



EUROPA-KOMMISSIONEN

Bruxelles, den 16 maj 1997
JURM(97)8092 HS.hg

**TIL PRÆSIDENTEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABERS DOMSTOL
OG DENNES MEDLEMMER**

SKRIFTLIGT INDLÆG

Afgivet i henhold til artikel 20, stk. 2, i protokollen vedrørende statuten for De Europæiske Fællesskabs Domstol af

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER

ved Bernd Jan DRIJBER og Hans Christian STØVLBÆK, medlemmer af Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Carlos GOMEZ de la CRUZ, Kommissionens Juridiske Tjeneste, Centre Wagner, Kirchberg, Luxembourg

i sag **C-61/97**

Foreningen af danske Videogramdistributører

som mandatar for Egmont Film A/S m.fl.

mod

Laserdisken v/Hans Kristian Pedersen

Biintervenienter: Sammenslutningen af Danske Filminstruktører m.fl.

i hvilken Retten i Ålborg i medfør af artikel 177 i traktaten om oprettelse af det Europæiske Fællesskab har anmodet om en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 30 og 36 i EF-traktaten og af Rådets Direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret.

Indført i Domstolens register
under nr. 553 302
Luxembourg, den 20.05.1997
(indg. 16.05.)
For justitssekretæren

H. v. HOLSTEIN
Assisterende justitssekretær

1. FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER OG PROCEDURE

1. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at sagsøgte, forretningen "Laserdisken", i 1985 påbegyndte markedsføring af filmværker på laserdisketter i Danmark. Forretningen importerede laserdisketter fra England. De engelske distributører havde erhvervet ret til fremstilling og distribution af laserdisketter fra andre videoselskaber, f.eks. Warner Home Video. Laserdisketter udgives ikke i øvrigt i Danmark. Forretningen Laserdisken udbyder filmværkerne til salg, og fra 1987 påbegyndte forretningen udleje af film på laserdisketter. Indehaverne af ophavsrettighederne har givet de engelske distributører ret til salg af laserdisketterne. Den nationale domstol har lagt til grund, at indehaverne af ophavsrettighederne stiltiende har accepteret, at laserdisketterne også udlejes i England. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at indehaverne af ophavsrettighederne ikke har givet tilladelse til udlejning af laserdisketterne udenfor England.
2. Den foreliggende tvist er opstået, fordi Foreningen af danske Videogramdistributører, der er sagsøger i den nationale sag, i oktober 1991 overfor sagsøgte, Laserdisken, stillede krav om, at sagsøgte ophørte med distribution af filmværker, hvortil rettighederne til fremstilling og distribution i Danmark tilhørte sagsøgers klienter. Medlemmerne af foreningen af Danske Videogramdistributører har i Danmark rettighederne til fremstilling og distribution af hovedparten af videogrammer med spillefilm i Danmark.
3. Da sagsøgte afviste sagsøgerens krav, blev der på begæring af sagsøgeren den 28. februar 1992 nedlagt fagedforbud mod sagsøgtes udlejning af laserdisketter med filmværker, hvortil medlemmerne af foreningen af Danske Videogramdistributører har erhvervet ret til fremstilling og distribution af filmværkerne. Fagedforbudet blev stadfæstet af Vestre Landsret den 14. september 1992.
4. Under justificationssagen besluttede den nationale domstol at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen. Vestre Landsret stadfæstede byrettens afgørelse om forelæggelse for Domstolen, dog med en mindre ændring af formuleringen af de præjudicielle spørgsmål.

5. Sagsøger har under retssagen ved den nationale domstol gjort gældende, at det følger af Domstolens dom af den 17. maj 1988 i sag nr. 158/86, Warner Brothers, Saml. 1988 s. 2605 og af Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992, om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret¹ (herefter Direktivet), at samtykke til udlejning kan meddeles for hvert enkelt medlemsland. Dette gælder uanset, om indehaveren af ophavsrettighederne, hvilket sagsøger bestrider, har givet stiltiende samtykke til udlejning i England. Sagsøgeren har endvidere henvist til, at en ret til udlejning ikke uden særlig tilladelse kan overdrages til andre.
6. Sagsøgte, Laserdisken, har gjort gældende, at et samtykke til udlejning i England i medfør af EU-retten har gyldighed i Danmark, uanset om samtykke til udlejning i England er meddelt implicit eller generelt. Sagsøgte har tillige anført, at der ikke kan pålægges sagsøgte strengere krav med hensyn til at dokumentere et samtykke til udlejning end de krav, der stilles til videoudlejere i England.
7. Retten i Ålborg har besluttet at forelægge følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:
 - I. *“ Er EF-traktatens artikel 30 sammenholdt med artikel 36 samt artikel 85 og 86 til hinder for, at den, der af indehaveren af enerettigheder til et filmværk har fået overdraget en eneret til fremstilling og distribution af eksemplarer af filmværket i en medlemsstat, kan give samtykke til udlejning af egne udgivelser, der er bragt på markedet i en anden medlemsstat, hvor indehaveren af enerettighederne til fremstilling og distribution af eksemplarer af filmværker har overdraget eksemplarerne til eje under stiltiende accept af, at eksemplarerne udlejes i dette medlemsland.”*
 - II. *“ Under hensyntagen til, at Rådsdirektivet 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret er trådt i kraft, stilles det samme spørgsmål under forudsætning af, at det lægges til grund, at direktivet er gældende for besvarelsen.”*

¹ EFT. L 346 af 27.11.1992 s. 61.

2. NATIONAL RET

8. Efter dansk ret kræver udlejning af filmværker tilladelse fra indehaveren af ophavsrettighederne. Ved en lovændring i 1989 blev denne retstilling præciseret i lovgivningen. I lov om ophavsret blev indsat en bestemmelse, hvorefter udlejning forudsætter samtykke fra ophavsmanden. Bestemmelsen i § 23, stk. 3, i den danske lov om ophavsret har følgende ordlyd:

“Når et filmværk er udgivet i form af salg til almenheden, kan de eksemplarer, som er omfattet af udgivelsen, spredes videre. Dog må de ikke uden ophavsmandens samtykke spredes til almenheden gennem udlån eller udlejning.”

9. Efter engelsk ret kunne filmværker indtil 1989 udlejes uden tilladelse fra ophavsmanden. Den 1. januar 1989 indførtes en bestemmelse i engelsk lovgivning svarende til reglen i den danske ophavsretslov, det vil sige en regel, hvorefter udlejning kræver samtykke fra ophavsmanden.

3. FÆLLESSKABSRETEN

3.1 Domstolens retspraksis

10. Det retlige spørgsmål i sagen drejer sig om, hvorvidt udlejningsrettigheder er genstand for konsumtion inden for fællesskabet, det vil sige om indehaveren af ophavsrettighederne mister sin ret til at modsætte sig udlejning af et bestemt eksemplar i en medlemsstat, når indehaveren af rettighederne én gang har givet samtykke, udtrykkeligt eller stiltiende, til udlejning af det pågældende eksemplar i en anden medlemsstat.
11. Konsumtion af rettigheder indtræder som udgangspunkt alene ved udnyttelse af spredningsretten (“distribution right”), men ikke ved offentlig fremførelse af værket (“performance right”). Hvorvidt der indtræder konsumtion, afhænger derfor af udnyttelsesmåden af eksemplaret.
12. På den ene side følger det af Domstolens faste retspraksis², at ved salg af et eksemplar indtræder konsumtion af videresalgsretten, det vil sige, at indehaveren af ophavsretten ikke længere kan forhindre, at den nye indehaver udnytter eksemplaret

² jf. sag 78/70 Deutsche Grammophon/Metro, Saml. 1971 s. 487 og forenede sager 55 og 57/80 Musik Vertrieb Membran / Gema, Saml. 1989 s. 147.

ved videresalg. I de forenede sager 55 og 57/80, Musik-Vertrieb Membran, Saml. 1989, s. 147, fastslog Domstolen, at ophavsmanden ikke under henvisning til den eneret til udnyttelse, som ophavsretten giver, kan hindre eller begrænse import af lydbærere, der på lovlige måde er bragt på markedet i en anden medlemsstat af indehaveren selv eller med dennes samtykke.

13. På den anden side følger det af Domstolens retspraksis³, at princippet om konsumtion af rettigheder ikke finder anvendelse ved offentlig fremførelse af et værk. I sag 395/87, Tournier, udtalte Domstolen om dette spørgsmål:

“Endvidere bemærkes, at de problemer, som overholdelsen af ophavsretten til musikværker, der gøres tilgængelige for offentligheden ved fremførelser, indebærer i forhold til Traktatens krav, ikke er de samme som dem, der vedrører de tilfælde, hvor værket gøres tilgængeligt for offentligheden ganske samtidig med udbredelsen af værkets materielle bærer. I førstnævnte tilfælde har indehaveren af ophavsretten og hans retssuccessorer en legitim interesse i at kunne beregne honoraret for tilladelsen til at fremføre værket på grundlag af det virkelige eller sandsynlige antal fremførelser, jfr. Domstolens dom af 18. marts 1980 (Coditel, 62/79, Sml. s. 881)” (præmis 12).

"Den foreliggende sag giver dog anledning til særlige overvejelser med hensyn til sondringen mellem ovennævnte to ordninger, idet lydbærere dels er varer, som er omfattet af bestemmelserne om frie varebevægelser i Traktatens artikel 30 ff., dels kan anvendes med henblik på offentlig fremførelse af det pågældende musikværk. I en sådan situation må en afvejning af hensynene til de frie varebevægelser, den frie udveksling af tjenesteydelser på den ene side og hensynet til beskyttelsen af ophavsrettighederne på den anden side bevirke, at indehavere af ophavsrettigheder eller de selskaber, der er bemyndiget til at varetage deres interesser, kan gøre deres eneret gældende og således opkræve afgift for offentlig spredning af musikværker, der er indspillet på lydbærere, også selv om markedsføring af en sådan lydbærer ikke i det land, hvor den offentlige spredning finder sted, kan medføre nogen opkrævning af afgifter” (præmis 13).

³ jf. Domstolens afgørelse i sag 62/79, Coditel I, Saml. 1980 s. 881, sag 262/81, Coditel II, Saml. 1982 s.3781, og sag 395/87, Tournier, Saml. 1989, s. 2521.

14. I sag 158/86, Warner Brothers⁴, fastslog Domstolen, at EF-traktatens artikler 30 og 36 ikke er til hinder for anvendelse af en national lovgivning, som giver ophavsmanden mulighed for at gøre udlejning af videogrammer betinget af, at ophavsmanden giver sit samtykke, når der er tale om videogrammer, der allerede er bragt i omsætning i en anden medlemsstat, efter hvis lovgivning ophavsmanden kan kontrollere det første salg, men ikke forbyde udlejning. Domstolen lagde bl.a. vægt på, at udlejningsmarkedet udgør et særligt marked, der er forskelligt fra salgsmarkedet, og som retter sig til et større publikum. Domstolen fremhævede endvidere, at det ikke er muligt at sikre ophavsmænd til film et tilstrækkeligt vederlag, som står i forhold til det faktiske antal udlejninger, såfremt de kun har ret til honorar i forbindelse med deres samtykke til salg til privatpersoner og til udlejere (præmis 14). Det fremgår af dommen, at der på tidspunktet for tvisten ikke i engelsk ret var adgang til for ophavsmanden at forbyde udlejning i England.
15. Det følger af endvidere af Domstolens retspraksis⁵, at regler om udbredelse af filmværker på videofilm og om udleje af videogrammer vurderes på grundlag af EF-traktatens bestemmelser om frie varebevægelser og ikke efter reglerne om fri udveksling af tjenesteydelser, idet ydelsen er knyttet til den fysiske bærer af værket.

3.2 Rådets direktiv 92/100/EØF

16. Domstolens afgørelse i sag 158/86, Warner Brothers, gjorde det klart, at forskellene mellem de nationale lovgivninger i Fællesskaberne kunne påvirke det indre markeds funktion. På baggrund heraf fremsatte Kommissionen i januar 1991 et direktivforslag om rettigheder bl.a. ved udleje.
17. Ved Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret er der indført regler, der bl.a. har betydning for ophavsrettigheder i forbindelse med udlejning af videofilm og laserdisketter. I følge

⁴ Sag 158/86, Warner Brothers, Saml. 1988 s. 2605.

⁵ Forenede sager 60 og 61/84, Cinéthèque, Saml. 1985 s. præmis 9 og 10, og sag 158/86, Warner Brothers, Saml. 1988 s.2605.

Direktivets artikel 15 skulle medlemsstaterne senest den 1. juli 1994 sætte de nødvendige love og administrative bestemmelser i kraft for at efterkomme direktivet. I artikel 13 er der fastsat bestemmelser om Direktivets anvendelsestidspunkt. I følge artikel 13, stk. 2, berører Direktivet ikke udnyttelser, der har fundet sted inden den 1. juli 1994.

18. Direktivets formål er udførligt beskrevet i præamblen til Direktivet. Det følger af første og énogtyvende betragtning, at formålet med direktivet bl.a. er at undgå, at ophavsrettigheder for så vidt angår udlejning og udlån kan skabe hindringer for samhandelen, og kan skabe konkurrencefordrejninger til skade for det indre markeds gennemførelse og funktion.
19. Selv om et væsentligt formål med Direktivet er at undgå hindringer for samhandelen, følger det af syvende betragtning, at der samtidig må tages hensyn til at:

“det er nødvendigt, at ophavsmænd og udøvende kunstnere sikres et rimeligt vederlag, for vedvarende at kunne hellige sig deres skabende og kunstneriske virksomhed, og de nødvendige investeringer til navnlig fremstilling af fonogrammer og film er særdeles store og riskobehæftede; muligheden for at sikre et rimeligt vederlag og at dække disse investeringer kan kun sikres effektivt, hvis de berørte rettighedshavere har en rimelig retsbeskyttelse.”

20. Det følger af elvte betragtning om rækkevidden af Direktivet, at fællesskabets lovgivning vedrørende udlejnings- og udlånsrettigheder ikke behøver at række videre end fastsættelsen af, “at medlemsstaterne skal indføre udlejnings- og udlånsrettigheder for visse kategorier af rettighedshavere”. Det følger endvidere af trettende betragtning, at af hensyn til klarheden bør “udlejning og udlån i direktivets forstand ikke omfatte det forhold, at fonogrammer og film stilles til rådighed for offentlig fremvisning eller udsendelse”.
21. Ved artikel 1 i Direktivet er der fastsat regler om harmoniseringens genstand og definitioner på udlejning og udlån. Artikel 1, stk. 4, indeholder endvidere en regel om konsumtion af rettigheder. Artikel 1 har følgende ordlyd:

1. Medlemsstaterne indfører i overensstemmelse med bestemmelserne i dette kapitel, jf. dog artikel 5, ret til at tillade eller forbyde udlejning og udlån af originalværker og eksemplarer af ophavsretligt beskyttede værker samt af andre frembringelser, der er nævnt i artikel 2, stk. 1.

2. I dette direktiv forstås ved "udlejning": det forhold, at et værk med henblik på direkte eller indirekte økonomisk eller kommerciel fordel for et begrænset tidsrum stilles til rådighed med henblik på brug.

3. I dette direktiv forstås ved "udlån": det forhold, at et værk for et begrænset tidsrum og ikke med henblik på direkte eller indirekte økonomisk eller kommerciel fordel stilles til rådighed med henblik på brug via offentligt tilgængelige institutioner.

4. Salg eller anden form for distribution af originalværker, eksemplarer af ophavsretligt beskyttede værker og andre frembringelser, jf. artikel 2, stk. 1, medfører ikke, at de i stk. 1 omhandlede rettigheder udtømmes.

22. Direktivets kapitel II omhandler ophavsretsbeslægtede rettigheder. Disse rettigheder består dels i optagelsesrettigheder, reproduktionsrettigheder, radio- og fjernsynsudsendelse og kommunikation til offentligheden samt spredningsrettigheder.

23. I følge artikel 9 gælder om spredningsrettigheder:

"1. Medlemsstaterne giver:

- *udøvende kunstnere for så vidt angår optagelser af deres fremførelser*
- *fremstillere af fonogrammer for så vidt angår deres fonogrammer*
- *producenter af den første optagelse af en film, for så vidt angår den originale film eller eksemplarer deraf*
- *radio- eller fjernsynsselskaber for så vidt angår optagelser af deres udsendelser som omhandlet i artikel 6, stk. 2*

eneret til at gøre disse genstande, herunder eksemplarer deraf, tilgængelige for almenheden ved salg eller på anden måde; denne ret benævnes i det følgende "spredningsret."

2. *Spredningsretten inden for Fællesskabet med hensyn til en genstand som omhandlet i stk. 1 udtømmes først, når genstanden for første gang sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse.*

3. *Spredningsretten berører ikke de særlige rettigheder ifølge kapitel I, særlig artikel 1, stk. 4.*

4. *Spredningsretten kan overføres eller overdrages, eller der kan gives licenser til udnyttelse heraf ved kontrakt."*

4. RETLIGE BEMÆRKNINGER

4.1 Indledning

24. Den nationale domstol spørger, om EF-traktatens artikel 30 og 36 og/eller Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder er til hinder for anvendelse af en national regel, som giver indehaveren af ophavsretten ret til at kræve samtykke til udlejning af film på laserdisketter i tilfælde, hvor de pågældende laserdisketter er markedsført i en anden medlemsstat med stiltiende samtykke fra indehaveren af ophavsrettighederne til at udleje kopierne i den medlemsstat, hvor de er blevet markedsført. Endelig ønsker den nationale domstol vejledning om anvendelse af EF-traktatens artikel 85 og 86 i den foreliggende sag.
25. Det følger af forelæggelseskendelsen, at den nationale domstol har lagt til grund, at rettighedshaveren ikke har modsat sig udlejning af eksemplarerne i England, hvorfor den nationale domstol antager, at der er givet et stiltiende samtykke til udlejning. Det er et bevisspørgsmål, der henhører under den nationale domstol, om rettighedshaveren har givet udtrykkeligt eller stiltiende samtykke til udlejning af laserdisketterne i England. Den nationale domstols bevisvurdering lægges til grund for Kommissionens indlæg i sagen. Det fremgår endvidere af forelæggelseskendelsen, at indehaveren af ophavsrettighederne ikke har givet tilladelse til udlejning af laserdisketterne udenfor England.
26. I den verserende sag har tre forskellige tidsperioder betydning: 1) fra 1987, hvor udleje af laserdisketter påbegyndtes, til den 1. januar 1989, hvor der i engelsk ret indførtes regler, der giver adgang til at kræve samtykke til udlejning af filmværker; 2) den 1. januar 1989 og indtil Direktivet om udlejnings- og udlånsrettigheder trådte i kraft den 1. juli 1994; og endelig 3) perioden efter Direktivet trådte i kraft. I perioden indtil den 1. januar 1989 svarer retstillingen til dommen i sag 158/86, Warner Brothers, og denne periode omtales derfor ikke yderligere.

4.2 EF-traktatens artikel 30 og 36.

27. I perioden fra den 1. januar 1989 til den 1. juli 1994 beror retstillingen på en fortolkning af EF-traktatens artikel 30 og 36.

28. Det afgørende spørgsmål i den foreliggende sag er, om udlejningsrettigheder har karakter af en spredningsret, som indebærer, at rettighederne kan konsumeres (Deutsche Grammophon, Musik Vertrieb/Gema), eller om udlejningsrettigheder snarere har karakter af en ret til offentlig fremførelse, som ikke kan konsumeres (Tournier, Coditel I og II).
29. Vanskelighederne ved at bestemme den retlige karakter af udlejningsrettigheder skyldes formentlig, at udlejningsrettigheder på den ene side knytter sig til en fysisk bærer af rettighederne (laserdisketterne), men at udlejningsrettigheder på den anden side har klare lighedspunkter med udnyttelse af rettigheden til offentlig fremførelse. En udlejeret kombinerer de karakteristiske egenskaber af retten til spredning og retten til offentlig fremførelse. En udlejeret kan opfattes dels som en integreret del af spredningsretten (i vid forstand) dels som en selvstændig ret, som er forskellig fra spredningsretten (i snæver forstand).
30. Kommissionen er af den opfattelse, at udlejningsrettigheder til videoprogrammer og laserdisketter overvejende har samme karakter som rettigheder til offentlig fremførelse. Dette indebærer, at princippet om konsumtion af rettigheder ikke finder anvendelse på udlejningsrettigheder.
31. Kommissionens retsopfattelse bestyrkes af Domstolens afgørelse i sag 158/86, Warner Brothers. Domstolen anførte, at udlejningsmarkedet udgør et særligt marked, der er forskelligt fra salgsmarkedet (præmis 14). Domstolen fastslog, at det ikke er muligt at sikre ophavsmænd til film et vederlag, som står i forhold til det faktiske antal udlejninger, og som sikrer disse ophavsmænd en tilfredsstillende del af udlejningsmarkedet, såfremt de kun har ret til honorarer i forbindelse med deres samtykke til salg til såvel privatpersoner som til udlejere af videogrammer (præmis 15). Domstolen anførte endvidere, at i tilfælde, hvor en national lovgivning giver ophavsmænd en særlig ret til udlejning af videogrammer, ville denne ret miste sit indhold, hvis rettighedsindehaveren ikke kunne bestemme over udlejning. (præmis 18). Det fremgår heraf, at Domstolen ved beskrivelse af udlejningsrettigheder lægger vægt på netop de forhold, som karakteriserer retten til offentlig fremførelse. (nedenfor tages der stilling til, om det har betydning for retstillingen, at ophavsmanden i sag 158/86, Warner Brothers, ikke på daværende tidspunkt havde mulighed for at beskytte adgangen til udleje efter engelsk ret).

32. Salg af et eksemplar af et værk indebærer en udnyttelsesgrad af værket, der er forskellig fra udleje af et eksemplar af værket. Videre salg af et eksemplar af værket vedrører kun det enkelte eksemplar. Indehaveren af eneretten får betaling for sin eneret i forhold til antallet af eksemplarer, der sælges. Eneretten er knyttet til den fysiske bærer af værket, det vil sige det eksemplar, der videresælges af indehaveren af eneretten.
33. Udleje af et eksemplar indebærer på den anden side en meget intensiv udnyttelse af værket. Udleje af det enkelte eksemplar kan, i det omfang det er teknisk muligt, finde sted et ubestemt antal gange. Indehaveren af enerettigheden opnår betaling for sin ret, hver gang eksemplaret udlejes. De enkelte "fremførelser", det vil sige hver gang eksemplaret udlejes, er uafhængige af hinanden, og må ophavsretligt betragtes som enkeltstående begivenheder. Honoreringen af indehaveren af eneretten er ikke knyttet til den første udleje af værket, men antallet af gange værket sandsynligvis vil blive udlejet. Ved offentlig fremførelse lægges netop vægt på, at fremførelse kan finde sted et ubestemt antal gange. Retten til at kontrollere udleje af et eksemplar af et værk svarer til udnyttelse af retten til at bestemme det ubestemte antal gange et værk skal fremføres offentligt.
34. Det følger af ovenstående betragtninger, at rettigheder til udleje har samme karakter, som retten til offentlig fremførelse. Dette indebærer, at retten til udleje som udgangspunkt ikke kan konsumeres ved salg af eksemplarer. Det skal imidlertid undersøges, om der foreligger grunde, der taler for, at udlejningsrettigheder bør være genstand for konsumtion af rettigheder.
35. I Domstolens afgørelse i sag 158/86, Warner Brothers, anførte Domstolen, at ophavsmanden i henhold til engelsk ret på daværende tidspunkt ikke havde mulighed for at beskytte retten til udlejning (præmis 18). På den baggrund opstår spørgsmålet, om der kan sluttes modsætningsvis fra dommen i Warner Brothers sagen til den foreliggende sag, idet ophavsmanden, da han første gang bragte eksemplaret i fri omsætning i England, kunne have foretaget en opdeling i eksemplarer, der var bestemt til videresalg og eksemplarer, der var bestemt til udleje. Den nationale domstol har i forelæggelseskendelsen endvidere anført, at såfremt ophavsmanden har ret til at forbyde udlejning af et eksemplar, der lovligt kan udlejes i en anden

medlemsstat, kan det medføre en opdeling af det indre marked, således at ophavsmanden kan fastsætte prisen for udleje forskelligt i de enkelte medlemsstater.

36. Princippet om konsumtion af rettigheder begrundes almindeligvis i tre hensyn: 1) immaterialretten tillægger traditionelt ejendomsretten til et eksemplar af værket større betydning end de immaterielle rettigheder, som er indeholdt i eksemplaret, idet ejeren af eksemplaret, f.eks. en bog, skal have adgang til frit at disponere over eksemplaret, f.eks. ved salg eller gave; 2) sikring af de frie varebevægelser i fællesskaberne har forrang overfor håndhævelse af immaterialrettigheder, idet sådanne rettigheder som udgangspunkt medfører territoriale restriktioner; 3) indehaveren af ophavsretten antages at have opnået betaling for sin eneret, når eksemplarer af værket første gang bringes i omsætning.
37. Det første hensyn har ikke betydning ved udleje af et eksemplar af et værk. Det er ikke af hensyn til det praktiske livs krav påkrævet, at den, der har erhvervet et eksemplar af et værk med tilladelse til udleje, f.eks. en videofilm, tillige indrømmes ret til på anden måde at disponere over eksemplaret. For så vidt angår hensynet til at sikre de frie varebevægelser må det først og fremmest fremhæves, at retten til udleje, som ovenfor beskrevet, har samme karakter som retten til offentlig fremførelse. I Domstolens retspraksis, der vedrører offentlig fremførelse, understreges det, at respekten for ophavsretten i forhold til EF-traktatens krav ikke er den samme for værker, der kan gøres til genstand for gentagelse i det uendelige og for dem, der er knyttet til den fysiske bærer af værket⁶. Hensynet til de frie varebevægelser spiller ikke den samme rolle for udlejningsmarkedet for videofilm og laserdisketter som for salgsmarkedet. Udlejning af f.eks. videofilm er ofte et ganske lokalt fænomen, og den grænseoverskridende betydning heraf må antages at være begrænset. For så vidt angår den tredje begrundelse for konsumtion af rettigheder (at ophavsmanden har opnået betaling for sin eneret ved første gang at bringe et eksemplar i omsætning) er der ovenfor redegjort for, at konsumtion af alle rettigheder ved salg af laserdisketter, herunder ophavsmandens ret til at bestemme om eksemplaret kan udlejes, netop vil medføre, at den økonomiske værdi, der er knyttet til retten til udleje, begrænses til skade for ophavsmanden.

⁶ jf. f.eks. sag 62/79, Coditel I, Saml. 1980 s. 881, præmis 12.

38. Efter Kommissionens opfattelse er retten til udleje således en rettighed, der slet ikke kan udtømmes ved at eksemplarer af værket videresælges eller udlejes. Det er derfor uden betydning, at indehaveren af enerettigheden i den foreliggende sag efter engelsk ret har beføjelse til at begrænse udlejning til bestemte eksemplarer. Det forhold, at honorering af indehaveren af enerettighederne er knyttet til hvert enkelt udleje eller det antal sandsynlige gange eksemplaret udlejes, sikrer, at indehaveren af eneretten opnår honorering af sine rettigheder, hvilket ikke ville være tilfældet, såfremt eksemplaret frit kunne udlejes på det danske marked.
39. Det følger heraf, at anvendelse af princippet om konsumtion af rettigheder er berettiget for så vidt angår udnyttelsesmåder, som er knyttet til spredningen af en fysisk bærer af værket, men at princippet ikke bør finde anvendelse på rettigheder, som er knyttet til antallet af gange, hvor værket fremføres, f.eks. gennem udleje. En national lovgivning, der forbyder udleje af et eksemplar af et værk uden samtykke fra indehaveren af eneretten, er derfor ikke i strid med EF-traktatens artikel 30 og 36.

4.3 Rådets direktiv 92/100/EØF om udlejnings- og udlånsrettigheder

40. Rådets direktiv 92/100/EØF indebærer en fuldstændig harmonisering af reglerne for udleje og udlån af ophavsretligt beskyttede værker. I perioden efter Direktivet trådte i kraft, afhænger retsstillingen derfor alene af Direktivets bestemmelser.
41. Det er Kommissionens opfattelse, at den retstilling, der følger af Direktivet med hensyn til konsumtion af udlejningsrettigheder, svarer til den retstilling, som er fastlagt i Domstolens retspraksis, således som beskrevet ovenfor.
42. I artikel 1, stk. 4, er det udtrykkeligt fastsat, at salg eller anden form for distribution af et eksemplar af et ophavsretligt beskyttet værk ikke medfører, at udlåns- og udlejningsrettigheder udtømmes. Med denne bestemmelse fastslås det, at princippet om konsumtion af rettigheder ikke finder anvendelse for så vidt angår udlåns- og udlejningsrettigheder. Denne forståelse har også støtte i de tilgængelige forarbejder

til Direktivet. Det følger af Kommissionens begrundelse for direktivforslaget⁷, at formålet med reglen i artikel 1, stk. 4, er at præcisere, at konsumtion af spredningsretten ikke berører retten til at bestemme over adgangen til udleje og udlån, og at udlejningsrettigheder derfor fortsat består, efter at det første eksemplar af værket er bragt i omsætning.

43. Det følger af direktivets artikel 9, stk. 2, at spredningsretten inden for fællesskabet udtømmes, når en genstand som omhandlet i artikel 9, stk. 1, første gang sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse. Spørgsmålet er, om denne regel om konsumtion af spredningsretten også omfatter udlejnings- og udlånsrettigheder. Kommissionen er af den opfattelse, at artikel 9 ikke omfatter konsumtion af sådanne rettigheder.
44. Medlemsstaterne skal ifølge artikel 9, stk. 1, give udøvende kunstere, fremstillere og producenter for så vidt angår optagelser, fonogrammer og film m.v. eneret til at gøre disse genstande tilgængelige for almenheden ved "salg eller på anden måde". Retten til at gøre genstandene tilgængelige for almenheden defineres som "spredningsretten", og det er denne ret der ifølge artikel 9, stk. 2, kan udtømmes. Artikel 9 om spredningret udgør en del af Direktivets kapitel II, der vedrører "Ophavsretsbeslægtede rettigheder". Kapitel I i Direktivet omhandler i modsætning hertil "Udlejnings- og udlånsrettigheder". Direktivets Kapitel II regulerer derfor ikke spørgsmålet om konsumtion af udlejnings- og udlånsrettigheder. Denne forståelse af Direktivet bekræftes af reglen i artikel 9, stk. 3, hvorefter spredningsretten ikke berører de særlige rettigheder ifølge artikel 1, stk. 4, det vil sige udlejnings- og udlånsrettigheder. Der er derfor ingen modstrid mellem artikel 1, stk.4, og artikel 9, stk.1 og 2.

⁷ Doc COM(90) 586 final, 24 January 1991, page 36:

"Paragraph 4 has been included for purposes of clarification: in some Member States an exclusive distribution right exists which is exhausted in relation to, for example, a certain copy of a work, when it is first put into circulation. As a result of this, every act of distribution which follows the first act of putting into circulation by way of sale, is no longer subject to the exclusive right of the author. The purpose of paragraph 4 is to clarify that the rental and lending right must not be affected by this exhaustion of the distribution right which is provided in the laws of some Member States and that therefore it shall subsist even after the act of first putting into circulation of, for example, the copy of the work".

45. Baggrunden for, at spredningsretten i artikel 9, stk. 1, er defineret bredt, som en eneret til at gøre genstandene tilgængelige for almenheden "ved salg eller på anden måde" skyldes et ønske fremsat under forhandlingerne om Direktivet. Kommissionens oprindelige forslag⁸ ("ved salg eller på anden måde og for et ubestemt tidsrum") søgte ganske vist at præcisere, at rettigheder til udleje og udlån ikke var omfattet af spredningsretten, men forslaget kunne på anden måde give anledning til fortolkningstvív. Artikel 9, stk. 1, omfatter i den gældende formulering herefter alle måder eksemplarer kan gøres tilgængelige for almenheden på, herunder ved udleje og udlån. Da det imidlertid ikke var hensigten, at udlejnings- og udlånsrettigheder ved denne ændring skulle blive omfattet af artikel 9, stk. 2, om konsumtion af rettigheder, var det nødvendigt at indføje en ny bestemmelse (artikel 9, stk. 3,) med henblik på at præcisere, at udlejnings- og udlånsrettigheder ikke berøres af konsumtion af spredningsretten⁹
46. Det fremgår heraf, at med hensyn til konsumtion af rettigheder indebærer Direktivet ingen ændring af den retstilling, der følger af Domstolens retspraksis, som beskrevet ovenfor under afsnit 4.2. Direktivet er derfor ikke til hinder for en national regel, der

⁸ EFT C 53 af 28.02.1991 s. 35.

⁹ Forhandlingerne i forbindelse med tilblivelsen af Direktivet er omtalt i Reinbothe og von Lewinski: "The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy", London, Sweet and Maxwell, 1993, s. 103:

"The Commission's original proposal defined the distribution right as the exclusive right "to make available, for an unlimited period of time, ... by sale or otherwise". The words "for an unlimited period of time" excluded other forms of distribution, such as rental and lending. These forms of distribution are characterised by the fact that objects are made available for a limited period of time and therefore must be returned, whereas objects under the provision of the distribution right were meant to be made available without a time limitation (for example by sale).

Some Member States, although not against the idea in theory, thought that the expression "for an unlimited period of time" might be ambiguous, in so far as it could be deemed to allude the duration of the right itself. It was agreed that these words should be deleted, so that the wording covered all forms of making available, including rental and lending. Consequently, it was necessary to ensure that the provisions on the distribution right, including its exhaustion, would not adversely affect the provisions dealing with the rental and lending rights. Accordingly, a new Article 9(3) was added in order to make it clear that the distribution right was without prejudice to the rental and lending rights; the express reference to Article 1(4) means that, in particular, the exhaustion of the distribution right does not affect the continuation of the rental and lending rights. For example, when a phonogram is sold in the Community by, or with the consent of, the rightholder and the distribution right has been exhausted, his exclusive rental and lending rights under Article 1 with respect to that particular phonogram continue to exist."

gør det muligt at forhindre udlejning af eksemplarer af et værk, selvom ophavsmanden i en anden medlemsstat har markedsført eksemplarer af værket med samtykke, udtrykkeligt eller stiltiende, til udleje af eksemplarerne.

4.4 EF-traktatens artikel 85 og 86

47. Den nationale domstol har spurgt, om EF-traktatens artikel 85 og 86 er til hinder for, at der nedlægges forbud mod udleje af de omtvistede laserdisketter i Danmark.
48. Det følger af Domstolens faste retspraksis, at udøvelse af industriel og kommerciel ejendomsret kan være omfattet af forbuddet i EF-traktatens artikel 85 stk. 1, hvis udøvelsen beror på en aftale eller en samordnet praksis, der har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for Fællesskabet. Det fremgår af forlæggelseskendelsen, at der ikke er indgået konkurrencebegrænsende aftaler, f.eks. om forbud mod eksport mellem indehaveren af eneretten og licenstagere. Det henhører under den nationale domstol på baggrund af bevisførelsen i sagen at tage stilling til, om der i øvrigt foreligger aftaler med et konkurrencebegrænsende indhold.
49. For så vidt angår EF-traktatens artikel 86 bemærkes, at den blotte indehavelse af industrielle rettigheder ikke indebærer en dominerende stilling på fællesmarkedet, som fastlagt i EF-traktatens artikel 86. Såfremt den nationale domstol på baggrund af bevisførelsen i sagen på andet grundlag kan fastslå, at der foreligger en dominerende stilling, forudsætter det tillige, at der foreligger et misbrug af den dominerende stilling. Det forhold, at en virksomhed afviser at indrømme en licens, f.eks. til udleje, kan under normale omstændigheder ikke antages at indebære et misbrug af en dominerende stilling, da retten til at afslå en licens, er en del af selve eneretten.

5. KONKLUSION

50. På grundlag af ovenstående bemærkninger foreslår Kommissionen, at de forelagte præjudicielle spørgsmål besvares således:

1 "EF-traktatens artikler 30 og 36 er ikke til hinder for en national regel, der indebærer, at den, der af indehaveren af enerettighederne til et

filmværk har fået overdraget en eneret til fremstilling og distribution af eksemplarer af filmværket i en medlemsstat, kan give samtykke til udlejning af egne udgivelser og samtidig forhindre udlejning af importerede udgivelser, der er bragt på markedet i en anden medlemsstat, hvor indehaveren af enerettighederne til fremstilling og distribution af eksemplarer af filmværker har overdraget eksemplarerne til eje under stiltiende accept af, at eksemplarerne udlejes i dette medlemsland.

2. *Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret skal fortolkes således, at direktivet ikke er til hinder for en national regel, som beskrevet ovenfor under 1.*
3. *Det tilkommer den nationale domstol under hensyntagen til samtlige beviseligheder i den verserende sag at tage stilling til, om der foreligger konkurrencebegrænsende aftaler i strid med EF-traktatens artikel 85 eller et misbrug af en dominerende stilling i strid med EF-traktatens artikel 86.*

Bekræftet genpart *H.C.S.*

Berend Jan DRIJBER

Hans Christian STØVLBÆK

Kommissionens befuldmægtigede