

Het uitgeversrecht: iets voor de mededingingsautoriteit?

Opinie

Pepijn van Ginneken*

Terecht of onterecht, nieuwsuitgevers wereldwijd vinden al jaren dat grote Amerikaanse digitale platforms profiteren van hun journalistieke werk door reclame te verkopen rond artikelen die zij hebben geschreven. Ze wijzen op Facebookgebruikers die nieuwsartikelen delen en ze wijzen op Google News, het koppenoverzicht van Google. De platforms op hun beurt stellen juist dat zij zorgen voor meer bezoekers aan nieuwsites. Wetgevers in verschillende lidstaten hebben eerder geprobeerd lokale uitgevers bij te staan, maar zonder dat dit leidde tot significante nieuwe betalingen aan persuitgevers. Zo was bij een Spaanse wet het verwarrende resultaat dat Google News haar deuren sloot en andere, kleinere partijen gestopt zijn. Slechts in een klein deel van de gevallen wordt een verplichte vergoeding betaald.

Vorig jaar spraken het Europees Parlement, de Raad van Ministers en de Europese Commissie een nieuwe Auteursrechtenrichtlijn af (Richtlijn 2019/790/EU). Artikel 15 daarvan moet ervoor zorgen dat Europese nieuwsmedia zich kunnen beroepen op een nieuw intellectueel eigendomsrecht, namelijk het uitgeversrecht. Platforms zouden hiervoor dan licentiekosten gaan betalen als zij (delen van) nieuwsberichten overnemen. De richtlijn wordt momenteel omgezet in nationale wetgeving in de lidstaten. Frankrijk was de eerste lidstaat die het genoemde artikel 15 van de Auteursrechtenrichtlijn omzette. De Franse nationale wet ter implementatie van het nieuwe uitgeversrecht trad in werking in oktober jl. en leidde niet meteen tot nieuwe vergoedingsstromen, omdat een aantal grote platforms aangaf dat het zou stoppen met het tonen van uitgebreide previews van perspublicaties tenzij de uitgevers daarvoor – gratis, via metadata op hun website – toestemming gaven.

Daarin komt mogelijk verandering. De Franse mededingingsautoriteit wil Google nu dwingen om een deel van haar reclamegeld af te dragen aan nieuwsmedia, als vergoeding voor het gebruik van artikelen. In april droeg de Franse mededingingstoezichthouder Google bij wijze van voorlopige voorziening op om met Franse uitgevers te gaan onderhandelen over een vergoeding voor het uitgeversrecht. De mededingingsautoriteit overwoog dat het gedrag van Google waarschijnlijk 'uitbuitingsmisbruik' vormde van haar dominante positie op het gebied van zoekmachines in de zin van artikel 102 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VwEU). De autoriteit onderzocht drie gedragingen: het opleggen van onbillijke contractuele voorwaarden, discriminatie en omzeiling van de wet (de net geïmplementeerde richtlijn).

Volgens de autoriteit was toepassing van de nulprijs door Google waarschijnlijk niet 'billijk', zoals bedoeld in het oude standaardarrest *United Brands*. Dit leek haar bovendien in strijd met de intentie van de Franse wetgever. Bij dit deel van de voorlopige beoordeling baseert de autoriteit zich op het (ook al redelijk oude) standaardarrest *AstraZeneca*. Google stelde dat ze niet verplicht kon worden om een licentie af te

nemen tegen een prijs die ze niet redelijk vond; ze stelde dat ze bereid was in dat geval geen gebruik te maken van de beschermde prestaties van de uitgevers. Google voerde aan dat zij uitgevers niet zou moeten betalen omdat het bezoekers aan de uitgevers oplevert. Daarnaast voerde Google aan zelf geen noemenswaardige economische voordelen te hebben van de weergave van de beschermde content. Bovendien voerde Google als objectieve rechtvaardiging aan, dat het geen betalingen wilde doen om de neutraliteit van de zoekmachine te bewaken.

Het betreft hier slechts een voorlopige voorziening. Over de voorlopige maatregel kan men twisten en dat zal zeker nog gebeuren in de beroepsprocedure. Maar wat nu al interessant is om op te merken, is dat de Franse mededingingsautoriteit zich baseert op het bestaande (mededingings)kader zonder baanbrekende nieuwe vondsten. De autoriteit baseert zich namelijk op het laatste deel van de zinssnede onder a. van artikel 102 VwEU. Dit onderdeel van het artikel gaat over uitbuitingsmisbruik en was recent wat in de vergetelheid geraakt: de nadruk bij de handhaving van het misbruikverbod lag op uitsluiting (*exclusion*) in plaats van uitbuiting (*exploitation*). Het beoordelingskader van de autoriteit bestaat daarnaast uit klassieke arresten: *United Brands* en het (wat minder oude) *AstraZeneca*.

Dit oude en vertrouwde beoordelingskader lijkt beter geschikt voor het beoordelen van economische machtsverhoudingen, de verantwoordelijkheden van marktpartijen en (als daar aanleiding toe is) de juiste prijs van een dienst dan de nieuwe, speciaal gecreëerde IE-rechten. Overigens, de feitelijke toepassing van dit kader kan ook de andere kant op gaan. De Duitse autoriteit maakte ook een feitenanalyse van het gedrag van Google naar aanleiding van de introductie van een, enigszins vergelijkbaar maar beperkter, naburig recht voor de uitgevers in de Duitse wetgeving in 2013. Naar aanleiding van een klacht van VG Media kwam de Duitse mededingingsautoriteit in 2015 echter tot een ander oordeel dan de Franse autoriteit nu (voorlopig) doet, namelijk dat er geen sprake was van misbruik van machtspositie.

In Australië is een iets andere rol voor de mededingingsautoriteit weggelegd. Eind juli zal de Australische mededingingsautoriteit op voordracht van de regering met bindende regels komen voor de vergoeding van digitale platforms aan uitgevers. De omstandigheden zijn echter bijzonder, namelijk vanwege de penibele situatie van mediabedrijven door de coronacrisis zijn de reclame-inkomsten van veel nieuwsbedrijven ingestort. Onduidelijk is of deze ingreep ook na de crisis het 'nieuwe normaal' is.

Nederland kent nog geen uitgeversrecht, maar daar komt spoedig verandering in. Ook Nederland zet de nieuwe Europese Auteursrechtenrichtlijn om. Anders dan Frankrijk dient de NL-regering meteen een voorstel in dat de volledige richtlijn implementeert. Interessant zal zijn of het nieuwe IE-recht net zulke discussies oplevert als in Frankrijk en zo ja, of de mededingingsautoriteit de problemen dan maar moet oplossen.

* Mr. P.P.J. van Ginneken is advocaat te Amsterdam (Brinkhof).