DOMSTOLENS DOM
11. november 1997 *

I sag C-349/95,

angående en anmodning, som Nederlandenes Hoge Raad i medfør af EF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

»F. Loendersloot Internationale Expeditie« ved Frits Loendersloot

mod

George Ballantine & Son Ltd m.fl.,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 36,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G. C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene C. Gulmann (refererende dommer), H. Ragnemalm og M. Wathelet samt dommerne J. C. Moitinho de Almeida, P. J. G. Kapteyn, J. L. Murray, D. A. O. Edward, G. Hirsch, P. Jann og L. Sevón,

* Processprog: nederlandsk.

generaladvokat: F. G. Jacobs
justitssekretær: ekspeditionssekretær D. Louterman-Hubeau,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— »F. Loendersloot Internationale Expeditie« ved Frits Loendersloot ved advokat G. van der Wal, Haag

— George Ballantine & Son Ltd m.fl. ved advokat W. A. Hoyng, Eindhoven

— Det Forenede Kongeriges regering ved S. Braviner, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, bistået af barrister Michael Silverleaf

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved juridisk konsulent H. van Lier, som befuldmægtiget,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 7. januar 1997 er afgivet mundtlige indlæg af »F. Loendersloot Internationale Expeditie« ved Frits Loendersloot ved advokat G. van der Wal, af George Ballantine & Son Ltd m.fl. ved advokat W. A. Hoyng, af Det Forenede Kongeriges regering ved L. Nicoll, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, bistået af M. Silverleaf, og af Kommissionen ved H. van Lier,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 27. februar 1997,

afsagt følgende

Dom

1 Ved dom af 3. november 1995, indgået til Domstolen den 13. november 1995, har Nederlandenes Hoge Raad i medfør af EF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen fire præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af samme traktats artikel 36.

2 Spørgsmålene er blevet rejst under en sag, som føres mellem »F. Loendersloot Internationale Expeditie« ved Frits Loendersloot (herefter »Loendersloot«), der har bopæl i Nederlandene, og George Ballantine & Son Ltd samt fjorten andre selskaber, der har hjemsted i Skotland og England (herefter »Ballantine m.fl.«).

3 Ballantine m.fl. producerer og markedsfører alkoholholdige drikkevarer, hovedsagelig whisky. Deres produkter er højt ansete og sælges i næsten alle lande i verden.

4 Drikkevarerne markedsføres i flasker, som af producenterne er forsynet med etiketter med angivelse af den pågældende producents varemærke. Varemærkerne findes også på flaskernes emballage. Ballantine m.fl. anbringer desuden identifikationsnumre, både på etiketterne eller et andet sted på flaskerne og på emballagen.

5 Loendersloot, der er en transport- og oplagringsvirksomhed, har bl.a. kunder, som driver såkaldt »parallelhandel«. Disse kunder opkøber produkter, der er fremstillet af Ballantine m.fl., i lande, hvor priserne er forholdsvis lave, og de videresælger produkterne i lande, hvor priserne er højere.

6 I 1990 anlagde Ballantine m.fl. sag mod Loendersloot ved Arrondissementsrechtbank, Breda, med påstand om, at det blev pålagt Loendersloot at undlade at foretage bestemte handlinger, der krænkede deres varemærkerettigheder eller var retsstridige af andre grunde, herunder

— at fjerne etiketterne med deres varemærker og på ny at påføre etiketter, enten ved at genanbringe de originale etiketter eller ved at erstatte dem med efterligninger

— at fjerne de identifikationsnumre, der findes på eller under de originale etiketter og på flaskernes emballage

— at fjerne det engelske ord »pure« og navnet på den af Ballantine m.fl. autoriserede importør på de originale etiketter og i givet fald at erstatte navnet med en anden persons navn, og

— herefter at eksportere produkterne til handlende i Frankrig, Spanien, England, USA og Japan.

7 Loendersloot gjorde gældende, at disse handlinger, i det omfang de faktisk måtte være foretaget af Loendersloot, ikke udgjorde varemærkekrænkelser, og at de heller ikke var retsstridige af andre grunde. De var derimod nødvendige for at kunne drive parallelhandel med produkterne på bestemte markeder.

8 Arrondissementsrechtbank Breda fandt, at fjernelsen af identifikationsnumrene var en retsstridig handling af grunde, som ikke havde sammenhæng med varemærkeretten, og nedlagde forbud mod, at Loendersloot fjernede dem fra flaskerne og emballagen og derefter eksporterede produkterne. Retten fandt endvidere, at

fjernelsen af varemærkerne fra flaskerne og emballagen og genanbringelsen af dem var varemærkekrænkelser, og retten pålagde Ballantine m.fl. at føre bevis for de varemærkerettigheder, de påberåbte sig.

9 Loendersloot ankede dommen til Gerechtshof, Hertogenbosch, og Ballantine m.fl. indgav kontraanke.

10 Gerechtshof ophævede Arrondissementsrechtbank's dom for så vidt angik forbuddet mod at fjerne identifikationsnumrene og at eksportere produkterne. Med hensyn til den hævdede varemærkekrænkelse fandt Gerechtshof imidlertid, at Arrondissementsrechtbank med rette havde lagt til grund, at en tredjemands fjernelse og genanbringelse af et varemærke udgjorde en retsstridig brug af varemærket. Gerechtshof forkastede Loendersloot's argument om, at EF-traktatens artikel 30 og 36 var til hinder for, at Ballantine m.fl. fik nedlagt de ønskede forbud, idet retten fandt, at varemærkeindehaverens eneret til at anbringe varemærket var omfattet af varemærkets særlige genstand.

11 Loendersloot indbragte afgørelsen for Hoge Raad ved kassationsanke, og Ballantine m.fl. indgav kontraanke. For Hoge Raad gjorde Loendersloot navnlig gældende, at den beføjelse, varemærkeindehaveren efter national ret har til at modsætte sig, at en tredjemand fjerner varemærket og derefter genanbringer det, ikke kan falde ind under varemærkerettens særlige genstand, og at Ballantine m.fl. gjorde brug af deres varemærkerettigheder for at kunne opretholde et identifikationsnummersystem, som ikke havde andet formål end at modvirke parallelhandel med midler, der ikke var forenelige med fællesskabsretten.

12 Ballantine m.fl. gjorde gældende, at den eneret, de påberåbte sig, var omfattet af varemærkerettens særlige genstand, og at identifikationsnumrene kun tjente lovlige formål, idet de bl.a. gjorde det muligt at tilbagekalde defekte produkter og at bekæmpe forfalskninger.

13 I forelæggelsesdommen har Hoge Raad udtalt, at det strider mod national ret på området, at en tredjemand fjerner og derefter genanbringer et varemærke uden varemærkeindehaverens samtykke. Hoge Raad fandt imidlertid ikke at kunne tage stilling til argumenterne vedrørende traktatens artikel 36, før den havde forelagt Domstolen en præjudiciel anmodning, og retten besluttede derfor at udsætte sagen og forelægge følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal varemærkerettens særlige genstand antages at omfatte en beføjelse, som varemærkeindehaveren — for så vidt angår alkoholholdige drikkevarer, han har fremstillet — støtter på national ret, til at modsætte sig, at de etiketter på flaskerne og flaskernes emballage, som han har anbragt, og som er forsynet med hans varemærke, efter at de således emballerede drikkevarer af ham er bragt i omsætning inden for Fællesskabet, fjernes af en tredjemand og derefter genanbringes eller bliver erstattet af lignende etiketter, uden at der derved gøres indgreb i produktets oprindelige tilstand?

2) Gør det — for så vidt der er tale om udskiftning af etiketterne med lignende etiketter — herved nogen forskel, om tredjemand undlader at anføre ordet 'pure', som fandtes på de oprindelige etiketter, og/eller navnet på importøren og i givet fald erstatter dette med et andet navn?

3) Såfremt spørgsmål 1 må besvares bekræftende, men varemærkeindehaveren benytter den i spørgsmålet nævnte beføjelse til at forhindre, at en tredjemand fjerner de af varemærkeindehaveren anbragte identifikationsmærker, som befinder sig på eller under etiketterne, og som har sat varemærkeindehaveren i stand til at efterspore lækager i sin salgsorganisation og således bekæmpe parallelhandel med sine produkter, skal en sådan udøvelse af varemærkeretten da betragtes som en 'skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne', der tager sigte på at opnå en kunstig opdeling af markederne?

4) I hvilket omfang har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 3, om varemærkeindehaveren har anbragt identifikationsmærkerne i henhold til en lovbestemt forpligtelse hertil eller uden at være forpligtet hertil, men med det formål at gøre det muligt at tilbagekalde produkterne ('product recall') og/eller begrænse sit produktansvar og/eller at bekæmpe forfalskninger, eller om han har anbragt mærkerne udelukkende for at bekæmpe parallelhandel?«

Indledende bemærkninger

14 Indledningsvis bemærkes, at de spørgsmål, den forelæggende ret har stillet, hviler på følgende tre forudsætninger:

— For det første udgør fjernelsen og genanbringelsen eller udskiftningen af de varemærker, der indehaves af Ballantine m.fl., en krænkelse af disses varemærkerettigheder i henhold til den nationale lovgivning.

— Desuden medfører de forbud, Ballantine m.fl. ønsker nedlagt, hindringer for de frie varebevægelser mellem medlemsstater, som principielt er i strid med traktatens regler på dette område.

— Endelig kan sådanne hindringer være tilladt i medfør af traktatens artikel 36, hvis de er begrundet i hensyn til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, dog således at de hverken må udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

15 For så vidt angår den anden af disse forudsætninger har Ballantine m.fl. bestridt, at de forbud, der ønskes nedlagt, skulle udgøre hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet, da intet er til hinder for, at Loendersloot eksporterer de pågældende produkter i deres originale tilstand til andre medlemsstater.

16 I denne henseende er der, som generaladvokaten har anført i punkt 25 i forslaget til afgørelse, ingen grund til at drage den forelæggende rets bedømmelse i tvivl, for så vidt som denne har fundet, at forbud som dem, Ballantine m.fl. ønsker nedlagt, udgør hindringer for de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne som omhandlet i EF-traktatens artikel 30 og 34.

17 For så vidt angår den tredje forudsætning er det gjort gældende, at de forelagte spørgsmål ikke skal besvares ud fra traktatens artikel 36, men på grundlag af bestemmelserne i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), som skulle være gennemført i medlemsstaternes nationale ret senest den 31. december 1992.

18 I denne henseende findes det tilstrækkeligt at konstatere, at det tilkommer den forelæggende ret at afgøre, om den for retten verserende sag under hensyn til de nationale retsregler, der gælder for forbud som dem, der er nedlagt påstand om i hovedsagen, skal afgøres ud fra traktatens artikel 36 eller direktiv 89/104, som i artikel 7 indeholder en fuldstændig regulering af spørgsmålet om konsumption af varemærketretten for så vidt angår produkter, der er markedsført inden for Fællesskabet. Det skal dog bemærkes, at direktivets artikel 7, ligesom traktatens artikel 36, har til formål at forene de grundlæggende hensyn til beskyttelsen af varemærkerettigheder med de grundlæggende hensyn til de frie varebevægelser inden for det fælles marked, og at disse to bestemmelser, der tilsigter at nå det samme resultat, derfor skal fortolkes på samme måde (domme af 11.7.1996, forenede sager C-427/93, C-429/93 og C-436/93, Bristol-Myers Squibb m.fl., Sml. I, s. 3457, præmis 40, forenede sager C-71/94, C-72/94 og C-73/94, Eurim-Pharm, Sml. I, s. 3603, præmis 27, og sag C-232/94, MPA Pharma, Sml. I, s. 3671, præmis 13).

De præjudicielle spørgsmål

19 Med de fire spørgsmål, som må behandles under ét, ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om traktatens artikel 36 skal fortolkes således, at en varemærkeindehaver, selv om det udgør en hindring for samhandelen inden for Fællesskabet, kan påberåbe sig sin varemærkeret for at forhindre, at en tredjemand fjerner og derefter genanbringer eller udskifter etiketter, der er forsynet med varemærket og anbragt af varemærkeindehaveren selv på produkter, denne har bragt i omsætning på Fællesskabets marked, under omstændigheder, hvor produkternes originale tilstand ikke berøres.

20 Spørgsmålene vedrører specielt situationer, hvor ometiketteringen er foretaget med det formål

— at fjerne de identifikationsnumre, varemærkeindehaveren har anbragt på eller under etiketterne og på flaskernes emballage, og

— at fjerne det engelske ord »pure« samt det på etiketterne anførte navn på den autoriserede importør og i givet fald at erstatte det med navnet på en anden person.

Med hensyn til den første situation anmodes Domstolen om at tage stilling til, hvilken betydning det skal tillægges, dels at varemærkeindehaveren gør brug af sin varemærkeret for at forhindre, at en tredjemand fjerner identifikationsnumre, som sætter varemærkeindehaveren i stand til at efterspore eventuelle lækager i sin salgsorganisation og dermed at bekæmpe parallelhandel, dels at identifikationsnumrene også har andre formål, herunder særligt at overholde en lovbestemt forpligtelse eller at kunne gennemføre en tilbagekaldelse af produktet, at begrænse produktansvaret eller at bekæmpe forfalskninger.

Domstolens praksis

21 Med henblik på besvarelsen af spørgsmålene bemærkes først, at artikel 36 efter Domstolens praksis kun tillader, at det grundlæggende princip om de frie varebevægelser inden for det fælles marked fraviges i det omfang, dette er begrundet i hensynet til beskyttelse af de rettigheder, der udgør den pågældende industrielle og kommercielle ejendomsrets særlige genstand.

22 Hvad særlig angår varemærkeretten har Domstolen fastslået, at denne er afgørende inden for rammerne af den ordning med loyal konkurrence, som skal gennemføres efter traktaten. Under en sådan ordning må virksomhederne sættes i stand til på grundlag af kvaliteten af deres produkter eller tjenesteydelser at opbygge en fast kundekreds, hvilket kun er muligt, såfremt der findes særlige kendetegn, ved hjælp af hvilke de kan identificeres. Betingelsen for, at et varemærke kan have denne funktion, er, at mærket for ethvert produkt, der er forsynet med det, udgør en garanti for, at produktet er blevet fremstillet under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for produktets kvalitet (jf. bl.a. dom af 17.10.1990, sag C-10/89, HAG, Sml. I, s. 3711, præmis 13, herefter »HAG II-dommen«, og ovennævnte dom i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 43). Varemærkerettens særlige genstand består således navnlig i, at indehaveren sikres en eneret til at bruge mærket til et produkt, når dette første gang bringes i handelen, hvorved han beskyttes mod konkurrenter, som måtte ønske at misbruge mærkets stilling og omdømme til at sælge produkter, der retsstridigt er forsynet med dette mærke (jf. bl.a. dom af 23.5.1978, sag 102/77, Hoffmann-La Roche, Sml. s. 1139, præmis 7, HAG II-dommen, præmis 14, og dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 44).

23 Det følger navnlig heraf, at indehaveren af en varemærkeret, der er beskyttet efter lovgivningen i en medlemsstat, ikke på grundlag af denne lovgivning kan modsætte sig import eller markedsføring af en vare, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af indehaveren selv eller med hans samtykke (jf. bl.a. dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 45). Varemærkerettens genstand er ikke at tillade indehaverne at opdele de nationale markeder og derved medvirke til at opretholde de prisforskelle, der kan være mellem medlemsstaterne (jf. dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 46).

24 Hvad særligt angår spørgsmålet om, hvorvidt den eneret, der tilkommer varemærkeindehaveren, omfatter beføjelsen til at modsætte sig tredjemands brug af varemærket efter ompakning af varen, følger det af Domstolens praksis, at det må tages i betragtning, at varemærkets hovedfunktion er at indestå for mærkevarens oprindelsesægthed over for forbrugeren eller den endelige bruger, idet denne sættes i stand til at adskille varen fra varer af anden oprindelse uden risiko for forveksling. Denne garanti for oprindelsen indebærer, at forbrugeren eller den endelige bruger kan være sikker på, at en mærkevare, som tilbydes ham, ikke på et tidligere omsæt-

ningstrin har været genstand for et indgreb, som er foretaget af en tredjemand uden varemærkeindehaverens tilladelse, og hvorved varens oprindelige tilstand er berørt (jf. bl.a. Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 7, og dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 47).

25 Domstolen har således fastslået, at den ret, der indrømmes varemærkeindehaveren til at modsætte sig enhver anvendelse af mærket, som kan forvanske oprindelsesgarantien forstået på denne måde, hører til varemærkerettens særlige genstand, hvis beskyttelse kan begrunde fravigelser fra det grundlæggende princip om frie varebevægelser (jf. Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 7, dom af 3.12.1981, sag 1/81, Pfizer, Sml. s. 2913, præmis 9, og dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 48).

26 Under anvendelse af disse principper i sager om ompakning af lægemidler med henblik på parallelhandel har Domstolen fastslået, at traktatens artikel 36 skal fortolkes således, at en varemærkeindehaver principielt lovligt kan modsætte sig fortsat markedsføring af et lægemiddel, når importøren har ompakket lægemidlet og genanbragt varemærket herpå (jf. bl.a. Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 8, og for så vidt angår artikel 7, stk. 2, i direktiv 89/104 dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 50).

27 I modsætning til, hvad Loendersloot har gjort gældende, finder denne praksis også anvendelse på tilfælde som det, hovedsagen drejer sig om. I det foreliggende tilfælde er mærkevaren således også blevet udsat for et indgreb, som er foretaget af en tredjemand uden varemærkeindehaverens samtykke, og som kan forvanske den oprindelsesgaranti, varemærket giver.

28 Det skal dog bemærkes, at artikel 36 efter Domstolens praksis (jf. bl.a. Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 10, dom af 10.10.1978, sag 3/78, Centrafarm, Sml. s. 1823, præmis 21 og 22, og dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 49 og 50) ikke giver grundlag for, at varemærkeindehaveren modsætter sig en genanbringelse af varemærket, når den måde, hvorpå varemærkeindehaveren herved benytter sin ret, bidrager til en kunstig opdeling af markederne

mellem medlemsstaterne, og genanbringelsen af varemærket finder sted på en sådan måde, at varemærkeindehaverens legitime interesser tilgodeses. Beskyttelsen af disse legitime interesser kræver navnlig, at det i emballagen indeholdte produkts originale tilstand ikke kan blive berørt, og at genanbringelsen ikke sker på en sådan måde, at den kan være skadelig for varemærkets eller varemærkeindehaverens omdømme.

29 Heraf følger, at en varemærkeindehaver i medfør af traktatens artikel 36 kan påberåbe sig sin varemærkeret for at forhindre, at en tredjemand fjerner og derefter genanbringer eller udskifter etiketter, der er forsynet med varemærket, medmindre

— det godtgøres, at varemærkeindehaverens brug af varemærkeretten til at modsætte sig markedsføring af de ometiketterede produkter under varemærket bidrager til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne

— det påvises, at ometiketteringen ikke kan berøre produktets originale tilstand, og

— det ometiketterede produkts præsentationsmåde ikke er af en sådan karakter, at den kan være skadelig for varemærkets eller varemærkeindehaverens omdømme.

30 I sin praksis har Domstolen tillige stillet krav om, at den, der ompakker lægemidler, underretter varemærkeindehaveren om ompakningen og efter dennes anmodning leverer en prøve af det ompakkede produkt, og at han på det ompakkede produkt angiver, hvem der er ansvarlig for ompakningen (jf. bl.a. dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl.).

31 Der skal derfor tages stilling til disse betingelser på baggrund af omstændigheder som dem, der foreligger i hovedsagen.

32 Med hensyn til produktets originale tilstand bemærkes, at det fremgår af selve ordlyden af det første præjudicielle spørgsmål, at den forelæggende ret har fundet, at den ometikettering, hovedsagen drejer sig om, ikke berører produktets originale tilstand.

33 Med hensyn til beskyttelsen af varemærkets omdømme bemærkes, at den tredjemand, der foretager ometiketteringen af produktet, skal sørge for, at varemærkets — og dermed varemærkeindehaverens — omdømme ikke lider skade på grund af en inadækvat præsentation af det ometiketterede produkt (jf. bl.a. dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 75 og 76). Med henblik på bedømmelsen af, om dette er tilfældet i hovedsagen, bør den nationale ret navnlig tage hensyn til den interesse, Ballantine m.fl. har i at beskytte deres produkters karakter af luksusprodukter samt produkternes høje renommé.

34 Det fremgår af sagens akter, at det hovedsageligt er anvendelsen af betingelsen vedrørende varemærkeindehaverens brug af varemærkeretten til at bidrage til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne, der er det centrale punkt i sagen.

35 I denne forbindelse bemærkes indledningsvis, at Domstolen i præmis 52 i dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl. har konstateret, at en varemærkeindehavers brug af varemærkeretten til at modsætte sig markedsføring under varemærket af produkter, der er ompakket af en tredjemand, vil kunne bidrage til en opdeling af markederne mellem medlemsstaterne, navnlig når varemærkeindehaveren har markedsført samme lægemiddel i forskellige pakninger i forskellige medlemsstater, og produktet ikke i den tilstand, hvori det af varemærkeindehaveren er markedsført i en medlemsstat, kan importeres og markedsføres af en parallelimportør i en anden medlemsstat.

36 I samme doms præmis 56 og 57 har Domstolen endvidere konstateret, at den beføjelse, der tilkommer indehaveren af en varemærkeret, til at modsætte sig markedsføring af ompakkede produkter under brug af varemærket, kun må begrænses i det omfang, hvori den ompakning, importøren har foretaget, er nødvendig for at markedsføre produktet i importmedlemsstaten. Det skal derimod ikke påvises, at varemærkeindehaveren har haft til hensigt at opdele markederne mellem medlemsstaterne.

37 I det konkrete tilfælde i hovedsagen har Loendersloot gjort gældende, at varemærkeindehaverens brug af varemærket for at forhindre, at Loendersloot foretager den pågældende ometikettering, bidrager til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne med henblik på at opretholde prisforskelle, der ikke er begrundet i forskelle i de faktiske omkostninger. Efter Loendersloot's opfattelse er ometiketteringen nødvendig af to grunde. For det første fordi den er nødvendig for at kunne fjerne de identifikationsnumre, som Ballantine m.fl. har anbragt på flaskerne, hvilket er påkrævet for ikke at afsløre, hvilke forhandlere der medvirker ved parallelhandelen. I modsat fald ville Loendersloot under ingen omstændigheder kunne få leverancer fra Ballantine m.fl.'s autoriserede forhandlere, som må frygte at blive udsat for sanktioner fra producenternes side, hvis disse havde kendskab til, hvilke forhandlere der deltager i parallelhandelen. For det andet er ometiketteringen nødvendig for at kunne fjerne ordet »pure« eller ændre angivelsen af importøren, således at produkterne kan markedsføres i de lande, de er bestemt til.

38 Det bemærkes, at de opgaver, der påhviler de nationale domstole, som skal bedømme, om ometiketteringen er nødvendig for at undgå en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne, ikke er de samme i tilfælde som dem, der foreligger i hovedsagen, som i tilfælde, hvor der er tale om ompakning af lægemidler. I de sidstnævnte tilfælde skulle de nationale domstole således tage stilling til, om der på markederne i deres respektive lande gjaldt betingelser, som gjorde det objektivt nødvendigt at foretage en ompakning. I den foreliggende hovedsag skal den nationale ret derimod bedømme, om ometiketteringen er nødvendig, dels for at beskytte parallelhandelens forsyningskilder, dels for at produkterne kan afsættes på de forskellige markeder i de medlemsstater, de er bestemt til.

Fjernelsen af identifikationsnumrene

39 Med hensyn til fjernelsen og genanbringelsen eller udskiftningen af etiketterne med det formål at fjerne identifikationsnumrene har Ballantine m.fl. anført, at det overhovedet ikke er nødvendigt at fjerne numrene, for at produkterne kan sælges på markederne i de forskellige medlemsstater efter de dér gældende regler.

40 I denne forbindelse bemærkes, at selv om dette isoleret set er korrekt, kan fjernelsen af identifikationsnumrene, som Loendersloot har anført, dog vise sig at være nødvendig for at undgå en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne som følge af de vanskeligheder, de personer, der deltager i parallelhandelen, kan blive udsat for i forbindelse med at opnå leverancer fra Ballantine m.fl.'s forhandlere, der må frygte at blive pålagt sanktioner fra producenternes side, hvis de sælger til sådanne personer. Selv om det, som Ballantine m.fl. har gjort gældende, måtte forholde sig således, at en sådan adfærd fra producenternes side ville udgøre en overtrædelse af traktatens konkurrenceregler, kan det ikke udelukkes, at identifikationsnumrene er blevet anbragt på produkterne af producenterne for at sætte disse i stand til at følge produkterne gennem omsætningsleddene med det formål at lægge hindringer i vejen for, at producenternes forhandlere leverer til personer, der driver parallelhandel.

41 Det må imidlertid også anerkendes, at anbringelsen af identifikationsnumrene for producenternes vedkommende kan være nødvendig for at opfylde en lovbestemt forpligtelse, herunder særlig i medfør af Rådets direktiv 89/396/EØF af 14. juni 1989 om angivelser af eller mærker til identifikation af et bestemt levnedsmiddelparti (EFT L 186, s. 21), eller for at tilgodese andre formål, som er væsentlige og lovlige i forhold til fællesskabsretten, herunder tilbagekaldelse af defekte produkter og bekæmpelse af forfalskninger.

42 Under disse omstændigheder må det konstateres, at i tilfælde, hvor identifikationsnumrene er anbragt af grunde som dem, der er nævnt i præmis 41, bidrager det

forhold, at varemærkeindehaveren påberåber sig sin varemærkeret for at forhindre, at en tredjemand fjerner og derefter genanbringer eller udskifter etiketter, der er forsynet med varemærket, med det formål at fjerne numrene, ikke til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne. I sådanne situationer er der ikke grundlag for at begrænse de rettigheder, varemærkeindehaveren kan påberåbe sig i henhold til artikel 36.

43 I tilfælde, hvor det er godtgjort, at identifikationsnumrene på den ene side er anbragt af grunde, der er lovlige i henhold til fællesskabsretten, men at de på den anden side også benyttes af varemærkeindehaveren som et middel til at efterspore lækager i dennes salgsorganisation og dermed for at bekæmpe parallelhandel, må de personer, der deltager i parallelhandelen, være henvist til at beskytte sig mod de sidstnævnte handlinger inden for rammerne af traktatens konkurrenceregler.

Fjernelsen af ordet »pure« og af importørens navn fra etiketterne

44 Loendersloot har anført, at grunden til, at kunderne har interesse i at få fjernet ordet »pure« og det på etiketterne angivne navn på importøren — samt i givet fald i at få navnet erstattet med parallelimportørens navn — er de i bestemmelseslandet gældende regler om etikettering. Disse foranstaltninger foretages således kun af Loendersloot for at opnå, at produkterne kan sælges på de pågældende markeder. Loendersloot har nærmere anført, at det i nogle lande er forbudt at anvende ordet »pure«, og at det kan være nødvendigt at fjerne det på etiketten anførte navn på den autoriserede importør eller at erstatte det med parallelimportørens navn for at overholde de regler, der gælder i det land, produktet er bestemt til, også selv om reglerne er harmoniseret inden for Fællesskabet ved Rådets direktiv 79/112/EØF af 18. december 1978 om tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om mærkning af og præsentationsmåder for levnedsmidler bestemt til den endelige forbruger samt om reklame for sådanne levnedsmidler (EFT 1979 L 33, s. 1).

45 I denne sammenhæng må det konstateres, at brugen af Ballantine m.fl.'s varemærkeret til at forhindre ometikettering med de af Loendersloot anførte formål rent faktisk vil bidrage til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne, for så vidt som det godtgøres, at angivelsen af det engelske ord »pure« og af navnet på den autoriserede importør på de originale etiketter er til hinder for at sælge de pågældende produkter i bestemmelsesmedlemsstaten, fordi sådanne angivelser ikke er i overensstemmelse med de regler om etikettering, der gælder i den pågældende medlemsstat. I dette tilfælde er en ometikettering således nødvendig med henblik på at afsætte produktet i medlemsstaten.

46 Det skal dog præciseres, at den, der foretager ometiketteringen, skal tage midler i brug, som gør parallelhandelen gennemførlig, men samtidig gør mindst muligt indgreb i varemærkerettens særlige genstand. Når de oplysninger, der findes på de originale etiketter, er i overensstemmelse med de gældende etiketteringsregler i bestemmelsesmedlemsstaten, men reglerne kræver yderligere oplysninger, er det således ikke nødvendigt at fjerne og genanbringe eller udskifte de originale etiketter, da det kan være tilstrækkeligt at anbringe et almindeligt selvklæbende mærkat med de supplerende oplysninger på de pågældende flasker.

De øvrige krav, der eventuelt skal være opfyldt

47 Der skal endelig tages stilling til de øvrige krav, som er opstillet i Domstolens praksis om ompakning af lægemidler, og som er gengivet ovenfor i præmis 30, nemlig at den, der foretager ompakningen, underretter varemærkeindehaveren om ompakningen og efter dennes anmodning leverer en prøve af det ompakkede produkt, og at han på det ompakkede produkt angiver, hvem der er ansvarlig for ompakningen. Ballantine m.fl. har anført, at de samme betingelser må gælde for det tilfælde, at fællesskabsretten, i tilfælde som dem, der foreligger i hovedsagen, begrænser deres ret i henhold til nationale varemærkeregler til at modsætte sig genanbringelse af varemærkerne. Loendersloot har heroverfor gjort gældende, at de nævnte betingelser kun gælder for ompakning af lægemidler.

48 Det bemærkes, at Domstolen har fundet, at sådanne betingelser, som opstilles over for den, der foretager ompakningen, er begrundet i, at tvingende hensyn til de frie varebevægelser indebærer, at den pågældende tillægges en beføjelse, som under normale omstændigheder er forbeholdt varemærkeindehaveren (jf. dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 68). Det må imidlertid også konstateres, at de nævnte betingelser er opstillet under hensyn til varemærkeindehaverens legitime interesser på baggrund af de særlige forhold med hensyn til lægemidler.

49 Derimod tages der i en situation som den, der foreligger i hovedsagen, og i betragtning af karakteren af den handling, som den person, der foretager ometiketteringen, udfører, i fornødent omfang hensyn til varemærkeindehaverens interesser, herunder dennes interesse i at bekæmpe forfalskninger, hvis den pågældende person underretter varemærkeindehaveren forud for, at de ometiketterede produkter udbydes til salg.

50 På baggrund af det anførte skal de præjudicielle spørgsmål besvares med, at traktatens artikel 36 skal fortolkes således, at en varemærkeindehaver, selv om det udgør en hindring for samhandelen inden for Fællesskabet, kan påberåbe sig sin varemærkeret for at forhindre, at en tredjemand fjerner og derefter genanbringer eller udskifter etiketter, der er forsynet med varemærket og anbragt af varemærkeindehaveren selv på produkter, denne har bragt i omsætning på Fællesskabets marked, medmindre

— det godtgøres, at varemærkeindehaverens brug af varemærkeretten til at modsætte sig markedsføring af de ometiketterede produkter under varemærket bidrager til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne

— det påvises, at ometiketteringen ikke kan berøre produktets originale tilstand

— det ometiketterede produkts præsentationsmåde ikke er af en sådan karakter, at den kan være skadelig for varemærkets eller varemærkeindehaverens omdømme, og

— den person, der foretager ometiketteringen, forud for, at de ometiketterede produkter udbydes til salg, underretter varemærkeindehaveren om ometiketteringen.

51 Det tilkommer den nationale ret at bedømme, om disse betingelser efter de anførte retningslinjer er opfyldt i den for retten verserende sag.

Sagens omkostninger

52 De udgifter, der er afholdt af Det Forenede Kongeriges regering og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Nederlandenes Hoge Raad ved dom af 3. november 1995, for ret:

EF-traktatens artikel 36 skal fortolkes således, at en varemærkeindehaver, selv om det udgør en hindring for samhandelen inden for Fællesskabet, kan påberåbe sig sin varemærkeret for at forhindre, at en tredjemand fjerner og

derefter genanbringer eller udskifter etiketter, der er forsynet med varemærket og anbragt af varemærkeindehaveren selv på produkter, denne har bragt i omsætning på Fællesskabets marked, medmindre

— det godtgøres, at varemærkeindehaverens brug af varemærkeretten til at modsætte sig markedsføring af de ometiketterede produkter under varemærket bidrager til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne

— det påvises, at ometiketteringen ikke kan berøre produktets originale tilstand

— det ometiketterede produkts præsentationsmåde ikke er af en sådan karakter, at den kan være skadelig for varemærkets eller varemærkeindehaverens omdømme, og

— den person, der foretager ometiketteringen, forud for, at de ometiketterede produkter udbydes til salg, underretter varemærkeindehaveren om ometiketteringen.

Rodríguez Iglesias Gulmann Ragnemalm

Wathelet Moitinho de Almeida Kapteyn

Murray Edward Hirsch

Jann Sevón

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 11. november 1997.

R. Grass G. C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær Præsident