening over te gaan.<sup>1</sup> De Europese Commissie hangt, getuige haar Discussion Paper van december 2005, de eerste zienswijze aan: zij beschouwt licentieweigering als onderdeel van de meer algemene problematiek inzake leveringsweigering.<sup>2</sup>

In voorliggende paragraaf wordt verdedigd, dat er zodanig essentiële verschillen zijn tussen het leveren van een product en het in licentie geven van intellectueel eigendom, dat dit onderscheid ook bij de beoordeling van gedrag in de context van artikel 82 EG een rol moet spelen. Leveringsweigering en een weigering tot licentieverlening zijn gedragingen die op een verschillende wijze, aan de hand van afwijkende criteria, beoordeeld dienen te worden. Licentieweigering valt nadrukke-

1 (Onder andere) de teksten van Ritter (2005), Humpe & Ritter (2005), Fine (2002), Stothers (2001) en Temple Lang (2000) weerspiegelen de opvatting dat licentieweigering gezien kan worden als 'weigeren intellectueel eigendom te leveren'. Heinemann stelt fysieke en intellectuele eigendom aan elkaar gelijk, maar ziet verschillen tussen de remedie van een verplichte levering en die van een verplichte licentie: Heinemann 2002, p. 494. Publicaties waarin het uitgangspunt is dat er een duidelijk onderscheid bestaat tussen de beide gedragingen zijn onder meer: Ong 2005, p. 218 (voetnoot 18); Houdijk 2005, p. 24; Derclaye 2004a, p. 693 en meer in het algemeen Anderman 1998.

2 DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, § 9.2.2.6.

lijk niet te beschouwen als 'weigering intellectueel eigendom te leveren', en om die reden moeten de criteria voor de beoordeling van misbruik anders zijn dan in het geval van leveringsweigering. Dit betekent ook dat de essential facilities doctrine niet van toepassing is op situaties waarin wordt geweigerd te licentiëren, aangezien aan het bestaansrecht van dit leerstuk in de context van leveringsweigering reeds getwijfeld kan worden.<sup>3</sup> Er lijkt dan ook geen plaats voor een – nog meer omstredden – toepassing op licentieweigeringen.<sup>4</sup>

De belangrijkste reden voor het aanbrengen van een onderscheid tussen levering en licentie is dat aan het IE-systeem reeds een inherente mededingingsregulering ten grondslag ligt. Dit gegeven vereist dat met mededingingsrechtelijke correcties op het exclusieve recht buitengewoon omzichtig wordt omgesprongen.<sup>5</sup> Het eigendomsrecht kent een dergelijke mededingingsregulering niet, en de criteria waaraan getoetst dient te worden alvorens misbruik van machtspositie aangenomen kan worden zijn dan ook niet dezelfde als in gevallen van licentieweigering.

In onderstaande paragrafen zullen, naast het argument met betrekking tot de mededingingsregulering, tevens andere verschillen worden besproken die een strikt onderscheid tussen leveringen en licenties rechtvaardigen.

### § 5.1.2 Economische functie IE versus economische functie eigendomsrecht

Bij de beoordeling, zeker in mededingingsrechtelijk perspectief, van leverings- dan wel licentieweigeringen dient voor ogen te worden gehouden dat de beoogde economische functie van een 'gewoon' eigendomsrecht en een intellectueel eigendomsrecht sterk afwijken.

Economische activiteit kan worden onderscheiden in drie stadia:<sup>6</sup> consumptie, productie en innovatie.<sup>7</sup> De rol die het eigendomsrecht en het intellectueel eigendomsrecht daarin vervullen zijn verschillend. Het eigendomsrecht speelt met name een rol in de tweede stadium, de fase van de productie. Eigendom van productiemiddelen heeft als functie het opvoeren van de productie van goederen

<sup>3</sup> Zie voor een uitgebreide behandeling van de essential facilities doctrine en de rol van dit leerstuk binnen de meer algemene context van leveringsweigering § 3.2 en § 3.4 van deze dissertatie.

<sup>4</sup> Zie ook Lipsky & Sidak 1999, p. 1219.

<sup>5</sup> Zie ook § I.1.1.

<sup>6</sup> De rol die het eigendomsrecht en het intellectueel eigendomsrecht spelen in de deze economische productiestadia dient nadrukkelijk te worden onderscheiden van de rol die deze rechten spelen in relatie tot verschillende soorten *producten*. Daarbij heeft het object van het intellectueel eigendomsrecht het karakter van een publiek goed, terwijl het 'gewone' eigenomsrecht het karakter heeft van een niet-publiek oftewel privaat goed. Zie over dit onderscheid ook Koelman 2003, p. 202.

<sup>7</sup> Zie in het bijzonder Carl Christian von Weizsäcker, 'Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftlehre', (34) *Kyklos* 1981, p. 345-376. Voorts: Lehmann 1989; Ullrich 2001; Quaedvlieg 2001; Narciso 2003 alsmede Torremans, *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 13-20.

teneinde de consumentenbehoefte in het eerste stadium te kunnen bevredigen.<sup>8</sup> Het (economische) doel in het productiestadium in het algemeen is het bereiken van een optimale allocatie van goederen en diensten, hetgeen tot optimale maatschappelijke welvaart zal leiden.<sup>9</sup>

Het recht van intellectueel eigendom speelt voornamelijk in het derde stadium, op het niveau van innovatie. De functie van de intellectuele eigendom is het stimuleren van de ontwikkeling en het verschijnen van nieuwe producten en diensten.<sup>10</sup> Dit doet het systeem door nadrukkelijk de mogelijkheden tot imitatie in het *productiestadium* te beperken. Het effect van het feit dat het uitsluitende recht toegang verhindert tot diezelfde intellectuele eigendom is immers dat daarmee de productie aan banden wordt gelegd van goederen die daarop gebaseerd zijn. Het (economische) doel in het *innovatiestadium* in het algemeen is vooruitgang.<sup>11</sup>

Deze verschillende rollen van eigendom en intellectueel eigendom in de drie productiestadia belichamen de afwijkende economische functie die de beide rechten vervullen. 'Gewone' eigendom stimuleert productie; intellectueel eigendom stimuleert innovatie. Deze afwijkende economische functie brengt met zich mee dat bij toepassing van de mededingingsregels een onderscheid gemaakt moet worden tussen een weigering te leveren en een weigering te licentiëren. Immers, een mededingingsrechtelijke correctie op deze gedragingen heeft in het licht van de economische functie van het betreffende recht een geheel andere strekking: een verplichting te leveren tracht een concurrentiebelemmering in het productiestadium op te heffen die zich voordoet in de handelspraktijk terwijl een verplichting te licentiëren een barrière in het innovatiestadium beoogt te verhelpen, die door bewust handelen van de wetgever is gecreëerd. Daar deze respectievelijke doelen van een correctie door het mededingingsrecht fundamenteel van elkaar verschillen, ligt het voor de hand dat de omstandigheden die deze correctie rechtvaardigen eveneens uiteenlopen. Dit heeft tot gevolg, dat voor het inwerking treden van die corrigerende werking van het mededingingsrecht gedifferentieerde criteria moeten worden toegepast.

### § 5.1.3 Ingebouwde correctie versus meest omvattend recht

Het bovengenoemde verschil in de economische functie heeft een belangrijke consequentie. Het intellectueel eigendomsrecht brengt *ipso facto* een mededingingsbelemmering met zich mee, daar het een uitsluiting van de mededinging op het productieniveau ten behoeve van de mededinging op het innovatieniveau instelt. Het eigendomsrecht verschilt van het intellectueel eigendomsrecht doordat

<sup>8</sup> Von Weizsäcker 1981, p. 348.

<sup>9</sup> Dit uitgangspunt vormt de kern van het neoklassieke economisch denken, waar ook de (Europese) mededingingsregels op zijn gebaseerd. Zie ook Koelman 2003, p. 171-174.

<sup>10</sup> Narciso 2003, p. 447 e.v.; Lehmann 1989, p. 11 e.v.

<sup>11</sup> Von Weizsäcker 1981, p. 349.

het in beginsel geen mededingingsuitsluiting op productieniveau *beoogt*, en daardoor ook niet ingericht is op het compenseren van mededingingsbeperkingen die eventueel ontstaan. De wetten van intellectuele eigendom daarentegen kennen allen ingebouwde correctiemechanismen die het juridische monopolie in verschillende opzichten beperken. Zo wordt het exclusieve recht slechts voor een bepaalde periode verleend, en wordt de beschermingsomvang beperkt door (gebruikers)excepties. Bovendien wordt voorafgaand aan de verlening getoetst of het object voldoet aan de vereisten voor bescherming. De mededingingsregulering die intellectueel eigendom beoogt vindt, zoals in de paragraaf hiervoor beschreven, plaats op het niveau van innovatie, maar de in het systeem ingebouwde beperkingen richten zich op het productiestadium. Zo blijft het bijvoorbeeld mogelijk auteursrechtelijk beschermde werken te citeren of te gebruiken voor het onderwijs. Vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt is een essentiële systeeminterne beperking op het recht van intellectuele eigendom de tijdelijke duur van het recht.

De rechthebbende krijgt van de wetgever een exclusief recht dat de mogelijkheid biedt derden uit te sluiten en daarmee de concurrentie te beperken – maar slechts gedurende een bepaalde periode. Binnen deze periode krijgt de rechthebbende de kans zijn investeringen terug te verdienen; daarna valt de intellectuele eigendom in het publieke domein. Toegegeven wordt, dat een bescherming tot 70 jaar na de dood van de maker, zoals die thans geldt voor het auteursrecht, nauwelijks een beperking in tijd kan worden genoemd, althans geen adequate beperking. Doch deze lange beschermingstermijn staat binnen het systeem van het auteursrecht evenzeer ter discussie als vanuit het oogpunt van het mededingingsrecht. Niettemin heeft de Europese wetgever uitdrukkelijk voor deze lange termijn gekozen, zonder ook maar de suggestie te doen dat het de bedoeling was dat de mededingingsautoriteiten deze duur zouden moeten corrigeren waar zij onredelijk zou uitvallen.<sup>12</sup> Opvallend is in dit verband bovendien, dat in de Verenigde Staten, traditioneel terughoudend in het verlenen van exclusieve rechten, Europa in de verlenging van de beschermingstermijn van 50 naar 70 jaar gevolgd zijn, en dat het US Supreme Court weigerde deze verlenging als onconstitutioneel aan te merken.<sup>13</sup>

Ritter meent dat, bij een botsing tussen het intellectueel eigendomsrecht en het mededingingsrecht, een mededingingsrechtelijke correctie per definitie de voorkeur verdient boven de handhaving van het exclusieve recht omdat de beschermingstermijn nooit *accuraat* weergeeft wanneer de investering in innovatie is terugverdiend.<sup>14</sup> Deze stelling is wonderlijk. Zouden we er al vanuit gaan dat vaststaat dat de beloning van het IE-recht beperkt moet zijn tot het terugverdienen van de investering, quod non, dan nog is een accurate bepaling van de beschermingstermijn door de wetgever natuurlijk per definitie onmogelijk: ieder individueel geval is immers anders. Niettemin betekent dit niet automatisch dat de rechter wèl een juiste inschat-

12 Dit in tegenstelling tot de verwijzing van de Europese wetgever naar correcties door het mededingingsrecht bij de totstandkoming van de Databankenrichtlijn: Van Loon 2004, p. 28-30.

13 537 US 186 (2003) (*Eldred vs Ashcroft*). Zie ook § 1.2.2 alsmede O. van Daalen, 'Duurverlenging in de Verenigde Staten: commentaar bij de zaak Eldred v. Ashcroft', *AMI* 2003-2, p. 37-41.

14 Ritter 2005, p. 293. Korah wijst op het gevaar van dergelijke *ex post* toepassingen van rechtseconomische *ex ante* overwegingen: Korah 1988, p. 383.



ting kan maken van de termijn waarop een investering is terugverdiend.<sup>15</sup> Zelfs als dat al het geval is, is het vervolgens nog de vraag of het *wenselijk* is dat de rechter van geval tot geval de beschermingstermijn kan vaststellen. De door de wetgever bepaalde beschermingstermijn zal nooit exact weergeven wanneer een investering is terugverdiend, maar dat is ook niet het doel van het systeem. Het gaat erom dat de maatschappelijke en economische voordelen van eenvoud, voorspelbaarheid en rechtszekerheid van het regime voor intellectueel eigendomsrecht kennelijk hebben opgewogen tegen de voordelen van maximale accuratesse in ieder individueel geval.<sup>16</sup> Deze voordelen bieden de rechtszekerheid die noodzakelijk is voor de bescherming en bevordering van innovatie.

Het recht op eigendom kent een dergelijk systeem van interne 'checks and balances' niet. Een eigendomsrecht dat rust op goederen, diensten of netwerken kan zich uitstrekken tot een monopolie van oneindige duur.<sup>17</sup> Het volgende voorbeeld illustreert het ontbreken van de beperkingen uit de IE in het eigendomsrecht. Een eigenaar van een pijpleiding voor het transport van aardgas blijft daarvan eigenaar, ook na verloop van een bepaalde tijdsduur, terwijl niet getoetst wordt of de pijpleiding wel onderwerp van eigendom kan zijn, en zonder dat het mogelijk is voor concurrenten een stuk pijpleiding van ondergeschikte betekenis te gebruiken voor hun eigen transportsysteem. Een dergelijk eigendomsrecht kan zich zodoende uitstrekken tot een vergaande mededingingsbeperking. Dit is ook de reden dat de (Europese) wetgever ervoor gekozen heeft om in sectoren waar eigendomsrechten de uitschakeling van de mededinging een permanent onwenselijk karakter gaven, wettelijk de mogelijkheid van een verplichte levering vast te leggen. De regels inzake verplichte toegang in de telecomunicatiesector vormen een voorbeeld van een dergelijke wettelijke regeling.<sup>18</sup>

Niettegenstaande het gegeven dat ook het eigendomsrecht op bovengenoemde wijze vergaande mededingingsbeperkingen met zich mee kan brengen, is het essentiële verschil met intellectueel eigendom dat de wetgever zich van het begin af aan bewust is van het feit dat de mededingingsregulering die door het recht

15 Om te kunnen inschatten wanneer een investering is terugverdiend zou de rechter allereerst een schatting moeten doen van de door de rechthebbende gedane investering. Het berekenen van de kosten die een rechthebbende heeft gemaakt om het exclusieve recht te verkrijgen is echter zeer complex: het zal niet eenvoudig zijn voor een rechter te bepalen welke kosten hij wel en niet mee moet tellen (denk bijvoorbeeld aan kosten gemaakt voor onderzoek dat niet direct herleidbaar is tot de verkrijging van IE). De mededingingsautoriteit heeft op dit gebied uiteraard meer ervaring, maar uit de terughoudendheid bij het beoordelen van excessieve tarieven (zie o.m. 'Op prijs gesteld', lezing door P. Kalbfleisch op 4-2-2004, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl) en 'De NMA en het toezicht op collectieve beheersorganisaties', onderzoeksrapport NMa 23-2-2007, [www.nmanet.nl](http://www.nmanet.nl)) mogen we afleiden dat deze exercitie ook voor een mededingingsautoriteit problemen op zal leveren. Zie uitgebreid over de problemen die een mededingingsautoriteit (of rechter) ondervindt bij het bepalen van de kosten en opbrengsten van een onderneming Jones & Sufrin 2004, p. 379-450.

16 Zie ook Kallay 2004, p. 49-51.

17 Vgl. conclusie A-G Jacobs bij *Bronner*, § 64.

18 De (Europese) wettelijke basis voor verplichte toegang in de telecomunicatiesector is Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), *PbEG* 2002 L108/7.

beoogd wordt werkt via een (beperkte) *uitsluiting* van de mededinging. Fysieke eigendom daarentegen heeft allerm minst dit doel (derden hebben in beginsel toegang tot vergelijkbare productiemiddelen) en zelden deze consequentie.<sup>19</sup> Het logische gevolg van dit verschil is dat een situatie waarin de mededinging belemmerd wordt anders moet worden beoordeeld ingeval er sprake is van de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht. Aan de toekenning van dit recht is immers een afweging van mededingingsrechtelijke aard door de wetgever vooraf gegaan, waardoor de omstandigheden waaronder ingegrepen moet en kan worden door het mededingingsrecht anders zijn dan wanneer er sprake is van een 'gewoon' eigendomsrecht. De correctie die bij licentieweigering door het mededingingsrecht aan de uitoefening van het intellectueel eigendomsrecht opgelegd kan worden, namelijk de verplichte licentie, zal om die reden met de uiterste voorzichtigheid dienen te worden toegepast, aangezien bij innovatie het verlies van exclusiviteit investeringen riskanter maakt. Daarmee bestaat het risico dat de prikkel tot innovatie wordt weggenomen. Uiteraard wordt niet ontkend dat ook bij een verplichte levering investeringen – namelijk die, die hebben geleid tot het verwerven van de betreffende eigendom – deels teniet worden gedaan, hetgeen de prikkel tot het doen van dergelijke investeringen weg kan nemen. Desondanks zijn de omstandigheden waaronder een dergelijke ingreep in het eigendomsrecht kan plaatsvinden anders, omdat de mededingingsbeperking die een eigendomsrecht met zich mee kan brengen altijd een *neveneffect* van het systeem zal zijn, in tegenstelling tot de *bewuste* mededingingsbeperking die geschiedt door de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht.

#### § 5.1.4 Onderscheid door het HvJEG

Een verschil tussen leveringsweigering en licentieweigering bestaat niet alleen in conceptueel opzicht – ook in de jurisprudentie wordt een onderscheid aangebracht in de beide gedragingen. Het lijkt namelijk niet onaannemelijk dat het HvJEG verschillende criteria toepast op licentie- dan wel leveringsweigering. Een belangrijk aanknopingspunt voor deze zienswijze kan worden gevonden in *Bronner*,<sup>20</sup> waar overwegingen 40 en 41 luiden:

*'In het arrest Magill bestonden de uitzonderlijke omstandigheden volgens het Hof hieruit, dat de gewraakte weigering betrekking had op een product (informatie over de wekelijkse programma's van bepaalde tv-kanalen) waarvan de levering onontbeerlijk was voor de uitoefening van de betrokken activiteit (uitgave van een algemene tv-gids), in die zin, dat degene die de gids aan wenste te bieden zonder deze levering de gids niet kon uitgeven en op de markt aanbieden (punt 53), dat deze weigering in de weg stond aan de introductie van een nieuw product waarnaar*

<sup>19</sup> Zie ook Casper 2002, p. 696.

<sup>20</sup> HvJEG 26-11-1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*).

van de zijde van de consument een potentiële vraag bestond (punt 54), dat de weigering geen rechtvaardigingsgrond vond in objectieve overwegingen (punt 55) en dat zij elke mededinging op de afgeleide markt uitsloot (punt 56).'

'Gesteld al, dat deze rechtspraak betreffende de uitoefening van een intellectuele-eigendomsrecht van toepassing is op de uitoefening van eender welk eigendomsrecht, kan op het arrest *Magill* derhalve slechts een beroep worden gedaan om te concluderen dat er sprake is van misbruik in de zin van artikel 86 van het Verdrag in een situatie als die welke het voorwerp is van de eerste prejudiciële vraag, wanneer niet alleen de weigering om de dienst van thuisbezorging te verlenen, elke mededinging op de dagbladmarkt door de verzoeker van de dienst kan uitsluiten en niet objectief kan worden gerechtvaardigd, maar de dienst op zich bovendien onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van de laatste, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor het thuisbezorgingssysteem bestaat.' (onderstreping SvL)

Uit deze overwegingen valt af te leiden dat het Hof, na alle criteria uit *Magill* te hebben opgesomd, daaruit de criteria destilleert die op de situatie in *Bronner*, zijnde een leveringsweigering, van toepassing zijn. Voorafgaand aan de geciteerde overwegingen had het reeds de eigen jurisprudentie inzake leveringsweigeringen aan bestaande afnemers aangehaald, en daaruit de voorwaarden *uitschakeling van de mededinging van de vragende onderneming en het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging* ontleend.<sup>21</sup> Vervolgens haalt het Hof *Magill* aan als precedent voor een weigering aan een nieuwe afnemer. In de geciteerde overwegingen oordeelt het aldus dat, wil *Magill* een geldig precedent zijn, tenminste aan de voorwaarden voor een verplichting tot *levering* uit dit arrest voldaan moet zijn. Deze voorwaarden, zo blijkt uit overweging 41, omvatten *niet* het belemmeren van de introductie van een nieuw product, maar *wel* het vereiste van onontbeerlijkheid. Dit onderstreept de opvatting dat het verhinderen van de introductie van een nieuw product uitsluitend een vereiste is voor het kunnen opleggen van een verplichte licentie, en onontbeerlijkheid een voorwaarde voor een verplichte levering.

Ook A-G Jacobs toont zich in zijn conclusie bij *Bronner* een voorstander van een aparte behandeling van licentieweigeringen ten opzichte van leveringsweigeringen. In overweging 62 van zijn conclusie stelt hij dat bij licentieweigeringen een 'bijzondere voorzichtigheid' aan de dag moet worden gelegd.

Uit *IMS Health* valt eveneens af te leiden dat het HvJEG een onderscheid maakt tussen criteria voor leverings- en voor licentieweigering, zij het minder evident dan in *Bronner*.

A-G Tizzano stelt in zijn conclusie bij het arrest reeds vast dat een licentieweigering zich onderscheidt van een leveringsweigering doordat zij alleen misbruik kan opleveren indien de licentievrager niet voornemens zich te beperken tot het dupliceren van het product van de rechthebbende, maar de intentie heeft een product

<sup>21</sup> *Bronner*, § 38.

op de markt te brengen dat beantwoordt aan een vraag van de consument die nog niet vervuld is.<sup>22</sup> Het Hof zelf benadrukt door de volgorde waarin het de prejudiciële vragen beantwoordt het verschil tussen de criteria: eerst beantwoordt het de tweede en de derde prejudiciële vraag over de invulling van het begrip 'onontbeerlijkheid', waarna het vervolgens de vraag naar het misbruik behandelt uitgaande van 'de premisse dat het gebruik van de door een intellectueel eigendomsrecht beschermde structuur van 1860 bouwstenen voor een potentiële mededinger onontbeerlijk is om toegang te krijgen tot de markt'.<sup>23</sup> Daaruit valt af te leiden dat het Hof oordeelt dat indien voldaan is aan de voorwaarde voor leveringsweigering, de onontbeerlijkheid, aan de voorwaarden voor licentieweigering getoetst kan worden. Deze voorwaarden worden door het Hof vervolgens opgenoemd in overweging 38. Helaas expliciteert het Hof dit onderscheid niet – daar komt bovendien nog bij dat het noemen van 'onontbeerlijkheid' in de context van het vaststellen van een secundaire markt ook niet bijdraagt aan de helderheid.<sup>24</sup> Zie in dit verband ook § 5.4.1.

Evenals in *Magill*, waar het Hof sprak van 'het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een wekelijkse tv-gids', is in *IMS Health* sprake van een afnemer die feitelijk zowel om levering als om een licentie vraagt. Net zoals de dwanglicentie geen eenmalige levering van de tv-programmagegevens op het oog had, zou een eventuele verplichte licentie inzake *IMS Health* hoogstwaarschijnlijk niet een eenmalige terbeschikkingstelling van de structuur inhouden. Een licentie voor het gebruik van de baksteenstructuur die in de praktijk werkbaar is, vereist niet alleen een eenmalige terbeschikkingstelling van de structuur, maar tevens het doorgeven van updates en mutaties daarin – anders zou men immers iedere keer opnieuw een procedure kunnen starten. Feit is, dat in veel gevallen waarin sprake is van licentieverlening ook levering plaatsvindt; bijvoorbeeld van knowhow, documentatie, modellen of gegevens. Dit vereist zodoende naast de gebruikslicentie een levering van het product en daarmee een extra inspanning en verplichting voor de rechtgebende. Het extra vereiste van onontbeerlijkheid in *IMS Health* is hier een uitvloeisel van. Relevant is in dit verband de vraag wanneer er dan sprake kan zijn van een licentie die *niet* gepaard gaat met een levering van het relevante product. Naar onze mening zijn daarvan legio voorbeelden te noemen, bijvoorbeeld in gevallen waarin informatie reeds via het internet of anderszins beschikbaar is,<sup>25</sup> of bij licenties voor woordmerken – licentieverlening *kan* in al deze gevallen plaatsvinden zonder levering. Vaak zullen levering en licentie echter wèl samengaan.

22 Conclusie A-G Tizzano bij *IMS Health*, § 62. Zie echter § 2.5.4 voor kanttekeningen bij deze overweging van de A-G.

23 *IMS Health*, § 22.

24 *IMS Health*, § 44-45. Vgl. Conde Gallego 2006, p. 20-21. Zie voorts § 2.5.4.

25 Denk in dit verband bijvoorbeeld ook aan de Creative Commons licentie: deze gaat uit van de beschikbaarheid van het beschermde materiaal.

Inzake *Microsoft* bevestigt het GEA expliciet dat er een verschil is tussen de misbruiktoets voor leveringsweigering en de misbruiktoets voor licentieweigering. Bij het beantwoorden van de vraag of de interoperabiliteitsinformatie die Microsoft weigert te openbaren beschermd wordt door enig regime van intellectueel eigendomsrecht, oordeelt het GEA:

*'The arguments which Microsoft derives from the alleged intellectual property rights cannot, as such, affect the lawfulness of the contested decision. The Commission did not take a position on the merits of those arguments but adopted the decision on the assumption that Microsoft was able to rely on such rights in the present case. In other words, it proceeded on the premiss that, so far as it relates to the interoperability information, the conduct at issue in the present case might not be a mere refusal to supply a product or a service indispensable to the exercise of a specific activity but a refusal to license intellectual property rights, and thus chose the strictest legal test and therefore the one most favourable to Microsoft.'*<sup>26</sup> (onderstreping SvL)

Deze overweging maakt duidelijk dat het Gerecht er niet alleen van uitgaat dat het HvJEG voor licentieweigering een andere toets gebruikt dan voor leveringsweigering, maar dat deze toets bovendien *strenger* is. Dit bevestigt de aanname dat voor licentieweigering een hogere drempel opgeworpen dient te worden dan voor leveringsweigering. Bovendien legt het Gerecht uit dat het de *levering* van een product of dienst is die onontbeerlijk is ('not a mere refusal to supply a product or service indispensable to'), en dat deze levering onderscheiden moet worden van een weigering intellectueel eigendom in licentie te geven. Dit leidt tot de conclusie dat de criteria voor de beoordeling van leveringsweigering en licentieweigering verschillen.

### § 5.1.5 Nieuw product versus onontbeerlijkheid

Uit het bovenstaande is gebleken, dat een licentieweigering in mededingingsrechtelijk opzicht niet gelijkgesteld kan worden aan een leveringsweigering. De functie en daarmee de inrichting van enerzijds het eigendomsrecht en anderzijds het intellectueel eigendomsrecht verschillen namelijk op zodanige wijze van elkaar, dat een correctie door het mededingingsrecht niet dezelfde strekking heeft. Het doel van de correctie door het mededingingsrecht bij licentieweigeringen verschilt fundamenteel van het doel dat wordt nagestreefd bij het opleggen van een leveringsverplichting. De eerste moet immers een blokkade in de innovatie weg nemen, de tweede moet een belemmering in het productiestadium repareren. De bewuste kunstmatige mededingingsuitsluiting die door het intellectueel eigendomsrecht wordt ingesteld rechtvaardigt derhalve een wezenlijk andere aanpak voor de bepaling of bij de uitoefening van dat recht sprake is van een onrechtmatige mede-

<sup>26</sup> GEA 17-9-2007, *Microsoft Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), § 284.

dingingsbelemmerende situatie dan een verstoring van de mededinging die optreedt als neveneffect van het recht op eigendom.

Om deze redenen ligt het voor de hand dat bij een beoordeling door de rechter of mededingingsautoriteit op grond van artikel 82 EG andere criteria worden toegepast ten aanzien van een verplichte licentie dan ten aanzien van een verplichte levering. De correctie op de uitoefening van het intellectueel eigendomsrecht door het mededingingsrecht treedt dan ook alleen in werking indien er door het gedrag van de rechthebbende belemmeringen zijn ontstaan op het niveau van innovatie. In het vervolg van dit hoofdstuk betogen wij daarom dat het essentiële criterium voor het aannemen van misbruik van machtspositie door licentieweigering het belemmeren van de introductie van een nieuw product is. Een leveringsweigering zal daarentegen (voornamelijk) getoetst dienen te worden aan het vereiste van onontbeerlijkheid. Is een product of dienst onontbeerlijk voor de uitoefening van de werkzaamheid van degene die om levering vraagt, in die zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel alternatief voor is,<sup>27</sup> dan is er sprake van een mededingingsbelemmering in het productiestadium die een gedwongen levering rechtvaardigt. Op die manier gelden voor licentieweigering andere criteria dan voor leveringsweigering, en moet daartussen een strikt onderscheid worden gemaakt. Niettemin erkennen wij dat er in situaties waarin een verplichte licentie de enige oplossing is om een ernstige innovatiebelemmering op te heffen, daar veelal ook een verplichte levering mee gepaard zal moeten gaan. Zoals hierboven in § 5.1.4 reeds werd aangegeven, zal licentieverlening in veel gevallen inderdaad samengaan met een levering. In dergelijke gevallen drukt de last die de rechthebbende wordt opgelegd extra zwaar, hetgeen een cumulatie van de vereisten voor verplichte licentie en verplichte levering rechtvaardigt. Er kunnen daarom drie verschillende categorieën weigeringen worden onderscheiden: de onvermengde licentieweigering, de onvermengde leveringsweigering en de gecombineerde leverings- en licentieweigering. Schematisch weergegeven ziet dit er als volgt uit:

<b>Gedraging</b>	<b>Beoordelingscriterium</b>
Licentieweigering met betrekking tot intellectuele eigendom	Nieuw product
Licentieweigering plus leveringsweigering van immateriële of materiele goederen (waaronder knowhow <sup>28</sup> ) die nodig zijn om van de licentie gebruik te maken	Nieuw product, onontbeerlijkheid
Leveringsweigering met betrekking tot fysieke eigendom	Onontbeerlijkheid

<sup>27</sup> Bronner, § 41.

<sup>28</sup> Knowhow wordt in deze niet beschouwd als intellectueel eigendom, zie ook § 5.3.3.

In het vervolg van dit hoofdstuk zal duidelijk worden gemaakt om welke redenen wij het nieuw product criterium bij uitstek geschikt achten voor de beoordeling van licentieweigeringen, en welke mogelijke invullingen dit criterium zou kunnen krijgen. Voorts staan we stil bij de invulling van het onontbeerlijkheidsvereiste, alsmede bij de vraag welke rol toekomt aan de andere in de rechtspraak genoemde criteria, zijnde de uitsluiting van alle mededinging op de afgeleide markt en het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging.

## § 5.2 Nieuw product

### § 5.2.1 Nieuw product: voorwaarde voor verplichte licentie

In het voorgaande hoofdstuk hebben we gezien dat in gevallen van licentieweigering een marktafbakening die is geënt op de markt voor producten tot frictie met het IE-systeem leidt.<sup>29</sup> Geconcludeerd is, dat het de voorkeur verdient om de focus te richten op een markt voor innovatie, in plaats van op een relevante productmarkt. Indien een rechthebbende onderneming bij machte is om blokkades voor innovatie op te werpen, dan neemt zij een machtspositie op die markt in.

Het criterium dat centraal dient te staan bij de beoordeling van de misbruikvraag sluit aan bij dit uitgangspunt. Uit de jurisprudentie van het HvJEG die is behandeld in hoofdstuk 2 en hoofdstuk 3 van deze dissertatie is een aantal criteria naar voren gekomen, die een rol spelen bij licentie- dan wel leveringsweigeringen. In § 5.1 is daarnaast vastgesteld dat er een belangrijk onderscheid bestaat tussen leveringsweigering en licentieweigering, hetgeen consequenties met zich meebrengt voor de criteria die ingezet dienen te worden bij de beantwoording van de misbruikvraag.<sup>30</sup> Bij licentieweigeringen is ons inziens de belemmering van de introductie van een nieuw product het belangrijkste criterium.<sup>31</sup> In § 2.3.4 is reeds aangegeven dat het door het HvJEG in *Magill* geïntroduceerde nieuw product vereiste bij uitstek geschikt is om te beoordelen of de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht in een specifiek geval de innovatie tegenwerkt. Dat is het geval indien de introductie van een nieuw product wordt belemmerd.

Het criterium van de belemmering van (innovatie door belemmering van) de introductie van een nieuw product sluit niet alleen aan bij de ratio van het mededingingsrecht in het algemeen, maar juist ook in het bijzonder bij de economische

<sup>29</sup> Zie § 4.2.

<sup>30</sup> Zie § 5.1.

<sup>31</sup> In het arrest *Magill* formuleerde het HvJEG dit criterium voor het eerst: '(...) hebben requiranten derhalve de introductie belet van een nieuw product, namelijk een alomvattende wekelijkse tv-gids, dat zijzelf niet aanboden en waarnaar aan de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond, hetgeen misbruik in de zin van 86, tweede alinea, sub b van het Verdrag opleverde' (HvJEG 6 april 1995, gevoegde zaken nrs. C-241/91P en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*), § 54). Zie ook § 2.3 van deze dissertatie.

functie en ratio van de intellectuele eigendom. Deze ratio is immers de bevordering van innovatie en creatie door het verlenen van exclusieve rechten aan de rechtssubjecten die creaties voortbrengen die aan de drempel voor bescherming voldoen.<sup>32</sup> Strikt gezien gaat het in dergelijke gevallen dus om een disfunctioneren van het IE-systeem *zelf*, waardoor het de hulp van een *ex post* mededingingsrechtelijke correctie nodig heeft.

Indien een recht van intellectueel eigendom in een gegeven situatie contraproductief werkt doordat het innovatie blokkeert in plaats van, conform de grondslagen van het systeem, innovatie te bewerkstelligen, rechtvaardigt dit een correctie in dat ene specifieke geval.<sup>33</sup> Het lijkt niet aan te bevelen om de uitoefening van een exclusief recht in *ieder* geval te onderwerpen aan een toetsing aan de ratio.<sup>34</sup> Wat wèl kan, is een bepaald type handeling (innovatiebelemmering) strijdig achten met die ratio. Vervolgens moet worden uitgemaakt of de omstandigheden in een specifiek geval onder dat type handelen vallen. Het nieuw product criterium is hiervoor bij uitstek geschikt.

Niettemin zijn diverse schrijvers van mening dat het nieuw product criterium geen centrale rol toekomt bij de beoordeling van licentieweigeringen. Door onder meer Hull & Strowel,<sup>35</sup> Conde Gallego<sup>36</sup> en Leistner<sup>37</sup> wordt aangevoerd dat het criterium onhoudbaar dan wel overbodig is. Leistner meent voorts dat het criterium, als het dan toch een rol moet spelen, een zo economisch mogelijke invulling zou moeten krijgen.<sup>38</sup> Anderen verdedigen het standpunt dat het HvJEG het nieuw product vereiste niet als absolute voorwaarde hanteert. Zo stelt A-G Verkade in zijn conclusie bij *NOS/Telegraaf* dat het allerminst zeker is dat het HvJEG 'nieuwheid' als voorwaarde eist voor het aannemen van misbruik van machtspositie.<sup>39</sup> Ook na het arrest *IMS Health* zien sommige auteurs het nieuw product vereiste als facultatief.<sup>40</sup> Bewijs voor deze aanneme zou gelegen zijn in rechtsoverweging 38 van het Hof, waarin het aangeeft dat voor het aannemen van misbruik 'volstaat' dat

32 Zie (o.m.) Torremans 2005, p. 13-20; Hoyng 2002, p. 113; Quaadvlieg 2001, p. 131 e.v. Deze stimuleringsratio is tevens vastgelegd in het TRIPs verdrag (artikel 7) en de Amerikaanse constitutie. Zie hierover ook § 1.1.2.

33 Zie ook Narciso 2003, p. 467.

34 Vgl. Ritter 2005, p. 287 e.v., waar hij verdedigt dat een *ex post* correctie door het mededingingsrecht de voorkeur verdient omdat dan per geval bekeken kan worden of een beschermd voortbrengsel wel echt een innovatie teweeg heeft gebracht dan wel of de investeringen die hebben geleid tot de verkrijging van het exclusieve recht wellicht reeds zijn terugverdiend. Zie hierover ook § 5.1.3.

35 Hull & Strowel 2004, p. 494 e.v. Zij verdedigen het standpunt dat het nieuw product vereiste en het vereiste van het verhinderen van alle mededinging op een afgeleide markt geïntegreerd dienen te worden.

36 Conde Gallego 2006, p. 28.

37 Leistner 2005, p. 150 e.v.

38 Leistner 2005, p. 150-152. Ook A. Kleijweg van de NMA gaf in zijn bijdrage aan de VVA ledenvergadering op 3-6-2005 aan dat het nieuw product criterium op een zo economisch mogelijke manier zou moeten worden ingevuld.

39 Conclusie A-G Verkade bij HR 6-6-2003, *NJ* 2003, 505 (*NOS/Telgraaf*), § 4.16 – 4.17.

40 Ritter 2005, p. 288; Anderman 2004, p. 13-14; Meinberg 2006, p. 402.



is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden.<sup>41</sup> Ook de Commissie lijkt, getuige haar verweer in het beroep inzake *Microsoft*, deze visie aan te hangen.<sup>42</sup> Met onder andere Drexel en Derclayé menen wij echter dat het HvJEG in *IMS Health* wel degelijk bedoeld heeft het nieuw product vereiste verplicht te stellen bij het aannemen van misbruik door licentieweigering.<sup>43</sup>

Dat het HvJEG het nieuw product vereiste wel degelijk beschouwt als essentieel onderdeel van de misbruiktoets blijkt daarnaast expliciet uit overweging 49 in *IMS Health*, waar het als volgt oordeelt:

*'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, levert dus 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 intellectueel eigendomsrecht reeds op de afgeleide markt aanbiedt, maar de bedoeling heeft nieuwe producten of diensten aan te bieden (...)' (onderstreping SvL).*

Daar komt nog bij dat de hierboven beschreven taalkundige interpretatie van rechtsoverweging 38 zou betekenen dat alle drie door het Hof genoemde cumulatieve voorwaarden facultatief zouden zijn, hetgeen een hoge mate van rechtsonzekerheid met zich mee zou brengen. Het lijkt hoogst onwaarschijnlijk dat het Hof een dergelijke consequentie voor ogen had.

Voorstanders van het gebruik van het nieuw product criterium zijn Derclayé,<sup>44</sup> Narciso,<sup>45</sup> en Kamperman Sanders.<sup>46</sup>

Op dit ogenblik is echter allerminst helder welke invulling aan deze maatstaf gegeven moet worden. De jurisprudentie van het HvJEG zelf biedt weinig duidelijkheid. Inzake *Magill* oordeelde het Hof weliswaar dat het misbruik door de omroepen gelegen was in het gegeven dat zij 'de introductie (hebben) belet van een nieuw product, namelijk een alomvattende wekelijkse tv-gids, dat zijzelf niet aanboden en waarnaar aan de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond',<sup>47</sup> maar behalve de conclusie dat een alomvattende tv-gids blijkbaar een 'nieuw product' is kunnen uit dit oordeel geen verdere conclusies worden getrokken aangaande de invulling van het criterium. Ook in het oordeel inzake *IMS*

41 *IMS Health*, HvJEG 29-4-2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG tegen NDC Health GmbH & Co. KG.*, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039, § 38: 'Opdat de weigering van een onderneming die houder van een auteursrecht om toegang te geven tot een product of dienst die onontbeerlijk is voor de uitoefening van een bepaalde activiteit als misbruik kan worden aangemerkt, volstaat het (...) dat is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden, namelijk dat deze weigering in de weg staat aan de introductie van een nieuw product waarnaar aan de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat, dat zij geen rechtvaardigingsgrond heeft en dat zij elke mededinging op een afgeleide markt uitsluit'.

42 Beschikking van de president van het Gerecht van Eerste Aanleg van 22 december 2004, zaak nr. T-201/04R, *www.curia.eu.int*, § 187.

43 Zie voorts Conde Gallego 2006, p. 25, Leupold & Pautke 2005, p. 110, Ong 2005, p. 220, Houdijk 2005, p. 26-27 en Loozen 2004, p. 209.

44 Derclayé 2004a, p. 695.

45 Narciso 2003, p. 454 e.v.

46 Kamperman Sanders 2004, p. 131-132.

47 *Magill*, *supra*, § 54.

*Health*, hetgeen overigens – in tegenstelling tot *Magill* – niet een arrest op beroep tegen een Commissiebeschikking maar de beantwoording van een prejudiciële vraag betrof,<sup>48</sup> ging het Hof niet in op de inhoud van het 'nieuwe product'. Wèl bleek uit dit arrest dat het een essentiële voorwaarde betreft voor het aannemen van misbruik door licentieweigering, hetgeen daarvoor nog onderwerp van discussie was.<sup>49</sup> Inzake *Microsoft* plaatst het GEA het nieuw product vereiste in de context van artikel 82(b) EG. Dit houdt in, dat het nieuw product criterium volgens het Gerecht uitgelegd moet worden tegen de achtergrond van een 'beperking van de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers'.<sup>50</sup> Het Gerecht geeft voorts weliswaar aan dat de Commissie niet manifest onjuist heeft geconcludeerd dat de technische ontwikkeling inderdaad wordt beperkt ten nadele van de consument, maar noemt daarbij niet een specifiek nieuw product waarvan de introductie wordt belemmerd. Om die reden is ook inzake *Microsoft* geen duidelijk oordeel geveld over de interpretatie van het criterium in een specifiek geval.

Evenals het geval is met andere gedragingen die in artikel 82 worden opgenoemd, zoals bijvoorbeeld het voeren van onbillijke prijzen, moet bij een misbruikoordeel in een specifiek geval aangetoond worden waaruit de gedraging in dat concrete geval bestaat (in het geval van het voeren van rooftprijzen bijvoorbeeld moet worden aangetoond dat de onderneming zijn producten gedurende geruime tijd onder de kostprijs aanbiedt; zie ook § 1.3.2). Ons inziens is dat inzake *Microsoft* onvoldoende gebeurd.

Ondanks de onduidelijkheid die er gezien het bovenstaande is omtrent de invulling van het nieuw product vereiste, ligt voor de hand dat deze invulling zal dienen te worden ingegeven door elementen uit het intellectueel eigendomsrecht en niet door begrippen uit het mededingingsrechtelijk kader. Immers, de correctie beoogt een oneffenheid in het *IE* systeem, dat de ordening van de innovatiemarkt betreft, glad te strijken en niet, zoals we reeds benadrukt hebben, een fout in het stadium van de productmededinging.

Wij verdedigen de opvatting dat het nieuw product criterium bij uitsluiting geschikt is om in een concreet geval van licentieweigering te bepalen of misbruik van machtspositie plaatsvindt. In onderstaande paragrafen worden aanknopingspunten gezocht voor de invulling van het 'nieuwe product'. Aan de orde komen

48 Aangezien het Hof zich bij de beantwoording van een prejudiciële vraag met name bezighoudt met de uitleg van het Verdrag ten behoeve van de nationale rechter, is er minder ruimte om uitgebreid op het feitencomplex in te gaan dan bij een beroepsprocedure. Wellicht is dit een oorzaak van de – bekritiseerde – beknoptheid van 's Hofs oordeel aangaande het nieuw product vereiste in *IMS Health*.

49 *IMS Health, supra*, § 38: 'Opdat de weigering van een onderneming die houder van een auteursrecht om toegang te geven tot een product of dienst die onontbeerlijk is voor de uitoefening van een bepaalde activiteit als misbruik kan worden aangemerkt, volstaat het (...) dat is voldaan aan drie cumulatieve voorwaarden, namelijk dat deze weigering in de weg staat aan de introductie van een nieuw product waarnaar aan de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestaat, dat zij geen rechtvaardigingsgrond heeft en dat zij elke mededinging op een afgeleide markt uitsluit'.

50 *Microsoft, supra*, § 643-665.

daarbij de vraag aan consumentenzijde, input uit meerdere bronnen, de 'use it or lose it' benadering en het onderscheid tussen exploitatie door de rechthebbende en 'prijisgegeven' intellectuele eigendom. Tot slot wordt ingegaan op systeeminterne nieuwheidsvereisten zoals die voorkomen in het octrooirecht en in het auteursrecht. Allereerst wordt echter het conceptuele onderscheid tussen innovatiemededinging en imitatiemededinging aan de orde gesteld, aangezien dit de achtergrond vormt voor de invulling van het nieuw product criterium in een concreet geval.

### § 5.2.2 Innovatiemededinging

De kern van de problematiek inzake licentieweigering is in belangrijke mate gerelateerd aan het in het vorige hoofdstuk reeds genoemde verschil tussen imitatie- en innovatiemededinging.<sup>51</sup> Het onderscheid tussen een innovatief product en een product dat een imitatie vormt van het door de rechthebbende reeds op de markt gebrachte product vormt het belangrijkste aanknopingspunt voor de invulling van het nieuw product vereiste en daarmee voor de beoordeling van licentieweigeringen. Het nieuw product vereiste zorgt er daarmee voor dat het conceptuele onderscheid tussen imitatie- en innovatieconcurrentie in een concreet geval een gezicht krijgt. Door de toepassing van het criterium zal in een specifiek geval van licentieweigering uitgemaakt kunnen worden of er sprake is van een belemmering van de innovatiemededinging.

Het is niet eenvoudig het concept innovatiemededinging in zijn algemeenheid te omschrijven. In de context van deze dissertatie verstaan wij onder innovatiemededinging het volgende: de concurrentie die tot doel heeft producten te of diensten te creëren die, door hun superieure eigenschappen of functioneren, bestaande producten of diensten (op termijn) volledig zullen kunnen *vervangen*. Met deze definitie wordt aangeknoopt bij de Creative Destruction theorie van Schumpeter, die ten grondslag ligt aan het huidige denken over innovatiemededinging.<sup>52</sup> Deze gaat er van uit dat mededinging plaatsvindt doordat bestaande structuren omver worden geworpen en volledig worden *vervangen* door middel van innovatie.<sup>53</sup>

Wij menen dat de mededingingsrechtelijke correctie op licentieweigering alleen plaats kan vinden indien er sprake is van een belemmering van innovatiemededinging. Eerder hebben we geconstateerd dat een IE-rechthebbende die toegang tot de innovatiemarkt belemmert of onmogelijk maakt een machtspositie in de zin van artikel 82 EG inneemt.<sup>54</sup> Weigert een onderneming met een zodanige machts-

51 Zie § 4.5.2.

52 Zie § 4.4.1 van deze dissertatie.

53 J. A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London: Routledge 1994 (oorspronkelijke uitgave London: Allen & Unwin 1943).

54 Zie § 4.5.2.

positie een licentie af te geven waardoor zij innovatieconcurrentie belemmert, dan maakt zij misbruik van deze positie. Verhindert zij door een licentieweigering daarentegen slechts concurrentie op het gebied van productimitatie, dan zal dat niet leiden tot een misbruik. Dit onderscheid is volkomen in overeenstemming met de ratio van de intellectueel eigendom. Immers, het exclusieve recht is ingesteld *met het doel* imitatieconcurrentie te kunnen verhinderen, terwijl mogelijkheden voor innovatie juist worden opengelaten. Voorkomt de rechthebbende, in de uitzonderlijke omstandigheid dat het exclusieve recht de sleutel vormt tot een innovatie op een wijze die de wet niet heeft voorzien en uitgezonderd, dat mededinging op innovatieniveau plaatsvindt, dan leidt dit tot misbruik van machtspositie.

Op grond van het bovenstaande is er geen noodzakelijk causaal verband tussen het innemen van de machtspositie en het misbruiken daarvan. De machtspositie schuilt immers in het feit dat het exclusieve recht de basis vormt van een innovatie waardoor de rechthebbende de *mogelijkheid* heeft verdere innovatie te belemmeren. Het misbruik is dan gelegen in het feit dat de rechthebbende dit ook daadwerkelijk doet, namelijk door een licentie te weigeren aan een derde.

Ingeval een licentievrager een product op de markt wil brengen dat *niet* nieuw en innovatief is maar beschouwd kan worden als een imitatieproduct, kan de rechthebbende geen dwanglicentie opgelegd worden, ook al neemt hij een machtspositie in op de (innovatie)markt. De introductie van een imitatieproduct tegenhouden verschilt immers in wezenlijk opzicht van het belemmeren van de introductie van een innovatief product. Niettemin zijn er auteurs die menen dat onder bepaalde omstandigheden ook imitatieconcurrentie moet worden toegestaan op grond van artikel 82 EG. Drexl stelt voor om in situaties waarin de rechthebbende bij machte is om innovatiemededinging te verhinderen ook imitatieconcurrentie toe te staan – zelfs als dat betekent dat er geen nieuw product op de markt wordt gebracht.<sup>55</sup> Conde Gallego onderschrijft deze stelling.<sup>56</sup> Een belangrijk argument om in dergelijke gevallen imitatieconcurrentie toe te laten is volgens Drexl het grote belang van de consument bij de lagere prijzen die als gevolg van de toetreding van nieuwe concurrenten op de markt zullen ontstaan.<sup>57</sup>

Ook de Europese Commissie ziet ruimte voor imitatieconcurrentie, zij het dat zij zich daarbij beperkt tot door IE beschermde *technologie*. In haar Discussion Paper aangaande de toepassing van artikel 82 merkt zij op dat zij gedwongen licenties voor beschermde technologie mogelijk acht, zelfs indien de licentievrager niet voornemens is om deze technologie te incorporeren in producten of diensten die duidelijk als nieuw beschouwd kunnen worden.<sup>58</sup> Opmerkelijk genoeg spreekt de

55 Drexl 2004, p. 805-806.

56 Conde Gallego 2006, p. 27.

57 Drexl 2004, p. 807.

58 DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, § 240.

Commissie in dit verband wèl van 'follow-on innovatie'.<sup>59</sup> Ook inzake *Microsoft* doet de Commissie een beroep op de uitzonderingspositie die technologie naar haar mening binnen deze problematiek inneemt.<sup>60</sup>

Zonder te willen ontkennen dat zich in de technologiesector prangende vragen voordoen met betrekking tot de relatie mededingingsrecht – intellectueel eigendom, kunnen wij bovenstaande opvatting niet onderschrijven. Het recht imitatieconcurrentie tegen te gaan vormt de kern van het exclusieve recht en een verplichting om ondanks het ontbreken van een innovatiebelemmering over te gaan tot gedwongen licentieverlening achten wij daarom ongewenst. Met name de onbepaaldheid van de door de Commissie genoemde gronden waarop overgegaan kan worden tot verplichte licentiering van technologie (overigens op zichzelf een onvoldoende omljnd begrip) zijn ons inziens reden tot zorg. Zelfs indien er sprake is van standaardisering hoeft dat niet per definitie te leiden tot een innovatiebelemmering. Zoals we in § 4.4.3 besproken hebben, kan standaardisatie weliswaar bijdragen aan het bestaan van een machtspositie van de onderneming die eigenaar is van de standaard, maar dit zal enkel aan de orde zijn indien het bestaan van de standaard tevens de *innovatiemogelijkheden* voor concurrenten beperkt.<sup>61</sup> Als dit inderdaad het geval is, kan een weigering te licentiëren misbruik opleveren, maar dan vanzelfsprekend alleen in gevallen waarin daadwerkelijk de introductie van een nieuw product belemmerd wordt. Innovatie is niet geholpen met het verschijnen van imitatieproducten, maar bovenal grijpt een verplichting in dergelijke gevallen te licentiëren diep in het IE-systeem in, waar de uitsluiting van imitatieconcurrentie immers een beoogd effect is. Een algemene verplichting om imitatieconcurrenten te licentiëren zoals die door de Commissie ten aanzien van technologie feitelijk wordt voorgesteld is ons inziens dan ook te verstrekkend. Voordelen van het toestaan van imitatieconcurrentie die gelegen zijn in de sfeer van prijsverlagingen, zoals bepleit door Drexl,<sup>62</sup> zouden evenzeer kunnen worden bereikt door toepassing van artikel 82 sub a EG.<sup>63</sup>

59 Een aantal medewerkers van het Max Planck Instituut zijn het in beginsel met deze opvatting van de Commissie eens, zo blijkt uit de reactie op het Working Paper: Comments of the Max Planck Institute for intellectual property, competition and tax law on the DG Competition discussion paper of December 2005 on the application of article 82 EC Treaty to exclusionary abuses, <http://www.ip.mpg.de/sbared/data/pdf/comment1.pdf>, § 32-33. Zij achten enige nuancering echter noodzakelijk.

60 GEA 17-9-2007, *Microsoft Corporation* tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), § 302 j° § 305.

61 Aldus ook Hoyng in zijn annotatie bij de Commissiebeschikking inzake *IMS Health*, M&M 2002 nr. 3, p. 115.

62 Drexl 2004, p. 805-807.

63 Dit artikellid verbiedt het voeren van onbillijk hoge prijzen door een onderneming met een machtspositie. Hoewel het zelden en met grote terughoudendheid wordt toegepast (zie ook § 1.3.2) lijkt het in gevallen van licentieweigering toch een meer aangewezen oplossing voor het terugdringen van excessieve prijzen dan de omweg van de dwanglicentie.

De correctie van artikel 82 EG kan derhalve alleen worden ingeroepen in situaties waarin de innovatiemededinging wordt belemmerd. Met behulp van het nieuw product vereiste kan dan in een concreet geval bepaald worden of daarvan sprake is. Voorbeelden van innovatiebelemmering door licentieweigering zijn moeilijk denkbaar: het betreft zeer uitzonderlijke situaties die zich zelden voor zullen doen. Intellectuele eigendomsrechten laten de mogelijkheid tot innovatie immers in beginsel open.<sup>64</sup> Aansluiting kan naar onze opvatting gezocht worden bij situaties waarin het exclusieve recht toegang verhindert tot objecten die niet onder het verbodsrecht zouden moeten vallen, zoals ideeën, concepten, data en methoden die in het publieke domein thuishoren. Systematisch lijkt het juist om in dergelijke uitzonderlijke omstandigheden over te kunnen gaan tot een correctie in de vorm van een gedwongen licentie op basis van het mededingingsrecht. De bescherming door het intellectuele eigendomsrecht strekt zich dan immers uit tot terreinen waar het niet thuis hoort. Een nieuw product is dan een product dat op innovatieve wijze voortbouwt op elementen van het beschermde product, en deze elementen gebruikt om een vooruitgang op innovatiegebied te bewerkstelligen. Het nieuwe product zal een duidelijke 'kwaliteitsprong' moeten bewerkstelligen; louter het gegeven dat het een 'ander' product betreft is ons inziens onvoldoende om nieuwheid aan te kunnen nemen. De rechter of mededingingsautoriteit die een licentieweigering moet beoordelen zal dan ten aanzien van het product dat de licentievragers op de markt wil brengen af moeten wegen in hoeverre dit product daadwerkelijk een kwaliteitsprong teweeg brengt ten opzichte van de bestaande producten.

Inzake *Magill* en *Microsoft* moest de rechter zo een afweging maken. In *Magill* overwoog het HvJEG daartoe, dat de alomvattende wekelijkse tv-gids beschouwd kan worden als een nieuw product, omdat alleen dit product de Ierse tv-kijkers de mogelijkheid bood om vooraf te beslissen over de programma's die zij willen zien, en aan de hand daarvan een planning te maken voor de indeling van hun vrije tijd. Hier manifesteert de kwaliteitsprong ten opzichte van de bestaande producten zich volgens het HvJEG dus met name in een informatieve meerwaarde, die ontstaat doordat het product is samengesteld uit meerdere bronnen.<sup>65</sup> In *Microsoft* plaatst het GEA de nieuwheid tegen de achtergrond van artikel 82(b) EG.<sup>66</sup> Het GEA geeft daarbij weliswaar aan dat de licentieweigering door Microsoft de potentie heeft de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers te beperken, hetgeen opgevat kan worden als een belemmering van de innovatiemededinging, maar wijst niet concreet een product aan dat in dit specifieke geval een verplichte licentie moet rechtvaardigen.<sup>67</sup>

Wij menen dat, teneinde in een concreet geval aan te kunnen tonen dat de innovatiemededinging daadwerkelijk belemmerd wordt, de rechter of mededingingsautoriteit een specifiek nieuw product zal moeten identificeren dat door de licentieweigering niet op de markt komt. In het navolgende wordt naar aanknopingspunten

64 Zie ook § 4.5.7.

65 Zie voorts § 5.2.4.

66 Zie ook § 2.6.4.

67 Zie ook Van Loon 2007, p. 171-172.

gezocht die een rol spelen bij de invulling van het nieuw product vereiste en die de rechter of mededingingsautoriteit daardoor kunnen helpen bij de invulling van het criterium in een concrete situatie.

### § 5.2.3 Vraag aan consumentenzijde

Kan een aantoonbare vraag aan de zijde van de consument doorslaggevend zijn voor het bestaan van een nieuw product? Een dergelijke interpretatie herinnert aan de overweging van het HvJEG inzake *Magill*, waarin het Hof oordeelt dat '(...) requiranten (hebben) derhalve de introductie belet van een nieuw product, namelijk een alomvattende tv-gids, dat zijzelf niet aanboden en *waarnaar aan de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond (...)*' (curs. SvL).<sup>68</sup> Ook inzake *IMS Health* wordt de vraag aan consumentenzijde genoemd: '(...) indien de licentienemer (...) voornemens is nieuwe goederen of diensten te produceren die niet door de rechthebende worden aangeboden en *waarvoor er potentiële vraag van consumenten is*' (curs. SvL).<sup>69</sup> Bovengenoemde uitleg van het nieuw product vereiste lijkt in taalkundig opzicht zodoende op een lijn te liggen met de beoogde invulling door het HvJEG in *Magill*.

In de literatuur wordt deze interpretatie van het vereiste op een aantal plaatsen verdedigd.

Kamperman Sanders meent dat het bij de beoordeling van de vraag of iets een nieuw product is moet worden onderzocht of de consument het product ervaart als nieuw of innovatief. Hiermee kan het belang van consumenten bij de introductie van nieuwe en innovatieve producten worden erkend.<sup>70</sup> Derclaye voert aan dat de consumentenvraag een additionele voorwaarde is die naast het nieuw productvereiste bestaat, maar stelt vervolgens dat als er vraag naar een product bestaat, dit product per definitie als nieuw aangemerkt zal worden.<sup>71</sup> Hieruit leiden we af dat zij van mening is dat consumentenvraag inherent is aan het nieuw product vereiste. Houdijk ten slotte merkt terecht op dat een licentievragende onderneming überhaupt geen product op de markt zal willen brengen waarnaar geen vraag aan consumentenzijde is. Om te bepalen of een product daadwerkelijk nieuw is, zal het oordeel van de consument ook volgens hem een belangrijke rol dienen te spelen.<sup>72</sup>

Indien we aan zouden nemen dat het nieuw productvereiste inderdaad moet worden ingevuld aan de hand van de vraag van de consument stuiten we onmiddellijk op de problematiek inzake het meten van deze vraag. Ahlborn, Evans en Padilla introduceren een test die bepaalt dat een product als nieuw kan worden aange-

68 *Magill*, § 54.

69 *IMS Health*, HvJEG 29-4-2004, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039, § 49.

70 Kamperman Sanders 2004, p. 132.

71 Derclaye 2004b, p. 403.

72 Houdijk 2005, p. 28.

merkt, indien de vraag voor dat product èn alle andere producten op de markt significant groter is dan de totaliteit van de vraag voorafgaand aan de introductie van dat nieuwe product.<sup>73</sup> In een voorbeeld vervat: een mp3 speler die ook videobestanden kan afspelen is een nieuw product als de vraag naar mp3 spelers in het algemeen toeneemt als dit product op de markt wordt gebracht. Het probleem met een dergelijke test is echter dat zij veronderstelt dat het nieuwe product reeds op de markt is gebracht (geweest), anders is de vraag vanzelfsprekend niet meetbaar. Bovendien lijkt het onwenselijk om dit element van marktafbakening – wat het feitelijk is – te herintroduceren in dit stadium van een misbruikanalyse, niet in de laatste plaats omdat reeds is gebleken dat consumentenvraag lang niet altijd een betrouwbare indicator is in IE-zaken.<sup>74</sup>

Niet alleen het *meten* van de vraag aan consumentenzijde stuit ons inziens op bezwaren, ook lijkt consumentenvraag ons geen geschikt instrument om te bepalen of er sprake is van een nieuw product. Ten eerste omdat deze vraag in veel gevallen – zoals door Derclaye wordt aangegeven – *inherent* zal zijn aan de nieuwheid van een product, waardoor het een overbodig criterium wordt. Ten tweede, en bovendien, omdat het daarnaast zeer wel denkbaar is dat indien een product werkelijk nieuw is, er juist helemaal geen vraag naar zal zijn bij de consument.<sup>75</sup> Als voorbeeld noemen we de compact disc: bij de introductie van dit product was er geen overweldigende vraag vanuit de consument. Immers, alle consumenten waren ingesteld op de grammofoon en bijbehorende langspeelplaten – een overstap zou met zich meebrengen dat de volledige muziekcollectie opnieuw aangeschaft zou dienen te worden. Niettemin werd de cd later een gewild product vanwege zijn superieure geluidskwaliteit en duurzaamheid. Indien de introductie van de cd afhankelijk was geweest van een dwanglicentie en consumentenvraag was de doorslaggevende factor geweest, dan was men waarschijnlijk niet tot de conclusie gekomen dat de introductie van een nieuw product werd belemmerd. Ten derde lijkt een aantoonbare consumentenvraag eveneens afwezig in gevallen waarin een concurrent van de rechthebbende een licentie nodig heeft voor een vernieuwing in zijn eigen productieproces. Het is denkbaar dat de weigering een zodanige licentie te verlenen misbruik oplevert, terwijl er geen directe invloed is op de vraag door de consument. *Microsoft* is in dit verband een goed voorbeeld: er is geen directe, aantoonbare consumentenvraag naar besturingssystemen die beter kunnen communiceren met *Windows*, maar het GEA is niettemin van oordeel dat dit niet in de weg hoeft te staan aan de aanname dat er sprake is van de belemmering van de introductie van een nieuw product.<sup>76</sup>

73 Ahlborn, Evans & Padilla 2005, p. 1147.

74 Zie ook § 4.2.

75 Vgl. in dit verband A-G Gulmann in zijn conclusie bij *Magill*, waarin hij stelt dat een nieuw product nooit een product zal zijn dat concurreert met dat van de rechthebbende, aangezien het zal voldoen aan een geheel andere consumentenvraag (Conclusie A-G Gulmann van 1-6-1994 inzake *Magill*, *Jur.* 1995, p. I-747 e.v., § 96).

76 GEA inzake *Microsoft*, *supra*, § 624 j° § 639 j° § 660-664.



Ten slotte past de invulling van het nieuw product vereiste aan de hand van de vraag van de consument niet in de restrictieve uitleg die het HvJEG door middel van de toevoeging 'uitzonderlijke omstandigheden' aan het begrip lijkt te willen geven.<sup>77</sup> Immers, iedere minimale verandering ten opzichte van bestaande producten (inclusief een verandering in prijs<sup>78</sup>) zal een verandering in de vraag bij de consument ten gevolge hebben.<sup>79</sup>

De opvatting dat de vraag van de consument geen doorslaggevende factor is bij de invulling van het nieuw product vereiste en daartoe zelfs geen voorwaarde vormt is niet tegenstrijdig aan de hierboven weergegeven overwegingen van het HvJEG. Immers, het Hof gebruikt telkens de formulering 'potentiële vraag'. De vraag hoeft niet actueel en bestaand te zijn. Indien een product daadwerkelijk nieuw en innovatief is zal er altijd een potentiële vraag zijn – of deze vraag uiteindelijk ook reëel wordt hangt af van meerdere factoren zoals de manier waarop het product door de licentienemer in de markt gezet wordt.

Het uitgangspunt dat consumentenbelang de grondslag vormt voor toepassing van het mededingingsrecht hoeft evenmin te weerhouden van deze opvatting: de belangen van consumenten zijn immers ook gemoeid met het voorkomen van de belemmering van innovatie. Dat deze belangen eerder gekenmerkt worden door een potentiële, toekomstige vraag dan door een actuele, aantoonbare consumentenbelangstelling lijkt alleen maar voor de hand te liggen. Bovendien richt artikel 82 EG zich uitdrukkelijk ook op misbruik door uitsluiting van concurrenten. Daarbij wordt het consumentenbelang eveneens op indirecte wijze behartigd.<sup>80</sup>

Tot slot is het volgende nog vermeldenswaardig. Een aan het onderwerp van de consumentvraag gerelateerde vraag, is in hoeverre het nieuwe product in een concurrentieverhouding moet staan met reeds op de markt gebrachte producten. A-G Gulmann gaat hier in zijn conclusie bij *Magill* uitgebreid op in. Hij meent dat het feit dat de alomvattende tv-gids kan concurreren met de bestaande gidsen van de omroepen reden is om aan te nemen dat er *geen* sprake is van een nieuw product. Hij verdedigt derhalve dat een nieuw product een product is dat *niet* concurreert met het reeds bestaande (door IE beschermde) product.<sup>81</sup> Indien het exclusieve recht wordt gebruikt om de introductie te voorkomen van een product dat met behulp van het beschermde voortbrengsel wordt vervaardigd en daarmee in een directe concurrentieverhouding staat, dan prevaleert volgens Gulmann het belang van de rechthebbende. Zijn belang weegt in dat geval zwaarder dan dat van de consument.<sup>82</sup> Deze opinie onderstreept nogmaals de opvatting dat een bestaande

77 Derclaye 2004a, p. 696. Zie ook Houdijk 2005, p. 28.

78 Vgl. Drexl 2004, p. 802-803.

79 Zie in dit verband ook § 2.5.4.

80 Zie (o.m.) HvJEG 21-2-1973, *Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. vs. Commission*, zaak nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Continental Can*); § 26. Zie ook *Microsoft*, *supra*, § 664.

81 Drexl 2004, p. 805.

82 Conclusie A-G Gulmann, *supra*, § 97. Overigens meent Gulmann dat er in het geval *Magill* geen sprake is van een nieuw product. Zie ook § 2.3.4 van deze dissertatie.

consumentenvraag geen criterium kan zijn bij de beoordeling van de vraag of er sprake is van een nieuw product.

Om bovengenoemde redenen wordt die invulling van het nieuw product vereiste, waarbij de consumentenvraag als factor voor het meten van de nieuwheid wordt beschouwd, niet door ons onderschreven.

#### § 5.2.4 Nieuw product samengesteld uit meerdere bronnen

Deze zienswijze houdt in dat voldaan is aan het nieuw product vereiste indien het beoogde product samengesteld moet worden met behulp van de inbreng van diverse rechthebbenden. Een dergelijke situatie was aan de orde in *Magill*: teneinde een allesomvattende tv-gids samen te stellen waren de programmeergegevens nodig van *alle* omroepen. De omroepen waren zelf niet in staat om, zonder toestemming van de overige televisiezenders, het product dat Magill voor ogen had op de markt te brengen. Ook op technologisch vlak is een dergelijke situatie goed denkbaar: in sectoren als de telecommunicatie, biotechnologie of consumentenelektronica kunnen producten in technisch opzicht zeer complex zijn, waardoor het vaak voorkomt dat men een pakket licenties nodig heeft om een product op de markt te kunnen brengen.<sup>83</sup> Kan de licentievragers aantonen dat hij de geweigerde licentie(s) nodig heeft teneinde een nieuw product samen te stellen uit verschillende bronnen, dan zou dat een reden kunnen zijn om een gedwongen licentie toe te staan. Een nieuw product is in deze visie derhalve een product dat gebaseerd is op een aantal licenties van verschillende rechthebbenden.

Belangrijk nadeel van deze visie is dat niet ieder product dat is samengesteld met behulp van meerdere licenties noodzakelijkerwijs een product is met een intrinsieke meerwaarde, hetgeen een innovatief product toch zou moeten hebben. Een allesomvattende tv-gids heeft dat misschien nog wel, alhoewel ook daar ons inziens vraagtekens bij geplaatst kunnen worden, maar in het geval van een bundel verzamelde kruiswoordraadsels lijkt een innovatief karakter overduidelijk niet aanwezig. Het gevaar bestaat aldus dat het onderscheid tussen imitatieconcurrentie en innovatieconcurrentie met deze invulling niet kan worden gemaakt.

Conceptueel is bovenstaande invulling van het nieuw product vereiste niettemin geen onaantrekkelijk idee. Het biedt namelijk de mogelijkheid de totstandkoming van een product te realiseren, dat – gezien het feit dat het input van meerdere rechthebbenden vereist – anders wellicht niet op de markt gekomen zou zijn.<sup>84</sup> Essentieel

<sup>83</sup> Zie ook Anderman & Kallaugher 2006, § 6.59.

<sup>84</sup> Vergelijk in dit verband ook de uitspraak van OPTA inzake *KPN/Denda* van 29-9-1999, waarin de Nederlandse Telecommunicatieautoriteit stelt dat multimediasbedrijf Denda alleen aanspraak kan maken op de levering van abonneegegevens van KPN indien zij voornemens is ook bij andere telecomaandieners data op te vragen: OPTA 29-9-1999, *Computerrecht* 2000-1, p. 47, randnr. 83. Zie ook Van Loon 2004, p. 74.

is dan echter wel, dat de innovatieve meerwaarde van het product bewezen wordt: niet louter het feit dat het is samengesteld uit meerdere bronnen is voldoende om van een nieuw product te kunnen spreken. Voorwaarde moet zijn, dat de introductie van het nieuwe product innovatieconcurrentie betreft, anders is het aanvragen van licenties bij meerdere rechthebbenden slechts een goedkoop alibi voor inbreuk.

Deze uitleg van het nieuw product vereiste zou gecombineerd kunnen worden met een verplichting tot wederzijdse licentie: de licentienemer is in dat geval gehouden een licentie voor de productie van zijn nieuwe product te verlenen aan al zijn licentiegevers. Deze figuur van kruislicentiëring wordt ook binnen het octrooirecht bij gedwongen licentieverlening gebruikt, namelijk als 'tegenprestatie' bij een gedwongen licentie wegens afhankelijkheid.<sup>85</sup> Ook bij de verlening van een dwanglicentie door één rechthebbende kan uiteraard gedacht worden aan een dergelijke kruislicentie, maar bij meervoudige licentieverlening zoals hier bedoeld is wellicht eerder een rechtvaardiging voor het opleggen van een dergelijke verplichting te vinden. De meerwaarde van het nieuwe product bestaat in deze interpretatie immers uit de *combinatie* van een aantal reeds bestaande exclusieve rechten, in tegenstelling tot (bijvoorbeeld) een afhankelijk octrooi dat in zichzelf reeds nieuwe elementen bevat. Ons inziens kan het relatief zware middel van kruislicentiëring om die reden eerder toepassing vinden bij een meervoudig licentiemodel.

Het idee van kruislicentiëring wordt in de literatuur nauwelijks in verband gebracht met het nieuw product vereiste. Alleen Kamperman Sanders suggereert dat kruislicentiëring gebruikt kan worden om de hoogte van de 'redelijke vergoeding' te bepalen die de rechthebbende dient te ontvangen in ruil voor het verlenen van een verplichte licentie.<sup>86</sup> Rahnasto merkt de mogelijkheid van kruislicentiëring bij mededingingsbelemmeringen weliswaar op, maar brengt deze louter in verband met kostenreductie.<sup>87</sup>

#### § 5.2.5 'Use it or lose it'

Een andere invulling die gegeven kan worden aan het nieuw product vereiste valt samen te vatten in het adagium 'use it or lose it'. De rechthebbende kan gedwongen worden tot licentieverlening, indien hij de introductie van een nieuw product belemmert door een licentie te weigeren aan een derde die voornemens is een dergelijk nieuw product te maken òf door na te laten *zelf* dat nieuwe product op de markt te brengen. Deze invulling lijkt in overeenstemming te zijn met de jurisprudentie:

<sup>85</sup> Art. 57 lid 4 ROW. Zie ook Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen 2002, § III.7.5.13 e.v. Zie voorts § 5.2.7 van deze dissertatie.

<sup>86</sup> Voordracht A. Kamperman Sanders 'Auteursrecht en mededinging', onder meer de zaak IMS Health' tijdens ledenvergadering van de Vereniging voor Auteursrecht op 3-6-2005 te Amsterdam.

<sup>87</sup> Rahnasto 2003, § 2.164. De kosten waar Rahnasto op doelt, zijn *transactiekosten*: een begrip uit de (rechts)economie dat betrekking heeft op de kosten die gepaard gaan met het aangaan van een overeenkomst. Zie ook Koelman 2003, p. 182-194.

het HvJEG overweegt inzake *Magill* en *IMS Health* immers dat het misbruik gelegen is in het feit dat de introductie van een nieuw product wordt belemmerd *dat door de rechthebbende(n) zelf niet wordt aangeboden*.<sup>88</sup> Enkele schrijvers ondersteunen een dergelijke interpretatie.<sup>89</sup> Het meest helder wordt zij uitgewerkt door Eilmansberger,<sup>90</sup> wiens bijdrage we hieronder uitgebreid bespreken.

In zijn bijdrage in *Common Market Law Review* uit 2005 behandelt Eilmansberger misbruik in de zin van artikel 82 EG door uitsluiting van concurrenten.<sup>91</sup> Zijn suggestie voor een oplossing van de problematiek inzake licentieweigering is dat een rechthebbende gedwongen kan worden tot licentieverlening, indien hij het verworven IE-recht niet gebruikt. Het nieuw product vereiste ziet hij niet als doorslaggevende factor bij het aannemen van misbruik, maar als een zelfstandige vorm daarvan.

Eilmansberger brengt de beoordeling van het potentiële misbruikgedrag in verband met de grondslagen van artikel 82 EG.<sup>92</sup> Het doel van het verbod van artikel 82 is bescherming van de consument, al betekent dit niet dat alleen gedrag waardoor de consument direct geraakt wordt gesanctioneerd kan worden. Uit de samenhang met artikel 3(1)(g) EG blijkt dat gedrag dat uitsluiting van concurrenten bewerkstelligt eveneens binnen de reikwijdte van het verbod valt.<sup>93</sup> Immers, de belangen van de consument zijn gediend met het bestaan van concurrentie. Bescherming van de belangen van *concurrenten* vormt uitdrukkelijk *geen* grondslag voor toepassing van artikel 82 EG.<sup>94</sup>

Eilmansberger doet in zijn bijdrage een interessante suggestie voor de toepassing van het 'nieuw product' criterium. In Eilmansberger's visie is de belemmering van de introductie van een nieuw product een misbruik *an sich* in de zin van artikel 82 sub b EG.<sup>95</sup> Niet de licentieweigering is de gedraging die tot het misbruik leidt,

88 *Magill*, § 54 ('(...) hebben requiranten derhalve de introductie belet van een nieuw product, namelijk een alomvattende wekelijkse tv-gids, *dat zij zelf niet aanboden* en waarnaar aan de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond' (curs. SvL); *IMS Health*, § 52 ('de onderneming die om de licentie heeft verzocht, is voornemens op de markt van levering van de betrokken gegevens nieuwe producten of diensten aan te bieden *die de houder van het intellectueel eigendomsrecht niet aanbiedt* en waarvoor een potentiële vraag van de consumenten bestaat' (curs. SvL). Zie ook § 2.3 en § 2.5.

89 Höppner 2005, p. 462; Calvet & Desurmont 1996, p. 34; Feenstra 1996, p. 34. Vgl. Temple Lang 2000, p. 388. A-G Gulmann maakt in zijn conclusie bij *Magill* op dit punt een vergelijking met de situatie in *Volvo & Renault*, waar bij de door het Hof genoemde voorbeelden van misbruik ook het geval wordt genoemd waarin de rechthebbende zelf weigert zijn exclusieve recht te gebruiken: conclusie A-G Gulmann bij *Magill*, § 100 e.v.

90 Hoogleraar in het Europees en economisch recht, Universiteit van Salzburg.

91 T. Eilmansberger, 'How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: in search of a clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses', (42) *CMLR* 2005, p. 129-177.

92 Eilmansberger 2005, p. 132-140. Hij verzet zich overigens tegen de algemene aanname dat causaliteit tussen de machtspositie en het misbruikgedrag niet vereist is: Eilmansberger 2005, p. 140-146.

93 Artikel 3(1)(g) EG bepaalt dat de Europese Gemeenschap voorziet in 'een regime waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst'. Zie voor de samenhang tussen dit artikel en de mededingingsregels gericht tot ondernemingen ook § 1.1.1 van deze dissertatie.

94 Zie in dit verband ook de conclusie van A-G Jacobs van 28 mei 1998 bij *Bronner*, § 58.

95 Art. 82 sub b ziet op het beperken van de productie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de gebruikers. Zie ook § 1.1.1.

maar het beletten dat er een nieuw product op de markt komt. Het verschil tussen deze benadering en de benadering die de weigering zelf als misbruik kenmerkt, is dat een onderneming ook gedwongen kan worden tot een verplichte licentie indien zij het verworven intellectueel eigendomsrecht *zelf* niet gebruikt voor de fabricage van een nieuw product: 'use it or lose it'. Een dwanglicentie is dan niet de enige remedie: de rechthebbende kan het exclusieve recht immers ook gaan gebruiken.

Zie in dit verband ook *Volvo* en *Renault* (§ 2.2), waar het misbruik volgens de A-G en het HvJEG zou kunnen bestaan in de weigering vervangingsonderdelen te fabriceren voor modellen die nog in omloop zijn. Het beletten dat er nieuwe onderdelen op de markt komen is de gedraging die misbruik oplevert. Een dwanglicentie is een mogelijke remedie, maar de autofabrikanten kunnen de onderdelen ook weer zelf gaan produceren.

De weigering tot licentie over te gaan is volgens deze benadering dus niet de kern van het misbruik, maar louter een factor die daaraan kan bijdragen.<sup>96</sup> Er bestaat volgens Eilmansberger één uitzondering op deze regel, namelijk indien de licentievragers het nieuwe product wil samenstellen met behulp van bouwstenen van verschillende ondernemingen,<sup>97</sup> en geen enkele van die ondernemingen het nieuwe product zonder de hulp van anderen kan fabriceren. In dat geval kan het wel degelijk de weigering tot licentieverlening zelf zijn, die het misbruik teweeg brengt – een dwanglicentie is in een dergelijk geval de enig denkbare remedie.<sup>98</sup>

Tot welke resultaten leidt deze benadering in concrete situaties? Indien de rechthebbende op grond van de 'use it or lose it' benadering reeds misbruik maakt als hij het IE-recht niet aanwendt voor een nieuwe versie van het product dat al op de markt gebracht wordt of werd,<sup>99</sup> dan zal hij eveneens misbruik maken indien hij zijn recht helemaal niet gebruikt. Het aanhouden van – bijvoorbeeld – strategische octrooien zou om die reden onherroepelijk leiden tot misbruik, indien ze worden gehouden door een onderneming met een machtspositie. In dit verband moet worden opgemerkt dat de Nederlandse wetgever het houden van strategische octrooien beschouwt als een handeling die behoort tot de bevoegdheden die door de wet exclusief aan de rechthebbende worden toebedeeld.<sup>100</sup> In gevallen als *Magill* en de

96 Eilmansberger 2005, p. 160.

97 Zie ook § 5.2.4.

98 Eilmansberger 2005, p. 160.

99 Eilmansberger 2005, p. 160.

100 In zijn inleidende opmerkingen in de Memorie van Toelichting bij de Rijksoctrooiwet formuleert de Minister als volgt: 'De octrooiwetgeving geeft aldus aan degene die een uitvinding heeft gedaan, een rechtens beschermd monopolie dat zich (...) kan vertalen in een economisch voordeel. De uitvinder kan langs verschillende wegen trachten een dergelijk voordeel te realiseren. Hij kan zelf tot daadwerkelijke toepassing van zijn uitvinding overgaan, hij kan door licentieverlening aan anderen toestaan handelingen te verrichten die onder zijn uitsluitend recht vallen en hij kan ook dat recht als zodanig aan een ander overdragen. Hij kan zijn recht in beginsel ook louter defensief gebruiken door anderen daarmee te beletten in het economisch verkeer handelingen te verrichten die zijn eigen positie zouden kunnen schaden' (*Kamerstukken II*, 1991/1992, 22604 (R1435), nr. 3, p. 1).

Nederlandse procedure inzake *NOS/Telegraaf* zou de licentieweigering door de omroepen eveneens leiden tot een verplichte licentie, aangezien in dat geval het product moet worden samengesteld uit de inbreng van diverse ondernemingen. Volgens de uitzonderingsregel van Eilmansberger kan in een dergelijk geval de licentieweigering *zelf* aangemerkt worden als misbruik.

Of in gevallen als *IMS Health* en *Microsoft* op basis van de opvattingen van Eilmansberger misbruik aangenomen zou moeten worden hangt af van de meer exacte invulling die hij aan het nieuw product criterium wenst te geven.<sup>101</sup> Op dit punt is hij – naar onze mening – niet helemaal helder: onderscheiden worden twee mogelijke betekenissen van het begrip ‘nieuw product’: ofwel het is eenzelfde soort product maar dan met toegevoegde waarde, ofwel het is een product dat nieuwe kenmerken en eigenschappen heeft in vergelijking met het oude product. Een voorbeeld zou mogelijk kunnen zijn een digitale versie van een bestaand telefoonboek (toegevoegde waarde) versus een telefoonboek met nieuwe zoekfuncties (product met nieuwe kenmerken). Eilmansberger concludeert dat het HvJEG neigt naar de laatstgenoemde invulling, hetgeen volgens hem een te strikte interpretatie is.<sup>102</sup> Hoewel hij dit niet expliciet aangeeft, mogen we daaruit opmaken dat hij meer ziet in de eerstgenoemde invulling. Toegepast op de casus in *IMS Health* zou dit tot de conclusie leiden dat er geen sprake is van een belemmering van de introductie van een nieuw product (het product van NDC heeft geen toegevoegde waarde buiten de wellicht lagere prijs en IMS brengt met enige regelmaat verbeterde versies van de structuur op de markt<sup>103</sup>). Inzake *Microsoft* zou er wellicht wél sprake zijn van een product met toegevoegde waarde: een netwerkbesturingssysteem dat goed kan communiceren met andere systemen heeft immers een toegevoegde waarde boven een product dat niet of nauwelijks kan communiceren met andere systemen.<sup>104</sup> De vraag of de kwalificatie ‘toegevoegde waarde’ niet reeds bij voorbaat uitsluit dat het een nieuw product betreft, lijkt niettemin gerechtvaardigd.

Eén en ander samenvattend lijkt de ‘use it or lose it’ opvatting in beginsel in overeenstemming met de in deze dissertatie verdedigde opvatting dat ingrijpen in het IE-recht door het mededingingsrecht slechts gerechtvaardigd is, indien door de uitoefening van het exclusieve recht innovatie wordt belemmerd. Immers, waarom zou er een onderscheid gemaakt worden tussen situaties waarin de rechthebbende via een licentieweigering aan een derde verhindert dat er een nieuw product op de markt komt en de situatie waarin hij, door non-exploitatie, dat *zelf* belemmert? Niettemin is er een aantal bezwaren aan te voeren.

Het recht een intellectueel eigendomsrecht niet te exploiteren behoort, evenals het recht derden licenties te weigeren, naar de opvatting van de wetgever tot de

<sup>101</sup> De opvatting van Eilmansberger dat ook het voorbehouden van een afgeleide markt op zichzelf kan leiden tot het aannemen van misbruik (Eilmansberger 2005, p. 160-164) wordt hier buiten beschouwing gelaten.

<sup>102</sup> Eilmansberger 2005, p. 159.

<sup>103</sup> Commissiebeschikking inzake *IMS Health*, PbEG 2002, C3/16, § 23.

<sup>104</sup> Zie ook Anderman 2004, p. 15.

kern van het exclusieve recht.<sup>105</sup> Er bestaan uitzonderingen op dit uitgangspunt, zoals de octrooirechtelijke dwanglicentie wegens niet-gebruik of het verval van het merkrecht indien daarvan geen normaal gebruik wordt gemaakt, maar dit betreft regelingen binnen het IE-recht *zelf*. Indien het *mededingingsrecht* wordt ingezet voor de beoordeling van non-exploitatie, dan betekent dat een forse (en naar onze mening te vergaande) uitbreiding van de correctiemogelijkheden op basis van dit rechtsgebied. Wordt non-exploitatie beschouwd als een misbruik *an sich*, zoals Eilmansberger betoogt, dan kan de rechter of mededingingsautoriteit het IE-recht via het mededingingsrecht anders regelen dan de wetgever het kennelijk bedoeld heeft, en dat is onwenselijk. De rechthebbende met een machtspositie kan verplicht worden zijn intellectueel eigendom aan te wenden voor het maken van een product, anders wordt hij wellicht gedwongen een licentie te verlenen. Ook indien geen product- of procesinnovatie wordt bewerkstelligd, kan er sprake zijn van een verplichte licentie, aangezien het recht dan ook niet wordt 'gebruikt'. Dit maakt het bereik van de gedwongen licentie feitelijk ruimer, hetgeen indruist tegen de ratio van het IE-recht, en wellicht tegen het oordeel van het HvJEG inzake *Magill* dat correcties op de uitoefening van het alleenrecht beperkt dienen te blijven tot uitzonderlijke omstandigheden.<sup>106</sup>

Overigens is de vraag of binnen het auteursrecht, het terrein waar tot nog toe de meest hevige botsingen met het misbruikverbod hebben plaatsgevonden, de praktische relevantie van het veroordelen van non-exploitatie groot is. Door het ontbreken van een depotvereiste is het immers niet kenbaar of een onderneming rechthebbende is, tenzij het exclusieve recht geëxploiteerd wordt in een product of dienst. Aangezien op dat moment tevens de grondslag voor het aannemen van misbruik zou komen te vervallen, lijken de mogelijkheden voor toepassing in de praktijk gering. Anders is het wellicht, indien de rechthebbende *gestopt* is met de exploitatie terwijl er nog wel vraag naar de producten of diensten is bij de consument. Dan doet zich de situatie voor zoals die genoemd werd door het HvJEG inzake *Volvo* en *Renault*.<sup>107</sup> Echter, naar onze mening kan in een dergelijk geval slechts sprake zijn van misbruik indien de rechthebbende tevens een licentie weigert aan een derde die voornemens is de betreffende producten of diensten op de markt te brengen.

<sup>105</sup> Zie de opmerking van de Nederlandse wetgever over het houden van strategische octrooien, *supra*, noot 100, maar ook de overweging van het HvJEG inzake *Renault*: '(...) moet er onmiddellijk op worden gewezen dat de *loutere verkrijging* van een door de wet toegekend uitsluitend recht (...) niet kan worden beschouwd als een onrechtmatige uitschakeling van de mededinging' (curs. toegevoegd) (HvJEG 5 oktober 1988, zaak nr. 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039). In het auteursrecht bestaat bovendien uitdrukkelijk het (persoonlijkheids)recht om te beslissen of er al dan niet publicatie van het werk plaatsvindt; het *droit de divulgation*. Zie ook Spoor & Verkade & Visser 2005, § 7.10.

<sup>106</sup> *Magill*, *supra*, § 50. Zie ook Houdijk 2005, p. 28.

<sup>107</sup> Daar concludeerde het HvJEG dat de licentieweigering in casu geen misbruik opleverde, maar dat de situatie anders zou zijn ingeval de autofabrikanten weigerden vervangingsonderdelen te fabriceren voor automodellen die nog in omloop waren: HvJEG 5-10-1988, AB Volvo tegen Erik Veng (UK) Ltd., zaak nr. 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211 (*Volvo*), § 9; Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Maxicar tegen Régie nationale des usines Renault, zaak nr. 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039 (*Renault*), § 16.

Wij verdedigen op grond van het bovenstaande de opvatting dat een non-exploitatie die leidt tot de belemmering van de introductie van een nieuw product alleen kan leiden tot misbruik indien zij gepaard gaat met een licentieweigering aan derden, en niet indien er door niemand om een licentie gevraagd wordt. Deze opvatting wijkt niet af van het oordeel van het HvJEG inzake *Magill* en *IMS Health*: het Hof oordeelde daar immers, dat de *weigering een licentie te verlenen* voor een product dat de rechthebbenden zelf niet aanboden misbruik oplevert. De licentieweigering lijkt dus een voorwaarde te zijn voor het aannemen van misbruik door non-exploitatie. Sanctionering van non-exploitatie zonder licentieweigering leidt bovendien tot een verruiming van het aantal gevallen waarin een dwanglicentie kan worden opgelegd. Ondernemingen worden daarbij niet alleen gedwongen te licentiëren, maar tevens een product te exploiteren. Dit is niet alleen een vergaande ingreep in het exclusieve recht, maar kan een onderneming daarnaast verplichten tot het doen van investeringen teneinde een productieproces in gang te zetten. Dit is een zeer (en een naar onze mening tē) vergaande ingreep in het mededingingsproces.

#### § 5.2.6 'Prijisgeven' intellectuele eigendom

Christian Schmidt verdedigt in zijn verhandeling over licentieweigering en misbruik van machtspositie<sup>108</sup> de stelling dat een dwanglicentie geoorloofd kan zijn in gevallen waarin de rechthebbende zijn exclusieve recht heeft 'prijsgeven' aan derden. Dit 'prijsgeven' houdt in, dat de rechthebbende het onderwerp van het exclusieve recht op een zeker moment ter beschikking heeft gesteld aan derden, bijvoorbeeld door middel van licentieverlening.

Een rechthebbende heeft in beginsel drie mogelijkheden om zijn exclusieve recht te gebruiken: hij kan het zelf exploiteren, hij kan het niet exploiteren of hij kan het door een derde laten exploiteren.<sup>109</sup> Schmidt meent dat er in de eerste twee gevallen geen sprake kan zijn van handelingen die misbruik van machtspositie opleveren. Niet omdat de handelingen naar hun aard niet kwalificeren als misbruik, maar omdat de beslissing van de rechthebbende het beschermingsobject volkomen aan derden te onthouden tot de essentie van het recht behoort.<sup>110</sup> Deze opvatting onderschrijven wij, maar niet de conclusie die Schmidt eraan verbindt, namelijk dat toepassing van artikel 82 EG in deze gevallen absoluut onmogelijk is. Andere belangen moeten volgens Schmidt wachten tot het einde van de beschermingstermijn.<sup>111</sup> Dit lijkt plausibel, zolang bij de bepaling van de beschermingstermijn maar alle consequenties van de concurrentiebeperking zijn meegenomen voor alle

108 C. Schmidt, *Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Das Verhältnis von Immaterialgüterrechten und Wettbewerb von Grundig bis IMS Health und Microsoft*, Berlin: WVB 2005.

109 Schmidt 2005, p. 83.

110 Schmidt 2005, p. 82.

111 Schmidt 2005, p. 82.



typen van werken waarvoor de bescherming geldt, maar dat lijkt niet altijd veilig om vanuit te gaan. Ons inziens dient er daarom ruimte te blijven voor een correctie in extreme gevallen die de wetgever niet voorzien heeft.

Anders is het volgens Schmidt, indien de rechthebbende ervoor gekozen heeft zijn exclusieve recht in licentie te geven of over te dragen: de rechthebbende kiest er dan voor om de exclusiviteit van het uitsluitende recht te verlaten door het recht onderwerp te maken van een overeenkomst met derden.<sup>112</sup> De voorwaarden waaronder hij dat doet zijn volgens Schmidt onverkort onderworpen aan toetsing op grond van artikel 82.<sup>113</sup>

Schmidt's benadering roept associaties op met het auteursrechtelijke *droit de divulgation*. Dit persoonlijkheidsrecht heeft namelijk betrekking op het prijsgeven van het werk aan het publiek: het behelst het recht te beslissen òf en zo ja, op welke wijze, het werk voor het eerst aan een publiek wordt getoond.<sup>114</sup> Kiest de rechthebbende ervoor om het werk niet aan het publiek prijs te geven, dan hebben rechtsmiddelen als beslag en faillissement geen vat op het exclusieve recht.<sup>115</sup> De parallel met de benadering van Schmidt is dat ook daar het niet aan derden prijsgegeven recht niet geraakt kan worden door een ander rechtsmiddel, namelijk artikel 82 EG. Schmidt bepleit in zijn boek dus een, voor alle rechten van intellectueel eigendom geldend, op het *droit de divulgation* gelijkend recht van eigen exploitatie, dat niet vatbaar is voor een correctie door artikel 82 EG.<sup>116</sup>

Schmidt's theorie kan om een aantal redenen geen stand houden. Ten eerste valt niet in te zien waarom een totale weigering te licentiëren geoorloofd kan zijn, terwijl een discriminatoire licentieweigering gesanctioneerd kan worden. In het perspectief van innovatiemededinging gaat het er immers om dat er geen belemmeringen op het gebied van de vernieuwing plaatsvinden: dit is eerder aan de orde bij een *absolute* licentieweigering (niemand mag het product maken) dan bij een discriminatoire weigering (niet iedereen mag het product maken). In het laatste geval is er immers al een partij die de intellectuele eigendom aanwendt voor productie en op die wijze de gewenste innovatie bewerkstelligt. De noodzaak voor beknotten van de kern van het exclusieve recht door het mededingingsrecht is dan komen te vervallen. Anders is het wellicht, ingeval er sprake is van een *de jure* standaard, zoals

112 Dit opgeven van de exclusiviteit moet volgens Schmidt ruim geïnterpreteerd worden: niet alleen bestaande betrekkingen met derden in de vorm van licentieovereenkomsten zijn vatbaar voor toetsing op grond van artikel 82 EG, ook afgebroken licentieonderhandelingen vormen een basis voor een mogelijke toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie. De rechthebbende heeft dan namelijk, door het aangaan van dergelijke onderhandelingen, aangegeven dat exclusiviteit voor hem een ondergeschikte rol inneemt ten opzichte van de exploitatiemogelijkheden van het IE-recht. Schmidt 2005, p. 84.

113 Schmidt 2005, p. 83.

114 Zie o.m. Spoor & Verkade & Visser 2005, p. 364-366; Strowel 1993, § 384 e.v.

115 Art. 2 lid 3 Aw.

116 Vgl. in dit verband ook deze overweging van het Ierse High Court inzake *Magill*: 'If it is to be denied this system of securing to itself first publication, it seems probable that it will be deprived of an important element of the substance of its copyright and of the right of first exploitation of its own labour'. RTE v. Magill T.V. Guide Ltd. (No. 2), IEHC 26-7-1989, [www.bailii.org/ie/cases/IEHC/1989/2.html](http://www.bailii.org/ie/cases/IEHC/1989/2.html), § 46. Zie ook § 2.3.4 van deze dissertatie.

aan de orde in het Duitse geschil inzake *Standard Spundfass*.<sup>117</sup> In beginsel zien wij echter geen aanleiding om in een discriminatoire licentieweigering een grotere innovatiebelemmering te zien dan in een totale weigering te licentiëren.

Ten tweede zijn de opvattingen van Schmidt in tegenspraak met de visie van het HvJEG. Inzake *Magill* oordeelt het Hof immers onomwonden dat een ingrijpen door artikel 82 in het exclusieve recht in uitzonderlijke omstandigheden mogelijk is.<sup>118</sup> Hoewel verdedigd kan worden dat er in *Magill* sprake was van 'prijsgegeven' intellectuele eigendom omdat de dagelijkse programmaoverzichten werden verstrekt aan dagbladen, neemt dit niet weg dat – voor zover dat niet reeds voldoende duidelijk was uit *Magill* zelf – sinds het verschijnen van het arrest *IMS Health* duidelijk is dat de overweging van het HvJEG een algemene strekking heeft.<sup>119</sup> Bovendien hadden de omroepen nooit hun *wekelijkse* programmaoverzichten aan derden verstrekt.

Daarnaast, vanuit een meer praktisch oogpunt, lijkt er in deze benadering geen plaats voor de mogelijkheid dat andere unilaterale handelingen met betrekking tot niet prijsgegeven intellectueel eigendom misbruik opleveren. Te denken valt aan koppelverkoop zoals dat aan de orde was inzake *Hilti*, namelijk het koppelen van de verkoop van een niet door intellectueel eigendom beschermd product aan de verkoop van een wél beschermd product.<sup>120</sup> Dergelijke gedragingen, waarvan erkend is dat zij misbruik op kunnen leveren, kunnen zeer wel intellectueel eigendom betreffen die in de visie van Schmidt niet vatbaar zou zijn voor een mededingingsrechtelijke correctie. Ook in dit opzicht overtuigt zijn stelling dus niet.

Ten slotte is er een bezwaar aan te wijzen tegen de invulling die Schmidt geeft aan de omstandigheden waaronder misbruik aangenomen kan worden. Hierboven hebben we de benadering van Schmidt slechts behandeld voor wat betreft de vraag: kan artikel 82 EG toegepast worden op een weigering te licentiëren? Gebleken is dat dit volgens Schmidt alleen mogelijk is indien de exclusiviteit van het

117 *Standard Spundfass* (BGH 13-7-2004, KZR 40/02, *GRUR* 2004, p. 966-970). De houder van een octrooi op een 'Spundfass' (tapkraan) dat door de chemische industrie als officiële standaard werd gehanteerd weigerde de Duitse dochteronderneming van een Italiaanse fabrikant een licentie voor het gebruik van de geöctrooieerde werkwijze, terwijl ze wel al geruime tijd aan andere ondernemingen licenties verleende. Het BGH oordeelde dat daar het octrooi een officiële standaard betrof alle producenten van Spundfässer afhankelijk waren van een octrooi voor de toegang tot de markt. Het was de combinatie van deze bijkomende omstandigheid en de exclusieve werking van octrooi die naar het oordeel van het BGH een machtspositie en derhalve speciale verplichtingen voor de rechthebbende in het leven schiepte. Door de weigering te licentiëren werd de licentievrager uitgesloten van toegang tot een lager gelegen markt, hetgeen misbruik opleverde. Zie ook § 4.4.3 van deze dissertatie.

118 *Magill*, *supra*, § 50.

119 *IMS Health*, HvJEG 29-4-2004, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039, § 35 ('Uit die rechtspraak volgt evenwel, dat de uitoefening van het alleenrecht door de rechthebbende in uitzonderlijke omstandigheden misbruik op kan leveren'). Kort na *Magill* bestond er controverse over de vraag of het arrest een eenmalige uitzondering was of dat het een algemeen precedent betrof: zie (o.m.) Vinje 1995; Lugard 1995; H. Cohen Jehoram & Mortelmans 1995; Calvet & Desurmont 1996; Feenstra 1996. Zie ook § 2.5.4 van deze dissertatie.

120 Commissiebeschikking inzake *Eurofix-Bauco/Hilti* (*PbEG* 1988 L65/19), § 75; bevestigd door het GEA in een arrest van 12-12-1991 (zaak nr. T-30/89, *Jur.* 1991, p. II-1439, § 95 e.v.).

recht is 'prijsgegeven' aan derden. Is dit het geval, dan rest nog de vraag onder welke omstandigheden een dergelijke handeling daadwerkelijk tot misbruik leidt. Schmidt meent dat, heeft de rechthebbende eenmaal afstand gedaan van de mogelijkheid alleen zelf het recht te exploiteren, op een weigering te licentiëren of onderhandelingen door te zetten de criteria van het HvJEG voor leveringsweigering van toepassing zijn.<sup>121</sup> Een dergelijke invulling van het misbruikvereiste moet om de in § 5.1 genoemde redenen worden afgewezen: intellectueel eigendom kan bij een mededingingsrechtelijke beoordeling in het kader van artikel 82 EG niet gelijkgesteld worden aan fysieke eigendom.<sup>122</sup>

De benadering van Schmidt kan gezien het bovenstaande geen betekenis hebben voor de invulling van het nieuw product vereiste. Belangrijke oorzaak daarvoor is gelegen in het gegeven dat het nieuw product criterium überhaupt geen rol speelt in zijn analyse van de omstandigheden die misbruik op kunnen leveren. Maar ook zijn uitgangspunt met betrekking tot de voorvraag – 'niet-prijsgegeven' IE is immuun voor de toepassing van het mededingingsrecht – kunnen wij niet onderschrijven.

### § 5.2.7 Nieuwheidvereiste in het octrooi- en auteursrecht

In § 5.2.2 concludeerden we dat een nieuw product een voortbrengsel moet zijn van innovatiemededinging en in die zin een 'kwaliteitssprong' behelst ten opzichte van het product van de rechthebbende. Het intellectueel eigendomsrecht laat in beginsel een dergelijke kwaliteitssprong toe: in de diverse systemen is voorzien in regelingen die ervoor zorgen dat het mogelijk is om voort te borduren op de onderliggende gedachten en ideeën. De vraag lijkt dan ook relevant, of het mogelijk is om de maatstaven die de intellectuele eigendom hanteert, in te zetten bij de beantwoording van de vraag of er in een zeker geval sprake is van een nieuw product. Zoals in § 5.2.1 reeds werd aangevoerd, ligt het min of meer voor de hand dat, indien we de correctie door het mededingingsrecht zien als het herstellen van een hiaat in het IE-systeem, het 'nieuw product' wordt bepaald door normen uit de intellectuele eigendom. Criteria met betrekking tot nieuwheid vinden we vooral in het auteursrecht en in het octrooirecht.

#### *Octrooirecht*

In het octrooirecht speelt nieuwheid een belangrijke rol, een vinding die niet nieuw is komt immers niet in aanmerking voor bescherming. De nieuwheid in het octrooirecht heeft betrekking op de stand der techniek: maakt een vinding geen deel uit van de stand der techniek, dan is zij nieuw.<sup>123</sup> Transponeren we deze invulling van het begrip 'nieuwheid' naar het criterium van het HvJEG, dan zou dit inhouden dat er is voldaan aan het criterium indien door een licentieweigering voorkomen

<sup>121</sup> Schmidt 2005, p. 85-86.

<sup>122</sup> Zie § 5.1.

<sup>123</sup> Art. 52 j° art. 54 Europees OctrooiVerdrag (EOV) / art. 2 j° art. 4 Rijksoctrooiwet (ROW).

wordt dat een product dat (nog) niet tot de stand der techniek behoort op de markt komt. In sommige situaties is een dergelijke belemmering denkbaar, bijvoorbeeld wanneer een nieuwe vinding niet tot stand kan komen omdat deze gebruik maakt van de techniek uit het octrooi waarvoor de licentie verleend wordt. Het octrooirecht zelf voorziet in een remedie voor deze en andere situaties door middel van een dwanglicentieregeling. In hoeverre deze wettelijke regeling aanknopingspunten kan bieden bij de mededingingsrechtelijke dwanglicentie wordt hierna besproken.

Op grond van de Nederlandse Rijsoctrooiwet bestaat een vijftal mogelijkheden voor de verlening van een gedwongen licentie.<sup>124</sup> Op twee daarvan, namelijk de dwanglicentie ten behoeve van de defensie en de gedwongen licentie op basis van het Euratom Verdrag, wordt op deze plaats vanwege het voor de hier behandelde problematiek geringe belang niet verder ingegaan.<sup>125</sup> De overige mogelijkheden bieden wel aanknopingspunten voor een vergelijking met een mededingingsrechtelijke gedwongen licentie, hoewel zij evenmin vaak toegepast worden in de praktijk.

In artikel 57 lid 1 van de ROW is voorzien in een regeling die de verlening van een dwanglicentie *in het algemeen belang* mogelijk maakt. Het algemeen belang wordt niet nader omschreven in de wetsgeschiedenis: volstaan wordt met de zinsnede '(...) de licentie (...) die wenselijk is in het belang van de nijverheid of om andere redenen van algemeen belang'.<sup>126</sup> Een gedwongen licentie vanwege het algemeen belang is op basis van dit artikel nooit toegewezen, dus in de praktijk heeft het begrip geen nadere invulling gekregen. Als mogelijke oorzaak voor het niet toepassen van de bepaling wordt wel genoemd het feit dat het de minister is die tot licentieverlening moet overgaan, maar dat de hoogte van de bijbehorende vergoeding wordt bepaald door de rechter.<sup>127</sup>

De licentie kan pas verleend worden nadat onderzocht is of de octrooihouder niet eventueel vrijwillig tot licentieverlening over zou willen gaan. Deze verplichting vloeit voort uit artikel 31 sub b TRIPS.

Ook het gegeven dat de licentie verleend moet worden *vanwege* het algemeen belang, maar daarbij tevens *aan* een specifieke persoon, maakt de toepassing niet eenvoudiger. Gevallen waarbij het algemeen belang een licentie aan een specifieke persoon rechtvaardigt zijn waarschijnlijk zeer zeldzaam. Gedacht zou eventueel kunnen worden aan een licentieweigerende onderneming die een vaccin tegen de

124 Zoals bekend heeft een Europees octrooi na verlening dezelfde rechtsgevolgen als een nationaal octrooi. Wij volstaan hier daarom met de behandeling van de dwanglicentieregeling in het nationale systeem.

125 De regelingen zijn terug te vinden in artikelen 59 en 60 van de ROW.

126 MvA Rijsoctrooiwet, *Kamerstukken II*, 1974/1975, 13209 (R967), nr. 4, p. 52.

127 Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen 2002, § III.7.5.9.

vogelgriep heeft uitgevonden en weigert te licentiëren aan de enige onderneming die – om logistieke of technische redenen – het vaccin kan produceren.<sup>128</sup> Duidelijk zal echter zijn dat een dergelijke situatie zich alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden zal voordoen.

Niettemin sluit de bepaling in dit opzicht aan bij de in deze dissertatie verdedigde invulling van het misbruikvereiste, namelijk een invulling die niet alleen betrekking heeft op het belang van de concurrent maar eerder een algemeen belang dient. Dit belang is in beginsel het voorkomen van innovatiebelemmering doordat het intellectueel eigendomsrecht zichzelf tegenwerkt, maar dit kan ook samenhangen met een belang dat meer algemeen is, zoals de volksgezondheid in het voorbeeld hierboven. Toch lijkt het tamelijk complex om een niet duidelijk omljnd begrip als 'algemeen belang' te incorporeren in het nieuw product concept – te meer omdat het begrip nooit vorm heeft gekregen in de (Nederlandse) octrooirecht-jurisprudentie.

De tweede grond voor de verlening van een octrooirechtelijke dwanglicentie betreft het *niet gebruiken van de uitvinding* (artikel 57 lid 2 ROW). Indien de rechthabende drie jaar na de verlening van een Nederlands of Europees octrooi geen inrichting van nijverheid in werking heeft gehad binnen Nederland, de EG of de EER kan hij – mits hij voor dit niet-gebruik geen geldige reden had<sup>129</sup> – gedwongen worden tot licentieverlening.<sup>130</sup> Toepassing van deze regel op het nieuw productvereiste in de context van artikel 82 EG heeft dezelfde strekking als de eerder besproken 'use it or lose it' benadering. Een dwanglicentie buiten het octrooirecht met louter als grondslag het niet gebruiken van het exclusieve recht lijkt ons, zonder een bijkomend vereiste van belemmering van innovatie, een ongewenste toepassing van het mededingingsrecht op de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht.<sup>131</sup>

De derde reden voor het verlenen van een dwanglicentie is de *afhankelijkheid van een jonger octrooi* (artikel 57 lid 4 ROW). Indien het jongere octrooi niet kan worden geëxploiteerd zonder toepassing van het oudere octrooi, kan dit aanleiding vormen voor het opleggen van een gedwongen licentie. Deze afhankelijkheid kan zowel een nauw verband tussen beide uitvindingen impliceren (het jongere octrooi

128 Cornish en Llewelyn noemen het voorbeeld van de dwanglicenties die de Amerikaanse overheid verkreeg voor de productie van anti-anthrax medicatie in de nasleep van de aanslagen op het WTC (Cornish & Llewelyn 2003, § 7-41). Aangenomen mag echter worden dat het hier een bijzondere omstandigheid betrof zoals genoemd in artikel 31 sub b TRIPs (niet-commercieel gebruik door de overheid; omstandigheden van bijzonder dringende aard).

129 Een geldige reden kan bijvoorbeeld bestaan in overheidsmaatregelen, die het in werking hebben van de inrichting onmogelijk maken. Gielen 1998 (T&C IE), art. 57 ROW 1995, aant. 3. Zie ook Wichers Hoeth 2000, p. 68.

130 Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen menen dat deze beperking tot landen binnen de EG / EER op gespannen voet staat met TRIPs; in het bijzonder met artikel 31 sub f van dit verdrag. Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen 2002, § III.7.5.11.

131 Zie ook § 5.3.2.

betreft bijvoorbeeld een nieuwe toepassing van het oudere octrooi) als een wat afstandelijker verband (het jongere octrooi gebruikt een oudere werkwijze om een geheel ander product te maken).<sup>132</sup> In de ROW 1995 zijn de voorwaarden voor de verlening van een dwanglicentie wegens afhankelijkheid aangescherpt: een verplichte licentie kan alleen verleend worden indien het jongere octrooi betrekking heeft op een uitvinding waarin een 'belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijke economische betekenis is belichaamd'. Het opnemen van dit vereiste is een direct gevolg van de inwerkingtreding van het TRIPs-Verdrag, dat deze voorwaarde verbindt aan het opnemen van een wettelijke dwanglicentie wegens afhankelijkheid.<sup>133</sup> Hoewel ook de dwanglicentie wegens afhankelijkheid in de praktijk zelden tot nooit voorkomt, sluit deze vorm van wettelijke dwanglicentiëring het meest aan bij de invulling van het misbruikvereiste die we in deze dissertatie voor ogen hebben. Immers, het ziet op situaties waarin een ouder exclusief recht verdere ontwikkeling op het terrein van de innovatie in de weg staat. Indien in dergelijke gevallen het intellectueel eigendomsrecht *zelf* een beperking van het exclusieve recht toestaat, lijkt dit op grond van het mededingingsrecht eveneens aanvaardbaar. Op deze wijze kan namelijk via een verbod voor een individuele deelnemer aan het economisch verkeer (de licentieweigeraar) en een remedie ten behoeve van een individuele deelnemer aan het economisch verkeer (de licentievrager) een algemeen belang (de bevordering van innovatie) behartigd worden.<sup>134</sup> Indien we het nieuw product vereiste invullen met de genoemde voorwaarden voor de verlening van een dwanglicentie wegens afhankelijkheid, zou dat betekenen dat er sprake is van een nieuw product indien het een product betreft waarin een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijke economische betekenis vervat is. Op zichzelf lijkt dit geen onaantrekkelijke benadering van het nieuw product vereiste, ook gezien het feit dat het criterium afkomstig is uit het TRIPs-Verdrag en derhalve internationaal gezag heeft. De kans lijkt – wegens het uitblijven van de toepassing van artikel 57 lid 4 ROW in de praktijk – klein dat snel aan dit criterium voldaan zou worden, maar ook een eventuele analoge toepassing binnen het mededingingsrecht zou betrekking hebben op uitzonderlijke gevallen. De regeling voor de afhankelijke dwanglicentie is wel streng, maar dat staat wellicht in verhouding tot de vaak hoge investeringen die gepaard gaan met de ontwikkeling van een uitvinding tot marktproduct gecombineerd met het gegeven dat de bescherming relatief snel verloopt.

Hoewel de toepassingsvoorwaarden van het huidige artikel 57 lid 4 ROW niet helder zijn door het ontbreken van jurisprudentie, bestond er meer duidelijkheid over de toepassing van de voorloper van deze dwanglicentie wegens afhankelijkheid, het oude artikel 34 lid 4 ROW 1910.

<sup>132</sup> Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen 2002, § III.7.5.13.

<sup>133</sup> Artikel 31 sub I TRIPs. Zie ook Wichers Hoeth 2000, p. 68.

<sup>134</sup> Ook ten aanzien van de dwanglicentie wegens afhankelijkheid mogen we aannemen dat het onderliggende belang een algemeen belang is: Gielen 1998 (T&C IE), art. 57 ROW 1995, aant. 4. Zie bijvoorbeeld Octrooiraad (Afdeling van Beroep) 13-7-1989, *BIE* 1989, nr. 88 (deze uitspraak had nog betrekking op art. 34 lid 4 van de ROW 1910).

De tekst van dat artikel was – met uitzondering van de toevoeging van het criterium ‘belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijke economische betekenis’ (zie hierboven) – vrijwel gelijk aan die van het huidige artikel 57 lid 4. Uit uitspraken van de Octrooiraad en de civiele rechter kunnen we opmaken dat ook aan de dwanglicentie wegens afhankelijkheid een algemeen belang ten grondslag ligt, doch dat dit niet betekent dat daaraan in een concreet geval nog getoetst dient te worden.<sup>135</sup> De wetgever heeft door het instellen van een verplichte licentie voor een afhankelijk octrooi reeds haar afweging kenbaar gemaakt.<sup>136</sup> Vermeldenswaardig is voorts, dat naast technische motieven ook economische motieven een rol kunnen spelen bij de vraag of een dwanglicentie wegens afhankelijkheid verleend moet worden.<sup>137</sup> Ten slotte heeft de Octrooiraad uitgemaakt dat het vereiste ‘nodig voor de toepassing van het octrooi’ zich uitstrekt tot de economische exploitatiemogelijkheden van de (dwang) licentienemer: deze moet niet alleen in staat zijn de vinding te gebruiken in zijn eigen toepassing, maar ook het met het octrooi verkregen voortbrengsel op de markt te brengen.<sup>138</sup> Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen stellen dat deze uitleg eveneens voor het huidige artikel 57 lid 4 dient te gelden.<sup>139</sup>

Ten slotte is – vanuit mededingingsrechtelijk oogpunt – de wederkerigheid van de licentie een interessante voorwaarde bij de toepassing van artikel 57 lid 4 ROW. Indien de houder van het oudere octrooi een licentie moet verlenen wegens afhankelijkheid, zal de rechthebbende op het jongere octrooi verplicht zijn een licentie ‘terug’ te verlenen. Analoge toepassing van de vereisten voor een dwanglicentie wegens afhankelijkheid zou derhalve met zich meebrengen dat de licentievrager verplicht is de rechthebbende een (gebruiks)licentie te verstrekken voor het nieuwe product.

#### *Auteursrecht*

‘Nieuwheid’ in het auteursrecht vinden we terug in de wet bij het ‘nieuw, oorspronkelijk werk’. Een voortbrengsel is nieuw en oorspronkelijk indien het in zodanige mate verschilt van een auteursrechtelijk beschermd werk dat het niet aangemerkt kan worden als een verveelvoudiging. Het nieuw, oorspronkelijk werk betreft dus een voortbrengsel waarvan de verveelvoudiging dan wel openbaarmaking niet bestreken wordt door het exclusieve recht van de auteursrechthebbende. Dit criterium is derhalve bepalend voor de omvang van de auteursrechtelijke bescherming. Interessant aspect is in deze context dat men wel aanneemt, dat de beschermings-

135 Pres. Rb. 's Gravenhage 11-7-1989, *BIE* 1990/75; Octrooiraad (Afdeling van Beroep) 13-7-1989, *BIE* 1989, nr. 88.

136 Pres. Rb. 's Gravenhage 11-7-1989, *BIE* 1990/75, § 5.2.6. De president verwijst hier naar de Memorie van Toelichting bij de Octrooiwet 1910. De wetgever achtte de mogelijkheid van het opleggen van een dwanglicentie wegens afhankelijkheid noodzakelijk om ‘het monopolie, uit het octrooi voortvloeiende, in het algemeen belang te temperen’.

137 Octrooiraad (Afdeling van Beroep) 13-7-1989, *BIE* 1989, nr. 88. Vgl. ook Octrooiraad (Bijzondere Afdeling), 23-2-1984, *BIE* 1986/53.

138 Octrooiraad (Afdeling van Beroep), 8-9-1986, *BIE* 1986/87; Octrooiraad (Afdeling van Beroep) 13-7-1989, *BIE* 1989, nr. 88.

139 Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen 2002, § III.7.5.16.

omvang kleiner is indien het werk in kwestie minder oorspronkelijkheid bezit.<sup>140</sup> Anders gesteld: er is sneller sprake van een nieuw, oorspronkelijk product indien een werk minder eigen karakter heeft. In het licht van de mededingingsrechtelijke problemen met *works of low authorship* levert dit misschien aanknopingspunten op.<sup>141</sup> Een overzicht van tv-programma's gerangschikt op genre is, vergeleken met televisieprogrammegevens gerangschikt per zender (geschriften zonder eigen, persoonlijk karakter, dus een kleinere beschermingsomvang), een nieuw, oorspronkelijk product.<sup>142</sup> Producten die gebaseerd zijn op werken met een ruimere beschermingsomvang zullen minder snel een nieuw, oorspronkelijk product vormen en eerder een bewerking zijn waarvoor toestemming (en dus een licentie) verkregen moet worden.

Gebaseerd op deze opvatting van 'nieuw' volgens het auteursrecht, zou een nieuw product derhalve een product zijn, dat nieuw en oorspronkelijk is in die zin, dat het geen bewerking vormt van het eerdere werk. Gebruiken we dit criterium voor de invulling van het nieuw product vereiste, dan komen we echter tot een merkwaardige paradox: het nieuw product is een product, dat geen bewerking vormt van het werk van de rechthebbende en daarom geen inbreuk daarop maakt. Aan het nieuw product vereiste is dan dus voldaan, indien de introductie wordt belemmerd van een product, waarvoor eigenlijk in de eerste plaats geen licentie verkregen behoefde te worden. Dit lijkt tegenstrijdig, maar conceptueel niet onlogisch: indien het exclusieve recht zich buiten haar eigenlijke grenzen kan uitstrekken moet het daarin gecorrigeerd kunnen worden. Dit zal – inderdaad – alleen in zeer exceptionele gevallen aan de orde zijn.

Er zijn gebieden binnen of verwant aan het auteursrecht waarbinnen voorbeelden denkbaar zijn van dergelijke omstandigheden. Het betreft situaties waarin het noodzakelijk is beschermde (expressies van) ideeën en beginselen te gebruiken teneinde toegang te krijgen tot *niet* beschermde ideeën en concepten. Hier is de mededinging in het geding: door de belemmering van toegang tot de onbeschermde bouwstenen van het exclusieve recht wordt het voor derden onmogelijk om – op een binnen het exclusieve recht zelf toegestane wijze – voort te borduren op het eerdere werk. Het databankenrecht is een duidelijk voorbeeld van een dergelijk (sub)rechtsgebied,<sup>143</sup> maar ook binnen het auteursrecht op software kunnen problemen met toegang tot onbeschermde ideeën zich voordoen.

<sup>140</sup> Spoor & Verkade & Visser 2005, p. 160 e.v. Zie over de beschermingsomvang van de Nederlandse geschriftenbescherming de Radioprogramma-arresten van de Hoge Raad: HR 17-4-1953, *NJ* 1954, 211; HR 27-1-1961, *NJ* 1962, 355 en HR 25-6-1965, *NJ* 1966, 116 waarin de Hoge Raad uitmaakt dat er geen sprake is van inbreuk als de verveelvoudiging van de geschriften niet te beschouwen valt als een *eenvoudige herbalig*.

<sup>141</sup> Zie ook § 2.3.4.

<sup>142</sup> Vgl. conclusie A-G Verkade bij HR 6-6-2003, *NJ* 2003, 505 (*NOS/Telgraaf*), § 4.31 – § 4.47. Zie ook de Commissiebeschikking inzake *Magill*, waar de Commissie oordeelt dat de publicatie van 'highlights' door Magill geoorloofd zou zijn (Beschikking van de Commissie van 21 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.851 – *Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE*), *PbEG* 1989 L78/43), § 20.

<sup>143</sup> Beunen 2007, p. 233-261; Van Loon 2004.



Een uitleg van het nieuw product vereiste die met zich mee brengt dat een licentie verleend moet worden teneinde toegang te krijgen tot in wezen onbeschermd materiaal, lijkt conform de ratio van het systeem van de intellectuele eigendom en derhalve bruikbaar. Anderzijds lijkt het gegeven dat de gewenste grondstof onbeschermd is, tot de conclusie te leiden dat in dergelijke gevallen de doctrine inzake leveringsweigering (en daarmee het criterium van de onontbeerlijkheid) zou volstaan.<sup>144</sup> Het feit dat het materiaal niet beschermd is door intellectueel eigendom neemt de grondslag voor een innovatietoets op basis van het nieuw product criterium immers weg. In dit licht lijkt de invulling van het nieuw product vereiste aan de hand van het begrip 'nieuw, oorspronkelijk werk' uit het auteursrecht een overbodige exercitie.

### § 5.2.8 Tussenconclusie

In de voorgaande paragrafen hebben we getracht aanknopingspunten te vinden voor een invulling van het 'nieuw product' criterium. Het vereiste dat een licentieweigering de introductie van een nieuw product dient te belemmeren vooraleer zij misbruik van machtspositie op kan leveren is ons inziens de spil van de beoordeling van licentieweigeringen. De bewuste en beoogde mededingingsuitsluiting inherent aan het systeem van intellectueel eigendom alsmede de in het systeem ingebouwde correcties rechtvaardigen een zorgvuldige afweging bij beoordelingen op grond van het mededingingsrecht. In aanmerking nemend dat het mededingingsrecht en het recht van intellectueel eigendom bovendien gemeenschappelijke doelen hebben, dienen correcties door het mededingingsrecht bij licentieweigering daarom alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden plaats te vinden. Het door het HvJEG geïntroduceerde nieuw product vereiste biedt daarvoor de mogelijkheid: gezien de aan het IE-systeem inherente regulering van de mededinging (beperking van concurrentie ten behoeve van het bewerkstelligen van innovatie) vereist een ingrijpen door het mededingingsrecht in het IE-systeem een gebrek in het dat systeem *zelf*. Het lijkt daarom evident dat dit vereiste niet uitsluitend ingevuld dient te worden door begrippen uit het mededingingsrechtelijke instrumentarium, maar met behulp van de wijze waarop mededingingsrechtelijke afwegingen gestalte hebben gekregen binnen de regelingen van intellectueel eigendom zelf. In een context van artikel 82 EG wekt dat wellicht verwarring, hetgeen mogelijk de reden is voor de afwijzende houding van sommige auteurs ten aanzien van de relevantie van het nieuw product vereiste.<sup>145</sup>

In het bovenstaande hebben wij getracht zinvolle aanknopingspunten te vinden voor de invulling van dit criterium. Dat daarbij juist gezocht is naar een normatieve invulling en niet zozeer naar een criterium dat in economisch opzicht optimaal is,

<sup>144</sup> Zie ook § 5.3.

<sup>145</sup> Zie § 5.2.1 voor een overzicht.

ligt voor de hand.<sup>146</sup> Als de rechthebbende gedwongen zou worden tot licentieverlening op gronden die volkomen afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval, dan wordt de rechtszekerheid te klein. De praktijk mag niet worden achtergelaten zonder een enigszins te concretiseren, algemeen toepasbare norm. Niettemin is gebleken dat het niet mogelijk is om totaal te abstraheren van de omstandigheden van het geval: de *ex post* werking van het mededingingsrecht brengt dat immers met zich mee. Op basis van de voorgaande paragrafen kunnen we de volgende – voorzichtige – conclusies trekken aangaande de invulling van het nieuw product vereiste.

*Het nieuw product is innovatief*

Het nieuwe product is een product dat de vrucht is van innovatiemededinging. Het is een innovatief product dat een kwaliteitssprong behelst ten opzichte van hetgeen reeds op de markt wordt aangeboden. Verdere aanscherping kan plaatsvinden aan de hand van het criterium dat in het octrooirecht wordt gehanteerd voor de toelaatbaarheid van dwanglicenties wegens afhankelijkheid. Het nieuwe product is dan een product 'waarin een belangrijke vooruitgang van aanzienlijke economische betekenis vervat is'. Om op licentieweigeringen voor intellectueel eigendom in het algemeen van toepassing te kunnen zijn, dient de eis van een 'technische' vooruitgang te vervallen. Voorts doen we de suggestie om 'potentieel' aan het criterium toe te voegen. Immers, bij een waarlijk innovatief product zal een belangrijke vooruitgang zich wellicht pas na jaren demonstreren.<sup>147</sup> Het nieuw product is in dit opzicht dus *kwalitatief innovatief*.

Deze invulling verruimt nadrukkelijk niet de ene vage norm voor de andere: bij gebruik van dit criterium wordt namelijk duidelijker dat het gaat om een innovatief product dat in een bepaald opzicht een vooruitgang bewerkstelligt, en niet zo zeer om een *ander* product. Passen we dit criterium bijvoorbeeld toe inzake *Microsoft*, dan blijkt dat in het arrest van het GEA onvoldoende duidelijk wordt in hoeverre de daar genoemde producten aan deze eis voldoen. Het valt niet totaal uit te sluiten dat er inderdaad producten zijn die door verbeterde veiligheid, betrouwbaarheid of snelheid<sup>148</sup> een zodanige vooruitgang bewerkstelligen dat er gesproken kan worden van een kwalitatief innovatief product, maar ons inziens is door het GEA niet aannemelijk gemaakt dat daar in dit geval sprake van is. De door de Commissie en het GEA aangeduide producten voldoen ons inziens als zodanig dan ook niet aan het nieuw product criterium.

Ten slotte kan ook non-exploitatie door de rechthebbende zelf leiden tot misbruik, maar alleen indien daarbij tevens licenties aan derden geweigerd worden.

<sup>146</sup> Anders: Drexel 2004; Conde Gallego 2006. Zij menen dat het HvJEG zich inzake *IMS Health* beter had kunnen concentreren op een economische zingeving van de beoordelingscriteria voor licentieweigering, in plaats van zich toe te leggen op een normatief criterium dat de mogelijkheid van een algemene toepassing in de praktijk minimaliseert.

<sup>147</sup> Zie ook § 5.2.3.

<sup>148</sup> GEA inzake *Microsoft*, *supra*, § 653.

*Een nieuw product is samengesteld uit meerdere bronnen*

Is de licentievragers voornemens een product op de markt te brengen dat samengesteld moet worden uit meerdere bronnen en waarvoor hij meerdere licenties nodig heeft, dan kan een gezamenlijke of individuele weigering daartoe leiden tot misbruik van machtspositie. Het product dient dan uiteraard wel een duidelijke innovatieve meerwaarde te hebben ten opzichte van de bestaande, door de rechthebbenden op de markt gebrachte producten.<sup>149</sup> Een dergelijke situatie was aan de orde in *Magill*.

De rechthebbende kan als tegenprestatie een kruislicentie verlangen.<sup>150</sup>

Het nieuw product is in dit opzicht dus *kwantitatief innovatief*: het is innovatief doordat het een meerwaarde heeft vanwege de input uit meerdere bronnen.

Daarnaast is geconcludeerd, dat een aantal aspecten nadrukkelijk *niet* van belang zijn bij de invulling van het nieuw product vereiste. Dit zijn: een actuele vraag aan consumentzijde, non-exploitatie door de rechthebbende en discriminatoire licentieverlening.

Schematisch kunnen de elementen waaruit het nieuwe product ons inziens wel en niet is opgebouwd, één en ander onder de voorwaarden zoals hierboven beschreven, als volgt worden weergegeven:

<b>Een nieuw product is wèl:</b>	<b>Een nieuw product is niet:</b>
– een innovatief product	– een imitatieproduct
– een product dat een belangrijke potentiële vooruitgang van aanzienlijke economische betekenis behelst	– een product dat zich alleen onderscheidt doordat het <i>andere kenmerken</i> heeft
– een product waarnaar <i>potentiële</i> vraag bij de consument is	– een product waarnaar <i>bestaande</i> vraag bij de consument is
– een product dat wordt samengesteld uit meerdere, door intellectueel eigendom beschermde, grondstoffen	– een product dat in zijn ontstaan wordt belemmerd doordat op discriminatoire basis licenties verleend worden
– een product waarvan de introductie wordt belemmerd door non-exploitatie en licentieweigering	– een product waarvan de introductie wordt belemmerd door non-exploitatie

<sup>149</sup> Eilmansberger 2005, p. 160 (zie ook § 5.3.2 van deze dissertatie).

<sup>150</sup> § 5.3.4.

## § 5.3 Onontbeerlijkheid

### § 5.3.1 Onontbeerlijkheid: voorwaarde voor verplichte levering

Tussen een weigering producten en/of diensten te leveren en een weigering een licentie te verlenen op een exclusief IE-recht bestaan essentiële verschillen.<sup>151</sup> Deze verschillen hebben consequenties voor de maatstaf die ingezet wordt om te bepalen of er sprake is van misbruik van machtspositie. Bij licentieweigeringen is dat het nieuw product criterium, bij leveringsweigeringen staat de onontbeerlijkheid van het product of de dienst voor de concurrent centraal.<sup>152</sup> Dat voor leveringsweigeringen een andere maatstaf gehanteerd dient te worden bij de toepassing van het mededingingsrecht dan voor licentieweigeringen is ons inziens evident. Immers, de leveringsweigering speelt op het productieniveau en heeft op de eerste plaats te maken met de zorgvuldigheid die door de ene onderneming (die in het bezit is van een onontbeerlijke grondstof) in acht moet nemen tegenover de andere onderneming die deze grondstof wenst af te nemen. De verplichte levering wordt zodoende gedragen door een *concurrentieel* belang, hetgeen met zich meebrengt dat het toetsingscriterium moet zijn in hoeverre het geweigerde product of de geweigerde dienst onontbeerlijk is voor de werkzaamheid van de (potentiële) afnemer. De licentieweigering daarentegen speelt op het innovatieniveau en het toetsingscriterium heeft daarom betrekking op een meer algemeen belang, namelijk dat de introductie van een nieuw product niet wordt belemmerd.<sup>153</sup>

Niettemin wordt door enkele auteurs na het verschijnen van het arrest *IMS Health* onontbeerlijkheid aangewezen als het doorslaggevende criterium voor de beoordeling van *licentieweigeringen*.<sup>154</sup> Anderen zien voor het onontbeerlijkheidscriterium een rol weggelegd *naast* het vereiste van het nieuw product.<sup>155</sup> Zoals wij ook al in § 5.1.4 opmerkten, is het niet verwonderlijk dat onontbeerlijkheid in de jurisprudentie aangaande licentieweigering als criterium vaak opduikt. In veel gevallen zal een licentie ten aanzien van het recht immers gepaard gaan met het leveren van data, tekeningen, technische specificaties, modellen enzovoorts. Hierdoor cumuleren als het ware de vereisten voor het aannemen van misbruik: de weigering te licentiëren belemmert de introductie van een nieuw product, en de weigering te leveren belemmert de onderneming op ernstige wijze in de uitoefening van haar werkzaamheden, in die zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel alternatief is voor het gevraagde product of de gevraagde dienst.<sup>156</sup> Onontbeerlijkheid volstaat

<sup>151</sup> Zie § 5.1.

<sup>152</sup> Zie ook § 5.1.5.

<sup>153</sup> Aangaande het onderscheid consumptie / productie / innovatie zie § 5.1.2.

<sup>154</sup> Conde Gallego 2006, p. 28; Leistner 2005, p. 160.

<sup>155</sup> Höppner 2005, p. 464; Leupold/Pautke 2005, p. 110 e.v.; Houdijk 2005, p. 30; Hull & Strowel 2004, p. 493 e.v.; Loozen 2004, p. 208 e.v.; Stothers 2004, p. 471; Derclaye 2004a, p. 692-693.

<sup>156</sup> HvJEG 26-11-1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*), § 41.

op zichzelf dus niet voor het aannemen van misbruik. Een door IE beschermd voortbrengsel kan nog zo onontbeerlijk zijn voor het uitoefenen van de werkzaamheid van een andere onderneming, zolang deze niet kan aantonen dat zij voornemens is een nieuw product op de markt te gaan brengen zal een licentieweigering door de rechthebbende niet tot misbruik van machtspositie leiden. Andersom is de onontbeerlijkheid van de geweigerde grondstof niet vereist voor het aannemen van misbruik door licentieweigering, mits er louter een licentie gevraagd wordt zonder dat daar een verplichte levering mee gepaard moet gaan. Vaak zal dat wel het geval zijn, maar het is denkbaar dat een dwanglicentie opgelegd wordt zonder dat deze aangevuld dient te worden door een verplichte levering. Denk bijvoorbeeld aan een octrooilicentie voor het toepassen van een werkwijze waarvoor, na kennisname van het octrooischrift, noch knowhow documenten noch grondstoffen of materialen die alleen bij de rechthebbende te verkrijgen zijn geleverd behoeven te worden.<sup>157</sup>

Desondanks dient de licentie wel essentieel te zijn voor de licentievrager, in die zin dat zij vereist is voor de totstandbrenging van het nieuwe product. Als het nieuwe product ook tot stand gebracht kan worden *zonder* licentie, dan levert een licentieweigering uiteraard geen misbruik op. Het kan natuurlijk niet zo zijn, dat de technologie die benodigd is voor de fabricage van het nieuwe product vrij verkrijgbaar is, maar dat de rechthebbende op gelijkwaardige maar beschermde technologie door een licentie te weigeren misbruik maakt van zijn machtspositie. In de praktijk zullen in dit verband echter geen knelpunten ontstaan. Het is immers niet goed voorstelbaar dat iemand die voornemens is een nieuw product te maken, en daarvoor geen licentie nodig heeft, bereid zou zijn een mededingingsrechtelijke procedure te starten teneinde een licentie te verkrijgen, waarvoor bovendien betaald zou moeten worden. Niettemin is de onontbeerlijkheid van de licentie vanuit conceptueel oogpunt in dergelijke gevallen vereist. Deze onontbeerlijkheid is echter een *feitelijk* criterium, in tegenstelling tot de voor verplichte levering vereiste onontbeerlijkheid, die op de eerste plaats een *juridisch* criterium instelt. Anders gezegd: bij licentieweigering moet de licentie onontbeerlijk zijn voor de *totstandkoming van het nieuwe product*, terwijl bij leveringsweigering de grondstof onontbeerlijk moet zijn voor *de werkzaamheid van de vragende onderneming*.

Het nieuw product criterium en het onontbeerlijkhedvereiste vervullen aldus ieder een eigen functie en bestaan onafhankelijk van elkaar. In gevallen van licentieweigering waarin een intrinsieke samenhang bestaat tussen de licentie en de grondstof, zoals in *Magill*, zal de onontbeerlijkheid van de grondstof vrijwel gegeven zijn en zullen de criteria dus cumulatief moeten worden toegepast. Is louter sprake van een weigering te leveren, dan zal alleen voldaan moeten zijn aan het vereiste van onontbeerlijkheid. In onderstaande paragraaf wordt, op dezelfde wijze als voorheen met

<sup>157</sup> Zie ook Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen 2002, § V.5.2.

het nieuw product vereist is gebeurd, uiteengezet wat de huidige aanknopingspunten zijn voor de invulling van het onontbeerlijkheidscriterium. Speciale aandacht zal daarbij worden besteed aan de verplichte levering van knowhow.

### § 5.3.2 'Daadwerkelijk of potentieel alternatief'

Uit de rechtspraak van het HvJEG aangaande leveringsweigering blijkt, dat een onderscheid gemaakt kan worden tussen een weigering te leveren aan een bestaande afnemer en aan een nieuwe afnemer.<sup>158</sup> Als het gaat om een bestaande afnemer, kan een onderneming met een machtspositie haar leveringen niet stopzetten, indien zij daarmee de mededinging van deze afnemer volledig uitschakelt.<sup>159</sup> Daarnaast kan een leveringsweigering die aan een bestaande afnemer bij wijze van sanctie wordt opgelegd leiden tot misbruik van machtspositie, indien de door de afnemer geplaatste bestellingen niet van buitengewone omvang zijn en hij de normale handelsgebruiken respecteert.<sup>160</sup> Het echte spanningsveld met het misbruikverbod bevindt zich bij leveringsweigering echter bij *nieuwe* afnemers. Ten aanzien van deze categorie gedragingen kan het onontbeerlijkheidscriterium een rol spelen.

Uit de in hoofdstuk 3 besproken arresten *Télémarketing* en *Bronner* blijkt, dat het HvJEG het onder omstandigheden mogelijk acht dat een leveringsweigering aan een nieuwe afnemer in strijd is met het verbod op misbruik van machtspositie. Inzake *Bronner* overweegt het Hof dat er sprake zou zijn van misbruik indien de weigering om Oscar Bronner toe te laten tot het distributiesysteem van Mediaprint elke mededinging op de dagbladmarkt door de eerste zou uitsluiten, geen objectieve rechtvaardiging vindt en bovendien dat het distributiesysteem onontbeerlijk is voor de uitoefening van de werkzaamheid van Bronner, in die zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel alternatief voor bestaat.<sup>161</sup> Een daadwerkelijk alternatief kan zich naar het oordeel van het Hof voordoen in bestaande substituten voor het distributiesysteem zoals bezorging per post en winkelverkoop, potentiële alternatieven dienen gezocht te worden in de mogelijkheid voor Bronner om *zelf*, al dan niet samen met derden, een eigen distributiesysteem te ontwikkelen.<sup>162</sup> Onvoldoende aanleiding om te voldoen aan het onontbeerlijkheidsvereiste is volgens het Hof, dat het opzetten van een dergelijk systeem niet economisch rendabel is;

<sup>158</sup> Zie ook hoofdstuk 3.

<sup>159</sup> HvJEG 6-3-1974, Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. en Commercial Solvents Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 6 en 7/73, *Jur.* 1974 (*Commercial Solvents*).

<sup>160</sup> HvJEG 14-2-1978, United Brands Company en United Brands Continentaal BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 27/76, *Jur.* 1978 (*United Brands*).

<sup>161</sup> HvJEG 26-11-1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*), § 41. Eerder zagen we deze formulering bij het oordeel van het Gerecht van Eerste Aanleg inzake *Tiercé Ladbroke*: GEA 12-6-1997, Tiercé Ladbroke SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-504/93, *Jur.* 1997, p. II-923, § 131.

<sup>162</sup> *Bronner*, § 43-44.

op zijn minst moet worden aangetoond dat het voor een onderneming met dezelfde omvang als Mediaprint niet rendabel is een eigen systeem op te zetten.<sup>163</sup>

Het HvJEG geeft in *Bronner* aldus aan, dat het onontbeerlijkheidscriterium essentieel is voor het aannemen van misbruik door leveringsweigering. Daarnaast geeft het Hof het criterium een invulling, namelijk dat er geen daadwerkelijk of potentieel alternatief is voor de geweigerde dienst (of het geweigerde product). Deze invulling is bekritiseerd door (onder meer) Hancher & Lugard en Stothers.<sup>164</sup> Zij menen dat het identificeren van bestaande alternatieven feitelijk een vraag van marktafbakening behelst. Wij delen deze kritiek. Het zoeken naar alternatieven voor het gevraagde product of de gevraagde dienst hoort ons inziens inderdaad eerder thuis in de fase van marktafbakening dan bij het misbruikoordeel. Immers, als in dit eerste stadium blijkt dat er voldoende alternatieven bestaan voor het gevraagde, dan zal er wellicht geen sprake zijn van een machtspositie en behoeft ook het eventuele misbruik niet aan de orde te komen.<sup>165</sup>

De afwezigheid van *potentiële* substituten komt ons inziens wèl terecht aan bod bij de misbruikvraag, hoewel ook hier rekening gehouden moet worden met het gevaar een hernieuwde marktafbakening te verrichten. Is het voor de vragende onderneming onmogelijk zelf een alternatief te ontwikkelen dan draagt dat bij aan de onontbeerlijkheid van de gevraagde dienst of het gevraagde product voor haar werkzaamheden. Het Hof geeft aan dat het ontwikkelen van alternatieven belemmerd kan worden door technische, reglementaire of economische hindernissen. Deze laatste categorie dient, zoals hierboven reeds vermeld, restrictief geïnterpreteerd te worden: alleen het feit dat een alternatief economisch niet rendabel is, is onvoldoende. Met betrekking tot technische en reglementaire hindernissen kunnen we, de conclusie van A-G Jacobs bij *Bronner* in aanmerking nemend,<sup>166</sup> denken aan geografische of wettelijke beperkingen zoals de fysieke onmogelijkheid een tweede haven te creëren of wettelijke belemmeringen die het opzetten van een tweede commerciële omroep of (in Nederland) de exploitatie van een tweede keten van casino's onmogelijk maken. Niettemin dienen naar onze mening ook andere, nieuwe, alternatieven aan bod te komen bij deze afweging, daar anders het gevaar ontstaat dat ook hier factoren worden meegewogen die eigenlijk bij de beoordeling van de (machts)positie aan bod hadden moeten komen.<sup>167</sup> Te denken valt – in het geval van *Bronner* – bijvoorbeeld aan het opzetten van een distributiekanaal via het internet of het opzetten van een *regionaal* distributiesysteem.

<sup>163</sup> *Bronner*, § 45-46.

<sup>164</sup> Hancher & Lugard 1998, p. 330; Stothers 2001, p. 259. In dezelfde zin: Martenczuk 1999, p. 568. Zie ook Doherty 2001, p. 426.

<sup>165</sup> Stothers 2001, p. 259.

<sup>166</sup> Conclusie A-G Jacobs van 28 mei 1998 bij *Bronner*, § 65.

<sup>167</sup> Het feit dat het onmogelijk is om – bijvoorbeeld – een tweede haven aan te leggen, draagt natuurlijk ook bij aan de mogelijkheden van de bestaande exploitant zich onafhankelijk te gedragen en dus aan de machtspositie. Zie ook Stothers 2001, p. 259.

De onontbeerlijkheid van de toegang tot een bepaalde voorziening of een bepaald product is een objectief criterium, in die zin dat het niet afhankelijk is van de zwakte of inefficiëntie van de vragende onderneming. Het moet immers voor *alle* concurrenten onmogelijk zijn daadwerkelijke of potentiële alternatieven te vinden.<sup>168</sup> In dit opzicht is er een belangrijk verschil met het nieuw product vereiste: daar is het immers afhankelijk van de voornemens van de licentievragers (is deze van plan een nieuw product op de markt te brengen?) of er sprake is van misbruik. De licentieweigering leidt tot de belemmering van de introductie van een nieuw product, hetgeen aangemerkt kan worden als misbruik; de leveringsweigering leidt daarentegen niet tot de onontbeerlijkheid van het product of dienst. Deze onontbeerlijkheid is een vaststaand gegeven. In dit opzicht sluit het criterium aan bij hetgeen eerder is opgemerkt over de verschillen tussen de economische functie van het 'gewone' eigendomsrecht en het intellectueel eigendomsrecht. Brengt een eigendomsrecht ernstige beperkingen van de mededinging met zich mee dan is dat een *neveneffect*, dat echter wel vergaande belemmeringen op het productieniveau kan veroorzaken.<sup>169</sup> Door het ontbreken van interne correctiemechanismen zullen dergelijke belemmeringen een permanent karakter kunnen hebben, hetgeen door het onontbeerlijkheidscriterium goed kan worden getoetst.<sup>170</sup>

Nadeel van het feit dat de onontbeerlijkheid een vast gegeven is en niet het directe gevolg van het handelen van de onderneming met de machtspositie, is dat het soms moeilijk is een onderscheid te maken tussen factoren die van belang zijn bij het meten van de (machts)positie en factoren die leiden tot de onontbeerlijkheid. Dit bleek hierboven al bij de analyse van *Bronner*, maar wordt opnieuw duidelijk bij een nadere beschouwing van *IMS Health*.<sup>171</sup> Het HvJEG oordeelt als volgt:

*'(...) rekening moet worden gehouden met zowel de mate waarin de gebruikers hebben deelgenomen aan de ontwikkeling van die structuur als de inspanning die potentiële afnemers zullen moeten leveren om op een alternatieve structuur berustende marktonderzoeken over regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen te kunnen aankopen en in het bijzonder de daarmee verbonden kosten, om te bepalen of de beschermde structuur onontbeerlijk is voor de verkoop van dergelijke onderzoeken.'*<sup>172</sup>

Ons inziens vormt de mate waarin de gebruikers van de structuur, in casu farmaceutische ondernemingen, hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van de structuur inderdaad een valide reden om de onmogelijkheid van het bestaan van potentiële alternatieven aan te nemen: als de afnemers hebben geïnvesteerd in de totstandkoming van de structuur zullen ze niet genegen zijn snel een andere struc-

168 Temple Lang 2000, p. 380-381; conclusie A-G Jacobs, *supra*, § 66; Capobianco 2001, p. 559.

169 Zie § 5.1.3.

170 Vgl. Narciso 2003, p. 449.

171 *IMS Health*, HvJEG 29-4-2004, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039.

172 *IMS Health*, § 30.



tuur aan te nemen, hetgeen kan leiden tot een (economische) onmogelijkheid voor een derde om een andere structuur aan te bieden.<sup>173</sup> In bovenstaande overweging wordt echter de nadruk gelegd op de *omschakelingskosten* die de afhankelijkheid van de structuur voor de afnemers met zich meebrengt; een factor die doorgaans aan de orde komt bij de marktafbakening en dus van directe invloed is op de (machts) positie.<sup>174</sup> Het is misschien een subtiel verschil, maar louter het meewegen van omschakelingskosten voor afnemers (die ervoor zorgen dat het ene product niet substitueerbaar is met het andere) moet worden onderscheiden van de omschakelingskosten voor afnemers die ervoor zorgen dat er zodanige economische hindernissen bestaan dat het voor concurrenten *onmogelijk* wordt een soortgelijke dienst of een soortgelijk product te ontwikkelen.

Bovendien lijkt het HvJEG inzake *IMS Health*, door in rechtsoverweging 44 aan te geven dat een hypothetische markt kan worden aangewezen indien een product of dienst *onontbeerlijk* is voor het uitoefenen van een bepaalde (bedrijfs)activiteit, het onontbeerlijkheidscriterium direct bij de marktafbakening te willen betrekken.<sup>175</sup>

Ons inziens kan dit niet de bedoeling zijn geweest van het Hof. Het onontbeerlijkheidscriterium is duidelijk een criterium voor misbruik en ongeschikt om de markt mee af te bakenen. Naar ons idee heeft het Hof in bedoelde overweging aan willen geven dat er een markt kan bestaan voor producten of diensten die niet afzonderlijk op de markt worden aangeboden, en dat dit het geval kan zijn als deze producten of diensten een zodanig essentiële grondstof vormen voor de productie van andere producten of diensten, dat er geen substituten voor zijn. Steun voor deze interpretatie kan gevonden worden in de verwijzing door het Hof naar § 56-59 van de conclusie van A-G Tizzano, die een klassieke marktafbakeningsmethode beschrijft om uit te maken of zo een hypothetische markt aangenomen kan worden.<sup>176</sup>

Het Hof houdt in *IMS Health* derhalve vast aan de invulling van het onontbeerlijkheidscriterium uit *Bronner*, met dien verstande dat het oordeelt dat omschakelingskosten aan de zijde van de afnemers kunnen bijdragen aan het bestaan van een zodanige economische hindernis dat het ontwikkelen van een (potentieel) alternatief onmogelijk wordt.<sup>177</sup>

173 Overigens is in dit verband de vraag relevant of de farmaceutische ondernemingen door bij te dragen aan de ontwikkeling van de bouwsteenstructuur niet mede-rechthebbende zijn geworden: Hull & Strowel 2004, p. 494. In dat geval zou voor het verkrijgen van een licentie ook toestemming van de farmaceuten noodzakelijk zijn geweest.

174 Zie § 1.2.2 en § 4.2.3. Zie ook de Bekendmaking van de Commissie inzake de relevante markt (*PbEG* 1997, C 372/5), § 42. Leistner betoogt dat omschakelingskosten *an sich* een belangrijke factor kunnen zijn bij het bepalen van de onontbeerlijkheid, ook al brengt dit wellicht een hernieuwde marktafbakeningsvraag met zich mee. De betrokkenheid van de afnemers bij de totstandkoming van de structuur ziet hij daarentegen niet als een relevante factor voor het bepalen van de onontbeerlijkheid: Leistner 2005, p. 153-154.

175 *IMS Health*, § 44-46.

176 Conclusie A-G Tizzano van 2 oktober 2003 inzake *IMS Health*, *Jur.* 2004, p. 5039, § 56-59.

177 Zie ook Hull & Strowel 2004, p. 494. Zij betogen dat het HvJEG het criterium uit *Bronner* verruimd heeft door de omschakelingskosten van afnemers mee te wegen bij het beoordelen van de onontbeerlijkheid. Zie ook § 2.5.4 van deze dissertatie.

### § 5.3.3 Knowhow / bedrijfsgeheimen

Een voor de onderwerpen leverings- en licentieweigering relevante vraag is in hoeverre knowhow of bedrijfsgeheimen kunnen worden onderworpen aan de toets van onontbeerlijkheid. Het is zeker niet ondenkbaar dat een weigering bepaalde knowhow in licentie te geven kan leiden tot ernstige mededingingsbelemmeringen. Vraag is niettemin hoe knowhow gekwalificeerd dient te worden, mede in het licht van het eerder gemaakte onderscheid tussen fysieke eigendom en intellectuele eigendom.

Ondanks het feit dat men spreekt van een knowhow *licentie* kan het beschikken over deze kennis juridisch niet gelijkgesteld worden aan het bezit van een recht van intellectuele eigendom. Daaraan staat in de weg dat knowhow nu juist geldt als aanduiding van *niet* door het octrooirecht (of anderszins) beschermde technische kennis. Daaruit vloeit voort dat de 'eigendom' van knowhow per definitie slechts het feitelijke bezit van bepaalde, voor derden niet kenbare, praktische kennis en informatie betreft.

De begrippen knowhow en bedrijfsgeheim zijn hebben zowel in de (internationale) wetgeving als in de literatuur vorm gekregen. Artikel 39 van het TRIPs Verdrag verplicht de verdragsluitende staten 'niet-openbaar gemaakte informatie' te beschermen, indien deze informatie geheim is, handelswaarde bezit omdat zij geheim is en onderworpen is aan redelijke maatregelen om haar geheim te houden.<sup>178</sup> De Groepsvrijstelling Technologieoverdracht noemt knowhow een geheel van niet-geoctrooieerde praktische kennis die voortvloeit uit ervaring en onderzoek en die geheim, wezenlijk en bepaald is.<sup>179</sup> Van Nieuwenhoven Helbach/Huydecoper & Van Nispen hanteren 'kennis die zich voor enige vorm van praktische toepassing leent en waarover derden niet onbepert en ongehinderd kunnen beschikken'.<sup>180</sup> Van der Korst geeft in zijn dissertatie de volgende, meer functionele, omschrijving van bedrijfsgeheimen: alle gegevens die een onderneming geheim wil houden, ongeacht het karakter van die gegevens.<sup>181</sup> Centraal element in de definitie is derhalve dat de kennis geheim is, en daardoor niet beschikbaar is voor derden (althans, niet zonder aanzienlijke investeringen te doen in de verwerving ervan<sup>182</sup>). Knowhow kan zowel technische als niet-technische kennis betreffen.<sup>183</sup>

178 Artikel 39 lid 2 TRIPs.

179 Verordening 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, *PbEG* 2004, L123/11, artikel 1 lid 1 sub i. Zie over deze groepsvrijstelling ook § 4.5.3.

180 Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen 2002, § V.1.1 – § V.1.6.

181 P.J. van der Korst, *Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten* (diss. RU), Deventer: Kluwer 2007, p. 6/7.

182 Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen 2002, § V.1.3.

183 Opmerkelijk is in dit verband, dat de definitie van knowhow in de CVTO in dit opzicht eigenlijk nogal ruim is. Aannemelijk is dat, gezien het feit dat de Verordening ziet op overeenkomsten inzake de *technologieoverdracht*, dat enkel knowhow met een technische dimensie bedoeld is, en niet allerlei andere feitelijke informatie die ook als zodanig kwalificeert. Ook de uitleg van het begrip in overweging 47 van de Richtsnoeren (Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PbEG* 2004, C101/2) geeft op dit punt geen verheldering.

Informatie als zodanig is als object vanzelfsprekend ongeschikt om voor bescherming door een exclusief recht in aanmerking te komen. Anderzijds kwalificeert knowhow ook niet als goed in de zin van het Burgerlijk Wetboek: het is informatie die niet als zodanig onderwerp kan zijn van overdracht en andere goederenrechtelijke rechtshandelingen.<sup>184</sup> Om deze redenen ligt het schijnbaar niet direct voor de hand om een licentieweigering voor knowhow te onderwerpen aan een toets voor verplichte levering dan wel verplichte licentie.

Niettemin menen wij dat de weigering knowhow ter beschikking te stellen in beginsel geraakt kan worden door het verbod van artikel 82 EG. Ter ondersteuning van deze opvatting is een aantal argumenten aan te voeren.

Ten eerste zou het buiten toepassing laten van het verbod van artikel 82 EG op een weigering knowhow in licentie te geven leiden tot een ongewenste discrepantie in de toepassing van het Europese mededingingsrecht op de (non-)exploitatie van knowhow. Immers, artikel 81 EG is in alle opzichten volledig van toepassing op licentieovereenkomsten met betrekking tot knowhow, zo blijkt uit de GVTO. Ten tweede, en bovendien, zou het ontbreken van de mogelijkheid om op basis van artikel 82 EG knowhow verplicht af te staan de effectiviteit van het opleggen van een dwanglicentie in het algemeen sterk verminderen. Zoals hierboven en in § 5.1.4 reeds werd opgemerkt, bestaan licentieovereenkomsten meestal niet alleen uit een toestemming het exclusieve recht te gebruiken, maar gaat daar vaak een levering van data, kennis of ander materiaal mee gepaard. Ook beschermde knowhow kan daarvan onderdeel uitmaken. Zonder deze extra levering bestaat de kans dat de dwanglicentie vrijwel nutteloos is, of maar gedurende een korte periode tot meer concurrentie leidt. Bijvoorbeeld in het geval van software: zonder updates of onderhoudsverplichtingen kan een dwanglicentie maar gedurende bepaalde tijd, namelijk totdat het oorspronkelijke programma geüpdate wordt, een remedie zijn voor misbruik van machtspositie, daarna wordt de oude situatie immers weer hersteld.<sup>185</sup>

Om bovengenoemde redenen achten wij het verbod van artikel 82 EG onverkort toepasbaar op weigeringen om knowhow in licentie te geven. De vraag die overblijft is, of dan de criteria van misbruik door licentieweigering of door leveringsweigering moeten worden toegepast. Omdat de terbeschikkingstelling van knowhow meestal geschiedt door middel van een licentie, zou het vermoeden kunnen bestaan dat de jurisprudentie inzake licentieweigering van toepassing is. Hierboven is echter reeds aangestipt dat knowhow als zodanig niet gelijk te stellen valt met een exclusief recht. Dit brengt met zich mee, dat de bescherming van knowhow (via onrechtmatige daad of op andere wijze) geen bewuste mededingingsbeperking

<sup>184</sup> Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen 2002, § V.5.4.

<sup>185</sup> Zie in dit verband ook de door de Commissie aan Microsoft opgelegde verplichting om haar concurrenten op regelmatige basis te *blijven* voorzien van ge-update interface informatie: Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, artikel 5(b).

instelt die innovatiebevorderend moet werken.<sup>186</sup> Het heeft geen interne checks & balances die ervoor zorgen dat een eventueel mededingingsbeperkend effect beperkt blijft. In die zin heeft het veel meer de karakteristieken van een eigendomsrecht zoals omschreven in § 5.1. Toepassing van de criteria voor leveringsweigering en daarmee het onontbeerlijkheidscriterium lijkt daarom meer voor de hand te liggen. Het bezwaar dat knowhow feitelijk geen goed is, kan dan worden gereduceerd door op te merken dat ook diensten, een categorie waarvan vaststaat dat de doctrine ten aanzien van leveringsweigering van toepassing is, ook niet in elk geval aangemerkt kunnen worden als goed in de zin van het Burgerlijk Wetboek (dan wel andere goederenrechtelijke regelingen in de Lidstaten).

Inzake *Microsoft* wordt door het GEA erkend dat knowhow in mededingingsrechtelijk opzicht in ieder geval geen *hoger* beschermingsniveau toekomt dan de wettelijke rechten van intellectuele eigendom.<sup>187</sup> De Commissie had betoogd dat Microsofts weigering om knowhow ter beschikking te stellen niet gekwalificeerd kon worden als een licentieweigering, omdat de waarde van knowhow met name ligt in het gegeven dat het geheime informatie betreft, en niet zozeer in het gegeven dat er een creatieve of innovatieve prestatie aan ten grondslag ligt.<sup>188</sup> Wij onderschrijven deze opvatting van de Commissie. Knowhow maakt geen deel uit van het systeem van intellectueel eigendom, mist daardoor de wettelijke ratio van innovatiestimulering en kent bovendien geen interne beperkingen die de exclusiviteit van het recht in balans moeten brengen. Om die redenen kan het niet zo zijn dat een weigering knowhow ter beschikking te stellen zal moeten voldoen aan de criteria voor licentieweigering. Niettemin kan een dergelijke weigering ernstige mededingingsbelemmeringen opleveren, zoals we hebben gezien in *Microsoft*.<sup>189</sup> Een oplossing kan dan geboden worden door de doctrine van leveringsweigering toe te passen op weigeringen knowhow ter beschikking te stellen. De toetssteen is daarom onontbeerlijkheid. Indien aangetoond wordt dat de knowhow onontbeerlijk is voor de werkzaamheid van de vragende onderneming op de afgeleide markt, zal hij ons inziens evenals 'gewone' goederen en diensten onderworpen kunnen worden aan een verplichte levering. Indien een weigering knowhow te leveren *samen* gaat met een licentieweigering, dan zijn cumulatief het onontbeerlijkheidscriterium en het nieuw product criterium van toepassing, één en ander zoals weergegeven in het schema van § 5.1.5.

<sup>186</sup> Zie ook Comments of the Max Planck Institute for intellectual property, competition and tax law on the DG Competition discussion paper of December 2005 on the application of article 82 EC Treaty to exclusionary abuses, <http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/comment1.pdf>, § 34.

<sup>187</sup> *Microsoft*, *supra*, § 693.

<sup>188</sup> *Microsoft*, *supra*, § 280.

<sup>189</sup> Microsoft beriep zich ten aanzien van de interoperabiliteitsinformatie op bescherming door het auteursrecht en het octrooirecht, en stelde tevens dat er waardevolle knowhow mee gemoeid was. Omdat het GEA bij de beoordeling van de Commissiebeschikking uit is gegaan van de *aanname* dat er sprake was van een licentieweigering, heeft het geen oordeel gegeven over de vraag in hoeverre Microsoft daadwerkelijk aanspraak kon maken op bescherming onder deze regimes. Zie ook § 2.6.4.

### § 5.3.4 Tussenconclusie

Het onontbeerlijkheids criterium staat centraal bij de beoordeling van leveringsweigeringen. Dit criterium is door het HvJEG uitgewerkt in *Brommer* en – in mindere mate – in *IMS Health*. Is een product of dienst onontbeerlijk voor de werkzaamheid van een onderneming, in die zin dat er geen daadwerkelijk of potentieel alternatief voor is, dan is een onderneming met een machtspositie verplicht deze dienst of dit product te leveren als derden daarom vragen. Ons inziens moet de nadruk daarbij liggen op het ontbreken van *potentiële* alternatieven voor de vragende onderneming. Is het voor een onderneming door technische, reglementaire of economische hindernissen onmogelijk om *zelf* een alternatief te ontwikkelen voor de gevraagde dienst of het gevraagde product, dan is er sprake van een dergelijke onontbeerlijkheid. Het onontbeerlijkheids criterium valt zeer zeker niet te beschouwen als een laagdrempelig criterium dat de contractvrijheid van ondernemingen met een machtspositie sterk inperkt. Het betreft integendeel een streng criterium, door het HvJEG uiterst omzichtig toegepast, waar zelden aan voldaan zal worden.<sup>190</sup>

Het onontbeerlijkheids criterium en het nieuw product vereiste bestaan onafhankelijk van elkaar maar kunnen cumuleren indien het misbruik alleen opgeheven kan worden door een verplichte levering *en* een verplichte licentie. Een essentieel verschil tussen de twee criteria is dat de onontbeerlijkheid een vast gegeven is, terwijl het nieuw product vereiste alleen in een specifieke situatie van toepassing is. Meer concreet betekent dit dat onontbeerlijkheid geldt ten opzichte van *alle* concurrenten van de onderneming met de machtspositie,<sup>191</sup> terwijl het nieuw product vereiste slechts kan worden ingeroepen door één of enkele concurrenten, namelijk diegenen die voornemens zijn een nieuw product op de markt te brengen maar daarin worden tegengehouden door de licentieweigering van de onderneming met de machtspositie. Dit onderscheid is conform de verschillende economische functies van het eigendomsrecht in relatie tot die van het intellectueel eigendomsrecht, een en ander zoals betoogd in § 5.1. Bovendien is het in overeenstemming met jurisprudentie van het HvJEG, dat immers stelt dat misbruik door licentieweigering beperkt dient te blijven tot uitzonderlijke *omstandigheden*. Deze eis is door het Hof nooit in verband gebracht met een weigering te leveren.

Het genoemde onderscheid heeft daarnaast een niet onbelangrijk gevolg voor de op te leggen maatregel. De verplichting tot leveren zal namelijk opgelegd kunnen worden ten aanzien van alle partijen die daarom vragen, terwijl de dwanglicentie slechts ten gunste kan komen van de partij ten aanzien waarvan het bewezen is geacht dat deze voornemens is een nieuw product op de markt te brengen.

<sup>190</sup> Doherty 2001, p. 423-425.

<sup>191</sup> Niettemin bestaat de mogelijkheid dat de onderneming met de machtspositie een objectieve rechtvaardiging kan aanvoeren voor een leveringsweigering aan een groot aantal vragers, indien dit aantal leidt tot efficiencyverlies bij de onderneming of waardedaling van de dienst of het product: Temple Lang 2000, p. 386. Zie ook § 5.5 van deze dissertatie.

Ten slotte achten we de jurisprudentie inzake leveringsweigering en daarmee het onontbeerlijkheids criterium mogelijk van toepassing bij een weigering tot het leveren van knowhow.

## § 5.4 Afgeleide markt

### § 5.4.1 Voorbehouden van een afgeleide markt: voorwaarde voor misbruik?

In de jurisprudentie van het HvJEG aangaande leverings- en licentieweigering wordt het de onderneming met de machtspositie in bijna alle gevallen aangerekend dat zij een afgeleide markt aan zichzelf voorbehoudt en daardoor alle mededinging op die markt uitsluit. Het Hof verwees hier voor het eerst naar in *Commercial Solvents*, waar het oordeelde dat een onderneming met een machtspositie die een afnemer op een afgeleide markt uitschakelt door leveringsweigering, misbruik maakt van die machtspositie.<sup>192</sup> Inzake *Télémarketing* oordeelde het Hof vervolgens dat een onderneming met een machtspositie, die een nevenactiviteit die ook door een derde verricht kan worden, zonder noodzaak aan zichzelf voorbehoudt met het risico dat de mededinging door die derde volledig wordt uitgeschakeld, eveneens misbruik maakt.<sup>193</sup> Het gaat derhalve om een uitschakeling van de mededinging op een afgeleide markt. De vraag of de onderneming met de machtspositie zelf op die markt actief is of wil gaan zijn, is voor de misbruikvraag niet van belang, zo bleek uit *Magill*, waar de omroepen immers geen alomvattende tv-gids op de markt brachten en dat ook niet van plan waren. Het HvJEG oordeelde daar als volgt:

*‘Ten slotte, en ten derde, hebben requiranten (...) zich door hun gedragingen een afgeleide markt, te weten de markt voor wekelijkse tv-gidsen, voorbehouden door elke mededinging op die markt uit te sluiten (...), aangezien requiranten eenieder de toegang tot de basisgegevens, het onontbeerlijke materiaal voor de productie van dergelijke gids, ontzegden’.*<sup>194</sup>

In *IMS Health* ten slotte geeft het Hof opnieuw aan dat uitsluiting van alle mededinging op een afgeleide markt onderdeel van het misbruikoordeel uitmaakt.<sup>195</sup>

Het voorbehouden van een afgeleide markt lijkt aldus een voorwaarde voor het aannemen van misbruik van machtspositie door leverings- of licentieweigering. Auteurs zijn vrijwel unaniem van mening dat het voorbehouden van een afgeleide markt bij deze beide gedragingen een essentieel onderdeel is van het misbruik-

<sup>192</sup> *Commercial Solvents*, *supra*, § 25. Zie ook § 3.3.1.

<sup>193</sup> HvJEG 3-10-1985, SA Centre belge d'études de marché – télémarketing tegen SA Compagnie luxembourgoise de télédiffusion (CLT) en SA Information publicité Benelux (IPB), zaak nr. 311/84, *Jur.* 1985, p. 3261, § 27 (*Télémarketing*). Zie ook § 3.3.3.

<sup>194</sup> *Magill*, *supra*, § 56.

<sup>195</sup> *IMS Health*, *supra*, § 40-47.

oordeel.<sup>196</sup> In de voorliggende paragraaf zullen wij enige kanttekeningen plaatsen bij deze aanname. Hierbij wordt opgemerkt, dat de vraag *wanneer* een afgeleide of aanverwante markt geïdentificeerd kan worden een vraag is van marktafbakening, en als zodanig behandeld werd in hoofdstuk 4 van deze dissertatie. Wij concentreren ons hier louter op de vraag in hoeverre het voorbehouden van een andere markt een wezenlijk onderdeel uitmaakt van de misbruikvraag. Daarnaast gaan we kort in op het begrip 'uitsluiting van alle mededinging'.

Overigens kan het oordeel van het HvJEG inzake *Bronner* respectievelijk *IMS Health* bij de misbruikvraag aanleiding geven tot enige verwarring. Het hof gaat namelijk in beide arresten bij de bespreking van het onderdeel 'uitsluiting van de mededinging op de afgeleide markt' in op elementen van marktafbakening. Hoewel het in beide gevallen een prejudicieel vonnis betreft, en het HvJEG in allebei de gevallen aangeeft dat de marktafbakening door de nationale rechter verricht dient te worden, lijkt het Hof desondanks in te gaan op de relevante markt in casu. In *Bronner* geeft het Hof in eerste instantie aan dat de nationale rechter moet beslissen of de markt voor thuisbezorgingssystemen een aparte markt vormt,<sup>197</sup> maar in overweging 43 oordeelt het dat 'vast staat' dat er voor de bezorging van dagbladen alternatieven voorhanden zijn.<sup>198</sup> Inzake *IMS Health* gaat het Hof uitgebreid in op de mogelijkheid van het vaststellen van een potentiële of hypothetische markt, en stelt daarna vast dat in het hoofdgeding moet worden nagegaan of de bouwsteenstructuur een onontbeerlijk element is voor de levering van verkoopgegevens. Dit is verwarrend, omdat het lijkt alsof de onontbeerlijkheid betrekking heeft op de afbakening van de relevante markt, terwijl deze eigenlijk bij de misbruikvraag aan de orde moet komen.<sup>199</sup>

#### § 5.4.2 Verschillende benadering bij licentieweigering en leveringsweigering

Behoudens de afbakening ervan is de belangrijkste vraag met betrekking tot de afgeleide markt in hoeverre het voor het aannemen van misbruik vereist is dat er daadwerkelijk sprake is van twee (of meer) verschillende markten. Kan de onderneming met de machtspositie ook gedwongen worden te leveren of te licentiëren als de concurrent/afnemer voornemens is op de hoofdmart actief te worden? Of is het overhevelen van invloed van de ene markt op de andere juist een wezenlijk onderdeel van het misbruikgedrag? Wij verdedigen dat in dit opzicht (opnieuw) een onderscheid gemaakt dient te worden tussen leverings- en licentieweigering. In gevallen van leveringsweigering is het voorbehouden van de afgeleide markt een verplicht onderdeel van het misbruikoordeel; bij licentieweigering is het dat niet. In het navolgende zal deze stelling worden toegelicht.

<sup>196</sup> Zie (o.m.) O'Donoghue & Padilla 2006, p. 435 e.v.; Eilmansberger 2005, p. 161 e.v.; Houdijk 2005, p. 29; Derclaye 2004a, p. 693; Narciso 2003, p. 467; Doherty 2001, p. 423; Temple Lang 2000, p. 389 (voor licentieweigering acht Temple Lang uitsluiting van alle mededinging op een aanverwante markt een voorwaarde voor misbruik; voor leveringsweigering vindt hij een *beperking* van de mededinging voldoende); Hancher & Lugard 1998, p. 330; Anderman 1998, p. 191; Lugard 1995, p. 233.

<sup>197</sup> *Bronner*, *supra*, § 34-35.

<sup>198</sup> *Bronner*, § 43. Zie ook Stothers 2001, p. 259; Doherty 2001, p. 426.

<sup>199</sup> *IMS Health*, *supra*, § 42-45.

Ten eerste is een onderscheid tussen leveringsweigering en licentieweigering met betrekking tot het vereiste van de afgeleide markt een vanzelfsprekend gevolg van het onderliggende *doel* van de mededingingsrechtelijke correctie. Een verplichte levering heeft als doel de instandhouding van een gezonde mededinging via de bescherming van een concurrentieel belang.<sup>200</sup> Het uit de markt duwen van concurrenten door de invloed van een machtspositie over te hevelen van de ene markt naar de andere is om die reden relevant. Het gedrag dat uit mededingingsrechtelijk oogpunt verwerpelijk is, is het uitsluiten van een concurrent/afnemer door hem een grondstof te onthouden die van essentieel belang is voor zijn bedrijfsvoering.<sup>201</sup>

Het maakt daarbij niet uit, of de producten of diensten waaruit de markten bestaan, afzonderlijk worden aangeboden, aldus het HvJEG inzake *IMS Health*. Zodra er verschillende productiestadia kunnen worden onderscheiden, kan er sprake zijn van afzonderlijke markten.<sup>202</sup> Relevant is in dit verband nog wel, in hoeverre dit oordeel in overeenstemming is met het uitgangspunt dat een machtspositie niet in abstracto kan bestaan.<sup>203</sup> O'Donoghue & Padilla betogen in dit verband dat het begrip 'productiestadium' moet worden uitgelegd als zijnde verwant aan een daadwerkelijke markt, in die zin dat het betrekking moet hebben op iets dat geschikt is om afzonderlijk aan derden geleverd of in licentie gegeven te worden.<sup>204</sup>

Een verplichte licentie daarentegen heeft als doel de instandhouding van een gezonde mededinging via de bescherming van een algemeen belang, namelijk het wegnemen van een innovatieblokkade. In hoeverre hierbij een afgeleide *product*-markt wordt voorbehouden is ons inziens in het kader van het misbruikoordeel niet van belang. Zodra aangetoond kan worden dat de introductie van een nieuw product wordt belemmerd, is er sprake van misbruik; zelfs indien de licentievrager voornemens is zijn nieuwe product te introduceren op de markt waarop de rechthebbende ook actief is. Indien de innovatie wordt belemmerd doordat een octrooihouder de introductie van een nieuw geneesmiddel tegenhoudt, maakt het ons inziens geen verschil dat de licentievrager na verkrijging van een dwanglicentie actief kan zijn op dezelfde geneesmiddelenmarkt als de rechthebbende.

Ten tweede brengt het gegeven dat de te identificeren markten – potentieel of bestaand, horizontaal of verticaal – louter *product*markten zijn, met zich mee dat een dergelijk onderscheid tussen verschillende markten vanuit IE-perspectief irrelevant is. Een recht van intellectueel eigendom wordt verleend *ongeacht* het effect op een productmarkt en mag daar dus ook mededingingsbeperkingen opwerpen.<sup>205</sup>

<sup>200</sup> Zie ook § 5.3.1.

<sup>201</sup> De Engelse term die vaak gebruikt wordt voor de praktijk van het buitensluiten van concurrenten is 'foreclosure'. Zie ook § 1.3.

<sup>202</sup> *IMS Health*, § 44. Zie ook Drexler 2004, p. 799.

<sup>203</sup> HvJEG 21-2-1973, Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. vs. Commission, zaak nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Continental Can*); DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, *supra*, § 22. Zie ook Hatzopoulos 2004, p. 1627-1630.

<sup>204</sup> O'Donoghue & Padilla 2006, p. 439.

<sup>205</sup> Anders: Anderman 1998, p. 190-191.



Alleen de markt voor innovatie moet vrijgelaten worden. Het nieuw product vereiste is dan ook een *innovatietoets*, die daarmee de feitelijke vraag van het voorbehouden van een afgeleide markt vervangt.

Ten slotte wordt opgemerkt dat de hierboven naar voren gebrachte zienswijze ondersteund wordt door de rechtspraak van het HvJEG inzake licentieweigering. Bij gedetailleerde bestudering van de arresten inzake licentieweigering wordt duidelijk dat het Hof het voorbehouden van de afgeleide markt telkens louter in verband brengt met de onontbeerlijkheid, en niet met het misbruik door licentieweigering. Zo oordeelt het in *Magill* als volgt:

*'(...) hebben requiranten zich door hun gedragingen een afgeleide markt (...) voorbehouden door elke mededinging op die markt uit te sluiten (...) aangezien requiranten eenieder de toegang tot de basisgegevens, het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een dergelijke gids, ontzegden.'* (onderstreping SvL)<sup>206</sup>

Ook in *IMS Health* legt het Hof in de samenvatting voor wat betreft de afgeleide markt alleen een verband met de levering van de verkoopgegevens.<sup>207</sup>

Wij achten het gezien het bovenstaande niet noodzakelijk dat voor het aannemen van misbruik door licentieweigering onder alle omstandigheden het vereiste geldt dat een afgeleide markt wordt voorbehouden. Een licentieweigering zal echter dikwijls vergezeld gaan van een leveringsweigering,<sup>208</sup> en in deze situaties zal het voorbehouden van een afgeleide markt wèl een voorwaarde zijn voor misbruik. Voor wat betreft een innovatie zal de rechthebbende moeten toestaan dat hij concurrentie ondervindt op dezelfde markt – het ontzeggen van innovatieconcurrentie is immers ook niet het doel van het exclusieve recht – maar voor wat betreft het verplicht delen van fysieke voorzieningen zal hij kunnen eisen dat dit niet op de hoofdmarkt geschiedt.

#### § 5.4.3 'Uitsluiting van alle mededinging'

Ervan uitgaande dat een weigering effect moet sorteren op een aanverwante markt wil zij misbruik op kunnen leveren, dan blijft over de vraag wat de *mate* van uitsluiting van de mededinging op deze markt zal moeten zijn. Is het voldoende dat de mededinging ernstig verstoord wordt, of moet zij geheel worden uitgesloten vooraleer misbruik aangenomen kan worden?<sup>209</sup> Voorafgaand aan het arrest van het GEA inzake *Microsoft* leek deze vraag relatief eenvoudig te beantwoorden.

<sup>206</sup> *Magill*, § 56.

<sup>207</sup> *IMS Health*, § 52.

<sup>208</sup> Zie ook § 5.1.4.

<sup>209</sup> Zie hieromtrent uitgebreid Temple Lang 2000, p. 383-385. Voorts Houdijk 2005, p. 29-31.

Het aannemen van het criterium van onontbeerlijkheid brengt namelijk als vanzelf met zich mee, dat alle mededinging op een aanverwante markt uitgesloten wordt. Immers, de onontbeerlijkheid is een objectief criterium.<sup>210</sup> Het geldt niet alleen ten opzichte van een enkele concurrent, maar ten opzichte van alle andere ondernemingen op de markt. Als een product of dienst onontbeerlijk is om te kunnen functioneren op de afgeleide markt, dan heeft een weigering tot het leveren van dat product of die dienst derhalve automatisch uitsluiting van *alle* mededinging op die markt tot gevolg.<sup>211</sup> Dit bleek ook reeds uit de bovengeciteerde overweging van het HvJEG inzake *Magill*: het voorbehouden van een afgeleide markt geschiedt door het uitsluiten van elke mededinging. Een gedeeltelijke uitsluiting van de mededinging op de afgeleide markt is daarentegen juist een bevestiging van het ontbreken van onontbeerlijkheid: kennelijk zijn er andere mogelijkheden om actief te zijn op deze afgeleide markt, hetgeen de onontbeerlijkheid van het product of de dienst uitsluit.<sup>212</sup>

De enige uitzondering op deze aanname vormt de situatie waarin wel is geleverd aan A, maar niet aan B. Op basis van de hierboven geschetste invulling van het onontbeerlijkhedenvereiste kan B om levering verzoeken en maakt de onderneming met de machtspositie misbruik indien de levering geweigerd wordt. Hier blijkt wederom dat er verschil bestaat tussen een leverings- en een licentieweigering. Het nieuw product vereiste brengt met zich mee dat slechts de partij die voornemens is een nieuw product op de markt te brengen een licentie verkrijgt, terwijl toepassing van het onontbeerlijkhedenvereiste verplichte levering aan eenieder tot gevolg heeft.

Inzake *Microsoft* werd door het GEA echter onontbeerlijkheid aangenomen, ondanks het feit dat er concurrenten actief waren op de relevante markt.<sup>213</sup> De door Microsoft geweigerde interoperabiliteitsinformatie is naar de mening van het GEA onontbeerlijk voor derden om te kunnen functioneren op de betreffende markt.<sup>214</sup> Gezien het feit dat er wel degelijk concurrenten actief waren op de markt, is dit ons inziens een ruimere invulling van het begrip 'onontbeerlijkheid' dan dat het HvJEG inzake *Bronner* op het oog had. Daarnaast is opmerkelijk, dat het GEA het begrip 'uitsluiting van alle mededinging' aanpast naar 'uitsluiting van alle *effectieve* mededinging'.<sup>215</sup> Dit is een logisch gevolg van de ruimere invulling van het begrip onontbeerlijkheid. Zoals hierboven is aangegeven, is er een verband tussen de onontbeerlijkheid en de mate van mededinginguitsluiting op de markt in die zin dat hoe strenger het onontbeerlijkhedenvereiste wordt geïnterpreteerd, hoe minder ruimte er zal zijn voor mededinging op de markt. Omdat het GEA inzake *Microsoft* een ruimer onontbeerlijkhedenvereiste hanteert, verbaast het niet dat

210 Zie § 5.3.2.

211 Le 2005, p. 6-10.

212 Stothers 2004, p. 471.

213 Zie ook § 2.6.4.

214 *Microsoft*, *supra*, § 436.

215 *Microsoft*, *supra*, § 561.

ook de vereiste mate van mededingingsuitsluiting wordt aangepast. Immers, als onontbeerlijkheid betekent dat het zonder de vereiste grondstof niet mogelijk is om *levensvatbare* concurrentie te leveren, dan hoeft er ook niet een *totale* uitsluiting van alle mededinging plaats te vinden om misbruik aan te kunnen nemen. Het onontbeerlijkheidscriterium en de uitsluiting van alle mededinging zijn op deze wijze aan elkaar gelieerd, en de interpretatie van het ene begrip hangt dus af van de interpretatie van het andere. Wij onderschrijven deze verruimde interpretatie door het GEA niet, en menen in dit verband dat de (strengere) interpretatie van het HvJEG inzake *Bronner* gevolgd moet worden, aangezien anders de drempel voor een verplichte levering te zeer verlaagd wordt.

## § 5.5 Objectieve rechtvaardiging

### § 5.5.1 Voorwaarde voor misbruik

Het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging voor een weigering te licentiëren (of te leveren) vormt de laatste toetssteen van het misbruikoordeel. Kan de onderneming een objectieve rechtvaardiging aanvoeren voor haar weigering, dan is er geen sprake van misbruik van machtspositie. Enkele auteurs menen dat een objectieve rechtvaardiging slechts aan de orde kan zijn op het moment dat het misbruik reeds is vastgesteld.<sup>216</sup> Wij onderschrijven deze opvatting niet: een rechtvaardiging voor een bepaalde gedraging neemt het misbruikelement daarvan ons inziens weg. Bovendien is deze opvatting in strijd met het uitgangspunt dat er geen uitzonderingen bestaan op het misbruikverbod.<sup>217</sup>

Aan de objectieve rechtvaardiging worden zeer hoge eisen gesteld: een zuivere commerciële reden is doorgaans onvoldoende om het misbruikelement weg te nemen, maar ook redenen die raken aan het algemeen belang zijn door zowel de Commissie als het HvJEG wel afgewezen als rechtvaardiging.<sup>218</sup> Overigens geeft ook A-G Verkade inzake *NOS/Telegraaf* aan dat een objectieve rechtvaardiging aan strenge eisen zal moeten voldoen.<sup>219</sup>

<sup>216</sup> Calvet & Desurmont 1996, p. 36; Skinner 1995, p. 90.

<sup>217</sup> HvJEG 11-4-1989, zaak nr. 66/86, Ahmed Saeed Flugreisen en Silverline Reisebüro GmbH tegen Zentrale zur Bekämpfung Unlauteren Wettbewerbs e.V., zaak nr. 66-68, *Jur.* 1989, p. 803, § 32 (*Ahmed Saeed*) en de conclusie van A-G Kirschner van 21-2-1990 inzake *Tetra Pak I*, zaak nr. T-51/89, *Jur.* 1990, p. II-309, § 21. Zie ook Loewenthal 2005, p. 459-460; Jones & Sufrin 2004, p. 255.

<sup>218</sup> Vgl. het arrest inzake *Télémarketing*, waar het HvJEG de door CLT aangevoerde verweer, namelijk dat de tv-kijker in verwarring zou raken doordat het vermoeden zou bestaan dat de telemarketing diensten werden uitgevoerd door de omroep zelf, afwees: SA Centre belge d'études de marché – télémarketing tegen SA Compagnie luxembourgoise de télédiffusion (CLT) en SA Information publicité Benelux (IPB), zaak nr. 311/84, *Jur.* 1985, p. 3261, (*Télémarketing*). Zie ook § 3.3.3 van deze dissertatie.

<sup>219</sup> Conclusie A-G Verkade bij HR 6-6-2003, *NJ* 2003, 505 (*NOS/Telegraaf*), § 4.14.

Dat het bezit dan wel de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht als zodanig volgens de Europese Commissie geen objectieve rechtvaardiging vormt bleek recent uit haar Discussion Paper inzake de toepassing van artikel 82 EG en uit haar beschikking inzake *Microsoft*.<sup>220</sup> Dit uitgangspunt kon ook reeds impliciet worden afgeleid uit de jurisprudentie van het HvJEG inzake *Magill*: indien het exclusieve recht als objectieve rechtvaardiging aangenomen had kunnen worden dan had er in dat geval geen sprake kunnen zijn van misbruik.<sup>221</sup> Inzake *Microsoft* werd dit door het GEA expliciet bevestigd.<sup>222</sup>

Het intellectueel eigendomsrecht zelf vormt aldus onvoldoende reden om een objectieve rechtvaardiging aan te kunnen nemen. Ons inziens is dat het gevolg van het feit dat de afweging tussen de aan het exclusieve recht inherente mededingingsbeperking en het ingrijpen door het misbruikverbod reeds heeft plaatsgevonden door het toepassen van het nieuw product criterium. De factoren die een objectieve rechtvaardiging kunnen vormen voor het feit dat de introductie van een nieuw product wordt belemmerd moeten daarom gezocht worden *buiten* de exclusiviteit van het intellectueel eigendomsrecht in kwestie.

Hierna noemen we een aantal factoren die in de jurisprudentie dan wel in de literatuur zijn opgeworpen als objectieve rechtvaardiging. Daarbij maken we een onderscheid tussen algemene belangen die een objectieve rechtvaardiging kunnen vormen en legitieme commerciële belangen die de onderneming met de machtspositie kan aanvoeren om haar gedrag te rechtvaardigen.<sup>223</sup> Speciale aandacht wordt voorts besteed aan de overwegingen van de Commissie inzake *Microsoft*, waar zij een rechtvaardigingstoets introduceert die gebaseerd is op innovatiebereidheid.<sup>224</sup>

220 DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, voetnoot 141; beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag (COMP/C-3/37.792 – Microsoft), § 709 – § 712.

221 *Magill*, *supra*, § 55. Zie ook Vezzoso 2006, p. 384; Anderman 2004, p. 19. Anderzijds kan in dit verband de bewijslast wellicht een rol gespeeld hebben. Zie hieromtrent § 5.5.3.

222 GEA 17-9-2007, zaak nr. T-201/04, Microsoft corporation e.a. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen e.a., zaak nr. T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), § 690.

223 Zie in dit verband ook de speech van Philip Lowe tijdens de jaarlijkse Fordham conference te New York op 23-10-2003 (speech at Fordham Corporate Law Institute 30th Annual Conference on International Antitrust Law, [www.http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003\\_040\\_en.pdf](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp2003_040_en.pdf)). Lowe onderscheidt drie categorieën objectieve rechtvaardigingen: doelen van algemeen belang, legitiem ondernemersgedrag en efficiencyvoordelen. De laatste categorie wordt in onze verdeling bij de concurrentiebelangen ('legitiem ondernemersgedrag') ondergebracht, omdat efficiency in de eerste plaats voordelen biedt voor de onderneming zelf. Overigens kan in het verweer van Microsoft in de gelijknamige procedure wellicht ook een efficiencyverweer gezien worden: Loewenthal 2005, p. 475.

224 Zie hierover uitgebreid S. Vezzoso, 'The incentives balancing test in the EU Microsoft case: a pro-innovation 'economics-based' approach', *ECLR* 2006-7, p. 382-390.

### § 5.5.2 Algemeen belang / externe verplichting als rechtvaardiging

Bij deze categorie rechtvaardigingen voor licentie- dan wel leveringsweigeringen kan gedacht worden aan wettelijke regelingen, productveiligheid of andere redenen van algemeen belang. Uit de beschikkingenpraktijk van de Commissie en de jurisprudentie van het GEA en het HvJEG blijkt echter dat dergelijke verweren zeer zelden gehonoreerd worden.

Inzake *Hilti* werden redenen van *productveiligheid* aangevoerd als objectieve rechtvaardiging. Hilti betoogde dat zij zich genoodzaakt had gezien de verkoop van haar patroonstrips aan de verkoop van haar nagels te koppelen, aangezien de nagels geproduceerd door afnemers Eurofix en Bauco zodanige tekortkomingen zouden hebben dat het gebruik risico's op zou leveren voor de consument. Daarnaast zouden deze afnemers misleidende reclame-uitingen gedaan hebben door hun – inferieure – producten aan te prijzen als gelijkwaardig aan die van Hilti.<sup>225</sup> Het GEA wees het argument van de hand: productveiligheid en misleidende reclame worden door bestaande wetgeving geregeld. Het is daarom niet aan een onderneming die een machtspositie inneemt om op eigen initiatief maatregelen te nemen om producten die zij als gevaarlijk of inferieur beschouwt te elimineren.<sup>226</sup> In *Tetra Pak II* wordt door het Gerecht bevestigd dat een onderneming op dit terrein niet geacht wordt zelfstandig maatregelen te kunnen nemen.<sup>227</sup>

Inzake *BP* zag het Hof een rechtvaardiging voor de in kwantiteit sterk verminderde levering aan ABC in de *wereldwijde oliecrisis*.<sup>228</sup> Vanwege de tekorten die de crisis met zich meebracht kon BP niet worden verweten dat zij bij de levering van haar klanten gelegenheidsafnemers (waaronder ABC) een minder voordelige behandeling gaf dan vaste klanten. Een soortgelijk argument, namelijk suikerschaarste, werd opgeworpen door British Sugar in een procedure tegen de Commissie, doch deze concludeerde dat onvoldoende vaststond dat dit de reden was voor de leveringsweigering door British Sugar.<sup>229</sup>

Naast het opwerpen van bovengenoemde argumenten is het denkbaar dat een verweer in de vorm van een objectieve rechtvaardiging aanknoopt bij de uitzondering zoals die is geregeld in artikel 86 lid 2 EG.<sup>230</sup> Dit artikel regelt de toepassing van

<sup>225</sup> GEA 12-12-1991, *Hilti AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-30/89, *Jur.* 1991, p. II-1439, § 102 e.v. (*Hilti GEA*).

<sup>226</sup> *Hilti GEA*, § 118.

<sup>227</sup> GEA 6-10-1994, *Tetra Pak International SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-83/91, *Jur.* 1994, p. II-755, § 138; HvJEG 14-11-1996, C-333/94P, *Jur.* 1996, p. I-5951, § 44.

<sup>228</sup> HvJEG 29-6-1978, *Benzine en petroleum handelsmaatschappij BV en anderen tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 77/77, *Jur.* 1978, p. 1513 (*BP*), § 32.

<sup>229</sup> Beschikking van de Commissie van 18 juli 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/30.178), *PbEG* 1988, L284/41 (*Napier Brown/British Sugar*).

<sup>230</sup> Houdijk 2005, p. 29.

de mededingingsregels op ondernemingen die belast zijn met het *beheer van diensten van algemeen economisch belang*.<sup>231</sup> Een verweer dat mogelijk in deze categorie ondergebracht kan worden was het verweer dat gevoerd werd inzake *Magill*, namelijk dat de licentieweigering gerechtvaardigd zou zijn door het beleid van de omroepen. Dit beleid zou zijn ingegeven door de behoefte aan kwalitatief hoogwaardige informatie over alle programma's, met inbegrip van die programma's die slechts voor een minderheid zijn bestemd en/of een regionaal karakter dragen, alsmede programma's van culturele, historische en/of educatieve waarde.<sup>232</sup> Dit behelste vermoedelijk een beroep op het algemene publieke belang dat de televisieomroepen behartigen. Met (naar het lijkt) een verwijzing naar *Télémarketing* wijst het HvJEG uiteindelijk dit verweer af, door te oordelen dat de licentieweigering geen rechtvaardiging vond in de activiteiten van het televisiebedrijf noch in die van het uitgeven van tv-gidsen.<sup>233</sup> Overigens gebruikte de NOS hetzelfde argument in de Nederlandse equivalent van *Magill*.<sup>234</sup>

Ten slotte kan aangevoerd worden dat een licentie- of leveringsweigering gerechtvaardigd wordt door een bescherming van de innovatiestimulans bij de weigerende onderneming. Ook dit kan beschouwd worden als een algemeen belang: een terugval in innovatief gedrag is immers een zorg van algemeen (economische) aard. Een dergelijke rechtvaardiging werd opgeworpen door Microsoft in de procedure voor de Commissie. Vanwege de specifieke aard van dit verweer alsmede de reactie van de Commissie gaan we in § 5.5.4 apart in op deze rechtvaardigingsgrond.

### § 5.5.3 Commercieel belang als rechtvaardiging

Het is een onderneming met een machtspositie toegestaan haar legitieme commerciële belangen te verdedigen op een wijze die zij daartoe wenselijk acht.<sup>235</sup> De maatregelen die zij daartoe treft moeten niettemin een legitiem doel hebben, redelijk zijn en proportioneel zijn in relatie tot het te bereiken doel.<sup>236</sup> Hoewel deze criteria nauwelijks uitgewerkt zijn in de jurisprudentie van het HvJEG mogen we aannemen dat indien een objectieve rechtvaardiging aan het bovenstaande vol-

<sup>231</sup> Zie uitgebreid over dit onderwerp Jones & Sufrin 2004, p. 530-594.

<sup>232</sup> Beschikking van de Commissie van 21 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.851 – *Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE*), *PbEG* 1989 L78/43), § 23.

<sup>233</sup> *Magill*, *supra*, § 55. Inzake *Télémarketing* oordeelde het Hof: 'Indien voorts deze weigering niet haar rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van technische of commerciële aard, die eigen zijn aan het medium televisie, doch ertoe strekt alle via de zender uitgezonden telefonische marketingacties voor te behouden aan bedoelde reclameagent, met de kans elke concurrentie vanwege een derde onderneming uit te schakelen, vormt deze gedraging een misbruik (...)' (curs. SvL). *Télémarketing*, *supra*, § 26. Zie ook § 3.3.3 van deze dissertatie.

<sup>234</sup> HR 6-6-2003, *NJ* 2003, 505 (*NOS/Telgraaf*), § 3.8 – 3.9. Zie ook de conclusie van A-G Verkade, § 4.13 – 4.14.

<sup>235</sup> HvJEG 14-2-1978, *United Brands Company en United Brands Continentaal BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 27/76, *Jur.* 1978 (*United Brands*), § 189.

<sup>236</sup> Loewenthal 2005, p. 465-466. Anderman omschrijft het geoorloofde gedrag als 'meeting competition, not beating competition'. Anderman 1998, p. 185.

doet, zij als verweer kans van slagen heeft. Alleen 'normaal' ondernemersgedrag, dat wil zeggen gedragingen die niet expliciet een verstoring van de mededinging op het oog hebben, kunnen mogelijk objectief gerechtvaardigd zijn.<sup>237</sup>

Loewenthal onderscheidt met betrekking tot het legitieme doel twee vormen van mededingingsgedrag: gedrag dat expliciet gericht is op een beperking van de mededinging, en gedrag dat een dergelijke beperking weliswaar als gevolg kan hebben, maar dat 'normale' concurrentiemethoden betreft.<sup>238</sup> Daar licentieweigering (en leveringsweigering) in beginsel volstrekt normaal mededingingsgedrag is,<sup>239</sup> gaan we ervan uit dat een objectieve rechtvaardiging voor dit gedrag in principe steeds zal voldoen aan het vereiste legitieme doel.

Inzake *United Brands* oordeelde het HvJEG dat een onderneming met een machtspositie zich weliswaar mag verdedigen tegen een *aanval op haar commerciële belang*, maar dat de leveringsweigering door UBC als zodanig niet proportioneel was, aangezien deze handelwijze een ernstige aantasting zou vormen van de onafhankelijkheid van kleine en middelgrote ondernemingen die van de leveringen van UBC afhankelijk waren.<sup>240</sup> Opmerkelijk is, dat het HvJEG oordeelt dat voor het beoordelen van de proportionaliteit van de gedraging de economische macht van de ondernemingen in kwestie in aanmerking moet worden genomen. Dit lijkt niet in overeenstemming te zijn met het uitgangspunt dat er geen causaal verband bestaat tussen de machtspositie en het misbruik daarvan. Immers, hoe omvangrijker de machtspositie van de onderneming, hoe minder snel aangenomen zal worden dat een gedraging proportioneel is ten aanzien van het te bereiken doel.<sup>241</sup>

In dit verband kan het onderscheid tussen een relevante productmarkt en een relevante innovatiemarkt opnieuw van belang zijn. Kijken we alleen naar de relevante productmarkt, dan zal een IE-rechthebbende niet alleen snel dominant zijn,<sup>242</sup> maar het lijkt dan bovendien niet ondenkbaar dat de rechthebbende, door het ontbreken van substituten voor het beschermde product, een positie inneemt die bestempeld kan worden als 'super-dominant'.<sup>243</sup> Op grond van bovengenoemde causaliteit lijkt het dan uiterst onwaarschijnlijk dat de rechthebbende nog een objectieve rechtvaardiging kan aanvoeren voor zijn gedrag.

Eenzelfde soort argument als in *United Brands* werd aangevoerd inzake *Boosey & Hawkes*.<sup>244</sup> De fusie van haar afnemer met een van haar belangrijkste concurrenten

237 Anderman 1998, p. 185; Loewenthal 2005, p. 465.

238 Loewenthal 2005, p. 465.

239 Magill, *supra*, § 49.

240 *United Brands*, *supra*, § 189-190. Zie ook § 3.2.2 van deze dissertatie.

241 Loewenthal 2005, p. 466.

242 Zoals reeds betoogd in § 4.2 leidt het gebruik van mededingingsrechtelijke instrumenten die zijn gebaseerd op het meten van substitutie op de productmarkt vrijwel onvermijdelijk tot een nauwe marktdefinitie, waardoor de rechthebbende snel een dominante positie in zal nemen.

243 Vgl. Loewenthal 2005, p. 466. Zie ook de conclusie van A-G Fennelly inzake *CMB* van 29-10-1998, gevoegde zaken nrs. C 395/96P en C 396/96P, *Jur.* 2000, p. I-1371, § 137 alsmede § 1.3 van deze dissertatie.

244 Beschikking van de Commissie van 29 juli 1987 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.279), *PbEG* 1987, L286/36 (*Boosey&Hawkes*).

vormde volgens Boosey & Hawkes een zodanige concurrentiële bedreiging dat zij uit *bescherming van haar commerciële belangen* de leveringen aan haar afnemer stop zette. De Commissie honoreerde dit verweer niet.<sup>245</sup>

Voorts kan *efficiencyverbod* worden aangevoerd als objectieve rechtvaardiging voor mededingingsbeperkend gedrag.<sup>246</sup> Ondanks het feit dat dit argument inzake *Commercial Solvents* door het HvJEG werd genegeerd,<sup>247</sup> lijkt aannemelijk dat een objectieve rechtvaardiging bestaat indien een verplichte levering of licentie aan een afnemer met zich mee zou brengen dat de exploitatie van de dienst of het product sterk zou worden belemmerd of zelfs onmogelijk gemaakt zou worden.<sup>248</sup> De Commissie behandelt algemene efficiency verweren in haar Discussion Paper over artikel 82, en geeft daarbij aan dat een geslaagd beroep op efficiencyverbod haars inziens succesvol kan zijn indien de onderneming aan kan tonen dat de negatieve effecten van haar gedrag op consumenten worden gecompenseerd door de positieve gevolgen ervan.<sup>249</sup> Volgens de Commissie moet dan aan vier voorwaarden voldaan worden:

- het gedrag van de onderneming moet efficiencyvoordelen opleveren;
- het gedrag is onontbeerlijk voor het bereiken van deze efficiencyvoordelen;
- de efficiencyvoordelen komen ten goede aan consumenten;
- de mededinging ten aanzien van de betrokken producten wordt niet volledig geëlimineerd.<sup>250</sup>

Aangenomen mag worden dat deze criteria ook gelden in gevallen van leverings- en licentieweigering.

Andere concurrentiebelangen die in de literatuur genoemd worden als mogelijke objectieve rechtvaardiging zijn: onvoldoende kredietwaardigheid van de afnemer,<sup>251</sup> onvoldoende (technische) kennis en vaardigheden bij de afnemer,<sup>252</sup> onvoldoende capaciteit<sup>253</sup> en bestaande betrekkingen met andere afnemers.<sup>254</sup> Ook de Commissie acht deze factoren relevant als objectieve rechtvaardiging.<sup>255</sup>

<sup>245</sup> Boosey & Hawkes, § 19.

<sup>246</sup> Bork 1993, p. 346; Temple Lang 2000, p. 386.

<sup>247</sup> Commercial Solvents weigerde de leveringen aan haar afnemer te hervatten omdat zij voornemens was verticaal te integreren. Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. en Commercial Solvents Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 6 en 7/73, *Jur.* 1974, p. 223 (*Commercial Solvents*). Zie ook § 3.3.1.

<sup>248</sup> Vgl. Temple Lang 2000, p. 386.

<sup>249</sup> Discussion Paper, *supra*, § 5.5.3.

<sup>250</sup> Discussion Paper, *supra*, § 84.

<sup>251</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 282/283; Anderman 1998, p. 187; Temple Lang 2000, p. 386.

<sup>252</sup> Temple Lang 2000, p. 386.

<sup>253</sup> Temple Lang 2000, p. 386; Anderman 1998, p. 185. Een dergelijk verweer zal in het geval van licentieweigering echter weinig kans maken – in tegenstelling tot levering van een product of het verlenen van toegang ondervindt licentieverlening an sich doorgaans geen hinder van onvoldoende fysieke capaciteit.

<sup>254</sup> Temple Lang 2000, p. 387. Vanzelfsprekend vindt deze reden geen toepassing bij algehele leverings- en licentieweigeringen.

<sup>255</sup> DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, § 234.



In de sectorspecifieke mededingingsregels voor de telecommunicatiesector<sup>256</sup> ten slotte wordt als mogelijke rechtvaardiging voor een toegangsweigering genoemd, dat de weigerende onderneming eerst zelf voldoende tijd en gelegenheid moet hebben gehad om de faciliteit of dienst op te zetten. Het is echter niet waarschijnlijk, dat deze regel onverkort *buiten* de telecommunicatiesector kan worden toegepast.<sup>257</sup>

Een interessant verweer voor een IE-rechthebbende die door een licentieweigering de introductie van een nieuw product belemmert zou kunnen zijn, dat hij *zelf* voornemens is dit product op korte termijn te gaan introduceren.<sup>258</sup> Aan het misbruikgedrag ligt dan een concurrentieel belang ten grondslag, dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging zou kunnen vormen. Een dergelijk verweer heeft ons inziens in beginsel kans van slagen. Immers, de reden voor het aannemen van misbruik, namelijk dat innovatie wordt tegengehouden doordat de introductie van een nieuw product wordt belemmerd, zou dan worden gerechtvaardigd door het feit dat de rechthebbende met behulp van zijn exclusieve recht *zelf* innovatie gaat bewerkstelligen. Er kleeft niettemin een aantal belangrijke nadelen aan het honoreren van een dergelijk verweer. Ten eerste bestaat de mogelijkheid dat de rechthebbende helemaal niet voornemens is het nieuwe product op de markt te gaan brengen, waardoor de introductie van het product uiteindelijk niet wordt gerealiseerd dan wel onnodig lang op zich zou laten wachten. Een dergelijke situatie vormt alsnog een belemmering voor de innovatie, hetgeen de inzet van het mededingingsrecht juist had beoogd te voorkomen. Aan het bewijs van een zodanig voornemen moeten daarom hoge eisen worden gesteld.

Overigens was niet op voorhand duidelijk hoe de bewijslastverdeling ligt met betrekking tot het bestaan van een objectieve rechtvaardiging. In de rechtspraak van het HvJEG wordt zij over het algemeen behandeld als een verweer dat door de dominante onderneming zelf wordt opgeworpen en dat derhalve door haarzelf zal moeten worden bewezen.<sup>259</sup> Anderzijds maakt het bestaan van een objectieve rechtvaardiging onderdeel uit van het misbruikoordeel, hetgeen strikt gezien met zich meebrengt dat de bewijslast bij de mededingingsautoriteit (of tegenpartij) ligt.<sup>260</sup> Afgezien van deze onduidelijkheid leek het niettemin onwaarschijnlijk dat een onderneming met een machtspositie het bewijs van de omstandigheden die haar mogelijk van misbruik vrijpleiten aan de mededingingsautoriteit of tegenpartij zal willen overlaten. Inzake *Microsoft* werd door het GEA dan ook bevestigd, dat de bewijslast met betrekking tot de objectieve rechtvaardiging bij de onderneming zelf ligt.<sup>261</sup>

<sup>256</sup> Bekendmaking betreffende de toepassing van de mededingingsregels op overeenkomsten inzake toegang in de telecommunicatiesector, *PbEG* 1998, C265/2, § 91.

<sup>257</sup> Vezzoso 2006, p. 384.

<sup>258</sup> Anderman 2004, p. 13.

<sup>259</sup> Jones & Sufrin 2004, p. 282; Lévêque 2005, p. 91.

<sup>260</sup> Loewenthal 2005, p. 462.

<sup>261</sup> *Microsoft*, *supra*, § 688.

Ten tweede wordt de licentievrager mogelijk de dupe van een imitatiezucht van de rechthebbende. Is de licentievrager eenmaal gedwongen geweest de aard van het nieuwe product prijs te geven bij de licentiaanvraag dan wel de mededingingsrechtelijke procedure, dan bestaat het risico dat de rechthebbende het idee overneemt en zelf met het product op de markt komt. Hoewel een dergelijk risico waarschijnlijk nooit helemaal kan worden uitgesloten, zou het aannemen van een objectieve rechtvaardiging bij een claim van de rechthebbende dat hij zelf voornemens is het product op de markt te brengen de situatie voor de licentievrager verergeren. Immers, *zonder* een dergelijke rechtvaardiging blijft het misbruikoordeel in stand en verkrijgt de licentievrager een dwanglicentie.

Meer in het algemeen kan het voor een licentievrager in de praktijk tamelijk belastend zijn om de details van het te produceren nieuwe product te openbaren. Derden (waaronder de licentieweigeraar) kunnen dan immers het idee overnemen en zelf het nieuwe product op de markt brengen. Gaan we uit van de in § 5.2.4 voorgestelde kruislicentie voor nieuwe producten die de input van meerdere rechthebbenden combineren, dan speelt dit bezwaar uiteraard niet. Niettemin is het in dit verband interessant om op te merken, dat in de jurisprudentie aangaande licentieweigering nergens wordt ingegaan op de exclusiviteit van de dwanglicentie. Een licentievrager zal veelal bij het ontwikkelen van een nieuw product de voorkeur geven aan een exclusieve licentie boven een niet-exclusieve licentie. Uitgaande van de invulling van het nieuw product vereiste zoals die in deze dissertatie wordt voorgesteld, namelijk dat *alleen* aan de onderneming die aantoonde een nieuw product op de markt te willen brengen een licentie verleend moet worden, zou die exclusiviteit automatisch bewerkstelligd worden. Niettemin kan de rechthebbende natuurlijk nadat een dwanglicentie eenmaal is opgelegd altijd besluiten om uit vrije wil aan meerdere marktpartijen een licentie te verlenen, of eventueel om zelf het exclusieve recht in een product te gaan gebruiken. Wil een bewering van de rechthebbende dat hij zelf voornemens is het nieuwe product op de markt te brengen echter aangemerkt kunnen worden als een *objectieve rechtvaardiging*, dus als misbruikverweer, dan moet er ons inziens voldaan zijn aan een aantal zware eisen. De rechthebbende moet aan kunnen tonen dat hij daadwerkelijk *in staat is* het product op de markt te brengen. Dit zal mede afhankelijk zijn van bijvoorbeeld benodigde kennis, infrastructuur en capaciteit, maar ook van de eventuele aanwezigheid van andere intellectuele eigendom indien deze noodzakelijk is voor de exploitatie van het nieuwe product. Indien blijkt dat de licentievrager in dit opzicht beter uitgerust is dan wel rechthebbende is op benodigde additionele intellectuele eigendom, dan kan een licentieweigering niet worden gerechtvaardigd. Daarnaast zal de introductie van het nieuwe product plaats dienen te vinden op *korte termijn*, althans niet langer mogen duren dan de geschatte tijdsduur van een introductie door de licentievrager. Ten slotte zou dienen te worden getoetst in hoeverre er bewijs is voor de stelling van de rechthebbende dat bij hem reeds de intentie bestond om een dergelijk nieuw product op de markt te brengen.

Dergelijke situaties zullen zich naar ons idee overigens zeer zelden voordoen. Een licentieweigering die in beginsel misbruik oplevert doordat zij de introductie van een nieuw product tegenhoudt zal alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden voorkomen. Nog sporadischer zal dan aan de orde zijn dat deze weigering gerechtvaardigd wordt doordat voldaan is aan de bovenstaande vereisten.

Dat aan de objectieve rechtvaardiging dergelijke hoge eisen worden gesteld ligt in het verlengde van de vergaande eisen die worden gesteld aan het aannemen van misbruik door licentieweigering. Een rechthebbende die door middel van zijn exclusieve recht de innovatie tegenhoudt zal immers een zwaarwegende reden aan moeten dragen, wil hem dit niet worden aangerekend.

#### § 5.5.4 Negatieve innovatiestimulans als rechtvaardiging (*Microsoft*)

In haar beschikking inzake *Microsoft* lijkt de Commissie een nieuwe toets te introduceren voor het bestaan van een objectieve rechtvaardiging. *Microsoft* voert aan dat haar weigering om de interoperabiliteitsinformatie aan Sun beschikbaar te stellen gerechtvaardigd wordt door haar intellectueel eigendom. Een gedwongen licentie zou de wettelijke bescherming van haar investeringen in onderzoek en ontwikkeling teniet doen en de stimulans voor toekomstige investeringen in het geheel wegnemen.<sup>262</sup> De Commissie overweegt daaromtrent als volgt:

*(...) the fact that Sun's request may constitute a request that Microsoft license certain intellectual property rights to Sun cannot as such constitute a 'self-evident' objective justification for Microsoft's refusal to supply.*

*The central function of intellectual property rights is to protect the moral rights in a right holder's work and ensure a reward for the creative effort. But it is also an essential objective of intellectual property law that creativity should be stimulated for the general public good. A refusal by an undertaking to grant a licence may, under exceptional circumstances, be contrary to the general public good by constituting an abuse of a dominant position with harmful effects on innovation and on consumers.*

*(...) In view of these exceptional circumstances, Microsoft's refusal cannot be objectively justified merely by the fact that it constitutes a refusal to licence intellectual property. It is therefore necessary to assess whether Microsoft's arguments regarding its incentives to innovate outweigh these exceptional circumstances.<sup>263</sup>*

Dat het bezit van intellectueel eigendom als zodanig geen objectieve rechtvaardiging kan opleveren merken we in § 5.5.1 reeds op. Dit uitgangspunt wordt door de Commissie in bovenstaande overweging bevestigd. Niettemin geeft zij aan het

<sup>262</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, *supra*, § 709.

<sup>263</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, *supra*, § 710-712.

argument van Microsoft met betrekking tot het wegnemen van haar stimulans tot innoveren te willen onderzoeken. Dit zou betekenen dat een reductie van innovatiestimulans bij de onderneming met een machtspositie een objectieve rechtvaardiging zou kunnen zijn voor licentieweigering.<sup>264</sup>

Inhoudelijk sluit dit verweer aan op de uitzondering op het kartelverbod die wordt ingesteld door artikel 81 lid 3 EG, namelijk de overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging die bijdraagt aan een verbetering van de technische of economische vooruitgang ten goede van de gebruikers. De GVTO is, evenals alle andere groepsvrijstellingen, een toepassing van deze wettelijke uitzondering.<sup>265</sup> De objectieve rechtvaardiging zoals hierboven omschreven lijkt dezelfde grondslag te hebben, namelijk voorrang van innovatiebevordering ten opzichte van een kortstondige mededingingsbeperking.

De toets die de Commissie vervolgens introduceert is grotendeels gebaseerd op een belangenafweging. Eerst onderzoekt zij de gevolgen van een verplichte levering dan wel licentie op de innovatiestimulans bij Microsoft zelf. Zijn deze gevolgen negatief, dan zullen ze afgewogen dienen te worden tegen de positieve effecten die een verplichte licentie kan hebben op de gehele industrie.<sup>266</sup> Hoewel Microsoft betoogt dat het ter beschikking stellen van haar interoperabiliteitsinformatie<sup>267</sup> zeer schadelijk zou zijn voor haar toekomstige innovatieactiviteiten, meent de Commissie dat dit allerminst het geval kan zijn. Het alternatief, namelijk dat Microsoft de informatie *niet* hoeft prijs te geven, zou namelijk juist leiden tot bevrozing van Microsoft's innovatiedrift vanwege het ontbreken van concurrentie.<sup>268</sup> Zodoende komt zij tot de volgende conclusie:

*'(...) the possible negative impact of an order to supply on Microsoft's incentives to innovate is outweighed by its positive impact on the level of the whole industry (including Microsoft). As such, the need to protect Microsoft's incentives to innovate cannot constitute an objective justification that would offset the exceptional circumstances identified.'*<sup>269</sup>

<sup>264</sup> Zie ook Reimann 2004, p. 62-63.

<sup>265</sup> Zie ook overweging 5 van de Richtsnoeren bij de GVTO: Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 81 van het EG-Verdrag op overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PbEG* 2004, C101/2.

<sup>266</sup> Commissiebeschikking inzake *Microsoft*, *supra*, § 713-729. Vezzoso 2006, p. 383-386; Anderman 2004, p. 20. Zie voorts Lévêque, 'Interoperability, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case', *World Competition* 2005, p.71-91.

<sup>267</sup> Overigens meent Microsoft dat de door de Commissie opgelegde verplichting verder gaat dan de verplichting interoperabiliteitsinformatie ter beschikking te stellen zoals die is neergelegd in artikel 6 van de Softwarerichtlijn (*PbEG* 1991, L122/42): *Microsoft*, § 743-763. Hart onderschrijft dit: Hart 2006, p. 365. Niettemin heeft de (on)juistheid van deze opvatting geen consequenties voor het misbruikoordeel, indien is aangetoond dat de introductie van een nieuw product door Sun wordt belemmerd. Ook de informatie die buiten het bereik van artikel 6 Softwarerichtlijn valt en derhalve niet zonder toestemming mag worden overgenomen, zal dan immers verplicht in licentie moeten worden gegeven.

<sup>268</sup> *Microsoft*, § 724-725.

<sup>269</sup> *Microsoft*, § 783.

In beginsel lijkt bovenstaande door de Commissie geïntroduceerde toets voor het bestaan van een objectieve rechtvaardiging niet onredelijk, indien zij in combinatie met de toepassing van het nieuw product vereiste wordt gebruikt. Het zou in dat geval gaan om een uitzondering op een zeer uitzonderlijke situatie. Een dwanglicentie kan dan opgelegd worden indien een belemmering van de innovatie in het algemeen plaatsvindt, namelijk doordat er geen nieuw product op de markt komt. Wordt echter het voordeel van de dwanglicentie weggenomen door het nadeel van het wegvallen van de innovatieprikkel bij de rechthebbende, dan is er sprake van een rechtvaardiging.

Niettemin lijkt een toepassing van de toets *zonder* dat ook het nieuw product vereiste wordt ingezet niet raadzaam. Inzake *Microsoft* rijst het vermoeden dat de Commissie de toets feitelijk niet wil inzetten als invulling van het criterium van de objectieve rechtvaardiging, maar als een hernieuwde misbruiktoets. Dit blijkt ook uit commentaar in de literatuur, waarbij de test wel wordt aangemerkt als een alternatief voor het nieuw product criterium.<sup>270</sup> Ook de president van het GEA geeft in de behandeling van het beroep van Microsoft tegen de door de Commissie opgelegde voorlopige voorziening aan dat het een inhoudelijk misbruikverweer betreft.<sup>271</sup>

Een dergelijke toepassing als alternatief voor het nieuw product vereiste achten wij buitengewoon onwenselijk. Het nieuw product vereiste biedt een vast juridisch criterium, in tegenstelling tot de hier door de Commissie geïntroduceerde economische toets. Het benoemt wanneer een uitzondering op de regel van het exclusieve recht gerechtvaardigd is. Wordt dit criterium vervangen door de test van een negatieve innovatiestimulans, dan wordt in feite in ieder individueel geding de partij met de machtspositie gedwongen om een economische rechtvaardiging aan te tonen voor een toepassing van het exclusieve recht, welke in beginsel volkomen geoorloofd is. Immers, het bestaan van een objectieve rechtvaardiging is een verweer dat door de onderneming met de machtspositie gevoerd wordt, en het is aan haar om te bewijzen dat een zodanige rechtvaardiging bestaat.<sup>272</sup> Gevolg van het hanteren van de toets van de Commissie zou zijn dat, indien de onderneming niet weet aan te tonen dat het innovatievermogen door haar weigering niet op negatieve wijze beïnvloed wordt, er in beginsel misbruik aangenomen wordt.<sup>273</sup> Hierdoor wordt de drempel voor het aannemen van misbruik door licentieweigering ons inziens op onacceptabele wijze verlaagd: misbruik wordt dan in beginsel aangenomen, *tenzij* de onderneming een rechtvaardiging kan aantonen voor haar gedrag.

270 Lévêque 2005, p. 80 e.v.; Vezzoso 2006.

271 President GEA 22 december 2004, zaak nr. T-201/04, [www.curia.eu.int](http://www.curia.eu.int), § 217.

272 Zie § 5.5.3.

273 Lévêque 2005, p. 91.

Gezien het bovenstaande achten wij een dergelijke invulling van het criterium van de objectieve rechtvaardiging onwenselijk. Het is ons inziens in beginsel mogelijk de negatieve innovatiestimulans in te zetten als objectieve rechtvaardiging, doch niet zonder dat de toets van het nieuw product is gebruikt. Dat deze zienswijze correct is, wordt bevestigd door het GEA, dat in het beroep van Microsoft tegen de Commissiebeschikking uit 2004 het argument van de Commissie in de juiste context plaatst, namelijk in die van de objectieve rechtvaardiging. Het GEA oordeelt dat de Commissie *nadat* zij heeft getoetst aan de criteria uit *Magill* en *IMS Health*, tot de conclusie is gekomen dat er geen negatieve innovatiestimulans is aan de zijde van Microsoft, en dat er om die reden ook geen sprake kan zijn van een objectieve rechtvaardiging.<sup>274</sup> Zoals hierboven vermeld gebruikte de Commissie de toets ons inziens wel degelijk voor het inhoudelijk misbruikoordeel, maar het Gerecht heeft nu niettemin duidelijk aangegeven dat het argument op die plaats geen rol kan spelen. De mogelijkheid dat een negatieve innovatiestimulans bij de onderneming zelf aanleiding kan zijn voor een objectieve rechtvaardiging, als uitzondering op de uitzondering, blijft dan bestaan. Vooraleer men aan deze toets toekomt dient echter eerst het volledige toetsingskader voor licentieweigering, inclusief het nieuw product vereiste, te worden doorlopen.

---

<sup>274</sup> *Microsoft*, § 709.

# Samenvatting & Conclusies

## § S.1 Samenvatting

### § S.1.1 Onderzoeksvraag

Het onderzoeksonderwerp van deze dissertatie was de problematiek aangaande licentieweigering, gezien in het licht van de relatie tussen het intellectueel eigendomsrecht en het (publiekrechtelijk) mededingingsrecht. Indien de houder van een intellectueel eigendomsrecht weigert een licentie te verlenen aan concurrenten of afnemers, kan dit ernstige mededingingsbelemmeringen veroorzaken als het object waarop het exclusieve recht rust een onontbeerlijke grondstof vormt voor andere activiteiten op de markt. Niettemin behoort het recht om een licentie te weigeren tot de kern van het verbodsrecht, met als gevolg dat een ingrijpen door het mededingingsrecht alleen in zeer uitzonderlijke gevallen gerechtvaardigd zal zijn. Immers, de wetgever heeft met de verlening van het exclusieve recht reeds een balans aangebracht tussen de exclusiviteit als beloning voor de inspanningen van de rechthebbende enerzijds en de belangen van derden anderzijds. Gewaakt dient te worden voor een verstoring van die balans.

Onderzoeksvraag van deze dissertatie was in hoeverre een systematisering denkbaar is van de omstandigheden waarin licentieweigering misbruik van machtspositie oplevert, op die wijze dat de rechtszekerheid zoveel mogelijk intact blijft en interne fricties worden opgelost. Daarbij is uitgegaan van de opvatting dat het mededingingsrecht in uitzonderlijke gevallen in kan grijpen in de uitoefening van het intellectueel eigendomsrecht, zoals ook is beslist in de rechtspraak van het HvJEG.<sup>1</sup> Deze rechtspraak is als uitgangspunt genomen bij de analyse van de onderzoeksvraag. Onderzocht is, of het toetsingskader dat het Europese Hof in deze rechtspraak heeft gehanteerd voor de beoordeling van licentieweigeringen

---

<sup>1</sup> HvJEG 6-4-1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*), § 50.

op een zodanige manier ingericht kan worden, dat recht wordt gedaan aan zowel de ratio van IE-bescherming als aan de behoefte aan het bestaan van een mededingingsrechtelijke correctiemogelijkheid in uitzonderlijke gevallen.

### § S.1.2 Wettelijk kader & jurisprudentie

In *hoofdstuk 1* werd daartoe uiteengezet wat de werking is van het verbod op misbruik van machtspositie, dat is vastgelegd in artikel 82 EG-Verdrag. Dit verdragsartikel is grotendeels uitgewerkt in de jurisprudentie van het HvJEG, waarbij met name de elementen 'relevante markt', 'machtspositie' en 'misbruik' een invulling hebben gekregen. De onderneming die zich op een vooraf gedefinieerde markt onafhankelijk van concurrenten, afnemers en consumenten kan gedragen neemt op die markt een machtspositie in.<sup>2</sup> Het innemen van een dergelijke positie is als zodanig niet verboden, doch de onderneming heeft dan wèl een speciale verantwoordelijkheid jegens het mededingingsproces, namelijk om niet door haar gedrag misbruik van die positie te maken.<sup>3</sup> Om te kunnen beoordelen of de litigieuze onderneming daadwerkelijk een machtspositie inneemt, moet eerst vastgesteld worden wat de omvang van de relevante markt is. De relevante markt omvat 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>4</sup> Het proces van marktafbakening heeft vaak een onzekere uitkomst, omdat de substitueerbaarheid van een bepaald product of een bepaalde dienst geen vaststaand gegeven is, en in hoge mate afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.<sup>5</sup> In een aantal toonaangevende procedures op grond van artikel 82 heeft de marktafbakening door de Commissie kritiek onderzonden, welke met name inhield dat de betreffende markt te nauw was afgebakend.<sup>6</sup> In het geval er een intellectueel eigendomsrecht in het spel is, dreigt het gevaar van een nauwe marktafbakening die samenvalt met de uitsluitende werking van het exclusieve recht. Immers, de handhaving van elk recht van intellectueel eigendom brengt met zich mee dat er minder substituten op de markt aanwezig zijn.<sup>7</sup> Om te voorkomen dat de afbakening van de relevante markt zich precies concentreert op datgene dat op basis van het exclusieve recht uitgesloten wordt, hebben we in hoofdstuk 4 van deze dissertatie het concept van de relevante markt voor innovatie geïntroduceerd. Hierover later in deze samenvatting meer.

2 HvJEG 14-2-1978, *United Brands Company en United Brands Continentaal BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 27/76, *Jur.* 1978, p. 207 (*United Brands*), § 65; HvJEG 13-2-1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. 85/76, *Jur.* 1979, p. 461, § 38.

3 HvJEG 9-11-1983, zaak nr. 322/81, *Jur.* 1983, p. 3461 (*Michelin*), § 57.

4 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5, § 7.

5 Jones & Sufrin 2004, p. 48.

6 Deze kritiek ondervond de Commissie onder meer inzake *United Brands*, *Hoffmann-La Roche*, *Michelin*, *Hilti* en *Magill*. Zie ook § 1.2.2 van deze dissertatie.

7 Zie ook § 4.2.1 van deze dissertatie.



Nadat de relevante product- en geografische markt is vastgesteld, beoordeelt de mededingingsautoriteit dan wel de rechter of de onderneming in kwestie daar een machtspositie op inneemt. Daarbij is volgens de traditionele mededingingsrechtelijke analyse van belang wat het marktaandeel van de onderneming is op de relevante markt, maar ook factoren als schaalvoordelen, productspreiding en (de mate van) verticale integratie kunnen van invloed zijn op het bestaan van een machtspositie.<sup>8</sup> Het bezit van intellectueel eigendom als zodanig kan de rechthebbende geen machtspositie verschaffen,<sup>9</sup> maar als de relevante markt zo nauw wordt vastgesteld dat deze alleen het product of de dienst waar het exclusieve recht op rust omvat, dan zal er snel sprake zijn van een machtspositie in de zin van het mededingingsrecht. Neemt de onderneming in kwestie een zodanige positie in, dan mag zij daar op grond van artikel 82 EG geen misbruik van maken. Of een bepaalde gedraging aangemerkt kan worden als misbruik, zal in ieder geval opnieuw beoordeeld moeten worden. Niettemin zijn er een aantal categorieën gedragingen, waarvan het bekend is dat zij doorgaans misbruik opleveren, indien zij worden verricht door een onderneming met een machtspositie. Voorbeelden zijn in de eerste plaats te vinden in artikel 82 EG zelf, dat een niet-limitatieve opsomming geeft van gedragingen die misbruik op kunnen leveren. In artikel 82(a) tot en met 82(d) worden onder meer genoemd het hanteren van onbillijke aan- of verkoopprijzen, het toepassen van ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties en het toepassen van koppelverkoop. Daarnaast is in de Europese jurisprudentie voor een aantal specifieke gedragingen uitgemaakt dat zij misbruik van machtspositie kunnen opleveren. In hoofdstuk 1 werden in dat verband onder meer besproken het voeren van rooftprijzen, het hanteren van hoeveelheids- of loyaliteitskortingen en bepaalde contractuele praktijken van collectieve rechtenorganisaties.<sup>10</sup> Ook leveringsweigering en licentieweigering zijn door het HvJEG aangemerkt als gedragingen die in strijd kunnen zijn met het misbruikverbod.

De jurisprudentie van het HvJEG die over de toepassing van artikel 82 op licentie- of leveringsweigering is verschenen, is in *hoofdstuk 2 en 3* van deze dissertatie uitgebreid besproken. Het doel van deze bespreking was inzicht te verkrijgen in het toetsingskader dat het Europese Hof voor deze gedragingen hanteert. Inzake licentieweigering heeft het HvJEG sinds 1988 een viertal arresten gewezen: *Volvo*,<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Zie § 1.2.5.

<sup>9</sup> HvJEG 18-2-1971, *Sirena* tegen *Eda*, zaak nr. 40/70, *Jur.* 1971, p. 69 (*Sirena*), § 83; HvJEG 8-6-1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft MbH* tegen *Metro SB – Grossmärkte GmbH & Co.*, zaak nr. 78/70, *Jur.* 1971, p. 487 (*Deutsche Grammophon*), § 16; HvJEG 6-4-1995, *Radio Telefís Éireann (RTE)* en *Independent Television Publications (ITP)* tegen *Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*). § 46.

<sup>10</sup> § 1.3.2 – § 1.3.5.

<sup>11</sup> HvJEG 5-10-1988, *AB Volvo* tegen *Erik Veng (UK) Ltd.*, zaak nr. 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211.

*Renault*,<sup>12</sup> *Magill*,<sup>13</sup> en *IMS Health*.<sup>14</sup> Inzake *Tiercé Ladbroke*<sup>15</sup> en *Microsoft*<sup>16</sup> verscheen een arrest van het GEA. Elk van deze arresten is besproken aan de hand van de onderdelen relevante markt, machtspositie en misbruik. Daarbij is naar voren gekomen dat in vrijwel alle gevallen de relevante markt nauw werd afgebakend – in het merendeel van de gevallen zelfs zo nauw dat het beschermde product of de beschermde dienst de gehele relevante markt beslaat. Als gevolg van deze constatering rees het vermoeden dat de mededingingsrechtelijke instrumenten die worden ingezet bij het afbakenen van de relevante markt wellicht niet (voldoende) kunnen abstraheren van de uitsluitende werking die het intellectueel eigendomsrecht van nature met zich meebrengt.<sup>17</sup> Dit vermoeden werd in hoofdstuk 4 bevestigd. Een dergelijke nauwe marktafbakening maakt het welhaast onvermijdelijk dat op die markt door de rechtgebende een machtspositie wordt ingenomen.<sup>18</sup>

Voorts hebben we opgemerkt dat het HvJEG inzake *Magill* een belangrijk toetsingskader heeft geschapen voor de beoordeling van licentieweigeringen. Het Hof oordeelde dat de licentieweigering door Ierse omroepen met betrekking tot hun wekelijkse tv-programmagegevens, die gezien konden worden als een onontbeerlijke grondstof voor de productie van een wekelijkse alomvattende tv-gids, beschouwd kon worden als misbruik van machtspositie. Deze weigering belemmerde namelijk de introductie van een nieuw product, zijnde een alomvattende tv-gids, sloot alle mededinging op een afgeleide markt uit en was zonder objectieve rechtvaardiging.<sup>19</sup> Deze criteria hebben wij als uitgangspunt genomen voor de misbruikanalyse in hoofdstuk 5, mede om de reden dat *Magill* zowel door het HvJEG zelf als in de literatuur als richtinggevend wordt beschouwd voor de beoordeling van licentieweigeringen.<sup>20</sup> Daarbij is het nieuw product criterium centraal gesteld, omdat dit naar onze mening de meeste potentie heeft systeeminterne fricties op te kunnen lossen. Dergelijke fricties ontstaan als bij de toepassing van het mededingingsrecht de aan het IE-systeem inherente mededingingsregulering doorkruist wordt.

12 HvJEG 5-10-1988, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Maxicar tegen Régie nationale des usines Renault*, zaak nr. 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039.

13 HvJEG 6-4-1995, *Radio Telefís Éireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743.

14 HvJEG 29-4-2004, betreffende een verzoek krachtens artikel 234 EG van het Landgericht Frankfurt am Main, in het aldaar aanhangige geding tussen *IMS Health GmbH & Co. OHG en NDC Health GmbH & Co. KG*, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039.

15 GEA 12-6-1997, *Tiercé Ladbroke SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-504/93, *Jur.* 1997, p. II-923.

16 GEA 17-9-2007, *Microsoft Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

17 § 2.7; zie voorts § 4.2.

18 Zie ook § 4.1 en § 4.2.

19 *Magill*, *supra*, § 54-56. Zie ook § 2.3.4.

20 In § 2.7 werd opgemerkt dat het ter discussie heeft gestaan in hoeverre de 'Magill-criteria' als uitputtend beschouwd moeten worden. Met het verschijnen van het arrest *IMS Health* leek definitief te zijn beslecht dat dit inderdaad het geval is, doch daaraan kan sinds de uitspraak van het GEA inzake *Microsoft* weer getwijfeld worden.

Naast het nieuw product criterium zijn het voorbehouden van een afgeleide markt, het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging en de (feitelijke) onontbeerlijkheid van de licentie van belang bij de misbruiktoets voor licentieweigeringen. Ook deze criteria worden daarom in de misbruikanalyse van hoofdstuk 5 betrokken.

In *hoofdstuk 3* is de jurisprudentie van het HvJEG inzake leveringsweigeringsbespreken. Geconstateerd is, dat de criteria voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van leveringsweigerings voor een deel overeenkomen met die voor licentieweigerings. Bij een leveringsweigerings speelt het voorbehouden van een afgeleide markt een belangrijke rol, evenals het ontbreken van een objectieve rechtvaardiging. Centraal staat echter het onontbeerlijkheids criterium, zoals dat door het HvJEG is gedefinieerd in *Bronner*.<sup>21</sup> Onontbeerlijkheid houdt in, dat er geen daadwerkelijk of potentieel alternatief is voor het gevraagde.<sup>22</sup> Is een product of dienst voor een concurrent of afnemer onontbeerlijk om te kunnen functioneren op een afgeleide markt, dan kan een verplichting tot levering ontstaan op grond van artikel 82 EG.<sup>23</sup> Vooruitlopend op de uiteenzetting van het belang van het onderscheid tussen levering en licentieverlening, wordt in hoofdstuk 3 gesteld dat er een essentieel verschil bestaat tussen de beoordelingscriteria voor leveringsweigerings en die voor licentieweigerings. In dat verband wordt de benadering van de Europese Commissie, die blijkens haar Discussion Paper over de toepassing van artikel 82 EG licentieweigerings als specialis van de problematiek inzake leveringsweigerings beschouwt,<sup>24</sup> verworpen. Om dezelfde reden wordt ook de toepassing van de essential facilities doctrine op licentieweigerings afgewezen. Overigens kan worden betwijfeld of aan deze doctrine überhaupt nog enig zelfstandig bestaansrecht toekomt, ook in de context van leveringsweigerings.<sup>25</sup>

### § S.1.3 Analyse

In *hoofdstuk 4* is onderzocht of het vermoeden dat is ontstaan bij de bespreking van de jurisprudentie van het HvJEG over licentieweigerings, namelijk dat er een frictie bestaat tussen de mededingingsuitsluiting die het IE-recht van nature met zich meebrengt en de marktafbakening die gebaseerd is op het bestaan van substituten, juist is. Op basis van de beschikbare jurisprudentie van het HvJEG en de beschikkingenpraktijk van de Commissie werd geconcludeerd dat een focus op productkenmerken bij de marktafbakening per definitie zal leiden tot een nauwe relevante markt, met een daaruit vrijwel automatisch voortvloeiende machtspositie voor de rechthebbende. De reden voor deze nauwe marktafbakening is dat vaak juist de

21 HvJEG 26-11-1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791.

22 *Bronner*, § 41.

23 § 3.3.4.

24 DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, § 237 e.v.

25 § 3.2 – § 3.4.

eigenschappen die beschermd worden door een recht van intellectuele eigendom ervoor zorgen dat de consument voor dat product een voorkeur heeft, waardoor het vanuit het oogpunt van deze consument in mindere mate substitueerbaar is.<sup>26</sup> Ook de factor substitueerbaarheid aan de aanbodzijde en (in mindere mate) het meten van omschakelingskosten voor de consument hebben dit effect.<sup>27</sup> Omdat substitueerbaarheid vanuit het perspectief van de consument juist de pijler is van de afbakening van de relevante productmarkt,<sup>28</sup> wordt het vermoeden bevestigd dat er een frictie bestaat, in die zin dat precies de mededingingsbeperking die door de wetgever wordt geaccepteerd als gevolg van het verbodsrecht, namelijk de uitsluiting van substituten, de aanleiding is voor een nauwe definitie van de relevante markt. Deze frictie kan maar ten dele worden weggenomen door een marktafbakening die is gebaseerd op de voorkeuren van de *afnemer / concurrent*, hetgeen wij hebben voorgesteld in de context van de afbakening van markten die in een verticale relatie tot elkaar staan.<sup>29</sup>

Gezien de mededingingsordening die het instellen van een intellectueel eigendomsrecht beoogt, namelijk een regulering van de markt voor innovatie, wierpen we de vraag op of een marktafbakening die betrekking heeft op het bezit of de exploitatie van intellectueel eigendom zich niet beter kan concentreren op een relevante *innovatiemarkt* in plaats van op een relevante productmarkt. De problemen bij de toepassing van traditionele marktafbakeningsmethoden binnen de kenniseconomie, waarvan de spil evenals bij rechten van intellectueel eigendom concurrentie op innovatie is, wijzen ook in die richting.<sup>30</sup> Concurrentie op innovatie brengt met zich mee dat de positie van een onderneming op de relevante markt zeer instabiel kan zijn, en bovendien vaak gekenmerkt wordt door het 'winner-takes-all' principe: een enkele onderneming domineert (tijdelijk) de markt voor een bepaald product of een bepaalde dienst.<sup>31</sup> Op grond van de traditionele mededingingsrechtelijke analyse leidt dit tot de conclusie dat er een machtspositie op de markt voor dat product of die dienst wordt ingenomen, maar in werkelijkheid geeft deze situatie een vertekend beeld. De onderneming in kwestie zal zich namelijk geenszins onafhankelijk van haar concurrenten kunnen gedragen, daar de mogelijkheid altijd aanwezig is dat zij succesvol innoveren en daarmee de marktvorsprong teniet doen. Dit geldt ook voor de juridische exclusiviteit die het intellectueel eigendomsrecht instelt, aangezien het uitgangspunt van het IE-systeem is dat het exclusieve recht mogelijkheden tot innovatie in beginsel openlaat, of zelfs stimuleert. De toepassing van de traditionele mededingingsrechtelijke instrumenten loopt dus zowel bij intellectueel eigendom als in de kenniseconomie tegen het-

26 § 4.2.1.

27 § 4.2.2.

28 Bekendmaking van de Commissie inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEG* 1997, C 372/5, § 7.

29 § 4.3.2.

30 Zie § 4.4.

31 § 4.4.2.

zelfde probleem aan, namelijk dat zij niet toegesneden is op de mechanismen van innovatieconcurrentie. Dit noopt tot een verkenning van aanknopingspunten voor afbakening van een relevante markt voor innovatie. De positie van de onderneming op de productmarkt is dan niet meer van belang; alleen als er barrières voor innovatie opgeworpen kunnen worden neemt de onderneming dan wel rechthebbende een machtspositie in. Dit kan bijvoorbeeld aan de orde zijn indien er sprake is van een vorm van standaardisatie die de ontwikkelingen op innovatieniveau beperkt. Die situatie moet echter niet verward worden met de situatie waarin standaardisatie in de weg staat aan de totstandkoming van niet-innovatieve producten die weliswaar buiten de beschermingsomvang van het exclusieve recht vallen, maar waarbij de standaard acceptatie door de consument verhindert.<sup>32</sup>

Hoofdstuk 4 onderzocht voorts welke concrete invulling kan worden gegeven aan het begrip relevante markt voor innovatie. Deze markt moet de producten omvatten die een innovatie vormen ten opzichte van bestaande producten en/of werkwijzen.<sup>33</sup> Volgens de Richtsnoeren Horizontale Samenwerkingsovereenkomsten zijn dit producten die worden ontwikkeld ter vervanging van bestaande producten en die een geheel nieuwe vraag zullen scheppen.<sup>34</sup> Een aantal bronnen zijn getoetst op aanknopingspunten voor de invulling van deze definitie in een concreet geval, waarbij naar voren is gekomen dat rekening gehouden dient te worden met de aard en omvang van de activiteiten van concurrenten op het gebied van onderzoek en ontwikkeling.<sup>35</sup> Gebleken is, dat het idee van een relevante markt voor innovatie weliswaar vorm begint te krijgen in de doctrine en bij de toepassing van artikel 81 EG, doch dat het concept niet eerder in verband is gebracht met de toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie.

Is een markt voor innovatie eenmaal afgebakend, dan is voor het bepalen van de positie van de litigieuze onderneming van belang in hoeverre er toetredingsbarrières zijn tot deze markt. Gedacht kan daarbij bijvoorbeeld worden aan een sterke concentratie van relevante knowhow bij de betreffende onderneming. Uitdrukkelijk niet van belang bij de analyse van de positie op de relevante markt voor innovatie zijn marktaandeel en marktconcentratie.<sup>36</sup>

In *hoofdstuk 5* is onderzocht onder welke voorwaarden licentieweigering misbruik van machtspositie op kan leveren. Uitgangspunt was daarbij het toetsingskader van het Europese Hof, zoals besproken in hoofdstuk 2. Cruciaal bij een analyse van de criteria voor misbruik is dat er een onderscheid wordt gemaakt tussen een licentieweigering en een leveringsweigering. In § 5.1 is uiteengezet waarom het

32 § 4.4.3.

33 § 4.5.2.

34 Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PBEG* 2001 C3/2, § 50.

35 § 4.5.7.

36 § 4.5.7.

mededingingsrecht niet op dezelfde wijze toegepast kan worden op deze gedragingen, waarbij is opgemerkt dat daarbij essentieel is dat een recht van intellectuele eigendom een andere economische functie heeft dan een eigendomsrecht. Het recht van intellectuele eigendom reguleert namelijk de mededinging op het niveau van de innovatie, hetgeen met zich meebrengt dat de mededinging op het niveau van de productie (tijdelijk) uitgesloten wordt. Daar tegenover staan de beperkingen die de wetgever aangebracht heeft op het exclusieve recht, zoals de beperking in tijd. Een recht van 'gewone' eigendom kan de mededinging op het niveau van de productie weliswaar eveneens beperken, maar anders dan het geval is bij een recht van intellectuele eigendom is deze beperking veelal een neveneffect, dat niet als zodanig door de wetgever is bedoeld. Bij de verlening van een recht van intellectuele eigendom daarentegen is de wetgever zich van begin af aan bewust dat de regulering van de mededinging werkt via een *uitsluiting* daarvan. Omdat aan de toekenning van een recht van intellectuele eigendom een afweging van mededingingsrechtelijke aard vooraf is gegaan, zijn de omstandigheden waarin ingegrepen kan worden door het mededingingsrecht anders dan wanneer er sprake is van een 'gewoon' eigendomsrecht.<sup>37</sup> Dat er een onderscheid bestaat tussen de misbruikcriteria die toegepast moeten worden in gevallen van licentieweigering en in gevallen van leveringsweigering wordt bovendien door het HvJEG bevestigd in de arresten *Bronner* en *Magill*.<sup>38</sup> Ook het GEA erkent inzake *Microsoft* dat er een andere toets is voor licentieweigering dan voor leveringsweigering.<sup>39</sup>

In hoofdstuk 5 is voorts verdedigd dat het criterium dat centraal staat in de misbruiktoets voor licentieweigering het nieuw product criterium is. Bij de misbruiktoets voor leveringsweigering is dat het onontbeerlijkheidsvereiste. In gevallen waarin levering en licentie samengaan, zullen beide criteria vervuld moeten zijn, wil er sprake kunnen zijn van misbruik van machtspositie.<sup>40</sup> Onderzocht is, wat een mogelijke invulling kan zijn van het nieuw product criterium. Uitgangspunt is daarbij, dat het nieuw product criterium vorm gegeven dient te worden tegen de achtergrond van het proces van innovatiemededinging. De functie van het nieuw product criterium is in een concreet geval te kunnen bepalen of er sprake is van innovatiemededinging of imitatiemededinging.<sup>41</sup> Wordt door een licentieweigering de introductie van een nieuw product en daarmee de mededinging op het niveau van de innovatie belemmerd, dan is er sprake van misbruik. Deze opvatting is geheel conform de ratio van het intellectueel eigendomsrecht, dat immers wordt verleend met het oogmerk imitatieconcurrentie te kunnen verhinderen, maar de mogelijkheden tot innoveren uitdrukkelijk open laat. De rechter of mededingings-

37 § 5.1.3.

38 Zie § 5.1.4.

39 GEA 17-9-2007, *Microsoft Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen*, zaak nr. T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), § 284.

40 § 5.1.5.

41 § 5.2.1 – § 5.2.2.

autoriteit die in een specifiek geval zal moeten bepalen of er sprake is van de belemmering van de introductie van een nieuw product, zal niettemin behoefte hebben aan meer gedetailleerde richtlijnen voor de beantwoording van de vraag of een bepaald product aangemerkt kan worden als 'nieuw'. Daartoe is in § 5.2 een aantal aanknopingspunten voor de invulling van het nieuw product criterium besproken. Gebleken is, dat een nieuw product een zekere innovatieve kwaliteits-sprong zal dienen te bewerkstelligen ten opzichte van producten die reeds op de markt worden aangeboden. Dit kan een sprong zijn in kwalitatief opzicht, in die zin dat het product een daadwerkelijke vernieuwing teweeg brengt. Hiertoe kan aansluiting gezocht worden bij het criterium dat in het octrooirecht wordt gehanteerd voor de toelaatbaarheid van dwanglicenties wegens afhankelijkheid. Het nieuwe product is dan een product waarin een belangrijke potentiële vooruitgang van aanzienlijke economische betekenis vervat is.<sup>42</sup> Daarnaast kan het nieuwe product ook een kwaliteitssprong teweeg brengen doordat het wordt samengesteld uit diverse bronnen, waardoor het een innovatieve meerwaarde heeft. Hierbij kan met name gedacht worden aan een product dat door een dergelijke input een informatiele meerwaarde heeft. Ook zijn een aantal factoren geïdentificeerd, die in ieder geval *niet* van belang zijn voor de vraag of er sprake is van een nieuw product. Schematisch kan één en ander als volgt worden weergegeven:

Een nieuw product is wèl:	Een nieuw product is niet:
– een innovatief product	– een imitatieproduct
– een product dat een belangrijke potentiële vooruitgang van aanzienlijke economische betekenis behelst	– een product dat zich alleen onderscheidt doordat het <i>andere kenmerken</i> heeft
– een product waarnaar <i>potentiële</i> vraag bij de consument is	– een product waarnaar <i>bestaande</i> vraag bij de consument is
– een product dat wordt samengesteld uit meerdere, door intellectueel eigendom beschermde, grondstoffen	– een product dat in zijn ontstaan wordt belemmerd doordat op discriminatoire basis licenties verleend worden
– een product waarvan de introductie wordt belemmerd door non-exploitatie en licentieweigering	– een product waarvan de introductie wordt belemmerd door non-exploitatie

In hoofdstuk 5 is daarnaast gezocht naar de invulling van het onontbeerlijkheids-criterium zoals dat geldt voor leveringsweigering. Geconstateerd is, dat de onontbeerlijkheid die vereist is in gevallen waarin levering en licentie cumuleren, veelal een *feitelijke* onontbeerlijkheid zal zijn: de onontbeerlijkheid ziet op de licentie voor

<sup>42</sup> § 5.2.8.

het beschermde materiaal. In gevallen van leveringsweigering is de onontbeerlijkheid echter een *juridisch* criterium: de geweigerde grondstof of dienst is onontbeerlijk voor de werkzaamheid van de vragende onderneming.<sup>43</sup> Belangrijk gevolg van dit verschil is dat bij een licentieweigering die misbruik oplevert slechts aan één enkele onderneming een gedwongen licentie behoeft te worden verleend, namelijk de partij die heeft aangetoond een nieuw product op de markt te willen brengen, terwijl bij de leveringsweigering die misbruik oplevert verplicht zal moeten worden geleverd aan iedere onderneming die daarom vraagt.<sup>44</sup>

Een product of dienst is onontbeerlijk als er geen daadwerkelijk of potentieel alternatief voor is, één en ander zoals door het HvJEG beslist inzake *Brommer*. De nadruk moet daarbij ons inziens worden gelegd op het ontbreken van een *potentieel* alternatief.<sup>45</sup> Voorts hebben we met betrekking tot een weigering knowhow te delen geconcludeerd dat deze eveneens beoordeeld dient te worden naar de maatstaf voor leveringsweigering, namelijk de onontbeerlijkheid ervan voor de werkzaamheid van de vragende onderneming.<sup>46</sup>

Ten slotte zijn de overige criteria uit het toetsingskader van het HvJEG voor misbruik besproken. In § 5.4.2 hebben we in dit verband verdedigd dat het voorbehouden van een afgeleide markt geen noodzakelijke voorwaarde is voor het aannemen van misbruik bij licentieweigering. Immers, als door de uitoefening van het exclusieve recht de innovatie belemmerd wordt, is het vanuit IE-perspectief irrelevant op welke (product)markt dit gebeurt. Een verplichte licentie zal ons inziens om die reden ook verleend kunnen worden als de licentievragende onderneming actief is op dezelfde markt als de rechthebbende.<sup>47</sup> Voor wat betreft het vereiste van de objectieve rechtvaardiging geldt dat louter het bezit van een recht van intellectuele eigendom onvoldoende is om een licentieweigering die de introductie van een nieuw product belemmert te kunnen rechtvaardigen. Ons inziens zou een mogelijke rechtvaardiging kunnen liggen in het gegeven dat de rechthebbende onderneming voornemens is *zelf* het nieuwe product te gaan introduceren.<sup>48</sup> Niettemin zullen aan een dergelijk verweer zeer hoge eisen mogen worden gesteld. Daarnaast achten wij mogelijk dat het argument van een negatieve innovatiestimulans zoals dat werd gehanteerd in *Microsoft* leidt tot het aannemen van een objectieve rechtvaardiging. Dit zal aan de orde zijn, indien de verplichte licentie de prikkel tot innoveren bij de rechthebbende in zodanige mate wegneemt, dat dit zwaarder weegt dan het algemene belang van de introductie van een nieuw product.<sup>49</sup>

---

43 § 5.3.1.

44 § 5.3.4.

45 § 5.3.2.

46 § 5.3.3.

47 § 5.4.2.

48 § 5.5.3.

49 § 5.5.4.



## § S.2 Beantwoording van de onderzoeksvraag

In deze dissertatie stond de vraag centraal, onder welke omstandigheden het mededingingsrecht kan ingrijpen bij een weigering tot licentieverlening, één en ander zoals hierboven omschreven in § S.1.1. Doelstelling was bij de beantwoording van deze vraag tot een systematisering te komen die recht doet aan zowel de grondslagen van het IE-recht als aan de noodzaak van een ingreep door het mededingingsrecht, in de uitzonderlijke gevallen waarin een recht van intellectuele eigendom zichzelf tegenwerkt doordat het innovatie belemmert. Op basis van ons onderzoek hebben we een aantal conclusies getrokken die bij de beantwoording van de onderzoeksvraag van belang zijn. De belangrijkste daarvan zijn:

- De traditionele marktafbakeningsmethoden uit het mededingingsrecht zijn ontoereikend in gevallen waarbij het bezit dan wel de exploitatie van intellectueel eigendom een hoofdrol speelt;
- Licentieweigering en leveringsweigering zijn gedragingen die bij toetsing aan het verbod op misbruik van machtspositie strikt van elkaar onderscheiden dienen te worden;
- Het nieuw product criterium dat het HvJEG heeft geïntroduceerd in *Magill* is bij uitstek geschikt als maatstaf voor de mededingingsrechtelijke beoordeling van licentieweigeringen.

Bij een toepassing van het verbod op misbruik van machtspositie dient de rechter of mededingingsautoriteit de grondslag van de rechten van intellectuele eigendom in acht te nemen. Ten tijde van de verlening van het exclusieve recht heeft de wetgever bewust een beperking van de mededinging geaccepteerd, met als doel het stimuleren van innovatie. Het mededingingsrecht zal daarom alleen in kunnen grijpen indien daar zwaarwegende redenen voor zijn. Bij de beoordeling van licentieweigeringen dient om die reden rekening gehouden te worden met de ratio van de rechten van intellectuele eigendom, zowel bij de misbruiktoets als bij het afbakenen van de relevante markt en het bepalen van de (machts)positie. De rechter of mededingingsautoriteit moet zich bij de beoordeling van een licentieweigering, maar eigenlijk bij de mededingingsrechtelijke beoordeling van intellectueel eigendom in het algemeen, rekenschap geven van het feit dat de focus op een productmarkt frictie veroorzaakt met de interne mededingingsregulering van het intellectueel eigendomsrecht. Beter is het, bij de marktafbakening uit te gaan van een relevante markt voor innovatie. De IE-rechthebbende zal op deze markt zelden dominant zijn omdat intellectueel eigendom de mogelijkheden tot innovatie immers open behoort te laten. Neemt de rechthebbende niettemin op deze markt een machtspositie in, dan zal de licentieweigering aan een misbruiktoets onderworpen kunnen worden. In deze misbruiktoets staat het nieuw product criterium centraal. Aan de hand van dit criterium kan in een concreet geval getoetst worden of er sprake is van een innovatiebelemmering. Is daarvan sprake, dan werkt het

intellectueel eigendomsrecht niet conform de ratio van het systeem, en kan het misbruikverbod ingeroepen worden. Doordat het nieuw product criterium juist die gevallen kan identificeren, waarin het gerechtvaardigd is dat het mededingingsrecht de door de wetgever gemaakte keuzes opzij zet, is het bij uitstek geschikt om de frictie die ontstaat als het mededingingsrecht de door het IE-systeem ingestelde mededingingsregulering verstoort, weg te nemen. Het nieuw product criterium doet op deze wijze zowel recht aan de ratio van het IE-recht als aan de uitgangspunten van het mededingingsrecht. Daarmee voldoet het aan het doel dat wij ons bij de beantwoording van de onderzoeksvraag gesteld hebben.

# English Summary

## § E.1 Summary

### § E.1.1 Research subject

This dissertation has dealt with the issue of refusals to licence, in view of the relationship between intellectual property law and competition law. If the object of an IP right is indispensable to other activities in the market, and the rightholder refuses to licence a competitor or customer, this may pose serious threats to competition. Nevertheless, the right to refuse a licence belongs to the core of the exclusive right. Therefore, an intervention by competition law by means of a compulsory licence may only take place in exceptional circumstances. The underlying reason for this is that by granting the intellectual property right the legislator has already balanced exclusivity as a reward for the rightholder on the one hand and the interests of third parties on the other hand. We should be careful not to disturb this balance.

We have sought to find an answer to the question whether it is possible to systematize the circumstances in which a refusal to licence can be considered an abuse of a dominant position, in such a way that the legal certainty remains intact and internal frictions are resolved. In this we set out from the view that, in exceptional circumstances, competition law may intervene in the exercise of intellectual property law, as has been ruled by the European Court of Justice.<sup>1</sup> This case law has been taken as a starting point for the analysis of the research subject. We have examined whether the review framework used by the ECJ for the assessment of refusals to licence can be organised in such a way, that justice is done to the rationale of IP protection, while at the same time it leaves open the possibility of a intervention by competition law in the exceptional case that the exercise of an IP right impedes innovation.

---

<sup>1</sup> ECJ 6-4-1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP) v. Commission*, cases C-241/91 en C-242/91P, (1995) ECR I-743 (*Magill*), § 50.

### § E.1.2 Legal framework and case law

In Chapter 1 we have examined the application of article 82 EC Treaty, which prohibits the abuse of a dominant position. The ECJ has given substance to this article in its case law, mainly with regard to the elements relevant market, dominant position and abuse. An undertaking has a dominant position in a given market if it can behave independently of its competitors, customers and, ultimately, of consumers.<sup>2</sup> Having a dominant position as such is not prohibited, but a dominant undertaking does have a special responsibility with regard to the competitive process, being that it should not abuse this position.<sup>3</sup> In order to be able to determine whether an undertaking indeed has a dominant position, first the relevant market has to be defined. The relevant market comprises all products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use.<sup>4</sup> The process of market definition often has an uncertain outcome, because the substitutability of a product or service is not given, but highly dependent on the circumstances.<sup>5</sup> In several leading article 82 cases the Commission's definition of the relevant market has been subject to criticism, to the effect that the relevant market had been defined too narrowly.<sup>6</sup> If an intellectual property right is involved, there is a danger that such narrow market definition will coincide with the exclusivity entailed by the intellectual property right. The reason for this is that the enforcement of an intellectual property right always decreases the amount of substitute products on the market.<sup>7</sup> In order to prevent that the definition of the relevant market concentrates exactly on that which is excluded by the exclusive right, we have introduced the concept of the relevant market for innovation in Chapter 4.

After the relevant product and geographical markets have been defined, the competition authority or the judge will determine whether the undertaking has a dominant position in this market. According to traditional competition analysis, the undertaking's market share is of great importance, but factors such as economies of scale, product differentiation and vertical integration may be relevant as well.<sup>8</sup> The ownership of intellectual property as such cannot confer a dominant

2 ECJ 14-2-1978, *United Brands Company and United Brands Continentaal BV v. Commission*, case 27/76, (1978) ECR 207 (*United Brands*) § 65; ECJ 13-2-1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG v. Commission*, case 85/76, (1979) ECR 461, § 38.

3 ECJ 9-11-1983, case 322/81, (1983) ECR 3461 (*Michelin*), § 57.

4 Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ 1997, C 372/5, § 7.

5 Jones & Sufrin 2004, p. 48.

6 This criticism was expressed with regard to, *inter alia*, *United Brands*, *Hoffmann-La Roche*, *Michelin*, *Hilti* and *Magill*. See also § 1.2.2 of this dissertation.

7 § 4.2.1.

8 § 1.2.5.

position.<sup>9</sup> However, if the relevant market only includes the product that is the subject of the exclusive right, then dominance may easily be established. If it is indeed established that the undertaking in question has a dominant position, article 82 EC prohibits the abuse of this position. Whether certain behaviour is abusive must be determined in each individual case separately. Nonetheless, certain practices generally are abusive, if carried out by an undertaking that has a dominant position. Several examples of this can be found in article 82 EC itself, which presents a nonexhaustive list of conduct that may be abusive. Article 82a-d mentions, *inter alia*: the imposition of unfair purchase or selling prices, applying dissimilar conditions to equivalent transactions and tying. Furthermore, in individual cases the ECJ has determined for several specific categories of conduct that it may be abusive as well. In this respect, we have discussed, among others, predatory pricing, the application of quantity discounts and loyalty rebates and contractual practices executed by collecting societies.<sup>10</sup> Also, the ECJ has ruled that both refusal to supply and refusal to licence may be abusive.

In Chapters 2 and 3 of this dissertation we have discussed the ECJ's case law with regard to the application of article 82 on refusals to licence and refusals to supply. The aim of this analysis was to gain insight in the review framework used by the ECJ for the assessment of this conduct. With regard to refusals to licence the ECJ has rendered four judgements since 1988: *Volvo*,<sup>11</sup> *Renault*,<sup>12</sup> *Magill*<sup>13</sup> and *IMS Health*.<sup>14</sup> The Court of First Instance has ruled in de cases of *Tiercé Ladbroke*<sup>15</sup> and *Microsoft*.<sup>16</sup> Each of these judgements has been discussed with regard to the elements relevant market, dominance and abuse. This analysis has resulted in the conclusion that in each of these cases the relevant market was defined very narrowly, in the majority of the cases even to the extent that the relevant market only encompassed the product or service protected by IP. As a result, we arrived at the assumption that the instruments used by competition analysis to define the relevant market may not be able to abstract from the exclusivity that the intellectual property right entails by its nature.<sup>17</sup> This assumption was confirmed in Chapter 4. The

9 ECJ 18-2-1971, *Sirena v. Eda*, case 40/70, (1971) ECR 69 (*Sirena*), § 83; ECJ 8-6-1971, *Deutsche Grammophon Gesellschaft Mbh v. Metro SB – Grossmärkte GmbH & Co.*, case 78/70, (1971) ECR 1971 487 (*Deutsche Grammophon*), § 16; ECJ 6-4-1995, *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP) v. Commission*, cases C-241/91 and C-242/91P, (1995) ECR I-743 (*Magill*) § 46.

10 § 1.3.2 - § 1.3.5.

11 ECJ 5-10-1988, *AB Volvo v. Erik Veng (UK) Ltd.*, case 238/87, (1988) ECR 6211.

12 ECJ 5-10-1988, *Consorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli and Maxicar v. Régie nationale des usines Renault*, case 53/87, (1988) ECR 6039.

13 *Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP) v. Commission*, cases C-241/91 and C-242/91P, (1995) ECR I-743 (*Magill*). § 46.

14 ECJ 29-4-2004, *IMS Health GmbH & Co. OHG v. NDC Health GmbH & Co. KG*, case C-418/01, (2004) ECR I-3401.

15 CFI 12-6-1997, *Tiercé Ladbroke SA v. Commission*, case T-504/93, (1997) ECR II-923.

16 CFI 17-9-2007, *Microsoft Corporation v. Commission*, case T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

17 § 2.7; see also § 4.2

consequence of such narrow market definition is, that the holder of the IP right will inevitably be considered dominant in this market.<sup>18</sup>

Furthermore, we have noted that in the case of *Magill*, the ECJ has drafted an important review framework for the assessment of refusals to licence. The Court ruled that the Irish Broadcasters' refusal to licence their weekly television listings, which were to be regarded as an indispensable source for the production of a comprehensive weekly television guide, was considered an abuse of a dominant position. The reason for this was that the refusal prevented the publication of a new product, being a comprehensive television guide, impeded all competition on a secondary market and was without objective justification.<sup>19</sup> We have taken these criteria as a starting point for the analysis of abuse in Chapter 5, also for the reason that *Magill* is regarded as a leading case, both by the ECJ itself and in the relevant literature.<sup>20</sup> Our analysis focussed on the new product requirement, because in our opinion this requirement offers the most potential to resolve any internal frictions between competition law and intellectual property law. These frictions arise if the application of competition law interferes with the regulation of competition that is established by the system of intellectual property law itself. Besides the new product requirement the reservation of a secondary market, the presence of an objective justification and the indispensability of the licence are important in the assessment of refusals to licence. Therefore, these criteria have also been taken into consideration in the analysis of abuse.

In Chapter 3 we have discussed further the case law of the ECJ with regard to refusals to supply. We have noted that the criteria for the assessment under competition law of refusals to supply are partly identical to the ones that are used to assess refusals to licence. With regard to refusals to supply the reservation of a secondary market plays an important role as well, just as the absence of an objective justification. However, the main focus lies on the indispensability criterion, in the way it is defined by the ECJ in *Bronner*.<sup>21</sup> Indispensability means that there is no actual or potential alternative for the product or service involved.<sup>22</sup> When a certain product or service is indispensable for a competitor or customer in order to be able to operate on a secondary market, the application of article 82 EC may involve a duty to supply.<sup>23</sup> In anticipation of the discussion on the importance of the distinction between refusals to supply and refusals to licence, in Chapter 3 we claim that there is an essential difference between the assessment of refusals to supply and refusals to licence. For this reason it is argued that the approach of the European

18 § 4.1 and § 4.2.

19 *Magill*, *supra*, § 54-56. See also § 2.3.4.

20 In § 2.7 we have noted that after the *Magill* judgement, it was unclear whether the ECJ had meant the *Magill*-criteria to be exhaustive. When the judgement in *IMS Healtb* was rendered, it seemed that this was indeed so. However, the CFI judgement in *Microsoft* again raises doubts on this matter.

21 ECJ 26-11-1998, Oscar Bronner GmbH & Co. KG v. Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG and others, case C-7/97, (1998) ECR I-7791.

22 *Bronner*, § 41.

23 § 3.3.4.

Commission,<sup>24</sup> which holds the opinion that refusals to licence should be regarded as a subcategory of refusals to supply, should be abandoned. The application of the essential facilities doctrine to refusals to licence is rejected for the same reason. In fact, it can be questioned whether this doctrine still has a right to exist, even with regard to refusals to supply.<sup>25</sup>

### § E.1.3 Analysis

In Chapter 4 we have examined the validity of the assumption that we made when analysing the ECJ case law on refusal to licence, namely that a friction exists between the exclusion of competition that intellectual property law entails by its nature and market definition that is based on the exclusion of substitute products. After examining the relevant ECJ case law and Commission decisions we have reached the conclusion that a focus on product characteristics in market definition will inevitably result in a very narrow definition of the relevant market, which then will automatically lead to a dominant position of the intellectual property right-holder. The reason that a focus on product characteristics automatically results in a narrow market definition when IP rights are involved, is that very often the characteristics of a product that are protected by an intellectual property right are responsible for the consumers' preference for such a product, thereby reducing its substitutability.<sup>26</sup> The measuring of supply substitution and (to a lesser extent) consumer switching costs have the same effect.<sup>27</sup> Because market definition is founded on demand substitution from a consumer's perspective,<sup>28</sup> the assumption that there is indeed a friction between the traditional instruments of market definition and the system of intellectual property rights, being that precisely the exclusion of competition that the legislator has accepted as a consequence of the exclusive right is responsible for a narrow definition of the relevant market, has proven to be valid. This friction can only be partly removed by a market definition that is based on the preferences of the customer/competitor, an approach that we have suggested in relation to the definition of markets that are vertically related.

The regulation of competition that is envisaged by the grant of intellectual property is a regulation of the market for innovation. In this view, we have raised the question whether it would not be better to focus on a relevant *innovation* market instead of on a relevant product market in cases that relate to the ownership or the exploitation of intellectual property. The problems observed in the application of traditional market definition methods within the knowledge economy, which just

24 DG Competition Discussion Paper on the application of article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/discpaper2005.pdf>, § 237 ff.

25 § 3.2 - § 3.4.

26 § 4.2.1.

27 § 4.2.2.

28 Commission Notice on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law, OJ 1997, C 372/5, § 7.

like intellectual property rights revolves around innovation competition, point in this direction as well.<sup>29</sup> Innovation competition entails that the position of an undertaking on the relevant market can be very unstable, and is also often characterized by the 'winner-takes-all' principle: one undertaking (temporarily) dominates the market for a specific product or service completely.<sup>30</sup> Traditional competition analysis would lead to the conclusion that the undertaking has a dominant position with regard to this product or service, but in reality this situation presents a distorted picture. For the fact is, that the undertaking in question will by no means be able to act independently from its competitors, as it is always possible that they will innovate successfully and undo the market advantage. This also applies to the legal exclusivity established by an intellectual property right, as the IP system is based on the starting point that -in principle- the exclusive right leaves open possibilities for innovation or even promotes it. The application of the traditional instruments of competition analysis therefore encounters the same problem in both intellectual property related cases and the knowledge economy, namely that it is not geared towards the mechanisms of innovation competition. This finding demands for a survey of possible leads for the definition of a relevant market for innovation. The undertaking's position on the product market is then no longer of importance; only when barriers for innovation can be put up the undertaking or rightholder will have a dominant position. This may be the case if there is a kind of standardization that limits the developments at the innovative level. However, this must not be confused with the situation in which standardization stands in the way of the realization of *non*-innovative products. These are products that are not accepted by consumers because of the standard, but are outside the scope of protection of the IP right. Therefore, developments at the innovative level are not hindered, hence the rightholder will not be dominant.<sup>31</sup>

Furthermore, Chapter 4 explored how the concept of the relevant innovation market can be concretely detailed. This market should comprise products that can be considered as an innovation compared to existing products and/or methods.<sup>32</sup> According to the Guidelines on Horizontal Cooperation Agreements they are products that are developed to replace existing products and that will create a entirely new demand.<sup>33</sup> A number of sources have been reviewed for leads for a concise definition of the relevant innovation market that may be used in individual cases. This review showed that the nature and scope of the activities of competitors in the area of research and development must be taken into account.<sup>34</sup> It turned out that although the idea of a relevant innovation market is beginning

---

29 § 4.4.

30 § 4.4.2.

31 § 4.4.3.

32 § 4.5.2.

33 Guidelines for the application of Article 81 of the EC Treaty on horizontal cooperation agreements, OJ 2001 C3/2, § 50.

34 § 4.5.7.



to take shape in the doctrine and in the application of article 81 EC, the concept has not previously been applied in the context of article 82 EC.

Once the innovation market has been defined, in order to be able to determine the position of the disputed undertaking it is of importance whether any barriers to entry exist and if so, to what extent. An example of such a barrier may be a marked concentration of relevant knowhow in the undertaking in question. Market share and market concentration, on the contrary, are explicitly of no importance in the analysis of the position on the relevant market for innovation.<sup>35</sup>

In *Chapter 5* we have examined under which conditions a refusal to licence may constitute an abuse of a dominant position. The starting point has been the review framework of the ECJ, as discussed in Chapter 2. Crucial in the analysis of abuse is that a distinction is made between a refusal to licence and a refusal to supply. § 5.1 explains why competition law cannot be applied to these refusals in the same way, and observes that in this respect it is essential that an intellectual property right has a different economic function from a property right. After all, the intellectual property right regulates competition at the innovation level, which entails that the competition at the production level is (temporarily) excluded. As a counterbalance for this exclusion there are limitations that the legislator has imposed upon the exclusive right, such as the limitation in duration. Although a 'normal' property right may also limit competition at the production level, it is different from an intellectual property right in the sense that this limitation usually is a side effect, that is not intended as such by the legislator. By contrast, when granting an intellectual property right the legislator is aware from the beginning that the regulation of competition works by means of its *exclusion*. As the grant of an intellectual property right is thus preceded by considerations on the regulation of competition, the circumstances in which competition law may intervene are different from those when it concerns a 'normal' property right.<sup>36</sup> That there is a distinction between the criteria for abuse that should be applied in cases of refusal to licence and in cases of refusal to supply is also confirmed by the ECJ in the *Bronner* and *Magill* rulings.<sup>37</sup> The CFI too recognises with regard to *Microsoft* that there is a different framework for the assessment of refusals to licence and refusals to supply.<sup>38</sup>

Furthermore, in Chapter 5 we have argued that the most important benchmark in the assessment of refusals to licence is the new product requirement. In the assessment of refusals to supply this is the indispensability requirement. If the supply of a product or service and the grant of a licence go hand in hand, both criteria must be met in order to establish abuse.<sup>39</sup> Further, we have examined the possible concretization of the new product requirement. Starting point is that the new product

35 § 4.5.7.

36 § 5.1.3.

37 See § 5.1.4.

38 CFI 17-9-2007, *Microsoft Corporation v. Commission*, case T-201/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), § 284.

39 § 5.1.5.

requirement must be shaped against the background of the process of innovation competition. The function of the new product requirement in a specific case is to determine whether it is competition by innovation or competition by imitation that is at issue.<sup>40</sup> If a refusal to licence impedes the introduction of a new product and therefore competition at the level of the innovation, it is considered abusive. This view is entirely in conformity with the rationale of the IP right. After all, the IP right is granted with the aim to prevent competition by imitation, but explicitly leaves open the possibilities to innovate. Still, the judge or the competition authority who will have to determine in a specific case whether or not the introduction of a new product has been prevented, will feel the need for more detailed guidelines as to whether a certain product may be regarded as 'new'. To this end § 5.2 discussed a number of indications for a substantiation of the new product requirement. We found that a new product will have to realise a certain innovative leap compared to products already offered on the market. This may be a qualitative leap, in the sense that the product brings about an actual innovation. To this end a link may be sought to the criterion used in patent law for the admissibility of compulsory licences on account of interdependency. In this view, the new product would be a product that embodies an important technical advance of considerable economic significance.<sup>41</sup> In addition, the new product may also realise a qualitative leap because it is constituted from various sources, thereby giving it an innovative added value. A product that has an informational added value thanks to such input, could be such a product.

Additionally, a number of factors have been identified that are definitely *not* of importance to the question whether a product is new or not.

In a diagram form, this may be represented as follows:

What a new product is:	What a new product is not:
– an innovative product	– an imitation product
– a product that involves an important technical advance of considerable economic significance	– a product that is different only because it has <i>different characteristics</i>
– a product for which there is a <i>potential</i> consumer demand	– a product for which there is an <i>existing</i> consumer demand
– a product that is composed of several raw materials, protected by intellectual property	– a product whose production is impeded because licences are granted on a discriminatory basis
– a product whose introduction is prevented by both non-exploitation and refusal to licence	– a product whose introduction is prevented by non-exploitation

<sup>40</sup> § 5.2.1 - § 5.2.2.

<sup>41</sup> § 5.2.8.

Furthermore, in Chapter 5 we have examined the definition of the indispensability criterion with regard to refusals to supply. We found that the indispensability required in cases in which supply and licence cumulate, will usually be a *factual* indispensability: the indispensability relates to the licence for the protected material. In cases of refusal to supply only, however, the indispensability will be a *legal* criterion: the refused raw material or service is indispensable to function on the relevant market.<sup>42</sup> An important consequence of this difference is that in case a refusal to licence constitutes an abuse, a compulsory licence only has to be granted to one undertaking, being the party that has proven it wants to market a new product. In case of refusal to supply that constitutes an abuse, however, there will be a duty to supply all undertakings requesting the product or service.<sup>43</sup>

A product or service is indispensable if there is no actual or potential alternative, as decided by the ECJ in the *Bronner* case. In our opinion, emphasis must be placed on the lack of a *potential* alternative.<sup>44</sup> Furthermore, with regard to a refusal to share knowhow we concluded that this should also be assessed according to the criterion for refusal to supply, being that it should be indispensable in order to function on the relevant market.<sup>45</sup>

Finally, we have discussed the remaining criteria from the assessment framework of the ECJ for abuse. In this respect, in § 5.4.2 we have argued that the reservation of a secondary market is not a prerequisite for assuming abuse by refusal to licence. After all, if innovation is impeded by the exercise of the exclusive right, from an IP perspective it is irrelevant on which (product) market this occurs. In our opinion, in case a refusal to licence actually impedes innovation, a compulsory licence can also be granted if the undertaking that requests the licence desires to become active on the same market as the rightholder.<sup>46</sup> With regard to the requirement of objective justification, the mere ownership of an intellectual property right is not sufficient to justify a refusal to licence that prevents the introduction of a new product. In our opinion, a possible justification could lie in the fact that the rightholder intends to introduce the new product *itself*.<sup>47</sup> Nevertheless, such a defence should meet high demands. In addition, we deem it possible that the argument of a negative impact on incentives to innovate, as put forward in *Microsoft*, can be considered an objective justification. This situation may arise if the compulsory licence lowers the rightholder's incentives to innovation to such a degree that it outweighs the general interest that is involved in the introduction of a new product.<sup>48</sup>

---

42 § 5.3.1.

43 § 5.3.4.

44 § 5.3.2.

45 § 5.3.3.

46 § 5.4.2.

47 § 5.5.3.

48 § 5.5.4.

## § E.2 Answering the research question

This dissertation sought to answer the question under which circumstances competition law can interfere in a refusal to licence, as described above in § E.1.1. The objective in answering this question was to arrive at a systematisation that does justice to both the rationale of intellectual property law and the necessity of an interference by competition law, in the exceptional cases in which an intellectual property right obstructs itself because it impedes innovation. On the basis of our research we have drawn a number of conclusions that are of importance in answering the research question. The main conclusions are the following:

- Traditional market definition methods used in competition law fall short in cases where the ownership or exploitation of intellectual property plays a principal role;
- Refusal to licence and refusal to supply must be strictly distinguished in the assessment of abuse of a dominant position;
- The new product requirement introduced by the ECJ in *Magill* is pre-eminently suitable as a benchmark for the assessment of refusals to licence.

In applying article 82 EC, the judge or the competition authority should take into account the rationale of intellectual property rights. By granting an IP right, the legislator deliberately accepts an exclusion of competition, in order to stimulate innovation. That is why competition law can only interfere in the exercise of an intellectual property right if there are compelling reasons. Therefore, the rationale of intellectual property rights has to be taken into account in the assessment of refusals to licence; in the assessment of abuse as well as in market definition and determining the (dominant) position. When judging refusals to licence, but actually in applying competition analysis to intellectual property in general, the judge or the competition authority should be aware of the fact that the focus on a relevant product market causes friction with the internal regulation of competition established by the intellectual property right itself. Preferably, market definition would be aimed at a relevant innovation market. The rightholder will seldom be dominant on this market as intellectual property should leave open the possibilities to innovate. Nevertheless, should the rightholder be considered dominant, his refusal to licence can be subjected to an abuse assessment. This assessment should then focus on the new product requirement. By using this criterion, individual cases can be tested for innovation impediment. If this is the case, the intellectual property right does not work in conformity with the rationale of the system, and competition law may intervene in order to restore the balance. Because the new product requirement is able to identify precisely those cases, in which it is justified that competition law overrides the choices made by the legislator in granting the IP right, it is pre-eminently suitable to resolve the friction that arises when competition law disrupts the competition regulation established by the intellectual pro-

perty system. In this way, the new product criterion does justice to both the rationale of the intellectual property law and the basic principles of competition law, thus meeting the objective we set ourselves in the answering of the research question.



## Lijst van verkort aangehaalde literatuur

### **Anderman 1998**

S.D. Anderman, *EC competition law and intellectual property rights. The regulation of innovation*, Oxford: Oxford University Press 1998.

### **Anderman 2002**

S.D. Anderman, 'EC Competition law and intellectual property rights in the new economy', *The Antitrust Bulletin*, Summer/Fall 2002, p. 285-308.

### **Anderman 2004**

S.D. Anderman, 'Does the Microsoft case offer a new paradigm for the 'exceptional circumstances' test and compulsory copyright licensing under EC Competition law?', (1) *The Competition Law Review* 2004, p. 7-22.

### **Anderman & Kallaugher 2006**

S.D. Anderman & J. Kallaugher, *Technology transfer and the new EU competition rules : intellectual property licensing after modernisation*, Oxford: Oxford University Press 2006.

### **Ahern 1994**

P.J. Ahern, 'Refusals to deal after Aspen', (63) *Antitrust L.J.* (1994), p. 153-183.

### **Ahlborn, Evans & Padilla 2001**

C. Ahlborn & D.S. Evans & A.J. Padilla, 'Competition policy in the new economy: is European competition law up to the challenge?', *ECLR* 2001, p. 156-162.

### **Ahlborn, Evans & Padilla 2005**

C. Ahlborn & D.S. Evans & A.J. Padilla, 'The logic and limits of the 'exceptional circumstances test' in Magill and IMS Health', (28) *Fordham International Law Journal* 2005, p. 1109-1156.

### **Ahlborn e.a. 2006**

C. Ahlborn, V. Denicolò, D. Geradin & A. Jorge Padilla, 'DG Comp's discussion paper on article 82: Implications of the proposed framework and antitrust rules for dynamically competitive industries', <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/art82/057.pdf>>.

### **Akyürek-Kievits 1999**

H. Akyürek-Kievits, 'Accepteert het Hof de leer van de 'essential facilities'', *NTER* 1999, p. 8-13.

**Areeda & Turner 1975**

P. Areeda & D. Turner, 'Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act', (88) *Harv. LR* 1975, p. 697-733.

**Areeda 1990**

P. Areeda, 'Essential facilities: an epithet in need of limiting principles', (58) *Antitrust L.J.* 1990, p. 841-853.

**Azevedo & Walker 2002**

J.P. Azevedo & M. Walker, 'Dominance: meaning and measurement', *ECLR* 2002, p. 363-367.

**Baden Fuller 1979**

C.W. Baden Fuller, 'Article 86 EEC: economic analysis of the existence of a dominant position', (4) *ELR* 1979, p. 423-441.

**Balto & Pitofsky 1998**

D. Balto & R. Pitofsky, 'Antitrust and high-tech industries: the new challenge', *The Antitrust Bulletin*, Fall/Winter 1998, p. 583-607.

**Báth 2002**

U. Báth, 'Access to information v. intellectual property rights', *EIPR* 2002, p. 138-146.

**Bellamy & Child 2001**

P.M. Roth, Sir C. Bellamy & G. Child (red.), *Bellamy & Child European Law of Competition* (5th edition), London: Sweet & Maxwell 2001.

**Van den Bergh & Camesasca 2001**

R. J. van den Bergh & P. D. Camesasca, *European Competition law and economics: a comparative perspective*, Antwerpen: Intersentia 2001.

**Bergman 2000**

M. Bergman, 'The Bronner case – a turning point for the essential facilities doctrine?', *ECLR* 2000, p. 59.

**Beunen 2007**

A.C. Beunen, 'Protection for databases. The European database directive and its effects in The Netherlands, France and the United Kingdom', Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

**Bishop & Caffarra 1998**

B. Bishop & C. Caffarra, 'Dynamic Competition and aftermarket', *ECLR* 1998, p. 265-268.

**Bishop & Walker 2002**

S. Bishop & M. Walker, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement* (2nd edition), London: Sweet and Maxwell 2002.

**Bork 1993**

R. H. Bork, *The antitrust paradox: a policy at war with itself*, New York: Free Press 1993 (oorspronkelijke uitgave New York: Basic Books 1978).



**Bowman 1973**

W.S. Bowman Jr., *Patent and antitrust law: a legal and economic appraisal*, Chicago: University of Chicago Press 1973.

**Calvet & Desurmont 1996**

H. Calvet & T. Desurmont, 'L'arrêt Magill: une decision d'espèce?', *RIDA* 1996, p. 2-67.

**Capobianco 2001**

A. Capobianco, 'The essential facilities doctrine: similarities and differences between the American and the European approach', (26) *ELR* 2001, p. 548-564.

**Casper 2002**

M. Casper, 'Die wettbewerbsrechtliche Begründung von Zwangslizenzen', (166) *ZHR* 2002, p. 685-707.

**Conde Gallego 2006**

B. Conde Gallego, 'Die Anwendung des kartellrechtlichen Missbrauchverbots auf 'unerlässliche' Immaterialgüterrechte im Lichte der IMS Health- und Standard-Spundfass- Urteile', *GRUR Int.* 2006-1, p. 16-28.

**H. Cohen Jehoram & Mortelmans 1995**

H. Cohen Jehoram & K.J.M. Mortelmans, 'Magill-arrest', (44) *AA* 1995, p. 811-822.

**Cornish & Llewelyn 2003**

W.R. Cornish & D. Llewelyn, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights* (5th edition), London: Sweet & Maxwell 2003.

**Correa 2004**

C. Correa, 'Refusal to deal and access to an essential facility: balancing private and public interests in intellectual property law', *Les Cahiers de Propriété Intellectuelle* 2004, p. 75-92.

**Cotter 1999**

T.F. Cotter, 'Intellectual property and the essential facilities doctrine', *The Antitrust Bulletin*, Spring 1999, p. 211-250.

**Creve 2004**

B. Creve, 'U.S. versus Microsoft: wie won wat? Een overzicht van het Amerikaanse hoofdstuk van de Microsoft saga', *SEW* 2004, p. 292-306.

**Crowther 1995**

P. Crowther, 'Compulsory licensing of intellectual property rights', (20) *ELR* 1995, p. 521-528.

**Van Daalen 2003**

O. van Daalen, 'Duurverlenging in de Verenigde Staten: commentaar bij de zaak Eldred v. Ashcroft', *AMI* 2003-2, p. 37-41.

**Van Daalen & Geurzen 2004**

O.L. van Daalen & W.W. Geurzen, 'De Microsoft beschikking: dwanglicenties en opsplitsing van geïntegreerde producten', *M&M* 2004, p. 246-252.

**Derclaye 2004a**

E. Derclaye, 'The IMS Health decision and the reconciliation of copyright and competition law', (29) *ELR* 2004, p. 687-697.

**Derclaye 2004b**

E. Derclaye, 'The IMS Health decision: a triple victory', (27) *World Competition* 2004, p. 397-405.

**Doherty 2001**

B. Doherty, 'Just what are essential facilities?', (38) *CMLR* 2001, p. 397-436.

**Drexl 2004**

J. Drexl, 'IMS Health and Trinko: antitrust placebo for consumers instead of sound economics in refusal-to-deal cases', (35) *IIC* 2004, p. 788 – 808.

**Drexl 2005**

J. Drexl, 'Abuse of dominance in licensing and refusal to licence: a 'more economic approach' to competition by imitation and to competition by substitution', in: C.D. Ehlermann & I. Atanasiu (red.), *European Competition law Annual 2005: The interaction between competition law and intellectual property law*, Oxford: Hart 2007.

**Eilmansberger 2005**

T. Eilmansberger, 'How to distinguish good from bad competition under article 82 EC: in search of a clearer and more coherent standards for anti-competitive abuses', (42) *CMLR* 2005, p. 129-177.

**Evans & Schmalensee 2002**

D.S. Evans & R. Schmalensee, 'Some economic aspects of antitrust analysis in dynamically competitive industries', in: A.B. Jaffe, J. Lerner & C. Stern (red.), *Innovation policy and the economy*, Cambridge (MA): MIT Press 2002.

**Farell & Katz 1998**

J. Farell & M.L. Katz, 'The effects of antitrust and intellectual property law on compatibility and innovation', *The Antitrust Bulletin*, Fall/Winter 1998, p. 609-650.

**Faull & Nikpay 1999**

J. Faull & A. Nikpay (red.), *The EC Law of Competition*, Oxford: Oxford University Press 1999.

**Feenstra 1990**

J.J. Feenstra, 'De Magill-zaak: het auteursrecht op programmeergevens en art. 86 EEG', *Informatierecht/AMI* 1990, p. 180-183.

**Feenstra 1996**

J.J. Feenstra, 'Het Magill-arrest: eendagsvlieg of vogelspin', *Informatierecht/AMI* 1996, p. 31-35.

**Fine 2002**

F. Fine, 'NDC/IMS: a logical application of the essential facilities doctrine', *ECLR* 2002, p. 457-468.

**Fitzgerald 1998**

D. Fitzgerald, 'Magill revisited. Tiercé Ladbroke SA vs. the Commission', *EIPR* 1998, p. 154-161.

**Friden 1989**

G. Friden, 'Recent developments in EEC intellectual property law: the distinction between existence and exercise revisited', (26) *CMLR* 1989, p. 193-217.

**Geradin 2004**

D. Geradin, '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*?', (41) *CMLR* 2004, p. 1519-1553.

**Ghidini 2006**

G. Ghidini, *Intellectual property and competition law. The innovation nexus*, Cheltenham: Edward Elgar 2006.

**Gielen 1998**

Ch. Gielen & D.W.F. Verkade (red.), *Intellectuele Eigendom. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 1998.

**Glader 2006**

M. Glader, *Innovation markets and competition analysis. EU Competition law and US Antitrust law*, Cheltenham: Edward Elgar 2006.

**Govaere 1996**

I. Govaere, *The use and abuse of intellectual property rights in E.C. law*, London: Sweet & Maxwell 1996.

**Goyder 1998**

D.G. Goyder & F. Jacobs (red.), *EC Competition Law* (3rd edition), Oxford: Oxford University Press 1998.

**Grosheide 1986**

F.W. Grosheide, *Auteursrecht op maat: beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in een rechtspolitieke context*, (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1986.

**Gutterman 1997**

A. Gutterman, *Innovation and competition policy*, Den Haag: Kluwer Law International 1997.

**Hancher & Lugard 1998**

L. Hancher & H.H.P. Lugard, 'De essential facilities doctrine. Het Bronner arrest en vragen van mededingingsbeleid', *SEW* 1999, p. 323-334.

**Hart 2006**

R. Hart, 'Interoperability information and the Microsoft decision', *EIPR* 2006-7, p. 361-365.

**Hatzopoulos 2004**

V. Hatzopoulos, 'Case law: Court of Justice. Case C-418/01, IMS Health GmbH v. NDC Health GmbH, judgement of the fifth chamber of 29 April 2004', (41) *CMLR* 2004, p. 1613-1638.

**Heinemann 2002**

A. Heinemann, *Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung. Eine grundlagenorientierte Untersuchung zum Kartellrecht des geistigen Eigentums*, Tübingen: Mohr Siebeck 2002.

**Den Hertog 2001**

J.A. den Hertog, 'Efficiëntie en essential facilities. Een economische analyse van het Bronner-arrest', *M&M* 2001, p. 14-21.

**Höppner 2005**

T. Höppner, 'Missbräuchliche Verhinderung 'neuer' Produkte durch Immaterialgüterrechte. Zur Anwendung von art. 82 EG auf Lizenzverweigerungen', *GRUR Int.* 2005, p. 457-464.

**Houdijk 2005**

J.C.A. Houdijk, 'Rechtspraak op het snijvlak van mededingingsrecht en intellectuele eigendomsrecht: het evenwicht tussen de rechtsgebieden in het arrest IMS Health', *SEW* 2005, p. 23-34.

**Hoyng 2002**

W.A. Hoyng, 'IMS Health Company / Commissie', *M&M* 2002, p. 113-117.

**Hull & Strowel 2004**

D.W. Hull & A. Strowel, 'Compulsory licensing of IP rights: the ECJ's judgment in the IMS case and its impact on the Microsoft case', *Auteurs & Media* 2004, p. 491-498.

**Humpe & Ritter 2005**

C. Humpe & C. Ritter, 'Refusal to deal', Global Competition Law Centre (College of Europe) Research Paper on article 82 EC, <<http://www.coleurope.eu/content/gclc/documents/GCLC%20Research%20Papers%20on%20Article%2082%20EC.pdf>>.

**Joliet 1989**

R. Joliet, 'Geistiges Eigentum und freier Warenverkehr. Die entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften in den Jahren 1987 und 1988', *GRUR Int.* 1989, p. 177-185.

**Jones & Sufrin 2004**

A. Jones & B. Sufrin, *EC Competition Law: text, cases and material* (2nd edition), Oxford: Oxford University Press 2004.

**Judge 2004**

K. Judge, 'Rethinking copyright misuse', (57) *Stan. L. Rev.* 2004, p. 901-952.

**Kallay 2004**

D. Kallay, *The law and economics of antitrust and intellectual property. An Austrian approach*, Cheltenham: Edward Elgar 2004.

**Kamperman Sanders e.a. 2003**

Working Paper voor de Europese Commissie, D-G Research, *Expert Group report on strategic use and adaptation of intellectual property rights systems in information and communications technologies-based research*, <<http://ec.europa.eu/research/era/pdf/ipr-ict-report.pdf>>.

**Kamperman Sanders 2004**

A. Kamperman Sanders, 'Intellectuele eigendom na HvJEG IMS Health/NDC Health: de dwanglicentie in opmars?', *AMi* 2004-4, p. 124-132.

**Koelman 2003**

K. Koelman, *Auteursrecht en technische voorzieningen. Juridische en rechtseconomische aspecten van de bescherming van technische voorzieningen* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Sdu 2003.

**Koelman 2007**

K. Koelman, 'Een exceptio standardis: is een uitzondering op de IE-rechten voor standaarden wenselijk?', in: DJ.G. Visser & D.W.F. Verkade (red.), *Spoorbundel*, Amsterdam: DeLex 2007, p. 199-213.

**Korah 1982**

V. Korah, 'The Michelin decision of the Commission', (7) *ELR* 1982, p. 130-138.

**Korah 1988**

V. Korah, 'No duty to licence independent repairers to make spare parts: the Renault, Volvo and Bayer & Hennecke cases', *EIPR* 1988, p. 381-386.

**Korah 1998**

V. Korah, 'The Ladbroke saga', *ECLR* 1998, p. 169-176.

**Korah 2004**

V. Korah, *An introductory guide to EC Competition law and practice* (8th edition), Oxford: Hart 2004.

**Korah 2006**

V. Korah, *Intellectual property rights and the EC competition rules*, Oxford: Hart 2006.

**Landes & Posner 2003**

W.M. Landes & R.A. Posner, *The economic structure of intellectual property law*, Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press 2003.

**Le 2005**

N. Le, 'What does 'capable of eliminating all competition' mean?', *ECLR* 2005, p. 6-10.

**LeBrun 2004**

B. LeBrun, 'IMS vs. NDC: Advocate General Tizzano's Opinion. Towards a test for mandatory licensing?', *EIPR* 2004, p. 84-87.

**Lehmann 1989**

M. Lehmann, 'Property and intellectual property – property rights as restrictions on competition in furtherance of competition', (20) *IIC* 1989, p. 1-15.

**Leistner 2005**

M. Leistner, 'Intellectual property and competition law: the European development from Magill to IMS Health compared to recent German and US case law', *ZWeR* 2005, p. 138-162.

**Leupold & Pautke 2005**

H. Leupold & S. Pautke, 'IMS Health vs. Microsoft – befindet sich die Kommission bei kartellrechtlichen Zwangslizenzen (erneut) auf Konfrontationskurs mit dem EuGH?', *EWS* 2005, p. 108-116.

**Lévêque 2005**

F. Lévêque, 'Innovation, leveraging and essential facilities: interoperability licensing in the EU Microsoft case', (28) *World Competition* 2005, p. 71-91.

**Lind & Muysert 2003**

R. C. Lind & P. Muysert, 'Innovation and competition policy: challenges for the new millennium', *ECLR* 2003, p. 87-92.

**Lind e.a. 2002**

R.C. Lind & P. Muysert & M. Walker, *Innovation and competition policy. Part I – conceptual issues. Part 2 – case studies*, report prepared for the Office of Fair Trading by Charles River Associates, <[www.oft.gov.uk/news/publications](http://www.oft.gov.uk/news/publications)>.

**Lipsky & Sidak 1999**

A.B. Lipsky & J.G. Sidak, 'Essential facilities', (51) *Stan. L. Rev.* 1999, p. 1187-1248.

**Loewenthal 2005**

P.-J. Loewenthal, 'The defence of 'objective justification' in the application of article 82 EC', (28) *World Competition* 2005, p. 455-477.

**Van Loon 2004**

S. van Loon, *Databankenrecht en mededinging*, Den Haag: Sdu 2004.

**Van Loon 2007**

S. van Loon, 'Licentieweigering door Microsoft: innovatiebelemmering of rechtmatige uitoefening van het intellectuele eigendomsrecht?', *AMI* 2007, p. 166-173.

**Loozen 2004**

E.M.H. Loozen, annotatie bij *IMS Health GmbH & Co*, *M&M* 2004, p. 205-210.

**Lugard 1995**

H.H.P. Lugard, 'ECJ upholds Magill: it sounds nice in theory, but how does it work in practice?', *European Business Law Review* 1995, p. 231-234.

**Martenczuk 1999**

B. Martenczuk, 'Die 'essential facilities'- Doktrin im Europäischen Wettbewerbsrecht und der Zugang zu Vertriebsnetzen', *EuR* 1999, p. 565-570.

**Mazziotti 2005**

G. Mazziotti, 'Did Apple's refusal to licence proprietary information enabling interoperability with its ipod Music player constitute an abuse under article 82 of the EC Treaty?', (28) *World Competition* 2005, p. 253-275.

**Meinberg 2006**

H. Meinberg, 'From Magill to IMS Health: the new product requirement and the diversity of intellectual property rights', *EIPR* 2006, p. 398-403.

**Narciso 2003**

A. Narciso, 'IMS Health or the question whether intellectual property still deserves a specific approach in a free market economy', *IPQ* 2003, p. 445-468.

**Netanel 2005**

N.W. Netanel, 'Copyright and 'market power' in the marketplace of ideas', in: F. Lévêque & H. Shelanski (red.), *Antitrust, patents and copyright. EU and US Perspectives*, Cheltenham: Edward Elgar 2005.

**Niels & Van Dijk 2003**

G. Niels & R. van Dijk, 'Netwerkexternaliteiten: een zorg voor mededingingsbeleid', *SEW* 2003, p. 100-102.

**Van Nieuwenhoven Helbach / Huydecoper & Van Nispen 2002**

J.L.R.A. Huydecoper & C.J.J.C. van Nispen (bew.), *Industriële eigendom. Deel 1 Bescherming van technische innovatie*, Deventer: Kluwer 2002.

**O'Donoghue & Padilla 2006**

R. O'Donoghue & A. Jorge Padilla, *The law and economics of article 82 EC*, Oxford: Hart 2006.

**Ong 2005**

B. Ong, 'Building brick barricades and other barriers to entry: abusing a dominant position by refusing to licence intellectual property rights', *ECLR* 2005, p. 215-224.

**Peeperkorn 2003**

L. Peeperkorn, 'IP licences and competition rules: striking the right balance', (26) *World Competition* 2003, p. 527-539.

**Pilny 1995**

K.H. Pilny, 'Mißbrauchliche Marktbeherrschung gemäß Art. 86 EWGV durch Immaterialgüterrechte. Die Magill-Entscheidung des EuGH als Schnittstelle zwischen europäischem Wettbewerbs- und nationalem Urheberrecht', *GRUR Int.* 1995, p. 954-962.

**Quaedvlieg 2001**

A.A. Quaedvlieg, 'Auteursrecht tussen patronen van positief recht, beginselen en waarden', *RMThemis* 2001, p. 131-146.

**Quaedvlieg 2003**

A.A. Quaedvlieg, 'Een nieuw auteursrecht tussen eigendom van expressiewerken en beleid voor kennisdiensten', in: *Zeven essays over informatietechnologie en recht*, Den Haag: Sdu 2003.

**Rahnasto 2003**

I. Rahnasto, *Intellectual property rights, external effects and anti-trust law. Leveraging IPRs in the communications industry*, Oxford: Oxford University Press 2003.

**Rapp 1986**

R.T. Rapp, 'Predatory pricing and entry deterring strategies: the economics of AKZO', *ECLR* 1986, p. 233-240.

**Reimann 2004**

C. Reimann, 'Essential function vs essential facility: defining the amount of R&D protection in high-tech industries after IMS and Microsoft', (1) *The Competition Law Review* 2004, p. 49-64.

**Reindl 1993**

A. Reindl, 'The magic of Magill: TV program guides as a limit of copyright law?', (24) *IIC* 1993, p. 60-82.

**Ridyard 1996**

D. Ridyard, 'Essential facilities and the obligation to supply competitors', *ECLR* 1996, p. 438-452.

**Ritter, Braun & Rawlinson 2000**

L. Ritter, W. D. Braun & F. Rawlinson, *EC Competition Law. A Practitioner's Guide* (student edition), Den Haag: Kluwer Law International 2000.

**Ritter 2005**

C. Ritter, 'Refusal to deal and 'essential facilities': does intellectual property require special deference compared to tangible property?', (28) *World Competition* 2005, p. 281-298.

**Van Schelven & Struik 1995**

P.C. van Schelven & H. Struik, *Softwarerecht : bescherming en gebruik van programmatuur sedert de Richtlijn Softwarebescherming*, Deventer: Kluwer 1995.

**Schmidt 2005**

C. Schmidt, *Lizenzverweigerung als Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung. Das Verhältnis von Immaterialgüterrechten und Wettbewerb von Grundig bis IMS Health und Microsoft*, Berlin: WVB 2005.

**Schotchmer 2004**

S. Scotchmer, *Innovation and incentives*, Cambridge (MA): MIT Press 2004.

**Shapiro & Varian 1999**

C. Shapiro & H.R. Varian, *Information rules: a strategic guide to the network economy*, Boston (MA): Harvard Business School Press 1999

**Schumpeter 1994**

J. A. Schumpeter, *Capitalism, Socialism and Democracy*, London: Routledge 1994 (oorspronkelijke uitgave London: Allen & Unwin 1943).



**Skinner 1994**

T. Skinner, 'The oral hearing of the Magill case', *ECLR* 1994, p. 103-107.

**Skinner 1995**

T. Skinner, 'Magill: consumer interests prevail', *European Business Law Review* 1995, p. 90-92.

**Smith 1992**

J. Smith, 'Television guides: the European Court doesn't know 'there's so much in it'', *ECLR* 1992, p. 135-138.

**Spoor, Verkade & Visser 2005**

J.H. Spoor, D.W.F. Verkade & D.J.G. Visser, *Auteursrecht. Auteursrecht, naburige rechten en databankenrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

**Stothers 2001**

C. Stothers, 'Refusal to supply as abuse of a dominant position: essential facilities in the European Union', *ECLR* 2001, p. 256-262.

**Stothers 2004**

C. Stothers, 'IMS Health and its implications for compulsory licensing in Europe', *EIPR* 2004, p. 467-475.

**Strowel 1991**

A. Strowel, 'L'analyse économique du droit d'auteur. Une revue critique des arguments invoqués', in: M. van Hoecke (red.), *De sociaal-economische rol van intellectuele rechten*, Brussel: E. Story-Scientia 1991, p. 126-128.

**Strowel 1993**

A. Strowel, *Droit d'auteur et copyright. Divergences et convergences. Etude de droit comparé*, Brussel: Établissements Émile Bruylant 1993.

**Subiotto 1992**

R. Subiotto, 'The right to deal with whom one pleases under EEC Competition law: a small contribution to a necessary debate', *ECLR* 1992, p. 234-244.

**Tom & Newberg 1997**

W. Tom & J. Newberg, 'Antitrust and intellectual property: from separate spheres to unified field', (167) *Antitrust L.J.* 1997-1998, p. 167-229.

**Teece & Coleman 1998**

D.J. Teece & M. Coleman, 'The meaning of monopoly: antitrust analysis in high-technology industries', *The Antitrust Bulletin*, Fall/Winter 1998, p. 801-857.

**Temple Lang 1994**

J. Temple Lang, 'Defining legitimate competition: companies' duties to supply competitors and access to essential facilities', (18) *Fordham International Law Journal* 1994, p. 437-524.

**Temple Lang 1996**

J. Temple Lang, 'European Community antitrust law – innovation markets and high technology industries', voordracht gehouden op 17-10-1996 te New York (Fordham Corporate Law Institute, <[http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1996\\_054\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/competition/speeches/text/sp1996_054_en.html)>).

**Temple Lang 2000**

J. Temple Lang, 'The principle of essential facilities in European Community competition law – the position since Bronner', (1) *Journal of Network Industries* 2000, p. 375-405.

**Torremans 2005**

P. Torremans, *Holyoak & Torremans Intellectual Property Law*, Oxford: Oxford University Press 2005.

**Towse & Holzhauser 2002**

R. Towse & R.W. Holzhauser (red.), *The economics of intellectual property*, Cheltenham: Edward Elgar 2002.

**Ullrich 2001**

H. Ullrich, 'Intellectual property, access to information, and antitrust: harmony, disharmony, and international harmonisation' in: R.C. Dreyfuss, D.L. Zimmerman & H. First (red.), *Expanding the boundaries of intellectual property. Innovation policy for the knowledge society*, Oxford: Oxford University Press 2001.

**Vezzoso 2006**

S. Vezzoso, 'The incentives balance test in the EU Microsoft case: a pro-innovation 'economics-based' approach?', *ECLR* 2006, p. 382-390.

**Vinje 1992**

T. Vinje, 'Magill: its impact on the information technology industry', *EIPR* 1992, p. 397-402.

**Vinje 1995**

T. Vinje, 'The final word on Magill. The judgment of the ECJ', *EIPR* 1995, p. 297-303.

**Von Weizsäcker 1981**

C. C. von Weizsäcker, 'Rechte und Verhältnisse in der modernen Wirtschaftslehre', (34) *Kyklos* 1981, p. 345-376.

**Wezenbeek-Geuke 1997**

M.G. Wezenbeek-Geuke, 'Ladbroke/Commissie; het gebruik van auteursrechten en de Europese mededingingsbepalingen', *NTER* 1997, p. 253-259.

**Wezenbeek-Geuke 2001**

M.G. Wezenbeek-Geuke, 'IMS Health; misbruik van machtspositie en intellectuele eigendomsrechten', *NTER* 2001, p. 333-343.

**Whish 2003**

R. Whish, *Competition law* (5th edition), London: LexisNexis UK 2003.

**Wichers Hoeth 2000**

Ch. Gielen & N. Hagemans (red.), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

# Register

## Artikelen

artikel 28-30 (30-36) EG 94, 99, 112  
artikel 82(a) EG 42, 72, 83, 267  
artikel 82(b) EG 42, 151-152, 154, 264, 268  
artikel 82(c) EG 42, 77, 83, 101  
artikel 82(d) EG 42, 89  
artikel 83 EG 40  
artikel 295 EG 86  
artikel 86 lid 2 EG 61, 307

## A

aanbodsubstitutie 97, 142, 195-199, 202, 225  
aanbodzijde 52-53, 58, 97, 141-142, 144,  
195, 198-199, 204, 225, 322  
aanloopkosten 63-64  
afgeleide markt 66, 68-70, 83, 91, 95-96, 100,  
110-111, 116, 118, 120, 123-124, 128-130,  
135, 138, 154, 169, 178, 189, 205-216,  
246, 257, 261-264, 276, 298, 300-304,  
320-321, 326  
afnemer 54-55, 65, 66-70, 77-80, 84, 86, 89,  
116, 126, 167, 174, 176, 178, 181-182,  
204, 205-216, 233-234, 249, 257-258, 290,  
292, 300-302, 309-310, 321-322  
afspraken tussen ondernemingen 28, 42-43  
afzet 42, 60, 151, 179, 191, 274  
algemeen belang 31, 87, 131, 282-285, 290,  
302, 305-308  
alleenrecht 106, 109, 111, 127, 204, 277, 280  
alternatief  
potentieel – 81, 134, 137, 172, 181-182,  
257, 260, 290, 292-294, 299, 321, 326  
Antitrust Guidelines on IP licensing 20, 236,  
237

Areeda-Turner test 75, 76  
auteursrecht 16, 21, 25, 87-88, 98, 100,  
105-107, 109-113, 115-119, 121, 127-128,  
132, 138, 147-148, 200, 202, 212, 229-230,  
232-233, 254, 263-265, 273, 277, 281,  
285-287, 298  
– op software 238, 286  
Auteurswet 107, 117  
autofabrikanten 67, 95, 97-98, 101, 103-104,  
111, 116, 201, 209, 275, 277

## B

bedrijfsgeheimen 148, 296  
beeldmateriaal 123-124, 126-127  
Bekendmaking inzake de relevante markt  
51-59, 96, 134, 141, 175, 189, 194-196,  
199, 203, 204, 206, 210, 224-225, 236,  
247, 295, 318, 322  
belangen  
-afweging 31, 314  
commerciële – 80, 167, 175, 306, 308, 310  
beleidsinstrument 26  
beperkingen 16, 19, 23, 28, 54, 72, 78, 83,  
85-86, 102, 112, 120-121, 134, 151, 202,  
221, 228, 239, 241, 254-255, 293-294,  
298, 324  
hardcore – 23  
Berner Conventie 27, 121  
bescherming(s)  
-niveau 153, 298  
-object 192, 200, 278  
-omvang 16, 147, 228-229, 254, 285-286,  
323  
-termijn 254-255, 278

- beslag 75, 279  
besturingssysteem 83, 91, 139-142, 150, 198, 200, 203, 209, 222, 230, 243  
bewerking 286  
bewijslastverdeling 311  
bijproduct 106, 108, 139  
biotechnologie 76, 217, 272  
blokkade 21, 152, 259, 261  
boete 71, 76, 83, 91, 139-140  
bouwsteenstructuur 128-129, 131-133, 137, 209, 223, 228, 295, 301  
broncode 145, 147  
Burgerlijk Wetboek 297-298
- C**  
capaciteit 310, 312  
carrosserieonderdelen 94-98, 101, 190, 209  
casuïstiek 32  
causaal verband 71, 245-246, 266, 309  
causaliteit 71, 247, 274, 309  
*cellophane fallacy* 57, 193, 220  
checks & balances 255, 298  
Chicago School 19, 62, 163, 164  
collectief beheer 62  
collectieve  
– machtspositie 46-47, 110, 124-125  
– rechtenorganisaties 73, 87-89, 102, 319  
communicatieprotocollen 140, 147-148  
compatibiliteit 201, 213, 217, 226, 229  
computerprogramma 116, 146, 230  
concentratie  
–controle 22, 42, 51  
–verordening 60  
concentraties 40, 42-43, 52, 57, 59, 61, 240  
concern 46, 63  
concurrentie  
–druk 78, 131, 196-197, 220-221, 224-225  
–dwang 54, 96, 224-225  
dynamische – 19, 218, 220-221, 223, 228, 231, 232, 243-244  
potentiële – 53, 62, 196-197, 224-225, 240  
statische – 218-219, 226, 231  
–voorwaarden 50, 56, 58, 60, 62, 206  
Conseil de la Concurrence 88  
consortia 227  
consumenten  
–belang 271  
–voorkeur 54, 96-97, 189-191  
–vraag 20, 82, 136, 141-142, 269-270, 272  
–welvaart 19, 21-22  
consumptie 47, 58, 228, 252, 290  
contractvrijheid 17, 79, 157, 299  
copyright *misuse* 25, 166  
correctiemechanismen 24, 31, 254, 294  
Creative Commons 258  
Creative Destruction 265  
creativiteit 17, 180, 192, 194, 204, 231
- D**  
data 30, 123, 128-129, 164-165, 234, 267-268, 272, 290, 297-298  
databank 107, 116, 128, 200, 229  
databankenrecht 100, 212, 286  
decompilatie 147, 230  
'deep pockets' 64, 224  
*de facto* monopolie 127  
*de facto* standaard 129-132, 154, 222-223, 226-228, 230  
*de jure* standaard 227, 279  
directe werking 27, 39-42  
Discussion Paper aangaande de toepassing van artikel 82 op uitsluitingspraktijken 57, 72, 183, 188, 192-193, 195, 204, 206-210, 213, 218, 220-221, 233, 240, 251, 266, 302, 306, 310, 321  
distributie  
–netwerk 66, 180-181  
–systeem 133-134, 162, 292-293  
dochteronderneming 46, 59  
doctrine 19, 21-22, 25-27, 31, 33-35, 81, 99-100, 111-112, 114, 157-167, 169-171, 179, 181-183, 229, 247, 252, 287, 298, 321, 323  
doelstelling 18, 20, 32, 39, 48, 93, 150, 239, 247, 327  
dominante positie (zie: machtspositie)  
*droit de divulgation* 118, 277, 279  
dwanglicentie 31, 82, 103-104, 121, 137, 208, 212, 243, 258, 266-267, 270, 273, 275, 277-278, 282-285, 291, 297, 299, 302, 312, 315  
– in het algemeen belang 282  
– wegens afhankelijkheid 284-285
- E**  
één of meer ondernemingen 45-46

- efficiëntie  
 allocatieve – 19  
 dynamische – 18-19  
 -voordelen 80, 218, 306, 310
- EG-Verdrag 20, 39, 55, 91, 112, 126-127, 139, 169, 235-236, 239, 296, 306, 314, 318, 323
- eigenschappen 54, 56, 66, 97, 107, 174-175, 190-193, 233, 265, 276, 322
- eind  
 -afnemers 134, 167  
 -product 66, 79, 211, 215
- Engelse clausule 86
- essential facilities 33, 35, 81, 157, 158, 159-171, 179, 181-183, 252, 314, 321
- essentiële functie (zie: wezenlijke functie)
- ETSI 227
- Europese Commissie 16, 19, 27, 30, 33, 40-42, 51-53, 56, 58, 93, 105, 122, 139, 159, 165-166, 174, 183, 192-193, 201, 206, 221, 232, 251, 266, 306, 321
- evaluatie 21, 243, 247
- ex ante* 22-23, 187, 203, 254
- exclusief recht 16, 22-23, 26, 99, 109, 112, 114, 120, 138, 147, 164, 187, 197, 214, 254, 262, 284, 297
- exclusieve afname 83-85
- exclusiviteitsbeding 87
- existence/exercise doctrine 25-26, 99-100, 111-112, 114, 119, 144, 170, 259
- expansiebarrières 65-66
- exploitatie 16, 20, 29-30, 87-88, 99, 102, 116, 121-122, 170, 203-205, 215, 226, 265, 276-279, 288-289, 293, 297, 310, 312, 322, 325, 327
- ex post* 22, 26, 188, 254, 262, 288
- F**
- faciliteit 81, 137, 157-159, 161-163, 169, 172, 182, 311
- faillissement 279
- farmaceutische industrie 128, 132, 217
- financiële reserves 62, 64
- 'first principles' benadering 241
- freezer exclusivity 86
- G**
- gemeenschapsjurisdictie 45, 47
- geneesmiddelen 66, 128, 133, 171-172, 197, 223, 294
- geografische  
 – markt 47, 50, 57-59, 122, 124, 127, 129, 132, 188, 240, 319  
 – prijsdiscriminatie 78-79  
 – spreiding 63
- geschriften 286
- groepsvrijstelling  
 – Onderzoek & Ontwikkeling 29, 30, 235, 236, 240  
 – Specialisatieovereenkomsten 29, 30, 235, 236  
 – Technologieoverdracht ('GVTO') 19, 23, 29-30, 235-236, 238-241, 296  
 – Verticale Overeenkomsten 29-30, 85-86, 235
- groepsvrijstellingen 22, 28-30, 40-41, 44, 50, 196, 232, 234-236, 314
- grondstof 57, 65-66, 79, 80, 171-173, 204, 212-213, 215, 216, 218, 242, 287, 289, 290-291, 295, 302, 305, 317, 320, 325, 326
- H**
- handels  
 -gebruiken 80, 175, 292  
 -verkeer 45, 47-49, 58  
 -voorwaarden, ongelijke 41, 77
- handhaving 17-18, 26, 70, 94-95, 98, 109, 187, 222, 254, 318
- haven 168-169, 293
- herkomstfunctie 113
- 'highlights' 107, 286
- homogeen 58, 73, 88, 103
- hoofdmarkt 66, 68, 91, 95-96, 106, 108, 110, 116, 125, 130, 205-206, 208-209, 301, 303
- hypothetische  
 – markt 129-130, 138, 209, 213-215, 295, 301  
 – prijsverhoging 56
- I**
- IE**  
 – bescherming 146-148, 152, 227-228, 318  
 – rechthebbende 30, 154, 166, 188-189, 191, 193-194, 197-198, 200, 204, 208-210, 213, 215, 223, 241, 247-249, 265, 309, 311, 327

- systeem 73, 102, 187, 190, 214-215, 228, 231, 233, 246-247, 252, 261-262, 267, 281, 287, 320, 322, 328
- informatie
  - economie 216-217, 219, 223, 226, 228, 231
  - maatschappij 189, 212, 215
  - producten 203, 212, 217
  - technologie 116-117, 213, 216, 227
- in het verkeer brengen 26
- innovatie
  - bereidheid 31, 224, 226, 242-243, 248, 306
  - blokkade 302
  - markt 219, 230-234, 236-237, 239-244, 246-248, 264-265, 309, 322
  - mededinging 76, 224, 226, 229-234, 237, 244, 248, 265-266, 268, 272-273, 279, 281, 288, 303, 323-324
  - niveau 229, 231, 253, 266, 290, 323
  - stimulans, negatieve 153, 313, 315-316, 326
  - stimulering 298
  - toets 287, 303
  - vermogen 218, 232, 237, 315
- innovatieve meerwaarde 273, 289, 325
- input 214-215, 238, 265, 272, 289, 312, 325
- intentie 71, 75, 215, 230, 257, 312
- interface 90, 91, 230, 242, 297
- interoperabiliteit 146-147, 149-151, 201, 217, 230, 234, 248
- interoperabiliteitsinformatie 83, 91, 139-140, 142, 145-150, 153, 162, 183, 243, 259, 298, 304, 313-314
- interventie 31
- inventiviteit 192, 204
- investeringen 16-18, 21-22, 31, 54, 63, 65-66, 73, 102, 157, 161, 163-164, 180, 187, 194, 207, 243, 254, 256, 262, 278, 284, 296, 313
- K**
- kartelverbod 22-23, 29, 41, 160, 235, 314
- kenmerken 51-52, 54-55, 58, 89, 121, 129, 131, 141, 144, 152, 189, 191, 193-194, 200, 206, 216-217, 220, 222, 239, 247, 276, 289, 318, 325
- kenniseconomie 16-17, 35, 77, 216-217, 222, 225, 230, 247, 249, 322
- knowhow 148, 153, 208, 237, 242, 249, 258, 260, 291-292, 296-298, 300, 323, 326
- kopieën 67, 95, 97
- koppelverkoop 78-79, 89-91, 142, 176, 179, 209, 280, 319
- kortingen
  - cumulatie- 77
  - doel- 77-78
  - hoeveelheids- 77-78, 83-85
  - loyaliteits- 77-78, 83-85, 319
- kortingsregelingen 72, 84, 86
- kosten
  - besparingen 84-85
  - efficiënt 182
  - gemiddelde variabele – 75-76
  - marginale – 66, 76
  - omschakelings- 64, 134, 199-203, 204, 206, 207, 295, 322
- kostprijs 72-73, 76, 219, 264
- kruislicentie 28, 273, 289, 312
- kruislingse prijselasticiteit 51, 53, 69
- kruissubsidiëring 76
- kwaliteitssprong 268, 281, 288, 325
- L**
- levering(s)
  - verplichte – 8, 134, 137, 145, 157, 162, 179, 183, 251, 255-257, 260, 290-292, 297-299, 302, 304-305, 310, 314
  - weigering 33-35, 49, 79-82, 101, 103, 111, 126, 137, 144-145, 148-149, 157-183, 209, 211, 251-252, 256-261, 281, 287, 290-294, 297-303, 307-309, 319, 321, 323-327
- licentie
  - blanco – 88
  - dwang- 31, 82, 103-104, 121, 137, 208, 212, 243, 258, 266-267, 270, 273, 275, 277-278, 282-285, 291, 297, 299, 302, 312, 315
  - kruis- 28, 273, 289, 312
  - overeenkomst 30, 122, 124, 132, 235, 238, 240, 279, 297
  - vergoeding 123, 273, 282
  - verplichte – 16, 24, 31, 103, 110, 115, 117-119, 132, 137, 139, 146, 157, 251, 256-258, 260-261, 268, 273, 275-277, 284-285, 297, 299, 302, 314, 326

- voorwaarden 23-24, 28-29, 166, 221
- vrager 257, 266, 268, 272, 275, 280, 284-285, 289, 291, 294, 302, 312
- weigeraar 284, 312
- weigering 17, 28-34, 73, 82-83, 93-95, 103, 105, 111, 116, 118-121, 125-128, 138, 145, 148-149, 151-154, 157, 159, 162, 173, 176, 180-181, 183, 190, 192-194, 204-205, 209-210, 215, 227, 233, 251-252, 256-261, 263-268, 274, 276-281, 287-291, 294, 296-304, 308-317, 319-321, 323-327
- looptijd 65, 202, 212, 228-229
- luchtvaartmaatschappij 167
- M**
- maatstaf 149, 179, 181, 226, 231, 263, 290, 326-327
- machtspositie 22, 28, 31-35, 39, 41-47, 49-70, 80-88, 90-91, 93-101, 103-104, 106, 108-110, 112, 116-117, 120, 122, 124-125, 128, 130-132, 134-135, 138-139, 143-144, 148, 153-154, 157-159, 163-164, 167, 171-179, 182, 187-191, 194, 196, 198, 203, 205-210, 213-214, 216, 218-224, 226-228, 230-234, 240-246, 248-249, 251-252, 260-267, 274-275, 277-280, 287, 289-294, 297, 299-302, 304-309, 311, 314-315, 317-324, 327
- markt
  - aandeel 49-51, 53, 60-62, 70, 131, 139, 143, 145, 175, 179, 196-197, 209, 220-222, 224-225, 232, 236, 238, 242, 245-248, 319, 323
  - aandeeldrempels 236, 238
  - afbakening 35, 43-44, 50-59, 66-68, 70, 89-90, 93, 96-98, 105, 108, 110, 123, 129-130, 134, 137-138, 154, 159, 175, 181, 187-212, 214-215, 219-220, 223-225, 231, 233-234, 237, 239-240, 244, 246, 261, 270, 293, 295, 301, 318, 320-322, 327
  - afbakeningmethoden 204, 219-220, 224, 244, 322, 327
  - afgeleide – 66, 68-70, 83, 91, 95-96, 100, 110-111, 116, 118, 120, 123-124, 128-130, 135, 138, 154, 169, 178, 189, 205-216, 246, 257, 261-264, 276, 298, 300-304, 320-321, 326
  - concentratie 242, 245, 247-248, 323
  - economie 19, 180
  - hoofd- 66, 68, 91, 95-96, 106, 108, 110, 116, 125, 130, 205-206, 208-209, 301, 303
  - innovatie- 219, 230-234, 236-237, 239-244, 246-248, 264-265, 309, 322
  - falen 18, 223
  - gemeenschappelijke – 39, 41-43, 45, 47-48, 57, 61, 70, 173, 194
  - macht 19-20, 32, 72, 187, 192, 208, 222, 224, 242, 244
  - relevante – (zie: relevante markt)
  - werking 19
  - wezenlijk deel van de gemeenschappelijke – 41-43, 45, 47, 57
- Max Planck Institut für Geistiges Eigentum, Wettbewerbs- und Steuerrecht 19, 233, 234, 267, 298
- mededeling aan het publiek, recht van 113
- mededinging(s)
  - autoriteit 16, 30, 32-33, 40, 42, 77, 96, 102-104, 131, 158, 194, 220-221, 223, 242, 251, 255, 260, 268-269, 277, 311, 319, 324, 327
  - beleid 19, 21-22, 90-91, 158, 169, 187, 206, 232, 241
  - belemmeringen 21, 28, 226, 229, 273, 296, 317
  - beperking 15-16, 28, 41, 99, 188, 215, 229, 241, 255-256, 297, 306, 314, 322
  - imitatie- 146, 232-233, 244, 265-267, 272, 324
  - innovatie- 76, 224, 226, 229-234, 237, 244, 248, 265-266, 268, 272-273, 279, 281, 288, 303, 323-324
  - ordering 154, 188, 192, 199, 203, 322
  - recht, nationaal 27, 45
  - regels, sectorspecifieke 162, 311
  - toezicht 40, 70, 162
  - uitschakeling van de – 99-100, 149-150, 181, 255, 257, 277, 300
  - uitsluiting 16, 150, 187, 202-203, 229, 233, 254, 259, 287, 305, 321
  - voorwaarden 57-59, 172-173
- merk 63, 67-68, 94, 112-113, 188, 191, 198
- merkenrecht 16, 113, 200
- methoden 16, 53-54, 189, 193, 195, 215, 232, 268
- methodologie 33

- misbruik 22, 24-25, 28, 31-35, 39, 41-47, 50, 57, 60, 65, 70-91, 93-95, 99-104, 110-111, 116-120, 122, 125-128, 132, 135-136, 138-139, 144-146, 148-149, 153-154, 158-159, 169, 171-179, 181, 187, 195, 200, 205-206, 208-209, 214, 221-223, 226, 228, 233, 240-241, 244-245, 251-252, 257-258, 260-264, 266-267, 270-271, 274-281, 287-295, 297, 299-306, 308-309, 311, 313, 315, 317-320, 323-324, 326-327  
 misbruik van bevoegdheid 25  
 misleidende reclame 307  
*misuse doctrine* 25, 166  
 modellenrecht 82, 94, 95, 97-98, 100, 101, 104, 107, 113, 200-201  
 monopolie  
     economisch – 20, 214  
     juridisch – 20, 62, 73, 82, 109-110, 127, 132, 188, 208, 214, 254  
     -positie 20, 62, 87, 117, 160-161, 194, 213  
 monopolist 20, 53, 56, 61-62, 161, 170  
 morele rechten 115, 118
- N**
- naburige rechten 87, 89, 102  
 namaak 147, 210  
 netwerk  
     -besturingssystemen 139-141, 143-145, 149-153, 194, 209, 243  
     -effecten 76, 131, 142-143, 216-217, 219, 222-224, 230-231  
 nevenactiviteit 81, 177-178, 300  
 neveneffect 256, 260, 294, 324  
 nieuw product 35, 82, 110-111, 115-116, 118-121, 125-127, 135-138, 149-152, 154-155, 229, 233, 240, 256-257, 259, 260, 261-290, 292, 294, 298-299, 302-304, 306, 311-316, 320-321, 324-328  
 NMa 30, 32, 52, 102, 255  
 non-exploitatie 276-278, 288-289, 325
- O**
- object 15-16, 31, 142, 210, 252, 254, 297, 317  
 objectief criterium 294, 304  
 objectieve rechtvaardiging 80, 83-84, 116, 120, 137, 149, 152-154, 169, 176, 178, 257, 261, 292, 299, 305-316, 320-321, 326  
 objectivering 71  
 octrooi  
     -houder 26, 203, 282, 302  
     -licentie 291  
     -recht 25, 65, 99, 112-113, 202-203, 212, 228-229, 265, 273, 277, 281-283, 288, 296, 298, 325  
     strategisch – 30, 275, 277  
 Octrooiraad 284-285  
 omschakelingskosten 64, 134, 199-203, 204, 206, 207, 295, 322  
 omstandigheden, bijzondere 60, 114-116, 118, 120, 148  
 omstandigheden, uitzonderlijke 82, 105, 110, 119, 121, 148, 154, 256, 268, 271, 277, 280, 283, 287, 299, 313  
 onbillijke  
     – prijzen 29, 71-74, 82, 101-102, 221, 264, 267  
     – contractvoorwaarden 42  
 onderling afgestemde feitelijke gedragingen 29-30, 40-41, 86, 235  
 ondernemingsbegrip 45  
 onderzoek(s)  
     – & ontwikkeling 30, 151, 224, 235-236, 240  
     -methode 33  
     -onderwerp 27, 317  
     -vraag 31-33, 35, 93, 317, 327-328  
 one-stop-shop 89  
 onontbeerlijkheid 81, 87, 126, 130, 133-135, 137-138, 149-150, 171, 177, 181-182, 200, 211, 214, 223, 228, 256-260, 263-264, 287, 290-300, 301, 303-305, 310, 321, 325-326  
 ontheffing 41-42, 44, 170  
 Oostenrijkse School 244-245  
 openbaarmaking 118, 202, 285  
 Open Source Software 201  
 overeenkomst 18, 23-24, 41, 44, 48-49, 80, 86-87, 169-170, 176, 178, 235, 237, 240, 273, 279, 314  
 overheidsorgaan 45
- P**
- package deal theory 95-96, 207  
 parallelimport 58  
 patent *misuse* 25, 166  
 persoonlijkheidsrechten 118



- potenti(ë)el(e)  
 alternatief 81, 134, 137, 172, 181-182, 257, 260, 290, 292-294, 299, 321, 326  
 – concurrentie 53, 62, 196-197, 224-225, 240
- precedent 67, 126, 128, 152, 165, 180, 257, 280
- prejudiciële vraag 82, 94, 127-129, 132, 134, 176, 257-258, 264
- prijs  
 -beleid 55, 72, 75, 78, 83, 141, 220, 244  
 -discriminatie 29, 54, 72, 77-79, 83, 175, 194  
 -elasticiteit 51, 53, 69, 77  
 onbillijke – 29, 71-74, 82, 101-102, 221, 264, 267  
 prize squeezing 78  
 rooiprijzen 72, 74-77, 222, 264, 319  
 -vergelijking 73, 102  
 -verhoging 51, 53, 56-57, 59, 65, 69, 189, 193, 207  
 -wijzigingen 52-54
- 'prijsgegeven' intellectuele eigendom 265, 278, 280
- product  
 -eigenschappen 54-56, 97, 152, 175, 190-192, 204  
 – en procesinnovatie 216-218  
 -innovatie 217, 219, 242-243  
 -kenmerken 52, 54-56, 175, 189-190, 192-195, 199, 202, 204, 220, 321  
 -spreiding 64, 319  
 -veiligheid 307
- productie  
 -capaciteit 66  
 -middelen 15, 19, 240, 252, 256  
 -proces 52, 54, 96, 172, 175, 205, 207, 210, 212-215, 270, 278  
 -stadia 135, 214, 252-253, 302
- programmagegevens 105, 107-108, 110, 117-118, 126, 258, 272, 320
- proportionaliteit 309
- protocollen 147-148, 153
- R**  
 Raad van de Europese Unie 40  
 rechtszekerheid 22, 23, 26, 238, 255, 288, 317  
 redelijke vergoeding 179, 273  
 relevante  
 – markt 30, 34-35, 44-46, 49-60, 62-65, 69-70, 86-87, 90, 95-98, 105-106, 110, 120, 122-125, 128-129, 131, 134, 136, 141, 143, 145, 154, 171-173, 175, 177, 188-200, 203-204, 206, 209-210, 213-215, 222-225, 228, 231-232, 234, 236-241, 245, 247-249, 295, 301, 304, 318-323, 327  
 Bekendmaking inzake de – markt 51-59, 96, 134, 141, 175, 189, 194-196, 199, 203, 204, 206, 210, 224-225, 236, 247, 295, 318, 322  
 – geografische markt 47, 50, 57-59, 122, 124, 127, 129, 188  
 – markt voor innovatie 189, 231, 234, 236-238, 240-241, 247-249, 318, 323, 327  
 – productmarkt 50-52, 54-56, 58, 64, 66-67, 69-70, 95-97, 104, 106-108, 122, 128, 141, 171, 174, 189, 191, 195, 197, 201, 210, 215, 231-232, 238-240, 247, 249, 261, 309, 322  
 – technologiemarkt 234, 238-239  
 Report on Competition Policy 41, 47, 69, 74, 91, 168, 169, 179  
 reserveonderdelen 54, 57, 66-67, 70, 82, 90, 95-97, 161, 211  
 reverse engineering 143, 212, 230  
 richtlijnen 19-20, 40, 52, 325  
 richtsnoeren 20, 30, 48-49, 85-86, 235-239, 247-248, 296, 314, 323  
 – 'GVTO' 235-236, 238-240  
 – Horizontale Samenwerkingsovereenkomsten 236-237, 240, 247-248, 323  
 – Verticale Beperkingen 85-86  
 Rijksoctrooiwet 202, 275, 281-282  
 rooiprijzen 72, 74-77, 222, 264, 319  
 royalty 94, 100, 239  
 rule of reason 42
- S**  
 'safe harbour' 235  
 samenloop 42, 44, 78, 109, 227-228  
 sanctie 30, 174, 176, 292  
 schaalvoordelen 63-64, 84, 175, 218, 245, 319  
 schijnsubstitueerbaarheid 193  
 Schumpeter, Joseph 218, 244  
 server 139, 143, 147  
 Sherman Act 21, 27, 75, 160, 162, 164-165, 244  
 slaafse nabootsing 191

- software 76, 90, 139, 145, 200-201, 207, 212-213, 229-230, 286, 297
- Softwarierechtlijn 146-147, 230, 314
- specifieke voorwerp (leer van het –) 26, 99, 111-114, 119
- SSNIP-test 53, 56, 57, 189, 192-195, 204, 219-220
- standaard 129-132, 142, 154, 203, 213-214, 216, 222-223, 226-231, 239, 267, 279-280, 323
- standaardisatie 154, 203, 217, 223-224, 226-227, 229, 234, 267, 323
- stand der techniek 281-282
- stimulans 18, 89, 145, 153, 188, 313-314
- stimuleringsbeginsel 21
- subject 31, 53, 74, 105, 159
- substutueerbaar 51-52, 56, 96, 107, 191, 195-196, 220, 239, 247, 295, 318, 322
- substituut
- daadwerkelijk of potentieel – 82, 125, 137, 149, 182, 260, 290, 292-296, 299, 321, 326
- substitutie
- aan de aanbodzijde (zie: aanbodsstitutie)
  - aan de vraagzijde (zie: vraagsstitutie)
- goederen 52, 97-98, 107, 129, 195, 225
- 'super-dominance' 71, 309
- Supreme Court 25, 57, 69, 159-164, 166, 188, 254
- T**
- technologie 18, 28, 146, 190, 224, 228, 237-240, 266-267, 291
- overdracht 19-20, 23, 28-30, 235-236, 238, 296, 314
- telecommunicatie 76, 116-117, 227, 237, 272
- sector 74, 255, 311
  - wetgeving 161-162
- telemarketing 81, 176, 305
- televisie
- gids 55, 82, 105, 107-111, 115, 118-119, 136, 154, 246, 256, 258, 261, 263, 268-269, 271-272, 274, 300, 320
  - omroepen 82, 105, 308
  - programma's 105-106, 108-109
- toetredingsbarrières 60, 62, 64-65, 70, 73-75, 86, 131, 143, 199, 208, 210, 225, 241-243, 245-247, 249, 323
- toetsingskader 33, 119, 138, 154, 316-317, 319-320, 323, 326
- TRIPs-Verdrag 23, 262, 282-284, 296
- Trustee 140, 153
- tussenstaatse handel, beïnvloeding van de – 43, 45, 47-49, 94
- tying (zie: koppelverkoop)
- U**
- uitbuiting 71-72
- uitsluiting 16, 54, 72, 98, 137-138, 150, 199, 203-207, 210, 214-215, 253, 256, 261, 264, 267, 271, 274, 300-301, 303-305, 322, 324
- uitvinding 26, 201-202, 228-229, 275, 283-284
- uitzendrechten 74, 121
- uitzonderlijke omstandigheden 82, 105, 110, 119, 121, 148, 154, 256, 268, 271, 277, 280, 283, 287, 299, 313
- unilateraal 28-29, 240
- unilaterale weigering 160
- upstream markt 130, 210-211, 223, 234
- 'use it or lose it' 265, 273, 275-276, 283
- V**
- verbod(s)
- op misbruik van machtspositie 22, 28, 32-34, 39-93, 122, 175, 240, 279, 292, 318, 323, 327
  - op staatssteun 22
  - recht 16-17, 29, 215, 268, 317, 322
- verbruiksgoederen 66, 68-70, 96
- Verenigde Staten 24-25, 27, 33, 69, 81, 139, 159-160, 164, 166, 171, 182-183, 236, 244, 254
- verkoopgegevens 128, 131, 133, 223, 294, 301, 303
- Verordening
- betreffende de uitvoering van de mededingingsregels (17/62) 40, 42, 174
  - betreffende de uitvoering van de mededingingsregels (1/2003) 27, 30, 40-42, 71, 79
  - betreffende de controle op concentraties (4064/89) 40-43
  - betreffende de controle op concentraties (139/2004) 40, 61
  - inzake het Gemeenschapsmerk (40/94) 100

- inzake Gemeenschapsmodellen (6/2002) 100
- verticale
  - integratie 62, 64, 80, 173, 218, 319
  - overeenkomsten 29-30, 85-86, 235
- vervangingsonderdelen 94-95, 98, 101-104, 111, 142, 277
- verweer 90, 94, 106, 117, 124, 143-144, 205, 222, 242-243, 263, 305-311, 314-315, 326
- voorrang 23-26, 118, 314
- voortbrengsel 73, 146, 148, 227-228, 262, 271, 281, 285, 291
- voortgang 18, 22, 253, 268, 284-285, 288-289, 314, 325
- voorwaarden
  - contractuele – 42, 71
  - discriminatoire contract- 83
  - discriminerende verkoop- 101
  - licentie- 23-24, 28-29, 166, 221
  - mededingings- 57-59, 172-173
  - onredelijke licentie- 24, 221
- vraagstuk 166, 204-205, 233
- vraagsubstitutie 52-53, 57-59, 74, 95-97, 189, 194-195, 197-199, 204, 207, 210, 214, 224-225, 245
- vrij verkeer van goederen 112-115

**W**

- weddenschappen 121-126
- weigering
  - leverings- (zie: leveringsweigering)
  - licentie- (zie: licentieweigering)
- welvaartsverbetering 18, 21
- werkwijze 28, 225, 280, 284, 291
- wetgever 16, 21-23, 29, 31-32, 87, 99, 187-188, 191, 199, 201-204, 207, 214-215, 230, 253-256, 275-277, 279, 285, 317, 322, 324, 327-328
- wettelijk
  - kader 34, 39, 318
  - monopolie 61, 130, 154
- wezenlijke functie 114-115, 118-119
- Windows 83, 91, 139-140, 143, 146-147, 149-152, 198, 200, 203, 209, 222, 226, 229-230, 270
- winstmarge 72, 102
- winstoogmerk 45
- 'works of fact and function' 200-201
- 'works of low authorship' 117, 139, 286

**Z**

- zienswijze 24-26, 96, 129, 144, 190, 251, 256-257, 272, 303, 316



# Jurisprudentieregister

## Europa

### Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen

#### HvJEG 5-2-1963

*Van Gend & Loos* (N.V. algemene transport- en expeditie – onderneming Van Gend & Loos tegen Nederlandse Administratie der Belastingen, zaak nr. 26/62, *Jur.* 1963, p. 1 (*Van Gend & Loos*) (40)

#### HvJEG 13-7-1966

Etablissements Consten SA en Grundig-Verkaufs-GmbH tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 56 en 58/64, *Jur.* 1966, p. 299 (*Consten & Grundig*) (25, 26, 48, 99, 112)

#### HvJEG 29-2-1968

Parke, Davis & Co tegen Probel, Reese, Beintema-Interpharm en Centrafarm, zaak nr. 24/67, *Jur.* 1968, p. 55 (*Parke, Davis*) (64, 73, 99, 102, 112)

#### HvJEG 18-2-1971

Sirena tegen Eda, zaak nr. 40/70, *Jur.* 1971, p. 69 (*Sirena*) (188, 319)

#### HvJEG 8-6-1971

Deutsche Grammophon Gesellschaft MbH tegen Metro SB – Grossmärkte GmbH & Co., zaak nr. 78/70, *Jur.* 1971, p. 487 (*Deutsche Grammophon*) (20, 26, 64, 98, 112, 188, 319)

#### HvJEG 17-10-1972

Vereeniging van Cementhandelaren tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 8/72, *Jur.* 1972, p. 977 (*Cementhandelaren*) (48)

#### HvJEG 21-2-1973

Europemballage Corporation & Continental Can Company Inc. vs. Commission, zaak nr. 6/72, *Jur.* 1973, p. 215 (*Continental Can*) (39, 42, 43, 44, 50, 52, 53, 64, 71, 151, 195, 209, 213, 271, 302)

#### HvJEG 6-3-1974

Instituto Chemioterapico Italiano S.p.A. en Commercial Solvents Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 6 en 7/73, *Jur.* 1974, p. 223 (*Commercial Solvents*) (49, 66, 79, 80, 116, 137, 166, **171-174**, 177, 178, 211, 292, 300, 310)

#### HvJEG 27-3-1974

Belgische Radio en Televisie tegen SV SABAM en NV Fonior, zaak nr. 127/73, *Jur.* 1974, p. 313 (*BRT/SABAM*) (27, 40, 47, 87)

#### HvJEG 13-10-1974

Centrafarm BV en Adriaan de Peijper tegen Sterling Drug Inc., zaak nr. 15/74, *Jur.* 1974, p. 1183 (*Centrafarm/Sterling Drug*) (26, 46, 113)

**HvJEG 13-11-1975**

General Motors Continental NV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 26/75, *Jur.* 1975, p. 1376 (*General Motors*) (62, 72)

**HvJEG 16-12-1975**

Coöperatieve vereniging 'Suiker Unie' UA en anderen tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 40/73, *Jur.* 1975, p. 1663 (*Suiker Unie*) (47)

**HvJEG 14-2-1978**

United Brands Company en United Brands Continentaal BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 27/76, *Jur.* 1978, p. 207 (*United Brands*) (46, 49, 55, 57, 58, 61, 63, 64, 65, 72, 78, 79, 80, 137, **174-176**, 178, 179, 292, 308, 309, 318)

**HvJEG 23-5-1978**

Hoffmann-La Roche & Co. AG tegen Centrafarm Vertriebsgesellschaft Pharmazeutischer Erzeugnisse mbH., zaak nr. 102/77, *Jur.* 1978, p. 1139 (*Hoffmann-La Roche – Centrafarm*) (113)

**HvJEG 29-6-1978**

Benzine en petroleum handelsmaatschappij BV en anderen tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 77/77, *Jur.* 1978, p. 1513 (*BP*) (307)

**HvJEG 31-5-1979**

Hugin kassaregister AB en Hugin Cash Register Ltd tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 22/78, *Jur.* 1979, p. 1869 (*Hugin*) (47, 48, 49, 66, 67, 70, 96, 120, 142, 188, 191, 208, 210, 211)

**HvJEG 13-2-1979**

Hoffman-La Roche & Co. AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 85/76, *Jur.* 1979, p. 461 (*Hoffmann-La Roche*) (51, 60, 61, 63, 67, 78, 84, 85, 86, 196)

**HvJEG 13-12-1979**

Liselotte Hauer tegen Land Rheinland Pfalz, zaak nr. 44/79, *Jur.* 1979, p. 3727 (*Hauer*) (87)

**HvJEG 17-1-1980**

Camera Care Ltd. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 792/79R, *Jur.* 1980, p. 119 (*Camera Care*) (79, 131)

**HvJEG 18-3-1980**

S.A. Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, e.a. tegen Ciné Vog films e.a., zaak nr. 62/79, *Jur.* 1980, p. 881 (*Coditel I*) (113)

**HvJEG 20-1-1981**

Musik-Vertrieb membran GmbH en K-tel International tegen GEMA, gevoegde zaken nrs. 55/1980 en 57/1980, *Jur.* 1980, p. 147 (*Musik Vertrieb*) (112, 113)

**HvJEG 22-1-1981**

Dansk Supermarked A/S tegen A/S Imerco, zaak nr. 58/80, *Jur.* 1981, p. 181 (*Dansk Supermarked*) (113)

**HvJEG 14-7-1981**

Merck & Co. Inc. tegen Stepfar BV en Petrus Stephanus Exler, zaak nr. 187/80, *Jur.* 1980, p. 2063 (*Merck/Stepfar*) (113)

**HvJEG 11-11-1981**

International Business Machines Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 60/81, *Jur.* 1981, p. 2639 (*IBM*) (90, 91)

**HvJEG 8-6-1982**

L.C. Nungesser KG en Kurt Eisele tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 258/78, *Jur.* 1982, p. 2015 (*Maize Seed*) (28)

**HvJEG 6-10-1982**

S.A. Compagnie générale pour la diffusion de la télévision, Coditel, e.a. tegen Ciné Vog films e.a., zaak nr. 262/81, *Jur.* 1982, p. 3381 (*Coditel II*) (113)

**HvJEG 2-3-1983**

Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten MBH (GvL) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 7/82, *Jur.* 1983, p. 483 (*GVL*) (88)

**HvJEG 9-11-1983**

N.V. Nederlandsche Banden-industrie Michelin tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 322/81, *Jur.* 1983, p. 3461 (*Michelin*) (48, 49, 55, 59, 61, 63, 64, 70, 194, 318)

**HvJEG 28-2-1984**

Ford of Europe Incorporated en Ford – Werke Aktiengesellschaft tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. 228/82 & 229/82, *Jur.* 1984, p. 1129 (*Ford*) (79, 131)

**HvJEG 28-3-1985**

Comité des Industries Cinématographiques des Communautés Européennes (C.I.C.C.E.) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 298/83, *Jur.* 1985, p. 1105 (*CICCE*) (74)

**HvJEG 11-7-1985**

Remia B.V., F.A. de Rooij en N.V. Verenigde Bedrijven Nutricia tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 42/84, *Jur.* 1985, p. 2545, § 22 (*Remia*) (48)

**HvJEG 3-10-1985**

SA Centre belge d'études de marché – télémarketing tegen SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) en SA Information publicité Benelux (IPB), zaak nr. 311/84, *Jur.* 1985, p. 3261 (*Télémarketing*) (49, 71, 80, 81, 120, **176-178**, 179, 292, 300, 305, 308)

**HvJEG 22-10-1986**

Metro SB Grossmärkte GmbH und Co KG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 75/84, *Jur.* 1986, p. 3021 (*Metro*) (60)

**HvJEG 11-11-1986**

British Lelyland Public Limited Company tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. 226/84, *Jur.* 1986, p. 3263 (*British Lelyland*) (47)

**HvJEG 5-10-1988**

AB Volvo tegen Erik Veng (UK) Ltd., zaak nr. 238/87, *Jur.* 1988, p. 6211 (*Volvo*) (33, 64, 66, 67, 68, 70, 73, 82, **93-104**, 107, 111, 113, 115, 116, 120, 136, 142, 154, 190, 198, 201, 208, 209, 210, 274, 275, 277, 319)

**HvJEG 5-10-1988**

Conorzio italiano della componentistica di ricambio per autoveicoli en Maxicar tegen Régie nationale des usines Renault, zaak nr. 53/87, *Jur.* 1988, p. 6039 (*Renault*) (33, 64, 66, 67, 73, 82, **93-104**, 107, 111, 113, 115, 116, 120, 142, 154, 190, 201, 208, 209, 210, 274, 275, 277, 320)

**HvJEG 11-4-1989**

Ahmed Saeed Flugreisen en Silver Line Reisebüro GmbH tegen Zentrale zur Bekämpfung unlauteren wettbewerbs e.v., zaak nr. 66/86, *Jur.* 1989, p. 803 (*Ahmed Saeed*) (44, 305)

**HvJEG 13-7-1989**

Ministère Public tegen Jean-Louis Tournier, zaak nr. 395/87, *Jur.* 1989, p. 2521 (*Tournier*) (44, 62, 72, 87, 88, 103)

**HvJEG 23-4-1991**

Klaus Höfner en Fritz Elser tegen Macrotron GmbH, zaak nr. C-41/90, *Jur.* 1991, p. I-1979, § 21 (*Höfner & Elser*) (45)

**HvJEG 3-6-1991**

AKZO Chemie B.V. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. C-62/86, *Jur.* 1991, p. I-3359 (*AKZO*) (60, 64, 75)

**HvJEG 10-12-1991**

Merci convenzionali Porto di Genova Spa tegen Siderurgica Gabrielli Spa, zaak nr. C-179/90, *Jur.* 1991, p. I-5889 (*Port of Genoa*) (47, 62)

**HvJEG 2-3-1994**

Hilti AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. C-53/92P, *Jur.* 1994, p. I-667 (*Hilti*) (29, 60, 64, 66, 68, 120, 208)

**HvJEG 27-4-1994**

Gemeente Almelo en anderen tegen NV Energiebedrijf Ijsselmij, zaak nr. C-393/92, *Jur.* 1994, p. I-1477 (*Gemeente Almelo*) (46)

**HvJEG 6-4-1995**

Radio Telefis Eireann (RTE) en Independent Television Publications (ITP) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. C-241/91 en C-242/91P, *Jur.* 1995, p. I-743 (*Magill*) (20, 26, 33, 55, 56, 62, 64, 82, 100, 103, **105-121**, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 135, 136, 138, 146, 147, 148, 150, 151, 153, 154, 155, 162, 173, 181, 188, 190, 193, 194, 198, 200, 204, 205, 209, 233, 246, 256, 257, 258, 261, 263, 264, 268, 269, 271, 272, 274, 275, 277, 280, 289, 291, 300, 303, 304, 306, 308, 309, 316, 317, 318, 319, 320, 324, 327)

**HvJEG 6-4-1995**

British Plasterboard Industries PLC en British Gypsum Ltd. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. C-310/93P, *Jur.* 1995, p. I-865 (*British Plasterboard*) (78)

**HvJEG 24-10-1996**

Viho Europe BV tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. C-73/95P, *Jur.* 1996, p. I-5457 (*Viho Europe*) (46)

**HvJEG 14-11-1996**

Tetra Pak Internationaal SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. C-333/94P, *Jur.* 1996, p. I-5951 (*Tetra Pak II*) (76, 90, 97, 120, 143, 208, 307)

**HvJEG 4-11-1997**

Parfums Christian Dior SA en Parfums Christian Dior BV tegen Evora BV, zaak nr. C-337/95, *Jur.* 1997, p. I-6013 (*Dior/Evora*) (202)

**HvJEG 26-11-1998**

Oscar Bronner GmbH & Co. KG tegen Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag GmbH & Co. KG e.a., zaak nr. C-7/97, *Jur.* 1998, p. I-7791 (*Bronner*) (56, 81, 129, 130, 133, 134, 137, 149, 162, 166, 168, 169, 172, 177, **178-182**, 183, 214, 215, 255, 256, 257, 260, 274, 290, 292, 293, 294, 295, 299, 301, 304, 305, 321, 324, 326)

**HvJEG 21-1-1999**

Carlo Bagnasco tegen Banca Popolare di Novara en Casa di Risparmio di Genova e Imperia, gevoegde zaken nrs. C-215 en C-216/96, *Jur.* 1999, p. I-135, (*Bagnasco*) (48)

**HvJEG 16-3-2000**

Compagnie maritime belge transports SA (C-395/96P), Compagnie maritime belge SA en Dafa-Lines A/S tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. C-395- en 396/96P, *Jur.* 2000, p. I-1365 (*Compagnie maritime belge*) (46, 71, 76, 194, 309)

**HvJEG 29-3-2001**

Portugese Republiek tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. C-163/99, *Jur.* 2001, p. I-2613 (*Portugal/Commissie*) (84)

**HvJEG 6-2-2003**

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 234 EG in het geding tussen Stichting ter Exploitatie van Naburige Rechten (SENA) en Nederlandse Omroep Stichting (NOS), zaak nr. C-245/00, *Jur.* 2003, p. I-1251 (*SENA/NOS*) (102)



**HvJEG 29-4-2004**

verzoek krachtens art. 234 EG inzake IMS Health GmbH & Co. OHG en NDC Health GmbH & Co. KG, zaak nr. C-418/01, *Jur.* 2004, p. 5039 (*IMS Health*) (33, 82, 83, 119, **127-139**, 142, 145, 146, 147, 148, 151, 153, 154, 155, 162, 173, 181, 190, 194, 200, 204, 208, 209, 210, 211, 213, 214, 222, 223, 226, 227, 228, 229, 233, 257, 258, 262, 263, 264, 267, 274, 276, 278, 280, 288, 290, 294, 295, 299, 300, 301, 302, 303, 316, 320)

**Gerecht van eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen****GEA 10-7-1990**

Tetra Pak Rausing SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-51/89, *Jur.* 1990, p. II-309 (*Tetra Pak I*) (44, 305)

**GEA 10-7-1991**

Independent Television Publications Ltd. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-76/89, *Jur.* 1991, p. II-575 (*GEA ITP*) (106, 107, 108, 109, 111, 117, 119)

**GEA 10-7-1991**

BBC Enterprises Ltd. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-70/89, *Jur.* 1991, p. 535 (*GEA BBC*) (106, 107, 108, 109, 111, 117)

**GEA 10-7-1991**

Radio Telefis Eireann (RTE) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-69/89, *Jur.* 1991, p. II-485 (*GEA RTE*) (106, 107, 108, 109, 111, 117, 119)

**GEA 12-7-1991**

Automobiles Peugeot SA en Peugeot SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-23/90, *Jur.* 1991, p. II-653 (*Peugeot*) (79)

**GEA 12-12-1991**

Hilti AG tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-30/89, *Jur.* 1991, p. II-1439 (*Hilti GEA*) (58, 60, 90, 307)

**GEA 24-1-1992**

La Cinq SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-44/90, *Jur.* 1992, p. II-1 (*La Cinq*) (79)

**GEA 10-3-1992**

Societa Italiana Vetro SpA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. T-68/89, 77/89 en 78/89, *Jur.* 1992, p. II-1403 (*Italian Flatglass*) (44, 45, 125)

**GEA 6-10-1994**

Tetra Pak International SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-83/91, *Jur.* 1994, p. II-755 (*Tetra Pak II*) (58, 59, 60, 66, 68, 71, 78, 79, 205, 307)

**GEA 24-1-1995**

Bureau Européen des medias de l'industrie musicale tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-114/92, *Jur.* 1995, p. 147 (*BEMIM*) (88)

**GEA 21-2-1995**

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid en anderen tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-29/92, *Jur.* 1995, P. II-295 (*VSPO*) (50)

**GEA 12-6-1997**

Tiercé Ladbroke SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-504/93, *Jur.* 1997, p. II-923 (*Ladbroke*) (33, 59, 82, **121-127**, 130, 137, 154, 190, 209, 292, 320)

**GEA 15-9-1998**

European Night Services Ltd (ENS), Eurostar (UK) Ltd, voorheen European Passenger Services Ltd (EPS), Union internationale des chemins de fer (UIC), NV Nederlandse Spoorwegen (NS) en Société nationale des chemins de fer français (SNCF) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, gevoegde zaken nrs. T-374/94, T-375/94, T-384/94 en T-388/94, *Jur.* 1998, p. II-3141 (*European Night Services*) (169, 170)

**GEA 20-3-2002**

UPS Europe SA tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-175/99, *Jur.* 2002, p. II-1915 (*UPS Europe*) (76)

**GEA 30-9-2003**

Manufacture Française des pneumatiques Michelin tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-203/01, *www.curia.eu.int*. (*Michelin II*) (78, 84, 85)

**GEA 23-10-2003**

Van den Bergh Foods Ltd. tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-65/98, *www.curia.eu.int* (*Van den Bergh Foods*) (86, 87)

**GEA 17-12-2003**

British Airways plc tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-219/99, *www.curia.eu.int* (*British Airways*) (85)

**GEA 30-1-2007**

France Télécom SA (voorheen Wanadoo Interactive SA) tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-340/03, *www.curia.eu.int* (*Wanadoo*) (221, 222)

**GEA 17-9-2007**

Microsoft Corporation tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen, zaak nr. T-201/04, *www.curia.europa.eu* (*Microsoft*) (33, 83, 91, 117, 119, **139-154**, 155, 162, 165, 209, 210, 226, 228, 229, 230, 231, 248, 259, 264, 267, 268, 270, 271, 276, 288, 298, 303, 304, 306, 311, 315, 316, 320, 324, 326)

**Beschikkingen van de Europese Commissie**

Beschikking van de Commissie van 2 juni 1971 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het Verdrag, PbEG 1971 L134/15 (*GEMA*) (87, 88)

Beschikking van de Commissie van 17 december 1975 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag (IV/26.699 - Chiquita), PbEG 1976, L95/1 (*Commissiebeschikking United Brands*) (51, 55, 174)

Beschikking van de Commissie van 9 juni 1976 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (IV/29.020 - Vitaminen), PbEG 1976, L223/27 (*Commissiebeschikking Hoffmann-La Roche*) (51)

Beschikking van de Commissie van 7 oktober 1981 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/29.491 - Bandengroothandel Frieschebrug B.V. / N.V. Nederlandsche Banden Industrie Michelin), PbEG 1981, L353/33 (*Commissiebeschikking Michelin*) (51)

Beschikking van de Commissie van 29 juli 1987 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.279), PbEG 1987, L286/36 (*Boosey&Hawkes*) (167, 309, 310)

Beschikking van de Commissie van 22 december 1987 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/30.787 en 31.488 - Eurofix- Bauco/Hilti), *PbEG* 1998, L65/19 (*Commissiebeschikking Hilti*) (51, 89, 91, 190, 197, 198, 280)

Beschikking van de Commissie van 18 juli 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/30.178), *PbEG* 1988, L284/41 (*Napier Brown/British Sugar*) (78, 167, 307)

Beschikking van de Commissie van 4 november 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/32.318), *PbEG* 1988, L317/47 (*London European / Sabena*) (167)

Beschikking van de Commissie van 21 december 1988 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (IV/31.851 – Magill TV Guide/ITP, BBC en RTE), *PbEG* 1989 L78/43 (*Commissiebeschikking Magill*) (51, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 193, 286, 308)

Beschikking van de Commissie van 26 februari 1992 in een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (zaak IV/33.544), *PbEG* 1992, L96/34 (*British Midland/Aer Lingus*) (47, 167, 168)

Beschikking van de Commissie van 22 juli 1992 inzake een procedure op grond van Verordening (EEG) nr. 4064/89 van de Raad (Zaak Nr. IV/M.190 - Nestlé/Perrier), *PbEG* 1992, L356/1 (*Nestlé/Perrier*) (192)

Beschikking van de Commissie inzake Sealink/B&I Holyhead, *XXII Report on Competition Policy*, Bull. EG 6-1992, punt 1.3.30 (*Sealink/B&I Holyhead*) (47, 168, 182)

Beschikking van de Commissie van 21 december 1993 inzake de weigering om toegang te verlenen tot de haveninstallaties van Rødby, *PbEG* 1994, L55/52 (*Port of Rødby*) (47, 169)

Beschikking van de Commissie van 21 december 1993 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EG-Verdrag (IV/34.689), *PbEG* 1994, L15/8 (*Sea Containers / Stena Sealink*) (168, 169)

Beschikking van de Commissie van 21 september 1994 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EG-Verdrag en artikel 53 van de EER-Overeenkomst (IV/34.600), *PbEG* 1994, L259/20 (ENS) (zoek op Commissiebeschikking European Night Services en Commissiebeschikking ENS) (169)

Beschikking van de Commissie inzake Pelikan/Kyocera, *XXVe Verslag over het Mededingingsbeleid 1995*, § 86 & § 87 (*Pelikan/Kyocera*) (69, 206)

Beschikking van de Commissie van 16 mei 1995 inzake ICC/CCI Morlaix, *XXVe Report on Competition Policy 1995*, nr. 43 (*Port of Roscoff*) (169)

Beschikking van de Commissie van 14 mei 1997 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EG-Verdrag (IV/34.621, 35.059/F-3 - Irish Sugar plc), *PbEG* 1997 L258/1 (*Irish Sugar*) (78)

Beschikking van de Commissie van 11 maart 1998 inzake een procedure op grond van de artikelen 85 en 86 van het EG-Verdrag (Zaken IV/34.073, IV/34.395 & IV/35.436 – Van den Bergh Foods Limited) (*Van den Bergh Foods*) (63, 197)

Beschikking van de Commissie van 8 juli 1998, zaak nr. IV/M.1069 (*MCI/Worldcom II*) (221)

Beschikking van de Commissie van 7 januari 1999 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het EEG-Verdrag (Info-Lab tegen Ricoh, zaak nr. IV/36431), *EC Competition Policy Newsletter* 1999-1, p. 35 (*Info-Lab*) (68, 69, 169, 206)

Beschikking van de Commissie van 20 maart 2001 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, *PbEG* 2001, L 125/27 (*Deutsche Post AG*) (76, 84, 103)

Beschikking van de Commissie van 20 maart 2001 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, *PbEG* 2003 L10/33 (*Soda-Asb-ICI*) (86)

Beschikking van de Commissie van 20 juni 2001 betreffende een procedure uit hoofde van artikel 82 van het EG-Verdrag (COMP/E-2/36.041/Michelin), *PbEG* 2002, L143/1 (*Michelin II*) (55, 78, 84, 85)

Beschikking van de Commissie van 8 oktober 2002 inzake een procedure op grond van artikel 81 van het EG-verdrag en artikel 53 van de EER-overeenkomst, *PbEG* 2003 L107/58 (*Simulcasting*) (87)

Beschikking van de Commissie van 16 juli 2003 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, zaak nr. COMP/38.233, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/> (*Wanadoo Interactive*) (77, 144)

Beschikking van de Commissie van 24 maart 2004 in een procedure op grond van artikel 82 van het EG-verdrag, zaak nr. COMP/C-3/37.792, <http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/> (*Microsoft*) (83, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 194, 198, 200, 222, 242, 243, 297, 313, 314, 315, 316)

Beschikking van de Commissie van 2 juni 2004 inzake een procedure op grond van artikel 82 van het Verdrag (COMP 38.096), <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38096/en.pdf> (*Clearstream*) (170, 171, 183)

Beschikking van de Commissie inzake Digital, *XXVIIIth Report on Competition Policy*, [http://ec.europa.eu/comm/competition/annual\\_reports/](http://ec.europa.eu/comm/competition/annual_reports/), p. 130 (*Digital*) (91)

## Nederland

### Hoge Raad der Nederlanden

**HR 17-4-1953**  
NJ 1954, 211 (*Radioprogramma's I*) (286)

**HR 27-1-1961**  
NJ 1962, 355 (*Radioprogramma's II*) (286)

**HR 25-6-1965**  
NJ 1966, 116 (*Televizier*) (286)

**HR 6-6-2003**  
NOS tegen Telegraaf, NJ 2003, 505 (*NOS/Telegraaf*) (32, 107, 120, 176, 262, 276, 305)

### Gerechtshoven

**Hof Arnhem 15-4-1997 en 5-8-1997**  
KPN tegen Denda, *AMI* 1997-10, p. 214 (*KPN/Denda*) (32)

**Hof 's-Gravenhage 30-1-2001**  
NOS tegen Telegraaf, *Mediaforum* 2001-2, nr. 12, p. 90, nt. Overdijk; *AMI* 2001-3, nr. 9, p. 73, nt. Cohen Jehoram (*NOS/Telegraaf*) (107)

### Rechtbanken

**Pres. Rb. 's Gravenhage 11-7-1989**  
*BIE* 1990/75 (285)

**Pres. Rb. Almelo 5-12-1996**  
KPN tegen Denda, *Computerrecht* 1997-6,  
p. 309 (KPN/Denda) (32)

### Octrooiraad

Octrooiraad (Afdeling van Beroep) 8-9-1986  
*BIE* 1986, nr. 87 (285)

Octrooiraad (Afdeling van Beroep) 13-7-1989  
*BIE* 1989, nr. 88 (44, 87, 284, 285)

### Nederlandse Mededingingsautoriteit

NMa 10-9-1998  
Telegraaf tegen NOS & HMG, *Mediaforum*  
1998-10, nr. 50, nt. Hugenholtz (*Telegraaf/*  
*NOS & HMG*) (32, 276)

NMa 3-10-2001, *Mediaforum* 2002-2, nr. 7, nt.  
Mahler (*Telegraaf/NOS & HMG*) (32, 276)

### Verenigde Staten

#### Supreme Court

*United States vs. Terminal Railroad Association of St.*  
*Louis*, (224 US 383 (1912)) (159, 160)

*Associated Press vs. United States*, 326 US 1 (1945)  
(160)

*United States v. Du Pont de Nemours & Co.*, 351 US  
377, 76 S.Ct. 944 (1956) (56)

*Aspen Skiing Company vs. Aspen Highlands Skiing*  
*Corporation*, 472 US 585 (1985) (160, 162)

*Eastman Kodak Company vs. Image Technical*  
*Services*, 504 US 451 (1992) (69, 160, 161)

*Eldred vs Ashcroft*, 537 US 186 (2003) (254)

*Verizon Communications Inc. vs. Law Offices of Curtis*  
*V. Trinko*, 540 US 682 (2004) (160, 164)

*Illinois Tool Works, Inc. v. Independent Ink, Inc.* (126  
S.Ct. 1281 (2006) (20, 188)

#### 3<sup>rd</sup> Circuit

*Video Pipeline vs. Buena Vista Home Entertainment*  
(342 F.3d 191 (2003) (25, 166)

#### 7<sup>th</sup> Circuit

*MCI Communications Corporation vs. AT&T*, 708  
F.2d 1081 (160, 161, 182)

#### Federal Circuit

*Intergraph Corporation vs. Intel Corporation*, 195  
F.3d 1346 (Fed. Circuit), nr. 1362 (164, 165)

#### Divers

Irish High Court 26-7-1989, *RTE v. Magill T.V.*  
*Guide Ltd.* (No. 2), (1989) IEHC 2 (118, 279)

UK High Court 11/12-4-2002 en 14-6-2002  
*Intel Corporation v Via Technologies Inc.*, (2003)  
F.S.R. 12 (32, 226)

UK Court of Appeal 20-12-2002  
*Intel Corporation v Via Technologies Inc.*, (2003)  
E.C.C. 16 (32, 226)

Bundesgerichtshof 13-7-2004  
*Standard Spundfass*, KZR 40/02, GRUR 2004,  
p. 966-970 (227, 280)

Conseil de la Concurrence 9-11-2004  
*Virgin/Apple*, [www.conseil-concurrence.fr](http://www.conseil-concurrence.fr) (226)



## Over de auteur

Na haar studie Nederlands recht aan de Radboud Universiteit Nijmegen werkte Sophie van Loon 6 jaar als onderzoeker en docent bij de vaksectie Handels- en Economisch recht van diezelfde universiteit. Voorafgaand aan het werk aan dit proefschrift, schreef zij in het kader van het ITeR (Informatietechnologie en Recht) onderzoeksprogramma de evaluatie 'Databankenrecht en mededinging' (Sdu, 2004).

Sinds 2008 werkt Sophie als advocaat bij Kennedy Van der Laan in Amsterdam.

