en af afgiftsniveauet er fortaget på et ensartet grundlag. Forholdet ville være et andet, såfremt det pågældende ophavsretsselskab kunne begrunde en sådan højere afgift ud fra objektive og relevante forskelle mellem forvaltningen af ophavsrettigheder i den pågældende medlemsstat og i de øvrige medlemsstater.

RETSMØDERAPPORT
i sag 395/87 *

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1. *Parterne i hovedsagen*

Hovedsagens parter er det franske ophavsretsselskab SACEM (Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique) og Jean Verney, som driver diskoteket »Whisky à Gogo« i Juan-les-Pins. SACEM har nedlagt påstand om, at Verney kendes pligtig at betale afgifter for fremførelse af musikværker i hans diskotek. Heroverfor har Verney gjort gældende, at de beløb, SACEM har krævet erlagt, er for høje og i strid med fællesskabsretten.

SACEM varetager opkrævningen og fordelingen af de ophavsretsafgifter, der betales i forbindelse med fremførelsen af musikværker fra selskabets repertoire. Medlemmerne af SACEM har givet selskabet eneret til at udnytte værkerne, så snart de er skabt. I henhold til de således oprettede kontrakter og i overensstemmelse med selskabets vedtægter er alene SACEM bemyndiget til at tillade eller forbyde udspredelsen af medlemmernes musikalske værker og at modtage afgiften for de hertil svarende ophavsrettigheder.

SACEM's repertoire består ikke alene af dets medlemmers værker, men også af værker fra udenlandske ophavsretsselskaber, der gennem gensidige repræsentationskontrakter har givet det franske selskab bemyndigelse til at repræsentere dem i Frankrig. I henhold til de nævnte kontrakter forpligter hver af de kontraherende parter sig til på sit område at gøre medkontrahentens rettigheder gældende på samme måde og i samme omfang som for dets egne medlemmer. Dette indebærer blandt andet, at tariffer, metoder og fremgangsmåder med hensyn til opkrævning og fordeling af afgifterne er de samme. Til dækning af de faktiske omkostninger i den forbindelse kan hver enkelt selskab fratrække en nærmere angiven procentdel af

* Processprog: fransk.

de beløb, det har opkrævet for det andet selskab.

2. *Den franske lovgivning om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker*

Ifølge artikel 26 i den franske lov af 11. marts 1957 om ophavsretten til litterære og kunstneriske værker omfatter ophavsmandens udnyttelsesret retten til at fremføre og retten til at gengive værket. Fremførelse defineres som »at gøre værket tilgængeligt for offentligheden, herunder ved... udspredelse på en hvilken som helst måde«. Ved gengivelse forstås »en fysisk fiksering af værket på enhver måde, hvorved det indirekte kan spredes til offentligheden, navnlig ved mekanisk indspilning«.

Efter ovennævnte bestemmelser kan ophavsmanden til et musikalsk værk tillade gengivelse af værket med henblik på en konkret benyttelse og afvise den i andre. I praksis er forholdet det, at ophavsmanden til fabrikanten af grammofonplader eller andre lydbærere overdrager sin ret til gengivelse med henblik på fremstilling og afsætning med privat benyttelse for øje, dvs. i familiens kreds. Når ophavsmanden af fabrikanten har opkrævet en afgift for gengivelse, der udelukkende vedrører den omstændighed, at værket bringes på markedet med henblik på en sådan privat benyttelse, kan ophavsmanden derudover kræve en afgift — en såkaldt tillægsafgift for mekanisk gengivelse — af den som, efter at have erhvervet lydbæreren, gør en offentlig brug heraf, f.eks. i en radiostation, et diskotek eller en jukeboks, der er opstillet i et offentligt lokale.

3. *Domstolens dom i Basset-sagen*

Spørgsmålet om, hvorvidt tillægsafgiften for mekanisk gengivelse er forenelig med fællesskabsretten, var omtvistet i sag 402/85 (Basset/SACEM). I dom af 9. april 1987 (Sml. s. 1747) fastslog Domstolen, at EØF-Traktatens artikler 30 og 36 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for anvendelse af nationale bestemmelser, hvorefter et nationalt ophavsretsselskab opkræver en såkaldt tillægsafgift for mekanisk gengivelse. Med hensyn til Traktatens artikel 86 fastslog Domstolen imidlertid, at det ikke er udelukket, at afgiften eller de samlede afgifter, som er fastsat af ophavsretsselskabet, kan være så høje, at Traktatens artikel 86 finder anvendelse. I Basset-sagen havde den nationale retsinstans fastslået, at SACEM må antages at indtage en dominerende stilling på det fælles marked. Domstolen bemærkede, at virksomhedens adfærd ville være i strid med artikel 86, hvis dens praksis er udtryk for misbrug, navnlig derved, at den fastsætter urimelige forretningsbetingelser.

4. *De afgifter, SACEM opkræver*

Retsforholdet mellem SACEM og hvert enkelt diskotek er reguleret i en standardkontrakt, en såkaldt generel fremførelseskontrakt. I henhold hertil kan en diskoteksindehaver i den angivne periode inden for hele SACEM's repertoire, dvs. selskabets eget repertoire og repertoirerne for de udenlandske selskaber, som SACEM repræsenterer i Frankrig, vælge de aktuelle eller fremtidige værker, han benytter eller ønsker at benytte. Til gengæld opkræver SACEM af diskote-

kerne en ophavsretsafgift, som er fastsat som en procentdel af diskotekets samlede omsætning, dvs. fortæring, entré, drikkepenge og moms. Den normale afgift andrager 8,25%; heraf er de 6,60% en afgift for fremførelse og de 1,65% en tillægsafgift for mekanisk gengivelse. Selv om de 8,25% er den normale afgift, betaler en lang række diskoteker i praksis mindre, f. eks. fordi de er medlemmer af en brancheorganisation, som SACEM har indgået en aftale med, og hvorved SACEM opnår visse fordele i forbindelse med opkrævningen af afgiften, eller fordi virksomhederne tilstiller SACEM regnskabsmæssige oversigter, på grundlag af hvilke deres indtægter kan kontrolleres.

5. *Baggrunden for hovedsagen*

I marts 1984 indgav Verney en klage til undersøgelsesdommeren i Grasse, hvori han anmodede om at måtte indtræde som civil part i nærværende sag, som vedrører salgsnægtelse, tvunget salg med udvidet aftagerpligt, tjenesteydelser, diskriminatorisk praksis og ulovlig adfærd med hensyn til priser, jfr. to anordninger af 30. juni 1945 og straffelovens artikel 419. I klagen anførte han, at SACEM tvinger ham til at betale unødige, urimelige og utilbørlige beløb for fremførelsen af beskyttede musikværker i hans diskotek. Undersøgelsesdommeren var af den opfattelse, at det af Verney anførte ikke kunne føre til straf, og meddelte den 18. december 1985 tiltalefrafald. Verney appellerede meddelelsen om tiltalefrafald, hvorefter forundersøgelsesafdelingen ved cour d'appel d'Aix-en-Provence ved dom af 22. oktober 1986 ophævede afgørelsen og statuerede, at der skulle indhentes nye oplysninger vedrørende tiltalen mod SACEM's direktør, at den civile part indtræder i sagen, og at der skulle foretages nye undersøgelser. For forundersøgelsesafdelingen har Verney gentaget det tidligere anførte, bl. a. om, at SACEM opkræver en fast afgift for hele verdensrepertoiret og afviser at anvende den afgift, der er gældende for enkelte dele af selskabets repertoire, og at det anvender satser, der er udtryk for forskelsbehandling og misbrug. Han nedlagde endvidere påstand om, at undersøgelsesafdelingen forelagde præjudicielle spørgsmål for EF-Domstolen, hvilket den tog til følge i december 1987. Endelig rejstes der den 19. februar 1988 tiltale mod SACEM's direktør Jean-Louis Tournier, bl. a. med henblik på, at denne kunne fremføre sine argumenter for EF-Domstolen.

6. *De præjudicielle spørgsmål*

Ved dom af 2. december 1987 udsatte cour d'appel d'Aix-en-Provence sagen og forelagde følgende præjudicielle spørgsmål for Domstolen:

»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 den 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?«

I forelæggelsesdommen har den nationale retsinstans bemærket, at på grundlag af Verneys klagepunkter kan den afgift på 8,25% af diskotekets omsætning, som opkræves af SACEM, betragtes som misbrug,

når de langt lavere satser tages i betragtning, der anvendes i udlandet, og når henses til den økonomiske værdi af den leverede tjenesteydelse. Endelig har den nationale retsinstans fastslået, at SACEM indtager en dominerende stilling, at selskabets virksomhed omfatter hele det franske område, som udgør en væsentlig del af fællesmarkedet, og at den påtalte adfærd kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Under de omstændigheder tog den nationale retsinstans Verneys påstand til følge og forelagde præjudicielle spørgsmål for Domstolen.

7. *Retsforhandlinger*

Forelæggelsesdommen er registreret på Domstolens Justitskontor den 23. december 1987.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen er der afgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren i hovedsagen, Jean Verney, ved advokat Jean Claude Fourgoux, Paris, og advokat Alma Paffenholz-Bompart, Grasse, af sagsøgte i hovedsagen, Jean-Louis Tournier, ved advokat Olivier Carmet, Paris, af Den Franske Republiks regering ved Marc Giacomini og Régis de Gouttes, som befuldmægtigede, af Den Hellenske Republiks regering ved Spyros Zissimopoulos, Georgios Crippa, Yannos Kranidiotis og Elli-Markella Mamouna, som befuldmægtigede, af Den Italienske Republiks regering ved avvocato dello Stato Ivo. M. Braguglia, og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved de juridiske konsulenter Giuliano Marenco og Ida Langermann, som befuldmægtigede.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse. Domstolen har dog anmodet Kommissionen om at fremlægge visse dokumenter, hvilket er sket inden for de fastsatte frister.

II — Sammenfatning af de skriftlige indlæg for Domstolen

1. *Generelle bemærkninger*

Den *franske regering og Tournier* har indledningsvis bemærket, at spørgsmålenes ordlyd ikke er ganske korrekt, idet de indeholder formuleringer og faktiske angivelser, der endnu ikke er fastslået på kontradiktorisk grundlag for den nationale retsinstans. De udgør i vidt omfang selve sagens genstand.

Kommissionen har imidlertid gjort gældende, at SACEM's dominerende stilling, som følger af, at alle individuelle ophavsrettigheder er samlet på ét sted, under alle omstændigheder forekommer utvivlsom.

Endelig har *Tournier* anført, at Domstolen ikke har kompetence til at behandle sagen, idet en besvarelse af de forelagte spørgsmål ikke vil være til hjælp ved afgørelsen af den sag, der verserer for den nationale retsinstans, og at spørgsmålene derfor er irrelevante. Han har i den forbindelse bl.a. henvist til Domstolens dom af 16. juni 1981 (Salonia, 126/80, Sml. s. 1563).

2. *Misbrug af dominerende stilling*

De bemærkninger, der er fremsat vedrørende misbrug af dominerende stilling, kan opdeles i to grupper. Den ene vedrører de kriterier, på grundlag af hvilke den nationale retsinstans kan afgøre, om det afgiftsniveau, SACEM anvender, er udtryk for misbrug. Den anden vedrører det spørgsmål, om SACEM udøver andre former for misbrug end anvendelsen af for høje afgifter.

a) *Kriterierne*

Ifølge *Verney* viser følgende omstændigheder, at de afgifter, SACEM opkræver, er vilkårlige og urimelige:

— afgiftsniveauet i de øvrige medlemsstater er væsentligt lavere end i Frankrig. I sager, der behandles ved nationale retsinstanser, og i forbindelse med en undersøgelse foretaget af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber har SACEM ikke spillet med åbne kort, idet selskabet har fremlagt ukorrekte og lavere tal og hævdet, at den franske afgift ligger på linje med det gennemsnitlige europæiske niveau. Ifølge diskoteksindehavernes tal fører den sats, der anvendes i Frankrig, til afgiftsbeløb, der er flere gange højere end dem, der opkræves i de øvrige medlemsstater;

— de afgifter, der anvendes over for diskoteker, står ikke i rimeligt forhold til de afgifter, SACEM har forhandlet sig frem til med andre storforbrugere af musik, såsom TV og radio. Endvidere er der betydelige afvigelser mellem de beløb, der faktisk betales af de enkelte diskoteker, en forskel, der ikke skyldes modydelser, som visse særlig begunstigede diskoteker erlægger over for SACEM;

— de opkrævede afgifter svarer på ingen måde til de beløb, der fordeles til ophavsmændene. Som led i fordelingen af afgifterne udbetaler SACEM betydelige beløb til forlæggerne; endvidere tilbageholder selskabet selv betydelige beløb, som ikke fordeles til hverken ophavsmænd eller forlæggere. De beløb, der udbetales til ophavsmændene, er således meget beskedne. I øvrigt svarer fordelingen på ingen måde til, hvor ofte de beskyttede værker anvendes i diskotekerne, idet den stikprøvekontrol, SACEM foretager, er ganske utilstrækkelig.

Ifølge Verney er fastsættelsen af afgiften også vilkårlig, idet der ikke er sammenhæng mellem afgiftsgrundlaget, dvs. diskotekets samlede indtægter, inkl. moms, og de beskyttede musikværker, der anvendes af det pågældende etablissement.

Tournier har først bemærket, at Traktatens artikel 86 ikke uden videre kan finde anvendelse. Selv om Domstolen har fremhævet visse kriterier, på grundlag af hvilke en pris kan betegnes som urimelig, har Tournier vanskeligt ved at forstå, hvorledes de nævnte kriterier, nemlig gevinstmargenen, kostprisen samt de priser, der opkræves for konkurrerende produkter, kan finde anvendelse på musikværker.

Han har herefter behandlet diskoteksindehavernes væsentligste klagepunkt, dvs. forskellen mellem de afgifter, der opkræves i de forskellige medlemsstater. Forskellen er relativ. Han har indrømmet, at der er en vis forskel, men at det beløb, SACEM forlanger, svarer til, hvad der opkræves i Italien og i Belgien. Selv om det må erkendes, at der er en vis forskel, må det dog også fastslås, at forskellen skyldes objektive forhold, der er særegne for de enkelte stater, f. eks.:

— det generelle beskyttelsesniveau, ophavsmændene er sikret i den enkelte stat: Traditionelt har Frankrig sikret ophavsmænd en betydelig beskyttelse;

— gældende retlige opfattelser: Kun i Frankrig og i Belgien kendes en tillægsafgift i form af en afgift for mekanisk gengivelse;

— prisniveauet i diskotekerne: Såfremt klientellet er indstillet på at betale mere, er det åbenbart, at den afgift, der indbetales til SACEM, kan være højere end de afgifter, der opkræves i lande, hvor priserne er lavere;

— opkrævningspraksis: Et ophavsretsselskab kan f.eks. vælge at gøre særlig meget ud af at opkræve afgifter over for visse grupper af brugere.

Tournier har anført, at det vil få urimelige konsekvenser, såfremt der tages hensyn til, at afgifterne er forskellige. Hvis man således betragtede den højeste afgift som udtryk for misbrug, og anså den laveste for lovlig, ville resultatet blive en »harmonisering nedad«, som vil ramme ophavsmændene.

Tournier har herefter nævnt de kriterier, der efter hans opfattelse er relevante i den foreliggende sag. Der skal således tages hensyn til, hvor meget musikken betyder for den pågældende bruger, hvor stor afgiften for musikken er i forhold til brugerens øvrige udgifter, hvor stor den afgift er, som ophavsretsselskabet opkræver af andre brugere af selskabets repertoire sammenlignet med, hvor stor betydning anvendelsen af musikken har for dem, hvor høje de afgifter er, der i den pågældende stat opkræves af andre skabere end ophavsmænd til musikværker, og endelig af de traditioner, ikke mindst retlige, der hersker i den pågældende stat. Ud fra de nævnte kriterier har Tournier derefter påvist, at den afgift, der opkræves af franske diskoteker, står i et rimeligt forhold til den økonomiske værdi af den tjenesteydelse, SACEM leverer.

For så vidt angår fordelingen af de beløb, der opkræves af diskotekerne, har Tournier anført, at SACEM tilbagebetaler hele det opkrævede beløb, dog med fradrag af administrationsomkostninger, hvilket for diskotekers vedkommende svarer til 33,31% af beløbene. For at kunne foretage fordelingen må SACEM imidlertid råde over oplysninger om, hvem der er rettighedshavere til de fremførte værker. Fordelingen kan således blive forsinket, i visse tilfælde endog betydeligt. Efter ti års forløb overføres de afgiftsbeløb, der ikke har kunnet fordeles, til kontoen for administrationsomkostninger. Herved reduceres den del af beløbene, der medgår til dækning af omkostningerne, hvilket igen indebærer en forhøjelse af de beløb, der udbetales til ophavsmændene.

I deres indlæg har den *italienske, græske og franske regering* fremsat de samme argumenter som Tournier. De har bemærket, at det vil være umuligt at fastsætte kostprisen og gevinstmargenen for et åndsværk som et musikværk; herved vil det væsentligste kriterium ikke kunne anvendes. I samme forbindelse har de understreget, at den tjenesteydelse, SACEM leverer diskoteksejere, har en betydelig værdi, eftersom musik er diskotekernes eksistensgrundlag. Den franske regering har heraf udledt, at afgiftsniveauet kun kan anses for at være for højt, såfremt udgiften i diskotekernes driftsregnskab overstiger en i forhold til anvendelsen rimelig procentdel, hvilket ikke er tilfældet i den foreliggende sag.

Til spørgsmålet om en sammenligning mellem de satser, der er gældende i forskellige lande, har de tre regeringer anført, at en sådan sammenligning ikke kan anvendes som kriterium. Afgiftsniveauet afhænger således af de konkrete forhold i den enkelte medlemsstat og navnlig af de opkrævningsmetoder, der anvendes, skik og brug samt smag og tradition. Den franske regering har i den forbindelse anført, at der ikke er noget holdepunkt for at antage, at afgiftsniveauet i Frankrig, som modsvarer en lang tradition for beskyttelse af den intellektuelle ejendomsret, har hæmmet udviklingen af diskoteksvirksomhed. Regeringen har understreget, at der er en »sammenhæng« mellem den opkrævede afgift og de beløb, der udbetales til ophavsmændene. Den procentdel på 33,38%, der fradrages i de opkrævede beløb, svarer til størrelsen af de pågældende repertoirer og til det arbejde, der er nødvendigt for at opkræve afgiften hos et stort antal brugere, der er spredt over hele Frankrig.

Endelig har den italienske regering stillet sig tvivlende over for, om Traktatens artikel 86 finder anvendelse i den foreliggende sag. Efter regeringens opfattelse er ophavsretsselskaber ikke handelsvirksomheder.

Kommissionen er principielt enig med Tournier og regeringerne i, at det er vanskeligt at fastlægge mulige kriterier med henblik på at bevise, at SACEM eventuelt har misbrugt sin dominerende stilling. Efter Kommissionens opfattelse bevirker de nævnte problemer imidlertid ikke, at kriterierne slet ikke kan anvendes. Kommissionen er enig i, at spørgsmålet om, hvorvidt de af et ophavsretsselskab opkrævede afgifter er urimelige, ikke kan bevises ved at sammenligne kostprisen med afgiften. En sammenligning med de afgifter, der opkræves i andre medlemsstater, er imidlertid særdeles relevant. En rimelig sammenligning forudsætter, at man stiller bestemte typer af diskoteker op mod hinanden og simulerer deres respektive driftsresultater og samtidig forsøger at komme så tæt på de faktiske forhold som muligt. På den måde vil man ifølge Kommissionen udskille forhold, som ved første øjekast gør en sammenligning vanskelig, som f. eks. at lovgivningerne er forskellige, eller at der ikke anvendes de samme opkrævningsmetoder. Kommissionen har foretaget en sådan sammenligning som led i den undersøgelse, den har foretaget i franske diskoteker vedrørende de af SACEM opkrævede afgifter. Hvis det på grundlag af en sammenligning foretaget på ensartet grundlag viser sig, at en afgift er flere gange højere i Frankrig end i andre medlemsstater, vil en sådan afgift kunne betragtes som urimelig. Med henblik på at afgøre, om afgifterne er udtryk for misbrug, vil en sammenligning med de afgifter, der opkræves for andre former for anvendelse af musik, efter Kommissionens opfattelse også være relevant. I så

fald skal der imidlertid tages hensyn til, hvilken betydning musikken har i den form, den anvendes; det er ifølge Kommissionen vigtigt at vurdere, hvilken del af brugerens indtægter, der skyldes musikken.

Med hensyn til spørgsmålet om fordeling har Kommissionen bemærket, at problemet vedrørende forholdet mellem SACEM og ophavsmændene, hhv. mellem SACEM's omkostninger og ophavsmændenes nettovederlag er et problem, der ikke har noget at gøre med, om SACEM eventuelt misbruger sin dominerende stilling over for diskotekerne. Det kan imidlertid ikke afvises, at de betydelige administrationsomkostninger tyder på unødig og dårlig forvaltning, der peger i retning af, at afgiften er urimelig.

b) *Andre former for misbrug*

Verney har endvidere foreholdt SACEM, at selskabet anvender den samme sats for hele sit repertoire. Diskoteksindehaverne skal således betale for hele repertoiret, selv om de for 90%'s vedkommende anvender engelsk/amerikansk musik. SACEM har imidlertid afvist at anvende en særlig sats for en eller flere dele af repertoiret, svarende til, hvad diskotekerne navnlig benytter. Verney har endvidere bemærket, at det har vist sig umuligt at tilvejebringe en direkte kontakt mellem brugerne og de udenlandske ophavsretsselskaber med henblik på at opnå gunstigere økonomiske vilkår, idet de udenlandske selskaber ganske enkelt har henvist diskoteksindehaverne til SACEM.

Den *franske regering* har gjort gældende, at det er rimeligt at anvende en samlet afgift for benyttelsen af værker af ophavsmænd, der er opført på SACEM's eget repertoire og ophavsmænd, der er opført på de udenlandske repertoirer, når henses til de problemer og betydelige ekstra kontrolomkostninger, der ville være følgen af forskellige afgiftssatser på grundlag af en opdeling af repertoiret i forskellige underafdelinger. Regeringen har endvidere bemærket, at det kun er omkostnings- og effektivitetsmæssige hensyn, der bevirker, at udenlandske selskaber ikke giver licenser direkte til brugere i andre lande. Selskaberne handler ikke på den måde, fordi de har modtaget instruks fra SACEM.

Ifølge *Kommissionen* vedrører den omstændighed, at andre selskaber afviser at give direkte licens vedrørende deres repertoire, udelukkende spørgsmålet om, hvorvidt SACEM misbruger sin dominerende stilling, såfremt der er tale om en samordnet praksis mellem SACEM og de øvrige ophavsretsselskaber. I den foreliggende sag synes forholdet imidlertid at være det, at afvisningen ganske enkelt er udtryk for selskabernes interesser og ikke udspringer af en samordnet praksis. Til problemet med hensyn til en opdeling af repertoiret har Kommissionen bemærket, at en sådan ordning ikke nødvendigvis vil medføre, at den afgift, der skal erlægges til SACEM, bliver lavere. Aftaler mellem ophavsretsselskaberne må således nødvendigvis indebære, at medlemmerne af det udenlandske selskab ligestilles med medlemmerne af et nationalt selskab.

3. *De gensidige repræsentationskontrakter*

Verney har anført, at SACEM og de øvrige ophavsretsselskaber har opdelt markedet, hvilket bevirker, at diskoteksindehavere ikke med hensyn til det verdensomspændende repertoire eller en del heraf kan rette henven-

delse direkte til et ophavsretsselskab, hvis satser er mere rimelige. Nettet af gensidige repræsentationskontrakter indebærer således, at SACEM opnår en faktisk monopolstilling med hensyn til forvaltningen af ophavsrettigheder på fransk område.

Tournier har heroverfor gjort gældende, at det er diskoteksindehaverne selv, der har fordel af ordningen med gensidige repræsentationskontrakter. I henhold til kontrakterne med SACEM kan diskoteksindehaverne ud af et meget bredt repertoire vælge de værker, de vil, for at de til enhver tid kan imødekomme kundernes ønsker. Såfremt et udenlandsk ophavsretsselskab ikke havde indgået en gensidig repræsentationskontrakt med SACEM, skulle det selv have varetaget forvaltningen af dets repertoire i Frankrig, hvilket i praksis er nærmest umuligt og særdeles kostbart. En sådan forvaltning kunne føre til højere afgifter for diskotekerne end dem, de betaler til SACEM. Efter Tourniers opfattelse har brugere i én medlemsstat faktisk mulighed for at gå direkte til de udenlandske repertoirer, men en direkte kontakt mellem brugerne og de udenlandske selskaber medfører opkrævnings- og kontrolvilkår, der er så vanskelige og upraktiske for brugerne selv og for de udenlandske selskaber, at selskaberne normalt vil foretrække den indirekte forvaltning gennem SACEM. Under de omstændigheder kan ophavsretsselskabernes adfærd ikke anses for at være aftaler eller samordnet praksis i den i Traktatens artikel 85 forudsatte betydning.

Den *italienske og franske regering* samt *Kommissionen* har støttet Tourniers argumenter. Efter deres opfattelse bidrager de gensidige repræsentationskontrakter til en rationel og effektiv kontrol med anvendelsen af musikværker og til en hurtigere og billigere opkrævning af afgifterne. Det er naturligt, at udenlandske ophavsretsselskaber ikke meddeler tilladelser direkte til brugerne, eftersom udarbejdelsen af dem og kontrollen med deres anvendelse bevirker, at udnyttelsen af dem vil blive urentabel. En territorial opdeling af opkrævningen af ophavsretsafgifterne er i samtlige selskabers interesse og også i brugernes.

Kommissionen har tilføjet, at ophavsretsselskaberne på dens anmodning i begyndelsen af 70'erne ophævede den eneretsklausul, de gensidige repræsentationskontrakter normalt indeholder. De faktiske forhold har imidlertid ikke ændret sig. Ophavsretsselskaberne overlader fortsat beskyttelsen af deres medlemmers rettigheder i udlandet til ét eneste nationalt ophavsretsselskab. Denne praksis skyldes imidlertid selskabernes interesse i en effektiv forvaltning og ikke en samordnet praksis.

4. *Traktatens artikler 30 og 59*

Verney har anført, at når en ophavsrettighed er blevet et omsætteligt gode, vil nationale bestemmelser, der har til formål at beskytte den, og nationale retsinstansers anvendelse af sådanne bestemmelser falde ind under Traktatens artikel 30 med hensyn til ophavsrettigheden som sådan og under artikel 59 med hensyn til ophavsretsselskabernes levering af tjenesteydelser.

Tournier har gjort gældende, at den franske ordning ikke er omfattet af Traktatens artikler 30 og 59. Den omtvistede afgift opkræves ikke i forbindelse med en omsætning af

lydbæreren, eller med, at den eventuelt overskrider en grænse, men den er en betingelse for at kunne udnytte retten til offentlig spredning. Opkrævningen af afgiften påvirker hverken direkte eller indirekte samhandelen mellem medlemsstaterne. I dommen af 9. april 1987 (Basset-sagen, jfr. ovenfor) har Domstolen ifølge Tournier understreget, at en afgift, der er en del af vederlaget for ophavsrettighederne ved offentlig fremførelse af et indspillet musikalsk værk, ikke falder ind under begrebet foranstaltning med tilsvarende virkning, der er forbudt ved Traktatens artikel 30.

Den *græske, italienske og franske regering* samt *Kommissionen* mener heller ikke, at artiklerne 30 og 59 kan finde anvendelse. Kommissionen og den franske regering har tilføjet, at i spørgsmålet har den nationale retsinstans fejlagtigt nævnt teorien om, at rettigheder udtømmes. Formålet med den nævnte teori er at forhindre, at en rettighedsindehaver takket være nationale lovgivningers geografiske grænser flere gange kan opnå den fordel, der vil være forbundet med én og samme omsætning af det gode, som hans åndsindsats er en del af. I den foreliggende sag er der imidlertid ikke tale om omsætning, men om en hændelse, der gentages, nemlig offentlig fremførelse. Den hertil svarende rettighed udtømmes ikke, hvilket fremgår af dommen af 18. marts 1980 (Coditel I, sag 62/79, Sml. s. 881) og af ovennævnte dom i Basset-sagen.

5. *Kommissionens forslag til besvarelse*

I lyset af det anførte har Kommissionen foreslået, at de af den nationale retsinstans forelagte spørgsmål besvares således:

»1) Traktatens artikel 86 skal fortolkes således, at der kan være tale om en urimelig forretningsbetingelse, såfremt et ophavsretsselskab, der indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af fællesmarkedet, opkræver afgifter, der er væsentlig højere end de afgifter, der anvendes af andre selskaber i de øvrige medlemsstater, når den nævnte forskel ikke er begrundet i objektive hensyn.

2) Traktatens artikel 85 skal fortolkes således, at den ikke i sig selv forbyder aftaler mellem to ophavsretsselskaber om en gensidig beskyttelse af deres respektive repertoirer på medkontrahentens område, men at den forbyder en eneretsklausul eller en samordnet praksis, hvorefter det fuldmagtsgivende selskab ikke kan meddele tilladelse til anvendelse af dets repertoire på det andet selskabs område, enten direkte eller gennem et andet selskab. En sådan samordnet praksis kan imidlertid ikke antages at foreligge, blot fordi udenlandske selskaber nægter at meddele direkte tilladelse til anvendelse af deres repertoirer på fransk område.

3) Artikel 86 skal fortolkes således, at et ophavsretsselskab ikke misbruger sin dominerende stilling, såfremt andre selskaber afviser at give licens direkte til deres repertoirer på førstnævnte selskabs område.

4) Artikel 86 skal fortolkes således, at der ikke er tale om misbrug af dominerende stilling, såfremt et ophavsretsselskab kun giver licens til hele det repertoire, det forvalter, under ét.

5) Artiklerne 30 og 59 skal fortolkes således, at de ikke er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter der er tale om en overtrædelse af ophavsrettighederne, såfremt musikalske værker uden betaling af afgifter spredes offentligt ved hjælp af lydbærere, for hvilke der allerede er betalt afgifter til ophavsmanden i form af en afgift for mekanisk gengivelse. Spørgsmålet om, hvorvidt afgifterne eller andre betingelser for udøvelse af ophavsrettigheden, som ikke er forbundet med bestemmelserne som sådan, men med ophavsmændene eller det selskab, som er overdraget forvaltningen af deres rettigheder, er udtryk for misbrug eller forskelsbehandling, skal vurderes i relation til de konkurrenceregler, der finder anvendelse på virksomheder, dvs. Traktatens artikler 85 og 86.«

T. Koopmans
refererende dommer