

KUNNEN DE EUROPESE MEDEDINGINGSREGELS HET AUTEURSRECHT BEPERKEN ?

Inge Basteleurs

*Onder wetenschappelijke begeleiding van
Prof. H. COUSY en J. KEUSTERMANS, Advocaat.*

INLEIDING

Een tijdje leek het alsof het auteursrecht en het EEG-Verdrag nooit iets met elkaar te maken zouden hebben. Waar het Verdrag de economische wereld beheerste, behoorde het auteursrecht eerder tot de culturele sfeer.

Deze stelling werd, eerst schoorvoetend, verworpen door Hof en Commissie. Net zoals andere exclusieve rechten betekent het auteursrecht een potentieel gevaar voor de totstandkoming van de communautaire markt, en moet dus door de Verdragsregels gesanctioneerd kunnen worden.

In het *eerste* deel maken we bondig kennis met het auteursrecht. Dit begrip zal een verzamelterm blijken, die een bonte verscheidenheid van deelrechten omvat. Bij de toepassing van het Verdrag kunnen we dus niet uitgaan van één uniform regelsysteem, maar moeten we steeds rekening houden met het deelrecht waarop we de verdragsartikelen wensen toe te passen.

In het *tweede* deel situeren we het auteursrecht eerst in het EEG-Verdrag als geheel. We gaan na of het auteursrecht inderdaad binnen de reikwijdte van het Verdrag valt en, zo ja, welke artikelen van het Verdrag er een invloed kunnen op uitoefenen.

Daarna gaan we dieper in op art. 85 EEG-Verdrag (*derde* deel). We bekijken het artikel vanuit drie verschillende invalshoeken die ons, samen genomen, de precieze verhouding tussen dit artikel en het auteursrecht weergeven. Eerst beschrijven we de toepassingsvoorwaarden van art. 85 zoals die kunnen afgeleid worden uit het Verdrag zelf en toegepast worden op alle categorieën van produkten. Na een korte uitweiding over het onderscheid tussen bestaan en uitoefening van het auteursrecht, her-

nemen we de indeling van het auteursrecht die onder deel I werd beschreven en gaan per deelrecht de relevantie van art. 85 na. Tenslotte beschrijven we de verschillende contractsvormen via dewelke een auteursrecht uitgeoefend kan worden en onderzoeken de beperkingen die art. 85 per specifieke vorm kan opleggen.

In een *vierde* en laatste deel onderzoeken we de verhouding tussen art. 86 EEG-Verdrag en het auteursrecht. Veel van wat werd gezegd in het kader van art. 85 kan analoog worden toegepast. We zullen dan ook enkel de eigen toepassingsvoorwaarden van art. 86 beschrijven en bondig enkele specifieke problemen opwerpen die het artikel stelt m.b.t. het auteursrecht.

I. HET AUTEURSRECHT

A. DEFINITIE EN ALGEMENE KENMERKEN

Het **auteursrecht** is een intellectueel recht dat de maker (auteur) van een literair of artistiek werk een absolute tijdelijke bescherming tegen verveelvoudiging van zijn werk in welke vorm dan ook, garandeert. De basiswet terzake is de wet van 22 maart 1886 op het auteursrecht ¹. België is ook nog partij bij twee internationale verdragen: de Conventie van Bern van 9 september 1886 ² en de Universele Conventie van Genève van 6 september 1952 ³.

De bescherming van het auteursrecht is onderworpen aan twee vereisten ⁴. Enerzijds moet het werk **origineel** zijn, het moet de persoonlijkheid van de maker weerspiegelen. Origineel betekent in deze context niet "nieuw": ook de vertaling van een bestaand werk kan beschermd worden.⁵

Bovendien moet het werk uitgedrukt zijn in een bepaalde **vorm**. Ideeën worden door het auteursrecht niet beschermd. Toch mag deze voorwaarde niet te strikt worden geïnterpreteerd. De concrete vormge-

(1) Wet 22 maart 1886 op het auteursrecht, *Mon. B.*, 26 maart 1886 (hierna: Auteurswet); Wet 26 juni 1981 tot invoering van de Nederlandse tekst, *B.S.*, 14 juli 1981.

(2) Goedgekeurd bij Wet 30 september 1887, *B.S.*, 13 oktober 1951.

(3) Goedgekeurd bij Wet 20 april 1960, *B.S.*, 30 augustus 1960.

(4) BERENBOOM, A., *Le droit d'auteur*, Bruxelles, Maison Ferdinand Larcier, 1984, 31-36.

(5) Zie o.a.: Voor het Hof: H.v.J., 20 januari 1981 (Musik-Vertrieb membran GmbH en K-tel International v GEMA), *Jur.H.v.J.*, 1981, I, 147, concl. Adv.-Gen. WARNER, J.P.; H.v.J. 6 oktober 1982 (Cotidel e.a. v Ciné Vog Films e.a.), *R.I.D.A. (Fr.)*, 1983, 120, noot FRANCON, A.;...

ving is onbelangrijk. Vereist is enkel dat er één is. In extreme gevallen kan die zelfs mondeling zijn.⁶

Andere criteria zoals de kwaliteit van het werk, de lengte, de vorm, de bestemming, ... worden niet in aanmerking genomen. Een rechter is geen kunstcriticus.

De beschermingsduur die het auteursrecht verleent kan van land tot land verschillen. In België wordt een werk beschermd gedurende het leven van de auteur en tot vijftig jaar na zijn dood⁷. Deze regel moet echter genuanceerd worden, o.a. bij werken die door meerdere auteurs werden geschreven. We gaan hier niet in detail op in⁸.

B. INDELING VAN HET AUTEURSRECHT

Traditioneel laat men het auteursrecht uiteenvallen in twee grote delen : enerzijds de patrimoniale, anderzijds de morele rechten van de auteur. Die worden dan op hun beurt opgesplitst in verschillende deelrechten. We kunnen er nog een derde categorie aan toevoegen nl. de nevenrechten. Hoewel dit geen auteursrechten zijn in de strikte zin van het woord, zijn ze er toch nauw mee verwant. De indeling wordt hier echter slechts schematisch weergegeven, omdat ze in de loop van het werk nog aan bod komt.

Patrimoniale rechten maken de commerciële exploitatie van een werk mogelijk. Ze worden op hun beurt in twee groepen onderverdeeld⁹:

* het recht van voorstelling : dit recht omvat elke uitvoering van een werk die de directe communicatie aan het publiek tot gevolg heeft. Hierbij denken we o.a. aan een opvoering van een toneelstuk, een televisieuitzending,...

* het recht van uitgave, vermenigvuldiging : dit is het recht een werk in een bepaalde vorm vast te leggen om de bewaring en verveelvoudiging ervan mogelijk te maken.

(6) Voor de Commissie : Beschikking van de Commissie van 1 februari 1971 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag, *P.B.L.*, 11 februari 1971, 13-15 ; Beschikking van de Commissie van 2 juni 1971 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het Verdrag, *P.B.L.*, 20 juni 1971, 15-29 ;...

(7) Artikel 2 Auteurswet.

(8) In dit deel kwamen slechts bondig de belangrijkste kenmerken van het auteursrecht aan bod. Voor een meer diepgaande studie verwijzen wij naar : BERENBOOM, A., *o.c.*, 293 p.; NORDEMAN, W., VINCK, K. en HERTEN, P. W., *Droit d'auteur et droits voisins*, Bruylant, 1983, 614 p.; VAN ISACKER, F., *De morele rechten van de auteur*, Brussel, Larcier, 1961, 215 p.

(9) BERENBOOM, A., *o.c.*, 66-94.

Aan de andere kant van het spectrum vinden we de **morele rechten** van de auteur. Zij zijn van een totaal andere aard. Zodra een literair of artistiek werk openbaar gemaakt wordt, ontsnapt het gedeeltelijk aan zijn auteur. De morele rechten zorgen ervoor dat een auteur toch nog een zekere "intellectuele controle" over zijn werk kan uitoefenen en - wanneer dit nodig blijkt - respect kan opeisen voor zichzelf en zijn creatie.

Ze worden verder onderverdeeld in ¹⁰:

* T.a.v. de auteur :

1) Recht van verspreiding : de auteur en hij alleen beslist of en wanneer zijn werk klaar is voor verspreiding.

2) Recht van vaderschap : een auteur heeft het recht te beslissen onder welke naam (schuilnaam, pseudoniem...) zijn werk gepubliceerd zal worden.

* T.a.v. het werk zelf :

1) Integriteit van het werk : de auteur kan zich verzetten tegen elke verandering die aan het werk gebeurde buiten zijn toestemming ¹¹.

2) Terugtrekken van het werk : dit is een beetje een buitenbeentje in het auteursrecht. Via dit recht zou de auteur kunnen terugkomen op zijn beslissing zijn werk publiek te maken. Hij kan het dan volledig terugnemen of er wijzigingen in aanbrengen.

De categorie van de **nevenrechten** behoort niet tot de klassieke indeling van het auteursrecht. Ze werd pas verdedigd vanaf de eerste helft van de 20^e eeuw. Nevenrechten kunnen gedefinieerd worden als rechten die worden toegekend aan personen die, hoewel ze zelf geen auteur zijn, toch een activiteit uitoefenen die nauw aansluit bij de artistieke of literaire creatie. We kunnen hierbij bijvoorbeeld de acteurs, toneelspelers, zangers, ... onderbrengen ¹.

II. SITUERING VAN HET AUTEURSRECHT IN EEN EUROPEESRECHTELIJK KADER

Vooraleer de eigenlijke bespreking van de mededingingsregels aan te vatten, moeten we ons toch eerst afvragen of het auteursrecht wel onder het EEG-Verdrag valt. Het antwoord op deze vraag is inderdaad niet zo vanzelfsprekend. Waar het EEG-Verdrag een **economisch** doel heeft, lijkt het auteursrecht eerder in de **kulturele** sfeer thuis te horen.

(10) BERENBOOM, A., o.c., 122-132.

(11) Merk op : Dit recht is echter niet absoluut. Zo zal het werk bijvoorbeeld wel moeten kunnen dienen waarvoor het gemaakt werd, ...: BERENBOOM, A., *Le droit d'auteur*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1990, 68-69.

Eminente auteurs als GOTZEN stelden dan ook dat dit Verdrag het auteursrecht ongemoeid laat¹². Zijn argumenten werden echter tegen-geproven door het Hof van Justitie en de Commissie die de verdragsbepalingen wel degelijk toepasten op het auteursrecht, althans in de mate dit recht economisch wordt geëxploiteerd¹³.

De wetten en internationale verdragen die het auteursrecht beheersen, kunnen dus in conflict komen met de bepalingen van het EEG-Verdrag. Welke norm zal het dan halen?

Voor de nationale wetgeving stelt zich geen probleem: sinds het Casati-arrest van 27 mei 1971 aanvaardden we in België het primaat van een direct werkende verdragsrechtelijke bepaling¹⁴.

Maar wat met de Conventie van Bern? Dit is immers ook een internationaal verdrag. Bovendien zijn alle EEG-lidstaten erbij aangesloten. De oplossing vinden we in art. 234, lid 2 EEG-Verdrag dat stelt: "Voor zover deze overeenkomsten niet verenigbaar zijn met dit Verdrag maken de betrokken Lidstaat of Lidstaten gebruik van alle passende middelen om de vastgestelde onverenigbaarheid op te heffen." Hieruit kunnen we afleiden dat de rechten die uit de Conventie van Bern voortvloeien, vervallen in de mate ze strijdig zijn met de normen van het EEG-Verdrag.

Rest nu nog te bepalen welke artikelen van het EEG-Verdrag precies beperkingen kunnen opleggen aan het auteursrecht. In de huidige stand van het recht kunnen we vooral drie categorieën onderscheiden. Eerst en vooral zijn er de artikelen m.b.t. het *vrij verkeer van goederen* (art. 30 en 34 EEG-Verdrag). Volgens een constante rechtspraak van het Hof van Justitie valt het auteursrecht onder de bepalingen die dit vrij verkeer van goederen regelen. Deze stelling dient echter genuanceerd. Volgens art. 36 EEG-Verdrag zijn immers beperkingen aan het vrij verkeer van goederen toegelaten uit hoofde van bescherming van industriële en commerciële eigendom. Het Hof aanvaardt dat deze bepaling het auteursrecht beschermt tegen een onverkorte toepassing van art. 30 en 34 EEG-Verdrag¹⁵.

Ook de bepalingen over het *vrij verkeer van diensten* (art. 59 EEG-Verdrag) kunnen het auteursrecht beperken. Het Hof heeft art. 59 weliswaar nog nooit rechtstreeks toegepast op het auteursrecht. In de zaak Cotidél tegen Ciné Vog besliste het Hof echter:

(12) GOTZEN, F., *Artistieke eigendom en mededingingsregels van de Europese Economische Gemeenschap*, Leuven, K.U.Leuven, 1971, 145 p.

(13) NAYER, A. en CAPIAU, S., *Artistes et Média*, Bruxelles, Pierre Mandaga, 1989, 15-17.

(14) Cass., 27 mei 1971, *Arr. Cass.*, 1971, II, 959.

(15) Deze vraag wordt verderop uitvoeriger behandeld in het kader van de mededingingsregels.

"Weliswaar verbiedt artikel 59 EEG-Verdrag beperkingen op het vrij verrichten van diensten, maar het heeft daarbij niet de grenzen op het oog, gesteld aan de uitoefening van bepaalde economische activiteiten die voortvloeien uit de toepassing van de nationale wetgeving tot bescherming van de intellectuele eigendom, *behalve wanneer die toepassing een middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de economische betrekkingen tussen de Lid-Staten vormt*. Dat zou het geval zijn indien die toepassing de partijen bij een cessie van een auteursrecht in staat zou stellen kunstmatige barrières op te werpen voor de economische betrekkingen tussen Lid-Staten ¹⁶."

In dit arrest verhinderde art. 36 de mogelijke toepassing van art. 59. A contrario kunnen we hieruit echter afleiden dat dit artikel wel toegepast kan worden indien het inroepen van het auteursrecht een willekeurige discriminatie of verkapte beperking van de handel tussen de Lidstaten vormt.

Tenslotte zijn er natuurlijk nog de *mededingingsregels*, vervat in art. 85 en 86 EEG-Verdrag. Verderop wordt besproken hoe en in welke mate deze regels de rechten van een auteur kunnen beperken.

De vraag rijst of de drie besproken categorieën de enige zijn die belang kunnen hebben voor het auteursrecht. Of kunnen andere verdragsbepalingen relevant zijn in deze context? Het Hof heeft hierover nog geen uitspraak geveld. Toch menen we dat ook op andere domeinen conflicten kunnen rijzen.

Om slechts één voorbeeld aan te halen: volgens art. 7 EEG-Verdrag is "binnen de werkingssfeer van dit Verdrag en onverminderd de bijzondere bepalingen, daarin gesteld, elke discriminatie op grond van nationaliteit verboden." Sommige auteursverenigingen behouden echter hun lidmaatschap exclusief voor aan hun eigen nationalen of verlenen hen minstens een betere positie. Dit lijkt ons duidelijk strijdig met het genoemde verdragsartikel ¹⁷.

De Commissie had reeds de gelegenheid zich hierover uit te spreken. In casu ging het om de Duitse auteursvereniging GEMA ¹⁸. De Commissie besloot dat onderdanen van andere lidstaten inderdaad gediscrimineerd werden, maar zag hierin slechts een bewijs van misbruik van machtspositie door GEMA. Art. 7 werd dus niet uitdrukkelijk vermeld. Toch menen

(16) H.v.J., 18 maart 1980 (Cotidel e.a. v. Ciné Vog Films e.a.), *Jur. H.v.J.*, 1980, II, 903, concl. Adv.-Gen. WARNER, J.P..

(17) Zie ook: FRANCON, A., "Le droit d'auteur et le Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne", *R.I.D.A. (Fr)*, 1979, 191-195.

(18) Beschikking van de Commissie van 2 juni 1971 inzake een procedure op grond van artikel 86 van het Verdrag (IV/26.760-"GEMA"), *P.B.L.*, 20 juni 1971, 21-22.

we hieruit te mogen besluiten dat de Commissie - minstens impliciet - de toepasselijkheid van art. 7 op het auteursrecht erkent.

III. AUTEURSRECHT EN ARTIKEL 85 EEG-VERDRAG

De mededingingsregels, neergeschreven in het EEG-Verdrag, zullen het auteursrecht slechts kunnen raken in de mate aan hun specifieke toepassingsvoorwaarden voldaan is. Daarom worden eerst de voorwaarden die art. 85 EEG-Verdrag zelf stelt, uitgerafeld. Vervolgens gaan we na welke effecten dit artikel heeft op het bestaan en de uitoefening van een auteursrecht. Daarna besteden we vooral aandacht aan de toepassing van het artikel op de verschillende deelrechten van het auteursrecht. Tenslotte onderzoeken we nog of het type overeenkomst waardoor een auteursrecht wordt uitgeoefend een invloed kan hebben op de toepasselijkheid van art. 85.

A. BESCHRIJVING VAN DE VOORWAARDEN GESTELD DOOR ART. 85¹⁹

Opdat art. 85 lid 1 van toepassing zou zijn, moeten drie voorwaarden vervuld worden. We zullen deze nu bondig bespreken.

1. Overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen

Als eerste voorwaarde vereist art. 85, lid 1 dat de inbreuk zou gebeuren via "overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemingsverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen". Deze termen lijken echter wel erg vaag en voor velerlei interpretatie vatbaar. Het lijkt daarom interessant te weten welke inhoud het Hof en de Commissie eraan geven.

De term *overeenkomst* mag niet opgevat worden in de gemeenrechtelijke betekenis: een netjes uitgetypte verklaring van de rechten en plichten van partijen wordt niet gevraagd. Ook een mondelinge afspraak of een gentleman's agreement kan volstaan. Vereist is enkel dat één partij

(19) Dit werk behandelt alleen art 85, lid 1. Voor een grondige bespreking van art.85, lid 2 en 3 verwijzen we naar : BOS, P.U.F. en FIESTRA, M.A., *Europees mededingingsrecht*, Deventer, Kluwer, 1989, 274 p.; FRANCESCHELLI, R., PLAISANT, R. en LASSIER, J., *Droit européen de la concurrence*, Paris, Ed. J. Delmas et Cie, 1978, 491 p.

zichzelf vrijwillig beperkingen oplegt in verhouding tot de andere partij ²⁰.

Ook het begrip *onderneming* zorgt voor een interpretatieprobleem. Wanneer we te maken hebben met auteursverenigingen als SABAM of GEMA is de oplossing evident. Zij zijn duidelijk ondernemingen in de zin van art. 85, lid 1. Wat moeten we echter denken van een **individuele** auteur. Valt ook hij onder dit ondernemingsbegrip? De Commissie onderzocht deze vraag in haar beschikking van 26 mei 1978 ²¹. Ze stelde dat "kunstenaars ondernemingen zijn in de zin van artikel 85, lid 1, wanneer zij hun artistieke prestaties economisch exploiteren."

Het verdrag spreekt echter over *ondernemingen*. Er zullen dus twee of meer ondernemingen betrokken moeten zijn alvorens we van een schending van art. 85, lid 1 kunnen spreken. Dit houdt in dat een individuele auteur die het recht dat hij erga omnes bezit, laat gelden tegen iemand die er inbreuk op maakt (buiten elke overeenkomst), nooit kan worden veroordeeld op grond van dit artikel.

Wanneer ondernemingen zich verenigen in één structuur, vallen zij echter niet meer onder het begrip "overeenkomsten tussen ondernemingen". De beslissingen die zo'n vereniging neemt, kunnen echter ook een concurrentiebeperkend effect hebben. Daarom worden dergelijke *besluiten van ondernemingsverenigingen* ook gevat door art. 85, lid 1.

Dit brengt ons tot een merkwaardige vaststelling. We zagen dat auteurs "ondernemingen" kunnen zijn (*supra*). De praktijk leert ons bovendien dat zij zich vaak verenigen in auteursverenigingen om hun belangen beter te beschermen. Volgens de hierboven beschreven regel zouden de besluiten van dergelijke verenigingen ipso facto onder art. 85 kunnen vallen. We menen dat deze stelling het toepassingsgebied van dit artikel aanzienlijk kan verruimen. Tot nu toe werd tegen auteursverenigingen vooral opgetreden op basis van art. 86 EEG-Verdrag. Nu vinden we ook een mogelijkheid om op te treden buiten elk "misbruik van machtspositie" (*infra*), gewoon met het argument dat een besluit van een auteursvereniging (de statuten bijvoorbeeld) de concurrentie tussen de Lidstaten kan belemmeren.

Het is tenslotte niet onmogelijk dat ondernemingen hun gedrag op elkaar afstemmen buiten elke overeenkomst om. Om ook dit gedrag te

(20) FRANCESCHELLI, R., PLAISANT, R. en LASSIER, J., o.c., Paris, Ed. J. Delmas et Cie, 1978, 34-36; GUY, D and LEIGH, G.I.F., *The EEC and intellectual property*, London, Sweet & Maxwell, 1984, 44-45.

(21) Beschikking van de Commissie van 26 mei 1978 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (zaak IV / 29.559 - RAI/UNITEL), *P.B.L.*, 15 juni 1978, 40.

kunnen sanctioneren werd de term *feitelijke gedragingen* opgenomen in art. 85.

2.... die de handel tussen Lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden

De tweede voorwaarde van art. 85, lid 1 is zowel restrictief als extensief²².

De tekst heeft het enerzijds enkel over de handel *tussen* Lidstaten. Hieruit kunnen we afleiden dat een overeenkomst die énkél effecten produceert in één Lidstaat, of énkél buiten de Gemeenschap, niet geraakt zal worden.

Anderzijds moet de overeenkomst de handel *kunnen* beïnvloeden. Een werkelijk effect is dus zelfs niet vereist. De loutere mogelijkheid de communautaire handel te belemmeren volstaat.

3.... en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst

Tenslotte zal art. 85, lid 1 slechts werkzaam zijn als de hierboven beschreven gedragingen *ertoe strekken of ten gevolge hebben* dat de mededinging wordt belemmerd.

De beoordeling van deze voorwaarde gebeurt in twee fasen. Eerst bekijken Hof of Commissie de litigieuze overeenkomst. Ze gaan na in hoeverre die de concurrentie op de gemeenschappelijke markt **poogt** te belemmeren²³. Of de overeenkomst al werd uitgevoerd is in deze beoordeling onbelangrijk. De Commissie benadrukte dit o.m. in haar beschikking van 22 december 1972 :

"Overwegende dat het, in tegenstelling tot het oordeel van W.E.A.-Filipacchi Music S.A., niet slechts om een poging gaat een inbreuk op artikel 85, lid 1 te maken, maar om een daadwerkelijk geschiedde inbreuk ; dat deze zich reeds dan heeft voltrokken, wanneer door een overeenkomst een beperking van de mededinging wordt beoogd ; dat er nog geen gevolgen behoeven te zijn ingetreden ;..."^{24 25}

(22) FRANCESCHELLI, R., PLAISANT, R. en LASSIER, J., o.c., 45-46.

(23) De term "gemeenschappelijke markt" is in deze context eigenlijk onnauwkeurig. We zouden beter spreken van "relevante" markt. Zowel het Hof als de Commissie bakenen altijd heel nauwkeurig de deelmarkt af waarop een overeenkomst betrekking heeft.

(24) Beschikking van de Commissie van 22 december 1972 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/26992 - W.E.A.-Filipacchi Music S.A.), *P.B.L.*, 31 december 1372, 53.

(25) Het Hof had zich eerder in dezelfde zin uitgesproken, meer bepaald in het arrest Consten : "Overwegende voorts dat bij de toepassing van artikel 85, lid 1, op de concrete

Pas wanneer uit de overeenkomst zelf niet voldoende haar concurrentiebeperkend doel blijkt, worden, in een tweede fase, haar gevolgen op de gemeenschappelijke markt onderzocht.

Deze interpretatie van de term "ertoe strekken of ten gevolge hebben" zou vlug leiden tot een enorme uitbreiding van het toepassingsgebied van art. 85, lid 1. Daarom voerden Hof en Commissie de zogenaamde *merkbaarheidsvereiste* in: een overeenkomst die formeel gezien alle bestanddelen van art. 85 in zich verenigt, zal toch niet getroffen worden wanneer ze op de relevante markt geen merkbare gevolgen teweeg brengt of kan brengen. Maar wat te verstaan onder "merkbare gevolgen"? Om enige rechtszekerheid te bieden, vaardigde de Commissie haar de *minimis*-bekendmaking uit²⁶. Een overeenkomst valt niet onder art. 85, lid 1:

- wanneer de produkten of diensten waarop de overeenkomst betrekking heeft (...) en de andere produkten of diensten van de betrokken ondernemingen die door de gebruiker op grond van hun eigenschappen, hun prijs en hun gebruik als gelijksoortig worden beschouwd, in het gedeelte van de gemeenschappelijke markt waarin de overeenkomst effecten resorteert niet meer dan 5% op de markt van al deze produkten of diensten (...) tezamen uitmaken;

- wanneer de totale omzet van de deelnemende ondernemingen gedurende een boekjaar niet meer dan 200 miljoen ECU bedraagt.

Naar de mening van Commissie vallen de voorgenoemde overeenkomsten ook dan niet onder het verbod van artikel 85, lid 1, wanneer het marktaandeel of de totale omzet als hier bedoeld tijdens een periode van twee opeenvolgende boekjaren met hoogstens één tiende wordt overschreden.

B. BESTAAN EN UITOEFENING VAN HET AUTEURSRECHT EN ARTIKEL 85

1. Waarom onderscheiden we bestaan en uitoefening van het auteursrecht: Verband tussen art.36 en art.85

gevolgen ener overeenkomst geen acht meer behoeft te worden geslagen wanneer eenmaal gebleken is dat zij ten doel heeft de concurrentie te verhinderen, te beperken of te vervalsen.": H.v.J., 13 juli 1966 (Et. Consten en Grundig - Verkauf GmbH v Commissie), *Jur. H.v.J.*, 1966, 516, concl. Adv.-Gen. ROEMER, K.

(26) Bekendmaking van de Commissie van 3 september 1986 inzake overeenkomsten van geringe betekenis die niet onder art. 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap vallen, *P.B.C.*, 12 september 1986.

Uit de voorgaande analyse konden we het juiste toepassingsgebied van art. 85 afbakenen. Wanneer we dit artikel echter willen toepassen op het auteursrecht, moeten we een belangrijk onderscheid maken. Art. 85 zal niet worden toegepast op het **bestaan** van het auteursrecht, maar eventueel wel op de **uitoefening** ervan. Dit is te wijten aan een jurisprudentiële constructie die het Hof maakte op basis van art. 36 EEG-Verdrag. Het artikel bepaalt :

"De bepalingen van de artikelen 30 tot en met 34 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van...bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lidstaten vormen."

Wanneer we deze bepaling nauwkeurig lezen, merken we dat ze een bescherming biedt tegen de al te strikte toepassing van art. 30 en 34 EEG-Verdrag. Anders gezegd : het Verdrag laat beperkingen aan het vrij verkeer van goederen toe wanneer deze o.a. voortspruiten uit rechten van industriële en commerciële eigendom.

In het arrest *Sirena* (geveld inzake merkenrecht) paste het Hof dit verdragsartikel ook toe op de **mededingingsregels** :

"... dat, al maakt artikel 36 deel uit van het hoofdstuk 'afschaffing van de kwantitatieve beperkingen in het handelsverkeer tussen de Lidstaten', hieraan evenwel een beginsel ten grondslag ligt dat mede op het gebied van de mededinging toepassing kan vinden en wel in die zin dat, ofschoon de in de wetgeving van een Lidstaat met betrekking tot de industriële of commerciële eigendom toegekende rechten door de artikelen 85 en 86 van het Verdrag niet in hun bestaan worden aangetast, de uitoefening dier rechten niettemin onder de in genoemde bepalingen neergelegde verboden kan vallen ;..." ²⁷

Het gunstregime van art. 36 zorgt er dus voor dat het louter bestaan van een recht van industriële of commerciële eigendom niet in gevaar kan worden gebracht door de mededingingsregels. Die kunnen echter wel worden toegepast op de uitoefening van het bewuste recht, en meer bepaald wanneer die uitoefening "een middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de Lidstaten vormt." ²⁸

(27) H.v.J., 18 februari 1971 (*Sirena S.r.l. v Eda S.r.l. ea.*), *Jur. H.v.J.*, 1971, 82, concl. Adv.-Gen. DUTHEILLET DE LAMOTHE, A.

(28) Art. 36 EEG-Verdrag, in fine ; H.v.J., 18 maart 1980 (*Cotidel e.a. v Ciné Vog Films e.a.*), *Jur. H.v.J.*, 1980, II, 903, concl. Adv.-Gen. WARNER, J.P.

In een tweede beweging paste het Hof art. 36 ook toe op het auteursrecht²⁹. Dit gebeurde in het arrest GEMA van 20 januari 1981³⁰.

De Belgische rechtspraak had deze stelling reeds eerder aangenomen, meer bepaald in de zaak Time Limit³¹. De feiten waren als volgt: de Engelse vennootschap Reditune nam muziekwerken op en verhuurde ze in akkoord met de titularis van de auteursrechten, Mechanical Copyright Protection Society. Ze betaalde hiervoor 6,25% van de prijs aan deze vereniging en verbond zich ertoe enkel in Engeland actief te zijn. De firma Time Limit verkreeg de bandjes van Reditune en importeerde ze naar België. Ze betaalde hiervoor 6,40% van de prijs aan SABAM, de Belgische auteursvereniging. Na verloop van tijd staakte ze echter haar betalingen. Als argument riep Time Limit in dat het auteursrecht verbruikt was door het legaal in omloop brengen van de werken in Engeland. Ook riep ze art. 85 en 86 EEG-Verdrag in. Time Limit werd in het gelijk gesteld door het Belgisch gerecht. Om tot deze uitspraak te komen, stelden zowel het Hof van Beroep als de rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel dat het auteursrecht onder het EEG-Verdrag valt, en dus de bescherming van art. 36 zou kunnen genieten. In casu was dat echter niet het geval omdat het stellen van territoriale grenzen waarbinnen de bandjes mogen worden gecommmercialiseerd te ver gaat en dus niet meer valt binnen de kern van het auteursrecht dat door art. 36 wordt beschermd maar integendeel in het gebied komt dat kan worden gesanctioneerd door art. 30, 85 en 86 EEG-Verdrag³².

2. Kan art. 85 automatisch op de uitoefening van het auteursrecht worden toegepast?

De uitoefening van een auteursrecht kan dus onder art. 85 vallen wanneer ze "een middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de Lidstaten" vormt³³. Deze voorwaarde werd door het Hof verijnd in één aantal arresten. Vooral de zaak Deut-

(29) REISCHL, G., "La protection de la propriété industrielle et commerciale et le droit d'auteur dans le marché commun", *Cab. Dr. Eur.*, 1982, I, 4-5.

(30) H.v.J., 20 januari 1981 (Musik - Vertrieb membran GmbH en K-Tel International v. GEMA), *Jur. H.v.J.*, 1981, I, 147, concl. Adv.-Gen. WARNER, J.P. (geveld inzake vrij verkeer van goederen).

Zie ook: H.v.J., 29 februari 1968 (Parke, Davis en Co v. Probel, Reese, Beintema - Interfarm en Centrafarm), *Jur. H.v.J.*, 1968, 81, concl. Adv.-Gen. ROEMER, K.

(31) Brussel, 26 oktober 1978, *J.T.*, 1979, II, 407, noot DE SALLE, M. en DURIEUX, J.; Rb. Brussel, 30 oktober 1975, *J.T.*, 1976, II, 444, noot VAN LIER, H.

(32) Het Hof van Beroep stelde dit in een zeer klare redenering waarbij ze zich beriep op het arrest Deutsche Grammophon van het Hof van Justitie dat eenzelfde redenering huldigde: H.v.J., 8 juni 1971 (Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co KG), *Jur. H.v.J.*, 1971, 487, concl. Adv.-Gen. ROEMER, K. (geveld inzake nevenrechten); *infra*.

(33) Art. 36 EEG-Verdrag, in fine; *supra*.

sche Grammophon Gesellschaft van 8 juni 1971 ³⁴ en de zaak Sterling van 31 oktober 1974 ³⁵ zijn van belang ³⁶. Enkel het eerste arrest wordt hier besproken.

Het bedrijf Deutsche Grammophon (D.G.) perste in Duitsland platen en verzond een deel naar haar Frans filiaal, Polydor. Metro, een andere vennootschap, kocht deze platen en voerde ze opnieuw in Duitsland in, tegen een prijs die lager lag dan de prijs die D.G. aanrekende op de Duitse markt. D.G. legde klacht neer op basis van de Duitse Auteurswet. Metro werd in het ongelijk gesteld in Eerste Aanleg (Kort Geding). Hierop ging ze in beroep bij het Oberlandesgericht van Hamburg. Deze rechtbank stelde twee prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie, met name om te weten of het gedrag van D.G. strijdig was met artikel 85 en/of 86 EEG-Verdrag. D.G. riep als verweer art. 36 EEG-Verdrag in.

Het Hof stelde enerzijds dat de uitoefening van een industrieel eigendomsrecht onder het verbod omschreven in art. 85, lid 1, valt, telkens wanneer ze voorwerp, middel of gevolg blijkt van een ondernemersafpraak welke, d.m.v. een verbod op de invoer uit andere lidstaten van aldaar op rechtmatige wijze verspreide produkten, tot isolering van de markt leidt.

Anderzijds stelde het Hof dat een nevenrecht van het auteursrecht onder art. 36 kan vallen. Dit artikel laat echter slechts inbreuken op art. 85 toe voor zover die hun rechtvaardiging vinden in het waarborgen van de rechten welke het specifiek voorwerp van deze eigendom waren ³⁷.

Hieruit kunnen we twee regels afleiden :

- Art. 85 wordt toegepast op de uitoefening van een auteursrecht wanneer die voorwerp, middel of gevolg is van een ondernemingsafpraak.

(34) H.v.J., 8 juni 1971 (Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co KG), *Jur. H.v.J.*, 1971, 487, concl. Adv.-Gen. ROEMER, K. (geveld inzake nevenrechten).

(35) H.v.J., 31 oktober 1974 (Centrafarm BV en Adriaan De Peyper v. Sterling Drug), *Jur. H.v.J.*, 1974, II, 1147, concl. Adv.-Gen. TRABUCCHI, A. (geveld inzake octrooien).

(36) Zie ook : H.v.J., 13 juli 1966 (Et. Consten en Grundig-Verkauf GmbH v. Commissie), *Jur. H.v.J.*, 1966, 449, concl. Adv.-Gen. ROEMER, K.; H.v.J., 29 februari 1968 (Parke, Davis en Co v. Probel, Reese, Beintema - Interfarm en Centrafarm), *Jur. H.v.J.*, 1968, 81, concl. Adv.-Gen. ROEMER, K.

(37) Merk op : Om in het hier beschreven arrest tot die uitspraak te komen maakte het Hof gebruik van de theorie van het "épuisement du droit". Op het auteursrecht toegepast, houdt dit in dat wanneer een produkt door of met toestemming van de eigenaar van het auteursrecht in één Lidstaat op de markt werd gebracht, deze niet kan verhinderen dat het goed voortaan ook op de rest van de communautaire markt circuleert. Hij verbruikte zijn recht door het goed de eerste maal in omloop te (laten) brengen.

- Art. 36 zal dit slechts verhinderen in de mate die uitoefening betrekking heeft op de kern, het specifieke voorwerp van het auteursrecht.

Om het in de woorden van de Commissie te zeggen: "*exclusieve eigendomsrechten en vrije concurrentie beogen in principe hetzelfde maar met andere middelen, maar kunnen in conflict met elkaar komen wanneer de eigenaar van een auteursrecht zich in een positie bevindt waarin hij zijn wettelijke exclusieve rechten kan uitoefenen op een wijze die verder gaat dan waarvoor ze bestemd zijn.*"³⁸

C. OP WELKE RECHTEN VAN DE AUTEUR IS ART. 85 VAN TOEPASSING?

In deel I zagen we dat het auteursrecht wordt opgesplitst in verschillende deelrechten. We willen nu onderzoeken of en in welke mate art. 85 op deze deelrechten van toepassing is.

1. Morele rechten van de auteur

Hierover kunnen we kort zijn. De bedoeling van het EEG-Verdrag ligt in het oprichten van een gemeenschappelijke markt door het economisch beleid van de Lidstaten nader tot elkaar te brengen³⁹. Het Verdrag viseert dan ook enkel activiteiten die een economisch doel hebben.

Uit hun aard zelf hebben de morele rechten van de auteur géén economisch doel. Ze zorgen ervoor dat de auteur een intellectuele controle kan blijven uitoefenen, dat hij respect voor zijn werk kan opeisen. We mogen dus besluiten dat art. 85, lid 1, de morele rechten van de auteur niet raakt, zelfs als deze soms economische effecten kunnen teweeg brengen⁴⁰.

2. Patrimoniële rechten van de auteur

Deze zijn wel economisch gericht en kunnen dus onder het toepassingsgebied van art. 85, lid 1 EEG-Verdrag vallen.

(38) Voorstel voor een Richtlijn betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's, *P.B.C.*, 12 april 1989; Commissie van de EEG, *18° Verslag over het mededingingsbeleid*, 1989, 50.

(39) Art. 2 EEG-Verdrag.

(40) BERENBOOM, A., *o.c.*, 188-189.

a. Het recht van voorstelling

(i) Wat omvat dit begrip?

In deel I definieerden we het voorstellingsrecht als "het recht dat elke uitvoering omvat die een directe communicatie met het publiek tot gevolg heeft". Het moet dus erg ruim worden opgevat.

In eerste instantie denken we aan een toneelopvoering, een ballet, een concert, ... Hier ontstaat een werkelijke "face-to-face" - relatie met het publiek. Daarnaast omvat het begrip echter ook die opvoeringen die leiden tot een indirect contact met het publiek. Hiertoe behoren o.a. de bioscoopvoorstellingen, het uitzenden van programma's via radio en televisie, ... ⁴¹.

We zullen systematisch nagaan hoe de mededingingsregels op al deze subcategorieën worden toegepast, uitgaande van het beginselarrest in deze materie: de zaak "Cotidel v. Ciné Vog" ⁴².

(ii) De arresten *Cotidel v. Ciné Vog*: Bespreking

Deze zaak bereikt het Hof van Justitie tweemaal, op basis van dezelfde feiten. De eerste maal beriepen eisers zich echter op art. 59 EEG-Verdrag, daar waar ze zich de tweede maal steunden op art. 85 EEG-Verdrag. Beide zaken worden hier behandeld aangezien het eerste arrest - hoewel het niet handelt over de mededingingsregels - een noodzakelijke voorwaarde is voor het tweede.

Op 8 juli 1969 sloot het Belgische film distributiebedrijf Ciné Vog een overeenkomst af met de Franse firma "Les Films La Boétie". Ingevolge deze overeenkomst verkreeg Ciné Vog het alleenvertoningsrecht voor de film "Le Boucher" voor België en Luxemburg. De exclusiviteit zou gelden voor 7 jaar, en had zowel op bioscoopvoorstellingen als op televisie-uitzendingen betrekking. Bovendien werd gestipuleerd dat Ciné Vog de film slechts op de Belgische televisie mocht uitzenden, 40 maanden na de bioscooppremière ervan.

Later droeg La Boétie het recht op vertoning van de film via televisie in Duitsland over aan een Duitse televisiemaatschappij. Deze zond de film uit in januari 1971, d.w.z. op het moment dat Ciné Vog krachtens haar overeenkomst nog niet gerechtigd was de film op televisie te vertonen. De bewuste uitzending op de Duitse televisie werd echter door drie Belgische vennootschappen (Cotidel) opgevangen en per kabel aan hun

(41) BERENBOOM, A., *Le droit d'auteur*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1990, 41-42.

(42) H.v.J., 6 oktober 1982 (Cotidel e.a. v. Ciné Vog e.a.), *R.I.D.A. (Fr)*, 1983, 120, noot FRANCON, A.

abonnees doorgezonden. Ciné Vog sprak Cotidel aan wegens inbreuk op haar auteursrechten.

In het arrest **Cotidel I**⁴³ betoogden de kabelmaatschappijen dat de eis van Ciné Vog hen belette een film aan te bieden aan hun abonnees en dus strijdig was met het vrij verkeer van diensten vervat in art. 59 EEG-Verdrag.

Het Hof ging niet op deze stelling in. Het uitoefenen van auteursrechten op een (bioscoopfilm) gebeurt op een heel specifieke manier aldus het Hof⁴⁴. De film wordt nl. bij het publiek gebracht door voorstellingen die ontelbare keren herhaald kunnen worden. De eigenaar van het auteursrecht berekent zijn inkomsten in functie van het reëel of mogelijk aantal voorstellingen. Hierbij is het essentieel dat de film niet onmiddellijk door het groot publiek via de televisie ontvangen kan worden. Een dergelijke handelingswijze behoort tot de kern van het auteursrecht op deze werken.

Het feit dat de distributie van de film territoriaal georganiseerd wordt, is niet in strijd met het gemeenschapsrecht. Het auteursrecht omvat immers de bevoegdheid voor elke voorstelling royalties te vorderen. Het Verdrag verzet er zich dan ook niet tegen dat partijen in hun overeenkomst geografische grenzen gaan afbakenen om de auteur en zijn rechtsverkrijgenden maximaal te beschermen, ook al zouden die grenzen samenvallen met landgrenzen.

Een inbreuk op art. 59 is slechts denkbaar wanneer de uitoefening van het auteursrecht een middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de economische betrekkingen zou vormen. Dat kan het geval zijn wanneer partijen kunstmatige barrières voor de economische betrekkingen tussen de Lidstaten zouden opwerpen.⁴⁵

In het **tweede arrest**⁴⁶ stelde Cotidel nu dat de uitoefening van een auteursrecht zelf onder art. 85, lid 1, kan vallen wanneer deze uitoefening "voorwerp, middel of gevolg" is van een onder art. 85 verboden over-

(43) H.v.J., 18 maart 1980 (Cotidel ed. v. Ciné Vog e.a.), *Jur. H.v.J.*, 1980, II, 881, concl. Adv.-Gen. WARNER, J.P.

(44) ... totaal anders dan het uitoefenen van een auteursrecht op literaire of artistieke werken die aan het publiek ter beschikking worden gesteld via materiële dragers: *infra*: recht van uitgave.

(45) Zie ook: DELMOLY, J. "Les droits d'auteur dans l'audiovisuel et le droit européen de la concurrence" in *Les journées du droit d'auteur*, X (ed.), Brussel, Bruylant, 1989, 371 p.; DUMAS, R., *La propriété littéraire et artistique*, Parijs, Presses Universitaires de France, 1987, 386-388; JOLIET, R. en DELSAUX, P., "Le droit d'auteur dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes", *Cab. Dr. Eur.*, 1985, 395-397.

(46) H.v.J., 6 oktober 1982 (Cotidel e.a. v. Ciné Vog e.a.), *R.I.D.A. (Fr.)*, 1983, 120, noot FRANCON, A.

eenkomst. Dit kan het geval zijn bij een cessieovereenkomst of een exclusieve licentie.

Met dit argument stond Cotidel toch wat dichterbij een overwinning. Het Hof gaf toe dat de uitoefening van een auteursrecht inderdaad onder art. 85 kan vallen wanneer deze "voorwerp, middel of gevolg" is van een verboden overeenkomst. Het Hof redeneerde echter :

"La seule circonstance que le titulaire du droit d'auteur sur un film ait concédé à un licencié unique le droit exclusif de représenter ce film sur le territoire d'un Etat membre, et donc d'en interdire la diffusion par d'autres, pendant une période déterminée ne suffit toutefois pas pour constater qu'un tel contrat doit être considéré comme l'objet, le moyen ou la conséquence d'une entente interdite par le traité.

En effet, les traits qui caractérisent l'industrie et les marchés cinématographiques dans la Communauté, notamment ceux relatifs au doublage ou au sous-titrage pour des publics aux expressions culturelles différentes, aux possibilités d'émission télévisée, et au système de financement de la production cinématographique en Europe, font apparaître qu'une licence de représentation exclusive n'est pas, en soi, de nature à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence." ⁴⁷

Deze overeenkomst creëert geen kunstmatige barrières ⁴⁸, maar vindt haar verantwoording in de eigen aard van de filmindustrie. Toch is het niet uitgesloten dat dergelijke overeenkomst onder art. 85 valt. De nationale rechter zal steeds moeten nagaan of het exclusief recht zodanig wordt uitgeoefend dat het voorwerp of middel kan zijn om de distributie van films te beperken of de concurrentie op de filmmarkt te vervalsen, hierbij rekening houdend met de eigen aard van de markt.

(iii) Toepassing van de arresten op andere voorstellingswijzen

We maken een onderscheid tussen "face-to-face" - opvoeringen en "intermediaire" opvoeringen. Met "face-to-face" - opvoeringen bedoelen we deze voorstellingen waarbij een direct en rechtstreeks contact bestaat tussen kunstenaar en publiek. Hierbij denken we aan toneel, concerten, ballet, ... Ze kunnen hier samen besproken worden.

We menen dat de principes van de Cotidel-arresten onverminderd kunnen worden toegepast. Ook hier gaat het immers om voorstellingen die ontelbare keren kunnen worden herhaald (Cotidel I). Op basis van het aantal verwachte voorstellingen berekent de titularis van het auteursrecht zijn inkomsten. Hij zou zich dan ook kunnen verzetten tegen het

(47) H.v.J., 6 oktober 1982 (Cotidel e.a. v. Ciné Vog e.a.), *R.I.D.A. (Fr)*, 1983, 123, noot FRANCON, A.

(48) Deze voorwaarde werd in de zaak Cotidel I door het Hof weerhouden.

feit dat de uitvoering tegelijk via bijvoorbeeld radio of T.V. wordt verspreid.

Toch ligt de situatie hier wat ingewikkelder. Tot hiertoe spraken we enkel over de auteursrechthebbende op het toneelstuk, muziekwerk, ... in zijn geheel. De uitvoerende kunstenaars die in zo'n werk optreden bezitten echter ook nevenrechten van het auteursrecht op hun eigen prestatie. Het is niet ondenkbaar dat zij door exclusiviteitscontracten gebonden zijn tot na de afloop van een stuk. Hier is opnieuw een conflict mogelijk met art. 85, lid 1.

Veronderstellen we bijvoorbeeld dat een balletensemble in België "de Notenkraaker" van Tsjajkovski opvoert. Om deze voorstelling luister te verlenen, worden een aantal wereldberoemde balletdansers ingehuurd d.m.v. exclusiviteitscontracten. Wanneer een Frans T.V.-station deze opvoeringen live op televisie zou willen uitzenden, zal de auteursrechthebbende, bijvoorbeeld de manager van het balletensemble, zich kunnen verzetten. Hiertoe kan hij de arresten Cotidel I en II inroepen. Wat nu indien ditzelfde station een show wil uitzenden waarin één van de dansers optreedt? De danser is verbonden door een exclusiviteitscontract. Dit betekent dat hij gedurende de hele tijd dat de voorstellingen lopen, niet voor niemand anders kan werken. Bijvoorbeeld de manager van het balletensemble kan zich tegen het T.V.-station keren wegens het exclusiviteitscontract. Wij vragen ons af of in dit geval de arresten Cotidel nog toepassing kunnen vinden, of integendeel art. 85, lid 1. zijn volle geldingskracht herwint.

In de zaak Cotidel hechtte het Hof klaarblijkelijk veel belang aan de "eigen aard van de (film)markt". Het exclusiviteitscontract werd gezien als inherent aan deze markt. We menen dat dezelfde redenering hier geen toepassing kan vinden. Het gaat hier nl. niet meer om een verbod één bepaalde film uit te zenden maar om een veel algemener verbod: elke show... waarin één van de dansers optreedt kan geen doorgang vinden zolang de balletopvoeringen lopen. Dit lijkt niet meer op een verbod "eigen aan de markt", maar eerder op een welbewuste afgrenzing van die markt. Het exclusiviteitscontract creëert een economische barrière die niet strikt noodzakelijk is om het auteursrecht op de opvoeringen nuttig te kunnen uitoefenen ⁴⁹.

Met *intermediaire opvoeringen* bedoelen we elke voorstelling die bij het grote publiek wordt gebracht via een medium. Tot deze categorie rekenen we:

(49) Zie ook: Beschikking van de Commissie van 26 mei 1978 inzake een procedure op grond van art. 85 van het EEG-Verdrag (Zaak IV / 29.559 - RAI/UNITEL), *P.B.L.*, 15 juni 1978.

- bioscoopvoorstellingen : deze problematiek werd reeds besproken in de arresten Cotidel v. Ciné Vog.

- radio - en televisieuitzendingen : nemen we bijvoorbeeld een show-programma. Het TV-station A (België) is eigenaar van de auteursrechten op deze show. TV-station B (Nederland) verkreeg de beelden (al dan niet legaal) en wil de show uitzenden. A verzet zich wegens inbreuk op haar auteursrecht : kunnen we hier de Cotidel-arresten analoog toepassen ?

We zijn de tegengestelde mening toegedaan. Bij radio- of T.V.- uitzendingen is het immers niet de bedoeling dezelfde show "een ontelbaar aantal keren" uit te zenden en op die basis de inkomsten te berekenen. Een show wordt slechts één of maximaal enkele keren uitgezonden. Het betreft hier dus een heel andere werkwijze, een totaal andere markt. De arresten Cotidel toepassen kan niet. Moeten we art. 85, lid 1 dan onverkort toepassen, zonder de mildering die deze arresten ons bieden ? Een dergelijk standpunt zou al vlug leiden tot de uitholling van het auteursrecht. Hoe kan piraterij dan bijvoorbeeld doeltreffend bestreden worden ? We pleiten daarom voor een analoge toepassing van het regime dat geldt voor het recht van uitgave (*infra*). We zullen merken dat dit regime veel soepeler is, maar de eigenaar van het auteursrecht toch nog een zekere bescherming biedt. We komen dan tot volgende oplossing : wanneer A haar auteursrechten op de bewuste show voor Nederland had overgedragen aan C, en B had de beelden via C verkregen, dan kan A niet reageren. Ze verbruikte haar auteursrecht door het goed de eerste maal legaal in omloop te brengen ⁵⁰. Verkreeg B de beelden op een andere, niet legitieme wijze en buiten elke toestemming van A om, dan kan A zich wel beroepen op haar auteursrecht om de uitzending te verhinderen.

b. Het recht van uitgave

(i) Wat omvat dit begrip ?

Ook de term "recht van uitgave" werd in deel I reeds besproken. We definieerden deze term toen als "het recht een werk onder een bepaalde materiële vorm vast te leggen om de bewaring en verveelvoudiging ervan mogelijk te maken".

De auteur zal zijn toestemming moeten geven voor elke mogelijke reproductie van zijn werk. Het bewuste recht heeft dus een erg ruim toepassingsgebied : het omvat zowel de materiële, immateriële en intellectuele weergave of aanpassing van een werk. Het opnemen van een muziekstuk, het uitgeven van een boek, er fotocopies van nemen, het vertalen of aanpassen voor verfilming... vallen er bijvoorbeeld onder ⁵¹.

(50) *supra*: theorie van épuisement du droit.

(51) BERENBOOM, A., *Le droit d'auteur*, Bruxelles, Presses Universitaires de Bruxelles, 1990, 34-35.

(ii) *Het recht van uitgave kent een eigen juridisch regime*

Het Hof van Justitie behandelt dit recht anders, en ook strenger, dan het recht van voorstelling. De verklaring hiervoor is vrij eenvoudig. De voorstelling van een film en de berekening van de inkomsten daarop, gebeurt op een aan de filmindustrie eigen wijze. Die praktijk laat o.a. geografische beperkingen toe zonder hierdoor een inbreuk te willen plegen op het vrij verkeer van goederen of de mededingingsregels. Wanneer een werk daarentegen wordt gereproduceerd om aangeboden te worden aan het grote publiek, gebeurt dit door materiële fixatie ervan. Het werk wordt dus geïncorporeerd in een goed. Hierop zijn de strenge regels vervat in art. 34 en 85 EEG-Verdrag onverkort van toepassing. Toch verdwijnt het auteursrecht niet volledig, zoals we hierna zullen merken.

We zullen eerst een aantal zaken die voor het Hof, de Commissie of de nationale rechter kwamen bespreken, om er de toepasselijke regels uit te distilleren.

Het *Hof* had nog niet de gelegenheid om inzake auteursrecht zelf haar standpunt kenbaar te maken. Wel velde ze reeds een arrest inzake nevenrechten : het arrest Deutsche Grammophon Gesellschaft ⁵² ⁵³.

Ook inzake vrij verkeer van goederen deed het Hof reeds een uitspraak, meer bepaald in het arrest GEMA ⁵⁴.

De feiten waren als volgt : Membran en K-Tel voerden geluidsdragers uit andere Lidstaten in Duitsland in. Ze bevatten door het auteursrecht beschermde muziekwerken, waarvoor in het land van herkomst reeds royalties werden betaald. GEMA, de Duitse auteursvereniging eiste een schadevergoeding nl. het verschil tussen de effectief betaalde royalties en de in Duitsland geldende tarieven voor deze werken. Ze stelde dat er een inbreuk werd gepleegd op de auteursrechten van de door haar vertegenwoordigde auteurs. GEMA won het pleit - zowel tegen Membran als K-Tel - in Eerste Aanleg en in Beroep. Hierop stelden deze maatschappijen Cassatieberoep in. Het Bundesgerichtshof schorste de procedure om een prejudiciële vraag te stellen aan het Hof m.b.t. de interpretatie van art. 30 en 34 EEG-Verdrag.

Het Hof overwoog : "Geluidsdragers, ook wanneer daarop beschermde muziekwerken zijn opgenomen, zijn **produkten** waarvoor het in het EEG-Verdrag voorziene stelsel van het vrij verkeer van goederen geldt."

(52) H.v.J., 8 juni 1971 (Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH v. Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co KG), *Jur. H.v.J.*, 1971, 487, concl. Adv.-Gen. ROEMER, K.

(53) *supra*: voor een nadere bespreking van dit arrest.

(54) H.v.J., 20 januari 1981, (Musik-Vertrieb membran GmbH en K-Tel International v. GEMA), *Jur. H.v.J.*, 1981, I, concl. Adv.-Gen. WARNER, J.P.

Weliswaar valt het auteursrecht ook onder de bescherming van art. 36 EEG-Verdrag, maar dit belet niet, aldus het Hof, dat "de gerechtigde tot een in een Lidstaat wettelijk beschermd recht van industriële en commerciële eigendom zich niet op de wettelijke regeling van die staat (kan) beroepen om de invoer van een produkt dat op de markt van een andere Lidstaat **door hemzelf of met zijn toestemming rechtmatig** in het verkeer is gebracht, te verhinderen".

Ook de *Commissie* volgde deze lijn van rechtspraak in een aantal procedures. We zullen er bondig drie bespreken: BBC, *The Old Man and the Sea* en Ernest Benn Ltd.⁵⁵ Kenmerkend voor deze drie zaken is wel dat de betrokken ondernemingen hun economische politiek vrijwillig aanpasten zodat het niet tot een beschikking kwam.

In de eerste zaak, de zaak **BBC**⁵⁶, had de BBC van een Nederlandse onderneming de auteursrechten verkregen op tekenfilms. Ze sloot vervolgens sublicenties met speelgoedfabrikanten, drukkerijen, ... om de produkten, gebaseerd op die tekenfilms, te commercialiseren.

Ook met de onderneming "The Valley Printing Company Ltd" had ze dergelijk contract afgesloten. Deze onderneming wilde echter haar produkten ook naar Nederland exporteren. De BBC trachtte dit te beletten, waarop The Valley Printing Company Ltd klacht neerlegde op grond van art. 85 EEG-Verdrag.

Vermits de BBC en de Nederlandse onderneming zich ertoe verbonden de export van zo'n auteursrechtelijk beschermde produkten niet meer te hinderen, kon de Commissie de zaak afsluiten.

Een tweede zaak handelde over het werk **The Old Man and the Sea**⁵⁷. Jonathan Cape Ltd verleende aan Penguin Books Ltd een (sub)licentie tot verspreiding van de pocketuitgave van Hemingway's "The Old Man and the Sea". Dit contract gold voor heel de Gemeenschap, het Verenigd Koninkrijk en Ierland uitgezonderd.

Als gevolg hiervan was de bewuste pocketuitgave in de laatstgenoemde landen niet te verkrijgen. De Ierse regering legde klacht neer. De Commissie kon de zaak afsluiten nadat Jonathan Cape Ltd een nieuw contract sloot - weliswaar met een andere uitgever - dat voor de hele Gemeenschap gold.

De laatste zaak ging over het bedrijf **Ernest Benn Ltd**⁵⁸. Ernest Benn

(55) Zie ook: GIELEN, CH., "Auteursrecht en het EEG-Verdrag", *Auteursrecht (Ned)*, 1981, 82-83.

(56) Commissie van de E.G., 5° *Verslag over het Mededingingsbeleid*, 1976, 97-98.

(57) Commissie van de E.G., 6° *Verslag over het Mededingingsbeleid*, 1976, 98.

(58) Commissie van de E.G., 9° *Verslag over het Mededingingsbeleid*, 1979, 79-80.

Ltd had in haar catalogus bij het boek "Ashley Courteney's British Hotel Guide" vermeld dat dit werk niet bestemd was voor export naar West-Duitsland. De verkoop van het boek werd daar geregeld door een aparte firma. Hierop greep de Commissie in. Ze stelde dat exportbeperkingen voor boeken binnen de gemeenschappelijke markt evenzeer in strijd zijn met de concurrentieregels van de EEG als die voor andere waren. Bovendien, zo stelde de Commissie, moet voor elke compartimentering van de gemeenschappelijke markt d.m.v. auteursrechtlicenties een rechtvaardiging worden gegeven in overeenstemming met art. 85, lid 3 EEG-Verdrag. Werde één exemplaar van een boek door of met toestemming van de eigenaar van het auteursrecht in een Lidstaat verkocht, dan moet dit werk voortaan vrij in de hele EEG kunnen circuleren. Hierop schrapte de firma de litigieuze vermelding en kon de Commissie de zaak afsluiten.

Tenslotte volgen ook onze *nationale rechters* het standpunt van Hof en Commissie. Bij wijze van voorbeeld verwijzen we naar de Time Limit-zaak⁵⁹.

Uit al deze rechtspraak of quasi-rechtspraak kunnen we één vrij eenvoudige regel afleiden: wanneer een auteursrechtelijk beschermd produkt door of met toestemming van de auteursrechthebbende op de markt werd gebracht in één Lidstaat, kan hij niet meer verhinderen dat het goed ook naar andere Lidstaten wordt geëxporteerd. Hij verbruikte zijn auteursrecht door het goed de eerste maal wettig op de communautaire markt te brengen.

A contrario kunnen we stellen dat indien zo'n produkt zonder toestemming van de auteur of zijn rechtsverkrijgende werd gecommercialiseerd, deze wel zal kunnen optreden op basis van zijn auteursrecht. Hier heeft hij zijn recht per hypothese nog niet verbruikt.

Toch zijn hiermee niet alle problemen opgelost. Wat zou er bijvoorbeeld gebeuren wanneer een auteursrechtelijk beschermd werk in omloop wordt gebracht in een Lidstaat waar het regime van dwanglicentie geldt? Of wanneer een werk dat (vb) in Frankrijk niet meer wordt beschermd en dus vrij kan circuleren geëxporteerd wordt naar België, waar er nog wel een auteursrecht op zou bestaan? We zouden hier, in overeenstemming met de algemene regel kunnen stellen dat een auteur het recht heeft zijn werk eenmaal op een plaats naar keuze in omloop te bren-

(59) *supra*: voor een bespreking; Brussel, 26 oktober 1978, *J.T.*, 1979, II, 407, noot DE SALLE, M. en DURIEUX, J.; Rb. Brussel, 30 oktober 1975, *J.T.*, 1976, II, 444, noot VAN LIER, H.

gen. Vanaf dan is zijn recht verbruikt en kan het goed vrij circuleren in de Gemeenschap ⁶⁰.

Het is evident dat dergelijke regel het auteursrecht in vergaande mate kan uithollen. De auteur zal steeds pogen zijn werk onder het strengste, meest beschermende regime op de markt te brengen om toch een zo groot mogelijk nut uit zijn auteursrecht te halen. De nood aan uniformisatie van het auteursrecht binnen de Gemeenschap dringt zich dus op. Een stap in de juiste richting is alvast de richtlijn van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's ⁶¹.

D. DE UITOEFENING VAN HET AUTEURSRECHT EN DE VERSCHILLENDE TYPES VAN OVEREENKOMSTEN

Het auteursrecht wordt niet alleen via tal van deelrechten (*supra*), maar ook via verschillende contractsvormen uitgeoefend. Afhankelijk van het soort contract zal het regime van art. 85 restrictiever werken. We bespreken nu de twee meest frequent voorkomende contractsvormen in deze sector: de cessie en de licentie.

1. Cessie

We staan voor een *cessieovereenkomst* wanneer een auteur al zijn

(60) Contra (inzake de oplossing voorgesteld bij dwanglicentie): FRANCON, A., Le droit d'auteur et le Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne, *R.I.D.A. (Fr)*, 1979, 171-175.

(61) Richtlijn van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's (91/250), *P.B.L.*, 17 mei 1991.

De richtlijn vindt haar ontstaan in de 'Green paper on copyright and the challenge of technology' van de Commissie. Op basis van dit document kwam de Commissie tot de conclusie dat een adequate bescherming van computerprogramma's zich opdrong. In de richtlijn worden computerprogramma's beschermd als **werken van letterkunde** in de zin van de Berner Conventie (art. 1). De computerprogramma's die door de richtlijn zullen worden beschermd, worden erg ruim opgevat. Het betreft niet alleen programma's in gelijk welke vorm, met inbegrip van programma's die in de apparatuur zijn ingebouwd, maar strekt zich tevens uit tot alle voorbereidende ontwerp-materialen die van die aard zijn dat ze tot dergelijk programma kunnen leiden.

De richtlijn opteert voor een auteursrechtelijke bescherming. Dit houdt in dat de in dit werk beschreven regels ook op computerprogramma's van toepassing zijn. Daarnaast voorziet de richtlijn specifieke regels die tegemoet komen aan de eigen aard van computersoftware. Zo worden bijvoorbeeld specifieke sancties voorzien zoals het in beslag nemen van een onrechtmatige copie...(art.9).

Art. 10 bepaalt dat de Lidstaten de nodige maatregelen moeten nemen om voor 1 januari 1993 aan de bepalingen van de richtlijn te voldoen. De richtlijn zal ook gelden voor programma's, gemaakt voor 1 januari 1993, maar onverminderd voor die datum verrichte handelingen en verworven rechten.

rechten of een deel ervan, overdraagt aan een derde die de nieuwe titularis wordt en ze voor eigen rekening kan uitoefenen.

Over de vraag of art. 85 toepasselijk is op de cessie blijft enige verarring bestaan. Het Hof lijkt geneigd art. 85 ook toe te passen op de cessie. Dit merken we in het arrest Sirena :

"Dat wanneer ingevolge parallelle overdrachten aan verschillende exploitanten van nationale merkenrechten welke betreffend produkt beschermen, ertoe zouden leiden dat ondoordringbare afscheidingen tussen de Lidstaten ontstaan, zulk een gedraging de handel tussen de Lidstaten ongunstig kan beïnvloeden en de mededinging op de gemeenschappelijke markt vervalsen." ⁶²

In casu ging het echter niet over parallelle cessies maar over één cessie en een aantal exclusieve licentieovereenkomsten. We hebben de indruk dat het Hof de beide begrippen hier door elkaar gebruikt. Dit arrest lijkt dan ook niet voldoende om art. 85 op een cessie toe te passen.

In het arrest Cotidel II ⁶³ gaan de Commissie en Advocaat-Generaal REISCHL trouwens diametraal de tegenovergestelde richting uit. Ze onderscheiden de exclusieve licentieovereenkomst van de cessie en stellen dat art. 85 enkel op eerstgenoemde van toepassing kan zijn. REISCHL voert aan dat er bij een volledige cessie geen juridische band blijft bestaan tussen de oorspronkelijke rechthebbende en de nieuwe titularis die van die aard is de concurrentie en meer bepaald de vrijheid van de oorspronkelijke rechthebbende te beperken. Dit volgt uit de overdracht zelf en niet uit het contract ⁶⁴.

We kunnen deze redenering niet bijtrede. Naar onze mening kan art. 85 wel degelijk toepassing vinden op een cessieovereenkomst. We zouden dit willen illustreren a.d.h.v. een voorbeeld. Veronderstel, Mark is een jonge schrijver die juist zijn eerste roman beëindigd heeft. Vermits hij nog geen bekendheid geniet en niet over de nodige middelen beschikt, kan hij zijn werk niet zelf bij het grote publiek brengen. Hij sluit daarom een overeenkomst met de auteursvereniging "AVER" aan wie hij al zijn rechten op het boek overdraagt.

Mark kan zijn rechten nu niet meer uitoefenen. Door de overdracht is hij er immers geen titularis meer van. Enige concurrentie tussen Mark

(62) H.v.J. 18 februari 1971 (Sirena S.r.l. v. Eda S.r.l. e.a.), *Jur. H.v.J.*, 1971, 83, concl. Adv.-Gen. DUTHEILLET DE LAMOTHE, A. (geveld inzake merkenrecht).

(63) H.v.J., 6 oktober 1982 (Cotidel e.a. v. Ciné Vog e.a.), *R.I.D.A. Fr.*, 120, noot FRANCON, A.

(64) JOLIET, R. et DELSAUX, P., *l.c.*, 398.

en AVER blijkt dus onmogelijk. Zou deze concurrentiebeperving onder art. 85 kunnen vallen?

Volgens REISCHL niet, want die concurrentiebeperving volgt uit de overdracht en niet uit de cessieovereenkomst. Enerzijds lijkt dit argument ons onlogisch, want de overdracht vindt toch precies haar ontstaan in de overeenkomst. Maar zelfs als we dit zouden aanvaarden, kan art. 85 nog toepassing vinden.

We weten immers dat Mark een "onderneming" is in de zin van dit verdragsartikel⁶⁵. Ook "AVER" valt onder dit ondernemingsbegrip. "Door de overdracht" gaat Mark geen concurrentie aan met "AVER". Deze situatie kan dus onder het begrip "feitelijke gedraging" vallen, zodat art. 85, lid 1, wel kan worden toegepast wanneer ook aan haar andere toepassingsvoorwaarden voldaan is. Uit dit voorbeeld blijkt dat we de cessie toch niet a priori van het toepassingsgebied art. 85 kunnen uitsluiten.

2. Licentie

Een **licentieovereenkomst** inzake auteursrechten is een overeenkomst waarbij een onderneming die titularis is van een auteursrecht (licentiegever) aan een andere onderneming (licentienemer), de exploitatie van het auteursrechtelijk werk toestaat⁶⁶.

Traditioneel wordt het auteursrecht uitgeoefend via dit soort overeenkomsten. Uit de definitie die we geven blijkt reeds dat ze niet ipso facto onder de mededingingsregels zullen vallen. Toch kunnen bepaalde clausules voorkomen die wel door art. 85 gevat worden. Om dit te beoordelen past de Commissie analoog de maatstaven inzake octrooilicenties toe⁶⁷. We zullen de belangrijkste clausules overlopen en aan de hand van voorbeelden de mogelijke problemen m.b.t. art. 85 aanstippen⁶⁸:

- het *exclusiviteitsbeding*: Een beding waarbij de licentiegever de licentienemer exclusief de exploitatie van een auteursrecht toekent (eventueel voor een scherp afgebakend gebied), valt niet automatisch onder art. 85, lid 1.

Het is immers niet uitgesloten dat deze clausule, gezien de specificiteit van de betreffende markt, noodzakelijk is om het auteursrecht nut-

(65) Beschikking van de Commissie van 20 mei 1978 inzake een procedure op grond van art. 85 van het EEG-Verdrag (Zaak IV / 29.559 - RAI/UNITEL), *P.B.L.*, 15 juni 1978.

(66) Analoog naar de definitie van octrooilicentieovereenkomsten: Verordening nr. 2349 / 84 van de Commissie van 23 juli 1984 inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen octrooilicentieovereenkomsten, *P.B.L.*, augustus 1984.

(67) Commissie van de E.G., 6° *Verslag over het Mededingingsbeleid*, 1976, 97-98.

(68) Zie ook: CAWTRA, B.I., *Intellectual Property Rights in the EEC*, Essex, Gower Press Ltd, 1973, 86-113; LUDDING, R., *Het mededingingsrecht in de EEG en de rechten van industriële en commerciële eigendom*, Deventer, Kluwer, 1979, 88-93.

tig te kunnen exploiteren. In de zaak Cotidel v. Ciné Vog erkent het Hof bijvoorbeeld het belang van dergelijk beding.

- het *exportverbod*: Deze clause is, na het exclusiviteitsbeding, de meest voorkomende. Het is ook de bepaling waar de Commissie de grootste hekel aan schijnt te hebben. Ze belemmert immers niet alleen de concurrentie, maar ook het vrij verkeer van goederen (of diensten).

Uit de zaken BBC, The Old Man and the Sea en Ernest Benn (*supra*) leerden we dat de Commissie streng optreedt tegen deze bepaling. Toch kan ze gerechtvaardigd blijken door de nood van de markt: Cotidel v. Ciné Vog.

- de *clause van niet-betwisting*: De licentienemer onderschrijft hier de verplichting het auteursrecht van de licentiegever niet te zullen aanvechten. Dit ontnemt hem de mogelijkheid de geldigheid van de overeenkomst te betwisten en zo bijvoorbeeld de betaling van royalties te verminderen of zijn eigen positie als concurrent te versterken.

De Commissie meent, terecht, dat deze clause over het algemeen strijdig is met art. 85, lid 1 EEG-Verdrag.

Een treffend voorbeeld vinden we terug in de zaak Nielson-Hordell /Richmark⁶⁹: De houder van een auteursrechtlicentie diende klacht in m.b.t. zijn licentieovereenkomst. In die overeenkomst werden hem namelijk volgende beperkingen opgelegd: niet-betwistingsclause, niet-concurrentiebeding (*infra*), verplichting om vergoedingen te betalen voor produkten die niet door auteursrecht werden beschermd (*infra*) en de verplichting aan de licentiegever ieder auteursrecht over te dragen dat hij had verkregen voor verbeteringen aan het produkt dat het onderwerp van zijn licentie vormde (*infra*). De Commissie stelde dat al deze bepalingen - over het algemeen - onder art. 85, lid 1 vallen, zonder dat ze kunnen genieten van een vrijstelling overeenkomstig art. 85, lid 3. Hierop sloten de partijen een andere overeenkomst waarin bovengenoemde clauses niet meer voorkwamen en kon de Commissie de zaak afsluiten.

- *royalties*: Als tegenprestatie voor het exploiteren van het auteursrecht, moet de licentienemer royalties betalen. Deze kunnen hoger zijn wanneer het gaat om een exclusieve licentie⁷⁰ of naargelang het gebied waarvoor de licentie wordt verleend. Over het algemeen wordt deze clause aanvaard. Soms bepaalt een overeenkomst echter dat er royalties moeten betaald worden voor een auteursrecht dat niet (meer) bestaat of waarvan de licentienemer geen gebruik maakt. Art. 85, lid 1 verbiedt deze

(69) Commissie van de E.G., 12° Verslag over het Mededingingsbeleid, 1982, 79-80

(70) *supra*: exclusiviteitsbeding.

clausules. We verwijzen hiervoor naar de zaak Nielson-Hordell/Richmark (*supra*).

- het *niet-concurrentiebeding*: een clause die stelt dat licentienemer en -gever elkaar niet zullen beconcurreren, is onmogelijk wegens art. 85⁷¹.

- *Verbeteringen*: een overeenkomst kan bepalen dat de licentienemer elk auteursrecht dat hij verkreeg op een verbetering van het produkt, moet overdragen aan de licentiegever. In de zaak Nielson-Hordell/Richmark bevestigde de Commissie dat deze bepaling onder art. 85 valt.

- *Tying*: tying is een praktijk die erin bestaat de aankoop... van een auteursrechtelijk beschermd werk afhankelijk te maken van de aankoop van een ander produkt. Tenzij er enige technische rechtvaardiging hiervoor voorhanden is, is deze clause volkomen verwerpelijk in het licht van art. 85.⁷²

IV. AUTEURSRECHT EN ARTIKEL 86 EEG-VERDRAG

We bespraken reeds de toepassing van art. 85 op het auteursrecht. Ook de anti-kartelbepaling, vervat in art. 86, kan de uitoefening van een auteursrecht echter beperken.

Een aantal problemen zoals het onderscheid tussen bestaan en uitoefening van het auteursrecht, werden hoger behandeld. De oplossingen kunnen hier analoog worden toegepast. Hier beperken we ons tot het bespreken van de toepassingsvoorwaarden van art. 86 en een aantal specifieke problemen die dit artikel oproept in het kader van het auteursrecht.

A. TOEPASSINGSVOORWAARDEN VAN ART. 86

Uit art. 86 kunnen we vier voorwaarden afleiden :

1. Het moet gaan om één of meer ondernemingen
- 2.... die misbruik maken van een machtspositie
- 3.... op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel ervan
- 4.... en daardoor de handel tussen de Lidstaten ongunstig beïnvloeden.

(71) In heel uitzonderlijke omstandigheden (specialisatieovereenkomsten) werd de clause in een octrooilicentieovereenkomst toch toegestaan : LUDDING, R., o.c., 92.

(72) Merk op : Deze praktijk kan ook onder art. 86 EEG Verdrag vallen wanneer een onderneming "gebruik" maakt van haar positie om zo de verkoop van bepaalde produkten te koppelen.

1. "Eén of meer ondernemingen"

Het ondernemingsbegrip dat onder art. 85 werd besproken kan analoog worden toegepast. We verwijzen hiervoor naar deel III.

Een belangrijk verschil ligt in het feit dat voor de toepassing van art. 86 één onderneming volstaat, terwijl voor art. 85 een overeenkomst (sensu lato) tussen meerdere ondernemingen vereist was. We kunnen hieruit afleiden dat wanneer er inderdaad meer dan één onderneming in het spel is, art. 85 en 86 vaak samen zullen worden toegepast. Ze sluiten elkaar immers niet uit maar vullen elkaar eerder aan.

2. "Misbruik van machtspositie"

Art. 86 vermeldt 4 categorieën van gedragingen die een **misbruik** kunnen uitmaken. Deze lijst is echter niet exhaustief. In de zaak Hoffman - La Roche gaf het Hof een ruimere definitie :

"The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition." ⁷³.

Hoe moeten we dit opvatten in het licht van het auteursrecht? We vermeldden reeds dat het auteursrecht onder de bescherming van art. 36 EEG-Verdrag valt. De uitoefening ervan zal slechts geraakt worden door de mededingingsregels wanneer deze een "middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de Lidstaten vormt." We zagen ook dat die bepaling zo wordt geïnterpreteerd dat een uitoefening die het wezen van het auteursrecht raakt, steeds door art. 36 zal worden beschermd. Gaat ze echter verder dan de strikte doelstellingen van het auteursrecht, dan kan ze door art. 85 worden gesancioneerd.

We menen dat de "misbruikvereiste" van art. 86 op precies dezelfde wijze dient geïnterpreteerd. Een onderneming zal elke uitoefening van een auteursrecht steeds "objectief" ⁷⁴ moeten kunnen verantwoorden.

(73) H.v.J., 13 februari 1979 (Hoffman - La Roche v. Commission), E.C.R., 1979; I, 541.

(74) *supra*: definitie Hoffman - La Roche.

Objectief te verantwoorden is die uitoefening die strikt binnen de doelstellingen van het auteursrecht blijft. Gaat de onderneming hierbuiten (vb. tying) dan is haar gedrag niet meer objectief te verantwoorden en kan het door art. 86 worden gesanctioneerd ⁷⁵ ⁷⁶.

Of een onderneming een **machtspositie** heeft, dient steeds in concreto beoordeeld te worden. Zo wordt bijvoorbeeld het marktaandeel van de onderneming onderzocht, het aantal en de positie van haar concurrenten enz..

Geen enkel marktaandeel leidt automatisch tot een machtspositie in de zin van art. 86. Er is bijvoorbeeld geen monopolie vereist om onder deze regel te vallen en omgekeerd betekent het hebben van een monopolie niet noodzakelijk dat de bewuste onderneming zich in een machtspositie bevindt ⁷⁷.

In zijn studie "Auteursrecht en het EEG-Verdrag" stelt GIELEN: "Het H.v.J. heeft enkele malen overwogen dat, *hoewel een exclusief recht een monopolie- en dus een zekere machtspositie geeft*, de uitoefening van dit recht op zichzelf geen misbruik van machtspositie inhoudt ⁷⁸."

Met deze stelling kunnen we niet helemaal akkoord gaan. Ze staat immers haaks op de rechtspraak van het Hof van Justitie. Bij de beoordeling van een machtspositie, redeneert het Hof steeds in drie stappen:

- 1) Een exclusief recht zoals het auteursrecht geeft de houder ervan een monopolie.
- 2) Het bestaan van het monopolie betekent niet automatisch een machtspositie in de zin van art. 86.
- 3) Het hebben van een machtspositie betekent niet noodzakelijk dat er misbruik van wordt gemaakt.

GIELEN vergist zich dus in de tweede stap van zijn redenering. Hij leidt uit het monopolie automatisch een machtspositie af. Het Hof stelde reeds verschillende malen dat we, om tot een machtspositie te kunnen besluiten, ook rekening moeten houden met de andere ondernemingen die op de markt van de monopolist actief zijn ⁷⁹. Het is immers niet on-

(75) LUDDING, R., *o.c.*, 118-119.

(76) Merk op: Zo wordt de toepassing van art. 36 op art. 86 eigenlijk overbodig, vermits dit laatste artikel een "inherent" bescherminssysteem heeft.

(77) FRANCESCHELLI, R., PLAISANT, R. et LASSIER, J. *o.c.*, 165-168; GUY, D. and LEIGH, G.I.F., *o.c.*, 86-88.

(78) GIELEN, CH., *l.c.*, 83.

(79) H.v.J., 29 februari 1968 (Parke, Davis and Co v. Probel, Riese, Beintema - Interfarm en Centrafarm), *Jur. H.v.J.*, 1968, 81, concl. Adv.-Gen. ROEMER, K.; H.v.J., 18 februari 1971 (Sirena S.r.l. v. Eda S.r.l. e.a.), *Jur. H.v.J.*, 1971, 69, concl. Adv.-Gen. DUTHEILLET

denkbaar dat hun produkten onderling verwisselbaar zijn met die van de monopolist en zo diens monopolie aantasten.

We menen echter dat ook het Hof te ver gaat, meer bepaald door de begrippen monopolie en machtspositie volledig los te koppelen. Naar onze mening zou de oplossing ongeveer tussen deze twee extremen moeten liggen :

Het kan niet worden ontkend dat een exclusief recht zoals het auteursrecht de rechthebbende in een aparte positie brengt t.o.v. zijn concurrenten. Hij bezit nl. een monopolie. Ook al leidt dit niet **automatisch** tot een machtspositie, de **waarschijnlijkheid** van een machtspositie is toch veel groter dan bij een gewone onderneming. We menen dat de rechter op een of andere manier met deze economische werkelijkheid rekening zou moeten houden.

Dit zou hij dan bijvoorbeeld kunnen via de **bewijslast**: artikel 1353 B.W. bepaalt immers dat een rechter rekening kan houden met feitelijke vermoedens. Hij beoordeelt deze soeverein. Een rechter zou dus kunnen vooropstellen dat een monopolie geldt als feitelijk vermoeden van machtspositie en zo de monopolist dwingen het tegenbewijs te leveren. Op die manier worden monopolie en machtspositie noch helemaal losgekoppeld, noch automatisch met elkaar verbonden.

Algemeen kunnen we besluiten dat er slechts sprake is van een machtspositie wanneer een onderneming, onafhankelijk van alle concurrenten, haar economische politiek kan bepalen en haar wil kan opleggen aan de markt. Zo'n machtspositie betekent bovendien nog niet dat de onderneming er misbruik van maakt. Deze twee vereisten dienen apart te worden beoordeeld.

3. *"Op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel ervan"*

De machtspositie die een onderneming bezit, wordt beoordeeld in de context van de "relevante" markt. Dit hoeft niet noodzakelijk heel de communautaire markt te zijn. Het begrip duidt eerder op het geheel van produkten die door de consumenten als gelijkwaardig worden beschouwd vanwege hun kenmerken, prijs of aanwendingsmogelijkheden. Deze **onderlinge verwisselbaarheid** is de belangrijkste factor om te specifieke markt af te lijnen ⁸⁰.

DE LAMOTHE, A.; H.v.J. 15 juni 1976, (EMI Records Ltd v. CBS U.K. Ltd), *Jur. H.v.J.*, 1976, I, 811, concl. Adv.-Gen. WARNER, J.P.

(80) GUY, D. and LEIGH, G.I.F., *o.c.*, 83.

4. "De handel tussen de Lidstaten ongunstig beïnvloeden"

Deze voorwaarde werd reeds onder art. 85 behandeld. Het volstaat hiernaar te verwijzen (*supra*).

B. WELKE SPECIFIEKE PROBLEMEN STELT ART. 86 M.B.T. HET AUTEURS-RECHT?

De relevantie van art. 86 m.b.t. het auteursrecht werd nog niet vaak behandeld. Ook is er slechts weinig casuïstiek over terug te vinden. Toch menen we dat de mogelijke problemen in twee categorieën kunnen worden opgesplitst: "intern" en "extern" misbruik van machtspositie ⁸¹.

Met *intern* misbruik van machtspositie bedoelen we deze misbruiken die plaats vinden tussen ondernemingen zelf. We bevinden ons hier vooral in de pré-contractuele en contractuele fase, in de fase van het onderhandelen, het verlenen van een cessie of een licentie m.b.t. een auteursrecht. Treffende voorbeelden vinden we in de vaak onbillijke contractvoorwaarden die auteursverenigingen aan hun leden opleggen.

Extern misbruik van machtspositie definiëren we dan als elk misbruik door een onderneming gepleegd tegen de consument. Hier zijn we op het niveau van de "markt" waar de ondernemingen de auteursrechtelijk beschermde producten aanbieden aan de consument ⁸². We denken hier aan praktijken als "tying".

1 Intern misbruik van machtspositie

Om hun belangen beter te kunnen behartigen, verenigen auteurs zich meestal in zogenaamde "auteursverenigingen". Soms groeien deze verenigingen echter uit tot echte machtsapparaten die aan de toetredende auteurs de meest vergaande en onbillijke voorwaarden opleggen. Aan de hand van twee voorbeelden zullen we de houding van het Hof en de Commissie hiertegenover proberen te schetsen.

(81) Dit onderscheid wordt vanuit praktisch oogpunt aangebracht en heeft (nog) geen enkele juridische consequentie.

(82) Merk op: extern misbruik van machtspositie is ook mogelijk tussen ondernemingen onderling wanneer een bepaalde onderneming als consument t.a.v. de aangeboden producten optreedt.

a. De zaak SABAM ⁸³

De eerste zaak die we hier bespreken handelt over de Belgische Vereniging van auteurs, componisten en uitgevers, SABAM. SABAM heeft tot doel het exploiteren, administreren en beheren van auteurs- en nevenrechten. In 1963 en 1967 sloten mr. Davis resp. mr. Rozenstraten zich aan door een modelcontract. Dit bepaalde o.m. dat ze zich t.o.v. SABAM verbonden hun auteursrechten op al hun tegenwoordige en toekomstige werken over te dragen. Zelfs indien ze uittraden, zou SABAM de overgedragen rechten behouden en ze nog gedurende vijf jaar kunnen uitoefenen.

Op 11 maart 1969 sloten Davis en Rozenstraten een overeenkomst met de B.R.T. waarin ze hun auteursrechten op de tekst en muziek van een liedje aan de B.R.T. afstonden.

N.V. FONIOR had echter - volkomen wettelijk - een niet exclusief recht van fonografische exploitatie van dit liedje verkregen. Ze verspreidde er vervolgens een eigen, commerciële versie van.

Zowel SABAM als de B.R.T. poogden dit te verhinderen (tevergeefs, overigens). Daarop wendden ze zich tot de Rechtbank van Eerste Aanleg te Brussel om de N.V. FONIOR te horen veroordelen wegens deze beweerdelijk onrechtmatige reproductie. Daarenboven stelden zowel SABAM als de B.R.T. dat zij gerechtigd waren op te treden, en betwistten ze elkaars recht.

De rechtbank schorste op 4 april 1973 het geding om een aantal prejudiciële vragen aan het Hof te stellen. Vooral belangrijk was de vraag of de bepalingen van een modelcontract zoals SABAM dat gebruikte, een misbruik van machtspositie was in de zin van art. 86 EEG-Verdrag.

Het Hof stelde vast dat SABAM inderdaad over een machtspositie in de zin van art. 86 beschikte. Dergelijke machtspositie kan wettig zijn in de mate de bewuste onderneming er geen misbruik van maakt. Dit "misbruik", aldus het Hof, "kan gelegen zijn in het feit dat een met de exploitatie van auteursrechten belaste onderneming, die een machtspositie in de zin van artikel 86 inneemt, aan de bij haar aangeslotenen verplichtingen oplegt welke ter bereiking van haar maatschappelijk doel niet onontbeerlijk zijn en aldus op onbillijke wijze inbreuk maken op de vrijheid van een aangeslotene in de uitoefening van zijn auteursrecht."

(83) H.v.J., 30 januari 1974 (BRT en Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs v. S.V. SABAM en N.V. FONIOR), *Jur. H.v.J.*, 1974, I, 51, concl. Adv.-Gen. MAYRAS, H.; H.v.J., 27 maart 1974 (...), *Jur. H.v.J.*, 1974, I, 313, concl. Adv.-Gen. MAYRAS, H.

b. De zaak "GEMA" ⁸⁴

Een nog fraaier voorbeeld van misbruik van machtspositie vinden we in Duitsland. Op 3 juni 1970 had de Commissie ambtshalve een procedure ingeleid tegen (o.m.) de Duitse auteursvereniging GEMA. Dit liet haar toe de positie van GEMA nauwkeurig te onderzoeken in het licht van art. 86 EEG-Verdrag.

GEMA is in Duitsland de enige vereniging die bemiddelt bij de uitoefening van muziekauteursrechten. Concurrenten heeft ze niet. Iedere in Duitsland gevestigde componist, tekstdichter of uitgever is bovendien - feitelijk - genoodzaakt haar diensten in te roepen. De persoonlijke uitoefening van auteursrechten blijkt immers zeer moeilijk of zelfs onmogelijk. Hieruit leidde de Commissie dan ook af dat GEMA over een machtspositie in de zin van art. 86 beschikt.

Om te controleren of GEMA haar dominante positie ook misbruikte, onderzocht de Commissie de statuten van deze vereniging. Zij vond hierin enkele vergaande misbruiken terug, bijvoorbeeld :

- discriminatie van onderdanen van andere Lidstaten. Deze konden veel moeilijker toetreden dan eigen onderdanen en werden zelfs na hun toetreding nog gediscrimineerd (stemrecht in de bestuursorganen van GEMA...)

- leden aan zich binden op een wijze die niet noodzakelijk is. De leden moesten al hun tegenwoordige en toekomstige rechten voor heel de wereld aan GEMA overdragen, telkens voor perioden van zes jaar. Ondanks opzegging van het lidmaatschap bleef de overdracht bestaan...

- verhinderen van het tot stand komen van een eenheidsmarkt voor diensten van muziekuiteverers.

- de waarneming van auteursrechten tot onbeschermde werken uitstrekken.

In haar beschikking bevestigde de Commissie uitdrukkelijk dat een auteursvereniging als GEMA nodig is om het grootste deel van de auteursrechten waar te nemen. "Maar", zo stelde de Commissie verderop, "GEMA verwisselt deze noodzaak van een collectieve waarneming met een waarneming door één enkele vereniging die haar exclusieve positie met ongeoorloofde middelen vestigt en verdedigt." Ze beval GEMA dan ook onmiddellijk aan de vastgestelde inbreuken een eind te maken.

(84) Beschikking van de Commissie van 2 juni 1971 inzake een procedure op grond van art. 86 van het Verdrag (IV/26.760 - GEMA), *P.B.L.*, 20 juni 1971.

c. Welke conclusies kunnen we hieruit afleiden ?

We kunnen het standpunt van Hof en Commissie in vier punten samenvatten :

- Auteursverenigingen zijn nodig voor een effectieve waarneming en bescherming van het auteursrecht.
- Deze verenigingen kunnen op een volstrekt legale wijze van een machtspositie genieten.
- Verboden is enkel dat ze van deze machtspositie misbruik gaan maken.
- Dit misbruik betaamt erin hun leden verplichtingen op te leggen die niet strict noodzakelijk zijn voor de waarneming van de overgedragen auteursrechten en zo de vrijheid van hun leden de rechten zelf uit te oefenen, te beperken ⁸⁵.

2. Extern misbruik van machtspositie

Hoger definieerden we extern misbruik van machtspositie als een misbruik dat door een onderneming "naar buiten toe" wordt gepleegd m.a.w. tegen de consument. Een illustratie hiervan vinden we in de computerwereld namelijk de "IBM-case" ⁸⁶.

De feiten waren als volgt : als producent van hardware had IBM steeds een grote voorsprong op de concurrentie. Zij stemde haar produkten en systemen op elkaar af zodat ze onderling compatibel waren. De concurrenten slaagden er echter niet in hun produkten IBM-compatibel te maken omdat ze niet over de nodige informatie beschikten. Deze zat immers verwerkt in de IBM-hardware die auteursrechtelijk beschermd was.

Een lijn produkten "System/370" deed de Commissie besluiten op te treden.

In 1974 opende ze ambtshalve een procedure tegen IBM op grond van art. 86 EEG-Verdrag. Ze stelde dat de firma haar machtspositie misbruikte o.m. door het de concurrenten onmogelijk te maken hun produkten IBM-compatibel te maken en zo de consumenten in feite te verplichten IBM-hardware aan te kopen.

(85) Let op de analogie met art. 85 EEG-Verdrag.

(86) De verbintenis van I.B.M., *Bull. E.C.*, 1984, II, 100-107; KEUSTERMANS, J.A. en ARCKENS, I.M., *International computer Law*, 1990, Mathew Bender, U.S.A., 4.02.

Zie ook: Commissie van de E.G., *18° Verslag over het Mededingingsbeleid*, 1989, 76-77.

IBM gaf deze machtspositie nooit toe. Eénzijdig stelde ze echter voor voldoende informatie vrij te geven aan de concurrentie. Hierop besliste de Commissie de procedure te schorsen ⁸⁷.

We kunnen moeilijk uitdrukkelijk beweren dat IBM art.86 schond aangezien deze firma noch haar machtspositie, noch enig misbruik ervan toegaf en de Commissie bovendien niet tot een beschikking kwam. Toch staan we hier voor een praktijk die - minstens in feite - neerkomt op tying. Dit deed de Commissie besluiten, in te grijpen.

Uit de reactie van de Commissie kunnen we dan ook afleiden dat ze voornemens is ook bij dit extern misbruik dezelfde principes inzake auteursrecht toe te passen. De kern van een auteursrecht blijft gevrijwaard maar enig gebruik (misbruik?) dat verder gaat dan de stricte doelstellingen van dit recht, wordt gesanctioneerd.

BESLUIT

In dit werk poogden we het verband tussen het auteursrecht en de mededingingsregels, vervat in art.85 en 86 EEG-Verdrag, te schetsen. Geen eenvoudige zaak, zo bleek, vermits nauwelijks een verdragsrechtelijke basis voorhanden was. We moesten noodgedwongen terugvallen op de constructie die het Hof en de Commissie in deze materie uitwerkten.

Dit mag er ons echter niet toe brengen het belang van het auteursrecht of het belang van de verdragsrechtelijke invloed op dit recht te onderschatten. Grote domeinen van het maatschappelijke leven worden immers door het auteursrecht beheerst. Denken we maar aan film, toneel, literatuur, informatica, ...

Precies omwille van het steeds groeiende belang van het auteursrecht ⁸⁸, betreuren we dat er geen uniforme communautaire regeling bestaat voor dit recht. Dit verplicht Hof en Commissie telkens ze met dergelijk geval geconfronteerd worden, de verdragsregels te modelleren om hen aan te passen aan het eigene van het auteursrecht. Weliswaar slaagden ze er in vergaande mate in het auteursrecht in het EEG-Verdrag te integreren, maar een **globale** aanpak ontbreekt.

Een stap in de goede richting was hier de richtlijn van de Raad van 14 mei 1991 betreffende de rechtsbescherming van computerprogramma's ⁸⁹. We hopen dat de Commissie het hier niet bij laat maar integendeel een voorstel zal formuleren dat heel het auteursrecht omvat.

(87) Voor een uitvoerige beschrijving verwijzen we naar: VAN DUYPENVOORDE, G., "I.B.M. en de Europese Commissie: misbruik van machtspositie?", *Computerrecht*, 1990, 18-27.

(88) ...bijvoorbeeld in de sector informatica.

(89) *P.B.L.*, 17 mei 1991.