



Replik

I sag FS 40-5917/2005
for Vestre Landsret:

Laserdisken
v/Hans Kristian Pedersen
Prinsensgade 38
9000 Aalborg

mod

Foreningen af danske Videogramdistributører (FDV)
v/advokat Johan Schlüter
Sundkrogsgade 9
2100 København Ø

Her følger mine bemærkninger til indkæredes svarskrift, der primært indeholder 3 påstande, som jeg gerne vil knytte nogle bemærkninger til. De tre påstande er:

- 1) Jeg har givet afkald på retten til at kære.
- 2) Mine EU-retlige argumenter er ikke klart begrundet.
- 3) Det er lige meget, om betingelserne for at nedlægge fagedforbud og gennemføre bevissikring er opfyldt, fordi der er anlagt justificationssag.

Ad 1) Om forløbet den 29. november

Det startede med, at fogeden kommanderede alle mine medarbejdere væk fra deres computere. Jeg fik derefter at vide, at der var nedlagt fagedforbud mod mit salg af film fra tredjelande, og at retten havde besluttet at gennemføre en ransagning af mine computere.

Jeg husker ganske klart, at jeg var målløs over, af indkærede var gået til retten for at forhindre parallelimport af dvd-produkterne, og min første reaktion var at spørge:

Hvis de ikke ønsker parallelimport, hvorfor svarer de så ikke på mit brev?

Jeg fik aldrig et svar, men fremviste straks Østre Landsrets kendelse (bilag 4) til fogeden og fandt efterfølgende en kopi af mine breve til de individuelle selskaber (bilag 22). Fogeden sagde - og gentog dette flere gange - at hun ikke kunne tage hensyn til bilag eller argumenter, fordi beslutningen (om fagedforbudet og ransagsagningen) var truffet og ikke kunne ændres.

Jeg læste herefter op fra artikel 6 i "Den Europæiske Menneskeretskonvention" og bad hende forholde sig til den. Hun mente, at den var opfyldt i og med, at jeg fik mulighed for at ringe til min advokat. Jeg fik telefonisk kontaktet min advokat, som bad om udsættelse, så vi kunne undersøge anklagerne og drøfte dem i byretten efterfølgende. Det blev afvist.

LASERDISKEN ApS

Jeg fik heller ikke nogen forklaring på, hvorfor det pludselig skulle gå så hurtigt. Det er trods alt næsten 3 år siden, at jeg skrev til selskaberne og meddelte min holdning og mit tilbud. Det hurtigste og mest effektive havde været at svare på mit brev.

Jeg sagde til retten, at der måtte ligge andre motiver bag rekvisitionen. Jeg er åben med mine holdninger og mine handlinger og prøver ikke at skjule noget.

Om påstanden om frafald af kære

Jeg protesterede udtrykkeligt og vedvarende mod både fogedforbudet og bevissikringen.

Jeg var på tidspunktet slet ikke præsenteret for et anklageskrift, jeg kunne tage stilling til. Jeg kendte heller intet til retsplejelovens § 642, § 643 eller § 653 eller forarbejderne dertil. Jeg vidste på tidspunktet kun med sikkerhed, at fogeden var ensidigt informeret af indkærede, og at hun havde afvist både dokumentation og argumentation baseret på EU-retten og Menne-skeretskonventionen, hvilket jeg var meget utryg ved.

Jeg har fulgt debatten om rettighedshavernes udvidede beføjelser til at foretage private ransagninger i forbindelse med sager om piratkopiering, og jeg forsøgte forgæves at forklare fogeden om forskellen på piratkopier og de lovlige dvd-plader, jeg handler med. Jeg kan under ingen omstændigheder acceptere, at mine dvd-plader kaldes ulovlige, og at jeg ikke kan råde over dem udover mit frivillige tilbud til FDVs medlemmer. I værste fald - hvis jeg taber sagen ved EF-domstolen - mister jeg muligheden for at sælge dem i EU, men det er stadig lovlige udgivelser. Ingen kan retteligt forhindre mig i at disponere over dem udenfor EU.

Men fogeddommeren ville ikke skelne mellem piratkopier og kopier fra tredjelande.

Påstanden om, at jeg i den situation blindt skulle stole på fogeden i en sådan grad, at jeg uden sagkyndig rådgivning ville frafalde retten til at kære fogedens afgørelse er fuldstændig absurd.

Jeg var tværtimod så utilfreds med fogedrettens behandling af sagen, at jeg umiddelbart efter skrev en kronik til Nordjyske Stiftstidende med titlen: "Et retssamfund?". Den blev trykt den førstkommende søndag den 11. december 2005 og fremlægges her som bilag 33.

Jeg finder det noget usædvanligt at bede fogedretten komme med en udtalelse. Jeg skal i givet fald anmode fogedretten bekræfte, at hun dagen efter sagde til min advokat, at de to fremlagte dokumenter var meget betydningsfulde, men at hun ikke havde taget hensyn til dem, fordi hun allerede havde truffet sin beslutning på det tidspunkt.

Fogeddommeren kan også bekræfte, at jeg sagde til hende gentagne gange, at det under ingen omstændigheder måtte se ud som om, at jeg accepterede forbudet og bevissikringen. På et tidspunkt standsede hun talestrømmen med: "*Jeg tror nok, at jeg har forstået det synspunkt.*"

Bevissikringssagens egentlige formål

Det blev hurtigt klart, at sagens egentlige formål var at få udleveret oplysninger om mine leverandørers identitet. Jeg frygter, arrangementet med den uanmeldte overflødige bevissikring og fogedforbud reelt havde til formål at finde beviser på, at mine leverandører har mig som kunde, så distributørerne i tilfælde af nederlag ved EF-domstolen kan chikanere mine leverandører. To gange tidligere er det lykkedes dem at presse mine leverandører til at nægte at levere til mig.

Det er rigtigt, at jeg *specielt* protesterede over, at navnene på mine leverandører skulle udleveres. Jeg begrundede det med, at mine leverandører ikke under nogen omstændigheder har gjort noget forkert. Selv efter ophavsretsloven § 19 er det lovligt at sælge *til* Danmark. Det er den danske forhandler, der i givet fald skal respektere et *eventuelt* forbud mod videresalg.

I det hele taget er sagen behandlet, som om den handler om piratkopiering.

Ad 2) Om anvendelsen af EU-retten på den konkrete sag

Indkæredes indsigelser bygger i hovedsagen på den vildfarelse, at national lovgivning har forrang frem for EU-retten. Den bygger i det mindste på en manglende forståelse for, hvordan EU-rettens forrang skal håndteres i praksis. Indkærede efterlyser i svarskriftet en forklaring og henviser til, at Østre Landsret for nylig afviste at suspendere en dansk national regel, selvom EU-rettens konkurrenceregler var påberåbt i sagen. Jeg skal gerne forklare mig yderligere.

Supplerende bilag fremlægges som bilag 2

Forklaringen støttes blandt andet på EU-Karnovs gennemgang i 1993-udgaven, hvorfra jeg allerede har fremlagt en side som bilag 2. Jeg supplerer dette bilag 2 med yderligere 4 sider fra samme kilde. Det vedlagte bilag 2 på 5 sider erstatter derfor det først fremlagte bilag 2 på én side. Det er måske lidt utraditionelt, men da emnet er EU-rettens forrang, og da samtlige sider er uddrag fra EU-Karnov (1993), forekommer det mere hensigtsmæssigt at udskifte bilag 2 end at fremlægge de nye sider som separate bilag.

Den uddybende forklaring

Som følge af EU-rettens ubetingede forrang, der ikke alene er rettet til medlemsstaterne, men også til hver enkelt national dommer, er det enhver dommers pligt at sikre, at en anvendt national regel ikke strider mod EU-retten. Hvis den nationale dommer ikke kan forvisse sig om det, må han ikke anvende reglen. Så klar er EU-rettens forrang ifølge EF-domstolens praksis (bilag 2, side 1).

Angående ophavsretslovens § 19 går indsigelsen bl.a. ud på, at den begrænsning af konkurrencen og ytringsfriheden, som anvendelsen af loven medfører, er i strid med umiddelbart anvendelige regler i EF-traktaten. Sagen er speciel på den måde, at der er tale om en gennemførelse af et EU-direktiv, og ugyldighedspåstanden bygger på, at det bagvedliggende direktiv er ugyldigt. Det er *udenfor* den nationale domstols kompetence at erklære et direktiv ugyldigt.

En national domstol har kompetence til at *afvise* ugyldighedsindsigelser mod et direktiv, hvis der ikke er rimelig tvivl om gyldigheden (bilag 1, side 3), men selvom den *anerkender* en ugyldighedsindsigelse mod et direktiv, er den alligevel nødt til at forelægge sagen for EF-domstolen, fordi den ikke selv kan erklære et direktiv ugyldigt (bilag 1, side 2).

Der er intet bemærkelsesværdigt i, at Østre Landsret i en anden sag har afvist, at anvendelsen af EUs konkurrenceregler fører til ugyldighed. Det er mit indtryk, at der forholdsvis jævnligt gøres indsigelse mod gyldigheden af danske regler med henvisning til EU-retten, og at domstolene i langt de fleste tilfælde afviser ugyldighedsgrundene. Det er i fuld overensstemmelse med domstolens kompetence. Retten har dermed forvisset sig om, at den pågældende regel ikke er i strid med EU-retten og har blot opfyldt sin forpligtelse.

Men det forholder sig altså *modsat* i denne sag. På tidspunktet for fagedforbudets nedlæggelse havde Østre Landsret *tiltrådt*, at indsigelserne er relevante.

Da situationen er, at Østre Landsret ved kendelse har afvist at udelukke, at den anvendte regel er ugyldig og som foreskrevet har forelagt sagen for EF-domstolen, kan hverken Byretten i Aalborg eller Vestre Landsret selvstændigt nå frem til det modsatte resultat. Afgørelsen ligger på nuværende tidspunkt hos EF-domstolen - og hos EF-domstolen alene.

Det tjener derfor intet formål at debattere indholdet af den sag her, og indkæredes holdning til spørgsmålet er selvsagt uden betydning.

Retten skal i nærværende sag forholde sig til det faktum, at Østre Landsret har anerkendt, at det er tvivlsomt, at ophavsretslovens § 19 er gyldig, og at sagen er forelagt for EF-domstolen til autoritativ afgørelse.

Det afgørende principielle spørgsmål på tidspunktet for fogedsagen:

Hvordan forholder man sig til anvendelsen af en national lov i den periode, hvor en sag om ugyldighed er udsat på EF-domstolens afgørelse af et præ-judicielt spørgsmål - fordi den nationale domstol anerkender, at det er muligt, at den nationale lov er i strid med umiddelbart anvendelige bestemmelser i EF-traktaten - og indtil EF-domstolen træffer afgørelse i sagen?

Situationen er følgende: Selvom den nationale domstol måtte være 100 % overbevist om, at et direktiv er ugyldigt, har den ikke kompetence til at afvise det. Selv i den situation har den pligt til at forelægge sagen for EF-domstolen.

Man kan ikke vide, hvor sikker landsretten er i den konkrete sag, men det faktum, at retten i første instans valgte at udsætte sagen på forelæggelse for EF-domstolen, er alene i sig selv dokumentation på, at den har anerkendt ugyldighedspåstanden et eller andet sted mellem "berettiget" og "helt sikkert".

Hensynet til den effektive virkning af umiddelbart anvendelige bestemmelser i EF-traktaten og hensynet til den effektive virkning af artikel 234 medfører, at anvendelsen af den anfægtede nationale lov nødvendigvis må suspenderes fra det tidspunkt, hvor den nationale domstol anerkender den berettigede tvivl og forelægger sagen for EF-domstolen.

I modsat fald risikeres det, at en ugyldig national lov anvendes *alene* fordi kompetencefordelingen mellem den nationale domstol og EF-domstolen forhindrer den nationale domstol i selvstændigt at erklære den nationale bestemmelse for ugyldig. Den nødvendige forelæggelse for EF-domstolen udsætter afgørelsen, og hvis det sker til fordel for den tvivlsomme nationale regel, så den får forrang i tvivlperioden, svækkes den effektive virkning af EF-traktaten.

Indkærede beder reelt retten om at foregribe EF-domstolens afgørelse til fordel for en national regel og til ugunst for umiddelbart anvendelige regler i EF-traktaten.

Ingen af os kan vide, hvad EF-domstolens dom bliver. Jeg kan med lige så god ret sige, at fogedforbudet krænker mine rettigheder. Da mine rettigheder er baseret på EU-retten, har de forrang, og de gælder de ubetinget og med tilbagevirkende kraft (*ex tunc*) og ikke først, når de er bekræftet af EF-domstolen (bilag 2, side 2), eller når den nationale lov er ændret.

Konklusionen kan ikke være anderledes, end at anvendelsen af den nationale regel på dette tidspunkt i forløbet må suspenderes (bilag 2, side 3).

Konklusionen er ikke baseret på, om det er mere sandsynligt, at sagen falder ud til den ene eller anden side, men er baseret på princippet om EU-rettens ubetingede forrang, hvorefter det ikke tillades, at der i tvivlperioden vælges side til fordel for den nationale bestemmelse.

Indkærede har anført, at den nationale regel bygger på et direktiv. Det er ikke klart, om det gøres gældende, at deres krav også støttes på EU-retten, men det i hvert fald ikke tilfældet.

Den pågældende bestemmelse i infosoc-direktivet er ikke umiddelbart anvendelig, dvs. at den ikke kan påberåbes i en retssag, gennemførelsesbestemmelser er og bliver en del af national ret. Under alle omstændigheder har direktivet lavere rang. Det er netop derfor, at dets gyldighed er betvivlet, så også på grund af EU-systemets interne rangorden, må direktivet vige.

Eventuel momentan sindsforvirring kan ikke tilsidesætte EU-retten

Da konklusionen er udledt med henvisning til den effektive virkning af art. 234 (før art. 177) er det ligegyldigt, hvad der måtte være aftalt eller ikke-aftalt under ransagningen. Selvom jeg på dagen skulle være ramt af momentan sindsforvirring og givet afkald på retten til at kære fogedrettens afgørelse, kan parterne ikke aftale sig ud af principperne om den effektive virkning af EF-traktatens artikler (bilag 2, side 3). Det er rettens pligt at respektere EUs forrang.

Ad 3) Om betingelserne for fagedforbud og bevissikring

Om betydningen af EF-domstolens dom i sag C-479/04

Det bestrides, at EF-domstolens dom, når den bliver afsagt, kan få betydning for berettigelsen af fagedforbudets nedlæggelse og gennemførelsen af bevissikringen. Kæremålet handler om at undersøge, om betingelserne var opfyldt - og på daværende tidspunkt, naturligvis.

Først-til-mølle-princippet kan ikke anvendes i en retssag. Indkærede kan ikke bare gøre en tvivlsom ret gældende, få nedlagt fagedforbud og udleveret konkurrencefølsomt materiale og så udsætte sagen, indtil det viser sig, om den påberåbte ret overhovedet eksisterer.

Der er dokumenteret usikkerhed om eksistensen af de påberåbte rettigheder, og det må retten forholde sig til.

Man kan ikke bare skyde fra hoften og få nedlagt fagedforbud og håbe, at det viser sig, at man har ret til det. Måske viser det sig, at § 19 er gyldig, men muligheden foreligger også, at § 19 *ikke* er gyldig. Fogedretten kan ikke bare anvendes som et andet spil roulette.

Lidt mere om Menneskeretskonvention

Fogedretten i Aalborg begik en fejl ved at stole ubetinget på indkærede. Fejl kan rettes, og det er formålet med et kæremål at få en fejl rettet. Hvis landsretten hæver fagedforbudet og sørger for, at intet fra ransagningen bliver udleveret til indkærede, løser det mit problem i forhold til Menneskeretskonventionens artikel 8. Jeg tiltræder, at sagen skal ses i sin helhed, og at landsretten endnu har mulighed for at forhindre, at det indsamlede materiale udleveres til indkærede i strid med Menneskeretskonventionen.

Men hvis retten efter kæremålet udleverer materialet, er Menneskeretskonventionens artikel 8 uigenkaldeligt overtrådt, og jeg har grundlag for at bringe en principiel sag om anvendelsen af bevissikringsreglerne for Menneskeretsdomstolen.

Johan Schlüters og min uenighed

Indkæredes dokumentation viser, at jeg sælger fim, der er importeret fra USA.

Indkæredes påstand går imidlertid ud på, at jeg parallelimporterer film *i strid med deres rettigheder - og at jeg vil blive ved med det, hvis ikke retten griber ind med et fagedforbud.*

Der er en afgrund til forskel på indkæredes dokumentation og indkæredes påstand.

Johan Schlüter og jeg er uenige om mange ting.

Vi er uenige om ophavsretslovens gyldighed. Jeg har det fint med, at EF-domstolen afgør det spørgsmål. Vi er uenige om fortolkningen af ophavsretslovens § 19 (såfremt den skulle vise sig at være gyldig), og vi er uenige om betydningen af Johan Schlüters udtalelser til kulturudvalget. Vi er vist også generelt uenige om forståelsen af EU-retten.

Jeg kan godt leve med, at en domstol afgør vores uenigheder, når det er relevant.

Men intet er fremkommet i sagen, der gør det nødvendigt at indblande fogedretten.

Processuelle bemærkninger

Indkærede er tilsyneladende ikke klar over forskellen på en almindelig retssag, hvor man kan få afgjort uenigheder om en lovs fortolkning - og en fogedsag med forbud og bevissikring.

Indkærede anfører, at tvisten i sagen alene er af juridisk karakter og omhandler fortolkningen af en lovbestemmelse.

Jamen, det er præcis min pointe.

Derfor er fogedretten det helt forkerte forum for denne sag.

Angående mundtlig forhandling

Fogedsagen handler om, at indkærede påstår, at jeg foretager handlinger, der krænker deres rettigheder, og at jeg ikke frivilligt vil holde op med at foretage disse handlinger.

Jeg bestrider ganske vist eksistensen af de påståede rettigheder, men jeg gør dog via sagsanlægget ved Østre Landsret en aktiv indsats for at få det spørgsmål afklaret.

Men selvom det er tvivlsomt, om indkæredes rettigheder eksisterer (og det må fastslås, før der kan nedlægges fagedforbud), bestrider jeg også, at jeg har overtrådt meddelte forbud. Jeg har *ikke* krænket indkæredes rettigheder, *selvom* det skulle vise sig, at de eksisterer.

Derfor finder jeg det relevant at afgive forklaring og afhøre et vidne.

Indkærede anførte for fogedretten, at medlemmerne ikke havde pligt til at reagere på mit brev. Det synes at støtte min opfattelse af, at kun Scanbox og SF Film har taget imod tilbudet. Det rejser så spørgsmålet: Hvad er begrundelsen for, at et fagedforbud er nødvendigt?

Det kan kun være nødvendigt, hvis jeg nægter at overholde et meddelt forbud frivilligt!

Indkærede påstår uden dokumentation, at jeg er gjort bekendt med, at alle selskaber i FDV har nedlagt forbud mod parallelimport.

Jeg mener herefter, at det er relevant at afgive forklaring om mine mundtlige drøftelser med repræsentanter for Nordisk Film og Paramount, som *ikke* ville forbyde parallelimport.

Jeg vil gerne under strafansvar bevidne, at intet selskab udover Scanbox og SF Film hverken direkte eller indirekte har meddelt, at de ville forbyde parallelimport. Det er allerede dokumenteret, at Torben Steffensen på vegne af FDV opfordrede mig til at kontakte de danske rettighedshavere direkte, og det har jeg gjort med et konkret tilbud og løfte.

Jeg savner belæg for påstanden om, at jeg ikke vil stå ved dette tilbud og løfte.

For så vidt angår bevissikringen savnes en begrundelse for, at den er nødvendig. Jeg handler på internettet, hvor enhver kan se, hvilke plader, jeg har på lager, og hvor de kommer fra. Lagersituationen kan downloades fra min hjemmeside, og endvidere udsender jeg hver uge nyhedsmails til mine abonnenter. Jeg har intet at skjule, men gør hver uge en aktiv indsats for at så mange mennesker som muligt får kendskab til mine tilbud. Jeg kalder det markedsføring.

Jeg savner en begrundelse for, at der er risiko for, at jeg vil destruere eller fjerne min markedsføring - eller bevismateriale, som indkærede kalder det. Jeg savner en begrundelse for, at jeg skulle handle i det skjulte i strid med de løfter, jeg har givet til FDV og dets medlemmer.

Også på grund af sagens karakter anmoder jeg om en mundtlig forhandling.

Til replikken vedlægges følgende bilag:

2. 5 EU-Karnov (1993): Om EU-rettens forrang
32. 5 Svarkrift i justifikationssagen, 23/1-2006
33. 1 Kronik i Nordjyske Stiftstidende: Et retssamfund?, 11/12-2005

Aalborg den 28. januar 2006


Hans Kristian Pedersen

Oversigt over Laserdiskens bilag

Bilag sidetal

Om EU-ret, ugyldighed og suspension af gennemførelsesbestemmelser:

1. 3 EU-Karnov (2005): Om gyldighed og præjudicielle afgørelser
2. 5 EU-Karnov (1993): Om EU-rettens forrang
3. 1 Sag C-213/89, Factortame: Om suspension af national lovgivning
4. 22 Forelæggelse for EF-domstolen, Østre Landsret, 16/11-2004

Om forarbejderne til den danske bestemmelse om importforbud:

5. 10 Folketingets forhandlinger, 1. behandling, 23/10-2002
6. 1 "Nej til forbud mod kulturimport", Nordjyske Stiftstidende, 25/10-2002
7. 4 Johan Schlüters skrivelse til kulturudvalget, 29/10-2002
8. 2 Kulturministerens svar på kulturudvalgets spørgsmål nr. 14, 7/11-2002
9. 3 Ekspertmøde i Kulturudvalget, Johan Schlüters indlæg jfr. referat á 13/11-2002
10. 1 TV Nord Nyhederne, 13/11-2002 (2 minutter)
11. 4 Kulturudvalgets betænkning, 21/11-2002
12. 1 Mail til mig fra Venstres frihandelsordfører Henrik Vestergaard, 22/11-2002
13. 1 Afstemningen om ændringsforslaget under 2. behandling, 28/11-2002
14. 16 Folketingets forhandlinger, 3. behandling, 13/12-2002

Om bestræbelserne på at undgå konflikt med indkærede

15. 1 Retten i Aalborg til Johan Schlüter om indhentelse af samtykke, 3/3-1992
16. 1 Mail til Torben Steffensen angående indhentelse af samtykke, 18/12-2002
17. 1 Mail til Torben Steffensen angående registrering af forbudte film, 27/12-2002
18. 1 Meddelelse fra Torben Steffensen om SF Films og Scanbox' forbud, 6/2-2003
19. 2 E-mail korrespondance med FDV vedrørende samtykke, 7/1-2003 og 5/2-2003
20. 1 Oversigt over daværende medlemmer af FDV.
21. 1 Skrivelse til FDV ang. parallelimport og specialimport, 9/2-2003
22. 8 Skrivelse til de individuelle selskaber angående parallelimport, 9/2-2003
23. 1 Svar fra SF Film vedrørende forbud mod parallelimport, 17/2-2003
24. 2 Svar fra Scanbox vedrørende forbud mod parallelimport, 17/2-2003

Om de mindre rettighedshaveres forventede holdning til specialimport

25. 1 Mail fra Mari Kornhauser, instruktør af filmen Housebound, 12/10-2004

Om Movie World

26. 1 Om www.dvd-film.dk
27. 1 Om Movie World, Inc - fra Movie Worlds/Laserdiskens hjemmeside
28. 1 Om at bestille hos Movie World på hjemmesiden

Om EUs globale konkurrencepolitik

29. 1 KonkurrenceNyt, citater fra Kommissionens beretning
30. 2 Mario Monti: A Global Competition Policy, 17/9-2002
31. 4 Mario Monti: Innovation and Choice (om dvd-systemets regionalcoder), 11/6-2001
32. 5 Svarkrift i justifikationssagen, 23/1-2006
33. 1 Kronik i Nordjyske Stiftstidende: Et retssamfund? (11/12-2005)