

CERTIFIED A
TRUE

COPY

Sag C-61/97

Signed
1/6/97
S J Berwin & Co

Date
13 June 1997

S. J. BERWIN & CO LONDON

**VED DOMSTOLEN FOR
DE EUROPÆISKE FÆLLESKABER**

vedrørende forelæggelse af spørgsmål til præjudiciel afgørelse fra

**BYRETEN I AALBORG, DANMARK
FORENINGEN AF DANSKE VIDEOGRAM DISTRIBUTØRER,
PÅ VEGNE EGMONT FILMS A/S m.fl.**


og

WARNER HOME VIDEO INC

Indført i Domstolens register
under nr 555 263
Luxembourg, den 16. 06. 1997

For justitssekretæren

mod


H. v. HOLSTEIN
Assisterende justitssekretær

LASERDISKEN v/ HANS KRISTIAN PEDERSEN

**SKRIFTLIGT INDLÆG PÅ VEGNE WARNER HOME VIDEO
VEDRØRENDE DE FORELAGTE SPØRGSMÅL**

Dette skriftlige indlæg forelægges Domstolen på vegne Warner Home Video
af Stephen Kon, Solicitor, SJ Berwin & Co
222 Gray's Inn Road, London WC1X 8HB og Square de Meeûs 19, Bte 3, 1050 Bruxelles
og advokat Strange Beck, Bech-Bruun & Trolle
Nørre Farimagsgade 3, 1364 København K og Avenue de Tervueren, 155, 1150 Bruxelles

AFSNIT A: INTRODUKTION OG FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

1 Introduktion

1.1. Dette indlæg afgives af Warner Home Video ("Warner"). Warner er en division af Time Warner Entertainment LP ("TWE"). Warner forhandler præ-indspillede videokassetter og laserdiscs til privat brug. Warner er indehaver af videospredningsretten, og herunder udlejningsretten til alle videoformater (bl.a. laserdiscs) for de film, som Warner distribuerer på grundlag af, at:

- a. filmene er produceret af Warner Bros, som ligeledes er en division af TWE,
- b. Warner har erhvervet videospredningsrettighederne som led i output deals med andre producenter, f.eks. MGM, eller
- c. Warner har erhvervet videospredningsrettighederne ved særskilte filmkontrakter med andre producenter.

Warner forventer desuden snart inden for EU at kunne lancere film på DVD, en high-density optisk disc, hvor teknologien er udviklet af TWE i samarbejde med et konsortium af elektronikproducenter. DVD er på størrelse med en musik CD og kan rumme data svarende til en spillefilm af normal længde.

1.2 I de fleste større lande distribuerer Warner sine produkter gennem datterselskaber, mens distributionen i andre lande sker via udenforstående licenstagere. I Danmark distribueres Warners produkter i henhold til en licensaftale indgået med Metronome Film A/S ("Metronome"). Ved denne aftale har Metronome, som er medlem af Foreningen af Danske Videogramdistributører ("FDV"), fået tillagt *"the exclusive right, licence and*

privilege" til i Danmark at fremstille og distribuere videokassetter, hvortil spredningsretten tilhører Warner. Disse rettigheder omfatter specifikt retten til at udleje og markedsføre videokassetter med henblik på privat brug. I overensstemmelse med almindelig praksis (se nedenfor under Afsnit B, pkt. 3.9. - 3.10) og i medfør af licensaftalen kan Metronome desuden sælge videokassetter på sell-through basis, dog tidligst 1½ år efter at filmen er frigivet til udlejning på video.

- 1.3 Metronome fremstiller og sælger videogrammer til forhandlere, der er underkastet standardbetingelser i aftaler indgået direkte med FDV. Disse betingelser pålægger forhandlerne særlige begrænsninger, for så vidt angår distributionen af videogrammer, og indeholder et forbud mod kopiering, videreudlejning og udlån. På denne måde kan Warner, på grundlag af sin egen licensaftale med Metronome, bevare den endelige kontrol over udlejningsretten.

2 Resumé af de faktiske omstændigheder

Nedenfor anføres de relevante forhold, der fremgår af forelæggelseskendelsen fra Ålborg Byret og af parternes respektive processkrifter i den nationale retssag.

- a. I 1985 åbnede sagsøgte en detailforretning, Laserdisken, med henblik på salg af film, der var overført til laserdiscs. I 1987 udvidede han sin virksomhed til også at omfatte udlejning af laserdiscs. Warner fik nedlagt fagedforbud mod denne uberettigede udlejningsvirksomhed den 28. februar 1992. Det tidsrum, hvor Warner i den danske retssag har gjort gældende, at krænkelsen fandt sted, strækker sig således fra 1987 til udgangen af februar 1992.
- b. Sagsøgte baserede sin forretning på laserdiscs, som var blevet importeret fra USA til United Kingdom uden samtykke fra Warner af

selskaberne Terry Blood Distribution Limited, Home Entertainment Export Limited og Lightning Distribution Limited.

- c. Selv om Metronomes eksklusive licensaftale i marts 1992 blev udvidet til også at omfatte laserdiscs, blev der hverken før eller efter dette tidspunkt fremstillet, udlejet eller solgt laserdiscs i Danmark af Metronome selv eller med samtykke fra Metronome. Ej heller har Warner som rettighedshaver på noget tidspunkt udgivet laserdiscs til salg eller udlejning, i United Kingdom og i Danmark, ligesom Warner ikke har givet andre licens eller på anden vis givet samtykke hertil, bortset fra Metronome, som aldrig udnyttede denne ret.

3 Det præjudicielle spørgsmål til EF-Domstolen

På ovennævnte baggrund blev følgende spørgsmål forelagt for EF-Domstolen af Byretten i Ålborg i medfør af Traktatens art. 177:

"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."

AFSNIT B: FORELÆGGESENS RETLIGE SPØRGSMÅL

1. Problemstillingerne i byretssagen

1.1 Forelæggelsen fra Byretten i Ålborg i medfør af Traktatens art. 177 vedrører et vigtigt fortolkningsspørgsmål med hensyn til foreneligheden af Traktatens artikel 30-36, 85 og 86 med den danske lovgivning, der giver indehaveren af ophavsretten til filmværker ret til at tillade eller forbyde udlejning af disse. Der har eksisteret en eneret til udlejning i dansk ophavsretslovgivning gennem mange år. Dette er beskrevet af Generaladvokat Mancini i hans forslag til afgørelse i sag 158/86, punkt 3, *Warner Bros Inc m.fl. mod Christiansen*¹ med følgende ordlyd:

"I Danmark er muligheden for at udleje videogrammer, der lovligt kan erhverves på markedet, altid betinget af en forudgående tilladelse fra værkets ejer, hvis ret derfor ikke konsumeres ved salget (jf. lov nr. 158 af 31. maj 1961, §§ 2 og 23, sidstnævnte som ændret ved lov nr. 274 af 6. juni 1985)."

Siden afgørelsen i *Warner Bros mod Christiansen* er der vedtaget en ny lov om ophavsret (lov nr. 395 af 14 Juni 1995), som imidlertid ikke har ændret den af Generaladvokat Mancini beskrevne retstilstand.

1.2 Som det fremgår af sagens faktiske omstændigheder som beskrevet i Afsnit A, søger Warner hverken at forhindre importen eller salget af de omhandlede laserdiscs; derimod søger man at håndhæve eneretten til udlejning ifølge dansk ret over for den uberettigede udlejning af disse laserdiscs i Danmark.

1.3 Sagsøgte har ikke af Warner fået overdraget nogen ret til udlejning af de omhandlede laserdiscs i Danmark. Sagsøgte har heller ikke af Warner eller af

¹ Sag 158/86, Warner Brothers Inc. og Metronome Video ApS mod Erik Viuff Christiansen, Sml.1988 s. 2605, se punkt 3 s. 2620

nogen af Warners licenstagere fået licens til udlejning af de pågældende laserdiscs i noget andet EU-land. I byretssagen har sagsøgte derfor søgt at fremsætte flere alternative argumenter med henblik på at godtgøre over for retten, at sagsøgte faktisk på anden vis har erhvervet retten til at udleje de pågældende laserdiscs i Danmark. Disse alternative argumenter kan, således som Warner har forstået dem, resumeres på følgende måde:

- a. Sagsøgtes principale påstand for den nationale domstol var, at han havde erhvervet retten til at udleje laserdiscs i Danmark gennem sin leverandør i United Kingdom. Der er imidlertid ikke fremlagt dokumentation for denne påstand over for Byretten, uanset der eventuelt har været fremsat oplysninger over for sagsøgte fra en af leverandørerne af laserdiscs i United Kingdom (Lightening Distribution), om at Warner skulle have givet samtykke til udlejning i United Kingdom, Danmark eller nogen anden medlemsstat. Som angivet ovenfor i Afsnit A under Resumé af de faktiske omstændigheder har Warner aldrig solgt laserdiscs i United Kingdom eller Danmark, hverken selv eller gennem tredjemand.
- b. Subsidiært har sagsøgte påstået, at eftersom Warner har givet samtykke til udlejning af samme film i Danmark, men i et andet format (dvs. på videokassette og ikke på laserdisc) skulle dette samtykke vedrørende eksemplarerne på videokassette udstrækkes til *alle* fysiske eksemplarer af filmen i *alle* andre formater. Dette gøres gældende uanset Warner som indehaver af eneretten ikke har givet tilladelse til udlejning af de pågældende laserdisc-eksemplarer. Som det fremgår af nærværende indlæg, er der ikke noget retligt grundlag for denne påstand.
- c. Endelig fremsatte sagsøgte for første gang langt henne i sagens forløb den påstand, at Warner stiltiende skulle have givet samtykke til udlejning af laserdiscs i United Kingdom. Warner har konsekvent

benægtet at have givet et sådant indirekte eller stiltiende samtykke til udlejning af laserdiscs i United Kingdom, og fastholder endvidere, at der aldrig over for sagsøgte er givet samtykke til udlejning af laserdiscs i Danmark.

1.4 Det fremgår af denne korte redegørelse for problemstillingerne i byretssagen og de faktiske omstændigheder i Afsnit A, at kernen i forelæggelsen og det stillede spørgsmål er:

- a. udlejningsrettens karakter både efter dansk ret og ifølge Rådets Direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992² om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret ("Udlejningsdirektivet"), og
- b. anvendelsen af fællesskabsrettens principper, som fastlagt af EF-Domstolen³ i en lang række sager om håndhævelsen af ophavsretten, hvor håndhævelsen er nødvendig for at bevare rettens særlige genstand.

² EFT L 346 af 27.11.1992, s. 61

³ Jf. bl.a.:
Sag 402/85, G.Bassett mod Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique (SACEM), Sml. 1987 s. 1747
Sag 262/81, Coditel SA, Compagnie Général pour la Diffusion de la Télévision, m.fl. mod Ciné-Vog Films SA m.fl., Sml. 1982 s. 3381
Sag 62/79, Compagnie Général pour la Diffusion de la Télévision, Coditel SA, m.fl. mod SA Ciné-Vog Films m.fl. Sml. 1980 s. 881
Sag 78/70, Deutsche Grammophone Gesellschaft mbH mod Metro-SB-Grossmärkte GmbH & Co. KG, Sml. 1971 s. 125
Sag 51/75, EMI Records Limited mod CBS United Kingdom Limited, Sml. 1976 s. 811
Forenede sager 55 og 57/80, Musik-Vertrieb membran GmbH og K-tel International mod GEMA-Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, Sml. 1981 s. 147
Sag 270/80, Polydor Limited og RSO Records Inc. mod Harlequin Record Shops Limited og Simons Records Limited, Sml. 1982 s. 329
Sag 158/86, Warner Brothers Inc. og Metronome Video Aps mod Erik Viuff Christiansen, se note 1 ovenfor

2 Forbud mod forskelsbehandling

2.1 Den sidste sætning i Traktatens artikel 36 gør det klart, at hvis national ophavsretslovgivning som den i denne sag omhandlede udgør et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne, kan en sådan ordning ikke opretholdes under henvisning til Traktatens artikel 36. Det blev fastslået af EF-Domstolen i sag 78/70 *Deutsche Grammophon*⁴, at det er et udtryk for forskelsbehandling og i strid med artikel 30,

"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."

2.2. I modsætning til *Deutsche Grammophon*-sagen vedrører den foreliggende sag national ophavsretslovgivning, der ikke alene indeholder en ret til at gennemføre det første salg af et ophavsretsligt beskyttet produkt, men tillige en eneret til herefter at kontrollere hver eneste udlejning af produktet. Ikke desto mindre er det grundlæggende for Domstolens vurdering af det af Ålborg Byret forelagte spørgsmål, at udøvelsen af udlejningsretten i denne sag, ligesom det var tilfældet i sagen *Warner Bros mod Christiansen*⁵, efter dansk ret ikke giver anledning til forskelsbehandling mellem importerede eksemplarer af det beskyttede værk og eksemplarer, der er fremstillet nationalt. Dette skyldes, at den danske lovgivning, hvorefter der kræves samtykke fra rettighedshaveren til udlejning af laserdiscs i Danmark, finder anvendelse, uanset om de pågældende laserdiscs og videokassetter er fremstillet i Danmark eller importeret fra andre medlemsstater. Desuden er det efter lovgivningen uden betydning, om rettighedshaveren har indgået aftale om udgivelse af eksemplarer til salg og/eller udlejning i Danmark eller i andre medlemsstater. Dansk ret giver derimod rettighedshaveren eneret til at forbyde uberettiget udlejning af et værk eller et eksemplar heraf uanset værkets

⁴ Se note 3 ovenfor, se præmis 13 s. 130

⁵ Se note 1 ovenfor

oprindelse. Som det fremgår af Afsnit A om de faktiske omstændigheder, pkt. 2., har Warner i hele den pågældende periode søgt at forbyde udlejning af alle laserdiscs i Danmark, uanset disses oprindelse.

- 2.3 Selv om det er muligt, at sagsøgte ville undlade at importere de omhandlede laserdiscs, hvis Warner udøvede sin udlejningsret til at forbyde udlejning, ville dette ikke resultere i nogen form for forskelsbehandling og følgelig ikke have nogen retlige konsekvenser. Som EF-Domstolen bemærkede i *Basset-sagen*⁶:

"Selv om det antages, at opkrævningen af den omtvistede afgift kan medføre en begrænsning af indførslerne, falder den ikke ind under de foranstaltninger med tilsvarende virkning, der er forbudt i henhold til traktatens artikel 30, idet opkrævningen må betragtes som en normal udnyttelse af en ophavsret, ligesom der ikke herved er tale om en vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne jf. traktatens artikel 36."

- 2.4 Det følger af disse bemærkninger, at der ikke er tale om en vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstater som defineret i Traktatens artikel 36, sidste punktum, når Warnerhenholder sig til dansk lovgivning.

3 Udlejningsrettens karakter

- 3.1 Idet det således må lægges til grund, at der ikke er tale om forskelsbehandling, kan sagsøgte kun underbygge sin påstand om, at det er i strid med Traktatens artikel 30-36 at henholde sig til udlejningsretten, ved at søge at godtgøre, at anvendelsen af dansk lovgivning med henblik på at forhindre markedsføringen af de omhandlede laserdiscs ikke er begrundet (som defineret i artikel 36) i hensynet til sikring af udlejningsrettens "særlige genstand".

⁶

Se note 3 ovenfor, se præmis 16 s. 1768

3.2 Betydningen af begrebet den enkelte immaterialrettigheds "særlige genstand" er beskrevet på følgende måde af Generaladvokat Gulmann i sag T-69/89 Magill⁷:

"Anvendelsen af begrebet den særlige genstand er udtryk for den tankegang, at der for hver enkelt immaterialrettighed kan fastlægges en række kernebeføjelser, som i henhold til national ret tilkommer indehaveren af denne rettighed, og hvis udøvelse ikke berøres af traktatens regler."

3.3 Det fremgår af dansk lovgivning og af Domstolens egen fortolkning af udlejningsrettens særlige genstand i *Warner Bros mod Christiansen*, at det i fællesskabsretlig henseende er udlejningsrettens særlige genstand at sikre rettighedshaveren en eneret til at fastlægge de vilkår, hvorunder tredjemand kan udøve rettigheden, således at rettighedshaveren opnår en indtægt, som afspejler den kendsgerning, at retten kan udøves flere gange⁸.

3.4 Denne definition er baseret på det princip, som Domstolen anerkendte i sag 62/79 *Coditel mod Ciné Vog Films (nr. 1)*⁹. Domstolen fastslog, at rettighedshaveren, som det er tilfældet med fremførelsesretten, ville miste muligheden for at få et rimeligt vederlag, hvis han blev forhindret i at tillade eller forbyde videreudlejning efter første udlejning af et eksemplar af en film.

3.5 I *Coditel* sagen beskrev Domstolen på følgende måde ophavsrettens særlige genstand i relation til en film og opstillede en sondring mellem den og de særlige karakteristika ved produkter, der udelukkende gøres tilgængelige for offentligheden ved udbredelse i fysisk form:

⁷ Forenede sager 241 og 242/91, Radio Telefis Eireann (RTE) og Independent Television Publications Ltd (ITP) mod Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, Sml. 1995 s.I-743, se punkt 28 s. 756

⁸ Se præmis 15 i Domstolens afgørelse i Sag 158/86, Warner Brothers Inc. og Metronome Video ApS mod Erik Viuff Christiansen, se note 1 ovenfor, se s. 2629

⁹ Se note 3 ovenfor

"Film hører til de litterære og kunstneriske værker, der kan gøres tilgængelige for offentligheden ved fremførelser, som kan gentages i det uendelige. I denne henseende er de problemer, som respekten for ophavsretten indebærer i forhold til traktatens krav, ikke de samme som dem, der vedrører litterære og kunstneriske værker, som gøres tilgængelige for offentligheden sammen med udbredelsen af værkets materielle bærer, således som det er tilfældet med bøger og grammofonplader.

Under disse omstændigheder har indehaveren af ophavsretten til en film og hans retssuccessorer en legitim interesse i at kunne beregne honoraret for tilladelsen til at fremføre filmen på grundlag af det virkelige eller sandsynlige antal fremførelser og først at tillade en fjernsynsudsending af filmen [...] efter en vis forevisningsperiode i biograferne [...]

[Disse konstateringer][...] at muligheden for indehaveren af ophavsretten og hans retssuccessorer for at kræve honorarer for enhver fremførelse af en film er en del af hovedfunktionen af ophavsretten til denne type litterære og kunstneriske værker."¹⁰ (understregning tilføjet)

- 3.6 Disse principper blev efterfølgende bekræftet og forstærket både af Domstolen og Generaladvokaten i sag 262/81 *Coditel II*¹¹. I præmis 12 i dommen i denne sag bemærkede Domstolen:

"Domstolen fastslog videre i dommen (Coditel I), at muligheden for indehaveren af ophavsretten til et filmværk og hans retssuccessorer for at kræve honorar for enhver fremførelse af filmen er en del af hovedfunktionen af ophavsretten." (understregning tilføjet)

Generaladvokaten bemærkede under punkt 2 (e)(aa):

"Det kan således ikke være nok at kunne beregne honorar, idet det afgørende må være at sikre et rimeligt honorar for den kunstneriske indsats, som kommer til udtryk i filmen. Den kunstneriske indsats, som er forbundet med betydelige økonomiske risici, må sikres gennem en række forskellige ophavsrettigheder (musik, litteratur osv.). Et sådant værk er derfor ikke kun sikret gennem uoverdragelige rettigheder tilknyttet ophavsmanden selv, men også gennem eneretten til den økonomiske udnyttelse heraf ved mangfoldiggørelse og fremførelse."

- 3.7 At udlejningsretten er knyttet til en fysisk genstand (eksemplarer af film) ændrer lige så lidt herpå som det forhold, at fremførelsesrettighederne til musikværker kan udnyttes gennem et fysisk medium som f.eks. lydoptagelser.

¹⁰ Se note 3 ovenfor, se præmisserne 12-14 s. 902-903

¹¹ Sag 262/81, *Coditel SA*, *Compagnie Général pour la diffusion de la Télévision m.fl. mod Ciné-Vog Films SA m.fl.*, se note 3 ovenfor, se præmis 12 s. 3401 og punkt 2 (e)(aa) s. 3411

Dette princip er beskrevet af Domstolen i *Tournier*¹² i præmis 12 og 13:

Endvidere bemærkes, at de problemer, som overholdelsen af ophavsretten til musikværker, der gøres tilgængelige for offentligheden ved fremførelse, 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 tilladelse til at fremføre værket på grundlag af det virkelige eller sandsynlige antal fremførelser, jf. Domstolens dom af 18. marts 1980 (Coditel, 62/79, Sml. s. 881).

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 fri 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 kræve 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."

- 3.8 Ligesom retten til offentlig fremførelse giver rettighedshaveren mulighed for selv at bestemme fremførelsernes antal, rækkefølge, format, tid og sted (for en film f.eks. visning i biografen, udsendelse på fjernsyn, på pay- eller free-TV), sågiver retten til udlejning ifølge sin natur og økonomiske begrundelse rettighedshaveren mulighed for selv at fastlægge de omstændigheder, hvorunder udlejning kan tillades.
- 3.9 Den enkelte udlejning af et eksemplar af et værk er, ligesom den offentlige fremførelse, en særskilt handling, der kræver rettighedshaverens tilladelse. Ligesom offentlige fremførelser kan udlejningen gentages i det uendelige. Videoudlejning af et eksemplar af en film er en af flere udnyttelsesmuligheder for film. Disse muligheder omfatter visning i biografen, video sell-through, udsendelse på pay-TV, på kabel- og satellit-TV til abonnenter, eller på free-

¹²

Sag 395/87, Anklagemyndigheden mod Jean-Louis Tournier, Sml. 1989 s. 2521, se præmisserne 12 og 13 s. 2571

TV. I stigende omfang afhænger en films økonomiske succes af en omhyggeligt tilrettelagt frigivelse på disse forskellige udnyttelsesområder i flere geografiske områder¹³. Som regel giver indehaveren af rettigheder til film rettighederne til de enkelte udnyttelsesområder i licens til forskellige tredjemænd (f.eks. biograf- eller videogramdistributører, TV-selskaber mv.) For at sikre den størst mulige indtjening på en film må rettighedshaveren være i stand til at fastsætte og håndhæve vilkårene for de forskellige udnyttelsesområder. Som anført af Generaladvokat Slynn i sagerne 60-61/84 *Cinéthèque SA m. fl. mod Federation Nationales des Cinémas Francais*:¹⁴

"Det er blot et udslag af redelig konkurrence, at den del af industrien, der afholder de fleste omkostninger, får en rimelig mulighed for at få disse dækket."

- 3.10 Licensaftaler vedr. distribution eller udlejning indeholder vilkår bl.a. om frigivelsestidspunkter ("availability dates" eller "vinduer") for udnyttelse i medlemsstaterne og, når der er tale om udlejning, begrænsninger med hensyn til videreudlejning for at sikre, at rettighedshaveren kan bevare kontrollen med udlejningsretten. Som nævnt er denne begrænsning indeholdt i den standardaftale, som er indgået mellem danske forhandlere og FDV. (Se ovenfor under Afsnit A pkt. 1.3). Selv inden for EUs enkelte medlemsstater afhænger frigivelsestidspunktet for en film i de forskellige udnyttelsesområder af flere forhold, herunder hvor længe dubbing/tekstning af en film varer, hvornår det er "højsæson" for biografer, om der findes et kommercielt bæredygtigt pay-per-view eller pay-TV, for blot at nævne et par. EF-Domstolen anerkendte i sin *Coditel* afgørelse og efterfølgende i sin afgørelse i *Cinéthèque* betydningen af at udnytte "vinduer" på grundlag af geografisk afgrænsning og nødvendigheden af, at disse grundlæggende udnyttelsesrettigheder må kunne udøves gentagne gange og ikke være genstand for konsumtion.

¹³ I henhold til afhandlingen "Entertainment Industry Economics" af Howard L Vogel: "[o]f any 10 major theatrical films produced, on the average 6 or 7 are unprofitable and I will break even" (s. 29)

¹⁴ Forenede sager 60 og 61/84, *Cinéthèque SA m.fl. mod Fédération nationale des cinémas français*, Sml. 1985 s. 2605, se s. 2613

- 3.11 På denne faktiske og økonomiske baggrund og i overensstemmelse med Domstolens og Kommissionens praksis redegjorde Kommissionen i forslaget til Udlejningsdirektivet¹⁵ på følgende måde (i afsnit 32) for karakteren af den udlejningsret, man ønskede at harmonisere inden for EU:

"Bestemmelsen i stk. 1 vedrører selve karakteren af udlejnings- og udlånerettigheder: der er ikke blot tale om en lovfæstet ret til vederlag for udlejning og udlån, men også en eneret, dvs. en ret, hvorefter rettighedshaveren enten kan forbyde tredjemand at udleje eller udlåne rettighedshaverens værk eller kan tillade udlejning og udlån mod eller uden betaling af vederlag." (understregning tilføjet)

- 3.12 Dette princip blev anvendt i Udlejningsdirektivet, hvor det i artikel 2(1) bl.a. bestemmes, at udlejningsretten til bl.a. film, som medlemsstaterne er forpligtet til at indføre i den nationale lovgivning, skal være en eneret til at tillade eller forbyde udlejning. Ifølge artikel 1(1) omfatter eneretten alle "*originalværker og eksemplarer af ophavsretligt beskyttede værker samt af andre frembringelser.*"

- 3.13 Udlejningsdirektivet tilslutter sig således det princip, som er fastslået i Domstolens hidtidige praksis, hvorefter udlejningsrettens hovedfunktion er at give rettighedshaveren mulighed for at fastlægge vilkårene for udlejning af eksemplarer af en film. Det er et karakteristikon ved denne udlejningsret, at rettighedshaveren kan vælge at udøve sin udlejningsret på forskellige måder. Rettighedshaveren kan således f.eks. udøve sin ret ved at tillade en forhandler at udleje et eksemplar af en film i en begrænset periode og/eller inden for et begrænset område, f.eks. en bestemt forretning, by eller et enkelt land. Ligeledes kan rettighedshaveren begrænse retten til at udleje eksemplarer af værket (i dette tilfælde eksemplarer af en film) til et specielt format, som f.eks. videokassette i modsætning til laserdisc. Det er en selvindlysende grundsætning, at rettighedshaveren ikke er forpligtet til at udnytte eller give andre licens til at udnytte udlejningsretten, og at han frit kan bestemme, at

¹⁵

Kom 586/90 endelige udg.

eksemplarer af værket kun må sælges og ikke udlejes¹⁶. Dette er særlig relevant i den foreliggende sag, eftersom retten til at fremstille, distribuere og tillade udlejning af eksemplarer af en film på laserdisc ofte gives i licens af rettighedshaveren til et filmværk uafhængig af en eventuel tilsvarende licens til udnyttelsen af disse rettigheder på videokassetteformat. Almindelig økonomisk fornuft ville få en rettighedshaver til at trække tilladelsen til udlejning af laserdiscs tilbage og istedet alene tillade udlejning af videokassetter. Laserdiscs er et høj-opløsnings format med digitaliseret lyd, som kan fremstilles i et ubegrænset antal ulovlige eksemplarer af høj standard, uden at kvaliteten forringes som led i kopieringen. Videokassetter er derimod analoge medier med en lavere opløsning og frembyder en mere begrænset risiko for fremstilling af ulovlige eksemplarer i et større antal, da kvaliteten forringes hver gang kassetten kopieres. Da udlejning af film til privat brug giver anledning til visse risici med hensyn til ulovlig eksemplarfremstilling fra lejernes side, er det med særdeles god grund, at en rettighedshaver søger at forbyde udlejning af film i laserdisc-formatet. Dette er en del af udlejningsrettens særlige genstand.

4 Konsumtion af udlejningsretten: Udlejningsretten konsumeres ikke

- 4.1 Som nævnt ovenfor under pkt. 2, påstår sagsøgte i den nationale retssag, at den kendsgerning at Warner henholder sig til sin udlejningsret efter dansk ret, er i strid med Traktatens artikel 30 og ikke kan støttes på artikel 36. Sagsøgte gør tilsyneladende gældende, at der er sket konsumtion af udlejningsretten i Danmark som følge af, at Warner ifølge sagsøgtes påstand direkte eller indirekte har givet samtykke til udlejning af de omhandlede laserdiscs i United Kingdom. Subsidiært gøres det fra sagsøgtes side gældende, at Warner ikke kan henholde sig til sin udlejningsret i Danmark, da Warner, påstås det, havde givet samtykke til udlejningen af de samme filmtitler i et andet format i Danmark, nemlig VHS- kassetter.

¹⁶

Se de forenede sager 60 og 61/84, Cinéthèque SA m.fl. mod Fédération nationale des cinémas français, se note 14 ovenfor

4.2 Ser man helt bort fra spørgsmålet om korrektheden af disse påstandes faktuelle indhold, gøres det fra Warners side gældende, at der ikke findes noget retligt grundlag for sagsøgtes påstande vedrørende konsumtion. Det blev i utvetydige vendinger fastslået af Domstolen i sag 158/86 *Warner Bros mod Christiansen*, at udlejningen af et videogram, ligesom udnyttelsen af fremførelsesretten, kan finde sted gentagne gange. Dette betyder, at udlejningsretten ikke kan konsumeres første gang en fysisk genstand bliver bragt i omsætning eller sælges. Princippet er senere anerkendt af Kommissionen og blevet en integreret del af fællesskabsretten. Dette er beskrevet på følgende måde i Kommissionens Grøn bog om Ophavsret, pkt. 4.10.5.:

*"EF-domstolens afgørelser vedrørende konsumtionsprincippet er på ingen måde uforenelige med indførelsen af en ret til at kontrollere udlejning, hvad enten dette sker på nationalt eller EF-plan. De situationer, der indtil dato har været anset som uforenelige med traktatens bestemmelser om fri udveksling af varer, har alle vedrørt salg og videresalg af produkter, der lovligt er blevet bragt i omsætningen og ikke udlejning af ophavsretligt beskyttede indspillede værker. Hertil kommer, at EF-domstolen i *Coditel*-sagen statuerede, at dersom ophavsretligt beskyttede værker udnyttes i form af successive fremførelser, vil den første fremførelse ikke udtømme rettighedshaverens rettigheder. Udnyttelse af lyd- og videooptagelser i form af udlejning rejser de samme problemer som dem, der gør sig gældende med hensyn til udnyttelse i form af offentlig fremførelse, ikke mindst for så vidt angår rettighedshaverens legitime interesse i at kontrollere successiv kommerciel udnyttelse af værket."*

4.3 Princippet er fuldt ud indarbejdet i Udlejningsdirektivet. I direktivets art. 1(4) hedder det således:

"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 bemærkes, at det i Kommissionens oprindelige udkast hed, at udlejningsretten "*ikke ... påvirkes*" af nogen form for distribution. Dette blev imidlertid senere erstattet af "*ikke ... udtømmes*" i overensstemmelse med forslag fra Europaparlamentet og flere af medlemsstaterne om, at den nye ordlyd ville være mere i overensstemmelse med ophavsretlig terminologi¹⁷. Reinbothe og von Lewinski bemærker i denne forbindelse:

¹⁷

Se Reinbothe & von Lewinski: The EC Directive on Rental Rights and on Piracy (s. 43)

"The term "exhaustion" is used in copyright law with respect to the distribution right (the distribution right is exhausted for example after the first sale), but not with respect to the rental and lending rights. Notwithstanding this question of terminology, the indicated change of wording did not cause any change in substance:

[]

... Paragraph [Article 1.4] clarifies the exhaustion of distribution rights will not affect the subsistence of the rental and lending rights as set out in Article 2(1). Accordingly, the author will retain his exclusive rental or lending right even after a copy of the work has been sold or otherwise distributed."

- 4.4 Princippet om, at udlejningsretten ikke konsumeres, er for nylig blevet bekræftet af Kommissionen i dens meddelelse om "Opfølgning af Grønbogen om Ophavsret og Ophavsretsbeslægtede Rettigheder i Informations-samfundet",¹⁸ hvor det bemærkes:

"De [de gældende EU-regler] tillægger de relevante rettighedshavere eneret, hvad angår spredning, herunder udlejning, af det originale værk og andre frembringelser eller kopier heraf, hvorimod denne ret (dog ikke retten til udlejning) vil blive udtømt, hvad angår kopier af værket eller andre frembringelser, der er udbudt til salg i EU af rettighedshaveren eller med dennes samtykke (EU-konsumtion)." (side 18, understregning tilføjet)

Princippet er ligeledes blevet anerkendt i anden tilsvarende fællesskabsretlig regulering af ophavsrettigheder, især i Rådets Direktiv 96/9/EØF om retlig beskyttelse af databaser¹⁹ og Rådets Direktiv 91/250/EØF om retlig beskyttelse af edb-programmer²⁰.

- 4.5 I forbindelse med den foreliggende sag og det sidste afsnit af det af Byretten i Ålborg forelagte spørgsmål bemærkes, at formuleringen i Udlejningsdirektivet havde den praktiske konsekvens, at fællesskabsretten blev bragt i overensstemmelse med den dagældende danske Ophavsretslovs § 23. I Kommissionens forslag til udlejningsdirektivet, pkt. 12²¹, bemærkes:

¹⁸ Kom(96) 568 endelige udg.

¹⁹ EFT L 77 af 27.03.1996, s. 20 (se specielt præmisserne 33 og 43 og artiklerne 5(c) og 7.2(b))

²⁰ EFT L 122 af 17.05.1991, s. 42 (se specielt artikel 4(c) hvoraf det fremgår at "Første gang en kopi af et edb-program sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, er rettighedshaverens ret til at sprede den pågældende kopi inden for Fællesskabet udtømt, med undtagelse af retten til at udøve kontrol med yderligere udlejning af edb-programmet eller af en kopi deraf." (understregning tilføjet)

²¹ Se note 15 ovenfor

"I Danmark gælder der en eneret til udlejning, for så vidt angår eksemplarer af musikalske værker - det være sig i form af partiturer, fonogrammer eller andet - til fordel for komponister. Der gælder ingen udlejningsret til fordel for fonogramproducenter, jf. § 23, stk. 2 og 1, i den danske ophavsretslov. Ophavsmænd til filmværker og edb-programmer har eneret til udlejning (jf. § 23 i ophavsretsloven). Set fra et juridisk synspunkt kan dette anses for en indskrænkning i princippet om konsumtion af spredningsretten. Ophavsmænd til musikalske værker, filmværker samt til edb-programmer kan således forbyde udlejning af deres værker også efter offentliggørelse."

Der er således ikke nogen væsentlig forskel på den grundlæggende juridiske analyse, der skal anvendes afhængigt af, om vurderingen af spørgsmålet, der er forelagt af Byretten i Ålborg, sker i henhold til dansk lov eller i henhold til Udlejningsdirektivet.

4.6 Det følger både af Domstolens og af Kommissionens praksis, som er indført i den fællesskabsretlige regulering, at det er en del af udlejningsrettens karakter, at den ikke konsumeres ved den første økonomiske udnyttelse, f.eks. ved første eller efterfølgende udlejning. Derfor krænes eneretten til udlejning hver eneste gang en videokassette eller laserdisc udlejes uden samtykke fra indehaveren af udlejningsretten. Eller sagt på en anden måde, hvis ophavsretten udnyttes ved successiv udlejning, kan den første udlejning ikke udtømme rettighedshaverens udlejningsret.

4.7 Kernen i denne praksis er et grundlæggende princip om, at udlejningsretten, ligesom fremførelsesretten, er af en sådan karakter, at den ikke kan konsumeres. Marengo og Banks beskriver denne analyse og dens logiske begrundelse i fællesskabsretten på følgende måde i deres artikel med titlen *"Intellectual Property and the Community Rules on the Free Movement: Discrimination unearthed"*²²

"The doctrine of exhaustion and therefore a community exhaustion applies to the sale of the product. As we have already seen, the idea behind it is that, as far as the sale of the product is concerned, the scope of exclusivity should not go beyond the first sale because the benefit of the exclusivity can already be extracted from such a sale ... the law may, however, bestow a right to control (in addition to the first sale) acts

22

E.L.R. 1990, 15(3), 224-256, s. 248

(like the public performance of films or music, or the rental of sound or video recordings) in relation to which the economic benefit of the exclusivity cannot be extracted just from the first of them. In these cases, the law intends to let the rightholder control (in addition to the first sale) the whole series of acts in question: all public performances, all rentals, etc. In other words the right as to these acts is never exhausted and only terminates with the end of the period for which it is granted." (emphasis added)

5 Det af Byretten i Ålborg forelagte spørgsmål

Artikel 30-36 og 59

5.1 På ovennævnte baggrund vender vi os herefter til besvarelsen af det af Byretten i Ålborg forelagte spørgsmål.

5.1.1 Med hensyn til artikel 30-36 og 59 er den juridiske analyse til brug for besvarelsen af Byrettens spørgsmål anført ovenfor under pkt. 2 - 4. Fra Warners side gøres det dog gældende, at der i det forelagte spørgsmål lægges en række faktiske omstændigheder til grund, som ikke er blevet dokumenteret over for den nationale ret. Med det forelagte spørgsmål søger man at fastslå, om den, der har fået tillagt eneretten til udlejning i Danmark af rettighedshaveren, handler i strid med Traktatens artikel 30-36, hvis

- a. indehaveren af udlejningsretten forhindrer udlejning af laserdiscs i Danmark (hvor disse ikke er fremstillet), som er kommet på markedet i en anden medlemsstat (*in casu* United Kingdom) og importeret til Danmark,
- b. rettighedshaveren i United Kingdom har givet stiltiende samtykke til, at disse laserdiscs udlejes i United Kingdom, og
- c. den, der har fået tillagt udlejningsretten i Danmark, tillader udlejning af eksemplarer af samme film i Danmark, men i et andet format, navnligt videokassetter.

5.1.2 Mens Warner anerkender, at det ved en forelæggelse af et spørgsmål til præjudiciel afgørelse efter Traktatens artikel 177 er den nationale ret, der afgør sagens faktum, ønsker Warner alligevel for god ordens skyld at gøre Domstolen opmærksom på nedenstående unøjagtigheder vedrørende de faktiske omstændigheder i sagen:

- a. Warner har hverken i Danmark eller i United Kingdom overdraget nogen form for udlejningsret vedrørende de omhandlede laserdiscs til tredjemand. Udlejningsretten til de pågældende laserdiscs tilhører Warner, både i United Kingdom og i Danmark, hvor Metronome har en eksklusiv licens. Ingen af de pågældende laserdiscs er først blevet bragt på markedet i United Kingdom af Warner selv eller med samtykke fra Warner. De er derimod alle importeret til United Kingdom fra USA.
- b. Det følger heraf, at Warner, i modsætning til hvad der antydes i det af Byretten i Ålborg forelagte spørgsmål, hverken stiltiende eller på anden måde har givet samtykke til udlejning af laserdiscs i United Kingdom eller i nogen anden medlemsstat. Der er heller ikke fremlagt noget materiale for Byretten til dokumentation af denne påstand. Derfor er udtalelsen fra Ålborg Byret om, at:

"[...] princippet indebærer næppe nødvendigvis, at rettighedshaveren også skal beskyttes i forhold til eksemplarer, hvormed han har valgt at udnytte udlejningsmarkedet, herunder når udlejningsmarkedet udnyttes i begge de pågældende medlemslande."

malplaceret, for så vidt som det antydes, at Warner accepterede udlejningen af eksemplarer af de omhandlede laserdiscs i United Kingdom. I denne henseende bør det erindres, at Traktatens artikel 30 og 36 kun finder anvendelse på indførselsrestriktioner, der kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne²³.

²³

Sag 51/75, EMI Records Limited mod CBS United Kingdom Limited, se note 3 ovenfor og sag C-191/90 Generics (UK) Ltd og Harris Pharmaceuticals Ltd mod Smith Kline and French Laboratories Ltd, Sml. 1992 s. I 5335, se s. 5374

5.1.3 Uanset forelæggelsen fra Byretten i Ålborg bygger på den ovennævnte urigtige beskrivelse af de faktiske omstændigheder i sagen, ville det efter Warners opfattelse ikke medføre nogen ændring i Domstolens besvarelse af det forelagte spørgsmål, selv om (*quod non*) det måtte antages, at denne beskrivelse var i overensstemmelse med de faktiske forhold. Dette skyldes, som det fremgår af argumentationen i pkt. 3.1 - 3.4 i nærværende indlæg, at Warner ved at forhindre en uberettiget udlejning af de pågældende laserdiscs i Danmark blot har henholdt sig til udlejningsrettens særlige genstand efter dansk ret. Udlejningsretten i Danmark ville ikke være konsumeret, selv om (*quod non*) Warner stiltiende eller udtrykkeligt havde givet samtykke til udlejning af disse laserdiscs i United Kingdom, eftersom eneretten til udlejning krænkes hver eneste gang en videokassette eller laserdisc udlejes uden tilladelse fra indehaveren af ophavsretten. Den kendsgerning, at videogrammer af samme film kan være blevet udlejet i Danmark med samtykke fra Warner ændrer ikke på nogen måde analysen, netop fordi udlejningsretten er en eneret, som krænkes hver eneste gang et eksemplar udlejes uden tilladelse. Byretten i Ålborg tager fejl, når den i sin forelæggelseskendelse antyder at *Warner Bros mod Christiansen* sagen ville have fået et andet udfald, hvis der på det pågældende tidspunkt havde eksisteret en udlejningsret efter engelsk ret. Selv om der havde eksisteret en udlejningsret efter engelsk ret på det pågældende tidspunkt, og disse laserdiscs var blevet udlejet i United Kingdom, ville det ikke have medført konsumtion af rettighedshaverens eneret til udlejning i Danmark.

5.1.4 Som svar på det af Byretten i Ålborg forelagte spørgsmål gør Warner sammenfattende gældende, at man er fuldt ud berettiget til at henholde sig til sin danske udlejningsret med henblik på at forhindre sagsøgtes uberettigede udlejning af de omhandlede laserdiscs. Dette skyldes, at:

- a. Warner, som indehaver af udlejningsretten, har eneretten til at forbyde eller tillade udlejning, uden eller mod betaling af vederlag. Denne ret omfatter alle originale ophavsretligt beskyttede værker og eksemplarer heraf. Dette fremgår både af dansk ret og af artikel 1(4) i Udlejningsdirektivet.²⁴
- b. Af de ovenfor under pkt. 2.1 - 2.4 nævnte grunde sonderer man efter dansk ret ikke mellem uberettiget udlejning af danske og importerede eksemplarer af de omhandlede film. Man anvender den ikke-diskriminerende regel, hvorefter eneretten beskytter rettighedshaveren hver eneste gang en laserdisc eller en videokassette udlejes, uanset disses oprindelse.
- c. Som beskrevet i pkt. 3.9 - 3.10 er udøvelsen af udlejningsretten inden for geografisk afgrænsede områder desuden væsentlig for at sikre en effektiv opdeling af udnyttelsen af en film på forskellige medier i EU. Den omstændighed, at den tidsmæssige udnyttelse af et "vindue" inden for de enkelte udnyttelsesområder kan variere fra medlemsstat til medlemsstat har allerede været behandlet af Domstolen, som har fundet denne praksis forenelig med artikel 30, 36 og 59 (jf. forenede sager 60 og 61/84 *Cinetheque*²⁵.)
- d. Den omstændighed, at Warner kan have udlejet videokassetter med de samme film som dem, der findes på laserdisc-eksemplarerne i Danmark, kan ikke påvirke besvarelsen af spørgsmålet. Ligesom retten til offentlig fremførelse giver rettighedshaveren mulighed for at

²⁴ Udlejningsdirektivet blev gennemført i dansk ret fra den 1. juli 1995, med undtagelse af de præceptive bestemmelser om retten til rimeligt vederlag, som først trådte i kraft den 1. januar 1997

²⁵ Se note 14 ovenfor

kontrollere fremførelsernes antal, rækkefølge, tid og sted (f.eks. for en film: visning i biografer, udsendelse på pay-TV eller free-TV osv.) så giver udlejningsretten rettighedshaveren mulighed for at kontrollere vilkårene for udlejningen (f.eks. i bestemte forretninger, i visse områder, i begrænsede perioder, eller et generelt forbud mod udlejning). Som beskrevet ovenfor under pkt. 4, fremgår det af Domstolens praksis, at artikel 30, 36 og 59 ikke under sådanne omstændigheder kan anvendes til at forbyde en normal udnyttelse af ophavsretten og de med ophavsretten beslægtede rettigheder.

- e. Af disse grunde er udlejningsretten, ligesom fremførelsesretten, ikke genstand for konsumtion. Eneretten til udlejning har den afgørende funktion at give rettighedshaveren eneretten til at fastlægge betingelserne for tredjemands udnyttelse af rettigheden (jf. d.). Udøvelsen af Warners udlejningsret i denne sag er begrundet (som defineret i artikel 36) i hensynet til beskyttelse af denne afgørende funktion, og kan følgelig ikke være i strid med Traktatens artikel 30 eller 59. Den generelle retstilstand er beskrevet af Generaladvokat Gulmann i hans forslag til afgørelse i sag 241/242/91 *Magill*²⁶, hvor han bemærkede:

"Er en udøvelse af en given immaterialrettighed derfor nødvendig for, at denne kan opfylde sin afgørende funktion, berøres udøvelsen ikke af traktatens regler."
(understregning tilføjet)

Artikel 85 og 86

- 5.2 Hverken i det af Byretten i Ålborg forelagte spørgsmål, i sagsakterne for den nationale ret, eller i rettens afgørelse, anføres der noget om grundlaget for at artikel 85 og 86 eventuelt kunne være relevante i tvisten mellem parterne. Det

gøres derfor gældende, at der ikke er grundlag for at Domstolen besvarer spørgsmålet i det omfang, det vedrører artikel 85 og 86.

- 5.3 Hvis Domstolen måtte mene, at artikel 85 og 86 er relevante i den foreliggende sag, skal det bemærkes, at Warners håndhævelse af udlejningsretten ikke er omfattet af artikel 85 eller 86, forudsat håndhævelsen ligger inden for grænserne af den afgørende funktion for denne rettighed, således som den forstås i henhold til artikel 36. Generaladvokat Reischl gjorde i sit forslag til afgørelse i sag 262/81 *Coditel II*²⁷ klart rede for dette, idet han bemærkede, at:

"... den aftalemæssige udøvelse af ophavsretten til en film ikke er omfattet af artikel 85, når udøvelsen holdes inden for de grænser, som er fastsat i artikel 36 for rettighedshaverens egen udøvelse af denne ret."

- 5.4 Udlejningsrettens afgørende funktion i henhold til artikel 36 er behandlet indgående ovenfor. Den omstændighed, at Warner har forbeholdt sig kontrollen over udlejningsretten udgør en naturlig del af udlejningsrettens særlige genstand. Ud fra samme betragtninger kan artikel 86 heller ikke anvendes på en situation, hvor ophavsretten udøves inden for de normale rammer af en rettighedshaver, *jf.* følgende betragtning i punkt 46, i Domstolens afgørelse i *Magill*²⁸.

"Det skal i relation til spørgsmålet om, hvorvidt der foreligger en dominerende stilling, indledningsvis bemærkes, at den omstændighed, at en virksomhed er indehaver af en immaterialrettighed, ikke i sig selv betyder, at virksomheden har en dominerende stilling."

- 5.5 Uanset det forudgående følger til brug for Domstolens samlede overvejelser en kortfattet analyse af de forskellige elementer i artikel 85 og 86 og disses anvendelse på de faktiske omstændigheder i denne sag.
- 5.6 For at artikel 85 skal finde anvendelse, skal der foreligge en aftale mellem virksomheder. Som Warner gør det klart ovenfor, se pkt. 2 c. i Afsnit A, har

²⁷ Se note 3 ovenfor, s. 3412

²⁸ Se note 7 ovenfor, s. 822

der aldrig foreligget nogen aftale mellem Warner og sagsøgte, og Warner har aldrig givet samtykke til udlejning af de pågældende laserdiscs, hverken udtrykkeligt eller indirekte.

- 5.7 Som allerede bemærket, anføres det ukorrekt i det af Byretten i Ålborg forelagte spørgsmål, at der kan have foreligget en "stiltiende accept" begrænset til at gælde udlejning i United Kingdom. Selv om (*quod non*) der forelå dokumentation for en stiltiende accept, ville en geografisk afgrænset licens til udlejning ikke i sig selv virke konkurrencebegrænsende eller -forvridende. Domstolen har ved flere lejligheder fastslået, at immaterialrettigheder (herunder udlejningsrettigheder) i følge deres natur er knyttet til et bestemt geografisk område²⁹, og at overdragelsen af en licens for et afgrænset territorium ikke i sig selv kan anses som en konkurrencebegrænsning. Dette blev bekræftet af Domstolen i sag 262/81 *Coditel*³⁰, hvor Domstolen fastslår, at:

"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."

- 5.8 De samme generelle principper finder anvendelse på licensaftalen mellem Warner og Metronome, hvorefter Metronome har fået overdraget eneret til udnyttelsen af rettighederne i Danmark. Både eksklusiviteten og licensens begrænsning til Danmark omfattes af de principper, der blev fastlagt af Domstolen i *Coditel II*. Ligesom i den sag er overdragelsen af geografisk afgrænsede licenser til udlejning nødvendig for beskyttelsen af udlejningsrettens særlige genstand og frembringelsen af originale filmværker.

²⁹ Sag C-10/89 SA CNL-SUCAL NV mod HAG GF AG, Sml. 1990 s. I 3711, se præmis 18 s. 3759

³⁰ Se note 3 ovenfor, præmis 15 s. 3401

Hvis artikel 85 blev fortolket således, at den forbød geografisk afgrænsede licenser til udlejning, ville eksemplarer importeret fra en medlemsstat, hvor en film er frigivet til udlejning, kunne blive gjort til genstand for udlejning i en anden medlemsstat, hvor filmen stadig vises i biograferne. Dette ville føre til en fuldstændige opløsning af udlejningsrettens særlige genstand og en nedgang i indtægterne fra udnyttelsen af film på de forskellige udnyttelsesområder, og i sidste ende sandsynligvis et fald i investeringerne i film.

- 5.9 Det følger heraf, at et udtrykkeligt kontraktvilkår, hvorved tredjemand får en eksklusiv licens i overensstemmelse med det pågældende lands lovgivning i et givet geografisk område, stadig vil ligge inden for de grænser, der er fastsat i artikel 36 for rettighedshaverens beskyttelse af sine rettigheder. Forholdet omfattes derfor ikke af artikel 85. For fuldstændighedens skyld bemærkes det, at de licensaftaler, der er indgået mellem Metronome og forhandlerne i Danmark på grundlag af FDV's standardbetingelser, fungerer som ikke-eksklusive licenser. Indskrænkningerne i de i pkt. 1.3 i Afsnit A omtalte licenser er ikke mere omfattende end nødvendigt for at sikre ophavsrettens særlige genstand for Warner som indehaver af rettighederne.

Artikel 86.

- 5.10 Artikel 86 finder kun anvendelse, såfremt der er tale om en dominerende stilling samt et misbrug heraf. Ingen af disse betingelser er opfyldt i denne sag.
- 5.11 Warner har ikke en dominerende stilling på noget marked, hvor artikel 86 kan finde anvendelse, og der foreligger ikke nogen dokumentation, hverken af faktisk eller økonomisk art, som kan berettige Domstolen til overhovedet at overveje en påstand om, at Warner skulle indtage en dominerende stilling. En udlejningsret kan ikke indebære en dominerende stilling, medmindre der ikke findes andre substituerbare produkter. I så henseende er der i den foreliggende sag talrige substituerbare produkter for de laserdisc-titler, som er genstand for behandling i den nationale retssag, ligesom der også er adskillige andre produkter indenfor filmbranchen, både andre titler og andre distributionsformer for disse titler (f.eks. udlejning og salg af videokassetter,

biografer, pay-TV og free-TV). Der er ikke noget i denne sag forelagt af Byretten i Ålborg, der giver anledning til at antage det modsatte. Således indtager hverken indehaverne af udlejningsrettighederne eller deres licenstagere en dominerende stilling som fastsat i artikel 86.

- 5.12 Desuden kan udnyttelsen af en eneret til udlejning i Danmark med henblik på at forhindre udlejning i Danmark af eksemplarer af et værk, som er solgt eller givet i licens til udlejning i United Kingdom, ikke opfattes som misbrug som defineret i artikel 86. Af de ovenfor i forbindelse med artikel 85 nævnte grunde er en sådan udnyttelse " *begrundet i hensynet til beskyttelse af de rettigheder, som er denne ejendoms særlige genstand.*" (sag 78/70 *Deutsche Grammophon mod Metro*, præmis 11)³¹. Desuden medfører ingen af de i denne sag nævnte handlinger nogen begrænsning i eller forhindring for konkurrencen på et afledt marked eller fremstilling eller markedsføring af nye potentielt efterspurgte produkter (sager C-241 & 242/91 *Magill*)³². En anvendelse af artikel 86 på denne sag ville svare til en tvangslicens af danske udlejningsrettigheder, hvilket i alt væsentligt ville ødelægge udlejningsrettens hovedfunktion i dansk ret.

6 Besvarelse af det af Byretten i Ålborg forelagte spørgsmål

- 6.1 På baggrund af ovenstående bemærkninger foreslår Warner følgende besvarelse af Byrettens spørgsmål:

"Det er ikke i strid med Traktatens artikel 30-36 og/eller 85 og/eller 86, når indehaveren af en eneret til fremstilling og spredning herunder udlejning af en film, eller den der har fået overdraget denne eneret, nægter at give samtykke til udlejning i en medlemsstat af et eksemplar af samme film, som er bragt på markedet og importeret fra en anden medlemsstat. Besvarelsen påvirkes ikke af:

³¹ Se note 3 ovenfor, præmis 11 s. 129

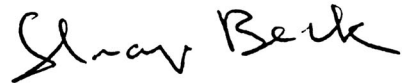
³² Se note 7 ovenfor

- a. *den omstændighed, at rettighedshaveren kan have distribueret eksemplarer af filmen i sidstnævnte medlemsstat og stiltiende accepteret, at disse lejes ud i den pågældende medlemsstat, og*
- b. *ikrafttrædelsen af Rådets Direktiv 92/100/EØF."*

Den 12. juni 1997



Stephen Kon



Strange Beck