

IMS HEALTH COMPANY/COMMISSIE, ZAAK T-184/01 R

Gerecht van Eerste Aanleg 26 oktober 2001.

Maatregel in kort geding, definitieve opschorting voorlopige maatregel Commissie.

(m.nt. prof. W.A. Hoyng)

1 In de beschikking van de president van het Gerecht van Eerste Aanleg d.d. 26 oktober 2001 gaat het om een maatregel in kort geding waarmee de president van het Gerecht in eerste aanleg de werking van een voorlopige maatregel van de Commissie van 3 juli 2001 definitief opschort. Deze maatregel was reeds in afwachting van de volledige behandeling in kort geding geschorst door een order van 10 augustus 2001.

De Commissie had IMS Health Company opgedragen om onmiddellijk een licentie te verlenen onder IMS' auteursrecht met betrekking tot haar *1860 brick structure* welke de kern van het IMS-verkoopdatainformatiesysteem in Duitsland vormde welke informatie door IMS verkocht werd aan farmaceutische bedrijven. Saillant detail in de zaak was dat IMS die dwanglicentie met name zou moeten geven aan een tweetal bedrijven die opgericht waren door ex-medewerkers die eerst getracht hadden te concurreren met een niet-inbreukmakend systeem, maar toen daarmee geen succes werd behaald over waren gegaan tot het inbreuk maken op de auteursrechten van IMS.

2 Voor de Intellectuele Eigendomsjurist is het al meteen moeilijk te begrijpen hoe in zo'n casus een mededingingsautoriteit tot de conclusie kan komen dat een dwanglicentie gerechtvaardigd is. De waarde van een IE-recht zit hem nu juist in het de concurrenten kunnen verbieden van bepaalde handelingen waardoor de houder van zo'n IE-recht in een ten opzichte van die concurrenten gunstigere concurrentiepositie komt te verkeren en de mogelijkheid heeft om (extra) winst te behalen. Hoe groter respectievelijk unieker de prestatie is die tot de verlening van het intellectuele-eigendomsrecht heeft geleid hoe sterker de positie in de concurrentiestrijd. Hij die als eerste een geneesmiddel tegen een ziekte vindt zal na octrooi te hebben verkregen geen enkele concurrentie ondervinden op de desbetreffende deelmarkt. Uitvindingen kunnen zo vernieuwend zijn dat daardoor nieuwe markten worden gecreëerd. Men denke bijvoorbeeld aan mobieltjes of cd's.

Het gehele IE-systeem wordt op zijn kop gezet indien in zo'n situatie een mededingingsautoriteit de octrooihouder gelast een dwanglicentie te geven aan inbreukmakers omdat anders die inbreukmakers niet kunnen concurreren met het gevonden geneesmiddel respectievelijk in de nieuwe door de uitvinding gecreëerde markt.

3 In de onderhavige (voorlopige) beslissing fluit de president de Commissie mijns inziens terecht terug. Een vergelijking tussen deze zaak en de saga NMa versus NOS en HMG dringt zich op (Besluit van de NMa d.d. 3 oktober 2000 waarbij de bezwaren van de NOS en de HMG tegen het besluit van 10 september 1998 – zoals gewijzigd en

aangevuld bij Besluit van 16 februari 2000 – ongegrond werden verklaard). In die zaak laat de NMa zich weinig gelegen liggen aan intellectuele-eigendomsrechten en verplicht de NOS tot het geven van een dwanglicentie zodat de Telegraaf kan concurreren met de programmabladen van de (leden van de) NOS. Anders echter dan in de onderhavige zaak steunt de Nederlandse rechter in kort geding (het Hof te Den Haag in zijn arrest van 4 oktober 2001) de NMa!

4 De bescherming van intellectuele-eigendomsrechten (met name waar het om bijvoorbeeld een octrooirecht, auteursrecht, modelrecht of databankrecht gaat) vindt onder meer haar rechtvaardiging in de wens om investeringen in creatie en innovatie te bevorderen. Het zal duidelijk zijn dat creatie en innovatie zelf en de resultaten daarvan zullen leiden tot een grotere economische activiteit. Bovendien leiden creatie en innovatie ook tot niet geldelijke voordelen voor de mens (van het genot van een goed boek tot het kunnen genezen van een ziekte). In rechts-overweging 125 verwoordt de president het fraai:

'The fundamental rationale of copyright is that it affords the creator of inventive and original works the exclusive right to exploit such works (Case 158/86 Warner Brothers and Metronome Video v. Christiansen [1988] ECR 2605, paragraph 13, hereinafter "Warner Brothers"), thereby ensuring that there is a "reward for the creative effort" (RTE, paragraph 71, ITP, paragraph 56). Copyright is of fundamental importance both for the individual owner of the right and for society generally (Opinion of Advocate General Gulmann in Magill, paragraph 11). To reduce it to a purely economic right to receive royalties dilutes the essence of the right and is, in principle, likely to cause potentially serious and irreparable harm to the rightholder.'

De overweging brengt ook goed tot uitdrukking dat anders dan de Commissie verdedigde het bij industriële eigendomsrechten gaat om *eigendom* en niet alleen om het recht op royalty's. De president verwijst in rechtsoverweging 91 dan ook terecht naar artikel 295 van het EU-Verdrag: *'This treaty shall in no way prejudice the rules of Member States governing the system of property ownership'*.

Het is overigens niet alleen het recht van de lidstaten dat industriële *eigendom* erkent in de zin dat de rechthebbende een exclusief recht verkrijgt. Dit is van oudsher aanvaard en vindt ook zijn weerslag in verdragen zoals voor het auteursrecht bijvoorbeeld de uit 1883 daterende Berner Conventie (vergelijk artikel 7) en het moderne TRIPS-Verdrag. Het Hof van Justitie heeft dat exclusieve recht (dan ook) erkend als het specifieke voorwerp van het intellectuele-eigendomsrecht. Al in *Centrafarm/Sterling Drug* overwoog het Hof:

'dat ter zake van octrooien de industriële eigendom met name tot specifiek voorwerp heeft de octrooihouder, ter

beloning van des uitvinders creatieve inspanning, het uitsluitende recht te verschaffen om een uitvinding hetzij rechtstreeks hetzij door licentieverlening aan derden, te gebruiken voor vervaardiging en het als eerste in het verkeer brengen van producten van nijverheid, alsmede het recht zich tegen inbreuken te verzetten'.

5 Een en ander betekent natuurlijk niet dat (zoals bij ieder recht) het niet mogelijk zou zijn dat van dat exclusieve recht misbruik wordt gemaakt. Vele nationale octrooiwetten bevatten dan ook bepalingen met betrekking tot dwanglicenties. Deze kunnen bijvoorbeeld worden verleend in het geval de octrooihouder zonder goede reden zijn octrooi niet exploiteert (vergelijk Rijksoctrooiwet 1995 artikel 57 lid 2). In de IE-wetten vindt men ook handelingen opgesomd waarvan de wetgever na zorgvuldige afweging het onwenselijk heeft gevonden dat deze onder het exclusieve recht van de rechthebbende vallen. Men denke aan privé-gebruik van een geoctrooieerd product enzovoorts. Het zal duidelijk zijn dat buiten deze in de wet geregelde gevallen er alleen in bijzondere gevallen sprake zal zijn van misbruik van recht. Dat zijn in Nederland de gevallen waarop artikel 3.13 BW van toepassing is.

Een aardig voorbeeld was het geval waarbij de octrooihouder de president (midden in de winter) vroeg de verhuurder van het gerechtsgebouw waarin de president zitting hield te bevelen de verwarming niet meer te gebruiken omdat de door een concurrent van de octrooihouder geleverde radiatoren inbreuk maakten op zijn octrooi (Hof 's-Hertogenbosch 24 februari 1987, BIE 1990/59). Buiten de in de wet geregelde dwanglicentiemogelijkheden heeft de inbreukmaker in een land met een effectief handhavingssysteem (zoals in de onderhavige casus: Duitsland) dus weinig mogelijkheden. Het is derhalve begrijpelijk dat de inbreukmaker (degene dus die handelingen verricht die onder de beschermingsomvang van een geldig intellectueel eigendomsrecht vallen) zijn heil zoekt bij het mededingingsrecht. Aangezien een exclusief recht (het recht bijvoorbeeld om met uitsluiting van anderen de *1860 brick structure* te gebruiken) in feite altijd op gespannen voet staat met de vrije mededinging zal de inbreukmaker zeker bij de Mededingingsautoriteit (Europese Commissie, NMa) die er nu juist is om die vrije mededinging te waarborgen op een in principe welwillend oor mogen rekenen.

6 Het Hof van Justitie geeft echter weinig hoop. Het Hof heeft vele malen beslist dat de houder van een intellectueel-eigendomsrecht niet automatisch een machtspositie bezit (reeds in HvJ EG 29 februari 1968, BIE 1968, 110 inzake Darke Davis) en dat het uitoefenen van zo'n recht (indien de houder van het recht een machtspositie heeft) alleen in uitzonderlijke gevallen misbruik van een machtspositie oplevert. In de lijn van deze rechtspraak stelt de president in rechtsoverweging 95 dat het Hof van Justitie in Magill *'acknowledged that the exercise of an extensive right by a proprietor may, in exceptional circumstances, involve abusive conduct'* (onderstreping toegevoegd). Hier-

na bespreekt de president de exceptionele omstandigheden in Magill. Hij somt (in r.o. 96-98) drie omstandigheden op. In het Bronner-arrest zegt het Hof van Justitie dat er sprake was van vier omstandigheden. Deze omstandigheden waren:

- a de levering van de programmeergegevens was onontbeerlijk voor het uitoefenen van de betrokken activiteit (uitgave van een algemene tv-gids);
- b de weigering stond in de weg aan de introductie van een nieuw product waarnaar van de zijde van de consument een potentiële vraag bestond;
- c er was geen objectieve rechtvaardigingsgrond voor de weigering;
- d de weigering betekende dat elke mededinging op de afgeleide markt werd uitgesloten.

Het is duidelijk, en dat constateert de president dan ook in rechtsoverweging 100 en 101, dat er een aanzienlijk verschil bestaat tussen Magill en de onderhavige zaak:

'In the present proceedings, instead of seeking to exclude the emergence of a new service on a separate market, the applicant's refusal to grant a copyright licence to NDC and AzyX appears, at first sight, to be designed to prevent the latter from furnishing regional sales-data services based on freely available data, provided on the same market and to the same potential clients and differing only as to detail from the services offered by the applicant. Central to the contested decision is the finding that the targeted pharmaceutical manufacturers appear to require the data in question to be presented in the 1860 brickstructure format developed by the applicant.'

Het ging dus in casu niet om een nieuw product maar een *me-too* product en er is ook geen sprake van het uitsluiten van een mededinging op een afgeleide markt. In casu ging het om een mededinging op de principale markt. Ten slotte lijkt het niet twijfelachtig dat er sprake is van een objectieve rechtvaardigingsgrond voor de weigering. Het primaire doel van de weigering was in casu immers het veilig stellen van een positie die het directe resultaat was van de creatieve inspanning en het daarvoor verkregen auteursrecht.

7 De Commissie verdedigde de opvatting dat de omstandigheden genoemd in Magill niet cumulatief zijn en dat er al sprake is van misbruik van een machtspositie door de weigering te licenseren indien:

- a de weigering tot gevolg heeft dat alle concurrentie in de relevante markt onmogelijk is;
- b de weigering niet objectief gerechtvaardigd is;
- c het gebruik van het intellectuele-eigendomsrecht (de 'facility') onmisbaar is voor het voeren van het bedrijf (van de inbreukmaker) omdat er geen alternatief (actueel of potentieel) voor de 'facility' bestaat.

De Commissie verwees hiervoor onder meer naar het arrest Bronner. In het onderhavige kort geding hakt de pre-

sident de knoop niet door doch constateert slechts dat het geenszins is uitgesloten dat in het geval van IE-rechten in ieder geval voldaan moet zijn aan alle omstandigheden genoemd in Magill voordat het opleggen van een dwanglicentie gerechtvaardigd is. Daarbij verwijst de president onder meer naar het (mijns inziens cruciale) punt dat het in casu gaat om een toepassing van de 'essential facility doctrine' die er niet toe leidt dat er sprake is van een nieuw product op een afgeleide markt (maar een *me-too* product op dezelfde markt).

8 Mijns inziens kan niet worden volgehouden dat alleen indien aan de vier Magill-voorwaarden voldaan is, sprake kan zijn van misbruik (en dus van een dwanglicentie). Men kan zich een geheel afwijkend feitencomplex voorstellen waarin andere (maar wederom: exceptionele) omstandigheden zo'n conclusie rechtvaardigen. Dat blijkt ook uit de rechtspraak van het Hof van Justitie met betrekking tot modelrechten voor auto-onderdelen (Volvo, Renault). Ook in die zaken was er echter geen sprake van het recht op een licentie teneinde concurrentie met een *me-too* product mogelijk te maken.

9 Zelfs als men als juist zou aanvaarden (en mijns inziens is dat uit het Bronner-arrest niet af te leiden) dat ook in een geval als het onderhavige voldoende is voor misbruik van een machtspositie de omstandigheden genoemd door de Commissie (hierboven onder 7 weergegeven) dan is in een geval (zoals het onderhavige), waar het gaat om een weigering van een licentie aan een rechtstreekse concurrent, een weigering mijns inziens objectief gerechtvaardigd. Het zich kunnen verzetten tegen een concurrerend product dat het IE-recht incorporeert (onder de beschermingsomvang van het verleende recht valt) is immers juist de essentie van het aan de houder verleende recht. Indien, zoals de Commissie betoogt, de *1860 brick structure* de de facto industriestandaard zou zijn geworden dan zou dat inderdaad kunnen betekenen dat er geen alternatief voor 'facility' (de licentie) is en de mededinging volledig wordt uitgeschakeld. Daar is dan niets mis mee. Het vloeit immers voort uit de keuze die de wetgever heeft gemaakt, te weten het belonen van de ontwikkeling van kennelijk zeer unieke en creatieve *1860 brick structure* met een auteursrecht.

10 Ik heb gezien de strenge eisen gesteld in Bronner (vide r.o. 44 en 45 in het arrest Bronner) overigens twijfel of er inderdaad sprake is van het onontbeerlijk zijn van de facility. Niets verhindert de inbreukmakers hun eigen nog verfijndere *brick structure* te ontwerpen en daarmee te concurreren. Waarom zou van de inbreukmakers niet dezelfde creatieve inspanning mogen worden gevraagd als van de ontwerpers in het *1860 brick structure*? Wat hier ook van zij, zelfs als er sprake zou zijn van een (harde) de facto standaard (een standaard derhalve die niet door het op de markt brengen van een beter vervangingsproduct – in casu bijvoorbeeld een nog verfijndere *brick structure* – zal veranderen dan is dat nog geen reden om een dwanglicentie te verlenen). De AIPPI heeft tijdens het congres te Melbourne

in maart 2001 een resolutie aangenomen waarin de navolgende mijns inziens juiste definities werden vastgesteld:

'A "de jure" standard can be generally defined as a technical specification approved by a recognized standardization body for repeated or continuous application, with which compliance is not compulsory (GATT and EEC 83/189 directive definitions);

"de jure" standards are in principle established with the cooperation and consensus of all interested parties;

"de jure" standards may be made compulsory by national regulations.

Information procedures exist at the international level (European Union and WTO) to inform other countries of adopted and/or proposed standards;

A "de facto" standard can be defined as a technical specification which has been developed by one or several companies and which has become preponderant due to market conditions;

"de jure" standards are public and intended to be used by anybody, whereas "de facto" standards are generally the property of one or a limited number of companies ("patent pool")'

In de rapporten uitgebracht door de verschillende landen werd benadrukt dat een de facto *technical standard* veelal het resultaat is van innovatieve arbeid en dat er derhalve van tegenstrijdigheid tussen de facto standaard enerzijds en octrooibeschermering anderzijds geen sprake is. Dit betekende dan ook dat het onjuist werd gevonden om, op grond van de constatering dat bepaalde door intellectuele-eigendomsrechten beschermde materie een de facto standaard is geworden, te oordelen dat de houder van die rechten licenties zou dienen te verlenen.

11 Ik heb hierboven al gerefereerd aan het contrast tussen de onderhavige beslissing van de president van het Gerecht in Eerste Aanleg rechtdoende in kort geding en de beslissing van (de industriële-eigendoms-kamer) van het Hof te 's-Gravenhage d.d. 20 januari 2001 in de zaak Telegraaf/NOS.

Eerst echter iets over de beslissing van de NMa. De NMa besliste in zijn besluiten van 10 september 1998 en 16 februari 2000 dat de NOS en de HMG door hun weigering (door een auteursrecht beschermde) programmeergegevens ter beschikking te stellen misbruik maakten van hun machtspositie. Voor een IE-jurist een verrassende beslissing. Het gaat hier immers om een feitencomplex dat in Magill al aan de orde was. Anders dan in Magill bestaan er echter in Nederland vele wekelijkse programmabladen. Bij de bestudering van de besluiten van de NMa kan men zich niet aan de indruk onttrekken dat het gewenste (publicitair en politiek goed liggende) resultaat voor de NMa belangrijker is dan een juridisch juist resultaat. Die indruk wordt bevestigd wanneer men het advies – hierna het Advies – van de Adviescommissie bezwaarschriften mededingingswet d.d. 27 juli 2000 leest. Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat

de NMA het met artikel 6 EVRM niet erg nauw neemt (randnummers 27 en 28). De NMA huldigt de verwerpelijke opvatting dat het – zonder de NOS en HMG verder behoorlijk te horen – het recht heeft om op een andere grondslag dan welke aan de NOS en HMG is meegedeeld een besluit te nemen! In de bovengemelde zaak was een dergelijke beweerdelijke handelwijze van de Commissie mede een reden voor de president om op 10 augustus 2001 de beslissing van de Commissie te schorsen in afwachting van de behandeling in kort geding. Het zoeken van de publiciteit blijkt uit de randnummers 31 en 32 van het Advies. In strijd met de wet is bijvoorbeeld het rapport aan de vakpers gegeven. In randnummer 120 van het Advies wordt het politieke karakter van de besluitvorming van de NMA aan de kaak gesteld.

In een zeer grondig advies laten vervolgens de eminente juristen van de Adviescommissie weinig heel van het Besluit van de NMA. Het advies komt tot de conclusie dat aan twee en mogelijk drie van de voorwaarden van Magill niet is voldaan (te weten – zie hierboven onder 6 – de voorwaarden 2 en 4 en mogelijk 3). De Adviescommissie kwam bovendien tot de conclusie dat ook indien men de regels van Bronner toepast (conform hetgeen de Commissie verdedigde in de onderhavige zaak) er geen sprake is van misbruik omdat de weigering van de NOS niet tot gevolg heeft dat alle mededinging op de markt voor wekelijkse programmabladen wordt uitgesloten.

Zoals hierboven al aangegeven kan men mijns inziens al een groot vraagteken zetten bij de toepassing van Bronner (en niet Magill) wanneer het gaat om IE-rechten en een feitencomplex conform NOS/Telegraaf. Wanneer het exclusieve recht ook tot voorwerp heeft producten of diensten die in een afgeleide markt worden verkocht dan is inherent aan de essentie van dat IE-recht dat derden kan worden verboden producten of diensten op die markt aan te bieden die inbreuk op dat IE-recht maken. Indien alle tot die markt behorende producten onder het IE-recht vallen (in casu is dat het geval daar alle wekelijkse tv-gidsen programmeergegevens bevatten en dus onder het auteursrecht van de NOS vallen) dan kan dat betekenen dat op die markt door niet-licentiehouders niet kan worden geconcurrereerd. In zo'n situatie kan er in principe alleen sprake van misbruik zijn indien de rechthebbende de behoefte die op die markt bestaat niet bevredigt doordat hij op die markt niet actief is. Dit blijkt uit Magill en ook uit Volvo & Renault. Zoals hierboven gezien bevatten vele octrooiwetten (dan ook) voor zo'n geval een dwanglicentiebepaling. Indien de rechthebbende wel op die markt actief is, staat het verlenen van een dwanglicentie echter in feite gelijk aan onteigening. Het neemt immers juist dát weg (het exclusieve recht) waar het bij IE-rechten om gaat.

Het verbaast niet dat het NMA het Advies gewoon naast zich neerlegt. Het is interessant te zien dat de NMA daarbij geheel op de lijn gaat zitten van de Europese Commissie in de onderhavige zaak. De beslissing van de NMA overtuigt al reeds daarom niet omdat wel verwezen wordt

naar de beslissing van de Commissie in de onderhavige zaak maar geheel verzwegen wordt dat op 10 augustus 2001 de president in afwachting van de volledige behandeling in kort geding de maatregel van de Commissie had geschorst waarbij hij reeds te kennen gaf grote twijfels te hebben over de juiste toepassing van artikel 82 EU-Verdrag. De NMA wachtte de uitspraak van het kort geding niet af! De beslissing van de NMA is van 4 oktober 2001.

Het zou te ver voeren gedetailleerd commentaar te leveren, maar wel valt op dat zelfs bij (alleen) de toepassing van de criteria van het Bronner-arrest de NMA het vereiste (uit Bronner) 'uitsluiting van iedere mededinging' simpelweg vervangt door 'verstoring van de mededinging'. Dat laatste zal zich bij vrijwel iedere uitoefening van IE-rechten voordoen. Over de vraag of de essentie van een IE-recht (het verbodsrecht) geen objectieve rechtvaardiging vormt wil de NMA kennelijk niet te veel nadenken. Integendeel, uit randnummers 103 en 104 blijkt veeleer dat de NMA meent zelf opnieuw als wetgever (respectievelijk onteigeningsrechter) te kunnen optreden. Indien de wetgever naar de mening van de NMA een verkeerde afweging heeft gemaakt tussen mededinging en IE-recht, dan grijpt de NMA in en ontnemt de houder van het IE-recht zijn recht.

12 Opvallender (en voor het stimuleren van creatie en innovatie bedenkelijker) is de beslissing van het Hof Den Haag d.d. 30 januari 2001. Deze beslissing werd door het Hof derhalve genomen nadat de Adviescommissie in het advies van het besluit van het NMA geen spaan heel had gelaten.

Het Hof gaat wel heel kort door de bocht. Het zegt eenvoudig:

- a 'Door vermelde opstelling van de NOS en de Omroepen wordt elke mededinging op de desbetreffende markt uitgesloten', alsof het Hof geen bekendheid heeft met de vele programmabladen van de omroepen en de reclame die daar vrijwel dagelijks voor wordt gemaakt!
- b 'Er is ook geen (objectieve) rechtvaardigingsgrond, nu niet aannemelijk is geworden dat de Omroepen, die naar onbestreden in voormeld besluit/standpunt is vermeld, een jaarlijkse bijdrage uit de algemene middelen ontvangen, door de uitgave van TV week zodanige inkomsten uit hun programmabladen zullen derven dat daardoor het publieke bestel zal worden ondergraven.'

Met geen woord wordt gerept over het feit dat die rechtvaardiging gelegen zou kunnen zijn in het specifieke voorwerp van een industrieel-eigendomsrecht te weten het kunnen verhinderen dat anderen van dat recht gebruikmaken.

Op grond van alleen deze twee omstandigheden constateert het Hof dat er sprake is van een uitzonderlijke omstandigheid als bedoeld in Magill en Bronner.

Als men dat leest kan men zich haast niet voorstellen dat het Hof de moeite heeft genomen van het Advies kennis te nemen respectievelijk de arresten van Magill en Bronner te lezen. Er blijkt veeleer een wens uit om aan een IE-recht (nota bene in kort geding) effectief een einde te maken. Dat

blijkt nog eens te meer uit het feit dat het Hof nog opmerkt dat dit ook geldt indien de programmagegevens door het (volle) auteursrecht en/of door de Databankenwet wel worden beschermd.

13 De conclusie is dat degene die aan creatie en innovatie doet en daarvoor IE-rechten verkrijgt mag rekenen op een Europese rechter die niet naar wegen zoekt om een inbreukmaker van dienst te zijn maar het specifieke voorwerp van dat IE-recht respecteert, hetgeen betekent dat inderdaad alleen in uitzonderlijke omstandigheden sprake kan zijn van een dwanglicentie. Moge het Haagse Hof daar een voorbeeld aan nemen!