II

(Retsakter hvis offentliggørelse ikke er obligatorisk)

KOMMISSION

KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 29. oktober 1981

om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/29.839-GVL)

(Den tyske tekst er den eneste autentiske)

(81/1030/EØF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab, særlig artikel 86,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 [1], særlig artikel 3,

under henvisning til begæring af 12. september 1980 fra firmaet Interpar af 9. april 1979 og begæring fra de udøvende kunstnere Avory, Bennett, R. Davies, D. Davies, Marvin, Webb, Welch, Scarano og Skorsky indgivet til Kommissionen i overensstemmelse med artikel 3 i forordning nr. 17 og vedrørende den af Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten, Hamburg, Forbundsrepublikken Tyskland, udviste adfærd,

under henvisning til Kommissionens afgørelse af 25. august 1980 om i denne sag at indlede en procedure,

under henvisning til høring af Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten m.b.H. i overensstemmelse med artikel 19 i forordning nr. 17 og med bestemmelserne i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 [2],

under henvisning til udtalelse fra Det rådgivende Udvalg for Kartel- og Monopolspørgsmål i overensstemmelse med artikel 10 i forordning nr. 17, den 17. juni 1981, og

ud fra følgende betragtninger:

DE FAKTISKE OMSTÆNDIGHEDER

Denne beslutning vedrører den af Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten m.b.H. (herefter benævnt »GVL«) udviste adfærd over for udøvende kunstnere, der ikke er tyske statsborgere, og som ikke har bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland (herefter benævnt »Tyskland«).

I. GVLs organisatoriske opbygning

1. GVL, som har hjemsted i Hamburg, er et tysk udnyttelsesskab, som har til formål at varetage dels de rettigheder og krav, det har fået overdraget gennem den tyske lov om ophavsret og beslægtede retsregler om beskyttelse, »Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte« (herefter forkortet UrhG) for udøvende kunstnere, ophavsmænd til filmværker (herefter benævnt »kunstnere«), fremstillere af indretninger til billedoverførelse og fremstillere af fonogrammer samt arrangører, dels de rettigheder og krav, som er overdraget til fremstillere eller arrangører.

GVL er et tysk udnyttelsesselskab, der varetager »fremførelsesrettigheder«, dvs. de rettigheder, der opstår, når ophavsmændenes skabende indsats gengives. Sådanne selskabers virksomhed er reguleret i den tyske lov om udøvelse af ophavs-

[1] EFT nr. 13 af 21. 2. 1962, s. 204/62.
[2] EFT nr. 127 af 20. 8. 1963, s. 2268/63.

rettigheder og beslægtede retsregler om beskyttelse, »Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten« (herefter forkortet »WahrnG«.

2. GVL er en organisation oprettet i fællesskab af »Deutsche Orchestervereinigung e. V.« Hamburg, som er en interesseorganisation af udøvende kunstnere — først og fremmest musikere — og af »Deutsche Landesgruppe der IPPI e. V.« (International Federation of Producers of Phonograms and Videograms), Hamburg, der er en interesseorganisation af fremstillere af indretninger til billedoverførelse og fonogrammer. Deutsche Orchestervereinigung e. V. og Deutsche Landesgruppe der IFPI e. V. er eneste selskabsdeltagere i det som anpartsselskab (Gesellschaft mit beschränkter Haftung) organiserede GVL.

II. Kunstneres og fremstilleres rettigheder i henhold til den tyske ophavsretslov

3. I henhold til § 73 ff. i UrhG gælder der for kunstneren beskyttelsesregler, der er beslægtede med beskyttelsen af ophavsmænd. I henhold til § 74, 75 og 76, stk. 1, i UrhG, kan en kunstners fremførelse ikke uden dennes samtykke gøres offentligt tilgængelig, optages på grammofonplade, lydbånd, film eller lignende, reproduceres eller udsendes i radio (første udnyttelse). Dette samtykke giver kunstneren i regelen kun mod vederlag.

4. Endvidere har kunstneren i henhold til § 76, stk. 2, og 77, i UrhG krav på vederlag, når fremførelsen er optaget med kunstnerens samtykke på grammofonplade, lydbånd, film eller lignende, og dernæst udsendes i radioen eller på anden måde gøres offentligt tilgængelig (sekundær udnyttelse). Derudover har kunstneren i henhold til § 53, stk. 5, i UrhG, tillige et vederlagskrav på fremstilleren af reproduktionsapparater — den såkaldte apparatafgift.

5. Såfremt fremførelsen med kunstnerens samtykke er optaget på grammofonplade, lydbånd, film eller lignende og er disse udsendt, kan kunstneren ikke længere gøre reglerne gældende for at forhindre radiotransmission eller en offentlig gengivelse af disse optagelser.

6. Fremstilleren af fonogrammer — herefter benævnt »fremstilleren» — har på sin side med hensyn til kunstnerens krav på vederlag for den sekundære udnyttelse i henhold til § 86 i UrhG et krav mod kunstneren på en passende andel af dette vederlag.

Fremstillere og kunstnere har derfor lige stor interesse i vederlag for den sekundære udnyttelse. Hvad angår disse krav mod de vederlagspligtige (radioforetagender, teatre, hoteller, restauranter osv.), er deres interesser sammenfaldende.

Der opstår først en interessekonflikt, når vederlaget er betalt, og der skal beregnes »en for fremstillerne passende andel«.

III. Rettigheder for kunstnere og fremstillere i andre medlemsstater og i henhold til Rom-konventionen

7. Mens det i alle medlemsstater gælder, at kunstneren skal give sit samtykke ved den første udnyttelse, er der kun i få medlemsstater sammenlignelige lovhjemlede vederlagskrav ved den efterfølgende udnyttelse.

8. Ifølge dansk og italiensk lovgivning har fonogramfremstillere og kunstnere kraf på vederlag offentlig fremførelse eller ved radioudsendelser. I Det forenede Kongeriges og i Irlands lovgivning har fonogramproducenterne ret til at nedlægge forbud mod utilladelig offentlig fremførelse. Kunstnerne får ved kollektive overenskomster med fonogramproducenterne andel i disses indtægter i forbindelse med den offentlige fremførelse. I Grækenland er indtil nu kun kunstnere, men ikke fonogramfremstillere, ved lov sikret et vederlag. I Nederlandene, Belgien, Luxembourg og Frankrig er der i øjeblikket ingen lovgivning om krav på vederlag ved den efterfølgende udnyttelse. I praksis eksisterer der imidlertid i Belgien og i Nederlandene overenskomster om betaling af vederlag ved den efterfølgende udnyttelse mellem de belgiske og hollandske fremstillere af fonogrammer og de pågældende radioforetagender, mens der i Frankrig findes sådanne aftaler om vederlag, i det mindste med en del af de eksisterende radioforetagender. De pågældende kunstnersammenslutninger får en andel af disse vederlag, hvilket er sikret ved kollektive overenskomster med fremstillerne af fonogrammer.

9. Den internationale konvention af 26. oktober 1961 om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjern-

synsforetagender (Rom-konventionen) indeholder i artikel 12 bestemmelser, hvorefter de kontraherende stater skal sikre, at den, der anvender offentliggjorte fonogrammer til en radio- eller fjernsynsudsendelse eller ved andre offentlige fremførelser skal betale et rimeligt, samlet vederlag til fremstillerne af fonogrammerne eller til kunstnerne eller til begge grupper.

10. Rom-konventionen er imidlertid endnu ikke ratificeret af alle medlemsstaterne. Tyskland har ved ratificeringen taget det forbehold, at landet »for så vidt angår fonogrammer, hvis fremstiller er statsborger i en anden kontraherende stat, begrænser omfanget af og tidsrummet for beskyttelsen for fremstillere og kunstnere til det omfang og tidsrum, hvori denne stat yder beskyttelse af fonogrammer, som først er optaget af en tysk statsborger«.

11. De rettigheder til beskyttelse af præstationer, der er beskrevet ovenfor (punkt 3 til 6), tilkommer principielt også kunstnere med udenlandsk statsborgerskab, uafhængigt af deres bopæl. Drejer det sig om kunstnere med statsborgerskab i et land, der ikke har ratificeret Rom-konventionen, ydes der i § 125 i UrhG sådanne udlændinge samme rettigheder som tyske kunstnere, såfremt deres fremførelse finder sted i Tyskland, eller — såfremt den med kunstnerens samtykke er optaget på grammofonplade, lydbånd, film eller lignende — hvis disse optagelser er udsendt i Tyskland. Sådanne udenlandske kunstnere nyder også ved radio- eller fjernsynsudsendelser samme rettigheder som tyske statsborgere, såfremt sådanne udsendelser har fundet sted i Tyskland.

IV. Bestemmelser i lov om udøvelse (WahrnG)

12. Statslig tilladelse kræves i henhold til § 1 i WahrnG for den, der i henhold til ophavsretsloven varetager rettigheder vedrørende benyttelse og samtykke eller krav på vederlag for flere ophavsmænds regning eller for regning af indehavere af beslægtede beskyttelsesrettigheder til fælles udnyttelse, uanset om varetagelsen sker i eget eller i fremmed navn.

Man har et retligt krav på denne tilladelse, såfremt visse grundlæggende betingelser for varetagelse af de pågældende rettigheder er opfyldt.

13. WahrnG giver ikke sådanne selskaber et retligt monopol, og juridisk er der intet til hinder for oprettelse af »konkurrerende« udnyttelsesselskaber.

14. De udnyttelsesselskaber, der er tilladt i henhold til WahrnG skal fordele indtægterne af deres virksomhed efter faste regler.

15. I henhold til § 11 i WahrnG skal selskabet på grundlag af de rettigheder, det varetager, indrømme enhver, der forlanger det, beskyttelsesret på rimelige vilkår, eller skal give samtykke (forpligtelse til at indgå kontrakt, »Abschlußzwang«).

16. Til gengæld forpligtes selskabet i henhold til § 6 i WahrnG til på rimelige vilkår at varetage de rettigheder og krav, der henhører under selskabets virkeområde, på de berettigedes forlangende, såfremt disse er tyske statsborgere i den i den tyske grundlov anførte betydning eller har deres bopæl inden for det af WahrnG omfattede gyldighedsområde, og såfremt en effektiv varetagelse af rettighederne eller kravene ikke på anden måde er mulig (forpligtelse til at udøve rettighederne, »Wahrnehmungszwang«).

17. Det tyske Patentamt fører tilsyn med, at retsforskrifterne vedrørende disse forpligtelser overholdes samt med selskabernes virksomhed (§ 18 ff i WahrnG).

V. GVLs stilling i Tyskland

18. GVL er det eneste udnyttelsesselskab, der i Tyskland varetager rettigheder til præstationsbeskyttelse. De øvrige udnyttelsesselskaber i Tyskland varetager hver for sig andre former for beskyttelsesret.

19. I henhold til den tyske ophavsretslov kan visse rettigheder, der tilkommer ophavsmænd, kunstnere eller fremstillere, kun gøres gældende via udnyttelsesselskaberne. Dette gælder eksempelvis for det ovenfor (nr. 4) nævnte vederlagskrav mod fremstilleren af mangfoldiggørelsesapparater i henhold til § 53, stk. 5, i ophavsretsloven (apparatafgift, »Geräteabgabe«).

20. Kunstnerne kan af retlige grunde, for så vidt angår apparatafgiften, og af faktiske grunde med hensyn til vederlagskravene med den sekundære udnyttelse praktisk taget ikke selv effektivt udøve disse rettigheder. Et sådant forsøg ville allerede på forhånd være dømt til at mislykkes, fordi den enkelte kunstner ikke ville være i stand til i det konkrete tilfælde at efterprøve og bevise, om,

hvornår, af hvem og hvor ofte hans fremførelse udsendes eller på anden måde gøres offentlig tilgængelig. Derudover skulle han som en i økonomisk henseende underlegen enkeltperson træde i kontraktforhold til et stort antal økonomisk stærke brugere (eksempelvis radio- og fjernsynsforetagender), over for hvilke han kun har krav på passende vederlag, men ikke ret til at forbyde benyttelsen af sin fremførelse.

VI. GVLs varetagelse af rettigheder ved den efterfølgende udnyttelse

1. *Udnyttelsesaftalerne*

21. For at kunne varetage rettighederne ved den efterfølgende udnyttelse indgår GVL såkaldte »udnyttelsesaftaler« med fremstillerne og kunstnerne. I henhold til § 1 i disse udnyttelsesaftaler med kunstnerne overdrager den berettigede GVL i eget navn at varetage alle de ham nu tilhørende og i aftaleperioden tilfaldende rettigheder til beskyttelse af hans præstation samt alle krav på udladelse, tilintetgørelse og skadeserstatning.

22. Denne overdragelse af rettigheder gælder navnlig kravet om betaling af vederlag, når de fremkomne grammofonplader, lydbånd, film eller lignende er udsendt i radio eller fjernsyn, eller på anden måde er gjort offentlig tilgængelige, samt kravet på apparatafgift.

23. Til gengæld forpligter GVL sig til at betale samtlige indkomne vederlag tillige med renterne af de investerede beløb i perioden frem til fordelingen, samt alle øvrige indtægter i henhold til en af GVL opstillet fordelingsplan og efter fradrag af de nødvendige administrationsomkostninger, der andrager ca. 5 til 10 % af GVL's indtægter, til de til enhver til berettigede.

24. I praksis overdrager den enkelte kunstner ved fremførelser på fonogrammer ofte ikke sine krav til GVL, men i regelen sørger fonogramproducenterne selv for at sikre alle de nødvendige rettigheder og dermed også kunstnernes ret ved efterfølgende udnyttelse. Fremstillerne overdrager dernæst de rettigheder, kunstnerne har afstået til dem, til GVL. Med hjemmel i aftalen mellem fremstiller og GVL har kunstnerne et direkte betalingskrav mod GVL (tredjemandsaftale). De kunstnerne, der har indgået en udnyttelsesaftale med GVL uden at have overdraget deres præstationsbeskyttelsesret til fremstillerne (eksempelvis med interne radio- og fjernsynsproduktioner i Tyskland), modtager de vederlag, der tilkommer dem, direkte af GVL.

25. Såfremt udenlandske fonogramfremstillere skal overdrage brugsrettigheder for Tyskland, overdrager de deres rettigheder til indenlandske agenter eller licenstagere, som GVL dernæst ligestiller med de indenlandske fonogramproducenter som tilbudsgivere af rettigheder til efterfølgende udnyttelse.

2. *Aftaler om brug*

26. GVL har indgået aftaler med de brugere af fonogrammer, der i henhold til ophavsretten er vederlagspligtige (radiofonier, reklameradio og -fjernsynsforetagender, teatre, diskoteker, hotel- og restaurationssammenslutninger o.lign.), i hvilke der indrømmes brugerne ret til at benytte de lydoptagelser, hvis mærker er anført af fremstillerne inden for GVL, og som er bragt i omsætning i Tyskland. Dernæst giver GVL meddelelse om de af selskabet repræsenterede mærker og om fremstillerne og fritager deres aftalepartnere for alle de krav, der udspringer af retten til præstationsbeskyttelse, og som på grund af brugen af fonogrammer, hvis mærker repræsenteres af GVL, kunne gøres gældende af kunstnere, fremstillere og arrangører (jf. § 5 i »Tonträger-Sendevertrag«).

27. Da kunstnerne og/eller fremstillerne henholdsvis de udenlandske fremstilleres indenlandske licenstagere (f.eks. importører, salgsselskaber osv.) har indgået udnyttelsesaftaler med GVL, er GVL i stand til at tilbyde brugere af grammofonplader, bånd o.lign. praktisk taget det samlede repertoire i verden, for så vidt det er optaget på grammofon, bånd o.lign. og bragt i omsætning i Tyskland. Hertil hører også et stort antal fremførelser af udenlandske kunstnere.

28. For benyttelsen af disse lydoptagelser betaler brugerne til opfyldelse af deres forpligtelser i henhold til § 76, stk. 2, og § 77, i UrhG GVL et fast årligt vederlag efter en af GVL fastlagt fordelingsnøgle.

3. *Indtægter af apparatafgiften*

29. Afgift for mangfoldiggørelse til personlig brug — apparatafgift — opkræves af »Zentralstelle für

Private Überspielungsrechte (ZPÜ)« hos henholdsvis fremstillerne og importørerne af reproduktionsapparater. ZPÜ opkræver afgifter på GVLs vegne, og ZPÜ har kapitalinteresser i GVL. Selskabet GVL modtager en andel på 42 % af denne opkrævede afgift, som ikke må overstige 5 % af det provenu, apparatfremstillerne (importørerne) får ved salg af disse apparater — efter fradrag af de for ZPÜ påløbne administrationsomkostninger. Disse beløb medtages i den fordelingssum som GVL skal udbetale til kunstnerne og fremstillerne.

4. *Fordeling af GVLs indtægter*

30. Fordelingen af GVLs indtægter foretages på grundlag af årligt opstillede fordelingsplaner, Principielt fordeles vederlagene mellem kunstnerne og fremstillerne med 50 % til hver.

31. Frem til regnskabsåret 1979 skete udbetalingen til kunstnerne generelt i forhold til de honorarer for den første udnyttelse af fremførelsen, som de modtog i de pågældende kalenderår i Tyskland. Den vederlagsberettigede kunstner skulle på en formular anføre og dokumentere de honorarer, han havde oppebåret i Tyskland for optagelser på grammofonplade eller udsendelser i radio eller fjernsyn i det pågældende kalenderår. Jo større det honorar var, som han havde oppebåret i Tyskland ved den første udnyttelse, jo større var dermed også hans andel af det vederlag for en efterfølgende udnyttelse, som GVL skulle betale, men der blev dog kun taget hensyn til honorarerne efter en aftagende skala.

32. GVL har indgået udnyttelsesaftaler med ca. 20 000 personer. Da imidlertid ikke alle disse hvert år modtager honorar for den første udnyttelse og ikke altid årligt anmelder deres krav til GVL, betaler GVL det opkrævne vederlagsbeløb årligt til gennemsnitligt kun ca. 10 000 berettigede. I 1980 inkasseredes ofter GVLs oplysninger i alt ca. ..... DM.

VII. GVLs adfærd over for udenlandske kunstnere

33. GVL har indtil den 21. november 1980 nægtet at indgå udnyttelsesaftaler med udenlandske kunstnere uden bopæl i Tyskland — uanset om det drejede sig om kunstnere fra EF-medlemsstaterne eller ej — eller på anden måde at varetage disses ret i Tyskland til præstationsbeskyttelse. GVL har ikke bestridt, at udenlandske kunstnere har krav på vederlag i Tyskland for den efterfølgende udnyttelse. GVL har imidlertid over for de udenlandske kunstnere, der anmodede om indgåelse af en udnyttelsesaftale, påpeget, at GVL udelukkende indgår udnyttelsesaftaler med berettigede, der er tyske statsborgere eller har bopæl i Tyskland.

34. På generalforsamlingen i GVL den 21. november 1980 blev det besluttet, at der fra det tidspunkt også kunne indgås udnyttelsesaftaler med kunstnere, som er statsborgere i en EF-medlemsstat, uden at de som betingelse herfor skal kunne bevise, at de har bopæl i Tyskland. Desuden indrømmedes der herefter kunstnere fra andre EF-medlemsstater, hvis rettigheder GVL i det enkelte tilfælde havde nægtet at varetage, ret til med tilbagevirkende kraft at få andel i vederlagsprovenuet.

35. Ifølge denne nye praksis, GVL følger ved varetagelsen af kunstnerrettighederne, skal de vederlag, der opkræves for udsendelser, offentlig gengivelse, leje og mangfoldiggørelse, fordeles blandt kunstnerne i forhold til de indtægter, de kunne påregne at få i det pågældende regnskabsår for den første udnyttelse, for så vidt angår indlandet, dvs. Tyskland (§ 2, stk. 4 a) i den nye vedtægt). I henhold hertil kræves det ikke mere, at honoraret for den første udnyttelse betales i Tyskland, men også et honorar, som er betalt i udlandet, tjener efter kunstnerens anmeldelse som målestok for beregningen for så vidt som en del af dette honorar kan henføres til udnyttelsen af fremførelsen i Tyskland. Den udenlandske kunstner får således andel i betalingen af vederlaget i forhold til andelen af dette honorar.

36. Denne ændrede beregningsmetode må, for at blive anvendt ensartet, forudsætte at den, der er forpligtet til at betale honorar for den første udnyttelse, det vil i regelen sige fremstilleren, nøje holdes underrettet om, hvilke salgsled de pågældende fonogrammer skal igennem. Kun når den, der skal udrede honoraret, ved, i hvilket omfang de i udlandet fremstillede fonogrammer er indført til Tyskland, er han i stand til at fastlægge honorarandelen for Tysklands vedkommende. Ved beregningen af vederlagets andel medtages derfor ikke fonogrammer, der indføres

til Tyskland uden om de af fremstilleren bekendte salgskanaler.

VIII. GVLs anbringender

37. GVL har hele tiden anerkendt, at lovgivningen ganske vist ikke hindrede selskabet i at repræsentere udlændinge, der ikke har bopæl i Tyskland, men det har heroverfor altid fastholdt, at det ikke juridisk var forpligtet hertil.

38. Ifølge GVL kan der heller ikke af fællesskabsretten udledes en sådan forpligtelse, fordi selskabets pligt til varetagelse på forhånd var begrænset til kunstnere med tysk statsborgerskab eller med bopæl i Tyskland (indenlandsk tilknytning), idet retstilstanden m.h.t. anerkendelsen af retten til præstationsbeskyttelse var uensartet og uoverskuelig. Kriteriet om national tilknytning er således en forudsætning for varetagelse, der i saglig henseende er forsvarlig. Eftersom de tyske kunstnere på daværende tidspunkt endnu ikke havde mulighed for udnyttelse af deres rettigheder til beskyttelse af præstationerne i udlandet, måtte der være rimelig grund til at udelukke udlændinge uden national tilknytning fra at få andel i vederlagsprovenuet.

39. Derudover må GVL anses for at være en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, dets varetagelsesmonopol måtte være at sammenligne med det i traktatens artikel 90, stk. 2, anførte forvaltningsmonopol, og i realiteten ville GVL, hvis det fik pligt til at varetage rettighederne for udlændinge, der ikke har bopæl i Tyskland, være forhindret i at udføre sin opgave.

40. Hertil kommer, at de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne i henhold til traktatens artikel 222 ikke berøres, samt at den særlige udforming af de tyske bestemmelser om beskyttelse af præstationer og det tyske system for varetagelse dog var en bestanddel af de ejendomsretlige ordninger i Tyskland.

41. GVL erkender, at en opdeling af vederlaget på grundlag af udsendelseshyppighed, de fremførte udsendelsers og gengivelsers varighed ville være en metode, som bedst ville stemme med den tyske ophavsretslovs princip om et rimeligt vederlag. Af praktiske årsager ser GVL sig imidlertid ikke i stand til at anvende en sådan beregningsmetode. For eksempel ville GVL ikke få de tilstrækkelige oplysninger stillet til rådighed af radio- og fjernsynsforetagenderne. Derudover kunne man af omkostningsmæssige årsager og af økonomiske hensyn ikke forlange af GVL, at selskabet med et beløb til fordeling på mere end DM og ca. 20 000 mulige berettigede skulle efterprøve, hvilken fremførelse af hvilken kunstner der var blevet udsendt årligt i hvor lang tid i Tyskland gennem radio eller fjernsyn. Desuden har ofte flere berettigede kunstnere samvirket i forskelligt omfang ved en fremførelse (f.eks. orkester, dirigent og andre kunstnerisk medvirkende), således at en beregning af vederlaget på basis af sendetiden ganske vist ville være ønskelig, men for GVLs vedkommende imidlertid praktisk uigennemførlig. GVLs indtægter ville kun for ca. 60 %s vedkommende stamme fra vederlag for udsendelser, dvs. være betalt af radio- og fjernsynsforetagenderne. Den resterende del ville være sammensat af indtægter fra den offentlige gengivelse i restauranter, hoteller, diskoteker osv., samt af apparatafgiften. For denne dels vedkommende kunne det slet ikke fastslås, hvor ofte eller hvor længe gengivelsen havde været.

RETLIG VURDERING

ANVENDELIGHEDEN AF TRAKTATENS ARTIKEL 86

42. I henhold til artikel 86 er en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf uforenelig med fællesmarkedet og forbudt i den udstrækning, samhandelen mellem medlemsstater herved kan påvirkes.

A. Adfærd frem til den 21. november 1980

1. *GVL som virksomhed*

43. GVL er en virksomhed i den i artikel 86 anførte forstand. Ved mod betaling at formidle fremførelser optaget på grammofonplader, lydbånd og lignende, af udøvende kunstnere til radio- og fjernsynsforetagender, teatre, restauranter, hoteller, diskoteker og andre musikbrugere samt ved at varetage de rettigheder til præstationsbeskyttelse og de krav, der tilkommer kunstnerne og fremstillerne, driver GVL erhvervsmæssig virksomhed, der består i tjenesteydelser både over for de personer, der er berettiget til præstationsbeskyttelse, og over for de vederlagspligtige brugere af lydoptagelser. GVL deltager således i det økonomiske samkvem, for så vidt angår tjenesteydelser, og er således omfattet af bestemmelserne i artikel 86.

44. For virksomhedsbegrebet i artikel 86 er det uden betydning, at selskabet ikke arbejder med gevinst for øje, idet også »almennyttige« virksomheder er omfattet af forbudet mod misbrug i artikel 86.

Dette har EF-Domstolen fastslået i dom af 27. marts 1974 (BRT II, 127/74) Sml. 1974, s. 313.

2. *GVLs dominerende stilling*

45. Som sagligt og geografisk relevant marked, på hvilket GVL udøver virksomhed, skal anses det ved andre ophavsretlige selskabers aktiviteter nøje afgrænsede tjenesteydelsesmarked for varetagelse af de rettigheder ved den efterfølgende udnyttelse, udøvende kunstnere og fremstillere har i Tyskland. GVL er det eneste selskab, der varetager disse rettigheder ved den sekundære udnyttelse i Tyskland, og det har ingen konkurrenter. GVLs monopolstilling i Tyskland, som er en væsentlig del af fællesmarkedet, skyldes ikke retlige, men derimod faktiske forhold.

3. *Misbrug af en dominerende stilling på markedet, jf. artikel 86, stk. 1*

46. Forbudet i artikel 86, stk. 1, mod misbrug skal, som det fremgår af Domstolens praksis, vurderes på baggrund af de almindelige principper, der er nedfældet i EØF-traktaten. Et af disse principper er indeholdt i artikel 7, hvorefter al forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, er forbudt. Forskelsbehandling udøvet af en markedsdominerende virksomhed på grundlag af nationalitet kan derfor i regelen uden videre betragtes som en overtrædelse af artikel 86 (jf. også EF-Domstolens dom af 30. april 1974 i sag 155/73, Sacchi, Sml. 1974, s. 409).

47. GVLs afslag som indehaver af et faktisk monopol på at indgå udnyttelsesaftaler mod udenlandske kunstnere uden bopæl i Tyskland er en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet og dermed misbrug efter artikel 86. Dette gælder så meget mere, som disse udenlandske kunstnere var henvist til GVLs virksomhed, ikke kunne ty til andre udnyttelsesselskaber, p.g.a. dette afslag blev stillet finansielt ringere i forhold til tyske og indenlandske kunstnere, og dette afslag førte til, at de udenlandske kunstnere ikke kunne gøre de dem tilkommende rettigheder gældende.

4. *Forskelsbehandling efter artikel 86, stk. 2, litra c)*

48. Desuden er GVLs adfærd også omfattet af det særlige forbud med forskelsbehandling i artikel 86, stk. 2, litra c), fordi GVL af grunde, der ingen forbindelse har med ydelsernes art, behandlede økonomiske partnere forskelligt.

a) De udenlandske kunstnere som handelspartnere

49. Kunstnerne deltager i almindelig i det økonomiske liv derved, at deres fremførelser optages på grammofonplade, lydbånd, film el. lign., udsendes i radio eller fjernsyn eller på anden måde gøres offentlig tilgængelige i Tyskland, og at der herfor betales dem honorarer og vederlag. Udveksling af ydelser (»handel«) som anført i artikel 86, stk. 2, litra c), mellem kunstnere og GVL sker ved, at GVLs ydelse, nemlig varetagelsesaktiviteten kun sker mod »vederlag«, dvs. GVLs administrationsbeløb af det opkrævede vederlag. Afgørende er det, at GVLs i tjenesteydelser bestående virksomhed modsvares af en materiel modydelse fra kunstnerne. Kunstnerne er således GVLs »naturlige« handelspartnere.

50. På den anden side er også GVL kunstnernes »naturlige« handelspartnere, for kunstnernes krav på vederlag kan praktisk taget kun realiseres gennem GVL. Begge, både GVL og kunstnerne, er henvist til hinanden. GVLs erhvervsmæssige formål er varetagelsen af kunstnernes krav på vederlag. Kunstnerne kan ikke uden GVL realisere deres rettigheder ved den efterfølgende udnyttelse.

Heroverfor kan det ikke anføres, at de udenlandske kunstnere ikke havde været GVLs handelspartnere, fordi GVL ikke havde indgået nogen udnyttelsesaftaler med dem.

51. En markedsdominerende virksomhed kan ikke med henvisning til, at de pågældende kunstnere

ikke frembyder de for »handelspartnere« væsentlige kendetegn, undgå at blive anklaget for at optræde diskriminerende, idet den som faktiske handelspartnere udelukker en del af de naturlige handelspartnere ved at opstille en ekstra betingelse.

Udenlandske kunstnere kunne nemlig på eget initiativ være blevet GVLs faktiske handelspartnere ved at bosætte sig i Tyskland. Dette viser, at også de udenlandske kunstnere var »handelspartnere«, jf. artikel 86, stk. 2, litra c), og at de kun p.g.a. den af GVL opstillede og for denne gruppe almindeligt gældende ekstrabetingelse m.h.t. bopæl i Tyskland blev afskåret fra at blive GVLs faktiske handelspartnere.

b) Forskelsbehandlingen

52. Frem til den 21. november 1980 har GVL behandlet udenlandske kunstnere anderledes end tyske kunstnere, for så vidt som firmaet ved varetagelsen af disses rettigheder har opstillet et yderligere krav, nemlig kravet om bopæl i Tyskland, et krav som GVL ikke opstillede for tyske statsborgere. GVLs adfærd bestod således ikke i en individualiseret præstationsnægtelse over for enkelte udenlandske kunstnere, men i opstilling af en yderligere almen betingelse for udenlandske kunstnere. Såfremt udenlandske kunstnere opfyldte denne betingelse, var GVL rede til at indgå udnyttelsesaftaler med dem. For så vidt har GVL generelt over for sine handelspartnere anvendt forskellige betingelser.

c) Ydelse af samme værdi

53. Forbudet mod forskelsbehandling i artikel 86, stk. 2, litra c), forudsætter desuden, at der foreligger ydelser af samme værdi fra de pågældende handelspartnere. De udenlandske kunstnere tilbyder i lighed med de tyske GVL at udøve de rettigheder til præstationsbeskyttelse, de har i Tyskland. Udenlandske kunstneres ydelse, nemlig overdragelsen til GVL af de rettigheder til præstationsbeskyttelse, de har i Tyskland, er den samme som tyske kunstneres ydelse. Ganske vist kan det ske, at det er vanskeligere for udenlandske kunstnere at føre bevis for de rettigheder, de har i Tyskland, end det er for tyske kunstnere. Dette ændrer imidlertid intet ved de udenlandske kunstneres materielle ydelse, som på ingen måde udskiller sig fra tyske kunstneres, når blot rettighederne til præstationsbeskyttelse i Tyskland er godtgjort.

Den af de udenlandske kuntnere til GVL tilbudte ydelse er således »af samme værdi« i den i artikel 86, stk. 2, litra c), anførte betydning.

5. *Udenlandske kunstneres konkurrencehandicap*

54. Kunstnere påfører hinanden konkurrence med hensyn til deres fremførelser, både på det tyske marked og på markedet i de øvrige medlemsstater. Enhver kunstner har en særlig interesse i, at hans fremførelse så ofte som muligt udsendes i radio eller fjernsyn eller på anden måde gengives offentligt, og at lydoptagelsen med hans fremførelse sælges i mange eksemplarer.

55. Ved GVLs forskelsbehandling af kunstnerne blev de udenlandske kunstnere, der ikke havde bopæl i Tyskland, stillet ringere i denne konkurrence mellem kunstnere. De udenlandske kunstnere, der ikke for den sekundære udnyttelse fik noget vederlag for deres fremførelser i Tyskland, skønt der tilkom dem sådanne vederlagskrav, blev i materiel henseende stillet ringere end tyske kunstnere eller udenlandske kunstnere med bopæl i Tyskland. Disse grupper af rettighedshavere blev derimod stillet stærkere økonomisk. Dermed havde de et økonomisk forspring fremfor de udenlandske kunstnere, hvilket influerede på konkurrencen med disse. Thi netop også hos kunstnere får selv finansielle handicaps af ringere omfang en betydelig indvirkning på deres erhvervsmæssige position på markedet.

6. *Manglende begrundelse*

56. Det forhold, at GVL har anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi fra udenlandske kunstnere, kan kun betragtes som ikke-misbrug, når der foreligger saglige begrundelser for denne adfærd (jf. Kommissionens beslutning af 17. december 1975, EFT nr. L 95 af 9. april 1976, s. 16, Chiquita).

57. GVLs principale indvendinger mod en forpligtelse til at varetage udenlandske kunstneres rettigheder samt argumenterne til forsvar for selskabets adfærd — også efter den ændrede varetagelsespraksis — skyldes den forskelligartede og uigen-

nemskuelige retstilstand, der hersker i forbindelse med anerkendelse af ret til præstationsbeskyttelse inden for Fællesskabet.

58. Kommissionen er klar over de vanskeligheder, som opstår for kunstnere, udnyttelsesselskaber og andre organer, der tager sig af spørgsmål om vederlag til kunstnere, og som er et resultat af den forskellige retstilstand inden for Fællesskabet. Den er klar over, at der hidtil kun i nogle medlemsstater er et lovhjemlet vederlagskrav for fremstillere og kunstnere, og at de øvrige medlemsstaters lovgivning kun giver enten kunstnere eller fremstillere lignende rettigheder, eller overhovedet ikke kender sådanne rettigheder. I de lande, hvor der ikke findes retsregler om præstationsbeskyttelse, eksisterer der imidlertid for det meste overenskomster, således at det i sidste instans gælder, at kunstnere og fremstillere i næsten alle medlemsstaterne får udbetalt vederlag ved den sekundære udnyttelse.

59. Hvor ønskværdigt det end måtte være at nå frem til en ensartet retstilstand inden for Fællesskabet ved efterfølgende udnyttelse, kan denne forskelligartede retstilstand ikke tjene til forsvar for en adfærd, hvorved kunstnere endog berøves muligheden for at gennemtvinge deres rettigheder i en anden medlemsstat. GVL har således ved sit afslag forhindret kunstnerne i at få vederlag ved den efterfølgende udnyttelse af deres fremførelser.

60. Heller ikke GVLs anbringende, at en pligt til at varetage udenlandske kunstneres rettigheder ville diskriminere tyske kunstnere, som ikke har noget vederlagskrav i udlandet, kan tages til følge. Har udenlandske kunstnere krav på vederlag ved den efterfølgende udnyttelse i Tyskland, begrundet dette i henhold til konkurrencereglerne en pligt til varetagelse.

En sådan varetagelsespligt ville også gælde for andre tilsvarende markedsdominerende virksomheder i andre medlemsstater, såfremt tyske kunstnere havde vederlagskrav i disse medlemsstater, eller såfremt tyske kunstnere på grund af deres nationalitet ville blive diskrimineret af disse virksomheder i forhold til andre kunstnere.

En pligt til varetagelse af udenlandske kunstneres rettigheder, der pålægges GVL, vil derfor ikke diskriminere tyske kunstnere, men skabe grundlag for, at alle kunstnere, hvis fremførelser finder sted i Tyskland, behandles lige.

7. *Virkning på samhandelen mellem medlemsstaterne*

61. GVLs misbrug af en dominerende stilling påvirker ligeledes samhandelen mellem medlemsstaterne.

62. Ved samhandel ifølge konkurrencereglerne forstås alle kommercielle og økonomiske aktiviteter, herunder udførelse af tjenesteydelser. (Jf. Domstolens dom i Sacchi-sagen). I den henseende kommer det udelukkende an på, om GVLs adfærd direkte eller indirekte, faktisk eller potentielt, var egnet til at bringe den frie samhandel eller udveksling af tjenesteydelser i fare på en måde, der kunne skade gennemførelsen af målene for et mellemstatsligt enhedsmarked (jf. Domstolens dom af 13. juli 1966 — Grundig/Consten, Sml. 1966, s. 245).

63. Det forhold, at GVL har afslået at overtage udnyttelsen af rettighederne for udlændinge, der ikke har bopæl i Tyskland, men som er bosat i en af medlemsstaterne, har medført, at oprettelsen af et enhedsmarked for tjenesteydelser i Fællesskabet er blevet hindret. Disse udlændinge kunne i modsætning til tyske statsborgere ikke gøre krav på GVLs tjenesteydelser. Dermed blev den grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser, således som den kunne have udviklet sig, såfremt GVL ikke havde givet afslag, forhindret inden for Fællesskabet. Denne påvirkning af udvekslingen af tjenesteydelser kunne også mærkes, idet et stort antal udenlandske rettighedsindehavere blev forhindret i at varetage deres rettigheder.

Det er i denne forbindelse uden betydning, at GVL begrænsede sin virksomhed til en medlemsstat. Som Kommissionen har foreslået det i flere beslutninger, kan en aftale eller en adfærd, som kun har tilknytning til kun en medlemsstat, føre til en begrænsning af handelen, når handelspartnere i andre medlemsstater udelukkes fra denne aftale eller ikke nyder fordelene af denne adfærd (beslutning af 29. december 1970 — Keramische Fliesen, EFT nr. L 10 af 13. januar 1971, s. 15, og beslutning af 23. juli 1974 — Papiers peints de Belgique, EFT nr. L 237 af 29. august 1974, s. 3). I det foreliggende tilfælde kan der ikke herske tvivl m.h.t. den umiddelbare begrænsning af handelen i forbindelse med forskelsbehandling af udenlandske kunstnere med bopæl i en anden medlemsstat. Forskelsbehandlingen bevirkede nemlig, at der blev oprettet kunstige skranker til hindring af udvekslingen af tjenesteydelser mellem GVL i egenskab af tjenesteydende virksomhed i Tyskland og de udenlandske kunstnere i

egenskab af tjenesteydelsesmodtagere i en anden medlemsstat, med andre ord, at der blev skabt hindringer for de økonomiske forbindelser mellem medlemsstater.

64. Desuden fik det også indvirkning på de udenlandske kunstneres konkurrencemæssige stilling på tværs af landegrænserne, at de finansielt set var stillet ringere. Dette handicap kunne stille de udenlandske kunstnere i en ugunstigere situation i forhold til de mere fordelagtigt stillede tyske og indenlandske kunstnere, med hvem de konkurrerede med hensyn til fremførelser i Fællesskabet. Hermed kunne der ske en indskrænkning i det økonomiske samkvem mellem medlemsstaterne.

TRAKTATENS ARTIKEL 90 ANVENDES IKKE

65. Virksomheder, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse, er i henhold til artikel 90, stk. 2, underkastet traktatens bestemmelser, navnlig konkurrencereglerne, men kun i det omfang, anvendelsen af disse bestemmelser ikke retligt eller faktisk hindrer opfyldelsen af de særlige opgaver, som er betroet dem. Også private virksomheder kan falde ind under denne bestemmelse, såfremt de ved en retsakt udstedt af en offentlig myndighed har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse (jf. Domstolens dom — BRT II). Da artikel 90, stk. 2, under visse omstændigheder tillader en fravigelse af traktatens regler, må der ske en snæver afgrænsning af de virksomheder, der kan påberåbe sig dem.

66. GVL har ikke ved en offentlig retsakt eller på anden måde fået overdraget at udføre tjenesteydelser af en offentlig myndighed. Ganske vist kan den kun optage virksomhed efter offentlige myndigheders godkendelse, men gennem dette offentlige »godkendelsesforbehold« overdrages der imidlertid ingen særlig opgave. Før den offentlige godkendelse undersøges det udelukkende, om det selskab, der anmoder om godkendelse, opfylder betingelserne i Wahrnehmungsgesetz for at blive et udnyttelseskab. Det ligger derfor allerede i sagens natur, at en sådan godkendelse ikke er nogen overdragelse af særlige opgaver, men udelukkende er en tilladelse til at foretage bestemte handlinger. Den tilladelse, hvorved der udelukkende dispenseres fra et lovforbud, har et ganske andet retligt indhold end en »betroelse«, hvorved en virksomhed af en offentlig myndighed får overdraget at udføre visse opgaver og dermed at overholde visse pligter. Den nødvendige snævre afgrænsning af virksomhedsbegrebet i artikel 90, stk. 2, viser derfor, at GVL ikke falder ind under denne bestemmelse.

67. Selv om det imidlertid antages, at GVL havde fået »betroet« at udføre tjenesteydelser, så måtte disse tjenesteydelser være »af almindelig økonomisk interesse«.

68. GVL varetager udelukkende kunstnernes private interesser. EF-Domstolen har i sin dom — BRT II — fastslået, at en sådan almindelig interesse ikke er varetaget, såfremt virksomheden varetager private interesser, selv om det drejer sig om lovbeskyttet ejendomsret. Dette gælder også for GVL.

TRAKTATENS ARTIKEL 222 ANVENDES IKKE

69. GVLs indsigelse om, at de tyske retsregler om præstationsbeskyttelse og om virksomhed, som udnyttelsesskaber i henhold til traktatens artikel 22 »ikke berøres« af konkurrencereglerne, er grundløs.

70. For det første forbyder tysk lov ikke udnyttelsesselskaber at udøve rettigheder for udlændinge uden bopæl i Tyskland, men lader dette spørgsmål stå åbent. For det andet ville en fortolkning af artikel 222, således som GVL gør det, ganske enkelt berøve bestemmelserne i EØF-traktaten inden for området industriel ejendomsret enhver betydning.

Desuden kan udenlandske kunstnere først gøre deres »ejendomsret«, dvs. deres materielle vederlagskrav, gældende i Tyskland, når GVL forpligtes til at varetage deres rettigheder. Kravene fra tyske kunstnere og fra tyske kunstnere med bopæl i udlandet berøres derved ikke i deres retlige eksistens, og de tyske ejendomsretlige ordninger som sådan berøres ikke.

B. Adfærd efter den 21. november 1980

71. GVL har ved ændring i vedtægterne og i standardaftalen om varetagelse af rettigheder bragt sin diskriminerende adfærd over for kunstnere uden tysk statsborgerskab til ophør, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne eller

kunstnere med bopæl i en af disse medlemsstater. Det nuværende fordelingssystem gælder i samme omfang for tyske og for udenlandske kunstnere.

72. Alligevel kunne dette fordelingssystem vække betænkeligheder, for så vidt som kunstnere kun får andel i vederlagsprovenuet i Tyskland i forhold til det honorar for den første udnyttelse, som fremstillerne betaler dem for Tysklands vedkommende. Uden for beregningsgrundlaget falder således f.eks. lydoptagelser, der indføres til Tyskland, uden om de afsætningskanaler, som den honorarpligtige har angivet, da han herfor ikke betaler noget honorar »for Tysklands vedkommende«.

73. Ud fra de foreliggende oplysninger ses der imidlertid ikke heri at være tale om misbrug. Som GVL har påpeget, at på baggrund af de store praktiske vanskeligheder ved at nå frem til en retfærdig fordeling af vederlaget synes den af GVL valgte afregningsmetode på basis af det honorar som kunstneren modtager for fremførelsen på det tyske marked, under de givne omstændigheder at være en løsning, der bedst opfylder kravet om en retfærdig og omkostningsbesparende fordeling.

ANVENDELSE AF ARTIKEL 3 I FORORDNING Nr. 17

74. GVL har frem til den 21. november 1980 overtrådt disse bestemmelser. Selskabet er af den opfattelse, at det også fremover i betragtning af den uklare retstilstand vil være berettiget til at undlade at varetage rettighederne for kunstnere uden tysk statsborgerskab eller uden bopæl i Tyskland. Med henblik på at afklare retstilstanden og ligeledes af hensyn til klagerne samt for at undgå fremtidige overtrædelser af samme eller lignende art, er en beslutning påkrævet. Dette gælder så meget mere, som det herved vil blive fastslået, at forskelle i retsordnerne i medlemsstaterne m.h.t. markedsdominerende virksomheder ikke retfærdiggør forskelsbehandling.

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Ved indtil den 21. november 1980 at have afslået at indgå aftaler om varetagelse af udenlandske kunstneres rettigheder, såfremt de ikke havde bopæl i Tyskland, og ved heller ikke på anden måde at have varetaget de rettigheder til præstationsbeskyttelse, som disse kunstnere har i Tyskland, har GVL, for så vidt disse kunstnere var statsborgere i en anden medlemsstat eller havde deres bopæl i en medlemsstat, gjort sig skyldig i misbrug af en dominerende stilling efter EØF-traktatens artikel 86.

Artikel 2

Denne beslutning er rettet til Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten, Esplanade 36a, Hamburg.

Udfærdiget i Bruxelles, den 29. oktober 1981.

På Kommissionens vegne

Frans ANDRIESSEN

Medlem af Kommissionen