FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 7. juli 1998 *

1. »Skal EF-traktatens artikel 30 og 52 ff. fortolkes således, at de er til hinder for at bringe nationale retsforskrifter i anvendelse, hvorefter det varemærke eller den firmabetegnelse, der er ældst i prioritet, skal nyde beskyttelse, såfremt der er tale om mærker eller betegnelser, der kan forveksles, således at det i tre østrigske delstater forbydes en virksomhed at anvende et varemærke eller en firmabetegnelse, som selskaber, der indgår i samme koncern som denne, lovligt anvender i andre medlemsstater?«

2. Dette spørgsmål er blevet forelagt Domstolen af Handelsgericht Wien i forbindelse med en sag mellem Pfeiffer Großhandel GmbH (herefter »Pfeiffer«) og Löwa Warenhandel GmbH (herefter »Löwa«).

3. Sagsøgeren i hovedsagen, Pfeiffer, har siden 1969 drevet et supermarked i Pasching nær Linz i Østrig under betegnelsen »Plus KAUF PARK« [1]. Betegnelsen »Plus KAUF PARK« er i øvrigt registreret hos den østrigske patentmyndighed (Patentamt) som ord/figurmærke for en række varegrupper med prioritet pr. 5. august 1969. Pfeiffer sælger desuden forskellige varer, navnlig levnedsmidler, under mærket »Plus wir bieten mehr« (med prioritet pr. 22.9.1989). Supermarkedet »Plus KAUF PARK« er placeret i et butikscenter, »Plus City«, der blev åbnet i oktober 1989, og som rummer over 100 detailforretninger inden for alle almindelige brancher. Pfeiffer's tidligere indehavere gav ved etableringen af »Plus City« de forretningsdrivende i centret vidtgående beføjelser til at benytte ovennævnte varemærker og andre betegnelser, der indeholder ordet »Plus«. I henhold til lejekontrakterne er de enkelte forretningsdrivende endvidere forpligtet til at benytte det originale logo for »Plus City«, hver gang de henviser til butikscentret.

4. Sagsøgte i hovedsagen, Löwa, driver 139 discountforretninger i Østrig med samme vareudbud som Pfeiffer's supermarked. Löwa er datterselskab af det tyske selskab Tengelmann Warenhandelsgesellschaft, der er indehaver af det internationale mærke »Plus« med prioritet pr. 15. november 1989. Löwa er desuden søsterselskab til det tyske selskab »Plus« Warenhandelsgesellschaft, der er indehaver af ord/figurmærket »Plus prima leben und sparen« (med prioritet pr. 18. december 1979), som er registreret hos det østrigske Patentamt. Löwa er selv indehaver

* Originalsprog: fransk.

1 — I forelæggelsesbeslutningen henvises der ganske vist til betegnelsen »Plus KAUF MARKT«, men det fremgår af sagsakterne, at den korrekte betegnelse er »Plus KAUF PARK«.

af ord/figurmærket »Pluspunkt«, som er registreret hos det østrigske Patentamt med prioritet pr. 15. april 1994.

5. Tengelmann Warenhandelsgesellschaft og Plus Warenhandelsgesellschaft er repræsenteret i sektoren for discountforretninger i Tyskland, Italien, Spanien, Den Tjekkiske Republik og Ungarn under firmabetegnelsen »Plus«. Moderselskabet Tengelmann tilstræber et ensartet image for sine forretninger i hele Europa af hensyn til muligheden for at anvende samme reklamer over hele Europa og for yderligere at udbygge koncernens »corporate identity«.

6. Det anførte var grunden til, at Löwa i 1994 begyndte at markedsføre varer under betegnelsen »Plus« og at ændre navnet på 17 af sine 139 supermarkeder i Østrig fra »Zielpunkt« til »Plus prima leben und sparen«, hvis grafiske udformning svarer fuldstændig til selskabets tyske søsterselskab Plus Warenhandelsgesellschaft's ord/figurmærke.

7. Den grafiske udformning adskiller sig fra den betegnelse, Pfeiffer anvender, såvel ved tilføjelsen af forskellige angivelser som ved den optiske udformning.

8. Sagsøgeren har under hovedsagen nedlagt påstand om, at det forbydes sagsøgte i delstaterne Niederösterreich, Oberösterreich og Salzburg at drive detailforretninger, der henvender sig til de endelige forbrugere, under firmabetegnelsen »Plus« med eller uden tilføjelser og/eller at reklamere for sådanne forretninger.

9. Der gøres i anmodningen om en præjudiciel afgørelse opmærksom på, at det ifølge § 9, stk. 1, i Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lov om illoyal konkurrence, herefter »UWG«) kan forbydes, at der gøres brug af et navn, en firmabetegnelse eller en særlig betegnelse for en virksomhed, såfremt brugen er egnet til at fremkalde forveksling med det navn, den firmabetegnelse eller den særlige betegnelse, der lovligt anvendes af en anden person. Ifølge § 9, stk. 3, omfatter den særlige betegnelse for en virksomhed registrerede mærker og forretningsbetegnelser, der inden for de relevante erhvervskredse betragtes som kendetegn for virksomheden, såvel som andre foranstaltninger, der tjener til at adskille virksomheden fra andre virksomheder, herunder navnlig varernes udformning, emballering eller indpakning og forretningspapirernes udseende.

10. Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at den omhandlede bestemmelse i østrigsk retspraksis fortolkes således, at varemærker såvel som særlige virksomhedsbetegnelser kun nyder beskyttelse efter UWG's § 9, såfremt de har adskillelsesevne, dvs. at de skal have et særligt, individuelt præg, der som sådant er egnet til at adskille indehaveren fra

andre personer, eller såfremt de — uanset originalitet — ved indarbejdelse har opnået særpræg. Det er fast retspraksis i Østrig, at frit opfundne kunstord og ord, der, selv om de indgår i almindelig sprogbrug, ikke har forbindelse med den omhandlede vare og således ikke er rent beskrivende, anses for at have adskillelsesevne. Disse principper gælder såvel for ordmærker som for særlige virksomhedsbetegnelser. Beskrivende benævnelser vil dog alligevel kunne beskyttes, såfremt der er tale om en særpræget virksomhedsbetegnelse, som anvendes uden for den sædvanlige sammenhæng.

11. Handelsgericht Wien er af den opfattelse, at »Plus« ifølge denne retspraksis som betegnelse for en virksomhed, der i supermarkeder forhandler varer af vidt forskellig art — ikke blot levnedsmidler, men også andre dagligvarer — er helt igennem original og ikke blot beskrivende og følgelig kan opnå beskyttelse. Selv om det antages, at der kun er tale om en »svag« betegnelse, der også er beskyttet efter UWG's § 9, men i forbindelse med hvilken selv meget små forskelle principielt udelukker risikoen for forveksling, vil tilføjelsen af ordene »prima leben und sparen« alt taget i betragtning ikke kunne udelukke denne risiko, fordi dette udtryk tiltrækker sig langt mindre opmærksomhed og i praksis ikke kan betragtes som en særlig virksomhedsbetegnelse. At betegnelsernes optiske udformning er forskellig er heller ikke tilstrækkeligt til at hindre en forveksling, for denne kan opstå alene som følge af et akustisk sammenfald.

12. Den forelæggende ret har på baggrund heraf konkluderet, at »ifølge østrigsk ret er sagsøgtes anvendelse af betegnelsen 'Plus' med eller uden tilføjelser i strid med UWG's § 9, da Pfeiffer har prioritet«.

13. Handelsgericht Wien er imidlertid af den opfattelse, at det forbud mod brug, som retten må nedlægge over for Löwa i medfør af UWG's § 9, påvirker samhandelen inden for Fællesskabet, og har derfor besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen ovennævnte spørgsmål.

Det præjudicielle spørgsmåls rækkevidde

14. Det fremgår såvel af anmodningen om en præjudiciel afgørelse [2] som af de skriftlige indlæg, de to parter i hovedsagen er fremkommet med, samt af parternes svar på et spørgsmål, Domstolen stillede under retsmødet, at genstanden for denne sag udelukkende er det eventuelle forbud mod at anvende en bestemt virksomhedsbetegnelse. Brugen af ordet »Plus« (med eller uden tilføjelser) som varemærke er dermed ikke inddraget i denne sag. Der er således ingen anledning til at undersøge det rejste spørgsmål i lyset af Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker [3].

2 — Jf. ovenfor, punkt 8.
3 — EFT 1989 L 40, s. 1.

15. Det vil som følge heraf være tilstrækkeligt for at gøre det muligt for den nationale domstol at træffe afgørelse i den verserende sag, at Domstolens svar begrænses til en fortolkning af traktatens artikel 30 og 52 i relation til konflikten mellem to særlige virksomhedsbetegnelser.

16. Den nationale domstol har heller ikke anmodet Domstolen om at vurdere, hvorvidt der foreligger en risiko for, at de omtvistede betegnelser vil kunne forveksles. Den anser det under alle omstændigheder for givet, at der består en sådan risiko. Domstolen var i øvrigt i en lignende situation i Terrapin-dommen [4], hvori den udtalte, at »selv om denne [den forelæggende rets] antagelse er blevet draget i tvivl under retsforhandlingerne, tilkommer det imidlertid ikke Domstolen at træffe afgørelse i så henseende, da intet spørgsmål herom er forelagt den«. Handelsgericht har heller ikke ønsket en belysning af selve begrebet »risiko for forveksling«, til forskel fra hvad der var tilfældet i SABEL-sagen [5].

17. Handelsgericht Wien's spørgsmål skal derfor forstås således, at det hermed alene ønskes oplyst, hvorvidt en national domstol, der som følge af en prioritetsstilling eller risiko for forveksling finder, at brugen af en særlig virksomhedsbetegnelse skal forbydes, herved vil overtræde traktatens artikel 30 eller 52 og dermed hindres i at nedlægge et sådant forbud, der foreskrives i national ret, eftersom det pågældende selskab benytter denne betegnelse på lovlig vis i andre medlemsstater.

4 — Dom af 22.6.1976, sag 119/75, Sml. s. 1039, præmis 3 og 4.

5 — Dom af 11.11.1997, sag C-251/95, Sml. I, s. 6191.

18. I det følgende undersøges problemet efter den forelæggende rets ønske først i forhold til de frie varebevægelser (artikel 30 ff.) og dernæst i forhold til etableringsretten (artikel 52 ff.).

Traktatens artikel 30

19. Löwa har gjort gældende, at »såfremt UWG's § 9 anvendes ubegrænset, vil selskaber i samme koncern være nødsaget til at benytte forskellige betegnelser i visse medlemsstater i tilfælde som det, der er genstand for det præjudicielle spørgsmål. Dette vil gøre det umuligt at gennemføre et ensartet reklamekoncept i Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater og at få koncernernes bestræbelser for at sikre en 'corporate identity' i virksomhedsbetegnelserne, som er hjørnestenen i deres reklamestrategi, til at fremstå klart over for omverdenen«.

20. Löwa's argumentation går i det væsentlige ud på at påvise, at et forbud over for et selskab mod på en del af Østrigs område at bruge samme firmabetegnelse som den, der bruges i andre medlemsstater af selskaber tilhørende samme koncern, skal anses for en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion. Forbuddet vil efter Löwa's mening hindre koncernen i at benytte det samme reklamekoncept i markedsføringen af sine varer.

21. Löwa har til støtte for, at et sådant afkald på en samlet markedsføringsstrategi udgør et indgreb i de frie varebevægelser, henvist til dommen i Yves Rocher-sagen [6], hvori Domstolen understregede, at:

»en national lovgivning, som begrænser eller forbyder visse former for reklame og visse salgsfremmende metoder, selv om den ikke direkte påvirker indførslerne, [kan] begrænse de indførte mængder, fordi den påvirker mulighederne for afsætning af de indførte varer. Den omstændighed, at den pågældende erhvervsdrivende er tvunget til enten at anvende forskellige reklamesystemer eller salgsfremmende metoder, alt efter hvilken medlemsstat det drejer sig om, eller til at opgive et system, som han anser for særlig effektivt, kan udgøre en hindring for importen, selv om en sådan lovgivning gælder uden forskel for indenlandske og indførte varer«.

22. Efter Löwa's opfattelse må en hindring af afsætningsmulighederne uanset Keck og Mithouard-dommen [7] betragtes som en begrænsning af de frie varebevægelser, jf. traktatens artikel 30. Löwa har anført, at Keck og Mithouard-dommen og dommen i sagen Hünermund m.fl. [8] ikke drejede sig om at få fastslået ad rettens vej, hvorvidt et nationalt forbud, der hindrer eller vanskeliggør gennemførelsen af et ensartet reklamekoncept over hele Fællesskabet, strider mod fællesskabsretten. Löwa har desuden anført, at Domstolen tværtimod i dommen i Marssagen [9] under henvisning til Keck og Mithouard-dommen utvetydigt har fastslået, at et forbud mod i en medlemsstat at bringe varer i omsætning, der er forsynet med de samme reklameangivelser som dem, der lovligt anvendes i andre medlemsstater, uanset at det finder anvendelse på alle varer, kan opstille hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet. Ifølge Domstolen kan et sådant forbud reelt »tvinge importørerne til at anvende forskellige emballager for deres produkter, alt efter hvor disse skal bringes i omsætning med deraf følgende yderligere udgifter til emballering og reklame« [10].

23. Löwa slutter heraf, at »dette også gør sig gældende for et forbud, der som det her omhandlede bygger på UWG's § 9, og som hindrer en koncern i at optræde under samme virksomhedsbetegnelse i alle Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater ...«. Löwa mener derfor, at traktatens artikel 30 finder anvendelse.

24. Pfeiffer's argumentation bygger først og fremmest på Domstolens praksis i medfør af Keck og Mithouard-dommen. Det understreges således, at UWG's § 9 »som en national bestemmelse, der udelukkende vedrører former for salg og ikke vedrører

6 — Dom af 18.5.1993, sag C-126/91, Sml. I, s. 2361.

7 — Dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6067.

8 — Dom af 15.12.1993, sag C-292/92, Sml. I, s. 6787.

9 — Dom af 6.7.1995, sag C-470/93, Sml. I, s. 1923.

10 — Præmis 13.

varerne, og som uden forskel skal anvendes på alle de berørte erhvervsdrivende, der driver virksomhed i indlandet, er forenelig med traktatens artikel 30«.

25. Pfeiffer påpeger desuden, at Löwa's ønske om et ensartet reklamekoncept for Det Europæiske Fællesskabs medlemsstater og bestræbelserne på at skabe en »corporate identity« strider mod den kommercielle ejendomsret. Pfeiffer anfører herved, at importforbud og -restriktioner, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, er tilladte på den udtrykkelige betingelse, at de hverken udgør et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

26. Efter Kommissionens opfattelse er traktatens artikel 30 ikke til hinder for en bestemmelse som den, der er indeholdt i UWG's § 9, »for hvis regler om former for salg er udelukket fra anvendelsesområdet for traktatens artikel 30 i medfør af Keck-dommen, må dette så meget desto mere gælde, når der er tale om bestemmelser, der ikke fastsætter regler om former for salg«. Ifølge Kommissionen »omfatter regler om former for salg navnlig bestemmelser, der afspejler lokale, tidsmæssige og andre vilkår — som f.eks. en begrænsning af sælgergruppen — hvorunder varerne distribueres, og som er udtryk for særlige nationale eller regionale sociokulturelle forhold« [11]. Kommissionen finder imidlertid ikke, at sådanne omstændigheder reguleres ved UWG's § 9, stk. 1.

27. Kommissionen gør i øvrigt opmærksom på, at Domstolen har fastslået, at anvendelsen af en national foranstaltning, som ikke har nogen forbindelse med import eller eksport af varer, ikke falder ind under traktatens artikel 30 ff. [12]. Det samme er tilfældet i den foreliggende sag, eftersom bestemmelsen i UWG's § 9, stk. 1, ikke har til formål eller følge at regulere den grænseoverskridende varehandel. Sagsøgte, der allerede er etableret i Østrig, vil uafhængigt af sin firmabetegnelse fortsat have mulighed for at importere og sælge varer i Østrig.

28. Jeg anbefaler, at Domstolen tilslutter sig Pfeiffer's og Kommissionens argumenter. Jeg kan nemlig ikke se, at et forbud mod at benytte en firmabetegnelse, for så vidt som det kun omhandler den særlige betegnelse for *virksomheden*, skulle kunne udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion.

11 — Jf. bl.a. dom af 20.6.1996, forenede sager C-418/93 — C-421/93, C-460/93, C-461/93 og C-462/93, C-464/93, C-9/94, C-10/94 og C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 og C-332/94, Semeraro Casa Uno m.fl., Sml. I, s. 2975, præmis 25.

12 — Jf. dom af 7.5.1997, forenede sager C-321/94 — C-324/94, Pistre m.fl., Sml. I, s. 2343, præmis 44.

29. Domstolen har således i Keck og Mithouard-dommen og i efterfølgende domme fastslået, at der

»... ved foranstaltninger med tilsvarende virkning, der er forbudt i henhold til artikel 30, [forstås] sådanne hindringer for de frie varebevægelser, der i mangel af en harmonisering af lovgivningerne følger af, at der *på varer* fra andre medlemsstater, hvor de er lovligt fremstillet og bragt i omsætning, *anvendes regler om, hvilke betingelser sådanne varer skal opfylde* (f.eks. med hensyn til benævnelse, form, dimensioner, vægt, sammensætning, præsentation, mærkning og emballage), og det uanset om sådanne regler anvendes uden forskel på alle varer, når en sådan anvendelse ikke kan begrundes ud fra et alment hensyn, der går forud for hensynene til de frie varebevægelser«.

30. Derimod

»kan det forhold, at nationale bestemmelser, som begrænser eller forbyder bestemte former for salg, bringes i anvendelse på varer fra andre medlemsstater ... ikke antages direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre samhandelen mellem medlemsstaterne ... forudsat at sådanne nationale bestemmelser finder anvendelse på alle de berørte erhvervsdrivende, der udøver virksomhed i indlandet, og forudsat at bestemmelserne, såvel retligt som faktisk, påvirker afsætningen af indenlandsk fremstillede varer og varer fra andre medlemsstater på samme måde.

Når disse betingelser er opfyldt, kan en anvendelse af sådanne bestemmelser på salg af varer fra en anden medlemsstat, som opfylder de af denne stat fastsatte regler, ikke antages at forhindre, at varerne får adgang til markedet eller medføre større ulemper i denne henseende end for indenlandsk fremstillede varer. Sådanne bestemmelser falder derfor uden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 30«.

31. Den konkrete sag drejer sig ikke om en national bestemmelse, hvori der opstilles betingelser, som varer skal opfylde, eller som har til formål at regulere samhandelen med varer mellem medlemsstaterne.

32. Der er tale om en bestemmelse, der heller ikke påvirker afsætningen af varer fra andre medlemsstater anderledes end afsætningen af indenlandsk fremstillede varer.

33. Et forbud mod brug af en særlig virksomhedsbetegnelse vil ganske vist eventuelt kunne bremse en yderligere udvidelse af salget og dermed også af salget af varer fra andre medlemsstater, idet virksomheder i samme koncern hindres i at anvende et ensartet reklamekoncept i alle de medlemsstater, hvor koncernen er repræsenteret. Dette forhold bevirker imidlertid ikke, at det omhandlede forbud omfattes af definitionen

af foranstaltninger med tilsvarende virkning, eftersom forbuddet vedrører den pågældende virksomheds navn og ikke de varer, virksomheden sælger.

34. Det betyder også, at Löwa ikke med rette kan påberåbe sig dommen i Mars-sagen. Mars-dommen vedrører nemlig hindringer af de frie varebevægelser som følge af et forbud mod at forsyne *varers* emballager med visse reklameangivelser. Som tidligere nævnt er hovedsagens genstand imidlertid udelukkende betegnelsen for to virksomheder og ikke det eller de varemærker, som de hver især benytter på deres varer.

35. Yves Rocher-dommen er efter min mening ikke relevant af tre grunde. For det første er der her ikke tale om en »lovgivning, som begrænser eller forbyder visse former for reklame«. Når Löwa hindres i at benytte de reklameforanstaltninger, der er udviklet af moderselskabet for andre markeder, er det simpelt hen en indirekte følge af bestemmelser, der beskytter den kommercielle ejendomsret.

36. For det andet er jeg enig med R. Joliet [13] i, at Yves Rocher-dommen omhandlede en »form for salg«, og at den efter Keck og Mithouard-dommen har mistet sin betydning.

37. Endelig kan en regel som den, der er indeholdt i UWG's § 9, ikke betragtes som en regulering af en form for salg. Kommissionen har derfor ret i sin »så meget desto mere«-argumentation, som er nævnt ovenfor.

38. Jeg må derfor konkludere, at forbuddet mod at benytte en særlig betegnelse for en virksomhed falder uden for anvendelsesområdet for traktatens artikel 30. Jeg skal — helt ex tuto — bemærke, at en bestemmelse som den, der er indeholdt i UWG's § 9, selv om den udgjorde en foranstaltning med tilsvarende virkning, ville falde ind under undtagelsen i traktatens artikel 36. Forbuddet gælder uden forskel for virksomheder med såvel østrigske som udenlandske kapitalejere og kan derfor ikke betragtes som et »middel til vilkårlig forskelsbehandling«. Det er heller ikke en »skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«, eftersom det som allerede nævnt ikke påvirker afsætningen af varer fra andre medlemsstater anderledes end afsætningen af indenlandsk fremstillede varer.

Traktatens artikel 52

39. Med det præjudicielle spørgsmål ønskes det endvidere oplyst, hvorvidt traktatens artikel 52 under de i denne sag omhandlede

13 — R. Joliet: »La libre circulation des marchandises: l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence«, *Journal des Tribunaux — Droit européen*, 20.10.1994, nr. 12, s. 145 ff.

omstændigheder er til hinder for, at det forbydes en virksomhed at bruge en bestemt betegnelse.

40. Sagsøgeren i hovedsagen, Pfeiffer, finder ikke, at den omhandlede nationale bestemmelse udgør en krænkelse af den grundlæggende frihed, der er fastslået i traktatens artikel 52 ff. Der opstår efter Pfeiffer's opfattelse intet som helst spørgsmål om tilsidesættelse af denne frihed.

41. Pfeiffer tilføjer, at forbuddet mod forskelsbehandling, der er uløseligt forbundet med den frie etableringsret, er til hinder for enhver diskrimination på grundlag af nationalitet i forbindelse med optagelsen og udøvelsen af selvstændig erhvervsvirksomhed i en anden medlemsstat. Kun nationale regler, der er klart diskriminerende, dvs. regler, der er baseret på nationalitet, og som åbenlyst og bevidst fører til forskelsbehandling mellem landets egne statsborgere og udenlandske statsborgere på grund af deres forskellige nationalitet, er forbudt. Pfeiffer påpeger imidlertid, at den østrigske UWG's § 9 finder anvendelse uden forskel på såvel udenlandske som østrigske statsborgere.

42. Pfeiffer gør endvidere opmærksom på, at etableringsfriheden, for så vidt som den — navnlig på baggrund af Domstolens seneste praksis — i en vis udstrækning fortolkes som et forbud mod at indføre begrænsninger, ikke indebærer et generelt forbud, hvilket står i modsætning til, hvad der gælder for de frie varebevægelser. Sagsøgeren påpeger, at det af hensyn til kommerciel og intellektuel ejendomsret altid har været lovligt at begrænse den frihed, der sikres i EF-traktatens artikel 52. Selve grundlaget og vilkårene for etableringsfriheden, dvs. retten til at udøve selvstændig erhvervsvirksomhed i en anden medlemsstat fra et fast forretningssted på ubegrænset tid, hverken begrænses eller forbydes af den østrigske UWG's § 9.

43. Sagsøgte i hovedsagen, Löwa, har gjort gældende, at »et forbud mod en virksomhedsbetegnelse endvidere uberettiget vil kunne begrænse et moderselskabs etableringsfrihed i medfør af traktatens artikel 52 og 58«. Til støtte herfor citeres Gebhard-dommen [14], hvori Domstolen understregede følgende:

»Det fremgår imidlertid af Domstolens praksis, at nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, skal opfylde fire betingelser: De skal anvendes uden forskelsbehandling, de skal være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, de skal være egnede til at sikre virkeliggørelsen af det formål, de forfølger, og de må ikke gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.«

14 — Dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Sml. I, s. 4165, præmis 37.

44. Löwa overfører disse principper på den foreliggende sag og anfører, »at der er tale om en restriktion, når en virksomhed (her en tysk virksomhed), som også er kendt under sin virksomhedsbetegnelse i nabomedlemsstaten (her Østrig) som resultat af reklamer og handel på tværs af grænserne, og som af indlysende årsager søger at anlægge en ensartet strategi for hele Europa, begrænses i sine muligheder for succes på nabomarkedet, fordi virksomheden ikke må anvende en betegnelse, der er indarbejdet andre steder, og som ikke er ukendt på det pågældende marked«. Löwa har afslutningsvis gjort gældende, at det omhandlede forbud er uforholdsmæssigt, fordi der ikke er tale om nogen (alvorlig) fare for forveksling. Ifølge Löwa »skal risikoen for forveksling være alvorlig for kvantitativt at have en vægt, der kan berettige en begrænsning af etableringsfriheden«.

45. Kommissionens holdning er, at bestemmelserne i traktatens artikel 52 ff. ikke er til hinder for en bestemmelse som den, der er indeholdt i § 9, stk. 1, i den østrigske UWG. Nationale bestemmelser vedrørende firmanavne eller kommercielle betegnelser vil ganske vist kunne indskrænke etableringsfriheden, når der f.eks. kræves særlig tilladelse til at benytte et firmanavn, eller en tilladelse forbindes med særlige sproglige vilkår eller lignende. Kommissionen mener imidlertid ikke, at bestemmelsen i den østrigske UWG's § 9, stk. 1, omhandler forskrifter af denne type, der direkte regulerer, »om« og/eller »hvordan« en etablering kan finde sted. Bestemmelsen er derfor ikke eller i hvert fald ikke i tilstrækkelig grad forbundet med etableringsfriheden.

46. Kommissionen har anført, at selv om man ville fortolke traktatens artikel 52 og 58 således, at bestemmelser som den, der er indeholdt i den østrigske UWG's § 9, stk. 1, henhører under etableringsfriheden, giver forelæggelseskendelsen ingen anledning til at slutte, at denne bestemmelse, retspraksis på området eller bestemmelsens anvendelse i praksis direkte eller indirekte skulle føre til forskelsbehandling mellem østrigske virksomheder og virksomheder, der etableres i Østrig.

47. Under de i sagen foreliggende omstændigheder finder Kommissionen imidlertid ikke, at en virksomheds ret til at anvende en bestemt firmabetegnelse for sine datterselskaber henhører under etableringsfriheden.

48. Kommissionen understreger, at der i øvrigt bør tages hensyn til, at sagsøgte allerede var etableret i Østrig, da koncernen i 1994 valgte at ændre navnet på 17 af sine datterselskaber fra »Zielpunkt« til »Plus prima leben und sparen«.

49. Kommissionen har efter min opfattelse argumenteret overbevisende for sine synspunkter.

50. Der er tale om et østrigsk selskab med tysk kapital, som i en længere årrække har drevet 139 discountforretninger i Østrig,

hvoraf de 122 drives under navnet »Zielpunkt«, mens 17 forretninger i de seneste år er blevet omdøbt til »Plus prima leben und sparen«.

51. Selskabet har således klart haft succes, og det er ikke stødt på vanskeligheder, fordi dets kapital ejes af et tysk moderselskab. Den eneste østrigske retsforskrift, der omhandles i sagen, er UWG's § 9, stk. 1. Men som Kommissionen med rette påpeger, indeholder denne forskrift ikke nogen bestemmelser, der direkte regulerer, »om« og/eller »hvordan« en etablering kan finde sted.

52. Først da Löwa ønskede at ændre navnet på en række af sine forretninger, mødte man modstand fra et andet firma, der påberåbte sig en prioritetsbeskyttet ret til en lignende betegnelse.

53. Indsigelsen mod Löwa skyldes ikke, at Löwa's kapital ejes af et tysk moderselskab. Der er intet grundlag for at antage, at et rent østrigskejet selskab, der også ønskede at benytte ordet »Plus«, ikke ville have mødt samme modstand.

54. Löwa's begrundelse for at ændre betegnelsen for sine forretninger (udvikling af en international »corporate identity«, reklamekampagner i flere lande) viser efter min opfattelse heller ikke nogen klar sammenhæng med princippet om den frie etableringsret. Begrundelsen hænger sammen med selskabets eventuelle muligheder for at øge omsætningen ved at bruge et navn, der er kendt i nabolandene og af de østrigske statsborgere, der har rejst i disse lande.

55. Fællesskabsretten pålægger imidlertid ikke medlemsstaterne at gøre alt for at sikre, at firmaer, der ejes af statsborgere fra andre medlemsstater, får de bedst mulige betingelser for at udvikle de salgsstrategier, de finder mest lovende, og i den forbindelse også undlade at anvende den nationale lovgivning om intellektuel ejendomsret.

56. Det fremgår således af traktatens artikel 52, at »... etableringsfriheden [indebærer] adgang til at optage og udøve selvstændig erhvervsvirksomhed samt til at oprette og lede virksomheder, herunder navnlig selskaber i den i artikel 58, stk. 2, anførte betydning, på de vilkår, som i etableringslandets lovgivning er fastsat for landets egne statsborgere«.

57. Rækkevidden af det uddrag fra Gebhard-dommen, som sagsøgte i hovedsagen har citeret, hvor der henvises til »nationale for-

anstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende«, kan give anledning til forvirring, hvilket Löwa's argumentation viser, og en præcisering vil derfor utvivlsomt være på sin plads.

58. Det ville ikke være holdbart, hvis medlemsstaterne skulle være tvunget til at anføre »tvingende hensyn« som begrundelse for alle mulige bestemmelser i deres lovgivning — f.eks. at deres selskabsbeskatning eller momssatser er højere end i andre lande, at landets eget sprog skal benyttes ved henvendelser til myndighederne, eller at et registreret varemærke eller en firmabetegnelse, der er benyttet tidligere, har prioritet — så snart en erhvervsdrivende hævder, at en sådan bestemmelse gør etableringsfriheden mindre tiltrækkende.

59. En national forskrift kan kun kræves begrundet i henseende til traktatens artikel 52, såfremt den er tilstrækkelig nært forbundet med etableringsfriheden. Jeg er enig med Kommissionen i, at det er ikke tilfældet med UWG's § 9, stk. 1.

60. For det tilfælde at Domstolen alligevel skulle være af en anden mening, vil jeg nu undersøge den foreliggende sag i lyset af Domstolens praksis, der fastslår, at begrænsninger af etableringsfriheden kun kan tillades, hvis de nationale foranstaltninger, der kan hæmme udøvelsen af de ved traktaten sikrede grundlæggende friheder eller gøre udøvelsen heraf mindre tiltrækkende, opfylder fire betingelser.

61. Foranstaltningerne skal for det første anvendes uden forskelsbehandling. Dette krav opfylder UWG's § 9 helt klart. Denne bestemmelse anvendes både for indenlandske virksomheder og for virksomheder, der påtænker en etablering i Østrig. Det fremgår heller ikke af sagsakterne, at bestemmelsen i praksis anvendes på en måde, der stiller udenlandske virksomheder ringere end indenlandske virksomheder.

62. For det andet skal de pågældende foranstaltninger være begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn. Det fremgår imidlertid af dommen i sagen Coditel m.fl. [15], at Domstolen ud fra tvingende samfundsmæssige hensyn har tilladt restriktioner, der følger af anvendelsen af nationale retsforskrifter om beskyttelse af den intellektuelle ejendomsret. Ganske vist tog Domstolen i den nævnte dom stilling til, hvorvidt det er lovligt at begrænse den *frie udveksling af tjenesteydelser* med henvisning til hensynet til beskyttelsen af intellektuel ejendomsret, men det betyder ikke, at et sådant hensyn ikke også skal betragtes som et tvingende

15 — Dom af 18.3.1980, sag 62/79, Sml. s. 881, præmis 15.

og beskyttelsesværdigt samfundsmæssigt hensyn, når der er spørgsmål om en begrænsning af *etableringsfriheden*.

63. Hvad angår den tredje betingelse, hvorefter den omhandlede nationale foranstaltning skal være egnet til at sikre virkeliggørelsen af det formål, den forfølger, bemærkes, at formålet med at beskytte en særlig virksomhedsbetegnelse, der har prioritet, er at undgå, at der opstår en »risiko for forveksling« mellem to virksomheder med lignende benævnelser, hvorved en virksomhed uretmæssigt kan drage fordel af ligheden mellem de to benævnelser. Dette opnås naturligvis ved hjælp af et forbud mod at anvende en betegnelse, der allerede tilhører en anden.

64. Tilbage er den fjerde betingelse, som forbuddet ifølge retspraksis skal opfylde, nemlig at det ikke må gå ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet.

65. Det er i den forbindelse væsentligt, at Pfeiffer har begrænset sin begæring til tre delstater i Den Østrigske Republik. Et eventuelt landsdækkende forbud kunne opfattes som for vidtgående, når den virksomhed, der skal beskyttes, kun driver virksomhed på et regionalt eller lokalt marked.

66. Udstrækningen af det geografiske område, som et forbud kan fastsættes for, er i øvrigt et faktisk spørgsmål, som må afgøres af den nationale retsinstans.

67. Löwa har desuden gjort gældende, at det forbud, Pfeiffer påstår nedlagt, går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå det tilsigtede formål, eftersom der reelt ikke består nogen risiko for at forveksle de to virksomhedsbetegnelser.

68. Dette argument vedrører det centrale problem i hovedsagen. Som tidligere nævnt har Handelsgericht imidlertid ikke anmodet Domstolen om at afgøre, om der i den foreliggende sag består nogen risiko for forveksling, og heller ikke om at præcisere indholdet af begrebet forvekslingsrisiko efter fællesskabsretten. Handelsgericht tager denne risiko for givet.

69. Dette kan Löwa imidlertid ikke affinde sig med. Löwa mener, at Domstolen bør anerkende, at begrebet forvekslingsrisiko ikke skal vurderes af de nationale domstole, men gives en snæver fortolkning efter fællesskabsretten. Löwa ønsker således, at den nationale retsinstans tilpligtes at lægge til grund, at der ikke foreligger en risiko for forveksling. Löwa har gjort gældende, at der ved anvendelsen af såvel traktatens bestemmelser som den afledte fællesskabsret skal tages hensyn til fællesskabslovgivers mål med den harmonisering af varemærkeretten, der er gennemført ved direktiv 89/104, nemlig at sikre, at det indre marked gennemføres også

på dette område. Ifølge Löwa må begreber som muligheden for forveksling ikke fortolkes bredt, hvis dette mål skal nås. Löwa finder, at selv om direktivet udelukkende omfatter varemærker, mens der i den foreliggende sag er tale om en konflikt mellem virksomhedsbetegnelser, må det som udgangspunkt antages, at begrebet forvekslingsrisiko principielt er det samme for alle tegn. Löwa gør specielt opmærksom på, at Löwa selv og Pfeiffer altid benytter de omstridte betegnelser med tilføjelser, som ifølge Löwa om ikke udelukker så dog mindsker risikoen for forveksling.

70. Pfeiffer påberåber sig til gengæld Domstolens praksis på varemærkeområdet, der bygger på traktatens artikel 30 og 36. Der henvises navnlig til dommen i Deutsche Renault-sagen [16], hvoraf det fremgår, at det i varemærkesager er den nationale retsinstans, der skal vurdere, om der foreligger en risiko for forveksling. Bestemmelserne om varens emballage bør ifølge Pfeiffer også gælde for en virksomheds benævnelse. Et navn på et supermarked, der kan give anledning til forveksling, bør i lige så høj grad være forbudt som et varesortiment, der kan give anledning til forveksling.

71. Jeg er enig med Pfeiffer i, at spørgsmålet om, hvorvidt »forvekslingsfaren« er reel, er et faktisk spørgsmål, som det tilkommer den nationale domstol at tage stilling til. Der kan i den sammenhæng tages udgangspunkt i retspraksis på varemærkeområdet, der bygger på traktatens artikel 36, for eksempel ovennævnte dom i Deutsche Renault-sagen, hvori Domstolen erklærede, at fastlæggelsen af kriterierne for, at der foreligger en risiko for forveksling, udgør en del af de nærmere regler om beskyttelse af varemærker, der henhører under national lovgivning [17]. Domstolen fastslog endvidere i dommen vedrørende spørgsmålet om, hvorvidt begrebet forvekslingsrisiko bør fortolkes snævert, at »fællesskabsretten ikke gør det nødvendigt at fortolke begrebet forvekslingsrisiko snævert« [18].

72. Domstolen begrundede dette — idet den henviste til generaladvokaten — med følgende:

»Varemærkeretten som eneret og beskyttelsen mod forvekslelige tegn udgør nemlig ... egentlig to sider af samme sag: en indskrænkning eller udvidelse af beskyttelsesomfanget betyder ikke andet end en indskrænkning eller udvidelse af varemærkerettens betydning som sådan.

16 — Dom af 30.11.1993, sag C-317/91, Sml. I, s. 6227.

17 — Præmis 31.

18 — Præmis 32.

Begge aspekter skal følgelig reguleres ved én enkelt og ensartet retskilde — for indeværende altså national ret« [19].

73. Domstolen mindede selvsagt om, at national ret er underlagt begrænsningerne i traktatens artikel 36, andet punktum [20]. Ifølge denne bestemmelse må forbud eller restriktioner vedrørende indførsel, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, »hverken udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne«.

74. Domstolen bemærkede nærmere, at »det tilkommer den nationale ret at besvare spørgsmålet, om anvendelsen af ordene 'quattro' og 'Quadra' i sammensatte betegnelser som 'Audi quattro' og 'Espace Quadra' er tilstrækkelig til at udelukke en forvekslingsrisiko, også selv om det måtte være konstateret, at betegnelsen 'quattro' har en høj grad af bekendthed«.

75. Hvis de samme betragtninger overføres på den konkrete sag, der er forelagt Domstolen, må det antages, at også foranstaltninger, der vedrører beskyttelse af retten til en særlig virksomhedsbetegnelse, og hvori begrebet forvekslingsrisiko eller -fare indgår, henhører under national ret, eftersom der ikke findes harmoniserede fællesskabsregler på området.

76. Det må derfor overlades til den nationale domstol at afgøre, hvorvidt Löwa's anvendelse af den særlige betegnelse »Plus« med eller uden tilføjelser kan give anledning til forveksling med den betegnelse, som Pfeiffer har brugt siden 1969.

77. Med hensyn til Löwa's argument vedrørende den fjerde betingelse, der ifølge Domstolens praksis skal være opfyldt i forbindelse med tvingende hensyn, vil jeg blot konkludere, at forbuddet mod, at Löwa benytter den omtvistede virksomhedsbetegnelse, ikke er uforholdsmæssigt i forhold til det tilstræbte mål, såfremt den nationale domstol kommer til det resultat (eller fastholder), at der foreligger en reel risiko for forveksling.

78. Jeg mener under hensyn til det ovenfor anførte ikke, at traktatens artikel 52 er til hinder for et forbud mod at anvende en bestemt virksomhedsbetegnelse under omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen.

19 — Præmis 31.
20 — Præmis 33.

Forslag til afgørelse

79. Jeg foreslår på baggrund af ovenstående, at Domstolen besvarer Handelsgericht Wien's spørgsmål på følgende måde:

»Bestemmelserne i EF-traktatens artikel 30 og 52 skal fortolkes således, at de under omstændigheder som dem, der foreligger i den konkrete sag, ikke er til hinder for at bringe nationale retsforskrifter i anvendelse, hvorefter der, når virksomhedsbetegnelser kan forveksles, ydes beskyttelse til den betegnelse, der er ældst og dermed har prioritet, og dermed ikke til hinder for, at det i tre østrigske delstater forbydes en virksomhed at anvende en virksomhedsbetegnelse, som selskaber, der indgår i samme koncern som denne, lovligt anvender i andre medlemsstater.«