FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. G. JACOBS

fremsat den 26. maj 1989 *

Høje Domstol.

1. I de foreliggende fire sager (sag 395/87, Anklagemyndigheden/Tournier, og de forenede sager 110/88, SACEM/Lucazeau, 241/88, SACEM/Debelle, og 242/88, SACEM/Soumagnac) er Domstolen anmodet om at træffe afgørelse vedrørende fortolkningen af EØF-Traktatens artikler 30, 59, 85 og 86 i relation til den praksis, der følges af det franske ophavsretsselskab SACEM (Société des auteurs, compositeurs et editeurs de musique) over for franske diskoteksindehavere, og i relation til forretningsforholdet mellem SACEM og ophavsretsselskaber i andre EF-medlemsstater.

2. Inden jeg behandler disse fortolkningsspørgsmål, er det nødvendigt at se nærmere på den retlige og faktiske baggrund for de sager, der verserer for de franske retsinstanser, og her vil jeg foretage en nærmere gennemgang af gældende fransk lovgivning, se på, hvilken rolle og hvilke opgaver SACEM har, og se på selskabets forretningsforhold med andre ophavsretsselskaber og med visse grupper af kunder som f.eks. diskoteksindehavere.

Gældende fransk lovgivning

3. Ifølge lov af 11. marts 1957 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker (som ændret ved lov af 3. juli 1985 om ophavsrettigheder og rettigheder for kunstnere, fabrikanter af lydbærere og billedbånd samt for audiovisuelle kommunikationsvirksomheder) omfatter ophavsmandens (dvs. skaberens) udnyttelsesret retten til at fremføre og retten til at gengive værket. I henhold til lovens artikel 27 består en fremførelse i »at gøre værket tilgængeligt for offentligheden ... på en hvilken som helst måde«. Efter artikel 28 forstås ved gengivelse en »fysisk fiksering af værket på enhver måde, hvorved det indirekte kan spredes til offentligheden«, herunder ved mekanisk indspilning. Artikel 30 indeholder de nærmere regler om overdragelse af retten til fremførelse og gengivelse mod vederlag eller på anden måde. Artikel 31 bestemmer bl.a., at såfremt en ophavsmand overdrager sine rettigheder, skal udnyttelsen af de overdragne rettigheder i kontrakten være afgrænset i henseende til omfang og måde. Efter bestemmelsen kan ophavsmanden eller rettighedserhververne udnytte én og samme rettighed på forskellig måde. I praksis vil forholdet være det, at ophavsmanden til et musikværk mod vederlag overdrager sin ret til gengivelse til en lydbærerfabrikant med henblik på fremstilling og afsætning, alene med privat benyttelse for øje. Såfremt det indspillede værk — f.eks. et bånd eller en grammofonplade — derefter udsendes offentligt, f.eks. i et diskotek, en café eller en forretning, kan ophavsmanden af den, der driver det pågældende etablissement, kræve såvel afgiften for fremførelse som en tillægsafgift for mekanisk gengivelse som betaling for, at der er gjort offentlig brug af lydbæreren.

* Originalsprog: engelsk.

4. I henhold til artikel 33 i loven af 11. marts 1957 kan der principielt ikke gyldigt træffes aftale om en samlet overdragelse af rettigheder til fremtidige værker. Artikel 43, stk. 2, indeholder dog en undtagelse med hensyn til »generelle fremførelseskontrakter«, der defineres som en kontrakt, hvorved en erhvervsmæssig sammenslutning af ophavsmænd overdrager en arrangør (»entrepreneur de spectacles«) retten til i kontraktens gyldighedsperiode at fremføre de aktuelle og fremtidige værker, der indgår i sammenslutningens repertoire, og på de af ophavsmanden eller dennes retssuccessorer fastsatte vilkår.

5. Med hensyn til principperne for, hvorledes ophavsmændene honoreres, bestemmer artikel 35 i loven af 11. marts 1957, at en overdragelse af ophavsrettigheder »skal være forbundet med en aftale om, at ophavsmanden får udbetalt en forholdsmæssig andel af indtægterne fra salg og udnyttelse«. Kun i ganske særlige tilfælde kan der være tale om et fast beløb, f. eks. såfremt det ikke i praksis er muligt at fastlægge grundlaget for beregningen af ophavsmandens andel.

6. Afsnit IV i loven af 3. juli 1985 indeholder visse nærmere regler om ophavsretsselskabers stiftelse, opløsning og funktioner. I litteraturen er artikel 38, som bl. a. bestemmer, at selskaberne skal stille hele det repertoire med franske og udenlandske forfattere og komponister, det repræsenterer, til rådighed for brugerne af musikværker, blevet fortolket således, at selskaberne skal føre en fuldstændig liste over de værker, der indgår i repertoiret, og som brugerne kan gennemse. I henhold til artikel 41 skal ophavsretsselskaber fremsende et eksemplar af årsregnskabet til Det Franske Kulturministerium og på forhånd underrette ministeriet om påtænkte ændringer af vedtægter eller regler om opkrævning og fordeling af afgifterne. Hverken i ovennævnte lov eller i øvrigt findes der konkrete bestemmelser om en ekstern kontrol med, hvorledes ophavsretsselskaberne fastsætter afgifterne for udnyttelse af ophavsrettighederne.

7. Endelig skal jeg nævne, at ifølge den franske straffelovs artikel 426 er »enhver gengivelse, fremførelse eller spredning af et åndsværk, som er i strid med ophavsrettighederne, således som disse er defineret og reguleret i loven«, ulovlig spredning.

SACEM's rolle og opgaver

8. SACEM's medlemmer er forfattere og komponister af musikværker og også musikforlæggere, som udnytter musikværker i henhold til kontrakter, som de har indgået med forfattere og komponister. I henhold til artiklerne 1 og 2 i selskabets vedtægter indebærer medlemsskabet af SACEM, at medlemmet giver selskabet eneret til i hele verden at udøve rettighederne til offentlig fremførelse og mekanisk gengivelse af de af ham skabte eller udnyttede værker. SACEM's konkrete opgave består i at opkræve og fordele de afgifter, medlemmerne har krav på som følge af udnyttelsen af rettighederne. Udnyttelsen af retten til mekanisk gengivelse er af SACEM overdraget et datterselskab, SDRM (Société pour l'administration du droit de reproduction mécanique des auteurs, compositeurs et editeurs); men det er SACEM, der i henhold til særlig aftale på SDRM's vegne opkræver og fordeler

den ovenfor nævnte tillægsafgift for mekanisk gengivelse.

9. Det repertoire af musikværker, SACEM forvalter, omfatter ikke kun de værker, der er overdraget af selskabets medlemmer, men også de værker, SACEM forvalter i henhold til gensidige repræsentationskontrakter, det har indgået med ophavsretsselskaber i andre lande, herunder selskaber i alle EF-medlemsstater, bortset fra Irland, hvor rettighederne til gengivelse forvaltes af British Performing Right Society, og Luxembourg, som er en del af det område, hvor SACEM selv varetager rettighederne.

10. Indholdet af en sådan aftale er reelt det, at et ophavsretsselskab ud fra et princip om gensidighed forpligter sig til at forvalte de rettigheder til fremførelse, der er forbundet med et udenlandsk selskabs repertoire, inden for det område, hvor selskabet driver virksomhed (normalt dets nationale område). For så vidt angår opkrævning og fordeling af de afgifter, der betales for det udenlandske repertoire, forpligter selskabet sig til at anvende de samme betingelser og vilkår som det anvender på sit eget repertoire, og at træffe de foranstaltninger, der måtte være nødvendige for at sikre, at der ikke sker krænkelser af ophavsretten. Efter kontrakten skal selskabet ligeledes mindst én gang om året til det udenlandske selskab overføre det beløb, det har opkrævet vedrørende brugen af dets repertoire, dog med fradrag af rimelige administrationsomkostninger. I henhold til gensidige kontrakter med andre selskaber verden over kontrollerer SACEM inden for sit område de rettigheder til fremførelse, der er forbundet med stort set hele verdensrepertoiret af beskyttede musikværker.

Forretningsforholdet mellem SACEM og diskotekerne

11. Forretningsforholdet mellem SACEM og franske diskoteksindehavere er reguleret af en standardkontrakt, en generel fremførelseskontrakt i henhold til artikel 43, stk. 2, i loven af 11. marts 1957 (jfr. punkt 4 ovenfor). Herved meddeler SACEM diskoteksindehaveren tilladelse til, at denne offentligt kan sprede ethvert værk, der indgår i det repertoire (fransk og udenlandsk), som SACEM forvalter, nemlig i henhold til en såkaldt »clause forfaitaire« (standardklausul), der har følgende ordlyd:

»På de i kontrakten fastsatte betingelser og nærmere vilkår for udnyttelse erhverves ret til at anvende de aktuelle og fremtidige værker, der udgør SACEM's almindelige repertoire, i hele kontraktens gyldighedsperiode; til gengæld betales den i artikel 2 i de særlige betingelser fastsatte afgift, uanset hvorledes det program af musikværker, der gengives i diskoteket, er sammensat.«

Diskoteket skal betale en afgift i form af en procentdel af dets bruttoomsætning, der er defineret som diskotekets samlede indtægter ved levering af en tjenesteydelse eller salg af en vare til offentligheden, herunder indtægter i form af entréer, mad og drikkevarer, inkl. moms og betjening. Satsen er for tiden 8,25%, hvoraf de 6,60% er afgiften for offentlig fremførelse og de 1,65% er tillægsafgiften for mekanisk gengivelse. Det beløb, diskoteket skal betale, er et vist minimums-

beløb pr. måned, som er fastsat af SACEM på grundlag af diskotekets nærmere forhold.

12. I praksis har de fleste af diskoteksindehaverne mere fordelagtige betingelser. Mere end 3/4 af de ca. 4 000 franske diskoteker er medlem af brancheforeninger, som har indgået særlige aftaler med SACEM, hvorefter de mod at opnå visse fordele, hvoraf den vigtigste er, at momsen ikke indgår i beregningsgrundlaget, og der ydes et fradrag på 10% i de øvrige indtægter, specifikt forpligter sig til at samarbejde med SACEM på den måde, at de tilstiller selskabet en kopi af deres selvangivelser, og generelt samarbejder, bl. a. ved at fremsende oplysninger, samt til at søge tvister afgjort i mindelighed. Endvidere er forholdet for visse diskoteker, som ikke er medlemmer af brancheforeninger, det, at momsen ikke indgår i beregningsgrundlaget; til gengæld skal de tilstille SACEM en kopi af deres skatteopgørelse.

13. Siden 1978 har et mindre antal franske diskoteksindehavere protesteret voldsomt mod de betingelser, SACEM har fastsat for anvendelsen af dets repertoire. Diskoteksindehaverne har navnlig klaget over, at SACEM opkræver alt for høje afgifter, at det udøver en urimelig forskelsbehandling over for diskotekerne, og at det uden nogen objektiv begrundelse afviser at give licens til den eneste del af dets repertoire, diskotekerne er interesseret i, nemlig popmusik af navnlig engelsk og amerikansk oprindelse. Visse diskoteksindehavere har forelagt klagerne for Den Franske Konkurrencekommission, som i en udtalelse af 17. november 1981 fandt, at SACEM greb ind i den normale markedsmekanisme ved at gennemføre en forskelsbehandling af forskellige grupper af diskoteksindehavere. Efterfølgende, nemlig i en udtalelse af 13. marts 1984, afviste ovennævnte kommission imidlertid alle klagepunkterne, herunder klagen over forskelsbehandling. Der er desuden indgivet klager til Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som i september 1987 indledte en formel undersøgelse af, om den afgiftssats, SACEM kræver anvendt, er forenelig med EØF-Traktatens artikel 86.

14. Siden 1978 har SACEM rejst en række straffesager og civile sager mod genstridige diskoteksindehavere; i nogle af sagerne har de påstået diskoteksindehaverne kendt skyldige i ulovlig spredning for at have anvendt selskabets repertoire uden tilladelse, mens det i andre har nedlagt påstand om betaling af skyldige afgifter i henhold til licenskontrakterne. I mange af sagerne har diskoteksindehaverne påberåbt sig EØF-Traktaten, navnlig artiklerne 85 og 86. Størstedelen af de franske retsinstanser, endog cour de cassation, har statueret, at SACEM's praksis ikke var traktatstridig. Visse andre franske retsinstanser har udsat sagerne, indtil Domstolen har truffet afgørelse i de sager, jeg her behandler.

15. Tre af de nævnte sager, nemlig de forenede sager 110/88 og 241 og 242/88, vedrører diskoteksindehavere, Lucazeau, Debelle og Soumagnac, som uden den nødvendige tilladelse har fremført eller gengivet værker, som er beskyttet af SACEM. Diskoteksindehaverne er kendt skyldige i ulovlig spredning, men i den civile sag, som vedrører betaling af skyldige afgifter til SACEM,

fik de medhold for så vidt retten har forelagt sagen præjudicielt for Domstolen. Sag 395/87, Tournier, er usædvanlig derved, at den udspringer af en sag, som en diskoteksindehaver, Verney, har anlagt mod SACEM's generaldirektør, Tournier, og hvori diskoteksindehaveren har påstået Tournier kendt skyldig i ulovlig adfærd, som er i strid med franske konkurrenceretlige og straferetlige bestemmelser, og hvori han er indtrådt som civil part med henblik på at få tilkendt erstatning.

De præjudicielle spørgsmål

16. De spørgsmål, der er forelagt af cour d'appel de Poitiers i sag 110/88, og af tribunal de grande instance de Poitiers i sagerne 241 og 242/88, er identiske og har følgende ordlyd:

1) Er den omstændighed, at et selskab bestående af forfattere, komponister og musikforlæggere, benævnt SACEM, som indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af det fælles marked, og som er forbundet med ophavsretsselskaber i andre EF-medlemsstater gennem gensidige repræsentationskontrakter, fastsætter en samlet afgiftssats på 8,25% af et diskoteks bruttoomsætning, udtryk for, at medkontrahenterne direkte eller indirekte påtvinges urimelige forretningsbetingelser, jfr. Rom-Traktatens artikel 86, når den nævnte sats er åbenbart højere end den sats, der anvendes af tilsvarende ophavsretsselskaber i andre EØF-medlemsstater?

2) Er der tale om en samordnet praksis, der er i strid med EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, når der ved hjælp af en række såkaldte aftaler om gensidig repræsentation opnås en faktisk eneret i EF-stater, således at et selskab, som varetager kontrollen med og opkrævningen af afgifter i forbindelse med ophavsrettigheder, og som udøver sin virksomhed på en medlemsstats område, ved en tilslutningskontrakt fastsætter en samlet afgift, hvorefter brugeren skal betale den nævnte afgift for at kunne anvende udenlandske ophavsmænds repertoirer?

17. De præjudicielle spørgsmål, som er forelagt af cour d'appel d'Aix-en-Provence i sag 395/87, og som har videre perspektiver, har følgende ordlyd:

1) Er størrelsen af den afgift, som fastsættes af SACEM, der indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, idet selskabet i Frankrig har faktisk monopol på forvaltning af ophavsrettigheder og opkrævning af hermed forbundne afgifter, forenelig med Rom-Traktatens artikel 86, eller er der tale om en praksis, der er udtryk for misbrug og i strid med gældende konkurrencebestemmelser, idet der påtvinges ensidige og urimelige forretningsbetingelser?

2) Er der tale om en samordnet praksis, der er i strid med Rom-Traktatens artikel 85, stk. 1, idet der herved lettere kan ske

misbrug af en dominerende stilling i henhold til Traktatens artikel 86, når der ved hjælp af en række såkaldte aftaler om gensidig repræsentation opnås en faktisk eneret i de fleste EF-stater, således at et selskab, som varetager kontrollen med og opkrævningen af afgifter i forbindelse med ophavsrettigheder, og som udøver sin virksomhed på en medlemsstats område, på vilkårlig måde og under udøvelse af forskelsbehandling fastsætter en afgiftssats, som indebærer, at brugerne afskæres fra at foretage en udvælgelse blandt udenlandske ophavsmænds repertoire, uden at være tvunget til at betale en afgift vedrørende repertoiret til den pågældende medlemsstats ophavsretsselskab?

3) Skal Rom-Traktatens artikel 86 fortolkes således, at der er tale om en »urimelig forretningsbetingelse«, såfremt en virksomhed — som varetager kontrollen med og opkrævningen af afgifter i forbindelse med ophavsrettigheder, som indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, og som ved gensidige repræsentationskontrakter er forbundet med lignende selskaber i andre EF-stater — fastsætter et afgiftsgrundlag og en afgiftssats, der er flere gange højere end dem, der anvendes af alle øvrige ophavsretsselskaber i EF's medlemsstater, når den nævnte forskel ikke er begrundet i objektive hensyn og ikke står i rimeligt forhold til de beløb, der fordeles til ophavsmændene, hvorved afgiften er uden sammenhæng med den økonomiske værdi af den leverede tjenesteydelse?

4) Må den omstændighed, at et selskab, som består af forfattere og forlæggere, og som har et faktisk monopol på en medlemsstats område, alene nægter brugere af lydbærere adgang til det udenlandske repertoire, som selskabet repræsenterer, og der herved sker en opdeling af markedet, antages at have til formål eller i det mindste til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen i henhold til Traktatens artikel 85, stk. 1?

5) Henset til, at Domstolen allerede har fastslået, at den omstændighed, at en grammofonplade eller en bog gøres tilgængelige for offentligheden, er det samme som en udbredelse af værkets materielle bærer, og medfører, at retten til afgift er udtømt, uanset at køberen til forlæggeren har betalt en pris for grammofonpladen, som omfatter betaling for den ophavsret, der svarer til en tilladelse til at anvende værket, er da anvendelsen af nationale bestemmelser, hvorefter der er tale om en ulovlig spredning af lydbærere, såfremt der ikke til den nationale virksomhed, der varetager kontrol, forvaltning og opkrævning, og som har en faktisk monopolstilling, betales de afgifter, selskabet fastsætter for offentlig spredning, forenelig med Traktatens artikler 30 og 59, når de nævnte afgifter er udtryk for misbrug og forskelsbehandling, og satsen ikke fastsættes af ophavsmændene selv og/eller ikke svarer til, hvad der måtte blive aftalt direkte med de udenlandske ophavsretsselskaber, der repræsenterer dem?

De retsspørgsmål, Domstolen skal tage stilling til

18. De spørgsmål, der er forelagt af de nationale retsinstanser, er meget komplicerede, men de ønsker i det væsentlige, at Domstolen tager stilling til følgende:

1) Er fransk lovgivning, hvorefter SACEM — efter at der allerede er betalt afgifter for fremstilling og markedsføring af lydbærere — af diskoteker kan opkræve afgifter for offentlig gengivelse af lydbærerne, såfremt sidstnævnte afgifter er uforholdsmæssig høje eller på anden måde må anses for urimelige, forenelig med artiklerne 30 og 59?

2) Er gensidige repræsentationskontrakter, som indgås mellem SACEM og udenlandske ophavsretsselskaber (dvs. ikke-franske) og den omstændighed, at sådanne udenlandske selskaber nægter franske diskoteksindehavere direkte adgang til deres repertoirer, forenelige med artikel 85?

3) Er det foreneligt med artikel 85 eller artikel 86, at SACEM kræver, at franske diskoteksindehavere betaler en afgift for at få adgang til hele selskabets repertoire, uanset deres faktiske behov?

4) Hvilke kriterier skal de nationale retsinstanser lægge til grund ved afgørelsen af, om den afgift, SACEM opkræver af franske diskoteker for offentlig gengivelse af lydbærere, er uforholdsmæssig høj og således udtryk for misbrug i henhold til artikel 86, og skal retsinstanserne — såfremt dette bevises — tage hensyn til, at afgiften er fastsat på en måde, som er forskelsbehandlende, og til, at afgiftens størrelse ikke står i rimeligt forhold til de beløb, der faktisk fordeles til ophavsmændene, og at den er flere gange højere eller i det mindste klart højere end den afgift, der opkræves af ophavsretsselskaber i andre EF-medlemsstater?

19. Med hensyn til det første problem, som kun er rejst af cour d'appel d'Aix-en-Provence, dvs. i sag 395/87, men ikke af de øvrige nationale retsinstanser, er det en betingelse for, at artikel 30 og 59 kan finde anvendelse, at der er en samhandel eller udveksling af tjenesteydelser mellem medlemsstaterne; selv om det ikke fremgår af selve forelæggelsesdommens ordlyd, synes forholdet at være det, at den nationale retsinstans har lagt til grund, at de nævnte afgifter for fremstilling og markedsføring af lydbærerne er betalt i en anden medlemsstat. Til det første punkt skal jeg også bemærke, at spørgsmålet om, hvorvidt afgiften er urimelig eller uforholdsmæssig høj, snarere skal afgøres ud fra artikel 86 og ikke artikel 30 eller artikel 59.

20. For så vidt angår det tredje punkt er det min opfattelse, at SACEM's nægtelse af at give licens til andet end dets eget repertoire, også skal afgøres på grundlag af artikel 86, idet en sådan nægtelse reelt er et led i en enkelt, dominerende virksomheds adfærd. I den forbindelse er der grund til at nævne, at misbrug i henhold til artikel 86 eksempelvis er påtvingelse af »urimelige forretningsbetingelser« [artikel 86, litra a)] eller af uvedkommende tillægsydelser [artikel 86, litra d)].

21. Med disse bemærkninger in mente kan de syv spørgsmål, de nationale retsinstanser har forelagt for Domstolen, efter min opfattelse sammenfattes til følgende fire hovedspørgsmål vedrørende fortolkning af Traktaten:

1) Skal EØF-Traktatens artikler 30 og 59 fortolkes således, at de er til hinder for anvendelse af nationale bestemmelser, hvorefter offentlig fremførelse, uden betaling af afgifter, af musikværker ved hjælp af lydbærere, er en ophavsretskrænkelse, såfremt der allerede i en anden medlemsstat er betalt afgift for fremstilling og markedsføring af lydbærerne?

2) Skal EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, fortolkes således, at den forbyder ophavsretsselskaber, der er etableret i forskellige medlemsstater, at indgå aftaler, hvorved de gensidigt overtager forvaltningen af de øvrige selskabers repertoirer inden for deres respektive nationale områder, og at nægte brugere af musikværker i de øvrige selskabers nationale områder adgang til deres indenlandske repertoirer?

3) Skal EØF-Traktatens artikel 86 fortolkes således, at der er tale om et forbudt misbrug, såfremt et ophavsretsselskab, der indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, kræver, at dets kunder betaler en afgift for at få adgang til hele selskabets repertoire, uanset hvorledes de pågældende kunder rent faktisk anvender repertoiret?

4) Hvilke kriterier skal en national retsinstans lægge til grund ved afgørelsen af, om den afgift, et ophavsretsselskab, der indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, opkræver for offentlig fremførelse af dets repertoire, er uforholdsmæssig høj og således udtryk for misbrug af dominerende stilling i henhold til artikel 86? Kan den nationale retsinstans tage i betragtning, om afgiften er fastsat på en sådan måde, at den er udtryk for forskelsbehandling? Kan den tage hensyn til forholdet mellem afgiftens størrelse og det beløb, der faktisk udbetales ophavsmændene, og til forholdet mellem afgiften og de afgifter, der opkræves af ophavsretsselskaber for offentlig fremførelse af deres repertoirer i andre medlemsstater?

Jeg vil behandle spørgsmålene i nævnte rækkefølge.

Det første spørgsmål (EØF-Traktatens artikler 30 og 59)

22. Da jeg først senere behandler problemet om, hvorvidt der er tale om uforholdsmæssigt høje eller urimelige afgifter, nemlig i relation til artikel 86, bliver det første spørgsmål relativt enkelt. Med spørgsmålet ønsker den nationale retsinstans oplyst, om nationale bestemmelser, hvorefter der kan opkræves en afgift for offentlig fremførelse af lydbærere, for hvis fremstilling og markedsføring der allerede er betalt en afgift i en anden medlemsstat, må anses for en be-

grænsning af de frie varebevægelser, som er i strid med artikel 30, eller af den frie udveksling af tjenesteydelser, som er i strid med artikel 59.

23. Forholdet er utvivlsomt det, at den omstændighed, at der udbetales et beløb for fremstilling eller markedsføring af en lydbærer, ikke udtømmer mulighederne for udnyttelse af ophavsrettighederne til et musikværk. Som Kommissionen har understreget i de skriftlige indlæg i sag 395/87, er synspunktet bag den teori om udtømning af rettigheder, der er udviklet i Domstolens praksis, at indehaveren af en industriel eller intellektuel ejendomsret afskæres fra at udnytte de nationale lovgivers territoriale afgrænsning med henblik på mere end én gang at opnå de fordele, der er forbundet med et salg af det produkt — som f.eks. en lydbærer — som hans åndsindsats er en integrerende del af. De foreliggende sager drejer sig imidlertid ikke om salg af lydbærere, men om offentlig gengivelse af musikværker, og en sådan gengivelse kan i sagens natur gentages i det uendelige.

24. Det er et almindeligt anerkendt ophavsretligt princip (der bl. a. genfindes i artiklerne 9 og 11 i Bernerkonventionen til værn for litterære og kunstneriske værker, som alle EF-medlemsstater har ratificeret), at en indehaver af ophavsrettigheder til et musikalsk eller lignende værk har eneret til at tillade dels gengivelse af værket (ved fremstilling og markedsføring), dels offentlig fremførelse af det, og at de nævnte to rettigheder til udnyttelse kan udøves særskilt og kumulativt. Domstolen har anerkendt princippet i dom af 17. maj 1988 i sag 158/86, Warner Brothers/Christiansen, (Sml. 1988, s. 2605), hvor Domstolen omtalte »ophavsmandens væsentligste særrettigheder, nemlig eneretten til at fremføre værket og eneretten til at fremstille eksemplarer af det ...« (præmis 13).

25. For så vidt angår artikel 30 anerkendes det i Domstolens praksis, at det for visse former for litterære og kunstneriske værker er en del af ophavsrettens hovedfunktion, at indehaveren og hans retssuccessorer kan kræve honorar for enhver offentlig fremførelse af værkerne (se for film dommen i sag 62/79, Coditel/Ciné Vog Films (»Coditel I«), Sml. 1980, s. 881, præmisserne 12-14, og for lydbærere dommen i sag 402/85, Basset/SACEM, Sml. 1987, s. 1747). I Basset-sagen behandlede Domstolen spørgsmålet om, hvorvidt det var foreneligt med artikel 30 at opkræve en tillægafgift for mekanisk gengivelse. Selv om betegnelsen måske ikke var helt korrekt, indtog Domstolen det synspunkt, at afgiften egentlig måtte betragtes som en del af vederlaget for ophavsrettighederne ved den offentlige fremførelse og fastslog, at

»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, jfr. Traktatens artikel 36« (præmis 16).

26. Det er klart, at de samme principper finder anvendelse med hensyn til artikel 59. I dommen i Coditel I-sagen (jfr. ovenfor) fastslog Domstolen, at:

»Selv om Traktatens artikel 59 forbyder restriktioner for den frie udveksling af tjenesteydelser, omfatter den dog ikke derved de grænser for udøvelsen af visse økonomiske aktiviteter, som hidrører fra anvendelsen af nationale lovgivninger vedrørende beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret, medmindre en sådan anvendelse udgør et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af de økonomiske forbindelser mellem medlemsstaterne« (præmis 15).

Som allerede nævnt bekræftede Domstolen i dommen i Basset-sagen, at opkrævning af en afgift for offentlig fremførelse af en lydbærer ikke kunne betegnes som en vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen.

27. Jeg skal følgelig foreslå, at det første spørgsmål besvares som følger:

»EØF-Traktatens artikler 30 og 59 er ikke til hinder for anvendelse af nationale bestemmelser, hvorefter offentlig fremførelse, uden betaling af afgifter, af musikværker ved hjælp af lydbærere, er en ophavsretskrænkelse, såfremt der allerede i en anden medlemsstat er betalt afgift for fremstilling og markedsføring af lydbærerne.«

Det andet spørgsmål (EØF-Traktatens artikel 85)

28. Diskoteksindehaverne har anført, at den omstændighed, at der består et net af gensidige repræsentationskontrakter, sammenholdt med, at hvert enkelt ophavsretsselskab nægter brugere af musikværker uden for dets nationale område adgang til sit repertoire, bevirker, at de nationale markeder opdeles, og at hvert enkelt selskab opnår et faktisk monopol inden for sit eget nationale område. Franske diskoteksindehavere har følgelig intet andet valg end at være kunder hos SACEM på dets vilkår, og har ikke mulighed for at opnå mere fordelagtige vilkår hos udenlandske ophavsretsselskaber. Efter diskoteksejernes opfattelse må aftalerne, sammenholdt med, at der ikke meddeles tilladelser direkte, anses for uforenelige med artikel 85, stk. 1.

29. Artikel 85, stk. 1, bestemmer, at alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og forbudt, navnlig aftaler og andre former for konkurrencebegrænsende adfærd, som består i opdeling af markeder eller forsyningskilder. I henhold til artikel 85, stk. 3, kan der for en aftale, en vedtagelse eller en samordnet praksis meddeles fritagelse fra forbuddet i stk. 1, såfremt visse nærmere betingelser er opfyldt.

30. En række punkter er ikke omtvistet mellem hovedsagens parter. For det første, at der findes gensidige aftaler, og at de må anses for at være aftaler mellem virksomhe-

der i henhold til artikel 85, stk. 1; for det andet, at aftalerne efter deres art ikke er eneretsaftaler (en eneretsklausul blev ophævet i 1970'erne på Kommissionens forlangende), og ophavsretsselskaberne derfor i princippet har mulighed for både at overdrage forvaltningen af deres repertoirer til mere end et selskab for samme område og meddele tilladelser direkte på andre selskabers områder. Det omtvistes imidlertid heller ikke, at følgen af den territoriale afgrænsning for hver enkelt af de nævnte aftaler er, at selv om ophavsretsselskaberne måtte ønske at meddele tilladelser til kunder inden for de andre selskabers områder, ville de under alle omstændigheder kun kunne meddele tilladelse til anvendelse af deres egne repertoirer, men ikke andre selskabers repertoirer, som de har fået overdraget forvaltningen af i henhold til de gensidige aftaler. Eksempelvis vil det tyske ophavsretsselskab, GEMA, principielt kunne meddele brugere af musikværker i Frankrig tilladelse til at anvende dets eget repertoire, men det ville ikke kunne konkurrere med SACEM ved at tilbyde British Performing Rights Society's repertoire og slet ikke SACEM's eget nationale repertoire, som GEMA forvalter i Tyskland i henhold til en gensidig repræsentationskontrakt. Parterne er endvidere enige om, at det ikke til dato er lykkedes nogen fransk diskoteksindehaver at opnå tilladelse direkte hos et udenlandsk ophavsretsselskab til at anvende dettes repertoire, og at hvert enkelt selskab vil have et absolut, faktisk monopol inden for sit eget nationale område, så længe der ikke er mulighed for at opnå sådanne direkte tilladelser. For at vende tilbage til ovennævnte eksempel indebærer den omstændighed, at GEMA nægter franske diskoteksindehavere tilladelse til at benytte dets repertoire, at SACEM ikke behøver at frygte konkurrence fra GEMA's side, heller ikke for så vidt angår GEMA's eget repertoire. Hertil kommer, at selv en sådan potentiel konkurrence forekommer illusorisk, idet parterne har anerkendt, at en direkte tilladelse, som kun omfatter et enkelt ophavsretsselskabs repertoire, ikke i kommerciel henseende er nogen attraktiv løsning, hverken for selskabet eller for diskoteksindehaverne.

31. To problemer omtvistes. Det første er, om den omstændighed, at der nægtes direkte adgang, er resultatet af en samordnet praksis og følgelig kan falde ind under artikel 85, stk. 1. Det andet er, om de gensidige aftaler og den omstændighed, at der ikke gives licens, under alle omstændigheder og ud fra de praktiske hensyn i forbindelse med forvaltningen af fremførelsesrettighederne over for diskotekerne, i praksis generelt må antages at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på det pågældende marked.

32. SACEM har ikke bestridt, at markedet er opdelt, og at hvert enkelt ophavsretsselskab har en faktisk eneret; støttet af Kommissionen har SACEM imidlertid anført, at dette ikke er resultatet af en praksis, der er forbudt i henhold til artikel 85, stk. 1, men snarere afspejler de økonomiske forhold på dette specielle marked, som bevirker, at der i praksis ikke er konkurrence, og som uvægerligt forudsætter, at fremførelsesrettighederne forvaltes territorialt.

33. Efter min opfattelse er det på dette stadium næppe muligt at give et kategorisk svar på de problemer, der i de foreliggende sager opstår i relation til artikel 85. Sagerne er særdeles usædvanlige. Umiddelbart ser det ud som om, at vi står over for en absolut eneret, en fuldstændig opdeling af det fælles marked efter de nationale grænser og en total mangel på konkurrence; dette ville på ethvert andet område være åbenbart uforeneligt med artikel 85, stk. 1. På den anden side er markedet i enhver henseende usædvanligt på grund af den ganske særlige karakter af de pågældende intellektuelle ejendomsrettigheder, som ikke alene er territorialt afgrænsede, udelukkende er reguleret af nationale lovgivninger, der afviger betydeligt fra hinanden og i øvrigt yder beskyttelse over meget lange perioder, men som ligeledes forudsætter en permanent kontrol og forvaltning inden for de nationale områder, hvis de skal udøves effektivt. SACEM har i den forbindelse gjort opmærksom på, at ophavsretsselskaber i forskellige EF-medlemsstater ikke i praksis vil konkurrere, og at de gensidige aftaler og nægtelsen af at give direkte adgang følgelig ikke kan antages at forhindre eller begrænse konkurrencen. SACEM har understreget, at et ophavsretsselskab, der ønsker at drive virksomhed på et andet nationalt område end dets eget, i så fald måtte oprette en administration, som kunne forhandle kontrakter med kunder, kontrollere de forhold, der er grundlag for afgiftsberegningen, overvåge anvendelsen af dets repertoire og træffe de foranstaltninger, der måtte være nødvendige i tilfælde af krænkelser af dets ophavsrettigheder. Et selskab vil derfor kunne lade sit repertoire forvalte billigere og mere effektivt ved at lade det administrere af det selskab, der allerede er etableret på det pågældende område. En sådan ordning er også til fordel for kunderne, idet de gensidige aftaler sikrer, at de får adgang til hele det musikalske verdensrepertoire ved blot at forhandle med ét ophavsretsselskab.

34. Når problemet opstilles på den måde, fremgår det med al ønskelig tydelighed, hvordan ordlyden af artikel 85 sætter snævre grænser for dets løsning. Hvis det på den ene side skal bevises, at der ikke sker nogen begrænsning eller fordrejning af konkurrencen i henhold til artikel 85, stk. 1, vil det i denne branche kun kunne ske på grundlag af en detaljeret undersøgelse af markedet. Hvis det på den anden side derefter måtte vise sig, at der er en sådan virkning, vil der formentlig ikke kunne meddeles fritagelse for de pågældende aftaler i henhold til artikel 85, stk. 3; hvis de nemlig påvirker konkurrencen, opfylder de ikke den sidste betingelse efter artikel 85, stk. 3, idet de ophæver konkurrencen på hele markedet.

35. Efter min opfattelse påhviler det Kommissionen at løse de pågældende problemer ved at behandle og tage stilling til de aftaler, der er anmeldt til den. Under alle omstændigheder vil Kommissionen bedre end de nationale retsinstanser kunne undersøge markedet på fællesskabsplan. Kommissionen skulle også kunne afgøre, om den vedvarende, faktiske eneret er resultatet af en samordnet praksis mellem ophavsretsselskaberne i de enkelte medlemsstater, og om en sådan eneret er en nødvendig følge af markedets karakter.

36. Da Kommissionen ikke formelt har givet noget svar, er det under alle omstændigheder ikke nødvendigt, at de nationale retsinstanser i de foreliggende sager tager direkte stilling til problemerne i relation til artikel 85. Spørgsmålet om gyldigheden af de gensidige repræsentationskontrakter og om, hvorvidt der er tale om en samordnet praksis, synes ikke umiddelbart at være omtvistet for dem. Som det fremgår af den ordlyd, de nationale retsinstanser selv har anvendt i spørgsmålene, synes de pågældende omstændigheder udelukkende eller navnlig at være relevante i den forstand, at de forstærker den dominerende stilling, SACEM indtager, jfr. artikel 86. Ud fra det synspunkt måtte det efter min opfattelse være tilstrækkeligt, at de nationale retsinstanser som faktiske omstændigheder lægger til grund, at der er en absolut eneret og en total mangel på konkurrence, hvilket dog er omstændigheder, som ikke omtvistes mellem parterne.

37. Hvis de nationale retsinstanser direkte skulle træffe afgørelse vedrørende anvendelsen af artikel 85 i de foreliggende sager, ville det første spørgsmål, de skulle tage stilling til, være ophavsretsselskabernes nægtelse af at give licens til anvendelse af deres repertoirer til brugere uden for deres eget nationale område. Det ville da tilkomme de nationale retsinstanser at tage stilling til, om den omstændighed må antages at have selvstændig betydning i relation til de gensidige aftaler, og, i givet fald, om nægtelsen af at give direkte licenser er resultatet af en samordnet praksis mellem selskaberne, således som diskoteksindehaverne har gjort gældende under sagerne.

38. Efter min opfattelse kan spørgsmålet om direkte licenser ikke betragtes isoleret i forhold til spørgsmålet om gensidige aftaler. Som jeg allerede tidligere har nævnt, kan ophavsretsselskaberne på grund af den territoriale afgrænsning af de gensidige aftaler kun give licens til anvendelse af deres egne repertoirer, uanset om de måtte ønske at give licens til kunder på andre selskabers områder, og licenser, der er begrænset på den måde, kan ikke antages at være en løsning, der er holdbar ud fra et kommercielt synspunkt. For mig at se kan nægtelsen af at give direkte licenser kun betragtes som en logisk følge af de gensidige aftaler, og det synes derfor ikke nødvendigt at undersøge, om den pågældende nægtelse er resultatet af en samordnet praksis.

39. Hvis man indtog et andet synspunkt med hensyn til spørgsmålet om betydningen af direkte licenser, ville det væsentligste problem for de nationale domstole være, om den praksis fra de udenlandske ophavsretsselskabers side, der består i at nægte at give direkte licens til franske diskoteksindehavere, er resultatet af en koordinering eller et samarbejde mellem selskaberne, eller om den tværtimod udspringer af en selvstændig beslutning truffet af hvert enkelt selskab på egne vegne og ud fra egne interesser. Ved afgørelsen af dette spørgsmål ville de nationale retsinstanser efter min opfattelse med rette kunne tage hensyn til det samarbejde, der allerede består mellem ophavsretsselskaberne i henhold til nettet af gensidige repræsentationskontrakter og til, at eneretsklausulen i de pågældende kontrakter først er ophævet på et relativt sent tidspunkt (jfr. sag 243/83, Binon/AMP, Sml. 1985, s. 2015, 2040, præmis 17). Samtidig måtte de nationale retsinstanser undersøge, om den parallelle adfærd på tilstrækkelig måde kan forklares ved forhold, som ikke forudsætter, at

der er tale om en samordnet praksis (jfr. de forenede sager 29 og 30/83, Compagnie royale asturienne des mines SA og Rheinzink GmbH/Kommissionen, Sml. 1984, s. 1679, 1701, præmis 16). Ved undersøgelsen af, om der er en anden mulig forklaring, ville det være nødvendigt at tage de særlige hensyn i betragtning, der er forbundet med forvaltningen af fremførelsesrettighederne over for diskotekerne, som ifølge SACEM kan forklare og begrunde, at det pågældende marked er opdelt nationalt (jfr. punkt 33 ovenfor).

40. Det andet problem, som de nationale retsinstanser måtte undersøge, er, om de gensidige aftaler (og — hvis dette antages at have betydning — nægtelsen af at give direkte licenser) på baggrund af de særlige hensyn, der gør sig gældende ved forvaltningen af ophavsrettighederne (som jeg omtalte under punkt 33) må antages at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på det pågældende marked. Hvis de nationale retsinstanser når frem til, at aftalerne, aktuelt eller potentielt, kan have indflydelse på konkurrencen, måtte de nationale retsinstanser undersøge, om de måtte antages at kunne fritages i henhold til artikel 85, stk. 3. Hvis de finder, at en sådan mulighed består, må de udsætte afgørelsen og afvente Kommissionens beslutning, idet det i medfør af artikel 9, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1959-1962, s. 81) alene er Kommissionen, der har beføjelse til at meddele eller nægte fritagelse.

41. Jeg skal derfor foreslå, at det andet spørgsmål besvares som følger:

»EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, skal fortolkes således, at den forbyder:

a) ophavsretsselskaber, der er etableret i forskellige medlemsstater, at indgå aftaler, hvorved de gensidigt overtager forvaltningen af de øvrige selskabers repertoirer inden for deres respektive nationale områder, såfremt sådanne aftaler — henset til de særlige forhold på det pågældende marked med hensyn til forvaltningen af ophavsrettigheder — må antages at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencevilkårene på det nævnte marked;

b) ophavsretsselskaber, der er forbundet ved et net af gensidige repræsentationskontrakter, at nægte brugere af musikværker i de øvrige selskabers nationale områder adgang til deres indenlandske repertoirer, såfremt det godtgøres, at nægtelsen af en sådan adgang er et resultat af en samordnet praksis mellem de nævnte selskaber og den — henset til de særlige forhold på det pågældende marked med hensyn til forvaltningen af ophavsrettigheder — må antages at forhindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på det nævnte marked.«

Tredje og fjerde spørgsmål (EØF-Traktatens artikel 86)

42. Det tredje og fjerde spørgsmål vedrører problemet om misbrug af dominerende stilling i henhold til artikel 86 i relation til spørgsmålet om henholdsvis pakkelicens og

afgiftens størrelse. De nationale retsinstanser har ikke anmodet om yderligere oplysninger vedrørende begreberne »dominerende stilling« og virkningen af SACEM's adfærd på samhandelen. De nationale retsinstanser synes at lægge til grund, at de nævnte to betingelser for, at artikel 86 finder anvendelse, er opfyldt, og jeg ser ingen grund til at betvivle det synspunkt. Inden jeg behandler spørgsmålet om misbrug, vil jeg dog fremkomme med en række almindelige bemærkninger vedrørende karakteren af den dominerende stilling, SACEM indtager.

43. Lad mig først nævne, at det ikke er en helt almindelig dominerende stilling. Den omstændighed, at SACEM er det eneste ophavsretsselskab af sin art i Frankrig, at selskabet ikke på nogen måde behøver at frygte konkurrence fra udenlandske selskabers side, og at der ikke reelt er tale om nogen regulering af selskabets virksomhed fra offentlige myndigheders side, betyder, at selskabekt nærmest har en uindskrænket handlefrihed. Der er desuden en åbenbar forskel mellem markedsmagten for på den ene side SACEM og på den anden diskotekerne, som repræsenterer et stort antal geografisk spredte små eller mellemstore virksomheder (som for de flestes vedkommende dog er opdelt på forskellige brancheorganisationer), hvis virksomhed i det hele er baseret på musik, og som ikke selv kan vælge, hvem de vil forhandle med. Selv om de nævnte omstændigheder ikke i sig selv fører til, at der må antages at være tale om misbrug, og heller ikke forudsætter et højere serviceniveau fra SACEM end fra en hvilken som helst anden dominerende virksomheds side, fører de efter min opfattelse til, at de nationale retsinstanser må være særdeles strenge med hensyn til begrundelsen for de former for praksis, som hævdes at være udtryk for misbrug. Det synspunkt, de enkelte nationale retsinstanser vil lægge til grund med hensyn til spørgsmålet om begrundelse, vil afhænge af de nationale regler. Hvor én national retsinstans f. eks. måtte lægge en formodning til grund, ville en anden national retsinstans måske vende bevisbyrden om. Resultatet bør dog under alle omstændigheder være det samme, dvs. at de forskellige former for praksis skal begrundes af den pågældende dominerende virksomhed.

Pakkelicens

44. Som allerede nævnt kræver SACEM i kraft af en »standardklausul« i den kontrakt, der indgås med diskoteksindehaverne, at der betales en samlet afgift for at få adgang til selskabets repertoire, uanset hvilke eller hvor mange musikværker diskoteket faktisk anvender. Diskoteksindehaverne har anført, at det er urimeligt at kræve, at de skal betale for at få adgang til hele det verdensrepertoire, SACEM forvalter, når deres behov kan dækkes ved, at de får adgang til en del af det. Det fremgår ikke helt af sagen, hvilke behov diskotekerne egentlig har. Et sted gøres det gældende, at de blot ønsker at få adgang til visse udenlandske repertoirer, som SACEM forvalter, navnlig det amerikanske og britiske; et andet sted hedder det, at de ønsker at få adgang til en vis type musik, nemlig popmusik, som navnlig, men ikke udelukkende, er af engelsk-amerikansk oprindelse. Under alle omstændigheder ønsker de noget mindre end en pakkelicens, og har antydet, at en sådan mindre omfattende licens nødvendigvis må være billigere.

45. Heroverfor har Kommissionen og den franske regering understreget, at de praktiske vanskeligheder, der er forbundet med en opdeling af verdensrepertoiret i dele, der markedsføres hver for sig, og det deraf følgende større behov for overvågning og kontrol må antages at medføre højere og ikke lavere omkostninger for brugerne af musik. De har endvidere fremhævet den fordel, en pakkelicens giver, idet diskotekerne herved står helt frit i valget af musikværker.

46. Domstolen har endnu ikke haft lejlighed til at tage stilling til, om en praksis som f. eks. en pakkelicens er forenelig med artikel 86. I sag 127/73, BRT/SABAM og NV Fonior (Sml. 1974, s. 313) anmodedes bl. a. om Domstolens afgørelse af, om den omstændighed, at et ophavsretsselskab kræver, at dets medlemmer overdrager samtlige deres rettigheder, uden at der skelnes mellem forskellige former, måtte betragtes som misbrug i henhold til artikel 86. I dommen fastslog Domstolen, at ved afgørelsen af, om selskabet havde pålagt sine medlemmer urimelige forretningsbetingelser, måtte alle tilstedeværende interesser tages i betragtning for at sikre en afvejning af den optimale frihed for medlemmerne til at disponere over deres værker over for selskabets effektive udøvelse af deres rettigheder, og at det i den forbindelse måtte undersøges, om den omtvistede adfærd overskrider grænserne for, hvad der er nødvendigt for at nå dets formål (præmisserne 7-11). Efter min opfattelse må der anlægges et tilsvarende synspunkt i de foreliggende sager, idet de hensyn, der skal afvejes over for hinanden, er ophavsretsselskabets interesser på den ene side og en kundegruppes, nemlig diskoteksindehavernes, på den anden.

47. Amerikanske domstole, som har skullet træffe afgørelse i en række antitrust-sager vedrørende pakkelicenser (kendt under navnet »blanket licensing«) fra de amerikanske selskaber, der varetager fremførelsesrettighederne, Broadcast Music, Inc. (»BMI«) og American Society of Composers, Authors and Publishers (»ASCAP«), har ligeledes anlagt det synspunkt, at der må foretages en afvejning af fordelene ved »blanket licensing«, både for kunderne og med henblik på en effektiv forvaltning af ophavsrettighederne, og af ulemperne i form af begrænsning af konkurrencen og af kundernes valgfrihed. Selv om der må tages højde for visse mindre forskelle som følge af afvigende retlige og faktiske omstændigheder, kan der i amerikansk retspraksis hentes en række nyttige fingerpeg med hensyn til vurderingen af de modstridende, involverede interesser.

48. I en principiel dom fra 1979 i sagen Columbia Broadcasting System/BMI og ASCAP (441 US 1, 60 L Ed 2nd 1, 99 S Ct 1551), fastslog USA's Supreme Court, at »blanket licensing« ikke i sig selv kunne antages at være en overtrædelse af Sherman Act, men måtte vurderes ud fra et »rule of reason«-synspunkt. I henhold hertil skal retten afveje de konkurrencefremmende virkninger af en given praksis i forhold til dens konkurrencebegrænsende virkninger med henblik på at afgøre, om den pågældende praksis medfører en urimelig begrænsning af omsætningen på det pågældende marked. En anvendelse af disse retningslinjer i sager, som en række brugere har anlagt til prøvelse af »blanket licensing« har ført til, at de underordnede amerikanske domstole i almindelighed har statueret, at pakkelicenser var lovlige [jfr. navnlig Buffalo Broadcasting Inc. m.fl./ASCAP og BMI, United States Court of Appeal for the Second Circuit, 18. september 1984, 744 F., 2nd 917; 223 US PQ (BNA) 478; Copy L. Rep. (CCH)

P25, 710; Fed. Sec. L. Rep. (CCH) P66, 204]. Af særlig interesse er sagen BMI/ Moor-Law Inc. [527 F. Supp. 758 (D. Del. 1981)], hvori det selskab, der varetager fremførelsesrettighederne, havde anlagt sag med påstand om, at der var tale om ulovlig spredning, idet sagsøgtes natklub uden tilladelse havde anvendt selskabets repertoire; heroverfor gjorde sagsøgte gældende, at BMI havde overtrådt antitrust-lovgivningen, idet den omstændighed, at BMI ikke havde tilbudt sagsøgte et realistisk alternativ til en pakkelicens, var et retsstridigt kombinationssalg. Ud fra en anvendelse af »rule of reason«-vurderingen fastslog den amerikanske domstol bl.a., at pakkelicensen fratog brugerne af musikværker kontrollen med hensyn til deres samlede forpligtelser over for BMI, idet afgiften ikke beregnedes på grundlag af faktorer, som de havde kontrol over, som f.eks. antallet af fremførelser af et bestemt værk, men af faktorer, der er vanskeligere at kontrollere, nemlig (i den sag) natklubbens udgifter til underholdning. Den amerikanske domstol understregede som den positive side af sagen, at pakkelicensen er enkel og lidet omkostningskrævende med henblik på markedsføring af retten til fremførelse, ligesom den gav brugerne og bl.a. sagsøgte i den pågældende sag en vis fleksibilitet, idet de ikke på forhånd vidste, hvilke værker de ville anvende. Retten fandt, at der ikke i praksis var alternativer til pakkelicensen: navnlig ville en licens, der omfatter den kategori af musikværker, licensindehaveren anvendte, medføre yderligere udgifter til opdeling, kontrol af anvendelsen og løsning af tvister i forbindelse med licensen.

49. I de foreliggende sager tilkommer det de nationale retsinstanser at afveje fordele og ulemper ved pakkelicensen ud fra den særlige sammenhæng, hvorunder den påtvinges. De vil herved kunne tage hensyn til den åbenbare fordel ved, at pakkelicensen er et instrument til markedsføring af fremførelsesrettigheder, samt den fleksibilitet, den rummer for brugere som f.eks. diskoteker, som ikke på forhånd kan forudse deres reelle behov. Det tilkommer også de nationale retsinstanser at undersøge, om der findes et brugbart alternativ til pakkelicensen. I den forbindelse vil det for det første være nødvendigt at fastlægge diskotekernes reelle behov. Hvis de kun ønsker at få adgang til nærmere angivne udenlandske repertoirer, vil omkostningerne til opdeling formentlig være beskedne, men kontrolomkostningerne må antages at være tilsvarende højere. På den anden side vil indførelse af en ny kategori, nemlig popmusik, utvivlsomt vise sig at være dyr, i det mindste i begyndelsen, men hvis den pågældende kategori defineres tilstrækkelig vidt, indebærer den ikke nødvendigvis højere kontrolomkostninger. Endelig må de nationale retsinstanser efter min opfattelse tage hensyn til endnu en omstændighed, som tillagdes betydning i ovennævnte SABAM-sag, samt i en række amerikanske afgørelser, nemlig parternes respektive markedsmagt.

50. Med hensyn til formuleringen af svaret på det tredje spørgsmål har jeg i det foregående ganske vist forsøgt at foretage en detaljeret vurdering af de overvejelser, der kommer i betragtning, men det er tilstrækkeligt at gentage dommen i SABAM-sagen, som jeg har henvist til. Efter min opfattelse bør det tredje spørgsmål følgelig besvares således:

»Der foreligger et i henhold til Traktatens artikel 86 forbudt misbrug, såfremt et ophavsretsselskab, der indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, kræver, at dets kunder betaler en afgift for at få adgang til hele selskabets repertoire, uanset hvorledes de pågældende kunder rent faktisk anvender repertoiret, når et sådant krav går ud over, hvad der er nødvendigt med henblik på en effektiv forvaltning af ophavsrettighederne.«

»det ... imidlertid ikke [kan] udelukkes, at den eller de afgifter, som ophavsretsselskabet har fastsat, er af en sådan størrelse, at Traktatens artikel 86 finder anvendelse« (sag 402/85, Basset/SACEM, Sml. 1987, s. 1747).

I Basset-sagen skulle Domstolen imidlertid ikke tage stilling til spørgsmålet om afgifternes størrelse. I de foreliggende sager har de nationale retsinstanser udtrykkeligt ønsket oplyst, hvilke kriterier der skal lægges til grund ved afgørelsen af, om afgifterne er uforholdsmæssigt høje.

Afgiftens størrelse

51. Som Kommissionen har understreget i de skriftlige indlæg, vil enhver monopolist have en naturlig tendens til at fastsætte en monopolpris, dvs. en pris, som gør fortjenesten maksimal, og som er højere end den pris, han ville kunne forlange på et konkurrencepræget marked. Selv om en sådan adfærd ud fra et økonomisk synspunkt er helt logisk, kan den resultere i, at der over for kunder eller forbrugere fastsættes priser, der er urimeligt høje. Efter artikel 86 udgør urimelige priser udtrykkeligt et misbrug og er forbudt, og Domstolen har fastslået, at misbrug af en dominerende stilling i henhold til artikel 86 kunne bestå i, at der opkræves en for høj pris i forhold til den præsterede ydelses økonomiske værdi (sag 26/75, General Motors/Kommissionen, Sml. 1975, s. 1367).

52. For så vidt angår den afgift, som SACEM opkræver af franske diskoteksindehavere, har Domstolen i øvrigt allerede fastslået, at:

53. Efter de indlæg, der er indgivet til Domstolen i de foreliggende sager, synes parterne at være enige om, at det kriterium, Domstolen udledte i sag 27/76, United Brands/Kommissionen (Sml. 1978, s. 207) med henblik på at afgøre, om en pris er for høj i forhold til den økonomiske værdi af den ydede fordel, ikke kan finde anvendelse i den foreliggende sammenhæng. I den nævnte dom fastslog Domstolen (med hensyn til en vare og ikke en tjenesteydelse), at det skulle bedømmes, om der består et urimeligt forhold mellem de faktisk afholdte omkostninger og den faktisk opkrævede pris og i bekræftende fald undersøges, om der er tale om påtvingelse af en pris, som enten i sig selv eller i forhold til prisen for konkurrerende varer er urimelig (præmis 252). Parterne er enige om, at det ikke i den foreliggende sammenhæng vil være rimeligt at foretage en sammenligning mellem produktionsprisen og salgsprisen, idet det er umuligt at fastsætte omkostningerne ved at skabe et åndsværk som f. eks. et musikværk. Desuden er det umuligt at sammenligne det afgiftsniveau, SACEM anvender, med konkurrenternes, da der ingen konkurrenter er.

54. Da den normale fremgangsmåde således øjensynligt ikke kan anvendes, har de nationale retsinstanser nævnt tre mulige kriterier, der kan lægges til grund ved afgørelsen af, om afgiften er for høj, nemlig forskelsbehandling, forholdet mellem afgiften og det beløb, der udbetales forfatterne, og endelig en sammenligning med det afgiftsniveau, der over for diskoteksindehavere anvendes af de til SACEM svarende selskaber i andre medlemsstater. SACEM har afvist, at de nævnte kriterier kan finde anvendelse, navnlig en sammenligning med afgiften i andre medlemsstater, og har selv foreslået en række andre kriterier, hvoraf de vigtigste er, hvor stor betydning musik har for diskotekerne og følgelig adgangen til repertoiret, omkostningerne i forbindelse med en sådan adgang sammenholdt med diskotekernes samlede udgifter, og endelig en sammenligning med de afgifter, SACEM anvender over for andre brugere af musik i Frankrig. Jeg vil først behandle de kriterier, de nationale retsinstanser har nævnt, derefter de kriterier, SACEM har foreslået anvendt, og endelig undersøge, om der er andre kriterier, de nationale retsinstanser kunne lægge til grund ved vurderingen af afgiftens størrelse.

i) *De af de nationale retsinstanser nævnte kriterier*

55. Problemet med hensyn til en eventuel *forskelsbehandling* rejses i det andet og femte spørgsmål, som den nationale retsinstans har forelagt i sag 395/87. Det fremgår imidlertid ikke klart af forelæggelsesdommen, ud fra hvilket synspunkt afgiften kunne antages at være udtryk for forskelsbehandling. Der kan derfor tænkes fire muligheder:

1) Afgiften er udtryk for forskelsbehandling, idet den reelt er fastsat på grundlag af diskoteksejerens betalingsevne og ikke på grundlag af hans faktiske anvendelse af SACEM's repertoire.

2) Afgiften er udtryk for forskelsbehandling, når der sammenlignes med de afgifter, der anvendes af ophavsretsselskaber i andre EF-medlemsstater.

3) Afgiften er udtryk for forskelsbehandling, idet der anvendes forskellige satser over for forskellige grupper af diskoteksindehavere. Lad mig i den forbindelse minde om, at i henhold til særlige aftaler indgået mellem deres brancheorganisationer og SACEM betaler størstedelen af diskoteksindehaverne ikke den fulde afgift, og at andre diskoteker også har særligt gunstige vilkår.

4) Afgiften er udtryk for forskelsbehandling, når der sammenlignes med den sats, der anvendes over for andre grupper af brugere af musik.

56. Med den første mulighed rejses det samme spørgsmål, som jeg allerede har behandlet ovenfor vedrørende pakkelicenser (under punkterne 44-49). Spørgsmålet om, hvilken betydning det skal tillægges, hvilke afgifter der er fastsat i andre medlemsstater, ved afgørelsen af, om den afgift, SACEM opkræver, er for høj, vil blive behandlet nedenfor (under punkt 60-63); men under alle omstændigheder kan forskellen mellem afgiftssatserne ikke antages at være resultatet af en forskelsbehandling udøvet af SACEM, idet dette selskab ikke er ansvarlig for fast-

sættelsen af satserne i andre medlemsstater. Hvis den nationale retsinstans med omtalen af forskelsbehandling har den omstændighed i tankerne, at SACEM fastsætter forskellige afgifter over for forskellige grupper af diskoteksindehavere, er det min opfattelse, at en sådan praksis ikke giver holdepunkter for at antage, at standardsatsen på 8,25% af bruttoomsætningen er uforholdsmæssig høj, men den kunne være udtryk for den særlige form for forskelsbehandling i forbindelse med misbrug i den i artikel 86, litra c), forudsatte betydning, dvs. »anvendelse af ulige vilkår for ydelser af samme værdi over for handelspartnere, som derved stilles ringere i konkurrencen«. Ved afgørelsen af, om der er tale om en sådan forskelsbehandling, må den nationale retsinstans som en faktisk omstændighed undersøge, om det er objektivt begrundet at behandle forskellige grupper af diskoteksindehavere forskelligt. Det centrale spørgsmål i den forbindelse er, om de diskoteksindehavere, som behandles gunstigere, leverer en egentlig og tilstrækkelig modydelse for den nævnte særlige behandling.

57. For så vidt angår den fjerde teori udtalte Domstolen i den allerede nævnte United Brands-dom, at det kunne fastslås, om en pris er for høj, bl. a. ved at undersøge prisen på lignende varer. I den foreliggende sammenhæng må de nationale retsinstanser derfor kunne tage hensyn til, hvilke afgifter andre større brugere af musikværker — som f. eks. radio- og tv-stationer — betaler for at få adgang til SACEM's repertoire; såfremt der findes at være et betydeligt misforhold mellem de afgifter, der betales af de nævnte andre brugere og af diskoteksindehaverne, kan denne omstændighed pege i retning af, at de afgifter, der opkræves af diskoteksindehaverne, er for høje. Når de nationale retsinstanser foretager sammenligningen, skal de naturligvis tage hensyn til, at de fleste af diskoteksindehaverne betaler mindre end standardsatsen på 8,25%. Lad mig tilføje, at en forskellig behandling af diskoteksindehavere og andre brugere af musikværker, som ikke er objektivt begrundet, kan udgøre et særligt misbrug i henhold til artikel 86, litra c) (jfr. punkt 56 ovenfor).

58. Problemet om, hvilken betydning det har, *hvor stor en del af afgiften der betales til ophavsmændene*, når det skal afgøres, om afgiften er urimelig, rejses i det tredje spørgsmål, som den nationale retsinstans har forelagt i sag 395/87. Det er ikke helt klart, om den nationale retsinstans opfatter det beløb, der udbetales »ophavsmændene« i snæver betydning, dvs. som forfattere og komponister af musikværker, eller i den videre betydning, at det omfatter alle indehavere af ophavsrettigheder. Det fremgår af de oplysninger, SACEM har givet Kommissionen, at det samlede afgiftsbeløb fra diskoteker i 1986 androg ca. 250 mio. FF, hvoraf ca. 83 mio. FF (efter fradrag af administrative og andre omkostninger) blev udbetalt SACEM's medlemmer, herunder alle former for forlæggere; af de nævnte 83 mio. FF blev de 27,6 mio. FF udbetalt til komponister og forfattere. Selv om der ikke heri indgår de beløb, der udbetaltes til udenlandske komponister og forfattere gennem de til SACEM svarende selskaber i andre lande, er forholdet dog det, at den andel, der udbetales komponister og forfattere, er beskeden.

59. Spørgsmålet om, hvilket beløb der konkret udbetales komponister og forfattere, er efter min opfattelse imidlertid ikke brugbart

ved afgørelsen af, om den afgift, diskotekerne betaler, er urimelig. Dette skyldes, at ophavsrettighederne til et musikværk typisk indehaves og udøves af forskellige personer i forskellige øjemed. Hver enkelt indehaver af ophavsrettigheder, uanset om der er tale om en komponist eller en forfatter i snæver forstand, en musikforlægger eller en producent af lydbærere, vil have krav på en del af de afgifter, der opkræves for musikværket, nemlig som modydelse for hans åndsindsats eller investering. Hvis man udelukkende ser på, hvor stor en del af afgiften der faktisk udbetales en enkelt gruppe af ophavsrettighedsindehavere, f. eks. komponister og forfattere, går man efter min opfattelse galt i byen. Derimod vil forholdet mellem afgiftens størrelse og det beløb, der faktisk udbetales til ophavsrettighedsindehaverne som helhed, for mig at se have betydning ved afgørelsen af, om afgiften er rimelig, et spørgsmål, som jeg snarest vender tilbage til (under punkt 69-73 nedenfor).

60. For så vidt angår det kriterium, hvorefter der skal foretages en *sammenligning med de afgifter, der er fastsat i andre EF-medlemsstater,* skal jeg indledningsvis bemærke, at en sådan metode muligvis, men ikke utvivlsomt, kan være til nytte for de nationale retsinstanser. Når der er problemer forbundet med en sådan sammenligning, skyldes det, at man nødvendigvis må finde frem til et objektivt sammenligningsgrundlag mellem de afgifter, der gælder i forskellige medlemsstater. På baggrund af forskellene i de nationale lovgivninger og i metoder til beregning og opkrævning af afgifterne, der anvendes af de forskellige ophavsretsselskaber, er det ikke nogen nem opgave. Med hensyn til medlemsstaternes nationale lovgivning er det f. eks. kun efter fransk og belgisk lovgivning, at der opkræves en tillægsafgift for mekanisk gengivelse, hvilket nødvendigvis indebærer, at det samlede afgiftsniveau i de to lande bliver højere. For så vidt angår beregnings- og opkrævningsmetoderne, opkræver SACEM således en fast procentdel af bruttoomsætningen, mens andre ophavsretsselskaber fastsætter afgifterne med et fast beløb, nemlig på grundlag af en række forskellige faktorer som f. eks. diskotekets grundareal, antallet af siddepladser, entréen eller prisen på den populæreste drink.

61. Som Kommissionen har understreget, kan der formentlig kun tages højde for disse forskelle og findes et rimeligt sammenligningsgrundlag, hvis man sammenligner oplysninger om, hvilken afgift der ville blive opkrævet for et standarddiskotek. Dette har Kommissionen gjort som led i dens undersøgelser vedrørende SACEM's afgiftsniveau. Kommissionen har anmodet hvert enkelt af ophavsretsselskaberne om at beregne, hvilken årlig afgift et standarddiskotek skulle betale, og har givet tilstrækkelig mange oplysninger (bruttoomsætning, gulvareal etc.) til, at hvert enkelt selskab kan anvende sin egen beregningsmetode. Resultaterne af undersøgelsen er i oversigtsform fremlagt for Domstolen. Det fremgår heraf, at standarddiskoteket ville betale den højeste afgift i Frankrig (100%), tæt fulgt kun af Italien (91,37%). De beløb, der ville blive opkrævet i andre medlemsstater, som f. eks. Tyskland (6,7% af det franske beløb), Det Forenede Kongerige (12,24%) og Luxembourg (19,04%), er betydeligt lavere. For Luxem-

bourgs vedkommende, hvor rettighederne forvaltes af SACEM, fremgår det, at de afgifter, diskotekerne skal betale, er faste, og at ophavsretsselskabers virksomhed, herunder spørgsmålet om afgifternes størrelse, er undergivet økonomiministerens tilsyn (réglement grand-ducal af 22. oktober 1972, Mémorial 1972, s. 1495).

62. I retsmødet har SACEM med rette kritiseret visse mangler ved Kommissionens sammenlignende undersøgelse. SACEM understregede, at oversigten indeholder flere fejl: F.eks. er den afgift pr. dag, som opkræves af det portugisiske selskab, angivet som værende den årlige afgift, der skal betales, og Kommissionen har ikke taget hensyn til, at det tyske selskab, GEMA, i de fleste tilfælde forhøjer afgiften med 50% for at tage højde for den musik, diskoteket indspiller til eget brug. Ifølge SACEM har Kommissionen ved beregningerne heller ikke taget hensyn til rabatter, som er meget høje i Frankrig, hvor ca. 80% af diskotekerne rent faktisk kun betaler 6,26% af deres bruttoomsætning, og ikke standardsatsen på 8,25%. I oversigten er der heller ikke taget hensyn til den ovenfor, nemlig under punkt 60, nævnte omstændighed, at det blandt EF-landene kun er i Frankrig og i Belgien, at der pålægges en tillægsafgift for mekanisk gengivelse. Endelig og navnlig — en kritik, som Kommissionen er enig i — vil en umiddelbar sammenligning ikke på nogen måde kunne give et samlet overblik over de mulige forskelle, navnlig på grund af den afgørende forskel, der er mellem den beregningsmetode, SACEM anvender, og dem, der anvendes af selskaber i andre medlemsstater. En betingelse for at få et sådant overblik er, at man foretager en række sammenligninger af standarddiskoteker på grundlag af forskellige parametre.

63. Hvis det efter sådanne sammenligninger måtte vise sig, at der er forskelle i afgiftsniveauet, vil sådanne forskelle for den nationale retsinstans kunne være et første fingerpeg om, at der foreligger misbrug, selv om den blotte omstændighed, at der er forskelle, naturligvis ikke i sig selv er afgørende. Såfremt det måtte vise sig, at afgifterne er væsentlig højere i Frankrig end i andre medlemsstater, er det efter min opfattelse særdeles sandsynligt, at der er tale om misbrug, og det ville da være langt vanskeligere for SACEM at begrunde det afgiftsniveau, selskabet anvender (jfr. punkt 43 ovenfor).

ii) *De af SACEM foreslåede kritierier*

64. SACEM har afvist, at der kan foretages sammenligninger med afgiftsniveauet i andre medlemsstater, og også de øvrige kriterier, de nationale retsinstanser har fremført, og i stedet forslået en række andre kriterier, som f. eks. musikkens betydning for diskotekerne, afgiften set i forhold til diskotekernes samlede omkostninger, og en sammenligning med, hvilke afgifter, der opkræves af andre grupper af brugere af musik i Frankrig.

65. Kriteriet om, hvilken betydning musikken har for den pågældende virksomhed, er umiddelbart besnærende, idet det må være logisk, at den, som har brug for mere musik, må være parat til at betale mere. For mig at se falder kriteriet imidlertid til jor-

den, når en bestemt gruppe af brugere som led i deres forretningsvirksomhed er helt afhængig af, at der leveres musik, og den pågældende gruppe reelt må betale, hvad der forlanges, da der ikke er konkurrence. Dette er situationen for franske diskoteker.

66. SACEM har anført, at for diskotekers vedkommende andrager afgifterne normalt ca. 10% af de samlede omkostninger, at de er lavere end andre omkostninger som f.eks. arbejdskraft, og at en sådan andel derfor må betragtes som rimelig. Der kan imidlertid rejses de samme indvendinger mod dette kriterium som mod det foregående. Såfremt man er helt afhængig af en enkelt leverandør, er det umuligt at sige, hvornår prisen for at opnå leverancer ikke længere er rimelig for køberen: Enten betaler han eller også må han opgive sin virksomhed. Man må også have in mente, at den opkrævningsmetode, SACEM anvender, nemlig at der opkræves en procentdel af den samlede omsætning, bevirker, at en diskoteksindehaver ikke har mulighed for at påvirke eller med nogenlunde sikkerhed forudse, hvilke økonomiske forpligtelser han vil have over for SACEM. Ordningen med pakkelicenser og den omstændighed, at det i praksis er umuligt at få direkte adgang til udenlandske ophavsretsselskaber, gør det i øvrigt umuligt for diskoteksindehavere at spare ved at begrænse sin afhængighed af SACEM's repertoire.

67. SACEM har givet en række forklaringer på de afgifter, selskabet anvender over for andre store brugere af musik, som f.eks. radio- og tv-stationer, og har anført, at forskellene mellem de afgifter, de forskellige grupper af brugere betaler, afspejler den betydning musik har for hver enkelt gruppe af brugere. Som Kommissionen med føje fremhævede under den mundtlige forhandling, kan der vel være en vis logik i SACEM's afgiftssystem, men dette beviser ikke, at det er rimeligt over for kunderne: det kan vel tænkes, at de afgifter, der opkræves af hver enkelt gruppe, er rimelige i forhold til hinanden, men at de alle er uforholdsmæssigt høje. Det kriterium, SACEM har foreslået anvendt, er derfor af begrænset værdi. Som allerede nævnt vil et åbenbart misforhold mellem de afgifter, der opkræves af forskellige grupper, derimod kunne pege i retning af, at en bestemt afgift er for høj (jfr. under punkt 57 ovenfor).

iii) *Andre mulige kriterier*

68. Gennemgangen af de kriterier, der er foreslået anvendt af hhv. de nationale retsinstanser og af SACEM, har vist, at de ikke umiddelbart kan være til hjælp for de nationale retsinstanser. For at give dem et rimeligt grundlag for at vurdere afgiften i forhold til værdien af den leverede ydelse må man efter min opfattelse anvende et objektivt, økonomisk kriterium, svarende til, hvad Domstolen fastslog i United Brands-dommen.

69. Jeg må naturligvis indrømme, at den konkrete metode, Domstolen dér anvendte, det vil sige at sammenholde kostprisen med salgsprisen og derved nå frem til fortjenstmargenen, ikke umiddelbart kan overføres på de foreliggende faktiske omstændigheder. På baggrund af Domstolens udtalelser i dommen i SABAM-sagen, som jeg allerede har omtalt, kan de nationale retsinstanser

efter min opfattelse afgøre, om afgiften er for høj, på grundlag af en objektiv metode, nemlig ved at foretage en sammenligning mellem på den ene side afgiften (og her lægges de samlede indtægter til grund, som afgiften giver) og på den anden de omkostninger, der er nødvendige med henblik på en effektiv forvaltning af retten til fremførelse og kravet om, at ophavsrettighedsindehaverne sikres et rimeligt vederlag.

70. Ved en sådan vurdering må de nationale retsinstanser tage hensyn til SACEM's omkostningsstruktur. De senest tilgængelige oplysninger, som er fremlagt i de foreliggende sager, vedrører 1986 og fremgår af SACEM's beretning vedrørende nævnte år og brevvekslingen mellem SACEM og Kommissionen. SACEM's samlede afgiftsindtægter androg da ca. 1,1 mia. FF. Af dette beløb stammede ca. 250 mio. FF, dvs. ca. 25%, fra diskoteker, såvel faste som omrejsende; det er således fra diskoteker, at SACEM oppebærer de største samlede indtægter næst efter radio- og tv-sektoren. Af de samlede indtægter på 250 mio. FF tilbageholdt SACEM 33 1/3%, dvs. ca. 83 mio. FF, til dækning af administrations- og driftsomkostninger; efter fradrag af visse andre udgifter var der derved netto 150 mio. FF tilbage til fordeling. Heraf udbetaltes ca. 83 mio. FF til SACEM's medlemmer og ca. 46,8 mio. FF til de udenlandske ophavsretsselskaber, med hvilke SACEM havde indgået gensidige repræsentationskontrakter. Ca. 20 mio. FF blev ikke udbetalt, idet man ikke kunne finde frem til ophavsrettighedsindehaverne.

71. Det tilkommer naturligvis de nationale retsinstanser at vurdere omkostningsstrukturen og drage de nødvendige konklusioner. Af ovennævnte tal synes dog to punkter at springe i øjnene; det første er den del af bruttoindtægten, SACEM tilbageholder til dækning af administrationsomkostninger, og det andet er den del af nettoindtægterne, der fordeles til udenlandske ophavsretsselskaber.

72. For så vidt angår administrationsomkostningerne synes forholdet at være det, at SACEM fradrager samme andel, nemlig 33 1/3%, af alle afgifter, uanset om de skal udbetales til dets egne medlemmer eller til udenlandske selskaber. Det er tankevækkende, at det beløb, der tilbageholdes til dækning af administrationsomkostninger, dvs. 83 mio. FF, er det samme som det beløb, der fordeles til SACEM's egne medlemmer, og andrager næsten det dobbelte af det beløb, der fordeles til udenlandske selskaber. Der ser ud til at være tre hovedgrupper af administrationsomkostninger, nemlig licensomkostninger (dvs. kontrakter med diskotekerne), omkostninger til opkrævning af afgifter og endelig udgifter til fordeling, herunder udgifter, der er nødvendige med henblik på kontrol med anvendelsen af musik. På baggrund af, at der anvendes en standardkontrakt og en pakkelicens, er der al grund til at forvente, at de faktiske licensomkostninger er beskedne. På samme måde måtte det forventes, at det forhold, at størstedelen af diskotekerne har accepteret at tilstille SACEM deres skatteopgørelser mod at få afgiften nedsat, ville indebære en nedsættelse af de faktiske udgifter til opkrævning. Med hensyn til spørgsmålet om udgifter til kontrol med anvendelsen af musik har SACEM i den brevveksling med Kommis-

sionen, der er fremlagt for Domstolen som svar på et skriftligt spørgsmål, anført, at selskabet hvert år i halvdelen af de faste diskoteker og i en fjerdedel af de diskoteker, der kun drives i sæsonen, foretog en kontrol på stedet, hvor det i to timer registrerede de værker, der faktisk blev udsendt i diskoteket. Sådanne kontroller på stedet indebærer naturligvis betydelige udgifter til personale og må derfor være dyre. For mig at se tilkommer det de nationale retsinstanser at vurdere, om de er nødvendige og effektive i relation til deres formål, som er at medvirke til en rimelig fordeling af afgifterne mellem ophavsrettighedsindehaverne, eller om SACEM ville kunne lægge andre oplysninger til grund, som f. eks. de erklæringer fra discjockey'erne, som hvert enkelt diskotek i henhold til standardkontrakten under alle omstændigheder har pligt til at fremsende. Som det fremgår af ovennævnte brevveksling, som også vedrørte SACEM's søsterselskaber i andre EØF-medlemsstater, er det her vigtigt at hæfte sig ved, at SACEM er det eneste ophavsretsselskab, hvis virksomhed konsekvent bygger på kontroller foretaget på stedet, mens de andre selskaber støtter sig på discjockey'ernes erklæringer, undertiden sammenholdt med foretagne stikprøver, eller endog på oplysninger udefra, som f. eks. hvor hyppigt værkerne udsendes i radio og fjernsyn.

73. Hvis det er rigtigt, at franske diskoteker navnlig anvender popmusik af engelsk og amerikansk oprindelse (og det tilkommer de nationale retsinstanser at fastslå, om dette kan lægges til grund som en faktisk omstændighed), måtte det forventes, at hovedparten af det beløb, der er til rådighed for fordeling, ville blive fordelt til de britiske og amerikanske selskaber, der varetager ophavsrettighederne. Af de ovenfor anførte tal fremgår det imidlertid, at af nettobeløbet blev der i 1986 fordelt mere end 50% til SACEM's medlemmer og knap 25% til udenlandske selskaber. I det beløb, der overføres til udenlandske selskaber, indgår ikke visse poster, som ligeledes må betragtes som indtægter hidrørende fra udnyttelsen af udenlandske musikværker, nemlig beløb, der skal betales til franske forlæggere, bearbejdningsvirksomheder osv. af udenlandske værker, som får udbetalt deres del af afgiften direkte fra SACEM. Det samlede beløb på 46,8 mio. FF er heller ikke opdelt på de forskellige udenlandske selskaber (selv om SACEM har meddelt Kommissionen, at British Performing Right Society har fået udbetalt ca. 11,6 mio. FF og det tyske selskab GEMA ca. 5,4 mio. FF). På baggrund af den faktiske anvendelse af udenlandske repertoirer må de nationale retsinstanser følgelig tage stilling til, om den del af afgiftsindtægterne, der fordeles til de udenlandske ophavsretsselskaber, kan give et holdepunkt for, om afgiftsniveauet er for højt.

74. Jeg skal følgelig foreslå, at det fjerde spørgsmål besvares således:

»Ved afgørelsen af, om det afgiftsniveau, et ophavsretsselskab, der indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, påtvinger en bestemt kundegruppe, er urimeligt højt, og afgiften således er udtryk for misbrug i henhold til EØF-Traktatens artikel 86, kan en national retsinstans tage i betragtning, om afgiftsniveauet er uforholdsmæssigt højt i forhold til:

a) de afgifter, samme selskab opkræver af andre kundegrupper;

b) de omkostninger, der er nødvendige med henblik på en effektiv forvaltning af ophavsrettighederne og kravet om, at indehaverne af ophavsrettigheder sikres et rimeligt vederlag.

Såfremt der er væsentlige forskelle mellem det afgiftsniveau, det dominerende ophavsretsselskab anvender, og de afgifter, der opkræves af ophavsretsselskaber i andre medlemsstater (og afgifterne er opgjort på en sådan måde, at de er objektivt sammenlignelige), er der en overvejende sandsynlighed for, at den afgift, der opkræves af det dominerende selskab, er urimelig, og selskabet må derfor begrunde afgiftsniveauets størrelse.«

Konklusion

75. Sammenfattende er det således min opfattelse, at de spørgsmål, der er forelagt af cour d'appel de Poitiers og tribunal de grande instance de Poitiers i de forenede sager 110/88, 241 og 242/88, må besvares som følger:

»1) EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, skal fortolkes således, at den forbyder:

a) ophavsretsselskaber, der er etableret i forskellige medlemsstater, at indgå aftaler, hvorved de gensidigt overtager forvaltningen af de øvrige selskabers repertoirer inden for deres respektive nationale områder, såfremt sådanne aftaler — henset til de særlige forhold på det pågældende marked med hensyn til forvaltningen af ophavsrettigheder — må antages at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencevilkårene på det nævnte marked;

b) ophavsretsselskaber, der er forbundet ved et net af gensidige repræsentationskontrakter, at nægte brugere af musikværker i de øvrige selskabers nationale områder adgang til deres indenlandske repertoirer, såfremt det godtgøres, at nægtelsen af en sådan adgang er et resultat af en samordnet praksis mellem de nævnte selskaber, og — henset til de særlige forhold på det pågældende marked med hensyn til forvaltningen af ophavsrettigheder — må antages at forhindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på det nævnte marked.

2) Der foreligger et i henhold til Traktatens artikel 86 forbudt misbrug, såfremt et ophavsretsselskab, der indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, kræver, at dets kunder betaler en afgift for at få adgang til hele selskabets repertoire, uanset hvorledes de pågældende kunder rent faktisk anvender det nævnte repertoire, såfremt et sådant krav går ud over, hvad der er nødvendigt med henblik på en effektiv forvaltning af ophavsrettighederne.

3) Ved afgørelsen af, om det afgiftsniveau, et ophavsretsselskab, der indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, påtvinger en bestemt kundegruppe, er urimeligt højt, og afgiften således er udtryk for misbrug i henhold til EØF-Traktatens artikel 86, kan en national retsinstans tage i betragtning, om afgiftsniveauet er uforholdsmæssigt højt i forhold til:

a) de afgifter, samme selskab opkræver af andre kundegrupper;

b) de omkostninger, der er nødvendige med henblik på en effektiv forvaltning af ophavsrettighederne og kravet om, at indehaverne af ophavsrettigheder sikres et rimeligt vederlag.

Såfremt der er væsentlige forskelle mellem det afgiftsniveau, det dominerende ophavsretsselskab anvender, og de afgifter, der opkræves af ophavsretsselskaber i andre medlemsstater (og afgifterne er opgjort på en sådan måde, at de er objektivt sammenlignelige), er der en overvejende sandsynlighed for, at den afgift, der opkræves af det dominerende selskab, er urimelig, og selskabet må derfor begrunde afgiftsniveauets størrelse.«

76. De spørgsmål, cour d'appel d'Aix-en-Provence har forelagt i sag 395/87, må efter min opfattelse besvares således:

»1) EØF-Traktatens artikler 30 og 59 er ikke til hinder for anvendelse af nationale bestemmelser, hvorefter offentlig fremførelse, uden betaling af afgifter, af musikværker ved hjælp af lydbærere, er en ophavsretskrænkelse, såfremt der allerede i en anden medlemsstat er betalt afgift for fremstilling og markedsføring af lydbærerne.

2) EØF-Traktatens artikel 85, stk. 1, skal fortolkes således, at den forbyder:

a) ophavsretsselskaber, der er etableret i forskellige medlemsstater, at indgå aftaler, hvorved de gensidigt overtager forvaltningen af de øvrige selskabers repertoirer inden for deres respektive nationale områder, såfremt sådanne aftaler — henset til de særlige forhold på det pågældende marked med hensyn til forvaltningen af ophavsrettigheder — må antages at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencevilkårene på det nævnte marked;

b) ophavsretsselskaber, der er forbundet ved et net af gensidige repræsentationskontrakter, at nægte brugere af musikværker i de øvrige selskabers nationale områder adgang til deres indenlandske repertoirer, såfremt det godtgøres, at nægtelsen af en sådan adgang er et resultat af en samordnet praksis mellem de nævnte selskaber og den — henset til de særlige forhold på det pågældende marked med hensyn til forvaltningen af ophavsrettigheder — må antages at forhindre, begrænse eller fordreje konkurrencen på det nævnte marked.

3) Der foreligger et i henhold til Traktatens artikel 86 forbudt misbrug, såfremt et ophavsretsselskab, der indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, kræver, at dets kunder betaler en afgift for at få adgang til hele selskabets repertoire, uanset hvorledes de pågældende kunder rent faktisk anvender repertoiret, når et sådant krav går ud over, hvad der er nødvendigt med henblik på en effektiv forvaltning af ophavsrettighederne.

4) Ved afgørelsen af, om det afgiftsniveau, et ophavsretsselskab, der indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, påtvinger en bestemt kundegruppe, er urimelig højt, og afgiften således er udtryk for misbrug i henhold til EØF-Traktatens artikel 86, kan en national retsinstans tage i betragtning, om afgiftsniveauet er uforholdsmæssig højt i forhold til:

a) de afgifter, samme selskab opkræver af andre kundegrupper;

b) de omkostninger, der er nødvendige med henblik på en effektiv forvaltning af ophavsrettighederne og kravet om, at indehaverne af ophavsrettigheder sikres et rimeligt vederlag.

Såfremt der er væsentlige forskelle mellem det afgiftsniveau, det dominerende ophavsretsselskab anvender, og de afgifter, der opkræves af ophavsretsselskaber i andre medlemsstater (og afgifterne er opgjort på en sådan måde, at de er objektivt sammenlignelige), er der en overvejende sandsynlighed for, at den afgift, der opkræves af det dominerende selskab, er urimelig, og selskabet må derfor begrunde afgiftsniveauets størrelse.«