

### 33. Opfindelsen af regional konsumtion

Regional konsumtion er et forfærdeligt begreb, der blev til via en uheldig slutredigering af en direktivtekst og en kommissær, der ikke satte sig ind i direktivbestemmelsens formål. I dette kapitel gennemgås baggrunden for EU-begrebet regional konsumtion.

#### Afskaffelsen af international konsumtion

Først *efter* låne/leje-direktivets vedtagelse, nemlig den 7. december 1993, stillede parlamentsmedlem Geoffrey Hoon et opklarende spørgsmål om artikel 9, stk. 2:

“Omfatter spredningsretten indeholdt i direktiv 92/100/EØF retten til at tillade eller forbyde samtidig import af værker eller andre genstande for ophavsret eller dermed beslægtede rettigheder fra lande uden for EF?”

**Samlet svar afgivet på Kommissionens vegne af Raniero Vanni d'Archirafi på skriftlig forespørgsel E-3482/93, E-3483/93 og E-3484/93.**

(26. april 1994)

Rådets direktiv 92/100/EØF af 19. november 1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret fastsætter i artikel 9, stk. 1, en generel regel, der går ud på, at der indrømmes eneret til fire kategorier af rettighedshavere: udøvende kunstnere, fremstillere af fonogrammer, producenter af den første optagelse af en film samt radio- eller fjernsynsselskaber. Desuden bestemmer artikel 9, stk. 2, i dette direktiv:

»Spredningsretten inden for Fællesskabet med hensyn til en genstand som omhandlet i stk. 1 udtømmes først, når genstanden for første gang sælges i Fællesskabet med samtykke fra indehaveren af den intellektuelle ejendomsret, eller med dennes tilladelse.«

Artikel 9, stk. 2, afspejler EF-Domstolens faste retspraksis med hensyn til artikel 30 ff. i EF-traktaten, idet Domstolen generelt har statueret, at når et produkt er blevet spredt ved salg (eller på anden måde) inden for Fællesskabet med samtykke fra indehaveren af den intellektuelle ejendomsret, kan indførsel i en anden medlemsstat ikke forbydes under henvisning til denne ret. I modsat fald vil der være risiko for, at det indre marked indeledes kunstigt i tolv nationale markeder. Det betyder, at

en rettighedshaver, der har godkendt spredning af kopier af hans værk i Fællesskabet gennem salg, ikke kan modsætte sig videresalg af disse kopier i andre medlemsstater. Dette princip kaldes »princippet om EF-konsumtion« og hermed søges konflikten mellem eneret på nationalt plan og princippet om frie varebevægelser i henhold til EF-lovgivningen løst.

Artikel 9, stk. 2, i Rådets direktiv 92/100/EØF regulerer også spørgsmålet om international konsumtion. Kommissionen er af den opfattelse, at formuleringen af artikel 9 forhindrer medlemsstaterne i at anvende, hvad der betegnes som »international konsumtion« og skal forstås således, at rettighedshaveren har ret til at forhindre parallelimport fra tredjelande. En medlemsstat har måske ikke en bestemmelse om, at de første salg i et land uden for Fællesskabet resulterer i konsumtion af spredningsretten inden for det pågældende lands territorium og følgelig inden for hele Fællesskabet. En medlemsstats mulighed for at fastsætte bestemmelse om international konsumtion vil kunne få potentielle negative virkninger på det indre markeds funktion og konkurrencen, og rettighedshaveren vil især kunne løbe risikoen for, at priserne på markedet underbydes på grund af kopier, der på lovlig vis afsættes på markedet uden for Fællesskabet. En sådan virkning vil være i strid med direktivets målsætning. Dette er i overensstemmelse med bestemmelserne om konsumtion i en række andre direktiver inden for intellektuel og industriel ejendomsret (jf. direktiv 89/104/EØF om varemærker).

*Kommissionens svar til Parlamentet, 26. april 1994*

### Analyse af det problematiske svar

Raniero Vanni d'Archirafi var kommissær for det indre marked. Det var naturligt, at det var ham, der svarede. Første halvdel af svaret er også uproblematisk. Det er standardforklaringen på det indre marked og dets funktion. Det er et kuriosum, at Kommissionen trods bemærkningen "i modsat fald vil der være risiko for, at det indre marked inddeles kunstigt i tolv nationale markeder" accepterede, at FDV i strid med direktivets formål fik lov til at isolere det danske marked for udlejning af film, men det er en anden historie, som jeg allerede har været igennem.

Det er sidste afsnit, der er problematisk. Under behandlingen af spredningsretten var det eneste formål med dette supplement til reproduktionsretten at gøre det muligt at gribe ind over for den videre omsætning af piratkopier, og formålet med stk. 2 var at undgå, at indførelsen af spredningsretten skabte nye barrierer for samhandelen. Men som ØSU havde påpeget i høringssvaret, var det allerede løst af EU-Domstolens retspraksis, så det var i virkeligheden overflødigt.

På intet tidspunkt i forhandlingsforløbet havde medlemsstaterne fået at vide, at Kommissionen anså det for et problem, at EU-borgerne havde adgang til billige eksemplarer, der som forudsat var udgivet med rettighedshavernes tilladelse, men var udgivet *uden* for Fællesskabet. Alligevel meddelte d'Archirafi nu på vegne af Kommissionen - og *efter* at direktivet var vedtaget, og alle var taget hjem igen - at det problem åbenbart var så stort, at de nationale bestemmelser om frihandel med eksemplarer af værker, der var udgivet uden for EU, måtte ophæves.

Raniero Vanni d'Archirafi begrundede dette revolutionerende opgør med en fri verdenshandel med *formuleringen* af artikel 9, stk. 2. Han henviste uden tvivl til, at formuleringen i den endelige version af stk. 2 kan fortolkes sådan, at det er en forudsætning for konsumtion, at genstanden første gang sælges i Fællesskabet. I den fortolkning kan det modsætningsvis slutes, at konsumtion ikke finder sted, hvis eksemplaret første gang sælges uden for Fællesskabet.

Hvis man nærlæser formuleringen af Kommissionens oprindelige forslag, ser man ikke en sådan modsætning. Her er formuleringen neutral i forhold til tredjelande. Formuleringen følger EU-Domstolens afgørelser i sager, der alle vedrører varer, der er bragt på markedet i EU, f.eks. Imercos fajancestel (side 57).

Der er flere demokratiske problemer: ØSU og Parlamentet blev sat ud af spillet, fordi de ikke havde godkendt en formulering, der kan fortolkes som et forbud mod frihandel, og Kommissionen begrundede ikke, hvorfor EU-borgerne ikke må købe de eksemplarer, rettighedshavere i tredjelande har udgivet dér. Der er ingen forbindelse til det formål, der er beskrevet i direktivforslaget.

Ændringen skete i sidste øjeblik, da EU's 12 regeringer mødtes for at vedtage en fælles holdning, men ændringen er ikke nævnt i Rådets udførlige begrundelse. Kommissionen bekræftede dog i meddelelsen til Parlamentet, at forbedringerne i affattelsen "i intet tilfælde medfører en væsentlig ændring af indholdet".

Ikke desto mindre fik den ændrede formulering vidtrækkende betydning!

### Opsplitning af konsumptionsprincippet i geografiske regioner

EU-Domstolen havde bl.a. med Imerco-sagen underkendt det protektionistiske og reelt ikke-ophavsretlige begreb "national konsumtion", hvorved eksemplarer, der er bragt på markedet i én medlemsstat, kun må spredes i selvsamme medlemsstat. Som minimum indtræder regional konsumtion (også kaldet EØS-konsumtion eller EU-konsumtion), hvorved de eksemplarer, der er bragt på markedet i én medlemsstat, betragtes som bragt på markedet i hele EU.

Var Danmark efter Imerco-sagen tvunget til at forlade princippet om national konsumtion til fordel for regional konsumtion? Nej, for tager man § 25 med i betragtningen, anerkendte Danmark det traditionelle konsumptionsbegreb, der er uafhængigt af, hvor værket er udgivet, altså international konsumtion.

Regional konsumtion er en forfærdelig opfindelse, der tilsyneladende opstod tilfældigt via redigeringen af en tekst. I Imerco-sagen skulle EU-Domstolen tage stilling til et konkret problem om samhandelen mellem to medlemsstater, men spørgsmålet om forholdet til tredjelandene var slet ikke relevant, og det fik først betydning efter den uheldige formulering af låne/leje-direktivets artikel 9, stk. 2.

Det er usandsynligt, at der faktisk fandtes medlemsstater, der ikke tillod spredning af varer, der var bragt på markedet uden for EU, for alle EU's daværende medlemsstater var også medlemmer af OECD og havde endda været med til at stifte organisationen. Og her blev billigere varer ikke set på som et problem. Tværtimod var billigere og bedre varer selve formålet med den stigende internationalisering af markederne ifølge oplysningerne i KonkurrenceNyt om ministerrådsmødet fra OECD i juni 1991 (side 61). Også USA og Canada var med til at stifte OECD, så det tyder ikke på, at det var problematisk for EU at handle med USA og Canada.

OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*) er det vigtigste økonomiske samarbejdsorgan for de udviklede kapitalistiske industrilande.

OECD blev stiftet i 1961 som en direkte efterfølger for OEEC (*Organization for European Economic Cooperation*). De oprindelige medlemslande var USA og Canada og OEEC's 18 europæiske deltagere: Belgien, Danmark, Frankrig, Grækenland, Irland, Island, Italien, Luxembourg, Holland, Norge, Portugal, Spanien, Storbritannien, Schweiz, Sverige, Tyrkiet, Vesttyskland og Østrig. Senere er Japan, Finland, Australien, New Zealand, Mexico og Sydkorea blevet medlemmer.

OECD har samordnende, rådgivende og informative funktioner. Dens vigtigste mål er at samordne den økonomiske politik i medlemslandene med henblik på en jævn og balanceret vækst og at bidrage til at øge samhandelen på et ikke-diskriminerende grundlag. OECD har formelt ingen overnational myndighed overfor medlemslandene. I praksis har OECD's anbefalinger dog en betydelig vægt - både moralsk og reelt - ved at bidrage til at forme internationale holdninger overfor de enkelte lande.

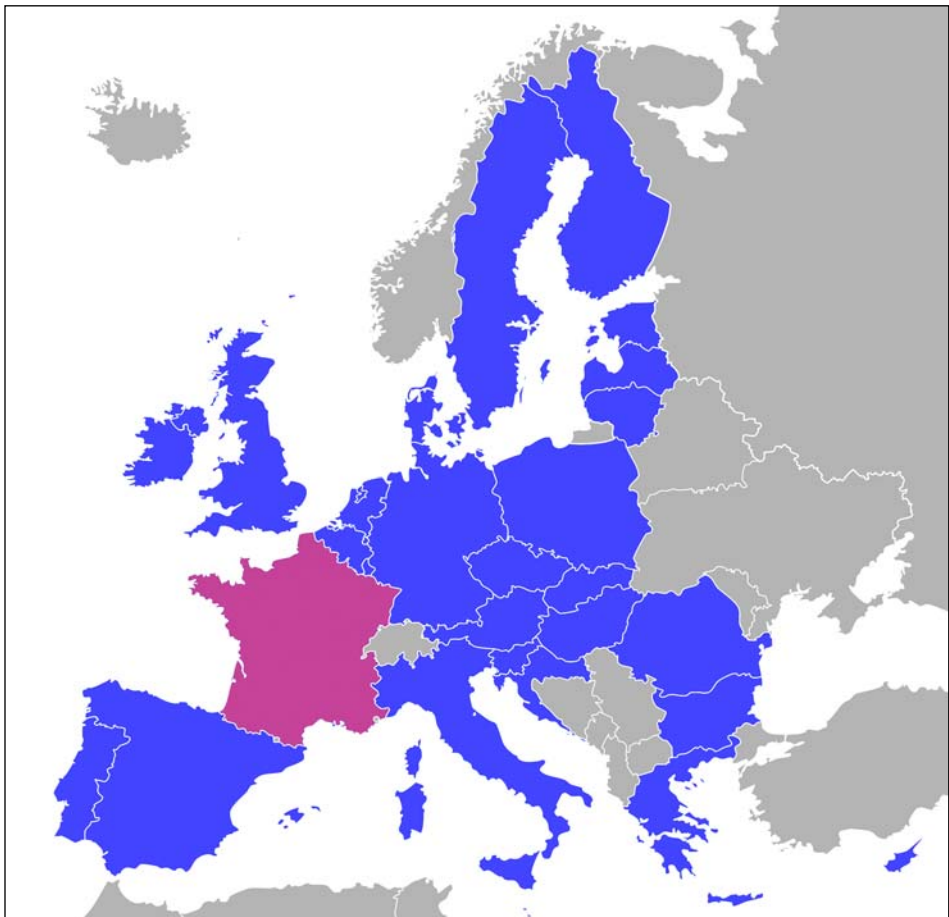
### Den teoretiske udfordring for det indre marked

Med opsplitningen af konsumptionsprincippet i geografiske regioner opstod et nyt - og i første omgang udelukkende teoretisk - problem:

Hvad nu, hvis nogle medlemslande anerkender international konsumtion, og andre anerkender regional konsumtion? Det betyder, at f.eks. en CD-plade, der er udgivet i USA, kan importeres og sælges i medlemsstater, der har international konsumtion, men ikke i medlemsstater, der har regional konsumtion!

I mangel på et virkeligt land, der havde indført regional konsumtion, har jeg for eksemplets skyld vist Frankrig. Borgere i de blå lande kan gå ind i en butik og købe en importeret udgave af Rolling Stones' nye CD, der er udgivet i USA, men det kan de ikke i Frankrig. Der er det forbudt på grund af regional konsumtion. Men da pladerne flourer i de andre EU-lande, hvor de er lovlige, kan de franske butikker vel købe dem dér? Er EU ikke et fælles marked uden indre grænser?

Jamen, en sådan handel inden for EU vil selvfølgelig underminere det franske forbud, så det bliver til noget rod uden en ensartet opfattelse af konsumtion i EU.



## International konsumtion eller regional konsumtion?

Valget bør være oplagt. Opsplitningen af konsumtion i geografiske regioner er helt uden forbindelse til formålet om at bekæmpe piratkopier. Alene af den grund bør regional konsumtion forkastes.

Lad os se på problemet på baggrund af EU's grundlæggende principper. Et af dem er proportionalitetsprincippet, der skal undgå, at man skyder gråspurve med kanoner. Af flere løsninger til et konkret problem skal Kommissionen vælge den løsning, der er mindst indgribende i andre forhold.

Spredningsrettens funktion var at forhindre spredningen af piratkopier. Det var Kommissionens eneste ønske med stk. 2 at undgå, at der samtidig blev skabt nye barrierer for samhandelen, og derfor blev EU-Domstolens retspraksis på området præciseret. Og det udviklede sig utilsigtet til et valg af konsumtionsprincip.

Kan en fælles beslutning om at bevare international konsumtion føre til nye barrierer for det indre marked? Nej, det kan ikke lade sig gøre. En sådan løsning vil slet ikke kunne mærkes. Den ændrer intet, og den har ingen bivirkninger.

Vil en fælles beslutning om at indføre regional konsumtion (og altså afskaffe international konsumtion) føre til nye barrierer for det indre marked? Det er ret mudret. Det kommer an på fortolkningen og håndteringen af udfordringen med at finde ud af, om varerne første gang er solgt inden for EU eller uden for EU.

Det er en kæmpe ulempe, at den hidtidige frie handel med omverdenen afskaffes, og man kan både spørge, hvad formålet skulle være, og om en så vidtrækkende beslutning ikke rettelig burde træffes af de folkevalgte repræsentanter og ikke af en enkelt uoplyst eller vildledt kommissær i et svar til et parlamentsmedlem.

### 3.2.2.1. Høringspligten

Ved høringspligten forstås pligten for Rådet til at indhente en udtalelse fra Parlamentet eller Det økonomiske og sociale Udvalg. En undladt høring vil som hovedregel medføre ugyldighed. Domstolen har således udtalt, at høringspligten gør det muligt for Parlamentet effektivt at deltage i lovgivningsproceduren i Fællesskabet, og at denne kompetence udgør et væsentligt element i den institutionelle ligevægt. »Den er på fællesskabsniveau en, omend begrænset refleks af et grundlæggende demokratisk princip, hvorefter folkeslagene deltager i udøvelsen af magten ved hjælp af en repræsentativ forsamlings medvirken.«

### 5.2.3. Proportionalitetsprincippet

Det er i mange domme blevet understreget, at princippet om proportionalitet (Verhältnismässigkeit) skal respekteres af institutionerne. Proportionalitetsprincippet kræver, at institutionerne ikke pålægger borgerne pligter ud over, hvad der er strengt nødvendigt for at nå formålet med den pågældende foranstaltning, og at der ikke må være et misforhold mellem formålet og de midler, der vælges til at realisere det.

### Mere om Raniero Vanni d'Archirafis anti-demokratiske svar

Raniero Vanni d'Archirafi begrundede afskaffelsen af international konsumtion med *formuleringen* af artikel 9, stk. 2.

Det er særligt problematisk i forhold til høringspligten, for formuleringen var en anden, da der blev indhentet hørings svar fra Europa-Parlamentet og ØSU. De to repræsentanter for EU's borgere blev således reelt afskåret fra at blive hørt.

Ikke nok med det! Der findes flere dokumenter med relation til behandlingen af direktivet (side 180). De vedrører ikke spredningsretten direkte, men de vedrører forholdet til tredjelandene, og dét er relevant.

Parlamentet foreslog en betragtning om gensidighed i forhold til tredjelande. Det er vigtigt, fordi den blev afvist med henvisning til, at "direktivet er tavst med hensyn til relationerne til tredjelande inden for området intellektuelle rettigheder og ændrer ikke den internationale beskyttelse eller internationale ret på nogen måde." Også dét strider mod d'Archirafis beslutning om at afskaffe frihandelen!

#### Betragtning 21a (ny)

Den harmoniserede retsbeskyttelse, som vil følge af gennemførelsen af dette direktivs bestemmelser, kan skabe en ny situation, hvad angår forbindelserne mellem medlemsstaterne og tredjelande; en intensivering af forhandlingerne og drøftelserne med tredjelande, inden for rammerne af de internationale organisationer, med henblik på at opnå gensidighed i retsbeskyttelsen er derfor nødvendig.

*Parlamentets ændringsforslag, 28. oktober 1992*

#### Kommissionen kan ikke acceptere Parlamentets forslag af følgende grunde:

Oprindeligt blev denne betragtning foreslået af Parlamentet under første behandling. Kommissionen medtog betragtningen i sit ændrede forslag for i videst muligt omfang at tage hensyn til Parlamentets ønsker.

Kommissionen har imidlertid aldrig anset betragtningen for at have nogen operationel eller retlig bindende karakter. Direktivet er tavst med hensyn til relationerne til tredjelande inden for området intellektuelle rettigheder og ændrer ikke den internationale beskyttelse eller internationale ret på nogen måde. Især afgøres spørgsmålet om, hvorvidt ophavsmænd fra lande uden for Fællesskabet har krav på national behandling, udelukkende af Berner-konventionen. Direktivet ændrer intet herved og den pågældende betragtning ville ej heller bevirke en ændring heri.

Kommissionen er derfor enig med Rådet i, at betragtningen bør udgå, idet den ikke ville tilføre Direktivet retligt indhold, og fordi den er uden tilstrækkelig forbindelse til Direktivets rækkevidde.

*Udtalelse fra Kommissionen, 9. november 1992*

## Ophavsretten i Den Europæiske Union

I relation til konsumtion sammenfattede Peter Schønning og Lars M. Banke fra Kulturministeriet de ophavsretlige EU-regler i *Ugeskrift for Retsvæsen* (43/1994).

### 1. Edb-programmer

Direktivet om retlig beskyttelse af edb-programmer, edb-direktivet, blev vedtaget af Ministerrådet den 14.5.1991. Direktivet blev implementeret i dansk ret ved lov nr. 1010 af 19.12.1992 om ændring af ophavsretsloven

Direktivet, der i store træk svarer til de regler, der allerede i 1989 blev gennemført i den danske ophavsretslov, gav ikke anledning til mange tvivlsspørgsmål i forbindelse med implementeringen. Det bør dog nævnes, at Kulturministeriet fortolkede direktivets art. 4, litra c, om konsumtion af spredningsretten til edb-programmer sådan, at bestemmelsen gav mulighed for at opretholde et princip om international konsumtion. Implementeringen indebærer derfor ikke en regel om EU-konsumtion. Dette medfører, at spredningsretten til et eksemplar af et edb-program konsumeres, uanset om det første gang er bragt på markedet i et EU-land eller i et tredjeland.

### 2. Udlejnings- og udlånsrettigheder m.v.

Ministerrådet vedtog direktivet om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret den 19. november 1992. Europa-Parlamentet godkendte i 2. høringsrunde den fælles holdning uden ændringsforslag. Det endelige udlejningsdirektiv er således identisk med den fælles holdning af 18. juni 1992.

Udlejningsdirektivet skulle være implementeret i national lovgivning inden den 1. juli 1994. Direktivet indgik på den baggrund i ophavsretslovforslaget af 9. februar 1994. De væsentligste punkter i forslaget til implementering af direktivet er følgende:

- Ophavsmænd til litterære værker og kunstværker får eneret til udlejning, jf. lovforslagets § 19, stk. 2. Det samme gælder udøvende kunstnere, fonogramproducenter og filmproducenter, jf. lovforslagets §§ 65-67. Blandt de beskyttede værksarter er det her efter alene bygnings- og brugskunst, der er undtaget fra udlejningsretten.
- Direktivets bestemmelse om et uoverdrageligt vederlagskrav til ophavsmænd og udøvende kunstnere ved udlejning af film og fonogrammer gennemføres ikke i første omgang. Kulturministeriet har benyttet sig af muligheden for at udskyde implementeringen - direktivets frist er 1. juli 1997 - for at få tid til forhandlinger med de andre nordiske ministerier om, hvordan ordningen skal tilrettelægges.
- Udøvende kunstnere, fonogramproducenter og filmproducenter får - ligesom ophavsmændene allerede har det - spredningsrettigheder, jf. lovforslagets §§ 65-67. Konsumtion af spredningsrettighederne begrænses, således at der kun skal gælde EØS-konsumtion. Hvis et beskyttet fonogram bringes på markedet i et land uden for EØS, kan det ikke videresælges i Danmark uden samtykke fra fonogramproducenten.



## Analyse af artiklen

Konsumtion indtræder for alle typer af immaterielle rettigheder og nævnes i flere direktiver. d'Archirafi nævner varemærkedirektivet (89/104/EØF), selvom formuleringen dér er neutral i forhold til tredjelandene. Schönning og Banke skriver, at Kulturministeriet fortolkede edb-direktivet (91/250/EØF), så international konsumtion kan opretholdes, selvom formuleringen også dér kan læses som et forbud. Kulturministeriet valgte dog allerede i lovforslaget den 9. februar 1994 - før d'Archirafis svar - at forbyde den hidtidige frihandel i ophavsretsloven ved at vælge regional konsumtion.

Faktisk havde Europa-Parlamentet et ændringsforslag, og det førte til et løfte om, at forholdet til tredjelandene ikke berøres af direktivet, men det er fejlagtigt udeladt af artiklen.

Ophavsmandens udlejningsret i § 23, stk. 3, blev ført videre uændret i den nye ophavsretslovs § 19, stk. 2, mens udøvende kunstnere og producenter som noget nyt skulle have udlejningsret i §§ 65-67. Det ses også, at Kulturministeriet udskød implementeringen af vederlagskravet til ophavsmændene for udlejning. I 2022 har de stadig intet fået. Og så har Peter Schönning i øvrigt skiftet mening om kunstværker, idet filmværker i artiklen er omfattet af begrebet i § 19, stk. 2!

## Hvis frihandel virkelig var et problem?

Det var Portugal, der havde formandskabet i foråret 1992. Man kunne principielt forestille sig, at Portugal havde et problem med den frie samhandel med verden uden for EU og ændrede formuleringen for på falderebet at gennemføre et forbud via et direktiv, som alle troede skulle handle om at gennemføre det indre marked for udlejning. Mon de i al hemmelighed drøftede dette på ministerrådsmødet?

Det er usandsynligt. Hvis en medlemsstat var utilfreds med EU's regler om fri samhandel med tredjelande, var det proceduren at gå til Kommissionen, der har en såkaldt initiativret. Kommissionen er en slags regering, der dengang var alene om at kunne foreslå nye regler. Kommissionen kunne fremsætte forslag til en retsakt og forklare, hvorfor frihandel er noget skidt. Det er imidlertid aldrig sket!

### Artikel 7

#### Konsumtion af de rettigheder, der er knyttet til varemærket

1. De til varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette mærke.

### Varemærkedirektivet

### Artikel 4

#### De enkelte rettigheder

Den eneret, som tilkommer rettighedshaveren som defineret i artikel 2, skal omfatte ret til at foretage eller tillade:

- c) enhver form for offentlig spredning, herunder udlejning, af det originale edb-program eller kopier deraf. Første gang en kopi af et edb-program sælges i Fællesskabet af rettighedshaveren eller med dennes tilladelse, er rettighedshaverens ret til at sprede den pågældende kopi inden for Fællesskabet udtømt...

### Edb-direktivet