En rettighedsindehavers eller hans licenstageres håndhævelse af en ophavsret, der er beskyttet af lovgivningen i en medlemsstat, over for import og salg af grammofonplader, der lovligt er fremstillet og bragt i omsætning i republikken Portugal af rettighedsindehaverens licenstagere dér, er begrundet af hensyn til beskyttelsen af industriel og kommerciel ejendomsret, jf. artikel 23 i overenskomsten af 22. juli 1972 mellem Det europæiske økonomiske Fællesskab og republikken Portugal (EFT L 301 af 31. 12. 1972, s. 165) og udgør derfor ikke en restriktion for handelen, der er forbudt ved artikel 14, stk. 2, i samme overenskomst. En håndhævelse som den anførte udgør ikke et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem Fællesskabet og Portugal, jf. nævnte artikel 23.

Mertens de Wilmars — Bosco — Touffait

Due — Pescatore — Mackenzie Stuart — O'Keeffe

Koopmans — Everling — Chloros — Grévisse

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 9. februar 1982.

A. Van Houtte
Justitssekretær

J. Mertens de Wilmars
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT S. ROZÈS FREMSAT DEN 1. DECEMBER 1981 [1]

Høje Domstol.

Domstolen er af Court of Appeal blevet anmodet om en præjudiciel afgørelse vedrørende udøvelse af kunstnerrettigheder i henhold til fællesskabsretten sammenholdt med bestemmelserne i overenskomsten af 22. juli 1972 mellem Det europæiske økonomiske Fællesskab og republikken Portugal.

1 — Oversat fra fransk.

De faktiske omstændigheder i sagen er følgende:

Den under navnet »The Bee Gees« kendte trio har overdraget sine rettigheder til sangnummeret »Spirits Having Flown« til RSO Records Inc. Dette selskab har på sin side afstået disse rettigheder for Det forenede Kongerige, en medlemsstat i Fællesskabet, til Polydor Ltd., hvilket selskab producerer og distribuerer indspilninger af nævnte nummer i denne stat.

I Portugal, et tredjeland, produceres og afsættes indspilninger af det samme værk af de portugisiske selskaber Phonogram og Polygram Discos, der fra RSO har erhvervet rettigheder til dette sangnummer for Portugal. Disse selskaber tilhører samme gruppe selskaber som Polydor Ltd.

Plader med indspilning af det omhandlede sangnummer er fra Portugal blevet indført til Det forenede Kongerige af Simons Records Ltd. og bragt i omsætning af Harlequin Record Shops Ltd. uden tilladelse fra Polydor eller RSO.

De sidstnævnte selskaber har herefter anlagt sag mod Harlequin ved High Court of Justice og har herved gjort gældende, at der foreligger en krænkelse af deres rettigheder i henhold til afsnit 16, paragraf 2, i Copyright Act 1956. Harlequin og selskabet Simons, der er indtrådt i sagen til støtte for Harlequin, har gjort gældende, at der hermed foreligger en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner, jf. artikel 14, stk. 2, i den internationale overenskomst mellem Det europæiske økonomiske Fællesskab og republikken Portugal, godkendt på Fællesskabets vegne ved Rådets forordning nr. 2844/72 af 19. december 1972.

Efter at Chancery Division ved kendelse havde nedlagt forbud over for Simons og Harlequin mod salg af den omhandlede indspilning i Det forenede Kongerige appellerede disse selskaber denne afgørelse til Court of Appeal, der har forelagt Domstolen fire spørgsmål, ved hvis besvarelse det skal afgøres, om den praksis, Domstolen har udviklet om fri bevægelighed for grammofonplader og for copyright på grundlag af Rom-traktaten, kan tillægges gyldighed for forbindelserne EØF—Portugal.

Spørgsmål herom kan få betydning for flere overenskomster indgået med tredjelande og fem medlemsstater, der har indgivet indlæg til Domstolen har da også været klar over, at det fortjener opmærksomhed. Begrebet »kvantitative indførselsrestriktioner« forekommer nemlig i artikel XI i GATT, i artikel 10 i EFTA-overenskomsten og i seks andre overenskomster, der er blevet indgået mellem Det europæiske økonomiske Fællesskab og de stater, der stadig er deltagere i sidstnævnte overenskomst.

I — Hvis der skal gives selskaberne Simons og Harlequin medhold i deres påstande, må *alle* de tre nedenfor omtalte betingelser samtidig være opfyldt:

1. bestemmelserne i artikel 14, stk. 2, og 23 i overenskomsten EØF—Portugal skal i sammenhæng med bestemmelserne i forordning nr. 2844/72 give Fællesskabets retsundergivne rettigheder, som de nationale retter i Fællesskabet skal beskytte, jf. Domstolens praksis vedrørende denne betingelse (dom af 12. 12. 1972, International Fruit, Sml., s. 1220 ff.; dom af 24. 10. 1973, Schlüter, Sml., s. 1137 ff; dom af 5. 2. 1976, Bresciani, Sml., s. 130 ff);

2. selskaberne Polydor's og RSO's søgsmål skal udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvanti-

tative importrestriktioner, jf. artikel 14 i overenskomsten, der ikke er begrundet i hensynet til industriel og kommerciel ejendomsret, jf. overenskomstens artikel 23;

3. endelig skal denne foranstaltning, såfremt den anses for begrundet som anført, udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem de kontraherende parter, jf. sidstnævnte artikel.

II — I betragtningerne til Rådets forordning nr. 2844/72 henvises der blandt andet til traktatens artikel 113, der findes i det kapitel, der handler om handelspolitikken.

I forordningens artikel 1 hedder det:

»Overenskomsten mellem Det europæiske økonomiske Fællesskab og republikken Portugal med bilag og protokoller samt de til slutakten knyttede erklæringer indgås, godkendes og bekræftes på Fællesskabets vegne«.

I forordningens artikel 5 hedder det blandt andet:

»Denne forordning er bindende i alle enkeltheder og gælder umiddelbart i hver medlemsstat«.

De i traktatens artikel 113 omtalte handelsaftaler med tredjelande indgås almindeligvis i forordningsform, og den afsluttende vending i forordning nr. 2844/72 gengiver blot ordene i traktatens artikel 189.

Selv om en *forordning* gælder umiddelbart i hver medlemsstat, medfører dette ikke nødvendigvis, at artiklerne 14 og 23 i overenskomsten er »umiddelbart anvendelige«, altså at de giver Fællesskabets borgere rettigheder, som domstolene i medlemsstaterne skal beskytte.

Ved forordning nr. 2844/72 sker der blot en godkendelse af den overenskomst, der er afsluttet af Rådet, der er den eneste kompetente institution, for så vidt angår de af traktatens artikel 113 omfattede aftaler. Forordningen medfører, at overenskomstens bestemmelser bliver en del af Fællesskabets retsorden, men den ændrer hverken overenskomstens indhold eller rækkevidde. Den er at opfatte som et blot og bart middel. Fem medlemsstater har ønsket at afgive indlæg i nærværende sag. Rådet har derimod ikke indgivet indlæg.

I overensstemmelse med Domstolens praksis bliver det derfor den samlede overenskomsts »ånd« og »system« og ikke blot de nævnte bestemmelsers ordlyd, der skal undersøges.

III — Til grund for den fortolkning, Domstolen har givet traktatens artikler 30 og 36 — og alle de bestemmelser, der anses for »umiddelbart anvendelige« — ligger det synspunkt, at der ved traktaten er skabt et fælles marked eller et enhedsmarked.

1. Selskaberne Harlequin og Simons mener, at det forhold, at overenskomsten blev undertegnet den 22. juli 1972, altså efter Domstolens dom af 8. juni 1971 i sag 78/70, Deutsche Grammophon (Sml. 1971, s. 125), taler for, at overenskomstens artikel 14 ville være blevet affattet anderledes end den næsten enslydende artikel 30 i traktaten, såfremt forfatterne havde haft til hensigt at holde udøvelsen af en copyright, der fører til en handelsrestriktion, uden for aftalen. Dette synspunkt virker ikke særlig overbevisende: man kunne lige så godt gøre gældende, at de forhandlinger, der er i gang om Portugals tiltrædelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab, blandt andet har til formål at udvide Fællesskabets ordning vedrørende fri bevægelighed, således at den også kommer til at omfatte dette land, og at en anerkendelse

af selskaberne Harlequin's og Simons' ret til at påberåbe sig de omhandlede overenskomstbestemmelsers umiddelbare anvendelighed ville være en foregribelse af de forhandlinger, der føres med henblik på Portugals tiltrædelse af EØF.

2. I traktatens artikel 234, tredje afsnit, hedder det:

»Ved anvendelsen af de konventioner, der omtales i stk. 1 (konventioner, som før traktatens ikrafttræden er indgået mellem på den ene side én eller flere medlemsstater og på den anden side ét eller flere tredjelande, og hvis retsvirkninger — rettigheder og forpligtelser — ifølge artikel 1 ikke berøres af traktatens bestemmelser), *tager* medlemsstaterne *i betragtning,* at de fordele, hvorom de hver især har givet tilsagn i denne traktat, indgår som integrerende dele af Fællesskabets tilblivelsesproces, og derfor *uløseligt hænger sammen* med oprettelsen af *fælles institutioner,* med overdragelsen af beføjelser til disse og med de andre medlemsstaters *indrømmelse af samme fordele*«.

Denne regel har også gyldighed for overenskomster, der er afsluttet *efter* traktatens ikrafttræden med et tredjeland på Det europæiske økonomiske Fællesskabs vegne.

Men mens der ved Rom-traktaten oprettes et økonomisk »fællesskab«, har de kontraherende parter med overenskomsten ønsket »at sikre en harmonisk udvikling af deres handel« og »gradvis at fjerne hindringerne for *hovedparten* af deres samhandel«. Selv om overenskomstens struktur, for så vidt angår fri bevægelighed for varer, frembyder lighed med traktaten, beskæftiger denne sidste sig med mange andre spørgsmål end denne frie bevægelighed.

Når bortses fra den i artikel 32, stk. 1, omtalte »blandede komité«, er der ikke med overenskomsten blevet skabt nogen »fælles institution«; i tilfælde af »vanskeligheder, der kan give sig udtryk i en alvorlig ændring af den økonomiske situation i en region« eller »såfremt en kontraherende part finder, at den anden kontraherende part har forsømt en forpligtelse i overenskomsten«, er der alene mulighed for at træffe »passende beskyttelsesforanstaltninger« (artiklerne 25-29) i henhold til en konsultationsprocedure inden for den »blandede komité« (artikel 30 og artikel 32, stk. 2). De nærmere bestemmelser for iværksættelsen af de beskyttelsesklausuler og forebyggende foranstaltninger, der er truffet bestemmelse om i artiklerne 25-30 i overenskomsten, er blevet fastsat ved Rådets forordning nr. 2845/72 af 19. december 1972.

3. Den fordel, som selskaberne Harlequin og Simons gør krav på, måtte også omfatte indførsler til Portugal af varer fra Fællesskabet, der i dette land er omfattet af en industriel og kommerciel ejendomsret, der svarer til den, de er omfattet af i Fællesskabet.

Men som bekendt fremgår det af domspraksis i visse EFTA-lande (den schweiziske forbundsdomstol, dom af 25. 1. 1979, Sunlight; Østrigs Højesteret, dom af 10. 7. 1979, Austro-Mechana, en sag, der drejede sig om parallelimport af plader), at indehaverne af industriel ejendomsret eller af andre immaterielrettigheder i disse lande kunne påberåbe sig deres rettigheder over for indførsler fra Fællesskabet; der haves altså ikke nogen sikkerhed for gensidighed.

4. Den praksis, selskaberne Harlequin og Simons har påberåbt sig, anser jeg ikke for afgørende.

Yaoundé-konventionen af 1963, som Bresciani-sagen drejede sig om, hvilede ikke på gensidighed: Fællesskabet påtog sig tværtimod ved denne konvention ensidigt en række forpligtelser over for de afrikanske stater og Madagaskar. Denne »uligevægt« var altså ikke til hinder for en anerkendelse af, at visse af konventionens bestemmelser var »umiddelbart anvendelige«.

Denne sag drejede sig endvidere om fortolkningen af ordene »afgifter med tilsvarende virkning som told«, der anvendes i konventionens artikel 2, stk. 1, sammenholdt med ordene i traktatens artikel 13, stk. 2, men ikke om begrebet »foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner«. Men denne bestemmelse i konventionen henviste herom udtrykkeligt til Rom-traktatens artikel 13. Medlemsstaterne havde altså med andre ord ønsket over for de afrikanske stater og Madagaskar at påtage sig de samme forpligtelser som dem, de havde vedtaget i deres indbyrdes forhold, og det er på baggrund heraf, at Domstolen kunne fastslå, at denne bestemmelse skabte subjektive rettigheder for de retsundergivne.

Domstolen fastslog omvendt i dom af 12. december 1972, International Fruit, at artikel XI i Den almindelige Overenskomst om Told og Udenrigshandel — en bestemmelse, der også drejer sig om afskaffelse af kvantitative restriktioner — *ikke* kan medføre ret for Fællesskabets borgere til at gøre den gældende ved domstolene.

Det skal ikke i det foreliggende tilfælde som i sidstnævnte sag afgøres, om de internationale forpligtelser, Fællesskabet har påtaget sig, har forrang for retsakter fra Fællesskabets organer (f.eks. en forordning fra Ministerrådet) på samme måde som fællesskabsretten principielt har forrang for national ret, men derimod om de overenskomster, Fællesskabet har indgået med tredjelande, er af samme beskaffenhed og har den samme rækkevidde for de nationale retter som de aftaler, medlemsstaterne har indgået indbyrdes, med andre ord, om den traditionelle internationale retsorden falder sammen med Fællesskabets interne retsorden. Hverdagens realiter viser os, at sådan forholder det sig desværre ikke.

Domstolens praksis vedrørende det nært beslægtede spørgsmål om beskyttelse af varemærketretten indeholder en række angivelser, der er ganske utvetydige.

Domstolen har i Emi-dommen, afsagt den 15. juni 1976 efter anmodning fra High Court of Justice (Sml., s. 811 ff, se navnlig præmisserne 8 og 11) fastslået, at reglerne i artikel 30 ff i traktaten finder anvendelse inden for Fællesskabet og ikke kan udstrækkes til forbindelserne med tredjelande. En udøvelse af varemærketretten for at forhindre, at varer fra et tredjeland afsættes under et identisk varemærke, er derfor *uden betydning* for den fri bevægelighed for varer *mellem medlemsstater* og omfattes derfor ikke af de i traktatens artikel 30 ff indeholdte forbud, idet *fællesmarkedets enhed* er uantastet. Et søgsmål fra en varemærkeindehaver i en stat i Fællesskabet mod parallelimport af varer under et identisk varemærke fra et tredjeland, er ikke i strid med traktaten.

Domstolen har i dom af 31. oktober 1974, Centrafarm (Sml., s. 1147) fastslået, at »inden for patentområdet er den industrielle ejendomsrets specifikke indhold særligt at sikre indehaveren eneret til at udnytte en opfindelse — for at *belønne* opfinderen for hans kreative

anstrengelser — med henblik på fremstillingen og den *første afsætning* af industriprodukter, dels direkte, dels ved at udstede licenser til tredjemænd, såvel som retten til at modsætte sig enhver form for efterligning« (præmis 9, s. 1162).

Ved denne praksis skal det udelukkes, at en hindring for den frie bevægelighed for varer kan følge af regler i national lovgivning vedrørende industriel og kommerciel ejendomsret, som bestemmer, at rettighedshaverens ret ikke »*udtømmes*« ved markedsføringen af det beskyttede produkt, således at indehaveren kan modsætte sig import af det produkt, der er bragt i omsætning i en anden stat.

Denne argumentation kan anvendt på det foreliggende tilfælde føre til det synspunkt, at såfremt de til Det forenede Kongerige indførte indspilninger er blevet ganske lovligt produceret og markedsført i Portugal med samtykke fra komponisterne og deres licenstagere, udgør den afgift, der er betalt for overdragelsen af retten til den første afsætning af indspilningerne, den passende »belønning«, som ophavsmændenes kreative indsats fortjener, og modydelse for den bevilgede eneret. Således udtømmes den retmæssige copyright ved udbydelsen på markedet i Portugal, og rettighedens »substans« berøres ikke af den frie markedsføring i Det forenede Kongerige.

En sådan synsmåde ville imidlertid vende fuldstændigt op og ned på ordningen i licensaftaler, der giver eneret til udnyttelsen af industriel eller kommerciel ejendomsret.

Den afgift, Phonogram og Polygram Discos har betalt RSO udgør betaling for udnyttelse af reproduktionsrettighederne på det portugisiske marked. Såfrem RSO havde været fuldstændig klar over, at de indspilninger, der med dets samtykke blev bragt på markedet i Portugal kunne og skulle indføres frit til Det forenede Kongerige og de øvrige medlemsstater, ville selskabet ganske givet have krævet en langt højere afgift. Og ligeledes ville den engelske licenstager, selskabet Polydor, aldrig være gået med til at betale endnu en afgift for at kunne producere og distribuere denne indspilning i Det forenede Kongerige, hvis det havde kunnet forudse, at eneretten til kommerciel udnyttelse af musikværket i Det forenede Kongerige ville være »udtømt« ved markedsføringen i Portugal.

Udnyttelsen af en industriel eller kommerciel ejendomsret og størrelsen af den »belønning«, der tilkommer »ophavsmanden«, samt den, der som den første udbyder den på grundlag af opfindelsen eller værket producerede vare, for deres indsats (belønning og udnyttelse, der omfattes af denne rettigheds »særlige genstand« eller »substans«), afhænger altså af størrelsen og beskaffenheden af det marked, på hvilket varen kan afsættes.

Udtømningsteorien er kun blevet udviklet for forbindelserne mellem medlemsstaterne og til udbygning af den fri bevægelighed. Den forudsætter blandt andet, at der også er etableret fri adgang til udveksling af tjenesteydelser (præmis 25 i dom af 20. 1. 1981, Musik Vertrieb membran) samt, lad det være tilføjet, fri etableringsret. Det er jo næsten overflødigt at tilføje, at den liberalisering af handelen, der er fastlagt i overenskomsten EØF/Portugal ikke indebærer, at

også disse friheder skal gennemføres, idet dette ville være ensbetydende med oprettelsen af et fælles marked.

Selv om markedsføring eller produktion af de omtvistede indspilninger både i fællesmarkedet og i tredjelande beroede på en indsats i virksomheder, der alle tilhørte en enkelt koncern, og selv om denne sidste var hjemmehørende i en medlemsstat, ville dette fællesskab vedrørende oprindelsen kun have betydning, såfremt de omtvistede ophavsrettigheder bestod side om side *på fællesmarkedets territorium*, idet udøvelsen af disse rettigheder i så fald kunne opdele dette marked. Selv om reglen om ophavsrettens territoriale begrænsning ikke længere er en realitet, for så vidt angår de enkelte medlemsstater, så er dette stadig tilfældet i forholdet mellem Fællesskabet og tredjestater.

5. Selskabet Polydor har desuden korrekt henledt opmærksomheden på, at den sidste betragtning i præamblen til overenskomsten EØF/Portugal siger, at »ingen bestemmelse i denne overenskomst kan fortolkes således, at de kontraherende parter fritages for de forpligtelser, som påhviler dem ved *andre internationale overenskomster*«. Men de internationale overenskomster om industriel og kommerciel ejendomsret (f.eks. konventionen om beskyttelse af industriel ejendomsret, undertegnet i Paris den 20. 3. 1883 og senest revideret den 14. 7. 1967 i Stockholm; Berner-konventionen af 1886 om beskyttelse af litterære værker og kunstværker) omfatter ikke »rettens udtømning«. Den *internationale* overenskomst EØF/Portugal kan derfor ikke fortolkes anderledes end de internationale overenskomster om beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret.

Inden for patentretten, der er et nært beslægtet område, udstrækker konsumtionen af de rettigheder, der er knyttet til et fællesskabspatent, sig kun til handlinger, der angår et af det pågældende patent dækket produkt, og om udføres på de kontraherende staters område, efter at dette produkt er bragt i omsætning *i én af disse stater* af patenthaveren eller med dennes udtrykkelige samtykke (artikel 32 i Fællesskabets patentkonvention). Ligeledes sker der kun konsumtion af de rettigheder, der er knyttet til et nationalt patent i en kontraherende stat, når dette produkt er bragt i omsætning *i én af de kontraherende stater* af patenthaveren eller med dennes udtrykkelige samtykke (artikel 81, stk. 1, i konventionen). Det kommer altså ikke til konsumtion, når varen er bragt i omsætning i en tredjestat, der sammen med Fællesskabet udgør et frihandelsområde. Dette ville kun kunne blive tilfældet, såfremt denne stat tilslutter sig konventionen (konventionens artikel 96).

Af alle de anførte grunde kan »unionsteorien« om konsumtion af industriel og kommerciel ejendomsret i fællesskabssammenhæng, i den form, denne har navnlig i dom af 8. juni 1971, Deutsche Grammophon, vedrørende »lydbærere« ikke overføres til handlinger vedrørende det af ophavsretten omfattede værk, der er udført på et tredjelands område, ej heller selv om værket er blevet bragt i handelen dér af rettighedens indehaver eller med hans udtrykkelige samtykke.

IV — Jeg mener herefter ikke, at der er grund til at undersøge, om ordene i overenskomstens artikel 14 (»foran-

staltninger med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner [afskaffes] . . .«) adskiller sig fra ordene i traktatens artikel 30 (»kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning . . . er *forbudt* . . .«), og om nedlæggelse af forbud mod indførsel og salg af de omhandlede plader i Det forenede Kongerige udgør »et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen«, jf. overenskomstens artikel 23.

Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål ved at kende for ret, at et selskab, der til en medlemsstat indfører indspilninger, der lovligt er bragt i omsætning i Portugal, ikke for en ret i denne medlemsstat kan påberåbe sig bestemmelserne i Rådets forordning nr. 2844/72 af 19. december 1972 med henblik på at hindre den eneret til markedsføring, som en erhverver af eneretten til udnyttelse af copyright'en til disse indspilninger påstår at besidde i den samme medlemsstat.