

28. EU-Domstolen og udlejningsretten

FDV's udlejningsforbud blev behandlet af EU-Domstolen samtidig med, at den behandlede en indsigelse mod selve udlejningsretten. Behandlingen af begge sager viste, at EU-Domstolen manglede både en fornemmelse for den virkelige verden og almindelig sund fornuft. Og så svarede den slet ikke på byrettens præjudicielle spørgsmål.

Mit brev til EU-Domstolen om sagens faktiske omstændigheder

Umiddelbart efter den mundtlige forhandling skrev jeg til EU-Domstolen. Warner havde lojet åbenlyst om sit engagement i markedsføringen af LaserDisc-systemet i England, og Kommissionen havde brugt løgnen til at foreslå, at EU-Domstolen slet ikke skulle besvare det præjudicielle spørgsmål.

Jeg ville undgå, at løgnen fik betydning, så jeg sendte Lightnings pressemeddelelse om samarbejdet med Warner samt nogle anmeldelser af Warners plader fra det britiske fagtidsskrift *Laser Disc Review* til EU-Domstolen. Jeg vedlagde også kopier af pladeomslagene, hvor både "Made in Great Britain" og "Marketed by Warner Home Video (U.K.) Limited" er påtrykt. Det var de plader, jeg havde udlejet, og som FDV krævede erstatning for. Jeg havde stadig Warners britiske udgivelser i min samling, og jeg tilbød at låne dem til EU-Domstolen, så de ved selvsyn kunne se, hvad sagen handlede om.

Det andet emne i mit brev vedrørte udtrykket stiltiende samtykke, der betyder, at man har valgt ikke at forbyde udlejning, selvom man har ret til det, fordi man positivt ønsker at udnytte udlejningsmarkedet. Mit oprindelige skriftlige indlæg henviste til *European Video Review*, men jeg havde ikke nævnt Norman Abbotts brev til mig (side 189). Det var ganske vist fremlagt for byretten, men det var ikke blandt de bilag, Arildsen havde citeret i forelæggelsen. Jeg sendte det med til EU-Domstolen for at sikre, at der ikke var tvivl om, hvordan betaling af vederlag for udlejning håndteres i praksis. EU-Domstolens præsident fandt dog ikke, at der var anledning til at tage imod dette efterfølgende skriftlige indlæg.

Ok, tænkte jeg, det fremgår af forelæggelsen, at værkets markedsmuligheder i Storbritannien udnyttes ved de til enhver tid fastsatte salgspriser, og det var undersøgt i Warner-sagen jf. spørgsmålet til den britiske regering (side 113), så der burde ikke være tvivl om, hvordan udlejningsmarkedet fungerer i praksis.

Justitssekretæren bekræfter herved modtagelsen af Deres skrivelse af 1. april d.å. og beklager at måtte meddele, at Domstolens præsident ikke finder, at der er anledning til at lade de af Dem fremsendte dokumenter indgå i sagens akter.

Nævnte skrivelse med bilag tilbagesendes således.

Hokamp-sagen om udlejningsrettens gyldighed

Hokamp-sagen, sag C-200/96, vedrørte udlejningsrettens gyldighed, og den blev behandlet nogle måneder før Laserdisken-sagen. Generaladvokatens forslag til dom forelå den 22. januar 1998, dvs. før den mundtlige forhandling i min sag, og dommen blev afsagt den 28. april 1998, altså *efter* den mundtlige forhandling i Laserdisken-sagen, men *før* domsafsigelsen i Laserdisken-sagen.

Sagen handlede om, at den tyske virksomhed Hokamp udlejede CD-plader i overensstemmelse med den tyske lovgivning, hvor spredningsretten blev konsumeret, når rettighedshaveren bragte værket i omsætning, præcis som den danske ophavsretslovs § 25. Dette blev ændret den 23. juni 1995, hvor udlejningsretten blev implementeret i tysk lovgivning i overensstemmelse med låne/leje-direktivet. Hokamp fortsatte ufortrødent sin udlejningsvirksomhed, hvorefter Metronome i Tyskland gik til domstolene. Her fik Metronome foranlediget, at der blev nedlagt forbud mod Hokamps udlejning.

Hokamp gjorde gældende, at udlejningsretten i direktivet - og dermed den lov, der gennemførte udlejningsretten - var ugyldig med den begrundelse, at den stred mod Fællesskabsrettens og forfatningsrettens grundrettigheder om retten til fri erhvervsudøvelse. Hokamps udlejningsvirksomhed havde hidtil været lovlig, og nu var den altså blevet ulovlig til skade for Hokamp. Landgericht Köln forelagde spørgsmålet for EU-Domstolen til præjudiciel afgørelse.

EU-Domstolen godkendte udlejningsretten. Det er hverken overraskende eller interessant. Det interessante er dommernes begrundelse og øvrige bemærkninger. Man kunne forvente, at dommerne tog udgangspunkt i udlejningsrettens formål. Det havde været naturligt at iagttage baggrunden for udlejningsretten i de lande, der havde indført en udlejningsret for CD-plader, herunder Danmark og England, og på begrundelsen for at indføre udlejningsretten i direktivet (afsnit 8, side 184). Begrundelsen var den samme alle tre steder: CD-plader blev udlejet med henblik på kopiering til privat brug, så lejerne slap for at købe pladerne. Derved påførtes rettighedshaverne et tab, som kunne skade udvalget af kulturprodukter.

Det interessante er, at EU-Domstolen helt så bort fra den skade, som udlejning af CD-plader medførte for rettighedshaverne, og som begrundede indførelsen af en udlejningsret både i medlemsstaterne og i Kommissionens direktivforslag.

Dommerne tog i stedet udgangspunkt i Johan Schlüters opdigtede forklaring i Warner-sagen og vendte den på hovedet. Udsagnet er isoleret set rigtigt. Man kan ikke sikre ophavsmænd til film et vederlag, som står i forhold til det faktiske antal udlejninger, men det var heller ikke udsagnets formål. Johan Schlüter savnede en undskyldning for at bevare forbuddet mod Eriks udlejning af importerede film, og så opfandt han dette tilforladelige, omend teoretiske argument.

Johan Schlüters løgn i Warner-sagen voksede som en snebold på vej ned ad en snedækket bjergside, da dommerne greb den og gjorde den til løsning i deres eget virkelighedsfjerne verdensbillede.

Korrespondancen med dommer Claus Gulmann

Claus Gulmann fortalte på vores komsammen efter den mundtlige forhandling, at han jævnligt fik breve vedrørende domme fra EU-Domstolen. Han havde ikke sagt noget om, at det var uetisk eller problematisk, så jeg tænkte, at det nok ikke kunne skade, at jeg kommenterede en afsagt dom.

Mit reelle problem var selvfølgelig, at dommen tydede på, at EU-Domstolen havde forladt konsumptionsprincippet til fordel for en aftaleløsning - og det havde den gjort på en misforstået baggrund.

Så jeg kommenterede præmisserne 16 og 26-28 i dommen i Hokamp-sagen.

16. I denne forbindelse har Domstolen udtalt, at det ikke er muligt at sikre ophavs-mænd til film et vederlag, som står i forhold til det faktiske antal udlejninger, og som sikrer disse ophavsmænd en tilfredsstillende del af udlejningsmarkedet, såfremt de kun har ret til honorar i forbindelse med deres samtykke til salg til såvel almindelige privatpersoner som udlejere af videogrammer. Lovgivninger, som indfører en særlig beskyttelse af retten til udlejning af videokassetter, forekommer derfor begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, jf. traktatens artikel 36 (dommen i sagen Warner Brothers og Metronome Video, a.st., præmis 15 og 16).

26. Således kan det almindelige princip om fri erhvervsudøvelse ikke fortolkes uden hensyntagen til de grundlæggende principper, som er knyttet til beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret og de internationale forpligtelser, som Fællesskabet og medlemsstaterne har indgået inden for dette område. Eftersom der ikke er grundlag for at antage, at de forfulgte formål skulle kunne nås gennem foranstaltninger, som i højere grad beskytter den fri erhvervsudøvelse for personer eller virksomheder, som har specialiseret sig inden for erhvervsmæssig udlejning af fonogrammer, kan konsekvenserne af indførelsen af en eneret til udlejning ikke antages at være uforholdsmæssige eller uantagelige.

27. Det bemærkes endvidere, at direktivet, når der ses bort fra de overgangsforanstaltninger, som er anført i artikel 13, ikke fører til afskaffelse af enhver mulighed for udlejning. Således kan professionelle udlejere forhandle med rettighedshaverne om, på betingelser, som er acceptable for begge parter, at få tilladelse til at udleje de omtvistede genstande eller at indgå en licensaftale.

28. Med hensyn til det anbringende, som er fremført af sagsøgte i hovedsagen, og hvorefter et generelt udlejningsforbud fra bestemte grupper af fremstillere af fonogrammer ville fordreje konkurrencen, skal det blot bemærkes, at hvis dette skulle være tilfældet, ville sådanne fordrejninger ikke være direkte konsekvenser af de omtvistede bestemmelser, som hverken har til formål eller til følge at gøre de pågældende i stand til systematisk at forbyde udlejning af deres produkter med det eneste formål at udelukke konkurrenter fra udlejningsmarkedet.

Mine bemærkninger til præmis 16

Dommerne støttede sig her på det argument, der var fremført af Johan Schlüter i Warner-sagen til forsvar for en lov, der ikke eksisterede, og en debat, der aldrig havde fundet sted.

Der forelå ret nøjagtige tal for, hvor ofte et eksemplar af en bestemt type film blev udlejet i gennemsnit, så betalingen kunne lægges på prisen med det samme. Ingen producent ved sine fulde fem kunne drømme om at vælge en unødvendig besværlig metode og f.eks. opkræve betaling for hver eneste udlejning.

Det umiddelbart tilforladelige mål om at få betaling pr. udlejning havde ingen sammenhæng med FDV's forbud mod udlejning af importerede videogrammer i retssagerne mod Erik og mig. FDV fik heller ikke betaling i forhold til antallet af udlejninger, og det blev ikke ændret af, at udlejning af importerede videogrammer blev forbudt! Der var ikke den mindste sammenhæng mellem det angivne middel og det angivne mål. Argumentets eneste formål var at vildlede EU-Domstolen.

Retsmøderapporten fremlagde det som mit synspunkt, at der ikke var en særlig udlejningsret i den danske lovgivning før 1989. Desværre, for det følger af dette faktum, at der i fogedsagen mod Erik blev nedlagt forbud efter den samme lov, der forbød Dansk Supermarked at sælge Imercos fajancestel. § 25 omfattede både fajancestel og filmværker, men det betød intet i forhold til EU-retten. Her var det afgørende, at der ikke fandtes en særlig lov om udlejning af filmværker i 1987, og det havde Arildsen skrevet i forelæggelsen. Hvis dommerne så det i øjnene, ville de også forstå, at Johan Schlüters argument var opdigtet.

Havde EU-Domstolen mon fraveget konsumptionsprincippet, fordi den havde overset, at det var udgangspunktet i Warner-sagen? Jeg havde ellers omhyggeligt gennemgået dette i mit skriftlige indlæg, og jeg havde fremhævet det mere end én gang i min tale til dommerne. Det var et faktum - ikke mit synspunkt!

Jeg kan meget vel være en af de få, som ville have haft glæde af det, hvis Johan Schlüters løsning var gennemført i virkeligheden. Min udlejning havde et salgsfremmende formål. Jeg udnyttede egentlig ikke udlejningsmarkedet. Mine plader blev kun udlejet 7,8 gange i gennemsnit, og det kunne ikke engang betale deres indkøbspris. Gennemsnittet i videobranchen var 110 udlejninger. Det havde været meget billigere for mig, hvis jeg i stedet for at betale for udlejning via en høj pris for det enkelte eksemplar var sluppet med at betale et mindre beløb pr. udlejning.

Mine bemærkninger til præmis 26

Hvis formålet med en særlig udlejningsret er at undgå udlejning og efterfølgende kopiering af CD-pladerne, er der kun én løsning: Forbud.

Det var sært nok ikke det formål, EU-Domstolen forfulgte. Dommen refererer mærkværdigvis kun til Johan Schlüters argument i Warner-sagen, hvorefter dommerne med bemærkningerne i præmis 27 fuldstændig underminerer den tiltænkte beskyttelse mod privat kopiering af CD-plader!

Mine bemærkninger til præmis 27

Argumenterne i præmis 26 er fair, når formålet er at beskytte musikbranchen mod udlejning og efterfølgende kopiering af CD-plader, som musikbranchen ønsker at sælge, og derfor er de efterfølgende bemærkninger i præmis 27 meningsløse:

“Således kan professionelle udlejere forhandle med rettighedshaverne om, på betingelser, som er acceptable for begge parter, at få tilladelse til at udleje de omtvistede genstande eller at indgå en licensaftale.”

Hvad er formålet med at lade enkelte virksomheder aftale, at de må udleje?

Forestiller EU-Domstolen sig virkelig, at forbrugerne vil undlade at kopiere, blot udlejeren har indgået en aftale om udlejning med rettighedshaverne? Er det ikke mere sandsynligt, at en forbruger, som foretrækker at kopiere i stedet for at købe, blot lejer pladerne af en virksomhed, som har indgået en sådan aftale?

Hvis man vil undgå, at forbrugerne lejer og kopierer CD-plader i stedet for at købe dem, må et forbud være undtagelsesfrit. Det giver ingen mening at forbyde Jensen og Hansen at udleje med den begrundelse, at udlejning fører til kopiering, hvis man samtidig siger til Andersen og Christensen, at de gerne må udleje!

Hvad får dommerne til at tro, at udlejning hos Andersen og Christensen ikke fører til kopiering, blot fordi de to har indgået en aftale med rettighedshaverne?

Mine bemærkninger til præmis 28

Det er ikke formålet med udlejningsretten at eliminere konkurrence (præmis 28). Det er fint at få fastslået, men hvorfor lade muligheden stå åben? Hvorfor fravige konsumptionsprincippet til fordel for en aftaleløsning i de tilfælde, hvor rettighedshaverne vælger at udnytte udlejningsmarkedet? Hvad vil de opnå ved at gøre en individuel forhandling og autorisation til en betingelse for at udleje?

Skal rettighedshaverne kunne tillade Andersen og Christensen at udleje, mens de samtidig forbyder Jensen og Hansen det samme? Aftalebaserede undtagelser sikrer ikke rettighedshaverne en indtjening, men giver anledning til usikkerhed hos udlejerne. Det kan føre til, at udlejere i ensartede situationer behandles forskelligt. Deres adgang til udlejningsmarkedet nægtes måske, selvom de er villige til at opfylde nøjagtig de samme krav som de kolleger, der får lov til at udleje.

EU-Domstolen anfører i præmis 26, at de forfulgte mål ikke kan nås gennem foranstaltninger, som i højere grad beskytter den fri erhvervsudøvelse. Hvis det gjaldt om at tjene penge på udlejningsmarkedet, er det en absurd bemærkning, da man i den virkelige verden klarede dette ved at lægge vederlaget på salgsprisen. Jeg opfordrer EU-Domstolen til at forklare, hvad der opnås ved at give FDV lov til at holde Ove Jensen og Kaj Nordsøn ude af udlejningsmarkedet og i øvrigt at forbyde udlejning af importerede videofilm, blot fordi de er importerede.

Hvis det ikke er en direkte og nødvendig konsekvens af udlejningsretten, at udlejerne diskrimineres og Fællesskabet opdeles, bør EU-Domstolen bedømme rettighedshavernes adfærd efter konkurrencereglerne.

Jeg har specielt tre anmodninger til Domstolen, hvis den fastholder aftaleløsningen i sagen mellem FDV og mig:

1. Vil Domstolen præcisere, hvem der skal sørge for, at konkurrencen ikke fordrejes? Hvem skal beskytte den udlejer, der af en eller anden grund bliver holdt udenfor?
2. Vil Domstolen sikre, at dens løsning om en aftale med rettighedshaveren om betaling pr. udlejning rent faktisk gennemføres?
3. Vil Domstolen præcisere, hvilke rettighedshavere jeg som udlejer skal indgå aftale med? Skal jeg indgå aftale med den rettighedshaver (Pioneer), der har udgivet de eksemplarer, jeg ønsker at udleje, eller medlemmerne af FDV, der er konkurrerende virksomheder, eller filminstruktørerne, som har fået tildelt udlejningsrettighederne i den danske lov?

Laserdisken til dommer Claus Gulmann, 22. maj 1998

Forsøget på at korrespondere med Claus Gulmann

EU-Domstolen er desværre ikke en person, man kan henvende sig til og sige: "Du kan vel huske, hvad du sagde for 10 år siden?"

Af de 11 dommere i Laserdisken-sagen var kun to personer også involveret i Warner-sagen. Det var Mancini, som var generaladvokat i Warner-sagen og i den egenskab afviste sammenligningen mellem udlejning og offentlig fremførelse af film. Også Moitinho de Almeida var genganger. De øvrige dommere var nødt til at læse sagens akter for at sætte sig ind i, hvad EU-Domstolen mente i 1988.

Derfor var det meget uheldigt, at den refererende dommer udelod så mange vigtige fakta. Man kan se af dommen, der vil blive gennemgået på de kommende sider, at dommerne slet ikke satte sig ind i udlejningsdirektivet og blot skimmede dommen i Warner-sagen. Grundlæggende spørgsmål er efterladt ubesvaret.

Der er sikkert gode grunde til, at dommerne ikke korresponderer med en sags parter. Selvom jeg kommenterede en afsluttet sag, var det selvfølgelig i et forsøg på at få brugbare svar ud af dommerne i min egen sag, men hvorfor er det forkert? Burde EU-Domstolen ikke af sig selv overveje de ting, jeg prøvede at drøfte med Claus Gulmann? Burde den ikke af sig selv besvare de tre spørgsmål?

Det fremgår af dommen, at ikke ét eneste spørgsmål er besvaret. Dommerne afsagde en 100 % teoretisk dom, som ikke har løst noget som helst, og som ikke engang har noget at gøre med det præjudicielle spørgsmål, der var forelagt.

Dommer Claus Gulmann har overladt mig Deres skrivelse af 22. maj 1998 til ham og bedt mig meddele Dem, at han som dommer ikke finder, at han kan inkludere sig i nogen korrespondance om verserende sager.

EU-Domstolen til Laserdisken, 27. maj 1998

Generaladvokatens forslag til dom

Man skulle tro, at generaladvokat Mancini i Warner-sagen og generaladvokat La Pergola i Laserdisken-sagen kom fra hver sin planet. Så forskelligt så de verden. La Pergolas lange, teoretiske overvejelser er så virkelighedsfjerne, at det trodsrer enhver beskrivelse. Han ender med at understrege, at løsningen kun kan være den *samme* som i Warner-sagen, hvorefter han vælger en *anden* løsning!

Mancini fandt ikke udlejningsretten begrundet, fordi der ikke var tvivl om, at Warner havde taget hensyn til udlejningen ved prisfastsættelsen. Selvom det også var beskrevet af Arildsen i forelæggelsen, var La Pergola ude af stand til at forstå, at det var sådan, man gjorde. Trist, at retspræsidenten ikke ville tage mod Norman Abbotts brev, hvor det var forklaret igen! Hvis La Pergola kastede et blik ud i den virkelige verden, ville han forstå, at producenterne tjente rigtig mange penge på at sælge udlejningsprodukter, som naturligvis blev udlejet.

Generaladvokat La Pergola forstod ikke forskellen på, at udlejningsretten udtømmes, når værket bringes i omsætning, til forskel fra, at rettighedshaveren giver samtykke til udlejning. Det sidste var udgangspunktet i Warner-sagen.

Han var så optaget af sine teorier, der var så langt fra byrettens beskrivelse af sagen, at han ikke forstod betydningen af artikel 85 og 86. Han filosoferede dog over en mulig betydning, f.eks. hvis sagsøgerne udøvede eneretten til udlejning af LaserDiscs negativt. Han fremstillede mig som en snylter, der ikke ville betale ophavsmændene et vederlag for at udleje deres film, men anerkendte ikke desto mindre betydningen af konkurrencereglerne, hvis forbrugerne blev tvunget til at købe LaserDiscs. Det afslørede en total mangel på forståelse for udlejningsrettens oprindelige formål, som netop var at tvinge forbrugerne til at *købe* CD-pladerne!

14. Udgangspunktet for afgørelsen af den foreliggende præjudicielle sag kan kun være den løsning, Domstolen opstillede for ti år siden, nemlig at selv om retten til udlejning kan være en hindring for videogrammers bevægelighed mellem medlemsstater, udtømmes den ikke ved, at sådanne produkter bringes i omsætning inden for Fællesskabet.

15. Jeg har vanskeligt ved at se, hvorledes ophavsmænd og producenter kunne opnå et rimeligt vederlag for deres intellektuelle virksomhed og deres investeringer, såfremt udenforstående erhvervsdrivende (som f.eks. Laserdisken i hovedsagen) frit og alene med henvisning til, at rettighedshaverens ret til udlejning var udtømt, uden en licensaftale kunne udnytte videogrammerne gennem betaling fra forbrugernes side.

17. Efter min opfattelse er det f.eks. relativt klart, og Laserdisken har påpeget det under hele sagen, at såfremt sagsøgerne udøver deres eneret til udlejning *negativt*, alene med henblik på at forhindre, at der i Danmark opbygges et marked for udlejning af laserdiscs - med den følge, at interesserede danske forbrugere bliver tvunget til at købe produkter til en højere pris, selv om de ville foretrække at leje disse - kan en sådan adfærd fordreje konkurrencen på markedet.

Ophavsmændenes vederlag i virkeligheden

Selvom generaladvokaten gennemgående skrev "ophavsmænd", tyder intet på, at han havde lagt mærke til, at ophavsmændene var gået ind i sagen på min side, fordi de foretrak, at deres filmværker blev udlejet på LaserDiscs.

Ingen havde bemærket, at ophavsmændene var trådt ind i sagen for at støtte udlejningen af deres værker på LaserDiscs. Ingen havde bemærket, at det var mig, der talte på ophavsmændenes vegne til EU-Domstolen. Bagefter orienterede jeg naturligvis DFI om sagens bizarre udvikling.

Udlejningsdirektivet var på dette tidspunkt implementeret i dansk lov, og jeg benyttede lejligheden til at spørge Ebbe Preisler, hvordan den "uoverdragelige ret til vederlag" blev håndteret i praksis. Svaret nedenfor er en interessant kontrast til den danske regerings skriftlige indlæg og generaladvokatens teorier.

Hvordan er det gået i virkeligheden?

I skrivende stund er det mere end 29 år siden, at direktivet med ophavsmandens uoverdragelige ret til vederlag blev vedtaget. Det er mere end 23 år siden, at EU-Domstolen fulgte generaladvokatens anbefaling og afviste den virkelige verdens løsning, hvor vederlaget for udlejning af videofilm lægges på salgsprisen.

Det hører med til historien, at der intet sted i EU i de efterfølgende år blev indført et system, der honorerede ophavsmændene eller producenterne i forhold til antallet af udlejninger, og at filminstruktørerne trods direktivbestemmelsen om et uoverdrageligt vederlag aldrig fik betaling, når deres film blev udlejet.

I kapitel 30 har jeg med et konkret eksempel vist, at filminstruktørens eneret til at tillade eller forbyde udlejning af filmværker var og er fuldstændig værdiløs.

Ingen kunne mindre end de danske filminstruktører mistænke dig for ikke at ville betale filmenes ophavsmænd retmæssige vederlag, så der skal du blot endnu en gang bede om vores støtte, hvis den kan udmøntes på en brugbar måde.

Låne/leje-direktivet tillægger ganske rigtigt en films kunstneriske rettighedshavere en uoverdragelig ret til vederlag for leje og udlån. I præamblen fik den europæiske producentlobby dog indført i tolvte time, at dette vederlag *kan* aftales på kontrakttidspunktet mellem skaber og producent. Det fik det danske kulturministerium(s embedsmænd) til at foreslå, at man ved den danske implementering af direktivet ikke alene skulle skrive *kan*, men *skal*.

Den daglige praksis i Danmark for betaling af det nævnte vederlag er derfor blevet meget pragmatisk: Det skrives i kontrakterne, at vederlaget indgår i den aftalte royalty! Det er vildt utilfredsstillende, burde også være det for en europæisk politiker, der mente noget med denne beskyttelse af ophavspersonerne i et værk. Men hvem skal man sige det til? Ingen ønsker at ribbe op i gamle direktiver, der er klart tungere at ændre end national lovgivning.

Introduktion til EU-Domstolens dom

Lad mig indledningsvist afsløre, at EU-Domstolen hverken forholdt sig til FDV's og Warners markedsopdeling eller til Arildsens præjudicielle spørgsmål. Denne gang blev EU-Domstolen narret til at forholde sig til en særlig lov om, at der skal betales for udlejning af film i forhold til antallet af udlejninger. I min analyse af dommen på side 382-390 gennemgås minutøst, hvordan det kunne gå så galt.

Hvis man forstår, hvordan Johan Schlüter og den internationale industri endnu en gang narrede EU-Domstolen til at tage stilling til en helt anden situation end det forelagte problem, vil man også forstå baggrunden for nogle af de dyreste og mest katastrofale domme i Fællesskabets historie. De er hovedemnet i del 4.

Dom

1. Ved kendelse af 7. februar 1997, indgået til Domstolen den 12. februar 1997, har retten i Ålborg i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 30, 36, 85 og 86 og af Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (EFT L 346, s. 61, herefter »direktivet«).
2. Spørgsmålene er blevet rejst under en sag mellem Foreningen af Danske Videogramdistributører (FDV) som mandatar for Egmont Film A/S m.fl. og den danske virksomhed Laserdisken, en specialforretning for markedsføring af filmværker på laserdiscs, angående udlejning i Danmark af sådanne produkter importeret fra Det Forenede Kongerige.
3. Efter dansk ret er det en forudsætning for udlejning af filmværker, at indehaveren af ophavsrettighederne har givet tilladelse hertil (§ 23, stk. 3, i ophavsretsloven, som ændret i 1989). En tilsvarende bestemmelse blev indført i den engelske lovgivning med virkning fra den 1. august 1989 (Copyright, Designs and Patents Act 1988, section 16, 17 og 18).
4. I direktivets artikel 1, stk. 1, pålægges det medlemsstaterne at indføre ret til at tillade eller forbyde udlejning og udlån af originalværker og eksemplarer af ophavsretligt beskyttede værker samt af andre frembringelser. I henhold til artikel 1, stk. 4, medfører salg eller anden form for distribution ikke, at de omhandlede rettigheder udtømmes. Endvidere fremgår det af direktivets artikel 9, at spredningsretten, som er en eneret til at gøre en af de omhandlede genstande tilgængelige for almenheden ved salg eller på anden måde, først udtømmes, når genstanden for første gang sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, idet spredningsretten ikke berører de særlige bestemmelser om udlejnings- og udlånsrettigheder, særlig artikel 1, stk. 4.
5. Laserdisken, som siden 1985 i Danmark har solgt laserdiscs importeret fra Det Forenede Kongerige, begyndte i 1987 også at udleje sådanne film for at fremme salget

af produkterne, som er væsentligt dyrere end filmværker på videobånd og hovedsageligt købes af folk, som i forvejen kender filmene. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at indehaverne af ophavsrettighederne stiltiende havde accepteret, at laserdiscene blev udlejet i Det Forenede Kongerige, men at de ikke havde givet tilladelse til en sådan udlejning uden for denne medlemsstat.

6. I 1992 blev Laserdisken stævnet for ulovlig udlejning i strid med ophavsretslovens § 23, stk. 3, og der blev nedlagt fagedforbud mod udlejning af filmværker, hvortil rettighederne til fremstilling og distribution i Danmark tilhørte FDV's medlemmer, idet FDV skulle stille sikkerhed for den skade, forbuddet kunne forvolde. Fagedforbuddet blev stadfæstet af Vestre Landsret.

7. Under justificationssagen har Retten i Ålborg, som finder, at sagens afgørelse afhænger af fortolkningen af fællesskabsretten, besluttet at forelægge Domstolen præjudicielle spørgsmål. Beslutningen herom blev appelleret til Vestre Landsret, som har stadfæstet beslutningen, men foretaget mindre ændringer af spørgsmålenes formulering. I deres endelige affattelse lyder de forelagte spørgsmål således:

»Er EF-traktatens artikel 30 sammenholdt med artikel 36 samt artikel 85 og 86 til hinder for, at den, der af indehaveren af enerettighederne til et filmværk har fået overdraget en eneret til fremstilling og distribution af eksemplarer af filmværket i en medlemsstat, kan give samtykke til udlejning af egne udgivelser og samtidig forhindre udlejning af importerede udgivelser, der er bragt på markedet i en anden medlemsstat, hvor indehaveren af enerettighederne til fremstilling og distribution af eksemplarer af filmværker har overdraget eksemplarerne til eje under stiltiende accept af, at eksemplarerne udlejes i dette medlemsland?

Under hensyntagen til, at rådsdirektivet 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret er trådt i kraft, stilles det samme spørgsmål under forudsætning af, at det lægges til grund, at direktivet er gældende for besvarelsen.«

8. Med disse to spørgsmål ønsker den forelæggende ret oplyst, om de anførte artikler i traktaten og direktivet er til hinder for, at indehaveren af en eneret til udlejning kan forbyde udlejning af eksemplarer af et filmværk i en medlemsstat, selv om der er givet tilladelse til udlejning af disse eksemplarer i en anden medlemsstat.

9. Indledningsvis bemærkes, at selv om forelæggelseskendelsen nævner traktatens artikel 85 og 86 blandt de fællesskabsbestemmelser, som den nationale ret ønsker fortolket, indeholder den ingen nærmere oplysninger om, hvilke grunde retten har haft til at stille spørgsmål om disse artiklers betydning i forhold til hovedsagens faktiske og retlige omstændigheder. Da der ikke er givet sådanne oplysninger, har den forelæggende ret, som anført af generaladvokaten i punkt 17 i forslaget til afgørelse, ikke sat Domstolen i stand til at give retten en relevant fortolkning af de nævnte artikler.

10. Under disse omstændigheder og i overensstemmelse med fast retspraksis, hvis krav ganske særlig gælder på konkurrencerettens område, der er karakteriseret ved kom-

plekse faktiske og retlige forhold (jf. f.eks. dom af 26.1.1993, forenede sager C-320/90, C-321/90 og C-322/90, *Telmarsicabruzzo m.fl.*, Sml. I, s. 393, præmis 6 og 7, og kendelse af 19.3.1993, sag C-157/92, *Banchero*, Sml. I, s. 1085, præmis 4 og 5), må de af den nationale ret forelagte spørgsmål afvises, i det omfang de vedrører fortolkningen af traktatens artikel 85 og 86. Der kan således kun tages stilling til spørgsmålene for så vidt angår fortolkningen af traktatens artikel 30 og 36 og direktivet.

11. FDV, Warner Home Video Inc., den danske, den franske, den finske og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen har foreslået Domstolen at besvare den forelæggende rets spørgsmål benægtende. De har i det væsentlige gjort gældende, at det fremgår af Domstolens praksis (dom af 17.5.1988, sag 158/86, *Warner Brothers og Metronome Video*, Sml. s. 2605) og af direktivet, at retten til at tillade eller forbyde udlejning af en film er beslægtet med retten til offentlig fremførelse, og at den i modsætning til spredningsretten ikke udtømmes, når den udøves for første gang.
12. Laserdisken og de parter, der er interveneret i hovedsagen til støtte for denne part, finder derimod, at samtykke til udlejning medfører konsumtion af eneretten til at forbyde udlejning af eksemplarer af et filmværk, og at en udnyttelse af en sådan ret under de beskrevne omstændigheder er uforenelig med traktatens artikel 30 og 36 og direktivets formål, som bl.a. er at etablere et område uden indre grænser.
13. Det bemærkes, at som understreget af Domstolen i præmis 14 i dommen af 28. april 1998 i sagen *Metronome Musik* (sag C-200/96, Sml. I, s. 1953), fremgår princippet om, at spredningsretten udtømmes, når værker, som er beskyttet af ophavsretten, udbydes til salg af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, af fast retspraksis, hvorefter EF-traktatens artikel 36 kun tillader, at princippet om frie varebevægelser fraviges af hensyn til de i medlemsstaternes lovgivninger anerkendte industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder, i det omfang disse fravigelser er begrundet i hensynet til beskyttelse af de rettigheder, der udgør denne ejendomsrets særlige genstand. Den ved en medlemsstats lovgivning om industriel og kommerciel ejendomsret sikrede eneret har netop udtømt sine virkninger, når en vare lovligt er bragt på markedet i en anden medlemsstat af rettens indehaver selv eller med dennes samtykke (jf. navnlig dom af 20.1.1981, forenede sager 55/80 og 57/80, *Musik-Vertrieb membran og K-tel International*, Sml. s. 147, præmis 10 og 15, og af 22.1.1981, sag 58/80, *Dansk Supermarked*, Sml. s. 181, præmis 11).
14. Imidlertid har Domstolen i dommen i sagen *Warner Brothers og Metronome Video*, a.st., også udtalt, at litterære og kunstneriske værker kan udnyttes kommercielt enten ved offentlige fremførelser eller ved at fremstille eksemplarer og bringe de således fremstillede fysiske bærere i omsætning. Et eksempel herpå er udlejning af videokassetter, som henvender sig til et andet publikum end salgspublikummet, og som udgør en væsentlig potentiel indtægtskilde for ophavsmænd til film.
15. I denne forbindelse har Domstolen udtalt, at det ikke er muligt at sikre ophavsmænd til film et vederlag, som står i forhold til det faktiske antal udlejninger, og som sik-

rer disse ophavsmænd en tilfredsstillende del af udlejningsmarkedet, såfremt de kun har ret til honorar i forbindelse med deres samtykke til salg til såvel almindelige privatpersoner som udlejere af videogrammer. Lovgivninger, som indfører en særlig beskyttelse af retten til udlejning af videogrammer, forekommer derfor begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, jf. traktatens artikel 36 (dom i sagen Warner Brothers og Metronome Video, a.st., præmis 15 og 16).

16. I samme dom, præmis 17 og 18, tilbageviste Domstolen endvidere argumentet om, at en ophavsmand, som havde udbudt et videogram med en film til salg i en medlemsstat, hvor lovgivningen ikke gav ham nogen eneret til udlejning, måtte acceptere konsekvenserne af sit valg og konsumtionen af sin ret til at modsætte sig udlejning af videogrammet i en hvilken som helst anden medlemsstat. I tilfælde, hvor en national lovgivning giver ophavsmænd en særlig ret til udlejning af videogrammer, ville denne ret således miste sit indhold, hvis rettighedshaveren ikke kunne bestemme over udlejning.
17. Det forhold, at billed- og lydberere er bragt i omsætning, kan således per definition ikke lovliggøre andre former for udnyttelse af det beskyttede værk, såsom udlejning, som efter sin natur adskiller sig fra salg og fra enhver anden lovlig spredningshandling. På samme måde som retten til offentlig fremførelse af et værk (jf. dom af 13.7.1989, sag 395/87, Tournier, Sml. s. 2521, præmis 12 og 13) er udlejningsretten et af de prærogativer, der tilkommer ophavsmanden og producenten på trods af salget af de fysiske bærere, som indeholder værket (dommen i sagen Metronome Musik, a.st., præmis 18).
18. Samme ræsonnement må følges med hensyn til virkningerne af udlejningen. Som understreget af generaladvokaten i punkt 15 i forslaget til afgørelse, åbner eneretten til at udleje de enkelte eksemplarer af et værk, der er overført på et videogram, efter sin karakter mulighed for en udnyttelse i form af gentagne og nærmest ubegrænsede handlinger, som hver for sig giver ret til vederlag. Den særlige ret til at tillade eller forbyde udlejning ville miste sit indhold, hvis den allerede blev udtømt ved den første udlejning.
19. For så vidt angår direktivet bemærkes, at de faktiske omstændigheder, der danner grundlag for hovedsagen, ligger forud for vedtagelsen af direktivet. Da sagen for den nationale ret imidlertid verserer, efter at direktivet er begyndt at have retsvirkninger i de berørte medlemsstater, og da den forelæggende ret netop har stillet spørgsmål til Domstolen herom, skal anmodningen om fortolkning også besvares i relation til direktivet.
20. Det bemærkes i denne forbindelse, at selv om der i tredje betragtning til direktivet, som begrundelse for at eliminere forskellene mellem de nationale lovgivninger, henvises til det i traktatens artikel 8 A fastsatte mål om etablering af et område uden indre grænser, har direktivet, som fastslået af Domstolen i præmis 22 i dommen i sagen Metronome Musik, til formål at indføre en harmoniseret retsbeskyttelse i Fællesskabet for så vidt angår retten til udlejning og udlån og visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret. Der

sondres herved i direktivet mellem på den ene side den i artikel 1 omhandlede særlige udlejnings- og udlånsret og på den anden side spredningsretten efter artikel 9, som er defineret som en eneret til at gøre de omhandlede genstande tilgængelige for almenheden, navnlig ved salg. Mens retten til udlejning ikke udtømmes ved salg eller anden form for distribution af genstanden, udtømmes spredningsretten ved det første salg i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse (dommen i sagen *Metronome Musik*, præmis 19).

21. Direktivet udelukker således udtrykkeligt, at udlejningsretten, i modsætning til spredningsretten, kan udtømmes ved nogen form for distribution af den pågældende genstand. Som fastslået i nærværende doms præmis 18, er dette begrundet i selve udlejningsrettens karakter, idet denne ret ville miste sit indhold, hvis den allerede blev udtømt ved den første udlejning.
22. I modsætning til hvad sagsøgte i hovedsagen og intervenienterne gør gældende, fremgår det således både af en fortolkning af traktatens artikel 30 og 36 for så vidt angår beskyttelsen af ophavsrettigheder og af direktivet, at eneretten til at tillade eller forbyde udlejning af en film ikke udtømmes, når retten udøves for første gang i en af Fællesskabets medlemsstater. Det er således ikke i strid med de nævnte bestemmelser at udnytte en sådan ret under omstændigheder som de i forelæggelseskendelsen beskrevne.
23. Spørgsmålene fra den forelæggende ret skal herefter besvares med, at traktatens artikel 30 og 36 og direktivet ikke er til hinder for, at indehaveren af en eneret til udlejning kan forbyde udlejning af eksemplarer af et filmværk i en medlemsstat, selv om der er givet tilladelse til udlejning af disse eksemplarer i en anden medlemsstat.

Sagens omkostninger

24. De udgifter, der er afholdt af den danske regering, den franske, den finske og Det Forenede Kongeriges regering samt af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser kender

DOMSTOLEN

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt den af retten i Aalborg ved kendelse af 7. februar 1997, for ret:

EF-traktatens artikel 30 og 36 og Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret er ikke til hinder for, at indehaveren af en eneret til udlejning kan forbyde udlejning af eksemplarer af et filmværk i en medlemsstat, selv om der er givet tilladelse til udlejning af disse eksemplarer i en anden medlemsstat.

Analyse af EU-Domstolens dom

Jeg havde fejlet i forsøget på at få stillet en serie relevante spørgsmål om FDV's markedsopdeling og autorisationssystem, men det var trods alt lykkedes at holde Arildsen på sporet. Vildledningen kom ikke fra ham.

Selvom Johan Schlüter og Warner førte sig frem i vanlig stil, var jeg skuffet over den manglende kvalitet i EU-Domstolens håndtering af sagen. Selvom også de øvrige medlemsstater og Kommissionen tydeligvis var under Johan Schlüters kontrol, kunne EU-Domstolen stadig forholde sig til de stillede spørgsmål!

De centrale dokumenter til en forståelse af Laserdisken-sagen er følgende:

1. Dom og retsmøderapport i Warner-sagen, 17. maj 1988.
2. Kommissionens forslag til låne/leje-direktivet, 24. januar 1991.
3. Forelæggelsen fra Retten i Aalborg, 7. februar 1997.

Hovedemnerne er følgende:

1. En særlig lov, hvorved rettighedshaverne honoreres pr. udlejning.
2. Sidestilling af udlejning med offentlig fremførelse.
3. Konsumtion af udlejningsretten ved samtykke til *udlejning*.
4. Anerkendelse af andre rettighedshavere end FDV og Warner.

Præmis 3: Ukendskab til ophavsret og harmoniseringsbehovet

Allerede i præmis 3 kører EU-Domstolen af sporet med afgørende faktuelle fejl. Først beskrives § 23, stk. 3, således, at "indehaverne af ophavsrettighederne" skal give tilladelse til udlejning. Det er forkert. Der står udtrykkeligt "ophavsmanden" i § 23, stk. 3, både i forelæggelsen og i retsmøderapporten.

Det bemærkes, at de, der var omtalt i denne lov, positivt ønskede, at deres film blev udlejet på LaserDiscs. Det var "indehaverne af rettighederne til fremstilling og distribution" af *konkurrerende* produkter, der havde forbudt udlejning, og deres rettigheder stammede ikke fra § 23, stk. 3. Alle de rettigheder, FDV's medlemmer havde, stammer fra aftaler med producenterne. Man får det misvisende indtryk af beskrivelsen, at loven tildelte FDV en særlig udlejningsret.

Det er vigtigt at skelne mellem de forskellige typer rettighedshavere, som har fået en udlejningsret enten i deres nationale lovgivning, som det var tilfældet med ophavsmændene i Danmark i 1989, eller på grund af direktivet, som var årsag til, at også producenterne fik selvstændige rettigheder i Danmark i 1995.

Derefter tilføjer EU-Domstolen, at en tilsvarende bestemmelse blev indført i den britiske lovgivning i 1989. Det er ikke rigtigt, idet der netop ikke var tale om en tilsvarende bestemmelse. I den britiske lovgivning var udlejningsretten givet til producenterne. Harmoniseringsbehovet skyldes bl.a. de divergerende opfattelser af ophavsret (side 175), og som tydeligt afspejles af Kommissionens redegørelse for retstilstanden i hhv. Danmark og i Storbritannien i direktivforslaget (side 184).

Hændelige fejl eller manipulation?

En forståelse for direktivet og harmoniseringsbehovet er naturligvis nødvendig, når det præjudicielle spørgsmål skal besvares på baggrund af direktivet. Allerede i præmis 3 demonstrerer dommerne uvidenhed om forskellen på “droit d’auteur” og “copyright” og det efterfølgende behov for at harmonisere udlejningsretten. Var der tale om en hændelig fejl?

Dommer Puissochet gjorde det ikke lettere for sine kolleger ved at undlade at medtage ophavsmandenes retlige argumenter i retsmøderapporten eller bare det faktum, at filminstruktøren ifølge direktivet skal anerkendes som ophavsmand. Jeg havde gennemgået retsudviklingen i mit skriftlige indlæg, og i mit mundtlige indlæg til samtlige dommere havde jeg redegjort for forskellen på producenter og ophavsmænd. Havde samtlige dommere glemt min tale?

Kendte ingen af dommerne til direktivets formål? Claus Gulmann havde sagt, at det var en udfordring for ham, at der var flere rettighedshavere med samme ret. På det tidspunkt havde han forstået noget. Han havde åbenbart glemt det igen, for det fremgår af resten af dommen, at dommerne på intet tidspunkt forholder sig til det faktum, at der er flere rettighedshavere med den samme udlejningsret.

En enkelt fejl udspringer af Arildsens forelæggelse. Vi fik ikke drøftet forskellen på “droit d’auteur” og “copyright”, men med dokumentation havde jeg redegjort for begreberne i mit skriftlige indlæg og udpeget forskellene i de ophavsretlige traditioner i Storbritannien og Danmark. Som dokumentation for den danske lov havde jeg fremlagt den ophavsretslov, der gjaldt under Warner-sagen. Det var blot at læse § 23 og konstatere, at den ikke indeholdt en bestemmelse om filmværker. Jeg havde også fremlagt de to fagedforbud mod Erik. Det fremgår af det første forbud fra 1984, at der var nedlagt forbud efter § 2, fordi § 23 *ikke* omfattede filmværker (side 99), og det fremgår af det andet forbud fra 1989, at formålet var at tvinge Erik til at købe FDV’s udgivelser (side 137).

For at forklare min opfattelse af retstilstanden havde jeg fremlagt daværende kulturminister Ole Vig Jensens bemærkninger til § 25, og det fremgår, at bestemmelsen var baseret på hensynet til den frie vareomsætning (side 154). Uanset min opfattelse af § 25 var det i hvert fald et faktum, som var beskrevet af Arildsen, at der ikke var nogen særlov om udlejning af filmværker i 1987.

Selvom jeg specifikt gjorde opmærksom på det i mit brev til den refererende dommer, blev det fjernet fra de “faktiske omstændigheder” og beskrevet som mit synspunkt. I stedet for at respektere Arildsens forelæggelse byggede dommerne videre på Warner-sagen uden rigtigt at sætte sig ind i, hvad den gik ud på.

Det siger næsten sig selv, at den refererende dommer må træffe en beslutning, når informationerne i en forelæggelse er tvivlsomme, dvs. informationerne om, at der ikke var en særlov om udlejning af filmværker i den danske lov i 1987, og at den danske lovgivning fra 1989 svarede til den britiske. Men i så fald burde han have undersøgt det, og han havde dokumentationen lige ved hånden.

Præmis 4: Redegørelse for udlejnings- og udlånsretten

Der er intet kontroversielt her. Dommerne gør i præmis 4 opmærksom på, at der er indført en udlejnings- og udlånsret, og at den består, selvom værket er udgivet. Baggrunden er, at mange medlemsstater på det tidspunkt havde en slags § 25, som tillod spredning - herunder udlån og udlejning - blot værket var udgivet. Det nye var, at udlejnings- og udlånsretten også skulle bestå *efter* værkets udgivelse.

Direktivets artikel 9 er nævnt, fordi den indeholder en bestemmelse om konsumtion ved udgivelse. Det understreges igen, at en udgivelse trods ordlyden af artikel 9 ikke medfører konsumtion af udlejnings- og udlånsretten.

Præmis 5: Opdigtet forbud i Danmark

Problemet er den sidste sætning, "men at de (rettighedshaverne) ikke havde givet tilladelse til en sådan udlejning uden for denne medlemsstat (Danmark)", for det giver indtryk af, at der er forskel på rettighedshavernes accept af udlejning i hhv. England og Danmark. Det er ikke sandt, og det stod der intet om i forelæggelsen. Ingen af aktørerne på det britiske videomarked har udtalt sig om udlejning, hvis der ses bort fra teksten i Lightnings katalog, og her står der i hvert fald intet om, at videogrammerne ikke må udlejes lige præcis i Danmark. Jeg begyndte netop at udleje efter aftale med Lightning. Pioneer og Warner Home Video (UK) har ikke udtalt sig om udlejning af deres udgivelser i andre medlemsstater.

Hvor kommer det så fra? Det kommer fra det danske indlæg, hvor den danske regering ukorrekt skriver, at forbuddet blev nedlagt, fordi Warner ikke havde tilladt udlejning i Danmark. Og det kommer fra Warners indlæg i forbindelse med løggen om, at Warner overhovedet ikke har udgivet LaserDiscs i Storbritannien, hvor Warner reelt foregiver, at selskabet opnåede en markedsandel på 18,2 % af det britiske udlejningsmarked uden at have accepteret udlejning! Arildsen troede ikke på dette, men EU-Domstolen tog løggen til sig og så bort fra, at Pioneer som rettighedshaver var trådt ind i sagen for at forsvare sig mod konkurrentens forbud.

Det fremgår af forelæggelsen, at indehaverne af ophavsrettighederne "stiltiende" havde accepteret, at LaserDisc'ene blev udlejet i England. Filmselskaberne tjente mere på udlejning i England end i noget andet EU-land. Det britiske marked var et forbillede, selvom ingen kunne dokumentere en tilladelse til udlejning.

Mørkelygten er brugt flittigt, og virkeligheden er forvrænget til ukendelighed. Når en kioskejer sælger dagens avis, er det også med en slags "stiltiende" accept. Ingen kan dokumentere en positiv tilladelse til at sælge aviser. På samme måde kan man mistænkeliggøre en avissælger, der sælger danske aviser i Malmö. Kan han dokumentere en tilladelse til, at aviserne må sælges uden for Danmark?

Det er ikke direkte usandt, men det er vildledende, hvis man skaber et billede af, at der er noget suspekt ved en svensk avissælger, der sælger en dansk avis uden at have fået særlig tilladelse. Det er også typisk Johan Schlüter-manipulation, og desværre forvekslede EU-Domstolen dette med Arildsens forelæggelse.

Retten i Aalborg har for mig at se ikke i fornødent omfang redegjort for de faktiske omstændigheder i sagen, der danner grundlag for denne del af spørgsmålet, og har således ikke sat Domstolen i stand til at give retten en relevant fortolkning af artikel 85 og 86. Dette er imidlertid ikke til hinder for, at den forelæggende ret på ny, såfremt det findes hensigtsmæssigt, kan anmode Domstolen om en fortolkning ved at forelægge yderligere præjudicielle spørgsmål som led i samme hovedsag.

Afslutningen på Generaladvokatens forslag til dom, 26. maj 1998

Præmis 9 og 10: Afvisningen af det præjudicielle spørgsmål

Her vælger generaladvokaten og dommerne reelt side. De har fået stillet et præjudicielt spørgsmål om rettighedshavernes opdeling af markedet for udlejning af filmværker. FDV har siden 1988 ladet som om, at EU-Domstolen i Warner-sagen godkendte isoleringen af territoriet Danmark med den konsekvens, at rettighedshavere fra andre medlemsstater ikke har adgang. Det lykkedes mig at få Arildsen til at indse, at det ikke passede, og at spørgsmål om områdeopdeling via aftaler skal vurderes på grundlag af EF-traktatens artikel 85 og 86.

Hverken Kommissionen eller medlemsstaterne har forholdt sig til dette. De har i stedet tegnet et billede af en dansk lov, hvorefter "rettighedshaveren" honoreres i forhold til antallet af udlejninger, at jeg anfægter denne lovs gyldighed, og at jeg nægter at betale. Det er pure opspind, og det kommer ikke fra forelæggelsen.

Der står i forelæggelsen, at parterne er enige om, at sagen afgøres efter § 23, stk. 3, men der står ikke i § 23, stk. 3, at samtykket skal gives for hver udlejning for sig, til hver enkelt udlejer eller til hvert land for sig, og der står heller ikke, at "ophavsmanden" (hvem det så er) nødvendigvis skal have vederlag, hver gang en film udlejes. Der står heller ikke i forelæggelsen, at jeg nægter at betale vederlag til "ophavsmændene". Alt dette var fabrikeret af Johan Schlüters støtter.

Arildsen har derimod skrevet, at rettighedshaverne i begge medlemsstater har valgt at udnytte udlejningsmarkedet, og at rettighedshaveren i England udnytter værkets markedsmuligheder gennem de til enhver tid fastsatte salgspriser. Det konkurrenceretlige problem uddybede han ved at tilføje, at "hvis det anerkendes, at rettighedshaveren kan forbyde udlejning af sådanne eksemplarer i en anden medlemsstat, hvor andre eksemplarer udlejes med rettighedshaverens samtykke, vil det være muligt at opdele det indre marked, således at udlejning sker til een pris i eet land og en anden pris i et andet land." (side 327)

Det er klar tale, og det er absolut muligt at forholde sig til den situation. Det gjorde jeg i mit skriftlige indlæg og i mit mundtlige indlæg, men alligevel valgte først generaladvokaten og derefter EU-Domstolen at ignorere både spørgsmålet og den problemstilling, som Arildsen havde beskrevet i forelæggelsen. De tog i stedet stilling til en fiktiv lov, der påbyder, at "rettighedshaveren" ved udlejning af et eksemplar af værket skal honoreres i forhold til antallet af udlejninger!

Præmis 11 (og 9): Kommissionens og medlemsstaternes opfattelse

Præmis 11 er dommens mest interessante afsnit, fordi det afslører Johan Schlüters enorme indflydelse på EU's realpolitik, dvs. EU-Domstolens afgørelser.

FDV, Warner, medlemsstaterne og Kommissionen gjorde netop det gældende, der står i præmis 11. Spørgsmålet er: Hvorfor gjorde de netop det gældende? Det er interessant, fordi det ikke havde noget at gøre med forelæggelsen, der burde være deres informationskilde til sagen, og fordi de konkluderede i strid med fakta på nøjagtig samme måde, som Johan Schlüter gjorde.

Med henvisning til Warner-sagen og udlejningsdirektivet gjorde sagsøgerne, medlemsstaterne og Kommissionen alle gældende, at

1. Udlejning er beslægtet med offentlig fremførelse.
2. Udlejningsretten konsumeres ikke ved samtykke til udlejning.
3. Konkurrencereglerne har ingen betydning.

1. Udlejning er beslægtet med offentlig fremførelse

Ifølge dommens præmis 11 er de alle enige om, at det fremgår af Warner-sagen og af direktivet, at udlejning af en film er beslægtet med retten til offentlig fremførelse. Jeg har gennemgået påstanden i forbindelse med Kommissionens indlæg og nøjes med at gentage, at det er meget mystisk, at alle indlæg ud over mine egne giver udtryk for netop den holdning. Hvorfor er det mystisk?

Det er mystisk, fordi det slet ikke har været gjort gældende under de fem års forberedelser ved byretten. Sidst i forelæggelsen er parternes hovedsynspunkter gengivet, og her er det ikke engang nævnt, at sagsøgerne mener, at udlejning er beslægtet med offentlig fremførelse, og det er der en god forklaring på.

Hvis argumentet var fremført for byretten, ville det blive undersøgt og afvist, fordi det er løgn. Johan Schlüter forsøgte netop med argumentet i Warner-sagen, og det blev afvist af generaladvokaten (side 115). Og Kommissionen støttede ikke synspunktet i direktivforslaget, hvilket kan læses ud af afsnit 1.2 (side 343).

Argumentet er "gemt" til EU-Domstolen, og det har fået vægt af kun én årsag: Fordi medlemsstaterne og Kommissionen *alle* fremførte argumentet. Til gengæld er det et mysterium, at de overhovedet fandt anledning til argumentet, fordi det ikke har nogen forbindelse med det præjudicielle spørgsmål - og i øvrigt hverken støttes af Warner-sagen, af direktivet eller af direktivets forarbejder.

Jeg vil udlove en film til hver og én, som i Warner-sagen kan finde støtte til den opfattelse, at udlejning er beslægtet med offentlig fremførelse. Tilsvarende vil jeg udlove en film til enhver, som kan finde støtte til opfattelsen i direktivet eller i direktivforslaget. Jeg har undersøgt Warner-sagen og direktivet minutløst, så jeg ved, at det er løgn. Der findes derimod støtte til den modsatte opfattelse; at udlejning *ikke* kan sammenlignes med offentlig fremførelse.

Hvad kan forklare, at medlemsstaterne og Kommissionen misforstod Warner-sagen og udlejningsdirektivet så markant og på nøjagtig samme måde?

2. Udlejningsretten konsumeres ikke ved samtykke til udlejning

Retssagen mod Erik Viuff Christiansen handlede om, at FDV v/Metronome Video ville sætte en stopper for udlejningen af importerede film, fordi de ville have det danske marked for sig selv. Den ønskede markedsopdeling var klart i strid med konkurrencereglerne, så det gjaldt om at aflede opmærksomheden fra det forhold. Derfor opfandt Johan Schlüter en særlig lov om udlejning af film. EU-Domstolen troede på det, sandsynligvis fordi løggen blev støttet af den danske regering, men som før nævnt blev den fiktive lov beskrevet således (side 105):

“Eneretten til at tillade udlejning af et musikværk eller filmværk i medfør af § 2 og § 23 ... konsumeres ikke ved rettighedshaverens salg af et eksemplar, men først når han har tilladt, at værket udlejes.”

Den praktiske betydning var som gennemgået i kapitel 20, at rettighedshaveren til et musikværk eller et filmværk fik mulighed for at skabe et salgsmarked, hvor forbrugerne var tvunget til at købe CD-pladerne, så de ikke bare kunne leje dem og kopiere dem. Det gav god mening, at denne eneret blev konsumeret, hvis man valgte at udnytte udlejningsmarkedet, hvilket man i praksis gjorde ved at lægge vederlaget for udlejningen på salgsprisen.

Det præcise indhold af den lov, der blev godkendt i Warner-sagen, kan enhver få bekræftet ved at slå op i EU-Domstolens domssamling, 1988, side 2607 øverst. Hvorfor mon medlemsstaterne og Kommissionen tog så meget fejl af den lov, der blev beskrevet og vurderet i Warner-sagen?

Undersøgte nogen af dommerne - herunder den refererende dommer - selv, hvad der stod i den lov, EU-Domstolen havde vurderet i Warner-sagen? Næh! Heller ikke selvom jeg i min tale havde citeret udtrykkeligt og præcist.

Har nogen forsøgt at forklare, hvordan man forestiller sig, at udlejningsretten kan fungere med flere forskellige rettighedshavere uden konsumtion? Næh!

3. Konkurrencereglerne har ingen betydning

Jeg vil udlove en film til hver og én, som kan udpege, hvor der i forelæggelsen står, at der ikke er indgået konkurrencebegrænsende aftaler. Det er også risikofrit fra min side, for det er også usandt.

Jeg mener ikke, at Generaladvokaten og EU-Domstolen har ret i, at Arildsen ikke har beskrevet det konkurrenceretlige problem i forelæggelsen. Imidlertid har sagsøgerne, medlemsstaterne og Kommissionen fuldstændigt ignoreret problemstillingen for alle de videoudlejere, der som Erik Viuff Christiansen opererede på udlejningsmarkedet med designede udlejningseksemplarer, hvortil der ifølge Storbritanniens eget indlægs afsnit 14 faktisk er forbundet en ret til udlejning til almenheden. Ingen har forholdt sig til Pioneers problemer med at komme ind på det danske marked med sine egne udgivelser. EU-Domstolen har bare valgt at tro på “Johan Schlüters indlæg” og ignoreret både forelæggelsen og mine indlæg.

Præmis 12: Forkert gengivelse af min opfattelse

Gengivelsen af mine synspunkter i præmis 12 er forkert. Det er ikke, hvad jeg og ophavsmændene gav udtryk for. Jeg nævnte fire metoder til indtjening, som ikke opdeler det indre marked. Jeg accepterer alle fire, også de to - den første og den anden (side 361) - som indebærer, at udlejningsretten ikke konsumeres.

Jeg skrev udtrykkeligt i mit skriftlige indlæg (side 332), at to-pris systemet ikke nødvendigvis er et problem. Det var et problem for mig, fordi det ikke blev brugt i England, men hvis alle kassetter i EU blev tydeligt mærket, så man kunne skelne salgskassetter fra udlejningskassetter, var jeg helt med på det system.

DFI havde påpeget, at hvis producenterne kan udøve udlejningsretten i forhold til de enkelte eksemplarer, så bør ophavsmændene også kunne det! DFI var sådan set ikke modstander af, at konsumptionsprincippet blev ophævet.

Dommernes formulering er uklar. I præmis 12 står der “en udnyttelse under de beskrevne omstændigheder.” Hvilke omstændigheder tænker de på? De skrev jo i præmis 9, at de faktiske omstændigheder er så uklare, at det ikke er muligt at anvende konkurrencereglerne! Så hvad mener de egentlig?

Det er min holdning, at de omstændigheder, der er beskrevet af byretten, og som handler om, at rettighedshaverne opdeler EU i separate områder, er i strid med EF-traktaten. Det mener jeg, fordi det står i EF-traktatens artikel 85 og 86. Intet tyder på, det er de omstændigheder, EU-Domstolen refererer til!

Dommerne lukkede både øjne og ører for det, jeg havde skrevet og sagt, og som er faktisk sandt: en ophævelse af konsumtion ved samtykke til udlejning er en ændring i forhold til Warner-sagen. Det er et faktum, og det var let for dem at kontrollere, hvis de ville kende sandheden. Jeg citerede fra domssamlingen flere gange i min tale, så alle dommerne hørte det. Jeg pegede på de problemstillinger, de burde forholde sig til, hvis de ændrede princippet. Så ville udlejningsretten få en anden betydning, end den havde i direktivforslaget. Men dommerne valgte at se bort fra sandheden, og de valgte at ignorere den problemstilling, som Arildsen havde beskrevet i forelægningen.

Jeg har hverken et problem med en ensartet gennemførelse af to-pris systemet eller med et system, hvor man betaler pr. udlejning. Allerede i 1991, da jeg fandt ud af, at FDV begyndte at interessere sig for min udlejning, tilbød jeg at betale et beløb pr. udlejning, men det var ikke det, FDV ønskede.

Det var min opfattelse, at FDV's adfærd var i strid med artikel 85 og 86, men jeg havde intet problem med en lov, der fordrede vederlagsbetaling i forhold til antallet af udlejninger. En sådan lov havde bare intet med sagen at gøre.

Jeg mener ikke, at direktivets formål “blandt andet” var at etablere et område uden indre grænser. Det er mere præcist at sige, at det var hovedformålet. Det var dét, vi havde stemt om i 1986. Det indre marked! Medlemsstaternes lovgivninger skulle harmoniseres. Det fremgår klart af Kommissionens glimrende begrundelse for nødvendigheden af at harmonisere (side 182).

Præmis 13-18: Opfindelsen af en ny “særlig lov”

Præmis 13-18 viser, at EU-Domstolen har forladt forbindelsen til forelæggelsen fuldstændigt. Nu handler det om en “særlig lov”, som giver en særlig beskyttelse af udlejning, som ifølge EU-Domstolen i præmis 17 alligevel kan sammenlignes med offentlig fremførelse på den måde, at hver udlejning giver ret til vederlag.

En af dommerne, Mancini, var generaladvokat i Warner-sagen. Netop i hans tilfælde kan man godt spørge, hvorfor han har skiftet mening, for i Warner-sagen afviste han sammenligningen utvetydigt (side 115).

Hvad er baggrunden for, at EU-Domstolen nu skriver, at udlejningsretten er et af de prerogativer, der tilkommer ophavsmanden og producenten. Det er uden videre postuleret af Johan Schlüter, men det er ikke bakket op af dokumentation fra tidligere domme eller retsakter, så hvorfor har dommerne taget det til sig? Og hvem tænker de egentlig på, når de skriver “ophavsmanden”?

Dommerne skriver i præmis 15, at en lovgivning, der sikrer ophavsmænd til film et vederlag, som står i forhold til det faktiske antal udlejninger, er begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret jf. artikel 36. Det er jeg principielt enig med dem i, hvis en sådan lov findes, men det har intet at gøre med den konkrete sag og det stillede præjudicielle spørgsmål.

Mig bekendt findes der ikke en sådan lovgivning noget sted i verden. Der står heller ikke noget i forelæggelsen. I injuriersagen redegjorde jeg for fire forskellige fortolkninger af § 23, stk. 3, men ingen af dem går ud på, at ophavsmændene skal sikres et vederlag, der står i forhold til antallet af udlejninger (side 272). Så hvor kommer den idé fra?

Den er simpelthen opfundet til lejligheden af sagsøgerne, medlemsstaterne og Kommissionen. I Warner-sagen var Johan Schlüter ifølge Østre Landsret hjulpet af Niels Gangsted-Rasmussen, idet parterne var enige om den opdagede lov, og det var nok at få hjælp fra den danske regering for at få EU-Domstolen til at tro på, at en sådan lov virkelig eksisterede.

Her var der ingen hjælp at hente i forelæggelsen. Arildsen havde ikke skrevet noget, der kan minde om en særlov, der skal sikre “ophavsmænd” et vederlag, der står i forhold til antallet af udlejninger. Til gengæld lykkedes det for sagsøgerne at få fire medlemsstater og Kommissionen til at støtte den nye, fiktive lov.

Dommerne har hverken forstået meningen med udlejningsretten eller forskellen på, om udlejningsretten konsumeres, når værket udgives, eller om udlejningsretten konsumeres, når rettighedshaveren giver samtykke til udlejning.

Udlejningsretten havde - da den blev indført af Danmark, Storbritannien og Kommissionen - til formål at give rettighedshaveren ret til at forbyde udlejning af de udgivne eksemplarer, så forbrugerne var nødt til at købe eksemplarerne. Det var den ret, musikbranchen kæmpede for, og den ret fik de, og den mister ikke sit indhold, selvom konsekvensen af et samtykke til udlejning bliver, at alle video-udlejere får samme adgang til udlejningsmarkedet.

Præmis 19-21: EU-Domstolens ekstreme tunnelsyn

I præmis 19 anerkendes, at der skal svares på grundlag af direktivet. Præmis 20 er en sludder for en sladder og en henvisning til ordlyden i artikel 1, stk. 4, og så konkluderes det i præmis 21, at direktivet udtrykkeligt udelukker, at udlejningsretten kan udtømmes ved nogen form for distribution. Sikke noget vrøvl!

Dommerne demonstrerer et ekstremt tunnelsyn, en total mangel på forståelse for udlejningsrettens funktion, en tilsvarende mangel på forståelse for direktivets formål og for videbranchens natur.

De læste artikel 1, stk. 4, isoleret. Hvis de i stedet trådte et skridt tilbage og læste hele artiklen i dens helhed (side 186), ville de se, at spredningsretten er delt op i tre typer distribution, idet udlejning og udlån er udskilt. Det er ofte påpeget, at udlejningsretten ikke udtømmes, blot værket bringes i omsætning. Situationen er en anden, når rettighedshaveren *vælger* at udnytte udlejningsmarkedet.

De forstår det ikke. Med deres tunnelsyn får dommerne “eller anden form for distribution” til at være *netop* udlån og udlejning, selvom et overblik viser, at der menes distribution *forskellig* fra udlån og udlejning (salg, gave, vareprøve). Hvis det var Kommissionens hensigt at *ændre* udgangspunktet, så udlejningsretten ikke længere skulle konsumeres ved samtykke til udlejning, havde den nok skrevet det.

Dommerne overvejer ikke engang konsekvenserne af deres absurde måde at læse direktivet på. Tag en film som *The Last Waltz* (1978), en dokumentarfilm fra MGM, instrueret af Martin Scorsese, om The Band. Den må ifølge dommernes nye princip ikke udlejes, før udlejeren har indgået aftale med både MGM, Martin Scorsese og The Band, for producent, filminstruktør og de udøvende kunstnere har alle en udlejningsret ifølge direktivet! Hvordan skal det fungere i praksis?

Præmis 22: “Min” vurdering af artikel 30 og 36

Hverken bi-intervenienterne eller jeg har forholdt os til den ikke-eksisterende lov, og det er igen uklart, hvad dommerne mener med “de i forelæggelseskendelsen beskrevne omstændigheder”, for de har overhovedet ikke forholdt sig til Arildsens forelæggelse og artikel 85 og 86. Det gjorde kun jeg og bi-intervenienterne.

Det er vildledning, når EU-Domstolen foregiver, at de omstændigheder, som EU-Domstolen og generaladvokaten behandlede, har noget at gøre med byrettens forelæggelse. Nej, de kommer alle sammen fra “Johan Schlüters” hold.

Præmis 23: Godkendelse af den ny ikke-eksisterende særlov

Præmis 23 er EU-Domstolens konklusion, der siger god for sagsøgernes særlov, uanset at den ikke eksisterer og at den ikke kommer fra byrettens forelæggelse. Af de fire måder, hvorpå udlejningsmarkedet kan udnyttes økonomisk ifølge min tale, valgte dommerne den eneste, som ikke bruges noget sted i verden!

Men Johan Schlüters mission lykkedes. Han fik afledt opmærksomheden fra konkurrencereglerne og områdebeskyttelsen af udlejningsmarkedet i Danmark.