FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT MARCO DARMON

fremsat den 29. november 1988 *

Høje Domstol.

1. Som et led i bestræbelserne på at bringe de nationale immaterialrettigheder i overensstemmelse med de fællesskabsretlige principper om frie varebevægelser og fri konkurrence har Domstolen efterhånden opstillet et sæt retningslinjer, som efter min opfattelse vil kunne anvendes ved formuleringen af svaret på Landgericht Hamburgs spørgsmål i den foreliggende sag.

2. Det problem, der er forelagt Domstolen, er klart afgrænset. Cliff Richards musikværker er blevet frit tilgængelige i Danmark. De er stadig beskyttet i Forbundsrepublikken Tyskland. Kan rettighedshaveren i sidstnævnte stat da i henhold til EØF-Traktatens artikler 30 og 36 påberåbe sig de rettigheder, der tilkommer ham i henhold til national lovgivning, med henblik på at modsætte sig salg af lydbærere med kunstneren Cliff Richard, som hidrører fra Danmark? For at sige det med det samme: Jeg vil foreslå Domstolen at besvare dette spørgsmål bekræftende, og jeg kan således tilslutte mig det synspunkt, som der er bemærkelsesværdig bred enighed om mellem Kommissionen og de medlemsstater, der har afgivet indlæg.

3. Først vil jeg gerne komme med et par bemærkninger, dels vedrørende lydbærernes egenart, dels vedrørende den immaterialrettighed, der her er tale om. Det må først fremhæves, at

»lydbærerne, selv om de indeholder beskyttede musikværker, er varer, som er omfattet af [ordningen] med frie varebevægelser« [1].

Der kan derfor ikke herske tvivl om, at principperne i artikel 30 finder anvendelse på lydbærere, og at en lovgivning, hvorefter afsætning af lydbærere kan forhindres, udgør en restriktion i denne artikels forstand.

4. Artikel 36 tillader imidlertid forbud eller restriktioner, der er begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, herunder

»... den beskyttelse, som ophavsretten giver, især i det omfang denne udnyttes kommercielt« [2],

og det må herefter afgøres, om artikel 36 omfatter den »med ophavsretten beslægtede ret«, som fremstilleren af lydbæreren har, og som nærværende sag handler om.

5. I den forbindelse har Domstolen i dommen i Deutsche Grammophon-sagen [3] simpelt hen »forudsat«, at denne ret falder ind under begrebet industriel og kommerciel ejendomsret i artikel 36. Denne »hypotetiske« formulering anvendes imidlertid ikke i domskonklusionen. Endvidere fremgår det

* Originalsprog: fransk.

1 — De forenede sager 55 og 57/80, Musik-Vertrieb Membran mod GEMA, dom af 20. januar 1981, Sml. s. 147, præmis 8.

2 — Ibid., præmis 9.

3 — Sag 78/70, dom af 8. juni 1971, Sml. 1971, s. 125, præmis 11.

udtrykkeligt af Coditel II-dommen, at artikel 36 skal beskytte rettigheder med hensyn til *den litterære og kunstneriske ejendomsret*[4]. Men navnlig må de grunde, som har ført til, at Domstolen har antaget, at ophavsretten »i snæver forstand« henhører under begrebet industriel og kommerciel ejendomsret, også gælde i denne sammenhæng. Domstolen har nemlig understreget, at ophavsretten omfatter retten til

»kommercielt at udnytte værkets udbredelse«

og

»der er ingen grund til i denne henseende ved anvendelsen af Traktatens artikel 36 at sondre mellem ophavsretten og andre former for industriel og kommerciel ejendomsret«[5].

Domstolen tilføjede, at

»den kommercielle udnyttelse af ophavsretten [rejser] samme problemer som udnyttelsen af en anden industriel eller kommerciel ejendomsret«[6].

Disse grunde, som førte til, at Domstolen i Musik-Vertrieb-sagen forkastede den franske regerings argumenter om, at Domstolens praksis vedrørende industriel og kommerciel ejendomsret ikke kunne finde anvendelse på ophavsretten på grund af dennes »personlige og ideelle« aspekt, forekommer mig også at måtte gælde for udgiverens ret til fremstilling af eksemplarer og spredning af værket som led i den kommercielle udnyttelse af dette.

6. De helt generelle formuleringer i præmisserne i Keurkoop-dommen synes at bestyrke dette. Domstolen udtalte nemlig følgende:

»Det bemærkes... at beskyttelsen af mønstre — ligesom Domstolen allerede har fastslået med hensyn til patentrettigheder, mærkerettigheder og ophavsrettigheder — henhører under beskyttelsen af industriel og kommerciel ejendomsret i den i artikel 36 forudsatte betydning, *idet den har til formål at definere de enerettigheder, der er karakteristiske for denne ejendomsret*»[7].

7. Når det desuden anerkendes, at et selskab, som har erhvervet retten til udnyttelse af et filmværk, kan påberåbe sig denne ret[8], er det efter min mening åbenbart, at en udgiver, som er indehaver af retten til et musikværk, ikke må behandles anderledes.

8. Immaterialrettighederne har endnu ikke været gjort til genstand for en fællesskabsretlig harmonisering. For så vidt angår retten til fremstilling af eksemplarer og spredning, som nærværende sag handler om, må det derfor fastslås, at

»på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin, og da der ikke er tilvejebragt ensartethed inden for Fællesskabets rammer eller sket en tilnærmelse af lovgivningerne, henhører fastsættelsen af betingelserne for og de nærmere regler om beskyttelse... under national regulering«[9].

4 — Sag 262/81, dom af 6. oktober 1982, Sml. s. 3381, præmis 10.

5 — De forenede sager 55 og 57/80, jfr. ovenfor, præmis 12.

6 — Ibid., præmis 13.

7 — Sag 144/81, dom af 14. september 1982, Sml. s. 2853, præmis 14, min fremhævelse.

8 — Se navnlig dommene i sag 262/81, Coditel II, jfr. ovenfor, og i sag 62/79, Coditel I, dom af 18. marts 1980, Sml. s. 881.

9 — Sag 144/81, jfr. ovenfor, præmis 18.

9. Anvendelsen af disse regler må imidlertid ifølge Domstolens faste praksis kun udgøre en hindring for de frie varebevægelser i det omfang, den er knyttet til den pågældende rettigheds eksistens [10] eller dens særlige genstand [11]. I dommen i Deutsche Grammophon-sagen [12] tog Domstolen ikke udtrykkeligt stilling til, om eneretten til at bringe de pågældende genstande i omsætning i sig selv hører med til »det væsentlige indhold« af udgiverens ret til fremstilling af eksemplarer og spredning, fordi der i dette tilfælde var sket en konsumption. Jeg er dog tilbøjelig til at mene, at der ikke er noget til hinder for, at Domstolen lader sig lede af de løsninger, den er nået frem til med hensyn til patenter, da ophavsretten som generaladvokat Roemer anførte det

»... sikkert er nærmere beslægtet med patentretten, end den er med varemærkeretten« [13],

10. Det fremgår af Domstolens praksis om patenter, senest Pharmon-dommen, at

»patentrettens væsentlige indhold [er], at der tildeles opfinderen en *eneret til som den første at bringe det patenterede produkt i omsætning* for således at belønne ham for hans kreative indsats« [14].

11. Efter min mening kan man tage Coditel II-dommen til indtægt for dette synspunkt. I denne dom udtalte Domstolen med hensyn til ophavsretten til litterære og kunstneriske værker, at disse

»gøres tilgængelige for offentligheden sammen med udbredelsen af værkets materielle bærer, således som det er tilfældet med bøger og grammofonplader« [15].

12. I betragtning af den vægt, der således lægges på betydningen af, at værkets materielle bærer bringes i omsætning, mener jeg, at eneretten til for første gang at bringe værket i omsætning også kan anses for at høre med til selve indholdet af den ret til fremstilling af eksemplarer, der er omtvistet her [16]. På samme måde som ved patentretten retter krænkelser af denne eneret sig nemlig mod selve rettens eksistens. Hvis tredjemand kan bringe det beskyttede værk i omsætning, uden at rettighedshaveren kan modsætte sig det, er det ikke udøvelsen af retten, men selve dens indhold, som berøres, dvs. eneretten til at gøre værket tilgængeligt for almenheden.

13. Endelig bemærkes, at spørgsmålet om, hvorvidt beskyttelsesperioden hører med til rettens særlige genstand, ikke bør give anledning til lange udredninger. Dette spørgsmål er nemlig i høj grad et skinproblem, idet beskyttelsesperioden hænger uløseligt sammen med selve rettens eksistens, eftersom den er et udtryk for, hvor længe denne skal være gældende. Der står tilbage at tage stilling til, om den valgte beskyttelsesperiode kan være diskriminerende eller udgøre en

10 — Forenede sager 56 og 58/64, Grundig, dom af 13. juli 1966, Sml. 1965-68, s. 245, og sag 24/67, Parke, Davis, dom af 29. februar 1968, Sml. 1965-68, s. 457.

11 — Sag 78/70, Deutsche Grammophon, jfr. ovenfor, sag 15/74, Centrafarm mod Sterling Drug, dom af 31. oktober 1974, Sml. s. 1147, sag 16/74, Centrafarm mod Winthrop, dom af 31. oktober 1974, Sml. s. 1183.

12 — Sag 78/70, jfr. ovenfor.

13 — Sag 78/70, jfr. ovenfor, især s. 138.

14 — Sag 19/84, dom af 9. juli 1985, Sml. s. 2281, præmis 26, min fremhævelse.

15 — Sag 262/81, jfr. ovenfor, præmis 11, min fremhævelse; se også sag 62/79, jfr. ovenfor, præmis 12.

16 — Det bemærkes, at der her kun er tale om lydbæreren som vare og ikke som middel til fremførelse af værket, jfr. med hensyn til »retten til mekanisk gengivelse», som vedrører det sidstnævnte aspekt af grammofonpladen, navnlig dommen i sag 402/85, Basset, af 9. april 1987, Sml. s. 1747; se specielt vedrørende sondringen mellem grammofonpladen som vare og grammofonpladen som middel til fremførelse M. A. Hermitte i kommentaren til Basset-dommen, Clunet 1988, s. 535 ff.

skjult begrænsning, men dette spørgsmål vil jeg vende tilbage til senere.

14. Grænsen for eneretten til at bringe genstanden i omsætning for første gang ligger imidlertid netop i definitionen. Når indehaveren selv eller en anden med hans samtykke har udøvet denne ret, kan den ikke længere gøres gældende med hensyn til det pågældende gode.

15. Domstolen har opstillet dette princip, som i teorien generelt betegnes som »konsumptionsprincippet«, idet den har fastslået, at indehaveren af en immaterialret, som er beskyttet i henhold til en medlemsstats lovgivning, ikke kan påberåbe sig denne lovgivning med henblik på at modsætte sig import af et gode, som lovligt er blevet bragt på markedet i en anden medlemsstat af rettighedshaveren selv eller med hans samtykke [17].

16. På baggrund af Domstolens praksis synes samtykket at være et væsentligt kriterium for, om de rettigheder, indehaveren gør gældende, er konsumeret. Dette »viljesprincip« har Domstolen givet udtryk for i en række afgørelser, der i den henseende er særdeles klare.

17. Således har Domstolen i Merck-sagen, hvor patenthaveren selv havde bragt lægemidler i omsætning i Italien, hvor der ikke kunne opnås patent, og havde til hensigt at modsætte sig indførsel af disse lægemidler til Nederlandene, anført:

»Det tilkommer... patenthaveren under fuldt kendskab til omstændighederne at fastsætte de vilkår, hvorunder han vil markedsføre sit produkt, herunder muligheden for at gøre dette i en medlemsstat, hvor lovgivningen ikke hjemler patentbeskyttelse for det pågældende produkt. Dersom han beslutter sig hertil, må han tillige acceptere konsekvenserne af sit valg, hvad angår produktets frie bevægelser inden for fællesmarkedet« [18].

18. I Pharmon-dommen, hvor der var tale om, at en patenthaver påberåbte sig sin ret til at modsætte sig import af produkter, som var fremstillet i en anden medlemsstat i henhold til en tvangslicens, udtalte Domstolen:

»... når en medlemsstats kompetente myndigheder... meddeler en tredjemand en tvangslicens og således giver ham mulighed for at gennemføre en produktion og en markedsføring, som patenthaveren normalt kunne forbyde, kan denne ikke antages at have givet sit samtykke til tredjemandens handlinger. Ved en sådan foranstaltning *fratages* patenthaveren nemlig *sin ret til frit at fastsætte* vilkårene for markedsføringen af sit produkt« [19].

19. Det må også understreges, at Domstolen har taget det standpunkt, at spørgsmålet om, hvorvidt patenthaveren har oppebåret licensafgifter i forbindelse med tvangslicensen, er uden betydning for hans ret til at nedlægge forbud, idet Domstolen har udtalt, at

»de betingelser, som danner grundlaget for, at de kompetente myndigheder i eksportmedlemsstaten meddeler tvangslicens, er helt uden betydning for de i fællesskabsretten fastsatte, ovenfor nævnte grænser for anvendelse af importmedlemsstatens lovgivning« [20].

17 — Se bl. a. sag 78/70, Deutsche Grammophon, jfr. ovenfor, præmis 13, sag 119/75, Terrapin, dom af 22. juni 1976, Sml. s. 1039, præmis 6, de forenede sager 55 og 57/80, Musik-Vertrieb, jfr. ovenfor, præmis 15, sag 187/80, Merck, dom af 14. juli 1981, Sml. s. 2063, præmis 12, og sag 19/84, Pharmon, jfr. ovenfor, præmis 22.

18 — Sag 187/80, jfr. ovenfor, præmis 11.

19 — Sag 19/84, jfr. ovenfor, præmis 25, min fremhævelse.

20 — Ibid., præmis 29.

20. Det fremgår således klart af Domstolens praksis, at

»det af rettighedshaveren meddelte samtykke er den nøgle, som åbner porten til fællesmarkedet for patenterede produkter« [21].

21. I øvrigt kan jeg ikke tilslutte mig den opfattelse, den forelæggende ret synes at have af dommen i Musik-Vertrieb-sagen. I denne sag statuerede Domstolen, at ophavsretselskabet *GEMA* ikke kunne kræve betaling af supplerende licensafgifter ved import til Forbundsrepublikken af grammofonplader hidrørende fra Det Forenede Kongerige. Men i modsætning til, hvad den forelæggende ret synes at antyde, var det ikke tvangslicensordningen i Det Forenede Kongerige eller rettere de maksimumslicensafgifter, der anvendtes i denne stat, som var udslaggivende for Domstolen ved konstateringen af, at indehaveren ikke kunne gøre sin ret gældende. Efter at have henvist til konsumptionsprincippet anførte Domstolen nemlig, at

»hverken indehaveren af en ophavsret eller dennes licenshaver, eller et ophavsretsselskab, som handler i indehaverens eller licenshaverens navn, [kan] under henvisning til den eneret, som ophavsretten giver... hindre eller begrænse indførsel af lydbærere, der på lovlig måde er bragt på markedet i en anden medlemsstat *af indehaveren selv eller med dennes samtykke*« [22].

Domstolen præciserede, at

»ingen bestemmelse i en national lovgivning kan berettige en virksomhed, som varetager ophavsrettigheder... til at opkræve en afgift for varer importeret fra en anden medlemsstat, *hvor de er bragt i omsætning af ophavsrettens indehaver eller med dennes samtykke*« [23].

Det er netop denne betragtning, der forekommer mig at være væsentlig, og som klart er til hinder for, at der kan antages at foreligge konsumption af rettigheder i det foreliggende tilfælde.

22. Desuden bemærkes, at den omstændighed, at man lovligt har kunnet bringe lydbærerne på markedet i Danmark i henhold til dansk lovgivning i sig selv ikke har nogen betydning for rettighedshaverens mulighed for at gøre sin ret gældende. Domstolen har i Centrafarm-dommen udtalt, at

»en sådan hindring for den frie bevægelighed kan være berettiget med henblik på beskyttelse af den industrielle ejendomsret, når denne beskyttelse påberåbes over for et produkt hidrørende fra en medlemsstat, *hvor det ikke kan patenteres*, og hvor det er blevet fremstillet af tredjemænd uden patentindehaverens samtykke« [24].

23. Der er ingen grund til at sondre mellem, om produktet *ikke* kan beskyttes, eller om det *ikke længere* kan beskyttes. Det ville endog være paradoksalt, hvis den frie adgang til at udnytte værket, som skyldes, at beskyttelsesperioden i eksportstaten er udløbet, skulle have »alvorligere« følger for rettighedshaveren i indførselsstaten end den frie tilgængelighed, som altid ville foreligge, hvis retten slet ikke var beskyttet. I begge tilfælde er problemet det samme. Det er i henhold til eksportstatens ret lovligt at

21 — Generaladvokat Mancinis forslag til afgørelse i sag 19/84, jfr. ovenfor, s. 2288.

22 — De forenede sager 55 og 57/80, jfr. ovenfor, præmis 15, min fremhævelse.

23 — Ibid., præmis 18, min fremhævelse.

24 — Sag 15/74, jfr. ovenfor, præmis 11, min fremhævelse.

bringe produktet i omsætning uden rettighedshaverens samtykke. I begge tilfælde må løsningen være den samme, da indehaverens ret ikke kan være konsumeret i importstaten, når der ikke er sket en udnyttelse af de omtvistede goder fra rettighedshaverens side.

24. Ganske vist kan enhedsmarkedets krav tages til indtægt for den opfattelse, sagsøgte i hovedsagen har gjort gældende, nemlig at et produkt, som lovligt er blevet bragt på markedet i én medlemsstat, af den grund må anses for at være omfattet af reglerne om frie varebevægelser. Men med denne argumentation tages der slet ikke hensyn til, at der findes industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder, som er beskyttet i henhold til artikel 36.

25. Den løsning, som jeg vil foreslå Domstolen at forkaste, ville faktisk føre til en harmonisering af beskyttelsesperioden på grundlag af den korteste beskyttelsesperiode inden for Fællesskabet. En sådan løsning ville allerede i princippet forekomme mig angribelig derved, at der ikke tages hensyn til medlemsstaternes kompetence på dette område, og at man opgiver beskyttelsen af de i artikel 36 omhandlede rettigheder, og den ville desuden på dette område kunne udgøre en alvorlig fare for den kunstneriske virksomhed inden for Fællesskabet, som udgør en væsentlig dimension af det kulturens Europa, som alle ønsker at fremme.

26. En sidste bemærkning med hensyn til det tilfælde, hvor den beskyttelsesperiode, der er fastsat i national lovgivning, forekommer at være diskriminerende eller bestemt til at indføre en skjult begrænsning af samhandelen. Den beskyttelsesperiode på 25 år, som nu er fastsat i Urheberrechtsgesetz af 9. september 1965, er faktisk kortere end den, der tidligere var gældende (50 år fra ophavsmandens død [25]), selv om perioden først regnes fra lovens ikrafttræden. Jeg mener derfor ligesom Kommissionen, at der ikke er holdepunkter for at antage, at de omhandlede nationale bestemmelser udgør en skjult begrænsning.

27. Jeg skal derfor foreslå, at det kendes for ret, at EØF-Traktatens artikler 30-36 ikke er til hinder for, at indehaveren af en ret til fremsstilling af eksemplarer og spredning af et musikværk gør sin eneret i henhold til national lovgivning gældende med hensyn til lydbærere, som hverken af ham selv eller med hans samtykke er blevet bragt i omsætning i en medlemsstat, hvor dette var tilladt som følge af, at beskyttelsesperioden var udløbet.

25 — Artikel 29 i LUG (Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst) af 19. juni 1901, RGBl., s. 1227, som affattet ved ændringsloven af 13. december 1934, RGBl. II, s. 1359. Desuden bestemmer artikel 14 i den internationale konvention om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender af 26. oktober 1961, at beskyttelsesperioden ikke må være under tyve år.