verne af ophavsrettighederne eller med disses samtykke — at kræve betaling af en afgift svarende til de licensafgifter, der sædvanligvis opkræves for forhandling på det nationale marked, med fradrag af de lavere licensafgifter, der er betalt i den medlemsstat, hvor varerne er fremstillet.

Mertens de Wilmars Pescatore Mackenzie Stuart

Koopmans O'Keeffe Bosco Touffait

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 20. januar 1981.

A. Van Houtte
Justitssekretær

J. Mertens de Wilmars
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. WARNER FREMSAT DEN 11. NOVEMBER 1980 [1]

Høje Domstol.

Disse to sager er blevet forelagt Domstolen i form af anmodninger om præjudiciel afgørelse fra Bundesgerichtshof. I begge sager er indstævnte for denne ret GEMA eller for at give det dets fulde navn, Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte. I sag 55/80 er appellanten firmaet Musik-Vertrieb membran GmbH, som driver forretning i Hamburg som importør og forhandler af lydbærere. I sag 57/80 er appellanten firmaet K-tel International GmbH, som driver en lignende forretning i Frankfurt am Main. Det spørgsmål, som der er tvist om mellem GEMA og appellanterne, er i det væsentlige, om sidstnævnte har pligt til at foretage betalinger til GEMA for ophavsrettigheder til musikværker, som er reproduceret på lydbæ-

1 — Oversat fra engelsk.

rere, der importeres til Forbundsrepublikken Tyskland fra andre medlemsstater.

Som De ved, er GEMA et tysk ophavsretsselskab. I det omfang, det her har betydning, er dets opgave at varetage komponisters interesser. Det er medlem af BIEM (Bureau international des sociétés gérant les droits d'enregistrement et de reproduction mécanique), som mange ophavsretsselskaber i mange lande, herunder alle sådanne selskaber i Fællesskabets medlemsstater, tilhører.

Der består mellem medlemmerne af BIEM og mellem disse og fabrikanterne af lydbærere, som er medlemmer af IFPI (International Federation of the Phonographic Industry) et netværk af aftaler, som har til resultat, at praktisk talt hele verdens repertoire af musikværker, som er genstand for ophavsret, er beskyttet.

Blandt de dokumenter, som er forelagt Domstolen, er to standardkontrakter, hvoraf den ene anvendes af GEMA og den anden af andre medlemmer af BIEM, når en fabrikant af lydbærere får overdraget en licens til at fremstille og sælge grammofonplader med værker inden for dette repertoire. Ifølge disse standardblanketter kan fabrikanten eksportere hele eller en del af sin produktion, og heri fastsættes satserne for de licensafgifter, han skal betale af de grammofonplader, han fremstiller, alt efter deres bestemmelsessted.

§ 10 i GEMA's standardkontrakt bestemmer, at fabrikanten, for plader, som er bestemt til salg i Forbundsrepublikken Tyskland, skal betale en licensafgift, der er lig med 8 % af den tyske detailpris med forbehold for variationer i denne, som alt efter tilfældet kan være opadgående eller nedadgående. § 11 bestemmer stort set og med forbehold for undtagelser, at licensafgifterne for udførslernes vedkommende skal være dem, der normalt betales af fabrikanterne i bestemmelseslandet.

BIEM-standardkontrakten bestemmer, for så vidt det her er af betydning, i artikel V sammenholdt med bilag IV følgende:

»1. I det kontinentale Europa skal licensafgiftssatsen være 8 % af grammofonpladens detailpris i det pågældende land

2. I lande, hvor licensafgiften er fastsat ved lov, gælder der for værker, som er omfattet af licensen, i enhver henseende de betingelser, som producenterne i disse lande faktisk anvender eller kunne anvende for værker i nationale repertoirer.«

Også her er der forbehold for variationer i opadgående eller nedadgående retning i de enkelte tilfælde.

For Domstolen er der argumenteret ud fra, at satsen for den licensafgift, der betales i alle Fællesskabets medlemsstater bortset fra Det forenede Kongerige og Irland, som følge heraf var 8 % eller deromkring af den lokale detailpris.

Forholdene i Det forenede Kongerige er anderledes på grund af section 8 i Copyright Act af 1956. Denne bestemmelse, hvis underoverskrift lyder »særlig undtagelse for grammofonplader med musikværker«, bestemmer, sagt i korthed, at når grammofonplader med et musikværk

er blevet fremstillet i eller importeret til Det forenede Kongerige med henblik på detailsalg af eller med licens fra indehaveren af ophavsretten til værket, kan enhver anden fabrikant uden at krænke ophavsretten fremstille grammofonplader med værket til detailsalg, såfremt han underretter indehaveren af ophavsretten om sin hensigt, og betaler ham en licensafgift på 6,25 % af den almindelige detailsalgspris pr. plade, dog mindst tre farthings (nu 0,313 pence) pr. plade.

Det fremgår, at section 8 i praksis har medført, at ingen grammofonpladeproducent i Det forenede Kongerige vil gå ind på at betale en licensafgift på mere end 6,25 %, fordi han i så fald ville risikere at blive underbudt af konkurrenterne. Bestemmelsens betydning ligger tilsyneladende således ikke i den faktiske anvendelse af det lovbestemte licenssystem — idet det antal tilfælde, hvor denne procedure anvendes, åbenbart er lille — men i dens indflydelse på forhandlinger om licenser. Bestemmelsen fastsætter et loft, som ingen fornuftig producent vil gå over. (Se betænkningen fra udvalget vedrørende lov om Copyright and Designs, Cmnd. 6732, 1977, »Whitford-betænkningen«, kapitel 6).

Ifølge section 8, stk. 3, kan Board of Trade (nu Department of Trade), såfremt både Overhuset og Underhuset godkender det, ændre den lovbestemte licensafgiftssats, såfremt det af en offentlig undersøgelse fremgår, at satsen ikke længere er rimelig. En sådan undersøgelse blev foretaget i 1976 og 1977. Resultatet var, at der ikke blev anbefalet nogen ændring hverken i den normale sats på 6,25 % eller mindstesatsen på 0,313 pence. Det fremgår, at der under denne undersøgelse blev givet oplysninger om de forhold, der var resultatet af anvendelsen af BIEM-aftalerne i tre andre medlemsstater, nemlig Forbundsrepublikken Tyskland, Frankrig og Nederlandene. Undersøgelsen viste, at den faktiske gennemsnitlige licensafgiftssats på grund af afvigelser fra den grundlæggende sats på 8 % i disse medlemsstater var lavere end 8 %, nemlig 7,18 % i Forbundsrepublikken, 7,01 % i Frankrig og 6,96 % i Nederlandene. (Se undersøgelsesrapporten, Cmnd. 6903, 1977, især siderne 14-15 og 37).

Ordningen i Irland, som blev indført ved Copyright Act af 1963, ligner den, der gælder i Det forenede Kongerige, men adskiller sig fra den i én væsentlig henseende. Section 13 i loven af 1963 bestemmer ligesom section 8 i Det forenede Kongerige's lov af 1956, at ophavsretten til et musikværk ikke krænkes, hvis en producent med henblik på detailsalg fremstiller grammofonplader med dette værk i Irland, såfremt grammofonplader med værket tidligere er blevet fremstillet i eller indført til Irland med henblik på detailsalg af indehaveren af ophavsretten, eller med licens fra denne, og såfremt fabrikanten har givet indehaveren af ophavsretten underretning om, at han har til hensigt at fremstille grammofonpladerne. Forskellen er, at fabrikanten i henhold til den irske lov skal betale indehaveren af ophavsretten »en rimelig afgift«. Loven definerer ikke en

rimelig afgift, men bestemmer, at når parterne er uenige om dennes størrelse, kan enhver af dem indbringe tvisten for the Controller of Industrial and Commercial Property, som enten selv kan fastsætte beløbet eller henvise sagen til en voldgiftsmand. Når denne procedure anvendes, kan fabrikanten i mellemtiden fortsat fremstille grammofonpladerne mod at betale indehaveren af ophavsretten et á conto beløb af afgiften på 5 % af den almindelige detailsalgspris for hver grammofonplade. Når afgiftsbeløbet er blevet fastsat, skal fabrikanten til indehaveren af ophavsretten betale, eller kan i givet fald afkræve ham, forskellen mellem de 5 % og det således fastsatte beløb (se lovens section 13, stk. 2, section 31 og 41). Vi har ingen oplysninger om virkningen i praksis af disse bestemmelser.

Før jeg går over til de faktiske omstændigheder i de foreliggende sager, må jeg også nævne Kommissionens beslutning af 2. juni 1971 rettet til GEMA (71/224/CEE — JO L 134 af 20. 6. 1971, s. 15). Dette var en beslutning i henhold til traktatens artikel 86, som blev truffet efter anvendelse af forordning nr. 17. I denne anså Kommissionen GEMA for at være en virksomhed med en dominerende stilling i en væsentlig del af fællesmarkedet (nemlig i Forbundsrepublikken Tyskland) og for at have misbrugt denne stilling på forskellige måder. Bl.a. havde selskabet afkrævet tyske importører en fuld afgift på 8 % på indførsler af grammofonplader fra andre medlemsstater, skønt der allerede var blevet betalt en afgift for sådanne grammofonplader enten til GEMA selv eller til andet ophavsretsselskab. Vedrørende dette forhold udtalte Kommissionen, at »denne beslutning er ikke til hinder for, at GEMA, når det er hensigtsmæssigt, afkræver importører forskellen mellem den lavere afgift, der gælder i oprindelseslandet, og den højere afgift, der er sædvanlig i Tyskland«. I det væsentlige er spørgsmålet i disse to sager, om og i bekræftende fald i hvilket omfang et krav om en sådan supplerende betaling, som Kommissionen nævner i beslutningen, ved indførsel af lydbærere fra en medlemsstat til en anden er forenelig med traktatens bestemmelser om frie varebevægelser, uanset bedømmelsen i henhold til artikel 86.

I sag 55/80 er de faktiske omstændigheder følgende.

I 1974 offentliggjorde Firma Musik-Vertrieb membran GmbH (som jeg kort vil benævne »Musik-Vertrieb«) en prisliste, hvorved det kom til GEMA's kundskab, at Musik-Vertrieb i Tyskland markedsførte grammofonplader indført fra udlandet, for en stor del fra USA, og for hvis salg i Tyskland der ikke var blevet udstedt licens. GEMA anlagde sag mod Musik-Vertrieb ved Landgericht Hamburg med krav om detaljerede oplysninger om alle de lydbærere, Musik-Vertrieb havde indført siden 1. april 1973, og om betaling af det beløb, som det på dette grundlag kunne godtgøres skulle betales i henhold til GEMA's offentliggjorte afgiftsskala. GEMA's krav var støttet på § 97, stk. 1, i Urheberrechtsgesetz (loven om ophavsrettigheder) af 9. september 1965, der lyder således:

»Krænkes en ophavsret eller enhver anden ret, der er beskyttet i henhold til denne lov, kan den krænkede part af den part, der har krænket retten, kræve, at denne bringer krænkelsen til ophør, og såfremt en gentagelse er sandsynlig, at han afstår herfra, og såfremt krænkelsen sker forsætligt eller uagtsomt, at han betaler erstatning. I stedet for erstatning kan den krænkede part kræve udlevering af den fortjeneste, som den, der krænker rettigheden, har opnået, og forelæggelse af et regnskab for denne fortjeneste«.

Under retsforhandlingerne for Landgericht kom det frem, at nogle af de pågældende grammofonplader var blevet indført fra andre af Fællesskabets medlemsstater. For disse grammofonpladers vedkommende gjorde GEMA det klart, at selskabet ville kreditere alle afgifter, som allerede var betalt i sådanne medlemsstater, og kun kræve forskellen mellem disse afgifter og de afgifter, der var beregnet ud fra selskabets skalaer for de tyske detailsalgspriser, som ifølge selskabet på det pågældende tidspunkt var de højeste i Fællesskabet.

Landgericht gav GEMA medhold og dømte ved en deldom af 18. juni 1976 sagsøgte til at opfylde det af GEMA fremsatte krav med en uvæsentlig ændring. Musik-Vertrieb appellerede denne dom til Hanseatisches Oberlandesgericht, som ved dom af 5. maj 1977 stadfæstede Landgericht's dom.

Musik-Vertrieb har nu appelleret til Bundesgerichtshof.

Denne ret har ved kendelse af 19. december 1979 forelagt Domstolen et spørgsmål, hvis kerne er følgende: Når lydbærere med et musikværk, som er beskyttet af ophavsret, er blevet fremstillet og bragt i omsætning i en medlemsstat i henhold til en licens, som er begrænset til denne medlemsstat, og hvorefter der skal betales afgifter beregnet efter mængden og den endelige salgspris i denne medlemsstat, er det da foreneligt med traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser (artiklerne 30 ff), at et ophavsretsselskab i en anden medlemsstat benytter ophavsretten i denne medlemsstat til at forlange betaling af forskellen mellem den dér sædvanlige afgift og den i førstnævnte medlemsstat allerede betalte (lavere) afgift for salget af lydbærere i denne medlemsstat?

Der er det særpræg ved sag 55/80, at den er blevet procederet for Domstolen på det grundlag, at de pågældende indførsler alle var fra Det forenede Kongerige, skønt der ikke er nogen antydning i dommene eller kendelserne fra de pågældende tyske retter om, at dette var tilfældet.

De faktiske omstændigheder i sag 57/80 er enklere.

I marts 1976 indførte selskabet K-tel International GmbH (som jeg vil kalde »K-tel«) 100 000 eksemplarer af en LP-plade med titlen »25 Rockin' and Rollin' Greats« til Forbundsrepublikken Tyskland fra Det forenede Kongerige. Musikværkerne på denne plade var omfattet af ophavsret, hvis beskyttelse i Det forenede Kongerige var overladt til Mecanical Copyright Protection Society Limited (»MCPS«). MCPS havde til K-tel International Limited, et søsterselskab til K-tel, udstedt licens til mangfoldiggørelse og spredning af de pågældende

musikværker i Storbritannien mod betaling af en licensafgift på 6,25 % af grammofonpladens sædvanlige detailsalgspris i Det forenede Kongerige. Da MCPS fik kendskab til, at nogle af de grammofonplader, som der således var udstedt licens for, skulle eksporteres eller var blevet eksporteret til Forbundsrepublikken Tyskland, forsøgte MCPS for disse at opnå betaling i Det forenede Kongerige fra K-tel International Limited af et beløb lig med forskellen mellem licensafgiften i Det forenede Kongerige og den licensafgift, der sædvanligvis opkræves i Forbundsrepublikken. Da dette forsøg slog fejl, underrettede MCPS GEMA om de faktiske omstændigheder, og GEMA anlagde sag mod K-tel ved Landgericht Frankfurt. GEMA støttede også i dette tilfælde sit søgsmål på artikel 97 i Urheberrechtsgesetz. Selskabet gjorde gældende, at K-tel havde krænket de pågældende værkers komponisters ophavsret, og krævede et beløb på 156 192,75 DM med renter, idet dette beløb udgjorde forskellen mellem det samlede licensafgiftsbeløb, som var betalt for de pågældende grammofonplader i Det forenede Kongerige, og afgifter beregnet ved anvendelse af GEMA's skala for den tyske detailpris.

Ved dom af 30. marts 1977 gav Landgericht GEMA medhold i dets krav. K-tel appellerede forgæves til Oberlandesgericht Frankfurt am Main, og K-tel har nu appelleret til Bundesgerichtshof. Bundesgerichtshof har forelagt Domstolen et spørgsmål, hvis ordlyd er identisk med ordlyden af spørgsmålet i sag 55/80.

I begge forelæggelseskendelser udtaler Bundesgerichtshof, at underinstansernes afgørelser efter dens opfattelse var korrekte i henhold til tysk ret alene.

Før jeg går over til de egentlige spørgsmål, som Domstolen skal afgøre, må jeg kort beskæftige mig med et argument, som er blevet fremført af GEMA, og som går ud på, at selskabet med rette kunne fæste lid til Kommissionens beslutning af 2. juni 1971, som jeg har nævnt tidligere, og til den omstændighed, at det (GEMA) siden denne beslutning og på grundlag af denne uden at blive mødt med indsigelser har krævet supplerende betalinger af den art, der her er tale om.

Dette argument er efter min mening en misforståelse. Kommissionens beslutning omhandlede kun, og kunne kun omhandle, retsstillingen i henhold til traktatens artikel 86. Den nævnede end ikke artikel 30. Under alle omstændigheder kunne beslutningen ikke binde appellanterne i disse sager. Den kunne langt mindre binde Domstolen.

Det første spørgsmål, De skal afgøre, er, om traktatens artikel 30 overhovedet finder anvendelse under omstændigheder som de foreliggende.

I denne sammenhæng har GEMA understreget, at den ikke i disse sager ønsker at forbyde eller begrænse indførslen til Forbundsrepublikken af grammofonplader fremstillet i Det forenede Kongerige, men at pålægge sådanne grammofonplader en økonomisk byrde, som skal kompensere for det lavere licensafgiftsniveau, der kan opnås i Det forenede Kongerige. En sådan byrde er ifølge GEMA ikke en kvantitativ restriktion

eller en foranstaltning med tilsvarende virkning. Den italienske regering har afgivet indlæg, der støtter dette argument.

Dette er ved første øjekast et næsten uigendriveligt argument, men det forekommer mig, at det fra GEMA's synspunkt beviser for meget. Der er ingen tvivl om, at traktatens bestemmelser om frie varebevægelser sondrer mellem to kategorier af handelshindringer, som gensidigt udelukker hinanden. Den ene er »told og afgifter med tilsvarende virkning«, som omhandles i traktatens artikler 12-17; den anden er »kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning«, som omhandles i artiklerne 30-37. Der er heller ingen tvivl om, at en økonomisk byrde, der pålægges varer, fordi de krydser en grænse, i almindelighed er told eller afgift med tilsvarende virkning, uanset om den pålægges til fordel for staten, i hvert fald så længe den pålægges i henhold til national lovgivning — der er talrige af Domstolens domme, der går ud på dette — og § 97, stk. 1, i Urheberrechtsgesetz er utvivlsomt national lovgivning. Der er imidlertid heller ingen tvivl om, at traktatens artikel 36 ikke kan påberåbes i tilfælde af en told eller afgift med tilsvarende virkning — se sag 7/68, *Kommissionen* mod *Italien*, Sml. 1965-1968, s. 541; org.ref.: Recueil 1968, s. 617, sag 29/72, *Marimex* mod *Ammimistrazione Finanziaria Italiana*, Sml. 1972, s. 343; org.ref.: Recueil 1972, s. 1155, og sag 46/76, *Bauhuis* mod *Nederlandene*, Sml. 1977, s. 5. GEMA's argument ville således logisk føre til den slutning, at det, selskabet ønsker at opnå, er absolut forbudt i henhold til traktaten, uanset om det er berettiget af hensyn til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret i artikel 36's forstand. Denne slutning kan kun undgås i overensstemmelse med GEMA's argument, såfremt det antages, at en sådan økonomisk byrde, som selskabet ønsker at pålægge, overhovedet ikke er en handelshindring af en art, som traktaten omhandler.

Den franske regering fremførte faktisk et argument gående ud på dette under retsforhandlingen. Så vidt jeg forstod det, var dette argument baseret på den omstændighed, at en forfatters eller komponists ophavsret ifølge de fleste medlemsstaters lovgivninger, og ganske givet i henhold til Bernerkonventionen, som alle medlemsstaterne er deltagere i, omfatter to elementer, »økonomiske« rettigheder og »ideelle« rettigheder (droit moral). Økonomiske rettigheder er de rettigheder, der gør det muligt for forfatteren eller komponisten at tjene penge på sit værk, og de adskiller sig ikke fra enhver anden form for industriel eller kommerciel ejendomsret, som den franske regering indrømmede. Ideelle rettigheder er imidlertid ifølge den franske regering uoverdragelige og berettiger en forfatter eller komponist til under alle omstændigheder at pålægge brugen at sit værk restriktioner, herunder også for den fri bevægelighed for indspilninger af værket.

Dette argument er efter min mening dårligt underbygget.

Som artikel 6 bis i Bernerkonventionen gør klart, er en forfatters eller komponists ideelle rettigheder i) retten »til at hævde paterniteten til sit værk« og ii) retten »til at modsætte sig enhver

forvanskning, beskæring eller anden ændring af dette, eller enhver anden brug af værket, som vil kunne skade hans ære eller anseelse«. (Dette er ordlyden af den seneste version af konventionen, som fremgår af Paris-revisionen af 1971, som fire medlemsstater, nemlig Forbundsrepublikken Tyskland, Frankrig, Luxembourg og Nederlandene, er bundet af. Ordlyden af Bruxelles-udgaven af 1948, som de øvrige medlemsstater er bundet af, adskiller sig ikke væsentligt herfra, for så vidt angår den foreliggende sag).

Med al respekt for den franske regering kan jeg for mit eget vedkommende ikke se, hvorledes disse ideelle rettigheder kan krænkes ved den blotte indførsel fra en medlemsstat til en anden af grammofonplader med et værk, til hvis fremstilling i den førstnævnte medlemsstat komponisten havde givet licens. Det må endvidere bemærkes, at den franske regerings argument, såfremt det accepteres, ville føre til den slutning, at en komponist er berettiget til at nedlægge absolut forbud mod udførsel af grammofonplader med hans værk fra en medlemsstat til en anden, hvilket er langt mere, end GEMA forlanger, og hvilket klart ville være uforeneligt med begrebet et fællesmarked. Hvad GEMA i virkeligheden støtter sig på i disse sager, er komponistens økonomiske rettigheder og ikke hans ideelle rettigheder.

Den vanskelighed står tilbage, at det ved første blik ikke forekommer hensigtsmæssigt at betegne en økonomisk byrde som en »kvantitativ restriktion eller en foranstaltning med tilsvarende virkning«. Denne vanskelighed overvindes efter min mening ikke ved at citere den velkendte definition på »foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner«, som Domstolen formulerede i sag 8/74, *Procureur du Roi* mod *Dassonville,* Sml. 1974, s, 837, og ofte siden har gentaget, fordi denne definition, hvis den læses bogstaveligt, er bred nok til at dække al told og alle afgifter med tilsvarende virkning, hvilket klart ikke er tilsigtet. I sag 74/76, *Ianelli* mod *Meroni,* Sml. 1977, s. 557 (dommens præmis 9), udtalte Domstolen; »Hvor udstrakt anvendelsesområdet for artikel 30 end måtte være, omfatter det imidlertid ikke hindringer, som er omhandlet i andre særlige bestemmelser i traktaten; ... de af traktatens artikler 9-16 og 95 omhandlede hindringer af fiskal karakter eller med tilsvarende virkning er ikke omfattet af forbudet i artikel 30«.

Jeg tror, at gådens løsning er følgende.

Det må for det første erindres, at når artikel 30 nævner en »foranstaltning«, menes der en foranstaltning truffet af en medlemsstat; der menes ikke en foranstaltning truffet af en privatperson — se f.eks. sag 7/68, *Kommissionen* mod *Italien* (citeret ovenfor), hvor Domstolen om det kapitel i traktaten, som artiklerne 30 og 34 tilhører, udtalte: »Dette kapitel omhandler staternes indgreb i samhandelen inden for Fællesskabet ved hjælp af foranstaltninger med karakter af absolutte eller partielle hindringer af indførsel, udførsel eller transit alt efter omstændighederne. Det er sådanne foranstaltninger, der ... sigtes til i artikel 36 ...«; se også »*Dassonville*-defini-

tionen«, som henviser til »medlemsstaternes bestemmelser for handelen«; og se forslag til afgørelse fra generaladvokat Trabucchi i sagerne 15 og 16/74, *Centrafarm* mod *Sterling Drug* og *Centrafarm* mod *Winthrop,* Sml. 1974, s. 1178, hvor han udtalte »... foranstaltningen med tilsvarende virkning er netop den nationale lov«. Den relevante »foranstaltning« i de foreliggende sager er således ikke GEMA's krav, men § 97, stk. 1, i Urheberrechtsgesetz. For det andet mener jeg, at traktaten skal fortolkes som en helhed og med den rette forståelse af det problem, dens forfattere stod overfor, da de skulle behandle industriel og kommerciel ejendomsret i forhold til de frie varebevægelser. Patenter, varemærker, ophavsret og andre former for industriel og kommerciel ejendomsret har som fælles og fundamentale træk, at de gør det muligt for indehaveren af en sådan ejendomsret at begrænse andres brug heraf uden licens, især at begrænse handelen med varer, som krænker denne ret. Det var derfor naturligt, at traktatens forfattere i den del af traktaten, som handler om frie varebevægelser (afsnit I i anden del), beskæftigede sig med industriel og kommerciel ejendomsret i kapitlet om ophævelse af kvantitative restriktioner og foranstaltninger med tilsvarende virkning (kapital 2) fremfor andre steder. Et krav på erstatning eller på enhver anden form for økonomisk afhjælpning ved krænkelse af et patent, et varemærke, en ophavsret eller enhver anden form for industriel eller kommerciel ejendomsret er efter sin natur et krav på subsidiær afhjælpning. Det forudsætter i almindelighed, at der findes en mere vidtgående ret til at hindre selve krænkelsen. Dette illustreres af ordlyden af § 97, stk. 1, i Urheberrechtsgesetz, som først nævner den krænkede parts ret til at kræve, at den krænkende part ophører med krænkelsen, og såfremt en gentagelse er sandsynlig, at afstå fra denne, og behandler betaling af erstatning eller acontobeløb og udbetaling af uberettiget fortjeneste som sekundære muligheder, som kun står åbne under visse omstændigheder. Appellanternes advokat understregede efter min mening med rette, at de beløb, som GEMA kræver i disse sager, ikke ifølge en korrekt analyse er licensafgifter — da de ikke afkræves licensindehaveren i henhold til en kontrakt — men beløb, som afkræves uafhængige importører i henhold til lov og på grund af krænkelse af ophavsret.

Af disse grunde mener jeg, at artikel 30 er relevant her. Jeg bestyrkes i denne konklusion af dommen fra Cour d'appel de Bruxelles i sagen *SABAM* mod *Time Limit* (26. oktober 1978, Journal des Tribunaux 1979, s. 407), som appellanterne og Kommissionen har henvist til.

I logisk rækkefølge er det andet spørgsmål, om traktatens artikel 36 er relevant.

Vedrørende dette kan jeg fatte mig i korthed. Spørgsmålet opstår kun, fordi ophavsret i nogle medlemsstaters retssystemers terminologi ikke er »industriel eller kommerciel ejendomsret«, men »intellektuel eller kunstnerisk ejendomsret«. I det forslag til afgørelse, som jeg fremsatte i sagerne 52 og 62/74,

Coditel sagerne (endnu ikke offentliggjort), gav jeg udtryk for det synspunkt, at udtrykket »industriel og kommerciel ejendomsret« i artikel 36's sammenhæng bør fortolkes som omfattende ophavsret. Jeg behøver ikke at gentage, hvad jeg sagde dér. Det blev fremført over for Domstolen, at det af ordlyden af præmis 15 i Domstolens dom 62/79 kan udledes, at Domstolen deler dette synspunkt. Under alle omstændigheder har ingen i disse sager gjort gældende, at ophavsretten falder uden for artikel 36's område. Under retsforhandlingen udtalte parternes repræsentanter tværtimod enstemmigt, at den faldt ind under denne artikels beskyttelse.

På dette grundlag er det næste spørgsmål: Hvad er virkningen af artikel 36?

Artiklens virkning vedrørende patenter og varemærker er fastslået af en række af denne Domstols domme, som er så velkendte, at jeg ikke behøver at citere dem. Gældende ret, som den er fastslået heri, blev belejligt opsummeret af Domstolen i dens dom i sag 119/75, *Terrapin* mod *Terranova*, Sml. 1976, s. 1039, med følgende ordlyd:

»I medfør af traktatens bestemmelser om frie varebevægelser, herunder navnlig artikel 30, er importbegrænsende foranstaltninger og enhver foranstaltning med tilsvarende virkning forbudt mellem medlemsstaterne; efter artikel 36 er disse bestemmelser dog ikke til hinder for sådanne forbud eller restriktioner vedrørende indførsel, der er begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret; det fremgår imidlertid af samme artikel, særlig af andet punktum, såvel som af konteksten, at selv om traktaten ikke berører de i en medlemsstats lovgivning anerkendte industrielle og kommercielle ejendomsrettigheders bestående, kan udøvelsen af disse rettigheder ikke desto mindre efter omstændighederne rammes af traktatens forbud; da artikel 36 hjemler en undtagelse fra et af fællesmarkedets grundlæggende principper, tillader den kun fravigelser af princippet om frie varebevægelser i det omfang, disse fravigelser er begrundet i hensynet til beskyttelse af de rettigheder, der udgør denne ejendomsrets særlige genstand.

Af det anførte følger, at indehaveren af en industriel og kommerciel ejendomsrettighed, der er beskyttet af en medlemsstats lovgivning, ikke kan påberåbe sig denne lovgivning for at modsætte sig indførslen af en vare, der på lovlig måde er bragt på markedet i en anden medlemsstat af indehaveren selv eller med dennes samtykke.«
(Dommens præmisser 5 og 6).

Domstolens dom i sag 78/70, *Deutsche Grammophon* mod *Metro*, Sml. 1971, s. 125; org.ref.: Recueil, s. 393, tyder stærkt på, at de samme principper gælder for ophavsret. På denne baggrund skulle den omstændighed, at de grammofonplader, der her er tale om, blev fremstillet og solgt i henhold til en licens i Det forenede Kongerige, ved første blik betyde, at deres indførsel til en anden medlemsstat ikke lovligt kunne forhindres.

Det blev imidlertid af GEMA og den franske regering gjort gældende, at *Deutsche Grammophon*-sagen adskiller sig fra den her foreliggende, fordi den vedrørte en grammofonpladefabrikants ret til at kontrollere spredningen af sine

produkter, en ret som Domstolen beskrev som »beslægtet med ophavsretten«, og som var forskellig fra en komponists ophavsret. Det blev gjort gældende, at forskellen lå i, at komponistens ophavsret var af »personlig« art.

Grunden til, at Domstolen beskrev en grammofonpladefabrikants rettigheder som »beslægtet med ophavsretten« fremfor slet og ret som »ophavsret« er uden tvivl, at de beskrives således i nogle af medlemsstaternes lovgivninger og også i de relevante internationale konventioner. Men betegnelsen kan efter min mening ikke være afgørende. Spørgsmålet er, om der er en materiel forskel mellem sådanne rettigheder og en komponists rettigheder. Den påberåbte forskel, den »personlige« karakter af en komponists rettigheder, viste sig blot at bestå i, at der findes et element af ideelle rettigheder (droit moral) i en komponists ophavsret. Jeg har allerede forklaret, hvorfor jeg mener, at denne omstændighed er uden betydning her.

GEMA henviste også til præmis 16 i Domstolens dom i sag 62/79, hvori Domstolen udtalte, at traktaten ikke er til hinder for at pålægge de ophavsretlige licenser geografiske grænser, end ikke, når disse grænser falder sammen med medlemsstaternes grænser. Dette skyldtes imidlertid, at den særlige rettighed, der var tale om i denne sag, var retten til fremførelse, hvis særlige genstand indebærer, at indehaveren af den har ret til at tillade eller forbyde enhver fremførelse af det værk, som den vedrører, hvoraf det følger, at man ikke kan anvende læren om »rettigheders konsumption« på området for fremførelsesrettigheder, som det gælder på området for salg af varer. Dette udtalte Domstolen faktisk i dommens præmis 12.

Når alt kommer til alt, kan jeg ikke se nogen grund til at anvende andre principper, end de, der gælder for patenter og varemærker og for en grammofonpladefabrikants rettigheder, på en komponists ophavsret for grammofonplader med hans værk.

Jeg vil herefter gå over til at behandle spørgsmålet, om beskyttelse af en komponists ophavsret i overensstemmelse med disse principper berettiger, at de her omhandlede grammofonplader pålægges en sådan afgift, som GEMA kræver.

GEMA forsøger at retfærdiggøre denne afgift med to forskellige grunde.

For det første har selskabet anført (og heri støttes det af den belgiske regering), at da licensafgifter i almindelighed fastsættes som en procentdel af detailpriserne, og da detailpriserne er forskellige fra medlemsstat til medlemsstat, er det kun rimeligt, at en komponist, når en grammofonplade med hans værk eksporteres fra en medlemsstat, hvor priserne er lave, til én hvor de er høje, bør have ret til en procentdel af forskellen. Som Kommissionen har påpeget, hviler dette anbringende på en fuldstændig misforståelse af begrebet et fællesmarked. Forskelle i prisniveauerne mellem forskellige dele af fællesmarkedet kan ikke berettige, at disse dele søges isoleret fra hinanden. De er tværtimod en grund til at understrege princippet om de frie varebevægelser mellem dem, som

forudses i traktaten. Hvad GEMA overser, er efter min mening, at (med forbehold af, hvad jeg vil sige om et øjeblik om retstilstanden i Det forenede Kongerige i henhold til section 8 i Copyright Act 1956) selve den omstændighed, at der eksisterer et fællesmarked, medfører, at licensafgifterne skal fastsættes for dette marked som en helhed og ikke for individuelle nationale markeder. Jeg er naturligvis klar over, at når man siger dette, er det det samme som at sige, at de ordninger, der er indført under BIEM's auspicier, må revideres.

GEMA's andet anbringende (i hvilket det støttes af den franske regering) er baseret på, at section 8 i Det forenede Kongerige's Copyright Act af 1956 har fordrejende virkning. Efter min mening er GEMA her på mere sikker grund.

I sag 24/67, *Parke, Davis* mod *Centrafarm*, Sml. 1965-1968, s. 457; org.ref.: Recueil 1968, s. 81, udtalte Domstolen nemlig, at indehaveren af et nederlandsk patent havde ret til at forhindre parallelimport til Nederlandene af farmaceutiske produkter fra Italien, hvor sådanne produkter ikke kunne patenteres. Domstolen undersøgte ikke spørgsmålet, om produkterne havde været bragt på markedet i Italien af patentindehaveren eller med hans samtykke. Det er underforstået i dommen, at dette under de foreliggende omstændigheder var uvæsentligt, hvad det også må have været. Der kan ikke være tale om konsumption af rettigheder, når der ingen rettigheder findes. For at sige det på en anden måde havde patentindehaveren ikke haft nogen mulighed for i Italien at kræve noget vederlag for opfindelsen. Det er blevet anført af professor Michel Waelbroek, at denne doms virkning er blevet begrænset af Domstolens domme i *Deutsche Grammophon*-sagen og i *Sterlin Drug*-sagen; men jeg tror ikke, at det kan være rigtigt, netop af de samme grunde, som professor Waelbroek selv anfører (se hans artikel »The Effect of the Rome Treaty on the exercise of National Industrial Property Rights« i Antitrust Bulletin nr. 21 (1976) s. 99).

Det følger heraf, at hvis der i dette tilfælde ikke var nogen beskyttelse af komponisters ophavsret i Det forenede Kongerige, ville GEMA have ret til fuldt ud at udøve deres rettigheder i henhold til tysk lov. I virkeligheden er der naturligvis en sådan beskyttelse i Det forenede Kongerige, men den er begrænset af virkningen af section 8. Mens licensafgiftssatserne i alle andre medlemsstater (muligvis med undtagelse af Irland) fastsættes ved fri forhandling mellem indehaverne af ophavsretten og grammofonpladefabrikanterne, gælder der i Det forenede Kongerige, som en virkning af section 8, et loft på 6,25 % på den måde, jeg har nævnt. Det følger efter min mening heraf, at GEMA har ret til at udøve komponisternes rettigheder i henhold til tysk lov i den udstrækning, det er nødvendigt for at imødegå denne begrænsende virkning.

Når jeg siger dette, overser jeg ikke, at Domstolen i *Sterling Drug*-sagen udtalte, at patentindehaveren ikke havde ret til at udøve sine patentrettigheder i indførselsmedlemsstaten for at modvirke »prisforskelle, der er en følge af foranstaltninger truffet af de offentlige myndigheder i eksportlandet med henblik på at kontrollere varernes priser«. Det forekommer mig imidlertid, at der med henblik på den foreliggende sag er en væsentlig forskel mellem almindelige priskontrolforanstaltninger, som blot påvirker

markedsbetingelserne mere eller mindre midlertidigt, og en bestemmelse, som begrænser selve den industrielle eller kommercielle ejendomsret.

Den franske regering har i denne forbindelse henledt vores opmærksomhed på Bernerkonventionens artikel 13. Denne artikels stk. 1 (i Bruxelles-udgaven) bestemmer, at ophavsmænd til musikværker skal have eneret til at tillade lydoptagelse af deres værker. Ifølge stk. 2 kan ethvert lands lovgivning pålægge denne ret forbehold og vilkår, men det bestemmes, at alle sådanne forbehold eller vilkår skal være begrænset til dette land. Den franske regering anførte, at hvis Det forenede Kongerige som resultat af EØF-traktaten så at sige fik tilladelse til at eksportere sit lovbestemte loft over licensafgifter til andre medlemsstater, ville der være en konflikt mellem bestemmelserne i denne traktat og Bernerkonventionens bestemmelser. Den franske regering gjorde endvidere gældende, at enhver sådan konflikt ifølge traktatens artikel 234 må afgøres til fordel for Bernerkonventionen. Jeg tror ikke, at dette er rigtigt, fordi traktaten har forrang i forholdet mellem medlemsstater; artikel 234 bevarer kun rettigheder og pligter, som består mellem medlemsstater og tredjelande — se sag 10/61, *Kommissionen* mod *Italien*, Sml. 1954-1964, s. 287; org.ref.: Recueil 1962, s. 3, og 812/79, *A.-G.* mod *Burgoa* (14. oktober 1980, endnu ikke offentliggjort).

Hvis det synspunkt, jeg har givet udtryk for vedrørende traktatens artikel 36 imidlertid er korrekt, er Bernerkonventionens artikel 13 uden betydning, undtagen måske som baggrund.

Jeg har sagt, at GEMA efter min mening har ret til at udøve de rettigheder, som selskabet har i henhold til tysk ret, i det omfang, der er nødvendigt for at modsætte sig virkningen af section 8 i Det forenede Kongerige's lov. Det betyder ikke, at jeg mener, at selskabet er berettiget til slet og ret at kræve forskellen mellem den i Det forenede Kongerige lovbestemte sats på 6,25 % og en licensafgift, der beregnes i henhold til selskabets egne skalaer. Jeg tror i virkeligheden, at GEMA's skalaer er irrelevante. Hvad selskabet efter min mening har ret til, er forskellen mellem den licensafgift, der faktisk er betalt i Det forenede Kongerige (hvad enten det er 6,25 % af detailprisen i Det forenede Kongerige eller et andet beløb) og den licensafgift, man kunne have forhandlet sig til i Det forenede Kongerige, såfremt section 8 ikke fandtes, og på det grundlag, at grammofonplader, for hvilke denne licensafgift var blevet betalt, frit kunne sælges overalt i Fællesskabet. Hvis De deler mit synspunkt, vil det naturligvis tilkomme de tyske retter at fastsætte det faktiske beløb, som GEMA har ret til. Det vil uden tvivl være en vanskelig opgave for disse retter, men efter min mening ikke vanskeligere end den slags opgaver, som retter overalt i Fællesskabet dagligt stilles overfor, når de udmåler erstatning i sager, som omfatter faktorer, der må vurderes skønsmæssigt.

Som konklusion er jeg af den opfattelse, at Domstolen bør besvare det spørgsmål, som Bundesgerichtshof har forelagt den i hver af disse sager, således:

Når lydbærere med et musikværk, som er omfattet af en ophavsret, er blevet afsat i en medlemsstat med samtykke fra indehaveren af ophavsretten, forbyder EØF-traktatens bestemmelser om frie varebevægelser, at der forlanges nogen betaling ved indførsel af disse lydbærere til en anden medlemsstat, medmindre den gældende lovgivning i udførselsmedlemsstaten begrænser ophavsrettens indehavers rettigheder, i hvilket tilfælde lovgivningen i indførselsmedlemsstaten kan påberåbes i det omfang, det er nødvendigt for at imødegå denne begrænsning.