b) En forskel mellem den påtvungne pris og prisen på et produkt, der er reimporteret fra en anden medlemsstat, er ikke nødvendigvis ensbetydende med et misbrug men kan dog være et afgørende indicium herfor, hvis prisforskellen er stor og ikke sagligt begrundet.

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 8. juli 1971.

A. Van Houtte
Justitssekretær

R. Lecourt
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT KARL ROEMER FREMSAT DEN 28. APRIL 1971

Høje Ret.

De faktiske omstændigheder i den præjudicielle sag, som er udløst af et spørgsmål fra Hanseatisches Oberlandesgericht, kan sammenfattes som angivet i det følgende.

Deutsche Grammophon GmbH, Hamburg, som er indstævnt i hovedsagen, hvori der er nedlagt påstand om forbud, er et fælles datterselskab for Philips Gloeilampen-Fabrieken, Eindhoven, og Siemens AG, Berlin/München. Det producerer grammofonplader, (det har med henblik herpå knyttet en række udøvende kunstnere til sig gennem eksklusivaftaler) og udsender sine varer under forskellige mærker. I Forbundsrepublikken Tyskland sker leveringen direkte til detailhandelen og til to boggrossister, som udelukkende forsyner den almindelige boghandel. For de fleste pladers vedkommende er der fastsat en bindende pris for den endelige forbruger; dette gælder i hvert fald for alle plader, der udsendes under mærket »Polydor«. Forhandlerne skal underskrive en forpligtelse til at holde denne pris. Heri er det desuden bestemt, at prisbindingen også gælder for de grammofonplader fra Deutsche Grammophon, som erhverves af tredjemænd, og at sådanne produkter kun kan indføres fra udlandet med Deutsche Grammophon's godkendelse (som kun gives såfremt forhandlerne forpligter sig til at overholde prisbindingen).

Deutsche Grammophon er på sin side forpligtet til kun at levere til forhandlere, som anerkender denne betingelse. Desuden skal selskabet sørge for, at prisaftalen nøje følges, og gribe ind mod overtrædelser. — I udlandet sker afsætningen gennem datterselskaber til Deutsche Grammophon eller til firmaet Philips. Dette gælder navnlig i Frankrig, hvor aktieselskabet Polydor Paris (hvori Deutsche Grammophon har 99,55 % af kapitalen) udfører salget gennem sine afdelinger i Paris og Strasbourg. Med dette selskab har Deutsche Grammophon indgået en licensaftale. Efter aftalen har licenstageren blandt andet eneret til at udnytte optagelser af Deutsche Grammophon ad de sædvanlige handelskanaler (dvs. gennem detailhandelen) og at benytte de tilsvarende varemærker. Til dette formål og mod betaling af en licensafgift leverer Deutsche Grammophon de matricer, ved hjælp af hvilke pladerne fremstilles. I særlige tilfælde leveres der også til Polydor Paris grammofonplader, som er fremstillet i Forbundsrepublikken.

Firmaet Metro-SB-Großmärkte GmbH, Hamburg, appellant i hovedsagen, købte fra april til oktober 1969 Polydor-grammofonplader af Deutsche Grammophon, men

firmaet overholdt ikke prisaftalen. Da Metro ikke var villig til at anerkende forhandlerforpligtelsen, blev forretningsforbindelserne afbrudt i slutningen af oktober 1969. I januar og februar 1970 lykkedes det imidlertid Metro at skaffe sig grammofonplader af mærket Polydor, som var fremstillet af Deutsche Grammophon i Tyskland, gennem en grossist i Hamburg. Disse grammofonplader var åbenbart leveret af Deutsche Grammophon til datterselskabet i Paris, hvorefter de kom i den tyske grossists besiddelse via filialen i Strasbourg og et schweizisk firma. Også disse grammofonplader solgte firmaet Metro til forbrugerne til en lavere pris end den, som Deutsche Grammophon havde fastsat for Forbundsrepublikken.

Da Deutsche Grammophon blev bekendt hermed, opnåede det ved Landgericht Hamburg den 20. marts 1970 et forbud mod, at firmaet Metro for fremtiden solgte grammofonplader med bestemte fabrikationsnumre fra Deutsche Grammophon under betegnelsen »Polydor« eller på anden måde udbredte sådanne plader. Påstanden og retsafgørelsen støttedes på Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (lov om ophavsrettigheder og lignende beskyttelsesrettigheder) af 9. september 1965, som var trådt i kraft den 1. januar 1966, og som i henhold til konventionen af 26. oktober 1961 om beskyttelse af udøvende kunstnere, producenter af lydbærere og radiospredningsinstitutioner giver producenter af lydbærere og radiospredningsinstitutioner en oprindelig beskyttelsesret, som er beslægtet med ophavsretten. (Sagt i forbifarten er det inden for EØF nu kun i Italien, at der findes en sådan ret — jf. artikel 72 i lov af 22. 4. 1941 — medens en tilsvarende beskyttelse i de andre medlemsstater sikres gennem lovgivningen om illoyal konkurrence, eller ved at lydbærerproducenten erhverver ophavsmandens eller den udøvende kunstners oprindelige ret). Landgericht Hamburg har støttet sig på den tyske lovs § 85 og § 97, som bestemmer følgende:

§ 85
»Producenten af en lydbærer har eneret til mangfoldiggørelse og udbredelse af lydbæreren.«

§ 97
»Af den, som retstridigt krænker en ophavsret eller en anden efter denne lov beskyttet ret, kan den krænkede kræve, at det retstridige indgreb bringes til ophør; er der risiko for gentagelse, kan virksomheden kræves standset, og sker krænkelsen forsætligt eller uagtsomt, kan der kræves erstatning.«

Desuden har retten åbenbart antaget, at Deutsche Grammophons eneret til at sælge sine grammofonplader i Tyskland ikke var udtømt med leveringen til Polydor Paris. Den afviste altså, i overensstemmelse med § 17 i den tyske ophavsretslov, at retten skulle være udtømt. I denne bestemmelse hedder det: »Er et originalt værk eller et eksemplar heraf blevet bragt i omsætning med godkendelse fra den, der har udbredelsesretten inden for denne lovs anvendelsesområde, er videre udbredelse lovlig«. Efter rettens opfattelse ville denne bestemmelse kun komme til anvendelse, såfremt udbredelsen havde fundet sted i Forbundsrepublikken Tyskland. Følgelig kunne salget i Tyskland af de reimporterede grammofonplader anses for ulovligt.

Firmaet Metro anlagde sag mod dette forbud men fik ikke medhold; ved dom af 22. maj 1970 blev alle de anbringender, der var anført mod rettens forbud, kendt ugrundede. Denne afgørelse indbragte firmaet Metro for Hanseatisches Oberlandesgericht. Til støtte for appellen gjorde firmaet Metro gældende, at Deutsche Grammophon ikke havde ret til at udbrede de pågældende grammofonplader; denne ret var tværtimod blevet udtømt ved leveringen til det franske datterselskab. Endvidere

måtte det efter firmaets opfattelse lægges til grund, at forretningsforbindelserne mellem Deutsche Grammophon og den franske licenstager bevirker, at der sker en opdeling af markedet, og at samhandelen mellem staterne vanskeliggøres, hvilket, når man tager den prisbinding i betragtning, som praktiseres i Forbundsrepublikken, må kunne give grundlag for den konklusion, at der er sket en overtrædelse af EØF-traktatens artikler 85 og 86.

Under hensyn til den således fremførte argumentation har Oberlandesgericht ved kendelse af 8. oktober 1970 udsat sagen og i henhold til EØF-traktatens artikel 177 forelagt følgende spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

1. Er det i strid med EØF-traktatens artikel 5, stk. 2 og artikel 85, stk. 1 at fortolke §§ 97 og 85 i Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte af 9. september 1965 (BGBl. s. 1273) således, at en tysk producent af lydbærere på grundlag af sin *udbredelsesret* kan forbyde, at der i Forbundsrepublikken Tyskland sælges lydbærere, som producenten selv tidligere har solgt til sit datterselskab i Frankrig, der er selvstændigt i retlig men fuldstændig afhængigt i økonomisk henseende?

2. Kan producenten af lydbærere anses for at misbruge sin *udbredelsesret,* når den bindende salgspris på lydbærere er højere end prisen på et fra en anden medlemsstat reimporteret originalprodukt, og når de førende udøvende kunstnere er bundet til producenten af lydbærere gennem eksklusivaftaler (EØF-traktatens artikel 86)?

Parterne i hovedsagen, regeringen for Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen for De europæiske Fællesskaber har skriftligt og mundtligt udtalt sig om disse spørgsmål.

Lad os herefter undersøge, hvorledes det vil være rimeligt at støtte sig til spørgsmålene.

Retlig bedømmelse

I — Vedrørende formaliteten

I overensstemmelse med nogle af procesdeltagernes indlæg skal jeg begynde med at behandle det problem, om de stillede spørgsmål kan tages under realitetsbehandling. Det kan imidlertid gøres forholdsvis kort.

1. Dette gælder i særdeleshed, for så vidt angår den omstændighed, at spørgsmålene er stillet under en forenklet sagsbehandling, nærmere betegnet under en summarisk retssag med henblik på udstedelsen af en foreløbig forholdsregel. Som jeg allerede tidligere har understreget, udelukker dette ikke, at der kan forelægges Domstolen et præjudicielt spørgsmål, hvilket Domstolen også selv indirekte har godkendt i sag 29/69, Sml. 1969, s. 107 (Sammlung 1969, s. 419). Det må være tilstrækkeligt for behandlingen af denne side af sagen. — Hvorvidt nationale retter ved en sådan forenklet sagsbehandling desuden er *forpligtet* til at indbringe sagen for Domstolen, såfremt betingelserne i artikel 177 stk. 3 er opfyldt, er derimod et spørgsmål, som jeg kan lade stå åbent i denne sammenhæng.

Det andet punkt i prøvelsen af formaliteten vedrører formuleringen af det første spørgsmål. Her er der blevet udtrykt betænkelighed, fordi det efter spørgsmålets ordlyd at dømme tilsyneladende forventes af Domstolen, at den afsiger dom vedrørende de nationale reglers *forenelighed* med fællesskabsretten, eller at den fortolker de nationale regler. Denne betænkelighed er jo ikke ubegrundet, eftersom der ikke tilkommer Domstolen nogen kompetence hertil i en sag efter EØF-traktatens artikel 177. Denne bestemmelse giver kun mulighed for at fortolke fællesskabsretten og at prøve gyldigheden af fællesskabsinstitutionernes handlinger (og altså ikke for at anvende fællesskabsretten på et konkret tilfælde eller

for at prøve gyldigheden af de af staterne trufne foranstaltninger eller fortolke disse).

Imidlertid giver dette dog ikke grundlag for helt at afvise det forelagte spørgsmål. Domstolen kan derimod følge eksemplet fra andre sager, omfortolke det stillede spørgsmål og uddrage det væsentlige, for så vidt det efter artikel 177 kan behandles i realiteten. Idet jeg således fremhæver denne kompetence for Domstolen til at fortolke spørgsmålene, skal jeg beskæftige mig med fortolkningen af fællesskabsretten, nærmere betegnet med fortolkningen af artikel 5 og artikel 85. Til dette skal det endvidere blot føjes, at fortolkningen skal foretages i relation til de af den forelæggende ret anførte faktiske omstændigheder, dvs. i relation til det forhold, at en tysk producent af lydbærere på grundlag af sin udbredelsesret ønsker at forbyde, at der i Tyskland sælges grammofonplader, som producenten tidligere har leveret til sit datterselskab i Frankrig, der er selvstændigt i retlig men fuldstændig afhængigt i økonomisk henseende, og som dette datterselskab (hvis handlinger skal tilregnes moderselskabet) har bragt i omsætning i Frankrig.

Mere behøves der ikke at siges i denne sammenhæng, idet denne generelle beskrivelse af fortolkningsanmodningen er tilstrækkelig til at behandle det stillede spørgsmål. — I øvrigt vil jeg gerne udsætte yderligere formalitetsproblemer, som forbundsregeringen har anført i forbindelse med drøftelsen af EØF-traktatens artikel 85, og som Deutsche Grammophon-Gesellschaft har nævnt med henblik på undersøgelsen af artikel 86, til en senere behandling.

II — Besvarelse af de stillede spørgsmål

1. Det fremgår allerede med tydelighed af det, jeg hidtil har sagt, at problemet i den foreliggende sag fremfor alt er, om en national industriel ejendomsret, som er beslægtet med ophavsretten, kan siges at være »udtømt«, som det kræves efter § 17 i den tyske Urheberrechtsgesetz.

Herom har Oberlandesgericht, som har forelagt sagen, erklæret, at det ikke med klarhed fremgår af denne bestemmelses *ordlyd,* hvorvidt den omstændighed, at en vare er bragt i omsætning i udlandet med samtykke fra rettens indehaver, udtømmer dennes ret til at udbrede varen inden for landets grænser. Tilsyneladende hælder den nationale domstol til den opfattelse, at retten er udtømt efter territorialprincippet, således som dette princip fortolkes af mange inden for det foreliggende retsområde. Men på den anden side har retten under hensyn til lovens uklarhed, lovbestemmelsernes manglende entydighed og den omstændighed at bestemmelserne er vedtaget efter EØF-traktatens ikrafttræden, anset det for nødvendigt at rejse det nævnte spørgsmål på grundlag af de traktatprincipper, der vedrører dette område. Dette kan efter min opfattelse kun forstås således, at retten vil bestræbe sig på at nå frem til en fortolkning af den nationale lov, som er *i overensstemmelse med fællesskabsretten,* om nødvendigt under tilsidesættelse af territorialitetsprincippet. Gør man sig dette klart, står det samtidig fast, at det ikke, i modsætning til nogle procesdeltageres opfattelse, er nødvendigt at undersøge spørgsmålet, om de traktatbestemmelser, som den forelæggende ret har refereret til, er *umiddelbart anvendelig* fællesskabsret, altså retsnormer som private kan påberåbe sig over for nationale love. Det er kun nødvendigt at foretage en undersøgelse af de traktatprincipper, der styrer det foreliggende retsområde, netop fordi det — ikke mindst under hensyn til forbudet i artikel 5, stk. 2 — må antages, at den nationale lovgiver ikke ville ignorere disse principper, og at den regel, som den nationale lovgiver har vedtaget, må fortolkes på denne måde.

Det må på denne baggrund først fastslås, at de frie, uhindrede varebevægelser må betegnes som et grundlæggende princip i fællesmarkedet. Endvidere må man, som det er

sket i den nylig afsagte Sirena-dom, henvise til ideen om fællesmarkedets enhed og den hertil knyttede konkurrenceordning, som har til formål at hindre konkurrencefordrejninger i videst muligt omfang, i særdeleshed for så vidt angår konkurrencen mellem medlemsstaterne. De relevante traktatbestemmelser er artikel 3, a) og f), artikel 30 ff og artikel 85 ff. Sagt i al almindelighed er målsætningen for disse bestemmelser at udelukke, at der ved hjælp af statslige eller private midler lægges hindringer i vejen for varebevægelserne, og at der sker en opdeling af markedet.

Dette mål kan øjensynlig modarbejdes af nationale industrielle ejendomsrettigheder, altså også af ophavsretten og hermed beslægtede ejendomsrettigheder, såfremt disse udformes eller fortolkes på en bestemt måde, idet disse ejendomsrettigheder, som Deutsche Grammophons argumentation viser, under visse omstændigheder kan føre til en markedsopdeling i alle omsætningsled, dvs. til en absolut kontrol med og blokering af handelen mellem medlemsstaterne. For at legitimere dette henvises der altid til EØF-traktatens artikler 36 og 222, altså dels til den bestemmelse, ifølge hvilken samhandelen mellem medlemsstaterne må tåle visse indskrænkninger af hensyn til beskyttelsen af industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder (artikel 36), dels til den bestemmelse, ifølge hvilken de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne ikke berøres af EØF-traktaten. Sådanne henvisninger kunne sikkert have en vis argumentationsværdi på det tidspunkt, hvor de foreliggende problemer først blev drøftet. Nu står det imidlertid fast i retspraksis, at disse bestemmelser skal forstås meget relativt, ikke mindst under hensyn til forbeholdet i artikel 46, hvorefter de her nævnte forbud eller restriktioner »hverken [må] udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem Medlemsstaterne. Begyndelsen til denne praksis blev gjort med dommen Grundig-Consten med dennes afgørelser om varemærketretten; udviklingen gik herefter videre over Parke-Davis-sagen — med udtalelser om patentretten — og blev fornylig atter bekræftet i den tidligere nævnte varemærkedom, Sirena. Princippet i denne retspraksis er, at de industrielle ejendomsrettigheder ifølge traktaten ganske vist ikke berøres i deres *eksistens* og indhold (den nationale lovgiver træffer afgørelse herom — jf. Sml. 1965—1968, s. 457), men at *udøvelsen* af den helt igennem er underlagt fællesskabsretten (Sml. 1965—1968, s. 245 og s. 457); sag 40/70, Recueil 1971, s. 81).

Også i den foreliggende sag er hovedproblemet altså at afgrænse rettens eksistens over for dens udøvelse. Som Kommissionen med rette fremhæver, er der nok ikke tvivl om, at adkomsten til at producere den beskyttede vare og første gang bringe den i omsætning hører med til rettens eksistens som sådan, fordi denne adkomst sikrer indehaveren den fortjeneste, der tilkommer ham. Det er derimod tvivlsomt, om også territorialitetsprincippet, hvortil der altid henvises i forbindelse med de industrielle ejendomsrettigheder, er en del af rettighedernes indhold, om det udgør en del af deres væsen. Efter min vurdering er det væsentligt at gøre sig klart, at vi her har at gøre med et variabelt begreb, hvis konturer ikke aftegner sig helt skarpt, og hvorom der åbenbart ikke er fuldkommen enighed. Nogle mener, at territorialitetsprincippet (i overensstemmelse med den i Paris undertegnede konvention om beskyttelse af industriel ejendomsret) skal forstås således, at den beskyttelse, der ydes i en stat, er uafhængig af de rettigheder, som er beskyttet i andre stater. Man møder også den opfattelse, at virkningerne af en beskyttet ret er begrænset til området den stat, som yder denne ret, uden at dette dog udelukker, at den nationale lovgiver kan gøre retsvirkningerne afhængig af faktiske omstændigheder, der udspiller sig i udlandet[1]. Det må i

1 — Ulmer i »Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht«, internationaler Teil, s. 380.

hvert fald give anledning til overvejelse, at indehaveren af en varemærket, som anvender de samme varemærker i ind- og udland, ikke trods territorialitetsprincippet kan forbyde import af en vare på grundlag af sit indenlandske varemærke, såfremt han har forsynet varen i udlandet med varemærket og bragt den i omsætning[1]. Vedrørende ophavsretten kan der i denne forbindelse henvises til en nyere dom fra Oberster Gerichtshof i Østrig, som statuerer, at en producent af lydbærere har udtømt sin ret (at importen altså ikke kan forbydes), når rettens indehaver har bragt varen i omsætning, eller dette er sket gennem en eksportør i udlandet, som er berettiget hertil eller gennem en licenstager i udlandet[2]. Hvad angår den berømte (og også meget kritiserede) »Vorans-dom af 29. februar 1968 fra Bundesgerichtshof — den eneste nyere afgørelse i modsat retning fra et lands højeste ret, ifølge hvilken den omstændighed, at indehaveren af en med patentretten beslægtet ret, nemlig en ret for opfinderen af kulturplanter af visse kvalitetssorter, bringer varen i omsætning i udlandet, ikke kan anses for relevant — må det imidlertid ikke overses, at den tyske lov inden for området (Gesetz über Sortenschutz und Saatgut von Kulturpflanzen) udtrykkeligt gør eksport af bestemte sorter betinget af en særlig tilladelse fra den, der har ejendomsret til sorten, hvorfor retten netop ikke udtømmes i og med, at varen bringes i omsætning.

Under disse omstændigheder er der faktisk meget, der taler for ikke at henregne territorialitetsprincippet, som er så vagt i sit omrids, til rettens indhold. Dette må i hvert fald være tilfældet for den specielle problematik i hovedsagen, altså den situation, hvor — som Oberlandesgericht har antaget — en juridisk person, der står i forbindelse med rettens indehaver, har bragt de pågældende varer i omsætning i udlandet. Her må det være afgørende, at formålet med den industrielle ejendomsret blev opfyldt på det tidspunkt, hvor varen blev bragt i omsætning første gang, fordi den gevinstchance, der var knyttet til monopolet, kunne udnyttes her. Det ville derimod utvivlsomt være at gå videre, end formålet med den beskyttede ret tilsiger, såfremt man også gav indehaveren mulighed for at kontrollere videresalget og navnlig at forbyde reimport, hvorved der ville blive lagt hindringer i vejen for de frie varebevægelser. — Under hensyn til forbeholdet i artikel 36, traktatens grundlæggende mål og principperne for fællesmarkedet og på trods af, at de industrielle ejendomsrettigheder er sikret ved traktaten, må det antages, at retten er udtømt i den situation, der er behandlet i hovedsagen, og at udbredelsesretten altså ikke længere kan udøves.

Der er imidlertid, og først og fremmest af Forbundsrepublikken, blevet rejst en sidste indvending, som jeg skal behandle. Den hidrører især fra artikel 99, stk. 3, i det første udkast til en konvention om det europæiske patent for fællesmarkedet, hvori det hedder: »Efter den overgangsperiode, som er fastsat i denne artikel« (den løber i mindst 5 år efter ikrafttrædelsen) »har patenter, som tilhører én og samme fysiske eller juridiske person eller fysiske eller juridiske personer, med økonomisk forbindelse med denne, og som er blevet meddelt for en opfindelse i to eller flere af de kontraherende stater, uanset modstående regler herom i de kontraherende staters nationale ret ingen gyldighed over for handlinger inden for en kontraherende stats område vedrørende et produkt, som er beskyttet af disse patenter, såfremt patent- eller licenstageren retmæssigt har bragt produktet i omsætning i en af de nævnte stater«. De nationale grænser for ejendomsretten opretholdes altså fortsat i en vis overgangsperiode, og først ved dennes udløb ophæves de med det resultat, at retten udtømmes, hvis indehaveren af patentet

1 — Bundesgerichtshof dom i den berømte Maja-sag, Band 41, s. 84.
2 — Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, internationaler Teil 1970, s. 380.

bringer den beskyttede vare i omsætning i en medlemsstat. Denne overgangsbestemmelse ville ikke have nogen mening — således siger forbundsregeringen — såfremt det allerede af de ovenfor behandlede traktatbestemmelser kunne udledes, at retten var udtømt. Det kan ikke nægtes, at denne logiske slutning gør et vist indtryk. Men det må samtidig erkendes, at den næppe kan være afgørende. Her tænker jeg ikke på den omstændighed, at det nævnte udkast drejer sig om *patent*retlige spørgsmål, mens denne sag vedrører ophavsret og hermed beslægtede rettigheder; denne forskel er nemlig uden betydning, fordi ophavsretten sikkert er nærmere beslægtet med patentretten, end den er med varemærketen. Imidlertid må vi ikke glemme, at det blot er et *udkast,* udarbejdet af sagkyndige, og at det altså ikke er regeringens sidste ord og derfor ej heller bør anses for en officiel fortolkning af EØF-traktaten. Desuden forekommer det at have en vis betydning, at der ifølge indholdet skal optages følgende passus i konventionens præambel: »De kontraherende stater har ikke til hensigt gennem denne konvention at gøre indgreb i bestemmelserne i traktaterne om oprettelse af De europæiske Fællesskaber«.

For så vidt angår det aspekt af det første spørgsmål, som jeg hidtil har behandlet, må det derfor uden hensyn til det omtalte udkast fastholdes, at en rimelig fortolkning af EØF-traktaten nødvendigvis fører til at anse nationale industrielle ejendomsrettigheder for udtømte, såfremt de faktiske forudsætninger, der er nævnt i forelæggelseskendelsen, er opfyldt.

2. Men der er endnu en side af EØF-traktatens artikel 85, der skal drøftes i relation til det første spørgsmål. Svaret herpå kunne navnlig tænkes at få relevans, såfremt det resultat, jeg hidtil er nået frem til, ikke skal følges, nemlig i fald det viser sig, at det ikke er tilstrækkeligt at betragte adfærden hos indehaveren af ejendomsretten isoleret, men at det desuden er nødvendigt at undersøge de aftaler, han har truffet.

Også på dette punkt kan jeg henvise til tidligere domme og dermed afkorte min gennemgang. Det står fast i retspraksis at varemærkerettighederne ikke kan anvendes til formål, som søges opnået gennem aftaler, der er blevet anset for retsstridige, og at de altså ikke må misbruges på en måde, der er i strid med Fællesskabets kartelret (Sml. 1965—1968, s. 258).

Vi genfinder det samme ræsonnement i den allerede tidligere nævnte Sirena-dom, hvori det ligeledes blev understreget, at udøvelsen af industrielle ejendomsrettigheder kan falde ind under forbudene i artiklerne 85 og 86, og at konkurrenceretten griber ind, når udøvelsen af industrielle ejendomsrettigheder er genstand for, middel til eller følge af en kartelaftale.

Det samme gælder i den foreliggende sag. Da det navnlig er en betingelse for at anvende artikel 85, at der foreligger en aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for sammenslutninger af virksomheder eller en form for samordnet praksis, er det altså den ret, der har forelagt sagen, der i første omgang skal afgøre, om disse betingelser er opfyldt.

I så henseende er det fremfor alt aftalen mellem Deutsche Grammophon og Polydor Paris, dvs. den tidligere nævnte licensaftale, der har betydning. Som Kommissionen med rette har fremhævet, må der her tages hensyn til forskellige forhold. — For det første må det huskes, at det åbenbart drejer sig om en aftale mellem et moder- og et datterselskab, altså en aftale mellem to markedsdeltagere, som sandsynligvis ikke konkurrer med hinanden, fordi datterselskabet ikke er uafhængigt men er underkastet instruktion og kontrol fra moderselskabet. Når det forholder sig således, når der kun er tale om en opgavefordeling inden for een og samme økonomiske enhed, foreligger der ikke nogen konkurrenceindskrænkning, hvorfor det ikke kan komme i betragtning at anvende artikel 85 (dette er allerede med rette

fastslået af Kommissionen i lignende tilfælde i to negativattester fra 18. juni 1969 (ABl. L 165/15) og 30. juni 1970 (ABl. L 147/24). — For det andet må det ved licensaftaler vedrørende industrielle ejendomsrettigheder — hvad angår den territoriale begrænsning af licenstagerens rettigheder, og et hertil svarende forbud mod levering til områder uden for det af aftalen beskyttede område- ikke glemmes, ikke mindst fordi indehaveren navnlig af ophavsrettigheder praktisk talt er afskåret fra at gøre brug af ophavsrettighederne i større udstrækning, at den pågældende rettigheds overdragelse og delelighed, altså andres udnyttelse af denne rettighed, hører til rettens væsen og eksistens. Territorialbegrænsninger falder altså under den industrielle ejendomsret, og licensgiveren overskrider i virkeligheden ikke sin ret ved at fastsætte sådanne begrænsninger. Det er endnu en grund til, at artikel 85 ikke kan anvendes i den situation, der foreligger i hovedsagen, og til at anse licensaftalen for irrelevant ud fra et konkurrenceretligt synspunkt. Artikel 85 ville højst kunne komme ind i billedet, såfremt licenstageren havde forpligtet sig til at pålægge sine *aftagere* bestemte salgsbetingelser, dvs. såfremt aftalen havde indeholt konkurrenceindskrænkende bestemmelser, som skulle optages i kontrakten mellem datterselskabet og dettes kunder.

I svaret på det første spørgsmål, der er stillet i den forelæggende rets anmodning om fortolkning, bør det derfor endvidere fastslås, at der, såfremt der efter en undersøgelse af de faktiske omstændigheder på grundlag af de opstillede kriterier skulle vise sig, at der foreligger en aftale, som falder ind under EØF-traktatens artikel 85, ej heller kan påberåbes industrielle ejendomsrettigheder, og at der foreligger misbrug af sådanne rettigheder, såfremt de udnyttes til at nå de mål, som er tilsigtet af de ulovligt konkurrencekrænkende aftaler, der er indgået af rettens indehaver.

Derudover kan der vel desuden gøres opmærksom på, at den forelæggende ret naturligvis ikke skal begrænse sin undersøgelse til den nævnte aftale, men i givet fald også skal inddrage de aftaler, som Deutsche Grammophon har afsluttet med tyske forhandlere (de såkaldte »Händlerreversen«) i undersøgelsen. Disse aftaler blev ganske vist ikke nævnt i spørgsmålene i forelæggelseskendelsen, men referatet af de faktiske omstændigheder giver dog grundlag for at henvise til dem. Dette er ikke en overskridelse af grænserne for proceduren ved præjudicielle spørgsmål, idet jeg blot fremdrager de elementer, der kan bidrage til en fornuftig og omfattende løsning. — Det er faktisk ikke udelukket, at den forelæggende ret efter at have undersøgt de nævnte aftaler kommer til det resultat, at de er relevante i konkurrenceretlig henseende. Dette er tænkeligt, fordi forhandlerne er forpligtet over for Deutsche Grammophon til kun at importere fra udlandet med dette firmas samtykke, og dette samtykke gives kun, hvis prisaftalen overholdes. Dette er i realiteten at sidestille med et importforbud, fordi der ikke er noget incitament til at importere. Desuden må det tages i betragtning, at der påhviler Deutsche Grammophon en forpligtelse til at forfølge overtrædelse af prisaftalen, og altså en forpligtelse til at forhindre salg af importerede grammofonplader ved hjælp af de beføjelser, der tilkommer selskabet i medfør af § 85 i den tyske ophavsretslov. Det kan ikke uden videre afvises, at der heri kan ligge en mærkbar konkurrenceindskrænkning og en indskrænkning af handelen mellem medlemsstaterne. Skulle dette være tilfældet (hvilket den forelæggende ret i sidste ende skal vurdere) må Deutsche Grammophon også være afskåret fra at udnytte sine industrielle ejendomsrettigheder til et sådant konkurrenceindskrænkende formål. — Med disse bemærkninger kan undersøgelsen af det første spørgsmål endeligt afsluttes.

3. Det andet spørgsmål vedrører EØF-traktatens artikel 86. Den forelæggende ret

ønsker som bekendt oplyst, om producenten af lydbærere kan anses for at misbruge sin udbredelsesret, når den bindende salgspris på lydbærere er højere end prisen på et fra en anden medlemsstats reimporteret originalprodukt, og når de førende udøvende kunstnere er bundet til producenten af lydbærere gennem eksklusivaftaler. Inden jeg besvarer dette spørgsmål, skal jeg først forudskikke en bemærkning vedrørende en indvending fra Deutsche Grammophon. Den går ud på, at det skulle være tvivlsomt, om spørgsmålet kan tages under realitetsbehandling, fordi den forelæggende ret ikke har angivet, af hvilke faktiske omstændigheder det skulle fremgå, at Deutsche Grammophon indtager en dominerende stilling. Desuden hævdes det, at Domstolen ikke inden for rammerne af en præjudiciel procedure kan fastsætte kriterier som foreslået af Kommissionen.

Det er umiddelbart indlysende, at disse indvendinger må forkastes. Når der nemlig i en forelæggelseskendelse kun stilles spørgsmål vedrørende bestemte aspekter af artikel 86 i EØF-traktaten, kan det ikke være nødvendigt at bevise, at artikel 86 overhovedet kan komme i betragtning ved vurderingen af de faktiske omstændigheder, der foreligger til bedømmelse for den nationale ret. Det er et spørgsmål om relevans for afgørelsen, for hvilket Domstolen ikke i sin hidtidige retspraksis på noget tidspunkt har krævet nogen begrundelse. Man kan utvivlsomt ej heller i det foreliggende tilfælde sige, at det er åbenbart, at den nationale ret med urette har inddraget artikel 86. Hvis denne bemærkning har gyldighed for den første indvending, kan jeg ikke, hvad angår den anden indvending, se noget til hinder for, at Domstolen udtaler sig om den dominerende stilling, og såfremt den ønsker det, fastsætter kriterier herfor, også selv om den forelæggende ret ikke udtrykkeligt har spurgt herom. En sådan supplerende fortolkning må ligesom i andre tidligere sager ved Domstolen anses for tilladt, når den er begrundet i ønsket om at give et hensigtsmæssigt svar på det forelagte spørgsmål, forudsat Domstolen indskrænker sig til en egentlig fortolkning og ikke bevæger sig over i retsanvendelsen. Der bør altså ikke på forhånd ses bort fra det, som, navnlig af Kommissionen, er blevet fremført om fortolkningen af artikel 86, og som går udover spørgsmålets udtrykkelige ordlyd.

Men lad os herefter straks gå over til en direkte besvarelse af det stillede spørgsmål. Med henblik på en situation som den foreliggende skal det først fremhæves, at det fremgår af den retspraksis vedrørende EØF-traktatens artikel 86, der er relevant i denne sammenhæng, at der ikke er tale om en dominerende stilling, blot fordi en virksomhed ejer industrielle ejendomsrettigheder og har en hertil svarende adkomst til at holde dem i hævd. Men såfremt en økonomisk undersøgelse af markedet viser, at der foreligger en dominerende stilling på markedet, og såfremt den markedsdominerende stilling i kraft af industrielle ejendomsrettigheder udnyttes til et misbrug, der er omfattet af artikel 86, stk. 2, kan der efter omstændigheder foreligge et misbrug af disse rettigheder. Dette blev fastslået i den tidligere nævnte Sirena-dom. I denne sammenhæng kan der endvidere henvises til Parke-Davis-dommen, hvori der tales om, at »brugen af patentet« ville kunne udarte til »misbrug af den nævnte beskyttelse«, og at udøvelse af patentretten ville kunne bidrage til en dominerende stilling (Sml. 1965/1968, s. 460).

I Sirena-dommen findes der desuden også kriterier, som afgør, hvornår der foreligger en dominerende stilling. De er også til nytte i den foreliggende sag. Ifølge disse kriterier skal der ses på den stilling, som producenten og distributøren af sådanne varer indtager, og spørges, om den virksomhed, som påstås. at have en dominerende stilling, råder over den nødvendige magt til at forhindre en effektiv konkurrence på en betydelig del af det relevante marked. Det skal altså, som

Kommissionen med rette har tilføjet, også undersøges, om en virksomhed, på grund af sin markedsandel (sammen med den markedsandel som andre virksomheder inden for samme koncern råder over), sin tekniske viden, sine råstoffer, sin kapital og sine enerettigheder, har mulighed for på en væsentlig del af fællesmarkedet (f.eks. en medlemsstats område) at bestemme priserne eller kontrollere produktion og distribution, om en virksomhed kan handle uafhængigt og uden at tage større hensyn til konkurrenter, aftagere eller leverandører. Med henblik på den foreliggende situation og spørgsmålet om de konkurrerende tilbudsgivere skal den undersøgelse af de økonomiske forhold, som jeg har antydet, især vise, om der overhovedet kan foretages en sammenligning mellem producenterne af grammofonplader og disses markedsandele, eller om der kan tales om delmarkeder, alt efter hvilken musik og hvilke udøvende kunstnere det drejer sig om. Det er helt åbenbart, at dette sidste ikke kan udelukkes, og at det navnlig ikke kan udelukkes, at der kan opstå en dominerende stilling på delmarkeder på grund af eksklusivaftaler med visse udøvende kunstnere. Dette på trods af at sådanne eksklusivaftaler efter § 78 i den tyske ophavsret kun har obligationsretlig og ikke tingsretlig virkning[1]. Ganske vist vil man, som nogle af procesdeltagerne med rette har understreget, kunne regne med, at der sjældent vil opstå en dominerende stilling på grund af sådanne eksklusivaftaler, for eksempel når der er tale om kunstnere, som har en helt usædvanlig stor succes, og når der foreligger mange eksklusivaftaler.

Såfremt den forelæggende ret på grundlag af de nævnte kriterier når frem til den antagelse, at der foreligger en dominerende stilling, så vil det forhold, at der findes prisforskelle, ikke nødvendigvis betyde, at der er tale om misbrug, hvilket også fremgår klart af hidtidig praksis (i Parke-Davis- og Sirena-sagerne). Prisforskelle kan imidlertid være et afgørende indicium for, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling, såfremt de er særligt store og ikke sagligt begrundede. Jeg skal ikke her komme nærmere ind på de omtvistede enkeltheder, som hidtil har været genstand for meget udførlige drøftelser i denne sag. Inden for rammerne af vore fortolkningsbestræbelser må det dog bemærkes, at det ikke blot er producentens salgspriser men også de endelige forbrugerpriser, der skal tages i betragtning, at der skal tages hensyn til forskellen i omsætningsafgiften (11 % i Forbundsrepublikken og 33 1/3 % i Frankrig), og at der kan være en forskel i omkostningerne på grund af afsætningsstrukturen og på grund af det beløb, der skal betales i ophavsafgifter til GEMA.

Hvis den forelæggende ret herefter kommer til det resultat, at prisforskellene er væsentlige og uforholdsmæssigt store, og at der altså findes et afgørende indicium for, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling på markedet, vil det altså efter hidtidig retspraksis også være et ulovligt misbrug i henhold til EØF-traktatens artikel 86 at anvende industrielle ejendomsrettigheder til at opdele markedet og opretholde prisforskellen. — Hermed har jeg vel i det væsentlige sagt, hvad der kan siges, som svar på det andet spørgsmål, uden at bevæge mig over i retsanvendelsen. Alt videre må overlades til den nationale rets afgørelse.

III — Sammenfatning

Der kan derfor svares således på de af Hanseatisches Oberlandesgericht stillede spørgsmål:

1 — Kommentar af Möhring-Nicolini til Urheberrechtsgesetz, 1970, note 2 til § 78.

1. Adkomsten for indehaveren af en eneret til lydbærere til at forbyde, at der på det nationale marked indføres eller udbredes eksemplarer af et produkt, som beskyttelsesrettens indehaver eller en af ham afhængig virksomhed har bragt i omsætning i en anden medlemsstat, henhører ikke til de industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder, som dette begreb skal forstås i henhold till EØF-traktatens artikel 36, og er ikke i overensstemmelse med de grundlæggende principper i traktaten, som fremgår af bestemmelserne om de frie varebevægelser og af konkurrencereglerne.

2. Såfremt indehaveren af en eneret til lydbærere har indgået en aftale, der falder ind under EØF-traktatens artikel 85, kan han ikke påberåbe sig sin eneret med henblik på opnåelsen af de gennem disse aftaler tilstræbte mål, og han kan navnlig ikke forbyde udbredelsen af eksemplarer, som er indført fra en anden medlemsstat, og som beskyttelsesrettens indehaver eller en af ham afhængig virksomhed har bragt i omsætning i en anden medlemsstat.

3. Indtager indehaveren af en beskyttelsesret til lydbærere en dominerende stilling efter EØF-traktatens artikel 86 (hvilket blandt andet afhænger af, om han har knyttet et stort antal berømte udøvende kunstnere til sig gennem eksklusivaftaler), må det forhold, at beskyttelsesrettens indehaver i den medlemsstat, hvor han indtager den dominerende stilling, uden saglig grund anvender priser, som ligger væsentligt over prisniveauet i andre medlemsstater, anses for et væsentligt indicium for, at der foreligger misbrug af en dominerende stilling. I et sådant tilfælde er det også at anse for misbrug, såfremt den adkomst til at forbyde udbredelse, som følger af den industrielle ejendomsret, udnyttes til at forhindre indførslen af originalprodukter fra andre medlemsstater.