FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 7 juli 1998 *

1. "Skall artikel 30 respektive artikel 52 och följande artiklar i EG-fördraget tolkas så, att de utgör hinder för att tillämpa nationella bestämmelser som innebär att i fråga om varumärken respektive särskilda företagsbeteckningar som kan förväxlas skall märket eller beteckningen med äldst prioritet skyddas och följaktligen att ett företag förbjuds att använda ett varumärke respektive en särskild företagsbeteckning i tre av Österrikes delstater, medan detta är tillåtet i andra medlemsstater för bolag som hör till samma koncern?"

2. Denna fråga som Handelsgericht Wien har ställt EG-domstolen har uppkommit inom ramen för en tvist mellan bolaget Pfeiffer Großhandel GmbH (nedan kallat Pfeiffer) och bolaget Löwa Warenhandel GmbH (nedan kallat Löwa).

3. Sökanden i målet vid den nationella domstolen, Pfeiffer, driver sedan år 1969 ett stort snabbköp i Pasching nära Linz i Österrike med beteckningen "Plus KAUF PARK". [1] "Plus KAUF PARK" registrerades vid den österrikiska federala patentmyndigheten (Patentamt) som ett ordmärke och ett figurmärke för flera produktklasser med prioritet från och med den 5 augusti 1969. Pfeiffer säljer också olika varor, väsentligen inom livsmedelssektorn, under varumärket "Plus wir bieten mehr" (prioritet från och med den 22 september 1989). Det stora snabbköpet "Plus KAUF PARK" har införlivats med ett köpcentrum kallat "Plus City" som invigdes i oktober 1989 och där det finns mer än 100 detaljhandelsaffärer inom samtliga sedvanliga branscher. När "Plus City" byggdes beviljade Pfeiffers företrädare de olika där etablerade affärerna en mycket omfattande rätt att använda de ovannämnda varumärkena och andra beteckningar som innehåller ordet "Plus". Enligt hyresavtalen är varje företagare även skyldig att använda köpcentrets ursprungliga logo när han hänvisar till "Plus City".

4. Svaranden i målet vid den nationella domstolen, Löwa, driver 139 lågprisbutiker i Österrike i vilka den säljer varor av samma slag som i Pfeiffers stora snabbköp. Löwa är dotterbolag till det tyska bolaget Tengelmann Warenhandelsgesellschaft som är innehavare av det internationella varumärket "Plus" med prioritet från och med den 15 november 1989. Löwa är även systerbolag till "Plus" Warenhandelsgesellschaft som är ett bolag bildat enligt tysk rätt och innehavare av ordmärket och figurmärket "Plus prima leben und sparen" (prioritet från och med den 18 december 1979) som har registrerats vid det österrikiska Patentamt. Löwa är självt innehavare

* Originalspråk: franska.

1 — Medan det i beslutet om hänskjutande hänvisas till beteckningen "Plus KAUF MARKT", framgår det av handlingarna i målet att det i själva verket är fråga om "Plus KAUF PARK".

av ordmärket och figurmärket "Pluspunkt" som har registrerats vid det österrikiska Patentamt med prioritet från och med den 15 april 1994.

5. Tengelmann Warenhandelsgesellschaft och Plus Warenhandelsgesellschaft verkar inom sektorn för lågprisbutiker i Tyskland, Italien, Spanien, Tjeckiska republiken och Ungern under firmanamnet "Plus". Tengelmann, som är moderbolaget, eftersträvar enhetlig framställning i hela Europa, vilket skulle möjliggöra likadan reklam på europeisk nivå och en vidare utveckling av en "corporate identity".

6. Av dessa skäl började Löwa år 1994 saluföra varor under beteckningen "Plus" och ändra namnet på 17 av de 139 snabbköp som det driver i Österrike från "Zielpunkt" till "Plus prima leben und sparen", vars grafiska framställning fullständigt motsvarar dess tyska systerbolags, Plus Warenhandelsgesellschafts, ordmärke och figurvarumärke.

7. Denna grafiska framställning skiljer sig från den beteckning som används av Pfeiffer såväl genom att olika uppgifter har lagts till som genom dess optiska framställning.

8. Sökanden har inom ramen för tvisten vid den nationella domstolen yrkat att svaranden skall förbjudas att i delstaterna Niederösterreich, Oberösterreich och Salzburg driva detaljhandel riktad till de slutliga konsumenterna under firmanamnet "Plus", med eller utan tillägg av andra uppgifter och/eller att göra reklam för sådana affärer.

9. Av begäran om förhandsavgörande framgår att 9 § första stycket i Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lagen om illojal konkurrens, nedan kallad UWG) gör det möjligt att förbjuda användningen av bolagsnamn, firmanamn eller särskilda företagsbeteckningar på ett sätt som medför risk för förväxling med bolagsnamn, firmanamn eller särskilda företagsbeteckningar som en annan person har rätt att använda. Enligt 9 § tredje stycket skall varumärken och kommersiella tecken som är kännetecknande för företaget inom det berörda affärsområdet samt andra omständigheter som kan särskilja företaget i fråga från andra företag, i synnerhet presentationen av varor, deras förpackning eller omslag och utseendet på affärshandlingar, likställas med en särskild företagsbeteckning.

10. Enligt begäran om förhandsavgörande har man i österrikisk rättspraxis tolkat denna bestämmelse så, att varumärken och företagsbeteckningar erhåller skydd enligt 9 § UWG endast om de har särskiljande egenskaper, det vill säga något särskilt och individuellt som redan genom sin art gör det möjligt att särskilja den som bär märket eller beteckningen från andra personer eller om de — oberoende

av sin egenart — har blivit särskiljande på grund av att de är välkända inom handeln. Enligt en fast österrikisk rättspraxis anses fritt påhittade fantasiord och ord som — trots att de är allmänt använda — inte har något samband med den vara som de syftar på, alltså särskilt inte rent beskrivande ord, ha särskiljande egenskaper. Dessa principer tillämpas på såväl ordmärken som särskilda företagsbeteckningar. Beskrivande ord kan dock erhålla skydd när det rör sig om en säregen beteckning som faller utanför ett företags normala ram.

11. Handelsgericht Wien anser med hänsyn till denna rättspraxis att "Plus" såsom beteckning på ett företag som saluför varor av mycket varierande art — livsmedel men även andra dagligvaror — i snabbköp, har en egenart och inte enbart är beskrivande, och följaktligen kan skyddas. Även om det antas att det endast rör sig om ett "svagt" tecken, som också erhåller skydd enligt 9 § UWG men för vilket även minimala skillnader i princip undanröjer förväxlingsrisken, kan tillägget av orden "prima leben und sparen" inte medföra att denna risk utesluts, eftersom dessa ord väcker mycket mindre uppmärksamhet och i praktiken inte kan uppfattas som en särskild företagsbeteckning. Beteckningarnas olika optiska framställning kan inte heller hindra förväxlingar, eftersom det även är tillräckligt med endast en överensstämmelse i ljud.

12. Den hänskjutande domstolen har följaktligen slutit sig till att "enligt österrikisk rätt utgör svarandens användning av beteckningen 'Plus', med eller utan tillägg av andra uppgifter, en överträdelse av 9 § UWG, eftersom Pfeiffer har prioritet".

13. Eftersom Handelsgericht Wien emellertid anser att det förbudsföreläggande som den kan komma att utfärda i enlighet med 9 § UWG skulle påverka handeln inom gemenskapen, har den förklarat målet vilande och ställt den ovannämnda tolkningsfrågan.

Tolkningsfrågans räckvidd

14. Av såväl begäran om förhandsavgörande, [2] de skriftliga synpunkter som de två parterna i tvisten vid den nationella domstolen har inkommit med som deras svar på domstolens frågor vid sammanträdet framgår att föremålet för denna tvist endast utgörs av ett eventuellt förbud mot att använda en viss företagsbeteckning. Användningen av ordet "Plus" (med eller utan tillägg) såsom produktmärke är således inte i fråga i det föreliggande fallet. Det saknas således anledning att undersöka problemet med avseende på rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar. [3]

2 — Se ovan punkt 8.

3 — EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 17, s. 178.

15. Det är följaktligen tillräckligt att begränsa sig till en tolkning av artiklarna 30 och 52 i fördraget med hänsyn till konflikten mellan två särskilda företagsbeteckningar för att ge den nationella domstolen ett svar som gör det möjligt för den att lösa den tvist som är anhängig vid den.

16. Den nationella domstolen har heller inte begärt att EG-domstolen skall avgöra om det finns en förväxlingsrisk mellan de omtvistade beteckningarna. Den har i vart fall utgått från att en sådan risk föreligger. I domen i målet Terrapin [4] ställdes domstolen emellertid inför samma situation varvid den beslutade att "[ä]ven om denna bedömning [av den hänskjutande domstolen] har ifrågasatts under förfarandet behöver inte domstolen besluta om denna punkt eftersom det inte har ställts någon fråga om detta". Handelsgericht har inte heller ställt EG-domstolen någon fråga avseende själva begreppet "förväxlingsrisk", till skillnad från vad som var fallet i exempelvis målet SABEL. [5]

17. Handelsgericht Wiens fråga skall således uppfattas så, att syftet med den endast är att få klarlagt om artiklarna 30 och 52 i fördraget, i ett fall där det enligt en nationell domstols bedömning, på grundval av prioritet och en förväxlingsrisk, skulle finnas skäl att förbjuda användningen av en företagsbeteckning, utgör hinder för domstolen att utfärda nämnda förbud — vilket den borde göra med stöd av den nationella lagstiftningen — därför att bolaget har rätt att använda denna beteckning i andra medlemsstater.

4 — Dom av den 22 juni 1976 i mål 119/75 (REG 1976, s. 1039; svensk specialutgåva, volym 3, s. 127), punkterna 3 och 4.

5 — Dom av den 11 november 1997 i mål C-251/95 (REG 1997, s. I-6191).

18. Såsom den hänskjutande domstolen har önskat, skall jag successivt undersöka problemet med avseende på fri rörlighet för varor (artikel 30 och följande artiklar) och etableringsfrihet (artikel 52 och följande artiklar).

Artikel 30 i fördraget

19. Löwa har gjort gällande att "om 9 § UWG tillämpades utan begränsning, skulle bolagen i en koncern bli tvungna att i sådana fall som det som är föremål för tolkningsfrågan använda olika beteckningar i vissa medlemsstater. Reklamkoncepten skulle inte kunna vara enhetliga för medlemsstaterna i Europeiska gemenskapen och koncernernas tanke om en 'corporate identity' i fråga om företagsbeteckningar, som är en central beståndsdel i framställningen i reklamsyfte, skulle inte klart kunna framställas utåt".

20. Syftet med Löwas argumentation är i huvudsak att visa att ett förbud mot att inom en del av det österrikiska territoriet använda samma kommersiella beteckning som den som i andra medlemsstater används av bolagen inom samma koncern skulle utgöra en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ restriktion. Detta förbud skulle nämligen ha till följd att det skulle bli omöjligt för koncernen att använda samma reklamkoncept för att sälja sina varor.

21. Löwa har, för att visa att avståendet från en övergripande marknadsföringsstrategi skulle utgöra ett hinder för den fria rörligheten för varor, stött sig på domen i målet Yves Rocher [6] där domstolen erinrade om att

"en nationell lagstiftning som begränsar eller förbjuder vissa former av reklam eller vissa säljfrämjande metoder, även om den inte direkt berör import, kan begränsa importvolymen eftersom den påverkar saluföringsmöjligheterna för importerade varor. Den omständigheten att en näringsidkare tvingas att antingen anta olika system för reklam eller säljfrämjande åtgärder beroende på vilken medlemsstat det handlar om eller att överge ett system som han anser vara särskilt effektivt kan utgöra ett importhinder även om den ifrågavarande lagstiftningen är tillämplig på inhemska och importerade varor utan åtskillnad".

22. Enligt Löwa utgör ett hinder för saluföringsmöjligheterna ett hinder för den fria rörligheten för varor i den mening som avses i artikel 30 i fördraget, även efter domen i målet Keck och Mithouard. [7] Enligt Löwas uppfattning hade varken domen i det ovannämnda målet Keck och Mithouard eller domen i målet Hünermund m. fl. [8] till syfte att rättsligt pröva huruvida ett nationellt förbud som förhindrade eller försvårade genomförandet av ett enhetligt reklamkoncept på gemenskapsnivån var förenligt med gemenskapsrätten. Löwa har vidare anfört att domstolen enligt dess uppfattning i domen i målet Mars [9] tvärtom, med hänvisning till det ovannämnda rättsfallet Keck och Mithouard, otvetydigt fastställde att ett förbud som omfattar omsättningen i en medlemsstat av produkter med samma reklamuppgifter som lagligen används i andra medlemsstater är av sådan beskaffenhet att det hindrar handeln inom gemenskapen, trots att det skall tillämpas på alla produkter utan åtskillnad. Enligt domstolen kan ett sådant förbud "nämligen innebära att importören tvingas sköta presentationen av produkterna på olika sätt, alltefter platsen för marknadsföringen, varvid denne åsamkas ytterligare kostnader för förpackning och reklam". [10]

23. Löwa har av detta slutit sig till att "detsamma även gäller för ett förbud som i det föreliggande fallet grundas på 9 § UWG, vilket hindrar en koncern från att uppträda under en enhetlig företagsbeteckning i medlemsstaterna i Europeiska gemenskapen...". Följaktligen skulle artikel 30 i fördraget vara tillämplig.

24. Pfeiffers argumentation grundas väsentligen på domstolens rättspraxis från och med domen i målet Keck och Mithouard. Således är 9 § UWG "som en nationell bestämmelse som enbart rör säljformer och inte påverkar produkterna och som utan åtskillnad tillämpas på alla berörda aktörer som utövar sin

6 — Dom av den 18 maj 1993 i mål C-126/91 (REG 1993, s. I-2361; svensk specialutgåva, volym 14).

7 — Dom av den 24 november 1993 i de förenade målen C-267/91 och C-268/91 (REG 1993, s. I-6097; svensk specialutgåva, volym 14).

8 — Dom av den 15 december 1993 i mål C-292/92 (REG 1993, s. I-6787; svensk specialutgåva, volym 14).

9 — Dom av den 6 juli 1995 i mål C-470/93 (REG 1995, s. I-1923).

10 — Punkt 13.

verksamhet inom det nationella territoriet förenlig med artikel 30 i EG-fördraget".

25. Pfeiffer har vidare anfört att Löwas önskemål om ett enhetligt reklamkoncept för medlemsstaterna i Europeiska gemenskapen och dess ansträngningar att skapa en "corporate identity" står i strid med den kommersiella äganderätten. Enligt Pfeiffer är förbud och importbegränsningar som berättigas av hänsyn till skyddet av den industriella och den kommersiella äganderätten tillåtna, med det uttryckliga förbehållet att de inte får utgöra vare sig ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna.

26. Kommissionen anser å sin sida att artikel 30 i fördraget inte utgör hinder för en sådan bestämmelse som den som återfinns i 9 § UWG, "eftersom om säljformerna i enlighet med det ovannämnda rättsfallet Keck faller utanför tillämpningsområdet för artikel 30 i fördraget, skall detta a fortiori gälla bestämmelser som inte föreskriver någon som helst säljform". Enligt kommissionen "omfattar säljformerna i synnerhet bestämmelserna som rör geografiska och tidsbundna villkor och andra villkor — såsom en begränsning av gruppen av säljare — på vilka varor kan distribueras och är uttryck för nationella eller regionala sociokulturella särdrag". [11] Enligt kommissionens åsikt föreligger dessa villkor emellertid inte vad gäller 9 § första stycket UWG.

27. Kommissionen har för övrigt påpekat att domstolen har fastställt att tillämpningen av en nationell bestämmelse som inte har något samband med import eller export av varor inte omfattas av tillämpningsområdet för artikel 30 i fördraget. [12] Så är fallet här, eftersom bestämmelsen i 9 § första stycket UWG varken har till syfte eller resultat att reglera gränsöverskridande handel. Svaranden, som redan är etablerad i Österrike, kommer i fortsättningen, oberoende av sin kommersiella beteckning, att ha möjlighet att importera varor och sälja dem i Österrike.

28. Jag föreslår att domstolen skall godta Pfeiffers och kommissionens argumentation. Jag kan nämligen inte se hur ett förbud mot att använda en kommersiell beteckning, vilket endast avser en *särskild företagsbeteckning* skulle kunna utgöra en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ restriktion.

11 — Se exempelvis dom av den 20 juni 1996 i de förenade målen C-418/93— C-421/93, C-460/93— C-462/93, C-464/93, C-9/94— C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 och C-332/94, Semeraro Casa Uno m. fl. (REG 1996, s. I-2975), punkt 25.

12 — Se dom av den 7 maj 1997 i de förenade målen C-321/94— C-324/94, Pistre m. fl. (REG 1997, s. I-2343), punkt 44.

29. Domstolen ansåg nämligen i domen i det ovannämnda målet Keck och Mithouard (och har sedan dess ansett) att

"med åtgärder med motsvarande verkan, vilka enligt artikel 30 är förbjudna, [förstås] sådana hinder för den fria rörligheten för varor som i avsaknad av en harmonisering av lagstiftningarna följer av *det förhållandet att det på varor från andra medlemsstater*, där de lagligen tillverkas och säljs, *tillämpas bestämmelser rörande de villkor som sådana varor skall uppfylla* (till exempel avseende ... utformning, märkning och förpackning). Detta gäller även om bestämmelserna tillämpas utan åtskillnad på alla varor såvitt de inte kan motiveras av ett mål av allmänt intresse som går före intresset av fri rörlighet för varor."

30. Däremot

"är tillämpningen på varor från andra medlemsstater av nationella bestämmelser, som begränsar eller förbjuder vissa försäljningsformer ... inte ägnad att direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt hindra handeln mellan medlemsstaterna ... förutsatt att dessa bestämmelser gäller för samtliga berörda näringsidkare som bedriver verksamhet inom det nationella territoriet och förutsatt att de såväl rättsligt som faktiskt påverkar avsättningen av inhemska varor och varor från andra medlemsstater på samma sätt.

När dessa villkor är uppfyllda kan tillämpningen av sådana bestämmelser på försäljningen av varor från en annan medlemsstat, vilka uppfyller kraven i denna stat, inte anses hindra varornas tillträde till marknaden eller försvåra deras tillträde jämfört med inhemska varor. Sådana bestämmelser faller således utanför tillämpningsområdet för artikel 30 i fördraget."

31. I det föreliggande fallet är det inte fråga om en nationell bestämmelse som uppställer villkor som varorna skall uppfylla eller som syftar till att reglera varuutbytet mellan medlemsstaterna.

32. Det rör sig om en bestämmelse som för övrigt inte påverkar saluföringen av produkter från andra medlemsstater på ett annat sätt än saluföringen av inhemska produkter.

33. Förbudet mot att använda den särskilda företagsbeteckningen skulle visserligen eventuellt kunna begränsa en vidare ökning av försäljningsvolymen och följaktligen av försäljningsvolymen för produkter från andra medlemsstater, eftersom förbudet fråntar bolagen inom samma koncern möjligheten att använda ett enhetligt reklamkoncept i alla de medlemsstater där koncernen verkar. Denna omständighet kan likväl inte innebära att förbudet i fråga faller inom ramen för definitio-

nen av åtgärder med motsvarande verkan, eftersom nämnda förbud åsyftar den berörda företagsbeteckningen och inte de varor som företaget säljer.

34. Detta är även anledningen till att Löwas argument som stödjer sig på domen i målet Mars inte kan godtas. Denna dom berör nämligen inskränkningar i den fria rörligheten för varor till följd av ett förbud att använda vissa reklamuppgifter på *produkters* förpackning. Såsom har uppgetts ovan, är föremålet för tvisten vid den nationella domstolen endast två företagsbeteckningar och inte något varumärke som ett av företagen använder för sina produkter.

35. Domen i målet Yves Rocher förefaller mig inte relevant av tre skäl. Inledningsvis är det i förevarande fall inte fråga om en "lagstiftning som begränsar eller förbjuder vissa former av reklam". Att Löwa inte kan använda de reklamformer som dess moderbolag har framtagit för andra marknader är endast en indirekt följd av bestämmelser som skyddar den kommersiella äganderätten.

36. Vidare anser jag, i likhet med R. Joliet, [13] att domen i målet Yves Rocher rörde en "säljform" och att den har justerats genom domen i målet Keck och Mithouard.

37. En sådan regel som den som återfinns i 9 § UWG utgör slutligen inte ens någon säljform. Kommissionens a fortiori-resonemang som har angetts ovan skall således godtas.

38. Min slutsats blir således att ett förbud mot att använda en särskild företagsbeteckning faller utanför tillämpningsområdet för artikel 30 i fördraget. För säkerhets skull vill jag påpeka att även om en sådan bestämmelse som 9 § UWG utgjorde en åtgärd med motsvarande verkan, skulle den omfattas av det undantag som föreskrivs i artikel 36 i fördraget. Eftersom bestämmelsen tillämpas utan åtskillnad på företag med österrikiskt kapital och på företag med utländskt kapital, kan den inte anses som ett "medel för godtycklig diskriminering". Den innefattar inte heller "en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna", eftersom den, såsom jag redan har påpekat, inte påverkar saluföringen av varor från andra medlemsstater på ett annat sätt än saluföringen av inhemska produkter.

Artikel 52 i fördraget

39. Syftet med tolkningsfrågan är även att få klarlagt om artikel 52 i fördraget under sådana omständigheter som i det föreliggande fallet

13 — Joliet, R., "La libre circulation des marchandises: l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence" i *Journal des Tribunaux — Droit européen*, den 20 oktober 1994, nr 12, s. 145 och följande sidor.

utgör hinder för att ett företag förbjuds att använda en särskild företagsbeteckning.

40. Sökanden i målet vid den nationella domstolen, Pfeiffer, är av den uppfattningen att den grundläggande frihet som följer av artikel 52 och följande artiklar i fördraget inte berörs av den nationella bestämmelsen i fråga. Frågan om denna frihet eventuellt har kränkts uppkommer inte alls.

41. Pfeiffer har tillagt att icke-diskrimineringsprincipen, som är en del av etableringsfriheten, förbjuder all diskriminering på grund av nationalitet i samband med startandet och utövandet av verksamhet som egenföretagare i en annan medlemsstat. Endast nationella formellt diskriminerande regler, det vill säga regler som grundas på nationaliteten och innebär öppet och avsiktligt olika behandling av egna medborgare och utlänningar på grund av att de är av olika nationalitet, är otillåtna. Pfeiffer har påpekat att den rättsliga följden av 9 § i den österrikiska UWG utan åtskillnad är tillämplig på såväl utlänningar som egna medborgare.

42. Pfeiffer har vidare anfört att eftersom etableringsfriheten — framför allt på grundval av domstolen senare rättspraxis — delvis även skall tolkas som ett förbud mot att införa begränsningar, innefattar etableringsfriheten inte något allmänt förbud till skillnad från vad som är fallet med den fria rörligheten för varor. Begränsningarna av friheten enligt artikel 52 i EG-fördraget i syfte att beakta den kommersiella och den immateriella äganderätten har alltid varit tillåtna. 9 § i den österrikiska UWG varken begränsar eller förbjuder etableringsfrihetens stöttepelare och kriterier, det vill säga tillstånd att faktiskt utöva självständig ekonomisk verksamhet i en annan medlemsstat från ett fast driftställe under obestämd tid.

43. Enligt svaranden i målet vid den nationella domstolen, Löwa, "kan ett förbud mot en företagsbeteckning på ett otillåtet sätt även begränsa moderbolagets etableringsfrihet i den mening som avses i artiklarna 52 och 58 i fördraget". Löwa har stött sin argumentation på domen i målet Gebhardt [14] där domstolen fastställde följande:

"Det framgår emellertid av domstolens rättspraxis att nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget skall uppfylla fyra förutsättningar. De skall vara tillämpliga på ett icke-diskriminerande sätt, de skall framstå som motiverade med hänsyn till ett [tvingande] allmänintresse, de skall vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem och de skall inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning."

14 — Dom av den 30 november 1995 i mål C-55/94 (REG 1995, s. I-4165), punkt 37.

44. Löwa har, genom att tillämpa dessa principer på omständigheterna i förevarande mål, påstått "att inskränkningen består i att ett företag (i det föreliggande fallet tyskt), som genom sin företagsbeteckning är känt även i grannmedlemsstaten (i det föreliggande fallet Österrike) till följd av gränsöverskridande reklam och inköp och som av uppenbara skäl försöker skapa en enhetlig europeisk strategi, ser sina möjligheter att lyckas begränsade på denna närliggande marknad, eftersom företaget har förbjudits att använda ett tecken som i övrigt är väletablerat och som inte är okänt på marknaden i fråga". Löwa har avslutningsvis gjort gällande att förbudet i fråga inte är proportionerligt, eftersom det inte finns någon (allvarlig) fara för förväxling. Löwa anser nämligen att "förväxlingsrisken skall vara allvarlig för att kvantitativt sett vara av så stor vikt att en inskränkning i etableringsfriheten är berättigad".

45. Kommissionen är å sin sida av den uppfattningen att bestämmelserna i artikel 52 och följande artiklar i fördraget inte utgör hinder för en sådan bestämmelse som den i 9 § första stycket i den österrikiska UWG. Nationella bestämmelser avseende firmanamn eller kommersiella beteckningar kan visserligen påverka etableringsfriheten när de till exempel gör användningen av ett firmanamn beroende av ett särskilt tillstånd eller när användningen endast tillåts på särskilda språkliga eller liknande villkor. Bestämmelsen i 9 § första stycket i den österrikiska UWG innehåller emellertid inga regler av denna typ som direkt rör frågorna om och/eller på vilket sätt etablering kan ske. Bestämmelsen har således inte något samband eller åtminstone inte ett tillräckligt samband med etableringsfriheten.

46. Även om man ville tolka artiklarna 52 och 58 i fördraget så, att sådana bestämmelser som 9 § första stycket i den österrikiska UWG omfattas av området för etableringsfriheten, skulle beslutet om hänskjutande enligt kommissionen inte på något sätt göra det möjligt att sluta sig till att denna bestämmelse, rättspraxis på området eller den praktiska tillämpningen av denna bestämmelse skulle medföra direkt eller indirekt diskriminering av österrikiska företag och företag som etablerar sig i Österrike.

47. Med hänsyn till omständigheterna i det föreliggande fallet anser kommissionen emellertid att ett företags rätt att använda en viss kommersiell beteckning för sina dotterbolag inte omfattas av etableringsfriheten.

48. Kommissionen har betonat att det för övrigt finns skäl att beakta att svaranden redan var etablerad i Österrike när den år 1994 ändrade namnet på 17 av sina dotterbolag genom att ersätta "Zielpunkt" med "Plus prima leben und sparen".

49. Kommissionens resonemang är enligt min uppfattning övertygande.

50. Här har vi ett bolag bildat enligt österrikisk rätt med tyskt kapital som sedan flera år tillbaka driver 139 lågprisbutiker i Österrike, varav 122 är verksamma under namnet

"Zielpunkt" medan 17 butiker under de senaste åren har döpts om till "Plus prima leben und sparen".

51. Bolaget har således uppenbarligen kunnat ha framgång utan hinder av att dess kapital innehas av ett tyskt moderbolag. Den enda bestämmelse i österrikisk rätt som är i fråga är 9 § första stycket UWG. Såsom kommissionen på goda grunder har betonat, innehåller denna bestämmelse emellertid inte regler som direkt rör frågorna om och/eller på vilket sätt etablering kan ske.

52. Det var först när Löwa ville ändra beteckningen på vissa av sina butiker som det stötte på motstånd från en annan firma som åberopade prioritetsrätt till en liknande beteckning.

53. Det motstånd som Löwa har att bemöta har inte något samband med att dess kapital innehas av ett tyskt moderbolag. Det finns inte något som gör det möjligt att sluta sig till att ett bolag med enbart österrikiskt kapital, som också skulle ha velat använda ordet "Plus", inte skulle ha mött samma motstånd.

54. Den grund som Löwa har åberopat för att ändra beteckningen på sina butiker (internationell utveckling av en "corporate identity", reklamkampanj i flera länder) uppvisar enligt min uppfattning inte heller något tillräckligt samband med principen om etableringsfrihet. Grunden rör bolagets eventuella möjligheter att öka sin omsättning genom att använda ett namn som är välbekant i grannländerna och som även ett visst antal österrikiska medborgare som har rest i dessa länder känner till.

55. Medlemsstaterna förpliktas emellertid inte av någon gemenskapsrättslig bestämmelse att göra allt för att maximalt gynna de kommersiella strategier som anses mest lovande av de firmor som är etablerade i dem och vilkas kapital innehas av medborgare i andra medlemsstater, däribland att inte tillämpa sin nationella lagstiftning om immateriell äganderätt.

56. Artikel 52 i fördraget föreskriver följande: "... Etableringsfriheten skall innefatta rätt att starta och utöva verksamhet som egenföretagare samt rätt att bilda och driva företag, särskilt bolag som de definieras i artikel 58 andra stycket, på de villkor som etableringslandets lagstiftning föreskriver för egna medborgare, ...".

57. Räckvidden av det stycke i domen i målet Gebhardt som har nämnts av svaranden i målet vid den nationella domstolen och där

det hänvisas till "nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget" kan eventuellt ge upphov till förvirring, såsom framgår av Löwas argumentation, och borde därför preciseras.

58. Det får nämligen inte bli så att medlemsstaterna skulle tvingas att motivera alla slags bestämmelser i sin lagstiftning, exempelvis en bolagsskattesats eller en mervärdesskattesats som är högre än i andra länder, behovet av att använda det nationella språket i kontakterna med myndigheterna eller principen att ett varumärke eller en kommersiell beteckning som har använts tidigare har prioritet, med att det föreligger "tvingande hänsyn", varje gång en aktör hävdar att en sådan bestämmelse gör det mindre attraktivt att utöva rätten till etableringsfrihet.

59. För att ett nationellt regelverk skall behöva motiveras med hänsyn till artikel 52 i fördraget skall det ha ett tillräckligt nära samband med etableringsfriheten. Jag anser i likhet med kommissionen att så inte är fallet vad beträffar 9 § första stycket UWG.

60. För det fall domstolen trots allt är av motsatt åsikt, skall jag nu undersöka det föreliggande fallet mot bakgrund av domstolens rättspraxis enligt vilken hinder för utövandet av etableringsfriheten endast skall godtas om de nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget uppfyller fyra villkor.

61. För det första skall dessa åtgärder tillämpas på ett sätt som inte är diskriminerande. Detta är ovedersägligen fallet i fråga om 9 § UWG. Denna bestämmelse är nämligen tillämplig med avseende på såväl inhemska företag som företag som vill etablera sig i Österrike. Vidare framgår det inte av handlingarna i målet att den praktiska tillämpningen av denna bestämmelse missgynnar utländska företag i förhållande till inhemska företag.

62. För det andra skall åtgärderna i fråga motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset. Det framgår av domen i målet Coditel m. fl. [15] att domstolen som tvingande hänsyn till allmänintresset har godtagit inskränkningar som följer av tillämpningen av nationell lagstiftning om skydd för immateriell äganderätt. Även om domstolen i den ovannämnda domen tog ställning till huruvida skyddet av den immateriella äganderätten var ett legitimt skäl för att inskränka *friheten att tillhandahålla tjänster*, skall detta intresse även anses

15 — Dom av den 18 mars 1980 i mål 62/79 (REG 1980, s. 881; svensk specialutgåva, volym 5, s. 89), punkt 15.

som tvingande hänsyn till allmänintresset som skall skyddas inom ramen för en inskränkning i *etableringsfriheten*.

63. Vad för det tredje beträffar villkoret att den nationella åtgärden i fråga skall vara ägnad att säkerställa att det syfte uppnås som eftersträvas genom den skall det framhållas att skyddet av en särskild företagsbeteckning med prioritet har till syfte att undvika att det mellan två företag med en snarlik beteckning uppkommer en "förväxlingsrisk" som kan göra det möjligt för ett företag att oberättigat dra fördel av likheten mellan de två beteckningarna. Detta syfte uppnås säkert genom att förbjuda användningen av en beteckning som redan har godkänts för någon annan.

64. Det återstår att undersöka om ett sådant förbud uppfyller det fjärde villkor som följer av rättspraxis, nämligen att inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.

65. I detta avseende är det viktigt att ta hänsyn till att Pfeiffer har begränsat sin ansökan till att avse tre delstater i Republiken Österrike. Det skulle nämligen kunna anses vara oproportionerligt att utfärda ett nationellt förbud då det företag som skall skyddas endast är verksamt på en regional eller lokal marknad.

66. Hur stort det geografiska område är som skulle kunna omfattas av förbudet är för övrigt en faktisk fråga som den nationella domstolen skall avgöra.

67. Löwa har vidare gjort gällande att det förbud som Pfeiffer har yrkat går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet, eftersom det i själva verket inte finns någon förväxlingsrisk mellan de två företagsbeteckningarna.

68. Detta argument utgör kärnpunkten i tvisten vid den nationella domstolen. Såsom jag redan har anfört ovan har Handelsgericht emellertid inte begärt att EG-domstolen skall fastställa om det i det föreliggande fallet finns förväxlingsrisk eller ens närmare ange den gemenskapsrättsliga innebörden av begreppet förväxlingsrisk. Handelsgericht utgår från att risken finns.

69. Löwa nöjer sig emellertid inte med denna situation. Bolaget vill att domstolen godtar påståendet att begreppet förväxlingsrisk inte faller inom de nationella domstolarnas utrymme för skönsmässig bedömning och att det enligt gemenskapsrätten skall ges en restriktiv tolkning. Löwas avsikt härmed är också att den nationella domstolen skall förpliktas att godta att någon förväxlingsrisk inte föreligger. Löwa har gjort gällande att harmoniseringen av varumärkeslagarna genom direktiv 89/104 innebär att det, såväl vad gäller gemenskapens primärrätt som sekundärrätt, skall tas hänsyn till den europeiska lagstiftarens syfte som är att även på detta område

genomföra den inre marknaden. Löwa anser att sådana begrepp som möjlighet till förväxling inte kan ges en vid tolkning för att uppnå detta syfte. Även om direktivet endast avser varumärken, medan det i det föreliggande fallet skall göras en prövning av en konflikt mellan två företagsbeteckningar, finns det enligt Löwa skäl att utgå från uppfattningen att begreppet förväxlingsrisk i princip är detsamma för alla tecken. Löwa har särskilt fäst uppmärksamhet vid att såväl det självt som Pfeiffer fortfarande använder de omtvistade beteckningarna med de tillägg som enligt bolaget kan undanröja eller åtminstone minska förväxlingsrisken.

70. Pfeiffer har å sin sida baserat sig på domstolens rättspraxis i fråga om varumärken, vilken har utvecklats med stöd av artiklarna 30 och 36 i fördraget. Bolaget har särskilt stött sig på domen i målet Deutsche Renault [16] av vilken det framgår att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra om det finns förväxlingsrisk. Det som gäller för förpackningen av en vara bör enligt Pfeiffer även gälla för en företagsbeteckning. Ett namn på ett stort snabbköp vilket kan förväxlas skall vara lika mycket förbjudet som produktlinjer som kan leda till förväxling.

71. Jag anser i likhet med Pfeiffer att frågan om det föreligger en konkret "fara för förväxling" är en faktisk fråga som skall prövas av den nationella domstolen. I detta avseende skall man nämligen analogt följa den rättspraxis avseende varumärken som har utvecklats på grundval av artikel 36 i fördraget och ta domen i det ovannämnda målet Deutsche Renault som exempel, där domstolen konstaterade att fastställandet av kriterierna för att det skall anses föreligga en förväxlingsrisk utgör en del av de närmare bestämmelser om varumärkesskydd vilka lyder under den nationella rätten. [17] Domstolen ansåg vidare, som svar på frågan om begreppet förväxlingsrisk skulle ges en restriktiv tolkning, att "gemenskapsrätten [inte] föreskriver ... en restriktiv tolkning av begreppet förväxlingsrisk". [18]

72. Domstolen citerade generaladvokaten då den motiverade denna slutsats på följande sätt:

"Varumärkesrätten som ensamrätt och skyddet mot förväxlingsbara tecken är i själva verket ... två sidor av samma mynt: en inskränkning eller utvidgning av skyddet mot förväxlingsrisker innebär ingenting annat än en inskränkning eller utvidgning av varumärkesrättens betydelse. Båda aspekter skall följaktligen regleras av en enda, homogen

16 — Dom av den 30 november 1993 i mål C-317/91 (REG 1993, s. I-6227; svensk specialutgåva, volym 14).

17 — Punkt 31.

18 — Punkt 32.

rättskälla — dvs. för närvarande den nationella rätten". [19]

73. Domstolen påpekade naturligtvis att den nationella rätten är underordnad de begränsningar som följer av artikel 36 andra meningen. [20] Enligt lydelsen av denna bestämmelse får förbud mot eller restriktioner för import som grundas på intresset att skydda industriell och kommersiell äganderätt inte "utgöra ett medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av handeln mellan medlemsstaterna".

74. Domstolen påpekade särskilt att "[d]et ankommer på den nationella domstolen att avgöra om det faktum att orden 'quattro' och 'Quadra' används i sammansatta beteckningar som 'Audi quattro' och 'Espace Quadra' är tillräckligt för att utesluta en förväxlingsrisk även om det skulle konstateras att beteckningen 'quattro' har uppnått en hög grad av kännedom".

75. Då detta resonemang överförs på det föreliggande fallet är det även möjligt att konstatera att formerna för skyddet av rätten till en särskild företagsbeteckning, bland vilka begreppet förväxlingsrisk ingår, i avsaknad av en harmonisering av gemenskapsrätten omfattas av nationell rätt.

76. Frågan om Löwas användning av den särskilda företagsbeteckningen "Plus" med eller utan tillägg kan förväxlas med den beteckning som Pfeiffer använder sedan år 1969 skall följaktligen bedömas av den nationella domstolen.

77. För att avsluta bedömningen av Löwas argument om det fjärde villkor som har uppställts i domstolens rättspraxis med avseende på tvingande hänsyn anser jag det tillräckligt att konstatera att ett förbud riktat mot Löwa mot att använda den omtvistade företagsbeteckningen inte är oproportionerligt i förhållande till det eftersträvade syftet, förutsatt att den nationella domstolen drar den slutsatsen (eller utgår från) att det faktiskt finns en förväxlingsrisk.

78. Med stöd av vad som anförts ovan anser jag att artikel 52 i fördraget inte utgör hinder för ett förbud mot att använda en företagsbeteckning under sådana omständigheter som i tvisten vid den nationella domstolen.

19 — Punkt 31.
20 — Punkt 33.

Förslag till avgörande

79. Jag föreslår att domstolen skall besvara Handelsgericht Wiens fråga på följande sätt:

Bestämmelserna i artiklarna 30 och 52 i EG-fördraget skall tolkas så att de, under sådana omständigheter som föreligger i förevarande mål, inte utgör hinder för att tillämpa nationella bestämmelser som innebär att i fråga om särskilda företagsbeteckningar som kan förväxlas skall beteckningen med äldst prioritet skyddas och följaktligen att ett företag förbjuds att använda en särskild företagsbeteckning i tre av Österrikes delstater, medan detta är tillåtet i andra medlemsstater för bolag som tillhör samma koncern.