FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT J.-P. WARNER FREMSAT DEN 31. MARTS 1976 [1]

Indhold

Indledning 850

Kan dokumentbevis anerkendes 851

»Columbia«-varemærkernes historie 853

De omtvistede varemærker 855

Spørgsmålene for Domstolen 856

Traktatens bestemmelser om frie varebevægelser 857

Traktatens bestemmelser om konkurrence 860

Artikel 86 860

Artikel 85 861

Forslag til afgørelse 864

Høje Ret.

Indledning

Disse tre sager er forelagt Domstolen som anmodninger om præjudicielle afgørelser i henhold til EØF-traktatens artikel 177 fra Chancery Division ved High Court of Justice of England and Wales, Sø- og Handelsretten i København samt Landgericht Køln. For nemheds skyld vil jeg henvise til dem som henholdsvis »den engelske sag«, »den danske sag« og »den tyske sag«.

Sagsøgeren i alle sagerne for de nationale retter er EMI Records Limited, datterselskab af EMI Limited, der ejer alle aktier i selskabet. EMI Records Limited og EMI Limited er begge engelske selskaber.

I alle sagerne er sagsøgte et lokalt registreret datterselskab af det amerikanske selskab CBS Inc. I den engelske sag er sagsøgte CBS United Kingdom Limited, i den danske sag er det CBS Records ApS (tidligere CBS Grammofon A/S) og i den tyske sag er det CBS Schallplatten GmbH.

De væsentligste faktiske omstændigheder kan resumeres således:

Som følge af et antal begivenheder og transaktioner, der rækker tilbage til 1894 (jeg skal senere beskæftige mig hermed), er EMI Records Limited nu i mange lande i Europa, Afrika, Asien og Australasien den registrerede indehaver af alle varemærker for grammofonplader, der består af eller indeholder mærket »Columbia«. Disse lande omfatter alle Fællesskabets medlemsstater bortset fra Frankrig, hvor de nævnte mærker ejes af et andet datterselskab af EMI Limited. CBS Inc. er indehaver af Columbia varemærkerne i USA, i de øvrige lande i Nord- og Sydamerika og i nogle få lande andetsteds.

Både EMI Records Limited og andre datterselskaber af EMI Limited på den ene

1 – Oversat fra engelsk.

side og CBS Inc. og dettes datterselskaber på den anden side producerer og sælger grammofonplader i stort omfang. Hver koncern har i de lande, hvor den har ret til Columbia-mærket, et omfattende salg af grammofonplader under dette mærke, men sælger også under andre. I lande, hvor koncernerne ikke er indehaver af mærket Columbia, har hver af dem solgt sine grammofonplader under andre varemærker, indtil de begivenheder indtraf, der ligger til grund for nærværende sag. Navnlig har CBS-koncernen solgt sine grammofonplader i Fællesskabet under varemærket »CBS«.

Imidlertid har CBS-koncernen i nogle tilfælde i Det forenede Kongerige, Danmark og Tyskland indført grammofonplader, fremstillet i Amerika og forsynet med Columbia-varemærket både på etiketten på selve grammofonpladen samt på omslaget. I sådanne tilfælde er det nævnte mærke undertiden blevet overklæbet med en mærkat (normalt med navnet CBS, i hvert fald framgår dette af de eksemplarer, som Sø- og Handelsretten har sendt til Domstolen, men i andre tilfælde er Columbia-mærket ikke fjernet eller skjult, navnlig ikke fra etiketten på selve grammofonpladen. Det er salg af sådanne grammofonplader med et synligt Columbia-mærke, som ligger til grund for denne tvist.

Efter forelæggelseskendelsen i den engelske sag må Domstolen faktisk antage, at EMI Records Limited i henhold til engelsk ret vil få medhold i et søgsmål mod CBS United Kingdom Limited for krænkelse af dets Columbia-varemærke, og at EMI Records, Limited følgelig har krav på at få nedlagt forbud mod, at CBS United Kingdom Limited fremstiller eller sælger grammofonplader med det nævnte varemærke. Det fremgår nemlig af dommer Grahams afgørelse, der ligger til grund for den nævnte kendelse, at det eneste mulige forsvar, som CBS United Kingdom Limited i henhold til engelsk ret endnu har, er at gøre gældende, at EMI Records Limited har handlet for sent og givet afkald på sine rettigheder, idet det både skulle være godtgjort, at sidstnævnte har ret til varemærket, og at CBS United Kingdom Limited har krænket det.

Forelæggelseskendelsen i den danske sag har som bilag vedlagt en dom fra Sø- og Handelsretten, hvori retten antog, at efter dansk ret må der gives EMI Records Limited medhold i, at CBS Records ApS krænker dets varemærke.

På tilsvarende vis fastslår forelæggelseskendelsen i den tyske sag, at i henhold til tysk ret kan kun EMI Records Limited benytte varemærket Columbia i Tyskland, og at EMI Records Limited kan forhindre andre i at benytte det nævnte mærke.

I hver sag har sagsøgte imidlertid gjort gældende, at det, i betragtning af Columbia-mærkets forhistorie, navnlig den måde, hvorpå retten til det blev territorialt opdelt mellem EMI- og CBS-koncernerne, er uforeneligt med fællesskabsretten, at EMI Records Limited håndhæver de nævnte rettigheder for at forhindre, at CBS-koncernen indfører grammofonplader med det omtalte mærke fra USA til henholdsvis Det forenede Kongerige, Danmark og Tyskland.

Jeg må følgelig rette min opmærksomhed mod denne forhistorie. Det tilhørende materiale, som er fremlagt for Domstolen, falder i to dele. Først er der de forhold, som er beskrevet i forelæggelseskendelsen. Dernæst er der en mængde skriftligt bevismateriale, som er fremlagt af CBS United Kingdom Limited, CBS Records ApS, CBS Schallplatten GmbH, EMI Records Limited (som bilag til dets skriftlige indlæg i den tyske sag) samt af Kommissionen.

Kan dokumentbevis anerkendes

Det har været diskuteret, om, og i bekræftende fald i hvilket omfang og med hvilket formål, dokumentbevis kan anerkendes ved Domstolen.

Jeg finder det hensigtsmæssigt straks at behandle dette spørgsmål.

Ved besvarelsen skal efter min mening tre vigtige grundsætninger tages i betragtning.

For det første er der intet retligt krav om, at Domstolen ikke kan tillade bevisførelse under en forelæggelsessag i henhold til artikel 177. Dette fremgår direkte af procesreglementets artikel 103, stk. 1, som for disse sagers vedkommende henviser til reglementets artikel 44 ff., og derved navnlig til artiklerne 45-53 om bevisførelsen. Der kan da også forekomme sager, hvor Domstolen ikke kan træffe afgørelse uden bevisførelse — f. eks. en sag, der drejer sig om gyldigheden af en retsakt udstedt af en fællesskabsinstitution, og hvor det gøres gældende, at akten er ugyldig som følge af en faktisk vildfarelse ved dens udstedelse. Dernæst har mange sager for Domstolen vist værdien af at anerkende eller anmode om bevis som forklaring eller supplering af baggrunden for de faktiske omstændigheder, som er angivet i forelæggelseskendelsen, således at Domstolen bedre kan forstå de forelagte spørgsmål.

For det andet er Domstolens kompetence i henhold til artikel 177 begrænset til at afgøre fællesskabsretlige spørgsmål. Domstolen kan ikke anvende fællesskabsretten på de faktiske omstændigheder i en enkelt sag. Dette betyder, at Domstolen ikke kan afgøre, hvilke faktiske omstændigheder der er relevante for fællesskabsrettens anvendelse, men derimod nok for fastlæggelsen af dens indhold. For eksempel er der i disse sager, hovedsagelig af sagsøgte, fremlagt en række beviser for Domstolen om spørgsmål som CBS-koncernens forretningsstruktur, dens marketing-problemer i Europa samt de økonomiske problemer i forbindelse med fremstilling af navnlig qvadrofoniske grammofonplader for dette marked, omkostningerne ved at overklæbe, og risikoen for, at omfattende overklæbning kan gøre et produkt så lidet attraktivt, at det bliver usælgeligt, kvaliteten af grammofonpladerne fra CBS i forhold til kvaliteten af EMI-grammofonplader og så fremdeles. Medmindre denne bevisførelse skete for at vække Domstolens sympati, kan den efter min mening kun sigte til spørgsmålet, om EMI Records Limited's udøvelse af dets varemærkerettigheder faktisk har begrænset konkurrencen i fællesmarkedet. Det er Domstolen, der skal afgøre, om dette spørgsmål er relevant. Jeg skal senere komme tilbage hertil. Men såfremt spørgsmålet er relevant, er det klart de nationale retters opgave at finde frem til besvarelsen af det.

For det tredje må Domstolen ved behandling af en forelæggelse i henhold til artikel 177 ikke gå ud over rammerne af det eller de spørgsmål, som den pågældende nationale ret har forelagt. Domstolen kan ikke besvare et spørgsmål, som ikke er stillet. Hermed mener jeg ikke, at Domstolen er snævert bundet af ordlyden af det eller de af den nationale ret forelagte spørgsmål. Der har faktisk foreligget tilfælde, hvor den nationale ret ikke har stillet noget særskilt spørgsmål, men hvor Domstolen fremfor at afvise sagen ud fra de foreliggende faktiske omstændigheder har fastlagt de fællesskabsretlige spørgsmål, hvortil de gav anledning. Der har været andre tilfælde, hvor de af den nationale ret formulerede spørgsmål ikke alene omhandlede fællesskabsretten som sådan, men også dens anvendelse, meget ofte i relation til national ret. I disse sager udskilte Domstolen de spørgsmål vedrørende fællesskabsretten, som skulle besvares. Og der har været mange sager, hvor Domstolen i besvarelse af de forelagte spørgsmål har fundet det mere nyttigt eller hensigtsmæssigt ikke strengt at holde fast ved deres rækkefølge eller ordlyd.

Jeg finder følgelig, at når vi har at gøre med sager som de foreliggende, kan og bør Domstolen af to grunde (og kun af disse) vurdere beviser, som parterne eller andre, der har ret til at blive hørt i sagen, har fremlagt:

1. for så vidt som der er enighed om de slutninger, der kan udledes af disse

beviser, kan Domstolen undersøge dem med henblik på en forklaring på og supplering af de faktiske omstændigheder, som er anført i forelæggelseskendelsen;

2. for så vidt parterne er uenige om, hvilke konklusioner der kan drages af disse beviser, kan Domstolen undersøge dem for at få parternes indbyrdes stridspunkter oplyst.

I begge henseender er det endelige mål at sætte Domstolen i stand til at udforme sine besvarelser af de spørgsmål, som den nationale ret har forelagt, på den for den nævnte ret mest hensigtsmæssige vis. Dette er navnlig ønskeligt, hvor den nationale rets spørgsmål, som i alle de foreliggende sager, er bredt formuleret.

Herved overser jeg imidlertid ikke de vanskeligheder, som kan opstå for de i sagen deltagende medlemsstater, ja endog for medlemsstater der i tiltro til forelæggelseskendelsens indhold ikke deltager. Disse vanskeligheder blev under retsmødet kraftigt fremhævet af Det forenede Kongeriges rettergangsfuldmægtige. Men det ville efter min opfattelse være et større onde, hvis Domstolen lukkede øjnene for alt, der lå uden for den egentlige forelæggelseskendelse, og skabte en situation, hvor sagen uundgåeligt, i hvert fald højst sandsynligt, på ny måtte forelægges den, før den nationale ret kunne træffe afgørelse.

»Columbia«-varemærkernes historie

Jeg vil nu give mig i kast med de pågældende beviser med de lige nævnte betragtninger in mente og resumere Columbia-varemærkernes historie, som den er angivet i forelæggelseskendelserne, men suppleret med bidrag fra de her nævnte beviser.

I 1894 blev der i USA stiftet et selskab ved navn Columbia Phonograph Company General. Dette selskab indregistrerede indtil den første verdenskrig i USA, Det forenede Kongerige og andetsteds et antal varemærker, der indeholdt ordet Columbia for bl. a. grammofonplader. I 1913 skiftede selskabet navn til Columbia Graphophone Company.

I 1917 oprettede Columbia Graphophone Company i England datterselskabet Columbia Graphophone Company Limited, herefter benævnt »CGCL«, som det var eneindehaver af. I tre dokumenter af 27. april 1917, nemlig en salgskontrakt og to overdragelsesdokumenter, overførte Columbia Graphophone Company til dette selskab good-will samt alle økonomiske interesser i de forretninger, som indtil da var blevet drevet gennem selskabets London-afdeling, herunder de registrerede varemærker i et antal lande i Europa, Afrika, Asien og Australasien. Blandt disse lande var Belgien, Danmark, England, Frankrig, Italien og Nederlandene. Columbia Graphophone Company forpligtede sig (kort sagt) over for CGCL til ikke at konkurrere med det på nogen del af det område, der vedrørte overdragelsen. Det var også aftalt, at hvert af selskaberne fra tid til anden skulle forsyne hinanden med lister over første indspilninger og på begæring med matricer af sådanne indspilninger.

I 1919 overdrog Columbia Graphophone Company sine tilbageblevne varemærker, der indeholdt ordet Columbia, samt sine aktier i CGCL til et andet amerikansk selskab, Columbia Graphophone Manufacturing Company.

I 1922 solgtes aktierne i CGCL, som Columbia Graphophone Company tidligere havde ejet, af Columbia Graphophone Manufacturing Company for 500 000 dollars til det selvstændige engelske selskab Constructive Finance Company Limited. I en kontrakt af 16. november 1922, som i forbindelse med ovennævnte salg blev indgået mellem Columbia Graphophone Manufacturing Company, Constructive Finance Company Limited og CGCL, aftaltes det, at CGCL skulle have »frihed til at virke« i bestemte områder, herunder Storbritannien og Irland, det europæiske

kontinent og Afrika samt visse asiatiske, australasiatiske lande samt lande i Stillehavet, medens Columbia Graphophone Manufacturing Company skulle have »frihed til at virke i resten af verden«. Det blev også aftalt, at intet af selskaberne skulle »sælge eller handle hverken direkte eller indirekte på hinandens område«, som således angivet. Denne kontrakt indeholdt en klausul om, at Columbia Graphophone Manufacturing Company, for så vidt det ikke allerede var sket, straks til CGCL skulle overføre bl.a. alle dets varemærker for grammofonplader på CGCL's område. Denne kontrakt indeholdt også klausuler om udveksling af matricer.

Mellem 1922 og 1925 var der ikke nogen fælles kontrol — direkte eller indirekte — med de varemærker, som ejedes af CGCL, og med de amerikanske varemærker, der indeholdt ordet Columbia. I 1924 skete der en rekonstruktion af Columbia Graphophone Manufacturing Company, der medførte, at de amerikanske varemærker overgik til et nyt amerikansk selskab, kaldet Columbia Phonograph Company Inc.

I 1925 erhvervede CGCL aktiemajoriteten i Columbia Phonograph Company Inc. Dette har været beskrevet som en »rolleombytning«, idet det førte til, at indehaveren af de amerikanske Columbia-varemærker blev kontrolleret af CGCL.

I 1931 blev der oprettet et nyt engelsk selskab, Electrical and Musical Industries Limited. (Dette er det selskab, der nu benævnes EMI Limited). Det erhvervede aktierne i CGCL samt i et andet engelsk selskab, The Gramophone Company Limited (som nu hedder EMI Records Limited). Som led i disse arrangementer afhændede CGCL sine interesser i Columbia Phonograph Company Inc. Disse interesser erhvervedes derefter inden for samme år af det amerikanske selskab Grigsby-Grunow.

Siden 1931 har der ikke været nogen fælles kontrol med de amerikanske Columbia-varemærker og med CGCL's varemærker.

Columbia Phonograph Company Inc. og CGCL indgik i 1932 imidlertid en aftale, der skulle »fjerne konkurrence og fremme udveksling af matricer osv.«. Som det fremgår af den detaljerede gennemgang af aftalen, var dens formål at erstatte de i 1917 og 1922 indgåede markeds-opdelingsarrangementer — idet Columbia Graphophone Company, Columbia Graphophone Manufacturing Company og Constructive Finance Company Limited på daværende tidspunkt alle var opløst. Aftalen definerede på ny parternes respektive områder og tildelte »alt territorium mellem 30° vest og 170° vest på den nordlige halvkugle samt 30° vest og 100° vest på den sydlige halvkugle bortset fra Azorerne, men inklusive Nord- og Sydamerika samt hele Grønland, Aleuterne samt Sandwich Øerne og De philipinske Øer« til Columbia Phonograph Company Inc. og »resten af verden« til CGCL. Begge parter påtog sig ikke at sælge i det territorium, der således var overdraget til den anden, og der forelå igen bestemmelser om udveksling af matricer. I aftalen var der ingen henvisning til varemærker bortset fra i forbindelse med fastsættelse af priser på grammofonplader fremstillet af udvekslede matricer.

Det er bemærkelsesværdigt, at hverken Electrical and Musical Industries Limited eller The Gramophone Company Limited var bundet af 1932-aftalen.

I 1934 satte Grigsby-Grunow (nu i likvidation) sine interesser i Columbia Phonograph Company Inc. på auktion. De blev på auktionen købt af Sacro Enterprises Inc. og derefter af dette selskab overført til American Record Corporation. I 1938 købte Columbia Broadcasting System Inc., det selskab, der nu kendes som CBS Inc., aktierne i American Record Corporation, hvoraf Columbia Phonograph Company Inc. stadig var et datterselskab.

I 1940 blev aktiverne i Columbia Phonograph Company Inc. overført til Ameri-

can Record Corporation, som dernæst skiftede navn til Columbia Record Cor poration. Efter aftale med CGCL trådte Columbia Recording Corporation i stedet for Columbia Phonograph Company Inc. med hensyn til 1932-aftalen.

I 1946 indgik Columbia Recording Corporation og CGCL en ny aftale, som annullerede alle tidligere eksisterende aftaler og arrangementer mellem parterne, herunder 1932-aftalen, og oprettede nye arrangementer mellem den med henblik på udveksling af matricer. De aftalte at forsyne hinanden med matricer på begæring og ikke at levere matricer til nogen som helst anden med henblik på produktion inden for den andens område, idet deres respektive områdeafgrænsning i så henseende var næsten den samme som i 1932-aftalen. Der fandtes imidlertid ikke længere nogen forpligtelse til ikke at konkurrere på hverandres områder. Der blev stadig intet nævnt om varemærker bortset fra i forbindelse med grammofonplader fremstillet af udvekslede matricer.

1946-aftalen blev bragt til ophør i 1952, skønt visse af dens virkninger vedrørende nyligt udvekslede matricer vedvarede indtil 1956.

I 1954 blev Columbia Recording Corporation (som i mellemtiden havde skiftet navn til Columbia Records Inc.) opløst, og selskabets aktiver blev overført til Columbia Broadcasting System Inc. (Først i 1974 skiftede dette selskab navn til CBS Inc.).

Parterne er efter min opfattelse enige om, at mellem 1956 og 1962 fandtes der ingen aftale eller arrangement af nogen art mellem noget selskab i EMI-koncernen og noget selskab i CBS-koncernen.

Mellem 1962 og 1971 indgik Columbia Broadcasting System Inc. på den ene side og Electrical and Musical Industries Limited og (senere) EMI Records Limited på den anden side en række aftaler, et forhold, som Kommissionen har beskrevet som en genoptagelse af deres forbindelser. Dette har EMI Records Limited bestridt og gjort gældende, at der var tale om mindre og kortsigtede aftaler, for det meste med henblik på udnyttelsen af et særligt »repertoire«, som findes mellem alle grammofonpladeselskaber, være sig producerende eller ej, og uanset hvor uafhængige og konkurrerende de er. Da der er strid om disse aftalers virkelige indhold, idet de fleste først kom for dagen kort før retsmødet, vil jeg afstå fra en detaljeret beskrivelse af dem men kun sige, i) at selv om de nævner varemærker (for det meste andre end Columbia-mærker) ser det ikke ud til, at nogen af dem indeholder nogen varemærkeoverdragelse, og ii) at nogle af dem tilsyneladende — for så vidt angår området for det nuværende Fællesskab — kun har berørt Det forenede Kongerige og Irland. Parterne er enige om, at den sidste af disse aftaler ophørte i 1974.

I den nævnte periode, nemlig i 1965, overførte CGCL sine Columbia-varemærker til The Gramophone Company Limited (Electrical and Musical Industries Limited's andet datterselskab). Nogle år senere skiftede Electrical and Musical Industries Limited navn til EMI Limited, og The Gramophone Company Limited skiftede navn til EMI Records Limited.

De omtvistede varemærker

Hver forelæggelseskendelse nævner det eller de konkrete varemærker, der er grundlaget for EMI Records Limited's søgsmål.

I den engelske sag har EMI Records Limited anlagt sag vedrørende to varemærker, der begge alene består af ordet Columbia. Det første blev registreret i CGCL's navn i 1920, dvs. på et tidspunkt, hvor det nævnte selskab stadig var et datterselskab af Columbia Graphophone Company. Første gang, varemærket blev brugt, blev oplyst til den 7. maj 1900. Det andet mærke blev registreret i CGCL's navn i 1928, dvs. på et tidspunkt, hvor dette

selskab kontrollerede Columbia Phonograph Company Inc., den daværende indehaver af de amerikanske Columbia-varemærker.

I den danske sag blev det varemærke, på grundlag af hvilket EMI Records Limited har anlagt sag, registreret i 1960. Parterne har både i deres skriftlige og mundtlige indlæg temmeligt indgående diskuteret forhistorien for de dankse Columbia-varemærker. Herunder rejste de visse problemer vedrørende på én gang faktiske omstændigheder og national ret, som det ligger uden for Domstolens kompetence at træffe afgørelse af i en forelæggelsessag i henhold til artikel 177. Disse problemers karakter har efter min mening ingen indflydelse på besvarelsen af noget spørgsmål, som Domstolen skal afgøre. Under disse omstændigheder håber jeg, at jeg kan frifindes for uhøflighed over for advokaterne, når jeg ikke udtaler mig yderligere om dette punkt.

I den tyske sag har EMI Records Limited anlagt sag på grundlag af et varemærke, som blev registreret i 1931 i CGCL's navn. Hvorvidt det faktisk blev registreret før eller efter, det nævnte selskab skilte sig af med sine interesser i Columbia Phonograph Company Inc., fremgår ikke af sagen. Parterne henviser i deres skriftlige indlæg til tidligere tyske Columbia-varemærker: EMI Records Limited henviser til et varemærke, der blev registreret i 1907, og som Columbia Graphophone Manufacturing Company i 1933 overdrog til CGCL i medfør af den aftale, som selskabet havde indgået i 1922, da aktierne i CGCL blev solgt til Constructive Finance Company Limited. Desuden har CBS Schallplatten GmbH henvist til to varemærker, der i 1924 blev registreret i CGCL's navn. Heller ikke her finder jeg, at det er nødvendigt at foretage en detaljeret gennemgang af disse punkter.

Spørgsmålene for Domstolen

Af hensyn til formuleringen af det spørgsmål, som forelægges Domstolen, opregner forelæggelseskendelsen i den engelske sag først et antal forudsætninger, som Domstolen skal lægge til grund. Disse forudsætninger er i virkeligheden et referat af de i den nævnte kendelse anførte faktiske omstændigheder, hvor symbolet »A« bruges til at repræsentere EMI-koncernen, symbolet »B« til at repræsentere CBS-koncernen, og symbolet »X« til at repræsentere Columbia-varemærket. En af disse forudsætninger har givet anledning til stor diskussion, nemlig:

»7) Der er ikke nu, og der har aldrig været, nogen juridisk, finansiel, teknisk eller økonomisk forbindelse mellem »A« og »B« i deres nuværende skikkelser«.

Derefter indeholder kendelsen sålydende spørgsmål, som forelægges Domstolen:

»Skal bestemmelserne i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab og navnlig bestemmelserne om fællesskabsrettens principper samt reglerne om frie varebevægelser og om konkurrence fortolkes således, at de medfører, at »A« er afskåret fra at udøve sin af medlemsstaternes nationale varemærkeret flydende ret til at forhindre:

i) »B«'s salg i enhver af medlemsstaterne af varer med varemærket »X«, som af »B« er fremstillet og forsynet med mærket »X« uden for Fællesskabet på et område, hvor »B« har ret til at anvende varemærket »X«, eller

ii) at »B« i nogen medlemsstat fremstiller varer med varemærket »X«?

De for Domstolen i de danske og tyske sager forelagte spørgsmål er udformet på samme måde og med anvendelsen af samme ordlyd, idet de eneste bemærkelsesværdige forskelle er disse:

Forudsætning 7) erstattes i den tyske sags forelæggelseskendelse med:

»c) ... der i mere end 40 år ikke har været nogen retlig, økonomisk, finansiel eller teknisk forbindelse mellem de to koncerner«.

For det andet nævner hverken den danske eller den tyske forelæggelseskendelse

i spørgsmålet traktatens bestemmelser om »fællesskabsrettens principper«. I den danske sag henviser spørgsmålet til bestemmelserne i traktaten »vedrørende fri bevægelighed af varer og om konkurrence«. I den tyske sag henvises der simpelt hen til »fællesskabsrettens principper om frie varebevægelser og fri konkurrence«.

Endelig indeholder hverken spørgsmålet i den danske eller den tyske sag stk. ii). Dette skyldes, forstår jeg, at CBS-koncernen fremstiller grammofonplader i England (og Nederlandene), men ikke i Danmark eller i Tyskland — under alle omstændigheder ikke i et omfang, der har betydning.

Det er således et spørgsmål, hvilken betydning Domstolen bør tillægge forudsætning 7) eller den ændrede udgave heraf, som findes i den tyske forelæggelseskendelse.

Forlægget for den nævnte forudsætnings formulering er klart. Den gengiver de faktiske omstændigheder, som blev anført af Tribunal d'Arrondissement i Luxembourg i dens forelæggelseskendelse i sag 172/73 *Van Zuylen Frères* mod *Hag AG* (Sml. 1974, s. 731). På grundlag af dette faktum udtalte Domstolen, at traktatens artikel 85 ikke kunne finde anvendelse i sagen (se dommens præmis 4 og 5). Men dette betyder selvfølgelig ikke, at afgørelsen af, om artikel 85 kan finde anvendelse, i hver sag sker efter formlen »nogen som helst forbindelse af juridisk, finansiel, teknisk eller økonomisk art«, som anvendtes af Tribunal d'Arrondissement i Luxembourg som udtryk for faktum i *Hag*-sagen. Denne afgørelse kan nemlig kun ske ud fra formuleringen af selve artikel 85.

Jeg vil for det andet bemærke, at den pågældende forudsætning (hvordan den end udtrykkes) skal ses ud fra indholdet af de samlede forelæggelseskendelser. Enhver af disse indeholder, udtrykkeligt eller i form af henvisninger, en temmelig omfattende, skønt ufuldstændig, beretning om Columbia-varemærkernes historie. Forudsætningen kan ikke siges at stride imod denne beretning, for så vidt som den afslører tidligere forbindelser mellem CGCL og de forskellige ejere af de amerikanske varemærker. Jeg har allerede gjort rede for, hvorfor Domstolen efter min mening ikke kan lukke øjnene for de beviser, som parterne har fremlagt, for så vidt som de supplerer ovennævnte beretning. Det er min opfattelse, at Domstolen af samme grund ikke kan se bort fra disse beviser, for så vidt som de påvirker den betydning, som skal tillægges ovennævnte forudsætning.

Den egentlige vanskelighed ligger i, at forudsætningen ved første øjekast ser ud, som om den er udformet for at indsnævre det spørgsmål, der er forelagt Domstolen. Men ved en nærmere undersøgelse mener jeg, at den blot skal anses som en del af resumeet af de faktiske omstændigheder, som er anført i forelæggelseskendelsen som indledning til spørgsmålet, men egentlig ikke som en del af dette.

På dette grundlag vil jeg vende mig mod jus.

Denne må efter min opfattelse behandles under to, og kun to afsnit, nemlig traktatens bestemmelser om frie varebevægelser og bestemmelserne om konkurrence. Bestemmelserne om »principperne« er ganske vist relevante, men kun for så vidt, mener jeg, som de senere og mere specielle traktatbestemmelser skal fortolkes i lyset af dem.

Traktatens bestemmelser om frie varebevægelser

Jeg må indrømme, at jeg blev forbavset, da det på sagsøgtes vegne blev gjort gældende, at traktatens bestemmelser om frie varebevægelser skal fortolkes således, at de udelukker EMI Records Limited fra at påberåbe sig sine rettigheder over varemærket Columbia i Fællesskabet til at forhindre, at varer med det pågældende

varemærke indføres til Fællesskabet udefra. Traktatens artikler 30 og 36, hvorpå dette anbringende hovedsagelig støttes, angår dog alene restriktioner for handelen »mellem medlemsstaterne«. Dette er i overensstemmelse med, at de indgår i de bestemmelser, som skal tjene til gennemførelse af traktatens artikel 3, a), som forudser »ophævelse, medlemsstaterne imellem, af told og kvantitative restriktioner ved varers ind- og udførsel, såvel som af alle andre foranstaltninger med tilsvarende virkning«, hvilket udgør en del af de opgaver, som skal løses med henblik på oprettelsen af det i artikel 2 nævnte fællesmarked. Sagsøgtes anbringende blev da også mødt med enstemmig harme, ikke alene fra EMI Records Limited, men også fra de syv medlemsstater, som afgav indlæg, samt fra Kommissionen. De påpegede, at en anerkendelse heraf ville medføre, at Fællesskabet uden nogen forventning om gensidighed måtte give virksomheder i tredjelande en ensidig fordel på fællesskabsvirksomhedernes bekostning.

Sagsøgte støttede for det første deres anbringende på traktatens artikler 9, stk. 2 og 10, stk. 1, som hvad angår blandt andet artiklerne 30 til 36 sidestiller »varer hidrørende fra tredjeland, som frit kan omsættes i medlemsstaterne« med varer med oprindelse i medlemsstaterne og bestemmer, at:

»Ved varer, som frit kan omsættes i en medlemsstat, forstås sådanne fra tredjeland hidrørende varer, for hvilke de af vedkommende medlemsstat foreskrevne formaliteter i forbindelse med indførslen er blevet opfyldt, og for hvilke denne medlemsstat har opkrævet gældende told og afgifter med tilsvarende virkning, og for hvilke disse told- og afgiftsbeløb ikke er blevet helt eller delvis godtgjort«.

Sagsøgtes argumentation består efter min opfattelse i, at så snart grammofonplader, der er fremstillet i Amerika og forsynet med varemærket Columbia, er blevet toldbehandlet i en medlemsstat, skal de, medmindre told- og afgiftsbeløbene er blevet helt eller delvis godtgjort, ligestilles med grammofonplader hidrørende fra en medlemsstat. Det skal de. Men jeg kan ikke se, hvorledes dette hjælper sagsøgte. Selv om de fremstillede tilsvarende grammofonplader i en medlemsstat, ville de ikke derved have ret til at afsætte dem i strid med EMI Records Limited's registrerede varemærker, hverken i den pågældende eller i nogen anden medlemsstat.

Dernæst lagde sagsøgte stor vægt på Domstolens afgørelse i *Hag*-sagen. De anerkendte, at sagen angik samhandelen mellem medlemsstater, men gjorde gældende, at afgørelsen skulle finde analog anvendelse på denne sag, fordi de pågældende varemærker også her havde fælles oprindelse. Jeg ville se bort fra dette argument, eftersom det er min opfattelse, hvilket også klart fremgår af Domstolens dom i *Hag*-sagen, at hele grundlaget for denne afgørelse var, at der var tale om samhandel mellem medlemsstater. Dommen hviler på princippet om, at industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder, navnlig varemærkerettigheder, ikke må benyttes til kunstigt at opdele fællesmarkedet. Da sådanne rettigheder har hjemmel i national ret, er deres indhold nødvendigvis nationalt, hvorfor de ville være velegnede instrumenter til det nævnte formål, hvis de snævre bestemmelser i artikel 36 ikke fandtes. En måde, hvorpå de kunne anvendes til dette formål, er beskrevet i sag 16/74 *Centrafarm* mod *Winthrop* (Sml. 1974, s. 1183). Uden artikel 36 ville indehaveren af et varemærke kunne oprette et datterselskab i en medlemsstat, hvis marked han ønskede at isolere, og sørge for, at varemærkerettighederne i den nævnte stat blev overført til dette datterselskab. De faktiske omstændigheder i *Hag*-sagen var hovedsagelig i to henseender forskellige fra dette enkle eksempel. For det første havde de omstændigheder, hvorunder ejerforholdet til varemærkerettighederne i Belgien og Luxembourg på den ene side og i Tyskland på den anden side var blevet adskilt, fundet sted inden traktatens ikrafttræden. Dette var klart uden betydning, da artiklerne 30-36 både finder anvendelse på såvel restriktioner,

der hidrører fra foranstaltninger, der blev truffet, eller ordninger, der blev indført, inden traktaten trådte i kraft, som på foranstaltninger eller ordninger, der indførtes efter dens ikrafttræden (idet den eneste forskel er, at for så vidt angår visse af de førstnævnte forhold, fandtes der bestemmelser om deres gradvise afskaffelse i løbet af overgangsperioden). For det andet var Van Zuylen Frères ikke et datterselskab af Hag AG, men et uafhængigt handelsfirma, som havde erhvervet Hag AG's oprindelige varemærkerettigheder i Belgien og Luxembourg gennem en række transaktioner, som omfattede beslaglæggelse af aktierne i Hag AG's belgiske datterselskab som fjendtlig ejendom.

Domstolen udtalte faktisk, at Van Zuylen Frères ikke desto mindre var afskåret fra at gøre disse rettigheder gældende for at forhindre, at varer, der lovligt er forsynet med det tyske varemærke, indføres til Belgien og Luxembourg. Som det fremgår af dommen, ville det modsatte være »uforeneligt med bestemmelserne om frie varebvægelser inden for fællesmarkedet«. Begrundelsen i den nævnte sag kan følgelig ikke overføres til en situation, hvor fællesmarkedets enhed ikke påvirkes.

Sagsøgte har også henvist til sag 8/74 *Procureur du Roi* mod *Dassonville* (Sml. 1974, s. 837). Men denne sag er efter min opfattelse heller ikke relevant for den foreliggende. Den angik indførsel til Belgien af »Scotch Whisky« der var i fri omsætning i Frankrig, ikke direkte indførsel af sådan whisky fra Det forenede Kongerige (der ikke på det tidspunkt for de faktiske begivenheder i sagen var medlemsstat.) *Dassonville*-sagen handler derfor om restriktioner i samhandelen mellem medlemsstater og ikke om restriktioner for indførsel fra tredjelande.

Det sidste argument, som blev fremført på sagsøgtes vegne vedrørende denne del af sagen, var, at en undersøgelse af ordvalget i visse retsakter, der regulerer samhandelen mellem Fællesskabet og tredjelande, viste, at Fællesskabet som en del af sin fælles handelspolitik havde indført princippet om, at de samme regler, som findes i artiklerne 30-36, skulle finde anvendelse på indførsel fra tredjelande. Der henvistes til følgende retsakter:

1. GATT;
2. Rådets forordning (EØF) nr. 1439/74 af 4. juni 1974 om »den fælles importordning« — der blev fremhævet som særlig relevant, fordi den blandt andet fandt anvendelse på grammofonplader fra USA;
3. Lomé-konventionen, som træder i kraft i morgen; samt
4. frihandelsaftalerne mellem Fællesskabet og henholdsvis Schweiz og Sverige, begge af 22. juni 1972, samt associeringsaftalen af 31. marts 1969 mellem Fællesskabet og Marokko.

Det blev anført, at hver af disse akter indeholdt bestemmelser, som afspejlede, eller i det væsentlige afspejlede, artiklerne 30 og 36, og at man, hvor man fandt samme affattelse i de nævnte akter som i artiklerne 30 og 36, måtte give den samme betydning.

Lad mig nøjes med at sige, at efter min opfattelse er en sådan indstilling til fortolkning af lovtekster kættersk. Ordenes betydning afhænger af den sammenhæng, hvori de findes, og de samme ord, der anvendes i forskellige retsakter, der er udstedt af forskellige grunde, kan betyde noget forskelligt. Ingen af de af sagsøgte nævnte retsakter blev indført med henblik på oprettelsen af et fællesmarked, og det kan ikke være korrekt at fortolke dem, som om de var.

Jeg vil imidlertid tilføje følgende:

Artikel XX i GATT, som sagsøgte har ligestillet med artikel 36, indeholder faktisk en bestemmelse om gensidighed. Der er dog ingen, der antager, at EMI-koncernen som følge heraf har ret til at udføre grammofonplader forsynet med Columbia-varemærket til USA. Tværtimod blev Domstolen gjort opmærksom på en nyere sag, hvor CBS Inc. med held havde anlagt sag i New York mod en

importør af EMI-grammofonplader forsynet med Columbia-varemærket: *CBS Inc.* mod *Nina Record Co. Inc.,* et søgsmål, der blev indledt den 16. maj 1975 ved United States Court for the Southern District of New York.

Selv om forordning nr. 1439/74 nævner kvantitative restriktioner, henviser den ikke til foranstaltninger med tilsvarende virkning. En argumentation, der blev fremført på sagsøgtes vegne med henblik på at overkomme denne besværlighed, synes efter min mening af medføre, at der i forordningen lægges meget mere, end hvad der faktisk findes i den.

Ingen af de andre af sagsøgte anførte retsakter finder anvendelse på indførsel fra USA, og selv om det er muligt, at Lomékonventionen omfatter nogle lande, hvor Columbia-varemærkerne ejes af CBS Inc., finder jeg, at jeg ville gå langt ud over det egentlige formål med de foreliggende forelæggelseskendelser, hvis jeg skulle til at diskutere den nævnte konventions meget specielle bestemmelser her.

Følgelig finder jeg, at traktatens bestemmelser om frie varebevægelser ikke udelukker EMI Records Limited fra at håndhæve sine varemærkerettigheder over for indførsel fra USA.

Traktatens bestemmelser om konkurrence

For så vidt angår traktatens bestemmelser om konkurrence, samlede den væsentligste del af argumentationen sig om artikel 85. Men der blev på sagsøgtes vegne anmodet om, at Domstolen også traf afgørelse, for så vidt angår artikel 86's eventuelle anvendelse. Denne anmodning vil jeg behandle først.

Artikel 86

Sagsøgte har i betragtning af Domstolens dom i sag 40/70 *Sirena* mod *Eda* (Recueil 1971, s. 84) anerkendt, at EMI-koncernen ikke kunne betragtes som havende en dominerende stilling i den i artikel 86 angivne betydning, blot fordi den er indehaver af Columbia-varemærkerne inden for Fællesskabet. Hvad sagsøgte har sagt er, at såfremt de får medhold ved Domstolen, har de i sinde at forsøge at overbevise de nationale retter om, at EMI-koncernen har en sådan stilling på grund af sin andel af det relevante marked. De vil i så fald forsøge at godtgøre over for disse retter, at EMI Records Limited har fulgt en politik, hvorefter selskabet – samtidig med at protestere mod, at CBS-koncernen distribuerer sine grammofonplader uden at overklæbe Columbia-mærket – tillod sine egne datterselskaber at distribuere de samme grammofonplader uden at overklæbe varemærket. Den afgørelse, som sagsøgte forsøger at opnå ved Domstolen, går ud på, at en sådan politik udgør et misbrug af EMI Records Limited's (forudsatte) dominerende stilling.

Dette punkt synes ikke at have været fremført for de nationale retter. Der findes ikke antydning heraf i nogen af forelæggelseskendelserne. Det nærmeste er, at det i forelæggelseskendelsen i den danske sag konstateres, at i et enkelt tilfælde solgte EMI Records Limited's danske datterselskab en CBS-grammofonplade, uden at mærket Columbia var overklæbet. Sagsøgte har anført, at der har været tilsvarende tilfælde i England og i Tyskland, og faktisk godtgjort dette i en vis udstrækning i den engelske sag. Men denne anførsel var dog, så vidt jeg forstår, rettet imod et andet punkt, nemlig, at det var vanskeligt at opnå en fuldstændig overklæbning.

Under disse omstændigheder finder jeg, at det spørgsmål, sagsøgte har opfordret Domstolen til at afgøre, ikke kan anses for omfattet af forelæggelseskendelserne. Det er fuldstændig hypotetisk. Yderligere har det bogstavelig talt ikke været diskuteret for Domstolen. Navnlig har sagsøgte ikke antydet, hvorfor en sådan politik som den påståede ville være udtryk for misbrug af EMI Records Limited's forudsatte dominerende stilling, eller hvordan den kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater således, at den kunne henføres under artikel 86.

Følgelig ville jeg afstå fra at besvare spørgsmålet.

Artikel 85

For så vidt angår det vanskeligere spørgsmål om, hvorvidt artikel 85 kan finde anvendelse, har sagsøgte fundet en forbundsfælle i Kommissionen.

Både sagsøgte og Kommissionen har anerkendt, at de oprindelige aftaler fra 1917 mellem Columbia Graphophone Company og CGCL ikke kan anses for omfattet af artikel 85, da de blev truffet mellem moder- og datterselskab under sådanne omstændigheder, at det i sag 22/71 *Béguelin Import Co.* mod *SAGL Import Export* (Recueil 1971, s. 949 — præmis 8) og i *Centrafarm*-sagen (allerede nævnt — se dommens præmis 32) indeholdte princip må finde anvendelse. Sagsøgte og Kommissionen har yderligere medgivet, at ovennævnte situation fortsatte, da i 1919 Columbia Graphophone Company efterfulgtes af Columbia Graphophone Manufacturing Company som moderselskab for CGCL. De har imidlertid anført, at denne situation ikke fandtes efter 1922, da aktierne i CGCL blev solgt til Constructive Finance Company Limited, og hvor aftalerne om markedsopdeling mellem Columbia Graphophone Manufacturing Company og CGCL fornyedes. I dette omfang, og forudsat at artikel 85 kan finde anvendelse på begivenheder, der indtraf inden traktatens ikrafttræden (hvad jeg ikke mener), er jeg enig.

Jeg er også enig med sagsøgte og Kommissionen i, at artikel 85 kan finde anvendelse på aftaler (og for den sags skyld på »alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder« og »alle former for samordnede praksis«), der vedrører indførsel til Fællesskabet. Dette har Domstolen antaget i sag 71/74, *»Frubo«* (Sml. 1975, s. 563). Men jeg vil understrege, at det ikke er tilstrækkeligt til at bringe artikel 85 i anvendelse, at en aftale vedrører indførsel i Fællesskabet. Der må også, hvilket klart fremgår af artikel 85's ordlyd, være tale om aftaler, der:

1. har til formål eller følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, samt
2. kan påvirke handelen mellem medlemsstater.

Under omstændigheder såsom i nærværende søgsmål er det min opfattelse, at disse to forhold i tilstrækkeligt omfang skal godtgøres for den pågældende nationale ret. De kan ikke antages at foreligge, blot fordi rettighederne til et bestemt varemærke inden for Fællesskabet som følge af aftalen ejes af én virksomhed, medens en anden har rettighederne til samme varemærke i visse lande uden for Fællesskabet. Jeg har allerede hentydet til de faktiske omstændigheder, som sagsøgte har fremført for at påvise, at EMI Records Limited's udøvelse af sine rettigheder over Columbia-varemærket i Fællesskabet faktisk begrænser konkurrencen her. På spørgsmålet om, hvorvidt dette vil kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater, argumenterede sagsøgte ikke så detaljeret for deres synspunkt. Deres eneste argument synes at være, at hvis, som de har anført, virkningen af den nævnte adfærd er, at indførsel til Fællesskabet af visse typer grammofonplader i praksis forhindres, må den også på samme måde udelukke enhver mulighed for samhandel med sådanne grammofonplader mellem medlemsstater. Jeg mener ikke, at dette argument er tilstrækkelig gennemført, for det forudsætter uden noget bevis, at hvis først sådanne grammofonplader blev indført i Fællesskabet, ville de i vidt omfang blive genstand for handel mellem medlemsstater. I *Frubo*-sagen, som dog var et direkte søgsmål, blev det for Domstolen alene godtgjort, at den pågældende aftale kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater, fordi der blev givet særlige eksempler på, hvorledes dette kunne ske (se Sml. 1975, s. 584 og ss. 595-596). Og i sag 73/74 *(Groupement des Fabricants de Papiers Peints de Belgique* mod *Kommissionen* (endnu ikke udgivet), atter et direkte søgsmål, antog Domstolen, at Kommissionen ikke fyldestgørende havde redegjort for de faktiske om-

stændigheder, hvorpå den støttede sin antagelse af, at den pågældende aftale kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater (se dommens præmis 30-35).

Det afgørende spørgsmål i de foreliggende søgsmål er imidlertid, i hvilket omfang om overhovedet artikel 85 kan finde anvendelse på en situation, hvor der ikke findes nogen underliggende aftale eller form for samordnet praksis. (Jeg lader »alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder« ude af betragtning, da de ikke på nogen måde kan komme i betragtning i den foreliggende sag.)

Sagsøgte og Kommissionen har gjort gældende, at artikel 85 finder anvendelse i en situation, hvor en aftale af en art, som er forbudt i den nævnte artikel, selv om den er bragt til ophør, stadig »har virkning« i Fællesskabet. De har anført, at EMI- og CBS-koncernernes områdemæssige opdeling af rettighederne til Columbia-varemærkerne er et resultat af oprindelige aftaler om markedsopdeling af en art, som er forbudt ved artikel 85, og at også håndhævelsen af disse rettigheder af samme årsag er forbudt i henhold til den nævnte artikel.

I sit indlæg koketterede Kommissionen med et anbringende om, at Domstolen ikke i relation til artikel 85 burde sondre mellem virkningen af en aftale om overdragelse af et varemærke og af en licensaftale vedrørende mærket. Kommissionen udtalte dog til slut, at denne sondring havde ringe betydning for handelen med varemærker inden for Fællesskabet. Jeg er enig heri. I lyset af de i *Hag*- og *Centrafarm*-sagerne anvendte principper har det ikke stor betydning, på hvilken måde man søger at udnytte varemærkerettigheder til en opdeling af Fællesmarkedet. For så vidt angår handelen med tredjelande, udtalte Kommissionen, at sondringen mellem aftaler om licens af varemærker og aftaler om overdragelse, rejste et vanskeligt problem, hvis løsning ville have vidtrækkende følger, og at det ikke var nødvendigt at løse det i nærværende søgsmål. Det er en kendsgerning, at der endnu ikke har været indbragt nogen sag for Domstolen om en aftale, der vedrører licens for varemærker i handelen mellem Fællesskabet og tredjelande, og jeg tror, at det ville være uklogt af mig at teoretisere om udfaldet af en sådan sag, hvis den skulle blive indbragt.

Hermed vender jeg tilbage til sagsøgtes og Kommissionens hovedargument.

Dette støttes tilsyneladende for en del på »virknings-teorien«, som Domstolen har antaget i *Béguelin*-sagen, og som generaladvokat Mayras indgående har diskuteret i sit forslag til afgørelse i sagerne 48, 49 og 51 til 57/69, *farvestof*-sagerne (Recueil 1972, s. 692-702). Efter min mening er det i de foreliggende søgsmål forkert at støtte sig på denne teori. Den drejer sig om Kommissionens og Domstolens kompetence over for virksomheder, som er hjemmehørende uden for Fællesskabet. Teorien siger blot, at sådanne virksomheder ikke kan unddrage sig denne kompetence, hvis de indgår aftaler, som har virkninger inden for Fællesskabet. Dette er faktisk ikke spørgsmålet her.

Det er derimod efter min opfattelse mere relevant, når sagsøgte og Kommissionen har påberåbt sig Domstolens dom i *Sirena*-sagen.

Denne dom er efter min mening hverken let at forstå eller fortolke. De vanskeligheder, som den frembyder, blev fremhævet af generaladvokat Mayras i forslaget til afgørelse i *Hag*-sagen (Sml. 1974, s. 750). Han anførte der, at dommen måske kunne forklares ud fra det synspunkt, at Domstolen forudsætningsvis havde anerkendt en fortolkning af de faktiske omstændigheder i sagen, som var blevet givet af generaladvokat Dutheillet de Lamothe, og hvorefter der stadig var aftaler, eller i hvert fald samordnet praksis, i kraft mellem de implicerede amerikanske, belgiske, franske, hollandske, italienske og tyske firmaer. (Det synes da også, at dette var den fortolkning af de faktiske omstændigheder, som blev lagt

til grund af de pågældende italienske retter, nemlig underretten i Milano, som forelagde sagen for Domstolen, og appelretten i Milano, hvortil sagen senere blev indbragt — se (1975) I CMLR 409, navnlig s. 430-431; Dir. scambi internaz. 1974, s. 105). Der er på den anden side afsnit i Domstolens dom, som kan fortolkes som en støtte for sagsøgtes og Kommissionens argumentation i nærværende søgsmål. Således finder man i præmis 9 dette:

»varemærkeretten som retligt begreb besidder ikke i sig selv de i artikel 85, stk. 1 nævnte kendetegn på aftaler eller former for samordnet praksis;

imidlertid kan rettens udøvelse falde ind under traktatens forbud, hver gang det viser sig, at den har været genstand for, middel til eller følge af en aftale«.

I præmis 12 udtales følgende:

»hvis aftalerne blev indgået inden traktatens ikrafttrædelsestidspunkt, er det nødvendigt og tilstrækkeligt, at de stadig har virkninger efter dette tidspunkt.«

Det efter min mening mest bemærkelsesværdige træk ved dommen er imidlertid, at det princip, hvorpå den er støttet, er princippet om fællesmarkedets enhed, hvilket medfører, at varemærkerettigheder ikke kan benyttes til kunstigt at opdele dette marked. Dette udtales langt tydeligere end noget andet i dommen: se navnlig præmis 10 og 11. Jeg mener følgelig, at såfremt *Sirena*-sagen skulle afgøres i dag, ville den blive afgjort i henhold til traktatens artikler 30 og 36, og at den ikke kan tages som noget klart præjudikat for, at artikel 85 skulle kunne finde anvendelse på omstændigheder som de her foreliggende.

Således opløses spørgsmålet efter min opfattelse af sig selv til et spørgsmål om blot og bar fortolkning af artikel 85.

Jeg tror, det vil være for vidtgående at sige, at artikel 85 alene kan finde anvendelse, hvor der foreligger en aftale eller former for samordnet praksis. Lad os antage, at to virksomheder (uanset om de var beliggende inden eller uden for Fællesskabet) efter traktatens ikrafttræden indgik en aftale, som ubestrideligt begrænsede konkurrencen inden for fællesmarkedet, og som ubestrideligt kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater, og lad os antage, at et af de af virksomhederne valgte midler til gennemførelse af aftalen var en varemærkeoverdragelse eller gensidige overdragelser af varemærker. Hvis aftalen da blev bragt til ophør, muligvis som følge af en procedure, indledt af Kommissionen i henhold til forordning nr. 17, kunne det efter min opfattelse ikke forsvares, at virksomhederne frit skulle kunne udøve de varemærkerettigheder, de således havde erhvervet, når denne udøvelse i sig selv bevirkede, at konkurrencen i fællesmarkedet blev begrænset, og at samhandelen mellem medlemsstater kunne påvirkes.

Det er min opfattelse, at kendes omfanget af forbudet i artikel 85, har vi også nøglen til problemets løsning. Jeg tror, det er ulejligheden værd på ny at henvise til den nøjagtige ordlyd af artikel 85, stk. 1, hvor velkendt den end måtte være. For så vidt det har relevans for nærværende søgsmål, bestemmer den, at:

»Alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for sam ordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, er uforenelige med fællesmarkedet og er forbudt . . .«

Dette forbud kan efter min mening ikke omfatte en aftale, der kom i stand men blev bragt til ophør inden traktatens ikrafttræden, eftersom traktaten ikke har tilbagevirkende gyldighed. Jeg mener derfor ikke, at det kan udstrækkes til de blotte følger af en sådan aftale, såsom at ejeren efter traktatens ikrafttræden udøver sine varemærkerettigheder, som han rent historisk ikke ville eller kunne have haft uden denne aftale. (Situationen ville

selvfølgelig være anderledes, hvis parterne til trods for aftalens ophør fortsatte deres samordnede praksis).

Jeg er på den anden side ikke i tvivl om, at forbudet omfatter en aftale af den i artikel 85 angivne art, der er kommet i stand inden traktatens ikrafttræden, og som stadig er i kraft efter dette tidspunkt. Men af de anførte grunde mener jeg ikke, at forbudet kan omfatte andre følger af aftalen end dem — hvis der overhovedet er nogen — der kan henføres til dens fortsatte væren i kraft. Da en aftale, der fandtes inden traktatens ikrafttrædelse, ikke er forbudt, kan udøvelse af varemærkerettigheder, der afledtes af aftalen før dette tidspunkt, heller ikke være forbudt.

Selvfølgelig er det relevante tidspunkt for aftaler, der alene påvirker konkurrencen i de nye medlemsstater (eller i enkelte af dem), eller som kun vil kunne påvirke samhandelen mellem disse og andre medlemsstater, ikke datoen for traktatens ikrafttræden, men for tiltrædelsen.

Som nævnt, er parterne enige om, at mellem 1956 og 1962, dvs. i den periode, der omfatter tidspunktet for traktatens ikrafttræden, fandtes der ikke nogen aftale eller ordning af nogen art mellem noget selskab i EMI-koncernen og noget selskab i CBS-koncernen. Hvis dette er korrekt, slutter jeg, at artikel 85 ikke kan finde anvendelse, måske bortset fra på forhold, der hidrører fra en eller flere af de aftaler, som de to koncerner har indgået mellem 1962 og 1971. Det er selvfølgelig de nationale retter, som skal afgøre dette punkt.

Forslag til afgørelse

For så vidt angår formuleringen af de besvarelser, som Domstolen skal give de nationale retters spørgsmål, finder jeg, i betragtning af den måde hvorpå sagen har udviklet sig, navnlig fordi Domstolen har tilladt bevis ud over, hvad der var fremlagt for de nationale retter, at det kunne skabe uklarhed, hvis Domstolen anvendte de i forelæggelseskendelserne anvendte symboler A, B og X.

Jeg ville besvare de spørgsmål, som er anført i den engelske sag, således:

1) EØF-traktatens bestemmelser om frie varebevægelser skal ikke fortolkes således, at de medfører, at en virksomhed, der er indehaver af et varemærke i en medlemsstat, er afskåret fra at udøve sine af denne stats nationale ret flydende rettigheder til at forhindre:

   i) salg af varer forsynet med samme varemærke indført til den nævnte stat fra tredjeland, selv om disse varer er blevet fremstillet og forsynet med varemærket i et land, hvor deres producent er indehaver af varemærket, og selv om varemærkerne i den pågældende medlemsstat og i det nævnte land har fælles oprindelse; eller

   ii) at varer forsynet med nævnte varemærke fremstilles i den pågældende medlemsstat af nogen, der er indehaver af varemærket i ét eller flere lande uden for Fællesskabet, selv om varemærkerne har fælles oprindelse.

2) Traktatens bestemmelser om konkurrence skal ikke fortolkes således, at de medfører, at en virksomhed, som er indehaver af et varemærke i en medlemsstat, er afskåret fra at udøve sine af denne stats nationale ret flydende rettigheder til at forhindre:

   i) salg af varer forsynet med samme varemærke indført til den nævnte stat fra tredjeland, selv om disse varer er blevet fremstillet og forsynet med varemærket i et land, hvor deres producent er indehaver af varemærket, eller

   ii) at varer forsynet med nævnte varemærke fremstilles i den pågældende medlemsstat af nogen, der er indehaver af varemærket i et eller flere lande uden for Fællesskabet,

   medmindre —

   a) en sådan udøvelse af de nævnte rettigheder følger eller kunne følge enten af en aftale, indgået efter den 31. december 1957, eller af en efter denne dato gældende, men tidligere indgået aftale, såfremt en sådan aftale i begge tilfælde har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, og såfremt den kan påvirke handelen mellem medlemsstater; eller

   b) en sådan udøvelse af de nævnte rettigheder kunne være misbrug af en dominerende stilling, som den nævnte virksomhed har på fællesmarkedet, og et sådant misbrug kunne påvirke samhandelen mellem medlemsstater.

3) De foregående henvisninger til en aftale, indgået efter den 31. december 1957 eller en efter denne dato gældende, men tidligere indgået aftale, skal fortolkes som omfattende henvisninger til en hvilken som helst beslutning, truffet af en sammenslutning af virksomheder, eller til en hvilken som helst form for samordnet praksis, der indføres efter eller fortsat er gældende i den anførte betydning; endvidere skal henvisningerne til den 31. december 1957, for så vidt angår en aftale, beslutning eller form for samordnet praksis, der kun påvirker konkurrencen i nogle af de nye medlemsstater eller samhandelen mellem nogle af disse og nogle af de øvrige medlemsstater, fortolkes som henvisninger til den 31. december 1972.

I de danske og tyske sager bør spørgsmålene efter min opfattelse besvares på samme måde, men i begge tilfælde med udeladelse af afsnit ii).