

De economische analyse van de intellectuele rechten: een les voor de jurist ?

"The future of the Nation depends in no small part on the efficiency of the industry, and the efficiency of industry depends in no small part on the protection of intellectual property"

Rechter RICHARD POSNER

RICHARD POSNER, de goeroe van de economische analyse van het recht, getuigt in bovenstaande overweging in een recent arrest¹ van zijn geloof, zowel in de doelmatigheid als in het systeem van de intellectuele eigendom. Dit alsof "the Wealth of Nations" tegenwoordig af zou hangen van de intellectuele eigendom, een gebied dat een andere Amerikaanse rechter vroeger eens gekwalificeerd heeft als "gezocht" en "alleen voor ingewijden toegankelijk".²

De verdiensten en het primaat van de efficiëntie zouden weinig economen in twijfel durven trekken, maar velen onder hen blijven, in tegenstelling tot POSNER, sceptisch wat betreft de weldaden van de intellectuele eigendom.

Het is niet onze bedoeling om terug te komen op de beperktheden van het begrip efficiëntie (in de betekenis van POSNER),³ maar op de volgende pagina's zullen wij wel de argumenten van zowel de meest fervente verdedigers als die van de meest kritische tegenstanders van de intellectuele rechten de revue laten passeren.

¹ Rockwell Graphic Sys. v. DEV Indus., 923 F.2nd 174, 180 (7th Cir. 1991).

² Supreme Court rechter Story oordeelde dat auteurs- en octrooirechtelijke betwistingen "come nearer than any other class of cases belonging to forensic discussions, to what may be called the metaphysics of the law where the distinctions are, or at least may be, very subtle and refined, and, sometimes, almost evanescent" (Foslom v. Marsh, 9 F. Cas, 344 (C.C.D. Mass. 1841)).

³ Efficiëntie wordt door Posner gedefinieerd als "wealth maximalization" (voor kritieken zie *Symposium on Efficiency as a Legal Concern* 1980).

Uit de verschillende intellectuele rechten⁴ hebben wij gekozen voor het octrooi- en het auteursrecht, die beide (uit-)vindingen betreffen. In economische studies beziet men het auteursrecht trouwens gewoonlijk op dezelfde wijze als het octrooirecht. (BRAUNSTEIN, FISCHER, ORDOVER en BAUMOL 1979)

Vanuit economisch oogpunt "the real problem consists of determining whether patent and copyright confer legitimate rights or illegitimate monopolies" (KRAUSS 1989). Of, zoals A. QUAEDVLIEG (1992) heeft geopperd, "the advocates of intellectual property laws prefer to speak about property, and the opponents prefer the word monopoly".

Deze twee visies op het octrooi- en auteursrecht zullen gepresenteerd en tegenover elkaar gezet worden in deel I. De eerste paragraaf zal gewijd zijn aan de theorie van de "property rights" (§ 1), de tweede bekijkt het *denkbeeld van de intellectuele rechten als monopolies*⁵ (§ 2). Voor de eerste visie is het *aansporen tot (uit-)vinden* fundamenteel. In de tweede visie staat het algemeen welzijn, gekoppeld aan het prijsniveau en de *afwezigheid van monopolie*, op de eerste plaats.

In deel II zullen wij op kritische wijze terugkomen op de begrenzingen van deze twee benaderingen, al pogend, eerst het stimulerende (§ 1), dan het monopolistische effect (§ 2) van de intellectuele rechten te evalueren.

Deel I. De standpunten van economen over de intellectuele eigendom

§ 1. De theorie van de "property rights" en de intellectuele eigendom

De theorie van de "property rights", die vanaf 1960 opkwam, vormt tegenwoordig een van de vertakkingen (NUTZINGER 1982) van de "economische analyse van het recht", die zich op instigatie van haar voorman R. POSNER (1986; voor een kritische presentatie: STROWEL 1987) vooral sinds de zeventiger-jaren in de Verenigde Staten heeft ontwikkeld.

Zoals de economische analyse van het recht in het algemeen, maakt de theorie van de "property rights" deel uit van de mikro-economie (FURU-

⁴ Die rechten vertonen de neiging zich met de technologische ontwikkeling te vermengvuldigen: TEIJL en HOLZHAUER 1991.

⁵ De economen van de tweede strekking hebben geen sterk gestructureerde theorie of werkelijk paradigma te bieden en behoren tot diverse scholen (maar in het bijzonder tot de Oostenrijkse School). Wie de eerste weg behandelt, sluit daarentegen aan bij de Chicagoschool, die een geheel van soms zeer restrictieve thesen over de economische analyse van het recht ontwikkeld heeft.

BOTN en PEJOVICH 1972); zij heeft tot doel de mikro- of neo-klassieke economische theorie toe te passen op juridische instituties. Welnu, de mikro-economische theorie bestudeert de beslissingen genomen door economische agenten (huishoudens of bedrijven) en tracht de kondities te definiëren van een efficiënte allocatie van goederen op diverse markten. In haar toepassing op het recht zal de mikro-economische analyse zich inspannen om de effecten van de diverse juridische instituties op het individuele gedrag te verifiëren en nagaan of deze of gene specificatie van de "property rights" al of niet konform is aan de eis van efficiëntie.

Eerst wordt bekeken hoe deze theorie de rol van de "property rights" opvat, voordat deze theorie op de rechten van de intellectuele eigendom wordt toegepast.

A. De "property rights" en het probleem van de externe effecten

"Property rights" worden geacht volledig te zijn wanneer ze zowel exclusief als overdraagbaar zijn.

Aan de ene kant zou de *exclusiviteit* van het recht, omdat het het exclusieve recht om de opbrengsten te innen met zich meebrengt, een efficiënt beheer van de hulpbronnen waarborgen, terwijl het degene die de controle heeft over de schaarse hulpbron stimuleert deze zo goed mogelijk te exploiteren en dus te innoveren (LEPAGE 1985). Hier wordt het verband zichtbaar, dat centraal staat in de economische benadering, tussen een "property right" -of meer algemeen een juridische regel- en een stimuleringsstructuur⁶. De economische analyse berust in haar geheel op een behaviouristische stelling: individuen handelen onveranderlijk op rationele wijze in hun belang, en het recht, dat niet de middelen heeft om de structuur van de individuele voorkeuren te veranderen, kan het individuele gedrag slechts beïnvloeden door veranderingen in de externe prikkels te bewerkstelligen, bijvoorbeeld door een nieuwe specificatie van "property rights". Dit perspectief heeft iets zeer beperkends, doordat het in beginsel uitsluit dat rechtsnormen gedrag anders, op een meer interne wijze beïnvloeden -bijvoorbeeld doordat zij een emotionele of morele weerslag hebben, of meer algemeen doordat zij een effect van symbolische orde hebben.

⁶ Volgens FURUBOTN en PEJOVICH 1972 zijn de bijdragen die aansluiten bij de theorie der "property rights" gekenmerkt "by a common emphasis on certain basic ideas concerning the interconnectedness of ownership rights, incentives, and economic behavior".

Aan de andere kant staat *de vrije overdraagbaarheid* toe dat de controle van een schaarse hulpbron bij voorkeur zal liggen bij diegenen die er het beste gebruik van kunnen maken. Dit tweede punt, minder vanzelfsprekend dan het eerste, verdient enige toelichting met, om te beginnen, een voorbeeld.

Gegeven het geval van filmproducenten die de filmrechten van een best-seller wensen te kopen. (GORDON 1982) Rechtseconomen vooronderstellen dat de capaciteit van elke producent om de benodigde fondsen van de investeerders bijeen te brengen af zal hangen van de omvang van de inkomsten te verwachten van de commercialisatie van de film. Van de verschillende producenten zal degene die het best in staat is van het boek gebruik te maken met het oog op de smaak van de konsumenten, in staat zijn het meeste geld bijeen te brengen, en die zal dus het beste bod kunnen doen aan de houder van de rechten van de best-seller. Op dezelfde wijze zal de auteur, of iedere andere houder van zijn auteursrechten, alleen afstand doen van zijn rechten, wanneer de inkomsten waarover hij zou kunnen beschikken bij een persoonlijke exploitatie van zijn werk lager zouden zijn dan het bod van de producent. Het zal er bijgevolg op uitdraaien dat de controle, na een reeks van vrijwillige transfers, in handen komt van de persoon die met het oog op het voldoen van de wensen van de konsumenten er het best gebruik van kan maken, of op zijn minst in de handen van degene die *denkt* er het beste gebruik van te kunnen maken.

Deze regel, volgens welke de schaarse hulpbronnen, wie hun oorspronkelijke bezitter ook is, gaan naar, en worden aangetrokken alsof er een zwaartekracht van de markt bestond, door de persoon die er het beste gebruik van maakt en de efficiëntie op het niveau van de productie maximaliseert, bevindt zich in het hart van de economische benadering van het recht, maar ook in het middelpunt van talrijke discussies.

Opdat markten zo elegant zouden kunnen functioneren en men zich op overeenkomsten zou kunnen verlaten als middelen om efficiëntie te bereiken, moet er natuurlijk nog een reeks van voorwaarden, die van de volmaakte concurrentie, vervuld zijn. In de praktijk zijn deze per definitie nooit gerealiseerd, aangezien de perfecte concurrentie een ideaaltipe is.

De economen van de school van Chicago noemen *de afwezigheid van externe effecten* een essentiële voorwaarde. Er wordt van externe effecten gesproken als een individu door een productie- of consumptieactiviteit bij anderen schade veroorzaakt waarvoor hij niet aansprakelijk is (negatief extern effect) of hen een voordeel verschaft terwijl hij de kosten niet kan verhalen (positief extern effect). Het klassieke voorbeeld van een negatief extern effect is dat van een onderneming die lucht verontreinigt en zo het

recht van het rustige genot van dit goed voor massa's anderen treft, zonder dat zij hun recht op een effectieve manier kunnen laten gelden. Een voorbeeld van een positief extern effect -dat ons terugbrengt naar de intellectuele eigendom- zou het geval zijn van een technische innovatie waaruit andere firma's, bij gebreke aan een exclusief recht in hoofde van de innoverende onderneming, voordeel kunnen trekken zonder te moeten betalen.

B. "Property rights", publieke goederen en intellectuele eigendom

De intellectuele rechten, voornamelijk het octrooirecht, maar ook het auteursrecht en kopijrecht, kunnen volgens de theorie van de "property rights" vanuit economisch standpunt begrepen worden als "property rights", die ertoe bijdragen dat, op een gegeven markt, de economische goederen die door deze rechten worden beschermd verzekerd zijn van een zo efficiënt mogelijke exploitatie. (LEHMANN 1983)

De noodzaak in het geval van intellectuele produkten "property rights" vast te leggen vloeit voort uit hun aard van publieke goederen.

1. Definitie van publieke goederen

Publieke goederen, die men als onvolkomenheden van de markt kan beschouwen, meer in het bijzonder als gevallen van positieve externe effecten ten opzichte van een groot aantal individuen, worden door twee trekken gekarakteriseerd.

Ten eerste zijn het goederen die van dien aard zijn dat ze door meerdere personen geconsumeerd kunnen worden zonder dat hun nut voor andere personen vermindert, zij zijn dus feitelijk onuitputtelijk (*aspect van joint-consumption, non rivalry*). Een voorbeeld is de radio-uitzending: het feit dat een individu een programma beluistert heeft geen enkel effect op het gebruik of nut dat een ander individu ervan kan hebben.

Ten tweede kunnen personen die niet hebben betaald voor het genot van die goederen niet gemakkelijk verhinderd worden er gebruik van te maken (*aspect van free-riding*)⁷. Dit geldt bijvoorbeeld voor het televisiesignaal door golven uitgezonden, in tegenstelling tot het signaal dat door de kabel overgebracht wordt. Dit tweede aspect van een publiek goed, te weten het

⁷ BRAUNSTEIN, FISCHER, ORDOVER en BAUMOL 1979. OLSON 1978 beklemtoont het tweede kenmerk: volgens hem wordt een publiek goed gedefinieerd als elk goed dat, indien om het even welk individu X_1 in een groep $X_1 \dots X_1 \dots X_n$ het gebruikt, niet aan de andere leden van de groep geweigerd kan worden.

probleem van de gebruiksuitsluiting, wordt over het algemeen als bijkomstig beschouwd, maar is bepalend voor het gebied van de intellectuele eigendom.

De intellectuele goederen kunnen het karakter van publiek goed aannemen, immers nadat ze in circulatie zijn gebracht, kunnen ze geconsumeerd worden door een reeks personen zonder dat hun aanbod daardoor uitgeput wordt⁸ en zonder de mogelijkheid om degenen die er niet voor betaald hebben te verhinderen ervan te profiteren.

2. Het relatieve karakter van het begrip publiek goed

Intussen moet gezien worden dat de publieke aard van een goed (bijvoorbeeld van een televisiesignaal) zich ten gevolge van de techniek (van transmissie) kan ontwikkelen.

Zo kan de evolutie van de reproductietechniek van werken, gekombineerd met de vermenigvuldiging van de toegangsmogelijkheden tot de werken -gevolg van bijvoorbeeld de praktijk van openbare uitleen of van verhuur van boeken- als effect hebben dat de aard van een goed zoals boeken wijzigt, zodat een goed dat traditioneel beschouwd wordt als een particulier goed hoe langer hoe meer een publiek goed wordt. De reden daarvoor is dat het de houder van de rechten in hoe langer hoe meer gevallen onmogelijk wordt de tegenwaarde van het gebruik van het goed in de vorm van fotokopieën betaald te krijgen en dat de kosten van de partikuliere reproductie zeer sterk gedaald zijn. Daarentegen kan men bedenken dat met de toekomstige ontwikkeling van de elektronische verspreiding van werken het karakter van publiek goed van die werken opnieuw zal afnemen als gevolg van de uitgebreide controle die de informatietechniek biedt op de toegang tot deze werken. In dat laatste geval wordt de inhoud van het werk medegedeeld door middel van een ontastbaar medium veeleer dan verspreid in tastbare vorm en kan de eigenaar van de rechten van het werk een betaling eisen als tegenwaarde voor de toegang tot de informatiebron. (OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT 1986)

De publieke aard van een goed is dus altijd een kwestie van gradatie en fluctueert in verband met de technische vooruitgang.

⁸ Men dient vanzelfsprekend de intellectuele goederen te onderscheiden van de materiële dragers waarin zij geconcretiseerd zijn en waarvan het aanbod uitgeput kan raken.

3. De onderproductie van publieke goederen en de remedies

Omdat het onmogelijk is "free riders" te beletten het publieke goed te gebruiken, zal dit goed gewoonlijk ondergeproduceerd worden als de produktie ervan aan de markt wordt overgelaten (voor een toepassing op technische uitvindingen: MACHLUP 1986): wie zal er zich toelagen op de produktie van goederen zonder het vooruitzicht de investeringskosten door de verkoop van de geproduceerde goederen terug te verdienen?

Een eerste denkbare oplossing zou de produktie van die goederen door de overheid zijn, gefinancierd door middel van de belastingen. Toch is deze oplossing, zoals in de economische literatuur is te lezen, ongeschikt voor de voortbrengselen van de geest: een democratische samenleving eist dat de creativiteit gedecentraliseerd moet zijn en vrij van staatscontrole. Dit punt zou een uitgebreide discussie verdienen, want het behoud van pluralisme en onafhankelijkheid in de creatieve sektor sluit de financiering van bepaalde creatieve projecten door de Staat niet uit.

Om de nadelen van een publieke produktie van intellectuele goederen te vermijden en tegelijk het probleem van hun ontoeëigenbaarheid - leidend tot een produktieniveau inferieur aan het optimum dat bereikt zou worden in het geval van perfecte toeëigenbaarheid - op te lossen, is het stelsel van de intellectuele eigendom, in het bijzonder van de auteursrechten, opgezet. "If the creators of intellectual productions were given no rights to control the use made of their works, they might receive few revenues and thus would lack an appropriate level of incentive to create. Fewer resources would be devoted to intellectual productions than their social merits would warrant". (GORDON 1982) Welnu, vanaf het ogenblik dat het mogelijk is de niet-kopers uit te sluiten, kunnen partikuliere producenten de publieke goederen op een efficiënte manier produceren, zoals H. DEMSETZ (1970) heeft aangetoond. Hieruit kan geconcludeerd worden dat het mechanisme van de intellectuele rechten, dat de toeëigening van de werken van de geest garandeert, een partikuliere produktie van die werken mogelijk maakt die tegelijkertijd efficiënt is. Vanuit economisch standpunt komt hier zijn legitimiteit vandaan.

§ 2. De monopolietheorie toegepast op de intellectuele rechten

Sommige economen die het paradigma⁹ van de "property rights" en de theorie van de onderproduktie van publieke goederen niet aannemen, beschouwen het auteursrecht en octrooirecht als rechten die een tijdelijk monopolie veroorzaken.

A. De intellectuele rechten als ongeoorloofde monopolies

In tegenstelling tot de posneriaanse benadering heeft T.G. PALMER (1989) energiek verdedigd dat "patents and copyrights are forms, not of legitimate property rights, but of illegitimate stategranted monopoly". Zij zouden ongeoorloofd zijn in de mate waarin zij een rente aan de houders garanderen. T.G. PALMER haalt er voor dit doel de geschiedenis van het auteursrecht bij, dat inderdaad zijn wortels heeft in de door de Vorst verleende privileges. Hij ontkent bovendien dat de aanwezigheid van marktfalen of publieke goederen de interventie van de staat en het aannemen van een wetgeving op het auteursrecht vereist; volgens hem kunnen alternatieve contractuele middelen voldoende bescherming bieden (hij verwijst naar het fabrieksgeheim). Het fundamentele verschil tussen de intellectuele rechten en de andere eigendomsrechten zou zijn dat deze laatsten het gevolg zijn van een toestand van schaarste, terwijl de eersten een kunstmatige vorm van schaarste creëren.

Reeds A. PLANT, die het intellectuele recht en in het bijzonder het auteursrecht ook als een monopolie opvat, had dit onderscheid doen opmerken¹⁰. Naar zijn mening zou er zonder de intellectuele rechten geen marktfalen zijn, want de uitvindingen en werken, zowel als de intellectuele bronnen die nodig zijn om ze te produceren, zouden overvloedig blijven. Het bestaan van een octrooisysteem is daarentegen inefficiënt: de beschikbare hulpbronnen worden alle in de richting van de ideeën waarop men patent kan

⁹ Het begrip "paradigma" is ontwikkeld door KUHN 1973 (oorspronkelijk 1962). Volgens NUTZINGER 1982 functioneert de economische theorie der "property rights" als "paradigma".

¹⁰ PLANT 1993. Reeds in PLANT 1934: "It is a peculiarity of property rights in patents (and copyrights) that they do not arise out of the scarcity of the objects which become appropriated. They are not a *consequence* of scarcity. They are the deliberate creation of statute law; and, whereas in general the institution of private property makes for the preservation of scarce goods, tending [...] to lead us 'to make the most of them', property rights in patent and copyrights make possible the creation of a scarcity of the products appropriated which could not otherwise be maintained".

nemen getrokken en afgewend, met als gevolg de verspilling verbonden aan de verdubbeling van inspanningen.

H. LEPAGE is een andere criticus van de intellectuele rechten, die hij als illegitieme voorrechten beschouwt¹¹. De bescherming van intellectuele investeringen, bij voorbeeld op het gebied van computerprogramma's zou naar zijn mening door andere middelen verzekerd moeten worden, zoals technische barrières of door de praktijk van met elkaar verbonden producten.

Deze verschillende onderzoekers gaan ervan uit dat er een inefficiënt monopolie is vanaf het moment dat er een intellectueel recht is. Hun enige, maar niet empirisch bewezen argument bestaat uit het ontkennen van marktfalen in het geval van immateriële goederen.

B. Een gematigder standpunt: de zwakke legitimiteit van het monopolie

Een auteur zoals J. HIRSHLEIFER (1971) betwist de traditionele stelling volgens welke er weinig investeringen in uitvindingen zullen worden gedaan, met als grond dat informatie of kennis, beschouwd als produkt, niet volmaakt toeëgenbaar zijn. Volgens hem bestaan er geldelijke effecten. Zo mag iemand die iets nieuws invoert en als eerste de markt binnendringt verwachten, door speculatie en de verkoop van informatie, een deel van deze effecten in de wacht te slepen. Ook bij afwezigheid van een exclusief recht zou dus een adequate hoeveelheid technische informatie geproduceerd worden. De bescherming door het octrooirecht zou bijgevolg uitlopen op een overproductie van informatie. (COOTER en ULEN 1988)

S. BREYER (1970) oordeelt dat de situatie dezelfde is op de markt van de werken beschermd door het auteursrecht: omdat de markt niet zo inefficiënt is als de klassieke theorie voorhoudt, zijn de argumenten ten faveure van een monopolie zoals het auteursrecht en van zijn uitbreiding zwak. Tegenover een concurrerende uitgever die voor minimale kosten een boek kan reproduceren dat uitgegeven is door een eerste uitgever en het dus voor een lagere prijs kan aanbieden, behoudt de oorspronkelijke uitgever ook zonder juridische bescherming het voordeel als eerste op de markt te zijn

¹¹ LEPAGE 1989: "Les techniques modernes de la propriété industrielle et intellectuelle, qu'il s'agisse des brevets ou du droit d'auteur (copyright) [...] n'ont pas pour effet de garantir au créateur la jouissance d'un droit de propriété qui lui serait naturellement dû. Ce qu'elles lui confèrent est très différent; c'est un "privilège", c'est-à-dire un droit de propriété qui va au-delà de ce que peut être le contenu de ce qui doit être reconnu par tous comme sa "propriété naturelle".

("lead time"), hetgeen beslissend is voor werken die winst opleveren vanaf hun verschijnen. Bovendien kan de eerste uitgever represailles uitoefenen tegen de nabootser door voor een bepaalde periode onder de produktiekosten van de concurrent te verkopen. De gematigde conclusie van S. BREYER: waarschijnlijk veroorzaakt de afschaffing van het auteursrecht geen belangrijke en nadelige vermindering van de boekenproductie. Het afschaffen van bescherming zou zelfs een voordeel voor sommige lezers kunnen zijn door de daling van de verkoopprijs van de boeken en de mogelijkheid om te kopiëren zonder voorafgaande vergunning. Maar tegelijkertijd heerst onzekerheid wat betreft de gevolgen van de afschaffing van de bescherming, en S. BREYER ziet hierin het sterkste argument ten gunste van het behoud van het stelsel:

"In sum, it is difficult to do other than take an ambivalent position on the question of whether current copyright protection -considered as a whole- is justified".

Hiermee benadert deze auteur de stelling van F. MACHLUP (1958), die, na het octrooisysteem te hebben bestudeerd, constateerde:

"None of the empirical evidence at our disposal and none of the theoretical arguments presented either confirms or confutes the belief that the patent system has promoted the progress of the technical arts and the productivity of the economy".

C. Een noodzakelijke precisering: het verschil tussen exclusief recht en monopolie

Onder de economen die de rechten van de intellectuele eigendom vergeleken hebben met een tijdelijk monopolie zijn er weinig die nauwkeurig gedefinieerd hebben wat zij onder "monopolie"¹² verstonden. Welnu, deze term heeft tenminste twee betekenissen.

Als "monopolie" een synoniem vormt van het begrip exclusief recht, dan zijn alle houders van een octrooi- of auteursrecht zeker bezitters van een monopolie¹³, maar dat monopolie is niet noodzakelijk inefficiënt; als daarentegen de definitie van de economische wetenschap wordt aangenomen,

¹² KITCH 1986 onderkent een dergelijke begripsverwarring in de hoger aangehaalde studie van MACHLUP.

¹³ Volgens MACKAAY 1990 "all property rights entail some measure of monopoly in that they are exclusive". Cf. LEHMANN 1985.

volgens welke er een monopolie is dat verlies van maatschappelijk welzijn voortbrengt wanneer de verkoopprijs hoger is dan de marginale inkomsten en dus dan de marginale kosten¹⁴, dan bevinden niet alle houders van een octrooi- of auteursrecht zich in een monopoliesituatie. (KITCH 1986)

Om die reden verdedigt E.V. KITCH de stelling volgens welke "we should no more assume that the owner of a patent is a monopolist than we should assume that the owner of a particularly fertile land, especially productive skills, or of an advantageous location is a monopolist".

Evenmin mag men veronderstellen dat de houder van een auteursrecht in een monopoliesituatie is. Dit is de betekenis van een tekst uit 1890 (PUTMAN), die laat zien dat het debat over de monopolistische aard van het auteursrecht niet van recente datum is:

"It is sometimes attempted to stigmatize copyright as monopoly [...] It is no more monopoly than is the ordinary ownership of a horse or a piece of land. Blackstone says that a monopoly is "A licence or privilege whereby the subject in general is restrained from that liberty of manufacturing or trading which he had before". The law dictionaries define it in the same way. A monopoly takes away from the public the enjoyment of something which the public before possessed. Neither copyright nor patent does this, for neither can be applied to anything which is not new; neither can be applied to anything which the public before possessed. The author or inventor must produce something new in order to be entitled to copyright or patent".

Een juridisch monopolie is nog geen economisch monopolie. Exclusiviteit en monopolie (in de economische zin) zijn geen synoniemen.

Deel II. Kritische beoordeling van de gevolgen van de intellectuele rechten

§ 1. Het stimulerende effect

De auteursrechten en octrooirechten zijn door economen van alle richtingen geanalyseerd als rechten "with the primary goal of generating monetary

¹⁴ In die mate is inderdaad de geproduceerde hoeveelheid niet voldoende om perfect de behoeften van de gemeenschap te dekken en is geen efficiënte allocatie van hulpbronnen gerealiseerd (JACQUEMIN en TULKENS 1970.)

incentives for the production of creative works"¹⁵.

Deze analyse in termen van prikkelende effecten verdient enige kritiek.

Vooreerst, wanneer men aanneemt dat geldelijke prikkels noodzakelijk en voldoende zouden zijn om de creatie van intellectuele werken te garanderen - wat op zich, zoals men zal zien, discutabel is - moet men begrijpen dat dit helemaal niet impliceert dat auteursrechten (of octrooien) moeten worden erkend. Er bestaan immers andere wegen om een creatief werk te belonen¹⁶; de innovators kunnen bijvoorbeeld uitgenodigd worden voor min of meer vaste, invloedrijke en financieel aantrekkelijke ambten, zij kunnen beurzen voor onderzoek krijgen, prijzen of andere onderscheidingen toegekend krijgen, belast worden met specifieke missies, zij kunnen rekenen op vrijwillige bijdragen van degenen die een voorstelling bijgewoond hebben, zij kunnen van de vorst een voorrecht krijgen om hun creatie in exclusiviteit te commercialiseren, zij kunnen genieten van het mecenaat van particuliere ondernemingen, enz. Deze vormen van "beloning" en nog tal van andere¹⁷ zijn altijd gebruikt en zullen altijd gebruikt worden om de intellectuele of artistieke productie financieel aan te moedigen.

Is de remuneratie gegarandeerd door de intellectuele eigendomsrechten het meest bevredigende en vooral het meest efficiënte middel om de creativiteit te bevorderen?

E. MACKAAY (1990) verdedigt deze gedachte met het argument dat de beloningstruktuur die door de intellectuele rechten gevestigd wordt voldoet aan het door F. HAYEK geformuleerde criterium van proportionaliteit. Dit criterium wordt gerespecteerd wanneer "the relative remunerations the individual can expect from the different uses of his abilities and resources correspond to the relative utility of his efforts to others" en wanneer "these remunerations correspond to the objective results of his efforts rather than to

¹⁵ GORDON 1982. Meer in het algemeen stelt POSNER dat "The basic function of law in an economic or wealth-maximization perspective is to alter incentives" (geciteerd bij PALMER 1986). Voor de meer algemene verhouding tussen de economische benadering en een analyse in termen van prikkels: VELJANOVSKI 1982.

¹⁶ De volgende opsomming neemt onder meer de voorbeelden uit MACKAAY 1990 over.

¹⁷ Denken wij bij voorbeeld aan de verschillende wijzen waarop een uitgever een auteur kan vergoeden: zijn tekst kopen tegen een vaste som, hem als loontrekkende in dienst nemen voor de geschatte tijd nodig om het werk voort te brengen, een akkoord van winstdeling sluiten of hem een percentage op de verkoopprijs van het boek - de meest verbreide formule - garanderen (HORVITZ 1966).

their subjective merits" (MACKAAY 1990). Anders gezegd, het criterium wordt gerespecteerd als de beloning vastgesteld wordt door het onpersoonlijke marktmechanisme, meer in het bijzonder als ze proportioneel is aan de vraag. In dit perspectief wordt de vraag beschouwd als de meest objectieve maatstaf van het nut van het werk voor de gemeenschap.

Toch is het niet vanzelfsprekend dat deze vorm van beloning achteraf het meest efficiënt is gelet op de functie die door economen aan het auteursrecht wordt toegekend: het stimuleren van de creativiteit. Als men inderdaad het realiseren van werken die lange en kostbare perioden van onderzoek eisen wil aanmoedigen, dan is het zonder twijfel te prefereren de schrijvers tijdens hun produktieperiode te steunen, liever dan hen tot werken aan te sporen door verwachtingen te scheppen over de inkomsten die zullen voortkomen uit de toekomstige en louter potentiële verkoop van hun werk.

Het feit dat de beloning die voortvloeit uit het auteursrecht niet het meest efficiënte middel is om de creativiteit te ondersteunen, in alle geval de creativiteit die belangrijke offers eist die nooit opwegen tegen de schrale inkomsten die er uit voortvloeien, leidt ertoe het idee in twijfel te trekken dat het stimuleren van de creatieve inspanning (en dus "het algemeen welzijn"), door een beroep op "the creator's self-interest" (LIGHT 1979) de primaire functie van het auteursrecht is.

Deze economische rechtvaardiging van het auteursrecht berust in feite op de hypothese, die heel algemeen en centraal is in de economische wetenschap (STROWEL 1990), dat het gedrag van de actor wordt geleid door zijn eigenbelang en dat het dus, om zijn gedrag in een bepaalde richting te sturen, voldoende is zijn belang zodanig te vormen dat het korrespondeert met de richting die men aan zijn gedrag wil geven. Deze vooronderstelling die een gangbaar vertrekpunt vormt van de klassieke economische marktanalyse, die van de konsumptiegoederen, wordt betwistbaar zodra een economische analyse op het recht toegepast wordt, temeer als het gaat om intellectuele en artistieke activiteit, waar zware persoonlijke investeringen meistens niet begrepen kunnen worden dan in betrekking tot een niet-economische logika, persoonlijk engagement en roeping¹⁸ of andere niet-geldelijke doelstellingen.

¹⁸ Zie FREIDSON 1986. Geïnspireerd door ARENDTS onderscheid tussen "werk" en "arbeid" stelt deze auteur de vrije activiteit, berustend op een persoonlijk engagement (*commitment*) en "roeping" genoemd, tegenover de activiteit die wordt uitgeoefend voor de markt. Hij doet opmerken dat "ce qui est central dans la notion de travail 'de vocation', c'est l'idée que son exécution n'obéit pas au désir ou au besoin d'un gain matériel [...]. D'une façon générale, il me semble qu'il faut souligner dans

gen, zoals het propageren van bepaalde ideeën, of de wens erkend en beroemd te worden.¹⁹ Getuigt de overvloedige literaire en artistieke produktie, die het licht zag in de loop der eeuwen die voorafgingen aan het verschijnen van het systeem van auteursrechten, er niet van dat intellectuele creativiteit op andere motieven berust dan op de anticipatie van economische voordelen? Bestaan er bovendien geen auteurs, zoals Kafka, die helemaal niet wilden dat hun werk gepubliceerd werd? En nog anderen die bereid zijn om voor eigen rekening te publiceren? (HURT en SCHUCHMAN 1966)

Het ziet er dus naar uit dat de gedachte dat de omvang en de produktiviteit van intellectueel en artistiek werk over het algemeen merkbaar beïnvloed worden door de verwachting van een honorering van geldelijke orde op losse schroeven gezet moet worden. Niet dat a priori de mogelijkheid uitgesloten moet worden dat geldelijke prikkels in de vorm van honoraria invloed uitoefenen op het creatieve werk; maar er moet wel goed gespecificeerd worden over welk intellectueel werk men spreekt (men kan bij voorbeeld niet op dezelfde wijze redeneren over een beeldend kunstenaar en over een "creatief werker" op een reclamebureau).

Anderzijds heeft het auteursrecht zeker een stimulerende functie, wanneer men niet denkt aan het effect op de maker zelf, maar op de uitgever, of meer in het algemeen, op de primaire medecontractant van de auteur, aan wie de rechten bij overeenkomst gecedeerd worden. Deze tussenpersoon, wiens belangrijke rol in het proces van verspreiding niet ontkend kan worden, is geëngageerd in een commerciële activiteit en rekent erop winst te maken. Vanaf dat ogenblik kan hij niet ongevoelig blijven voor de garantie

la définition de ce concept la disposition à accomplir une activité pour des raisons non économiques, disposition à répondre aux besoins des autres, à contribuer à la formation d'un capital scientifique on autre, disposition à l'exercice même de l'activité pour elle-même, par passion plutôt que par l'intérêt matériel". De academische en artistieke beroepen zijn empirische vormen van dit werk uit roeping.

¹⁹ Aldus erkent PLANT in zijn klassieke werk (1953) over de economische analyse van de intellectuele eigendom zelf: "Publication is paid for by those who wish for it, to propagate their ideas, to enhance their reputation, or more generally (as with advertisements) to promote some other interest. The author believes that the cost of publication is an investment which, if necessary, he is prepared to make for reasons other than any direct return which publication may bring him". Zie ook OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT 1986: "traditionally, artists have been inspired to create and scientists driven to invent and discover for reasons that can be clearly set apart from monetary reasons".

van inkomsten die het auteursrecht biedt, door de toegang tot een markt, die, zoals de uitgeversmarkt, heel open voor concurrentie is, te bemoeilijken.

Als aangenomen wordt dat de stimulerende functie die in economisch perspectief door het auteursrecht vervuld wordt, een rol speelt ten opzichte van de tussenpersonen, dan stimuleert het auteursrecht per slot van rekening niet zozeer de produktie van creatieve goederen dan wel hun verspreiding op de markt-paradoxaal genoeg door barrières voor de toegang tot de markt op te werpen voor potentiële binnenkomers. Deze rol ten aanzien van de verspreiding van werken schijnt onderschat te worden; in de economische analyse wordt er zelfs stilzwijgend aan voorbijgegaan.

§ 2. *Het monopolistisch effect*

De vraag of het intellectuele recht er wellicht toe kan bijdragen om een machtsmonopolie te waarborgen kan niet theoretisch opgelost worden, los van een concrete kontekst; zij is altijd een kwestie van gradatie, te beoordelen in verband met de marktstructuur en de externe omstandigheden die het exclusieve recht van de houder kunnen versterken.

Van geval tot geval zal dus beoordeeld moeten worden of de kenmerken van de markt in kwestie korresponderen met die van het monopolie. Op theoretisch niveau kan men alleen diverse marktstructuren onderscheiden en de monopoliesituatie definiëren.

A. Marktstructuren en monopolie

Volgt men de industriële economie, dan hangt de structuur van een markt af van de volgende drie, als bepalend te beschouwen elementen: het aantal en de grootte van de bedrijven, de aard van de produkten en de voorwaarden van toegang tot en exit uit die markt²⁰.

Een monopolie wordt gedefinieerd als een situatie waarin een enkel bedrijf een uniek goed voor de markt produceert en in staat is iedere rivaal te beletten tot de markt door te dringen. Een beslissende aanduiding van het bestaan van een monopolie ligt in het vermogen van de monopolist de markt

²⁰ Hoewel deze drie factoren bepalend zijn om het peil der mededinging op een markt te bepalen, mag men enerzijds niet vergeten dat er andere, zij het dan meer bijkomstige elementen zijn die de structuur van de markt determineren, zoals bij voorbeeld de flexibiliteit van produktie en verspreiding, de conjunctuur of het niveau van benutting van de produktiecapaciteit, en anderzijds dat de mededinging ook afhangt van het gedrag en de prestaties der ondernemingen (JACQUEMIN 1975).

duidelijk de prijzen op te leggen²¹ - de monopolist is geen "price taker". Deze marktstructuur, evenals zijn uiterste tegengestelde, de volledige concurrentie, bepaald door de aanwezigheid van talrijke firma's van klein formaat, het bestaan van een homogeen produkt en een gemakkelijke toegang tot en exit uit de markt, zijn "ideaal-typen" die door reële markten enkel benaderd kunnen worden. (DOLAN en LINDSEY 1988)

Twee tussenliggende marktstructuren schijnen hier interessanter, want zij hebben een descriptieve waarde: de monopolistische concurrentie en het oligopolie. De eerste onderscheidt zich van de volledige concurrentie door het enkele feit dat de produkten verschillend zijn; het tweede wordt gekarakteriseerd door het bestaan van verschillende bedrijven, waarvan enkele van grote afmeting, door de gedifferentieerde of homogene aard van de produkten en door de mogelijkheid van toegangsbarrières.

Tussen deze twee marktvormen bestaat geen goed gedefinieerde demarcatielijn. De manier waarop een markt geklassificeerd wordt kan afhangen van de wijze waarop het produkt omschreven wordt. (DOLAN en LINDSEY 1988) Zo zou de tijdschriftenmarkt in de Verenigde Staten, om nog eens het voorbeeld van E.G. DOLAN en D.E. LINDSEY te nemen, adequaat kunnen worden beschreven als een situatie van monopolistische concurrentie, terwijl een enger gedefinieerde markt, zoals die van de weekbladen, een oligopolie gedomineerd door Time Inc zou zijn.

Zo komt men bij het belangrijke vraagstuk: kan het bezit van auteursrechten door een bedrijf de structuur van de markt waarbinnen dit bedrijf opereert beïnvloeden?

Het vraagstuk betreft het houderschap van auteursrechten *in het meer-voud*, want het vestigen van een werkelijke marktmacht wordt pas mogelijk in de mate dat een *geheel* van auteursrechten in handen van dezelfde houder is.²² In dezelfde zin stelt P. GOLDSTEIN (1970) dat een *enterprise monopoly*, in tegenstelling tot een simpel *statutory monopoly* gebouwd op "pyramids of individual copyrights", een merkbare machtscontrole kan verle-

²¹ Als gevolg daarvan geniet de monopolist van monopolierentes en weerspiegelen de prijzen niet langer, zoals onder mededinging, de relatieve schaarste der goederen (JACQUEMIN 1975).

²² OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT 1986 beklemtoont dat het houden van auteursrechten op *een* bepaald werk de houder normaal gesproken geen marktmacht verleent.

nen²³. Hier is het onderscheid tussen het monopolie in de wettelijke zin en het monopolie in de economische zin terug te vinden.

Op de eerste plaats lijkt de bescherming verleend door de auteursrechten geen directe gevolgen hebben voor de *grootte* van de aldus beschermde onderneming, noch voor het *aantal* firma's dat in de sektor bestaat.

Daarentegen kan de aanwezigheid van auteursrechten *toegangsbarrières* constitueren, in die zin dat deze rechten een nieuwe firma op de markt kunnen verhinderen op voet van gelijkheid te rivaliseren met de reeds gevestigde firma en houdster van de rechten. Dat is het geval op de markt van animatietekeningen, waar de concentratie van auteursrechten op een zeer groot aantal personages, die in de loop der jaren een zeer grote bekendheid bij het publiek gekregen hebben, in handen van de Walt Disney maatschappij een hindernis voor de markttoegang door nieuwe bedrijven kan constitueren. Naar deze maatstaf lijken auteursrechten op eigendomsrechten op niet-reproduceerbare hulpbronnen. Het bovengenoemde voorbeeld van de markt van animatietekeningen verschilt niet van het geval waarin sommige hulpbronnen onbruikbaar worden als gevolg van contractuele regelingen -zo zou de toegang tot de filmsektor beperkt worden indien alle grote sterren, hier als menselijke hulpbronnen te beschouwen, door overeenkomst gebonden zouden zijn aan bestaande productieondernemingen. Op andere markten, bij voorbeeld de uitgeverijmarkt, schijnt de toegang gemakkelijk te blijven ondanks het grote aantal auteursrechten dat door sommige uitgeverij bij elkaar gebracht is en de recent versnelde toename van fusies, waardoor ondernemingen van zeer grote afmetingen ontstaan.²⁴ De uitgeverijindustrie wordt trouwens "Adam Smith's kind of industry" genoemd (HURT en SCHUCHMAN 1966), omdat de aanvangsinvesteringen om een uitgeverij te vestigen zo laag zijn dat de toegang tot de sector relatief eenvoudig is. Blijft dat de toename van exclusieve publicatielicenties sommige uitgeverij de gelegenheid geeft een "stal" successchrijvers te creëren en andere schrijvers aan te trekken ten

²³ "Not only does the enterprise have the capacity to regulate the timing and pricing of public access to its inventory of works, it also has a degree of control roughly proportional to the size of its copyright aggregation, over the content and the selection of works which are made available to the public."

²⁴ Deze gemakkelijke toegang zou te verklaren zijn door de mogelijkheid voor kleine bedrijven die zich in de sector werpen om voor steeds meer diensten, zoals het drukken, het ontwerpen van omslagen, de distributie en de marketing, te contracteren met onderaannemers. Indien daarentegen elke uitgeverij een drukkerij zou moeten bezitten of mensen zou moeten aanwerven voor al deze diensten, zouden de kosten van de toegang tot en het verlaten van de markt prohibitief kunnen worden.

koste van kleinere uitgevers, wat de concurrentie kan beperken (BREYER 1970). Daar moet echter meteen aan toegevoegd worden dat het in deze hypothese de stipulaties in uitgeversovereenkomsten en niet de wettelijke regels van het auteursrecht zijn die barrières opwerpen. De bescherming door het auteursrecht is volgens B.W. TYERMAN (1971) zelfs het enige middel om een toenemende concentratie in deze sektor te vermijden, gezien de kleine bedrijven moeilijker het inkomstenverlies voortvloeiend uit de hypothetische afschaffing van het beschermingsstelsel zouden overleven.

Bovendien mag uit de eventuele aanwezigheid van toegangsbarrières geen monopolie- of oligopoliesituatie afgeleid worden. Alles zal nog afhangen van het bestaan van *vervangingsprodukten* op de markt, met andere woorden, van de vervangingselasticiteit met concurrerende produkten, die dus de bepalende factor vormt²⁵. De substitueerbaarheid van twee goederen wordt, algemeen gesproken, gedefinieerd als de gevoeligheid van de vraag naar het ene goed voor variaties in de prijs van het andere goed. Zo zou de mate van vervangbaarheid van de diverse goederen die beschermd worden door het auteursrecht berekend moeten worden. E.W. KITCH (1977) heeft empirische gegevens verzameld met de bedoeling aan te tonen dat er voor bijna elk produkt waar patent op genomen kan worden een substituuut bestaat. Duidelijk genoeg blijkt het bestaan van mededinging op de meeste markten van produkten beschermd door het auteursrecht²⁶; boeken²⁷, platen, films, toneelvoorstellingen, enz. De zaken zijn minder evident voor sommige functionele werken en voor bijvoorbeeld computerprogramma's, te meer daar die in het begin aanzienlijke ontwikkelingskosten vergen, aangevuld door zeer

²⁵ MACKAAY 1990. HARDY 1988: "Whether a copyright owner has a monopoly is not a relevant question. The right question is whether there are substitutes for the copyrighted work."

²⁶ HARDY 1988, KRAUSS 1989. GOLDSTEIN 1991: "Patent protection may well confer market share and effectively result in monopoly pricing. In copyright, however, a high degree of substitutability invariably obtains. Although we would prefer not to admit it, one author's work will always be substitutable for another's. Were Elmore Leonard's publisher imprudent enough to charge \$ 75 for a copy of his latest work, I expect Leonard would soon see his readers migrate to the works, perhaps, of James Ellroy at \$ 19.95, not to speak of paperback reprints of the classics Chandler, Hammett and Cain - at \$ 4.95."

²⁷ Men moet echter alweer rekening houden met de omstandigheden, met name met de graad van integratie van een werk in een cultuur: ware de Bijbel nog onderworpen aan een auteursrecht, dan zou daaruit een serieus monopolie volgen; evenzo, zo QUAEDEVLIIG 1992, geniet de winnaar van de Goncourtprijs gedurende een periode na het verkrijgen van de prijs van een soort monopolie.

lage kosten naar mate de geproduceerde hoeveelheid toeneemt. Dit kenmerk heeft tot gevolg dat het economische principe van de gelijkheid van marginale kost en prijs niet is toe te passen en bevordert aldus de industriële concentratie. Dit is een economisch argument dat de bescherming door het auteursrecht op losse schroeven zet, want dit recht blijkt nu bij te dragen tot de versterking van de marktmacht van producenten. Men moet echter inzien dat dit argument specifiek computerprogramma's betreft, die, als voorwerp van auteursrechtelijke bescherming, een bijzondere categorie uitmaken die zich in vele opzichten verwijdt van de werken van de geest die traditioneel door het auteursrecht beschermd worden; het is bij voorbeeld niet zo vanzelfsprekend dat de bijkomende kost van de produktie van extra exemplaren voor deze laatste produkten verwaarloosbaar is. Men mag in de voorgaande bemerkingen derhalve geen algemene kritiek van het auteursrecht lezen; zij loopt enkel uit op een bevraging van de auteursrechtelijke bescherming van de informatica - of, meer in het algemeen, van produkten die dezelfde kenmerken vertonen: hoge ontwikkelingskosten en minieme marginale produktiekosten.

Voorgaande bedenkingen vanuit economisch gezichtspunt sluiten goed aan bij de mening van een deel van de juridische doctrine. Zo houdt bijvoorbeeld D. VERKADE (1976) staande dat een exclusief recht, al wordt het soms als monopolie gekwalificeerd "nullement identique à un monopole économique" is en dat daarom "pas l'exercice d'un droit exclusif en tant que tel, mais l'exercice de ce droit dans une situation concrète, lorsqu'il tend à conforter un pouvoir de contrôle du marché" bekritiseerd en bestreden moet worden met behulp van het mededingsrecht²⁸.

²⁸ Deze positie wordt goed samengevat in de volgende formule, gebruikt door het Amerikaanse Register of Copyrights: "Copyright has sometimes been said to be a monopoly. This is true in the sense that the copyright owner is given exclusive control over the market for his work. And if his control were unlimited, it could become an undue restraint on the dissemination of the work. On the other hand, any one work will ordinarily be competing in the market with many others. And copyright, by preventing mere duplication, tends to encourage the independent creation of competitive works. The real danger of monopoly might arise when many works of the same kind are pooled and controlled together" (Register of Copyrights, Copyright Office, 87th Cong., 1st Sess., Copyright Law Revision, Report of the Register of Copyrights on the General Revision of the U.S. Copyright Law 35 (Lemm. Print 1961)).

B. Verschil tussen octrooi- en auteursrecht met betrekking tot het monopolistische effect

De stelling die poneert dat het intellectuele recht niet vanaf het begin al een monopolie verleent is beter te verdedigen voor het auteursrecht dan voor het octrooirecht.

In tegenstelling tot het octrooi, dat de houder toestaat te beletten dat enig andere persoon de uitvinding gebruikt -dat het dus mogelijk maakt dat de houder een monopolieprijs oplegt in ruil voor het gebruik van de uitvinding door een derde- laat het auteursrecht niet toe dat de houder een monopolieprijs eist gedurende de vastgestelde periode van bescherming: het sluit immers niet uit dat andere personen op onafhankelijke wijze werken produceren die substantieel lijken op het beschermde werk -alleen de originaliteit is vereist en niet de nieuwheid zoals in het octrooirecht. (HURT en SCHUCHMAN 1966, KASDAN 1986, PALMER 1986) Zo kan, om het voorbeeld van J. PALMER te nemen, de eerste persoon die een origineel jaarboek heeft ontworpen waarin alle filmsterren opgenomen zijn, niet verhinderen dat een tweede persoon een identiek jaarboek maakt, zolang dit het resultaat is van een onafhankelijke inspanning en het geen slaafse kopie is van het eerste boek.

Daar komt nog bij dat de bescherming die door het auteursrecht verzekerd wordt minder is dan die welke het octrooi biedt: het auteursrecht beschermt alleen de vorm van de uitdrukking en niet het principe of het idee, in tegenstelling tot het octrooirecht.

Doordat het auteursrecht niet in staat is uit zichzelf onoverkomelijke toegangsbarrières op te werpen, noch monopolie-inkomens te vrijwaren (SMITH 1986), kan het niet dezelfde negatieve effecten in termen van de allocatie van hulpbronnen voortbrengen als het octrooirecht. Volgens J. KASDAN²⁹ zou dit verklaren dat het vraagstuk van de duur van de bescherming, beslissend en fel besproken in economische studies van het octrooi, niet centraal geweest is in de discussie over de economische impact van auteursrechten, hoewel de duur van de bescherming nochtans langer is

²⁹ KASDAN 1986. In dezelfde zin stelt LEHMANN 1985, na in het algemeen bevestigd te hebben dat de duur van de bescherming door het intellectuele eigendomsrecht een "beslissende economische betekenis" heeft, dat er in het bijzondere geval van het auteursrecht geen aanleiding is om zich af te vragen of de duur van de bescherming economisch optimaal is, omdat in dit geval de beperkingen van de mededinging geringer zijn.

bij het auteursrecht en dit dus op het eerste gezicht meer negatieve effecten op de concurrentie zou moeten hebben.

Conclusie

Het doel van de economische analyse is een evenwicht te vinden tussen het stimulerende effect op de producent en de noodzaak de toegang tot (uit)vindingen voor de konsument te verzekeren, dat wil zeggen het monopolistische effect te begrenzen. De intellectuele rechten worden gezien als het resultaat van een "compromis"³⁰ -of als een "trade-off" (BESEN en RASKIND 1991) of "balance" (BRAUNSTEIN, FISCHER, ORDOVER en BAUMOL 1979) - tussen een baat in termen van stimulatie en een kost in termen van toegankelijkheid tot de (uit)vindingen of in termen van prijzen. "Put succinctly, the dilemma is that without a legal monopoly not enough information will be produced but with the legal monopoly too little of the information will be used". (COOTER en ULEN 1988)

Ongelukkigerwijs slaagt de economische analyse er niet in om dit evenwicht te definiëren.

Vandaar de konklusie van G. PRIEST (1986).

"The inability of economists to resolve the question of whether activity stimulated by the patent system or other forms of protection of intellectual property enhances or diminishes social welfare implies, unfortunately, that economists can tell lawyers ultimately very little about how to enforce or interpret the law of intellectual property".

Voor de jurist die "hard cases in intellectual property" moet oplossen blijft de bijdrage van de economische analyse dus beperkt. "It does not provide criteria immediately applicable by courts"³¹. Daarbij komt dat veel analyses de economische rechtvaardiging van de intellectuele eigendom in haar geheel bekijken, zonder onderscheid te maken tussen verschillende sectoren; vanwege de overmaat aan algemeenheid en het gebrek aan aandacht voor de eigenheden van diverse beschermingsregimes zwakt dit het belang van deze analyses in de ogen van de jurist af.

³⁰ BREYER 1970. MACKAAY 1990: "patent and copyright represent compromises of incentive effects on the innovator against incentive effects of the exclusion on potential competitors."

³¹ RASKIND 1984. BROWN 1985: "Thus, the lessons from economics; they are not very helpful in hard cases."

De gedachte dat de intellectuele eigendom door de introductie van de economische analyse een "revolutie" zou ondergaan wordt dus niet door iedereen gedeeld.

Toch draagt deze benadering, door haar externe, vaak cynische blik op de materie, ertoe bij het debat in de rechtsleer nieuw bloed in te pompen.

Vertaling: Harry Willekens en Maria van den Brink

Literatuur

- BESSEN, S. en RASKIND, L. (1991) "An Introduction to the Law and Economics of Intellectual Property", *Journal of Economic Perspectives*, 4
- BRAUNSTEIN, Y., FISCHER D., ORDOVER, J. en BAUMOL, W. (1979) "Economics of Property Rights as Applied to Computer Software and Data Bases", in *Technology and Copyright*, BUSH, G. en DREYFUSS, R. (eds.), Mount Airy, Lomond, 235
- BEYER, S. (1970) "The Uneasy Case for Copyright: A Study of Copyright in Books, Photocopies, and Computer Programs", *Harvard Law Review*, 299
- BROWN, R. (1985) "Eligibility for Copyright Protection: A Search for Principal Standards", *Minnesota Law Review*, 597
- COOTER, R. en ULEN, T. (1988) *Law and Economics*, Londen, Glenview
- DEMSETZ, H. (1970) "The Private Production of Public Goods", *Journal of Law and Economics*, 293
- DOLAN, E. en LINDSEY, D. (1988) *Economics*, Chicago, Dryden
- FREIDSON, E. (1986) "Les professions artistiques comme défi à l'analyse sociologique", *Revue française de sociologie*, 431
- FURUBOTN, E. en PEJOVICH, S. (1972) "Property Rights and Economic Theory: A Survey of Recent Literature" *Journal of Economic Literature*, 1157
- GOLDSTEIN, P. (1970) "Copyright and the First Amendment", *Columbia Law Review*, 986
- GOLDSTEIN, P. (1991) "Copyright", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, 114
- GORDON, W. (1982) "Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors", *Columbia Law Review*, 1606
- HARDY, I. (1988) "An Economic Understanding of Copyright Law's Work-Made-for-Hire Doctrine", *Journal of Law and the Arts*, vol. 12, nr. 2, 186
- HIRSHLEIFER, J. (1971) "The Private and Social Value of Information and the Reward to Inventive Activity", *American Economic Review*, 561
- HORVITZ, P. (1966) "The Pricing of Textbooks and the Remuneration of Authors", *American Economic Review*, 414
- HURT, R. en SCHUCHMAN, R. (1966) "The Economic Rationale of Copyright", *American Economic Review*, 425
- JACQUEMIN, A. (1975) *Economie industrielle européenne*, Parijs, Dunod
- JACQUEMIN, A. en TULKENS, H. (1970) *Fondements d'économie Politique*, Brussel, Renaissance du Livre
- KASDAN, J. (1986) *The Economics of Copyright with Application to Licensing*, Columbia University Law School Working Paper
- KITCH, E. (1977) "The Nature Function of the Patent System", *Journal of Law and Economics*, 265
- KITCH, E. (1986) "Patents: Monopolies or Property Rights?", in *The Economics of Patents and Copyrights*, PALMER, J. (ed.), Greenwich (Conn.), JAI, 33
- KRAUSS, M. (1989) "Property Monopoly and Intellectual Rights", *Hamline Law Review*, 315
- KUHN, T. (1973, oorspronkelijk 1962) *La structure des révolutions scientifiques*, Parijs
- LEHMANN, M. (1983) "Eigentum, geistiges Eigentum, gewerbliches Schutzrecht. Property Rights als Wettbewerbsbeschränkungen zur Erforderung des Wettbewerbs", *GRUR Int.*, 360
- LEHMANN, M. (1985) "The Theory of Property Rights and the Protection of Industrial and Intellectual Property", *IIC*, 530
- LEPAGE, H. (1985) *Pourquoi la propriété*, Parijs, Hachette
- LEPAGE, H. (1989) *La "nouvelle économie" industrielle*, Parijs, Hachette
- LIGHT, S. (1979) "Parody, Burlesque and the Economic Rationale for Copyright", *Connecticut Law Review*, 622
- MACHLUP, F. (1958) *An Economic Review of the Patent System*, Washington, U.S. Senate
- MACKAAY, E. (1990) "Economic Incentives in Markets for Information and Innovation", *Harvard Journal of Law and Public Policy*, 904
- NUTZINGER, H. (1982) "The Economics of Property Rights. A New Paradigm in Social Science?", in *Philosophy of Economics*, STEGMULLER, W., BALZER, W. en SPOHN, W. (eds.), Berlijn, Springer, 170.
- OFFICE OF TECHNOLOGY ASSESSMENT (1986) *Intellectual Property Rights in an Age of Electronics and Information*, Washington, Congress of the U.S.
- OLSON, M. (1978) *La logique de l'action collective*, Parijs, P.U.F.
- PALMER, J. (1986) "Editor's Introduction", in *The Economics of Patents and Copyrights*, PALMER, J. (ed.), Greenwich (Conn.), JAI
- PALMER, T. (1989) "Intellectual Property: A Non-Posnerian Law and Economics Approach", *Hamline Law Review*, 263
- PLANT, A. (1934) "The Economic Theory Concerning Patents for Inventions", *Economica*, 36
- PLANT, A. (1953) *The New Commerce in Ideas and Intellectual Property*, Londen, Athlone
- POSNER, R. (1986) *Economic Analysis of Law*, Boston, Little Brown
- PRIEST, G. (1986) "What Economics Can Tell Lawyers about Intellectual Property: Comment on Cheung", in *The Economics of Patents and Copyrights*, PALMER, J. (ed.) Greenwich (Conn.), JAI, 21

- PUTMAN, G. (ed.) (1896) *The Question of Copyright*, New York, Putman's Sons
- QUABDVLIET, A. (1992) "The Economic Analysis of Intellectual Property Law", in *Information Law towards the 21st Century*, KORTHALS ALTES, W.e.a.(eds.), Deventer, Kluwer, 389
- RAPP, R. (1988) "The Application of Economic Argument in Anti-Trust Cases: Recent American Trends", *European Competition Law Review*, 207
- RASKIND, L. (1984) "A Functional Interpretation of Fair Use", *Journal of the Copyright Society of the U.S.A.*, vol. 31, 623
- SMITH, D. (1986) "Collective Administration of Copyright: An Economic Analysis", in *The Economics of Patents and Copyrights*, PALMER, J. (ed.), Greenwich (Conn.), JAI, 139
- STROWEL, A. (1987) "Utilitarisme et approche économique dans la théorie du droit. Autour de Bentham et de Posner", *Revue Interdisciplinaire d'Etudes Juridiques*, nr. 18, 1
- STROWEL, A. (1990) "A la recherche de l'intérêt en économie. De l'utilitarisme à la science économique néo-classique", in *Droit et intérêt*, I, GERARD, P., OST, F. en VAN DE KERCHOVE, M. (eds.), Brussel, Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 37
- "Symposium on Efficiency as a Legal Concern", *Hofstra Law Review*, 1980, 485
- TEIJL, R. EN HOLZHAUER, R. (1991) *De toenemende complexiteit van het intellectuele eigendomsrecht. Een economische analyse*, Arnhem, Gouda Quint
- TYERMAN, B. (1971) "The Economic Rationale for Copyright Protection for Published Books: A Reply to Professor Bryan", *UCLA Law Review*, 1124
- VELJANOVSKI, C. (1982) *The New Law-and-Economics. A Research Review*, Oxford, Centre for Socio-legal Studies
- VERKADE, D. (1976) *Intellectuele eigendom, mededinging en consument*, Deventer, Kluwer

In memoriam prof. mr. A.A.G. Peters (1936-1994)

Op 12 oktober overleed professor mr. A.A.G. Peters, die eerst als hoogle-
raar strafrecht en later als hoogleraar rechtssociologie bijna een kwart eeuw
aan de juridische faculteit van de Universiteit Utrecht verbonden is geweest.
'Verbonden is geweest' is te zwak uitgedrukt voor de bevoegenheid waarmee
hij iedereen die in z'n buurt kwam inspireerde en stimuleerde.

Anderhalf jaar eerder had de slopende ziekte (kanker) zich bruut aange-
kondigd. Precies op het moment dat hij zou beginnen aan een derde etappe
van zijn intellectuele dienstreis, en wel als hoogleraar 'Recht en samenleving
van Japan' aan de Universiteit van Amsterdam.

Na zijn rechtenstudie en promotie (*Opzet en schuld in het strafrecht*, 1966)
aan de Rijksuniversiteit Leiden werkte hij een drietal jaren bij het 'United
Nations Asia and Far East Institute for the Prevention of Crime and Treat-
ment of Offenders' in Tokyo. Hier begon hij zich voor Japan te interesseren,
in het bijzonder voor de vraag hoe een traditionele en oosterse samenleving
omgaat met modern en westers recht. Japan voldoet voor deze vraagstelling
bijna aan de condities van een laboratoriumexperiment: in de tweede helft
van de vorige eeuw adopteerde Japan op eigen initiatief westers recht van
voornamelijk Duitse origine en na de Tweede Wereldoorlog werd Japan een
grondwet en een democratie van Amerikaanse snit opgelegd.

De volgende drie jaar was hij assistent aan het 'Center for the Study of Law
and Society' in Berkeley. Hij maakte zich daar het Berkeley-perspectief
eigen. Philip Selznick is daarvan, samen met Philippe Nonet, de grondleg-
ger. Het Berkeley-perspectief zet zich af tegen het rechtspositivisme ('recht
is alleen recht als er recht op staat'). Bij recht denken Nonet en Selznick
(*Law and Society in Transition*, 1978) niet in de eerste plaats aan van staats-
wege erkende en bij de rechter afdwingbare regels, maar aan rechtsbeginse-
len die elke vorm van machtsuitoefening - ook buiten de overheidsfeer,
zoals in bedrijven - aan banden leggen. Op Peters' voorstel werd Selznick in
1986 eredoctor van de Utrechtse universiteit.

Met deze intellectuele baggage kwam Peters in 1970 in Utrecht aan. On-
der zijn invloed verloor het onderwijs in het strafrecht zijn positiefrechtelijk
accent, zelfs in die mate dat het gerucht ging dat wie strafrechter of officier