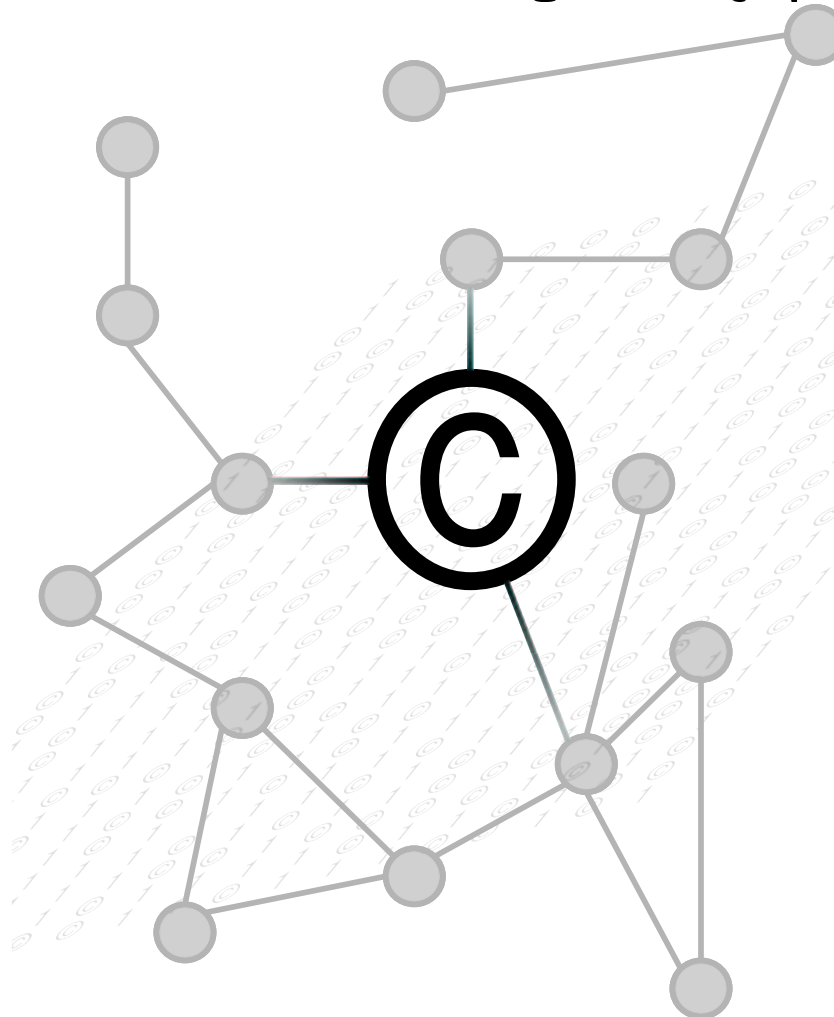


Essential facilities, netwerkeffecten en het auteursrecht in het digitale tijdperk



Walter van Holst

26 juli 2002

Voorwoord

Een regelmatig geuite klacht over afstudeerscripties is dat deze niet zozeer de beantwoording van een probleemstelling behelzen als wel een verslag van de scriptant van diens intellectuele reis tot dat antwoord. Nu ben ik mij er van bewust dat ook deze scriptie in zekere mate mank zal gaan aan dit euvel. Om de schade deels te beperken, of liever, te verplaatsen, maak ik misbruik van mijn redactionele vrijheid om dit in de vorm van een voorwoord te doen. Deze scriptie is het resultaat van een plotselinge inval die ik kreeg in het najaar van 2000. De zaak in eerste aanleg van het tweede grote antitrustproces tegen Microsoft in de Verenigde Staten stond in het middelpunt van de belangstelling. Een van de in de pers voorgestelde remedies tegen het vermeende wangedrag van Microsoft was de openbaarmaking van de broncode van Microsoft Windows. Een voorstel dat mij toen dusdanig anathema aan het auteursrecht leek dat het weinig kans van slagen zou hebben. Toch sprak de gedachte van toegangsverlening zoals we die in het mededingingsrecht kennen toegepast op niet tastbare faciliteiten wel aan. Vooral ook omdat Logica, mijn toenmalige werkgever en opvolger van de IBG als suikeroom, mij inmiddels bij KPN had gedetacheerd bij de Business Unit Carrier Services. Daar maakte ik van dichtbij mee hoe niet alleen concepten als interconnectie, maar ook gedwongen toegangsverlening tot de vermaledijde *local loop* gestalte kregen, met heilzame gevolgen voor de dienstverlening aan de eindgebruikers van telecommunicatiediensten. Gezien de parallellen met de softwaremarkt, waar het bereiken van interoperabiliteit een van de grote struikelblokken voor nieuwkomers is, leek het mij interessant om na te gaan of de *essential facilities* doctrine niet van toepassing zou kunnen zijn op dit soort ontastbare producten. Tegelijk leerden mijn ervaringen bij KPN dat gedwongen toegangsverlening in de praktijk niet altijd bewuste obstructie van de *incumbent* vereiste om implementatiemoeilijkheden en -onmogelijkheden op te leveren, wat de ontwikkeling van een al te gretige behoefte om elk mededingingsprobleem als een spijker te zien die de hamer van de *essential facilities* doctrine behoeft danig geremd heeft.

Met dit idee gewapend was het vinden van een begeleider de volgende stap. Via wat omzwervingen en doorverwijzingen ben ik bij Luit Bakker beland en zal de rest van mijn leven uit moeten leggen hoe het mogelijk is dat ik bij een econoom afgestudeerd ben in het Nederlands Recht. Het is dan ook aan Luit te danken dat ik betrekkelijk recente economische inzichten op het gebied van netwerkeffecten in de discussie heb kunnen betrekken. Het resultaat ligt in een zestal hoofdstukken vevat in deze scriptie. Naast de begeleiding van Luit en het nuttige commentaar van Rudi Holtzhauer moet nog opgemerkt worden dat het handig is om een econometrist in je vriendenkring te hebben die werkcolleges op het gebied van netwerkeffecten gelopen heeft. Mijn dank gaat dan ook uit naar Jürgens Kroon die altijd bereid was om als klankbord op dit gebied te fungeren. Verder dienen mijn ouders geroemd te worden, na ruim een decennium van geduld oefenen is het dan eindelijk zover dat er een einde aan het studeren komt. Opmerkelijk genoeg hebben ze in al die jaren nooit het vertrouwen verloren.

Rest mij nog op te merken dat dit document tot stand is gekomen met behulp van LYX ¹, een grafische schil voor het opmaakpakket $\text{L}\text{A}\text{T}\text{E}\text{X}$ ², onder het besturingssysteem GNU/Linux³. Zonder deze programmatuur uit de *free software/open source* wereld zou de opmaak mij beduidend meer tijd gekost

¹<http://www.lyx.org>

²<http://www.latex-project.org>

³<http://www.linux.com>

hebben. Belangrijker nog, niet eenmaal ben ik geconfronteerd met het gevreesde blauwe scherm des doods.

Rotterdam, 3 juli 2002

Inhoudsopgave

1	Inleiding	7
1.1	Probleemcontext en -stelling	7
1.2	Aanpak en structuur	8
1.3	Uitgangspunten	8
2	Ratio van het auteursrecht	11
2.1	Inleiding	11
2.2	Locke's <i>labour theory</i>	12
2.3	Persoonlijkheidsrechten	13
2.4	Economische benadering	15
2.5	<i>Social planning</i> theorie	17
2.6	Onderlinge positionering en slotopmerkingen	19
3	Essential facilities	21
3.1	Inleiding	21
3.2	De doctrine in de Verenigde Staten	21
3.2.1	St. Louis Railroad Terminal Association	21
3.2.2	Otter Tail Power	22
3.2.3	Aspen Skiing	23
3.2.4	Criteria voor toepassing van de doctrine	23
3.3	De doctrine in de Europese Unie	24
3.3.1	Sealink	25
3.3.2	Magill	26
3.3.3	Bronner	27
3.3.4	De weerslag in het Nederlands mededingingsrecht	28
3.4	Economische analyse van de doctrine	29
3.4.1	Law of one product	29
3.4.2	Kosten-baten analyse van de doctrine	30
3.5	Slotopmerkingen	31

4	Netwerkeffecten en -externaliteiten	33
4.1	Inleiding	33
4.2	Economisch begrip	33
4.2.1	Aannames	34
4.2.2	Stellingen	34
4.3	Netwerktypes	36
4.3.1	Feitelijke netwerken	37
4.3.2	Virtuele netwerken	37
4.3.3	Positieve terugkoppeling	37
4.4	Netwerkmakten	37
4.5	Implicaties voor het mededingingsbeleid	39
5	Essentieel karakter van informatieproducten	41
5.1	Inleiding	41
5.2	De betrokken informatieproducten	41
5.2.1	Gegevensverzamelingen	41
5.2.2	Programmatuur	42
5.3	Auteursrecht op software en <i>reverse engineering</i>	43
5.4	De bescherming van programmatuur en interoperabiliteit	44
5.4.1	Vorm en inhoud	44
5.4.2	Hybride benadering	47
5.4.3	Programmatuur als een <i>commons</i> : open code	48
5.5	Interoperabiliteit en de <i>essential facilities</i> doctrine in de literatuur	51
5.6	Slotopmerkingen	53
6	Samenvatting en conclusies	55
6.1	Inleiding	55
6.2	Samenvatting	55
6.3	Kwaal en middel	56
6.4	Aanbevelingen	57
7	Literatuurlijst	59

1 Inleiding

1.1 Probleemcontext en -stelling

In de afgelopen eeuw is het economisch belang van informatie toegenomen. Ter illustratie: de toegevoegde waarde van van het auteursrecht afhankelijke activiteiten nam in de periode van 1994 tot en met 1998 met zo'n 5,6% per jaar toe en bedroeg in 1998 in totaal 5,5% van het bruto binnenlands product, terwijl de totale waarde van het bruto binnenlands product in dezelfde periode met 3,2% steeg¹. Informatie en kennis hebben zoveel aan belang gewonnen dat slechts een enkeling vreemd opkijkt als er in het dagelijks spraakgebruik en in de media termen als 'kenniseconomie' en 'informatiemaatschappij' worden gebruikt. Het contrast met de meer traditionele economische activiteiten is zo groot dat sommigen al enthousiast over een 'nieuwe economie' spraken, inclusief nieuwe wetmatigheden, daarmee een tegenstelling tot een 'oude economie' suggererend². Of een dergelijk enthousiasme gerechtvaardigd is, is een vraag die meer van economische dan van juridische aard is en dan ook aan de economische wetenschap overgelaten dient te worden, al lijkt het er op dat het geen econoom vereist om een tulpenmanie in de achteruitkijkspiegel te herkennen. Meer juridisch is de vraag in hoeverre klassieke mededingingsrechtelijke figuren, die van oudsher betrekking hebben op meer tastbare economische productiemiddelen, zich lenen voor toepassing op deze 'nieuwe' economische activiteiten. In dit verband is met name de figuur van de *essential facilities* interessant. Deze figuur, ook wel de *bottle-neck* doctrine genoemd, is ontwikkeld voor situaties waarin een marktpartij een voor de markttoetreding essentiële faciliteit controleert en andere marktpartijen de toegang tot deze faciliteit ontzegt. Onder omstandigheden, waar in de volgende hoofdstukken dieper op in gegaan zal worden, kan de ontzegging van toegang op basis van de *essential facilities* doctrine tot een zogenaamde *duty to deal*, of in goed Nederlands, een leverplicht leiden. De figuur wordt in de praktijk vaak, maar niet per definitie, toegepast op markten waarin wat de economische wetenschap netwerkeffecten, of ook wel *network externalities* noemt, een rol spelen. Voor nu wordt volstaan door het begrip netwerkeffecten te omschrijven als het verschijnsel dat het bestaan van andere consumenten van een goed een positief effect heeft op het nut dat een individuele consument aan dat goed ontleent. Juist bij op informatie gebaseerde economische activiteiten is er vaak sprake van dergelijke netwerkeffecten:

*"There is a central difference between the old and new economies: the old industrial economy was driven by economies of scale; the new information economy is driven by the economics of networks."*³

Een andere, meer juridische factor die het competitieve landschap van de informatie-economie bepaalt is die van de intellectuele eigendomsrechten. Het bezit van dergelijke rechten verleent de houder een, soms naar tijd beperkt, alleenrecht voor de exploitatie van bepaalde voortbrengselen van de menselijk

¹Budil, H., Theeuwes, J. en Zijderveld, C. (2000), De economische betekenis van het auteursrecht in 1998: rapportage 2000, p. 6.

²Kelly, K. (1997), New rules for the new economy, in: Wired Magazine, vol. 5, nr. 9, September 1997 (<http://www.wired.com/wired/archive/5.09/newrules.html>).

³Shapiro, C., Varian, H.R. (1999), Information Rules, p. 173.

geest. De begrippen voortbrengselen van de menselijke geest en informatie vertonen een grote overlap of althans een sterke verwantschap, al bezit het begrip informatie meerdere betekenissen⁴. Er kan dus gesproken worden van een competitief landschap dat enerzijds bepaald wordt door krachtige netwerkeffecten en anderzijds ingrijpende effecten van de intellectuele eigendomsrechten. Onderwerp van deze scriptie is dan ook de vraag of in door netwerken beheerste situaties een op de *essential facilities* doctrine gebaseerde doorbreking van intellectuele eigendomsrechten een geschikt middel is om de mededinging te bevorderen. Hierbij kan onder andere gedacht worden aan maatregelen als het toegang verlenen tot gegevensverzamelingen, maar bijvoorbeeld ook aan de gedwongen openbaarmaking van de broncode van computerprogrammatuur om de interoperabiliteit te bevorderen. Hoewel het begrip intellectuele eigendomsrechten meer omvat dan het auteursrecht alleen en andere intellectuele rechten in de analyse zijdelings aan de orde zullen komen, zal de analyse zich met name tot een eventuele doorbreking van het auteursrecht beperken.

1.2 Aanpak en structuur

Genoemde probleemstelling behelst een confrontatie van de *essential facilities* doctrine met het auteursrecht. Een confrontatie die geplaatst wordt in een context van informatieproducten die inherent onderhevig zijn aan netwerkeffecten. Om de probleemstelling te beantwoorden wordt eerst ingegaan op de aard van het auteursrecht en daarbij vooral aandacht besteed aan de fundamentele opvattingen over de rechtvaardigingen voor het toekennen van uitsluitingsbevoegdheden aan auteurs en hun rechtsopvolgers. Het is noodzakelijk stil te staan bij de grondslagen van het auteursrecht alvorens te kunnen oordelen of een inbreuk daarop te rechtvaardigen valt op basis van de *essential facilities* doctrine. Vervolgens wordt de ontwikkeling van de *essential facilities* doctrine in zowel de Verenigde Staten als in de Europese Unie behandeld. Na een beknopte rechtsvergelijking wordt ingegaan op de economische theorievorming rond netwerkeffecten, om daarna op basis van een rechtseconomische analyse daadwerkelijk te toetsen of het bestaan van netwerkeffecten een rechtvaardiging biedt voor het openbreken van het auteursrecht met behulp van de *essential facilities* doctrine. Tot slot wordt op basis van het al dan niet bestaan van een dergelijke rechtvaardiging nagegaan of er geen alternatieven bestaan voor het toepassen van de *essential facilities* doctrine om de mededingingsverstoringe netwerkeffecten voor bepaalde categorieën van informatieproducten te neutraliseren.

1.3 Uitgangspunten

Bij de genoemde aanpak van de probleemstelling wordt onder andere het uitgangspunt gehanteerd dat mededingingsrecht en intellectuele eigendomsrecht overlappende rechtsgebieden zijn, of op zijn minst communicerende vaten zijn. Iedere vorm van intellectuele eigendom creëert immers een kunstmatig, zij het doorgaans tijdelijk, monopolie en grijpt (derhalve) in op de dynamiek van de markt door de mogelijkheden van imitatie in te perken. "*Imitation is the life blood of competition*"⁵ en *a contrario* redenerend komt dit er op neer dat imitatiebeperkende maatregelen eveneens de mededinging kunnen beperken. Of de werkelijkheid niet meer nuances kent op dit punt wordt even buiten beschouwing gelaten: uitgangspunt is echter dat er een dusdanige wisselwerking tussen de effecten van het mededingingsrecht en de intellectuele eigendomsrechten bestaat dat het naïef is om één van beide rechtsgebieden als volstrekt losstaand van het andere te beschouwen. Of, om het in de terminologie van Grosheide⁶ te zeggen: de nadruk zal meer op de profane aspecten van het auteursrecht liggen,

⁴Hugenholtz, P.B. (1989), Auteursrecht op informatie, pp. 65-67.

⁵Kaufmann, P.J. (1985), Passing of and misappropriation, p. 73.

⁶Grosheide, F.W. (1994), Ideas, their time has come, p. 168.

zonder daarbij overigens het sacrale van het auteursrecht uit het oog te willen verliezen. Over deze dichotomie in het auteursrecht en andere facetten later meer in hoofdstuk 2.

Een ander uitgangspunt is de gedachte dat intellectuele eigendomsrechten niet zonder meer als onaan- tastbaar worden gezien buiten de excepties van het auteursrecht zelf, of dat de wenselijkheid van dergelijke rechten niet bij voorbaat vaststaat. Mijn streven is om hierin een agnostische houding aan te nemen, daarbij in gedachten houdend dat

“commodification can always be portrayed as either a time consuming and unjust impediment to, or a necessary prerequisite for, the free circulation of information.”⁷

Waarbij met de commodificatie uiteraard bedoeld wordt dat door de toekenning van intellectuele eigendomsrechten abstracte concepten plotseling getransformeerd worden tot goederen waarvan anderen uitgesloten kunnen worden. Daarbij ontstaat een vermogensrecht en vindt een transformatie van een publiek goed in een privaat goed plaats, die niet zonder meer als vanzelfsprekend is te beschouwen.

⁷Boyle, J. (1996), Shamans, software and spleens: law and the construction of the information society, p. 101.

2 Ratio van het auteursrecht

2.1 Inleiding

Het auteursrecht heeft in de tweede helft van de negentiende eeuw gestalte gekregen in een geleidelijk proces van bilaterale verdragen die in nationale wetgeving werden geïmplementeerd. Met name Frankrijk heeft een belangrijke rol gespeeld in de ontstaansgeschiedenis van het auteursrecht. Dit proces mondde uit in de Berner Conventie van 1886¹. De aanpassingen van de Nederlandse wetgeving om het beschermingsniveau van de Berner Conventie te bereiken kregen vorm in de auteurswet van 1912². Het auteursrecht is betrekkelijk jong en heeft de nodige ontwikkelingen doorgemaakt in de afgelopen eeuw. Een recht dat zo modern en aan zoveel veranderingen onderhevig is, heeft kennelijk nog niet die vanzelfsprekendheid bereikt die bijvoorbeeld de fysieke eigendomsrechten hebben. In dit hoofdstuk wordt daarom ingegaan op de vraag wat in de juridische literatuur als de ratio van het auteursrecht beschouwd wordt. De beschrijving beperkt zicht tot de rechtvaardiging van het auteursrecht, voor meer uitputtende verhandelingen over het auteursrecht wil ik verwijzen naar de Wichers Hoeth en het standaardwerk van Spoor en Verkade³. Juist de ratio van het auteursrecht blijft in de gebruikelijke handboeken goeddeels onbehandeld en deze laten dit over aan meer specialistische werken als de dissertatie van Grosheide⁴, waarbij de Wichers Hoeth opmerkt dat het niet mogelijk is om één theorie ter onderbouwing van het auteursrecht aan te wijzen. Deze observatie vat de juridische werkelijkheid waarschijnlijk zeer nauwkeurig samen, wat onverlet laat dat het, juist op het moment dat een eventuele aantasting van het auteursrecht door mededingingsrechtelijke opvattingen ter discussie gesteld wordt, nuttig kan zijn om eens stil te staan bij de vraag welke ideeën ten grondslag liggen aan het auteursrecht. Er zijn ruwweg vier theorieën te identificeren die in wisselende mate het fundament van het auteursrecht vormen. Dit zijn achtereenvolgens Locke's *labour theory* (ook wel de eigendomsrechtelijke benadering genoemd), de opvatting van de persoonlijkheidsrechten, de *social planning* benadering en de economische benadering. Genoemde theorieën worden in dit hoofdstuk in dezelfde volgorde behandeld, waarbij getracht zal worden de weerslag in het positief recht, de gangbare doctrine en uiteindelijk de onderlinge verhoudingen aan te geven. Omdat het auteursrecht voornamelijk van internationale oorsprong is, zal in dit hoofdstuk regelmatig naar andere rechtsstelsels dan het Nederlandse verwezen worden, zeker daar waar getracht wordt een verbinding tussen theorie en de weerslag in het positief recht te leggen.

De meer auteursrechtelijk georiënteerde lezer zal het opvallen dat in deze wijze van behandelen geen aparte ruimte is gereserveerd voor de zogenaamde *sui generis* theorieën. Deze kunnen vooral beschouwd worden als reactie op de bezwaren tegen zowel de eigendomsrechtelijke, op Locke's *labour theory* gebaseerde benaderingen, als de persoonlijkheidstheorieën⁵. Als zodanig zijn zij als een synthese

¹Beaufort, H.L. de (1909), *Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht*, pp. 52-69.

²Wichers Hoeth, L., Gielen, Ch. (red), Ebbink, R.E., (2000), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, p. 304.

³Spoor, J.H., Verkade, D.W.F (1993), *Auteursrecht: auteursrecht en naburige rechten*

⁴Grosheide, F.W. (1986), *Auteursrecht op maat : beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in een rechtspolitieke context*

⁵Grosheide, F.W. (1986), *Auteursrecht op maat*, p. 161.

van de twee genoemde benaderingen te beschouwen en bieden zij op deze manier een goede weergave van het positief auteursrecht in de continentale traditie. Het nadeel van deze synthetische benadering is dat het uitzicht op de twee onderliggende benaderingen wordt vertroebeld. Een zelfstandige behandeling lijkt daarom niet noodzakelijk, al zal in de slotparagraaf van dit hoofdstuk alsnog aandacht besteed worden aan deze opvatting, maar dan vooral als resultante van de eerdergenoemde vier benaderingen.

2.2 Locke's labour theory

Een van de oudste maar nog steeds actuele, uit de Verlichting stammende, opvattingen over eigendom in het algemeen is die van John Locke. In zijn opvatting is de vrucht van de arbeid automatisch het eigendom van degene die de arbeid verricht heeft. Tully citeert in dit verband Locke als volgt:

*"Thus the grass my horse has bit; the turfs my servant has cut; and the ore I have digg'd in any place where I have a right to them in common with others, become my property, without the assignment or consent of any body. The labour that was mine, removing them out of that common state they were in hath fixed my property in them."*⁶

Hoe interessant de interpretatie van deze stelling ook moge zijn voor vragen rond arbeidsdeling en de tegenstelling tussen arbeid en kapitaal, de consequenties voor het begrip intellectueel eigendom zijn nog belangrijker. De geciteerde gedachte van Locke volgend zouden de voortbrengselen van geestelijke arbeid de eigendom van de geestelijke 'arbeider' of diens opdrachtgever zijn. Drahos⁷ vat Locke samen in zes proposities:

1. God heeft de wereld aan mensen in het algemeen geschonken.
2. Ieder mens is eigendom van zichzelf.
3. Een persoon zijn arbeid is zijn eigendom.
4. Als een persoon zijn arbeid vermengt met een collectief goed, dan wordt het collectief goed zijn eigendom.
5. Het individuele eigendomsrecht is afhankelijk van het voldoende in stand houden van de collectieve goederen, en wel in die mate dat er voldoende van de collectieve goederen overblijven voor de anderen.
6. Men mag niet meer aan het collectieve onttrekken dan bruikbaar is voor het eigen voordeel.

Voor het bestaan van intellectuele eigendomsrechten zijn deze proposities niet zonder complicaties. Althans, dat is de mening van Drahos, die de vraag stelt hoe de waarde van intellectuele eigendomsrechten bepaald kunnen worden:

*"Taking a strong labour theory of property rights seriously may, paradoxically, threaten the legitimacy of individual property holdings. In a market society the value of objects one has produced is set by the subjective demand of others in the market. How can labour ground a natural right to market value if that value is determined not by individual labour but by the demand activity of others?"*⁸

⁶Tully, J. (1980), A discourse on property, John Locke and his adversaries, p. 135.

⁷Drahos, P. (1996), A philosophy of intellectual property, p. 43.

⁸Drahos, P. (1996), p. 52.

De consequentie van deze vraag is volgens hem, dat gezien de interdependenties in een maatschappij met een sterke arbeidsdeling als de onze, ieder abstract goed dat gecreëerd wordt per definitie een collectieve creatie is en derhalve individuele eigendom uitsluit. Wat daarvan ook moge zijn, de problemen die aan Locke's denken kleven nemen niet weg dat het een belangrijke invloed heeft gehad op het denken rond het auteursrecht. In de literatuur is het vooral Gerbrandy die het denken van Locke als spil van het auteursrecht ziet. Ook Cohen Jehoram lijkt sterk op deze wijze te denken, gezien het volgende citaat:

*"Gedurende een groot deel van de vorige eeuw, en de laatste eeuw opnieuw, is er in Nederland getwijfeld aan het rechtskarakter van het auteursrecht. ... Niettegenstaande alle in de discussie vertoonde civilistische pedanterieën over de grenzen van het eigendomsbegrip, valt ook het auteursrecht onder het grondrecht van eigendom."*⁹

Hoewel Cohen Jehoram elders ontkent van een natuurrechtelijke benadering uit te gaan¹⁰, laat hij na te verwoorden waarin zijn benadering van de natuurrechtelijke afwijkt. Het lijkt me ondanks zijn verzet tegen een dergelijke kwalificatie niet meer dan terecht om hem te scharen onder die categorie van auteurs die een eigendomsrechtelijke benadering voorstaan en daarmee een achterliggende natuurrechtelijke opvatting huldigen¹¹.

2.3 Persoonlijksrechten

In de, voornamelijk uit Duitsland stammende, persoonlijkheidstheorieën wordt een werk beschouwd als een uitdrukking en daarmee het verlengstuk van de wil en de persoonlijkheid van de maker. De oorsprong van deze theorie wordt vaak aan de filosoof Hegel toegeschreven, hoewel bijvoorbeeld Drahos¹² hier anders over denkt. De persoonlijkheidsrechtelijke benadering heeft een aantal typische elementen aan het auteursrecht toegevoegd. Een daarvan is de eis van het oorspronkelijk karakter, waarin ook het begrip 'persoonlijk stempel van de maker' in besloten ligt sinds Van Dale/Romme¹³. Sommige auteurs zien deze eis meer als een ondergrens voor de objectieve beoordeling van de herkenbaarheid van een werk¹⁴. Deze eis contrasteert met de benadering van het auteursrecht als het recht op de vruchten van arbeid. Immers, hier worden geen aanvullende eisen gesteld aan het werk, het dient slechts een voortbrengsel van geestelijke arbeid te zijn. In de persoonlijkheidsrechtelijke benadering is er voor de nijvere opsteller van een woordenboek geen bescherming, voor de eenzame schrijver die op een tochtige zolderkamer zijn liefdesleed in een buitengewoon oorspronkelijke verwoording aan het papier weet toe te vertrouwen des te meer. Drahos ziet dit dan ook als een afwijking van de Hegeliaanse benadering van (intellectueel) eigendom:

*"Within Hegel's system property, whether in physical or abstract objects, is equally important to the survival and flourishing of personality in the world. ... On what basis should we discriminate between producers of abstract objects? In making such discriminations, do we not devalue the contributions of some and elevate those of others?"*¹⁵

⁹Cohen Jehoram, H. (1992), Auteursrecht: opportuniteit of recht?, in: Cohen Jehoram, H. (1993), Kernpunten van auteursrecht, pp. 51-58.

¹⁰Cohen Jehoram, H. (1992), p. 58.

¹¹Grosheide, F.W. (1986), Auteursrecht op maat, p. 155.

¹²Drahos, P. (1996), p. 79-81.

¹³Van Dale/Romme, HR 4 januari 1991, NJ 1991, 608 m.nt. Verkade.

¹⁴Spoor, J.H., Verkade, D.W.F (1993), p. 63.

¹⁵Drahos, P. (1996), p. 81.

Men zou tot de voorzichtige conclusie kunnen komen dat de aanhangers van de persoonlijkheidstheorie Hegel's opvattingen over eigendom vooral selectief op abstracte objecten met een oorspronkelijk karakter willen toepassen. Althans, zo zou bijvoorbeeld het betoog van Cohen Jehoram tegen de geschriftenbescherming gelezen kunnen worden¹⁶.

Het, misschien wat karikaturaal romantische, voorbeeld van de eenzame schrijver op zijn zolderkamer raakt aan de basis van de persoonlijkheidsrechtelijke opvatting van de auteur. De auteur is niet langer meer een doorgeefluik van een inspiratie die goddelijk van oorsprong is, maar wordt een uniek individu dat een zelfstandige oorsprong van het werk vormt¹⁷. Ook hier onderscheidt de persoonlijkheidsrechtelijke benadering zich wezenlijk van de eigendomsrechtelijke door uit te gaan van een creatief vacuum dat de auteur, al dan niet gedreven door zijn muze¹⁸, opvult. De eigendomsrechtelijke benadering daarentegen doet geen enkele aanname over het bestaan of de aard van de culturele context van de scheppingsdaad. Het is wederom Drahos die hier een bezwaar tegen de persoonlijkheidsrechtelijke benadering ziet. Immers, door het werk los van de culturele context louter aan de auteur toe te schrijven wordt het geprivatiseerd. Door het te privatiseren worden de mogelijkheden van anderen om hier op voort te bouwen beperkt:

“Once property in abstract objects becomes part of a global system, it no longer acts within communities to enable freedom, but acts upon them to restrict freedom.”¹⁹

In de persoonlijkheidstheorie, of ideologie²⁰ is een aantasting van het werk een aantasting van de persoonlijkheid van de maker. In het huidige recht komt dit treffend tot uiting in de jurisprudentie rond de mogelijkheden van architecten om wijzigingen aan, of de sloop van door hen ontworpen gebouwen tegen te gaan en die over geschillen tussen kunstenaars en opdrachtgevers over de uiteindelijke plaatsing van aangekochte kunstwerken²¹. In dit denken is een aantal rechten van de auteur dan ook onvervreemdbaar (art. 15 lid 1 Auteurswet 1912) en kunnen derhalve niet zonder meer overgedragen worden onder algemene titel en al helemaal niet onder bijzondere titel. De overdracht van persoonlijkheidsrechten onder algemene titel heeft interessante situaties opgeleverd, zie bijvoorbeeld het tumult rond de verfilming van “De Ziener” van Simon Vestdijk, waarbij de weduwe van Vestdijk zeer nadrukkelijk het karakter van de roman bewaakte. Zo nadrukkelijk dat het tot een kort geding tussen de filmmaker en de erven Vestdijk kwam²². Een auteur als Grosheide ziet de persoonlijkheidsrechtelijke theorieën vooral als een poging om de aanspraken van de auteur en gelijkgerechtigde op diens werk te verzoenen²³. Opmerkelijk is dat Grosheide deze benadering als dusdanig sterk verwant met de eigendomsrechtelijke beschouwt dat hij beide benaderingen als één theorie behandelt, terwijl uit de voorgaande behandeling blijkt dat er wel degelijk een aantal principiële verschillen tussen beide benaderingen bestaat. In de ogen van Drahos gaan de verschillen dieper dan het onderscheid tussen arbeid en persoonlijkheid:

“For the theological Locke, the whole point of the connection between labour and property is that it allows individuals to fulfil God’s purposes. Property for Locke serves personality.”

¹⁶Cohen Jehoram, H. (1992), Schrap één onzalig woordje uit de Auteurswet 1912, in: Cohen Jehoram, H. (1993), Kernpunten van auteursrecht, pp. 109-111.

¹⁷Halbert, D.J. (1999), Intellectual property in the information age: the politics of expanding ownership rights, p. 9.

¹⁸De persoonlijkheidsrechtelijke opvatting van de auteur leidt bij Halbert in haar feministische analyse van het auteursrecht tot de conclusie dat het auteursrecht een masculiene constructie is die geen ruimte laat voor de vrouw in een andere rol dan als inspiratiebron. Zie Halbert, D.J. (1999) pp. 15-17.

¹⁹Drahos, P. (1996), p. 91.

²⁰Grosheide, F.W. (1986), p. 130.

²¹Voorbeelden hiervan zijn o.a.: Hof Leeuwarden, 17 maart 1999, NJ 1999, 707; HR 20 mei 1994, nr 15305, NJ 1995, 691; HR 22 juni 1972, NJ 1974, 61; Rb Middelburg, 14 januari 1970, NJ 1970, 297.

²²Hof Amsterdam, 7 mei 1987, NJ 1988, 430.

²³Grosheide, F.W. (1986), p. 156.

*For Hegel, 'property is the embodiment of personality'. ... The difference between the two theories perhaps lies less in the specifics of physical schemes that property is made to serve.'*²⁴

2.4 Economische benadering

De economische benadering van het auteursrecht wordt ook wel de utilistische benadering genoemd. Een benaming waar met name Posner²⁵ het oneens is. In zijn ogen benadert het utilisme alle vraagstukken vanuit het oogpunt van welzijn terwijl een economische benadering louter op welvaartsmaximalisatie is gericht. Aangezien het hier vooral gaat om een debat dat in de *common law* landen met hun minder sterk ontwikkelde rechtssystematiek gewoed heeft, beperk ik mij tot de observatie dat het door Posner gemaakte onderscheid in de context van het auteursrecht relevant is. Om die reden wordt de term utilisme niet gebruikt voor de economische theorieën. De gerichtheid van economische theorieën op nutsmaximalisatie betekent binnen de context van het auteursrecht dat er van uitgegaan wordt dat het auteursrecht een middel is om falen van de markt voor informatieproducten te voorkomen. Een belangrijk kenmerk van informatieproducten is dat deze het karakter van een publiek goed hebben²⁶. De kosten van de creatie van het werk, de initiële productiekosten, zijn immers hoog terwijl kosten van verveelvoudiging en verspreiding relatief laag zijn. Door de technologische ontwikkelingen is de bodem van de reproductiekosten steeds dalende. Een situatie die in principe zou moeten leiden tot onderproductie, wat een reden is voor het in het leven roepen van exclusieve rechten²⁷. Landes en Posner vatten de centrale probleemstelling van het bestaan van het auteursrecht vanuit een economisch perspectief als volgt samen:

*"Copyright protection - the right of the copyright's owner to prevent others from making copies - trades off the costs of limiting access to a work against the benefits of providing incentives to create the work in the first place. Striking the correct balance between access and incentives is the central problem in copyright law."*²⁸

Op deze wijze bezien kan er beter over een kopieerrecht dan over een auteursrecht gesproken worden. In deze benadering is, in tegenstelling tot de *labour theory*, de persoonlijkheidstheorie en zelfs de nog te behandelen *social planning* benadering, het auteursrecht ontdaan van iedere morele of ethische dimensie. Het is niet verwonderlijk dat deze benadering meer opgeld doet in de Angelsaksische wereld dan in *civil law* landen. Ten eerste is de economische benadering van het recht betrekkelijk nieuw in de continentaal Europese landen²⁹. Daarnaast is het copyright in Angelsaksische landen nooit veel meer geweest dan handelswaar. Cohen Jehoram slaagt er in het cultuurverschil treffend weer te geven met de volgende opmerking:

"In de Angelsaksische wereld noemt men de Europeanen van het vasteland met hun nadruk op auteursbelangen soms romantici. Daar zou men dan kunnen antwoorden dat de Angelsaksen cynici zijn. Zij lijken te vergeten wie eigenlijk primaire toeleveranciers tot

²⁴Drahoš, P. (1996), p. 75.

²⁵Posner, R.A. (1979), Utilitarianism, economics and legal theory, in: Parsi, F., Posner, R.A., The economic structure of the law: the collected economic essays of Richard A. Posner, p. 140.

²⁶Landes, W.M., Posner, R.A. (1989), An economic analysis of copyright law, in: Journal of Legal Studies, vol. XVIII, june 1989, p. 326.

²⁷Mackaay, E. (1988), Het recht bezien door de bril van de economist, in: RM Themis, nr. 9, november 1988, p. 424.

²⁸Landes W.M., Posner, R.A. (1989), p. 326.

²⁹Mackaay, E. (1988), p. 416.

*de auteursrechtindustrieën zijn en lijken te voldoen aan de definitie die Oscar Wilde heeft gegeven: 'een cynicus is iemand die de prijs van alles kent en de waarde van niets'.*³⁰

Ter verdediging van deze profane cynici kan worden opgemerkt dat het uiteindelijke resultaat van beide tradities een auteursrecht oplevert dat de belangen van uitgevers beter behartigt dan die van auteurs. Juist in de Angelsaksische wereld zijn de auteurs verhoudingsgewijs minder slecht af. Voor een meer uitgebreide behandeling van de werkelijke bescherming van de auteur in zijn rechten zij verwezen naar Hugenholtz³¹, die in zijn oratie dit onderwerp uiterst puntig heeft behandeld.

De economische benadering van het auteursrecht heeft het opvallende kenmerk dat er zoiets als overproductie van informatieproducten kan bestaan. In de literatuur die het auteursrecht economisch analyseert wordt dan ook de nodige aandacht besteed aan het bereiken van een optimaal beschermingsniveau. Over het algemeen wordt in de literatuur de analyse van Landes en Posner als het dominante economische model van het auteursrecht beschouwd. Om dit optimum te bepalen worden door Landes en Posner een aantal kostencomponenten gehanteerd. De eerste is de investering die noodzakelijk is om het werk te scheppen, ook wel de *cost of expression* genoemd. De tweede component bestaat uit de kosten die gemaakt worden door de reproductie van een exemplaar van het werk. Uitgaande van een dalende vraagcurve, een zekere vorm van substitutie is immers vrijwel altijd mogelijk (op de aanname van de dalende vraagcurve zal in paragraaf 4.5 teruggekomen worden), zal een oorspronkelijke auteur het altijd afleggen tegen een *free rider* die geen *costs of expression* heeft. Het toekennen van exclusieve rechten voorkomt dat een situatie ontstaat waarin geen prikkel om tot de schepping van werken te komen bestaat. Hier tegenover staat dat de schepping van nieuwe werken in niet geringe mate te danken is aan de toegang tot bestaande werken. Dit betekent dat een te ver gaande auteursrechtelijke bescherming contraproductief is in de zin dat de *cost of expression* zo hoog wordt dat het terugverdienen van deze investering ernstig bemoeilijkt wordt en dus een negatieve prikkel voor de schepping van nieuwe werken oplevert³². Hakfoort en Willemsen³³ vatten de welvaartsimplicaties van het model van Landes en Posner als volgt samen:

1. Het optimale beschermingsniveau stijgt met de sociale waarde van een werk.
2. Auteursrechtelijke bescherming voorbij het optimale beschermingsniveau resulteert in de schepping van meer werken, maar tot een lagere welvaartsbijdrage per werk wat tot een lager welvaartsniveau leidt.
3. Indien over tijd de groei in inkomen en door technologische vooruitgang de omvang van de markt voor een gegeven werk toeneemt en de kosten van verveelvoudiging afnemen, dient de auteursrechtelijke bescherming toe te nemen.

De eerste stelling is voor een jurist met oog voor rechtszekerheid interessant. In hoeverre is de sociale waarde van een werk *ex ante* te bepalen? Hadden de werken van Miles Davis een ruimere auteursrechtelijke werking moeten krijgen dan bijvoorbeeld Britney Spears? En wat nu als Britney een even groot stempel gaat drukken op de muziek als Miles Davis heeft gedaan, hoe onwaarschijnlijk dit ook op dit moment moge klinken? In zekere zin raakt de economische analyse hier de later nog te bespreken *social planning* theorie. Het laatste geldt eveneens voor de tweede stelling, blijkbaar resulteert meer bescherming in meer middelmatige werken. De derde stelling is vanuit een juridisch perspectief eveneens problematisch, een in de tijd uitdijende beschermingsomvang op basis van economische ontwikkelingen is niet altijd te verenigen met beginselen van rechtszekerheid. Immers, het

³⁰Cohen Jehoram, H.

³¹Hugenholtz, P.B. (1999), *Sleeping with the enemy*

³²Landes, Posner, p. 332.

³³Hakfoort, J., Willemsen, S. (2000), *Copyright protection: not more but different*, p. 14.

zou denkbaar kunnen zijn dat handelingen die eerst geen inbreuk vormden op een auteursrecht dat later alsnog zouden doen door een groei in het inkomen. Daarmee zou de beschermingsduur van het auteursrecht afhankelijk zijn van onzekere toekomstige ontwikkelingen, wat onverenigbaar is met het rechtszekerheidsbeginsel. Anderzijds is een in de omvang toenemende markt als gevolg van technologische vooruitgang goed te verenigen met het huidige auteursrecht. Het auteursrecht is immers een bundel bevoegdheden die groter wordt met het aantal media en exploitatievormen dat ontstaat, zo weten we sinds het Poortvliet-arrest³⁴.

Op het model van Landes en Posner is kritiek geuit, onder andere door Koboldt³⁵. Het model dat Koboldt als alternatief voorstelt mist echter de tijdsdimensie, wat het beperkt bruikbaar maakt, tenzij men voorstander is van een eeuwigdurend auteursrecht. Hakfoort en Willemsen beschouwen het ontbreken van een terugkoppelingsmechanisme dat rekening houdt met de kosten van de handhaving van het auteursrecht als de belangrijkste reden om het model van Koboldt af te wijzen³⁶.

2.5 *Social planning* theorie

De *social planning* theorie heeft niet zozeer een theoretisch maar meer een ideologisch karakter. Ideologisch omdat de rechtvaardiging voor het toekennen van auteursrechten schuilt in het bereiken van een 'hogere' cultuur, hoewel het in lijn met het debat tussen Hart en Posner over het wezen van het recht ook wel verdedigbaar lijkt om deze benadering als een pure utilistische te benaderen. Niet een correctie op een vermeend marktfalen, zoals bij de economische benadering, maar de productie van cultuurgoederen *an sich* is het streven. Fisher geeft aan dat de functie van het auteursrecht in deze opvatting tweeledig is:

*"The first is a production function. Copyright provides an incentive for creative expression on a wide array of political, social and aesthetic issues, thus bolstering the discursive foundations for democratic culture and civic association. The second function is structural. Copyright supports a sector of creative and communicative activity that is relatively free from reliance on state subsidy, elite patronage and cultural hierarchy."*³⁷

Een juridisch citaat dat tegelijkertijd een verklaring biedt voor het feit dat deze opvatting vooral in de Amerikaanse literatuur wordt uitgedragen, terwijl Europese rechtswetenschappers dit zelden expliciet doen. Een egalitaire visie op cultuur waarbij overheids subsidies en een onderscheid tussen *high culture* en *low culture* als ongewenst wordt beschouwd valt eerder in de Verenigde Staten te verwachten dan in Europa. Ook de gedachte van het culturele discours als fundament van een democratische samenleving is in de Europese opvattingen van het auteursrecht veel minder sterk aanwezig. Er wordt beperkt rekening gehouden met de auteur als 'creatieve' gebruiker³⁸. Hugenholtz geeft hiervan een mooi voorbeeld. Onze auteurswet 1912 mist een expliciete uitzondering op de bescherming van auteurs ten faveure van parodieën. De parodie is een stijlform die haast niet weg te denken valt uit het arsenaal van middelen dat in een politieke en culturele discussie ingezet kan worden. Een leemte die (gelukkig) deels in de jurisprudentie is opgevuld³⁹.

³⁴HR 19 januari 1979, NJ 1979, 412.

³⁵Koboldt, C. (1995), Intellectual property and optimal copyright protection, in: Journal of cultural economics, 1995, nr. 19, pp. 131-155.

³⁶Hakfoort, J., Willemsen, S. (2000), p. 15

³⁷Fisher, W., Theories of intellectual property, http://www.law.harvard.edu/Academic_Affairs/coursepages/tfisher/iptheory.htm

³⁸Hugenholtz, P.B. (1999), p. 9.

³⁹HR 12 april 1984, NJ 1984, 524 m.nt. L.W.H., Rb. Amsterdam, 4 juli 1979, NJ 1990, 196.

Overigens is het niet zo dat deze opvatting van het auteursrecht ontbreekt in Europa, meer dat zij doorgaans onderhuids verweven zit in de wijze waarop auteurs één van de drie andere gedachten die in dit hoofdstuk behandeld worden verwoorden, waarbij de pragmatische verwoording van de rechtsgrond van het auteursrecht in de Wichers Hoeth een goed voorbeeld is:

*"In Nederland is de theorie minder aan bod gekomen, maar naar analogie met het octrooirecht zou men kunnen zeggen dat het auteursrecht de beloning vormt voor het aan de openbaarheid afstaan van intellectuele prestaties. Daardoor moedigt het tevens zodanige prestaties aan, waaraan de maatschappij behoefte heeft"*⁴⁰

De economische rechtvaardiging van het auteursrecht als een afgeleide van de aanmoediging van het openbaar debat als het ware.

Daarbij komt nog dat met name het economisch georiënteerde onderzoek nog al eens een vehikel dreigt te worden van een culturele agenda⁴¹. Ook Cohen Jehoram signaleert een dergelijk verschijnsel en citeert in dit verband Stuyt, de voorzitter van de Stichting Auteursrechtbelangen:

*"Bij de veelheid en urgentie van de vraagstukken waarvoor de volksvertegenwoordiging zich ziet gesteld, wordt een ordening naar prioriteit uitgevoerd waarbij de economische betekenis een gewichtige rol speelt. Het auteursrecht heeft onder andere niet de verdiende belangstelling gekregen, omdat in politieke kringen niet de overtuiging heerste dat de belangstelling ook op economische gronden echt verdiend was. ... Pas indien ook de economische waarde van het auteursrecht erkend wordt en de genererende rol daarvan voor economische (industriële en commerciële) bedrijvigheid wordt ervaren, kan een lange termijn-beleid en een structurele verbetering van de wettelijke bescherming van het auteursrecht tot stand worden gebracht."*⁴²

Cohen Jehoram lijkt overigens de utilistische benadering en de social planning theorieën op één hoop te gooien en geheel te classificeren als 'opportunitetsgronden'⁴³. Een opportunisme dat hij hartgrondig afwijst, echter zoals bij de behandeling van Locke's *labour theory* al werd opgemerkt, is hij een typisch voorbeeld van een Nederlandse schrijver met een benadering van het auteursrecht die sterke verwantschap vertoont met de natuurrechtelijke benadering van eigendom. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het ter discussie stellen van het absolute karakter van het auteursrecht zijn afschuw opwekt. Naar mijn mening is een dergelijk op één hoop vegen van het *social planning* denken met de economische benadering niet juist. Immers, het *social planning* denken heeft een sacraal doel: het maximaliseren van de culturele dialoog en daarmee de intellectuele samenhang binnen de samenleving. Een wezenlijk ander doel dan de economische benadering, het bereiken van een optimale productie van informatieproducten of zo men wilt, abstracte objecten. In het *social planning* denken zal een economisch begrip als overproductie van informatieproducten dan ook niet eenvoudig te plaatsen zijn. Dat beide gedachtengangen verward worden is op zich niet verwonderlijk, beiden zien de beschermwaardigheid van informatieproducten niet als intrinsiek in die producten besloten, in tegenstelling tot de persoonlijkheidstheorieën en de *labour theory*.

⁴⁰Wichers Hoeth, p. 304.

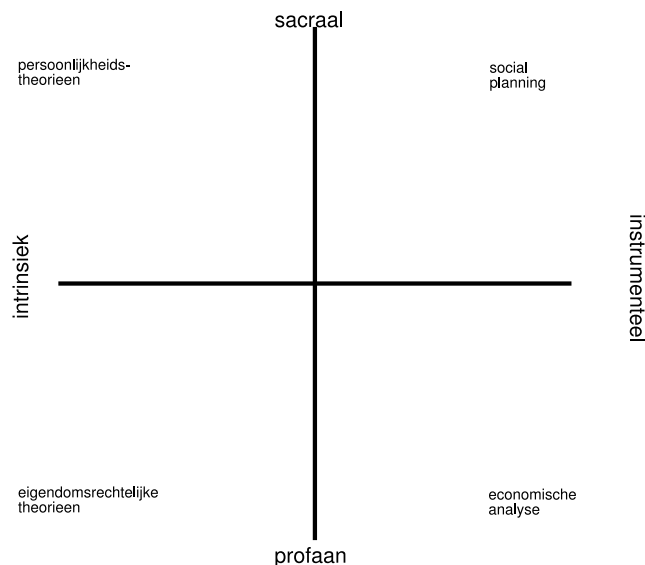
⁴¹Towse, R. (2000), Creativity, incentive and reward, an economic analysis of copyright and culture in the information age, pp. 25-36.

⁴²Cohen Jehoram, H. (1989), Het economisch belang van het auteursrecht en de gevaren daarvan, in: Cohen Jehoram, H. (1993), Kernpunten van auteursrecht, p. 65.

⁴³Cohen Jehoram, H. (1992), Auteursrecht: opportuniteit of recht?, in: Cohen Jehoram, H. (1993), Kernpunten van auteursrecht, pp. 51-53.

2.6 Onderlinge positionering en slotopmerkingen

In dit hoofdstuk zijn de vier belangrijkste gedachtengangen ter rechtvaardiging van het auteursrecht de revue gepasseerd. Wat opvalt is dat als er tegelijkertijd een verband met het positief recht gelegd wordt, er voor elke benadering voorbeelden in zowel de wet als in de jurisprudentie terug te vinden zijn. Bij vergelijking van de vier benaderingen valt ook op dat de verschillen terug te brengen zijn tot twee dimensies. De eerste is de mate waarin het auteursrecht een sacraal karakter heeft en de tweede is de vraag of het auteursrecht vanzelfsprekend is of niet. In een matrix weergegeven zijn de vier theorieën als volgt over deze dimensies verdeeld:



Zowel de persoonlijkheidstheorieën als de *social planning* benadering hebben een sterk sacraal karakter. Beiden kennen het object auteursrecht een heilig karakter toe, de één het beschermen van de creatieve uiting van de persoonlijkheid van de auteur, de andere de verheffing van het culturele debat. Locke's *labour theory* en de economische analyse daarentegen zien de waarde van het auteursrecht als losstaand van de culturele waarde. Over de andere as bezien horen de persoonlijkheidstheorieën en Locke's *labour theory* weer bij elkaar, aangezien het auteursrecht in deze opvattingen inherent is aan de scheppingsdaad terwijl de *social planning* benadering en de economische analyse de bescherming van het auteursrecht juist als een privilege zien dat instrumenteel is voor het bereiken van andere doelen (cultureel debat, compenseren van marktfalen). Het auteursrecht kan gezien worden als een mengeling van deze soms tegenstrijdige, maar ook vaak complementaire gedachtes. Gevolg hiervan is echter dat als er gesproken wordt van een *essential facilities* doctrine die een inbreuk op het auteursrecht rechtvaardigt, men zich af kan vragen waar het desbetreffende auteursrecht op gebaseerd is. Als het om een gegevensverzameling gaat die onder de geschriftenbescherming valt, zal het niet snel relevant zijn om de inbreuk als een schending van de persoonlijkheid van de auteur te beschouwen, om een voorbeeld te noemen. Maar hier wil ik later nog op terugkomen.

In de inleidende paragraaf vermeldde ik al de *sui generis* theorieën als synthese van met name de persoonlijkheids- en de eigendomsrechtelijke benaderingen. Hierin zijn een Duitse en een Franse school te onderscheiden, waarbij de Duitse de eigendomsrechtelijke en de persoonlijkheidsrechtelijke daadwerkelijk tracht te integreren en de Franse een bewust tweesporenbeleid nastreeft⁴⁴. Voor wie

⁴⁴Grosheide, F.W. (1986), pp. 160-166.

geïnteresseerd is in de onderliggende gedachte van het auteursrecht is deze benadering niet bijzonder interessant. Wat haar echter wel interessant maakt is dat de voorstanders van deze benadering pleiten voor zelfstandige categorieën van eigendomsrechten met een geheel eigen karakter, die van de intellectuele eigendomsrechten. Vanuit een rechtssystematisch oogpunt bezien krijgt de *sui generis* benadering alsnog een zelfstandige betekenis, maar dan één die niet zozeer betrekking heeft op de aard maar meer op de positie van het auteursrecht. Een behandeling van de *sui generis* benadering is daarom meer op zijn plaats tijdens de confrontatie tussen het auteursrecht en de *essential facilities* doctrine in hoofdstuk 5.

3 Essential facilities

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wil ik de ontwikkeling van de *essential facilities* doctrine in zowel de Verenigde Staten als in Europa behandelen. Hierbij zal als eerste de geschiedenis van deze rechtsfiguur in de Verenigde Staten behandeld worden, inclusief de kritiek in de literatuur, waarna de evolutie van de *essential facilities* doctrine in het communautaire recht aan bod zal komen. Vervolgens zal er kort stilgestaan worden bij de plaats van de doctrine in de Nederlandse Mededingingswet en de daaraan gerelateerde jurisprudentie. Tot slot zal er een beknopte vergelijking van de uitwerking van de *essential facilities* doctrine in de VS en de EU plaatsvinden.

3.2 De doctrine in de Verenigde Staten

De oorsprong van de *essential facilities* doctrine ligt, zoals bij wel meer mededingingsrechtelijke concepten het geval is, in de Verenigde Staten. Hierbij heeft een reeks arresten en de daaropvolgende kritiek vanuit de vakliteratuur de doctrine gevormd. In deze paragraaf worden de drie belangrijkste uitspraken van het US Supreme Court waar de doctrine in wortelt besproken, gevolgd door een bespreking van de heersende leer voor wat nu de criteria voor toepassing van de doctrine zouden moeten zijn.

3.2.1 St. Louis Railroad Terminal Association

In 1912 wees het Supreme Court een arrest in een conflict tussen de federale overheid en de St. Louis Railroad Terminal Association. Het ging hier om een vermeende overtreding van de toen nog jonge Sherman Act door een groep van spoorwegmaatschappijen. De spoorwegmaatschappijen, verenigd in de St. Louis Railroad Terminal Association, controleerden de toegang tot een tweetal spoorbruggen over de Mississippi in St. Louis. St. Louis was indertijd een belangrijk spoorwegknooppunt waar niet minder dan 24 spoorlijnen samenkwamen. De specifieke geografische en topografische gesteldheid maakte het onhaalbaar om een derde spoorbrug over de Mississippi te bouwen in de directe omgeving van St. Louis, terwijl de stad St. Louis indertijd één van de grootste spoorwegknooppunten ter wereld was, waar een groot deel van het handelsverkeer tussen de staten Missouri en Illinois over verliep. Voor het US Supreme Court waren deze omstandigheden zo buitengewoon dat het een inbreuk op het eigendomsrecht van de St. Louis Railroad Terminal Association rechtvaardigde:

"But the situation at St. Louis is most extraordinary, and we base our conclusion in this case, in a large measure, upon that fact. The 'physical or topographical condition peculiar to the locality,' which is advanced as a prime justification for a unified system of terminals, constitutes a most obvious reason why such a unified system is an obstacle, a hindrance, and a restriction upon interstate commerce, unless it is the impartial agent of all who, owing to condition, are under such compulsion, as here exists, to use its facilities."

De St. Louis Railroad Terminal Association werd dan ook gedwongen om onder gelijke voorwaarden toegang tot de twee spoorbruggen te verlenen aan spoorwegmaatschappijen die niet bij dit samenwerkingsverband waren aangesloten.

Met deze uitspraak van het Supreme Court is de kiem van de *essential facilities doctrine* gelegd, zonder het woord *essential* in combinatie met *facilities* te gebruiken, zoals Behr¹ opmerkt. Wat ook door meerdere schrijvers opgemerkt wordt is dat er in de St. Louis Railroad Terminal Association zaak sprake was van een overtreding van sectie 1 van de Sherman Act, terwijl de *essential facilities doctrine* in latere jurisprudentie hoofdzakelijk is gehanteerd bij de toepassing van sectie 2 van de Sherman Act. Sectie 2 beslaat het anti-competitief gedrag van individuele ondernemingen en stelt veel zwaardere eisen voordat er van een overtreding gesproken kan worden dan bij Sectie 1 overtredingen het geval is. Sommige schrijvers² zijn dan ook van mening dat niet St. Louis Railroad Terminal Association, maar latere zaken de doctrine geïntroduceerd hebben. Het zou hierbij gaan om *United States v. Griffith* en *Otter Tail Power v. United States*. Door anderen wordt de hierna te bespreken *Otter Tail* zaak weer gezien als een uitwerking van *St. Louis Railroad Terminal Association*.

3.2.2 Otter Tail Power

In *Otter Tail Power*³ ging het om de weigering van het gelijknamig elektriciteitsdistributiebedrijf om aan gemeentelijke elektriciteitsdistributeurs te leveren. *Otter Tail Power*, een elektriciteitsdistributeur in het Noord-Oosten van de Verenigde Staten, had een groot aantal concessies voor de exploitatie van gemeentelijke elektriciteitsnetwerken. In een aantal gemeentes verliep de concessie van *Otter Tail* zonder een daaropvolgende verlenging. In plaats hiervan werden er gemeentelijke distributiebedrijven opgericht die voor de toelevering van de bij elektriciteitsproducenten, in het bijzonder het Federal Bureau of Reclamations, ingekochte elektriciteit afhankelijk waren van *Otter Tail's* regionale distributienetwerk. *Otter Tail* weigerde het transport van elektriciteit en weigerde eveneens om zelf elektriciteit aan de gemeentelijke elektriciteitsbedrijven te leveren. In casu kwamen zowel het District Court als het Supreme Court tot de conclusie dat de weigering om te leveren louter diende ter voorkoming van een aantasting van *Otter Tail's* monopoliepositie door gemeentelijke elektriciteitsbedrijven⁴. Het Supreme Court bevestigde dan ook het vonnis van het District Court dat *Otter Tail* misbruik had gemaakt van haar monopoliepositie op de *wholesale* markt voor de distributie van elektriciteit om haar monopoliepositie in de *retail* markt te handhaven. Een uitspraak waarop de nodige kritiek is geleverd, met name op de wijze waarop het Supreme Court de relevante markt afbakende⁵. De markt werd afgebakend door het percentage plaatsen te nemen dat door *Otter Tail* van elektriciteit voorzien werd. Op deze wijze kwam men op een marktaandeel van 91% terwijl het energievolume dat door *Otter Tail* in hetzelfde geografische gebied werd afgezet slechts 30% van het totaal besloeg. Een structuuranalyse die, zoals Kleit en Michaels⁶ terecht opmerken, nagenoeg betekenisloos is. Ook werd in *Otter Tail* door het Supreme Court nergens expliciet verwezen naar een *essential facilities doctrine*. Kezsbom en Goldman zijn dan ook van mening dat:

"a helpful way of understanding the doctrine is to view it as 'branch of the law governing when a monopolist, or a group of with aggregate monopoly power, has a duty to deal with

¹Behr, D. (1998), Learning How to Share: The Essential Facilities Doctrine Revisited, student paper, in: *Computers and the Law* (L9023), Columbia University, Fall 1998.

²Kezsbom, A, Goldman, A.V. (1996), No shortcut to antitrust analysis: the twisted journey of the "essential facilities" doctrine, in: *Columbia Business Law Review*, iss. 1, 1996, p. 3.

³410 U.S. 366.

⁴Zie de opinie onder III.

⁵Kleit, A.N., Michaels, R.T.J. (1994), Antitrust, rent-seeking, and regulation: the past and future of *Otter Tail*, in: *The Antitrust Bulletin*, fall 1994, p. 709.

⁶Kleit, A.M., Michaels, R.T.J. (1994), p. 725.

*competitors. In practice, many cases cited as examples of the doctrine's purported application actually represent traditional analysis that could have been approached utilizing some accepted Section 2 theory, such as monopoly leveraging, or abuse of monopoly power."*⁷

3.2.3 Aspen Skiing

Een andere, mededingingsrechtelijk minstens zo omstreden, casus is Aspen Skiing⁸. Het ging hier om Highlands, de exploitant van één van de vier belangrijkste bergen bij Aspen (Colorado), tegen de exploitant van de drie andere bergen. In de periode van 1962 tot 1977 boden de beide exploitanten een gezamenlijke 'all-Aspen' skipas aan en verrekenden de opbrengst op basis van streekproefsgewijze onderzoeken naar het werkelijke gebruik van de verschillende pistes. Ski Co., de exploitant van de drie andere bergen wijzigde het beleid en wilde voor het seizoen 1977-1978 niet meer dan 13,2% van de omzet over de 'all-Aspen' skipas aan Highlands afstaan. Een percentage dat beduidend lager lag dan het historisch, op werkelijk gebruik gebaseerde, gemiddelde. In de onderhandelingen kwamen de partijen uiteindelijk tot 15% voor het seizoen 1977-1978. Voor het seizoen 1978-1979 wilde Ski Co. niet meer bieden dan 12,5% in een bewuste poging om de samenwerking te beëindigen. Highlands probeerde vervolgens om Ski Co. skipassen in te kopen om zo alsnog een 'all-Aspen' aanbieding te kunnen doen. Ski Co. weigerde om skipassen aan Highlands te verkopen, zelfs niet tegen consumentenprijs. Highlands klaagde vervolgens Ski Co. aan op grond van schending van sectie 2 van de Sherman Act. Zowel in eerste instantie als in hoger beroep werden haar vorderingen toegewezen. Interessant hierbij is dat het Court of Appeals expliciet stelde dat een meerdaagse 'all-Aspen' skipas als een *essential facility* getypeerd kan worden, zich beroepend op of St. Louis Railroad Terminal Association.

3.2.4 Criteria voor toepassing van de doctrine

Een duidelijk geheel van criteria voor toepassing van de *essential facilities* doctrine ontbreekt in de drie beschreven mededingingszaken. Het leerstuk dreigde dan ook een kapstok te worden op basis waarvan concurrenten toegang tot elkaars faciliteiten af konden dwingen zonder dat er een duidelijke aanleiding toe bestond. Areeda⁹ pleit voor terughoudendheid en heeft een zestal principes geformuleerd die van groot belang zijn geweest in de verdere ontwikkeling van het leerstuk in de VS. De principes zijn:

1. Er bestaat geen algemene plicht om te delen. Verplichte toegang, als het al zou moeten bestaan, zou uiterst uitzonderlijk moeten zijn.
2. De faciliteit van een enkele onderneming, te onderscheiden van een samenwerkingsverband van ondernemingen, is alleen dan essentieel als het kritisch is voor de levensvatbaarheid van de klagende onderneming in de relevante markt en de aanwezigheid van de klagende onderneming essentieel is voor de mededinging in die markt.
3. Er zou geen leverplicht moeten bestaan, tenzij een dergelijke leverplicht de mededinging substantieel bevordert, hetzij door lagere prijzen, hetzij door een groter productievolume of meer innovatie. Een dergelijke verbetering is onwaarschijnlijk als a) een leverplicht wenselijk gedrag zou ontmoedigen; b) de klagende partij geen werkelijke of potentiële concurrent is; c) de klagende partij slechts in de plaats van de monopolist treedt of diens monopoliewinsten deelt; of d)

⁷Kezsbom, A., Goldman, A.V. (1996), p 5.

⁸472.U.S.585, 1985.

⁹Areeda, P. (1990), Essential facilities: an epithet in need of limiting principles, in: Antitrust Law Journal, vol. 58, 1990, p. 852)

als de monopolist al het gebruikelijke privilege heeft om monopolieprijzen voor diens producten te rekenen.

4. Zelfs als aan deze condities voldaan wordt is het weigeren van toegang niet zonder meer onrechtmatig; rechtmatige zakelijke doelen zouden de monopolist moeten redden in een dergelijk geval.
5. De intenties van de monopolist zijn zelden verhelderend aangezien iedere onderneming die faciliteiten aan concurrenten ontzegt dit zal doen om de mededinging te beperken en winsten te vergroten. Het criterium in dezen moet de vraag zijn of de monopolist de intentie heeft om op onbillijke wijze anderen uit te sluiten.
6. Geen leverplicht zou opgelegd mogen worden zonder een afdoende motivatie en redelijke mogelijkheid tot toezicht op de naleving van de verplichting. Een dergelijk toezicht is redelijkerwijze niet mogelijk als dit de rechter in een positie brengt die vergelijkbaar is met die van een permanent toezichthoudend orgaan. Een leverplicht is haalbaar als a) het om toetreding van een consortium gaat, zeker in de oprichtingsfase; b) een desinvestering anderszins toepasselijk of effectief is; of c) als er zoals in *Otter Tail* al een toezichthoudend orgaan bestaat dat op de onderhandelingen toe kan zien. Echter, het bestaan van een rechtsmiddel is geen reden om het toe te kennen. Het gedwongen delen van faciliteiten zou uitzonderlijk moeten blijven.

Een gezaghebbende auteur als Korah¹⁰ dicht aan de zes criteria van Areeda een cruciale rol toe in het verminderen van de wildgroei van mededingingszaken waarin een beroep op de *essential facilities* doctrine gedaan werd. Het lijkt er ironisch genoeg op dat Areeda met zijn kritiek op de *essential facilities* doctrine, die hij de betiteling doctrine onwaardig acht¹¹, het concept van een raamwerk voorziet wat alsnog de betiteling doctrine rechtvaardigt. Een mooi voorbeeld van opbouwende kritiek derhalve.

3.3 De doctrine in de Europese Unie

De leer van de essential facilities is in de Europese rechtspraak ingebed in de jurisprudentie op basis van de artikelen 81 en 82 (art. 85 en 86 oud) van het EG verdrag. De reden dat de essential facilities doctrine relatief laat tot ontwikkeling lijkt te zijn gekomen in het communautaire recht is dat in vroege Europese jurisprudentie zoals *Commercial Solvents*¹² en *United Brands*¹³ een verticale leverplicht werd aangenomen in gevallen van een dominante marktpositie. Temple Lang¹⁴ merkt hier het volgende over op:

“What the Commission now calls essential facility cases were simply merged with what was regarded as the general class of cases in which dominant companies have a duty to supply, and it was not thought necessary even to distinguish between supply to competitors and customers not in competition with the dominant supplier.”

¹⁰Korah, V. (2000), Access to essential facilities under the commerce act in the light of experience in Australia, the European Union and the United States, in: Victoria University of Wellington Law Review, vol 21, 2000, p. 232.

¹¹Areeda, P. (1990), p. 841.

¹²*Commercial Solvents*, HvJ EG 6 maart 1974, NJ 1974, 452.

¹³*United Brands*, HvJ EG 14 februari 1978.

¹⁴Temple Lang, J. (1994), Defining legitimate competition: companies' duty to supply competitors and access to essential facilities, in: Fordham International Law Journal, nr. 18, 1994, p. 445.

In deze paragraaf worden de drie belangrijkste zaken behandeld waarin daadwerkelijk van de essential facilities doctrine gesproken werd. Voor een werkelijk uitputtende behandeling van de essential facilities doctrine in het Europees recht tot en met Magill wil ik naar het hierboven geciteerde artikel van Temple Lang verwijzen.

3.3.1 Sealink

In feite zijn er een tweetal Sealink zaken geweest, doorgaans wordt echter met Sealink de zaak Sealink/Sea Containers¹⁵ bedoeld. Deze is echter voorafgegaan door de zaak Sealink/B & I Holyhead¹⁶. Om de tweede, belangrijkere, zaak toch in een beter perspectief te kunnen zetten wil ik in deze paragraaf beide zaken behandelen.

Met de Sealink/B & I Holyhead werd de *essential facilities* doctrine onder die naam in het communautaire mededingingsrecht geïntroduceerd. Zowel Sealink als B & I Holyhead onderhielden een veerdienst tussen Holyhead in het Verenigd Koninkrijk en de Ierse hoofdstad Dublin. Sealink was daarnaast de exploitant van de haven Holyhead en had in die hoedanigheid controle over de vaarschema's. Door de specifieke topografie van de haven van Holyhead, gecombineerd met het getij in de Ierse Zee, is het gebruik van deze haven slechts beperkt mogelijk. Daarbij kwam nog dat de aanlegplaats van B & I zo sterk beïnvloed werd door golfslag veroorzaakt door passerende schepen dat tijdens de passage van een andere schip alle loopplanken, laadkleppen etc. ingehaald moesten worden. Een situatie die de efficiënte bedrijfsvoering van een veerdienst in hoge mate negatief beïnvloedt. Sealink wilde de dienstregeling van haar veerdienst in 1991 dusdanig wijzigen dat in de periode dat het veerschip van B & I aangemeerd zou liggen voor het laden en lossen, twee maal in plaats van eenmaal een ander veerschip zou passeren. In de hieropvolgende klachtprocedure bij de Europese Commissie kwam het tot tijdelijke maatregelen waarin Sealink werd verboden het nieuwe vaarschema in te voeren. Tijdens de procedure werd de relevante markt afgebakend als zijnde de veerdiensten via de centrale corridor door de Ierse Zee. De overige routes ten noorden en ten zuiden van Holyhead werden door de commissie buiten beschouwing gelaten.

In 1992 verscheen een derde rederij, Sea Containers, met plannen om een specifieke veerdienst, een zogenaamde *fast ferry*, op Ierland vanuit Holyhead te exploiteren vanaf mei 1993. In de daaropvolgende onderhandelingen met Sealink werd door laatstgenoemde een aantal problemen opgeworpen, waaronder de beperkingen die opgelegd waren in B & I/Sealink, en het feit dat er een omvangrijke reconstructie van de haven van Holyhead op stapel stond. Uiteindelijk bood zij de keuze uit drie verschillende schema's op drie verschillende kades aan, waarvan er twee op technische gronden ongeschikt waren voor het type veerboot dat Sea Containers wilde inzetten. De tijdstippen waarop de derde kade beschikbaar was waren onbruikbaar voor een commerciële veerdienst op Ierland. De partijen konden het niet eens worden en op 15 april 1993 diende Sea Containers een klacht in bij de Europese Commissie. Op 24 mei 1993 diende Stena Sealink, een aan Stena Sealink Ports gelieerde onderneming, een aanvraag in voor tijdsloten voor de exploitatie van een eigen, op die van Sea Containers lijkende, snelle veerdienst naar Ierland vanuit Holyhead. Deze aanvraag werd op 28 mei 1993, inclusief een goedgekeurd vaarschema voor 1993 en 1994, gehonoreerd.

Het geschil concentreerde zich op de vraag of er sprake was van misbruik van een dominante positie in de zin van art. 82 EG. De Commissie kwam tot de conclusie dat er in casu inderdaad sprake was van misbruik van een dominante marktpositie die een direct effect had op het handelsverkeer tussen lidstaten, maar dat, gezien de omstandigheid dat Sea Containers inmiddels een tijdslot was aangeboden dat zij als essentieel voor de commerciële exploitatie van een veerdienst beschouwde er

¹⁵EC IV 34.689 (1994), PB nr L015, p. 8.

¹⁶EC IV 34.17(1992), 5, CMLR 255.

geen sprake was van een gevaar voor ernstige en onomkeerbare schade die maatregelen tegen Sealink zou rechtvaardigen.

Op deze conclusie van de Commissie is in de literatuur kritiek geleverd. Kritiek die zich met name concentreert op de afbakening van de relevante markt, waarbij alternatieve routes zoals die tussen Liverpool en Dublin buiten beschouwing bleven door alleen de centrale corridor door de Ierse Zee als de relevante markt te beschouwen¹⁷. Daar valt tegen in te brengen dat gezien de in de communautaire jurisprudentie gehanteerde lijn op het punt van de bepaling van substantiële delen van de gemeenschappelijke markt¹⁸ deze afbakening niet uit de toon valt.

3.3.2 Magill

Een zaak die beduidend meer stof heeft doen opwaaien is Magill¹⁹. Niet zonder reden, want het lijkt hier te gaan om de eerste toepassing van de essential facilities doctrine op een auteursrechtelijk beschermd werk, wat op mededingingsrechtelijk gebied in de Verenigde Staten niet of nauwelijks is voorgekomen²⁰. In Magill ging het om een conflict tussen Magill TV Guide Ltd. en een aantal televisiestations in het Verenigd Koninkrijk en Ierland. Magill wilde een wekelijkse televisiegids met daarin de overzichten van zowel Ierland als het Verenigd Koninkrijk op de markt brengen en had daardoor de programmeergegevens van de betrokken televisiestations nodig. Nadat deze levering van de gegevens hadden geweigerd en zich daarbij op het auteursrecht op deze gegevens beriepen om het uitbrengen van de gids van Magill te voorkomen diende Magill een klacht in bij de Europese Commissie op grond van misbruik van een machtspositie in de zin van art. 82 van het EG verdrag. De Commissie stelde Magill in het gelijk en uiteindelijk werd het geschil beslecht door het Hof van Justitie. De televisiemaatschappijen stelden zich op het standpunt dat een gedraging, die naar nationaal recht onder een als auteursrecht aangemerkt recht valt, aan elke toetsing aan de hand van art. 82 EG ontsnapten dat er in casu geen sprake was van misbruik van een machtspositie in de zin van art. 82 EG. Het Hof maakte tamelijk korte metten met deze opvatting in r.o. 48, een opvatting die niet door alle commentatoren gedeeld zal zijn. Miller²¹ is in zijn commentaar op de conclusie van AG Jacobs stellig van mening dat het uitoefenen van een intellectueel eigendomsrecht geen resultante van een economische machtspositie is en derhalve geen misbruik van marktmacht kan opleveren. Miller baseert zijn stellingname op de gedachte dat intellectuele eigendomsrechten niet voortvloeien uit een dominante marktpositie maar uit nationale wetgeving. Hieruit zou voortvloeien dat de uitoefening van een intellectueel eigendomsrecht nooit misbruik van een dominante marktpositie kan betekenen. De redenering van Miller gaat mank, aangezien art. 82 EG nergens rept van waar specifieke oorsprong van de machtspositie moet liggen wil zij onder het bereik van dit artikel vallen. In zekere zin wordt de hele discussie, ondanks de verwijzing naar Volvo/Veng²² in het arrest ontweken. Zoals Verkade in zijn noot bij Magill opmerkt kent het Hof veel belang toe aan de omstandigheid dat in casu de televisiestations niet alleen als opsteller auteursrechthebbende zijn, maar dat zij tevens de enige bron van feitelijke gegevens zijn. Een andere belangrijke overweging voor het Hof om tot een leverplicht te concluderen was het feit dat de weigering om te leveren de introductie van een nieuw product, te weten een weekblad met daarin de televisiegids voor zowel het Verenigd Koninkrijk als die van Ierland, verhinderde.

¹⁷Maltby, N. (1993), Restrictions on port operators: Sealink/B & I Holyhead, in: *European Common Law Review*, iss. 5, 1992, p. 224.

¹⁸Temple Lang, J. (1994), pp. 484-485.

¹⁹Magill, HvJ, 6 april 1995, CMLR 718, NJ 1995, 492.

²⁰Prescott, D., Bucher, K.A. (1999), EU competition law; essential facilities doctrine, in: *The National Law Journal*, Dec. 20, 1999, p. B16.

²¹Miller, C.G. (1994), p. 416.

²²Volvo/Veng, HvJ EG 5 oktober 1988, NJ 238, 87.

3.3.3 Bronner

Werd Magill door sommige auteurs wel de hoogwatermarkering van de golf van beroepen op de *essential facilities* doctrine in het communautaire recht genoemd²³, Bronner²⁴ kan in dezelfde metafoor wel als de golfbreker beschouwd worden²⁵. In dit arrest van het Hof van Justitie is een aantal criteria geformuleerd waar aan voldaan moet worden wil men op basis van de *essential facilities* doctrine kunnen spreken van een leverplicht. In de zaak Bronner tegen Mediaprint ging het om de toegang tot een distributienetwerk voor tijdschriften en dan met name dagbladen. Oscar Bronner is een betrekkelijk marginale speler op de Oostenrijkse markt voor ochtendbladen en daardoor te klein om een eigen thuisbezorgsysteem met landelijke dekking op rendabele wijze te exploiteren. Om er toch in te slagen een landelijk ochtendblad thuis te laten bezorgen eiste Bronner met een beroep op de *essential facilities* doctrine toegang tot het bezorgingssysteem van Mediaprint, de enige dagbladuitgever in Oostenrijk die een dergelijk systeem exploiteerde. Bronner zag in de uitkomst van Magill een reden om een leverplicht aan te nemen. Het Hof dacht hier echter anders over en gaf een nadere precisering van Magill in r.o. 41:

“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, kunnen niet alleen de weigering om de dienst van thuisbezorging te leveren, 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 werkzaamheid van deze laatste, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor het thuisbezorgingssysteem bestaat.”

Verderop in het arrest, in r.o. 45 wordt nog het volgende opgemerkt:

“... dat om aan te tonen dat de opzet geen realistisch potentieel alternatief vormt en dat de toegang tot het bestaande systeem derhalve onontbeerlijk is, niet kan worden volstaan met het argument, dat het systeem wegens de geringe oplage van de te distribueren dagbladen niet economisch rendabel is.”

Bergman²⁶ interpreteert deze benadering als een mogelijke stellingame dat het Hof van mening is dat een faciliteit niet dupliceerbaar is als de markt het karakter heeft van een natuurlijk monopolie in de klassieke zin des woords. Een dergelijke restrictieve interpretatie van de *essential facilities* doctrine is in zijn ogen ongewenst bij generieke toepassing van de leer. Hij staat dan ook een mildere lezing voor:

“The statements of the Court could be read to imply that it must be economically impossible for every firm to duplicate the facility starting from any marketshare - unless it could simply replace the incumbent firm.”

²³Korah, V. (2000), p. 250.

²⁴Bronner/Mediaprint, HvJ EG 26 november 1998, C-7/97.

²⁵Bergman, M.A. (2000), The Bronner case - a turning point in the essential facilities doctrine?, in: European Competition Law Review, iss. 2., 2000, pp. 59-63.

²⁶Bergman, M.A. (2000), p. 61.

Akyüret-Kievits²⁷ distilleert uit de al eerder aangehaalde r.o. 41 de volgende criteria voor de toepassing van de essential facilities doctrine:

1. Door de weigering tot levering van de *essential facility* wordt elke mededinging op de afgeleide markt uitgesloten.
2. De weigering tot levering kan niet objectief worden gerechtvaardigd.
3. Het product of de dienst waarvan de levering geweigerd wordt is onontbeerlijk voor het uitoefenen van de activiteiten op de afgeleide markt.
4. Er zijn technische, reglementaire of economische hindernissen waardoor het voor een concurrent in het algemeen onmogelijk of onredelijk moeilijk is om de *essential facility* te dupliceren.

Interessant in de zaak Bronner is dat de conclusie van AG Jacobs expliciet aanhaakt bij de jurisprudentie in de VS op dit gebied. De AG vat deze in een vijftal hoofdregels samen, waarvan er vier overeenkomen met de hiervoor genoemde criteria met als toevoeging de eis dat het mogelijk moet zijn de voorziening ter beschikking te stellen. Het Hof verwijst nergens zo expliciet naar de Amerikaanse opvattingen, maar het feit dat de motivering van het arrest sterke gelijkenis vertoont met de betoogtrant van de AG doet op zijn minst vermoeden dat er geen werkelijke andere invulling van de *essential facilities* doctrine wordt gehanteerd. Hoewel er in de literatuur veel aandacht is besteed aan de zaak Bronner moet opgemerkt worden dat de vier, zo men wilt, vijf hoofdregels van Bronner al terug te vinden zijn in de conclusies van het ruimschoots voor dit arrest verschenen artikel van Temple Lang²⁸. Bronner kan dan ook beschouwd worden als een verheldering en continuering van de al bestaande lijn op het gebied van de *essential facilities* doctrine.

In de verschenen commentaren op Bronner is de economische analyse van den Hertog²⁹ een interessante uitzondering. Op basis van een hoofdzakelijk statische analyse komt hij tot de conclusie dat het Bronner-arrest inefficiëntie bevordert. Een conclusie die weinig overtuigend is, aangezien de gehanteerde economische analyse een aantal cruciale factoren, waaronder de reguleringskosten, die verderop in het artikel wel genoemd worden, niet in beschouwing neemt. Een meer uitvoerige, het Bronner-arrest overstijgende, economische analyse van de *essential facilities* doctrine is die van Larouche die in paragraaf 3.4.2 besproken zal worden.

3.3.4 De weerslag in het Nederlands mededingingsrecht

In Nederland is in 1998 de Mededingingswet ingevoerd. In art. 24 verbiedt deze misbruik van een economische machtspositie, terwijl art. 1 onder i een machtspositie definieert als een

“positie van een of meer ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan te verhinderen door hun de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of eindgebruikers te gedragen.”

Uit de wetsgeschiedenis blijkt expliciet dat men heeft willen aanhaken bij de communautaire jurisprudentie op dit gebied. In de memorie van toelichting wordt hierbij het volgende opgemerkt:

²⁷Akyürek-Kievits, H.E. (1999), Accepteert het Hof de leer van de 'essential facilities'?, in: Nederlands tijdschrift voor Europees recht, nr. 1/2, jan/feb 1999, p. 12.

²⁸Temple Lang, J. (1994), p. 524.

²⁹Hertog, J.A. den (2001), Efficiëntie en 'essential facilities'. Een economische analyse van het Bronner-arrest, in: Markt en Mededinging, nr. 1., 2001, pp. 14-21.

“Vervolgens is van belang de structuur van de onderneming zelf, waarbij het gaat om de mate waarin zij zelf een concurrentievoorsprong heeft door bijvoorbeeld technologische en financiële reserves, productiecapaciteit, toegang tot bepaalde voorzieningsbronnen en grondstoffen.”³⁰

Inmiddels beginnen de contouren zich af te tekenen van de rechterlijke interpretatie van art. 24 Mededingingswet. Twee reeksen van geschillen zijn hierbij van belang. De eerste is het geschil tussen het Telegraafconcern en de NOS en HMG, waarbij het net als in Magill om omroepgegevens ging. De tweede is het conflict tussen Denda en KPN, waar het conflict om de gegevens van telefoonnummers gaat. Hoewel het conflict tussen de Telegraaf en de omroepen onmiddellijk na de inwerkingtreding van de Mededingingswet aan de door diezelfde wet in het leven geroepen Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) werd voorgelegd, spelen zowel Magill als Bronner naast de Mededingingswet een grote rol, iets wat ook voor Denda/KPN geldt. Opvallend verschil tussen beide zaken is dat het conflict tussen Denda en KPN, dat onder de competentie van de OPTA viel, vrij snel opgelost was terwijl de NMa niet in staat bleek het geschil tussen de Telegraaf en de omroepen tot een snel einde te brengen doordat hij geen invloed kon uitoefenen op de prijs van de te leveren gegevens. Gezien de sterke gelijkenis van genoemde met Magill is de uitkomst dat de Mededingingswet ruimte biedt voor dwanglicenties weinig verwonderlijk. Gezien de Nederlandse gewoonte in de rechtspraak om het auteursrecht en aanverwante intellectuele eigendomsrechten een bijna onaantastbare status toe te kennen is het nog maar de vraag of de Mededingingswet zonder Magill op deze manier geïnterpreteerd zou zijn.

3.4 Economische analyse van de doctrine

In de literatuur is een aantal economische analyses van de doctrine verschenen. De twee belangrijkste zijn die van Bergman³¹ en Larouche³². De verdienste van de eerste is dat het een economische analyse biedt van wat er nu essentieel is aan een faciliteit, de kracht van de tweede is vooral gelegen in het feit dat er een kosten-baten analyse gemaakt wordt van de doctrine.

3.4.1 Law of one product

In de analyse van Bergman wordt het ontstaan van weigeringen om te leveren verklaard op basis van uitzonderingen op de 'law of one product'. Deze wetmatigheid luidt dat het voor een monopolist die een verticale keten beheerst niet uit mag maken hoeveel spelers er lager of hoger in de keten actief zijn. Immers, de gehele monopoliewinst kan in de ene schakel die door deze beheerst wordt geconcentreerd worden. Het kan zelfs aantrekkelijk zijn voor de monopolist om competitie in lagere schakels van de keten aan te moedigen om interne efficiëntie te bevorderen. Volgens Bergman zijn er slechts vier uitzonderingssituaties denkbaar waarin het voor de monopolist aantrekkelijk zal zijn om de mededinging in lager gelegen schakels van de keten te frustreren.

1. De schakel van de monopolist is onderhevig aan prijsregulering door de overheid. Als gevolg daarvan is de monopolist niet in staat om de monopoliewinst in de eigen schakel te concentreren;

³⁰MvT Mededingingswet, TK 24 707 nr. 3, p. 24.

³¹Bergman, M.A. (2001), The role of the essential facilities doctrine, in: The Antitrust Bulletin, Summer 2001, pp. 403-430.

³²Larouche, P. (2000), The basis of EC telecommunications law after liberalization, pp. 165-217.

2. De productiefactoren in de lageregelegen markten worden niet in vaste verhoudingen ingezet, wat betekent dat de productiefactor die afhankelijk is van het gemonopoliseerde product gesubstitueerd kan worden door andere productiefactoren;
3. Een hoger of lager gelegen schakel in de keten is een monopoliemarkt die niet door de monopolist wordt beheerst, wat aanleiding is om verticaal te willen integreren;
4. De toetreding tot de eigen markt wordt vergemakkelijkt als de toetreder al actief is in lagere schakels van de keten.

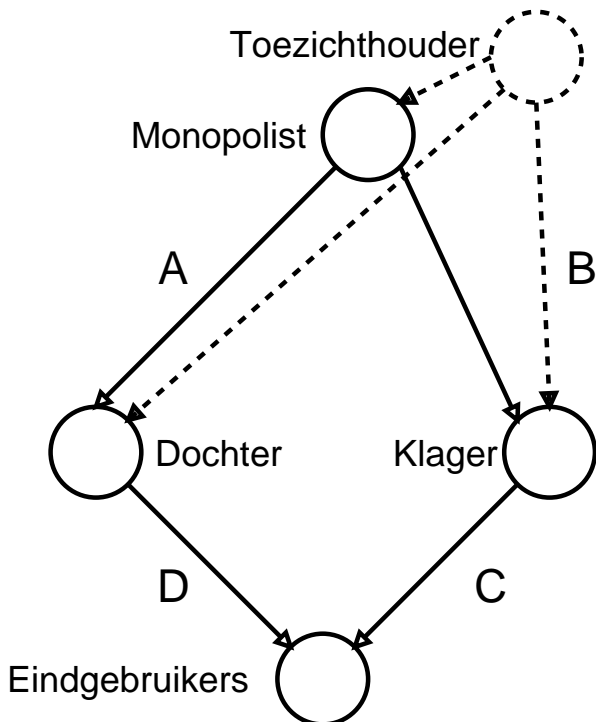
Sommige van deze redenen zijn efficiëntiebevorderend, anderen puur anticompetetief. Voor Bergman is het alleen al daarom niet vanzelfsprekend dat een weigering om te leveren aanleiding is om de doctrine toe te passen.

3.4.2 Kosten-baten analyse van de doctrine

Larouche geeft in zijn dissertatie een kosten-baten analyse van de doctrine die zowel breder als diepgravender is dan de eerder aangehaalde analyse van den Hertog. De analyse van Larouche omvat de volgende kostencomponenten:

- Kosten voor de monopolist voor het verlenen van toegang (A);
- Kosten van het toezicht op de toegangsverlening (B);
- Kosten van de klagende partij (C);
- Baten voor de eindgebruikers (D);

De onderlinge samenhang van deze elementen kan als volgt afgebeeld worden:



Op basis van dit model komt hij tot een zestal mogelijke situaties:

1. De baten voor de eindgebruiker zijn groter dan de toegangsverleningskosten voor de monopolist opgeteld bij de kosten van het toezicht, maar deze zijn groter dan de kosten van duplicatie van de faciliteit.
2. De baten van de eindgebruikers zijn groter dan de kosten van duplicatie van de faciliteit, maar deze zijn groter dan de kosten van interventie.
3. De kosten van interventie zijn groter dan de baten van de eindgebruiker, die op hun beurt groter zijn dan de kosten van duplicatie van de faciliteit.
4. De kosten van interventie overstijgen de kosten van duplicatie terwijl de kosten van duplicatie groter zijn dan de baten voor de eindgebruikers.
5. De kosten van duplicatie zijn groter dan de baten voor de eindgebruikers, die groter zijn dan de kosten van interventie.
6. De kosten van duplicatie zijn groter dan de kosten van interventie die groter zijn dan de baten voor de eindgebruikers.

Alleen in de situaties (2) en (5) is interventie vanuit een economisch gezichtspunt bezien wenselijk.

Hoewel de analyse van Larouche zoals hij zelf al opmerkt tamelijk naïef in zijn aannames is, geeft deze toch een goed beeld van wanneer de toepassing van de *essential facilities* doctrine vanuit een economisch perspectief gerechtvaardigd zou zijn. Een verdienste van het model is ook dat het op een economisch inzichtelijke wijze verwoordt wat de criteria van Areeda (zie paragraaf 3.2.4) nu eigenlijk betekenen, namelijk dat toepassing van de doctrine onder slechts zeer specifieke omstandigheden gerechtvaardigd is.

3.5 Slotopmerkingen

Bij een vergelijking van de *essential facilities* in de VS en Europa valt een aantal punten op. Als eerste is in beide stelsels de werking van de doctrine, na een initiële periode van expansie, inmiddels teruggebracht tot vrij specifieke omstandigheden. In beide jurisdicties lijkt de uitdijende toepassing van de doctrine gestuit, waarbij in de VS het artikel van Areeda een grote rol lijkt te hebben gespeeld en in de EU het Bronner-arrest een soortgelijke rol heeft vervuld. Verder kan op basis van de jurisprudentie in beide jurisdicties betoogd worden dat de doctrine vooral is toegepast in situaties waar de monopolist zijn positie niet zozeer aan eigen inventiviteit en commercieel inzicht heeft te danken danwel aan een gelukstreffer of door overheids ingrijpen³³.

De zes criteria van Areeda en de vijf van AG Jacobs in de zaak Bronner verschillen niet wezenlijk van elkaar en daarbij komt nog dat de AG in Bronner expliciet aanhaakt bij de Amerikaanse opvattingen. Temple Lang³⁴ beschouwt de *essential facilities* doctrine meer als een nuttig etiket (zie ook hier weer Areeda) dan als een analytisch hulpmiddel, maar is desondanks van mening dat het concept een relatief belangrijkere rol speelt in het communautaire recht dan in de Verenigde Staten. Zijn opvatting baseert hij op de relatieve achterstand in de EU op het gebied van harmonisatie en liberalisering van veel markten, met name voor goederen en diensten die voorheen staatsmonopolies waren. Over het geheel genomen valt toch waar te nemen dat de doctrine als zodanig het meest expliciet terug te vinden is in het communautair positief recht.

³³Bergman, M.A. (2001), p. 412

³⁴Temple Lang, J. (1994), p. 483.

Tegelijkertijd kan op basis van de tumultueuze geschiedenis van de doctrine, zowel in de Verenigde Staten als in Europa, en de daarmee gepaard gaande vage normen voor haar toepassing die pas recentelijk reliëf hebben gekregen de conclusie getrokken worden dat zij vatbaar is voor het klassieke probleem dat voor wie een grote hamer bezit ieder probleem op een spijker lijkt. Ook met de analyse van Larouche in de hand blijft degene die de doctrine op een economisch verantwoorde wijze wil toepassen met een aantal meetproblemen zitten. Men kan zich dan ook met Areeda afvragen in hoeverre de rechter geschikt is om te bepalen welke maatregelen de juiste balans aanbrengen tussen enerzijds het aanmoedigen van investeringen door toetreders en anderzijds het beschermen van nieuwkomers tegen het geweld van de *incumbents*. Inzet van de doctrine lijkt dan ook maar in een beperkt aantal gevallen gerechtvaardigd en zelfs dan blijft het een paardenmiddel.

4 Netwerkeffecten en -externaliteiten

4.1 Inleiding

Zoals al in het inleidende hoofdstuk is opgemerkt zijn netwerkeffecten een belangrijke factor in het landschap van de informatie-economie. In dit hoofdstuk wil ik dieper ingaan op wat onder het economische begrip netwerkeffecten, en een subset hiervan, de netwerk-externaliteiten, verstaan wordt. Daarna wil ik ingaan op de invloed van netwerkeffecten op de structuur van een markt waar sprake is van dergelijke effecten. Tot slot wil ik ingaan op de wisselwerking tussen netwerkeffecten en de mededinging en daarbij kort stilstaan bij de implicaties voor het mededingingsbeleid.

4.2 Economisch begrip

In de economische literatuur wordt het begrip netwerkeffecten met name gehanteerd in situaties waar het nut dat aan de consumptie van een goed ontleend wordt positief beïnvloed wordt door het aantal andere actoren dat hetzelfde goed consumeert¹. Onder 'hetzelfde goed' kan in dit kader een ander, maar compatibel, goed verstaan worden. Om een klassiek voorbeeld te noemen: het nut van een telefoonaansluiting is mede afhankelijk van het aantal potentiële partijen waarmee door middel van een telefoonaansluiting gecommuniceerd kan worden. Bob Metcalfe, de uitvinder van ethernet, een van de meest gebruikte technieken om computernetwerken te bouwen, heeft zelfs de stelling geponeerd dat de waarde van een netwerk exponentieel met de omvang van het netwerk groeit. Hoewel "Metcalfe's law" veel aangehaald is in de literatuur, bestaat er geen empirisch bewijs voor een dergelijke wetmatigheid. Desalniettemin bestaat er weinig tot geen controverse over het bestaan van dergelijke effecten², al zijn er auteurs die de economische relevantie van deze effecten gering achten³.

Het belangrijkste gevolg van netwerkeffecten is dat er, los van de mogelijk aanwezige schaalvoordelen aan de aanbodzijde, schaalvoordelen aan de vraagzijde ontstaan. Katz en Shapiro⁴ hebben een evenwichtsmodel voor markten waarin netwerkeffecten (of *network externalities*, zoals zij het noemen) een rol spelen ontwikkeld dat teruggrijpt op het klassieke duopolie-model van Cournot.

Cournot's duopolie-model is één van de hoekstenen van de industriële economie. Het model geeft inzicht in het verband tussen de marktstructuur en de marge tussen prijs en marginale kosten. Iedere aanbieder zou bij voorkeur een monopolist zijn en als zodanig monopoliewinsten kunnen maken. Echter, bij een productievolume dat op het monopolieniveau ligt zal de verleiding voor

¹Katz, M.L., Shapiro C. (1985), Network externalities, competition and compatibility, in: The American economic review, vol. 75, no. 3, June 1985, p. 424.

²Lemley, M.A., McGowan, D. (1998), Legal implications of network effects, in: California Law Review, Vol. 86, p. 484.

³Liebowitz, S.J., Margolis, S.E. (1994), Network externality: an uncommon tragedy, in: Journal of economic perspectives, vol. 8, spring 1994, pp. 133-150.

⁴Katz, Shapiro (1985), pp. 424-440.

beide spelers groot zijn om het productieniveau op te schroeven en zo de ander monopoliewinsten te ontzeggen. De als gevolg daarvan dalende prijzen verminderen deze verleiding weer, wat uiteindelijk in een evenwichtssituatie resulteert. In deze evenwichtssituatie is het zeer wel mogelijk dat een onvolledig benutte capaciteit winstgevend is⁵.

Het valt buiten het bestek van deze scriptie om in detail in te gaan op de economische analyse en de bijbehorende wiskundige bewijsvoering van Katz en Shapiro. In dit verband zal ik mij dan ook beperken tot het bespreken van de elf stellingen die de conclusies van hun analyse vormen.

4.2.1 Aannames

Het model gaat er van uit elke consument slechts één exemplaar van het product koopt of het helemaal niet koopt. De analyse is statisch en beslaat slechts één periode waarin consumenten hun aankoopbeslissingen zullen nemen op basis van de verwachte netwerkvang, voordat de feitelijke netwerkvang bekend is. Het beslissingsproces verloopt volgens de volgende stappen:

1. Consumenten vormen verwachtingen van de netwerkvang die iedere aanbieder (merk) zal weten te bereiken;
2. Aanbieders stellen hun productieniveau vast op basis van de consumentenverwachtingen;
3. Consumenten nemen een definitieve aankoopbeslissing op basis van een vergelijking tussen de verwachte prijzen (op basis van de verwachte netwerkvang) en de prijzen die door de n aanbieders gevraagd worden, $i = 1, \dots, n$.

Hierbij wordt als randvoorwaarde gesteld dat bij ieder marktevenwicht de verwachtingen van de consumenten vervuld zijn. In het model staat de variabele X_i^e voor het aantal afnemers dat een consument verwacht dat aanbieder i zal hebben, Y_i^e is de door de consument verwachte omvang van het netwerk waar aanbieder i toe behoort. In het geval de aanbieders wederzijds incompatibel zijn, dan is $X_i^e = Y_i^e$. Als een groep aanbieders wederzijds compatibel is, dan bestaat er één netwerk voor deze groep van m aanbieders. In dat geval is

$$Y_i^e = \sum_{j=1}^m X_j^e$$

voor $i = 1, 2, \dots, m$. Wat in gewoon Nederlands betekent dat de verwachte netwerkvang van elke aanbieder in deze groep van wederzijds compatibele aanbieders gelijk is aan de opgetelde individuele netwerken van elke aanbieder.

Netwerken worden geacht homogeen te zijn in de zin dat als twee netwerken een gelijke omvang hebben, alle consumenten de twee netwerken als volledige substituten van elkaar zien.

4.2.2 Stellingen

Op basis van deze uitgangspunten komen Shapiro en Katz tot de wiskundige bewijsvoering voor de volgende stellingen:

⁵Gibbons, R. (1992), A primer in game theory, pp. 14-21.

1. Als alle producten wederzijds compatibel zijn, is er een uniek Cournot-evenwicht van vervulde verwachtingen. Het is een symmetrisch evenwicht en het geaggregeerde productieniveau wordt impliciet gegeven door de vergelijking

$$z^c = \frac{n}{n+1} \times (A + v(z^c))$$

waar z^c staat voor het totaal aantal eenheden product verkocht door de n actieve producenten in een evenwichtssituatie, A de bovengrens is van de uniform verdeelde bereidheid tot betaling voor het goed ongeacht het aantal andere gebruikers en $v(z^c)$ de betalingsbereidheid van consumenten voor de netwerkvang bij het evenwichtsproductieniveau is.

De consequentie hiervan is dat als er sprake is van een positieve netwerkexternaliteit, er bij voldoende marktomvang consumentencategorieën zullen toetreden omdat het nut van het product dusdanig is toegenomen dat zij alsnog bereid zijn de prijs voor het product te betalen. In extreme gevallen is het denkbaar dat de uiteindelijke vraagcurve een parabolische vorm heeft.

2. Als X_i het productievolume van aanbieder i is waarbij gegeven de randvoorwaarde van de vervulde verwachtingen $X_i = X_i^c$ en het product van aanbieder i incompatibel is met alle $n - 1$ overige producten, dan bestaat er een uniek symmetrisch evenwicht waarin

$$X_i = \frac{z^i}{n}$$

en de geaggregeerde verkopen, z^i , impliciet gegeven worden door

$$\frac{n+1}{n} z^i = A + v\left(\frac{z^i}{n}\right)$$

waarbij

$$v\left(\frac{z^i}{n}\right)$$

de betalingsbereidheid voor het netwerk van de gemiddelde omvang in de markt is bij het evenwichtsvolume.

Hieruit vloeit voort dat er een drietal mogelijke uitkomsten zijn in een dergelijke markt, i) een symmetrisch oligopolie met n actieve aanbieders (een markt die onder n aanbieders verdeeld is met gelijke marktaandelen); ii) een symmetrisch oligopolie met $k < n$ aanbieders; of iii) een asymmetrisch oligopolie. Hoe een dergelijke markt zich kan gedragen wordt beschreven in paragraaf 4.4.

3. Een symmetrisch evenwicht met k producenten bestaat als, en alleen als:

$$v\left(\frac{A}{k}\right) \geq \frac{A}{k}$$

Dit betekent dat een dergelijke marktverdeling alleen kan ontstaan als de betalingsbereidheid per produkt als gevolg van netwerkeffecten minstens zo groot is als de betalingsbereidheid voor het produkt zonder dat er andere consumenten bestaan is.

Voor elk symmetrisch marktevenwicht dat bestaat waarbij $k \leq n - 1$, bestaat er een symmetrisch evenwicht met $k + 1$ actieve aanbieders.

Voor elke $k < n - 1$, als er een symmetrisch marktevenwicht bestaat, geldt dat $z^k < z^{k+1}$.

De consequentie hiervan is dat hoe kleiner het aantal overblijvende incompatibele aanbieders is ten opzichte van het aantal mogelijke incompatibele aanbieders, hoe kleiner de omvang van hun opgetelde markten zal zijn.

4. Het totale productieniveau is hoger bij industrie-brede compatibiliteit dan in welk evenwicht bij incomplete compatibiliteit dan ook.
Dit betekent dat de totale welvaart toe zal nemen als er sprake is van compatibiliteit.
5. Stel dat twee groepen van producenten hun producten wederzijds compatibel maken. Als het totale productievolume voorafgaand aan deze operatie kleiner dan A is, dan zal in de toekomstige situatie a) het gemiddelde productievolume van de betrokken producenten stijgen; en b) het productievolume van de overige producenten zal dalen; en c) het productievolume van de industrie als geheel zal stijgen.
Dit betekent dat samenwerking tussen partijen die tot een gereduceerde inter-standaard competitie leidt gelegitimeerd wordt door de gestegen intra-standaard competitie.
6. Als compatibiliteitskosten constant zijn zonder een variabele component, dan zal iedere overgang naar volledige compatibiliteit die de totale winst van de industrie verhoogt welvaartsverhogend zijn.
7. Zelfs als arbitraire *side payments* (compensatiebetalingen) tussen alle actoren haalbaar zijn, kunnen winstmaximaliserende spelers falen in hun pogingen om complete compatibiliteit te bereiken in gevallen waar complete compatibiliteit sociaal optimaal is.
8. De private standaardisatiereguleer is strenger indien kostendeling onhaalbaar is dan wanneer dit haalbaar is. Het aantal gevallen waarin actoren er niet in slagen om tot een welvaartsverhogende standaard te komen is derhalve groter. De wenselijkheid van een private winstgevende industriebrede standaard blijft intact. Stel dat een markt door slechts twee producenten bediend wordt. Het compatibiliteitsevenwicht is symmetrisch en derhalve is compatibiliteit onaantrekkelijk voor de producent met een initieel groter marktaandeel. Het probleem is dat de grotere producent marktaandeel zal verliezen als gevolg van de standaardisatie. Als deze producent standaardisatie kan voorkomen zal deze dat doen, ondanks de welvaartsverhogende effecten van een dergelijke standaardisatie.
9. Als de toename van compatibiliteit tot een niet volledige industriebrede compatibiliteit leidt, kunnen de *private incentives* om te standaardiseren excessief zijn.
10. Stel dat er niet meer dan twee producenten of coalities van producenten zijn. Als het incompatibiliteitsevenwicht symmetrisch is en er zijn geen *side payments*, dan zullen de *private incentives* om een adapter te bouwen laag zijn.
11. In het geval dat er slechts twee coalities zijn, zal de coalitie met een incompatibel marktaandeel van minder dan 50 procent een excessieve *private incentive* hebben om een adapter te produceren.

4.3 Netwerktypes

Lemley en McGowan⁶ onderscheiden in navolging van Katz en Shapiro⁷ drie typen netwerken die in de volgende subparagrafen beknopt worden besproken.

⁶Lemley, M.A., McGowan, D. (1998), p. 488.

⁷Katz, M.L., Shapiro, C. (1985), pp. 424-440.

4.3.1 Feitelijke netwerken

Feitelijke netwerken zijn netwerken die fysiek karakter hebben. Men denke aan telefoon- en transportnetwerken zoals spoorwegnetwerken en netwerken voor het transport en de distributie van energie. Het gaat hier vaak om activiteiten die in het verleden wel als natuurlijke monopolies werden beschouwd.

4.3.2 Virtuele netwerken

Virtuele netwerken, ook wel metaforische netwerken genoemd⁸, bestaan uit producten die niet zozeer een netwerk met een fysiek karakter behelzen, maar desondanks voordelen bieden aan gebruikers door het bestaan van andere gebruikers van het product. Een voorbeeld hiervan is tekstverwerkingsprogrammatuur. Het gebruik van een al populaire tekstverwerker heeft het voordeel dat de bestandsuitwisseling met anderen over het algemeen eenvoudiger zal verlopen en dat nieuwkomers in organisaties sneller ingewerkt kunnen worden omdat de kans groter is dat zij al ervaring hebben met de betreffende tekstverwerker. Een ander voorbeeld is de indeling van toetsenborden. Deze kunnen per land verschillen, maar afwijkende indelingen binnen een bepaalde markt komen hoogst zelden voor, ondanks de onmiskenbare voordelen van sommige moderne toetsenbordindelingen.

4.3.3 Positieve terugkoppeling

Netwerken gebaseerd op positieve terugkoppeling zijn feitelijk geen netwerken, het product biedt geen inherente voordelen door het bestaan van andere gebruikers. Hier is sprake van schaaleffecten aan de vraagzijde die de levering van het product mogelijk maken. Een voorbeeld is de autorestaurateur gespecialiseerd in klassieke Engelse sportauto's. Het vereist een minimum aantal liefhebbers van *oldtimers* van Engelse makelij in de omgeving om een dergelijke onderneming levensvatbaar te laten zijn. Het voordeel dat ontleend wordt aan het bestaan van andere gebruikers is dus indirect. Een soortgelijk effect treedt op bij de keuze van een besturingssysteem, er zal een kritische massa van (potentiële) gebruikers moeten bestaan wil een fabrikant toepassingen voor het desbetreffende platform ontwikkelen.

4.4 Netwerkmakten

Markten voor producten waarbij sprake is van netwerkeffecten, hebben een aantal specifieke eigenschappen. Besen en Farrell⁹ beschrijven de volgende eigenschappen als typerend voor netwerkmakten:

- *tippiness*
- het belang van verwachtingen
- inertie

Met de term *tippiness* wordt het fenomeen aangeduid dat de markt, zolang er meer dan één incompatibel product op wordt aangeboden, een onstabiel karakter zal hebben. Door netwerkeffecten kan de balans in zeer korte tijd doorslaan ten gunste van één product, dat de overige producten

⁸Liebowitz, S.J., Margolis, S.E. (1994), p. 136.

⁹Besen, S.M., Farrell, J. (1994), Choosing how to compete: strategies and tactics in standardization, in: Journal of economic perspectives, vol. 8., nr. 2., spring 1994, pp. 117-131.

vrijwel van de markt zal verdrijven. Marktdominantie is op deze wijze een natuurlijk verschijnsel. Een auteur als Kolasky¹⁰ verbindt hier de conclusie aan dat een door netwerkeffecten gedomineerde markt een natuurlijk monopolie zou zijn. Als zodanig zouden dergelijke markten zich niet lenen voor overheidsingrijpen om de mededinging te bevorderen, aangezien mededinging welvaartsverlagend zou werken. Hierbij gaat hij voorbij aan de in de economische wetenschap algemeen aanvaardde gedachte dat een natuurlijk monopolie een markt is waarin welvaartsmaximalisatie slechts bereikt kan worden indien er niet meer dan één aanbieder actief is. De in paragraaf 4.2 besproken theorieën suggereren juist dat aan sterke netwerkeffecten onderhevige markten vergroot kunnen worden indien er meerdere compatibele aanbieders zijn. Daaruit vloeit het tegendeel van wat Kolasky betoogt voort.

Verwachtingen zijn belangrijk in netwerkmarkten omdat niet het marktaandeel, maar het verwachte uiteindelijke marktaandeel bepalend is voor het kopersgedrag. Verwacht marktaandeel als een *self-fulfilling prophecy* derhalve. De waarschijnlijkheid dat de markt uiteindelijk gedomineerd zal worden door één product zorgt er voor dat afnemers niet willen kiezen voor een product dat mogelijk van de markt gevaagd zal worden.

Volwassen netwerkmarkten zijn inert. De omschakelkosten van het ene product naar een ander product kunnen zo hoog zijn dat zelfs een hoge mate van technische superioriteit onvoldoende prikkel zal zijn om over te stappen. Beser en Farrell geven het voorbeeld van toetsenborden met de technisch inferieure QWERTY-indeling.

De consequentie van deze kenmerken is dat netwerkmarkten initieel zeer competitief zijn, aangezien de beloning voor het behalen van een voorsprong op andere aanbieders het verwerven van een monopoliepositie kan zijn. Maar ook alternatieve scenario's zijn denkbaar. Beser en Farrell onderscheiden drie vormen van competitie in dit soort markten:

- Tweedledum and Tweedledee
- Battle of the sexes
- Pesky little brother

Het eerste scenario is vernoemd naar de volslanke, immer met elkaar oneens zijnde, tweeling uit 'Through the Looking Glass' van Lewis Carroll, wat een goede typering is van wat er plaatsvindt in een dergelijke markt. Er is dan namelijk sprake van twee min of meer aan elkaar gewaagde opponenten die een incompatibel product leveren. Dat heeft een felle strijd tot gevolg, waarin gestreefd zal worden naar een zo vroeg mogelijke voorsprong in marktaandeel.



In deze strijd kunnen tactieken gehanteerd worden zoals het aantrekken van leveranciers van complementaire producten, maar ook premature aankondingen van nieuwe producten, met de bedoeling de marktpenetratie van de concurrent te frustreren en aankondigingen van toekomstige prijsdalingen om vertrouwen in de levensvatbaarheid van de standaard te vergroten. Dit duurt zolang er nog geen marktstandaard bestaat. Is deze strijd eenmaal beslecht, dan zal de winnaar zich uiteindelijk effectief een monopoliepositie in de markt verwerven.

In het "battle of the sexes" scenario is er nauwelijks marktvrage zolang er nog geen standaard bestaat. In dat geval wordt het bereiken van een standaard van levensbelang voor alle producenten. De competitie tussen de producenten zal dan binnen de, eventueel nog te kiezen, standaard plaatsvinden. De keuze van de standaard is daarmee de keuze van het slagveld, om een militaire beeldspraak te

¹⁰Kolasky, W.J. (1999), Network effects: A contrarian view, in: George Mason Law Review, Spring 1999, pp. 596-598.

hanteren. Het gevolg hiervan is dat, ook al willen beide partijen hetzelfde, namelijk een standaard, iedere partij toch zal streven naar een standaard die haar een concurrentievoordeel in de toekomst zal geven. Zodra er een marktstandaard bereikt is, zal de concurrentie zich binnen deze standaard afspelen.

In het “pesky little brother” scenario is er, in tegenstelling tot de andere twee scenario’s, sprake van asymmetrie. Onderlinge compatibiliteit wordt hier door de ene partij gewenst terwijl de andere deze wens niet deelt. Doorgaans is deze laatste de dominante marktpartij die gegeven de netwerkexternaliteiten niets te winnen heeft bij compatibiliteit met andere producten. Het is niet ongebruikelijk dat deze partij gebruik maakt van de door haar verworven intellectuele eigendomsrechten om het ontstaan van een dergelijke compatibiliteit te verhinderen.

4.5 Implicaties voor het mededingingsbeleid

Het belangrijkste gevolg voor de mededinging is dat de structuur van een markt waarin sprake is van netwerkexternaliteiten aan hevige veranderingen onderhevig kan zijn. Een markt kan bijvoorbeeld in korte tijd omslaan van een duopolie waarin hevige concurrentie plaatsvindt in een feitelijk monopolie. Gezien de mate waarin het Europees mededingingsrecht steunt op de structuuranalyses van markten¹¹ heeft dit implicaties voor de beoordeling van het Europees mededingingsbeleid. In het huidige mededingingsrecht wordt veel waarde gehecht aan de concentratiegraad van markten. In een netwerkmarkt is een hoge concentratie onafwendbaar als dominante standaarden niet toegankelijk zijn voor alle marktpartijen. Anderzijds werpen netwerkexternaliteiten een ander licht op vooral in de Amerikaanse economische theorievorming over mededinging doorklinkende opvattingen over *predatory pricing*¹². In tegenstelling tot wat door sommigen werd aangenomen loont het in een netwerkmarkt, en dan vooral in een Tweedledum en Tweedledee scenario, wel degelijk om producten onder de kostprijs aan te bieden. De dankzij netwerkexternaliteiten ontstane schaalvoordelen aan de vraagzijde kunnen een dergelijke strategie op de lange termijn lonend maken. Immers, er van uitgaande dat er nog geen volledige marktpenetratie bereikt is, zal het marginale nut van iedere extra eenheid van een goed dat afgenomen wordt, toenemen als gevolg van het bestaan van de overige consumenten. De vraagcurve zal niet meer lineair zijn en het zal dus mogelijk zijn om een hogere prijs van latere consumenten te vragen zonder dat dit het gevraagde volume zal aantasten.

In de context van de in deze scriptie opgeworpen probleemstelling zijn de schaalvoordelen aan de vraagzijde niet de enige schaalvoordelen die een rol spelen. In veel bedrijfstakken is de rol van schaalvoordelen aan de aanbodzijde uitgespeeld voordat er sprake is van een marktaandeel dat volgens de klassieke structuuranalyses als een dominante marktpositie gekwalificeerd zou worden. Zo niet in het geval van de creatie van informatieproducten, de schaalvoordelen zijn hier pas uitgeput bij een marktaandeel dat significant hoger ligt dan in andere bedrijfstakken gebruikelijk is¹³. De schaalvoordelen aan de vraagzijde worden daardoor minder snel gecompenseerd door negatieve meeropbrengsten als gevolg van uitgeputte schaalvoordelen aan de aanbodzijde. Op basis van dit verschijnsel kan gesteld worden dat de markten voor informatieproducten een sterkere neiging tot een ‘natuurlijk’ monopolie (dat wil zeggen, een markt die het meest efficiënt functioneert met niet meer dan één aanbieder) hebben dan markten voor goederen en diensten, naast de eerder geconstateerde natuurlijke neiging tot monopolievorming door netwerkeffecten.

¹¹Bergh, R. van den, (1997), Economische analyse van het mededingingsrecht, een terreinverkenning, pp. 41-54.

¹²Zie onder andere:

Gatusso, J.L., Bondreaux, D.J. (1998), Predatory pricing and laissez-faire 'economic' theory: The view from mount Chicago in: Antitrust Law & Economics Review, vol. 28, 1997, no. 4, pp. 44-72, vol. 30, 1999, no. 1.

¹³Mueller, C.E. (1999), Computer software is a 'natural' monopoly? Predatory pricing and 'efficient' scale, in: Antitrust Law & Economics Review, vol. 29, 1998, no. 2., pp. 99-110.

Dezelfde schaalvoordelen aan de vraagzijde hebben implicaties voor de economische rechtvaardiging voor het auteursrecht. Doordat de vraagcurve niet alleen door de prijs beïnvloed wordt, maar ook door de bereikte marktpenetratie, ontstaat er een extra prikkel om tot de creatie van werken te komen. De economische literatuur over het onderwerp onderkent het gevaar van overprotectie in het geval van netwerkeffecten:

“... for markets that experience network externalities (such as the software market), copyright legislation or contractual agreements should be not too tough on the 'right to use'. This might give incumbent firms an unnecessary lead because potential entrants cannot profit from interoperability; this can hinder innovation and lead to the adoption of an inferior standard.”¹⁴

Een stelling die er op neerkomt dat de klassieke economische rechtvaardiging voor het auteursrecht in een ander licht komt te staan in het geval het betreffende informatieproduct aan netwerkexternaliteiten onderhevig is. Door een mededingingsrechtelijke bril bezien is het auteursrecht een middel om excessieve concurrentie van roofof kopieën die door *free riders* in het verkeer worden gebracht tegen te gaan. De natuurlijke tendens tot een monopolie in het geval van netwerkexternaliteiten vermindert de noodzaak tot het geven van een dergelijk wettelijk monopolie, al is daarmee nog niet gezegd dat deze noodzaak geheel wegvalt. Zie voor een zuiver econometrische modellering van dit vraagstuk ook Takeyama¹⁵, die betoogt dat ongeoorloofde verveelvoudigingen en openbaarmakingen positieve gevolgen voor de welvaart kunnen hebben. Meer specifiek gericht op de auteursrechtelijke bescherming van computerprogrammatuur en netwerkeffecten is de analyse van Farell¹⁶ die van mening is dat op grond van netwerkeffecten computerprogrammatuur minder bescherming verdient dan andere categorieën van werken.

Verder heeft het verschijnsel netwerkexternaliteiten de implicatie dat in netwerkmarkten de mogelijkheid om door middel van adaptors interoperabiliteit met de marktleider te bereiken essentieel is voor de toetreding tot een dergelijke markt. Als zodanig is het denkbaar dat een adapter het karakter van een *essential facility* heeft. Immers, zonder het bestaan van een adapter kan een nieuwkomer in een markt die aan sterke netwerkexternaliteiten onderhevig is niet levensvatbaar opereren. In een dergelijke markt is het zeer wel mogelijk dat een adapter voldoet aan de definitie van een *essential facility* zoals geformuleerd door Areeda (paragraaf 3.2.4).

¹⁴Hakfoort, Willemse (2001), p. 34.

¹⁵Takeyama, L.N. (1993), The welfare implications of unauthorized reproduction of intellectual property in the presence of demand network externalities, in: The Journal of Industrial Economics, vol. 17, no. 2, June 1994, pp. 155-166.

¹⁶Farell, J. (1989), Standardization and intellectual property, in: Jurimetrics Journal, fall 1989, pp. 35-90.

5 Essentieel karakter van informatieproducten

5.1 Inleiding

In de vorige drie hoofdstukken zijn achtereenvolgens de ratio van het auteursrecht, de *essential facilities* doctrine, en het economisch begrip netwerkeffecten beschreven. In dit hoofdstuk zal ingegaan worden op de informatieproducten die het karakter van een *essential facility* kunnen hebben en beschermd worden door de paraplu van het auteursrecht. Daarbij zal ingegaan worden op de gronden waarop deze auteursrechtelijke bescherming is verleend en in hoeverre de betrokken informatieproducten onderhevig zijn aan netwerkeffecten. Ook de elementen van deze producten die het essentieel karakter voor toegang tot markten vormen zullen hierbij aan bod komen. Daarna zal het probleem van *reverse engineering* en de opvattingen in de juridische literatuur over de rechtvaardiging van dit verschijnsel behandeld worden. Vervolgens zal er een overzicht gegeven worden van de in de juridische literatuur levende opvattingen over de toepasbaarheid van de *essential facilities* doctrine op auteursrechtelijk beschermde middelen.

5.2 De betrokken informatieproducten

De informatieproducten waarbij in de literatuur voor toepassing van de *essential facilities* doctrine wordt gepleit vallen uiteen in ruwweg twee categorieën: gegevensverzamelingen en computerprogrammatuur. Beiden zijn betrekkelijk vreemde, misschien zelfs lelijke eenden in de auteursrechtelijke bijt. Doordat beide categorieën zowel technisch, juridisch als economisch wezenlijk van karakter verschillen, zullen ze afzonderlijk behandeld worden.

5.2.1 Gegevensverzamelingen

Bij gegevensverzamelingen moet gedacht worden aan omroepgegevens, telefoonboeken, databanken e.d. Gegevensverzamelingen zijn over het algemeen werken met een laag oorspronkelijk gehalte die hetzij onder de onderdeel van het auteursrecht uitmakende geschriftenbescherming danwel onder de Databankenwet vallen. De geschriftenbescherming in het Nederlands auteursrecht is langdurig onderwerp van discussie geweest¹. Voor Hugenholtz is de geschriftenbescherming een mededingingsrechtelijke regeling en hij vat het positief recht samen als “auteursrecht waaruit het persoonlijkheidsrecht verwijderd is”. Een opvatting waar veel voor te zeggen valt, zeker gezien de betrekkelijke consensus in de literatuur over het louter pragmatisch karakter van de beschermwaardigheid van databanken en gegevensverzamelingen.

Het economisch en technisch karakter van gegevensverzamelingen is van dien aard dat het moeilijk denkbaar is dat deze te classificeren zijn als informatieproducten die aan netwerkeffecten onderhevig zijn. Door het feitelijk karakter van gegevens in een gegevensverzameling is het zeer wel mogelijk

¹Hugenholtz, P. B. (1989), Auteursrecht op informatie : auteursrechtelijke bescherming van feitelijke gegevens en gegevensverzamelingen in Nederland, de Verenigde Staten en West-Duitsland : een rechtsvergelijkend onderzoek, pp. 42-59.

dat de toegang essentieel is voor het betreden van een markt, iets wat in de Magill-jurisprudentie al uitvoerig aan de orde is geweest. Binnen de context van deze scriptie is dit vraagstuk echter minder interessant aangezien een gegevensverzameling op zijn hoogst te maken heeft met positieve terugkoppeling zoals beschreven in paragraaf 4.3.3. Hier komt nog bij dat dankzij de hoofdzakelijk economisch beargumenteerde bescherming van gegevensverzamelingen er voor zorgt dat toepassing van de *essential facilities* doctrine beduidend minder problematisch is in deze context dan bij andere informatieproducten.

5.2.2 Programmatuur

De auteursrechtelijke beschermwaardigheid van computerprogrammatuur is een onderwerp dat de nodige pennen in beroering heeft gebracht en een stortvloed van literatuur heeft opgeleverd die hier niet uitvoerig zal worden besproken². Wat opvalt bij de discussie of computerprogrammatuur beschermwaardig is onder het auteursrecht, is dat het op soms pijnlijke wijze het amalgaam van opvattingen dat aan het positief auteursrecht ten grondslag ligt, blootlegt.

Computerprogrammatuur bestaat uit reeksen van instructies die er voor zorgen dat computers de gewenste taken kunnen vervullen. In de literatuur wordt er doorgaans een drietal representatieniveau's van programmatuur onderscheiden: algoritmes, broncode en objectcode, waarbij men voor de laatste term ook wel de begrippen machinecode, *binary code* of *executables* hanteert. De terminologie suggereert een scherp onderscheid tussen de categorieën, maar er moet hier eerder gedacht worden aan een continuüm in de mate waarin van de apparatuur waarvoor de programmatuur bedoeld is geabstraheerd is, met aan het ene uiterste algoritmes en aan het andere uiterste de *executables*. De definiëring van de categorieën blijft ook dan problematisch. In het verleden zijn er processoren geproduceert die de, betrekkelijk hoge, programmeertaal Lisp uit konden voeren³, terwijl er inmiddels soortgelijke producten voor de taal C bestaan en ook voor Java *bytecode*, een vertaalslag op een niveau tussen *executable* code en broncode in de taal Java, zijn er processoren op de markt⁴. Ook voor bepaalde beschrijvingswijzes van algoritmes zijn er hulpmiddelen op de markt waarmee zonder tussenkomst van een programmeur voor de onderliggende apparatuur rechtstreeks uitvoerbare programmatuur gegenereerd kan worden. Als werkbegrippen zijn de categorieën zeker niet zonder waarde, maar gezien de technische oorsprong en de vage onderlinge scheidslijnen lijkt terughoudendheid bij het toekennen van juridische relevantie aan deze begrippen gepast. Alleen al het toenemende belang van de *bytecode*, een categorie die zich lastig in de klassieke driedeling laat inpassen, toont aan dat deze onderverdeling een begrensde bruikbaarheid heeft. Zowel bij programmatuur die ontwikkeld is in de taal Java als in de diverse implementaties van programmeertalen voor het .Net platform van Microsoft is het eindproduct niet zonder de hulp van een zogenaamde *virtual machine* of een *just in time compiler* uitvoerbaar voor de onderliggende apparatuur, maar is net zo min, of misschien zelfs minder, leesbaar voor mensen als klassieke *executables*. Op welk niveau men ook kijkt, het gaat om een expressie van achterliggende ideeën en algoritmen waarbij het belangrijkste verschil is dat op het ene niveau de expressie voor een groter publiek toegankelijk is dan op andere niveau's. Hiëroglyfen zijn slechts voor experts leesbaar, maar een gedicht van Paul van Ostaijen in hiëroglyfen vertaald blijft hetzelfde werk vanuit een auteursrechtelijk perspectief, al zal de experimentele typografie waar deze dichter zich vaak van bediende helaas verloren gaan tijdens de vertaalslag. Voor computerprogrammatuur worden echter andere standaarden, van een meer mededingingsrechtelijke aard, gehanteerd. Een verschijnsel dat een aparte behandeling verdient.

²Voor een grondig, zij het inmiddels niet geheel actueel, overzicht van deze pennenstrijd wil ik verwijzen naar de dissertatie van Quaedylieg: Quaedylieg, J.A.A. (1987), Auteursrecht op techniek, pp. 58-117.

³<http://www.ti.com/corp/docs/company/history/artificial.shtml>

⁴<http://www.sun.com/smi/Press/sunflash/9710/sunflash.971015.1.html>
http://www.xilinx.com/prs_rls/0134lavacore.htm

5.3 Auteursrecht op software en *reverse engineering*

De auteursrechtelijke bescherming van computerprogramma's is Europees geharmoniseerd door de Softwarerichtlijn⁵, geïmplementeerd in de wijziging in de Auteurswet 1912 van 7 juli 1994. Een uitvoerig overzicht van de in de literatuur geventileerde meningen over de uit de richtlijn voortvloeiende bescherming is te vinden in het handboek van Van Schelven over dit onderwerp⁶. In de context van de probleemstelling is vooral de controverse rondom *reverse engineering* interessant. Met *reverse engineering* wordt in de context van computerprogrammatuur die handelingen bedoeld die gericht zijn op het achterhalen van de interne werking van computerprogrammatuur zonder dat men de beschikking heeft over de broncode. Een verschijnsel dat van belang is voor de ontwikkeling van adapters die interoperabiliteit tussen computerprogramma's mogelijk maken. Aangezien dergelijke adapters van belang zijn voor de marktstructuur (zie de stellingen 5 en 6 van Katz en Shapiro in paragraaf 4.2), zijn auteursrechtelijke beperkingen op de mogelijkheden tot *reverse engineering* van belang, zeker gezien de conclusie van het vorige hoofdstuk dat adapters een *essential facility* voor de toetreding tot een netwerkmarkt kunnen zijn.

Artikel 6 van de Softwarerichtlijn staat onder strikte voorwaarden *reverse engineering* toe. Als zodanig is het een compromis dat de resultante is van de felle strijd tussen softwareproducenten en de consumentenorganisaties. Kort samengevat komt deze regeling, geïmplementeerd in art. 45m Aw, er op neer dat *reverse engineering* slechts is toegestaan als deze plaatsvindt ten behoeve van de ontwikkeling van nieuwe interoperabele programmatuur. In aanvulling hierop geldt ook nog de beperking dat de nieuw te ontwikkelen programmatuur geen substituut mag zijn van het oorspronkelijke programma. Daarbij komt nog dat een beroep op deze mogelijkheid slechts dan gerechtvaardigd is als de gewenste interoperabiliteit niet reeds eenvoudig en snel langs andere wegen verkregen kan worden. Wat hierbij opvalt is dat art. 45m Aw zich beperkt tot die vormen van *reverse engineering* waarbij de objectcode omgewerkt wordt naar een representatie op niveau van broncode in een hogere programmeertaal. Een representatie die net zoveel overeenkomsten zal vertonen met de oorspronkelijke broncode als de tekst van een roman die vanuit het Nederlands naar het Engels is vertaald en vervolgens weer terugvertaald is naar het Nederlands met het oorspronkelijke manuscript zal hebben. Deze techniek wordt ook wel decompileren genoemd, een wat slordige benaming. Decompileren zou namelijk betekenen dat de oorspronkelijke broncode exact gegenereerd zou worden op basis van de object code. Een dergelijke handeling is per definitie onmogelijk, aangezien er tijdens het compilatieproces altijd informatie verloren gaat. De limitering tot de beschreven techniek betekent dat andere vormen van *reverse engineering* waarbij het oorspronkelijke programma als een zwarte doos beschouwd wordt waar niet ingekeken kan worden wel zijn toegestaan.

Vanuit een industrieel economisch standpunt bezien zit met name in deze regeling een knelpunt. Wil een softwareproducent een markt betreden die aan sterke netwerkeffecten onderhevig is en daar de rol van 'pesky little brother' (zie paragraaf 4.4) gaan vervullen, dan is interoperabiliteit noodzakelijk om een schijn van kans te maken. Een dergelijke toetreding kan de mededinging bevorderen (zie paragraaf 4.5). De *incumbent* in deze markt zal niet snel bereid zijn om de nieuwkomer de informatie te verschaffen om interoperabiliteit te realiseren. Sterker nog, deze zal met art. 45m Aw in de hand die vormen van *reverse engineering*, waarbij de onderliggende algoritmes en *interfaces* op basis van de object code achterhaald worden, tegen kunnen gaan.

Het begrip *interface* beslaat een breed spectrum. Een bestandsformaat voor tekstverwerking is een *interface*, maar ook de wijze van bediening van een programma, namelijk de *user interface*. Hetzelfde geldt voor netwerkprotocollen en berichtstructuren voor onder andere *Electronic Data Interchange*

⁵Richtlijn 96/9/EG, 11 maart 1996, Publikatieblad nr. L 077, 27 maart 1996, pp. 20-28.

⁶Schelven, P.C. van, Struik, H. (1995), *Softwarerecht, bescherming en gebruik van programmatuur sedert de Richtlijn Softwarebescherming*

(EDI), een verzamelnaam voor de manier waarop veel leveranciers en afnemers op elektronische wijze bij elkaar bestellingen plaatsen. Het concept *interface* heeft een hoog abstract gehalte en de benaming is van toepassing op vrijwel alle manieren waarop computerprogramma's met andere programma's, menselijke gebruikers en de onderliggende apparatuur interacteren.

Is de wijze van *reverse engineering*, die niet vrij van juridische problemen is, technisch al gecompliceerd, hetzelfde bereiken op basis van het gedrag van programmatuur is dat vaak evenzeer. Om een voorbeeld te noemen, Microsoft Windows, het meestgebruikte besturingssysteem voor kantoortoepassingen heeft een *interface* bedoeld voor de toepassingen die gebruik maken van dit besturingssysteem. De specificaties van deze *interface* zijn deels gepubliceerd door de auteursrechthebbende. De *interface* wordt ook wel de Windows Application Programming Interface (API) genoemd. Desondanks heeft het bijna tien jaar geduurd voordat het WINE project⁷ er in geslaagd is om een adapter te ontwikkelen die het mogelijk maakt om toepassingen bedoeld voor Microsoft Windows onder een aantal versies van Unix te laten draaien op een wijze die praktisch bruikbaar is. Een belangrijke struikelblok in dit ontwikkelproces was het feit dat de API slechts gedeeltelijk gedocumenteerd was en dat met name toepassingen die van Microsoft zelf afkomstig waren regelmatig ongedocumenteerde delen van de API gebruikten. Daarnaast volgden verschillende versies van Microsoft Windows elkaar regelmatig op⁸, met in iedere generatie wijzigingen op en toevoegingen aan de API.

Het voorbeeld van Microsoft Windows staat niet op zichzelf. Op vrijwel iedere softwaremarkt zijn dominante spelers aan te duiden die hun dominantie in wisselende mate aan netwerkeffecten te danken hebben en waarin het ontstaan van 'pesky little brother' scenario's mede bemoeilijkt wordt door de beperkingen die door het auteursrecht opgelegd worden aan de mogelijkheden tot *reverse engineering*. Als zodanig is de stelling verdedigbaar dat het auteursrecht essentiële faciliteiten voor de toegang tot markten voor informatieproducten waarin sprake is van netwerkeffecten creëert of op zijn minst bestendigt. Alvorens de vraag of dit voldoende aanleiding geeft om het werkingsgebied van de *essential facilities* doctrine uit te breiden tot het auteursrecht op computerprogrammatuur beantwoord kan worden, worden in de volgende paragraaf de verschillende opvattingen in de literatuur over het spanningsveld tussen het huidige auteursrecht en verkrijgen van interoperabiliteit besproken. Daarbij zal de discussie ingebed worden in de opvattingen welke elementen van computerprogrammatuur beschermd zouden moeten worden.

5.4 De bescherming van programmatuur en interoperabiliteit

5.4.1 Vorm en inhoud

Over het algemeen wordt in de meer klassiek auteursrechtelijk georiënteerde literatuur de mening aangehangen dat *interfaces* niet bestreken worden door het auteursrecht. Hierbij heeft vooral de 'look and feel'-jurisprudentie in de VS een belangrijke rol gespeeld. Aardig detail hierbij is dat in een van deze 'look and feel' zaken, Apple vs. Microsoft⁹, Microsoft zich op de aan *user interfaces* verbonden netwerkeffecten heeft beroepen als rechtvaardiging van het door Microsoft nabootsen van de gebruiksvriendelijke bedieningswijze van de Apple programmatuur. De uitkomst van deze rechtszaken was dat *interfaces* in hun algemeenheid onderdeel vormen van de non-literaire aspecten van een werk en als zodanig geen deel uitmaken van de expressie die door het auteursrecht beschermd wordt.

Look and feel jurisprudentie is de verzamelnaam voor een aantal rechtszaken in de Verenigde Staten waarin is uitgemaakt in hoeverre de bedieningswijze en het uiterlijk van een programma zoals

⁷<http://www.winehq.org/about/>

⁸Windows 3.x, Windows 95, Windows SE, Windows ME, Windows 98, Windows NT, Windows 2000 en Windows XP zijn allen leden van dezelfde familie en delen in meerdere of mindere mate dezelfde API.

⁹Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp., 799 F. Supp. 1006, 1017 (N.D. Cal. 1992).

dat voor de eindgebruiker zichtbaar is onder het auteursrecht valt. De twee bekendste zaken hierbij zijn Apple vs Microsoft, over de vraag of de Microsoft Windows *user interface* met iconen, vensters en muisbediening inbreuk maakte op het auteursrecht van Apple en Lotus vs. Borland¹⁰ over de vraag in hoeverre menustructuren in de spreadsheet software van Borland inbreuk maakte op Lotus' auteursrecht op Lotus 1-2-3. In beide gevallen is uitgemaakt dat de zogenaamde 'look and feel' van programmatuur buiten het werkingsgebied van het auteursrecht valt.

De tegenstelling tussen vorm en inhoud lijkt in de Nederlandse literatuur, in tegenstelling tot de Amerikaanse, een minder grote rol te spelen. Quaedvlieg¹¹ ziet het als een onhoudbaar onderscheid en ook Hugenholtz¹² ziet deze eigenschappen niet als diametraal tegenovergesteld aan elkaar. Hugenholtz merkt op dat een aan de semiotiek ontleende driedeling van teken, referentie en referent een betere weergave oplevert van het spanningsveld. Daarbij merkt hij het volgende op:

“Indien wij 'referent' door 'inhoud' vervangen krijgt de bewering dat het auteursrecht niet de inhoud van het recht beschermt ineens enig reliëf. Immers, het object waar het teken naar verwijst (referent) is onderdeel van de niet communicabele 'buitenwereld' en kan dus onmogelijk object van auteursrecht zijn. Het auteursrechtelijke werkbegrip knoopt aan bij tekens (syntaxis) en betekenis (semantiek en pragmatiek). Het 'betekende' op zichzelf staat buiten het communicatieproces en valt daarom uit de aard der zaak buiten het werkbegrip.”

Het valt op dat Hugenholtz een duidelijk uit de *social planning* hoek afkomstige redenering hanteert om de zwaktes van de tegenstelling tussen vorm en inhoud op te vangen. De driedeling van Hugenholtz vertoont sterke overeenkomsten met die van Weinreb¹³, al is deze minder duidelijk in de semiotiek geworteld. Weinreb hanteert de analogie van het gebruik van een held met een Achilleshiel in een roman dat als concept niet te dicht bij Superman's kwetsbaarheid voor Kryptoniet mag komen, maar in principe niet snel als een inbreuk op het auteursrecht van de auteur van genoemde strip held zal worden aangemerkt. Volgens Weinreb is een groot deel van de discussie terug te voeren op een idee-expressie dichotomie die onvoldoende rekening houdt met het feit dat het begrip 'idee' zowel abstract als concreet kan betekenen. Voor hem is programmatuur de expressie van een concreet idee dat zelf weer een abstract idee verwoordt. Een gedachtengang waar veel voor te zeggen valt, al was het maar omdat het probleem op deze wijze ontdaan wordt van de met informatietechnologie gepaard gaande mystificatie van het onderwerp. Met de driedeling van Weinreb in de hand is het zeer wel mogelijk om vormen van *reverse engineering* die naar huidig recht onrechtmatig zijn op basis van een klassieke auteursrechtelijke argumentatie te rechtvaardigen. Een rechtvaardiging die toepassing van doctrines uit het mededingingsrecht teneinde toetredingsbarrières als gevolg van netwerkeffecten weg te nemen, overbodig zou maken. De verdienste van Weinreb's analyse is dat het in de discussie over de rechtmatigheid van *reverse engineering* het binnensluipen van octrooirechtelijke getinte denkwijzen in het auteursrecht herkenbaar maakt. Een van die denkwijzen is de hybride benadering, die in de volgende subparagraaf besproken wordt.

De weerstand van Weinreb tegen octrooirechtelijke denkwijzen is eveneens terug te vinden bij Quaedvlieg. Deze werpt de vraag op waar de scheiding tussen basisalgoritmes en de uitwerkingen gelegd moet worden. Daarmee samenhangend stelt hij de vraag of de oorspronkelijkheid van een programma niet mede afhangt van de oorspronkelijkheid van het basisalgoritme. Hij komt tot de conclusie dat de scheiding tussen vorm en inhoud in computerprogrammatuur dusdanig gradueel is, dat zij onhanterbaar wordt in deze context. De consequentie die hij daaraan verbindt is opmerkelijk:

¹⁰Lotus Development Corp., v. Borland International Inc, 49 F.3d 807 (1st Cir. 1995)

¹¹Quaedvlieg, A.A. (1987), Auteursrecht op techniek, pp. 85-145.

¹²Hugenholtz, P.B. (1989), p. 74.

¹³Weinreb, L.L. (1998), Copyright for functional expression, in: Harvard Law Review, March 1998, p. 1158.

“Er is geen enkel praktisch belang bij het algoritme vrij te houden, want ook nu voorziet men al dat de moeite en kosten van het uitpellen van het algoritme (reverse engineering) niet opwegen tegen het zelf ontwerpen van een nieuw programma. Onder die condities kan men evengoed het algoritme zelf beschermen en het persoonlijk gehalte dáár bepalen, waar ook het zwaartepunt van het werk ligt, in datzelfde algoritme.”¹⁴

Met dit warrig citaat lijkt Quaedvlieg in een klassieke valkuil van het *a contrario* redeneren te stappen. Immers, als de technische noodzaak tot bescherming ontbreekt hoeft dit niet te betekenen dat een dergelijke bescherming onschadelijk is. Algoritmes zijn niet meer dan de ingrediënten voor de receptuur die een computerprogramma behelst. Het samenbrengen van implementaties van al deze algoritmes in een totaalalgoritme, geformuleerd in een taal die rechtstreeks te converteren is naar voor hardware uit te voeren instructies, daar ligt nu juist de prestatie van de programmeur. De keuze van een bestaand algoritme of het bedenken van een nieuw algoritme kunnen oorspronkelijk op zichzelf zijn, maar daaruit vloeit nog niet noodzakelijkerwijze uit voort dat die keuze een auteursrechtelijke bescherming verdient of dat die de kern van de oorspronkelijke uiting vormt.

De mening van Quaedvlieg dat de scheiding tussen vorm en inhoud weinig betekenis heeft, wordt door Hugenholtz gedeeld. Voor Hugenholtz blijft de vraag wat beschermd wordt en wat niet een kwestie van rechtspolitiek als we vorm en inhoud als criterium willen hanteren¹⁵. Beide auteurs zijn van mening dat het begrip 'inhoud' in het auteursrecht zozeer verbonden is met de essentie van het gecommuniceerde, los van alle vormelementen, dat dieldelingen zoals hiervoor besproken zich hier moeilijk mee laten verenigen. Quaedvlieg ziet op basis van de toepassing van de door hem voorgestane leer van het subjectief werk geen andere uitweg dan een economische redenering en computerprogrammatuur te beschermen op een wijze die analoog is aan die van de geschriftenbescherming¹⁶. Hugenholtz ziet nog wel heil in een andere dan een economische rechtvaardiging voor het toekennen van een auteursrecht voor computerprogrammatuur en wel door te kijken naar de context waarin een uiting plaatsvindt¹⁷. Hoewel Hugenholtz deze uitweg heeft geformuleerd in het kader van de vraag wanneer een mededeling van feitelijke aard is, is de redenering wel degelijk toepasbaar op de vraag of *interfaces* auteursrechtelijke bescherming verdienen. *A fortiori* redenerend betekent het dat het aanbieden van een *interface* in de context van computerprogrammatuur dusdanig verweven is met de functionele aard van een programma dat deze buiten de bescherming van het auteursrecht zou moeten vallen. Dezelfde interface zou tegelijkertijd een voorwerp van abstracte kunst kunnen zijn als het als zodanig gepresenteerd zou worden in een galerie door deze te visualiseren als een interactieve installatie.

Ook Spoor en Verkade¹⁸ zien evenmin veel heil in de tegenstelling tussen vorm en inhoud. Zij kiezen in plaats daarvan voor een tegenstelling tussen subjectieve en objectieve trekken van een werk. Daarmee sluiten zij min of meer aan bij Quaedvlieg en Hugenholtz, al zien zij de contextgerichte benadering van Hugenholtz als één die weliswaar praktisch is maar slechts beperkt bruikbaar. In de Verenigde Staten heeft men middels de route van de fair use exceptie een uitweg uit het dilemma weten te vinden. In een aantal rechtszaken rondom *reverse engineering* is vast komen te staan dat zelfs handelingen die inbreuk maken op meer klassieke elementen van het auteursrecht op programmatuur onder omstandigheden gerechtvaardigd kunnen zijn als deze noodzakelijk zijn om interoperabiliteit te bereiken¹⁹. Deze typische Anglo-Amerikaanse exceptie brengt een element van redelijkheid en billijkheid in het auteursrecht, de continentale traditie moet een dergelijk exceptie (node) ontberen²⁰.

¹⁴Quaedvlieg, p. 107.

¹⁵Hugenholtz, P.B. (1989), p. 75.

¹⁶Quaedvlieg, p. 113.

¹⁷Hugenholtz, p. 79.

¹⁸Spoor, J.H., Verkade, D.W.F. (1993), p. 49.

¹⁹Georgeson, K.E. (1996), Comments: reverse engineering of copyrighted software: fair use or misuse?, in: Albany Law Journal of Science & Technology, nr. 5, 1996, pp. 291-320.

²⁰Spoor, J.H., Verkade, D.W.F (1993), pp. 191-192.

5.4.2 Hybride benadering

Voorstanders van de hybride benadering van de bescherming van computerprogrammatuur komen tot een tegenovergestelde conclusie. Juist omdat op basis van de klassieke auteursrechtelijke tegenstelling tussen idee en expressie de onderliggende algoritmes en *interfaces* geen auteursrechtelijke bescherming verdienen, bepleiten ze een hybride benadering zoals die bijvoorbeeld ook voor industriële vormgeving van toepassing is. De hybride benadering wordt als een antwoord op het idee-expressie dilemma gepresenteerd als een soort investeringsbescherming. Een andere reden om voor deze weg te kiezen is dat de non-literaire elementen van de expressie in technisch opzicht doorgaans zo weinig innovatief zijn dat een zuiver octrooirechtelijk regime, al zou men dat al van toepassing willen verklaren op computerprogrammatuur, geen uitkomst zou bieden. Door sommige auteurs wordt dan ook gepleit voor een *sui generis* regime voor programmatuur. Anderen geven de voorkeur voor een dergelijke bescherming onder het immer gastvrije dak van het auteursrecht. In Nederland heeft vooral Quaedvlieg zich in zijn dissertatie sterk gemaakt voor een dergelijke benadering, maar dan op basis van de geschriftenbescherming. Ook Grosheides pleidooi voor ideeënbescherming kan met enige goede wil onder deze benadering geschaard worden²¹. In wezen gaat het om een gedachtengang die veel verwantschap vertoont met het leerstuk van de slaafse nabootsing, ofwel, zoals wijlen Kaufmann het in zijn colleges wel eens simplificeerde: 'spieken mag niet'.

Met name in de Amerikaanse literatuur over het onderwerp is er op basis van een economische analyse een in beginsel krachtig argument ten faveure van een dergelijke benadering gegeven. In een imposante analyse van het verschijnsel *reverse engineering* tonen Samuelson, Davis, Kapoy en Reichman²² aan dat het onder omstandigheden mogelijk is dat de slaafse nabootsing van non-literaire elementen van programmatuur er toe kan leiden dat de initiële scheppers van programmatuur onvoldoende *artificial lead time* krijgen om de oorspronkelijke investering terug te verdienen. De gedachte is dat onder die omstandigheden er een onderproductie ontstaat van informatieproducten die slecht beperkte incrementele innovaties behelzen. Daarmee zouden welvaartsverhogende innovaties tussen de auteursrechtelijke wal en het octrooirechtelijke schip vallen. Een analyse die weinig overtuigend is, al was het maar omdat genoemde auteurs zelf al toegeven dat van de door hen geschetste omstandigheden tot op heden nog geen sprake is geweest. Daarbij komt nog dat een deel van de argumentatie leunt op de gedachte dat code door haar uitvoerend en daarmee functionele karakter te weinig auteursrechtelijke bescherming geniet, een argument dat door Ginsburg weerlegd wordt in het volgende citaat:

*"For example, the 'text' of a musical score or of a choreographic work exists to be executed: the notations have value primarily as instructions to the performance of the musical or choreographic task. As with computer programs, the particular form of the 'instructions' does not define the work: if a choreographic work is initially expressed in Laban notation, it is no excuse to an infringement charge that defendant's copy was rendered in Beresti notation."*²³

Als het bestaan van netwerkeffecten in de discussie betrokken wordt, iets wat de voorstanders van de hybride benadering zelden doen, dan wordt het nog moeilijker een noodzaak voor een meer uitgebreide bescherming tegen *reverse engineering* aan te nemen. Hier bovenop komen nog rechtspolitieke argumenten. De in de eerder genoemde groep auteurs wat dissident opererende Reichman komt in zijn analyse van de vraag of hybride regimes een economisch uitgebalanceerde bescherming opleveren,

²¹Grosheide, F.W. (1994)

²²Samuelson, P., Davis, R., Kapoy, N.D., Reichman, J. (1994), A manifesto concerning the legal protection of computer programs, in: Columbia Law Review, vol. 94, no. 8, December 1994, pp. 2308-2431.

²³Ginsburg, J.C. (1994), Four reasons and a paradox: The manifest superiority of copyright over *sui generis* protection of computer software, in: Columbia Law Review, vol. 94, no. 8, December 1994, p. 2567.

wederom zonder de betrekkelijk recente theorievorming rond netwerkeffecten in zijn beschouwing mee te nemen, tot de volgende conclusie:

*“Unless intellectual property scholars lack skills that other legal and scientific investigators take for granted, one must consider the possibility that no principled, economically efficient regime of exclusive property rights in intangible creations can be developed outside the patent and copyright paradigms. Virtually all such regimes that human ingenuity has contrived seem to produce indefensible market distortions and inefficiencies outside a narrow range of ideal conditions.”*²⁴

De pessimist Reichman roept dan ook op tot een systematische benadering van hybride beschermingsregimes en tot terughoudendheid bij het in het leven roepen van nieuwe regimes met een hybride karakter.

5.4.3 Programmatuur als een *commons*: open code

Een gedachte die in betrekkelijk korte tijd aan populariteit heeft gewonnen onder auteurs die zich bezighouden met de wisselwerking van informatietechnologie, technologische innovatie, cultureel debat en intellectuele eigendomsrechten is die van de terugkeer van informatieproducten als een publiek goed. Vooral auteurs als Himanen, Torvalds, Castells²⁵, Raymond²⁶ en Stallman²⁷ hebben een lans gebroken voor deze gedachte. Een vanuit juridisch perspectief belangrijke auteur die onder deze groep geschaard kan worden is Lessig²⁸. Lessig typeert de beweging die met een been in oude communistische idealen van collectief eigendom en met een ander been in een libertarisme met anarchistische trekken staat, als 'open code'. De basis van Lessig's betoog is dat de tomeloze groei van het internet te danken is aan het bestaan van een reeks gestandaardiseerde *interfaces* en applicaties die deels of geheel in het publieke domein verkeerde of anderszins algemeen toegankelijk waren:

“For the property obsessed, or those who believe that progress comes only from strong and powerful property rights, pause on this point and read again: The most important space for innovation in our time was built upon a platform that was free.”

en

*“This free code build a commons. This commons in turn lowers the cost of innovation. New projects get to draw upon this common code; every project need not reinvent the wheel. The resource thus fuels a wide range of innovations that otherwise could not exist.”*²⁹

Centraal element is de idee van een publiek domein dat een grotere waarde vertegenwoordigt als het publiek blijft dan als het geprivatiseerd wordt. De gedachtengang steunt in hoge mate op de analyse van Rose³⁰, en dan met name het volgende:

²⁴Reichman, J.H. (1994), Legal hybrids between the patent and copyright paradigms, in: Columbia Law Review, vol. 94, no. 8, December 1994, p. 2520.

²⁵Himanen, P., Torvalds, L., Castells, M. (2001), The hacker ethic and the spirit of the information age

²⁶Raymond, E.S. (1999), The cathedral and the bazaar

²⁷Stallman, R.M. (1992), Why software should be free, <http://www.gnu.org/philosophy/shouldbefree.html>

²⁸Lessig, L. (2001), The future of ideas : the fate of the commons in a connected world

²⁹Lessig, L. (2001), p. 51.

³⁰Rose, C. (1986), The comedy of the commons: Custom, commerce, and inherently public property, in: The University of Chicago Law Review, vol. 53, nr. 3, Summer 1986, pp. 711-781.

*“Here is the great insight in Carol Rose’s analysis. Where the resource has a value because of its openness - where its value increases just because more use it; where ‘the more the merrier’ - then it makes sense to attribute much of the value of this resource to the ‘publicness’ of the resource.”*³¹

Wat deze benadering interessant maakt is dat zij op impliciete wijze elementen uit het auteursrecht met het economisch begrip netwerkeffecten weet te verenigen. Als eerste wordt door Lessig terdege rekening gehouden met de economische ratio van het auteursrecht om onderproductie van informatieproducten te voorkomen. Tegelijkertijd is de gedachte van open code niet onverenigbaar met Locke’s *labour theory*, de laatste twee proposities van paragraaf 2.2 limiteren namelijk de mate waarin collectieve goederen geprivatiseerd mogen worden. Aangezien er bij het ontstaan van de meeste programmatuur voortgebouwd wordt op bestaand werk kan gesteld worden dat hier sprake is van privatisering van collectieve goederen door de toevoeging van eigen arbeid. Tegelijkertijd sluit het aan op de *social planning* kant van het auteursrecht. Voor Lessig is het in stand houden van een *commons* essentieel voor het debat in het informatietijdperk:

“When the system protects Hemingway, we at least get to see how Hemingway writes. We get to learn about his style and the tricks he uses to make his work succeed. We can see this because it is the nature of creative writing that the writing is public. There is no such thing as language that doesn’t simultaneously transmit its words.

*Software is different. As I’ve described, software is compiled; but to copyright software, the author need not reveal the source code. Thus, while an English Department gets to analyze Virginia Woolf’s novels to train writers in better writing, the Computer Science Department doesn’t get to examine Microsoft’s operating system to train its student in better coding.”*³²

De oplossing die Lessig voorstelt voor het door hem gesignaleerde probleem is echter minder radicaal dan men zou verwachten. Hij is voorstander van een opnieuw in het leven roepen van een registratieplicht als eis voor het verlenen van auteursrechtelijke bescherming aan computerprogramma’s. Aan de registratieplicht zou een verplichting tot ‘escrow’³³ van de broncode bij het US Copyright Office gekoppeld moeten worden. Daarbij zou de beschermingsduur beperkt worden tot vijf jaar met een maximum van vijftien verlengingen. Na verloop van de beschermingsduur zou de broncode vrij toegankelijk worden voor het publiek.

Met dit voorstel staat Lessig wederom met beide benen in de Amerikaanse auteursrechtelijke traditie. Voor de toetreding tot de conventie van Bern in 1989 kende men in de Verenigde Staten een registratiemodel voor alle vormen van auteursrecht. Juist dit registratiemodel is afgeschaft omdat het onverenigbaar was met de eisen van de Berner conventie. De voorgestelde oplossing is dan ook slecht verteerbaar voor wie opgevoed is in de continentale traditie van de bescherming van werken vanaf het moment van creatie, zonder dat er een voorafgaand ambtelijk stempel van beschermwaardigheid aan is verleend. De schoen wringt des te meer nu een dergelijke wijziging geen oplossing biedt voor de obstakels die het auteursrecht opwerpt voor toetreders tot markten die te maken hebben met netwerkeffecten.

³¹Lessig, L. (2001), pp. 87-88.

³²Lessig, L. (2001), pp. 252-253.

³³Met *source escrow* wordt doorgaans het bij een derde partij deponeren van de broncode bedoeld. De derde partij verplicht zich jegens de partijen in een bijbehorende escrow-overeenkomst om toegang tot de broncode te verschaffen als bepaalde voorwaarden zijn vervuld, bijvoorbeeld het faillissement van de leverancier van het programma.

Een zwakte in de presentatie van Lessig is de onvoldoende uitgesproken premisse dat computerprogrammatuur meer is dan een louter functionele expressie. Iets wat afbreuk doet aan de overtuigingskracht van zijn analyse nu juist voor diegenen die een minder vergaande kennis van informatietechnologie hebben (juristen bijvoorbeeld) programmatuur vaak in een waas van technologische mystiek gehuld is. Daar waar Lessig open standaarden en architecturen als een randvoorwaarde voor een openbaar internet dat door niemand gecontroleerd wordt beschouwt, ziet Fitzgerald computerprogrammatuur als een expressie in zichzelf:

*“Software is a medium for communication, for representing meaning. No matter how embedded or hidden the function of software, it is simply to construct meaning - to make something obvious. That is discourse.”*³⁴

en

*“The proximity of code to communication, though convinces us that software is discourse. Its primary purpose is to construct meaning and that is what the First Amendment is all about. By controlling code one has the power to control thought processes. In this digital environment, the ability to distort the construction of meaning in any pure sense is immense, and it is in the mechanism of distortion that bias and prevailing prejudices can be invoked.”*³⁵

Uiteindelijk is het verschil tussen Fitzgerald en Lessig betrekkelijk gering. Beiden zien computerprogrammatuur als de stoeptegels van de Agora van de informatiemaatschappij. Fitzgerald gaat daarbij zover om de tegels als onderdeel van de discussies op die Agora te zien, Lessig vindt voldoende dat de tegels openbaar toegankelijk blijven om de discussie mogelijk te maken. *Reverse engineering*, ook voor de ontwikkeling van functioneel equivalente computerprogrammatuur is uit dien hoofde dan ook rechtmatig. Consequent doorredenerend vanuit een *social planning* perspectief zou het auteursrecht niet de exclusiviteit van adapters en interfaces moeten waarborgen, maar de creatie van interoperabiliteit actief moeten faciliteren. Als zodanig zou het logischer zijn om toekenning van het auteursrecht af te laten hangen van de gelijktijdige publicatie van de broncode van programmatuur. Met als bijkomend voordeel voor rechthebbenden dat het opsporen van plagiaat in een dergelijk model veel eenvoudiger zou zijn dan het nu is. Tegelijkertijd zou het auteursrecht niet langer essential facilities creëren doordat de kosten van functionele duplicatie van de essentiële componenten, de *interfaces*, betrekkelijk gering zouden zijn. Dit alles terwijl de oorspronkelijke scheppers van werken nog steeds in staat zouden zijn hun *cost of creation* terug te verdienen doordat zij als eerste de markt betreden en als zodanig in staat zijn om kritische massa op te bouwen.

Lessig is zeker niet de enige en al helemaal niet de meest radicale voorstander van de open code gedachte. Het meest radicale geluid is afkomstig van Stallman. Stallman is voorstander van het afschaffen van intellectuele eigendomsrechten op computerprogrammatuur. Hij strijdt voor vrijheden voor de gebruikers om programmatuur naar eigen voorkeuren te veranderen en uit te breiden. Om dit doel te bereiken binnen het huidige auteursrecht heeft hij een licentie ontworpen dat gebruikers dwingt om deze vrijheden voor anderen te waarborgen, de General Public Licence (GPL). Dit is dezelfde licentie als waar onder andere het besturingsysteem GNU/Linux onder verspreid wordt. Voor een nuttig overzicht van het spectrum van ideeën binnen de open code beweging en de daaruit voortvloeiende licentietypes verwijs ik naar Groenenboom³⁶.

³⁴Fitzgerald, B.F. (1999), Software as discourse, the power of intellectual property in digital architecture, in: Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, nr. 18., 2000, p. 351.

³⁵Fitzgerald, B.F. (1999), p. 352.

³⁶Groenenboom, M.M. (2002), Software licenties: van closed source tot open source, in: Computerrecht, nr. 1, 2002, pp. 21-29.

Ook in de Nederlandse literatuur is de open code gedachte gesignaleerd en met lichte sympathie ontvangen³⁷. Ook Hugenholtz³⁸ betreurt de inkrimping van het publieke domein, al gaat zijn bezorgdheid meer over de onttrekking van feitelijke informatie aan het publieke domein. Hij pleit in die context voor een toegangsrecht op informatie dat sterk verwant is aan de *essential facilities* doctrine. Een oplossing waarop in de volgende paragraaf dieper zal worden ingegaan, maar dan gericht op de vraag of de doctrine zich leent voor het probleem van de interoperabiliteit.

5.5 Interoperabiliteit en de *essential facilities* doctrine in de literatuur

In de internationale literatuur is de vraag of de *essential facilities* doctrine van toepassing zou moeten zijn op het auteursrecht op software meerdere malen opgeworpen. Met name Microsoft Windows wordt dan genoemd als een potentieel doelwit voor een dergelijke toepassing. Voorbeelden hiervan zijn onder andere Creuss en Agustinoy³⁹, die mede op basis van netwerkeffecten tot de conclusie komen dat het besturingssysteem Microsoft Windows een *essential facility* vormt voor de toetreding tot de markt voor personal computers en als zodanig behandeld dient te worden. Een standpunt waar het nodige op valt af te dingen, al was het maar omdat programma's, in tegenstelling tot gegevensverzamelingen, niet in hun geheel essentieel zijn, maar hun *interfaces* dat wel kunnen zijn. Andere auteurs zijn dan ook een tegenovergestelde mening toegedaan. Wagner⁴⁰ is van mening dat een dergelijke benadering tekort doet aan het dynamisch karakter van informatietechnologie. Toepassing van de doctrine zou de competitie binnen standaarden weliswaar verhogen, mdaar die tussen standaarden onderling verminderen. Desondanks pleit ook zij, mede op grond van netwerkeffecten, voor een overstap naar een vorderingsrecht in de plaats van het uitsluitingsrecht dat het auteursrecht op software nu is. Toegang zou dan niet niet non-discriminatoir moeten zijn, zoals doorgaans het geval is bij toepassing van de *essential facilities* doctrine, maar wel tegen een 'redelijke' prijs plaats moeten vinden. Voor wie geen bezwaren heeft tegen het toenemende fiscale karakter van het auteursrecht een alleszins interessante benadering.

Een andere auteur die tegenstander is van toepassing van de doctrine op het auteursrecht op software is Cotter⁴¹. Cotter's analyse is dusdanig uitvoerig dat een uitgebreide behandeling op zijn plaats is. Cotter onderscheidt een viertal redenen waarom het wenselijk zou kunnen zijn om de doctrine toe te passen. Deze zijn:

- netwerkeffecten;
- het enveloppe-theorema;
- innovatiebescherming;
- Locke's "enough and as good" criterium.

³⁷Koelman, K.J. (2000), Terug naar de bron: open source en copyleft, in: *Informatierecht/AMI*, oktober 2000, nr. 8, pp. 149-155.

³⁸Hugenholtz, P.B. (1999), Code as code, or the end of intellectual property as we know it, in: *Maastricht journal of European and comparative law*, nr. 3, 1999, pp. 308-318.

³⁹Creuss, A., Agustinoy, A. (2000), The operative system as an essential facility: an open door to Windows?, in: *World Competition*, vol. 23, iss. 1, 2000, pp. 57-78.

⁴⁰Wagner, D.R. (2000), The keepers of the gates: intellectual property, antitrust and the regulatory implications of systems technology, in: *Hastings Law Journal*, August 2000, vol. 51, p. 1124.

⁴¹Cotter, T.F. (1999), Intellectual property and the essential facilities doctrine, in: *The Antitrust Bulletin*, Spring 1999, pp. 211-250.

Cotter verwerpt netwerkeffecten, deels omdat hij dezelfde fout maakt als Kolasky (zie paragraaf 4.4) door een natuurlijke neiging to monopolie in een netwerkmarkt te verwarren met een natuurlijk monopolie. De belangrijkste reden voor hem om netwerkeffecten als aanleiding voor inzet van de doctrine af te wijzen is echter dat standaarden historisch gezien keer op keer van de troon gestoten werden door technologische vernieuwingen.

De tweede rechtvaardiging voor de inzet van de doctrine in de analyse van Cotter is het enveloppe-theorema⁴². Eén van de implicaties van het theorema is dat een reductie van een monopoliewinst kan leiden tot een disproportionele reductie van het met de monopoliewinst samenhangende *dead weight loss*. Cotter merkt terecht op dat toepassing van de doctrine op basis van dit theorema een directe prijsregulering door de toezichthouder zou vergen. Directe prijsregulering vereist een zeer goed gekwalificeerde toezichthouder, wat gezien de kosten-baten analyse van Larouche (paragraaf 3.4.2) betekent dat toepassing van de doctrine in een veel kleinere groep van gevallen wenselijk is. Daarbij komt nog dat in een dergelijke situatie met net zoveel recht beargumenteerd kan worden dat er sprake is van overprotectie van de creatieve prestatie en de oplossing volgens Cotter dan ook eerder gezocht moet worden in een herijking van de intellectuele eigendomsrechten dan in een uitbreiding van het toepassingsgebied van de *essential facilities* doctrine.

Een eventuele toepassing van de doctrine zonder directe prijsregulering, maar met een verbod op prijsdiscriminatie, is voor Cotter evenmin een oplossing. In zijn optiek is een dergelijke benadering blind voor verschillen tussen afnemers terwijl prijsverschillen veroorzaakt door een wens een ongeoorloofd concurrentievoordeel te behalen hoe dan ook onrechtmatig zijn.

In Cotter's analyse wordt de toepasbaarheid van de doctrine op een breed scala van intellectuele eigendomsrechten, inclusief het octrooirecht, besproken. De derde reden voor toepassing van de doctrine in zijn betoog zijn bedreigingen voor de innovatie in een markt. In een strikt auteursrechtelijke context is de redenering te construeren als een bedreiging voor de creatie van nieuwe werken. Ook hier geldt dat een dergelijke constructie een toezichthouder of een rechter met een complexiteit opzadelt die wel zeer veel vergt, zowel qua inhoudelijke kennis als qua omvang. Vandaar dat Cotter ook bij dit argument pleit voor een uitbreiding van *fair use* excepties op het auteursrecht in plaats van uitbreiding van de *essential facilities* doctrine.

De laatste reden in Cotter's analyse die toepassing van de doctrine op intellectuele eigendomsrechten verdedigbaar zou maken is Locke's *enough and as a good* criterium (zie ook paragraaf 2.2). Ook dit is voor Cotter evenmin voldoende reden om de doctrine toe te passen. Enerzijds omdat ook hier de oplossing net zo goed in de intellectuele eigendomsrechten te vinden zou zijn:

“... once again it is not clear why antitrust law, as opposed to the law of copyright or trade secrets, is the appropriate tool for sharing”

en

“To know whether either Netscape or Intergraph is worse off as a result of Microsoft or Intel having created the intellectual property at issue in their respective cases, we would have to know what the state of the world would have been in the absence of the latter entities' creations. Unfortunately, we cannot know this.”⁴³

Op basis van deze vier redeneringen verwerpt Cotter de inzet van de doctrine om intellectuele eigendomsrechten te doorbreken.

⁴²Zie voor meer informatie over dit theorema: <http://islandia.law.yale.edu/ayers/antitrus.htm>

⁴³Cotter, p. 248.

Ook McGowan lijkt geen voorstander te zijn van toepassing van de doctrine, maar dan omdat in zijn optiek het mededingingsrecht gericht is op het in stand houden van een vrije markt en het auteursrecht gericht is op het in stand houden van een specifieke respons van de markt⁴⁴, namelijk de creatie van informatieproducten. McGowan gaat zelfs zover om te stellen dat gegeven de legitimiteit van *reverse engineering* van computerprogrammatuur de toepassing van de doctrine ongepast is⁴⁵.

5.6 Slotopmerkingen

Voortbouwend op de conclusie van het vorige hoofdstuk dat het essentiële karakter als gevolg van netwerkeffecten vooral besloten ligt in de mate waarin interoperabiliteit bereikt kan worden is in dit hoofdstuk aangetoond dat de toepassing van de *essential facilities* doctrine een vraagstuk van geheel andere orde is in het geval van gegevensverzamelingen dan bij programmatuur het geval zou zijn. Vervolgens is ingegaan op de specifieke bescherming van computerprogrammatuur in het auteursrecht, waarbij extra aandacht is besteed aan de voorwaarden die gesteld worden aan de rechtmatigheid van *reverse engineering*. Daarbij ben ik tot de conclusie gekomen dat de struikelblokken zowel juridisch als technisch van aard zijn.

Daarna zijn de meningen in de auteursrechtelijke literatuur over de wenselijkheid van auteursrechtelijke obstakels voor het bereiken van interoperabiliteit door middel van *reverse engineering* de revue gepasseerd. Hier is duidelijk sprake van een veelheid van argumentaties waarbij opvallend weinig expliciet rekening gehouden wordt met mogelijke netwerkeffecten.

Tenslotte zijn in dit hoofdstuk de meningen in de mededingingsrechtelijke literatuur over de wenselijkheid van uitbreiding van de werkingssfeer van de *essential facilities* doctrine tot het auteursrecht op computerprogrammatuur besproken. De conclusie die hier uit te trekken valt is dat er geen consensus bestaat over dit vraagstuk en dat het nog maar zeer de vraag is of de doctrine het meest geëigende middel is in deze context.

⁴⁴Cotter, p. 229.

⁴⁵Lemley, M.A., McGowan, D. (1998), p. 540, noot 267. (Het in deze noot aangehaalde artikel van McGowan was helaas niet verkrijgbaar in de onmiddellijke omgeving van Rotterdam)

6 Samenvatting en conclusies

6.1 Inleiding

6.2 Samenvatting

In het inleidende hoofdstuk is de vraag opgeworpen of in door netwerkeffecten beheerste markten een op de *essential facilities* doctrine gebaseerde doorbreking van intellectuele eigendomsrechten een geschikt middel is om de mededinging in dergelijke markten te bevorderen. Om die vraag te beantwoorden is als eerste beschreven wat nu de achtergronden voor het in het leven roepen van het auteursrecht zijn geweest. Deze grondslagen blijken sterk wisselend van aard te zijn, maar over het algemeen een complementair karakter te hebben. Ook valt uit de wisselende achtergronden van het auteursrecht af te leiden dat de auteursrechtelijke bescherming van het ene informatieproduct een andere ratio heeft dan van het andere. Een conclusie met implicaties voor de vraag wanneer inbreuk op de exclusiviteit van een auteursrecht te rechtvaardigen valt. Beter gezegd, de toepassing van mededingingsrechtelijke doctrines op het auteursrecht is vooral daar op zijn plaats waar een sterk economisch getinte rechtvaardiging wordt gehanteerd om het desbetreffende informatieproduct door middel van het auteursrecht te beschermen.

Vervolgens is er dieper ingegaan op de geschiedenis en de inhoud van *essential facilities* doctrine in zowel de Verenigde Staten als in de Europese Unie. In beide jurisdicties is de doctrine nog maar betrekkelijk recent helder afgebakend na een initiële periode van expansie. Hierbij heeft de evolutie van de doctrine in de Verenigde Staten een duidelijke invloed gehad op de wijze hoe deze later in Europa werd toegepast, al is men in de Verenigde Staten niet zover gegaan om de doctrine op intellectuele eigendomsrechten toe te passen. De doctrine lijkt haar nut bewezen te hebben, maar terughoudendheid lijkt evenzeer op zijn plaats, zeker gezien de specifieke omstandigheden waaronder de doctrine welvaartsverhogende effecten heeft, zo blijkt bij een analyse van de kosten en de baten.

In het vierde hoofdstuk is de economische theorievorming rond netwerkeffecten besproken. Het gaat hierbij om producten waarvan de waarde voor de eindgebruiker stijgt naarmate er meer andere gebruikers zijn van compatibele producten. Compatibiliteit is daarmee een belangrijke factor in een dergelijke productmarkt. Wie de standaard in een dergelijke markt beheerst, beheerst de markt. Als zodanig kan een standaard essentieel zijn voor de toetreding tot een markt. Tegelijkertijd ondergraaft de economische theorievorming rond netwerkeffecten de klassieke economische rechtvaardiging voor het auteursrecht. Problematisch blijft echter dat één product aan netwerkeffecten van verschillende aard en omvang onderhevig kunnen zijn, zonder dat duidelijk is in welke verhoudingen deze effecten tot elkaar staan.

In het daaropvolgende hoofdstuk is dieper ingegaan op de informatieproducten waarvoor in de literatuur gepleit is om deze onder de werking van de doctrine te brengen. Deze vallen uiteen in de categorieën gegevensverzamelingen en programmatuur. Voor de eerste geldt dat zij niet of nauwelijks aan netwerkeffecten onderhevig zijn en toepassing van de doctrine op weinig bezwaren stuit nu de ratio van de bescherming van deze producten op een sterk economische leest geschoeid is. Bij

het tweede product, programmatuur, valt op dat die elementen die het een essentieel karakter geven, namelijk de *interfaces*, op een grensgebied van de beschermingsomvang van het auteursrecht liggen. Over de vraag of deze elementen werkelijk beschermd zouden moeten worden en of het auteursrecht daar wel een geëigend middel voor is, verschillen de meningen in de literatuur. Veel hangt af van de vraag wat de ratio van het auteursrecht op computerprogrammatuur zou moeten zijn. Als er al consensus bestaat, dan ligt zij vooral bij de vraag of het onderscheid tussen vorm en inhoud een criterium is dat een antwoord kan bieden in dit debat. Vrijwel unaniem is men van mening dat dit onderscheid te vaag is in dit opzicht om van waarde te zijn. Bij veel auteurs lijkt er hoe dan ook een streven naar extra bescherming van programmatuur te bestaan, maar dan één die op een economische leest geschoeid is. Met name in de Verenigde Staten is hierbij gepleit voor *sui generis* regime voor computerprogrammatuur. Een benadering die zonder netwerkeffecten in de discussie te betrekken al twijfelachtig lijkt en als de conclusies van het voorafgaande hoofdstuk in ongeschouwd genomen worden nog minder overtuigt. Diametraal hier tegenover staat de filosofie van de 'open code' gedachte. Niet nog meer bescherming van techniek, maar een herwaardering van de expressieve elementen van de functionele expressie die programmatuur nu eenmaal is, staat hier voorop.

Na deze wirwar van meningen over het auteursrecht op programmatuur is de toepasbaarheid van de *essential facilities* doctrine op datzelfde auteursrecht besproken. Ook hier bestaat al evenmin consensus, al lijkt het erop dat er meer na- dan voordelen gezien worden. Wat mij tot de uiteindelijke afweging van de ernst van de kwaal en het middel brengt.

6.3 Kwaal en middel

In de voorafgaande hoofdstukken is afdoende aangetoond dat computerprogramma's onder bepaalde omstandigheden een essentieel karakter kunnen hebben voor de toetreding tot markten. Essentieel, zowel in horizontale als in verticale zin. Horizontaal in de zin dat een nieuwkomer met een soortgelijk product kansarm is zolang dit product niet vlekkeloos samenwerkt met dat van de dominante speler in die markt. Verticaal in de zin dat dominantie in een markt er toe kan leiden dat complementaire producten eveneens weinig overlevingskansen hebben zonder een vlekkeloze samenwerking met het dominante product op de verwante markt. Als zodanig valt er veel te zeggen voor de toepassing van de *essential facilities* doctrine op het auteursrecht op computerprogrammatuur.

Een dergelijke benadering gaat echter niet diep genoeg. Bij nadere beschouwing van het beschermde object blijkt immers dat de onderdelen die essentieel zijn een auteursrechtelijke bescherming genieten die niet onomstreden is en betrekkelijk recentelijk aan het auteursrecht is toegevoegd. Een in wezen technische drempel, de complexiteit van *reverse engineering* van computerprogrammatuur, wordt door het auteursrecht op basis van een hoofdzakelijk mededingingsrechtelijke motivatie verhoogd. Het is dan ook merkwaardig om dan middels een eveneens mededingingsrechtelijke doctrine, die nog maar net uitgekristalliseerd lijkt te zijn, in te willen grijpen in een dergelijke situatie. Zeker als men op basis van een klassieke auteursrechtelijke analyse kan beargumenteren dat juridische beletselen voor *reverse engineering* ongewenst zijn. Als eerste als de vraag benaderd wordt vanuit Locke's *labour theory*, nu op deze wijze meer aan de publieke ruimte onttrokken wordt dan bruikbaar is voor het eigen voordeel. Verder omdat zeer wel vanuit een *social planning* gedachte betoogd kan worden dat de uitwisseling van ideeën eerder gebaat is bij een auteursrecht dat obstakels voor *reverse engineering* wegneemt dan een die ze opwerpt. Voor wie een economische benadering van het auteursrecht voorstaat is er op grond van netwerkeffecten evenmin aanleiding om *reverse engineering* te willen verbieden. Een keuze voor de *essential facilities* doctrine om de beschreven problematiek op te lossen is dan ook principieel onjuist. Te meer nu de kosten-baten analyse van Larouche laat zien dat toepassing van de doctrine slechts onder tamelijk specifieke omstandigheden welvaartsverhogend werkt. De doctrine is niet het

juiste middel voor de kwaal, wat onverlet laat dat de kwaal wel degelijk aandacht verdient, maar dan op een meer auteursrechtelijke wijze zoals in de volgende paragraaf besproken wordt.

6.4 Aanbevelingen

Het auteursrecht is een gastvrij huis waarin veel uitingen op een geheel eigen wijze onderdak gevonden hebben, zo is al meerdere malen in de literatuur geconstateerd. Een conclusie waarop ik wil aansluiten door een andere auteursrechtelijk regime voor functionele expressies zoals computerprogrammatuur te bepleiten dan het huidige. Een regime dat terugrijpt op de wortels van het auteursrecht en juist daardoor economisch onwenselijke marktstructuren als gevolg van netwerkeffecten kan tegengaan.

Juist omdat het auteursrecht verschillende gedachtengangen over de bescherming van voortbrengselen van de menselijke geest in zich weet te verenigen is een dergelijke aparte behandeling van computerprogrammatuur zeer wel mogelijk. Gezien het in de voorafgaande hoofdstukken besprokene, en dan met name de wenselijkheid van 'pesky little brother' scenario's in netwerkmarkten, is het niet alleen noodzakelijk dat de auteursrechtelijke obstakels voor *reverse engineering* worden weggenomen, maar ook dat er prikkels vanuit het auteursrecht uitgaan om de technische obstakels te verminderen. Vanuit die gedachte wil ik voor een oplossing pleiten die verder gaat dan de in het vorige hoofdstuk besproken voorstellen van Lessig zonder in het extremisme van Stallman te vervallen, namelijk dat het auteursrecht alleen dan aan functionele expressies zoals programmatuur verleend moet worden als diegenen die een gebruiksrecht voor de expressie verwerven tegelijkertijd inzage in de broncode verkrijgen.

Ten eerste wordt op deze wijze het auteursrecht op computerprogrammatuur ontdaan van de op onzuivere mededingingsgronden toegevoegde beperkingen op *reverse engineering*. Ten tweede worden de technische barrières voor het creëren van adapters om interoperabiliteit en meer concurrentie te bewerkstelligen verminderd. Een dergelijke eis dwingt de producenten van computerprogrammatuur niet langer gebruik te maken van de expressieversluitende effecten van het compilatieproces. Niet alleen is een dergelijke maatregel vanuit een mededingingsperspectief wenselijk, ook vanuit een louter auteursrechtelijk perspectief biedt een dergelijke benadering voordelen. De toegankelijkheid van de broncode vereenvoudigt de opsporing van plagiaat van computerprogrammatuur. Ook wordt zo de dialoog tussen ideeën in de informatiemaatschappij bevorderd, wat bijdraagt aan de verwezenlijking van de aan de *social planning* gedachte ten grondslag liggende idealen. Tegelijkertijd voorkomt de verhoogde toegankelijkheid van de onderliggende ideeën en de *interfaces* dat Locke's regel dat niet meer aan het publieke onttrokken mag worden dan voor het private noodzakelijk is, overtreden wordt. Verder wordt op deze wijze onderkend dat door netwerkeffecten dusdanige prikkels voor de producenten van programmatuur ontstaan dat een auteursrechtelijke bescherming met een gelijke duur en omvang als die bij andere uitingsvormen gebruikelijk is een overdaad van bescherming oplevert die vanuit een economisch gezichtspunt onwenselijk is. Slechts voor diegenen die een sterke op persoonlijkheidsrechten gestoelde opvatting over het auteursrecht aanhangen is een dergelijke oplossing minder voor de hand liggend, al kan ook daar opgemerkt worden dat als er al een persoonlijke expressie in programmatuur aanwezig is buiten het uiterlijk van de *user interface*, deze toch te vinden zal zijn in de broncode en niet zozeer in de door compilatie moeilijk toegankelijk gemaakte object code.

Verkade merkte in zijn oratie het volgende op over de groei van het auteursrecht in de afgelopen eeuw:

“Het beeld van Pitlo's slinger van de klok dringt zich op. Ver naar rechts in het gildewezen, ver naar links in de Franse revolutie, gecorrigeerd sinds het einde van de negentiende eeuw via moderne noties van propriété intellectuelle en concurrence loyale; maar sindsdien in die richting eigenlijk niet meer gestuit. Is er telkens voor een stukje objectverruiming, of

een stukje verruiming van beschermingsinhoud of -omvang wel iets te zeggen, de cumulerende effecten van al die verruimingen worden onvoldoende in het oog gehouden.”¹

Een observatie die meer dan tien jaar geleden al op zijn plaats was maar nog meer aan kracht heeft gewonnen. De verhoudingsgewijs geringe wijziging van het auteursrecht die ik hier voorstel beoogt de slinger weer een duw naar de linkerkant te geven. Het auteursrecht is in haar huidige vorm uit balans, terwijl de maatschappelijke betekenis van het auteursrecht in een informatiemaatschappij alleen maar toeneemt.

¹Verkade, D.W.F. (1990), *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, p. 15.

7 Literatuurlijst

- Akyürek-Kievits, H.E. (1999), Accepteert het Hof de leer van de 'essential facilities'?, in: Nederlands tijdschrift voor Europees recht, nr. 1/2, jan/feb 1999
- Areeda, P. (1990), Essential facilities: an epithet in need of limiting principles, in: Antitrust Law Journal, vol. 58, 1990, pp. 841-869.
- Beaufort, H.L. de (1909), Het auteursrecht in het Nederlandsche en internationale recht , 490 p.
- Behr, D. (1998), Learning How to Share: The Essential Facilities Doctrine Revisited, student paper, in: Computers and the Law (L9023), Columbia University, Fall 1998.
- Bergh, R. van den, (1997), Economische analyse van het mededingingsrecht, een terreinverkenning, pp. 41-54.
- Bergman, M.A. (2000), The Bronner case - a turning point in the essential facilities doctrine?, in: European Competition Law Review, iss. 2., 2000, pp. 59-63.
- Bergman, M.A. (2001), The role of the essential facilities doctrine, in: The Antitrust Bulletin, Summer 2001, pp. 403-430.
- Besen, S.M., Farrell, J. (1994), Choosing how to compete: strategies and tactics in standardization, in: Journal of economic perspectives, vol. 8., nr. 2., spring 1994, pp. 117-131.
- Boyle, J. (1996), Shamans, software and spleens: law and the construction of the information society, 270 p.
- Budil, H., Theeuwes, J. en Zijderveld, C. (2000), De economische betekenis van het auteursrecht in 1998: rapportage 2000, 92 p.
- Cohen Jehoram, H. (1989), Het economisch belang van het auteursrecht en de gevaren daarvan, in: Cohen Jehoram, H. (1993), Kernpunten van auteursrecht
- Cohen Jehoram, H. (1992), Auteursrecht: opportuniteit of recht?, in: Cohen Jehoram, H. (1993), Kernpunten van auteursrecht, pp. 51-58.
- Cohen Jehoram, H. (1992), Schrap één onzalig woordje uit de Auteurswet 1912, in: Cohen Jehoram, H. (1993), Kernpunten van auteursrecht, pp. 109-111.
- Cotter, T.F. (1999), Intellectual property and the essential facilities doctrine, in: The Antitrust Bulletin, Spring 1999, pp. 211-250.
- Creuss, A., Agustinoy, A. (2000), The operative system as an essential facility: an open door to Windows?, in: World Competition, vol. 23, iss. 1, 2000, pp. 57-78.
- Drahos, P. (1996), A philosophy of intellectual property, 257 p.
- Farrell, J. (1989), Standardization and intellectual property, in: Jurimetrics Journal, fall 1989, pp. 35-90.
- Fisher, W. , Theories of intellectual property,
http://www.law.harvard.edu/Academic_Affairs/coursepages/tfisher/iptheory.html
- Fitzgerald, B.F. (1999), Software as discourse, the power of intellectual property in digital architecture, in: Cardozo Arts & Entertainment Law Journal, nr. 18., 2000, pp. 337-386.
- Gatusso, J.L., Bondreaux, D.J. (1998), Predatory pricing and laissez-faire 'economic' theory: The view from mount Chicago in: Antitrust Law & Economics Review, vol. 28, 1997, no. 4, pp. 44-72, vol. 30, 1999, no. 1.
- Georgeson, K.E. (1996), Comments: reverse engineering of copyrighted software: fair use or misuse?, in: Albany Law Journal of Science & Technology, nr. 5, 1996, pp. 291-320.

- Gibbons, R. (1992), A primer in game theory, 267 p.
- Ginsburg, J.C. (1994), Four reasons and a paradox: The manifest superiority of copyright over sui generis protection of computer software, in: Columbia Law Review, vol. 94, no. 8, December 1994, pp. 2559-2572.
- Groenenboom, M.M. (2002), Software licenties: van closed source tot open source, in: Computerrecht, nr. 1, 2002, pp. 21-29.
- Grosheide, F.W. (1994), Ideas, their time has come, in: Informatierecht/AMI 1994/9, pp. 167-171.
- Grosheide, F.W. (1986), Auteursrecht op maat : beschouwingen over de grondslagen van het auteursrecht in een rechtspolitieke context, 351 p.
- Halbert, D.J. (1999), Intellectual property in the information age: the politics of expanding ownership rights, 186 p.
- Hakfoort, J., Willemsen, S. (2000) , Copyright protection: not more but different, <http://www.cpb.nl/nl/pub/werkdoc/122/cr/>
- Hertog, J.A. den (2001), Efficiëntie en 'essential facilities'. Een economische analyse van het Bronner-arrest, in: Markt en Mededinging, nr. 1., 2001, pp. 14-21.
- Himanen, P., Torvalds, L., Castells, M. (2001), The hacker ethic and the spirit of the information age, 232 p.
- Hughenoltz, P. B. (1989), Auteursrecht op informatie : auteursrechtelijke bescherming van feitelijke gegevens en gegevensverzamelingen in Nederland, de Verenigde Staten en West-Duitsland : een rechtsvergelijkend onderzoek, 198 p.
- Hughenoltz, P.B. (1999), Sleeping with the enemy: over de verhouding tussen auteurs en exploitanten in het auteursrecht, 38 p.
- Hughenoltz, P.B. (1999), Code as code, or the end of intellectual property as we know it, in: Maastricht journal of European and comparative law, nr. 3, 1999, pp. 308-318.
- Katz, M.L., Shapiro C. (1985), Network externalities, competition and compatibility, in: The American economic review, vol. 75, no. 3, june 1985, pp. 424-440.
- Kaufmann, P.J. (1985), Passing of and misappropriation: an economic and comparative legal analysis, 198 p.
- Kelly, K. (1997), New rules for the new economy, in: Wired Magazine, vol. 5, nr. 9, September 1997 (<http://www.wired.com/wired/archive/5.09/newrules.html>).
- Kezsbom, A., Goldman, A.V. (1996), No shortcut to antitrust analysis: the twisted journey of the "essential facilities" doctrine, in: Columbia Business Law Review, iss. 1, 1996
- Kleit, A.N., Michaels, R.T.J. (1994), Antitrust, rent-seeking, and regulation: the past and future of Otter Tail, in: The Antitrust Bulletin, fall 1994, pp. 689-725.
- Koboldt, C. (1995), Intellectual property and optimal copyright protection, in: Journal of cultural economics, 1995, nr. 19, pp. 131-155.
- Koelman, K.J. (2000), Terug naar de bron: open source en copyleft, in: Informatierecht/AMI, oktober 2000, nr. 8, pp. 149-155.
- Kolasky, W.J. (1999), Network effects: A contrarian view, in: George Mason Law Review, Spring 1999, pp. 596-598.
- Korah, V. (2000), Access to essential facilities under the commerce act in the light of experience in Australia, the European Union and the United States, in: Victoria University of Wellington Law Review, vol 21, 2000, pp. 231-254.
- Landes, W.M., Posner, R.A. (1989), An economic analysis of copyright law, in: Journal of Legal Studies, vol. XVIII, june 1989, pp. 325-353.
- Larouche, P. (2000), The basis of EC telecommunications law after liberalization, pp. 165-217.
- Lessig, L. (2001), The future of ideas : the fate of the commons in a connected world, 352 p.
- Liebowitz, S.J., Margolis, S.E. (1994), Network externality: an uncommon tragedy, in: Journal of economic perspectives, vol. 8., spring 1994, pp. 133-150.

- Mackaay, E. (1988, Het recht bezien door de bril van de economist, in: *Rechtskundig Magazijn Themis*, nr. 9, november 1988, pp. 411-452
- Maltby, N. (1993), Restrictions on port operators: Sealink/B & I Holyhead, in: *European Common Law Review*, iss. 5, 1992
- Mueller, C.E. (1999), Computer software is a 'natural' monopoly? Predatory pricing and 'efficient' scale, in: *Antitrust Law & Economics Review*, vol. 29, 1998, no. 2., pp. 99-110.
- Prescott, D., Bucher, K.A. (1999), EU competition law; essential facilities doctrine, in: *The National Law Journal*, Dec. 20, 1999, p. B16.
- Quaedvlieg, J.A.A. (1987), Auteursrecht op techniek: de auteursrechtelijke bescherming van het technisch aspect van industriële vormgeving en computerprogrammatuur, 193 p.
- Raymond, E.S. (1999), The cathedral and the bazaar: musings on Linux and open source by an accidental revolutionary, 241 p.
- Reichman, J.H. (1994), Legal hybrids between the patent and copyright paradigms, in: *Columbia Law Review*, vol. 94, no. 8, December 1994, pp. 2432-2558.
- Samuelson, P., Davis, R., Kapoy, N.D., Reichman, J. (1994), A manifesto concerning the legal protection of computer programs, in: *Columbia Law Review*, vol. 94, no. 8, December 1994, pp. 2308-2431.
- Rose, C. (1986), The comedy of the commons: Custom, commerce, and inherently public property, in: *The University of Chicago Law Review*, vol. 53, nr. 3, Summer 1986, pp. 711-781.
- Schelven, P.C. van, Struik, H. (1995), *Softwarerecht, bescherming en gebruik van programmatuur sedert de Richtlijn Softwarebescherming*, 186 p.
- Shapiro, C., Varian, H.R. (1999), *Information Rules: a strategic guide to the network economy*, 352 p.
- Spoor, J.H., Verkade, D.W.F (1993), *Auteursrecht: auteursrecht en naburige rechten*, 622 p.
- Stallman, R.M. (1992), Why software should be free, <http://www.gnu.org/philosophy/shouldbefree.html>
- Takeyama, L.N. (1993), The welfare implications of unauthorized reproduction of intellectual property in the presence of demand network externalities, in: *The Journal of Industrial Economics*, vol. 17, no. 2, june 1994, pp. 155-166.
- Temple Lang, J. (1994), Defining legitimate competition: companies' duty to supply competitors and access to essential facilities, in: *Fordham International Law Journal*, nr. 18, 1994, pp. 441-523.
- Towse, R. (2000), Creativity, incentive and reward, an economic analysis of copyright and culture in the information age, 227 p.
- Tully, J. (1980), A discourse on property, John Locke and his adversaries, p. 135.
- Verkade, D.W.F. (1990), *Intellectuele eigendom, mededinging en informatievrijheid*, 48 p.
- Wagner, D.R. (2000), The keepers of the gates: intellectual property, antitrust and the regulatory implications of systems technology, in: *Hastings Law Journal*, August 2000, vol. 51, pp. 1073-1132.
- Wichers Hoeth, L., Gielen, Ch. (red), Ebbink, R.E., (2000), *Kort begrip van het intellectuele eigendomsrecht*, 501 p.