FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. G. JACOBS

fremsat den 29. april 1997 *

1. Det væsentlige spørgsmål i den foreliggende sag er, om indehaveren af et varemærke kan påberåbe sig sine varemærkerettigheder for at forhindre reklamering for varer, som han har markedsført, eller som er blevet markedsført med hans samtykke, når reklameringen skader varemærkets luksuriøse og prestigebetonede image. Det søges navnlig oplyst, om sådan reklamering kan forhindres, såfremt videreforhandleren blot reklamerer på en måde, som er sædvanlig i hans branche. Sagen er forelagt Domstolen til præjudiciel afgørelse af Nederlandenes Hoge Raad.

Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger ved den nationale ret

2. Den anden sagsøger, Parfums Christian Dior (herefter »Dior Nederland«), er enerepræsentant i Nederlandene for den første sagsøger, Parfums Christian Dior SA (herefter »Dior France«). I lighed med andre enerepræsentanter for Dior France i Europa gør Dior Nederland med hensyn til distribution af Dior-produkter i Nederlandene brug af et selektivt distributionssystem. Produkterne må kun sælges af udvalgte forhandlere og på betingelse af, at disse forhandlere kun leverer til endelige aftagere eller andre udvalgte forhandlere.

3. I Benelux har Dior France eneret til mærkerne Eau Sauvage, Poison, Fahrenheit og Dune, bl.a. for klasse 3-produkter, herunder parfume. Disse varemærker fremstår med en emballage, hvori flakonerne med parfumerne med disse navne sælges. Dior France er desuden indehaver af ophavsretten såvel til disse emballager som til de nævnte flakoner samt til emballager og flakoner til produkter, der sælges under betegnelsen Svelte.

4. Sagsøgte, Evora BV (herefter »Evora«), driver under sit datterselskab Kruidvat's navn en kæde af butikker. I forelæggelsesdommen beskrives disse butikker som materialvarebutikker [1]. Kruidvat-butikkerne er ikke blevet udpeget som udvalgte forhandlere af Dior-produkter. Alligevel sælger de Dior-produkter, der er erhvervet ved parallelimport (dvs. produkter, som ikke er

* Originalsprog: engelsk.

1 — En nærmere beskrivelse findes i præmis 1 i Rettens dom af 12.12.1996 i sag T-87/92, BVBA Kruidvat mod Kommissionen, Sml. II, s. 1851.

erhvervet direkte fra Dior eller Dior's forhandlere, men som allerede er blevet markedsført af Dior eller med Dior's samtykke). Lovligheden af forhandlingen af disse produkter anfægtes ikke i den foreliggende sag.

5. Under et julesalgsfremstød i 1993 udbød Kruidvat Dior-produkterne Eau Sauvage, Poison, Fahrenheit, Dune og Svelte til salg. Salgsfremstødet indebar afbildning af nogle af disse produkters emballager og flakoner i Kruidvat's reklamefoldere i forbindelse med julesalget i uge 49 i 1993. Hoge Raad har fremhævet, at reklameringen skete på en måde, der er sædvanlig for forhandlere i branchen (under hensyntagen til særlig ad hoc-reklamering i juleperioden).

6. Dior havde imidlertid ikke givet sit samtykke til denne reklamering og sagsøgte den 8. december 1993 Evora med påstand om nedlæggelse af forbud med den begrundelse, at Evora havde krænket Dior's varemærker. Dior gjorde gældende, at varemærkerne var blevet benyttet enten under tilsidesættelse af Dior's eneret til at benytte mærkerne i forbindelse med de samme eller tilsvarende varer (jf. stk. 1, første led, i den udgave af artikel 13 A i Benelux-varemærkeloven, der var gældende på det pågældende tidspunkt (herefter »Benelux-loven«)), eller under omstændigheder, som kunne skade Dior, bl.a. ved at skade varemærkernes luksuriøse og prestigebetonede image. Ifølge stk. 1, andet led, i Benelux-lovens artikel 13 A kunne indehaveren af et varemærke modsætte sig enhver anden brug af mærket eller af et tilsvarende tegn under omstændigheder, som uden rimelig grund kan skade indehaveren af varemærket erhvervsmæssigt. Dior hævdede desuden, at Evora havde krænket Dior's ophavsret til de flakoner og emballager, der blev benyttet til Dior-produkter.

7. Dior nedlagde påstand om, at Evora tilpligtedes at ophøre med og afholde sig fra at gøre brug af Dior's billedmærker og enhver »mangfoldiggørelse eller gengivelse« af Dior-produkter i kataloger, brochurer, annoncer eller på enhver anden måde. Præsidenten for Arrondissementsrechtbank, Haarlem, gav Dior medhold, for så vidt som han pålagde Evora øjeblikkeligt at ophøre med og afholde sig fra enhver brug af Dior's billedmærker samt enhver »mangfoldiggørelse eller gengivelse« af de pågældende Dior-produkter i kataloger, brochurer, annoncer og på enhver anden måde, som ikke er i overensstemmelse med den for Dior sædvanlige måde at reklamere på. Gerechtshof ophævede imidlertid præsidentens kendelse og afviste at træffe de begærede forholdsregler. Dior påankede Gerechtshof's afgørelse til Hoge Raad.

8. På det tidspunkt, hvor spørgsmålene i den foreliggende sag blev forelagt, var loven om ændring af Benelux-loven på baggrund af Rådets direktiv 89/104 (herefter »varemærkedirektivet« eller blot »direktivet«) [2] endnu ikke trådt i kraft. Ændringsloven (den anden protokol af 2.12.1992) trådte i kraft den 1. januar 1996. Men fristen for gennemførelsen

2 — Rådets første direktiv af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, EFT 1989 L 40, s. 1.

af direktivet udløb den 31. december 1992 [3], dvs. et godt stykke tid før de begivenheder, der har givet anledning til den foreliggende sag. Derfor skal Benelux-loven i affattelsen på det tidspunkt, som erkendt af Hoge Raad, dog i videst mulig omfang fortolkes i lyset af direktivets ordlyd og formål [4].

9. I henhold til Benelux-loven var det blevet fastslået, at når varer var bragt i omsætning under et varemærke af varemærkets indehaver eller en licenshaver, var videreforhandleren berettiget til at benytte det pågældende varemærke for at gøre offentligheden bekendt med denne videreforhandling. Dog kunne varemærkeindehaveren som en undtagelse fra reglen modsætte sig reklamering, hvorved en videreforhandler søgte at reklamere for sin egen virksomhed ved at skabe det indtryk, at der var tale om en særlig kvalitet og således udnytte det omdømme og den goodwill, der knytter sig til varemærket [5].

10. Gerechtshof fandt ikke, at Dior havde fremlagt tilstrækkeligt bevis for, at den måde, hvorpå Kruidvat havde anvendt billedmærkerne i sin julebrochure, sandsynligvis ville give offentligheden det indtryk, at mærkerne navnlig blev benyttet for at reklamere for Kruidvat's egen virksomhed som sådan.

11. Dior gjorde tillige for Gerechtshof gældende, at Dior var berettiget til at modsætte Kruidvat's brug af varemærkerne med den begrundelse, at den pågældende brug indebar en ændring af »varernes tilstand« i Benelux-lovens artikel 13 A, stk. 3's forstand, eller fordi der i henhold til varemærkedirektivets artikel 7, stk. 2, var skellig grund til at modsætte sig videreforhandling af varerne. Af artikel 13 A, stk. 3, fremgik det bl.a., at eneretten i medfør af varemærket ikke indebar, at indehaveren af varemærket kunne modsætte sig brug heraf i forbindelse med varer, som han eller hans licenshaver havde markedsført under varemærket, men at indehaveren havde denne ret, såfremt »varernes tilstand« var blevet ændret. Faktisk henviser direktivets artikel 7, stk. 2, også til varernes tilstand, da det her accepteres, at der kan være »skellig grund, [som] berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, især i tilfælde, hvor disses tilstand er ændret eller forringet, efter at de er markedsført« [6].

12. Gerechtshof forkastede Dior's argumentation, som var baseret på de nævnte bestemmelser. Gerechtshof fandt, at begge bestemmelser alene sigter til ugunstige følger for varemærkets omdømme, der er forårsaget af

3 — Efter direktivets artikel 16, stk. 1, skulle medlemsstaterne gennemføre det senest den 28.12.1991. Men ved beslutning 92/10/EØF (EFT L 6, s. 35) udøvede Rådet sin beføjelse i henhold til artikel 16, stk. 2, og forlængede fristen for direktivets gennemførelse til den 31.12.1992.

4 — Se f.eks. dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, af 14.7.1994, sag C-91/92, Faccini Dori, Sml. I, s. 3325, præmis 26, af 11.7.1996, forenede sager C-71/94, C-72/94 og C-73/94, Eurim-Pharm, Sml. I, s. 3603, præmis 26, og af 11.7.1996, sag C-232/94, MPA Pharma, Sml. I, s. 3671, præmis 12.

5 — Benelux-Domstolens dom af 20.12.1993 i sagen *Daimler-Benz mod Haze*, Jurisprudentie 1993, s. 65 ff.

6 — Gengivet i hele sin ordlyd i punkt 19 nedenfor.

en ændring af de pågældende varers fysiske tilstand. Dior gjorde indsigelse mod synspunktet, idet selskabet gjorde gældende, at »varernes tilstand« som omhandlet i disse bestemmelser også omfatter varernes »psykiske tilstand«. Ved »psykisk tilstand« forstår Dior varens prestigebetonede fremtræden og image samt den følelse af luksus, der udgår fra varerne på grund af den præsentations- og reklameringsmåde, indehaveren af varemærket har valgt som led i udøvelsen af sine varemærkerettigheder.

13. I medfør af artikel 10 i Benelux-konventionen om varemærker, som blev indgået den 19. marts 1962 mellem Belgien, Luxembourg og Nederlandene, og artikel 6, stk. 3, i en traktat indgået i Bruxelles af de samme lande den 31. marts 1965 om oprettelse af en Benelux-Domstol, er Hoge Raad under visse omstændigheder pligtig til at forelægge Benelux-Domstolen præjudicielle spørgsmål om fortolkningen af Benelux-loven. Ordningen svarer til den ordning, hvorefter EF-Domstolen får forelagt præjudicielle spørgsmål.

14. I den foreliggende sag har Hoge Raad på samme tid indgivet de samme spørgsmål til såvel Domstolen som Benelux-Domstolen »af hensyn til sagens praktiske behandling«. Hoge Raad finder det nødvendigt for tvistens afgørelse, at de realitetsspørgsmål, der er forelagt begge domstole, besvares, selv om Hoge Raad erkender, at besvarelsen af et af disse spørgsmål kan gøre et eller flere af de resterende spørgsmål helt eller delvis overflødige. Hoge Raad har dog besluttet også at spørge Domstolen, om det er den øverste nationale domstol eller Benelux-Domstolen, som må anses for at være den nationale ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, jf. EF-traktatens artikel 177. Ved afgørelse af 15. oktober 1996 har Benelux-Domstolen udsat sagen med den begrundelse, at besvarelserne af spørgsmålene til EF-Domstolen kunne påvirke Benelux-Domstolens egen besvarelse af et eller flere af de forelagte spørgsmål om fortolkning af Benelux-loven.

15. Hoge Raad har forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»1) Såfremt der under en sag om varemærkeret i et af Benelux-landene i forbindelse med fortolkningen af den ensartede Benelux-lov om varemærker opstår et spørgsmål om fortolkningen af Rådet for De Europæiske Fællesskabers første direktiv af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (89/104/EØF), er det da den øverste nationale domstol eller Benelux-Domstolen, der skal anses for at være den nationale ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, og som derfor i henhold til EF-traktatens artikel 177, stk. 3, er pligtig at indbringe sagen for Domstolen?

2) Er det foreneligt med det nævnte direktivs opbygning, navnlig med dets artikel 5 til og med artikel 7, at antage, at når der er tale om videreforhandling

af varer, som er bragt i handelen i Fællesskabet under et varemærke af indehaveren af dette varemærke eller med hans samtykke, står det også (videre-) forhandleren frit for at bruge dette varemærke for at gøre offentligheden bekendt med denne videreforhandling?

3) Såfremt spørgsmål 2) besvares bekræftende, er der da undtagelser fra denne regel?

4) Såfremt spørgsmål 3) besvares bekræftende, kan der da gøres en undtagelse for det tilfælde, at varemærkets reklamefunktion bliver truet ved, at (videre-) forhandleren ved den måde, hvorpå han bruger varemærket ved den nævnte bekendtgørelse, tilføjer dette mærkes luksuriøse og prestigebetonede image skade?

5) Kan der være tale om 'skellig grund' i den i direktivets artikel 7, stk. 2, forudsatte betydning, såfremt varernes 'psykiske tilstand' — nemlig varernes stil, prestigebetonede image og luksuriøse udstråling som følge af den måde, hvorpå varemærkeindehaveren under brug af sin varemærkeret har valgt at præsentere dem og reklamere for dem — ændres eller forringes ved den måde, hvorpå (videre-) forhandleren reklamerer for varerne?

6) Er EF-traktatens artikel 30 og 36 til hinder for, at indehaveren af et (billed-) mærke eller indehaveren af en ophavsret, som vedrører de flakoner og emballager, der anvendes til hans varer, under henvisning til denne varemærkeret eller denne ophavsret gør det umuligt for en (videre-) forhandler, som frit må forhandle disse varer, at gøre reklame for denne vare på en måde, som er sædvanlig for detailhandlere i den pågældende branche? Gælder dette også, såfremt (videre-) forhandleren ved den måde, hvorpå han gør brug af varemærket i sit reklamemateriale, påfører dette varemærkes luksuriøse og prestigebetonede image skade, henholdsvis hvis offentliggørelsen og mangfoldiggørelsen sker under sådanne omstændigheder, at der kan påføres indehaveren af ophavsretten skade?«

Varemærkedirektivet

16. Varemærkedirektivet er et første skridt i harmoniseringen af medlemsstaternes varemærkelovgivning [7]. Spørgsmålene i den foreliggende sag henviser til direktivets artikel 5, 6 og 7.

17. I artikel 5 angives de rettigheder, der er knyttet til et varemærke. Rettighederne

7 — Tredje betragtning.

omfatter varemærkeindehaverens ret til at forhindre tredjemand, der ikke har hans samtykke, i at »anvende« tegnet »i reklameøjemed« [artikel 5, stk. 3, litra d)].

18. Artikel 6 bestemmer i det væsentlige, at varemærkeindehaveren ikke kan påberåbe sig sit varemærke for at forbyde tredjemand at gøre brug af sit eget navn og sin adresse eller af angivelser, som er nødvendige for at beskrive en vares kendetegn eller formål.

19. Artikel 7 vedrører konsumptionen af de rettigheder, der er knyttet til et varemærke. Artikel 7 lyder således:

»1. 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.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt skellig grund berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, især i tilfælde, hvor disses tilstand er ændret eller forringet, efter at de er markedsført.«

Det første spørgsmål

20. I EF-traktatens artikel 177, stk. 3, bestemmes det, at såfremt et spørgsmål om fællesskabsretten »rejses under en retssag ved en national ret, hvis afgørelser ifølge nationale retsregler ikke kan appelleres, er retten pligtig at indbringe sagen for Domstolen«.

21. Hoge Raad ønsker med sit første spørgsmål oplyst, om det i en sag om Benelux-loven er »den øverste nationale domstol eller Benelux-Domstolen, der skal anses for at være den nationale ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres, og som derfor i henhold til EF-traktatens artikel 177, stk. 3, er pligtig at indbringe sagen for Domstolen«.

22. Nogle ville måske mene, at dette spørgsmål af tekniske grunde må afvises, idet en national ret kun kan anmode om en afgørelse i medfør af artikel 177, såfremt den finder, at en afgørelse af spørgsmålet er nødvendig for, at den kan afsige dom, og at en afgørelse i den foreliggende sag ikke kan være »nødvendig«, da Hoge Raad under alle omstændigheder har besluttet at forelægge realitetsspørgsmålene til præjudiciel afgørelse. Da det imidlertid i princippet tilkommer den nationale ret at vurdere nødvendigheden, og da afgørelsen kan tænkes at

hjælpe Hoge Raad, ja endog Benelux-Domstolen, i fremtidige sager, finder jeg, at spørgsmålet bør besvares.

23. Det skal dog bemærkes, at der i den foreliggende sag er tale om sager om foreløbige afgørelser. Det vil sige, at hvis Hoge Raad's og Benelux-Domstolens afgørelser ikke er bindende for den ret, der senere skal behandle realiteten, og såfremt hver af parterne kan anlægge en sag vedrørende realiteten, fremgår det klart af tidligere retspraksis, at hverken Hoge Raad eller Benelux-Domstolen har pligt til at forelægge Domstolen spørgsmål: se dommene i Hoffmann-La Roche- [8] samt Morson og Jhanjan-sagen [9]. Sidstnævnte sag lignede den foreliggende, idet den vedrørte en dom afsagt af Hoge Raad. Af det forelagte spørgsmål fremgik det, at Hoge Raad's afgørelse i kæremålet, selv om der var tale om et spørgsmål angående gældende retsregler, ikke var bindende for en ret, som senere skulle behandle realiteten.

24. Heraf følger, at selv om kendelserne fra Hoge Raad og Benelux-Domstolen ikke kan kæres, er ingen af disse retter forpligtet til at forelægge Domstolen noget spørgsmål, forudsat at hver af sagens parter kan anlægge eller fortsætte eller kræve anlagt eller fortsat en retssag vedrørende realiteten, hvor det under den summarisk behandlede sag foreløbigt afgjorte spørgsmål kan efterprøves og forelægges Domstolen i henhold til artikel 177.

25. Det kan dog være nyttigt at overveje, hvad situationen ville være, såfremt der havde været tale om en endelig dom i hovedsagen. Hertil har jeg følgende bemærkninger.

26. Benelux-Domstolen spiller som nævnt samme rolle i forhold til ensartet Benelux-lovgivning, herunder den ensartede Benelux-lov om varemærker, som Domstolen i medfør af traktatens artikel 177 spiller i forhold til fællesskabslovgivningen. I medfør af artikel 6 i traktaten om oprettelse af Benelux-Domstolen kan enhver ret i Benelux-landene forelægge Benelux-Domstolen et spørgsmål om fortolkning af Benelux-lovgivning, såfremt der opstår en fortolkningsvanskelighed, og den nationale ret finder en afgørelse på dette punkt nødvendig for at afsige dom. Ifølge samme artikels stk. 3 skal en national ret, hvis afgørelser ikke kan indbringes for en højere national retsinstans, forelægge sagen for Benelux-Domstolen. Artikel 7, stk. 2, i traktaten om oprettelse af Benelux-Domstolen bestemmer, at de nationale retter, som dernæst træffer afgørelse i sagen, er bundet af den fortolkning, der fremgår af Benelux-Domstolens afgørelse.

8 — Dom af 24.5.1977, sag 107/76, Sml. s. 957.

9 — Dom af 27.10.1982, forenede sager 35/82 og 36/82, Sml. s. 3723.

27. Dior har gjort gældende, at det er Hoge Raad, der i en sag som den foreliggende skal forelægge sagen for Domstolen i medfør af artikel 177, stk. 3. Evora har derimod gjort gældende, at det er Benelux-Domstolen, der skal gøre dette. Begge holdninger rejser spørgsmålet om, hvorvidt Benelux-Domstolen er en ret »i en af medlemsstaterne« i artikel 177's forstand, idet kun en sådan ret kan forelægge en sag for Domstolen. Ifølge Kommissionen må dette spørgsmål besvares bekræftende, fordi kæremålet, selv om Benelux-Domstolen kan betragtes som en overnational ret snarere end som en ret i en medlemsstat, for Benelux-Domstolen er et led i den sag, der verserer for den nationale ret. Da Benelux-Domstolens svar endvidere binder den forelæggende ret, er Benelux-Domstolen ifølge Kommissionen ikke alene berettiget, men også forpligtet til at forelægge sagen, når besvarelsen af det spørgsmål, den har fået forelagt, afhænger af fortolkningen af en bestemmelse i fællesskabsretten. Den eneste undtagelse ville være, at den forelæggende ret (som i denne sag) selv har forelagt Domstolen sagen. I så fald ville det være overflødigt for Benelux-Domstolen selv at forelægge Domstolen sagen.

28. Med henblik på den foreliggende sag og muligvis også fremtidige sager, der eventuelt giver anledning til samme processuelle spørgsmål, forekommer det mig tilstrækkeligt at fremsætte to bemærkninger. For det første vil kravene i artikel 177, stk. 3, være opfyldt, forudsat at Domstolen har truffet en præjudiciel afgørelse på et eller andet tidspunkt under retsforhandlingerne, før den nationale ret har taget endelig stilling. Begrundelsen for traktatens bestemmelser er, at en ret i en medlemsstat, hvis afgørelser er endelige, ikke bør tage stilling til et spørgsmål om fællesskabsretten uden at forelægge Domstolen spørgsmålet. Fra dette synspunkt vil det sikkert være underordnet, under hvilken retssag der anmodes om den præjudicielle afgørelse. For det andet forekommer det mig, at dette mål bedst kan nås, såfremt Domstolen som i den foreliggende sag får mulighed for at tage stilling til sagen før retsforhandlingerne for Benelux-Domstolen, hvilket muligvis også vil lette sagens behandling.

Det andet spørgsmål

29. Hoge Raad's andet spørgsmål går nærmere bestemt ud på, om princippet om rettigheders konsumption som hovedregel også gælder reklamering for varemærkebeskyttede produkter.

30. Princippet om varemærkerettigheders konsumption er et anerkendt princip, hvorfra der gælder en begrænset række undtagelser gående ud på, at indehaveren af en varemærkeret ikke under henvisning til varemærket kan modsætte sig indførsel eller markedsføring af en vare, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af indehaveren selv eller med hans samtykke [10]. Princippet afspejler sig nu i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, som er citeret ovenfor [11], og som forhindrer indehaveren af et varemærke

10 — Se f.eks. dom 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 45, og de deri nævnte henvisninger.

11 — I punkt 19.

i at forbyde »brugen« af et varemærke »for varer, som af indehaveren eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette mærke«.

31. Hvis en forhandler frit kan sælge varer, der er markedsført af indehaveren af varemærket eller med hans samtykke, må dette indebære, at forhandleren i princippet også frit kan reklamere for varerne. En forhandlers ret til at markedsføre varer ville stort set blive meningsløs, såfremt varemærkeindehaveren altid kunne forbyde ham at reklamere for varerne. Dette gælder især, hvis man går ud fra, at reklamering omfatter materiale anbragt i eller umiddelbart uden for detailforretningen og måske endog udstillinger af varen. Såfremt princippet om konsumption af rettigheder aldrig omfatter reklamering, vil forhandlere, som ikke har varemærkeindehaverens tilladelse til at reklamere, skulle holde alle reklamer for de pågældende varer gemt under disken og håbe på, at kunderne efterspurgte varerne i håb om, at forretningen havde dem på lager. Dette ville fuldstændig gennemhulle princippet om konsumption af rettigheder. Følgelig må en forhandler i princippet have ret til at reklamere for de varer, som han har ret til at sælge.

32. Denne holdning, der er dikteret af sund fornuft, støttes endvidere af direktivets ordlyd. I artikel 5, som fastlægger grænserne for varemærkeindehaverens grundlæggende rettigheder, henvises der til retten til at forhindre andre i at »gøre brug af« varemærket under visse omstændigheder, mens samme artikels stk. 3, litra d), bestemmer, at retten omfatter retten til at forhindre andre i at »anvende tegnet på forretningspapirer og i reklameøjemed«. Som Evora og Kommissionen har påpeget, er det — da artikel 7, stk. 1, som knæsætter konsumptionsprincippet, også henviser til »brugen« af varemærket — logisk at udlede heraf, at denne brug også omfatter reklamering.

33. Jeg konkluderer derfor i besvarelse af det andet spørgsmål, at når varer er markedsført i Fællesskabet af indehaveren af varemærket eller med hans samtykke, har en forhandler som generelt princip ud over muligheden for at videresælge disse varer også mulighed for at anvende mærket for at gøre offentligheden bekendt med videreforhandlingen af varerne.

Det tredje, fjerde og femte spørgsmål

34. Hoge Raad ønsker med sit tredje, fjerde og femte spørgsmål afklaret, om der er undtagelser fra det nævnte generelle princip og i bekræftende fald, om disse undtagelser også omfatter situationer, hvor reklameringsmåden tilføjer varemærkets luksuriøse og prestigebetonede image skade. Hoge Raad taler i den forbindelse om den »psykiske tilstand« af de varer, som herved ændres eller forringes.

Principielt om beskyttelse af et varemærkes omdømme

35. Efter min opfattelse fremgår det klart af Domstolens nylig afsagte dom i sagen Bristol-Myers Squibb [12], at en skade forvoldt på en varemærkeindehavers omdømme i princippet kan være en »skellig grund« i henhold til direktivets artikel 7, stk. 2, som berettiger indehaveren af et varemærke til at modsætte sig videre markedsføring af varer, der er markedsført i Fællesskabet af ham selv eller med hans samtykke. I nævnte dom antog Domstolen, at en varemærkeindehaver i henhold til direktivets artikel 7, stk. 2, fortolket på baggrund af retspraksis vedrørende traktatens artikel 30 og 36, var berettiget til at modsætte sig fortsat markedsføring af varer, som var markedsført af indehaveren eller med hans samtykke, med den begrundelse, at det ompakkede produkts præsentationsmåde »er af en sådan karakter, at den kan være skadelig for varemærkets eller varemærkeindehaverens omdømme«. Domstolen konkluderede derfor, at emballagen ikke må være »defekt, af ringe kvalitet eller fremtræde ufærdig«.

36. Hvis en varemærkeindehaver kan modsætte sig en lemfældig ompakning, som skader hans omdømme, kan jeg ikke se, hvorfor han ikke under visse omstændigheder skulle kunne modsætte sig en lemfældig reklamering, der skader hans omdømme. Alligevel er de to situationer forskellige, og de må behandles hver for sig. Ompakning er i en vis forstand et mere direkte indgreb i varemærkeindehaverens rettigheder, fordi ompakningen er i fysisk forbindelse med de pågældende varer. På den anden side vil en sjusket ompakning sandsynligvis (hvis emballagen ikke er afbildet i reklamerne) kun blive set af folk, der betragter eller køber det pågældende parti varer, mens en forhandlers reklamering, selv om den vedrører dette bestemte parti varer, muligvis vil blive set af en bredere kreds og således have en større indvirkning på varemærkets omdømme i almindelighed.

37. Evora's argument om, at ordet »markedsføring« i artikel 7, stk. 2, i modsætning til ordet »brugen« i artikel 7, stk. 1, alene vedrører salg og køb af varer og udelukker reklamering, savner retligt grundlag. Selv om man antog, at valget af forskellige ord har en eller anden betydning, falder reklamering efter min opfattelse klart ind under begrebet »markedsføring« af en vare [13].

38. At konkludere, at krænkelse af omdømme falder ind under direktivets artikel 7, stk. 2, er dog ikke ensbetydende med, at henvisningen til »varernes tilstand« i artikel 7, stk. 2, også omfatter varernes »psykiske tilstand« som anført af Dior. Domstolen gjorde det nemlig klart i dommen i

12 — Nævnt i fodnote 10; se ligeledes de i fodnote 4 nævnte domme i sagerne Eurim-Pharma og MPA Pharma.

13 — Denne note vedrører kun den engelske udgave af dette forslag til afgørelse.

sagen Bristol-Myers Squibb [14], at denne sætning henviser til »det i emballagen indeholdte« produkts tilstand. Ændring eller forringelse af varernes tilstand er blot ét eksempel på en »skellig grund« i artikel 7, stk. 2's forstand, og krænkelse af omdømme er, som vi netop har set, et andet eksempel.

39. Jeg bør måske gøre opmærksom på, at jeg betragter beskyttelse af omdømme som et selvstændigt spørgsmål. Selv om Domstolen traditionelt har fremhævet, at varemærkers funktion er at angive varernes oprindelse [15], hvilket jeg tilslutter mig, har Domstolen ikke dermed sagt, at varemærkerettigheder alene kan påberåbes for at opretholde denne funktion. Varemærker kan i kraft af deres funktion som oprindelsesangivelse være værdifulde aktiver, der omfatter den goodwill, som er knyttet til en virksomhed (eller et af virksomhedens særlige produkter). I Bristol-Myers Squibb-sagen ses Domstolen ikke at have krævet, at forbrugerne skal tro, at varemærkeindehaveren på nogen måde har været ansvarlig for eller haft forbindelse med den virksomhed, som udførte den sjuskede ompakning, selv om dette ofte kan være tilfældet i praksis [16]. Det synes derfor rimeligt at konkludere, at varemærkeindehaveren under omstændigheder som i den foreliggende sag alene behøver at godtgøre, at der er fare for en væsentlig krænkelse af hans omdømme, og ikke behøver godtgøre, at offentligheden tror, at forhandleren har forbindelse med ham eller er godkendt af ham.

40. Spørgsmålet adskiller sig meget fra spørgsmålet i SABEL-sagen [17]. I SABEL-sagen konkluderede jeg under henvisning til varemærkers funktion som oprindelsesangivelse, at en varemærkeindehaver ikke kan modsætte sig registrering af et lignende mærke i forbindelse med samme eller lignende vare, medmindre der er fare for forveksling med hensyn til de konkurrerende varers oprindelse. Den sag vedrørte imidlertid varemærkedirektivets artikel 4, stk. 1, litra b), som udtrykkeligt henviser til begrebet »forveksling«. I artikel 7, stk. 2, er der ingen sådan henvisning. Dette er fuldt forståeligt, da det ikke er de samme overvejelser, der gør sig gældende, når den ret, som der er tale om, er retten til at modsætte sig registrering eller brug af et tilsvarende mærke, og når det drejer sig om beskyttelse af et mærke fra krænkelse af omdømmet, ikke ved brug af et tilsvarende mærke, men ved handlinger i forbindelse med selve det varemærkebeskyttede produkt. Endvidere er det efter min opfattelse ikke nødvendigvis urimeligt, at indehaveren af et varemærke har større kontrol over, hvad der gøres ved hans egne produkter, selv om de allerede er bragt på markedet af ham eller med hans samtykke, end over hvad der gøres ved andre virksomheders produkter.

41. Domstolens fremhævelse af varemærkers funktion som oprindelsesangivelse, hvilket jeg kom ind på i SABEL-sagen og som tillige

14 — I præmis 58.

15 — Se f.eks. præmis 47 i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., der er nævnt i fodnote 10.

16 — Således at kravet om, at præsentationen af de ompakkede varer ikke må skade varemærkets omdømme, i en vis udstrækning kan siges at have forbindelse med oprindelsesgarantien, hvilket jeg bemærkede i punkt 28 i mit forslag til afgørelse af 27.2.1997 i sag C-349/95, Loendersloot.

17 — Sag C-251/95, forslag til afgørelse af 29.4.1997, trykt i dette bind af Samling af Afgørelser, s. 6191.

er relevant for den foreliggende sag, er blevet kritiseret [18]. Men som en kommentator har erkendt [19], er kritikken af funktionen som oprindelsesangivelse for en stor dels vedkommende opstået, fordi funktionen opfattes på to forskellige måder. De, som går ind for funktionen, er tilbøjelige til at opfatte den som omfattende »både brugen af varemærkerne for nu at fortælle forbrugerne præcist, hvor varer eller tjenesteydelser kommer fra, og tillige en løsere brug for at udsondre én række af varer eller tjenesteydelser fra en anden række på markedet i tilfælde, hvor forbrugerne ikke har nogen interesse i kilden som sådan, men kun som nøglen til at opnå kvalitet. Radikale forfattere, som gør sig til talsmænd for en videre, mere 'moderne' opfattelse har på den anden side en tilbøjelighed til at fornægte 'oprindelsesteorier' ved alene at forstå dem således, at de dækker den første specifikke brug« [20]. Men oprindelsesteorien taget i en bredere betydning anerkender, at varemærker fortjener beskyttelse, fordi de symboliserer kvaliteter, som forbrugere forbinder med visse varer eller tjenesteydelser, og garanterer, at varerne eller tjenesteydelserne svarer til forventningerne. Domstolen har denne bredere opfattelse af oprindelsesfunktionen. Som Domstolen fastslog i dommen i HAG GF-sagen [21], »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 disse produkter og tjenesteydelser 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«. Det er klart, at dette aspekt af varemærkerne (undertiden omtalt som »kvalitets- eller garantifunktionen«) kan betragtes som del af oprindelsesfunktionen.

42. Det er også blevet hævdet, at varemærker har andre funktioner, der kan betegnes »kommunikations«-, investerings- eller reklamefunktioner. Disse funktioner siges at udspringe af, at investeringen i salgsfremmende foranstaltninger for et produkt er bygget op omkring varemærket. Heraf udleder man, at disse funktioner er værdier, som fortjener beskyttelse som sådan, selv når der ikke foreligger noget misbrug som følge af vildledende oprindelses- eller kvalitetsangivelser [22]. Efter min opfattelse synes disse funktioner dog kun at være afledt af oprindelsesfunktionen. Det ville nemlig næppe tjene noget formål at reklamere for et varemærke, hvis ikke dette varemærke fungerede som oprindelsesangivelse, der gør det muligt at skelne mellem varemærkeindehaverens varer og hans konkurrenters varer. Selv om andre facetter af varemærkerne måske kræver beskyttelse under visse omstændigheder, finder jeg derfor, at Domstolens fremhævelse af varemærkers funktion som oprindelsesangivelse var og fortsat er et passende udgangspunkt for fortolkningen af fællesskabslovgivningen vedrørende varemærker. Heraf følger, at de omstændigheder, under hvilke en varemærkeindehaver kan påberåbe sig sine varemærkerettigheder for at beskytte sit omdømme, ikke bør fortolkes for bredt.

18 — Se f.eks. Gielen, *Harmonisation of Trade Mark Law In Europe* [1992] 8 EIPR, s. 264.

19 — W. R. Cornish, *Intellectual Property*, tredje udgave.

20 — Se Cornish, nævnt i fodnote 19, s. 529.

21 — Dom af 17.10.1990, sag C-10/89, Sml. I, s. 3711, præmis 13.

22 — Se Cornish, nævnt i fodnote 19, s. 527 og 529.

Fare for væsentlig krænkelse af varemærkets omdømme

43. Selv om et varemærkes omdømme i princippet kan beskyttes i henhold til artikel 7, stk. 2, må det overvejes, hvor langt denne beskyttelse rækker. I den foreliggende sag er spørgsmålet, i hvilken udstrækning indehaveren af et varemærke for en luksusparfume kan beskytte sit produkts luksuriøse image under påberåbelse af sine varemærkerettigheder.

44. Det synes at være almindeligt anerkendt, at det er det eksklusive og luksuriøse image, der gør mange parfumer til en ønskværdig gave for såvel giver som modtager. Som Kommissionen bemærkede i sine beslutninger om fritagelse af Parfums Givenchy SA's og Yves Saint Laurent Parfums' selektive distributionssystemer (»parfumebeslutningerne«), »[gør] det anmeldte distributionssystem ... det nemlig muligt at bevare aftalevarernes eksklusive karakter, som er hovedmotivet til forbrugernes valg. Det sikres således, at disse luksusvarer ikke gøres til almindelige varer gennem en udvanding af deres image og en forringelse af den bagved liggende kreativitet« [23].

45. Omdømmets betydning for kosmetiske luksusprodukter er blevet anerkendt ikke alene af Kommissionen [24], men også af Retten i Første Instans. I to nylig afsagte domme [25] godkendte Retten i Første Instans Kommissionens beslutninger om fritagelse af Yves Saint Laurent's og Parfums Givenchy's ovennævnte selektive distributionssystemer. Sidstnævnte selskab er del af samme koncern som Dior. I henhold til disse systemer blev forhandlere underkastet forskellige former for kvalitetskontrol, herunder af betingelserne vedrørende de omgivelser, hvori salgsstedet er beliggende, for at opretholde varemærkernes luksuriøse og prestigebetonede image. De udvalgte forhandlere havde endvidere ikke tilladelse til at sælge uden for det selektive distributionsnet. Retten fandt, at begrebet »egenskaber« i den forstand, hvori udtrykket anvendes i dommen i L'Oréal-sagen [26] ikke kun kan omfatte produkternes ydre kendetegn, men også omfatter den særlige opfattelse, forbrugerne har af dem, nærmere bestemt deres »aura af luksus« [27]. Retten fandt, at det er i de forbrugeres interesse, der efterspørger luksuskosmetik, at sådanne produkters image af luksus ikke forringes. Retten var af den opfattelse, at selv om luksuskosmetikkens karakter af »luksus« bl.a. er en følge af produkternes høje kvalitet, deres højere pris og fabrikanternes reklamekampagner, kan den omstændighed, at disse produkter sælges inden for rammerne af selektive distributionssystemer, der tager sigte på at sikre dem en luksuriøs præsentation på salgsstedet, også bidrage til dette image af luksus [28]. Efter Rettens opfattelse er det derfor berettiget at beskytte luksuskosmetik gennem et selektivt distributionsnet.

23 — Kommissionens beslutning 92/428/EØF af 24.7.1992 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/33.542 — Parfums Givenchy's selektive distributionssystem) (EFT L 236, s. 11, s. 20, del II, B, punkt 3); Kommissionens beslutning 92/33/EØF af 16.12.1991 om en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/33.242 — Yves Saint Laurent) (EFT 1992 L 12, s. 24, s. 32-33, del II, B, punkt 3).

24 — I de i fodnote 23 nævnte beslutninger.

25 — Domme af 12.12.1996, sag T-19/92 og sag T-88/92, Leclerc mod Kommissionen, Sml. II, s. 1851 og s. 1961.

26 — Dom af 11.12.1980, sag 31/80, L'Oréal, Sml. s. 3775.

27 — Præmis 115 i dommen i sag T-19/92 og præmis 109 i dommen i sag T-88/92, der er nævnt i fodnote 25.

28 — Præmis 120 i dommen i sag T-19/92 og præmis 114 i dommen i sag T-88/92, der er nævnt i fodnote 25.

Det kan derfor i forbindelse med den foreliggende sag med god ret antages, at det omdømme, et varemærke for luksuskosmetik har, i princippet kan skades ved en markedsføring, som forringer det luksuriøse image.

46. Men i modsætning til retspraksis om selektive distributionsaftalers forenelighed med fællesskabsretten vedrører den foreliggende type sag den situation, hvor produkterne allerede er bragt på markedet af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke. Udgangspunktet er derfor det generelle princip, at varemærkeindehaveren har udtømt sin ret til at modsætte sig fortsat markedsføring under påberåbelse af sine varemærkerettigheder. Efter min opfattelse kan varemærkerettigheder derfor kun påberåbes for at modsætte sig parallelforhandleres reklamering, såfremt der er fare for en væsentlig krænkelse af varemærket, og såfremt faren er behørigt dokumenteret.

47. Evora har hævdet, at Dior's mål er at udslette konkurrencen fra videreforhandlerne, og fastholder, at den reklamering, som Dior anser for skadelig for Dior's omdømme, er sædvanlig for forhandlere i branchen. Evora har også gjort gældende, at Dior, såfremt Kruidvat opgraderede sine reklamer, ville påstå, at Kruidvat forleder offentligheden til at tro, at Kruidvat er en godkendt forhandler. Resultatet ville være, at der blev sat en effektiv stopper for parallelhandel. Det er her værd at bemærke, at Kruidvat ganske vist i sine reklamer udtrykkeligt kan gøre opmærksom på, at virksomheden ikke er en godkendt forhandler, men at det nok er urimeligt at forvente en sådan erklæring, da den kan få kunderne til at tro, at der er tale om ulovlig forhandling.

48. Det fremgår, at Gerechtshof har fastslået flere forhold, der viser Dior's hensigter. For det første ses Gerechtshof at have accepteret, at den pågældende reklamering er sædvanlig for forhandlere i den pågældende branche. For det andet hedder det i forelæggelsesdommen, at Gerechtshof er af den opfattelse, at Dior ønsker at forbyde alle reklamer fra virksomheder som Kruidvat, og at Dior's reelle hensigt er at forhindre, at sådanne virksomheder (der normalt sælger produkterne billigere end Dior's godkendte forhandlere) sælger produkter, således at Dior's selektive distributionssystem beskyttes mod parallelimport. Evora har også bemærket, at Gerechtshof har påpeget, at Dior ikke har bestridt påstanden om, at der ikke er nogen forskel mellem forhandlernes og Kruidvat's reklamering, og at Dior ikke har søgt at kritisere Kruidvat's måde at reklamere på, men alene har gjort gældende, at den måde, hvorpå virksomheder som f.eks. Kruidvat reklamerer, skaber et image, der ikke svarer til Dior-produkternes image. Gerechtshof konkluderede, at Dior ikke har bevist, at den sædvanlige reklameringsmåde for virksomheder som Kruidvat udgør en ændring af »produkternes tilstand« i henhold til Benelux-lovens artikel 13 A, stk. 3.

49. Hoge Raad's spørgsmål er dog holdt i generelle vendinger og bygger på en formodning om, at varemærkets luksuriøse image har lidt skade. Dette gør det nødvendigt at fremsætte følgende kommentarer.

50. Spørgsmålet, om der er fare for væsentlig krænkelse af varemærkeindehaverens omdømme eller ej, er i det væsentlige et faktisk spørgsmål, som må overlades til den nationale ret. Det kan dog muligvis hjælpe den nationale ret, hvis Domstolen angiver, hvilke faktorer der peger i retning af, at faren for en sådan skade ikke er bevist. Efter min opfattelse kan der være tale om faktorer som f.eks. bevis for, at godkendte forhandlere som påstået af Evora i den foreliggende sag har reklameret på samme måde som parallelforhandleren uden at modtage klager fra varemærkeindehaveren, bevis for, at varemærkeindehaverens selektive distributionssystem er kritisabelt i henhold til traktatens konkurrenceregler, fordi systemet ikke er nødvendigt for den pågældende type produkt, eller bevis for, at varemærkeindehaveren ikke har gjort sig den ulejlighed at etablere et vandtæt distributionssystem.

51. Hvis godkendte forhandlere som hævdet af Evora har reklameret på samme måde som Kruidvat, uden at Dior har klaget, er det muligvis tilstrækkeligt til at vise, at der ikke er fare for væsentlig krænkelse af varemærkets omdømme. Og Hoge Raad anfører netop i sit sidste spørgsmål, at den pågældende reklameringsmåde er sædvanlig for detailhandlere i den pågældende branche. Men hvis Hoge Raad blot mener, at reklameringen er den sædvanlige reklameringsmåde for materialvarebutikker, udelukker denne omstændighed ikke nødvendigvis varemærkeindehaverens mulighed for at påberåbe sig sine varemærkerettigheder for at modsætte sig en sådan reklamering. Men efter min opfattelse bør varemærkeindehavere som hovedregel ikke kunne modsætte sig respektable forhandleres respektable reklamering, selv om det kan påvises, at produktets luksuriøse image påføres en vis skade, fordi denne reklamering ligger på et lavere niveau end de udvalgte forhandleres. Videreforhandlere kan ikke pålægges de samme betingelser som udvalgte forhandlere. Særlige omstændigheder kan dog bevirke, at en varemærkeindehaver kan modsætte sig en vis form for reklamering, der reelt forringer produktets image og ikke blot ikke opfylder reklameringsstandarden for udvalgte forhandlere. Det er ikke let at fastlægge grænsen, og dette reelle spørgsmål påhviler det den nationale ret at afgøre. F.eks. kan indehaveren af et varemærke for luksusparfumer måske være berettiget til at modsætte sig en reklame, hvor hans parfumer afbildes i en bunke i en »tilbudskasse« til nedsatte priser sammen med ruller af toiletpapir og tandbørster. Det vil efter min opfattelse være rimeligt at kræve, at en parallelforhandler afholder sig fra en sådan reklamering (selv om man naturligvis ikke kan forhindre ham i blot at nedsætte priserne). Derimod kan det ikke kræves af ham, at han reklamerer særskilt for luksusparfumer.

52. Det er endog muligt undtagelsesvis at forestille sig en situation, hvor det kan være berettiget at acceptere, at en virksomhed aldrig må kunne markedsføre luksuskosmetik, medmindre virksomheden helt skifter karakter. F.eks. kan man forestille sig, at en snusket forretning i et skrapt forlystelseskvarter sælger artikler, som folk, der frekventerer sådanne kvarterer, kan lide, og at den derudover har luksusparfume på lager

som del af en gaveafdeling. Forretningen kan endog tænkes at reklamere for disse parfumer på en måde, der er sædvanlig i branchen. I denne situation er det vanskeligt at forestille sig, hvad en sådan forretning rent markedsføringsmæssigt kan gøre for at undgå skade på den prestigebetonede og luksuriøse aura, sådanne parfumer sædvanligvis er omgivet af. Men da Kruidvat er en kæde af materialvareforretninger, er denne situation ikke aktuel i den foreliggende sag.

Forebyggelse af parallelhandel

53. Jeg vil nu se på Evora's argument om, at det, såfremt Kruidvat opgraderer sin reklamering, vil kunne anfægtes som en vildledning af forbrugerne, der vil tro, at Kruidvat er en godkendt forhandler, og at søgsmål, der vindes på dette grundlag, effektivt vil standse parallelhandel.

54. Det forekommer klart, at en producent, der benytter et selektivt distributionssystem, kan have en legitim interesse i at forhindre, at forbrugerne får det fejlagtige indtryk, at en videreforhandler er en godkendt forhandler. Det kan f.eks. tænkes, at salgspersonalet ikke er tilstrækkeligt uddannet, og at producentens omdømme vil lide herunder. Producenten vil da muligvis kunne benytte ethvert middel i henhold til national lovgivning til at forhindre en sådan vildledning af forbrugerne. Dette vil muligvis være tilfældet, selv om de nationale foranstaltninger indirekte forhindrer parallelhandel. En sådan handling fra producentens side kan dog ikke gå videre end nødvendigt for at tilgodese hans legitime interesse i at beskytte sit omdømme.

55. At en varemærkeindehaver muligvis vil kunne modsætte sig reklamering, som forleder forbrugerne til at tro, at videreforhandleren er en godkendt forhandler, indebærer ikke, at varemærkeindehaveren derved kan forbyde enhver form for parallelhandel.

Det sjette spørgsmål

56. Det sjette spørgsmål vedrører ikke varemærkedirektivet, men traktatens artikel 30 og 36 af den indlysende grund, at spørgsmålet går ud på, om ophavsret såvel som varemærkerettigheder under visse omstændigheder kan bruges til at forhindre videreforhandlerens reklamering for varerne.

57. I traktatens artikel 36 hedder det bl.a., at artikel 30 ikke er til hinder for forbud eller restriktioner vedrørende indførsel, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret. Dette sidste udtryk omfatter også ophavsretten,

især i det omfang, denne udnyttes kommercielt [29]. I spørgsmålet anerkendes det, at forsøg på at hindre reklamering kan gøres på grundlag af varemærketten eller ophavsretten til flakonerne og emballagen, hver for sig eller i fællesskab. Hoge Raad spørger først, om traktatens artikel 30 og 36 er til hinder for, at indehaveren af sådanne rettigheder under henvisning til sin varemærket eller ophavsret gør det umuligt for en (videre-) forhandler at gøre reklame for denne vare på en måde, som er sædvanlig for detailhandlere i den pågældende branche. For det andet spørger Hoge Raad, om dette også gælder, såfremt (videre-) forhandleren ved den måde, hvorpå han gør brug af varemærket i sit reklamemateriale, påfører dette varemærkes luksuriøse og prestigebetonede image skade, eller hvis »offentliggørelsen og mangfoldiggørelsen« sker under sådanne omstændigheder, at der kan påføres indehaveren af ophavsretten skade.

58. For så vidt angår varemærkerettigheder kan svaret efter min opfattelse udledes af det ovenfor anførte. Indehaveren af varemærket har ret til at forhindre reklamering, som kan påføre produktets eller varemærkets omdømme skade, forudsat at der består en behørigt dokumenteret fare for en alvorlig krænkelse af dette omdømme.

59. Det samme må være tilfældet med hensyn til ophavsretten. Det synes klart, at de principper på varemærkeområdet, der fremgår af Domstolens praksis vedrørende traktatens artikel 30-36, og som generelt også er anvendelige i henhold til varemærkedirektivet [30], må finde anvendelse på udøvelsen af andre former for industriel og kommerciel ejendomsret. Domstolen har faktisk anerkendt, at der, for så vidt som ophavsret omfatter retten til kommercielt at udnytte markedsføringen af det beskyttede værk, ikke er nogen grund til ved anvendelsen af artikel 36 at sondre mellem ophavsretten og andre former for industriel og kommerciel ejendomsret [31]. Det er rigtigt, at ophavsrettens funktioner kan afvige fra varemærkers funktioner. Er der en sådan afvigelse, er det muligt, at ophavsretten lovligt kan udnyttes i større udstrækning end varemærker. I den foreliggende sag er spørgsmålene i begge tilfælde dog klart de samme. Som påpeget af Det Forenede Kongerige er det således, at når varemærkeindehaverens håndhævelse af en parallel ophavsret fører til samme kritisable resultater som håndhævelsen af et varemærke, kan denne håndhævelse ikke tillades, end ikke hvis en parallelforhandler som led i lovlige reklame- og salgsfremstød gengiver en varemærkeindehavers værker, der er beskyttet af ophavsretten.

60. Det følger af det ovenfor anførte, at besvarelsen på det sjette spørgsmål for så vidt angår ophavsret må ligge på linje med besvarelsen af spørgsmålene vedrørende varemærketten.

29 — Dom af 20.1.1981, forenede sager 55/80 og 57/80, Musik-Vertrieb Membran og K-tel International, Sml. s. 147, præmis 9.

30 — Se dom i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., der er nævnt i fodnote 10, præmis 31 ff.

31 — Dom i sagen Musik-Vertrieb Membran og K-tel International, der er nævnt i fodnote 29, præmis 11, 12 og 13, og dom af 20.10.1993, forenede sager C-92/92 og C-326/92, Phil Collins m.fl., Sml. I, s. 5145, præmis 21.

Forslag til afgørelse

61. Følgelig foreslår jeg Domstolen at besvare de af Hoge Raad forelagte spørgsmål således:

»1) Såfremt der i en sag vedrørende varemærker i en af Benelux-landene i forbindelse med fortolkningen af den ensartede Benelux-lov om varemærker opstår et spørgsmål om fortolkning af Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, og såfremt sagen indbringes eller skal indbringes for Benelux-Domstolen af en ret i en af Benelux-landene, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres i den i EF-traktatens artikel 177, stk. 3, forudsatte betydning, vil de i nævnte stykke fastsatte krav være opfyldt, forudsat at Domstolen får mulighed for at tage stilling til sagen, før den nationale ret træffer endelig afgørelse om sagens realitet.

2) Ovennævnte direktiv, særlig artikel 5, 6 og 7, skal fortolkes således, at når varer er markedsført i Fællesskabet af indehaveren af varemærket eller med hans samtykke, kan forhandleren i princippet frit bruge varemærket til at gøre offentligheden bekendt med videreforhandlingen.

3) Indehaveren af varemærket kan dog modsætte sig, at en forhandler bruger varemærket i reklameøjemed, når en sådan reklamering væsentligt kan skade varemærkets og varemærkeindehaverens omdømme. I forbindelse med luksusvarer som f.eks. parfumer kan skaden bestå i skade, der påføres varernes luksuriøse image. Dog må faren for, at varemærkets omdømme påføres væsentlig skade, behørigt godtgøres.

4) EF-traktatens artikel 30 og 36 skal fortolkes således, at indehaveren af et varemærke eller indehaveren af en ophavsret til de flakoner og emballager, som han anvender til sine varer, kan påberåbe sig sit varemærke eller sin ophavsret for at hindre reklamering, der kan tilføje hans produkts omdømme væsentlig skade. Faren for, at varemærkets omdømme tilføjes væsentlig skade, må dog behørigt godtgøres.«