

## CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL

A. TIZZANO

van 2 oktober 2003<sup>1</sup>

1. Bij beschikking van 12 juli 2001 heeft het Landgericht Frankfurt am Main (hierna: „Landgericht”) het Hof drie prejudiciële vragen gesteld over de uitlegging van artikel 82 EG.<sup>2</sup> Kort samengevat vraagt de Duitse rechter of een onderneming onder bepaalde omstandigheden misbruik maakt van een machtspositie indien zij haar concurrenten niet toestaat (tegen vergoeding) gebruik te maken van een structuur van een gegevensbank waarop een auteursrecht rust.

### Feiten en hoofdgeding

*De feiten die ten grondslag liggen aan het hoofdgeding*

2. In het hoofdgeding staat de vennootschap IMS Health GmbH & Co. OHG (hierna: „IMS”) tegenover de vennootschap NDC Health GmbH & Co. KG (hierna: „NDC”), die in augustus 2000 de vennootschap Pharma Intranet Information AG (hierna: „PII”) heeft overgenomen en ingelijfd.

3. Beide betrokken partijen houden zich bezig met het verzamelen, bewerken en interpreteren van de regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in Duitsland. Dienaangaande moet worden beklemtoond dat de door deze vennootschappen verrichte onderzoeken zijn ingedeeld volgens geografische criteria, waarbij de verkoopgegevens van de geneesmiddelen worden gegroepeerd in een reeks „bouwstenen” waarin het Duitse grondgebied wordt onderverdeeld.

<sup>1</sup> — Oorspronkelijke taal: Italiaans.

<sup>2</sup> — Zoals bekend, bepaalt dit artikel: „Onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden, voorzover de handel tussen lidstaten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed, is het, dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan.”

Dit misbruik kan met name bestaan in:

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

4. Uit de verwijzingsbeschikking blijkt dat IMS in de jaren '70 voor de uitvoering van haar onderzoeken aanvankelijk het Duitse grondgebied had verdeeld in 418 bouwstenen, die voornamelijk gebaseerd waren op de politieke grenzen van de steden en de districten. Aangezien deze structuur niet nauwkeurig genoeg was voor de betrokken producenten van geneesmiddelen, werd er in 1989 een onderverdeling gemaakt in 1 000 bouwstenen, die onder meer rekening hield met de verschillende marktgegevens en de verkoopstructuren. Bij gelegenheid van de invoering van de vijfcijferige postcode op 1 juni 1993, is de marktsegmentering herzien en is een op 1 845 bouwstenen gebaseerde structuur ontwikkeld. Sinds januari 2000 werkt IMS haar onderzoeken uit op basis van een verdeling van het Duitse grondgebied in 1 860 bouwstenen of op basis van een latere, hiervan afgeleide onderverdeling in 2 847 bouwstenen (hierna, respectievelijk: „structuur van 1 860 bouwstenen” en „structuur van 2 847 bouwstenen”).

5. Deze structuren zijn ontwikkeld op basis van verschillende elementen, waaronder de administratieve grenzen van de gemeenten en de postcodelistricten een bijzonder belangrijke plaats innemen. Voor de precieze afbakening van de bouwstenen zijn bovendien andere factoren in aanmerking genomen, zoals bijvoorbeeld de kenmerken van het gebied (stad of platteland), de verkeersverbindingen en de geografische spreiding van apotheken en artspraktijken.

6. Om de farmaceutische industrie bij de afbakening van haar structuren te betrekken, heeft IMS enkele jaren geleden de

zogenaamde werkgroep „RPM” („Regionaler Pharmazeutischer Markt”) opgericht. Aan deze werkgroep, die twee keer per jaar bijeenkomt, wordt deelgenomen door de vertegenwoordigers van de farmaceutische ondernemingen die klant zijn van IMS. Op deze manier kunnen deze ondernemingen voorstellen doen om de segmentering van het Duitse grondgebied te verbeteren en zo veel mogelijk in overeenstemming te brengen met hun behoeftes. Volgens IMS zou de werkgroep (wier voorstellen alleen in uitzonderingsgevallen in aanmerking zouden zijn genomen) zich met minder dan 10% van de bouwstenen van haar structuren hebben beziggehouden en zou zij hoofdzakelijk een marketinginstrument vormen, bedoeld om de klanten aan haar producten te binden. Volgens NDC, daarentegen, zou de werkgroep een beslissende rol hebben gespeeld bij de afbakening van elke afzonderlijke bouwsteen.

7. De structuren van 1 860 en 2 847 bouwstenen zijn niet alleen door IMS gebruikt voor aan farmaceutische ondernemingen verkochte marktonderzoeken, maar ook gratis verstrekt aan rekencentra van apotheken en verenigingen van ziekenfondsartsen. Daarom, aldus de nationale rechter, zijn deze structuren een „gebruikelijke standaard” geworden voor regionale onderzoeken van de Duitse farmaceutische markt. De farmaceutische industrie heeft haar informatica- en distributiestructuur erop afgestemd.

8. PII, opgericht door een voormalige bedrijfsleider van IMS, werkte zijn onderzoeken aanvankelijk uit op basis van een segmentering van het Duitse grondgebied in 2 201 bouwstenen. Uit contacten met

potentiële klanten is niettemin naar voren gekomen dat op deze wijze geordende onderzoeken moeilijk te verkopen zouden zijn, aangezien zij gebaseerd waren op een andere structuur dan die waaraan de farmaceutische ondernemingen gewend waren geraakt. Daarom heeft PII besloten over te gaan op structuren van 1 860 en 3 000 bouwstenen, die grotendeels overeenkwamen met die van IMS.<sup>3</sup>

*Eerdere uitspraken van nationale rechterlijke instanties*

9. Om het — als een inbreuk op haar auteursrecht beschouwde — gebruik van deze structuren te verhinderen, heeft IMS zich tot het Landgericht gewend met het verzoek om bij kortgedingbeschikking een verbod op te leggen. De Duitse rechter heeft dit verzoek ingewilligd en op 27 oktober 2000 een kortgedingbeschikking gegeven waarin hij PII heeft verboden gebruik te maken van haar structuur van 3 000 bouwstenen en van elke andere structuur die is afgeleid van die van 1 860 bouwstenen van IMS. Op 19 juni 2001 heeft het Oberlandesgericht Frankfurt am Main het beroep van PII tegen deze beschikking verworpen, zodat zij in kracht van gewijsde is gegaan. Na de overname van PII door NDC is een vergelijkbare conservatoire maatregel genomen ten aanzien van laatstgenoemde vennootschap. Deze beschikking is bevestigd bij vonnis van hetzelfde Landgericht van 12 juli 2001, maar dit vonnis was op het

moment dat de aan het onderhavige geding ten grondslag liggende verwijzingsbeschikking werd gegeven, nog niet in kracht van gewijsde gegaan.

10. In het kader van deze maatregelen heeft de Duitse rechter met name de structuren van IMS beschouwd als door de Duitse wetgeving inzake het auteursrecht beschermde gegevensbanken (of delen van gegevensbanken). Zonder zich uit te laten over de bijdrage van de werkgroep RPM aan de ontwikkeling van deze structuren, was hij bovendien van oordeel dat IMS ten minste medehouder van het betrokken auteursrecht was en derhalve het gebruik zonder toestemming van de structuren kon verhinderen.

*De beschikking van de Europese Commissie en de beschikkingen van de presidenten van het Gerecht en het Hof*

11. Zoals in de loop van die gedingen is benadrukt door de verwijzende rechter, stond het gebruik van de structuren van IMS ook in het middelpunt van een mededingingsprocedure voor de Europese Commissie.

12. Vanwege de op handen zijnde eerste kortgedingbeschikking van het Landgericht heeft NDC namelijk aan IMS gevraagd om haar tegen vergoeding een gebruikslicentie

<sup>3</sup> — De structuur van 1 860 bouwstenen had slechts 30 andere bouwstenen dan de overeenkomstige structuur van IMS, terwijl die van 3 000 bouwstenen gebaseerd was op de structuur van 2 847 bouwstenen van IMS met een verdere onderverdeling van ongeveer 150 bouwstenen.

voor de structuur van 1860 bouwstenen te verlenen. Met het oog op de weigering van IMS, die verklaarde geen onderhandelingen voor het verlenen van de licentie te willen aanknopen, heeft NDC bij de Commissie een klacht wegens misbruik van een machtspositie ingediend en haar gevraagd om voorlopige maatregelen te nemen.

13. De Commissie willigde het verzoek van NDC in en heeft op 3 juli 2001, bij wijze van voorlopige maatregelen in de zin van het arrest *Camera Care*<sup>4</sup>, beschikking 2002/165/EG gegeven „inzake een procedure op grond van artikel 82 van het EG-Verdrag”.<sup>5</sup> Bij deze beschikking heeft de Commissie i) IMS gelast „onverwijld, op verzoek en op niet-discriminerende basis, een licentie te verlenen aan alle ondernemingen die momenteel aanwezig zijn op de markt voor Duitse diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens voor het gebruik van de structuur van 1860 bouwstenen, teneinde het gebruik en de verkoop van regionale verkoopgegevens die worden gepresenteerd op basis van deze structuur, door dergelijke ondernemingen mogelijk te maken” (artikel 1); ii) de wijze bepaald waarop de betrokken royalty's moeten worden berekend (artikel 2), en iii) een dwangsom ten laste van IMS vastgesteld (artikel 3).

14. In het deel van de beschikking inzake de *fumus boni juris*, en derhalve inzake de schending op het eerste gezicht van artikel 82 EG door IMS, is de Commissie van de

vooronderstelling uitgegaan dat deze vennootschap een machtspositie innam op de markt voor diensten op het gebied van Duitse regionale verkoopgegevens (een markt die zich over het gehele Duitse grondgebied uitstreckte en een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt vormde).<sup>6</sup>

15. Na dit vastgesteld te hebben, was de Commissie van mening dat zij, om te kunnen beoordelen of de weigering om een licentie voor de structuren van IMS te verlenen, zou kunnen betekenen dat er sprake was van misbruik van een machtspositie, moest „beoordelen of de structuur van 1860 bouwstenen of een compatibele structuur onontbeerlijk [was] voor de mededinging op de betrokken markt, dat wil zeggen of er een realistische mogelijkheid [bestond] voor ondernemingen die in Duitsland diensten [wilden] aanbieden op het gebied van regionale verkoopgegevens om — in plaats van de structuur van 1860 bouwstenen of een compatibele structuur — een andere structuur te gebruiken die geen inbreuk zou maken op het auteursrecht van IMS”.<sup>7</sup> Verder verklaarde zij dat „het duidelijk [was] dat het antwoord op deze vraag afhankelijk [was] van het feit of er een reële mogelijkheid [bestond] voor klanten van regionale verkoopgegevens om gegevens te kopen die [werden] aangeleverd in een andere structuur”.<sup>8</sup>

16. Op basis van de resultaten van haar onderzoeken en in het bijzonder met het oog op de inlichtingen, verstrekt door de talrijke door haar ondervraagde farmaceutische ondernemingen, heeft de Commissie deze vraag bevestigend beantwoord.

4 — Beschikking van het Hof van 17 januari 1980 (792/79 R, Jurispr. blz. 119).

5 — PB L 59, blz. 18.

6 — Punten 45-62.

7 — Punt 71.

8 — Punt 72.

17. In dit verband heeft zij in de eerste plaats gewezen op een reeks elementen die de klanten (dat wil zeggen, de farmaceutische producenten) aan de structuur van 1860 bouwstenen bonden, met name:

- dat „de werkgroep [...] een zeer grote rol speelde bij de ontwikkeling van de [...] structuur” van 1860 bouwstenen en dat „de farmaceutische industrie in Duitsland aanzienlijke hoeveelheden geld [had] geïnvesteerd in de opbouw van een bouwsteenstructuur die volledig voldeed aan hun eisen”. Dit verklaarde ten dele de „afhankelijkheid [van de farmaceutische bedrijven] van deze structuur die [was] ontstaan over een lange periode, de extreem grote moeite die zij [hadden] met de overstap op een nieuwe structuur en dus de onmogelijkheid voor een dienst op het gebied van regionale verkoopgegevens die [was] opgezet in een andere structuur, om hiermee te kunnen concurreren”<sup>9</sup>;
- dat „de structuur van 1860 bouwstenen als industriële norm [fungeerde], ten dele vanwege de rol die de ondernemingen in deze bedrijfstak hebben gespeeld bij de verwezenlijking ervan”, en dat de „farmaceutische ondernemingen zo vast [zaten] aan deze industriële norm dat het afstappen van deze norm om verkoopgegevens te kopen in een niet-compatibele struc-

tuur, hoewel dit theoretisch mogelijk [was], geen levensvatbaar economisch voorstel zou zijn [geweest]”<sup>10</sup>;

- dat de „gegevens voor verschillende perioden [...] vergelijkbaar [moesten] zijn en gegevens in een nieuwe structuur tegen aanzienlijke kosten [zouden] moeten worden omgezet in de 1860-structuur (of vice versa) om vergelijkbaarheid te garanderen”<sup>11</sup>;
- dat „als regionale verkoopgegevens zouden [zijn] aangeleverd in een structuur die niet compatibel is met de 1860-structuur, dit [zou hebben genoopt] tot aanzienlijke wijzigingen in de verkoopgebieden die verkoopvertegenwoordigers zijn toegewezen door hun farmaceutische bedrijven”, met als gevolg het „verlies van relaties tussen artsen en verkoopvertegenwoordigers”. Dit verlies, dat „het onvermijdelijke gevolg zou zijn [geweest] van een overstap op een bouwsteenstructuur die niet compatibel is met de structuur van 1860 bouwstenen, [zou] een belangrijke belemmering [hebben gevormd] voor bepaalde farmaceutische bedrijven om een dergelijke wijziging door te voeren”<sup>12</sup>;

10 — Punten 86 en 92.

11 — Punt 93.

12 — Punt 114. Met betrekking tot de relaties tussen artsen en verkoopvertegenwoordigers heeft de Commissie er in het bijzonder op gewezen dat „de farmaceutische bedrijven veel belang [hechten] aan de relatie tussen een arts en een verkoopvertegenwoordiger, een van de weinige mogelijkheden om reclame te maken voor een medicijn” (punt 113).

9 — Idem.

— dat het verkoopgebied, gedefinieerd als een optelling van een aantal bouwstenen, „vermeld [kon] zijn in het arbeidscontract tussen het bedrijf en de verkoopvertegenwoordiger. Indien dat het geval [zou zijn], [zou] een wijziging van het arbeidscontract noodzakelijk [zijn geweest]. Deze procedure zou nog een belemmering zijn [geweest] om van bouwsteenstructuur te veranderen”<sup>13</sup>;

— dat „de kosten van de aanpassing van interne toepassingen die [op dat moment] volledig afhankelijk [waren] van de structuur van 1860 bouwstenen, aanzienlijk [waren] en een belangrijke belemmering [vormden] om over te stappen op een andere bouwsteenstructuur”.<sup>14</sup>

18. De Commissie onderstreept vervolgens de „technische en juridische beperkingen [...] die het ondernemingen ten minste onredelijk moeilijk [maakten] om een andere structuur te ontwikkelen waarin regionale gegevens in Duitsland [zouden] kunnen worden ingedeeld en op de markt gebracht”.<sup>15</sup> In dit verband heeft zij er in het bijzonder op gewezen dat „de meeste parameters die werden gebruikt voor de ontwikkeling van de structuur [...] voor iedereen beschikbaar [waren] en [vastlagen] (postcodegebieden, locatie van apotheken en artsen, sociaal-demografische gegevens, topologie, gebied dat verkoopvertegen-

woordigers in een dag kunnen bestrijken, enz.). De keuze van grenzen tussen de bouwstenen [hing] grotendeels samen met deze objectieve parameters, wat dus de beschikbare keuzemogelijkheden voor toekomstige makers van nieuwe structuren [beperkte]”.<sup>16</sup>

19. De Commissie heeft bovendien gewezen op verdere elementen die het onwaarschijnlijk maakten dat er een alternatieve structuur zou worden ontwikkeld door de concurrenten van IMS, met name de rechts-onzekerheid bij de verkoop van gegevens op basis van een nieuwe structuur<sup>17</sup>; de vergeefse pogingen in het verleden om nieuwe structuren te ontwikkelen<sup>18</sup>, en het feit dat in de ervaringen van andere landen geen aanwijzingen te vinden zijn waaruit blijkt dat het mogelijk is om nieuwe structuren te ontwikkelen.<sup>19</sup>

20. Op grond van al deze elementen is de Commissie derhalve tot de slotsom gekomen, dat het gebruik van de structuur van 1860 bouwstenen of een compatibele structuur onontbeerlijk was om te kunnen concurreren op de betrokken markt. Aan-

16 — Punt 131. De Commissie heeft er daarna meer gedetailleerd de nadruk op gelegd dat „het duidelijke belang van het gebruik van postcodegebieden de beschikbare keuzemogelijkheden voor potentiële ontwerpers van nieuwe bouwsteenstructuren beperkt” (punt 132); dat er sterke argumenten „[bestonden] voor de noodzaak om in bouwsteenstructuren rekening te houden met de grenzen van de 440 Duitse „Kreise” (districten)” (paragraaf 137), en dat het „waarschijnlijk [was] dat de Duitse wetgeving op het gebied van gegevensbescherming zekere beperkingen [zou opleggen] aan de ontwikkeling van een tweede structuur in Duitsland” (punt 142).

17 — Punten 143-145.

18 — Punten 146-152.

19 — Punten 153-166.

13 — Punt 115.

14 — Punt 122.

15 — Punt 124.

gezien er naar haar mening geen objectieve rechtvaardiging bestond voor de weigering van een licentie<sup>20</sup>, was de Commissie op het eerste gezicht van oordeel dat deze weigering misbruik van een machtspositie opleverde.

21. In antwoord op het betoog van IMS, dat zij krachtens vaste communautaire rechtspraak „in haar recht [stond] als zij [weigerde] licenties te verlenen aan concurrenten voor de markt waarop het auteursrecht betrekking [had]”<sup>21</sup>, heeft de Commissie erop gewezen dat „het feit dat in de zaken die het Europees Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg hebben behandeld en waarnaar IMS [verwees], sprake was van twee markten, de mogelijkheid niet [uitsloot] dat een weigering om een licentie te verlenen voor een intellectuele-eigendomsrecht in strijd [kon] zijn met artikel 82”.<sup>22</sup> Opdat er sprake zou kunnen zijn van schending van deze bepaling, achtte de Commissie het in dit geval met name voldoende dat i) „het gebruik van de structuur van 1860 bouwstenen een onontbeerlijke voorwaarde [was] voor ondernemingen om te kunnen concurreren op de Duitse markt van diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens”; ii) „er een belangrijk onderscheid [bestond] tussen het product, namelijk diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens, en de bouwsteenstructuur waarin gegevens die [werden] gebruikt om deze diensten te leveren, [werden] gepresenteerd”; iii) „in de specifieke en uitzonderlijke omstandigheden waarin de „structuur van 1860 bouwstenen” werd ontwikkeld en er een beroep werd gedaan op auteursrecht, waarna werd geoordeeld dat dit van kracht was, het onmogelijk [was] om dit werk vanwege de hierboven beschreven techni-

sche, juridische en economische beperkingen te reproduceren met behulp van een equivalent product dat geen inbreuk [maakte] op het auteursrecht”.<sup>23</sup> Nog steeds met betrekking tot de vaste communautaire rechtspraak, heeft de Commissie er bovendien op gewezen dat „een weigering om te leveren niet de introductie van een nieuw product [hoefde] te beletten om misbruik op te leveren”.<sup>24</sup>

22. Bij verzoekschriften, neergelegd op 6 augustus 2001, heeft IMS het Gerecht van eerste aanleg verzocht, op grond van artikel 230 EG de beschikking van de Commissie nietig te verklaren en op grond van artikel 243 EG de tenuitvoerlegging ervan op te schorten. Bij beschikking van 26 oktober 2001 heeft de president van het Gerecht het verzoek tot opschorting ingewilligd.<sup>25</sup> Dienaangaande moet er met name op worden gewezen dat hij, in het deel van de beschikking inzake de *fumus boni juris*, de argumenten van IMS volgens welke de Commissie van de communautaire rechtspraak zou zijn afgeweken waar zij van oordeel was dat een weigering van een licentie een schending van artikel 82 EG opleverde, ook als zij niet voorkwam dat „een nieuw product [verscheen] op een markt die is afgescheiden van die waarop zij een machtspositie [had]”, op het eerste gezicht gegrond (of in ieder geval niet kennelijk ongegrond) achtte.<sup>26</sup>

23 — Punt 184.

24 — Punt 180.

25 — Beschikking IMS Health/Commissie (T-184/01 R, Jurispr. blz. II-3193).

26 — Punt 105.

20 — Punten 167-174.

21 — Punt 182.

22 — Punt 184.

23. De hogere voorziening van NDC tegen deze uitspraak is door de president van het Hof afgewezen bij beschikking van 11 april 2002.<sup>27</sup>

echter vast te stellen of de weigering van een licentie door IMS misbruik van een machtspositie oplevert, wendt het Landgericht zich tot het Hof met de volgende vragen:

*Het hoofdgeding en de prejudiciële vragen*

24. Zoals is uiteengezet in de verwijzingsbeschikking, volhardt IMS in het hoofdgeding in haar verzoek om NDC te verbieden gebruik te maken van de structuur van 1860 bouwstenen of van welke andere structuur dan ook die hiervan is afgeleid. Het Landgericht is echter van oordeel dat het recht om het gebruik te laten verbieden, dat in beginsel door nationale wetgeving inzake het auteursrecht aan IMS wordt verleend, in deze zaak niet van toepassing zou zijn indien geconcludeerd zou moeten worden dat de weigering van IMS om met NDC op passende voorwaarden een licentieovereenkomst te sluiten, misbruik in de zin van artikel 82 EG oplevert.

25. Met betrekking tot deze vraag maakt de nationale rechter zich de conclusies eigen, waartoe de Commissie was gekomen wat betreft de afbakening van de relevante markt en de machtspositie van IMS.<sup>28</sup> Om

„1) Moet artikel 82 EG aldus worden uitgelegd, dat een onderneming met een machtspositie op de markt hiervan misbruik maakt door te weigeren een licentieovereenkomst betreffende het gebruik van een krachtens het auteursrecht beschermde gegevensbank te sluiten met een onderneming die toegang wil hebben tot dezelfde geografische markt en productmarkt, wanneer de marktdeelnemers aan de andere zijde, dat wil zeggen de potentiële afnemers, elk product dat geen gebruik maakt van de krachtens het auteursrecht beschermde gegevensbank, weigeren, omdat zij zich op het gebruik van producten op basis van de krachtens het auteursrecht beschermde gegevensbank hebben ingesteld?

2) Is het voor de vraag of een onderneming met een machtspositie hiervan misbruik maakt, relevant in welke mate zij medewerkers van de afnemers bij de ontwikkeling van de krachtens het auteursrecht beschermde gegevensbank heeft ingeschakeld?

3) Is het voor de vraag of een onderneming met een machtspositie hiervan misbruik maakt, relevant welke omschakelingsinspanning (in het bij-

27 — Beschikking NDC Health/IMS Health en Commissie [C-481/01 P(R)], Jurispr. blz. I-3401].

28 — Het Landgericht verwijst met name naar de punten 45-55, 59 en 60 van de beschikking van de Commissie.

zonder kosten) de afnemers zullen moeten leveren, die tot dusver het product van de onderneming met de machtspositie hebben gekocht wanneer zij in de toekomst het product van een concurrerende onderneming zouden afnemen, die geen gebruik maakt van de krachtens het auteursrecht beschermde gegevensbank?”

waarbij, op verschillende gronden, de Commissie en de presidenten van het Gerecht en het Hof reeds zijn betrokken. Om derhalve de nationale rechter een zinvol antwoord te kunnen geven, rekening houdende met de beschikking van de Commissie en de beschikkingen inzake voorlopige maatregelen van de communautaire rechters, acht ik het zinvol enige opmerkingen vooraf te maken over de betekenis van de vragen en over de problematiek die daarbij naar voren komt.

### *De procedure voor het Hof en het voor het Gerecht aanhangige geding*

26. In de aldus voor het Hof aangespannen procedure hebben partijen in het hoofdgeding en de Commissie opmerkingen ingediend. Deze partijen zijn ook gehoord tijdens de op 6 maart 2003 gehouden terechtzitting.

27. In de door IMS voor het Gerecht aanhangig gemaakte procedure tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie, is bij beschikking van 26 september 2002 het geding geschorst tot de uitspraak van het Hof in de onderhavige zaak.

### **Juridische analyse**

#### *Inleiding*

28. Zoals men heeft gezien, passen de prejudiciële vragen in een complex geheel,

29. Ik begin met op te merken dat de eerste vraag lijkt uit te gaan van twee vooronderstellingen: a) dat het gebruik van een bepaalde krachtens het auteursrecht beschermde bouwsteenstructuur *onontbeerlijk* is om regionale verkooponderzoeken inzake geneesmiddelen in een gegeven land op de markt te brengen, en derhalve om werkzaam te kunnen zijn op de betrokken markt, aangezien de potentiële klanten (de farmaceutische ondernemingen) *weigeren om welk onderzoek dan ook te kopen, dat niet ontwikkeld is op basis van deze structuur*<sup>29</sup>; b) dat de onderneming die houder is van het auteursrecht op de betrokken structuur een machtspositie heeft op de markt voor diensten op het gebied van regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in het betrokken land. Uitgaande van deze vooronderstellingen wil de Duitse rechter weten of artikel 82 EG in een dergelijk geval aldus moet worden uitgelegd, dat de onderneming die houder is van het auteursrecht misbruik

29 — De reden van deze weigering, die niet ter discussie lijkt te worden gesteld met de onderzochte vraag, wordt in verband gebracht met organisatieproblemen van de farmaceutische ondernemingen.

maakt van haar machtspositie als zij weigert (tegen vergoeding) een gebruikslicentie voor haar structuur te verlenen aan subjecten die ze willen gebruiken om op *dezelfde* (geografische en product-) markt actief te zijn als die waarop zij de machtspositie heeft en gebruik maakt van de betrokken structuur.

Commissie ten onrechte van oordeel was dat een weigering van een licentie een schending van artikel 82 EG opleverde, ook als zij niet voorkwam dat „een nieuw product [verscheen] op een markt die is afgescheiden van die waarop zij een machtspositie [had]”, gegrond (of in ieder geval niet kennelijk ongegrond) achtte.<sup>31</sup>

30. Met andere woorden, met de eerste vraag wil de nationale rechter in wezen vernemen of, in een situatie als zojuist beschreven, de weigering van een licentie ook misbruik van een machtspositie kan zijn als zij niet de mededinging beperkt of uitschakelt op een andere markt dan die waarop de houder van het auteursrecht van zijn recht gebruik maakt en een machtspositie heeft, maar eenvoudigweg potentiële concurrenten verhindert om actief te zijn op dezelfde markt als de onderneming met een machtspositie.

32. De twee volgende vragen lijken zich daarentegen, gelezen in het licht van de beschikking van de Commissie en de beschikkingen in kort geding, te concentreren op een van de vooronderstellingen van de eerste vraag, en zijn er in wezen op gericht om te verduidelijken wanneer een bepaalde bouwsteenstructuur geacht moet worden *onontbeerlijk* te zijn om regionale verkooponderzoeken inzake geneesmiddelen in een gegeven land op de markt te brengen. Met name wil de rechter weten of voor deze beoordeling het volgende van belang is: i) de mate van deelneming van vertegenwoordigers van de farmaceutische ondernemingen aan de ontwikkeling van de door het auteursrecht beschermde structuur; ii) de inspanning (in het bijzonder kosten) die de farmaceutische ondernemingen zouden moeten leveren om onderzoeken te kunnen aankopen die zijn verricht op basis van een andere dan de door het auteursrecht beschermde structuur.

31. Er is overigens reeds op gewezen dat IMS juist wat dit aspect betreft, de benadering van de Commissie heeft bekritiseerd door te beweren dat zij „in haar recht [stond] als zij [weigerde] licenties te verlenen aan concurrenten voor de markt waarop het auteursrecht betrekking [had]”.<sup>30</sup> En zoals uiteengezet, draait juist om dit aspect de beschikking in kort geding van de president van het Gerecht, die de argumenten van IMS volgens welke de

33. Nu de betekenis van de vragen duidelijk is geworden, ga ik ze hierna onderzoeken, waarbij ik met de eerste begin en de

30 — Punt 182 van de beschikking van de Commissie.

31 — Punt 105 van de beschikking van de president van het Gerecht.

tweede en de derde vervolgens gezamenlijk beschouw. Na dit onderzoek zal het zinvol zijn om kort enkele opmerkingen te maken over de problemen die samenhangen met de gelijktijdige toepassing door de nationale rechter en de Commissie van artikel 82 EG.

de markteconomie, aangezien de houders van een intellectueel eigendomsrecht daarvoor van de verschuldigde vergoeding voor hun creatieve inspanning zouden worden beroofd, en investeringen in innovatie en onderzoek zouden worden ontmoedigd.

### *De eerste vraag*

#### Argumenten van partijen

34. Met betrekking tot de eerste vraag benadrukt IMS in de eerste plaats, dat de exclusieve exploitatiebevoegdheid van een intellectueel eigendomsrecht, en derhalve de bevoegdheid van de houder om anderen een gebruikslicentie te weigeren, een wezenlijk deel is van dat recht. Zoals duidelijk is geworden in de rechtspraak, zou een eenvoudige weigering tot het verlenen van een licentie, ook al is die afkomstig van een onderneming met een machtspositie, derhalve op zichzelf niet leiden tot misbruik in de zin van artikel 82 EG. Deze bepaling zou alleen kunnen worden geschonden als de weigering van de licentie vergezeld zou gaan van een ander element, waaruit het misbruik zou blijken.<sup>32</sup> Een andere uitlegging van de regel, waarbij een weigering van een licentie op zichzelf als misbruik wordt beschouwd, zou overigens zeer ernstige en ongewenste gevolgen hebben voor

35. IMS merkt vervolgens op dat, in een geval zoals dit, de weigering van een licentie evenmin misbruik van een machtspositie kan opleveren op grond van de zogenaamde *essential facilities*-doctrine, waarop de beschikking van de Commissie in wezen gebaseerd zou zijn. Deze doctrine vooronderstelt namelijk dat de onderneming met een machtspositie op een markt (in een eerder stadium) producten of diensten aanbiedt die onontbeerlijk zijn om op een tweede markt (in een later stadium) met haar te kunnen concurreren: in deze situatie zou de onderneming met een machtspositie, door de toegang tot haar producten of diensten ongerechtvaardigd te weigeren, op onrechtmatige wijze de mededinging op de laatstgenoemde markt beperken.<sup>33</sup> De *essential facilities*-doctrine kan de onderneming met een machtspositie derhalve niet ertoe verplichten, een aan haar toebehorend intellectueel eigendomsrecht met andere marktdeelnemers te delen, alleen om laatst-

32 — Wat dit betreft, verwijst IMS naar de arresten van 5 oktober 1988, *CICRA en Maxicar* (53/87, Jurispr. blz. 6039), en *Volvo* (238/87, Jurispr. blz. 6211), alsook naar het arrest van 6 april 1996, *RTE en ITP/Commissie* (C-241/91 P en C-242/91 P, Jurispr. blz. I-743, punt 49; hierna: arrest „Magill”).

33 — Volgens IMS spreken alle communautaire arresten en de beschikkingen van de Commissie betreffende de weigering om een overeenkomst aan te gaan en de *essential facilities* in deze zin. In dit verband verwijst zij in het bijzonder naar de arresten van het Hof van 6 maart 1974, *Commercial Solvents* (6 en 7/73, Jurispr. blz. 223); 3 oktober 1985, *CBEM* (311/84, Jurispr. blz. 3261); 13 december 1991, *GB-Inno-BM* (C-18/88, Jurispr. blz. I-5941); *RTE en ITP/Commissie*, reeds aangehaald, en 26 november 1998, *Bronner* (C-7/97, Jurispr. blz. I-7791); het arrest van het Gerecht van 12 juni 1997, *Ladbroke* (T-504/93, Jurispr. blz. II-923), en beschikking 98/190/EG van de Commissie van 14 januari 1998 betreffende een procedure op grond van artikel 86 van het EG-Verdrag (Zaak nr. IV/34.801 FAG — Flughafen Frankfurt/Main AG) (PB L 72, blz. 30).

genoemden toe te staan haar doeltreffender te concurreren op dezelfde markt als die waarop zij haar recht doet gelden.

de internationale verplichtingen van de Gemeenschap die voortvloeien uit de WTO-overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom en de Berner Conventie voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst.

36. IMS benadrukt bovendien dat in het onderhavige geval geen beroep kan worden gedaan op het arrest Magill om te staven dat de weigering van een licentie misbruik van machtspositie oplevert. In dat arrest heeft het Hof namelijk verklaard dat een weigering van een licentie alleen misbruik kan opleveren in „uitzonderlijke omstandigheden”, wanneer deze weigering: i) de introductie belet van een nieuw product, dat niet wordt aangeboden door de onderneming met een machtspositie die houder is van het intellectuele eigendomsrecht en waarvoor een potentiële vraag bestaat; ii) ongerechtvaardigd is; iii) tot gevolg heeft dat een afgeleide markt wordt voorbehouden aan de onderneming met een machtspositie. De eerste en de derde voorwaarde zijn in dit geval echter niet vervuld, aangezien NDC geen nieuw product op een afgeleide markt probeert te introduceren, maar de door IMS ontwikkelde structuur wil gebruiken om op dezelfde markt een product aan te bieden dat nagenoeg identiek is aan dat van deze vennootschap.

37. Een uitlegging van artikel 82 EG, volgens welke de weigering van een onderneming met een machtspositie om een licentie te verlenen, op zichzelf misbruik oplevert, leidt ten slotte naar de mening van IMS tot een schending van: a) het door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden beschermde eigendomsrecht; b)

38. Natuurlijk is NDC een heel andere mening toegedaan.

39. Deze vennootschap brengt met name naar voren dat de feiten van het hoofdgeding talrijke overeenkomsten vertonen met de zaak Magill, waarin het Hof de weigering van een licentie door de houder van het auteursrecht als misbruik heeft beoordeeld. Net zoals in die zaak namelijk:

- zou het door het auteursrecht beschermde immateriële goed niet het resultaat zijn van een grote creatieve inspanning en aanzienlijke investeringen (in casu zou de structuur grotendeels gebaseerd zijn op de grenzen van de Duitse postcodes en gerealiseerd zijn dankzij de doorslaggevende steun van de farmaceutische industrie);
- zou dit goed beschikbaar zijn gesteld aan subjecten die niet concurreren met de houder van het auteursrecht (in casu bijvoorbeeld cartografische diensten);

— zou het product van de onderneming die de licentie wil verkrijgen, om verschillende redenen beter zijn dan dat van de houder van het auteursrecht (in casu zou bijvoorbeeld het spectrum van de behandelde gegevens ruimer zijn, zou de klanten de mogelijkheid zijn geboden om on line tot deze gegevens toegang te krijgen, zou de betekeniswaarde van de gegevens groter zijn en zouden deze de klant op een aantrekkelijkere manier worden aangeboden);

— zou de monopoliepositie op de activiteiten in een eerder stadium (in casu de bouwsteenstructuur) uitgebreid worden naar de activiteiten in een later stadium (in casu de verkoop van onderzoeken van regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen).

40. Voor de aangegeven oplossing spreekt volgens NDC ook het feit, dat zij niet voornemens is om zich te beperken tot het reproduceren van de door IMS verzamelde gegevens, maar de regionale verkoopgegevens ook zelfstandig wil verzamelen en bewerken om ze vervolgens om te zetten in een eigen product. NDC wijst er bovendien op, dat in het onderhavige geval het door het auteursrecht beschermde immateriële goed een industriële norm vormt die, naar het oordeel van de Commissie in haar richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 81 van het EG-Verdrag op horizontale samenwerkingsovereenkomsten<sup>34</sup>, zo ruim mogelijk toegankelijk zou moeten zijn.

41. Ten slotte wijst NDC erop, dat het niet nodig is dat er twee afzonderlijke markten (in een eerder en in een later stadium) bestaan om een weigering van een licentie als misbruik te zien.<sup>35</sup> Zoals uit het arrest Magill blijkt, zou het voor de toepassing van artikel 82 EG voldoende zijn dat de onderneming met een machtspositie op een gegeven markt, een monopolie heeft op de informatie die nodig is om met haar te kunnen concurreren. Het feit dat deze informatie door de onderneming met de machtspositie niet op de markt wordt gebracht, is daarentegen in het geheel niet van belang.

42. Van haar kant is de Commissie van mening dat het, om de weigering door een onderneming met een machtspositie om haar concurrenten de toegang tot een essentiële faciliteit toe te staan, als misbruik te beschouwen, niet nodig is dat de faciliteit zich bevindt op een andere markt dan die waarop de concurrenten actief willen zijn. Daartoe zou het namelijk voldoende zijn dat de faciliteit in een eerder productie-stadium thuishoort en een duidelijk scheidbare „input” vormt voor de productie van een gegeven goed of dienst in een later stadium.

43. Volgens de Commissie is het met name zo, dat het om een goed of dienst als een essentiële faciliteit of input te kunnen beschouwen, nodig is dat deze zich onderscheidt van het goed/de dienst in een later stadium en dat er tussen die input of

35 — In dit verband wijst NDC er met name op, dat het Hof in punt 47 van het arrest Magill niet heeft stilgestaan bij de vraag of in die zaak, in technische zin, twee markten konden worden onderscheiden.

faciliteit en het goed/de dienst in een later stadium, een „toegevoegde waarde” tot stand is gebracht. Deze benadering, die meer gebaseerd is op het onderscheid tussen verschillende productiestadiums dan op het bestaan van afzonderlijke markten, zou bevestigd worden door de analyse van het Hof in de arresten Magill en Bronner en van het Gerecht in het arrest Ladbroke.

44. Het enkele feit dat de input die onontbeerlijk is voor de productie van het goed/de dienst in een later stadium, door de onderneming met een machtspositie niet zelfstandig op de markt wordt gebracht, belet overigens niet dat de ongerechtvaardigde weigering van de toegang tot deze input misbruik oplevert. Ook in dat geval namelijk, zou de weigering van de toegang leiden tot een aanzienlijke beperking van de mededinging op de markt van het goed/de dienst in een later stadium, die in strijd zou zijn met artikel 82 EG. De beperking zou echter nog ernstiger zijn indien de onontbeerlijke input helemaal niet op de markt zou worden gebracht, aangezien in de productie van het goed/de dienst in een later stadium geïnteresseerde ondernemingen zich deze input dan zelfs niet indirect zouden kunnen verschaffen door zich tot derden te wenden die hem gekocht hebben van de onderneming met een machtspositie.

45. De Commissie voegt hieraan toe, dat deze redenering ook zou gelden indien de essentiële input uit een door het auteursrecht beschermd immaterieel goed bestaat. Als dit immateriële goed zich namelijk onderscheidt van het goed/de dienst in een later stadium, bij de productie waarvan het onontbeerlijk is, dan zou de weigering van een licentie door de onderneming met een

machtspositie die houder is van een auteursrecht verder gaan dan de essentiële functie van dit recht, omdat de markt van het goed/de dienst in een later stadium dan zou worden voorbehouden aan die onderneming. In dit verband wijst de Commissie er verder nog op, dat het auteursrecht een eigendomsrecht is als vele andere, waarmee het de bevoegdheid van de houder om exclusief te beschikken over het (materiële of immateriële) goed dat er het voorwerp van vormt, maar ook de uit het mededingingsrecht voortkomende beperkingen, gemeen heeft.

### *Beoordeling*

46. Zoals men heeft gezien, stelt de onderhavige vraag een belangrijk en moeilijk probleem van uitlegging van artikel 82 EG aan de orde, dat betrekking heeft op de verplichting van een onderneming met een machtspositie om haar concurrenten toe te staan (tegen vergoeding) gebruik te maken van een door het auteursrecht beschermd immaterieel goed, indien dit onontbeerlijk is om op dezelfde markt actief te zijn als die waarop voornoemde onderneming van haar recht gebruik maakt en de machtspositie inneemt.

#### a) De relevante rechtspraak

47. Bij het onderzoek van deze vraag moet in de eerste plaats worden gewezen op de uitspraken van het Hof die betrekking hebben op de mogelijkheid dat de weigering

om een overeenkomst aan te gaan, misbruik van een machtspositie oplevert. In deze uitspraken (of ten minste in enkele ervan) lijkt een toepassing herkenbaar van de zogenaamde *essential facilities*-doctrine, waarnaar partijen herhaaldelijk hebben verwezen.<sup>36</sup>

48. In dit verband herinner ik om te beginnen aan het arrest *Commercial Solvents*, waarin deze problematiek is onderzocht in verband met de onderbreking van een levering van grondstoffen. Het Hof bevestigde de in die zaak bestreden beschikking van de Commissie en verklaarde dat „de bezitter van een machtspositie op de grondstoffenmarkt, die — teneinde die grondstoffen voor zijn eigen productie van derivaten te reserveren — de levering ervan weigert aan een afnemer welke zelf producent van die derivaten is, met de kans elke concurrentie vanwege die afnemer uit te schakelen, misbruik maakt van zijn machtspositie in de zin van artikel 86”.<sup>37</sup>

49. In het arrest *CBEM* heeft het Hof vervolgens de gelegenheid gehad om te verduidelijken dat deze redenering „ook [geldt] in het geval van een onderneming die een machtspositie bezit op de markt van een dienst die onmisbaar is voor de bedrijvigheid van een andere onderneming op een andere markt”.<sup>38</sup> In dat geval achtte de communautaire rechter het in strijd met

artikel 86 EG-Verdrag (thans artikel 82 EG), dat een onderneming met een machtspositie op de markt van televisie-uitzendingen zonder objectieve rechtvaardiging weigerde zendtijd te leveren aan onafhankelijke ondernemingen in de sector telefonische marketing, om op die manier de activiteit op dit gebied aan een onderneming van haar groep voor te behouden, met de kans dat de mededinging op de betrokken markt volledig zou worden uitgeschakeld. Met betrekking tot die situatie heeft het Hof in het bijzonder het beginsel bevestigd, dat zegt dat „een onderneming met een machtspositie op een bepaalde markt zich schuldig maakt aan misbruik in de zin van artikel 86, wanneer zij een nevenactiviteit die door een derde onderneming verricht kan worden in het kader van haar werkzaamheden op een verwante, doch onderscheiden markt, zonder objectieve noodzaak aan zichzelf [...] voorbehoudt, met de kans dat de mededinging van die derde onderneming volledig wordt uitgeschakeld”.<sup>39</sup>

50. Wat meer bepaald de intellectuele eigendomsrechten betreft, moet worden gewezen op de zaak *Volvo*, waarin met name aan het Hof werd gevraagd of deze autofabrikant van zijn machtspositie op de (vooronderstelde) markt van originele vervangingsonderdelen misbruik maakte door aan derden geen licentie te verlenen om deze vervangingsonderdelen te vervaardigen. In antwoord hierop heeft het Hof verklaard dat „de mogelijkheid voor de houder van een model om derden te beletten, producten waarin het model is verwerkt zonder zijn toestemming te vervaardigen en te verkopen of in te voeren, de essentie vormt van zijn

36 — Zie, wat deze theorie en haar toepassing in de Verenigde Staten en Europa betreft, in het bijzonder de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak *Bronner*, reeds aangehaald, punten 45-53.

37 — Voornoemd arrest, punt 25.

38 — Voornoemd arrest, punt 26.

39 — Idem, punt 27. Dit beginsel is later nogmaals bevestigd in een gedeeltelijk andere context in het arrest *GB-Inno-BM*, reeds aangehaald, punt 18.

uitsluitend recht. Daaruit volgt dat, wanneer de houder van een beschermd model wordt verplicht om derden, zelfs tegen billijke royalty's, een licentie te verlenen voor de levering van producten waarin het model is verwerkt, hem de essentie van zijn uitsluitend recht wordt ontzegd, en dat de weigering om zulk een licentie te verlenen op zich geen misbruik van machtspositie kan opleveren".<sup>40</sup> Hier heeft het Hof evenwel aan toegevoegd dat „de uitoefening van een uitsluitend recht door de houder van een model voor carrosserieonderdelen van auto's op grond van artikel 86 verboden kan zijn, indien zij de onderneming met een machtspositie brengt tot gedragingen die misbruik opleveren, zoals de willekeurige weigering om vervangingsonderdelen te leveren aan onafhankelijke reparateurs, de vaststelling van onbillijke prijzen voor vervangingsonderdelen of de beslissing om geen vervangingsonderdelen voor een bepaald automodel meer te vervaardigen, terwijl er nog vele auto's van dat model in omloop zijn, een en ander wanneer die gedragingen de handel tussen lidstaten ongunstig kunnen beïnvloeden".<sup>41</sup>

51. In het bekende arrest *Magill*, waarin het Hof zich in hogere voorziening moest uitspreken over twee arresten van het Gerecht, heeft het kans gehad om terug te komen op de kwestie van de weigering van een licentie voor een intellectueel eigendomsrecht. In de bestreden arresten had het Gerecht in het bijzonder een beschikking bevestigd waarin de Commissie van oordeel was dat sommige televisiezenders misbruik

maakten van hun machtspositie op de markt van hun televisieprogramma's, door het auteursrecht op deze televisieprogramma's — waarop zij aanspraak maakten — te doen laten gelden om derden te beletten wekelijkse tv-gidsen met de programma's van de verschillende tv-stations uit te geven.

52. In dit verband heeft het Hof allereerst benadrukt dat uit het arrest *Volvo* bleek dat, hoewel een weigering om een licentie te verlenen voor een intellectueel eigendomsrecht op zichzelf geen misbruik van een machtspositie tot gevolg heeft, „de uitoefening van het alleenrecht door de rechthebbende in uitzonderlijke omstandigheden misbruik kan opleveren”.<sup>42</sup> Volgens het Hof waren er in die zaak juist omstandigheden waaruit bleek dat rekwiranten, de tv-stations, misbruik maakten, aangezien:

— ten eerste, „rekwiranten, die uit de aard der zaak de enige bron waren van de basisgegevens betreffende de programma's — het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een wekelijkse tv-gids — de kijkers die de tv-programma's van de komende week wilden kennen, geen andere keuze [hadden gelaten] dan voor elk kanaal de gids met het weekprogramma te kopen en deze naast elkaar te leggen. Door met een beroep op de nationale bepalingen inzake het auteursrecht te weigeren de basisgegevens te verstrek-

40 — Arrest *Volvo*, reeds aangehaald, punt 8.

41 — Punt 9. Hoofdzakelijk in dezelfde zin heeft het Hof zich op dezelfde dag uitgesproken in het reeds aangehaalde arrest *Renault*.

42 — Punt 50.

ken, [hadden] rekwiranten derhalve de introductie belet van een nieuw product, namelijk een alomvattende wekelijkse tv-gids, dat zichzelf niet aanboden en waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond, hetgeen misbruik in de zin van [artikel] 86, tweede alinea, sub b, van het Verdrag [opleverde]”<sup>43</sup>;

- ten tweede, „die weigering geen rechtvaardigingsgrond [vond] in de activiteiten van het televisiebedrijf noch in die van het uitgeven van tv-gidsen”<sup>44</sup>;

- ten derde, „rekwiranten, gelijk ook het Gerecht heeft vastgesteld, zich door hun gedragingen een afgeleide markt, te weten de markt voor wekelijkse tv-gidsen, [hadden] voorbehouden door elke mededinging op die markt uit te sluiten [...], aangezien rekwiranten eenieder de toegang tot de basisgegevens, het onontbeerlijke materiaal voor de productie van een dergelijk gids, ontzegden”.<sup>45</sup>

53. Ten slotte heeft het Hof in het bekende arrest Bronner de kans gehad om zich te buigen over de problematiek betreffende de weigering om een overeenkomst aan te

gaan. In die zaak, waarin werd voorondersteld dat er een zelfstandige markt van landelijke thuisbezorgingssystemen voor dagbladen bestond, moest het Hof onder andere oordelen „of de omstandigheid dat de eigenaar van het enige landelijke thuisbezorgingssysteem op het grondgebied van een lidstaat, die dit systeem gebruikt voor de distributie van zijn eigen dagbladen, de toegang daartoe weigert aan de uitgever van een concurrerend dagblad, misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag vormt, op grond dat die weigering de concurrent een voor de verkoop van dat dagblad essentieel geachte distributiewijze onttrekt”.<sup>46</sup>

54. Na te hebben verwezen naar het arrest Magill, heeft het Hof opgemerkt dat „gesteld al, dat deze rechtspraak betreffende de uitoefening van een intellectuele-eigendomsrecht van toepassing [was] op de uitoefening van eender welk eigendomsrecht”, het, om te kunnen concluderen dat in dit geval de weigering om een overeenkomst aan te gaan, misbruik van een machtspositie opleverde, nodig zou zijn geweest dat „niet alleen de weigering om de dienst van thuisbezorging te verlenen, elke mededinging op de dagbladmarkt door de verzoeker van de dienst [kon] uitsluiten en niet objectief [kon] worden gerechtvaardigd, maar de dienst op zich bovendien onontbeerlijk [was] voor de uitoefening van de werkzaamheid van deze laatste, in die zin dat er geen reëel of potentieel alternatief voor het thuisbezorgingssysteem [bestond]”.<sup>47</sup>

43 — Punten 53 en 54.

44 — Punt 55.

45 — Punt 56.

46 — Punt 37.

47 — Punt 41.

## b) Conclusie

55. Uit de voorafgaande korte analyse van de rechtspraak blijkt, zoals door IMS wordt benadrukt, dat het Hof in feite in alle gevallen waarin het heeft aangenomen dat de weigering om bepaalde (materiële of immateriële) goederen of diensten te leveren of beschikbaar te stellen misbruik van een machtspositie zou kunnen opleveren, een onderscheid heeft gemaakt tussen een markt met betrekking tot die goederen of diensten (in een eerder stadium) en een afgeleide markt (in een later stadium) waarop zij werden gebruikt als input om andere goederen of diensten te produceren. De in deze gevallen geconstateerde of vooronderstelde inbreuken op artikel 82 hadden namelijk betrekking op verticaal geïntegreerde ondernemingen die (in theorie althans), door te weigeren overeenkomsten aan te gaan, misbruik maakten van hun machtspositie op een markt in een eerder stadium, om de concurrentie op een markt in een later stadium te beperken of uit te schakelen.

56. Zoals door NDC en de Commissie evenwel terecht wordt opgemerkt, heeft het Hof het voor het vaststellen van een markt van inputs (in een eerder stadium) niet nodig geacht dat deze door de onderneming met een machtspositie afzonderlijk werden aangeboden. In het arrest Magill heeft het Hof namelijk het bestaan vastgesteld van een markt voor programma-informatie, ook al werd deze niet zelfstandig door omroepmaatschappijen op de markt gebracht, maar alleen gratis aangeboden aan enkele kranten. In het arrest Bronner heeft het Hof vervolgens aangenomen dat

het bestaan van een nationale markt van thuisbezorgingssystemen voor dagbladen ook zou kunnen worden vastgesteld indien de onderneming die het monopolie op die (hypothetische) markt had, de thuisbezorgingsdienst niet zelfstandig verkocht.<sup>48</sup>

57. Om de genoemde rechtspraak over de weigering om overeenkomsten aan te gaan toe te passen, lijkt het mij dus voldoende dat een markt van inputs in een eerder stadium *vastgesteld kan worden*. Ook als het alleen gaat om een „potentiële” markt, in die zin dat er een monopolistische onderneming actief is die besluit om de betrokken inputs niet zelfstandig aan te bieden (ondanks een daadwerkelijke vraag ernaar), maar om er exclusief op een markt in een later stadium gebruik van te maken en op die manier de concurrentie op die markt te beperken of volledig uit te schakelen.

58. Om een klassiek voorbeeld van de *essential facilities*-doctrine te nemen, denken men aan het geval waarin de toegang tot een haven onontbeerlijk is om op een gegeven geografische markt zeevervoersdiensten te kunnen aanbieden. Neem nu dat de eigenaar van de haven exclusief gebruik maakt van die infrastructuur om

48 — Het Hof lijkt bij de bepaling van de relevante markt niet in overweging te hebben genomen dat de eigenaar van het bezorgingssysteem een reeks diensten aan een onafhankelijke uitgever heeft geleverd, waaronder ook de thuisbezorging van een krant van hem. In dat geval werd de thuisbezorgingsdienst evenwel niet zelfstandig verkocht, maar maakte hij deel uit van een „pakket” dat ook het drukken en de verkoop in de kiosken van de betrokken krant omvatte.

zich van een monopolie op de markt voor zeevervoersdiensten te verzekeren en daarbij zonder enige objectieve rechtvaardiging weigert de benodigde havendiensten op verzoek aan derde ondernemingen te leveren. Welnu, ik geloof dat in dat geval de rechtspraak over de weigering om overeenkomsten aan te gaan zou moeten worden toegepast, los van het feit dat de havendiensten niet op de markt worden aangeboden. Die omstandigheid zou namelijk niet de mogelijkheid uitsluiten om een markt van door de zeevervoerondernemingen gevraagde havendiensten vast te stellen, gezien het feit dat een vraag naar deze diensten werkelijk bestaat en er geen obstakels van technische aard zijn die aan het op de markt brengen ervan in de weg staan. Overeenkomstig de rechtspraak over de weigering om overeenkomsten aan te gaan, zou dus geoordeeld kunnen worden dat de eigenaar, door ongerechtvaardigd de toegang tot zijn haveninfrastructuur te weigeren, misbruik maakt van zijn (monopolistische) machtspositie op de markt voor havendiensten, aangezien hij met zijn gedrag iedere concurrentie op de afgeleide markt voor zeevervoersdiensten zou uitschakelen.

59. Nu duidelijk is geworden dat het voor de vaststelling van een markt voor inputs in een eerder stadium niet nodig is dat deze zelfstandig worden aangeboden door de onderneming die er de controle over heeft, lijkt het mij duidelijk dat het bestaan van een dergelijke markt per definitie steeds kan worden vastgesteld indien: a) de betrokken inputs onontbeerlijk zijn (aangezien zij niet vervangbaar en niet na te maken zijn) om op een gegeven markt actief te zijn; b) er naar de inputs een daadwerkelijke vraag

bestaat van de kant van ondernemingen die actief willen worden op de markt waarop deze inputs onontbeerlijk zijn.

60. Als wij nu in het licht van het voorgaande het in de eerste vraag uiteengezette geval onderzoeken, dan moet worden erkend dat de toepassing van de rechtspraak inzake de weigering om overeenkomsten aan te gaan, hier niet terzijde kan worden geschoven alleen vanwege het feit dat de onderneming die de licentie voor de bouwsteenstructuur heeft gevraagd, op dezelfde markt actief wil zijn als de houder van het auteursrecht. Aangezien deze vraag immers uitgaat van de vooronderstelling dat de bouwsteenstructuur waarvoor de licentie is gevraagd, onontbeerlijk is om onderzoeken over regionale verkoopgegevens inzake geneesmiddelen in een gegeven land te kunnen aanbieden, kan zonder meer het bestaan van een markt in een eerder stadium voor de toegang tot de bouwsteenstructuur (gemonopoliseerd door de houder van het auteursrecht) en een afgeleide markt in een later stadium voor de verkoop van onderzoeken worden vastgesteld.

61. Ik moet hier niettemin aan toevoegen dat de arresten van het Hof over de weigering van een licentie voor een intellectueel eigendomsrecht mij tot de opvatting brengen dat het, om de ongerechtvaardigde weigering als misbruik te beschouwen, niet voldoende is dat het immateriële goed waarop het intellectuele eigendomsrecht betrekking heeft, onontbeerlijk is om actief te zijn op een gegeven markt en de houder van het recht, door die weigering, derhalve iedere concurrentie op de afgeleide markt kan uitschakelen.

62. Ook onder dergelijke omstandigheden kan, bij de afweging tussen het belang van de bescherming van het intellectueel eigendomsrecht en de vrijheid van economisch initiatief van de houder daarvan enerzijds, en het belang van de bescherming van de vrije mededinging anderzijds, de balans naar mijn mening alleen doorslaan in het voordeel van dit tweede belang, indien de weigering van de licentie de ontwikkeling van de afgeleide markt ten nadele van de consumenten belet. Meer in het bijzonder ben ik van oordeel dat de weigering van een licentie alleen als misbruik kan worden beschouwd indien de vragende onderneming zich niet in wezen wil beperken tot het kopiëren van goederen/diensten die al op de afgeleide markt door de houder van het intellectueel eigendomsrecht worden aangeboden, maar goederen/diensten wil produceren met andere kenmerken, die — hoewel zij concurreren met die van de houder van het recht — beantwoorden aan bepaalde behoeftes van de consumenten, waarin niet wordt voorzien door de bestaande goederen/diensten.

63. Dit lijkt mij duidelijk de strekking van het arrest Magill, waarin, zoals is uiteengezet, het Hof heeft geoordeeld dat een ongerechtvaardigde weigering van een licentie misbruik opleverde, aangezien: a) zij „de introductie [belette] van een nieuw product, namelijk een alomvattende wekelijkse tv-gids, dat [rekwiranten] zelf niet aanboden en waarnaar van de zijde van de consumenten een potentiële vraag bestond”; b) door deze weigering „rekwi-

ranten [...] zich door hun gedragingen een afgeleide markt, te weten de markt voor wekelijkse tv-gidsen, [hadden] voorbehouden door elke mededinging op die markt uit te sluiten”.<sup>49</sup>

64. In dat geval heeft het Hof derhalve geoordeeld dat de weigering van een licentie misbruik opleverde, gezien het feit dat de vragende onderneming een wekelijkse tv-gids op de markt wilde brengen die zou verschillen van de door de houders van het auteursrecht vervaardigde tv-gidsen (aangezien in die gids niet de programma's van één enkel tv-station zouden worden opgenomen, maar het complete overzicht) en zou beantwoorden aan bepaalde behoeftes van de consumenten. Op die manier werd de introductie belet van een „nieuw” product dat geconcentreerd zou hebben met die van de houders van het auteursrecht op de algemene markt van de wekelijkse tv-gidsen.

65. Maar in deze zin kan misschien ook het arrest Volvo worden gelezen, waarin het Hof verklaard heeft dat „de weigering om [...] een licentie te verlenen op zich geen misbruik van machtspositie kan opleveren”.<sup>50</sup> Hoewel in die zaak het modelrecht op de verschillende carrosserieonderdelen als een onontbeerlijke input kon worden beschouwd om actief te zijn op de (vooronderstelde) markt van originele vervangingsonderdelen, kan worden aangenomen dat het Hof de weigering van een licentie

49 — Punten 54 en 56.

50 — Punt 8.

niet als misbruik heeft beoordeeld omdat de vrager niets anders wilde dan de producten van de houder van het modelrecht kopiëren, dus originele vervangingsonderdelen van Volvo produceren.

### *De tweede en de derde vraag*

66. In het licht van alle zojuist uiteengezette overwegingen ben ik derhalve van oordeel dat op de eerste prejudiciële vraag kan worden geantwoord dat artikel 82 EG aldus moet worden uitgelegd, dat de weigering om een licentie voor het gebruik van een door het auteursrecht beschermd goed te verlenen, misbruik van een machtspositie in de zin van voornoemde bepaling oplevert indien: a) er geen objectieve rechtvaardiging voor die weigering bestaat; b) het gebruik van het immateriële goed onontbeerlijk is om actief te zijn op een afgeleide markt, en die weigering tot gevolg heeft dat de houder van het recht uiteindelijk alle concurrentie op die markt uitschakelt. Dit evenwel op voorwaarde dat de onderneming die om de licentie vraagt, zich niet in wezen wil beperken tot het kopiëren van goederen/diensten die al op de afgeleide markt door de houder van het intellectueel eigendomsrecht worden aangeboden, maar goederen/diensten wil produceren met andere kenmerken, die — hoewel zij concurreren met die van de houder van het recht — beantwoorden aan bepaalde behoeftes van de consumenten, waarin niet wordt voorzien door de bestaande goederen/diensten.

67. Zoals gezegd, wil de nationale rechter met de tweede en de derde vraag in wezen vernemen wanneer een door het auteursrecht beschermde bouwsteenstructuur geacht moet worden onontbeerlijk te zijn om regionale verkooponderzoeken inzake geneesmiddelen in een gegeven land op de markt te brengen. Met name vraagt de rechter of voor deze beoordeling het volgende van belang is: i) de mate van deelneming van vertegenwoordigers van de farmaceutische ondernemingen aan de ontwikkeling van de door het auteursrecht beschermde structuur; ii) de inspanning (in het bijzonder kosten) die de farmaceutische ondernemingen zouden moeten leveren om onderzoeken te kunnen aankopen die zijn verricht op basis van een andere dan de door het auteursrecht beschermde structuur.

### *Argumenten van partijen*

68. Met betrekking tot de in deze vragen naar voren gebrachte problematiek merkt IMS in algemene bewoordingen op, dat voorkeuren van de klanten niet kunnen rechtvaardigen dat de structuur van 1860 bouwstenen als een *essential facility* wordt gekwalificeerd. Om te beoordelen of een bouwsteenstructuur onontbeerlijk is om regionale verkooponderzoeken inzake geneesmiddelen op de markt te brengen,

zou men immers niet mogen verwijzen naar de subjectieve bereidheid van klanten om onderzoeken op basis van een andere structuur te accepteren; te dien einde zou veeleer beslissend zijn of het voor een concurrent van vergelijkbare grootte objectief mogelijk zou zijn om een alternatieve structuur te ontwikkelen.

69. Wat de rol van de farmaceutische producenten bij de ontwikkeling van de bouwsteenstructuur betreft, merkt IMS vervolgens op, dat het volkomen normaal is dat de klanten hieraan bijdragen ter ontwikkeling van producten of diensten die steeds beter beantwoorden aan hun behoeftes. Zo gezien, zou een verplichting om een licentie te verlenen negatieve gevolgen hebben, aangezien zij de ondernemingen ertoe zou aanzetten, bij de ontwikkeling van hun producten af te zien van alle contacten met klanten.

70. Met betrekking tot de omschakelingskosten die klanten zouden moeten dragen om gebruik te kunnen maken van onderzoeken die zijn verricht op basis van andere structuren, merkt IMS ten slotte op, dat het volkomen normaal is dat klanten zich uitgaven moeten getroosten wanneer zij voor een ander product kiezen en dat dit geen rol zou mogen spelen bij de vaststelling of een licentieweigering misbruik van een machtspositie oplevert.

71. NDC is de tegenovergestelde mening toegedaan en merkt op, dat de praktijken van de industrie of de verwachtingen van de

klanten relevant zijn om te bepalen of een faciliteit een *essential facility* vormt, aangezien zij onder bepaalde omstandigheden de toegang tot een faciliteit onontbeerlijk kunnen maken, die dat anders niet zou zijn.

72. NDC wijst er vervolgens op, dat volgens het arrest Bronner de toegang tot een bepaalde faciliteit geacht kan worden onontbeerlijk te zijn, wanneer het niet rendabel zou zijn om een alternatieve faciliteit op te zetten. In het onderhavige geval zouden de omschakelingskosten die de farmaceutische producenten zouden moeten dragen om over te gaan op een andere bouwsteenstructuur dermate hoog zijn, dat de introductie van een concurrerende structuur niet alleen onrendabel, maar zelfs economisch onhaalbaar zou zijn.

73. De Commissie herinnert eraan, dat zij in haar beschikking talrijke elementen noemt waaruit geconcludeerd kan worden dat de structuur van 1 860 bouwstenen van IMS onontbeerlijk is om regionale verkooponderzoeken inzake geneesmiddelen in Duitsland op de markt te brengen; bij de door de nationale rechter aangehaalde elementen zou het derhalve slechts gaan om enkele van de elementen die in overweging zouden moeten worden genomen bij deze beoordeling.

74. Na dit verduidelijkt te hebben, wijst de Commissie erop, dat de belangrijke deelneming van de klanten aan de ontwikkeling van de bouwsteenstructuur van IMS ertoe

heeft bijgedragen dat de farmaceutische producenten van deze structuur afhankelijk zijn geworden. Naar haar oordeel vertoont een dergelijke geregelde en intensieve samenwerking van klanten ter ontwikkeling van een gemeenschappelijke structuur voor de levering van een serie compatibele diensten de kenmerken die eigen zijn aan het proces voor de totstandkoming van een feitelijke norm.

75. De Commissie merkt vervolgens op, dat voor het vaststellen van het onontbeerlijke karakter van een faciliteit moet worden nagegaan of een concurrent van vergelijkbare grootte een deugdelijk alternatief zou kunnen opzetten. Voor deze beoordeling zou echter een nauwgezet onderzoek van de relevante factoren aan de vraagkant zinvol zijn, met name wat betreft de omschakelingsinspanningen die de klanten zouden moeten leveren om over te gaan op een andere faciliteit. Een gezamenlijke analyse van de situatie, gezien vanuit de aanbod- en de vraagkant, zou met name geschikt zijn om vast te stellen of het opzetten van een alternatieve faciliteit economisch rendabel is.

76. Verwijzend naar de in haar beschikking verrichte beoordelingen, onderstreept de Commissie ten slotte de obstakels die in dit geval verhinderden dat farmaceutische producenten overgingen op een bouwsteenstructuur die niet compatibel was met die van IMS, en de buitengewone inspanningen, niet alleen van economische aard, die deze overgang met zich mee zou brengen.

## Beoordeling

77. Voor de analyse van deze vraag moet zonder meer worden uitgegaan van het arrest Bronner, waarin het Hof enkele zinvolle aanwijzingen heeft gegeven voor de vaststelling wanneer een (materieel of immaterieel) goed of een dienst kan worden beschouwd als onontbeerlijk om op een gegeven markt actief te zijn.

78. In die zaak heeft het Hof in het bijzonder uitgesloten dat het enige landelijke thuisbezorgingssysteem op het grondgebied van een lidstaat onontbeerlijk was voor de verkoop van dagbladen, waarbij het opmerkte, enerzijds dat „vast[stond], dat er voor de distributie van dagbladen alternatieven voorhanden [waren] en door de uitgevers van die dagbladen [werden] gebruikt, zoals bezorging per post en verkoop in winkels en kiosken, ook al [waren] die voor de distributie van bepaalde van die dagbladen minder gunstig”, en anderzijds dat er „geen technische, reglementaire of zelfs economische hindernissen [leken] te zijn die de opzet door een andere dagbladuitgever, alleen of in samenwerking met andere uitgevers, van een eigen landelijk thuisbezorgingssysteem, en het gebruik daarvan voor de distributie van zijn eigen dagbladen, onmogelijk of zelfs onredelijk moeilijk [maakten]”.<sup>51</sup>

<sup>51</sup> — Punten 43-44.

79. Het Hof heeft bovendien verklaard, dat „om aan te tonen dat de opzet van een dergelijk systeem geen realistisch potentieel alternatief vormt en dat de toegang tot het bestaande systeem derhalve onontbeerlijk is, niet kan worden volstaan met het argument, dat het systeem wegens de geringe oplage van de te distribueren dagbladen niet economisch rendabel is. Opdat de toegang tot het systeem in voorkomend geval als onontbeerlijk kan worden beschouwd, moet op zijn minst worden vastgesteld [...] dat het niet economisch rendabel is om een tweede thuisbezorgingssysteem op te zetten voor de distributie van dagbladen met een oplage die vergelijkbaar is met de oplage van de via het bestaande systeem gedistribueerde dagbladen”.<sup>52</sup>

80. Uit dat arrest blijkt derhalve dat, om vast te stellen of een input onontbeerlijk is om actief te zijn op een gegeven markt, moet worden nagegaan: a) of er vervangbare inputs bestaan die gebruikt kunnen worden om (meer of minder effectief) actief te zijn op de betrokken markt, en b) of er technische, reglementaire of economische obstakels zijn die de ontwikkeling van alternatieve inputs door een andere onderneming die actief wil zijn op die markt, eventueel in samenwerking met andere marktdeelnemers, onmogelijk of onredelijk moeilijk maken. Volgens het Hof is er alleen sprake van economische obstakels bij de ontwikkeling van alternatieve inputs, indien

die ontwikkeling niet economisch rendabel is bij een productieniveau dat vergelijkbaar is met dat van de leverancier van de bestaande inputs.

81. Zoals gezegd, moet in het onderhavige geval worden vastgesteld wat in verband met deze beoordeling het belang is van: i) de mate van deelneming van de farmaceutische ondernemingen aan de ontwikkeling van de door het auteursrecht beschermde structuur, en ii) de inspanning (in het bijzonder kosten) die de farmaceutische ondernemingen zouden moeten leveren om onderzoeken te kunnen aankopen die zijn verricht op basis van een andere dan de door het auteursrecht beschermde structuur.

82. Naar mijn mening moeten deze aspecten gezamenlijk worden bekeken, aangezien beide zich bij de verwezenlijking van een alternatieve structuur uiteindelijk uiten in economische obstakels.

83. NDC en de Commissie voeren namelijk aan, dat de intensieve deelneming van de farmaceutische producenten aan de ontwikkeling van de structuur van IMS weliswaar geen absoluut juridisch of technisch beletsel vormt voor de overgang naar een alternatieve structuur, maar een van de oorzaken is van het feit dat de farmaceutische ondernemingen van de bestaande

52 — Punten 45-46.

structuur afhankelijk zijn. Maar als dit zo is, dan verklaart de deelneming van de farmaceutische industrie aan de ontwikkeling van de structuur van IMS simpelweg waarom deze industrie buitengewone inspanningen zou moeten leveren om te kunnen overgaan tot de aankoop van onderzoeken die zijn verricht op basis van een andere structuur.

84. Het is duidelijk dat, als de farmaceutische industrie buitengewone (organisatorische en economische) inspanningen zou moeten leveren om over te gaan op een alternatieve structuur, dit de opzet van een dergelijke structuur door een concurrent van IMS veel moeilijker of, afhankelijk van uit welk gezichtspunt men dit beschouwt, minder rendabel zou maken. Om de potentiële klanten ervan te overtuigen de op basis van de alternatieve structuur verrichte onderzoeken aan te kopen, zou de concurrent van IMS hun namelijk zeer gunstige voorwaarden moeten bieden, met het gevaar dat het niet lukt de gedane investeringen rendabel te maken.

85. Daaruit moet dus worden afgeleid dat de mate van deelneming van de farmaceutische ondernemingen aan de ontwikkeling van de door het auteursrecht beschermde structuur en de inspanning die deze ondernemingen zouden moeten leveren om onderzoeken te kunnen aankopen die zijn verricht op basis van een andere dan de door het auteursrecht beschermde structuur, elementen zijn die in overweging moeten worden genomen om vast te stellen of er wel of niet economische obstakels zijn die de ontwikkeling van een dergelijke alternatieve structuur door een andere

onderneming die actief wil zijn op de betrokken markt, eventueel in samenwerking met andere marktdeelnemers, onmogelijk of onredelijk moeilijk maken.

86. In het licht van het voorgaande ben ik derhalve van oordeel dat op de tweede en de derde prejudiciële vraag moet worden geantwoord dat de mate van deelneming van de farmaceutische ondernemingen aan de ontwikkeling van de door het auteursrecht beschermde structuur en de inspanning die deze ondernemingen zouden moeten leveren om onderzoeken te kunnen aankopen die zijn verricht op basis van een andere dan de door het auteursrecht beschermde structuur, elementen zijn die in overweging moeten worden genomen om vast te stellen of de door het auteursrecht beschermde structuur onontbeerlijk is om regionale verkooponderzoeken inzake geneesmiddelen op de markt te brengen.

*De gelijktijdige toepassing van artikel 82 EG door de nationale rechter en de Commissie*

87. Zoals aangekondigd, zou ik voordat ik afrond enkele korte opmerkingen willen maken over de problemen die in casu rijzen in verband met de gelijktijdige toepassing van artikel 82 EG door de nationale rechter en de Commissie. Die problemen doen zich voor, omdat het arrest dat door het Hof in deze prejudiciële procedure zal worden gewezen, weliswaar de juiste uitlegging

van artikel 82 EG met betrekking tot de nationale rechter gestelde vragen zal aangeven, maar aan laatstgenoemde waarschijnlijk speelruimte zal laten om vast te stellen of de weigering van een licentie door IMS al dan niet misbruik van een machtspositie oplevert. In theorie zou de nationale rechter dus een uitspraak kunnen doen die botst met de voorlopige beschikking van de Commissie waarin is vastgesteld dat die weigering op het eerste gezicht in strijd is met artikel 82 EG.

indien die instelling voorlopig uitspraak heeft gedaan, aangezien het voorlopige karakter van een beschikking zeker niet haar verbindende werking of voornoemde verplichting tot loyale samenwerking afzwakt. Zoals het Hof bovendien heeft verklaard, bestaat het verbod om beslissingen te nemen die in strijd zijn met die van de Commissie ook in het geval waarin deze voorlopig zijn opgeschort door de president van het Gerecht.<sup>55</sup>

88. Onder deze omstandigheden lijkt het mij zinvol eraan te herinneren dat het Hof al de gelegenheid heeft gehad om te verklaren dat „de nationale rechterlijke instanties, wanneer zij zich uitspreken over overeenkomsten of gedragingen waarover de Commissie reeds een beschikking heeft gegeven [op grond van artikel 81 of 82 EG], geen beslissingen nemen die tegen die beschikking indruisen”.<sup>53</sup> Dit verbod, dat zijn grondslag vindt in de door artikel 10 EG geregelde verplichting tot loyale samenwerking en in de verbindende werking van de door de Commissie krachtens artikel 81 of 82 EG<sup>54</sup> gegeven beschikkingen, moet naar mijn mening ook worden toegepast

89. Indien de nationale rechter twijfels heeft over de geldigheid van de beschikking van de Commissie, dan kan hij natuurlijk op dit punt — binnen de speelruimte die het Hof hem waarschijnlijk laat — een nieuwe prejudiciële vraag stellen.<sup>56</sup> Indien die rechter dat nodig acht, kan hij bovendien zijn uitspraak opschorten tot de definitieve beslissing van het Gerecht over de voorlopige beschikking van de Commissie wordt gegeven<sup>57</sup> of de definitieve beschikking van de Commissie afwachten, eventueel na raadpleging van deze laatste. Zoals het Hof ten slotte benadrukt, moet de nationale rechter, indien hij de behandeling van de zaak schorst, onderzoeken of voorlopige maatregelen moeten worden getroffen teneinde de belangen van partijen tot zijn eindbeslissing te beschermen.<sup>58</sup>

53 — Arrest van 14 december 2000, Masterfoods (C-344/98, Jurispr. blz. I-11369, punt 52).

54 — Punten 49-50.

55 — Punt 53.

56 — Punt 57.

57 — Punt 57.

58 — Punt 58.

## Conclusie

90. In het licht van bovenstaande overwegingen stel ik mitsdien voor, dat het Hof het Landgericht als volgt antwoordt:

- „1) Artikel 82 EG moet aldus worden uitgelegd, dat de weigering om een licentie voor het gebruik van een door het auteursrecht beschermd goed te verlenen, misbruik van een machtspositie in de zin van voornoemde bepaling oplevert indien: a) er geen objectieve rechtvaardiging voor die weigering bestaat; b) het gebruik van het immateriële goed onontbeerlijk is om actief te zijn op een afgeleide markt, en die weigering tot gevolg heeft dat de houder van het recht uiteindelijk alle concurrentie op die markt uitschakelt. Dit evenwel op voorwaarde dat de onderneming die om de licentie vraagt, zich niet in wezen wil beperken tot het kopiëren van goederen/diensten die al op de afgeleide markt door de houder van het intellectueel eigendomsrecht worden aangeboden, maar goederen/diensten wil produceren met andere kenmerken, die — hoewel zij concurreren met die van de houder van het recht — beantwoorden aan bepaalde behoeftes van de consumenten, waarin niet wordt voorzien door de bestaande goederen/diensten.
- 2) De mate van deelneming van de farmaceutische ondernemingen aan de ontwikkeling van de door het auteursrecht beschermde structuur en de inspanning die deze ondernemingen zouden moeten leveren om onderzoeken te kunnen aankopen die zijn verricht op basis van een andere dan de door het auteursrecht beschermde structuur, zijn elementen die in overweging moeten worden genomen om vast te stellen of de door het auteursrecht beschermde structuur onontbeerlijk is om regionale verkooponderzoeken inzake geneesmiddelen op de markt te brengen”.