På grundlag af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1. **Sagsøgte frifindes.**

2. **Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.**

Mertens de Wilmars Pescatore O'Keeffe

Everling Mackenzie Stuart Bosco Koopmans

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 2. marts 1983.

P. Heim
Justitssekretær

J. Mertens de Wilmars
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. REISCHL FREMSAT DEN 16. NOVEMBER 1982 [1]

Høje Domstol.

Genstanden for den sag, hvori jeg i dag skal fremsætte forslag til afgørelse, er en beslutning (EFT L 370 af 28. 12. 1981, s. 49), som Kommissionen har truffet den 29. oktober 1981 i henhold til EØF-traktatens artikel 86 og Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (EFT 1959-1962, s. 81). Beslutningen vedrører den adfærd, der tidligere udvistes af Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (herefter benævnt »GVL«), Hamburg, over for udenlandske udøvende kunstnere, der var statsborgere eller havde bopæl i en anden medlemsstat end Tyskland. Til forståelse af sagen skal jeg alene redegøre for de væsentligste faktiske og retlige omstændigheder, og jeg skal med hensyn til detailspørgsmål henvise til fremstillingen i retsmøderapporten.

1 — Oversat fra tysk.

GVL varetager såkaldte fremførelsesrettigheder. Disse rettigheder følger af bestemmelserne i den tyske lov om ophavsret og beslægtede retsregler om beskyttelse af 1965 (herefter benævnt ophavsretsloven). Rettighederne er indført til beskyttelse af præstationer for udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender. Disse rettigheder til beskyttelse af præstationer begrunder kravet om samtykke til den *første udnyttelse* af en kunstners fremførelse (§§ 74, 75 og 76, stk. 1, i ophavsretsloven), men derimod kun kravet på vederlag, hvad angår den *sekundære udnyttelse* (§§ 76, stk. 2, og 77 i ophavsretsloven). Ifølge ophavsretslovens §§ 84 og 53, stk. 5, har udøvende kunstnere endvidere et vederlagskrav mod fremstillere af reproduktionsapparater.

Ifølge § 125, stk. 1, i ophavsretsloven tilkommer disse rettigheder til beskyttelse af præstationer tyske statsborgere for alle deres fremførelser, uanset hvor fremførelsen finder sted. Ifølge § 125, stk. 2, ligestilles udenlandske statsborgere med tyske statsborgere, for så vidt angår indrømmelse af rettigheder til beskyttelse af præstationer, hvilket dog gælder under de indskrænkende betingelser, der følger af § 125, stk. 3-6, og af den såkaldte Rom-konvention (international konvention af 26. 10. 1961 om beskyttelse af udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender).

GVL er det eneste udnyttelsesselskab, der i Tyskland varetager vederlagskrav i forbindelse med *sekundær udnyttelse*, og er herved underlagt den tyske lov om udøvelse af ophavsrettigheder og beslægtede retsregler om beskyttelse af 9. september 1965 (BGBl. I, s. 1294, herefter benævnt lov om udøvelse). Ifølge denne lov består der for udnyttelsesselskaber, der er underlagt krav om statslig tilladelse og tilsyn, en forpligtelse til at indgå kontrakt med enhver, der forlanger det, og en forpligtelse til at udøve rettighederne i forhold til de berettigede. Hvad angår *forpligtelsen til at udøve rettighederne* bestemmer lovens § 6, stk. 1, at udnyttelsesselskabet er forpligtet 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 [lov om udøvelse] omfattede gyldighedsområde, og såfremt en effektiv varetagelse af rettighederne eller kravene ikke på anden måde er mulig«.

Ved skrivelse af 4. september 1980 meddelte Kommissionen GVL, at den efter begæring fra firmaet Interpar, London, og efter at have konstateret GVL's nægtelse af at indgå en udnyttelsesaftale med et italiensk kor, i medfør af EØF-traktatens artikel 86 havde indledt den i Rådets forordning nr. 17 fastsatte procedure. Kommissionen gjorde gældende, at GFL havde krænket forbudet mod misbrug af en dominerende stilling på fællesmarkedet, idet GVL havde afvist at indgå kontrakter om varetagelse af rettigheder eller at varetage øvrige i Tyskland eksisterende rettigheder til beskyttelse af præstationer, med udenlandske kunstnere uden bopæl i Tyskland, uanset om det herved drejede sig om kunstnere fra EØF-medlemsstater eller ej. Der forelå derfor omstændigheder, som gjorde det muligt at træffe en beslutning i medfør af artikel 3, stk. 1, og artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17. Ved skrivelse af 22. september 1980 meddelte Kommissionen GVL, at der forelå enslydende klager fra kunstnere

med bopæl i Det forenede Kongerige samt fra to kunstnere i Frankrig, og Kommissionen meddelte samtidig, at disse klager ville blive behandlet sammen med den verserende klagesag Interpar mod GVL. GVL tog stilling til meddelelserne om klagepunkter ved skrivelser af 5. november 1980 og 9. januar 1981.

Allerede den 21. november 1980 havde GVL truffet en beslutning, der havde følgende ordlyd:

»Berettigede med bopæl i EØF-medlemsstater opnår efter ansøgning GVL's almindelige udnyttelsesaftale, også for så vidt som de ikke har bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland eller Vest-Berlin. Den hidtidige praksis, hvorved GVL har fulgt § 6 i lov om udøvelse, opgives uigenkaldeligt.«

Den 12. februar 1981 indledtes den i artikel 19 i Rådets forordning nr. 17 og i bestemmelserne i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 (EFT 1963-1964, s. 42) omhandlede høringsprocedure. Den 29. oktober 1981 vedtog Kommissionen den anfægtede beslutning (EFT L 370 af 28. 12. 1981, s. 49), der blev meddelt GVL den 9. november 1981. Efter at Kommissionen heri udtrykkeligt havde fastslået, at GVL ved ændring i vedtægterne og i standardaftalen om varetagelse af rettigheder havde 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, gav den beslutningens artikel 1 følgende ordlyd:

»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.«

GVL har den 8. januar 1982 anlagt sag med påstand om, at beslutningen annulleres på grund af tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter, på grund af manglende kompetence hos Kommissionen og på grund af tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 86.

Vedrørende denne påstand skal jeg anføre følgende:

A — Spørgsmålet om Kommissionens kompetence til at træffe beslutning

Med anbringendet om tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter gør sagsøgeren i første række Kommissionens »inkompetence« gældende, jfr. EØF-traktatens artikel 173, stk. 1, da Kommissionen ved udstedelsen af den anfægtede beslutning ifølge sagsøgeren har tilsidesat sine beføjelser i medfør af traktaten eller forordning nr. 17. Ved gennemgangen af dette spørgsmål er det derfor nødvendigt først nøje at vurdere den anfægtede beslutnings indhold og virkning, henset til dens begrundelse.

Det fastslås i beslutningens artikel 1, at GVL's nægtelse af før den 21. november 1980 at varetage udenlandske kunstneres rettigheder, såfremt de ikke havde bopæl

i Tyskland, men var statsborgere i en anden medlemsstat eller havde deres bopæl i en medlemsstat, udgjorde en tilsidesættelse af EØF-traktatens artikel 86. Det følger af beslutningens punkt 71, at Kommissionen ved udstedelsen heraf er gået ud fra, at sagsøgeren har bragt sin diskriminerende adfærd til ophør fra den nævnte dato, og Kommissionen har derfor ikke udstedt en beslutning om standsning af overtrædelser i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17, men har derimod, støttet på nævnte bestemmelse, alene udtrykkeligt fastslået, at sagsøgeren har udvist retsstridig adfærd før det nævnte tidspunkt.

Samtidig har Kommissionen i beslutningens punkt 74 fastslået, at artikel 3 i forordning nr. 17 kan finde anvendelse med henblik på udstedelse af en beslutning, hvorved en overtrædelse konstateres, fordi GVL »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«. Det hedder videre »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 betyder med andre ord, at Kommissionen ganske vist gik ud fra, at GVL med beslutningen på generalforsamlingen bragte en retsstridig adfærd til ophør, men at Kommissionen imidlertid på den anden side — øjensynligt foranlediget af en senere nøje gennemlæsning af generalforsamlingens beslutning og under hensyn til GVL's udnyttelsespraksis — frygtede et nyt misbrug og derfor anså det for nødvendigt at træffe en beslutning, hvorved den retsstridige adfærd konstateredes, for at afklare den aktuelle retstilstand. Af betydning i denne sammenhæng er det endvidere, at Kommissionen inden for rammerne af sin beføjelse efter artikel 15, stk. 2, litra a), i forordning nr. 17 har undladt at fastsætte en bøde for GVL's tidligere adfærd.

Det skal herefter undersøges, om Kommissionen i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17, eller i henhold til andre bestemmelser, havde kompetence til at træffe en beslutning af denne art med de anførte virkninger, når krænkelsen allerede blev bragt til ophør under den administrative procedure, mens der på den anden side ikke blev pålagt selskabet nogen bøde. En sådan beslutning er kun uanfægtelig, når de fællesskabsretlige konkurrenceregler principielt hjemler en sådan konstatering — endog efter at den retsstridige adfærd er bragt til ophør — og når det konkrete tilfældes faktiske omstændigheder udelukker en sådan konstatering.

I — Spørgsmålet om lovligheden af en konstatering, efter at overtrædelsen er bragt til ophør

Både sagsøgeren og Kommissionen er enige om, at hverken EØF-traktatens bestemmelser eller forordning nr. 17 udtrykkelig regulerer spørgsmålet, om Kommissionen har kompetence til ved en beslutning at fastslå, at en virksomhed tidligere har tilsidesat traktatens konkurrenceregler. Ifølge sagsøgeren indeholder forordning nr. 17 imidlertid et udtømmende sanktionskatalog, der ikke finder analog anvendelse, hvilket indebærer, at Kommissionen ikke har haft kompetence til efterfølgende at udstede en beslutning, hvorved der konstateredes en overtræ-

delse. Kommissionen anfører derimod, at en sådan kompetence kan udledes ved fortolkning af EØF-traktaten og forordning nr. 17. Ifølge artikel 3 i forordning nr. 17 kan Kommissionen pålægge virksomheder at bringe overtrædelser til ophør, og ifølge forordningens artikel 15 har Kommissionen desuden kompetence til at pålægge bøder. Følgelig må Kommissionen så meget mere have kompetence til at træffe beslutninger af den foreliggende art, hvorved der konstateres overtrædelse, og således udfylde en lakune mellem de udtrykkeligt fastsatte kompetenceforskrifter i forordning nr. 17. Endelig viser Domstolens praksis vedrørende kartelforordningen, at der også kan eksistere en kompetence, selv om den ikke udtrykkeligt er hjemlet.

1. Ved en detaljeret vurdering af disse *retlige argumenter* skal der først henvises til det i fællesskabsretten gældende *princip om begrænset enekompetence,* som udtrykt i EØF-traktatens artikel 4, hvorefter hver institution kun må handle inden for rammerne af de beføjelser, som er tildelt den ved traktaten.

a) Kommissionens kompetence på dette område fremgår af EØF-traktatens artikel 155, hvorefter Kommissionen blandt andet har til opgave, inden for rammerne af traktaten selvstændigt at træffe beslutninger og udøve de beføjelser, som Rådet tildeler den med henblik på gennemførelse af de af dette udfærdigede forskrifter. Hvad angår Kommissionens *grundlæggende kompetence,* skal den ifølge EØF-traktatens artikel 89, stk. 1, påse, at de i artiklerne 85 og 86 fastlagte principper anvendes. Finder Kommissionen, at der har fundet en overtrædelse sted, foreslår den i henhold til EØF-traktatens artikel 89, stk. 1, 3. pkt., passende midler til at bringe denne til ophør. Det fremgår således klart af artikel 89, stk. 2, at Kommissionen ved beslutning først kan konstatere, at der foreligger en sådan overtrædelse, såfremt den ikke bringes til ophør. Ved modsætningsslutning kan det udledes, hvilket sagsøgeren med rette har anført, at Kommissionen ifølge denne bestemmelse ikke længere har kompetence til at træffe en beslutning, såfremt den retsstridige adfærd rettidigt er blevet bragt til ophør.

Kommissionens delegerede kompetence på konkurrenceområdet er fastsat i forordning nr. 17. Denne forordnings artikel 3, stk. 1, hvorpå Kommissionen har støttet den anfægtede beslutning, lyder således:

»Konstaterer Kommissionen efter begæring eller på eget initiativ, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 eller artikel 86, kan den ved en beslutning *pålægge* de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder at *bringe de konstaterede overtrædelser til ophør.*«

Som det fremgår af samme bestemmelses stk. 3 kan Kommissionen imidlertid også — med forbehold af de øvrige bestemmelser i denne forordning — inden den træffer beslutning i henhold til stk. 1, rette *henstillinger* til de deltagende virksomheder og sammenslutninger af virksomheder med henblik på at bringe overtrædelsen til ophør. Det følger af artikel 3, set under et, at Kommissionen, når den afgiver henstillinger om at bringe en overtrædelse til ophør, og dette ikke sker, kan træffe beslutning om konstatering af overtrædelse. Omvendt følger det heraf, hvilket Domstolen indirekte har fastslået i dommen i cementhandler-

sagen [1] og i sagen EMI Records [2], at der, så snart der er konstateret en overtrædelse, og gentagelser ikke må befrygtes, ikke længere er mulighed for ved beslutning at pålægge de berørte virksomheder at bringe overtrædelsen til ophør, da en sådan beslutning ville være uden genstand.

b) Et sådant resultat kan i øvrigt også udledes af bestemmelsens indhold og formål, der, idet den berørte virksomhed forpligtes til at bringe en af Kommissionen konstateret overtrædelse »til ophør«, skal sikre, at virksomhedens faktiske markedsadfærd *i fremtiden* er i overensstemmelse med ordningen med loyal konkurrence. Af den pågældende bestemmelse kan der derfor ikke udledes en beføjelse til at træffe foranstaltninger, der ikke udelukkende tjener det formål at bringe en retsstridig adfærd til ophør, men derimod at sanktionere en nu afsluttet adfærd; dette kan heller ikke ske ved en modsætningsslutning.

c) Som sagsøgeren med rette har anført, viser forordning nr. 17's tilblivelseshistorie, at Rådet ikke ville indrømme Kommissionen nogen *enekompetence til at konstatere overtrædelser*. Det fremgår især klart af artikel 7 og 8 i Kommissionens *forslag* til forordning, at den oprindelig anså det for nødvendigt at opdele proceduren med konstatering og standsning af overtrædelser i to led. Følgelig var der i forslagets artikel 17 foreskrevet en særskilt mulighed for at offentliggøre beslutninger om konstatering og om standsning af overtrædelser. Også Europa-Parlamentets udvalg for det interne marked fulgte Kommissionens forslag og anså det for ønskeligt, at der hjemledes en kompetence til at fastslå »en eller flere virksomheders misbrug af en dominerende stilling, jfr. EØF-traktatens artikel 86« [3]. Som det fremgår af den endelige ordlyd af forordning nr. 17, har Rådet ikke tilsluttet sig dette sondringsprincip, men har i forordningens artikel 3 alene lagt vægt på kompetencen til at foreskrive, at overtrædelser skal bringes til ophør, og har i denne forbindelse foreskrevet, at der samtidig kan ske konstatering af eksistensen af en overtrædelse. Henset til denne klare ordlyd mener jeg, at man kun vanskeligt kan opretholde den af Kommissionen hævdede opfattelse, hvorefter proceduren med konstatering og standsning af overtrædelser kun blev opgivet af redaktionelle grunde.

d) En beføjelse for Kommissionen, til ved beslutning at træffe konstateringer vedrørende berørte virksomheders tidligere konkurrencemæssige adfærd, kan desuden heller ikke udledes af artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17, der fastlægger Kommissionens kompetence til at pålægge bøder, og som foruden kompetencen til at give pålæg efter forordningens artikel 3 er det vigtigste middel til gennemførelse af de i artiklerne 85 og 86 indeholdte forbud. Det følger ganske vist af denne bestemmelses indhold og formål — der består i at sanktionere forbudt adfærd og gentagelser heraf — hvilket Domstolen har fastslået i sagen Buchler [4], at Kommissionens kompetence

1 — Dom af 17. 10. 1972 i sag 8/72 — Vereeniging van Cementhandelaren mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber — Sml. 1972, s. 251.

2 — Dom af 15. 6. 1976 i sag 51/75 — EMI Records Limited mod CBS United Kingdom Limited — Sml. 1976, s. 811, 850.

3 — Europa-Parlamentet, mødereferater 1961-1962, dokument 57, s. 37/38.

4 — Dom af 15. 7. 1970 i sag 44/69 — Buchler & Co. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber — Sml. 1970, s. 151.

til at anvende sanktioner også foreligger, når den retsstridige adfærd, der begrundede overtrædelsen og muligheden for skadelige virkninger, ikke længere består. De faktiske omstændigheder, der skal foreligge, for at der kan træffes afgørelse om, at der foreligger en overtrædelse, eller om pålæggelse af bøder, er imidlertid principielt forskellige, idet pålæggelsen af en bøde kræver bevis for forsæt eller uagtsomhed, hvilke omstændigheder efter forordningens artikel 3 ikke er påkrævet for at træffe beslutning til konstatering eller standsning af overtrædelser. Derfor kan Kommissionen så meget mindre påberåbe sig dette argument og kan ikke gøre gældende, at den i modsat fald altid ville være nødsaget til at pålægge bøder.

Vedrørende disse argumenter må det desuden bemærkes, at der også ved anvendelsen af artikel 15 må henses til de i medlemsstaterne gældende kriminalretlige principper, der også omfatter princippet om, at der ikke må anvendes straf, såfremt der består tvivl om de faktiske omstændigheder eller skyldsspørgsmålet. Derfor kan det heller ikke tilstedes, at man ganske vist undlader at pålægge en bøde, såfremt der foreligger en sådan tvivl, men dog anvender det mildere middel, der består i at konstatere en overtrædelse, idet dette, hvilket Kommissionen indrømmer, ligeledes har en vis sanktionsvirkning, idet beslutningen offentliggøres i Tidende.

e) Da det fremgår af en fortolkning af traktaten og de relevante bestemmelser i forordning nr. 17, at der ikke eksisterer en *udtrykkelig* kompetence til at træffe sådanne beslutninger, må det undersøges, om denne lakune, som foreslået af Kommissionen, kan udfyldes ved *analog* anvendelse af bestemmelserne. Mod en sådan fremgangsmåde taler — foruden den allerede nævnte institutionelle grundsætning om »compétence attribuée« — for det første den af EØF-traktatens artikel 88 følgende *formodning om kompetence for nationale myndigheder,* så længe Rådet ikke har truffet gennemførelsesforanstaltninger til artiklerne 85 og 86, og for det andet det i Domstolens faste praksis anerkendte princip om beskyttelse af retssikkerheden, der er snævert forbundet med principperne om lovmæssig forvaltning og forudseeligheden af bestemmelser, der hjemler sanktioner. Det følger imidlertid af disse principper, der er indeholdt i alle medlemsstaternes retsorden, og som således er en del af fællesskabsretten, at myndighederne kun må udstede retsakter, der er bebyrdende for borgerne, eller pålægge sanktioner, såfremt myndighederne udtrykkelig er bemyndiget hertil af lovgiver. Dette er netop ikke tilfældet i denne sag. Henser man nemlig til den *sanktionsvirkning* — der er fremkaldt ved offentliggørelsen af den i beslutningen indeholdte konstatering af overtrædelsen — i forhold til den berørte virksomhed, må det fastslås, at en sådan fremgangsmåde kun kan følges under iagttagelse af princippet om at bestemmelser, der foreskriver sanktioner, skal være præcist affattede og forudseelige; princippets gyldighed for kartelretten er indirekte anerkendt af Domstolen i sagen Hoffmann La Roche [1]. Fremgangsmåden må kun følges under iagttagelse af en udtrykkelig og nøje afgrænset bestemmelse, der hjemler kompetencen. Sanktionskataloget i forordning nr. 17 må i denne henseende anses for udtømmende, hvorfor det ikke kan anvendes analogt.

f) Det modsatte kan især heller ikke udledes af Domstolens praksis. Ifølge Kommissionen fremgår det klart af

1 — Dom af 13. 12. 1979 i sag 85/76 — Hoffmann-La Roche & Co AG mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber — Sml. 1979, s. 461.

Domstolens kendelse i sagen Camera Care [1], at der heller ikke ifølge Domstolens opfattelse udtrykkeligt skal være indrømmet en bestemt kompetence, men derimod at de i forordning nr. 17 indeholdte regler om kompetencedelegation kan gøres til genstand for fortolkning. Den nævnte sag vedrørte imidlertid kun spørgsmålet, om Kommissionen kan udøve sin kontrolbeføjelse med hensyn til konkurrenceanliggender gennem foreløbige forholdsregler, indtil der træffes afgørelse om sagens realitet. Domstolen har blandt andet besvaret dette spørgsmål bekræftende med den begrundelse, at det med henblik på Kommissionens *beføjelse til at træffe beslutning* i medfør af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 er afgørende, at kompetencen kan udøves på den mest virksomme og efter sagens faktiske omstændigheder snævrest tilpassede måde. Domstolen gik altså ud fra, at der eksisterede en sådan kompetence til at træffe beslutning, og undersøgte alene spørgsmålet om, hvorvidt Kommissionen for at undgå uoprettelige skader i medfør af sin kontrolbeføjelse også kan træffe foreløbige og sikrende foranstaltninger. For at muliggøre en virksom opfyldelse af Kommissionens opgaver og for at sikre beslutningers virkning i praksis har Domstolen endelig besvaret dette spørgsmål gekræftende under snævert begrænsede forudsætninger og med udtrykkelig henvisning til, at sådanne foranstaltninger kun må træffes under hensyn til de berørte virksomheders legitime interesser.

Den anden afgørelse fra Domstolen, som Kommissionen har fremført til støtte for sin opfattelse, nemlig dommen i sagen BP [2], indeholder intet, der er relevant for det foreliggende problem. Til grund for denne retssag lå ganske vist, som i denne sag, en konstaterende beslutning fra Kommissionen på grund af en tidligere overtrædelse af EØF-traktatens artikel 86, hvilken beslutning var blevet anfægtet i medfør af traktatens artikel 173. Hvad angår sagsøgernes tilsvarende anbringender har Domstolen imidlertid med henblik på *sagens antagelse til realitetsbehandling* alene fastslået, at manglende økomomiske sanktioner i en beslutning ikke udelukker, at den berørte virksomhed kan lade beslutningens lovmæssighed prøve ved Domstolen. Da spørgsmålet om Kommissionens kompetence til at træffe en sådan beslutning dog ikke blev rejst i nævnte sag, og da beslutningen måtte ophæves af andre grunde, så Domstolen sig heller ikke foranlediget til at tage stilling til dette spørgsmål. Denne omstændighed kan altså heller ikke begrunde den slutning, at en beslutning, hvorved der konstateres en retsstridig adfærd, er lovlig, fordi Domstolen har behandlet spørgsmålet om dens lovmæssighed.

2. Det må herefter lægges til grund, at Kommissionen ikke har kompetence til at træffe en rent konstaterende beslutning med hensyn til tidligere begivenheder, hvorfor de praktiske behov, som Kommissionen endvidere har gjort gældende, og som skulle tale for en sådan kompetence, principielt er irrelevante inden for rammerne af den retlige prøvelse, som Domstolen skal foretage. Jeg kan derefter begrænse mig til ganske kort at gennemgå holdbarheden af de af

1 — Kendelse af 17. 1. 1980 i sag 792/79 R — Camera Care Ltd mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber — Sml. 1980, s. 119.

2 — Dom af 29. 6. 1978 i sag 77/77 — Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV m.fl. mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber — Sml. 1978, s. 1513.

Kommissionen i denne henseende fremførte argumenter.

Ifølge Kommissionens opfattelse er en sådan kompetence uomgængelig for at sikre dens effektivitet ved gennemførelsen af konkurrencepolitikken. Kommissionen påberåber sig her i første række den ved offentliggørelsen affødte *informationsvirkning* i forhold til de berørte virksomheder, i forhold til disses kontrahenter og endelig i forhold til andre virksomheder, der udviser samme eller lignende adfærd.

a) Vedrørende dette anbringende skal det anføres, at artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 17, der foreskriver offentliggørelsen af beslutninger, som Kommissionen udsteder i henhold til artiklerne 2, 3, 6, 7 og 8, netop forudsætter, at Kommissionen handler inden for rammerne af sin kompetence til at træffe beslutning i medfør af de nævnte bestemmelser. En ønsket offentliggørelsesvirkning kan derfor ikke *alene*, især med henblik på dens skadelige virkning for de berørte virksomheder, begrunde en kompetence til at træffe beslutning.

Domstolen har ganske vist, som Kommissionen med rette har anført, i sagen Chemiefarma [1] fastslået, at offentliggørelsen af en beslutning fra Kommissionen i konkurrencesager kan bidrage til at sikre overholdelsen af traktatens konkurrenceregler. Denne konstatering vedrørte imidlertid ikke netop en situation, i hvilken der ikke forelå nogen kompetence til at træffe beslutning, men vedrørte derimod det tilfælde, at en beslutning, der var støttet på artikel 15 i forordning nr. 17, var blevet offentliggjort i Tidende, uden at offentliggørelsen var foreskrevet i forordningens artikel 21. Såfremt denne dom overhovedet har betydning for nærværende sag, kan det, som sagsøgeren med rette har anført, omvendt siges, at netop fordi Domstolen har tillagt offentliggørelsen supplerende sanktionsvirkning, må anvendelsen heraf være tilstrækkelig, når henses til det strenge og udtømmende katalog over kompetence- og retsbeskyttelse.

I øvrigt — så meget skal afsluttende anføres vedrørende dette spørgsmål — tilsigter en beslutning i medfør af EØF-traktatens artikel 189, stk. 4, prinicpielt at regulere et enkelttilfælde og forfølger ikke i første række konstateringen af et abstrakt retligt spørgsmål. Den af Kommissionen ønskede informationsvirkning kan desuden også fremkaldes ved en beslutning, hvorved det pålægges at bringe en retsstridig adfærd til ophør, som meddeles pressen eller offentliggøres i Tidende, og hvori Kommissionen kan fastslå, at proceduren indstilles, idet den af Kommissionen anfægtede praksis er blevet bragt til ophør. For at tage stilling til et andet af Kommissionens argumenter skal det anføres, at der ikke opstår et spørgsmål om retsbeskyttelse mod en sådan beslutning.

b) En sådan offentliggørelse eller en i Tidende offentliggjort meddelelse fra Kommissionen om afklaring af et abstrakt retligt spørgsmål ville endelig med henblik på eventuelle *retssager* for nationale domstole mellem de berørte virksomheder og tredjemænd have samme virkning som en beslutning, der ligeledes ikke ville have nogen præjudiciel, men derimod alene *bevismæssig* værdi.

c) Desuden er jeg ikke overbevist af Kommissionen argument, hvorefter en rent konstaterende beslutning er

1 — Dom af 15. 7. 1970 i sag 41/79 — ACF Chemiefarma NV mod Kommissionen for De europæiske Fællesskaber — Sml. 1970, s. 107.

uomgængelig for på virksom måde at imødegå en *gentagelsesfare.* Såfremt der bevisligt består en sådan fare, har Kommissionen, som allerede anført, i medfør af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17 mulighed for at træffe beslutning, hvorved der gives pålæg om at standse overtrædelsen. Derimod er den af Kommissionen krævede præklusionsvirkning af en objektiv procedure inden for de fællesskabsretlige konkurrenceregler, hvorved der konstateres overtrædelse, og som forfølger det formål at forhindre konkrete overtrædelser, netop ikke foreskrevet. Hvis virksomhederne imidlertid, efter at proceduren er indstillet, fortsætter den oprindelige kritiserede adfærd, kan denne endelig under en senere procedure ligeledes tages i betragtning som et subjektivt skyldmoment.

3. Angående Kommissionens anbringende om, at udstedelsen af beslutninger, hvorved der blot konstateres overtrædelse — idet den pågældende virksomhed kritiseres for sin tidligere udviste adfærd — er i overensstemmelse med Kommissionens faste forvaltningspraksis, er det i denne sammenhæng tilstrækkeligt at understrege, at en sådan fremgangsmåde heller ikke kan skabe en sædvaneretlig sanktionskompetence til skade for den berørte virksomhed.

II — Spørgsmålet om denne sags konkrete omstændigheder medfører, at der ikke kan træffes nogen konstatering

Bortset fra at Kommissionen ifølge min opfattelse principielt ikke havde kompetence til at træffe en beslutning i medfør af artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17, hvorved der alene konstateredes en tidligere overtrædelse, som for længst var afsluttet på tidspunktet for beslutningens udstedelse, uden at pålægge en bøde eller andre forpligtelser, taler først følgende vigtige overvejelse mod Kommissionens kompetence til at træffe en sådan beslutning netop i *denne* sag.

Her skal det netop bemærkes, at Kommissionen på tidspunktet for udstedelsen af beslutningen gik ud fra, at den adfærd, der gjordes gældende over for sagsøgeren, allerede var blevet bragt til ophør, inden den mundtlige høringsprocedure indledtes, og at Kommissionen derfor har begrænset beslutningen til udtrykkeligt kun at gælde de omstændigheder, der lå før den 21. november 1980. Det fremgår imidlertid klart af det skriftlige referat, som Kommissionen har udarbejdet vedrørende de væsentligste erklæringer fra de den 12. februar 1981 i denne retssag afhørte personer, samt af de bemærkninger, der tilstilledes Kommissionen af sagsøgerens advokat, Dr. Mailänder, vedrørende dette skriftlige referat, at sagsøgeren har fortolket beslutningen fra generalforsamlingen af 21. november 1980 således, at »der ... også i fremtiden kunne indgås udnyttelsesaftaler med udenlandske kunstnere, som er statsborgere i en *EF-medlemsstat,* uden at de som betingelse herfor skal kunne bevise, at de har bopæl i Tyskland«. Selv om der efter denne formulering kan bestå tvivl om, hvorvidt der hermed kun mentes udenlandske kunstnere med statsborgerskab i en EF-medlemsstat, eller også sådanne kunstnere, der alene havde bopæl i en medlemsstat, følger det klart af en senere passage i protokollatet, at sagsøgerens fremtidige udnyttelsespraksis kun skulle vedrøre den førstnævnte persongruppe. På side 16 i referatet hedder det nemlig: »Dr. Mailänder anmoder om, at det bliver ført til protokols, at GVL vil fastholde den nu fastlagte udnyttelsespraksis, der ikke sondrer mellem indlændinge og *udlændinge hjemmehørende i Fællesskabet*«. Kommissionen har altså senest

siden den mundtlige høring kunnet have kendskab til sagsøgerens ændrede udnyttelsespraksis. Hvis Kommissionen ved udstedelsen af beslutningen den 29. oktober 1981, dvs. ca. otte måneder senere, stadig havde været af den opfattelse, at denne nye udnyttelsespraksis ifølge meddelelsen af klagepunkter udgjorde en tilsidesættelse af forbudet mod misbrug af en dominerende stilling, skulle den have udstedt en beslutning, hvorved der konstateredes overtrædelse i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17. Allerede af den nævnte grund bestod der ikke længere nogen interesse i at udstede en beslutning, hvorved der konstateredes overtrædelse, bortset fra, at de klagende parter var blevet tilfredsstillet gennem den nye udnyttelsespraksis, og at de pågældende kunstnere med tilbagevirkende kraft var blevet indrømmet mulighed for at deltage i honorarfordelingen. Jeg mener, at også Kommissionen indirekte indrømmer dette, idet den nu rejser spørgsmålet, om det ikke havde været passende at optage en udtrykkelig forpligtelse til undladelse i beslutningen. Når Kommissionen blandt andet har fremført, at beslutninger truffet på generalforsamlinger efter deres natur ikke kan være uigenkaldelige, må det hertil bemarkes, at også denne omstændighed allerede kunne have været Kommissionen bekendt på tidspunktet for udstedelsen af beslutningen, hvorfor Kommissionen, såfremt den havde frygtet gentagelsesfare, ligeledes kunne have udstedt en beslutning, hvorved der er blevet pålagt en forpligtelse.

I stedet for dette har Kommissionen valgt en anden udvej og har udtrykkeligt i beslutningens begrundelse fastslået, at sagsøgeren gennem ændring i vedtægterne og i standardaftalen om varetagelse af rettigheder har bragt den retsstridige adfærd til ophør med virkning fra den 21. november 1980. Med kendskab til de faktiske omstændigheder, der lå til grund for den mundtlige høring, gik Kommissionen altså ud fra, at sagsøgerens udnyttelsespraksis efter den 21. november 1980 ikke længere var i strid med forbudet i EØF-traktatens artikel 86. Kommissionen har dog ikke indstillet proceduren, men har truffet den foreliggende beslutning, hvorved der konstateredes overtrædelse. Kommissionen har begrundet nødvendigheden af en sådan beslutning med, at GVL er af den *opfattelse*, at selskabet også *fortsat* — når henses til den uklare retsstilling for kunstnere uden tysk statsborgerskab eller bopæl i Tyskland — kan udelukke sådanne kunstnere fra sin udnyttelsesvirksomhed. Bortset fra at denne nye *generelle* kritik ikke er i overensstemmelse med omstændighederne, vedrører den desuden ikke en allerede begået overtrædelse, men derimod en *eventuel mulig fremtidig adfærd* fra sagsøgerens side. Beslutningens formål er nemlig blandt andet, som det hedder i beslutningens punkt 74, at »undgå fremtidige overtrædelser af samme eller lignende art . . .«.

Et blik på det sanktionskatalog, som Kommissionen råder over i medfør af forordning nr. 17 til bekæmpelse af konkurrencefordrejende adfærd, viser imidlertid tydeligt, at der alene er indrømmet Kommissionen en kompetence til at træffe beslutning med henblik på en *bestående* konkurrenceretlig overtrædelse, og at forordningen ikke foreskriver nogen beføjelse til at træffe rent *profylaktiske* foranstaltninger. Det drejer sig imidlertid netop om en sådan foranstaltning i denne sag, der i det mindste ifølge Kommissionens opfattelse er kendetegnet ved, at den i meddelelsen af klagepunkter konstaterede reststridige adfærd var blevet bragt til ophør.

Endelig skal det bemærkes, at sagsøgeren desuden ikke indrømmedes mulighed for at tage stilling til disse

klagepunkter under en forudgående administrativ procedure. I denne henseende er Kommissionens adfærd også uretmæssig, idet der foreligger overtrædelse af *princippet om mulighed for retlig høring,* som især kommer til udtryk i artiklerne 2 og 4 i forordning nr. 99/63 (EFT 1963-1964, s. 42), hvorfor beslutningen også af denne grund må ophæves.

B — De øvrige søgsmålsgrunde

Da jeg er overbevist om, at beslutningen må ophæves på grund af de påpegede mangler, anser jeg det ikke for nødvendigt at gå nærmere ind på de øvrige formelle og materielle anbringender, som sagsøgeren har fremført. Dette gælder især sagsøgerens anbringende om urigtig anvendelse af EØF-traktatens artikel 86, der ville kræve en mere grundig gennemgang af de fremførte argumenter, og som ikke kan gennemgås i korte vendinger. Såfremt Domstolen ikke skulle ophæve beslutningen af de nævnte grunde, anmoder jeg om indrømmelse af en supplerende frist for især at kunne tage stilling til de materielle anbringender.

C — Af disse grunde skal jeg sammenfattende foreslå Domstolen at ophæve Kommissionens beslutning af 29. oktober 1981 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/29.839 — GVL; EFT L 370 af 28. 12. 1981, s. 49) samt at pålægge Kommissionens sagens omkostninger i medfør af procesreglementets artikel 69, stk. 2.

SUPPLERENDE FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. REISCHL FREMSAT DEN 11. JANUAR 1983 [1]

Høje Domstol.

I mit forslag til afgørelse af 16. november 1982 kom jeg til det resultat, at Kommissionen ikke havde kompetence til at udstede beslutningen af 29. oktober 1981 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/29.839 — GVL; EFT L 370 af 28. 12. 1981, s. 49), hvis særegenheder jeg udførligt har redegjort for, og at denne beslutning derfor allerede måtte ophæves af formelle grunde. Jeg er fortsat af denne opfattelse, men skal dog på Domstolens opfordring også tage stilling til sagsøgerens øvrige anbringender, idet jeg herved fremsætter følgende supplerende forslag til afgørelse:

1 — Oversat fra tysk.