DOMSTOLENS DOM (Store Afdeling)

18. oktober 2005 *

I sag C-405/03,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Gerechtshof te 's-Gravenhage (Nederlandene) ved afgørelse af 28. august 2003, indgået til Domstolen den 29. september 2003, i sagen:

**Class International BV**

mod

**Colgate-Palmolive Company,**

**Unilever NV,**

**SmithKline Beecham plc,**

**Beecham Group plc,**

* Processprog: nederlandsk.

har

DOMSTOLEN (Store Afdeling)

sammensat af præsidenten, V. Skouris, afdelingsformændene P. Jann, C.W.A. Timmermans, A. Rosas og J. Malenovský samt dommerne C. Gulmann (refererende dommer), R. Schintgen, N. Colneric, S. von Bahr, J.N. Cunha Rodrigues, A. Borg Barthet, M. Ilešič og J. Klučka,

generaladvokat: F.G. Jacobs
justitssekretær: ekspeditionssekretær M. Ferreira,

på grundlag af den skriftlige forhandling og efter retsmødet den 15. marts 2005,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Class International BV ved advocaat G. van der Wal

— SmithKline Beecham plc og Beecham Group plc ved advocaat A.A. van Wijngaarden

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved N.B. Rasmussen, W. Wils og H. van Vliet, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 26. maj 2005,

afsagt følgende

## Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 5, stk. 1, og artikel 5, stk. 3, litra b) og c), 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, herefter »direktivet«) og artikel 9, stk. 1, og artikel 9, stk. 2, litra b) og c), i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1, herefter »forordningen«).

2 Anmodningen er indgivet i forbindelse med en tvist mellem Class International BV (herefter »Class International«) og SmithKline Beecham plc (herefter »SmithKline Beecham«) og Beecham Group plc (herefter »Beecham Group«) vedrørende en af de to sidstnævnte selskaber foretagen beslaglæggelse af varer, som er forsynet med deres varemærker og hidrører fra lande uden for Det Europæiske Fællesskab, og som disse varers ejer, Class International, har oplagret på et lager i Rotterdam.

### Fællesskabsbestemmelser

3 Direktivets artikel 5, der har overskriften »Rettigheder, der er knyttet til varemærket«, er affattet som følger:

»1. Det registrerede varemærke giver indehaveren en eneret. Indehaveren kan forbyde tredjemand, der ikke har hans samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af

a) et tegn, der er identisk med varemærket, for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret

[...]

3. Såfremt betingelserne i stk. 1 [...] er opfyldt, kan det bl.a. forbydes:

[...]

b) at udbyde varerne til salg, at markedsføre dem eller oplagre dem med dette formål eller at tilbyde eller præstere tjenesteydelser under det pågældende tegn

c) at importere [...] varerne under det pågældende tegn

[...]«

4 Forordningens artikel 9, stk. 1, litra a), og artikel 9, stk. 2, litra b) og c), fastlægger ved anvendelse af det samme ordvalg de rettigheder, som er knyttet til EF-varemærket.

5 Direktivets artikel 7, stk. 1, der har overskriften »Konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket«, bestemmer:

»De til varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette mærke.«

6 Forordningens artikel 13, stk. 1, indeholder en enslydende bestemmelse om konsumption af de rettigheder, der er knyttet til EF-varemærket.

7 I henhold til artikel 65, stk. 2, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992 (EFT 1994 L 1, s. 3) er de særlige bestemmelser og ordninger om intellektuel, industriel og kommerciel ejendomsret, der finder anvendelse inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS«), bl.a. indeholdt i bilag XVII til aftalen.

8 Direktivet er nævnt i dette bilags punkt 4.

9 Med henblik på EØS-aftalen tilpasser dette punkt direktivets artikel 7, stk. 1, således at udtrykket »inden for Fællesskabet« erstattes med formuleringen »inden for en kontraherende parts område«.

10 Artikel 91, stk. 1, i Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 af 12. oktober 1992 om indførelse af en EF-toldkodeks (EFT L 302, s. 1, herefter »toldkodeksen«) bestemmer:

»Ved proceduren for ekstern forsendelse gives der mulighed for forsendelse fra et sted til et andet inden for Fællesskabets toldområde:

a) af ikke-fællesskabsvarer, uden at de pålægges importafgifter eller andre afgifter eller undergives handelspolitiske foranstaltninger

[...]«

11 Toldkodeksens artikel 98, stk. 1, lyder:

»Ved toldoplagsproceduren gives der mulighed for opbevaring på toldoplag af:

a) ikke-fællesskabsvarer, uden at de pålægges importafgifter eller undergives handelspolitiske foranstaltninger

[...]«

12 Toldkodeksens artikel 58 bestemmer nærmere:

»1. Medmindre andet er fastsat, kan varer, uden hensyn til deres art, mængde, oprindelse, afsendelsesland eller bestemmelsessted, på et hvilket som helst tidspunkt på de fastsatte betingelser angives til enhver toldmæssig bestemmelse eller anvendelse.

2. Bestemmelserne i stk. 1 er ikke til hinder for sådanne forbud eller restriktioner, som er begrundet i hensynet til [...] beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret.«

**Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål**

13 Selskaberne SmithKline Beecham og Beecham Group, som tilhører GlaxoSmith-Kline-koncernen og er hjemmehørende i Det Forenede Kongerige, er hver især indehavere af varemærkerne Aquafresh, der foreligger som EF-varemærker og varemærker registreret ved Benelux-landenes Varemærkemyndighed, bl.a. for tandpasta.

14 I løbet af februar 2002 indførte Class International til Fællesskabet via Rotterdam en container med tandpasta, der var forsynet med varemærket Aquafresh og købt hos den sydafrikanske virksomhed Kapex International.

15 Efter at have modtaget oplysninger om, at der ved denne tandpasta kunne være tale om forfalskede varer, lod SmithKline Beecham og Beecham Group (herefter samlet betegnet »Beecham«) den 5. marts 2002 containeren beslaglægge.

16 En undersøgelse af de beslaglagte varer foretaget i april måned 2002 viste, at der var tale om originale og ikke om forfalskede varer.

17 For Rechtbank te Rotterdam indgav Class International begæring om ophævelse af beslaglæggelsen og om, at Beecham dømtes til at betale erstatning for den skade, virksomheden hævdede at have lidt.

18 Denne begæring blev ikke taget til følge ved kendelse af 24. maj 2002.

19 Class International har appelleret denne afgørelse til Gerechthof te 's-Gravenhage.

20 For denne retsinstans har Class International gjort gældende, at de beslaglagte varer ikke er indført, men befinder sig i transit.

21 Ifølge Gerechtshof er det ikke godtgjort, at der allerede var en køber af disse varer, da de kom ind i Nederlandene, eller på tidspunktet for beslaglæggelsen. Retten finder ikke, at det udelukket, at den første køber skulle være hjemmehørende inden for EØS-området. Den har konstateret, at flere af de anbringender, der er blevet gjort gældende under sagen, vedrører spørgsmålet om, hvorvidt midlertidig oplagring på et lager af originale varer, der har toldretlig T1 status, og/eller er varer i transit til lande uden for EØS, kan betegnes som anvendelse af varemærket.

22 Da Gerechtshof te 's-Gravenhage fandt, at tvistens afgørelse beror på en fortolkning af direktivets artikel 5, stk. 1 og artikel 5, stk. 3, litra b) og c), samt af forordningens artikel 9, stk. 1 og artikel 9, stk. 2, litra b) og c), har den besluttet at udsætte sagen og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Kan en varemærkeindehaver modsætte sig, at varer fra tredjelande, der er forsynet med et varemærke i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i [direktivet] og/eller [forordningen], bringes ind på en medlemsstats område (i dette tilfælde Nederlandene/Beneluxlandene) inden for rammerne af en transit som beskrevet nedenfor uden hans samtykke?

2) Omfatter »erhvervsmæssig brug af et tegn« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 5, stk. 1, [første punktum], sammenholdt med direktivets artikel 5, stk. 3, litra b) og c), og i [forordningens] artikel 9, stk. 1, [første punktum], sammenholdt med [forordningens] artikel 9, stk. 2, [litra b) og c)], oplagringen af en original mærkevare (der er forsynet med et varemærke i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i [direktivet], [Benelux-landenes fælles lov om varemærker] og/eller [forordningen]) i et toldkontor eller -oplag på en medlemsstats område, når denne vare ikke er bragt i omsætning [i EØS] af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, har oprindelse uden for EØS og har en toldteknisk status som varer, der ikke hidrører fra Fællesskabet (f.eks. T1 eller administrativt elektronisk ledsagedokument)?

3) Er det ved besvarelse af første og andet spørgsmål af betydning, om varernes endelige bestemmelsessted var fastsat ved ankomsten til det pågældende område, eller om der med hensyn til varerne var indgået en (købs)aftale med en aftager i et tredjeland?

4) Er det ved besvarelse af første, andet og tredje spørgsmål af betydning, om der foreligger yderligere omstændigheder som f.eks.:

a) at handelsvirksomheden, der er ejer af de pågældende varer eller i det mindste har rådighed over varerne og/eller kan drive parallelhandel, er etableret i en af medlemsstaterne

b) at en handelsvirksomhed, der er etableret i en medlemsstat, fra denne medlemsstat udbyder disse varer til salg eller sælger dem til en anden handelsvirksomhed, der er etableret i en medlemsstat, selv om leveringsstedet (endnu) ikke er fastsat

c) at en handelsvirksomhed, der er etableret i en medlemsstat, fra denne medlemsstat udbyder disse varer til salg eller sælger dem til en anden handelsvirksomhed, der er etableret i en medlemsstat, og hvor leveringsstedet for de udbudte eller solgte varer ganske vist er fastsat, men derimod ikke det endelige bestemmelsessted, med eller uden udtrykkelig angivelse eller kontraktmæssig bestemmelse om, at der er tale om varer (i transit), der har oprindelse uden for Fællesskabet

d) at en handelsvirksomhed, der er etableret i en medlemsstat, udbyder disse varer til salg eller sælger dem til en handelsvirksomhed, der er etableret uden for EØS, selv om leveringsstedet og/eller det endelige bestemmelsessted endnu ikke er fastsat

e) at en handelsvirksomhed, der er etableret i en medlemsstat udbyder disse varer til salg eller sælger dem til en handelsvirksomhed, der er etableret uden for EØS, hvorom (parallel)forhandleren ved eller har en stærk formodning for, at denne vil videresælge eller levere de pågældende varer til endelige forbrugere inden for EØS?

5) Skal begrebet »udbyde« i de i første spørgsmål nævnte bestemmelser forstås således, at det også omfatter udbud (til salg) af en original mærkevare (der er forsynet med et varemærke i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i [Benelux-landenes fælles lov om varemærker] og/eller [forordningen]), der er oplagret i et toldkontor eller -oplag på en medlemsstats område, når denne vare, som ikke er bragt ind i EØS af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, har oprindelse uden for EØS og har en toldteknisk status som varer med oprindelse uden for Fællesskabet (f.eks. T1 eller administrativt elektronisk ledsagedokument), og de i tredje og fjerde spørgsmål anførte omstændigheder foreligger?

6) Hvem af parterne bærer bevisbyrden for de ovenfor i det første, andet og femte spørgsmål anførte handlinger?«

## Om de præjudicielle spørgsmål

*Indledende bemærkninger*

23 Henset til EØS-aftalens ændring af direktivets artikel 7, stk. 1, og med henblik på at beskrive varemærkeindehaverens retsstilling i forhold til reglen om konsumption af dennes eneret i medfør af direktivets artikel 5, vedrører de rejste spørgsmål varer, som hidrører fra et land uden for EØS-området, og som er bragt ind i EØS.

24 Spørgsmålene vedrører desuden den eksterne forsendelsesprocedure og toldoplagsproceduren, som begge er suspensionsordninger, fastsat i toldkodeksen.

25 Det bemærkes dog, at mens direktivet er nævnt i bilag XVII til EØS-aftalen under de fællesskabsretlige regler, som finder anvendelse inden for EØS-området, er forordningen ikke blevet optaget i dette bilag efter dens vedtagelse.

26 Desuden bemærkes, at uden for Fællesskabet gælder toldkodeksen ikke i staterne i Den Europæiske Frihandelssammenslutning, som er kontraherende parter i EØS-aftalen, ved hvilken der er indført en frihandelszone og ikke en toldunion.

27 Henset til disse bemærkninger, og for så vidt som det i lyset af de faktiske omstændigheder, som den forelæggende ret har redegjort for, ikke er nødvendigt at tage EØS-området i betragtning for at nå til en afgørelse af tvisten i hovedsagen, vil der i det følgende i nærværende dom, herunder i Domstolens besvarelse, alene blive henvist til Fællesskabets område.

*Varemærkeindehaverens mulighed for at modsætte sig, at originale varer forsynet med varemærket bringes ind i Fællesskabet under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren*

28 Med den første del af det første spørgsmål — som vedrører ekstern forsendelse — samt med det andet spørgsmål ønsker den forelæggende ret i det væsentlige oplyst, om direktivets artikel 5, stk. 1, og artikel 5, stk. 3, litra c), og forordningens artikel 9, stk. 1, og artikel 5, stk. 2, litra c), skal fortolkes således, at en varemærkeindehaver kan modsætte sig, at originale varer, der er forsynet med varemærket, og som ikke

tidligere af varemærkeindehaveren selv eller med dennes samtykke er blevet markedsført i Fællesskabet, bringes ind i Fællesskabet under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren. Med det tredje spørgsmål, som skal behandles sammen med den første del af det første spørgsmål og det andet spørgsmål, ønsker den forelæggende ret desuden oplyst, om varemærkeindehaveren i det mindste kan gøre henførsel af de pågældende varer under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren betinget af, at der på tidspunktet, hvor disse varer bringes ind i Fællesskabet, allerede er fastsat et endeligt bestemmelsessted i et tredjeland, eventuelt i medfør af en salgskontrakt.

Indlæg for Domstolen

29 Class International har gjort gældende, at henførsel af originale varer under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren ikke udgør »erhvervsmæssig brug af [varemærket]« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 5, stk. 1, og forordningens artikel 9, stk. 1, dvs. en brug, som varemærkeindehaveren kunne forbyde i medfør af disse bestemmelser. Reglen om konsumption af varemærkeindehaverens eneret, som er fastsat i direktivets artikel 7, stk. 1, og i forordningens artikel 13, stk. 1, har alene til formål at give varemærkeindehaveren territorial eksklusivitet ved den første markedsføring af sine varer i Fællesskabet. Imidlertid er varernes henførsel under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren ikke en markedsføring af de pågældende varer i Fællesskabet.

30 Under alle omstændigheder kan varemærkeindehaveren ikke gøre denne henførsel betinget af, at der allerede er fastsat et endeligt bestemmelsessted i et tredjeland. Såfremt der kunne stilles en sådan betingelse, ville transit af mærkevarer, som har eksisteret lige så længe som varemærkerne selv, blive umulig eller meget vanskelig, hvilket på ingen måde har været lovgivers hensigt som en virkning af de varemærkeretlige bestemmelser.

31 Beecham finder, at en varemærkeindehaver kan modsætte sig, at originale varer, der er forsynet med varemærket, bringes ind i Fællesskabet under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren. Virksomheden har nærmere anført, at toldkodeksens artikel 58, stk. 2, gør det muligt at anvende forbud eller restriktioner, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret. Den omstændighed, at varerne endnu ikke er overgået til fri omsætning i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 24 EF, er uden betydning. Under alle omstændigheder foreligger der en meget reel og vedvarende risiko for, at varer angivet under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren bliver bragt i fri omsætning. Begrebet »import« i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), og i forordningens artikel 9, stk. 2, litra c), svarer i virkeligheden til, at varerne fysisk bringes ind i Fællesskabet og må ikke forveksles med det toldretlige begreb »import«. Den omstændighed, at der på det tidspunkt, hvor varerne bringes ind, ikke er fastlagt et endeligt bestemmelsessted, er uden betydning.

32 Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber finder, at begrebet »import« i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), og forordningens artikel 9, stk. 2, litra c), omfatter indførsel med henblik på markedsføring af varerne i Fællesskabet. Dette resultat er i overensstemmelse med den i artikel 24 EF angivne definition af varer i fri omsætning. Såfremt varerne ikke er overgået til fri omsætning, kan varemærkeindehaveren således som udgangspunkt ikke modsætte sig, at de originale varer kommer ind i forbindelse med den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren.

Domstolens besvarelse

33 Direktivets artikel 7, stk. 1, og forordningens artikel 13, stk. 1, begrænser alene konsumptionen af den ret, der gives varemærkeindehaveren, til de tilfælde, hvor varerne er markedsført i Fællesskabet. Disse bestemmelser tillader indehaveren at

markedsføre sine varer uden for Fællesskabet, uden at denne markedsføring indebærer konsumption på Fællesskabets område. Ved at præcisere, at en markedsføring uden for Fællesskabet ikke udtømmer indehaverens ret til at modsætte sig indførsel af disse varer, der sker uden hans samtykke, har fællesskabslovgiver således givet varemærkeindehaveren mulighed for at kontrollere den første markedsføring i Fællesskabet af de varer, der er forsynet med mærket (jf. bl.a. vedrørende direktivet og med henvisning til EØS-området, dom af 20.11.2001, forenede sager C-414/99 — C-416/99, Zino Davidoff og Levi Strauss, Sml. I, s. 8691, præmis 33).

34 »Import« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), og i forordningens artikel 9, stk. 2, litra c), og som varemærkeindehaveren kan modsætte sig, for så vidt som den indebærer en »erhvervsmæssig brug [af varemærket]« i henhold til stk. 1 i begge bestemmelser, forudsætter altså, at varerne bringes ind i Fællesskabet med henblik på at blive markedsført der.

35 Markedsføring i Fællesskabet af varer, som hidrører fra tredjelande, er betinget af, at de er overgået til fri omsætning i henhold til artikel 24 EF.

36 Henførelse af ikke-fællesskabsvarer under toldprocedurer som den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren adskiller sig imidlertid fra henførsel under toldproceduren for overgang til fri omsætning, der i medfør af toldkodeksens artikel 79, stk. 1, giver ikke-fællesskabsvarer toldmæssig status som fællesskabsvarer.

37 I henhold til toldkodeksens artikel 37, stk. 2, forbliver ikke-fællesskabsvarer, der er henført under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren, således undergivet toldtilsyn, bl.a. indtil de ændrer toldmæssig status, fordi de bliver fællesskabsvarer. Ifølge toldkodeksens artikel 91, stk. 1, litra a), og artikel 98, stk. 1, litra a), pålægges disse varer ikke importafgifter og undergives heller ikke handelspolitiske foranstaltninger. Varer, som hidrører fra tredjelande og henføres under den eksterne forsendelsesprocedure, transporteres således almindeligvis gennem en eller flere medlemsstater, før de videresendes til et andet tredjeland. Ikke-fællesskabsvarer, der er henført under toldoplagsproceduren, bliver som regel oplagret på Fællesskabets toldområde, mens man afventer et endeligt bestemmelsessted, hvilket ikke nødvendigvis kendes på tidspunktet for oplagringen.

38 Ikke-fællesskabsvarer, som overgår til fri omsætning, bliver derimod fællesskabsvarer. For disse varer finder reglerne om de frie varebevægelser anvendelse i medfør af artikel 23, stk. 2, EF. Ifølge artikel 24 EF og toldkodeksens artikel 79, stk. 2, skal varerne opfylde de formaliteter, der er fastsat med henblik på indførsel, pålægges toldafgifter, og efter omstændighederne finder handelspolitiske foranstaltninger anvendelse på dem.

39 Toldkodeksens artikel 48 bestemmer, at ikke-fællesskabsvarer, der er frembudt for toldvæsenet, skal angives til en af de toldmæssige bestemmelser eller anvendelser, der er tilladt for sådanne ikke-fællesskabsvarer.

40 I henhold til toldkodeksens artikel 4, punkt 15 og 16, artikel 37, stk. 2, og artikel 182 er disse toldmæssige bestemmelser eller anvendelser følgende:

— henførsel af varen under en toldprocedure, f.eks. proceduren for overgang til fri omsætning, forsendelses- eller toldoplagsproceduren

— dens indførsel i frizone eller frilager

— dens genudførsel fra Fællesskabets toldområde

— dens tilintetgørelse

— dens afståelse til statskassen.

41 Toldkodeksens artikel 58, stk. 1, bestemmer, at varer, uden hensyn til deres art, mængde, oprindelse, afsendelsesland eller bestemmelsessted, på et hvilket som helst tidspunkt kan angives til enhver toldmæssig bestemmelse eller anvendelse.

42 Det fremgår således, at ikke-fællesskabsvarer, der er henført under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren, på et hvilket som helst tidspunkt kan angives til anden toldmæssig bestemmelse eller anvendelse. De kan bl.a. henføres til en anden toldprocedure, i givet fald proceduren for overgang til fri omsætning, eller genudføres fra Fællesskabets toldområde.

43 Overgang til fri omsætning, som er en betingelse for markedsføring i Fællesskabet, er således kun en af de muligheder, der foreligger for en erhvervsdrivende, som har bragt varer ind på Fællesskabets toldområde.

44 Så længe denne mulighed ikke er blevet valgt, og forudsat at betingelserne for den anden toldmæssige bestemmelse eller anvendelse end overgang til fri omsætning, som varerne er blevet angivet til, overholdes, svarer den blotte foranstaltning, at varerne fysisk bringes ind på Fællesskabets toldområde, ikke til »import« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), og forordningens artikel 9, stk. 2, litra c), og indebærer ikke »erhvervsmæssig brug [af varemærket]« i henhold til hver af disse bestemmelsers stk. 1.

45 Varemærkeindehaveren kan derfor ikke i medfør af disse bestemmelser modsætte sig denne foranstaltning eller gøre denne betinget af, at der allerede er fastsat et endeligt bestemmelsessted i et tredjeland, eventuelt i medfør af en salgskontrakt.

46 Dette resultat kan ikke drages i tvivl under henvisning til toldkodeksens artikel 58, stk. 2, hvorefter den erhvervsdrivendes valg af toldmæssig bestemmelse eller anvendelse ikke er til hinder for anvendelse af forbud eller restriktioner, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret.

47 Denne bestemmelse vedrører kun de tilfælde, hvor den toldmæssige bestemmelse eller anvendelse ville krænke industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder. Henførsel af ikke-fællesskabsvarer under en suspensionstoldprocedure gør det imidlertid ikke muligt at markedsføre varerne i Fællesskabet, da der ikke er sket overgang til fri omsætning. På varemærkeområdet udgør en sådan toldhenførsel af originale varer, der er forsynet med et varemærke, derfor ikke i sig selv en krænkelse af varemærkeindehaverens ret til at kontrollere den første markedsføring i Fællesskabet.

48 Endelig er det ikke afgørende for besvarelsen af det her behandlede spørgsmål, at der, som hævdet, skulle være en reel og vedvarende risiko for, at varer, der er henført under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren, vil overgå til fri omsætning.

49 Således kan en erhvervsdrivende når som helst lade ikke-fællesskabsvarer overgå til fri omsætning, så snart de er ankommet til toldområdet, også uden at varerne forinden er blevet henført til en suspensionsprocedure.

50 Den første del af det første spørgsmål samt det andet og det tredje spørgsmål skal derfor besvares med, at direktivets artikel 5, stk. 1, og artikel 5, stk. 3, litra c), samt forordningens artikel 9, stk. 1, og artikel 9, stk. 2, litra c), skal fortolkes således, at en varemærkeindehaver ikke kan modsætte sig den blotte foranstaltning, at originale varer, der er forsynet med varemærket, og som ikke tidligere af varemærkeindehaveren selv eller med dennes samtykke er blevet markedsført i Fællesskabet, bringes ind i Fællesskabet under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren. Varemærkeindehaveren kan ikke gøre henførsel af de pågældende varer under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren betinget af, at der på tidspunktet, hvor disse varer bringes ind i Fællesskabet, allerede er fastsat et endeligt bestemmelsessted i et tredjeland, eventuelt i medfør af en salgskontrakt.

*Varemærkeindehaverens mulighed for at forbyde udbud til salg eller salg af originale varer, der er henført under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren*

51 Med den anden del af det første spørgsmål samt med det fjerde og det femte spørgsmål, som skal behandles samlet, ønsker den forelæggende ret nærmere bestemt oplyst, om begreberne »udbud [...] til salg« og »markedsføring« af varer, som omhandlet i direktivets artikel 5, stk. 3, litra b), og forordningens artikel 9, stk. 2, litra b), kan omfatte udbud til salg, henholdsvis salg af originale varer, der er forsynet med et varemærke, og som har toldmæssig status som ikke-fællesskabsvarer, når udbuddet finder sted, og/eller salget gennemføres, mens varerne befinder sig under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren. Såfremt spørgsmålet besvares bekræftende, ønsker retten oplyst, under hvilke omstændigheder varemærkeindehaveren kan modsætte sig udbuddet til salg eller salget.

Indlæg for Domstolen

52 Class International har gjort gældende, at udbud af ikke-fællesskabsvarer til salg, uanset om varerne befinder sig i Fællesskabet eller ej, ikke kan anses for erhvervsmæssig brug af varemærket, når udbuddet ikke har til formål eller fører til, at varerne markedsføres i Fællesskabet. Varemærkeindehaver kan derfor ikke forbyde udbud til salg af den ene grund, at udbuddet finder sted, mens varerne er henført under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren. Uanset at de omtvistede varer har toldmæssig status som ikke-fællesskabsvarer, kan varemærkeindehaveren kun påberåbe sig, at hans eneret er blevet krænket, såfremt han godtgør, at der foreligger sådanne faktiske omstændigheder, at det kan konkluderes, at det mål, den erhvervsdrivende forfølger, klart er at markedsføre disse varer i Fællesskabet. I denne forbindelse er de omstændigheder, som den forelæggende ret har henvist til i det fjerde spørgsmål, ikke afgørende.

53 Beecham har anført, at udbud til salg af originale varer med status som ikke-fællesskabsvarer, og som er henført under toldoplagsproceduren, er omfattet af direktivets artikel 5, stk. 3, litra b), og forordningens artikel 9, stk. 2, litra b). Varemærkeindehaveren kan derfor modsætte sig et sådant udbud til salg. Ingen af de i det fjerde spørgsmål anførte situationer bør føre til et andet resultat.

54 Kommissionen finder ikke, at det her omhandlede udbud til salg nødvendigvis er omfattet af direktivets artikel 5, stk. 3, litra b), og forordningens artikel 9, stk. 2, litra b). Varerne kunne således udbydes til salg til en potentiel køber, der praktisk talt med sikkerhed ikke vil markedsføre dem i Fællesskabet. Der foreligger kun en tilsidesættelse af direktivet og forordningen, såfremt varerne bliver udbudt til salg til en køber, som efter al sandsynlighed vil bringe dem i fri omsætning og markedsføre dem i Fællesskabet. De faktiske omstændigheder, der er nævnt i det fjerde spørgsmål, kunne her være relevante. Imidlertid tilkommer den nationale ret at afveje disse og vurdere, om det er godtgjort, at varerne ikke vil blive bragt i fri omsætning i Fællesskabet.

Domstolens besvarelse

55 Som det fremgår af denne doms præmis 44, skal ikke-fællesskabsvarer, som er henført under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren, ikke anses for »importerede« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 5, stk. 3, litra c), og forordningens artikel 9, stk. 2, litra c).

56 Sådanne varer kan være genstand for udbud til salg eller salg bestemt til tredjelande.

57 I disse situationer, og når varerne er originale varer forsynet med et varemærke, bliver varemærkeindehaverens ret til at kontrollere den første markedsføring i Fællesskabet ikke krænket.

58 Såfremt udbuddet til salg eller salget derimod nødvendigvis indebærer, at mærkevarerne markedsføres i Fællesskabet, krænker dette varemærkeindehaverens eneret i henhold til direktivets artikel 5, stk. 1, og forordningens artikel 9, stk. 1, uanset hvor modtageren af udbuddet eller køberen er hjemmehørende og uafhængigt af den endelige kontrakts eventuelle bestemmelser om restriktioner for varernes videresalg eller vedrørende deres toldmæssige status. Udbuddet til salg eller salget er således »erhvervsmæssig brug [af varemærket]« i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i direktivets artikel 5, stk. 1, og forordningens artikel 9, stk. 1. Det følger heraf, at varemærkeindehaveren kan modsætte sig dette i medfør af direktivets artikel 5, stk. 3, litra b), og forordningens artikel 9, stk. 2, litra b).

59 Imidlertid kan en formodning om en risiko for markedsføring i Fællesskabet ikke alene baseres på den omstændighed, som den forelæggende ret har nævnt eller antydet i spørgsmål 4) a) og 4) e), nemlig at varernes ejer, modtageren af udbuddet til salg eller køberen driver virksomhed med parallelimport. Der skal foreligge yderligere omstændigheder, før det kan anses for godtgjort, at udbuddet til salg eller salget nødvendigvis indebærer markedsføring i Fællesskabet af netop de varer, som sagen drejer sig om.

60 Desuden kan varemærkeindehaveren kun påberåbe sig sin ret til at nedlægge forbud over for en erhvervsdrivende, som markedsfører eller træffer foranstaltninger til markedsføring i Fællesskabet af ikke-fællesskabsvarer, der er forsynet med varemærket, eller som udbyder disse varer til salg eller sælger dem til en anden erhvervsdrivende, der nødvendigvis vil markedsføre dem i Fællesskabet. Han kan ikke gøre sin ret gældende over for en erhvervsdrivende, som udbyder varerne til salg eller sælger dem til en anden erhvervsdrivende, alene under henvisning til, at denne formentlig senere vil markedsføre dem i Fællesskabet, hvilket er den situation, der omtales i den forelæggende rets spørgsmål 4) e).

61 Den anden del af det første spørgsmål samt det fjerde og det femte spørgsmål skal herefter besvares således, at begreberne »udbud [...] til salg« og »markedsføring« af varer, som omhandlet i direktivets artikel 5, stk. 3, litra b), og forordningens artikel 9, stk. 2, litra b), kan omfatte udbud til salg, henholdsvis salg af originale varer, der er forsynet med et varemærke, og som har toldmæssig status som ikke-fællesskabsvarer, når udbuddet finder sted, og/eller salget gennemføres, mens varerne er henført under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren. Varemærkeindehaveren kan modsætte sig udbud til salg eller salg af sådanne varer, såfremt dette nødvendigvis indebærer, at varerne vil blive markedsført i Fællesskabet.

*Om bevisbyrden*

62 Henset til besvarelsen af de første fem spørgsmål må det konstateres, at den forelæggende ret med sit sjette spørgsmål i det væsentlige ønsker oplyst, hvem det i et tilfælde som det, der er omhandlet i hovedsagen, påhviler at bevise, at der foreligger omstændigheder, som gør det muligt at udøve retten til at nedlægge forbud i medfør af direktivets artikel 5, stk. 3, litra b) og c), og forordningens artikel 9, stk. 2, litra b) og c).

Indlæg for Domstolen

63 Class International har anført, at den varemærkeindehaver, som hævder, at udbuds- eller salgstransaktioner ikke er lovlige, skal bevise, at der foreligger de ovenfor nævnte omstændigheder.

64 Beecham har anført, at varemærkeindehaveren kun skal bevise, at varemærket er blevet krænket. Med henblik herpå skal han godtgøre, at han er indehaver af varemærket, at varerne hidrører fra et land uden for Fællesskabet, og at de er blevet bragt ind på Fællesskabets område. Herefter påhviler det den erhvervsdrivende, som er blevet foreholdt krænkelsen, at bevise, at han har opnået en tilladelse fra indehaveren, eller at han ikke har brugt, eller risikerer at bruge, varemærket erhvervsmæssigt.

65 Kommissionen har gjort gældende, at spørgsmålet om bevisbyrden hverken er reguleret i direktivet eller i forordningen. Den bemærker, at det anføres i direktivets tiende betragtning, at »spørgsmålet om, hvordan risikoen for forveksling vil kunne konstateres, navnlig bevisbyrden, henhører under de nationale retsplejeregler, som direktivet ikke berører«. Endvidere har Kommissionen anført, at ifølge ordlyden af ottende betragtning vedrørende konflikter mellem varemærker »tilkommer det medlemsstaterne at fastsætte de procedureregler, der skal finde anvendelse«.

66 Det fremgår klart af retspraksis, at det påhviler den erhvervsdrivende, som retsforfølges, at fremlægge bevis for, at varemærkeindehaveren har givet samtykke til indførsel af ikke-fællesskabsvarer til Fællesskabet (dommen i sagen Zino Davidoff og Levi Strauss, præmis 53 og 54). Såfremt den retsforfulgte erhvervsdrivende ikke hævder at have fået samtykke fra indehaveren, skal han for den nationale ret godtgøre, at formålet med at bringe varerne ind ikke var at markedsføre dem i

Fællesskabet, og at denne foranstaltning udelukkende var en logisk etape i transporten af de pågældende varer til et tredjeland. Kommissionen har dog anført, at såfremt der stilles for strenge krav til den retsforfulgte erhvervsdrivendes bevisførelse i så henseende, vil dette kunne gøre den erhvervsdrivendes ret til at anvende Fællesskabet som transitområde illusorisk.

Domstolens besvarelse

67 Den forelæggende ret finder det i tvisten i hovedsagen ikke godtgjort, at der allerede på tidspunktet for varernes ankomst til Nederlandene eller på datoen for deres beslaglæggelse var en køber til varerne.

68 I en situation som den foreliggende befinder varerne sig forskriftsmæssigt under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren.

69 Så længe betingelserne for at anvende disse suspensionsprocedurer overholdes, er den erhvervsdrivendes situation principielt lovlig.

70 Spørgsmålet om bevisbyrden rejser sig i forhold til den erhvervsdrivende, såfremt der opstår en tvist, dvs. hvis varemærkeindehaveren gør gældende, at der er sket en krænkelse af den eneret, han har i medfør af direktivets artikel 5, stk. 1, og forordningens artikel 9, stk. 1.

71 Den krænkelse, som kan påberåbes, består enten i, at varerne er blevet bragt i fri omsætning, eller i det forhold, at udbuddet til salg eller salget af varerne nødvendigvis indebærer markedsføring i Fællesskabet.

72 Krænkelsen er en betingelse for at udøve retten til at nedlægge forbud i henhold til direktivets artikel 5, stk. 3, litra b) og c), og forordningens artikel 9, stk. 2, litra b) og c).

73 Hvad angår spørgsmålet om, hvem der har bevisbyrden for, at krænkelsen er sket, bemærkes for det første, at såfremt dette spørgsmål afhang af medlemsstaternes nationale ret, kunne varemærkeindehaverne alt efter den relevante lovgivning risikere at opnå en forskellig beskyttelse. Formålet vedrørende »samme beskyttelse i alle medlemsstaternes retsordener«, der omtales i niende betragtning til direktivet, og som ifølge betragtningen er af »afgørende betydning«, ville ikke blive opfyldt (jf. med hensyn til direktivet, dommen i sagen Zino Davidoff og Levi Strauss, præmis 41 og 42).

74 Herefter må det konstateres, at i et tilfælde som det, der er omhandlet i hovedsagen, påhviler det den varemærkeindehaver, som påberåber sig krænkelsen, at føre bevis herfor. Såfremt denne bevisbyrde løftes, påhviler det herefter den retsforfulgte erhvervsdrivende at godtgøre, at indehaveren har givet samtykke til markedsføring af varerne i Fællesskabet (jf. med hensyn til direktivet, dommen i sagen Zino Davidoff og Levi Strauss, præmis 54).

75 Det sjette spørgsmål skal følgelig besvares således, at det i et tilfælde som det, der foreligger i hovedsagen, påhviler varemærkeindehaveren at bevise, at der foreligger omstændigheder, som gør det muligt at udøve retten til at nedlægge forbud i medfør af direktivets artikel 5, stk. 3, litra b) og c), og forordningens artikel 9, stk. 2, litra b) og c), idet han enten beviser, at de pågældende ikke-fællesskabsvarer, der er forsynet med varemærket, er overgået til fri omsætning, eller at der foreligger et udbud til

salg eller et salg af disse varer, som nødvendigvis indebærer, at varerne markedsføres i Fællesskabet.

## Sagens omkostninger

76 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. Bortset fra nævnte parters udgifter kan de udgifter, som er afholdt i forbindelse med afgivelse af indlæg for Domstolen, ikke erstattes.

På grundlag af disse præmisser kender Domstolen (Store Afdeling) for ret:

1) **Artikel 5, stk. 1, og artikel 5, stk. 3, litra c), i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker samt artikel 9, stk. 1, og artikel 9, stk. 2, litra c), i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker skal fortolkes således, at en varemærkeindehaver ikke kan modsætte sig den blotte foranstaltning, at originale varer, der er forsynet med varemærket, og som ikke tidligere af varemærkeindehaveren selv eller med dennes samtykke er blevet markedsført i Fællesskabet, bringes ind i Fællesskabet under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren. Varemærkeindehaveren kan ikke gøre henførsel af de pågældende varer under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren betinget af, at der på tidspunktet, hvor disse varer**

**bringes ind i Fællesskabet, allerede er fastsat et endeligt bestemmelsessted i et tredjeland, eventuelt i medfør af en salgskontrakt.**

2) **Begreberne »udbud [...] til salg« og »markedsføring« af varer, som omhandlet i artikel 5, stk. 3, litra b), i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 2, litra b), i forordning nr. 40/94, kan omfatte udbud til salg henholdsvis salg af originale varer, der er forsynet med et varemærke, og som har toldmæssig status som ikke-fællesskabsvarer, når udbuddet finder sted og/eller salget gennemføres, mens varerne er henført under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren. Varemærkeindehaveren kan modsætte sig udbud til salg eller salg af sådanne varer, såfremt dette nødvendigvis indebærer, at varerne vil blive markedsført i Fællesskabet.**

3) **I et tilfælde som det, der foreligger i hovedsagen, påhviler det varemærkeindehaveren at bevise, at der foreligger omstændigheder, som gør det muligt at udøve retten til at nedlægge forbud i medfør af artikel 5, stk. 3, litra b) og c), i direktiv 89/104 og artikel 9, stk. 2, litra b) og c), i forordning nr. 40/94, idet han enten beviser, at de pågældende ikke-fællesskabsvarer, der er forsynet med varemærket, er overgået til fri omsætning, eller at der foreligger et udbud til salg eller et salg af disse varer, som nødvendigvis indebærer, at varerne markedsføres i Fællesskabet.**

Underskrifter