

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

G. FEDERICO MANCINI

fremsat den 26. januar 1988 *

Høje Domstol.

1. Østre Landsret, København, har forelagt Domstolen et spørgsmål om, hvorvidt de danske bestemmelser, som giver indehaveren af ophavsretten til en film ret til at forbyde udlejning af filmen på videogrammer, efter at han har givet tilladelse til salg af dem, er forenelige med fællesskabsretten.

Domstolen anmodes således for anden gang om at fastslå, hvilke grænser der inden for Fællesmarkedet kan afstikkes for den frie bevægelighed for videogrammer. Den første sag (de forenede sager 60 og 61/84, Ciné-thèque mod Fédération nationale des cinémas français) drejede sig om det i Frankrig gældende forbud mod, at producenter og distributører sælger eller udlejer videogrammer — også videogrammer af indenlandsk oprindelse — i den periode, hvor filmen fremvises i de franske biografer. Som man vil erindre (dom af 11. juli 1985, Sml. s. 2605, præmis 22), udtalte Domstolen, at »anvendelsen af en sådan ordning kan medføre hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet med videokassetter, idet de forskellige medlemsstaters ordninger og vilkårene for filmværkers første udbredelse i biografer kan være meget uensartede«.

Ikke desto mindre anså Domstolen forbudet for at være foreneligt med fællesskabsretten,

fordi det udelukkende var dikteret af ønsket om at beskytte en industrigrens økonomiske interesser, nemlig filmindustrien, som også er af stor kulturel betydning. Desuden præciserede Domstolen, idet den gentog en sondring, der allerede var skitseret i den første Coditel-dom (af 18. marts 1980, sag 62/79, Sml. s. 881), at filmværker »er kunstværker, der kan udbredes offentligt enten direkte som f. eks. ved udsendelse i tv eller fremvisning i biografer, eller indirekte ved udbredelse af billedbærere som videokassetter. I det sidstnævnte tilfælde falder budskabet til publikum sammen med udbredelsen af værkets fysiske bærer« (præmis 9).

Den foreliggende sag rejser et andet spørgsmål. Den hindring, den nationale lovgivning lægger i vejen for videogrammernes frie bevægelighed, opstår nemlig ikke i begyndelsen, men i slutningen af fremførelsesforløbet, eftersom genstanden for forbudet mod udlejning — som vi skal se i det følgende — er den fysiske bærer af film, som allerede i længere tid er blevet fremvist i biograferne. I dette tilfælde er der altså ikke tale om at afveje princippet i Traktatens artikel 30 — og følgelig den persons rettigheder, som importerer videogrammerne — med beskyttelsen af en mere almen interesse som f. eks. beskyttelsen af filmindustrien; det skal derimod fastslås, i hvilket omfang importørens krav om at kunne udnytte det videogram, han har erhvervet på det fælles

* Oversat fra italiensk.

marked, uden begrænsninger, skal vige for rettighedshaverens modstående krav om at kunne gøre udlejning betinget af, at han giver sit samtykke.

importerer videogrammet til en anden stat, at udnytte værket ved at udleje det.

2. Som bekendt har markedet for videogrammer i årevis været i stadig udvikling takket være de tekniske fremskridt i forbindelse med optagelse og gengivelse på billed- og lydånd. Endvidere køber gennemsnitsforbrugeren af åbenbare økonomiske hensyn kun videogrammerne i særlige tilfælde (oplysende film, film for børn, pornografiske film, musicals, operaer og klassikere), mens han ellers lejer dem. Under alle omstændigheder er det filmselskaberne, som fra gang til gang bestemmer, hvor og på hvilken måde — ved salg eller udlejning — filmen skal markedsføres, når den ikke længere kan fremvises i biografene.

I lyset heraf er det naturligt, at indehaveren af ophavsretten til en film og hans retssuccessorer har interesse i at få defineret salg og udlejning af de pågældende videogrammer som *adskilte* og *uafhængige* former for udnyttelse, således at den første kan udelukke retten til at benytte sig af den anden. Det er netop på dette område, at det spørgsmål, der er forelagt Domstolen, er opstået. Såfremt forbrugernes indstilling til udlejning nemlig ikke ændres af de tekniske fremskridt og dermed de lavere priser på produktet, som kan forventes i de kommende år, er det nødvendigt at undersøge, om den uafhængighed, jeg har hentydet til, har indflydelse på fællesskabsprincippet om konsumtion af ophavsretten. Hvis svaret herpå er bekræftende, vil rettighedshaveren, som i én medlemsstat har solgt en af sine film på videogram uden at give afkald på retten til udlejning, kunne forbyde den, der

3. Før jeg gør rede for de faktiske omstændigheder i sagen, vil det være formålstjenligt at undersøge, hvilke regler medlemsstaterne har givet om ophavsretten til film, udlejning af videogrammer og konsumtion af retten hertil. I Storbritannien giver Copyright Act 1956 ophavsmanden til en film ret til at forbyde reproduktion af filmen, offentlig fremførelse og udsendelse i fjernsynet. For så vidt angår videogrammer, er det stadig ophavsmanden, som kan bestemme, om han først vil skride til salg og derefter til udlejning eller omvendt. I tilfælde af salg må hans ret dog betragtes som konsumeret, idet han ikke kan modsætte sig, at værket senere udlejes til tredjemand og heller ikke kræve noget vederlag herfor. Han kan dog beskytte sig ved i kontrakten at indføje en klausul, hvorefter køberen er forpligtet til ikke at udleje videogrammet, eller ved at fastsætte prisen under hensyn til muligheden for, at videogrammet bliver udlejet.

Irsk, nederlandsk og tysk ret er inspireret af lignende principper. Især i Forbundsrepublikken har Bundesgerichtshof i to domme (af 6. marts og 15. maj 1986, GRUR 1986, s. 736 og 743) statueret, at indehaveren af retten til at bringe videogrammer i omsætning, som indeholder musik- og filmværker, og som er solgt med hans samtykke, ikke kan forbyde tredjemand at udleje dem. I henhold til §27 i Urheberrechtsgesetz (af 9. september 1965) har han dog ret til et rimeligt vederlag.

Den modsatte regel gælder i Danmark og Frankrig. I Danmark er muligheden for at udleje videogrammer, der lovligt kan erhverves på markedet, altid betinget af en forudgående tilladelse fra værkets ejer, hvis ret derfor ikke konsumeres ved salget (jfr. lov nr. 158 af 31. maj 1961, §§ 2 og 23, sidstnævnte som ændret ved lov nr. 274 af 6. juni 1985). I Frankrig har artikel 26 i lov af 3. juli 1985 direkte givet *producenten* af videogrammer ret til at tillade udlejning, og ifølge teorien konsumeres denne ret ikke i tilfælde af, at videogrammet er solgt forinden.

Endelig er spørgsmålet, for så vidt angår Grækenland, Italien, Luxembourg, Portugal og Spanien, endnu ikke blevet løst gennem særlige regler. Principielt anerkendes det dog i praksis og i teorien, at ophavsmanden har en lignende ret til udlejning som den, der er fastsat for fonogrammer.

4. Den 4. juli 1984 indrykkede Erik Viuff Christiansen en annonce i en avis i København, hvori han meddelte, at man i hans forretning kunne leje videogrammet med filmen »Never say never again« i originalversionen, dvs. uden danske undertekster. De lokale James Bond-fans var henrykte, fordi det indtil da ikke havde været muligt at få fat i videogrammet på det indenlandske marked. Christiansen havde faktisk købt det nogle dage før i London, hvor det netop var blevet bragt i handelen af filmens producent, Warner Brothers Inc.

Da dette selskab og den virksomhed, som administrerer rettighederne over de af selskabet producerede videogrammer i Danmark (Metronome Video ApS), blev underrettet om Christiansens tilbud, anmodede de

Københavns Byrets fogedafdeling om at nedlægge forbud mod Christiansens udlejning af videogrammet, idet de gjorde gældende, at de hverken udtrykkeligt eller indirekte havde givet tilladelse hertil. Begæringen blev imødekommet, og under den efterfølgende justifikationssag har Østre Landsret forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål ved kendelse af 11. juni 1986:

Skal bestemmelserne i EØF-Traktatens artikler 30 og 36 fortolkes således, at indehaveren af enerettighederne (ophavsretten) til et videogram, der lovligt af rettighedernes indehaver eller med dennes samtykke er bragt i omsætning i et medlemsland, efter hvis nationale ophavsretslovgivning der ikke kan nedlægges forbud mod (videresalg og) udlejning, er afskåret fra at modsætte sig udlejning af videogrammet i en anden medlemsstat, til hvilken det er lovligt importeret, hvis denne stats ophavsretslovgivning muliggør et sådant forbud uden at skelne mellem indenlandske og importerede videogrammer og uden samtidig at hindre selve importen af videogrammet.

5. Under sagen for Domstolen er der afgivet skriftlige indlæg af parterne i hovedsagen, Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber og regeringerne i Danmark, Det Forenede Kongerige og Frankrig. Med undtagelse af de to sidstnævnte har de alle deltaget i den mundtlige forhandling.

Kommissionen har først og fremmest anført, at udlejning udgør 90% af forbruget af videogrammer i en stor del af fællesmarkedet. Heraf følger, at hvis man giver indehaveren af rettighederne til det indspillede værk ret til også efter salget af produktet at mod-

sætte sig denne form for udnyttelse, er det det samme som at hindre samhandelen med videogrammer inden for Fællesskabet. Endvidere ville importen kunne gå helt i stå, hvis ejeren systematisk nægtede at give tilladelse eller opstillede for byrdefulde betingelser for tilladelsen. Det er Christiansen enig i. Han har anført, at skønt det af de sagsøgende selskaber opnåede forbud vedrører udlejning og ikke også videogrammets indførsel til Danmark, står det fast, at resultatet bliver, at der ikke er noget incitament til at importere videogrammerne fra Det Forenede Kongerige, da danske forbrugere ikke er interesserede i at købe. Det er altså indlysende, at artikel 30 tilsidesættes.

Dernæst har Christiansen gjort gældende, at indehaveren af en ophavsret, der er beskyttet af en medlemsstats lovgivning, ikke efter fællesskabsretten kan påberåbe sig denne lovgivning for at forhindre indførslen og det efterfølgende salg af en vare, som lovligt er bragt i handelen i en anden medlemsstat af indehaveren selv eller med hans samtykke. Hvis det tillades ham at påberåbe sig denne lovgivning, opstår der nemlig en afskærmning af de nationale markeder, hvilket efter Domstolens praksis anses for at være uforeneligt med Traktatens formål (jfr. dom af 14. juli 1981, sag 187/80, Merck mod Step-har BV, Sml. s. 2063, præmisserne 12 og 13).

Hertil kommer, har Christiansen anført, at dommen af 20. januar 1981 (de forenede sager 55 og 57/80, Musik-Vertrieb Membran mod GEMA, Sml. s. 147, præmis 25) fastslår, at »inden for rammerne af et fællesmarked, der er karakteriseret af frie varebevægelser... kan en ophavsmand, hvad enten han handler direkte eller gennem sin... [retsuccessor] frit vælge det sted — i enhver af medlemsstaterne — hvor han bringer sit værk i omsætning. Han kan træffe dette

valg ud fra sine egne interesser, hvori indgår... niveauet for det vederlag, som er sikret i den pågældende medlemsstat...«. I det foreliggende tilfælde er der enighed om, at Warner Brothers fuldstændig frit besluttede at sælge videogrammet med filmen »Never say never again«; det kan heller ikke betvivles, at selskabet ved fastsættelsen af prisen for videogrammet tog hensyn til rettingerne vedrørende udnyttelse af videogrammet i form af udlejning. Også under denne synsvinkel er det derfor i strid med Traktatens artikler 30 og 36 at tillade selskabet at modsætte sig, at Christiansen i Danmark udlejer det videogram, han lovligt har erhvervet i Det Forenede Kongerige.

6. Alle de andre procesdeltagere har gjort sig til talsmænd for den modsatte opfattelse. Jeg skal her nøjes med at gengive de af Kommissionen fremførte argumenter.

Efter at den udøvende myndighed — som vi har set — har erkendt, at importen kan hindres, hvis der gives ophavsmanden ret til at forbyde udlejning, trækker den lidt i land ved at fremhæve de alvorlige problemer, som fri udlejning af videogrammer giver anledning til. Det forekommer stadig hyppigere — har den anført — at videogrammet lejes for nogle timer alene med det formål at overspille værket på en anden bærer; sidstnævnte anvendes derefter til personlige formål eller — hvad der er værre — til fremstilling af yderligere eksemplarer, som igen sælges eller udlejes, selvfølgelig uden at der betales vederlag til ophavsmanden. Det er dog en kendsgerning, at der slet ikke er tale herom i det foreliggende tilfælde. Christiansen er ikke en »videopirat«, men en almindelig handlende, som lovligt har købt videogrammet med en James Bond-film af rettingshaveren og — langt fra at ville fremstille kopier heraf — har til hensigt at udnytte det ved at udleje det til tredjemand.

Dernæst har Kommissionen henvist til Domstolens argumentation i *Cinéthèque*-dommen og herved anført, at det forbud, der er opstillet af den danske lovgiver, også gælder for videogrammer, som er produceret på nationalt område, og derfor ikke tilsigter at gribe ind i samhandelen mellem medlemsstaterne. Forbudet kan dog have en skadelig indvirkning på samhandelen. Den omtvistede regel vil derfor kun være forenelig med princippet om den frie bevægelighed, hvis: a) de hindringer, det lægger i vejen for samhandelen inden for Fællesskabet, ikke overskrider grænserne for, hvad der er strengt nødvendigt for at opnå det tilsigtede formål, b) dette formål er berettiget på grundlag af Traktaten. Dette er netop tilfældet her.

Som bekendt er det formueretlige indhold af ophavsretten opdelt i to: retten til at fremføre værket og retten til at reproducere det. Udlejning af videogrammer, som er en form for kommerciel udnyttelse, som er karakteriseret af gentagelser, er nærmest beslægtet med den førstnævnte ret. Den nævnte dom i *Coditel I*-sagen fastslog, at for så vidt som muligheden for at kontrollere fremførelserne af en film er et væsentligt aspekt af ophavsretten, kan fællesskabsrettsordenen ikke undlade at tage hensyn hertil.

Dette princip må også finde anvendelse på fremførelser ved hjælp af videogrammer, idet indehaveren af ophavsretten til filmværket nemlig kun kan få udbytte af denne kommunikationsform, for så vidt som der indrømmes ham en ret til at udleje videogrammet, ligesom filmen kun giver ham et økonomisk udbytte, fordi han er berettiget til at fremvise den på lærredet. Sagt på en anden måde er det formål, som den danske lov forfølger ved at beskytte ophavsmanden mod fri udlejning af videogrammer, lige så

logisk, som at han kan modsætte sig offentlige fremførelser af sin film. Alt taget i betragtning er udlejning af videogrammer et centralt moment i den eneret, der tilkommer indehaveren af værket, og heraf følger, at det er foreneligt med traktaten at gøre udøvelsen heraf betinget af en tilladelse fra indehaveren.

7. Kommissionens synspunkt, som jeg har sammenfattet i det foregående, kan ikke tiltrædes. Det forekommer mig nemlig, at de to postulater, de bygger på — at ophavsmanden har eneret til at give tilladelse til udlejning af videogrammerne, og at denne form for udnyttelse er et udslag af hans endnu mere omfattende ret til at fremføre værket — dels er det problem, vi beskæftiger os med, uvedkommende, og dels uholdbare.

Der er navnlig ikke noget grundlag for sammenligningen mellem udlejning og offentlig fremførelse af filmen. For at gøre sig det klart er det hensigtsmæssigt at erindre, at udlejning ifølge en stor del af de nationale regler er fri, så snart videogrammet er bragt i handelen eller, som det sker i Tyskland, højst medfører en pligt til at betale ophavsmanden et rimeligt vederlag. Det afgørende er imidlertid, at udlejning af videogrammet også i de stater, hvor ophavsmanden efter salget af videogrammet bevarer muligheden for at kontrollere enhver anden form for udnyttelse af værket, forbliver en rent forretningsmæssig disposition. Den risiko, der er forbundet hermed — nemlig at lejerne af videogrammet ser filmen flere gange, kun en gang eller aldrig — falder ikke tilbage på indehaveren af retten til fremførelsen, men på udlejeren.

For så vidt angår det første postulat, mener jeg ikke, at Domstolen er blevet anmodet

om at fastslå, om ophavsmanden til en film, der cirkulerer på videogram, ud fra et fællesskabsretligt synspunkt stadig har eneret til at udleje sit værk. Østre Landsret har derimod spurgt, om køberen af et videogram, der er solgt i én medlemsstat af indehaveren af ophavsretten til filmen (eller med dennes samtykke), mod sidstnævntes vilje kan udleje den til tredjemand i en anden stat; retten vil kort sagt vide, om princippet om konsumtion af ophavsretten også finder anvendelse i det foreliggende tilfælde.

8. Jeg skal for det første nævne, at ifølge Domstolens faste praksis må »enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, øjeblikkeligt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet... betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner« (dom af 11. juli 1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, præmis 5).

Med hensyn til den foreliggende sag har jeg allerede flere gange sagt, at den omtvistede regel ikke tager sigte på importen af videogrammerne, men kan hindre deres indførsel til Danmark. Endvidere er det jo således, at selv om Traktatens artikel 36 redder de forbud, der er begrundet i hensynet til beskyttelsen af industriel og kommerciel ejendomsret, og derfor også ophavsretten, kan indehaveren af retten til værket eller dennes licenshaver ikke på grundlag af princippet om konsumtion af retten henvise til den eneret til udnyttelse, som ophavsretten giver, og herved »hindre eller begrænse ind-

førsel af... bærere, der på lovlig måde er bragt på markedet i en anden medlemsstat af indehaveren selv eller med dennes samtykke« (GEMA-dommen, præmis 15).

Dette sidste princip er af afgørende betydning, og jeg mener, at Warner Brothers' og Metronome's opfattelse, hvorefter udlejning er en anden form for økonomisk udnyttelse og uafhængig af salget (jfr. ovenfor, nr. 2) helt klart er i modstrid hermed. Det er indlysende hvorfor. Ophavsmanden til en film kan ikke, når han har solgt videogrammet og således definitivt har overdraget sin *ejendomsret* til denne vare og givet sin tilladelse til, at den frit kan omsættes, benytte sig af en anden stats regler for at gøre sin *eneret til det værk*, som er indspillet på videogrammet, gældende og reelt forhindre, at det indføres til denne stat. Dette krav er nemlig motiveret af den samme økonomiske interesse, som lå til grund for den første disposition over værket, og når det er tilfældet, må det bøje sig for reglen i artikel 30. Jeg vil citere GEMA-dommen endnu engang: »Traktatens hovedformål... vil ikke kunne nås, såfremt private på grundlag af de forskellige retssystemer i medlemsstaterne havde mulighed for at opdele markedet og indføre skjulte begrænsninger i handelen mellem medlemsstaterne« (præmis 14).

Endelig må man kunne sige, at salg og udlejning ganske vist har forskellig karakter (ved salg overdrages ejendomsretten til et gode, ved udlejning har man godet i sin besiddelse i en vis periode), men også det til

fælles, at begge nødvendigvis indebærer en markedsføring af produktet til fordel for forbrugeren. Heraf følger, at en eventuel eneret til udlejning af et videogram aldrig vil kunne ophæve den virkning — fri bevægelighed for godet på hele Fællesskabets område — som er resultatet af salget af godet i en anden medlemsstat. Hvis dette var tilfældet, ville man nemlig unddrage forbrugerne, her de danske borgere, en ret, som tilkommer dem i medfør af Traktaten.

Alt dette betyder naturligvis ikke, at indehaveren af retten til filmværket er helt uden formueretlig beskyttelse i tilfælde af udlejning af et videogram, som allerede lovligt er solgt i en anden medlemsstat. Der er f. eks. blevet talt om retten til et vederlag og om den mulighed, ophavsmanden har for at beskytte sig ved at indføre bestemmelser med henblik herpå i salgskontrakten. Et står imidlertid fast: hvilke former eller hvilket indhold den end har, kan den beskyttelse, der indrømmes ophavsmanden, ikke hindre den frie bevægelighed for videogrammer, som allerede er bragt i handelen.

I den forbindelse opfordrede Domstolen den britiske regering til at oplyse, om op-

havsrettigheder indgår med et betydeligt beløb i indkøbsprisen for videogrammer i Det Forenede Kongerige, og i bekræftende fald, hvilke konsekvenser der må drages heraf, for så vidt angår udlejning af produktet i andre medlemsstater. De svar, der er givet, er vage og indeholder usammenlignelige tal. Men — har Kommissionen anført — disse oplysninger kunne ikke have været mere nøjagtige. Markedsføringen af videogrammerne varierer nemlig betydeligt fra det ene land til det andet. I Storbritannien er der f. eks. i de sidste fire år sket en betydelig stigning i salget, mens videogrammer i Danmark fortsat først og fremmest spredes ved udlejning.

Og hvad så? Nu står det kun tilbage for Domstolen at fastslå det, den allerede tidligere har fastslået, nemlig at ophavsmanden frit og ud fra forskellige kriterier kan vælge det sted inden for Fællesskabet, hvor han vil bringe sit værk i omsætning, dog således, at »de forskelle, som består i mangel af harmonisering af de nationale bestemmelser om kommerciel udnyttelse af ophavsrettigheder, ikke [kan] gøres til hindringer for de frie varebevægelser inden for fællesmarkedet« (GEMA-dommen, jfr. ovenfor, præmis 26).

9. Herefter skal jeg foreslå, at det spørgsmål, der er forelagt Domstolen af Østre Landsret, København, ved kendelse af 11. juni 1986 i den for denne ret verserende sag, Warner Brothers Inc. og Metronome Video ApS mod Erik Viuff Christiansen, besvares således:

»Artiklerne 30 og 36 i EØF-Traktaten skal fortolkes således, at de er til hinder for en lovgivning i en medlemsstat, hvorefter indehaveren af ophavsretten til et videogram kan modsætte sig, at videogrammet bringes i omsætning ved udlejning i denne stat, skønt han selv har solgt det eller har givet tilladelse til salg af det efter reglerne i en anden medlemsstat.«