

omfattet af en bestemt personkreds,
som denne virksomhed har fastlagt på
grundlag af nationalitet eller bopæl,

må anses for at være skyldig i misbrug
af en dominerende stilling efter trak-
tatsens artikel 86, stk. 1.

I sag 7/82

GESELLSCHAFT ZUR VERWERTUNG VON LEISTUNGSSCHUTZRECHTEN MBH (GVL),
Esplanade 36a, 2000 Hamburg 36, ved advokaterne K. Peter Mailänder og
Rolf Winkler, mødeberettiget for henholdsvis Landgericht og Oberlandesge-
richt Stuttgart, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Ernest
Arendt, 34, rue Philippe-II,

sagsøger,

mod

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER, 200, rue de la Loi, 1049
Bruxelles, ved Götz zur Hausen, medlem af Kommissionens juridiske
tjeneste, og med valgt adresse i Luxembourg hos Oreste Montalto, Jean
Monnet-bygningen, Kirchberg,

sagsøgt,

angående en påstand om annullation af Kommissionens beslutning af
29. oktober 1981 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86
(IV/29.839 — GVL) (EFT L 370, s. 49),

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten J. Mertens de Wilmars, afdelingsformændene
P. Pescatore, A. O'Keefe og U. Everling, dommerne Mackenzie Stuart,
G. Bosco og T. Koopmans,

generaladvokat: G. Reischl

justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl

afsagt følgende

DOM

Sagsfremstilling

De faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb samt de indlæg, der er indgivet i medfør af artikel 20 i protokollen vedrørende statuten for EØF-Domstolen, kan sammenfattes således:

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

A — Indledning

Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten (herefter benævnt GVL) er et tysk udnyttelsesselskab, som har til formål at varetage dels de rettigheder, det har fået overdraget gennem den tyske lov om ophavsret og beslægtede retsregler om beskyttelse (Gesetz über Urheberrechte und verwandte Schutzrechte, herefter benævnt ophavsretsloven) for udøvende kunstnere, ophavsmænd til filmværker, fremstillere af indretninger til billedoverførelse og fremstillere af fonogrammer samt arrangører, dels de rettigheder, som er overdraget til fremstillere eller arrangører. GVL har således til opgave at varetage fremførelsesrettigheder, dvs. de rettigheder, der opstår, når ophavsmændenes skabende indsats gengives. Sådanne selskabers virksomhed er reguleret i den tyske lov om udøvelse af ophavsrettigheder og beslægtede retsregler om beskyttelse (Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, herefter benævnt lov om udøvelse).

GVL er en organisation oprettet i fællesskab af Deutsche Orchestervereinigung e. V., Hamburg, som er en interesseorga-

nisation af udøvende kunstnere — først og fremmest musikere — og af Deutsche Landesgruppe der IFPI e. V., Hamburg, der er en interesseorganisation af fremstillere af indretninger til billedoverførelse og fonogrammer. Disse to organisationer er de eneste selskabsdeltagere i det som anpartsselskab organiserede GVL.

Denne sag vedrører GVL's adfærd over for udøvende kunstnere uden tysk statsborgerskab og uden bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland.

Den 25. august 1980 besluttede Kommissionen at indlede den i Kommissionens forordning nr. 17 omhandlede procedure. Ved skrivelse af 4. september 1980 tilstillede den GVL sine klagepunkter. GVL tog stilling til denne meddelelse ved to skrivelser af henholdsvis 5. november 1980 og 9. januar 1981. I medfør af artikel 19 i Rådets forordning nr. 17 og bestemmelserne i Kommissionens forordning nr. 99/63 er GVL blevet hørt den 12. februar 1981.

Den 29. oktober 1981 vedtog Kommissionen den omtvistede beslutning¹, der blev meddelt GVL den 9. november 1981. Beslutningens artikel 1 har følgende ordlyd:

»Ved indtil den 21. november 1980 at have afslået at indgå aftaler om varetagelse af udenlandske kunstneres rettigheder, såfremt de ikke havde bopæl i Tyskland, og ved heller ikke på anden måde at have varetaget de rettigheder til præstationsbeskyttelse, som disse kunstnere har i Tyskland, har GVL, for så

1 — Offentliggjort i EFT L 370, 1981, s. 49.

vidt disse kunstnere var statsborgere i en anden medlemsstat eller havde deres bopæl i en medlemsstat, gjort sig skyldig i misbrug af en dominerende stilling efter EØF-traktatens artikel 86.«

B — Sammenfatning af beslutningens begrundelse

1. Den ret, der finder anvendelse

I henhold til § 73 ff. i ophavsretsloven gælder der for kunstneren beskyttelsesregler, der er beslægtede med beskyttelsen af ophavsmænd. I henhold til §§ 74, 75 og 76, stk. 1, i denne lov kan en kunstners fremførelse ikke uden dennes samtykke gøres offentligt tilgængelig, optages på grammofoonplade, lydbånd, film eller lignende, reproduceres eller udsendes i radio (*første udnyttelse*). Dette samtykke giver kunstneren i reglen kun mod vederlag.

Endvidere har kunstneren i henhold til §§ 76, stk. 2, og 77 i ophavsretsloven krav på vederlag, når fremførelsen er optaget med kunstnerens samtykke på grammofoonplade, lydbånd, film eller lignende, og dernæst udsendes i radioen eller på anden måde gøres offentligt tilgængelig (*sekundær udnyttelse*). Derudover har kunstneren i henhold til § 53, stk. 5, i ophavsretsloven et vederlagskrav på fremstilleren af reproduktionsapparater, den såkaldte apparatavgift.

Såfremt fremførelsen med kunstnerens samtykke er optaget på grammofoonplade, lydbånd, film eller lignende, og er disse udsendt, kan kunstneren ikke længere gøre reglerne gældende for at forhindre radiotransmission eller en offentlig gengivelse af disse optagelser.

Fremstilleren af fonogrammer — herefter benævnt »fremstilleren« — har med hensyn til kunstnerens krav på vederlag for den sekundære udnyttelse i henhold til § 86 i ophavsretsloven et krav mod kunstneren på en passende andel af dette vederlag.

Fremstillere og kunstnere har derfor lige stor interesse i vederlag for den sekundære udnyttelse. Hvad angår disse krav mod de vederlagspligtige (radioforetagender, teatre, hoteller, restauranter osv.), er deres interesser sammenfaldende. Der opstår først en interessekonflikt, når vederlaget er betalt, og der skal beregnes »en for fremstillerne passende andel«.

Mens det i alle medlemsstater gælder, at kunstneren skal give sit samtykke ved den første udnyttelse, er der kun i få medlemsstater sammenlignelige lovhjemlede vederlagskrav ved den efterfølgende udnyttelse.

Ifølge artikel 12 i den internationale konvention om beskyttelse af udøvere kunstnere, fremstillere af fonogrammer samt radio- og fjernsynsforetagender, indgået i Rom den 26. oktober 1961 (Recueil des Traités des Nations Unies, bind 496, s. 45), skal de kontraherende stater sikre, at den, der anvender offentliggjorte fonogrammer til en radio- eller fjernsynsudsendelse eller ved andre offentlige fremførelser, skal betale et rimeligt, samlet vederlag til fremstillerne af fonogrammer eller til kunstnerne eller til begge grupper.

Rom-konventionen er imidlertid endnu ikke ratificeret af alle medlemsstaterne. Forbundsrepublikken Tyskland har ved ratificeringen taget det forbehold, at landet »for så vidt angår fonogrammer, hvis fremstiller er statsborger i en anden kontraherende stat, begrænser omfanget

af og tidsrummet for beskyttelsen for fremstillere og kunstnere til det omfang og tidsrum, hvori denne stat yder beskyttelse af fonogrammer, som først er optaget af en tysk statsborger».

De rettigheder til beskyttelse af præstationer, der er beskrevet ovenfor, tilkommer principielt også kunstnere med udenlandsk statsborgerskab, uafhængigt af deres bopæl. Drejer det sig om kunstnere med statsborgerskab i et land, der ikke har ratificeret Romkonventionen, ydes der i § 125 i ophavsretsloven sådanne udlændinge samme rettigheder som tyske kunstnere, såfremt deres fremførelse finder sted i Tyskland, eller — såfremt den med kunstnerens samtykke er optaget på grammofonplade, lydbånd, film eller lignende — hvis disse optagelser er udsendt i Tyskland. Sådanne udenlandske kunstnere nyder også ved radio- eller fjernsynsudsendelser samme rettigheder som tyske statsborgere, såfremt sådanne udsendelser har fundet sted i Tyskland.

Statslig tilladelse kræves i henhold til § 1 i lov om udøvelse for den, der i henhold til ophavsretsloven varetager rettigheder vedrørende benyttelse og samtykke eller krav på vederlag for flere ophavsmænds regning eller for regning af indehavere af beslægtede beskyttelsesrettigheder til fælles udnyttelse, uanset om varetagelsen sker i eget eller i fremmed navn. Man har et retligt krav på denne tilladelse, såfremt visse grundlæggende betingelser for varetagelse af de pågældende rettigheder er opfyldt.

Loven om udøvelse giver ikke sådanne selskaber et retligt monopol, og juridisk er der intet til hinder for oprettelse af »konkurrerende« udnyttelsesselskaber.

De udnyttelsesselskaber, der er tilladt i henhold til lov om udøvelse, skal fordele

indtægterne af deres virksomhed efter faste regler.

I henhold til § 11 i lov om udøvelse skal selskabet på grundlag af de rettigheder, det varetager, indrømme enhver, der forlanger det, beskyttelsesret på rimelige vilkår, eller skal give samtykke (forpligtelse til at indgå kontrakt, »Abschlußzwang«).

Til gengæld forpligtes selskabet i henhold til § 6 i lov om udøvelse til på rimelige vilkår at varetage de rettigheder og krav, der henhører under selskabets virkeområde, på de berettigedes forlangende, såfremt disse er tyske statsborgere i den i den tyske grundlov anførte betydning eller har deres bopæl inden for det af lov om udøvelse omfattede gyldighedsområde, og såfremt en effektiv varetagelse af rettighederne eller kravene ikke på anden måde er mulig (forpligtelse til at udøve rettighederne, »Wahrnehmungszwang«).

2. GVL's adfærd over for udenlandske kunstnere

GVL er det eneste udnyttelsesselskab, der varetager rettigheder i forbindelse med den sekundære udnyttelse. De øvrige udnyttelsesselskaber varetager kun andre former for beskyttelsesret.

GVL har indtil den 21. november 1980 nægtet at indgå udnyttelsesaftaler med udenlandske kunstnere uden bopæl i Tyskland — uanset om det drejede sig om kunstnere fra EF-medlemsstaterne eller ej — eller på anden måde at varetage disses ret i Tyskland til præstationsbeskyttelse. GVL har ikke bestridt, at udenlandske kunstnere har krav på vederlag i Tyskland for den efterfølgende udnyttelse. GVL har imidlertid over for de udenlandske kunstnere, der

anmodede om indgåelse af en udnyttelsesaftale, påpeget, at GVL udelukkende indgår udnyttelsesaftaler med berettigede, der er tyske statsborgere eller har bopæl i Tyskland.

På generalforsamlingen i GVL den 21. november 1980 blev det besluttet, at der fra det tidspunkt også kunne indgås udnyttelsesaftaler med kunstnere, som er statsborgere i en EF-medlemsstat, uden at de som betingelse herfor skal kunne bevise, at de har bopæl i Tyskland. Desuden indrømmedes der herefter kunstnere fra andre EF-medlemsstater, hvis rettigheder GVL i det enkelte tilfælde havde nægtet at varetage, ret til med tilbagevirkende kraft at få andel i vederlagsprovenu.

Ifølge denne nye praksis, GVL følger ved varetagelsen af kunstnerrettighederne, skal de vederlag, der opkræves for udsendelser, offentlig gengivelse, leje og mangfoldiggørelse, fordeles blandt kunstnere i forhold til de indtægter, de kunne påregne at få i det pågældende regnskabsår for den første udnyttelse, for så vidt angår indlandet, dvs. Tyskland (§ 2, stk. 4a) i den nye vedtægt). I henhold hertil kræves det ikke længere, at honoraret for den første udnyttelse betales i Tyskland, men også et honorar, som er betalt i udlandet, tjener efter kunstnerens anmeldelse som målestok for beregningen, for så vidt som en del af dette honorar skal henføres til udnyttelsen af fremførelsen i Tyskland. Den udenlandske kunstner får således andel i betalingen af vederlaget i forhold til andelen af dette honorar.

C — Retsforhandlinger

På grundlag af disse konstateringer fandt Kommissionen, at GVL's nægtelse af at indgå forretningsforbindelser med udenlandske kunstnere, som ikke godtgjorde at have bopæl i Tyskland, udgjorde et

misbrug af en dominerende stilling i den i EØF-traktatens artikel 86 forudsatte betydning.

Ved stævning, indført i Domstolens register den 8. januar 1982, har GVL anlagt nærværende sag. På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse.

II — Parternes påstande

Sagsøgeren, GVL, har nedlagt følgende påstande:

- annulation af Kommissionens beslutning af 29. oktober 1981 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/29.839 — GVL);
- sagsøgte tilpligtes at afholde sagens omkostninger.

Sagsøgte, Kommissionen, har nedlagt følgende påstande:

- frifindelse;
- sagsøgeren tilpligtes at afholde sagens omkostninger.

III — Parternes anbringender og argumenter

1. Første anbringende: tilsidesættelse af væsentlige formforskrifter under den administrative procedure

Det sagsøgende selskab anfører først, at det umuligt har kunnet udlede af meddelelsen om klagepunkter, om de kunst-

nere, der har klaget til Kommissionen over dets adfærd, var statsborgere i EF-medlemsstaterne. Sagsøgeren har derfor ikke kunnet varetage sit forsvar. Kommissionens beslutning er derfor i strid med artikel 2, stk. 1, og artikel 4 i Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 (EFT 1963-1964, s. 42).

Sagsøgeren gør derfor gældende, at sagsøgte ikke har taget hensyn til sagsøgerens eller dennes rettergangsfuldmægtiges anbringender; en beslutning truffet efter en sådan fremgangsmåde er behæftet med procedurefejl.

Af disse grunde indeholder den anfægtede beslutning flere faktiske fejl. Sagsøgte præciserer f.eks. således ikke, hvorfor kunstnere fratages muligheden for selv at udøve deres rettigheder i praksis (beslutningens punkt 20). Det er imidlertid ikke umuligt for udenlandske kunstnere at indgå aftaler med fremstillere af fonogrammer og indretninger til billedoverførelse i udlandet, hvorefter kunstnerne ligeledes har andel i rettighederne til den sekundære udnyttelse. Dette gælder især for de stater, hvor kunstnerne selv på det nationale område kun får del i provenuet fra den sekundære udnyttelse i kraft af sådanne aftaler.

Kommissionen anfører heroverfor, at den i meddelelsen om klagepunkter har anvendt udtrykket »udenlandske kunstnere« og desuden udtrykkelig har henvist til, at GVL ikke sonderer mellem statsborgere fra andre medlemsstater og statsborgere fra tredjelande. Kommissionen hævder, at den anfægtede beslutning ikke indebærer nogen konstatering vedrørende en overtrædelse af traktatens artikel 86, som ikke også er nævnt i meddelelsen om klagepunkter. Desuden gengiver beslutningen udførligt GVL's anbringender (punkt 37-41) og gennemgår dem derefter meget udførligt

(punkt 57 ff., 65 ff. og 69 ff.). De fleste af GVL's argumenter er allerede blevet gennemgået i meddelelsen om klagepunkter, fordi Kommissionen allerede havde kendskab til dem på dette tidspunkt. Der er derfor ingen grund til at anerkende alle de argumenter, som sagsøgeren har fremført under den administrative procedure, som rigtige, eller i enkeltheder at gennemgå alle de argumenter, der er blevet fremført (dom af 29. 10. 1980 i sagerne 209-215/78 og 218/78, FEDETAB, Sml. 1980, s. 3125, præmis 68).

2. *Andet anbringende: Kommissionens inkompetence*

Sagsøgeren anfører, at Kommissionen ikke har kompetence til at træffe en beslutning, når overtrædelsen er blevet bragt til ophør. Sagsøgeren har nemlig udvidet sine varetagestilbud til at gælde statsborgere fra de øvrige EF-medlemsstater og har fastlagt denne ændring af sin standardaftale gennem vedtagelsen på generalforsamlingen den 21. november 1980.

Sagsøgeren hævder, at artikel 3 i forordning nr. 17 alene bemyndiger Kommissionen til at handle for at bringe sagsøgerens tidligere adfærd til ophør. Den omhandlede overtrædelse er i klagepunkterne beskrevet som nægtelsen af at indgå udnyttelsesaftaler med statsborgere fra andre medlemsstater, der ikke har bopæl i Tyskland. Efter at sagsøgeren har bragt denne adfærd til ophør, er proceduren, der skal bringe overtrædelsen til ophør, blevet uden genstand.

Det følger af traktatens artikel 89, stk. 2, at en beslutning fra Kommissionen, hvorved der konstateres overtrædelse, kun er foreskrevet, når den pågældende

overtrædelse ikke er blevet bragt til ophør. Ifølge sagsøgeren foreskriver artikel 3 i forordning nr. 17 kun en sådan subsidier konstatering inden for rammerne af en beslutning, der tilsigter at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør. Den nævnte forordning indebærer ikke nogen selvstændig kompetence til at træffe beslutning, hvorved der »konstateres« en allerede ophørt overtrædelse.

I øvrigt består der ikke længere nogen retlig interesse i at konstatere en tidligere overtrædelse, da sagsøgeren er rede til endog med tilbagevirkende kraft at give ansøgere mulighed for at deltage i ordningen med fordeling af vederlag.

Kommissionen anfører i sit svarskrift, at den ud fra en gennemlæsning af stævningen har fået det indtryk, at GVL — modsat antagelsen i punkt 71 i den anfægtede beslutning — faktisk endnu ikke fuldt ud har bragt den konstaterede overtrædelse til ophør. Sagsøgeren udøver kun udnyttelsesvirksomhed for udenlandske kunstnere, såfremt disse er statsborgere i en medlemsstat. Sagsøgeren udelukker endog i stævningen de kunstnere, der har bopæl men ikke statsborgerskab i en anden medlemsstat.

Kommissionen har derfor haft den nødvendige kompetence til at udstede den anfægtede beslutning. Forordning nr. 17 konkretiserer Kommissionens opgave og kompetence, som anført i traktatens artikler 155 og 89, og foreskriver en række foranstaltninger, der kan sammenfattes således:

1. beslutning, hvorved virksomheden pålægges at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør, idet virksomheden pålægges en bøde på grund af overtrædelsen og en tvangsbøde for at tvinge den til at bringe adfærden til ophør (artikel 3, stk. 1, artikel 15, stk. 2, og artikel 16);
2. beslutning, hvorved det pålægges at bringe adfærden til ophør, dog uden fastsættelse af bøder eller tvangsbøder;
3. beslutning, hvorved der pålægges en bøde på grund af den konstaterede overtrædelse, men dog ikke en forpligtelse til at bringe overtrædelsen til ophør, fordi overtrædelsen ikke længere foreligger i den konstaterede form, eller fordi en sådan forpligtelse af andre grunde ikke længere i det pågældende tilfælde forekommer nødvendig; en sådan beslutning kan i givet fald for at undgå enhver form for tvetydighed indeholde en forpligtelse til at undlade at træffe foranstaltninger med samme virkning som overtrædelsen (artikel 3, stk. 1, og artikel 15, stk. 2);
4. beslutning, hvorved det efter en foreløbig undersøgelse fastslås, at betingelserne for anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 1, er opfyldt (artikel 15, stk. 6);
5. beslutning om vedtagelse af foreløbige forholdsregler (artikel 3, stk. 1);
6. henstilling om at bringe overtrædelsen til ophør (artikel 3, stk. 3).

En beslutning, hvorved Kommissionen blot konstaterer en tidligere overtrædelse, som allerede er blevet bragt til ophør på tidspunktet for beslutningen, uden herved at pålægge bøde eller nogen form for forpligtelser, udfolder visse virkninger for den berørte virksomhed. Der skabes for det første offentlighed omkring beslutningen (dom af 15. 7. 1970, ACF Chemiefarma mod Kommissionen, sag 41/69, Sml. 1970, s. 107, præmis 101-104). For det andet har

beslutningen visse virkninger for virksomhedens stilling i gentagelsestilfælde. For det tredje udfolder den virkninger i tvister mellem virksomheden og tredje-mænd, som berøres af virksomhedens adfærd. Disse virkninger er mindre indgribende end virkningerne af en beslutning, hvorved der pålægges bøde. Den beslutning, hvorved der alene konstateres overtrædelse, må derfor inden for den nævnte skala placeres mellem den tredje og fjerde form for foranstaltninger.

For sagsøgtes opfattelse taler også argumenter, der vedrører en sund konkurrencepolitik.

Såfremt Kommissionen ikke havde kompetence til at konstatere overtrædelse, kunne den se sig foranlediget til altid at pålægge en bøde, såfremt overtrædelsen var blevet bragt til ophør (eventuelt med det mindstebeløb på 1 000 regningsenheder, der er fastsat i artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17), hvilket den ville være berettiget til (dom af 15. 7. 1970, Büchler mod Kommissionen, sag 44/69, Sml. 1970, s. 151, præmis 49; org. ref. Recueil 1970, s. 733).

Såfremt Kommissionen ikke havde en sådan kompetence til at fastslå overtrædelser, kunne virksomheden stedse bringe overtrædelsen til ophør kort før udstedelsen af en beslutning, hvorved den pålægges at bringe overtrædelsen til ophør, for efter et vist tidsrum at genoptage henholdsvis bringe overtrædelsen til ophør osv.

Desuden er vedtagelsen af beslutninger, hvorved der alene konstateres overtrædelse af konkurrencebestemmelserne, som allerede er blevet bragt til ophør, i overensstemmelse med Kommissionens faste forvaltningspraksis. Kommissionen har i årenes løb truffet en række beslutninger af denne art (f.eks. følgende beslutninger: 15. 7. 1975 (IFTRA), EFT L 228, s. 3; 26. 7. 1976 (Pabst & Richarz), EFT L 231, s. 24; 19. 4. 1977

(ABG), EFT L 117, s. 1; 20. 12. 1977 (Videokasettebåndoptagere) EFT L 47, s. 42; 20. 10. 1978 (Wano Schwarzpulver), EFT L 322, s. 26; 5. 9. 1979 (BP Kemi DDSF), EFT L 286, s. 32; 17. 12. 1980 (Støbt glas i Italien), EFT L 383, s. 19; 28. 9. 1981 (Planglas i Italien), EFT L 326, s. 32). Sagsøgte henviser desuden til dommen af 29. juni 1978 (BP mod Kommissionen, sag 77/77, Sml. 1978, s. 1513).

Sagsøgeren anfører i replikken, at offentliggørelsen af en beslutning i medfør af artikel 21, stk. 1, i forordning nr. 17 ifølge sagsøgte udgør en vis form for sanktion. Anvendelsen af sanktionsvirkninger kan imidlertid ikke begrunde en kompetenceudvidelse, men er tværtimod et afgørende argument for at forbyde tiltagelsen af sanktionsmuligheder, der hverken er foreskrevet i traktaten eller forordning nr. 17. Praktiske overvejelser kan på ingen måde gøre det muligt for Kommissionen på eget initiativ at udvide de beføjelser, som den har fået tildelt af Rådet.

Sagsøgeren anfører desuden, at tilblivelseshistorien for forordning nr. 17 klart viser, at Rådet ikke har tildelt Kommissionen beføjelse til at konstatere overtrædelse, hvilken beføjelse Kommissionen havde krævet i foreslaget til forordning.

Kommissionen opretholder i duplikken det synspunkt, som den har fremført i svarskriftet.

3. Tredje anbringende: tilsidesættelse af vedtægtens artikel 86

a) GVL som virksomhed

Sagsøgeren anfører i sin replik den argumentation vedrørende anvendelsen af traktatens artikel 90, stk. 2, som selskabet allerede havde fremført under den administrative procedure. Sagsøgeren hævder, at det følger af loven om udøvelse, især §§ 1, 4, 6, 7, 8, 11, 18, 19 og 20, at selskabet må anses som en virksomhed »der har fået overdraget at

udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse».

kunstnere, som er indehavere af rettighederne.

Sagsøgte henviser til meddelelsen af klagepunkter (s. 26 ff.) og den omtvistede beslutning (punkterne 65-68). *Sagsøgte* tilføjer, at loven om udøvelse alene bestemmer, at alle virksomheder, der ønsker at virke som udnyttelsesselskaber, skal opfylde visse forudgående betingelser og forpligtelser (dom af 27. 3. 1974, BRT mod SABAM og Fonior, Sml. 1974, s. 313, jfr. især præmis 23 og generaladvokat Mayras' forslag til afgørelse).

Til forskel fra organisationer som GEMA eller SABAM er sagsøgeren kun ansvarlig for en ubetydelig del af de vederlag, der tilkommer de kunstnere, som selskabet repræsenterer. Kunstnernes rettigheder i forbindelse med den sekundære udnyttelse indbringer kun en ringe supplerende indtægt, der gennemsnitligt andrager mindre end 3 000 DM pr. år for de berettigede. Denne omstændighed udelukker, at kunstnerne er afhængige af sagsøgeren som det eneste udnyttelsesselskab, hvad angår rettigheder i forbindelse med den sekundære udnyttelse.

b) GVL's dominerende stilling

Sagsøgeren anfører, at markedet for udveksling af tjenesteydelser mellem udøvende kunstnere og brugere af kunstneriske ydelser må afgrænses rigtigt. Ifølge sagsøgeren har kunstneren rettigheder i forbindelse med den første og den sekundære udnyttelse. Med hensyn til den første udnyttelse sker der en udveksling af tjenesteydelser i forhold til arrangører og fremstillere af indretninger til billedoverførelse og fremstillere af fonogrammer, der således er kunstnernes handelspartnere. Ved rettigheder i forbindelse med den sekundære udnyttelse drejer det sig derimod om efterfølgende rettigheder. Enten har kunstnerne allerede kunnet råde over disse rettigheder inden for rammerne af en kontrakt om rettigheder i forbindelse med den første udnyttelse, indgået med de nævnte partnere, eller kunstnerne har forbeholdt sig disse rettigheder for at lade GVL varetage dem. Dette medfører for sagsøgeren, at det pågældende relevante marked, på hvilket rettighedsindehaverne udøver deres virksomhed, er markedet for udbud og efterspørgsel af fremførelsesrettigheder. Udnyttelsesselskabet udøver på dette marked sin virksomhed ved at varetage interesserne for de udøvende

Sagsøgte anfører, at det sagligt relevante marked er markedet for *varetagelse* mod gebyr af kunstnernes rettigheder. GVL's markedsstilling kan sammenlignes med en ejendomsmæglers. Mæglers markedsstilling afhænger ikke af udbud og efterspørgsel på ejendomsmarkedet. Afgørende er snarere hvilke muligheder, der består for salgsvillige ejere til mod betaling af vederlag at lade udføre den tjenesteydelse, der består i hvervning og formidling af købere.

Størrelsen af det vederlag, som kunstneren opnår i forbindelse med varetagelsen af hans beskyttelsesret, er fuldstændig uden betydning for bedømmelsen af GVL's markedsstilling. I øvrigt svarer det beløb, som sagsøgeren har nævnt, til en trettende månedsløn.

Det er ikke rigtigt, at sagsøgeren konkurrerer med fremstillere af fonogrammer og de øvrige nævnte partnere: såfremt grammofonpladefremstilleren råder over kunstnerens rettigheder til sekundær udnyttelse, idet han har erhvervet dem fra kunstneren, henvender fremstilleren sig til GVL for at få udbe-

talt det tilsvarende vederlag. Fremstilleren er derfor ikke GVL's konkurrent, men kontraktspartner.

c) Misbrug af en dominerende stilling

Sagsøgeren anfører, at selskabet ikke har behandlet kunstnerne forskelligt afhængig af deres statsborgerskab, men efter arten af de rettigheder, som de var indehavere af. *Sagsøgeren* har herved som følge af den forskellige retstilstand i de forskellige lande været nødt til at begrænse indgåelsen af udnyttelsesaftaler med kunstnere, for hvilke det kunne være nødvendigt at foretage en prøvelse af de rettigheder, som de gjorde gældende. Dette gælder også for tyske kunstnere (§ 125 i ophavsretsloven). *Sagsøgeren* har også anvendt de samme betingelser for udenlandske kunstnere, der i det mindste har haft bopæl i Tyskland i medfør af § 6 i lov om udøvelse. *Sagsøgeren* har i sin replik anført grundene til, at selskabet anser bopæl for et objektivt kriterium.

Sagsøgeren anfører endvidere, at den kunstner, der vil indgå en udnyttelsesaftale med selskabet, må bevise eksistensen af de rettigheder, der kan varetages i Tyskland. *Sagsøgeren* kan ikke tvinges til at indgå risikokontrakter om varetagelse.

Sagsøgte anfører, at det forudgående krav om eksistensen af en bopæl i Tyskland ikke har nogen forbindelse med den pågældende kunstners evne til at være indehaver af rettigheder. Desuden har GVL virket for tyske statsborgere, også selv om disse ikke havde bopæl i Tyskland, selv om evnen til at være indehaver af rettigheder ikke forelå sikkert oplyst, da der kunne være sket overdragelse af rettigheder.

I øvrigt opstår spørgsmålet, om kunstneren faktisk er indehaver af de hævdede

rettigheder, kun på tidspunktet for udnyttelsesaftalens gennemførelse, og ikke på tidspunktet for indgåelsen. Af de ca. 20 000 berettigede, der har indgået udnyttelsesaftale, modtager årligt kun ca. 10 000 vederlag svarende til gennemførelsen af deres rettigheder. *Sagsøgeren* har imidlertid nægtet at give udlændinge uden bopæl i Tyskland mulighed for konkret at bevise eksistensen af rettigheder i forbindelse med sekundær udnyttelse. *Sagsøgeren* har ved at pålægge udenlandske kunstnere krav om bopæl foretaget en i nationaliteten begrundet forskelsbehandling.

d) Diskriminering i den i traktatens artikel 86, stk. 2, litra c), forudsatte betyding

Sagsøgeren beskylder sagsøgte for ikke at have taget hensyn til de betingelser og grænser, der gælder for anvendelsen af det særlige forbud mod forskelsbehandling i artikel 86.

Udøvende kunstnere, der konkurrerer indbyrdes med henblik på udøvelsen af deres rettigheder i forbindelse med sekundær udnyttelse, er således ikke GVL's handelspartnere. De må snarere anses som forbrugere.

Desuden skader sagsøgeren ikke kunstnerne inden for rammerne af en konkurrence mellem indenlandske og udenlandske kunstnere. For en kunstnerisk præstation er alene udøvelsen og ikke den økonomiske kapacitet afgørende. *Sagsøgeren* understreger, at indenlandske og udenlandske kunstnere ikke tilbyder ækvivalente ydelser, hvilket fremgår af en sammenligning af § 125, stk. 1 og 3, i ophavsretsloven. For sagsøgeren er det for det første afgørende, om og i hvilket omfang der består fremførelsesrettigheder for udenlandske kunstnere. Som sagsøgte selv erkender, frembyder disse rettigheder mange forskellige aspekter, og visse af dem eksisterer til

dels ikke. Under alle omstændigheder kan de for flertallets vedkommende ikke sammenlignes med den i Tyskland gældende retstilstand.

Det drejer sig alene ikke om, hvorvidt udenlandske kunstnere i Tyskland kan drage fordel af kunstneriske rettigheder i medfør af ophavsretslovens § 125, stk. 3, men derimod om et andet forudgående spørgsmål, nemlig om de udenlandske kunstnere allerede på anden vis har rådet over deres rettigheder i udlandet: f.eks. ved optagelseskontrakter med udenlandske producenter. Sagsøgeren forklarer, at selskabet som forudgående betingelse for indgåelse af en udnyttelsesaftale alene har krævet, at den udenlandske kunstner beviser, at han er indehaver af rettigheder, der kan udnyttes i Forbundsrepublikken. Dette er grunden til, at GVL har krævet, at de udenlandske kunstnere skal godtgøre at have bopæl i Tyskland.

Sagsøgte anfører heroverfor, at den i beslutningens punkt 49 beskrevne udveksling af ydelser mellem GVL og kunstnerne er det afgørende kriterium for egenskaben som »handelspartnere« i den i traktatens artikel 86 forudsatte betydning. GVL skader udenlandske kunstnere, fordi disse berøves en mulighed for at markedsføre deres ydelser. Udlændingen er således tvunget til at kræve højere honorarer, såfremt vedkommende vil opnå samme fortjeneste som sin tyske kollega, der i modsætning til udlændingen oppebærer vederlag for den sekundære udnyttelse.

Vedrørende det forudgående spørgsmål om eksistensen af fremførelsesrettigheder understreger *sagsøgte*, at dette spørgsmål ikke kan besvares forud for indgåelsen af udnyttelsesaftalen. Alle kunstnere, uanset om de er tyskere med eller uden bopæl i Tyskland, eller udlændinge, ønsker kun

beskyttelse af de rettigheder i forbindelse med sekundære udnyttelse, som de er indehavere af. For alle udgør vederlaget en forholdsmæssig andel af det af brugerne betalte gebyr. *Sagsøgte* understreger atter, at GVL har afkrævet udenlandske kunstnere bevis for bopæl i Tyskland, og at denne bopæl intet betyder, hvad angår den faktiske eksistens af rettigheder i forbindelse med den sekundære udnyttelse.

Såfremt sagsøgeren forud for indgåelsen af udnyttelsesaftalen foruden at kræve bevis for bopæl i Tyskland også skulle have krævet bevis for eksistensen af rettigheder, der kan udnyttes i Tyskland, hvilket ikke kan udledes af akterne vedrørende den administrative procedure, ville dette også udgøre en diskrimination. Sagsøgeren har klart ikke krævet et sådant bevis af tyske kunstnere, selv om disse havde bopæl i udlandet, skønt også disse allerede kunne have rådet over deres rettigheder til anden side.

e) Retfærdiggørelsesgrunde

Ifølge *sagsøgeren* udgør de forskellige betingelser for erhvervelse af kunstneriske ejendomsrettigheder for indenlandske og udenlandske kunstnere en tilstrækkelig begrundelse for forskelsbehandling. Der foreligger således forskelle blandt andet med hensyn til rettighedernes opståen, overførslen af rettigheder til GVL, fordelingen af gebyrerne og den manglende gensidighed.

Sagsøgeren anfører desuden, at en væsentlig del af de gebyrer, der skal fordeles, hidrører fra radio- og fjernsynsforetagender. Ved udmålingen af det for de udøvende kunstnere fastsatte vederlag, har disse aftaler allerede taget hensyn til den omstændighed, at det i første række drejer sig om at godtgøre kunstneriske rettigheder, der tilkommer

indenlandske kunstnere eller kunstnere med bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland. De kunstnere, som for første gang udbyder deres ydelser inden for et andet retssystems anvendelsesområde, har i almindelighed ikke selvstændige kunstneriske ejendomsrettigheder i Tyskland eller aflønnes anderledes på grundlag af et andet rets- eller vederlagssystem, der gælder i denne stat. Den omstændighed, at udenlandske kunstnere inddrages i sagsøgerens vederlagssystem skader derfor — hvad angår det økonomiske resultat — indenlandske kunstnere, der ved indgåelsen af udnyttelsesaftaler med deres indenlandske kolleger ikke vil kunne forvente nogen væsentlig forøgelse af sagsøgerens samlede gebyrindtægter.

Sagsøgte mener derimod, at det ikke er klart, hvilken konsekvens der skal følge af sagsøgerens anbringender om overdragelse af rettigheder. Det må under alle omstændigheder antages, at der også findes indenlandske kunstnere, der indgår kontrakter med udenlandske fremstillere af fonogrammer. Sagsøgeren ser ikke klart vanskelighederne i denne situation.

Gensidigheden er ikke en betingelse for den tyske lovgivers anerkendelse af de rettigheder til sekundær udnyttelse, der ifølge tysk ret tilkommer udlændinge uden bopæl i Tyskland.

Sagsøgte bestrider, at inddragelsen af udenlandske kunstnere nødvendigvis medfører, at gebyrindtægterne skal fordeles mellem et større antal berettigede, hvilket økonomisk skulle skade de indenlandske kunstneres interesser. Da brugeren af musikalske værker fremtidig kun vil modtage mere fra sagsøgeren, for så vidt som vedkommende også er blevet fritaget for krav i medfør af rettigheder til sekundær udnyttelse, der tilkommer udenlandske kunstnere uden bopæl i

Tyskland, vil sagsøgeren have mulighed for med nævnte brugere at aftale højere gebyrer inden for rammerne af de generelle aftaler, der indgås med denne. Når sagsøgeren anfører, at indenlandske kunstneres krav hidtil »primært« er blevet opfyldt gennem vederlaget, kan man endog få det indtryk, at sagsøgeren mener, at vederlaget kompenserede mere, skønt der intet blev ydet heraf til udenlandske kunstnere uden bopæl i Tyskland.

f) Påvirkning af handelen mellem medlemsstaterne

Sagsøgeren hævder, at det ikke er klart, at handelspartnerne ved overdragelse af rettighederne til varetagelse har udøvet en handel, der må beskyttes inden for rammerne af det fælles marked. Sagsøgeren indgår ikke forretninger med udøvende kunstnere inden for rammerne af en samhandel mellem staterne, men varetager alene de i Tyskland eventuelt opstående krav på vederlag.

Det hævdes i øvrigt teoretisk i beslutningen, at der foreligger en mærkbar indvirkning på samhandelen mellem medlemsstaterne, uden at *sagsøgte* på den mindste måde har undersøgt dette forhold.

Sagsøgte hævder, at der ikke i denne sag foreligger handel med rettigheder til sekundær udnyttelse. Afgørende er snarere indflydelsen på den grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser. GVL's nægtelse af at indgå udnyttelsesaftaler med udlændinge med bopæl i andre medlemsstater har forhindret selskabet i at erlægge tjenesteydelser for udenlandske statsborgere. Med hensyn til den mærkbare virkning er det tilstrækkeligt, at GVL's adfærd mærkbart kan påvirke handelen. Antallet af udenlandske kunstnere, der har indgivet klage til Kommissionen, er uden betydning.

Når henses til antallet af kunstnere med bopæl i Fællesskabets andre medlemsstater, som principielt havde ret til sekundær udnyttelse i Tyskland, må det forventes, at et betydeligt antal af dem vil henvende sig til sagsøgeren.

g) Konflikt med internationale konventioner

Sagsøgeren anfører i replikken, at Kommissionens beslutning tvinger selskabet til at varetage beskyttelsesrettigheder, der ikke eksisterer, fordi de udenlandske kunstnere under bestemte omstændigheder hverken kan erhverve rettigheder baseret på national lovgivning eller påberåbe sig Rom-konventionen af 26. oktober 1961.

Sagsøgte bestrider, at beslutningen kan skabe nye rettigheder til sekundær udnyttelse for udenlandske kunstnere, der ikke er indehavere af disse rettigheder under den nuværende retstilstand. Beslutningen tilsiger derimod at sikre de deri nævnte udenlandske kunstnere muligheden for at gøre deres rettigheder til sekundær udnyttelse gældende, som

direkte tilkommer dem i medfør af den tyske ophavsretslov eller i forbindelse med internationale konventioner.

IV — Mundtlig forhandling

I retsmødet den 6. oktober 1982 har parterne afgivet mundtlige indlæg.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 16. november 1982. I forslaget til afgørelse har generaladvokaten taget stilling til en række af sagsøgerens anbringender, idet generaladvokaten anmodede Domstolen om at indrømme en supplerende frist til at gennemgå de øvrige anbringender, såfremt Domstolen ikke skulle tage dette forslag til følge. Domstolen har uden at tage stilling til den af generaladvokaten fremførte argumentation fundet det ønskeligt, at denne supplerer sit forslag til afgørelse og gennemgår alle de rejste problemer. Generaladvokaten har derefter fremsat supplerende forslag til afgørelse i retsmødet den 11. januar 1983.

Præmisser

¹ Ved stævning, indgivet til Domstolens justitskontor den 8. januar 1982, har Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (herefter benævnt GVL), Hamburg, i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, anlagt sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 29. oktober 1981 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 86 (IV/29.839 — GVL), der blev meddelt sagsøgeren den 9. november 1981, og som er offentliggjort i Tidende (EFT L 370, 1981, s. 49).

² Sagsøgeren er det eneste udnyttelsesselskab, der i Forbundsrepublikken Tyskland varetager udøvende kunstners fremførelsesrettigheder. Selskabet

påtager sig især at opkræve og fordele de vederlag, som udøvende kunstnere har krav på efter den tyske ophavsretslov (Urheberrechtsgesetz), når de kunstneriske fremførelse, der med kunstnerens samtykke er optaget på film eller lydbærer, udsendes i radioen eller på anden måde gøres offentligt tilgængelig (»sekundær udnyttelse«).

- 3 Indtil den 21. november 1980 nægtede sagsøgeren at indgå udnyttelsesaftaler med udøvende kunstnere, der hverken havde tysk statsborgerskab eller bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland, eller på anden måde at varetage disse kunstneres rettigheder i Tyskland. Fra denne dato opgav sagsøgeren sin hidtidige praksis og ændrede sine vedtægter og standardaftale om varetagelse af rettigheder, således at enhver udøvende kunstner med bopæl i en af Fællesskabets medlemsstater kunne indgå udnyttelsesaftaler og endog med tilbagevirkende kraft fik andel i vederlagsindtægterne.
- 4 Det fastslås i den anfægtede beslutning, at GVL's nægtelse indtil den 21. november 1980 af at indgå udnyttelsesaftaler med udenlandske kunstnere, der ikke havde bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland, samt på anden måde at varetage de ophavsrettigheder, som disse kunstnere havde i Tyskland, udgjorde et misbrug af en dominerende stilling efter EØF-traktatens artikel 86, for så vidt som disse kunstnere var statsborgere i en anden medlemsstat eller havde deres bopæl dér.
- 5 Det anføres i beslutningens begrundelse (punkt 71), at GVL efter den 21. november 1980 ved ændring i vedtægterne og i standardaftalen om varetagelse af rettigheder bragte sin diskriminerende adfærd over for kunstnere uden tysk statsborgerskab til ophør, for så vidt angår statsborgere i medlemsstaterne eller kunstnere med bopæl i en af disse medlemsstater. Det nuværende fordelingssystem gælder i lige grad for såvel tyske som udenlandske kunstnere.
- 6 Sagsøgeren har til støtte for sit søgsmål fremført følgende fem anbringender:

— *første anbringende*: Kommissionen har under den administrative procedure, der gik forud for den anfægtede beslutning, tilsidesat væsentlige formforskrifter;

- *andet anbringende*: Kommissionen har ikke kompetence til at træffe en beslutning, der alene har til formål at »konstatere« en overtrædelse af traktatens artikel 86, der allerede er bragt til ophør;
- *tredje anbringende*: artikel 86 gælder ikke for sagsøgeren, der må anses for en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse i den i traktatens artikel 90, stk. 2, forudsatte betydning;
- *fjerde anbringende*: den adfærd, Kommissionen kritiserer sagsøgeren for, kan ikke påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne;
- *femte anbringende*: denne adfærd kan ikke kvalificeres som misbrug af en dominerende stilling i den i traktatens artikel 86 forudsatte betydning; sagsøgeren har især ikke over for sine handelspartnere anvendt ulige vilkår for ydelser af samme værdi (artikel 86, stk. 2, litra c)).

Første anbringende: Tilsidesættelse af formforskrifter

- 7 Sagsøgeren har først gjort gældende, at Kommissionen har tilsidesat artikel 19, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikler 85 og 86 (EFT 1959-1962, s. 81), samt artikel 4 i Kommissionens forordning nr. 99/63 af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (EFT 1963-1964, s. 42), idet Kommissionen har støttet sin beslutning på klagepunkter, som sagsøgeren ikke har kunnet udtale sig om.
- 8 Sagsøgeren har herved anført, at Kommissionen ikke i meddelelsen af klagepunkter med tilstrækkelig klarhed angav, at disse ikke alene vedrørte nægtelsen af at indgå udnyttelsesaftaler med statsborgere fra andre medlemsstater, men også de tilfælde, hvor kunstnerne havde bopæl i en anden medlemsstat uden dog at være statsborgere dér. Denne manglende klarhed havde især skadelige virkninger, fordi klagen fra firmaet Interpar i London, der førte til meddelelsen af klagepunkterne, ikke nævnte problemet vedrørende stillingen for kunstnere med bopæl, men ikke statsborgerskab i en medlemsstat.

- 9 Dette anbringende finder ikke støtte i de faktiske omstændigheder. I meddelelsen af klagepunkter blev sagsøgerens adfærd, endnu inden omtalen af klagen fra firmaet Interpar, beskrevet på følgende måde: »GVL nægter at indgå udnyttelsesaftaler med udenlandske kunstnere uden bopæl i Tyskland, uanset om det herved drejer sig om kunstnere fra EØF's medlemsstater, eller på enhver anden måde at varetage disse kunstners rettigheder i Tyskland« (pkt. 27). Den retlige vurdering i denne skrivelse lægger vægt på, at GVL har forskelsbehandlet dels tyske kunstnere eller udenlandske kunstnere med bopæl i Tyskland dels »udenlandske kunstnere uden bopæl i Tyskland« (pkt. 51, 52 og 55).
- 10 Betragtet under et indeholder meddelelsen af klagepunkter intet, der kunne give sagsøgeren anledning til at antage, at den af Kommissionen fremførte kritik alene vedrørte situationen for kunstnere med statsborgerskab i andre medlemsstater.
- 11 Sagsøgeren har endvidere anført, at den anfægtede beslutning alene gentager betragtningerne i meddelelsen af klagepunkter, hvorfor Kommissionen ikke har tillagt sagsøgerens argumentation nogen betydning eller henset til de argumenter, der er fremført i de juridiske udtalelser, som sagsøgeren har tilstillet Kommissionen. Kommissionen har herved tilsidesat GVL's ret til at blive hørt (»rechtliches Gehör«), der er sikret ved forordning nr. 99/63.
- 12 Forordning nr. 99/63 har ganske vist til formål at sikre virksomhederne adgang til efter undersøgelsens afslutning at udtale sig vedrørende samtlige de klagepunkter, som Kommissionen agter at fremføre mod dem, men forordningen forpligter dog ikke Kommissionen til at gennemgå alle disse bemærkninger i betragtningerne til sin beslutning, hvis disse efter deres karakter kan begrunde de konklusioner, som Kommissionen når frem til.
- 13 Det tilføjes, at den anfægtede beslutning i betragtningerne gengiver og gennemgår det væsentlige indhold af de indlæg, som blev fremført af GVL under høringen af virksomheden den 12. februar 1981.

14 Sagsøgeren har endelig anført, at Kommissionens nægtelse af at tage hensyn til de fremførte indlæg har medført flere faktiske fejl i beslutningen. Disse klagepunkter kan imidlertid kun gennemgås i forbindelse med de materielle anbringender, som de vedrører.

15 Det første anbringende kan derfor ikke tages til følge.

Andet anbringende: manglende kompetence

16 Sagsøgeren har med dette anbringende anført, at Kommissionen ikke har kompetence til ved en beslutning at konstatere tilsidesættelse af konkurrenceregler, som den pågældende virksomhed allerede har bragt til ophør. En sådan kompetence følger hverken af traktatens bestemmelser eller af forordning nr. 17.

17 Sagsøgeren har herom anført, at både meddelelsen af klagepunkter og klagerne fra firmaet Interpar, hvorpå meddelelsen er baseret, vedrørte GVL's praksis før den 21. november 1980. Efter at Kommissionen havde grebet ind, ændrede GVL denne praksis, idet den kritiserede overtrædelse blev bragt til ophør, hvorfor den af Kommissionen indledte administrative procedure må være blevet uden genstand.

18 Sagsøgeren har anført, at Rådet ved vedtagelsen af forordning nr. 17 udtømmende har fastlagt Kommissionens kompetence til at træffe beslutninger på området for anvendelsen af traktatens artikler 85 og 86. Denne kompetence omfatter ikke beføjelsen til at vedtage en beslutning, hvorved det alene tilsigtes at konstatere en tidligere overtrædelse. Især foreskriver artikel 3 i forordning nr. 17 kun konstateringen af en overtrædelse inden for rammerne af en beslutning, der tilsigter at bringe overtrædelsen til ophør.

19 Kommissionen har anført, at dens kompetence til at træffe den anfægtede beslutning dels fremgår af en fortolkning af traktaten og forordning nr. 17, dels at bydende praktiske grunde taler for denne opfattelse, der i øvrigt har ligget til grund for Kommissionens hidtil fulgte forvaltningspraksis.

20 Ifølge sagsøgte skal bestemmelserne i forordning nr. 17 fortolkes i lyset af de beføjelser, som traktaten tildeler Kommissionen på konkurrenceområdet, og

som er blevet konkretiseret i forordningen. Denne foreskriver en række mere eller mindre vidtgående beføjelser, især i artiklerne 3, stk. 1 og 3, 15, stk. 2 og 6, og 16. Den beslutning, hvorved der konstateres en overtrædelse, som allerede er blevet bragt til ophør, er omfattet af dette kompetenceområde; den må placeres mellem to i forordningen udtrykkeligt foreskrevne beslutninger: mellem beslutningen om at pålægge en bøde på grund af en konstateret overtrædelse, der allerede er bragt til ophør, og beslutningen, hvorved det efter en foreløbig undersøgelse fastslås, at betingelserne for at anvende artikel 85, stk. 1, er opfyldt.

- 21 Kommissionen har ud fra et rent praktisk synspunkt anført, at såfremt den ikke havde kompetence til alene at konstatere overtrædelse, måtte den altid pålægge en bøde for at forhindre, at den berørte virksomhed efter at have bragt den retsstridige adfærd til ophør kort tid før vedtagelsen af selve beslutningen herom efter en vis periode atter genoptager den forbudte adfærd.
- 22 Det bemærkes først — hvilket sagsøgte med rette har fremført — at forordning nr. 17 og især bestemmelserne om de foranstaltninger, som Kommissionen kan træffe for at sikre anvendelsen af traktatens artikler 85 og 86, skal fortolkes inden for rammerne af traktatens konkurrenceregler. Disse er baseret på den opfattelse, der bl.a. kommer til udtryk i artiklerne 87, stk. 2, litra d), og 89, og hvorefter det tilkommer Kommissionen at påse, at virksomhederne overholder konkurrencereglerne, og i givet fald at konstatere, om disse regler er blevet overtrådt.
- 23 Forordning nr. 17 skal, som det fremgår af dens betragtninger, samt af traktatens artikel 87, stk. 2, litra a), sikre virksomhedernes overholdelse af konkurrencereglerne, og bemyndiger med henblik herpå Kommissionen til at tvinge virksomhederne til at bringe konstaterede overtrædelser til ophør og i tilfælde af overtrædelser pålægge bøder og tvangsbøder. Beføjelsen til at træffe beslutninger herom omfatter nødvendigvis beføjelsen til at konstatere den pågældende overtrædelse.
- 24 Det med nærværende anbringende rejste problem er derfor ikke, om Kommissionen har kompetence til ved beslutning at konstatere en overtræ-

delse af konkurrencereglerne, men om Kommissionen i denne sag havde en legitim interesse i at træffe en beslutning, hvorved der konstateredes en overtrædelse, som den pågældende virksomhed allerede havde bragt til ophør.

- 25 Det anføres herom i den anfægtede beslutning, at CVL selv efter ændringen i vedtægterne og i standardaftalen i november 1980 i betragtning af den uklare retstilstand også fremover mente at være berettiget til at udelukke kunstnere, som ikke havde tysk statsborgerskab eller bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland, fra sin udnyttelsesvirksomhed; en beslutning var derfor påkrævet for at afklare retstilstanden og ligeledes af hensyn til de klagende virksomheder samt for at undgå fremtidige overtrædelser af samme eller lignende art (pkt. 74).
- 26 GVL har ganske vist under nærværende sag anført, at selskabet anser ændringen af vedtægterne og standardaftalen af november 1980 for uigenkaldelig, men GVL har ikke desto mindre både under den administrative procedure for Kommissionen og under retsforhandlingerne for Domstolen erklæret, at selskabet ikke mener at være bundet af denne ændring med henblik på indgåelse af udnyttelsesaftaler med kunstnere, der er statsborgere i tredjelande, men som har bopæl i en anden medlemsstat. GVL har desuden under disse forhandlinger betonet, at selskabet ikke i medfør af fællesskabsretten er forpligtet til at indføre ændringen, og at GVL således frit kan genoptage sin tidligere praksis.
- 27 Herefter måtte Kommissionen gå ud fra, at der faktisk bestod fare for en genoptagelse af denne praksis, såfremt GVL's forpligtelse til at bringe den til ophør blev udtrykkeligt bekræftet, hvorfor en afklaring af retstilstanden var nødvendig.
- 28 Det findes derfor tilstrækkelig godtgjort, at sagsøgte havde en legitim interesse i ved den anfægtede beslutning at konstatere overtrædelsen af konkurrencereglerne indtil ændringen af sagsøgerens vedtægter, hvorfor det andet anbringende ikke kan tages til følge.

Tredje anbringende: anvendelse af traktatens artikel 90

- 29 Under dette anbringende har GVL anført, at det er en virksomhed, der har fået overdraget at udføre tjenesteydelser af almindelig økonomisk interesse i medfør af traktatens artikel 90, stk. 2. Konkurrencereglerne finder derfor kun anvendelse på selskabet, for så vidt anvendelsen af disse regler ikke hindrer udførelsen af selskabets særlige opgave.
- 30 Sagsøgeren har herved henvist til den tyske lov om udøvelse af ophavsrettigheder og beslægtede retsregler om beskyttelse af 9. september 1965 (BGB I, s. 1294), hvis bestemmelser bl.a. foreskriver, at et udnyttelsesselskab som GVL skal godkendes af offentlige myndigheder, at selskabet er underkastet tilsyn af det tyske Patentamt, og at selskabet er forpligtet til at indgå bestemte udnyttelsesaftaler.
- 31 Gennemgangen af denne lov viser dog, at den tyske lovgivning ikke overdrager bestemte virksomheder at udøve ophavsrettigheder og beslægtede retsregler om beskyttelse, men blot generelt fastlægger regler for selskabernes virksomhed, der skal sikre en kollektiv udnyttelse af sådanne rettigheder.
- 32 Den i denne lov omhandlede kontrol med disse selskabers virksomhed går ganske vist videre end det offentlige tilsyn med mange andre virksomheder. Denne omstændighed kan dog ikke medføre, at disse virksomheder falder ind under den gruppe af virksomheder, der er nævnt i traktatens artikel 90, stk. 2.
- 33 Det tredje anbringende kan derfor ikke tages til følge.

Fjerde anbringende: påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne

- 34 Sagsøgeren har under dette anbringende anført, at den overtrædelse af konkurrencereglerne, som gøres gældende over for selskabet i den anfægtede beslutning, selv om den faktisk havde eksisteret, ikke kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne i den i traktatens artikel 86, stk. 1, forudsatte betydning.

- 35 Det anføres herom i beslutningen (pkt. 63), at det forhold, at GVL har afslået at overtage udnyttelsen af rettigheder for udlændinge, der ikke har bopæl i Tyskland, men som er bosat i en af medlemsstaterne, har medført, at oprettelsen af et enhedsmarked for tjenesteydelser i Fællesskabet er blevet hindret. Disse udlændinge kunne ikke gøre krav på GLV's tjenesteydelser, hvorfor den grænseoverskridende udveksling af tjenesteydelser, således som den kunne have udviklet sig, såfremt GVL ikke havde givet afslag, er blevet forhindret inden for Fællesskabet. Denne påvirkning af udvekslingen af tjenesteydelser kunne også mærkes, idet et stort antal udenlandske rettighedsindehavere blev forhindret i at varetage deres rettigheder i Forbundsrepublikken Tyskland.
- 36 Sagsøgeren har bestridt, at der er sket en mærkbar påvirkning af samhandelen mellem medlemsstaterne. Sagsøgeren gør gældende, at ved indledningen af den administrative procedure havde alene firmaet Interpar indgivet klage; Kommissionen har derefter kun fået kendskab til et yderligere tilfælde, der angik et italiensk bjergbestigerkor. De ni kunstnere, der i beslutningen angives som klagere, tilhørte samme gruppe. Sagsøgeren er selv tidligere kun i ganske særlige tilfælde blevet anmodet om at varetage udenlandske kunstners rettigheder. GVL's tidligere praksis har altså kun påvirket samhandelen mellem medlemsstaterne i ringe grad.
- 37 Det bemærkes, at ved afgørelsen af spørgsmålet, om misbrug af en dominerende stilling på det pågældende marked kan berøre samhandelen mellem medlemsstaterne i den i traktatens artikel 86 forudsatte betydning, må der henses til virkningerne for en virksom konkurrencestruktur på det fælles marked (dom af 6. 3. 1974 i sagerne 6-7/73, Istituto Chemioterapico og Commercial Solvents, Sml., s. 223).
- 38 I dommen af 25. oktober 1979 (sag 22/79, Greenwich Film Production, Sml., s. 3275) fastslog Domstolen, at udnyttelsesselskabers virksomhed kan være tilrettelagt på en sådan måde, at den medfører en opdeling af fællesmarkedet og således hindrer den fri udvikling af tjenesteydelser, som er et af traktatens mål. Domstolen tilføjede, at denne virksomhed kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater i den i traktatens artikel 86 forudsatte betydning.

39 Kommissionens anbringende vedrørende sagsøgerens tidligere adfærd angår netop den omstændighed, af denne adfærd var udformet på en sådan måde, at den hindrede den frie udveksling af tjenesteydelser og medførte en opdeling af det fælles marked. Sagsøgerens praksis forhindrede ikke-tyske udøvende kunstnere med bopæl i andre medlemsstater i at udnytte deres rettigheder på det tyske marked.

40 Det fjerde anbringende kan derfor ikke tages til følge.

Femte anbringende: misbrug af en dominerende stilling

41 Dette anbringende, der vedrører de grundlæggende betingelser i traktatens artikel 86, er opdelt i flere led, hvoraf det første angår GVL's påståede dominerende stilling på markedet.

42 Sagsøgeren har anerkendt at dets erlæggelse af tjenesteydelser består i varetagelsen af udøvende kunstners ophavsrettigheder med hensyn til den sekundære udnyttelse, samt at det er den eneste virksomhed, der varetager disse rettigheder i Forbundsrepublikken Tyskland. Sagsøgeren har dog anført, at det ikke er de udøvende kunstners eneste handelspartner, idet disse kan gøre deres rettigheder gældende med hensyn til den første fremførelse og således f.eks. udveksle tjenesteydelser med arrangører og fremstillere af fonogrammer.

43 Sagsøgte har herimod anført, at sagsøgerens argumentation ikke vedrører det relevante marked, der her skal tages i betragtning. Ifølge sagsøgte er det relevante marked nemlig ikke markedet for udveksling af tjenesteydelser på området for gengivelse af kunstneriske fremførelser, men markedet for forvaltning af de vederlag, der tilkommer de udøvende kunstnere som følge af den sekundære udnyttelse af deres ydelser. Det er på dette marked, GVL indtager en dominerende stilling.

44 Det fastslås herom i beslutningen (pkt. 45), at det marked, på hvilket GVL udøver virksomhed, er det ved andre udnyttelsesselskabers aktiviteter nøje afgrænsede tjenesteydelsesmarked for varetagelse af rettigheder ved sekundær udnyttelse, som udøvende kunstnere og fremstillere har i Tyskland. GVL har en faktisk monopolstilling på dette marked i Tyskland, dvs. på en væsentlig del af fællessmarkedet.

- 45 Domstolen finder, at disse konstateringer er rigtige, hvorfor dette anbringendes første led ikke kan tages til følge.
- 46 I det femte anbringendes andet led bestrides den i beslutningen indeholdte antagelse om misbrug af den dominerende stilling. Ifølge sagsøgeren har Kommissionen navnlig med urette beskyldt selskabet for at forskelsbehandle kunstnere på grundlag af nationalitet.
- 47 I den anfægtede beslutning fastslås først, at forskelsbehandling udøvet af en markedsdominerende virksomhed på grundlag af nationalitet udgør en overtrædelse af artikel 86 (pkt. 46), og dernæst, at GVL's afslag som indehaver af et faktisk monopol på at indgå udnyttelsesaftaler med udenlandske kunstnere uden bopæl i Tyskland er en forskelsbehandling på grundlag af nationalitet (pkt. 47).
- 48 Sagsøgeren har kraftigt bestridt sidstnævnte punkt. Sagsøgeren har anført, at selskabet under hele den gennemførte procedure har hævdet det standpunkt, at den forskel, som selskabet har gjort mellem de forskellige kunstnere, alene beroede på karakteren af de rettigheder, som de var indehavere af. Det virkelige problem ligger i forskellen mellem de nationale lovgivninger om ophavsrettigheder og beslægtede retsregler om beskyttelse. Denne ulighed har medført, at rettighederne for kunstnere med bopæl uden for Forbundsrepublikken Tyskland er reguleret ved lovbestemmelser, der ikke hjemler vederlag for den sekundære udnyttelse af fremførelsen.
- 49 Sagsøgeren har anført, at selskabet kun kan varetage de rettigheder, hvis eksistens og rækkevidde det kan kontrollere. Dette er tilfælde for kunstnere med tysk statsborgerskab, som ifølge § 125 i den tyske ophavsretslov har krav på den ved denne lov sikrede retsbeskyttelse. Sagsøgeren har anerkendt, at denne forudsætning også er opfyldt, for så vidt angik udenlandske kunstnere med bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland, idet denne bopæl udgjorde en tilstrækkelig tillknytning for at tillade anvendelsen af den tyske lov på dette område.

- 50 Ifølge sagsøgeren bekræftes denne retsopfattelse af § 6, stk. 1, i den tyske lov om udøvelse af 1965. Ifølge denne bestemmelse er udnyttelsesselskaber forpligtet til at varetage de rettigheder, der henhører under deres virksomhedsområde, efter begæring fra de berettigede, »såfremt disse er tyske statsborgere i den i den tyske grundlov anførte betydning eller har deres bopæl indenfor det af lov om udnyttelse omfattede gyldighedsområde [dvs. Forbundsrepublikken Tyskland]«.
- 51 Sagsøgte har ikke bestridt, at der er forskel mellem de nationale lovgivninger eller at lovgivningen i de øvrige medlemsstater vedrørende sekunder udnyttelse for det meste er mindre vidtgående end den tyske lov. Disse omstændigheder kan imidlertid ikke begrunde nægtelsen af at indgå udnyttelsesaftaler med udenlandske kunstnere uden bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland, eftersom denne nægtelse fratager dem muligheden for at bevise, at de faktisk er indehavere af de hævdede rettigheder.
- 52 Det bemærkes først, at § 6 i lov om udøvelse, der forpligter udnyttelsesselskaberne til at varetage rettigheder for alle kunstnere med tysk statsborgerskab eller med bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland, ikke forhindrer selskaberne i at udøve deres virksomhed også for andre kunstnere. Denne fortolkning af loven har Patentamt forudsætningsvis bekræftet, da denne myndighed godkendte den den 21. november 1980 gennemførte ændring af GVL's vedtægter.
- 53 Det bemærkes dernæst, at det skøn, som loven således har tildelt GVL, er begrænset af traktatens bestemmelser, især bestemmelserne på konkurrenceområdet. Dette gælder så meget mere, som GVL indtager en dominerende stilling på en væsentlig del af det fælles marked.
- 54 Herefter kunne GVL trods manglende harmonisering af ophavsretslovgivningerne ikke begrænse sin forretningsvirksomhed til alene at omfatte de kunstnere, hvis rettigheder selskabet med sikkerhed vidste var omfattet af den tyske lov. GVL kunne ikke udelukke den mulighed, at bestemte udenlandske kunstnere uden bopæl i Forbundsrepublikken Tyskland kunne gøre rettig-

heder til sekundær udnyttelse gældende; desuden vidste GVL, at selskabet ved at nægte at varetage disse rettigheder faktisk hindrede disse kunstnere i at oppebære de vederlag, som de havde krav på.

- 55 Sagsøgeren har derfor udformet sin virksomhed på en sådan måde, at udenlandske kunstnere uden bopæl i Tyskland ikke kunne drage fordel af retten til sekundær udnyttelse, heller ikke selv om sådanne kunstnere kunne godtgøre at have krav på disse rettigheder, enten fordi tysk lovgivning fandt anvendelse, eller fordi en anden national lovgivning hjemlede samme rettigheder.
- 56 En virksomhed med et faktisk monopol, der således afslår at stille sin tjeneste til rådighed for alle, der kan have behov herfor, men som ikke er omfattet af en bestemt personkreds, som denne virksomhed har fastlagt på grundlag af nationalitet eller bopæl, må anses for at være skyldig i misbrug af en dominerende stilling efter traktatens artikel 86, stk. 1.
- 57 Kommissionen har derfor med rette antaget, at artikel 86, stk. 1, fandt anvendelse i denne sag.
- 58 Dette indebærer, at det femte anbringende ikke kan tages til følge, og at det ikke længere er nødvendigt at tage stilling til den øvrige del af anbringendet, navnlig den del, der vedrører den hævdede forskelsbehandling i den i traktatens artikel 86, stk. 2, litra c), forudsatte betydning.
- 59 Sagsøgte vil derfor være at frifinde.

Sagens omkostninger

- 60 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, dømmes den part, der taber sagen, til at betale sagens omkostninger, såfremt der er nedlagt påstand herom. Sagsøgeren har tabt sagen og tilpligtes derfor at betale omkostningerne.

På grundlag af disse præmisser
udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1. Sagsøgte frifindes.
2. Sagsøgeren betaler sagens omkostninger.

Mertens de Wilmars	Pescatore	O'Keeffe
Everling	Mackenzie Stuart	Bosco
		Koopmans

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 2. marts 1983.

P. Heim
Justitssekretær

J. Mertens de Wilmars
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. REISCHL FREMSAT DEN 16. NOVEMBER 1982 ¹

Høje Domstol.

Genstanden for den sag, hvori jeg i dag skal fremsætte forslag til afgørelse, er en beslutning (EFT L 370 af 28. 12. 1981, s. 49), som Kommissionen har truffet den 29. oktober 1981 i henhold til EØF-traktatens artikel 86 og Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (EFT 1959-1962, s. 81). Beslutningen vedrører den adfærd, der tidligere udvist af Gesell-

schaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (herefter benævnt »GVL«), Hamburg, over for udenlandske udøvende kunstnere, der var statsborgere eller havde bopæl i en anden medlemsstat end Tyskland. Til forståelse af sagen skal jeg alene redegøre for de væsentligste faktiske og retlige omstændigheder, og jeg skal med hensyn til detailspørgsmål henvise til fremstillingen i retsmøderapporten.

1 — Oversat fra tysk.