

13. EU-Domstolen ført bag lyset

Trin 2 af 4: I justifikations sagen fik Erik Viuff Christiansen hjælp af den EU-erfarne Niels Gangsted-Rasmussen, der henviste til Imerco-sagen og fik foranlediget, at sagen blev forelagt for EU-Domstolen. Her fik Johan Schlüter sagen til at handle om en særlov om udlejning af filmværker, og den løgn blev støttet af den danske regering.

En stævnings indhold

Johan Schlüter indledte tvisten mod Erik Viuff Christiansen ved fogedretten, hvor der blev nedlagt forbud. Da fogedrettens afgørelse er et foreløbigt retsmiddel, skal et forbud følges op af en retssag, hvor grundlaget for forbuddet skal efterprøves. Forbuddet bortfalder, hvis en sådan retssag ikke anlægges inden 14 dage.

En retssag indledes med en stævning. Hvis den vedrører en foreløbig afgørelse, der skal efterprøves eller retfærdiggøres ("justificeres"), kaldes stævningen for en justifikationsstævning, og retssagen kaldes for en justifikations sag.

En stævning indeholder følgende elementer:

1. Angivelse af sagens parter, dvs. sagsøgere og sagsøgte.
2. Sagens påstande.
3. Sagsfremstilling, dvs. en redegørelse for de faktiske omstændigheder.
4. Anbringender, dvs. de argumenter, som påstandene støttes på.

Nedenfor er påstandene og anbringendet gengivet. Påstandene er "anerkendelses-påstande", dvs. sagsøgerne, Warner Brothers Inc. og Metronome Video ApS, ville forpligte sagsøgte, Erik Viuff Christiansen, til at anerkende bestemte synspunkter. Medhold betyder, at disse synspunkter bliver gældende ret i forhold til sagsøgte.

Sagsøgte tilpligtes at anerkende ikke at måtte udleje det fra England importerede videogram, indeholdende filmen "Never Say Never Again", ligesom sagsøgte tilpligtes at anerkende ikke at måtte foretage udlejning af indspillede videogrammer importeret fra udlandet, når der ikke foreligger tilladelse til udlejning i Danmark fra rettighedshaveren, eller fra den som måtte have erhvervet en afledet ret til udlejning i Danmark fra rettighedshaveren.

Sagsøgte tilpligtes at anerkende, at det af Københavns Fogedret nedlagte forbud af 3. september 1984 er lovligt gjort og forfulgt.

Sagsøgerne gør gældende, at sagsøgte ikke er berettiget til at udleje et videogram i Danmark, når der ikke foreligger tilladelse fra filmværkets rettighedshaver eller den, som har erhvervet videodistributionsretten i Danmark. I denne forbindelse henvises til Ophavsretslovens §§ 1 og 2 og § 23 e.c.

Johan Schlüters justifikationsstævning, 6. september 1984

En retssags forløb

En retssag forberedes skriftligt, før man mødes i retten foran dommerne, der skal afgøre tvisten. Der foretages en udveksling af "processkrifter". Det er skrivelser fra parterne til retten, hvor de gør rede for deres synspunkter både i forhold til de faktiske omstændigheder og i forhold til loven. Det har karakter af en diskussion og er ofte en nyttig proces, der skaber klarhed over, hvad parterne er uenige om. Det letter dommerens opgave og kan endda føre til, at parterne bliver enige.

Udvekslingen af processkrifter følger et obligatorisk forløb med to indlæg fra hver part. Hvis der er behov for det, kan der udveksles yderligere processkrifter. Da det foregår på skrift, kan man bagefter se, hvordan en sag har udviklet sig.

1. Stævning (sagsøger), v/advokat Johan Schlüter, 6. september 1984.
2. Svarskrift (sagsøgte), v/advokat Jørgen B. Elmer, 16. oktober 1984.
3. Replik (sagsøger), v/advokat Johan Schlüter, 11. januar 1985.
4. Duplik (sagsøgte), v/advokat Niels Gangsted-Rasmussen, 1. august 1985.

Justifikationssagen v/advokat Jørgen B. Elmer

Fogedforbuddet var ikke en katastrofe i sig selv. Det vedrørte kun kassetten med *Never Say Never Again*, og Erik havde mange andre film, han kunne udleje, mens justifikationssagen blev behandlet. Det var en principiel sag, der forventedes at få betydning for hele videobranchen, så den blev anlagt ved Østre Landsret.

Eriks advokater havde fred og ro til at undersøge ophavsretsloven, før Østre Landsret skulle afsige dom, men Jørgen B. Elmer læste ikke ophavsretsloven og undersøgte ikke, hvad der stod om konsumtion i lærebøgerne og i *Karnovs Lovsamling*. Han fortsatte den besynderlige argumentation om § 23. Johan Schlüter havde let ved at sætte ham på plads i replikken ved at anføre, at et videogram er et filmværk og dermed omfattet af begrebet "kunstneriske værker". Det havde Johan Schlüter ret i. Jørgen B. Elmer kunne let have vendt argumentationen imod ham ved at henvise til ophavsretslovens § 25, men da han ikke gjorde det, var det faktisk ikke tilladt for dommerne i sagen at tage stilling til § 25.

§ 23 kan ikke forstås modsætningsvist således, at bestemmelsen alene vedrører undtagelser. Reglen må, når videogrammet som i nærværende sag i England er erhvervet lovligt, forstås uden nogen begrænsninger og derfor også kunne udnyttes frit til udlejning. Det fremgår af § 23 direkte, at bestemmelsen vedrører litterære og musikalske værker. Efter en moderne retsopfattelse, og under hensyntagen til at bestemmelsen ikke har taget hensyn til de juridiske betragtninger, som spredning af videogrammer medfører, er det sagsøgtets opfattelse, at også bestemmelsen i § 23 kan anvendes direkte således, at der kan ske viderespredning af videogrammer. Videogrammerne må side-stilles med litterære og musikalske værker, idet videogrammerne har samme natur.

Jørgen B. Elmers svarskrift (om konsumtion), 16. oktober 1984

Sagsøgte anbringender i relation til ophavsretslovens § 23 er ikke i overensstemmelse med gældende ret. Et videogram er et filmværk, der efter ophavsretslovens § 1 hører under det videre begreb "kunstneriske værker". Ophavsretslovens § 23 omtaler kun litterære og musikalske værker, og det er således efter gældende ret uden for enhver tvivl, at ophavsretten til et filmværk ikke er undergivet konsumtion, og at enhver disposition over filmværket derfor kræver ophavsmandens samtykke, jf. ophavsretslovens § 2.

Johan Schlüters replik (om konsumtion), 11. januar 1985

Det bemærkes, at Johan Schlüter mente, at enhver disposition over værket kræver samtykke jf. ophavsretslovens § 2. Retsgrundlaget var de generelle bestemmelser i § 2, og de er uden forskel på, om der disponeres ved videresalg, udlejning eller udlån, eller om værket spredes på anden måde (side 154).

Det gøres endvidere gældende, at Metronome Video ApS, som et dansk indregistreret selskab, overhovedet ingen ophavsret har til det i sagen omhandlede videogram og derfor ikke har noget retskrav at gøre gældende, idet videogrammet er erhvervet i England, samt at videogrammet ikke er udgivet eller distribueret af det danske selskab. Engelsk ret finder derfor anvendelse. Videogrammet har således, som det foreligger hos sagsøgte, ikke danske undertekster, men fremtræder i en ren engelsk udgave.

Jørgen B. Elmers svarskrift (om engelsk ret), 16. oktober 1984

Sagsøgerne forstår ikke, hvad sagsøgte mener med, at engelsk ret finder anvendelse i denne sag, idet det ligger helt fast, at det ophavsretlige regelsæt, der skal anvendes for et givet værk, er regelsættet i det land, hvor værket gøres tilgængeligt for almenheden.

Johan Schlüters replik (om engelsk ret), 11. januar 1985

Svarskriftet er et sammensurium af udmærkede og virkelig dårlige argumenter. Det er f.eks. en glimrende pointe, at Metronome Video ApS overhovedet ikke har ophavsret til det pågældende videogram, men det er en banal fejl at konkludere, at engelsk ret finder anvendelse i Danmark. Argumenterne er fyret af i blinde.

Hvad angår datidens piratkopiering, krænkede den sandsynligvis den eneret, Metronome Video ApS havde erhvervet til at fremstille eksemplarer i Danmark, men det var der ikke tale om. Johan Schlüter slap alt for let af sted med at udvide Metronomes eneret til at udgive danske versioner af film på video til at forhindre konkurrence fra de udenlandske distributørers udgivelser.

Johan Schlüter ignorerede klogeligt de gode argumenter og afviste de dårlige, og derefter fremstod Jørgen B. Elmer i nogen grad som inkompetent.

Justifikationssagen v/advokat Niels Gangsted-Rasmussen

Advokat Jørgen B. Elmer var ude, hvor han ikke kunne bunde, og han vidste det. I den situation gjorde han det rigtige. Da han forstod, at sagen vedrørte regler for samhandel mellem England og Danmark, fik han en EU-ekspert på banen, og han bad advokat Niels Gangsted-Rasmussen, der allerede havde prøvet at føre en sag ved EU-Domstolen, om at overtage sagen.

Niels Gangsted-Rasmussen var slet ikke interesseret i ophavsretsloven. Uanset Johan Schlüters udlægning af ophavsretsloven ændres situationen af EU-retten, forklarede han. Hvis rettighedshaverne kunne give tilladelse til at udleje danske videokassetter og samtidig forbyde udlejning af de engelske kassetter, kunne de på den måde opdele Fællesskabet, og det er forbudt efter EF-traktatens artikel 85, stk. 1 (side 47).

I duplikken gennemgik han EU-rettens konkurrenceregler, reglerne om de frie varebevægelser og diverse afgørelser fra EU-Domstolen. Han kom også ind på sagen mellem Dansk Supermarked A/S og A/S Imerco. Derefter besluttede Østre Landsret at forelægge sagen for EU-Domstolen til præjudiciel afgørelse.

Herfra er det vigtigt at forstå, hvordan EU-Domstolen blev ført bag lyset!

Det er i strid med EF-retten, når de sagsøgende gør gældende, at selve den omstændighed, at eneretten til et filmværk konsumeres efter engelsk ret, når et fysisk eksemplar af værket er blevet solgt, ikke eo ipso indebærer, at der i Danmark på tilsvarende måde vil kunne disponeres over et videogram, udgivet i England.

Det er i strid med EF-rettens bestemmelser om frie varebevægelser, når de sagsøgende gør gældende, at den, der i Danmark disponerer over et videogram gennem udlejning, skal kunne dokumentere en ret hertil, der kan føres tilbage til en tilladelse fra den oprindelige rettighedshaver. Hvis denne opfattelse var rigtig, ville den indebære muligheden for markedsopdeling, hvad der netop er forbudt efter EF-retten, jf. EØF-traktatens art. 85, stk. 1.

Det, de sagsøgende muligvis kunne hindre efter dansk lovgivning, såfremt værket var produceret og udgivet i Danmark, ændres fundamentalt af EF-retten, når værket er bragt på markedet i England med sagsøger 1's samtykke, og dér solgt på lovlig vis.

Denne retspraksis har domstolen fulgt op ved afgørelsen i sagen: Dansk Supermarked A/S mod A/S Imerco ved dom af 22. januar 1981 i sag nr. 58/80, domssamlingen 1981 side 181.

Domstolen fastslog i sit svar på et spørgsmål vedr. lovgivningen om beskyttelse af ophavsret og varemærker i præmis 11 og 12 bl.a., at den ved lovgivningen om industriel og kommerciel ejendomsret sikrede eneret netop har udtømt sine virkninger, når en vare lovligt er bragt på markedet i en anden medlemsstat af rettens indehaver eller med hans samtykke.

Niels Gangsted-Rasmussens duplik (om EU-retten), 1. august 1985

Den præjudicielle forelæggelse for EU-Domstolen

Johan Schlüters manipulation ved EU-Domstolen er et juridisk mesterværk, som man for frækhed og dygtighed må tage hatten af for. Der er tale om et succesfuldt blændværk, der måske kun er overgået af den endnu mere skadelige indførelse af regional konsumtion i den særlige danske fortolkning (se del 4).

Hvis man vil forstå, at han manipulerede, og hvor dygtigt han manipulerede, skal man være opmærksom på karakteren af en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen og holde nøje øje med, hvad EU-Domstolen tog stilling til.

Det drejer sig om sag 158/86, Warner Brothers Inc. og Metronome Video ApS mod Erik Viuff Christiansen, dom af 17. maj 1988. De faktiske omstændigheder, som de blev forelagt for EU-Domstolen, det præjudicielle spørgsmål, parternes og regeringernes indlæg, generaladvokatens gennemgang af sagen, EU-Domstolens gennemgang af sagen og den endelige domskonklusion og de præmisser, den er afsagt på grundlag af, findes i EU-Domstolens domssamling fra side 2605.

Allerede gengivelsen af forelæggelseskendelsen fik mig næsten til at falde ned af stolen af forbløffelse over gengivelsen af den danske ophavsretslov.

I - Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

Filmen »Never Say Never Again« er produceret af en af sagsøgerne i hovedsagen, Warner Brothers, som har overdraget administrationen af videorettighederne for Danmark til den anden sagsøger i hovedsagen, Metronome Video.

I juli 1984, hvor denne film kunne købes på videogram i England, mens den hverken var udbudt til salg eller udlejning i Danmark, købte sagsøgte i hovedsagen, Christiansen, som driver en videobutik i København, et eksemplar i London med henblik på at udleje det i Danmark.

Som det fremgår af forelæggelseskendelsen, er parterne enige om:

- at videogrammet er lovligt fremstillet, bragt i omsætning og erhvervet i Det Forenede Kongerige;
- at det er lovligt indført til Danmark af Christiansen;
- at britisk ophavsret ikke anerkender nogen spredningsret for ophavsmanden eller producenten i Det Forenede Kongerige, og at køberen af et filmværk på videogram derfor kan udleje det i Det Forenede Kongerige uden rettighedshaverens samtykke;
- at eneretten til at tillade udlejning af et musikværk eller filmværk i medfør af § 2 og § 23 i lovebekendtgørelse nr. 130 af 15. april 1975 og lov nr. 274 af 6. juni 1985 ikke konsumeres ved rettighedshaverens salg af et eksemplar af værket, men først når han har tilladt, at værket udlejes. Disse bestemmelser indebærer altså, at det er forbudt at udleje et videogram uden rettighedshaverens samtykke, uanset hvordan det er erhvervet.

Forelæggelseskendelsen ifølge domssaml. 1988 (side 2606)

På grundlag af den danske lovgivning har de to sagsøgere i hovedsagen udvirket, at Københavns Byret har nedlagt forbud mod, at sagsøgte udlejer det omhandlede videogram i Danmark.

Justifikationssagen til opretholdelse af forbuddet behandles af Østre Landsret, som ved kendelse af 11. juni 1986 har udsat sagen og forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal bestemmelserne i EØF-traktatens anden del, afsnit I, kapitel 2, om ophævelse af de kvantitative restriktioner mellem medlemslandene, navnlig artiklerne 30 og 36 sammenholdt med Traktatens artikel 222, fortolkes således, at indehaveren af enerettighederne (ophavsretten) til et videogram, der lovligt af rettighederens 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.«

Det fremgår af forelæggelsen, at det ved spørgsmålets stillelse lægges til grund, at det af sagsøgerne ønskede forbud ikke tilsigter at hindre importen af videogrammet, men at beskytte sagsøgernes eneret til udlejning, som udøves på samme måde, hvad enten der er tale om importerede videogrammer eller indenlandske videogrammer.

Forelæggelseskendelsen ifølge domssaml. 1988 (side 2607)

Den forbløffende gengivelse af ophavsretsloven i forelæggelseskendelsen

Hvordan bliver en forelæggelseskendelse til? Hvem skriver den?

Det har jeg faktisk erfaring med. Jeg har ført en retssag mod Kulturministeriet ved Østre Landsret, hvor en præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen kom på tale. Ministeriet var repræsenteret ved kammeradvokaten, K. Hagel-Sørensen, og vi var enige om, at sagen vedrørte EU-retten. Østre Landsret var indforstået med, at sagen skulle forelægges for EU-Domstolen til præjudiciel afgørelse. Alligevel var ikke én eneste dommer med til at skrive forelæggelseskendelsen.

Hvem kender en tvist mellem to parter bedre end parterne? Et retorisk spørgsmål, naturligvis, og dommerne kan godt lide, når parterne bliver enige. K. Hagel-Sørensen ville have bestemte elementer medtaget i forelæggelsen, og jeg havde tilsvarende ønsker på andre områder. Der var nogle passager, jeg havde foreslået, som han ville formulere anderledes, og jeg kunne fint leve med hans ændringer. Slutresultatet var således et fælles udkast, som vi begge kunne stå inde for, og det gav K. Hagel-Sørensen til Østre Landsret, der sendte det videre til EU-Domstolen uden at rette så meget som et komma.

Johan Schlüter og Niels Gangsted-Rasmussen var eksperter på hvert sit felt, og de respekterede hinanden. Det var kun naturligt, at de klarede denne opgave selv.

Den store uløste gåde er: Hvordan kunne Niels Gangsted-Rasmussen gå med til at beskrive ophavsretsloven så forkert og så vildledende?

Østre Landsret og EU-Domstolen kan ikke lastes for noget. De forholdt sig til de oplysninger, de fik forelagt. Ingen af dem havde indflydelse på, hvad parterne var enige om, og de kunne kun forholde sig til de oplysninger, de fik forelagt.

Jeg var naturligvis ikke til stede under forhandlingerne, men jeg har alligevel en stærk formodning om, hvad der er sket. Niels Gangsted-Rasmussen kom først ind i sagen, efter at forbuddet var nedlagt. Han var hidkaldt på grund af sin viden om EU-ret. Der var ingen grund til, at han skulle kontrollere, om advokat Jørgen B. Elmer havde undersøgt ophavsretsloven godt nok. Han havde utvivlsomt også faglig respekt for Johan Schlüter og kunne meget vel have så meget tillid til ham, at han i det fælles udkast overlod den ophavsretlige beskrivelse til ham.

Erik beklagede sig over det kammeratlige forhold, der syntes at være mellem Johan Schlüter og Niels Gangsted-Rasmussen. Erik fandt det upassende, at hans egen advokat hjalp "fjenden" med praktisk hjælp, da de nåede til EU-Domstolen i Luxembourg. Niels Gangsted-Rasmussen kaldte det bare "kollegial høflighed". Sandsynligvis stillede Johan Schlüter blot sin ekspertise til rådighed, da de to i det fælles udkast skulle beskrive fagedforbuddet og ophavsretsloven.

Det er principielt rigtigt, at forbuddet blev nedlagt på grundlag af den danske lovgivning, men det var absolut ikke den lov, de beskrev for EU-Domstolen. Der var dengang 64 paragraffer i ophavsretsloven, og der var nedlagt forbud efter § 2, fordi filmværker ikke var omfattet af § 23. Ingen af de øvrige 62 paragraffer blev undersøgt i sagen. Vi ved med sikkerhed, at § 23 ikke var relevant, fordi lige netop § 23 blev undersøgt med det resultat, at den ikke vedrørte film. Vi ved intet om, hvad en undersøgelse af § 25 ville være ført til.

Retsgrundlaget for forbuddet var § 2, der omfatter alle værker og enhver form for disposition, altså både salg og udlejning. § 2 omfatter også salg, men da Erik ikke solgte kassetterne, var der ikke grundlag for at bede fogedretten forbyde det. § 2 omfatter det hele. Fogedretten undersøgte kun én ting, nemlig om § 23 kunne siges at omfatte filmværker, og det var altså ikke tilfældet.

Den danske lov blev for EU-Domstolen mærkværdigvis beskrevet, som om der i § 23 var en særlig lov om udlejning af netop musikværker og filmværker. Der var henvist til lov nr. 274 af 6. juni 1985, som vi allerede ved blev vedtaget for at forbyde udlejning af CD-plader (side 73), og en ukendt lov, nr. 130 af 15. april 1975. Vi ved alligevel, at den lov ikke har en § 23, der omfatter film, for det blev netop undersøgt i 1984 af Københavns Byret. Men loven blev fremstillet som om, at der netop i § 23 var en særlig bestemmelse om udlejning af filmværker!

Den opdigtede særlov om film indebærer, at udlejningsretten ikke konsumeres ved rettighedshaverens salg af et eksemplar, men først når han tillader, at værket udlejes. Som sagen er fremstillet, får man indtryk af, at udlejning er skadelig, at der ikke er givet samtykke til udlejning, og at det kun er på grund af den "svage" britiske lovgivning, at der i Storbritannien udlejes filmværker på videokassetter.

Johan Schlüters udfordringer ved EU-Domstolen

Flere brikker skulle falde på plads for Johan Schlüter, hvis han skulle undgå at få et præjudicielt svar, der klart afgjorde sagen imod ham, som det skete for Imerco. Det var en udfordring at undgå dette, for situationen var den samme: Sagsøgerne ville blokere for de engelske videogrammers adgang til det danske marked.

Niels Gangsted-Rasmussen havde i replikken forklaret, hvordan kravet om en dokumenteret tilladelse vil indebære muligheden for markedsopdeling, hvilket er forbudt efter konkurrencereglerne. Johan Schlüters udfordring var derfor at fremstille situationen, så han både undgik konkurrencereglerne og en sammenligning med Imerco-sagen. Første skridt var at få konkurrencereglerne ud af den samlede sagsfremstilling. Det er en gåde, hvorfor og hvordan de forsvandt, men da Østre Landsret forelagde sagen for EU-Domstolen, var konkurrencereglerne pist væk. De er end ikke nævnt, og det var en betydelig indledende sejr for Johan Schlüter.

Det præjudicielle spørgsmål vedrører de kvantitative restriktioner (side 46). Med konkurrencereglerne vel af vejen var opgaven begrænset til at fremstille en lov og en situation, der opfylder de kriterier, som er nødvendige i henhold til artikel 36 for at tillade en undtagelse af forbuddet i artikel 30. Det måtte tages for givet, at et forbud mod afsætning ville blive betragtet som en kvantitativ restriktion.

Johan Schlüters opgave bestod altså i at få det til at se ud, som om forbuddet var begrundet i et anerkendelsesværdigt hensyn, dvs. et af de hensyn, der er nævnt i artikel 36, og at det hverken udgjorde et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

Den sidste forhindring fik han også fjernet, inden sagen nåede EU-Domstolen. Det fremgår af selve spørgsmålet, at forbuddet ikke skelner mellem indenlandske og importerede videogrammer. Det fremgår videre af forelæggelseskendelsen, at det ved spørgsmålets stillelse kan lægges til grund, at eneretten udøves på samme måde, hvad enten der er tale om importerede videogrammer eller indenlandske videogrammer.

Allerede inden sagen blev forelagt for EU-Domstolen, havde Johan Schlüter skabt den nødvendige distance til Imerco-sagen, hvor eneretten ikke blev udøvet på samme måde for importerede og indenlandske varer. Imerco havde netop fået nedlagt forbud mod de importerede fajankestel, mens deres egne blev solgt i de danske butikker. Via forelæggelseskendelsen havde Johan Schlüter smadret Niels Gangsted-Rasmussens sammenligning med Imerco-sagen, og han havde løst det principielle problem, som Kommissionen dengang understregede: "En territorial begrænsning af ophavsmandens samtykke er ikke mulig inden for Fællesskabet, ligesom den heller ikke er mulig inden for en medlemsstat."

Ifølge sagsfremstillingen var der ikke givet samtykke til udlejning noget sted. Det var den britiske lovgivnings manglende udlejningsret, der fik skylden for, at filmværker udlejes i England, så tilbage var blot at overbevise EU-Domstolen om det legitime i en ophavsretslov, der skelner mellem salg og udlejning.

Sagsbehandlingen ved EU-Domstolen

Sagsbehandlingen foregår i følgende trin, når EU-Domstolen skal besvare et præjudicielt spørgsmål om fortolkningen af EF-traktaten:

1. De(t) præjudicielle spørgsmål forelægges for EU-Domstolen.
2. De skriftlige indlæg sendes til EU-Domstolen.
3. Den refererende dommer samler indlæggene i en retsmøderapport.
4. Der afholdes eventuelt et retsmøde med mundtlige indlæg.
5. Generaladvokaten gennemgår sagen og foreslår en dom.
6. EU-Domstolen afsiger dom.

I denne sag stillede EU-Domstolen tillige et spørgsmål til den britiske regering. Alt er dokumenteret og offentligt tilgængeligt via EU-Domstolens domssamling.

De skriftlige indlæg om EF-traktatens artikel 30

Det er lidt sært, at Johan Schlüter argumenterede for, at forbuddet ikke engang var en kvantitativ restriktion efter artikel 30, og det blev klart og forudsigeligt manet til jorden først af Kommissionen og senere af EU-Domstolen.

Sagsøgerne i hovedsagen har anført, at hovedsagen ikke rejser noget fællesskabsretligt spørgsmål, når henses til, at det af sagsøgerne ønskede forbud, som anført af den nationale ret, ikke på nogen måde tilsigter at hindre importen af videogrammer og ikke er udtryk for nogen forskelsbehandling på grundlag af videogrammernes oprindelse. Efter deres opfattelse vedrører de fællesskabsretlige regler om konsumtion af enerettigheder, som er udformet af Domstolen på grundlag af Traktatens artikler 30 og 36, kun import-eksportsituationen. Den fællesskabsretlige konsumtion kommer således kun på tale i situationer, hvor en immateriel ret påberåbes med henblik på at sætte de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne ud af spillet. Noget sådant er ikke tilfældet i nærværende sag.

Johan Schlüter om artikel 30 ifølge domssaml. 1988 (side 2608)

Kommissionen har anført, at da udlejning af videogrammer udgør mindst 90 % af det samlede forbrug i flere medlemsstater, kan muligheden af at forbyde udlejning påvirke importen af videokassetter, som er lovligt produceret og markedsført i en anden medlemsstat. Muligheden for, at indehaveren af enerettighederne til en film kan fastsætte udlejningsbetingelser for denne, kan afholde potentielle importører fra med henblik på genudlejning at anskaffe værker, som er lovligt fremstillet og markedsført i en anden medlemsstat. Indførsel i nævnte øjemed kan endog helt bringes til ophør, hvis enerettighedshaveren afslår at give sin tilladelse til udlejning af videokassetter eller stiller sådanne udlejningsbetingelser, at udlejning bliver urentabel.

Kommissionen om artikel 30 ifølge domssaml. 1988 (side 2609)

Johan Schlüters skriftlige indlæg om EF-traktatens artikel 36

Sagen stod og faldt med, om EU-Domstolen i henhold til artikel 36 anerkendte en lov, der skelner mellem et samtykke til salg og et samtykke til udlejning. Det var kernen i det spørgsmål, der blev stillet til EU-Domstolen.

Dette simple spørgsmål med det oplagte svar er her behandlet meget grundigt af flere årsager. Sagen viser for det første, hvor skrupelløse advokater som Johan Schlüter kan være, når det gælder om at skaffe sine klienter økonomiske fordele, og den afslører for det andet Johan Schlüters utrolige indflydelse på den danske regering. Det er også vigtigt at forstå, at grundstenen for de efterfølgende årtiers monopoldannelse blev lagt her - ikke mindst i kraft af reaktionerne (og mangel på reaktioner) på den senere afsløring af svindelnummeret.

Sagsøgerne i hovedsagen har anført, at sagsøgtets opfattelse af ophavsrettigheders konsumtion hverken har støtte i dansk eller international ophavsret, men i virkeligheden hviler på en misforståelse af fællesskabsretten. Det fremgår nemlig hverken af Traktatens bestemmelser eller af Domstolens praksis, at det er ophavsretten i det land, hvor et værk er udgivet, som skal være bestemmende for, hvilke rettigheder enerettighedshaveren har i den medlemsstat, hvortil den fysiske bærer af værket er blevet importeret. Eftersom udøvelsen af enerettighederne hverken udgør et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en udtrykkelig eller skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne og på ingen måde påvirker de frie varebevægelser, er det lovgivningen i importlandet, som er grundlaget for ophavsmandens beføjelser i dette land.

Den danske lovgivning sonderer - ligesom lovgivningen i en række andre EF-medlemsstater - mellem eneretten til at sælge eksemplarer af et værk (som konsumeres, når rettighedshaveren har udgivet værket), og eneretten til at udleje værket, med den begrundelse, at *salg* og *udlejning* er to fundamentalt forskellige former for udnyttelse af et værk.

I salgstilfældet finder der ifølge sagsøgerne i hovedsagen kun en enkelt disposition sted ligesom ved ethvert andet salg. Udlejning har en helt anden karakter, for så vidt som værket kan udnyttes igen og igen. Enhver, som uden tilladelse foretager udlejning af et ophavsretligt beskyttet værk, tiltager sig således en beføjelse til gentagne dispositioner over værket, der - ligesom beføjelsen til at kontrollere offentlige fremførelser af værket - kun bør tilkomme enerettighedens indehaver.

Sagsøgerne er af den opfattelse, at fremførelsesretten og dermed retten til at udleje et eksemplar af et ophavsretligt beskyttet værk hører til ophavsrettens særlige genstand, som skal beskyttes af national lovgivning som et reserveret domæne, der ikke er omfattet af fællesskabsretten; de har i denne forbindelse henvist til dommene i Coditel-sagerne af 18. marts 1980 og 6. oktober 1982 (henholdsvis sag 62/79 og sag 262/81).

Sagsøgerne i hovedsagen anser derfor ikke eneretten til udlejning af et eksemplar af et værk for at være i strid med fællesskabsretten; den bør kunne udøves i importlandet uafhængigt af, om eksportlandet måtte anerkende en sådan eneret.

Analyse af Johan Schlüters indlæg

Skal den danske eller den britiske lov anvendes? Det spørgsmål fik Johan Schlüter med i det præjudicielle spørgsmål. Han brugte mange ord på det i sit indlæg, men det var irrelevant i forhold til EF-traktaten. Han brugte mørkelygten. Han løj ikke direkte, men han borede i den elementære fejl for at aflede opmærksomheden fra sit reelle ærinde: at beskytte det danske udlejningsmarked mod konkurrence.

I andet afsnit er brug af mørkelygten ikke nok. Objektivt set er hans udsagn en løgn. Han skulle bruge et "nej" til det præjudicielle spørgsmål. Det ville han ikke få, hvis han fortalte sandheden, så han løj, og han løj direkte og utvetydigt.

Det kan principielt diskuteres, om han vildledte med vilje, da han stod over for Merete Lyck i fogedretten og henviste til § 23 i stedet for § 25. Var det en ærlig fejltagelse? Havde han selv overset, at det var § 25, der var relevant? Havde han helt ærligt glemt § 25?

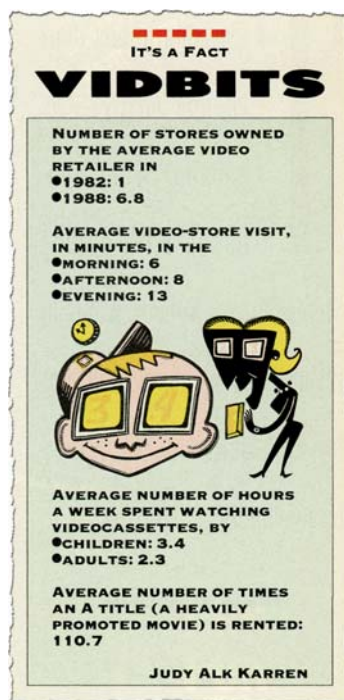
Måske, men man kan ikke "glemme" sig til en forklaring om, at § 23 sonderer mellem eneretten til at sælge eksemplarer af et filmværk og eneretten til at udleje et filmværk, umiddelbart efter at have fået medhold i, at § 23 slet ikke omfatter filmværker. Og efter at have hævdet at have eneretten til begge dele (side 103).

I modsætning hertil anførte han tværtimod, at eneretten til at sælge eksemplarer konsumeres ved udgivelsen. Det bragte sagen i overensstemmelse med dommen i Imerco-sagen, hvor konsekvensen af udgivelsen jo var, at eneretten (til at sælge) var konsumeret. Samtykke medfører konsumtion, og han påstod, at der ikke var givet samtykke til udlejning.

Hans begrundelse for at skelne mellem salg og udlejning lyder tilforladelig, men havde intet med virkeligheden at gøre. Udleveren fik ganske vist kun ét vederlag, nemlig da han solgte kassetten, men til gengæld fik han et stort beløb. Branchen vidste udmærket, hvor mange gange en kassette i gennemsnit blev udlejet, og det blev indkalkuleret i salgsprisen. Rettighedshaveren skulle kun sælge kassetten én gang for at få lommen fuld af penge. Videoudlejerne havde derimod besværet med at udleje kassetterne 110,7 gange hver for små beløb for at tjene investeringen hjem igen.

Rettighedshaveren var sikret i det øjeblik, han solgte kassetten, hvorimod udlejereren ikke havde nogen garanti for, at det lykkedes at udleje den så mange gange, at investeringen blev rentabel!

Til sidst mente Johan Schlüter, at udlejning og offentlig fremførelse er det samme.



Premiere, august 1989

Den danske regerings skriftlige indlæg

Da jeg første gang læste den danske regerings indlæg i retsmøderapporten, blev jeg så skræmt ved implikationerne, at jeg ikke kunne sove i adskillige dage. Jeg nærmest flygtede til London og ville først vende tilbage, når jeg havde læst om skandalen i aviserne, for så var det for sent at lukke munden på mig. Det viste sig, at det slet ikke interesserede de aviser, der havde fået min orientering.

De skriftlige indlæg til EU-Domstolen skrives før den mundtlige forhandling, der fandt sted den 1. oktober 1987. Det betyder, at Kulturministeriet arbejdede på at svare på min henvendelse og regeringens skriftlige indlæg til EU-Domstolen på samme tid. Sagen blev nævnt for mig under mine samtaler med Kulturministeriet og er direkte nævnt i Kulturministeriets skriftlige svar til mig (side 81).

Alligevel har de to beskrivelser af ophavsretsloven intet til fælles. I svaret til mig var det også forbudt at *sælge* film, idet § 23 kun tillod spredning af litterære og musikalske værker. Samtidig skrev Kulturministeriet til EU-Domstolen aldeles usandt, at der var tale om en *særlig* regel for *udlejning* af visse værker, f.eks. *film*. Regeringen begrundede den ikke-eksisterende lov med, at den bygger på "almindelige kulturpolitiske synspunkter" begrundet i "den betydning, denne form for udnyttelse har for rettighedshaverens vederlag." Kulturministeriet henviste til lov nr. 274 af 6. juni 1985, hvor udlejning af musikværker blev forbudt (side 73), og lod på den måde forstå, at loven udvidede reglen til også at omfatte musikværker - underforstået, at der fandtes en tidligere lov, der vedrørte udlejning af film.

Den danske regering næsten slog i bordet billedligt talt, idet den fandt, at det var "af afgørende betydning", at EU-Domstolen anerkendte denne særlige lov om udlejning af film, i hvert fald indtil der var harmoniseret på området. Ja, også den danske regering førte EU-Domstolen bag lyset om den danske lovgivning!

Den danske regering har gjort gældende, at den anfægtede lovgivning bygger på almindelige kulturpolitiske synspunkter, hvorefter visse værker, som f.eks. film, ikke bør kunne udlejes uden rettighedshaverens samtykke i betragtning af den betydning, denne form for udnyttelse har for hans vederlag. I henhold til lov nr. 274 af 6. juni 1985, der ændrer visse bestemmelser i ovennævnte love af 1975 og 1961-loven, er denne regel udvidet til også at omfatte eksemplarer af musikværker.

Efter den danske regerings mening beror det af sagsøgte i hovedsagen anførte på en for vidtgående fortolkning af de fællesskabsretlige regler om konsumtion af enerettigheder. Denne fortolkning er ikke berettiget, da den danske lovgivning ikke tilsigter at forbyde import til Danmark af videogrammer, der lovligt er udgivet i andre medlemsstater.

Den danske regering finder det af afgørende betydning, at Domstolen anerkender, at et forbud mod udlejning af videogrammer af den i den danske lovgivning omhandlede karakter i mangel af en harmonisering af de nationale lovgivninger på området falder inden for rammerne af den kompetence, der er overladt til de enkelte medlemsstater.

Den danske regering om artikel 36 ifølge domssaml. 1988 (side 2612)

EU-Domstolens spørgsmål til den britiske regering

Johan Schlüter og den danske regering havde begrundet forbuddet mod udlejning med hensynet til ophavsmandens/rettighedshaverens vederlag. Johan Schlüter var præcis, omend løgnagtig, i sin argumentation for, at udlejning skulle være forbudt: Det var snylteri, fordi værket kunne udlejes mange gange, mens rettighedshaveren kun fik betaling i forbindelse med salget af videokassetten til udlejeren.

Det valgte EU-Domstolen at få belyst nærmere, så den stillede et opklarende spørgsmål til den britiske regering (domssaml. 1988, side 2616):

“Indgår ophavsrettigheder med et betydeligt beløb i indkøbsprisen for videogrammer i Det Forenede Kongerige?”

Ja, det bekræftede den britiske regering. Den pointerede, at ophavsrettighederne indgik i salgsprisen, fordi man på den måde kunne skaffe penge til betaling af de licensafgifter, der skulle betales ved fremstillingen af videogrammet.

Den britiske regering pointerede også, at købet af videogrammet ikke indebar, at værket kunne fremføres offentligt eller udsendes på tv. Der var heller ikke tale om, at køberen fik ophavsrettighederne i licens, eller at de blev overdraget til ham. De omhandlede rettigheder havde allerede været genstand for en licensaftale eller var overdraget til den, der fremstillede videogrammerne.

Der var tale om helt almindelige forretningsmæssige dispositioner, hvor licenstagerne fik deres investeringer hjem igen ved at sælge de udgivne eksemplarer til udlejerne. Ophavsrettighederne var indkalkuleret i salgspriserne.

Det Forenede Kongeriges regering har besvaret dette spørgsmål bekræftende. Den har anført, at når der er tale om musikvideogrammer, tegneserier og »feature programmer« (dvs. optagelser af fjernsynsudsendelser), indgår ophavsrettigheder gennemsnitligt med et beløb på mellem 10 % og 15 % af »salgsprisen« (dvs. den pris, hvortil videogrammet sælges til detailhandleren); beløbet er på over 25 % af »salgsprisen«, når der er tale om spillefilm, der udlejes til publikum, og op til 7 % for ophavsrettighederne til musikken, når der er tale om musikvideogrammer, men mindre, når musikken kun er af sekundær betydning.

Den britiske regering har pointeret, at det beløb, ophavsrettighederne indgår med, vedrører den reproduktion af litterære værker, sceneværker og musikværker, som fremstillingen af videogrammet indebærer, og ikke andre ophavsrettigheder, såsom offentlig fremførelse eller udsendelse. Den har ligeledes pointeret, at betaling af beløbet ikke fører til, at køberen får ophavsrettighederne i licens, eller at de overdrages til ham; de omhandlede rettigheder vil allerede have været genstand for en licensaftale eller være overdraget til den, der fremstiller videogrammet, og ophavsrettighederne indgår kun i salgsprisen, fordi man på denne måde kan skaffe pengene til betaling af de licensafgifter, der skal betales ved fremstillingen af videogrammet.

Den britiske regerings svar ifølge domssaml. 1988 (side 2616)

Generaladvokatens gennemgang af sagen

EU-Domstolens generaladvokat har den opgave, at han på baggrund af parternes indlæg, dvs. parterne i hovedsagen, Kommissionen og de medlemsstater, der har valgt at udtale sig, gennemgår sagen for EU-Domstolen og ender med at foreslå en besvarelse på det præjudicielle spørgsmål. Den pågældende generaladvokat var G. Federico Mancini. Hans gennemgang af sagen og forslag til dom forelå den 26. januar 1988. De to centrale afsnit er gengivet nedenfor.

Med henvisning til Kommissionens undersøgelse påpegede han, at langt den største del af omsætningen af videogrammer var udlejning, og han konstaterede, at danske forbrugere ikke var interesseret i at købe, så derfor var det indlysende, at artikel 30 tilsidesættes af et forbud mod udlejning.

Han købte ikke påstanden om, at udlejning er skadelig. Han mente, at Warner selv havde valgt at bringe værket på markedet i Det Forenede Kongerige under de betingelser, der var dér. Det kunne ikke betvivles, at Warner ved prisfastsættelsen havde taget hensyn til udnyttelsen i form af udlejning.

Generaladvokaten foreslog EU-Domstolen, at et forbud mod udlejning af filmværker som beskrevet skulle anses for at være i strid med artikel 30 og 36.

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 modsætte 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.

Hertil kommer, har Christiansen anført, at dommen af 20. januar 1981 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 retssuccessor 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 rettighederne vedrørende udnyttelse af videogrammet i form af udlejning. Også under denne synsvinkel er det derfor i strid med Traktatens artikel 30 og 36 at tillade selskabet at modsætte sig, at Christiansen i Danmark udlejer det videogram, han lovligt har erhvervet i Det Forenede Kongerige.

Generaladvokatens bemærkninger om sammenligningen med fremførelse

Generaladvokaten fandt intet grundlag for at sammenligne udlejning af film med offentlig fremførelse. Jeg er enig med generaladvokaten. Udlejning er spredning af fysiske eksemplarer af et filmværk, og leje af en film giver netop ikke ret til at vise filmen offentligt. Den naive forestilling om, at man kan sikre sig en betaling, der står i forhold til antallet af udlejninger, er i stærk modstrid med virkeligheden. Intet sted i verden blev der indført en ordning, hvor rettighedshaverens betaling stod i forhold til antallet af udlejninger.

I givet fald sikrede det heller ikke en retfærdighed, der kunne sammenlignes med salg af biografbilletter. Jeg husker, at jeg ofte kom til at leje en film uden at nå at se den. Andre gange nåede jeg at se den flere gange, eller jeg så den lejede film sammen med familien eller vennerne, som ikke betalte noget som helst!

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 én gang eller aldrig - falder ikke tilbage på indehaveren af retten til fremførelsen, men på udlejeren.

Generadadvokatens gennemgang ifølge domssaml. 1988 (side 2622)

EU-Domstolens dom af 17. maj 1988

Jeg vil ikke lægge skjul på, at jeg står alene med min opfattelse af Warner-sagen, som den blev kaldt, og EU-Domstolens dom. Situationen minder om opgaven med toget, hvor min karismatiske matematiklærer fik alle mine klassekammerater til at udråbe mig som idiot. På samme måde fik Johan Schlüter dommere og jurister til at udråbe mig som idiot i stedet for at undersøge noget, da jeg afslørede ham. Igen og igen fik jeg at vide, at mine synspunkter var håbløse. Alle påpegede med stor ihærdighed Johan Schlüters dygtighed. Fælles for dem var imidlertid, at de hverken havde læst sagsfremstillingen eller dommen. Deres opfattelse var helt og aldeles baseret på deres egen tillid til Johan Schlüter.

Dette er et forsøg på at gøre op med den form for blind autoritetstro, og derfor gengiver jeg hele EU-Domstolens begrundelse og konklusion. Derefter analyserer og kommenterer jeg dommen.

Retssproget i sagen var dansk, fordi det præjudicielle spørgsmål var fra Danmark, så oversættelsen kan udelukkes som fejlkilde for så vidt angår de danske indlæg.

Dom

1. Ved kendelse af 11. juni 1986, indgået til Domstolen den 1. juli 1986, har Østre Landsret i medfør af EØF-traktatens artikel 177 forelagt et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikler 30 og 36 med henblik på en nærmere bestemmelse af, i hvilket omfang nationale ophavsretlige regler for udlejning af videogrammer er forenelige med de frie varebevægelser.
2. Spørgsmålet er rejst under en sag anlagt af Warner Brothers (herefter benævnt »Warner«) og Metronome Video (herefter benævnt »Metronome«) mod Erik Viuff Christiansen.
3. Warner, som i Det Forenede Kongerige er indehaver af ophavsrettighederne til filmen »Never Say Never Again«, som også er produceret i Det Forenede Kongerige af dette selskab, har overdraget administrationen af videorettighederne for Danmark til Metronome.
4. Efter at videogrammet med den omhandlede film var kommet på markedet i Det Forenede Kongerige med Warners tilladelse, købte Christiansen, som driver en videoforretning i København, et eksemplar i London med henblik på at udleje det i Danmark og importerede det til Danmark i dette øjemed.
5. På grundlag af den danske lovgivning, hvorefter ophavsmanden til et musik- eller et filmværk eller dets producent kan modsætte sig udlejning af videogrammer med værket, så længe han ikke har givet samtykke hertil, har Warner og Metronome ved Københavns Byrets fogedafdeling fået nedlagt forbud mod, at Christiansen udlejer videogrammet i Danmark.
6. Justifikationssagen behandles af Østre Landsret, som har besluttet at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Skal bestemmelserne i EØF-traktatens anden del, afsnit I, kapitel 2, om ophævelse af de kvantitative restriktioner mellem medlemslandene, navnlig artiklerne 30 og 36, sammenholdt med Traktatens artikel 222, 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?«
7. For en nærmere redegørelse af de faktiske omstændigheder i hovedsagen, de nationale regler, der finder anvendelse, og de indlæg, der er indgivet til Domstolen, henvises til retsmøderapporten. Disse omstændigheder omtales derfor kun i det følgende, såfremt det på de enkelte punkter er nødvendigt for forståelsen for Domstolens argumentation.
8. Med det forelagte spørgsmål ønsker den nationale ret i det væsentlige oplyst, om Traktatens artikler 30 og 36 er til hinder for at anvende en national lovgivning, som

giver ophavsmanden mulighed for at gøre udlejning af videogrammer betinget af, at han giver sit samtykke, når disse videogrammer allerede med hans tilladelse er blevet bragt i omsætning i en anden medlemsstat, efter hvis lovgivning ophavsmanden kan kontrollere det første salg, men ikke forbyde udlejning.

9. Det bemærkes, at til forskel fra den nationale lovgivning om ophavsret, som gav anledning til dommen af 20. januar 1981, Musik-Vertrieb Membran (55 og 57/80, Sml. s. 147), gør den lovgivning, som ligger til grund for nærværende præjudicielle spørgsmål, det ikke muligt for ophavsmanden at opkræve en ekstra afgift i forbindelse med selve importen af fysiske bærere af beskyttede værker, der er bragt i omsætning med hans samtykke i en anden medlemsstat, eller at opstille nogen anden hindring overhovedet for importen eller videresalget. De særlige rettigheder, som den danske lovgivning giver ophavsmanden, gælder først efter, at importen har fundet sted.
10. Det må imidlertid konstateres, at videogrammer ikke blot omsættes ved salg, men i stigende omfang også ved udlejning til private, som er indehavere af videobåndoptagere. Muligheden for at forbyde udlejning i en medlemsstat kan derfor indvirke på handelen med videogrammer i den stat og følgelig indirekte påvirke samhandelen inden for Fællesskabet med disse varer. En lovgivning som den, der ligger til grund for hovedsagen, må derfor i henhold til Domstolens faste praksis betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, som er forbudt i henhold til Traktatens artikel 30.
11. Det må derfor undersøges, om en sådan lovgivning kan anses for begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, jf. Traktatens artikel 36, et udtryk, der - som Domstolen har statueret i dommen af 6. oktober 1982, Coditel (262/81, Sml. s. 3381) - også omfatter beskyttelse af den litterære og kunstneriske ejendomsret.
12. I den forbindelse må det først konstateres, at den omhandlede danske lovgivning uden forskel finder anvendelse på videogrammer, der er produceret i Danmark, og videogrammer, der er importeret fra en anden medlemsstat. Det, der er afgørende for, om loven finder anvendelse, er, hvilken transaktion, videogrammerne er genstand for, og ikke deres oprindelse. En sådan lovgivning indebærer derfor ikke i sig selv nogen vilkårlig forskelsbehandling i handelen mellem medlemsstaterne.
13. Dernæst bemærkes, at litterære og kunstneriske værker kan udnyttes kommercielt, enten ved offentlige fremførelser eller ved at fremstille eksemplarer med fysiske bærere og bringe de således fremstillede reproduktioner i omsætning, således som det netop er tilfældet ved filmværker. Ophavsmandens væsentligste særrettigheder, nemlig eneretten til at fremføre værket og eneretten til at fremstille eksemplarer af det, anfægtes ikke af reglerne i Traktaten.
14. Endelig må det tages i betragtning, at der - som Kommissionen har fremhævet - er opstået et særligt marked for udlejning af disse bærere, der er forskelligt fra salgsmarkedet. Udlejningsmarkedets eksistens skyldes forskellige faktorer, såsom en forbedring af fremstillingsprocessen, som har bevirket, at videogrammerne er ble-

vet mere solide og holdbare, publikums erkendelse af, at de kun sjældent ser de videogrammer, de har købt, og endelig den forholdsvis høje købspris. Udlejningsmarkedet for videogrammer retter sig mod et større publikum end salgsmarkedet, og udlejningsmarkedet udgør i øjeblikket en betydelig potentiel indtægtskilde for ophavsmænd til film.

15. Det er imidlertid ikke muligt at sikre ophavsmænd 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. Det er forklaringen på, at visse nationale lovgivninger - som Kommissionen har oplyst i sit indlæg - for nylig har indført en særlig beskyttelse af retten til udlejning af videogrammer.
16. Lovgivninger af denne type forekommer derfor begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, jf. Traktatens artikel 36.
17. Heroverfor har sagsøgte i hovedsagen dog henvist til dommen af 22. januar 1981, Dansk Supermarked (58/80, Sml. s. 181) og dommen af 20. januar 1981, Musik-Vertrieb Membran, jf. ovenfor, og gjort gældende, at det står ophavsmanden frit for at vælge den medlemsstat, hvor han bringer sit værk i omsætning. Herved træffer han sit valg ud fra egne interesser, og bl.a. må han tage i betragtning, at lovgivningen i visse medlemsstater - til forskel fra lovgivningen i andre - giver ham en eneret, der gør det muligt for ham at modsætte sig udlejning af den fysiske bærer af værket, selv om denne er blevet bragt i omsætning med hans samtykke. Under disse omstændigheder må en ophavsmand, som har udbudt et videogram med en film til salg i en medlemsstat, hvor lovgivningen ikke giver ham nogen eneret til udlejning (således som det er tilfældet i hovedsagen), acceptere konsekvenserne af sit valg og konsumtionen af sin ret til at modsætte sig udlejning af videogrammet i en hvilken som helst anden medlemsstat.
18. Dette kan ikke tiltrædes. Det følger nemlig af det foran anførte, at i tilfælde hvor en national lovgivning giver ophavsmænd en særlig ret til udlejning af videogrammer, ville denne ret miste sit indhold, hvis rettighedshaveren ikke kunne bestemme over udlejning. Den omstændighed, at en ophavsmand bringer videogrammer med et af sine værker i omsætning i en medlemsstat, som ikke har en særlig beskyttelse af retten til udlejning, kan derfor ikke indvirke på den ret, der ved en anden medlemsstats lovgivning er tillagt samme ophavsmand til i denne stat at modsætte sig udlejning af videogrammet.
19. Under disse omstændigheder må den nationale rets spørgsmål besvares således, at Traktatens artikler 30 og 36 ikke er til hinder for anvendelse af en national lovgivning, som giver ophavsmanden mulighed for at gøre udlejning af videogrammer betinget af, at han giver sit samtykke, når der er tale om videogrammer, der allerede med hans tilladelse er bragt i omsætning i en anden medlemsstat, efter hvis lovgivning ophavsmanden kan kontrollere det første salg, men ikke forbyde udlejning.

Sagens omkostninger

20. De udgifter, der er afholdt af den danske regering, den britiske regering, den franske regering, og Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke godtgøres. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale domstol, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser kender

DOMSTOLEN

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt den af Østre Landsret ved kendelse af 11. juni 1986, for ret:

Traktatens artikler 30 og 36 er ikke til hinder for anvendelse af en national lovgivning, som giver ophavsmanden mulighed for at gøre udlejning af videogrammer betinget af, at han giver sit samtykke, når der er tale om videogrammer, der allerede med hans tilladelse er bragt i omsætning i en anden medlemsstat, efter hvis lovgivning ophavsmanden kan kontrollere det første salg, men ikke forbyde udlejning.

EU-Domstolens dom i sag 158/86, 17. maj 1988

Johan Schlüters elegante trick

Hvem har læst hele dommen igennem? Jeg gjorde det for at finde ud af, hvordan det kunne gå til, at Erik ifølge Johan Schlüter og dagspressen havde tabt sagen, selvom mine egne undersøgelser havde ført til, at hans udlejning var lovlig.

Alle dem, jeg har mødt på min vej i mere end 33 år, har kun læst de fem linjer i konklusionen. Det siger sig selv, at de heller ikke har gidet læse EU-Domstolens retsmøderapport, fogedrettens kendelse og processkrifterne i justifikationssagen, selvom det alt sammen er nødvendigt for at forstå sammenhængen.

Johan Schlüter tog ret kløgtigt det synspunkt, han fremførte i Danmark:

“I Danmark er det en forudsætning for at kunne udleje et videogram, at man kan dokumentere en tilladelse hertil fra filmens rettighedshaver eller den, der har erhvervet enedistributionsretten i Danmark.”

Og det synspunkt holdt han op imod konklusionens fem linjer.

Når det sættes sammen på den måde, kan man godt forledes til at tro, at EU-Domstolen godkendte FDV's autorisationssystem. Heldigt for Johan Schlüter, at EU-Domstolen kun understregede, at det er uden betydning, hvad lovgivningen er i den anden medlemsstat, selvom det bør være indlysende. Det havde været mere relevant at understrege betingelserne om, at et forbud mod udlejning skal udøves uden forskel på videogrammer, der er produceret i Danmark, og videogrammer, der er importeret fra en anden medlemsstat, og at eneretten til at tillade udlejning udtømmes, når rettighedshaveren tillader, at værket udlejes. De præmisser ændrer situationen fundamentalt, men i snart 34 år har ikke en sjæl forholdt sig til dem.

Johan Schlüters trick lykkedes, fordi ingen undersøgte noget. Alle stolede blindt på ham, og det lærte han allerede, da han mødte advokaterne Jørgen B. Elmer og Niels Gangsted-Rasmussen.

Han kunne med stor sikkerhed gå ud fra, at ingen ville blande sig i, hvad der skete ved EU-Domstolen, hvor han uhindret kunne finde på en ikke-kontroversiel problemstilling, der blot gik ud på, om en ophavsretslov kan skelne mellem salg og udlejning. Det betyder, at hvis man har udgivet et værk, f.eks. et stykke musik, betyder det ikke, at man dermed har tilladt, at CD-pladen må udlejes. Samtykke til salg er ikke det samme som samtykke til udlejning. Det er svært at være uenig. Hvis det ikke var endt sådan, var det danske forbud mod udlejning af CD-plader reelt blevet underkendt, selvom det var både velbegrundet og uproblematisk.

I det følgende gennemgås, hvad EU-Domstolen i virkeligheden tog stilling til i de 20 præmisser, der er grundlaget for den misbrugte konklusion.

Analyse af dommens præmis 1-5: Rettighedshaveren

EU-Domstolen roder rundt i den fiktive lovgivning for at få den til at give mening i forhold til sagens parter. Der er fundamental forskel på begrebet “ophavsmand”, som er den kunstner, der med sin kreative indsats har frembragt et værk, og som beskyttes af den danske lovgivning, og begrebet “producent”, der er den person eller det selskab, som har investeret penge i produktionen af et værk, og som beskyttes af den britiske (og den amerikanske) lovgivning. De forskelle gennemgås uddybende i kapitel 19 (side 175) og kapitel 20 (side 180 og 181).

Den tredje type rettighedshaver, “licenstageren”, er en person eller et selskab, der ved aftale har erhvervet nærmere definerede rettigheder til at udnytte et værk. Metronome var hverken ophavsmand eller producent, men blot en licenstag, der havde købt licenser, altså enerettigheder, til at udgive danske versioner af film. Metronome tildeles legitimitet ved at blive omtalt som “administrator” af Warners videorettigheder for Danmark. Niels Gangsted-Rasmussen forfulgte ikke Elmers indsigelse og anfægtede ikke Metronomes ret til at blande sig i spredningen af en videokassette, der allerede var bragt i omsætning af en anden licenstag, nemlig Warner Home Video (UK), der fra moderselskabet Warner Brothers Inc. havde købt licens til at udgive filmen i Storbritannien. Det bemærkes, at Warner Home Video (UK), der stod til at miste det danske marked for de udgivelser, det havde betalt licens for, slet ikke var involveret i sagen. Det er dog forståeligt i netop den situation, hvor licenstagernes moderselskab foretrækker at opdele Fællesskabet. Det er alligevel lidt pudsigt, at de formuleringer bruges, idet den danske regering og forelæggelseskendelsen begge brugte udtrykket “rettighedshaveren”.

Analyse af dommens præmis 7: Henvisningen til retsmøderapporten

Henvisningen til retsmøderapporten understreger, at EU-Domstolen er klar over, at dommen ikke kan stå alene. Man er nødt til at tage fat i retsmøderapporten for at få en fuldstændig forståelse af, hvad det præjudicielle spørgsmål drejer sig om.

Analyse af dommens præmis 8: Ophavsmanden

EU-Domstolen skriver “ophavsmanden”, selvom der ikke var nogen ophavsmand involveret i retssagen, men det har næppe betydet noget. Det har ingen betydning for fortolkningen, hvem der opfattes som ophavsmand, og fortolkningen er også uafhængig af, om den undersøgte lov eksisterer i virkeligheden eller ej.

Analyse af dommens præmis 9: Musik-Vertrieb Membran

Præmis 9 vedrører ikke en vurdering af artikel 30 og 36, men er et svar på Niels Gangsted-Rasmussens anbringende om, at sagen bør sammenlignes med sagerne 55 og 57/80, hvor tyske rettighedshavere havde pålagt importører en ekstra afgift på grammofonplader, der var importeret fra England, hvor betalingen var lavere. Det måtte de ikke. Da rettighedshaverne havde accepteret den lavere afgift, de fik i England, måtte de tage konsekvensen af at udgive pladerne dér.

Niels Gangsted-Rasmussens argument var, at da Warner havde valgt at udgive videokassetten i en medlemsstat, der ikke havde udlejningsret, måtte de tage konsekvensen og afstå fra at bruge udlejningsretten i en anden medlemsstat, der havde en sådan udlejningsret. Den sammenligning afvises her af EU-Domstolen.

Analyse af dommens præmis 10 og 11: Artikel 30

I præmis 10 konkluderer EU-Domstolen i overensstemmelse med Kommissionen og generaladvokaten, at forbud mod udlejning må betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, der er forbudt i artikel 30.

I præmis 11 fastslås, at det derfor skal undersøges, om en undtagelse skal tillades jf. artikel 36, da EU-Domstolen anerkendte, at ophavsret hører under “beskyttelse af kommerciel og industriel ejendomsret”, som er nævnt i artikel 36.

Tilbage er derfor at undersøge, om det er berettiget at skelne mellem salg og udlejning, og om det påvirker samhandelen. Begge betingelser skal være opfyldt. Generaladvokaten mente ikke, at en udlejningsret var nødvendig. Warner kunne tage højde for udlejningen ved prissætningen - og gjorde det også i praksis.

Analyse af dommens præmis 12: Påvirkningen af samhandelen

Det fremgår af forelæggelsen, at det skal lægges til grund, at forbuddet anvendes uden forskel på indenlandske og importerede videogrammer, så den forhindring var klar på forhånd. EU-Domstolen vurderede ikke selv parternes adfærd.

Analyse af dommens præmis 13-16: Artikel 36

Præmis 13 er en beskrivelse af ophavsmandens særrettigheder, og præmis 14 er en beskrivelse af videomarkedet. I præmis 15 følger den afgørende betragtning, at visse nationale lovgivninger har indført en særlig beskyttelse af udlejningsretten, fordi det ikke er muligt at sikre ophavsmand til film et vederlag, der står i forhold til antallet af udlejninger. Og *derfor* anerkender EU-Domstolen udlejningsretten.

Analyse af dommens præmis 17-18: Virkningen af en særlig ret

I præmis 17-18 sammenlignes med Imerco-sagen. Niels Gangsted-Rasmussen var af den opfattelse, at Warner - ligesom Imerco - måtte acceptere konsekvensen af at bringe videogrammet på markedet i en medlemsstat, der ikke gav mulighed for at forbyde udlejning.

EU-Domstolen afviser argumentet med en logisk konsekvens af betragtningen i præmis 15 og 16: Når en national lovgivning giver ophavsmænd en *særlig* ret til at forbyde udlejning, vil denne ret miste sit indhold, hvis ikke den respekteres.

Min vurdering af dommen og dens betydning

Johan Schlüters tilhængere lader gerne som om, at jeg mener, at EU-Domstolen tog fejl, men intet kan være mere forkert. Jeg er 100 % enig med EU-Domstolen og vil i det følgende redegøre for dommens enkelte elementer og deres betydning.

1. Udlejning af CD-plader og respekt for national selvbestemmelse.
2. Virkningen af en særlig ret.
3. Den absurde alternative situation.
4. Konsumtion af udlejningsretten.
5. Spørgsmålet om vederlag.

1: Udlejning af CD-plader og respekt for national selvbestemmelse

Principielt gør det ingen forskel på skellet mellem salg og udlejning, om der er tale om videokassetter eller CD-plader. Alt, hvad Johan Schlüter og den danske regering fortalte om filmværker, var løgn, men havde de talt om musikværker, var det korrekt, og særloven om udlejning af CD-plader havde ikke skabt problemer, fordi den blev anvendt på samme måde på danske og importerede CD-plader. Der havde utvivlsomt lydt et ramaskrig fra de danske EU-modstandere, hvis EU havde grebet ind i ophavsretslovens fornuftige forbud mod udlejning af CD-plader.

Den danske regering havde påpeget, at der ikke var harmoniseret på området, og den havde understreget, at det var "af afgørende betydning", at Danmark fik lov til at have sine egne regler på området uden EU's indblanding.

Det var ikke EU-Domstolen, der bestemte, at man skal skelne mellem salg og udlejning og forbyde udlejning. Den vurderede ikke engang, om det er en god idé. Den iagttog blot, at visse nationalstater skelnede i deres lovgivning, og så længe de ikke diskriminerer, står EF-traktaten selvfølgelig heller ikke i vejen.

2: Virkningen af en særlig ret

EU-Domstolen havde i præmis 18 et stærkt argument for at tillade en særlig ret, når blot denne ret ikke påvirker samhandelen. En særlig ret mister i sagens natur sit indhold, hvis ikke den respekteres.

Hvis EU-Domstolen ikke respekterer en national lov, underkender den dermed reelt den lovgivende forsamling i nationalstaten, og det gør den ikke uden grund.

3: Den absurde alternative situation

Niels Gangsted-Rasmussen havde i usædvanlig grad fat i de forkerte argumenter. Han burde have forfulgt konkurrencereglerne. Det var ikke gennemtænkt, at han forfulgte argumentet om, at et forbud mod udlejning ikke burde kunne håndhæves, fordi der ikke var en tilsvarende regel i det land, hvori værket var udgivet.

Hvis argumentet overføres på den danske ophavsretslovs § 23 om udlejning af CD-plader, ville det betyde, at et forbud gjaldt danske CD-plader, men ikke de engelske, fordi der ikke var en tilsvarende lov i England! Så ville resultatet blive, at forbrugerne kunne leje engelske CD-plader og plader fra lande uden en sådan særlov, mens de danske CD-plader ikke måtte lejes. Det ville være absurd!

4: Konsumtion af udlejningsretten

Man skal ikke glemme, at den lov, som EU-Domstolen bedømte, blev beskrevet sådan, at samtykke til udlejning medfører konsumtion af eneretten til udlejning, så en sådan lov kunne ikke bruges til at opdele markedet. I værste fald måtte Erik vente, til Metronome selv udgav *Never Say Never Again* i Danmark, og der blev givet tilladelse til at udleje filmen, for så var eneretten jo konsumeret.

Var Johan Schlüter heldig med at angribe udlejningen af en film, der ikke var udgivet i Danmark? Det betød i hvert fald, at han kunne lade som om, at det ikke var rettighedshaverens ønske, at videokassetten kunne udlejes overhovedet. Man kan principielt påstå, at Warner hadede udlejningen i England og var tvunget til at tage hensyn til udlejningsmarkedet ved prissætningen på grund af den elendige britiske lovgivning. Det havde den franske dommer måske forståelse for. Frankrig havde ikke udviklet et udlejningsmarked. I Frankrig *købte* man videofilm.

Dommen giver rettighedshaveren mulighed for at vælge marked. Foretrækker han et salgsmarked - og det kan han få ved at forbyde, at værket udlejes - eller vil han udnytte udlejningsmarkedet økonomisk? Da Warner var den største aktør på det britiske udlejningsmarked med en milliardomsætning, er det svært at tro, at Warner ikke brød sig om udlejning, og det troede generaladvokaten heller ikke på. På en måde lod EU-Domstolen tvivlen komme Warner til gode, men i det sekund, Warner gav samtykke til udlejning af værket, ville eneretten være konsumeret.

5: Spørgsmålet om vederlag

Begrundelsen for det danske forbud mod udlejning af CD-plader var regulær, for rettighedshaveren fik kun betaling, da CD-pladen blev solgt til udlejeren, mens udlejeren tjente penge ved hver eneste udlejning. Måske tjente udlejeren ikke så meget ved at udleje pladen, men formålet var også at sælge blanke kassettebånd, så kunden kunne lave en kopi til sig selv, uden at rettighedshaveren fik betaling. Det var den form for snylteri, man ville forhindre med udlejningsretten i 1985.

Summa summarum: EU-Domstolen godkendte principielt ophavsmandens ret til at forbyde udlejning af CD-plader i ophavsretslovens § 23, og det var egentlig det.

FDV's forhandlerautorisation

Spørgsmålet om autorisation kom ikke op ved EU-Domstolen. Autorisation er et begreb, der knytter sig til en officiel anerkendelse af en person eller virksomhed. Den gives efter objektive kriterier, der naturligvis ikke må påvirke samhandelen. Man må ikke kalde sig læge uden en behørig offentlig anerkendt autorisation, og det gælder også sygeplejersker, optikere, revisorer, el-installatører og så videre, og hvis man f.eks. vil drive vagtvirksomhed, er politiets autorisation påkrævet.

Alle steder i samfundet betyder ordet "autorisation", at vedkommende har en uddannelse eller lignende, der er offentligt anerkendt, og som berettiger til, at man kan kalde sig "autoriseret". I videobranchen blæste man på dette. Hvis man havde underskrevet en forhandleraftale med FDV og således var godkendt af FDV, havde man FDV's velsignelse til i sin markedsføring at skrive "autoriseret af Foreningen af Danske Videogramdistributører".

I andre brancher slås der ned på vildledende brug af "autorisationer". Således fik to psykologforeninger en påtale af Forbrugerstyrelsen, fordi der ikke findes en offentlig autorisation på området. Psykologforeningerne blev bedt om, at deres medlemmer brugte udtrykket "godkendt af foreningen" i stedet for.

Den frie og lige adgang til markedet er central i EU-retten, ikke mindst hvis et autorisationskrav risikerer at påvirke samhandelen. Det mærkede Danmark, da et krav om autorisation til importører af foderstoffer blev underkendt, selvom det efter administrativ praksis blev tildelt automatisk. FDV's autorisationskrav er ikke afprøvet af EU-Domstolen, men man kan selv gætte sig til, hvordan den vil se på et autorisationskrav, der udelukker, at importerede videofilm udlejes!

22. I henhold til Traktatens artikel 30 er kvantitative indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning forbudt i samhandelen mellem medlemsstaterne. Ifølge Domstolens faste praksis skal enhver regulering af handelen i medlemsstaterne, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen inden for Fællesskabet, anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion.
23. Ud fra dette synspunkt må en ordning, hvorefter det uden forudgående administrativ autorisation er forbudt at importere foderstoffer med indhold af tilsætningsstoffer, klart anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som indførselsrestriktioner i EØF-traktatens artikel 30's betydning, for så vidt som en sådan ordning, selv blot potentielt, kan hindre samhandelen mellem medlemsstater.
24. Selv om den nationale ret i sin beslutning har bemærket, at autorisation ifølge administrativ praksis meddeles automatisk inden for kort tid, hvilket den danske regering har bekræftet under den mundtlige forhandling, bemærkes, at et autorisationskrav nødvendigvis indebærer udøvelsen af et vist administrativt skøn og kan skabe usikkerhed om retsstillingen hos de erhvervsdrivende.