

Oversættelse

Sag C-61/97 - 12

Indført i Domstolens register
under nr. 553.605

Luxembourg, den 23.5.1997
(fax 20.5.1997)

For justitssekretæren

H. v. Holstein

Assisterende justitssekretær

UDENRIGSMINISTERIET

DEN FRANSKE REPUBLIK

Paris, den 20. maj 1997

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

DEN FRANSKE REGERINGS INDLÆG

I SAG C-61/97

**FORENINGEN AF DANSKE VIDEOGRAMDISTRIBUTØRER
som mandatar for EGMONT FILM A/S m.fl.**

mod

LASERDISKEN v/HANS KRISTIAN PEDERSEN

(org. s. 2)

1. Retten i Aalborg har ved kendelse af 7. februar 1997 udsat sagen Foreningen af danske Videogramdistributører som mandatar for Egmont Film A/S m.fl. mod Laserdisken v/Hans Kristian Pedersen, som er indført i Domstolens register under nr. C-61/97, og i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EF-traktatens bestemmelser 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:

"Er EF-traktatens artikel 30 sammenholdt med artikel 36 samt artikel 85 og 86 til hinder for, 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?"

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."

Spørgsmålene drejer sig i det væsentlige om foreneligheden med EF-traktaten og det nævnte direktiv 92/100/EØF af bestemte former for udøvelse af den i direktivet omhandlede ret til udlejning. Den franske regering tillægger retten til udlejning stor betydning og ønsker derfor at fremkomme med nedenstående bemærkninger til de forelagte spørgsmål.

Sag C-61/97 - 12

I. FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

2. Den i Danmark etablerede virksomhed Laserdisken v/Hans Kristian Pedersen (herefter "Laserdisken") har siden 1985 solgt og siden 1987 også udlejet laserdiscs importeret fra Storbritannien. Laserdisken erhverver laserdiscene fra forskellige britiske virksomheder (Terry Blood Distribution, Home Entertainment Export og Lightning Export).

I henhold til den danske lov om ophavsret fra 1989 medfører markedsføringen af laserdiscs i Danmark ikke konsumtion af retten til udlejning af laserdiscene. De må dog ikke uden ophavsmandens samtykke spredes videre gennem udlån eller udlejning.

Den 29. oktober 1991 krævede Foreningen af Danske Videogramdistributører (herefter "FDV") af Laserdisken, at denne ophørte med distribution, navnlig udlejning, af filmværker, hvortil rettighederne til fremstilling og distribution i Danmark tilhører visse af foreningens kunder. Det fremgår ikke præcist af forelæggelseskendelsen, under hvilke betingelser indehaverne af udlejningsrettighederne har overdraget udnyttelsen af disse

(org. s. 3)

rettigheder over de omhandlede værker i Danmark. FDV har dog eneret til at udnytte de pågældende rettigheder i Danmark.

FDV indbragte Laserdiskens afvisning af at efterkomme kravet for fogedretten, som den 28. februar 1992 nedlagde fogedforbud mod Laserdiskens udlejning af laserdiscs. Afgørelsen blev den 14. september 1992 stadfæstet af Vestre Landsret. Den 11. marts 1992 anlagde FDV justificationssag ved Retten i Aalborg, som har forelagt Domstolen de ovennævnte spørgsmål.

3. Det fremgår ikke særlig klart af forelæggelseskendelsen, om den britiske lovgivning, hvorefter indehaverne af ophavsrettigheder over laserdiscs har en ret til

udlejning, giver mulighed for, at indehaveren af udlejningsretten kan give stiltiende samtykke til tredjemands udlejning af laserdiscs, der er omfattet af den pågældendes udlejningsret.

4. Det fremgår derimod af forelæggelseskendelsen, at selskabet Warner Home Video den 9. februar 1993 har erklæret følgende:

"Warner Home Video has not granted the authority to manufacture and/or distribute for rental purposes English-language Laserdiscs of the titles listed in Schedule A for the purpose of home viewing in Denmark to the following entities:

a) Laserdisken by Hans Kristian Pedersen, Aalborg, Denmark;

b) Lightning Video or any other division of Lightning Distribution Ltd., London, England; (...)"

Selskabet Buena Vista Home Entertainment A/S har den 30. november 1994 afgivet en lignende erklæring for så vidt angår laserdiscs, som det har ophavsretten til.

Hans Kristian Pedersen har som repræsentant for Laserdisken blot anført, at de ovennævnte indehavere af ophavsretten til visse af de laserdiscs, han distribuerer og udlejer i Danmark, ikke har benyttet sig af deres ret til at forbyde udlejning af produkterne i Storbritannien. Han slutter heraf, at rettighedsindehaverne stiltiende har givet samtykke til udlejning.

II. RETLIGE BEMÆRKNINGER

Anvendeligheden af EF-traktatens artikel 30 og 36

5. I relation til begrebet ophavsretsindehaverens stiltiende samtykke skal den franske regering understrege, at det efter dens opfattelse er vanskeligt at anerkende et sådant

stiltiende samtykke i henhold til reglerne om litterær og kunstnerisk ejendomsret, hvorefter enhver tilladelse fra rettighedsindehaverens side til udnyttelse af den pågældende rettighed kun kan anerkendes i udtrykkelig form.

Fransk ret har traditionelt ikke anerkendt en sådan stiltiende viljeserklæring, idet overdragerens vilje i meget høj grad vil kunne blive overfortolket af modtageren. Det fremgår af national retspraksis, at

"en overdragelse ikke kan ske stiltiende, ikke kan formodes, og skal være resultatet af en positiv handling" (Cour d'appel de Paris, 4. afdeling, 10.11.1992).

(org. s. 4)

Domstolen har i sag C-158/86 (dom af 17.5.1988, Warner Brothers, Sml. s. 2605) fastslået, at det er foreneligt med EF-traktatens artikel 30 og 36, at lovgivningen i en medlemsstat hjemler en ret til udlejning af videogrammer, og at denne ret nødvendigvis indebærer en ret til at bestemme over udlejning. Domstolen udtalte således:

"(...) 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. Den omstændighed, at en ophavsmand bringer videogrammer med et af sine værker i omsætning i en medlemsstat, som ikke har en særlig beskyttelse af retten til udlejning, kan derfor ikke indvirke på den ret, der ved en anden medlemsstats lovgivning er tillagt samme ophavsmand til i denne stat at modsætte sig udlejning af videogrammet.

Under disse omstændigheder (...) er [traktatens artikel 30 og 36] ikke (...) til hinder for anvendelse af en national lovgivning, som giver ophavsmanden mulighed for at gøre udlejning af videogrammer betinget af, at han giver sit samtykke, når der er tale om videogrammer, der allerede med hans tilladelse er

bragt i omsætning i en anden medlemsstat, efter hvis lovgivning ophavsmanden kan kontrollere det første salg, men ikke forbyde udlejning" (præmis 18 og 19).

De faktiske omstændigheder i nærværende sag adskiller sig væsentligt fra omstændighederne i sag C-158/86, idet Det Forenede Kongerige siden har vedtaget en lovgivning, der anerkender retten til udlejning.

Det står imidlertid fortsat fast, at en ret til udlejning af lyd- og/eller billedbærere synes at være uløseligt forbundet med en ret til at bestemme over udlejning af sådanne produkter. Rettighedsindehaverens samtykke skal i denne forbindelse efter den franske regerings opfattelse være udtrykkeligt.

6. Hvad angår konsumtion af retten til udlejning i medfør af EF-traktatens artikel 30 og 36 ønsker den forelæggende ret med sit første spørgsmål i det væsentlige at få afgjort, om 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 i samme medlemsstat af importerede udgivelser, der er bragt på markedet i en anden medlemsstat, hvorfra de er importeret, og hvor indehaveren af enerettighederne til fremstilling og distribution af eksemplarer af filmværker har overdraget eksemplarerne til eje under stiltiende accept af at, at eksemplarerne udlejes i denne medlemsstat.

Med andre ord: Indebærer den omstændighed, at produkterne bringes på markedet i en medlemsstat A uden udtrykkeligt samtykke til udlejning af produkterne i denne medlemsstat, at indehaveren af retten til udlejning i en medlemsstat B ikke kan modsætte sig udlejning i medlemsstat B af produkter, der er bragt på markedet i medlemsstat A og importeret til medlemsstat B?

7. Der henvises i denne forbindelse til, at Domstolen i sin dom af 6. april 1995 (forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) og Independent

Television Publications Ltd (ITP) mod Kommissionen, Sml. I, s. 743) fastslog, at ophavsrettens afgørende funktion, jf. traktatens artikel 36, er

(org. s. 5)

"at sikre ophavsmanden beskyttelse af værket og at belønne hans kreative indsats"
(præmis 28).

Hvis det lægges til grund, at der i henhold til den britiske lovgivning kan gives en stiltiende tilladelse til udlejning af de omhandlede laserdiscs, synes det vanskeligt at kunne gøres gældende, at et sådant stiltiende samtykke fra rettighedsindehaverens side gør det muligt at sikre et tilstrækkeligt vederlag for ophavsmandens kreative indsats. En stiltiende tilladelse gør det nemlig ikke muligt at fastsætte størrelsen af vederlaget i forbindelse med udlejningen af de omhandlede værker i Danmark, og der kræves en skriftlig aftale.

I øvrigt følger det af den særlige karakter af de måder, hvorpå litterære og kunstneriske værker udnyttes kommercielt, at der kun kan sikres ophavsmanden et tilstrækkeligt vederlag for hans kreative indsats, såfremt han bevarer kontrollen over omsætningen af sit værk.

Domstolen fastslog ganske vist for første gang princippet om konsumtion af ophavsrettigheder inden for Fællesskabet ved i sin dom af 8. juni 1971 at udtale, at

"det ville (...) være i strid med reglerne om de frie varebevægelser inden for fællesmarkedet, såfremt en producent af lydbærere, der ifølge en medlemsstats lovgivning har eneret til at bringe de beskyttede genstande i omsætning, udnyttede denne eneret til at nedlægge forbud mod salg i nævnte stat af produkter, som var blevet afsat i en anden medlemsstat af ham selv eller med hans samtykke, alene med den begrundelse, at varerne ikke var blevet bragt i omsætning på den

førstnævnte medlemsstats område" (sag 78/70, Deutsche Grammophon, Sml. 1971, s. 125, org. ref.: Rec, s. 487, præmis 13),

og i dom af 20. januar 1981 at

"hverken indehaveren af en ophavsret eller dennes licenshaver, eller et ophavsretsselskab, som handler i indehaverens eller licenshaverens navn, under henvisning til den eneret til udnyttelse, som ophavsretten giver, kan hindre eller begrænse indførelse af lydbærere, der på lovlig måde er bragt på markedet i en anden medlemsstat af indehaveren selv eller med dennes samtykke" (forenede sager 55/80 og 57/80, Musik-Vertrieb Membran, Sml. s. 147, præmis 15).

8. I øvrigt har Domstolen, efter i en dom af 13. juli 1989 (sag 395/87, Tournier, Sml. s. 2521), at have understreget, 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" (præmis 12),

og at

"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" (a.st., præmis 13)

fastslået, at **offentlig fremførelse** — på diskoteker — af beskyttede musikværker på grundlag af lydbærere, såfremt der allerede i en anden medlemsstat var betalt afgifter

(org. s. 6)

Sag C-61/97 - 12

til ophavsmanden for gengivelse af værket, kunne give ophavsmanden ret til betaling af afgifter, uden at dette var i strid med EØF-traktatens artikel 30 og 59.

Hvad endelig angår udlejning af videogrammer, bemærkede Domstolen i sin dom af 17. maj 1988 (sag 158/86, Warner Brothers, Sml. s. 2605), at

"litterære og kunstneriske værker kan udnyttes kommercielt, enten ved offentlige fremførelser eller ved at fremstille eksemplarer med fysiske bærere og bringe de således fremstillede reproduktioner i omsætning, således som det netop er tilfældet ved filmværker. Ophavsmandens væsentligste særrettigheder, nemlig eneretten til at fremføre værket og eneretten til at fremstille eksemplarer af det, anfægtes ikke af reglerne i traktaten".

Domstolen fremhævede dernæst grundene til, at visse medlemsstater havde indført en særlig beskyttelse af retten til udlejning af videogrammer, idet den udtalte, at det som følge af oprettelsen af et særligt marked for udlejning af videogrammer

"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 honorar i forbindelse med deres samtykke til salg til såvel almindelige privatpersoner som udlejere af videogrammer" (præmis 15).

Domstolen konkluderede på denne baggrund, at traktatens artikel 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 han giver sit samtykke, når der er tale om videogrammer, der allerede med hans tilladelse er bragt i omsætning i en anden medlemsstat, efter hvis lovgivning ophavsmanden kan kontrollere det første salg, men ikke forbyde udlejning.

Mens retten til at fremstille eksemplarer af værket udnyttes ved en enkelt teknisk proces, giver retten til udlejning anledning til adskillige på hinanden følgende udlejningstransaktioner, hvorved ophavsmanden skal kunne drage fordel af hver enkelt transaktion, hvilket ville være umuligt, hvis hans ret var udtømt ved den første markedsføring i en medlemsstat, også selv om denne måtte anerkende, at der forelå et stiltiende samtykke til udlejning i dette land.

Domstolen havde i øvrigt ud fra lignende betragtninger i en dom af 18. marts 1980 (sag 62/79, Coditel mod Ciné Vog Films, Sml. s. 881) anerkendt, at indehaveren af ophavsretten til en film og hans retssuccessorer har en legitim interesse i at kunne beregne honoraret for tilladelsen til at fremføre filmen på grundlag af det virkelige eller sandsynlige antal fremførelser (jf. dommens præmis 13).

Det må således på baggrund af ovenstående betragtninger konkluderes, at en anerkendelse af, at et stiltiende eller formodet samtykke fra indehaveren af en ret til udlejning af laserdiscs i en medlemsstat afskærer den pågældende rettighedsindehaver fra at forhindre udlejning i en anden medlemsstat af laserdiscs importeret fra førstnævnte medlemsstat til den pågældende anden medlemsstat, ville være ensbetydende med, at den i sidstnævnte medlemsstat anerkendte ret til udlejning mister sit indhold.

(org. s. 7)

Anvendeligheden af EF-traktatens artikel 85 og 86

9. Som anført af Domstolen i dom af 18. februar 1971 (sag 40/70, Sirena mod Eda, Sml. 1971, s. 7, org. ref.: Rec. s. 69), kan de principper, der følger af fortolkningen af EF-traktatens artikel 36, også finde anvendelse inden for konkurrenceområdet:

"Selv om artikel 36 hører hjemme i kapitlet om kvantitative restriktioner i samhandelen mellem medlemsstater, ligger der til grund for den et princip, som også kan finde anvendelse inden for konkurrenceområdet, således forstået, at selv

om de ved en medlemsstats lovgivning indrømmede rettigheder på området for industriel og kommerciel ejendomsret ikke berøres i deres eksistens af traktatens artikel 85 og 86, kan udøvelsen af den imidlertid rammes af forbuddene i disse bestemmelser" (dommens præmis 5).

De i EF-traktatens artikel 36 omhandlede hensyn til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret skal således tages i betragtning ved Domstolens fortolkning af traktatens artikel 85 og 86.

Domstolen har i øvrigt i sag 258/78 (dom af 8.6.1982, Nungesser mod Kommissionen, Sml. s. 2015) udtalt, at:

"der ved konkurrencereglernes anvendelse (...) skal tages hensyn til, at de produkter, som omfattes af forædlerretten, har ganske særlige kendetegn" (præmis 43).

Det forekommer således legitimt, at der ved anvendelsen af EF-traktatens artikel 85 og 86 tages hensyn til de særlige kendetegn ved filmværker, navnlig når de distribueres og udlejes i form af laserdiscs.

10. Hvad angår traktatens artikel 85, har Domstolen traditionelt sondret mellem eksistensen og udøvelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder. Den intellektuelle ejendomsrets eksklusive karakter, som beror på selve rettens eksistens, er ikke uforenelig med EF-traktatens artikel 85, stk. 1. Derimod kan de måder, hvorpå indehaveren af en rettighed udøver denne, og navnlig de vilkår, under hvilke han overdrager en eneret til udnyttelsen heraf, være omfattet artikel 85, stk. 1. I sin ovennævnte dom af 8. juni 1971 udtalte Domstolen generelt i relation til en ophavsretsbeslægtet rettighed:

"Udøvelsen af den eneret, som er omtalt i spørgsmålet, kan falde ind under forbuddet i denne bestemmelse [artikel 85, stk. 1], såfremt det fremgår, at den er genstand for, middel til eller følge af en aftale, som bevirker en markedsopdeling,

fordi den indeholder et forbud mod import fra andre medlemsstater af produkter, der lovligt er bragt i omsætning i disse stater.

Såfremt udøvelsen af denne ret ikke falder ind under de kontraktformer eller former for samordnet praksis, der er omhandlet i ovennævnte bestemmelse, er det imidlertid nødvendigt for en besvarelse af det stillede spørgsmål at undersøge, om udøvelsen af den pågældende beskyttelsesret ikke er i strid med andre traktatbestemmelser" (dommens præmis 6 og 7).

Domstolen sammenfattede denne principielle sondring i sin dom af 14. september 1982 (sag 144/81, Keurkoop BV mod Nancy Kean Gifts BV, Sml. s. 2853), hvori den udtalte:

"Selv om mønsterretten som retligt begreb ikke i sig selv besidder de i artikel 85, stk. 1, nævnte kendetegn ved aftaler eller former for samordnet praksis, kan

(org. s. 8)

udøvelsen af denne ret falde ind under traktatens forbud, når den er genstand for, middel til eller følge af et kartel.

Det tilkommer følgelig den nationale domstol i hvert enkelt tilfælde at fastslå, om udøvelsen af den pågældende eneret fører til en af de situationer, der rammes af forbuddene i artikel 85, og som i forbindelse med udøvelse af enerettigheder til mønstre kan antage meget forskellige former, som f.eks. at flere personer samtidigt eller successivt anmelder det samme mønster i forskellige medlemsstater for indbyrdes at fordele markederne inden for Fællesskabet" (præmis 27 og 28).

Det fremgår ikke præcist af forelæggelseskendelsen, på hvilke vilkår indehaverne af udlejningsrettighederne har overdraget udnyttelsen af rettighederne over de omhandlede værker i Danmark. FDV har dog eneret til at udnytte rettighederne i Danmark.

11. Det skal i denne forbindelse bemærkes, at **den eksklusive karakter af overdragelsen af udnyttelsen af en intellektuel ejendomsret på en medlemsstats område ikke er tilstrækkelig til, at en sådan praksis skal betragtes som genstand for, middel til eller resultat af en ved traktaten forbudt aftale.**

I en dom af 6. oktober 1982 (sag 262/81, Coditel mod Ciné Vog Films, Sml. s. 3381) har Domstolen således generelt angivet grundene til, at det under hensyn til de særlige kendetegn ved filmindustrien og filmmarkedet inden for Fællesskabet må antages, at **den omstændighed, at indehaveren af ophavsretten til en film giver en enkelt bevillingshaver eneret til at fremføre filmen på en bestemt medlemsstats område, ikke i sig selv må betragtes som genstand for, middel til eller resultat af en ved traktaten forbudt aftale.** Domstolen udtalte således:

"Lige så lidt som det kan udelukkes, at visse omstændigheder ved denne udøvelse [af ophavsretten] kan være i strid med artikel 59 og 60, lige så lidt kan det udelukkes, at udøvelsen på visse punkter kan være i strid med artikel 85, hvis denne udøvelse er midlet til at nå en aftale, som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet.

Den omstændighed, at indehaveren af ophavsretten til en film har givet en enkelt bevillingshaver eneret til at fremføre filmen på en bestemt medlemsstats område og herved har forbudt andre at udsende filmen i en bestemt periode, betyder ikke i sig selv, at kontrakten må anses som genstand for, middel til eller resultat af en ved traktaten forbudt aftale.

Det fremgår således af særegenhederne ved filmindustrien og filmmarkedet inden for Fællesskabet – navnlig forholdene vedrørende kopiering, tekstning på fremmedsprog, udsendelse via tv og finansieringen af den europæiske filmproduktion – at en eneretslicens til fremførelsesretten ikke i sig selv kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen.

Selv om ophavsretten til en film og den heraf følgende fremførelsesret således ikke i sig selv er omfattet af forbuddet i artikel 85, kan udøvelsen af disse rettigheder i en bestemt økonomisk eller retlig sammenhæng, som fører til en betydelig begrænsning i filmdistributionen eller fordrejer konkurrencen på

(org. s. 9)

filmmarkedet, under hensyn til markedets særlige forhold være omfattet af dette forbud" (præmis 14-17, den franske regerings fremhævelser, jf. også dommen af 14.9.1982, sag 144/81, Keurkoop mod Nancy Kean Gifts, Sml. s. 2853).

Domstolen konkluderede, at det tilkommer de nationale domstole eventuelt at foretage de nødvendige undersøgelser af, om udøvelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder kan hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet.

Denne retspraksis omfatter domme, hvori Domstolen har præciseret, at traktatens artikel 85 og 86 udelukkende vedrører virksomheders adfærd og ikke kan anvendes over for love eller administrative bestemmelser. Hvad angår disse, som kan falde ind under traktatens artikel 5 og 85, har Domstolen fastslået:

"For så vidt angår fortolkningen af traktatens artikel 3, litra f), artikel 5, stk. 2, og artikel 85 bemærkes, at **traktatens artikel 85 i sig selv udelukkende vedrører virksomheders adfærd og ikke omfatter love eller administrative bestemmelser, der er fastsat af medlemsstaterne.** Det fremgår imidlertid af Domstolens faste praksis, at artikel 85, sammenholdt med traktatens artikel 5, pålægger medlemsstaterne ikke at træffe eller opretholde foranstaltninger, heller ikke i form af love eller administrative bestemmelser, som kan ophæve den tilsigtede virkning af de for virksomhederne gældende konkurrenceregler. Dette er ifølge samme praksis tilfældet, når en medlemsstat enten foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 85 eller forstærker sådanne aftalers virkninger, eller fratager sine egne bestemmelser deres statslige karakter ved til

private erhvervsdrivende at uddelegere ansvaret for at træffe beslutninger om økonomisk intervention (jf. dom af 21.9.1988, sag 267/87, van Eycke, Sml. s. 4769, præmis 16)" (dom af 17.11.1993, sag C-22/91, Meng, Sml. I, s. 5751, præmis 14).

Når en adfærd gøres obligatorisk i henhold til lovgivningen, således at virksomhederne ikke længere har nogen selvbestemmelsesret med hensyn til den anfægtede adfærd, er det ikke muligt at anvende bestemmelserne i artikel 85 og 86 over for virksomheder, der udviser en sådan adfærd, så længe den pågældende lovgivning er i kraft.

I tilfælde, hvor virksomheder har udvist former for adfærd, der i meget vid udstrækning var påtvunget dem i henhold til en national lovgivning, har Domstolen og Retten i Første Instans antaget, at disse former for adfærd ikke var i strid med artikel 85.

I dom af 16. december 1975 (forenede sager 40/73-48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 og 114/73, Suiker Unie m.fl. mod Kommissionen, Sml. s. 1663) udtalte Domstolen i forbindelse med sin behandling af et anbringende, der var gjort gældende af nogle virksomheder, der ifølge Kommissionen havde overtrådt bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, og som gik ud på, at fællesskabsbestemmelserne sammen med de nationale bestemmelser ikke gav mulighed for nogen reel konkurrence på det relevante marked, og at de anfægtede former for praksis var en uundgåelig følge af de pågældende regler:

"Selv om det, som det er fastslået (...), må antages, at navnlig systemet med nationale kvoter kun overlader en meget begrænset mulighed for konkurrence, idet det fremmer en opdeling af de nationale markeder, så reduceres dette område på sin side på afgørende vis af den særlige italienske markedsordning.

(org. s. 10)

Det fremgår af disse betragtninger, at den påtalte adfærd ikke føleligt har kunnet påvirke konkurrencens fri spil, og den falder derfor ikke ind under forbuddet i traktatens artikel 85" (præmis 71 og 72).

Domstolen gentog denne begrundelse i domme af 29. oktober 1980 (forenede sager 209/78-215/78 og 218/78, Van Landewyck mod Kommissionen Sml. s. 3125) og af 10. december 1985 (forenede sager 240/82, 241/82, 242/82, 261/82, 262/82, 268/82, 269/82, Stichting Sigarettindustri mod Kommissionen, Sml. s. 3831), hvori den tog stilling til lovgivningens indflydelse på virksomhedernes adfærd.

Domstolen er således af den opfattelse, at når lovgivningen kun giver virksomhederne et så begrænset råderum, at den ikke kan påvirke konkurrencen mærkbart, kan bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, ikke anvendes over for virksomhederne.

12. For så vidt angår udlejningsretten anførte Domstolen indirekte i præmis 15 i den ovennævnte Warner-dom, at dennes særlige genstand er

"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".

I Danmarks tilfælde kan **eksistensen** af den eksklusivitetsgaranti, udlejningsretten giver ophavsmændene og deres aftaleerhververe med henblik på udlejning af deres film på den pågældende medlemsstats område, således ikke i sig selv **betragtes som genstand for, middel til eller resultat af en ved traktaten forbudt aftale.**

At anerkende, at en stiltiende eller formodet tilladelse, der er givet i Det Forenede Kongerige, medfører, at ophavsmændene fratages muligheden for at påberåbe sig den udlejningsret, de har i henhold til den danske lovgivning, eller i henhold til andre medlemsstaters lovgivning, til at forhindre udlejning af eksemplarer af deres film, som er importeret fra Det Forenede Kongerige, ville derimod føre til, at ophavsmændene ikke får et vederlag, som står i forhold til det faktiske antal udlejninger.

Hvad angår **udøvelsen** af udlejningsretten i nærværende sag bemærkes, at den forelæggende ret giver meget få oplysninger om virkningerne heraf, og navnlig om,

hvorvidt den bidrager til en mærkbar begrænsning af salget af laserdiscs eller til en fordrejning af konkurrencen på markedet for laserdiscs. Den nationale ret vil således eventuelt skulle foretage de nødvendige undersøgelser navnlig med henblik på at få fastlagt, om udøvelsen af udlejningsretten skaber kunstige hindringer, som ikke er berettiget under hensyn til film- og laserdiscindustriens forhold, eller om filmens indspilningsmuligheder overstiger, hvad der må anses for et rimeligt afkast af de foretagne investeringer (jf. i denne forbindelse præmis 19 i dommen af 6.10.1982).

Desuden fremgår det ikke klart af forelæggelseskendelsen, hvilken adfærd fra FDV's side, som eventuelt er i strid med EF-traktatens artikel 85, stk. 1. FDV kritiseres i det væsentlige for at modsætte sig udlejning af laserdiscs, der parallelimporteres fra en anden medlemsstat, hvor udlejningen ikke har været genstand for søgsmål. **Med andre ord hævdes de oprindelige rettighedsindehaveres konkurrencestridige adfærd at bestå i, at de har overdraget eneretten til distribution i Danmark, herunder udlejningsrettighederne, til tredjemand, idet de afholdt sig fra i Det Forenede Kongerige at**

(org. s. 11)

udøve og håndhæve den ret til at give tilladelse til eller forbyde udlejning af eksemplarer af deres værker, som de samtidig havde i henhold til britisk lovgivning.

Den omstændighed, at indehaverne af udlejningsrettighederne har afholdt sig fra udøve disse rettigheder i en medlemsstat, kan imidlertid ikke føre til den konklusion, at de har givet afkald på at udøve rettighederne – hvis indhold består i at kunne give tilladelse til eller forbyde udlejning – og ikke længere kan gøre dem gældende.

13. Den franske regering er med de oplysninger, den råder over, ikke i stand til at vurdere, om den danske lovgivning vedrørende retten til udlejning er så restriktiv, at den kun giver virksomhederne et så begrænset råderum, at den ikke kan påvirke konkurrencen mærkbart.

For så vidt angår reglen om konsumtion af retten til udlejning i Danmark, fremgår det dog af den danske kulturministers besvarelse af 19. oktober 1994, som omtales i forelæggelseskendelsen, at ministeren fortolkede den danske lovgivning således, at

"... selv om en ret til udlejning i England måtte være givet, omfatter en sådan ret efter det fremsatte lovforslag efter ministeriets opfattelse ikke samtidig retten til udlejning i Danmark ..." (forelæggelseskendelsen, s. 7).

Det må herefter antages, at den manglende konsumtion af retten til udlejning er udtrykkelig hjemlet i den danske lovgivning og ikke beror på virksomhedernes adfærd. Eftersom den følger af det retlige begreb ret til udlejning, besidder den ikke i sig selv de i artikel 85, stk. 1, nævnte kendetegn ved aftaler eller former for samordnet praksis.

Såfremt Domstolen skulle lægge til grund, at der gælder sådanne regler for virksomhederne, må det da antages, at en medlemsstat ved at hjemle en sådan udlejningsret, der ikke er genstand for konsumtion, foreskriver eller fremmer indgåelse af aftaler i strid med artikel 85 eller forstærker sådanne aftalers virkninger, som omhandlet i ovennævnte retspraksis (jf. dommen af 17.11.1993 i Meng-sagen)?

Dette spørgsmål må efter den franske regerings opfattelse besvares benægtende. Domstolens bemærkninger i Coditel-dommen af 6. oktober 1982 vedrørende **den omstændighed, at indehaveren af ophavsretten til en film giver en enkelt bevillingshaver eneret til at fremføre filmen på en bestemt medlemsstats område, støtter den antagelse, at selve eksistensen af en udlejningsret, der kan overdrages eksklusivt på en medlemsstats område, ikke i sig selv må betragtes som genstand for, middel til eller resultat af en ved traktaten forbudt aftale.**

14. Domstolen har overført sondringen mellem eksistensen og udøvelsen af intellektuelle ejendomsrettigheder til fortolkningen af EF-traktatens artikel 86¹. Som understreget af generaladvokat Mischo i dennes forslag til afgørelse i sag 53/87 (CICRA m.fl. mod Renault, dom af 5.10.1988, Sml. s. 6039), udtalte Domstolen allerede i dom af 29. februar 1968 (sag 24/67, Parke, Davis and Co. mod Probel, Centrafarm m.fl., Sml. 1965-1968, s. 457, org. ref.: Rec. s. 81), følgende:

"Forbuddet [i henhold til artikel 86] hviler ... på tre betingelser:

- en dominerende stilling, misbrug af denne, og
(org. s. 12)
- mulighed for, at samhandelen mellem medlemsstaterne kan påvirkes heraf.

Selv om opfindelsespatentet yder sin indehaver særlig beskyttelse i en stat, følger det dog ikke heraf, at **udøvelsen** af de således tilståede rettigheder er ensbetydende med en opfyldelse af de tre omhandlede betingelser.

Hvis dette var tilfældet, ville brugen af patentet udarte til misbrug af den nævnte beskyttelse".

I sagen CICRA mod Renault tilsluttede Domstolen sig dette synspunkt, idet den fastslog, at **eksistensen** af en eneret (i det konkrete tilfælde til reservedele til automobiler) ikke kan betragtes som et misbrug, hvorved konkurrencen søges udelukket, idet den samtidig anerkendte, at **udøvelsen** af eneretten kan være omfattet af forbuddet i artikel 86:

¹ Cour de cassation har på linje hermed fastslået, at den mulighed for at forbyde udlejning, som den franske lovgivning giver producenter af fonogrammer, er uløseligt forbundet med beskyttelsen af ophavsretten, og at udnyttelsen af denne mulighed ikke i sig selv er en konkurrencestridig praksis, som er forbudt ved EF-traktatens artikel 85 og 86 (Cour de cassation, Kriminalafdelingen, 2.2.1994, Patrick Bouyer mod SCPP, vedlagt som bilag til nærværende indlæg).

"Indledningsvis bemærkes, at den omstændighed, at der i henhold til loven opnås en eneret, som går ud på, at rettighedshaveren kan forhindre, at andre uhjemlet fremstiller og sælger de beskyttede produkter, ikke i sig selv kan betragtes som et misbrug, hvorved konkurrencen søges udelukket.

Udøvelsen af eneretten kan være omfattet af forbuddet i artikel 86, hvis den fører til, at en virksomhed, der indtager en dominerende stilling, handler på en måde, der er udtryk for misbrug, f.eks. hvis den vilkårligt nægter at levere reservedele til selvstændige reparationsværksteder, fastsætter urimeligt høje reservedelspriser eller beslutter ikke længere at fremstille reservedele til en bestemt model, selv om der stadig findes et stort antal biler af denne model, forudsat at en sådan adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater" (præmis 15 og 16).

I en dom afsagt samme dag anerkendte Domstolen tilsvarende, at den mulighed, indehaveren af et beskyttet mønster har for at nægte at give tredjemand licens til at levere dele, der er omfattet af mønsterretten, ville indebære, at eneretten mistede sit egentlige indhold. I sag 238/87 (Volvo mod Veng, dom af 5.10.1988, Sml. s. 6211) udtalte Domstolen således:

"(...) den ret, indehaveren af et beskyttet mønster har til at forhindre, at andre uden hans tilladelse fremstiller, sælger eller indfører produkter, der er omfattet af mønsterretten, udgør enerettens egentlige indhold. Heraf følger dels, at en forpligtelse for indehaveren af et beskyttet mønster til – selv mod betaling af en rimelig licensafgift – at give andre licens til levering af produkter, der er omfattet af mønsterretten, **ville indebære, at eneretten mistede sit egentlige indhold, dels, at nægtelse af at indrømme en sådan licens ikke i sig selv kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling"** (dommens præmis 8).

Endelig har Domstolen i sin ovennævnte dom af 6. april 1995 (forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) og Independent Television Publications Ltd (ITP) mod Kommissionen, Sml. I, s. 743) haft lejlighed til at præcisere de generelle

betingelser, under hvilke udøvelse af en ophavsret kan udgøre et misbrug af en dominerende stilling.

For så vidt angår den til ophavsretten knyttede ret til reproduktion henviste Domstolen til den holdning, Retten i Første Instans havde indtaget i samme sag:

(org. s. 13)

"Retten bemærkede dernæst, at beskyttelsen af ophavsrettens særlige genstand i princippet giver indehaveren ret til at forbeholde sig eneretten til at reproducere det beskyttede værk (ITP-dommen, præmis 55).

Retten udtalte imidlertid, at **selv om det er klart, at udøvelsen af eneretten til at reproducere det beskyttede værk ikke i sig selv udgør et misbrug, stiller sagen sig anderledes, såfremt det i betragtning af de særlige omstændigheder i det enkelte tilfælde viser sig, at betingelserne for og de nærmere regler om udøvelsen af eneretten til at reproducere det beskyttede værk i realiteten forfølger et mål, der klart er i strid med formålet med artikel 86**. I så fald udøves ophavsretten nemlig ikke længere i overensstemmelse med dens afgørende funktion, jf. traktatens artikel 36, som er at sikre ophavsmanden beskyttelse af værket og at belønne hans kreative indsats under hensyntagen til de mål, som navnlig forfølges med artikel 86 (...)" (præmis 28 i dommen af 6.4.1995).

I sin stillingtagen til realiteten erindrede Domstolen dernæst bl.a. i relation til **begrebet en dominerende stilling** om, at

"(...) **den omstændighed, at en virksomhed er indehaver af en immaterialrettighed, ikke i sig selv betyder, at virksomheden har en dominerende stilling**" (præmis 46).

For så vidt angår spørgsmålet om **misbrug af en dominerende stilling** erindrede Domstolen om, at indehaverens udøvelse af eneretten **under særlige omstændigheder** kan føre til, at der foreligger et misbrug:

"Det er ganske vist rigtigt, at fastsættelsen af betingelserne for og de nærmere regler om beskyttelse af en immaterialrettighed, så længe der ikke er tilvejebragt ensartethed inden for Fællesskabet eller sket en tilnærmelse af lovgivningerne, henhører under national ret, og at eneretten til reproduktion er en af ophavsmandens væsentligste særrettigheder, hvorfor en nægtelse af at give en licens, selv om der er tale om en virksomhed i en dominerende stilling, ikke i sig selv kan udgøre et misbrug heraf (Volvo-dommen, jf. ovenfor, præmis 7 og 8).

Som det fremgår af samme dom (præmis 9), **kan indehaverens udøvelse af eneretten** ikke desto mindre **under særlige omstændigheder føre til, at der foreligger et misbrug**" (præmis 49 og 50 i dommen af 6.4.1995).

Det er i betragtning af de ganske særlige faktiske omstændigheder i sagerne C-241/91 P og C-242/91 P ikke let at anvende de i Domstolens dom fastslåede principper i nærværende sag.

I den pågældende dom af 6. april 1995 stadfæstede Domstolen nemlig den af Retten anlagte vurdering, idet den anerkendte, at der forelå en dominerende stilling, fordi sagsøgerne var i stand til at forhindre en effektiv konkurrence på det relevante marked (markedet for ugentlige tv-blade) ved at misbruge den dominerende stilling, de havde som følge af deres faktiske monopol på de oplysninger, der danner grundlag for oversigterne over de tv-programmer, der kan modtages af de fleste husstande i Irland, under påberåbelse af deres ophavsret til disse oplysninger.

Hvis det imidlertid må antages, at FDV ikke kan modsætte sig udlejning af laserdiscs importeret fra en anden medlemsstat, hvor indehaveren af retten til udlejning ikke har

(org. s. 14)

givet udtrykkeligt samtykke til udlejning af de omhandlede laserdiscs, idet foreningen ellers ville forhindre en effektiv konkurrence på det danske marked for laserdiscs, gøres der indgreb i det egentlige indhold af retten til udlejning.

Et sådant resultat synes at være i modstrid med det af Domstolen nævnte princip om, at den omstændighed, at en virksomhed er indehaver af en immaterialrettighed, ikke i sig selv betyder, at virksomheden har en dominerende stilling. Indehaveren af den pågældende rettighed ville nemlig i så fald være i den paradoksale situation, at virksomheden har en ret til udlejning, som ikke i sig selv betyder, at virksomheden har en dominerende stilling, men ikke kan udnytte et af de væsentlige kendetegn ved den pågældende rettighed uden risiko for at blive anset for herved at opnå en dominerende stilling.

Hvad angår spørgsmålet om misbrug af en dominerende stilling, er det ikke godtgjort, at der i nærværende sag foreligger "særlige omstændigheder", som omhandlet i Domstolens dom af 6. april 1995.

At forbyde indehaveren af retten til udlejning under de i nærværende sag foreliggende omstændigheder at modsætte sig udlejning af de omhandlede laserdiscs med den begrundelse, at han herved ville misbruge sin dominerende stilling, ville være ensbetydende med at fratage rettighedsindehaveren det egentlige indhold af hans eneret, som består i at kunne tillade eller forbyde udlejning af frit omsættelige lyd- og/eller billedbærere. Det ville i realiteten være forbudt for den pågældende at følge en procedure, der indgår i en normal udøvelse af retten til udlejning. **Udøvelsen af en litterær og kunstnerisk ejendomsret på normale betingelser under hensyn til udlejningsmarkedets særlige kendetegn kan imidlertid ikke falde ind under artikel 86, idet formålet med en sådan rettighed er at sikre ophavsmanden beskyttelse af værket og at belønne hans kreative indsats under betingelser, der er tilfredsstillende for ophavsmanden og dennes aftaleerhververe.**

Direktiv 92/100/EØF

15. Artikel 1, stk. 1, i Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (EFT L 346 af 27.11.1992) lyder således:

"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."

Endvidere bestemmer artikel 1, stk. 4, at der ikke sker konsumtion af retten til udlejning i tilfælde af salg eller anden form for distribution af originalværker og eksemplarer af beskyttede værker:

"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."

Det fremgår af de citerede bestemmelser, at retten til udlejning er en eneret for rettighedshaverne, hvilket giver dem mulighed for at fastlægge de betingelser, under hvilke de ønsker at udøve rettigheden, og at den pågældende rettighed ikke er genstand for konsumtion, ikke alene ved salg, men også ved enhver anden form for distribution, hvilket begreb omfatter distribution af eksemplarer med henblik på salg, men også med henblik på udlejning ².

² Samme fortolkning af bestemmelserne anlægges i øvrigt af to repræsentanter for EF-Kommissionen, som deltog i forhandlingerne vedrørende direktivet. De bekræfter udtrykkeligt, at retten til udlejning på ingen måde kan konsumeres, idet ophavsmanden bevarer "sin eneret til udlejning (...) selv efter at et eksemplar af værket er blevet solgt eller distribueret", Reinbothe og von Lewinski, The EC Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy, Sweet and Maxwell, 1993, s. 43.

(org. s. 15)

Følgelig kan salget og distributionen i Det Forenede Kongerige af eksemplarer af værker, som ophavsmanden ikke har givet nogen form for tilladelse til udlejning af, under de i nærværende sag foreliggende omstændigheder ikke medføre, at indehaveren af retten til udlejning i Danmark er afskåret fra at modsætte sig udlejning i denne anden medlemsstat af eksemplarer importeret fra Det Forenede Kongerige.

(org. s. 16)

16. Sammenfattende skal den franske regering således opfordre Domstolen til at træffe følgende afgørelse:

"EF-traktatens artikel 30, 36, 85 og 86 og bestemmelserne i 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 de ikke er til hinder for, 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."

Philippe Martinet

Kareen Rispal-Bellanger

Den franske regerings befuldmægtigede

(org. s. 17)

BILAG

Dom afsagt den 2. februar 1994 af Cour de cassation, Kriminalafdelingen.