FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT N. JÄÄSKINEN
fremsat den 7. juli 2011 [1]

I — Indledning

1. Denne anmodning om præjudiciel afgørelse indgivet af Hof van Cassatie (Belgien) drejer sig om fortolkningen af Rådets forordning (EF) nr. 2100/94 af 27. juli 1994 om EF-sortsbeskyttelse [2], som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 873/2004 af 29. april 2004 [3].

2. I denne sag skal Domstolen tage stilling til de særlige problemer, som EF-sortsbeskyttelsen rejser inden for det mere generelle område for intellektuel ejendomsret, navnlig med hensyn til forskellen mellem den i ovennævnte forordning fastsatte beskyttelsesordning for på den ene side formeringsmateriale (i det foreliggende tilfælde Nicoter-æbletræer) og på den anden side for udbyttemateriale (i det foreliggende tilfælde Kanzi-æbler).

3. Domstolen anmodes om at besvare spørgsmålet, om indehaveren af EF-sortsbeskyttelse kan gøre sin eneret gældende i henhold til forordning nr. 2100/94 med henblik på at anlægge søgsmål om krænkelse mod tredjemand, eller om denne rettighed må anses for at være konsumeret, når en licenstager har solgt materiale af den sort, der er omfattet af EF-sortsbeskyttelsen, til tredjemand uden at pålægge ham de begrænsninger, som skulle være pålagt ham i henhold til den licensaftale, der er indgået mellem licenstageren og indehaveren af EF-sortsbeskyttelsen.

II — Retsforskrifter

A — *Den internationale konvention til beskyttelse af plantenyheder*

4. På internationalt plan er sortsbeskyttelse omfattet af en konvention, der blev indgået den 2. december 1961 og revideret i 1991 (herefter »UPOV-konventionen fra 1991«). Det Europæiske Fællesskab tilsluttede sig

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT L 227, s. 1.
3 — EFT L 162, s. 38, herefter »forordning nr. 2100/94«.

konventionen i 2005 [4]. Fællesskabslovgivningen er stærkt inspireret af bestemmelserne i denne konvention.

B — *Forordning nr. 2100/94*

5. 14. betragtning til forordning nr. 2100/94 har følgende ordlyd:

»[D]a retsvirkningerne af EF-sortsbeskyttelsen bør være ensartede i hele Fællesskabet, må det nøje afgrænses, hvilke forretningsmæssige transaktioner der kræver indehaverens samtykke; beskyttelsens omfang bør i forhold til de fleste nationale ordninger udvides til at omfatte visse former af materiale af sorten for at tage hensyn til handel via tredjelande uden beskyttelse; indførelsen af princippet om konsumption af rettigheder skal imidlertid sikre, at beskyttelsen ikke bliver for omfattende.«

6. Artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 2100/94 bestemmer:

»Retten til EF-sortsbeskyttelse tilkommer den person, der har frembragt eller fundet og udviklet sorten, eller dennes successor, begge — dvs. personen og dennes successor — i det følgende benævnt »forædleren«.«

7. Forordningens artikel 13, stk. 1-3, har følgende ordlyd:

»1. EF-sortsbeskyttelsen bevirker, at indehaveren eller indehaverne af EF-sortsbeskyttelsen, i det følgende benævnt »indehaveren«, har ret til at foretage de i stk. 2 nævnte handlinger med hensyn til den pågældende sort.

2. Uden at dette indskrænker anvendelsen af artikel 15 og 16, kræver følgende handlinger tilladelse fra indehaveren, hvis der benyttes sortsbestanddele eller udbytte af den beskyttede sort, i det følgende under ét benævnt »materiale«:

a) produktion eller reproduktion (formering)

b) behandling med henblik på formering

c) udbud til salg

d) salg eller anden form for markedsføring

e) udførsel fra Fællesskabet

4 — Jf. Rådets afgørelse 2005/523/EF af 30.5.2005 om godkendelse af Det Europæiske Fællesskabs tiltrædelse af den internationale konvention om beskyttelse af plantenyheder, som revideret i Genève den 19.3.1991 (EFT L 192, s. 63).

f) indførsel til Fællesskabet

g) oplagring med henblik på alle i litra a)-f) nævnte formål.

Indehaveren kan knytte betingelser eller begrænsninger til sin tilladelse.

3. Stk. 2 gælder kun for udbytte, hvis dette er tilvejebragt ved ikke-tilladt brug af sortsbestanddele af den beskyttede sort, og hvis indehaveren ikke har haft rimelig mulighed for at udøve sin rettighed vedrørende de nævnte sortsbestanddele.«

8. Artikel 16 i forordning nr. 2100/94 med overskriften »Konsumption af de til EF-sortsbeskyttelsen knyttede rettigheder« bestemmer følgende:

»EF-sortsbeskyttelsen omfatter ikke handlinger, der vedrører materiale af den beskyttede sort [...], når det af indehaveren eller med dennes samtykke er blevet overdraget til andre inden for Fællesskabet, eller materiale, der er afledt af nævnte materiale, medmindre sådanne handlinger:

a) indebærer videreformering af den pågældende sort, medmindre sådan formering var tilsigtet, da materialet blev overdraget

eller

b) indebærer udførsel af sortsbestanddele til et tredjeland, som ikke beskytter sorter af de planteslægter eller -arter, som sorten tilhører, medmindre det udførte materiale er bestemt til endeligt forbrug.«

9. Nævnte forordnings artikel 27 med overskriften »Aftalte licenser« har følgende ordlyd:

»1. Der kan gives licens til hel eller delvis udnyttelse af EF-sortsbeskyttelsen. Licensen kan være en eksklusiv eller en ikke-eksklusiv licens.

2. Indehaveren kan gøre de rettigheder, der er knyttet til EF-sortsbeskyttelsen, gældende over for en licenstager, der ikke overholder vilkår eller begrænsninger i sin licens i medfør af stk. 1.«

10. Artikel 94 i forordning nr. 2100/94 med overskriften »Krænkelse« bestemmer:

»1. Hvis en person

a) med hensyn til en sort, for hvilken der er meddelt EF-sortsbeskyttelse, foretager en af de i artikel 13, stk. 2, omhandlede handlinger uden at være berettiget hertil, eller

[…]

kan indehaveren kræve, at krænkelsen bringes til ophør, eller at der betales en rimelig godtgørelse, eller begge dele.

2. Hvis den pågældende har handlet forsætligt eller uagtsomt, er han desuden forpligtet til at erstatte indehaveren eventuel yderligere opstået skade som følge af krænkelsen. Ved simpel uagtsomhed, men dog ikke så meget, at det bliver mindre end den fordel, den krænkende part har haft som følge af krænkelsen.«

11. Artikel 104 i forordning nr. 2100/94, der har overskriften »Søgsmålsadgang ved krænkelser«, har følgende ordlyd:

»1. Søgsmål om krænkelse kan anlægges af indehaveren. En licenstager kan anlægge et sådant søgsmål, medmindre dette udtrykkeligt er udelukket ved en aftale med indehaveren i tilfælde af en eksklusiv licens eller er udelukket af Sortsmyndigheden i medfør af artikel 29 eller artikel 100, stk. 2.

2. Enhver licenstager har ret til at indtræde i et af indehaveren anlagt søgsmål om krænkelse med henblik på at opnå erstatning for den skade, vedkommende selv har lidt.«

III — Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

12. De faktiske omstændigheder, der ligger til grund for hovedsagen mellem på den ene side Greenstar-Kanzi Europe NV (herefter »GKE«) og på den anden side Jean Hustin og Jo Goossens, som er forelagt Hof van Cassatie, kan sammenfattes således [5].

A — *Nicolaï NV og Better3fruit NV*

13. Indledningsvis vil jeg redegøre for stillingen for de to selskaber, der ikke er parter i hovedsagen.

14. Nicolaï NV (herefter »Nicolaï«) er forædler af en ny sort æbletræer, nemlig Nicoter-træet. Denne sort er den eneste, der producerer æbler, som markedsføres under varemærket Kanzi, såfremt de opfylder visse kvalitetskrav [6]. For at undgå en udvanding af sortens og varemærkets kvalitet, er der gennemført en ordning svarende til et selektivt

5 — Det bemærkes, at fremstillingen af de faktiske omstændigheder rejser en række problemer: Parterne i hovedsagen er uenige om flere faktiske og retlige punkter; der er tale om en sag om foreløbige forholdsregler, og licenstageren (Nicolaï NV) er ikke part i hovedsagen.

6 — I 2009 var der i Europa 3 156 000 æbletræer af Nicoter-sorten, hvis produktion udgjorde 25 000 t æbler. Ca. tre fjerdedele af disse æbler opfyldte de til varemærket Kanzi knyttede kvalitetskrav. Jf. *European Fruit Magazine,* nr. 12, 2009, s. 6 (se webstedet www.fruitmagazine.eu).

distributionsnet, der omfatter en varespecifikation, som indebærer begrænsninger med hensyn til træets produktion samt produktionen, bevarelsen, sorteringen og markedsføringen af frugterne.

15. Nicolaïs ansøgning af 27. april 2001 om æbletræssorten Nicoter blev offentliggjort i *EF-Sortsmyndighedens Officielle Tidende* af 15. juni 2001.

16. Nicolaï overdrog den til denne ansøgning knyttede sortsbeskyttelse til Better3fruit NV (herefter »Better3fruit«) den 3. september 2002.

17. Better3fruit er herefter indehaver af EF-sortsbeskyttelsen for træer af Nicotersorten.

18. Better3fruit er ligeledes indehaver af varemærket Kanzi.

19. I 2003 indgik Better3fruit og Nicolaï en licensaftale (herefter »licensaftalen«) [7], hvorved Nicolaï fik eneret til at forædle og sælge Nicoter-æbletræer.

7 — Licensaftalen er udateret.

20. Licensaftalen bestemmer, at Nicolaï »[...] ikke må overdrage eller sælge et licensprodukt, hvis ikke den pågældende aftalepartner først har underskrevet forædlingslicensen i bilag 6 (i forhold til en forædler) eller markedsføringslicensen i bilag 7 (i forhold til en handelspartner)«.

21. Licensaftalen af 2003 mellem Better3fruit og Nicolaï blev hævet den 20. januar 2005.

B — *Tvisten i hovedsagen mellem GKE og Jean Hustin og Jo Goossens*

22. På et tidspunkt, der af hovedsagens parter er omstridt, erhvervede GKE den eksklusive licensret til sortsbeskyttelsen af Nicoter. GKE blev således licenstager i stedet for Nicolaï [8].

23. Den 24. december 2004 solgte Nicolaï 7 000 æbletræer af Nicoter-sorten til Jean Hustin. I forbindelse med denne transaktion forpligtede Jean Hustin sig ikke på nogen

8 — Det dokument, som GKE's rettigheder bygger på, er ikke vedlagt sagsakterne. Det synes at dreje sig om en licensaftale indgået mellem GKE og et selskab med betegnelsen »EFC BVBA«, som for sin del havde indgået en licensaftale med Better3fruit, indehaveren af EF-sortsbeskyttelsen.

måde i forhold til forædling af Kanzi-æblet eller til salg af høsten.

24. Den 4. december 2007 blev det fastslået, at Jo Goossens solgte æbler under betegnelsen Kanzi. Disse æbler hidrørte åbenbart fra Jean Hustin.

25. GKE anlagde derefter en sag mod Jean Hustin og Jo Goossens. Den 29. januar 2008 fastslog præsidenten for Rechtbank van Koophandel te Antwerpen, der tog stilling i sagen om foreløbige forholdsregler, at både Jean Hustin og Jo Goossens havde krænket GKE's ret til sortsbeskyttelse. Jo Goossens havde ligeledes krænket beskyttelsen af den varemærket, der var indrømmet for mærket Kanzi.

26. Hof van Beroep te Antwerpen har ændret denne afgørelse ved dom af 24. april 2008. Den nævnte ret har fastslået, at Jean Hustin og Jo Goossens hverken havde krænket GKE's ret til sortsbeskyttelse eller dets varemærkerettigheder, da de i licensaftalen pålagte begrænsninger ikke kunne gøres gældende over for Jean Hustin og Jo Goossens.

27. GKE har iværksat kassationsappel til prøvelse af den af Hof van Beroep te Antwerpen afsagte dom. Hof van Cassatie, der er i tvivl om rækkevidden af konsumptionsreglen i artikel 16 i forordning nr. 2100/94, har besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende to præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 94 i forordning (EF) nr. 2100/94 […], sammenholdt med artikel 11, stk. 1, artikel 13, stk. 1-3, artikel 16, 27 og 104 i forordning [nr. 2100/94], fortolkes således, at indehaveren eller licenstageren kan anlægge søgsmål om krænkelse mod enhver, der foretager handlinger i forhold til det materiale, som en licenstager har solgt eller overdraget denne, når de begrænsninger, som i tilfælde af salg af dette materiale blev betinget i licensaftalen mellem licenstageren og indehaveren af EF-sortsbeskyttelsen, ikke overholdes?

2) Hvis første spørgsmål besvares bekræftende, er det da af betydning ved efterprøvelsen af denne tilsidesættelse, hvorvidt de, der foretager de ovennævnte handlinger, kendte de i den pågældende licensaftale pålagte begrænsninger, eller behandles, som om de havde kendt dem?«

28. I anmodningen om præjudiciel afgørelse har Hof van Cassatie henvist til Domstolens praksis vedrørende konsumption af en varemærkeindehavers rettigheder og bl.a. rejst spørgsmålet, om konsumptionen af de til EF-sortsbeskyttelsen knyttede rettigheder skal

fortolkes indskrænkende, i betragtning af EF-sortsbeskyttelsens særlige egenskaber.

29. Der er indgivet skriftlige indlæg af GKE, Jean Hustin og Jo Goossens, den spanske regering og af Europa-Kommissionen. Ingen af parterne har anmodet om afholdelse af mundtlig forhandling.

30. Med hensyn til hovedsagen skal det indledningsvis bemærkes, at det ikke i forelæggelseskendelsen er præciseret, om Better-3fruit har anlagt søgsmål mod Nicolaï, som havde undladt at pålægge Jean Hustin at overholde licensbetingelserne [9]. Der er helt åbenbart ingen kontraktmæssig tilknytning mellem GKE og Jean Hustin.

IV — Bedømmelse

A — *Det første præjudicielle spørgsmål*

1. Indledende bemærkninger

31. Med sit første spørgsmål ønsker den forelæggende ret en præcisering af rækkevidden af konsumptionen af retten til EF-sortsbeskyttelse i tilfælde af indgåelse af aftaler om materiale, som en licenstager har solgt eller overdraget til tredjemand, når de begrænsninger, som blev betinget i licensaftalen mellem licenstageren og indehaveren af EF-sortsbeskyttelsen, ikke overholdes.

32. Forordning nr. 2100/94 har kun sjældent givet anledning til anmodninger om præjudiciel afgørelse [10]. Navnlig er rækkevidden af indehaverens rettigheder og konsumptionen af retten til EF-sortsbeskyttelse nye spørgsmål for Domstolen.

33. Det skal understreges, at forordning nr. 2100/94 foreskriver forskellige beskyttelsesniveauer.

34. Der er for det første tale om en »primær« beskyttelse, som omfatter sortsbestanddele i henhold til artikel 13, stk. 2, i forordning nr. 2100/94. Udbytte er omfattet af en »sekundær« beskyttelse, som, uanset den ligeledes er nævnt i artikel 13, stk. 2, er stærkt

9 — Ifølge værnetingsklausulen i licensaftalen er det retterne i Leuven (Belgien), der har kompetence til at påkende et sådant søgsmål.

10 — Jf. dom af 10.4.2003, sag C-305/00, Schulin, Sml. I, s. 3525, af 11.3.2004, sag C-182/01, Saatgut-Treuhandverwaltungsgesellschaft, Sml. I, s. 2263, af 14.10.2004, sag C-336/02, Brangewitz, Sml. I, s. 9801, og af 8.6.2006, forenede sager, C-7/05 - C-9/05, Sml. I, s. 5045.

begrænset af samme artikels stk. 3 [11]. Mens sortsbestanddele og udbytte således er omfattet af begrebet »materiale« [12], som omhandlet i artikel 13, stk. 2, er den fastsatte beskyttelse for disse to kategorier ikke desto mindre forskellig.

35. Forordning nr. 2100/94 indfører en mere omfattende beskyttelse for sortsbestanddele (i det foreliggende tilfælde æbletræer) end for udbytte (her æbler) [13]. Indehaverens godkendelse kræves således for handlinger til markedsføring af æbletræer som sortsbestanddele i medfør af artikel 13, stk. 2, men for æbler i deres egenskab af udbytte kræves en sådan godkendelse kun i de i artikel 13, stk. 3, omhandlede tilfælde. Jeg gør opmærksom på, at denne væsentlige forskel i forbindelse med EF-sortsbeskyttelsen fremgår klarere af UPOV-konventionen fra 1991 [14].

36. Med hensyn til Jo Goossens, som har solgt Kanzi-æbler og således udbytte, bemærkes, at tilladelse fra indehaveren af retten til EF-sortsbeskyttelse af salg eller anden form for markedsføring kun kræves, hvis udbyttet er tilvejebragt ved ikke-tilladt brug af sortsbestanddele af den beskyttede sort, og hvis indehaveren ikke har haft mulighed for at udøve sin rettighed vedrørende de nævnte sortsbestanddele.

2. Princippet om konsumption af intellektuelle ejendomsrettigheder

37. Selv om det nøjagtige indhold varierer i forhold til de forskellige grene af intellektuel ejendomsret, er konsumptionsprincippet en grundlæggende regel i den europæiske intellektuelle ejendomsret. Det følger af

11 — Det bemærkes, at artikel 13, stk. 4, i forordning nr. 2100/94 ligeledes bestemmer, at der i gennemførelsesbestemmelserne til forordningen kan indføres en »tertiær« beskyttelse for produkter, der direkte er fremstillet af materiale af den beskyttede sort. En sådan bestemmelse er, så vidt jeg ved, ikke blevet vedtaget, og under alle omstændigheder er dette spørgsmål ikke relevant for den foreliggende sag. Nærmere bestemt finder denne tertiære beskyttelse f.eks. anvendelse på saft, der er fremstillet af æbler (sekundær beskyttelse) fra æbletræer af en beskyttet sort (primær beskyttelse).

12 — Det bemærkes, at brugen af udtrykkene »sortsbestanddele« og »materiale« er inkonsekvent i forordning nr. 2100/94. Jf. G. Würtenberger, m.fl.: *European Community Plant Variety Protection,* Oxford University Press, Oxford, 2009, s. 119-120.

13 — Jeg mener, at æbler, som indeholder kerner, skal anses for »udbytte« og ikke for »sortsbestanddele«, eftersom kerner ikke direkte kan anvendes til produktion af hele planter med de samme egenskaber som de sortsbeskyttede. Jf. G. Würtenberger m.fl., op. cit., s. 118.

14 — Artikel 14 i UPOV-konventionen fra 1991, der har overskriften »Forædlerrettigheders anvendelsesområde«, anfører særskilt handlinger vedrørende reproduktions- og formeringsmateriale (stk. 1), handlinger vedrørende udbytte (stk. 2), handlinger vedrørende visse produkter (stk. 3) og eventuelle andre handlinger (stk. 4).

dette princip, at hvis rettighedsindehaveren har haft lejlighed til at foretage den første markedsføring af varer, der er omfattet af sortsbeskyttelse, og således realiseret den økonomiske værdi af sin eksklusive rettighed, er disse produkter i fri omsætning [15].

38. I EU-retten blev dette princip oprindelig fastslået i Domstolens praksis vedrørende varernes frie bevægelighed og konkurrencereglerne, men EU-retsakter om de forskellige intellektuelle ejendomsrettigheder indeholder generelt også en bestemmelse om dette princip [16]. Retspraksis vedrørende konsumption drejer sig hovedsagelig om varemærker, men denne problematik er ligeledes blevet behandlet i andre sammenhænge [17].

39. De EU-retsakter, der omhandler konsumption af en intellektuel ejendomsrettighed, bestemmer, at retten konsumeres, når de genstande, der er omfattet af den pågældende rettighed, er blevet markedsført et sted i Den Europæiske Union af rettighedsindehaveren eller med hans samtykke. Endvidere definerer de pågældende bestemmelser normalt de tilfælde, der ikke giver anledning til konsumption.

40. De nævnte retsakter indeholder desuden ofte en bestemmelse om aftalte licenser. I henhold til artikel 27 i forordning nr. 2100/94 kan der gives licens til udnyttelse af EF-sortsbeskyttelsen. Disse retsakter tillader endvidere indehaveren at gøre de rettigheder, der er knyttet til EF-sortsbeskyttelsen, gældende over for en licenstager, der ikke overholder vilkår eller begrænsninger, der er knyttet til licensaftalen [18].

15 — Jf. i denne retning dom af 20.11.2001, forenede sager C-414/99 - C-416/99, Zino Davidoff og Levi Strauss, Sml. I, s. 8691, præmis 33, af 8.4.2003, sag C-244/00, Van Doren + Q, Sml. I, s. 3051, præmis 26), og af 30.11.2004, sag C-16/03, Peak Holding, Sml. I, s. 11313, præmis 40.

16 — Jf. artikel 5, stk. 5, i Rådets direktiv 87/54/EØF af 16.12.1986 om retlig beskyttelse af halvlederprodukters topografi (EFT L 24, s. 36), artikel 7 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT L 40, s. 1), ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF af 22.10.2008 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EUT L 299, s. 25) (jf. dens artikel 7), artikel 13 i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT L 11, s. 1), ophævet ved Rådets forordning (EF) nr. 207/2009 af 26.2.2009 om EF-varemærker (EUT L 78, s. 1) (jf. dens artikel 13), artikel 15 i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/71/EF af 13.10.1998 om retlig beskyttelse af mønstre (EFT L 289, s. 28), artikel 4, stk. 2, i Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2001/29/EF af 22.5.2001 om harmonisering af visse aspekter af ophavsret og beslægtede rettigheder i informationssamfundet (EFT L 167, s. 10), og artikel 21 i Rådets forordning (EF) nr. 6/2002 af 12.12.2001 om EF-design (EFT 2002, L 3, s. 1).

17 — Jf. f.eks. Domstolens dom af 9.7.1985, sag 19/84, Pharmon, Sml. s. 2281, præmis 16 og 26, om konsumption af patentretten i tilfælde af tvangslicens meddelt til et parallelpatent, Rettens dom af 16.12.1999, sag T-198/98, Micro Leader mod Kommissionen, Sml. II, s. 3989, præmis 34, i forbindelse med Rådets direktiv 91/250/EØF af 14.5.1991 om retlig beskyttelse af edb-programmer (EFT L 122, s. 42), og Domstolens dom af 12.9.2006, sag C-479/04, Laserdisken, Sml. I, s. 8089, præmis 27, om direktiv 2001/29.

18 — Jf. artikel 8, stk. 2, i direktiv 2008/95 og artikel 22, stk. 2, i forordning nr. 207/2009.

41. EF-sortsbeskyttelsen synes i flere henseender at ligge tæt op ad patentbeskyttelsen. I betragtning af den manglende retspraksis på dette område og angivelserne i forelæggelseskendelsen må der imidlertid tages udgangspunkt i en sammenligning med varemærkeretten.

42. I varemærkeretten er spørgsmålet om konsumption navnlig blevet analyseret i Peak Holding-dommen [19]. I den sag undersøgte Domstolens Store Afdeling retsvirkningen af manglende overholdelse af et forbud mod videresalg i en salgskontrakt, der vedrører varer, som er forsynet med et varemærke, og som er indgået mellem varemærkeindehaveren og en erhvervsdrivende, der er etableret i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS). Ifølge Domstolen vedrører et sådant forbud mod videresalg kun parterne i denne aftale. Denne bestemmelse udelukker derfor ikke, at der er sket en markedsføring i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104, og er dermed ikke til hinder for, at indehaverens eneret konsumeres i tilfælde af ulovligt videresalg inden for EØS.

43. En senere afsagt dom synes ikke at følge den samme tilgang. I Copad-dommen tog Domstolens Første Afdeling stilling til retsvirkningen af manglende overholdelse af en bestemmelse i en licensaftale i forbindelse med luksusvarer. Domstolen fastslog, at licenstagerens markedsføring af varer, der er forsynet med et varemærke, under tilsidesættelse af en bestemmelse i en licensaftale, sker uden varemærkeindehaverens samtykke, når det er godtgjort, at denne bestemmelse svarer til en af dem, der er fastsat i artikel 8, stk. 2, i direktiv 89/104 [20].

44. I den foreliggende sag har flere parter udledt af Copad-dommen, at der er en forbindelse mellem fortolkningen af retsvirkningen af de aftalte licenser, der er nævnt i artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 2100/94, og den i samme forordnings artikel 16 omhandlede konsumption. Artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 2100/94 indeholder imidlertid, i modsætning til artikel 8, stk. 2, i direktiv 89/104, ikke en udtømmende liste over bestemmelser i licensaftalen, hvis manglende overholdelse giver indehaveren mulighed for at gøre de til EF-sortsbeskyttelsen knyttede rettigheder gældende over for en licenstager.

45. GKE synes at drage den konklusion, at der ikke er mulighed for konsumption, hvis licenstager ikke overholder vilkår eller begrænsninger, der er knyttet til licensaftalen, uanset hvori overtrædelsen består, eftersom der i så fald mangler samtykke fra EF-sortsbeskyttelsens indehaver med hensyn til overdragelsen af materialet af den beskyttede sort

19 — Peak Holding-dommen, præmis 56.

20 — Dom af 23.4.2009, sag C-59/08, Copad, Sml. I, s. 3421, præmis 51.

til tredjemand. Kommissionen mener, at kun licenstagerens krænkelse af vilkårene eller begrænsningerne vedrørende de handlinger, der i henhold til artikel 13, stk. 2, i forordning nr. 2100/94, kræver indehaverens tilladelse, kan forhindre, at der sker konsumption.

46. Den foreliggende sag vedrører ikke direkte fortolkningen af direktiv 89/104, selv om dette nævnes i forelæggelseskendelsen. Det skal imidlertid præciseres, at jeg ikke er enig i Domstolens fortolkning i Copad-sagen.

47. For det første indeholder bestemmelserne i EU-retsakterne vedrørende indehaverens mulighed for at gøre sin intellektuelle ejendomsret gældende over for en licenstager ingen angivelse af, at denne rettighed med hensyn til konsumption ligeledes kan gøres gældende over for tredjemand. Dette spørgsmål er omfattet af en særskilt bestemmelse [21].

48. For det andet tilsigter disse bestemmelser at give indehaveren mulighed for at gøre den retsbeskyttelse, der er fastsat i den relevante retsakt vedrørende intellektuel ejendomsret, gældende over for en licenstager ud over den beskyttelse, der er knyttet til den almindelige aftaleret [22].

49. For det tredje mener jeg, at en fortolkning, der inden for rammerne af konsumption i forhold til tredjemand knytter begrebet indehaverens samtykke sammen med de gængse betingelser, der nødvendigvis har en relativ virkning, er til hinder for konkurrencen og varernes frie bevægelighed på en måde, der ikke er forenelig med Domstolens praksis, bl.a. med hensyn til muligheden for at gøre de geografiske begrænsninger, der pålægges licenstageren, gældende over for tredjemand.

50. Selv om Domstolen skulle følge den tilgang, den synes at have lagt til grund i Copad-dommen i relation til direktiv 89/104, ville det under alle omstændigheder ikke være i overensstemmelse med ordlyden af de relevante artikler i forordning nr. 2100/94, nemlig

21 — Jf. i denne forbindelse artikel 17, 27 og 94 i forordning nr. 2100/94.

22 — Denne idé er udtrykt klarere i artikel 32, stk. 2, i forordning nr. 6/2002 (»Med forbehold af eventuelle søgsmål, der bygger på aftaleretten, kan indehaveren af et EF-design gøre de rettigheder, der er knyttet til det, gældende over for en licenstager, der overtræder en af bestemmelserne i licensaftalen [...]«). Jf. ligeledes artikel 8, stk. 2, i direktiv 2008/95, artikel 22, stk. 2, i forordning nr. 207/2009 og artikel 8, stk. 2, i direktiv 2001/29.

artikel 16 og 27, som er forskellig fra ordlyden af artikel 7 og 8 i direktiv 89/104.

51. Som jeg allerede har anført, indeholder artikel 27, stk. 2, i forordning nr. 2100/94 ikke en liste over de vilkår og begrænsninger, som indehaveren kan gøre gældende over for en licenstager [23].

52. Hvis Domstolen tilsluttede sig den af Kommissionen foreslåede tilgang, ville det indebære, at krænkelsen af vilkårene eller begrænsningerne vedrørende de handlinger, der er opregnet i artikel 13, stk. 2, i forordning nr. 2100/94, ville være til hinder for konsumptionen af indehaverens rettigheder, når samtykke ikke foreligger [24]. For så vidt som en licensaftale vedrører den i forordningens artikel 27, stk. 1, omhandlede EF-sortsbeskyttelse, kan de tilsvarende bestemmelser følgelig gøres gældende over for tredjemand. Dette finder jeg imidlertid ikke foreneligt med 14. betragtning til forordning nr. 2100/94, ifølge hvilken indførelsen af princippet om konsumption af rettigheder skal sikre, at beskyttelsen ikke bliver for omfattende.

53. Konsumptionens manglende indtræden er underlagt strenge betingelser i artikel 16 i forordning nr. 2100/94 og tilsigter bl.a. tilfælde af ikke-tilladt videreformering. Den handling, som bevirker konsumption, knytter sig desuden til overdragelse af materiale af den beskyttede sort til tredjemand fra indehaveren eller med dennes samtykke.

54. EF-sortsbeskyttelsen omfatter således ikke handlinger vedrørende materiale af den beskyttede sort (eller materiale, der er afledt af nævnte materiale), når det af indehaveren eller med dennes samtykke er blevet overdraget til tredjemand et sted i Fællesskabet, medmindre sådanne handlinger indebærer videreformering af den pågældende sort, som ikke var påtænkt, da materialet blev overdraget.

55. EF-sortsbeskyttelsen er således konsumeret i medfør af artikel 16 i forordning nr. 2100/94, når der er sket en overdragelse til tredjemand, medmindre den pågældende tredjemand foretager en formering af sorten uden forudgående tilladelse.

56. Selv om det tilkommer den forelæggende ret at efterprøve dette aspekt, bemærker jeg, at ifølge GKE havde Better3fruit i medfør af licensaftalen af 8. november 2001 givet Nicolaï eneret til at forædle og markedsføre

23 — Listen over de vilkår, der er omhandlet i artikel 8, stk. 2, i direktiv 89/104, er derimod udtømmende (jf. Copad-dommen, præmis 20).

24 — Det bemærkes, at vilkårene i en licensaftale sædvanligvis er fortrolige, og at de i samhandelen inden for Fællesskabet kan være affattet på et sprog, som licenstagerens aftalepartnere eller disses kunder ikke forstår.

Nicoter-træer og bruge de til disse knyttede rettigheder.

57. Efter min opfattelse giver den omstændighed, at Nicolaï ikke har overholdt sine forpligtelser med henblik på at beskytte selektiviteten af produktionen og markedsføringen af Kanzi-æblerne ved at undlade at kræve af sine aftalepartnere, at der på forhånd blev indgået en licensaftale om forædling og en licensaftale om markedsføring [25], ikke grundlag for at konkludere, at Nicolaï havde overdraget materiale af den beskyttede sort uden indehaverens samtykke. Med den licens, Better3fruit gav Nicolaï, fik Nicolaï udtrykkeligt tilladelse til at sælge Nicoter-træer. Ved med denne handling at overdrage Nicolaï rettigheden til markedsføring af det beskyttede materiale, udnyttede Better3fruit den økonomiske værdi af sin eneret. Hvis Nicolaï ikke overholder sine kontraktlige forpligtelser over for Better3fruit, er det sidstnævnte, og ikke en tredjemand, som bør bære følgerne heraf. Efter min mening kan en krænkelse af vilkår, der er knyttet til en forudgående tilladelse, ikke retligt sidestilles med manglende samtykke, der kan gøres gældende over for tredjemand.

58. Hvad angår rækkevidden af artikel 94 i forordning nr. 2100/94, henviser den ganske vist kun til forordningens artikel 13, stk. 2. Det er imidlertid afgørende at læse den i sammenhæng med artikel 13, stk. 3 [26], idet anvendelsen af stk. 2 på udbytte, i det foreliggende tilfælde æblerne, er undergivet de i stk. 3 omhandlede betingelser.

59. På baggrund af ovenstående foreslår jeg, at Domstolen besvarer det første spørgsmål benægtende.

60. Det andet spørgsmål er forelagt subsidiært i tilfælde af, at Domstolen besvarer det første spørgsmål bekræftende. Eftersom jeg foreslår et benægtende svar på det første spørgsmål, fremsætter jeg de følgende bemærkninger vedrørende det andet spørgsmål subsidiært.

B — *Det andet præjudicielle spørgsmål*

61. Med sit andet spørgsmål ønsker Hof van Cassatie oplyst, om det, hvis første spørgsmål besvares bekræftende, er af betydning at efterprøve, hvorvidt den person, der foretager

25 — Som nævnt i bilag 6 og 7 i den licensaftale, der var indgået mellem indehaveren af EF-sortsbeskyttelsen og licenstageren (nævnt i punkt 20 i dette forslag til afgørelse).

26 — Jf. i denne retning G.Würtenberger m.fl., op.cit., s. 173.

de ovennævnte handlinger, kendte de i den pågældende licensaftale pålagte begrænsninger, eller skal behandles, som om vedkommende kendte dem, med henblik på at fastslå, om der er tale om konsumption af rettighederne.

62. Efter min opfattelse er spørgsmålet, om en tredjemand, der foretager handlinger vedrørende det beskyttede materiale, er i god tro, kun relevant, såfremt indehaverens rettighed kan anses for at være konsumeret.

63. Det bemærkes, at artikel 94, stk. l, i forordning nr. 2100/94 præciserer, under hvilke betingelser indehaveren af EF-sortsbeskyttelsen kan anlægge et søgsmål mod ophavsmanden til en krænkelse med henblik på, at krænkelsen bringes til ophør og/eller, at der betales en rimelig godtgørelse eller begge dele.

64. Artikel 94, stk. 2, opregner de tilfælde, hvor indehaveren desuden kan anlægge et søgsmål mod ophavsmanden til en krænkelse for at få erstatning for den skade, denne har forvoldt. Det bestemmes i den nævnte artikel, at for at indehaveren kan kræve en sådan erstatning, skal den krænkende part have handlet forsætligt eller uagtsomt. Ved simpel uagtsomhed kan indehaverens ret til erstatning nedsættes i forhold til graden af den simple uagtsomhed.

65. Efter min mening anvender de EU-retlige bestemmelser på den intellektuelle ejendomsrets område alene objektive kriterier vedrørende begrebet krænkelse og muligheden for at iværksætte retsbevarende foranstaltninger [27]. Der kan dermed kun tages hensyn til de subjektive elementer med henblik på erstatning for en skade, der er forvoldt ved krænkelse [28]. Jeg tilslutter mig således Kommissionens bemærkning, hvorefter manglen på et subjektivt element i den nævnte artikel 94, stk. 1, i form af krav om en forsætlig eller uagtsom handling, forbundet med nævnelsen af et sådant aspekt i artikel 94, stk. 2, bekræfter, at subjektive elementer, såsom kendskab til bestemmelser i en licensaftale, i princippet ikke spiller en rolle for efterprøvelsen af en krænkelse og for retten til at gribe ind over for ophavsmanden til krænkelsen. Disse elementer kan højst spille en rolle i forbindelse med drøftelser om erstatning for den forvoldte skade, dvs. nødvendigvis efter at det er fastslået, at der er tale om en krænkelse.

27 — Dette gælder ligeledes for konsumptionsbegrebet (jf. dommen i sagen Zino Davidoff og Levi Strauss, præmis 63-66).

28 — Der synes ikke desto mindre at gøres undtagelse til dette princip i artikel 5, stk. 6, i direktiv 87/54. Det hedder i denne bestemmelse, at »[e]n person, der på et tidspunkt erhverver et halvlederprodukt, ikke ved eller har nogen rimelig grund til at formode, at produktet er beskyttet af en eneret, der er indrømmet af en medlemsstat i overensstemmelse med dette direktiv, må ikke afskæres fra muligheden for at udnytte det pågældende produkt erhvervsmæssigt. Medlemsstaterne skal imidlertid for handlinger, der foretages, efter at denne person har fået kendskab til eller har rimelig grund til at formode, at halvlederproduktet er beskyttet som nævnt ovenfor, sikre, at en domstol på foranledning af rettighedshaveren i overensstemmelse med gældende national ret kan træffe afgørelse om, at der skal erlægges et passende vederlag«.

V — Forslag til afgørelse

66. Henset til alt det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de af Hof van Cassatie forelagte præjudicielle spørgsmål på følgende måde:

»1) Artikel 94 i Rådets forordning (EF) nr. 2100/94 af 27. juli 1994 om EF-sortsbeskyttelse, som ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 873/2004 af 29. april 2004, sammenholdt med forordningens artikel 11, stk. 1, artikel 13, stk. 1-3, artikel 16, 27 og 104, skal fortolkes således, at indehaveren eller licenstageren ikke kan anlægge søgsmål om krænkelse mod tredjemand, der har foretaget handlinger i forhold til det materiale, som en licenstager har solgt eller overdraget til denne, når licenstageren har fået tilladelse til at sælge eller overdrage det beskyttede materiale et sted i Den Europæiske Union, og de begrænsninger, der er fastsat i licensaftalen mellem licenstageren og indehaveren af EF-sortsbeskyttelsen, ikke er blevet overholdt i forbindelse med salget af dette materiale.

2) Det er ufornødent at besvare det andet præjudicielle spørgsmål.

Subsidiært bør spørgsmålet besvares således, at det med henblik på efterprøvelsen af tilsidesættelsen ikke er af betydning at fastslå, om den tredjemand, der har foretaget de ovennævnte handlinger, kendte de i den pågældende licensaftale pålagte begrænsninger, eller skal behandles, som om han kendte dem.«