DOMSTOLENS DOM (Fjerde Afdeling)

3. juni 2010 *

I sag C-127/09,

angående en anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 234 EF, indgivet af Oberlandesgericht Nürnberg (Tyskland) ved afgørelse af 31. marts 2009, indgået til Domstolen den 6. april 2009, i sagen:

Coty Prestige Lancaster Group GmbH

mod

Simex Trading AG,

har

* Processprog: tysk.

DOMSTOLEN (Fjerde Afdeling)

sammensat af afdelingsformanden, J.-C. Bonichot, og dommerne C. Toader, C.W.A. Timmermans (refererende dommer), P. Kūris og L. Bay Larsen,

generaladvokat: P. Cruz Villalón
justitssekretær: R. Grass,

på grundlag af den skriftlige forhandling,

efter at der er afgivet indlæg af:

— Coty Prestige Lancaster Group GmbH ved Rechtsanwälte C. Lehment og U. Hildebrandt

— Simex Trading AG ved Rechtsanwalt E. Stolz

— den italienske regering ved G. Palmieri, som befuldmægtiget, bistået af avvocato dello Stato M. Russo

— den østrigske regering ved C. Pesendorfer, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved H. Krämer, som befuldmægtiget,

og idet Domstolen efter at have hørt generaladvokaten har besluttet, at sagen skal pådømmes uden forslag til afgørelse,

afsagt følgende

Dom

1 Anmodningen om præjudiciel afgørelse vedrører fortolkningen af artikel 13, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1) og artikel 7, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), som ændret ved aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992 (EFT 1994 L 1, s. 3, herefter »direktiv 89/104«).

2 Anmodningen er blevet indgivet i forbindelse med en tvist mellem Coty Prestige Lancaster Group GmbH (herefter »Coty Prestige«), der er hjemmehørende i Mainz (Tyskland), og Simex Trading AF (herefter »Simex Trading«), der er hjemmehørende i Appenzell (Schweiz), hvorunder Coty Prestige har nedlagt påstand om, at Simex Trading pålægges en undladelsesforpligtelse, hvilket støttes på et anbringende om, at denne sidstnævnte ved at have markedsført parfumeprodukter i Tyskland krænker de rettigheder, der er knyttet til EF-varemærker og internationale varemærker, som Coty Prestige er indehaver af eller berettiget til at benytte.

Retsforskrifter

EU-ret

3 Artikel 13 i forordning nr. 40/94 med overskriften »Konsumption af de rettigheder, der er knyttet til EF-varemærket« bestemmer i stk. 1:

»De til EF-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.«

4 Artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 bestemte i sin oprindelige version følgende:

»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.«

5 I overensstemmelse med artikel 65, stk. 2, i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, sammenholdt med aftalens bilag XVII, punkt 4, er den oprindelige version af direktivets artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 blevet ændret i forbindelse med aftalen, idet udtrykket »inden for Fællesskabet« er blevet erstattet af »på en kontraherende parts område«.

Nationale bestemmelser

6 § 24, stk. 1, i lov om beskyttelse af varemærker og andre kendetegn (»Markengesetz«) af 25. oktober 1994 (BGBl. 1994 I, s. 3082) bestemmer:

»Indehaveren af et varemærke eller et forretningsnavn kan ikke forbyde tredjemand at anvende det pågældende varemærke eller forretningsnavn for varer, som er bragt i omsætning i Tyskland, i en anden medlemsstat i Den Europæiske Union eller i en anden kontraherende stat i aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde under dette varemærke eller forretningsnavn af indehaveren eller med hans samtykke.«

Tvisten i hovedsagen og det præjudicielle spørgsmål

7 Coty Prestige fremstiller og distribuerer parfumeprodukter under sine egne varemærker, Lancaster og Joop!, samt under andre virksomheders varemærker , bl.a. Davidoff, Jil Sander, Calvin Klein, Lagerfeld, J.Lo/Jennifer Lopez, Jette Joop, Nikos, Chopard og Vivienne Westwood.

8 Under disse varemærker, som er blevet registreret som EF-varemærker og internationalt registrerede varemærker, markedsfører Coty Prestige sine varer over hele verden via et selektivt distributionssystem, og dens distributører benævnes generelt »autoriserede forretninger«.

9 Artikel 5 i de enslydende kontrakter, som Coty Prestige har indgået med hver enkelt autoriseret forretning, er affattet som følger

»5.1. [Coty Prestige] yder den autoriserede forretning en udstrakt støtte i dennes bestræbelser med henblik på salg af produkter i det omfang, det er økonomisk forsvarligt. De nærmere enkeltheder aftales mellem parterne i det enkelte tilfælde

5.2. [Coty Prestige] kan også uden vederlag stille dekorations- og andet reklamemateriale til rådighed for den autoriserede forretning. Hvis ikke materialet er af en sådan karakter, at det udleveres til forbrugeren, skal det efter anmodning tilbageleveres til [Coty Prestige], som bevarer ejendomsretten dertil

5.3. Den autoriserede forretning må kun anvende det reklamemateriale, som stilles til rådighed af [Coty Prestige], til de angivne reklameformål, og enhver form for kommerciel udnyttelse heraf er forbudt, navnlig salg af prøver, testmateriale eller miniaturer.«

10 Simex Trading, som ikke er en del af Coty Prestiges net af autoriserede forretninger, markedsfører bl.a. parfumeprodukter.

11 Den 26. september 2007 erhvervede Coty Prestige to flakoner betegnet »testere«, som indeholdt parfumer af varemærket Davidoff Cool Water Man, ved et prøvekøb i en af kæden Sparfümeries forretninger i Ingolstadt (Tyskland).

12 De omhandlede testere er originale flakoner, som indeholder den originale parfume, men flakonerne er ikke forsynet med den originale lukkeanordning og har også påskriften »demonstration«. Testernes indpakning adskiller sig fra originalprodukternes indpakning derved, at den dels består af en hvid papæske, hvorpå de angivelser, der normalt er farvede på den originale emballage, kun er påtrykt i sort. For det andet er der på forsiden af æsken skrevet »demonstration« og på siden af denne »ikke til salg«.

13 Den 26. september 2007 fik Coty Prestige oplyst testernes produktionskodetal, som gjorde det muligt at fastslå, at de pågældende eksemplarer var blevet leveret i juli 2006 til en af selskabets autoriserede forretninger, der ligger i Singapore.

14 Indehaveren af en af forretningerne i kæden Sparfümerie meddelte dernæst Coty Prestige, at han havde købt de pågældende eksemplarer af Simex Trading til brug for kædens hovedforretning i Nürnberg, og vedlagde regninger til dokumentation derfor.

15 På grundlag af konstateringerne i forbindelse med dette køb samt et andet prøvekøb af en tester, som først var blevet leveret til Mellemøsten, nedlagde Coty Prestige for de tyske domstole påstand om, at Simex Trading blev pålagt en undladelsesforpligtelse, og gjorde herved gældende, at de omhandlede prøver for første gang er blevet markedsført i Fællesskabet eller i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS«) uden samtykke fra varemærkeindehaveren.

16 Simex Trading nedlagde påstand om frifindelse og gjorde herved gældende, at rettighederne over varemærket var konsumeret for så vidt angik de omhandlede testere, idet disse var blevet markedsført i EØS med varemærkeindehaverens samtykke.

17 Coty Prestige gjorde deroverfor gældende, at de pågældende varer ikke var blevet markedsført af selskabet eller med dettes samtykke. Parfumerne, herunder testerne, bliver alene leveret til selskabets autoriserede forretninger. Coty Prestige forbeholder sig imidlertid ejendomsretten til testerne i de indgåede kontrakter. Der er desuden tale om reklamemateriale, der ikke som sådan er bestemt for forbrugerne, hvilket forklarer, hvorfor det på testerne klart var angivet, at de ikke var til salg.

18 Landgericht Nürnberg-Fürth (den regionale domstol i Nürnberg-Fürth) afslog Coty Prestiges begæring under henvisning til, at varemærkeretten var konsumeret for så vidt angik de omhandlede testere, selv om det på disse var anført, at de ikke var til salg.

19 Eftersom testerne udleveres til de autoriserede forretninger af Coty Prestige med tilladelse til at bruge al parfumen deri, bliver den effektive råderet over parfumerne nemlig derved overdraget, og de omhandlede varer er derfor blevet markedsført i henhold til artikel 7 i direktiv 89/104 og artikel 13 i forordning nr. 40/94.

20 Ifølge denne retsinstans kan konsumptionsprincippet ikke begrænses eller sættes ud af kraft gennem kontraktmæssige bestemmelser. En autoriseret forretnings misligholdelse af en kontrakt, som er indgået med Coty Prestige, vedrører alene de kontraktmæssige forbindelser mellem de pågældende erhvervsdrivende. Forbeholdet af ejendomsretten er desuden irrelevant, idet konsumptionen alene forudsætter en overdragelse af den faktiske råderet.

21 Oberlandesgericht Nürnberg (den regionale appelinstans i Nürnberg) er som appelinstans af den opfattelse, at der er alvorlig tvivl om berettigelsen af den antagelse, som førsteinstansretten har lagt til grund.

22 Ifølge den forelæggende ret fremgår det af Domstolens praksis og særligt af dommen af 30. november 2004, Peak Holding (sag C-16/03, Sml. I, s. 11313), at de centrale kriterier i relation til begrebet »markedsført« som omhandlet i artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 og i artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 40/94 er overdragelsen af råderetten over varen samt realiseringen af dennes økonomiske værdi.

23 Det særlige ved hovedsagen er imidlertid, at testerne i henhold til kontraktbestemmelser forbliver varemærkeindehaverens ejendom, og at indholdet alene stilles til rådighed med henblik på at blive forbrugt, men ikke for at blive solgt. Som følge af angivelserne på testerne og på disses emballage ved erhververne, at testerne ikke er beregnet til salg, således at muligheden for tredjemands erhvervelse i god tro er udelukket.

24 Under sådanne omstændigheder har den autoriserede forretning således alene en begrænset råderet over testerne. Varemærkeindehaveren kunne endvidere ikke have realiseret varens økonomiske værdi, idet der ikke må foretages salg af denne.

25 Den forelæggende ret har endvidere bemærket, at det reelle formål med udleveringen af testerne er reklamering. Dette fremgår desuden klart af angivelserne på den ydre emballage og på flakonen. Under de omstændigheder, som Coty Prestige har henvist til i forbindelse med sagen om pålæg af en undladelsesforpligtelse, bliver mål imidlertid ikke nået, idet testerne ikke er blevet stillet til kundernes rådighed, så disse kunne prøve indholdet, idet de blev solgt til tredjemænd i strid med den kontrakt, som var blevet indgået med den pågældende autoriserede forretning.

26 På denne baggrund har Oberlandesgericht Nürnberg besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»Foreligger der en markedsføring i den forstand, hvori dette udtryk er anvendt i artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 40/94 og artikel 7 i direktiv 89/104, når såkaldte »parfumetestere« overlades mellemhandlere, som der er indgået bindende kontrakter med, uden at ejendomsretten til testerne overdrages, men med et forbud mod salg heraf, således at mellemhandlerne kan give deres potentielle kunder mulighed for at forbruge varens indhold i testøjemed, idet varen er forsynet med en angivelse af, at den ikke er til salg, hvorved det kontraktligt er muligt for producenten/varemærkeindehaveren til enhver tid at tilbagekalde varen, og når varens emballage på grund af sin enklere udformning adskiller sig tydeligt fra den vare, som producenten/varemærkeindehaveren ellers normalt bringer i omsætning?«

Om det præjudicielle spørgsmål

27 Ifølge fast retspraksis indebærer artikel 5-7 i direktiv 89/104 en fuldstændig harmonisering af reglerne om de rettigheder, der er knyttet til varemærket, og de fastlægger således de rettigheder, der tilkommer indehavere af varemærker i Unionen (jf. bl.a. dom af 15.10.2009, sag C-324/08, Makro Zelfbedieningsgroothandel m.fl., Sml. I, s. 10019, præmis 20 og den deri nævnte retspraksis).

28 Navnlig tildeles varemærkeindehaveren ved direktivets artikel 5 en eneret, der giver ham mulighed for bl.a. at forbyde tredjemand at importere, udbyde eller markedsføre varer, der er forsynet med hans varemærke, eller at opbevare dem med henblik herpå. Direktivets artikel 7, stk. 1, indeholder en undtagelse til denne bestemmelse, idet den bestemmer, at indehaverens ret er udtømt, når varerne er markedsført inden for EØS

af indehaveren selv eller med dennes samtykke (jf. bl.a. dommen i sagen Makro Zelfbedieningsgroothandel m.fl., præmis 21 og den deri nævnte retspraksis).

29 Udtømning af eneretten sker enten ved indehaverens samtykke til markedsføring i EØS, udtrykkeligt eller stiltiende, eller ved en markedsføring i EØS, der foretages af indehaveren selv eller af en operatør, der er økonomisk forbundet med denne, såsom navnlig en licenstager. Det forhold, at indehaveren har samtykket eller selv har foretaget markedsføringen inden for EØS, hvilke forhold indebærer et afkald på eneretten, udgør således hver især en afgørende betingelse for konsumption af denne ret (jf. i denne retning dom af 8.4.2003, sag C-244/00, Van Doren + Q, Sml. I, s. 3051, og af 23.4.2009, sag C-59/08, Copad, Sml. I, s. 3421, præmis 43, samt dommen i sagen Makro Zelfbedieningsgroothandel m.fl., præmis 24 og den deri nævnte retspraksis).

30 Med henblik på at sikre beskyttelsen af de rettigheder, der er knyttet til varemærket, og for alligevel at gøre det muligt senere at markedsføre varer, der er forsynet med et varemærke, uden at varemærkeindehaveren kan modsætte sig dette, er det afgørende, at varemærkeindehaveren kan kontrollere den første markedsføring af disse varer inden for EØS, uafhængigt af om varerne eventuelt først har været markedsført uden for dette område, idet en sådan markedsføring ikke forårsager ekstinktionsvirkning i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 (jf. i denne retning bl.a. dommen i sagen Makro Zelfbedieningsgroothandel m.fl., præmis 31 og 32 og den deri nævnte retspraksis).

31 De rettigheder, der er knyttet til varemærket, udtømmes desuden kun for de eksemplarer af varen, som først markedsføres i EØS af indehaveren selv eller med dennes samtykke. Indehaveren kan til gengæld altid forbyde brugen af varemærket i overensstemmelse med den eneret, han har ifølge direktiv 89/104, for de eksemplarer af varen, som ikke har været genstand for en sådan første markedsføring inden for EØS (jf. i denne retning dom af 1.7.1999, sag C-173/98, Sebago og Maison Dubois, Sml. I, s. 4103, præmis 19 og 20).

32 I hovedsagen rejses det spørgsmål, om de pågældende varer, dvs. de parfumetestere, som Coty Prestige stiller til rådighed for sine autoriserede forretninger inden for rammerne af en kontrakt om et selektivt distributionssystem, under omstændighederne i den foreliggende sag var genstand for en første markedsføring inden for EØS af indehaveren selv eller af en tredjemand, men med indehaverens samtykke.

33 I modsætning til den sag, der gav anledning til Peak Holding-dommen, vedrører nærværende hovedsag ikke spørgsmålet, om visse handlinger vedrørende varer, der bærer et varemærke, og som er bragt i omsætning inden for EØS af varemærkeindehaveren eller af en operatør, som er økonomisk forbundet med varemærkeindehaveren, kan kvalificeres som »markedsføring« i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104. De bemærkninger, som blev fremført i denne dom vedrørende begrebet markedsføring, er derfor uden relevans under omstændigheder som dem, der foreligger i nærværende hovedsag.

34 I denne hovedsag er den handling, således som det følger af forelæggelsesafgørelsen, der skal kvalificeres som den første markedsføring i EØS af de omhandlede varer, i relation til hvilke der påberåbes konsumption af de rettigheder, som varemærket giver, nemlig ikke foretaget af varemærkeindehaveren eller af en operatør, som er økonomisk forbundet med varemærkeindehaveren, men af en tredjemand, idet det er ubestridt, at den første markedsføringshandling i EØS vedrørende de i hovedsagen omhandlede testere blev foretaget ved Simex Tradings salg i Tyskland til kæden Sparfümerie af de af Simex Trading importerede prøver, som blev erhvervet af selskabet fra en autoriseret Coty Prestige-forretning i Singapore.

35 Endvidere kan hverken Coty Prestiges oprindelige levering af eksemplarer af de i hovedsagen omhandlede varer til selskabets autoriserede forretning i Singapore eller Coty Prestiges levering af en række andre eksemplarer af samme vare til selskabets autoriserede forretninger i EØS, når der henses til den retspraksis, der er anført i denne doms præmis 30 og 31, anses for at være en markedsføring som omhandlet i artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 af de i hovedsagen omhandlede varer, i relation til hvilke der påberåbes konsumption af de rettigheder, som varemærket giver.

36 Henset til den retspraksis, der er anført i denne doms præmis 29, følger det heraf, at i en situation som den i hovedsagen omhandlede kan en konsumption af varemærkeindehaverens eneret alene følge af dennes eventuelle — udtrykkelige eller stiltiende — samtykke til en tredjemands markedsføring i EØS af de omhandlede varer. I en sådan situation er det afgørende element, som kan medføre, at eneretten udtømmes, et sådant samtykke, der svarer til varemærkeindehaverens afkald på sin eneret.

37 I den forbindelse bemærkes, at selv i tilfælde, hvor den første markedsføring af de omhandlede varer inden for EØS foretages af en fysisk eller juridisk person, der ikke har nogen økonomisk forbindelse til varemærkeindehaveren, og uden sidstnævntes udtrykkelige samtykke, kan viljen til at give afkald på den i artikel 5 i direktiv 89/104 fastsatte eneret følge af denne varemærkeindehavers stiltiende samtykke (jf. dommen i sagen Makro Zelfbedieningsgroothandel m.fl., præmis 19 og den deri nævnte retspraksis).

38 Det fremgår nemlig af retspraksis, at selv om en sådan vilje sædvanligvis fremgår af et udtrykkeligt formuleret samtykke, kan det ikke udelukkes, at det i visse tilfælde indirekte kan fremgå af forhold eller omstændigheder, der er tidligere end, sammenfaldende med eller senere end markedsføringen uden for EØS eller inden for dette område, og som efter den nationale rets bedømmelse ligeledes med sikkerhed viser indehaverens afkald på sin ret (dom af 20.11.2001, forenede sager C-414/99 — C-416/99, Zino Davidoff og Levi Strauss, Sml. I, s. 8691, præmis 46).

39 I den forbindelse fastslog Domstolen i præmis 60 i dommen i sagen Zino Davidoff og Levi Strauss ligeledes, at et stiltiende samtykke ikke kan fremgå af:

— at varemærkeindehaveren ikke har meddelt alle efterfølgende erhververe af de varer, der er markedsført uden for EØS, at han modsætter sig markedsføring inden for EØS

— at der ikke på varerne er angivet et forbud mod markedsføring inden for EØS

— det forhold, at varemærkeindehaveren har overdraget ejendomsretten til de varer, der er forsynet med varemærket, uden aftalemæssige begrænsninger, og at den overdragne ejendomsret ifølge den lovgivning, der finder anvendelse på aftalen, uden sådanne begrænsninger giver en ubegrænset ret til videresalg eller i det mindste en ret til efterfølgende at markedsføre varerne inden for EØS.

40 Domstolen fastslog endvidere i samme doms præmis 66, at det for så vidt angår konsumption af varemærkeindehaverens eneret ikke er relevant:

— at den erhvervsdrivende, der indfører de varer, der er forsynet med varemærket, ikke har kendskab til, at indehaveren modsætter sig, at de markedsføres inden for EØS, eller at de markedsføres på dette marked af andre erhvervsdrivende end autoriserede detailhandlere, eller

— at de autoriserede detailhandlere og grossister ikke har pålagt deres egne købere aftalemæssige begrænsninger, der gentager dette forbud, selv om de af varemærkeindehaveren har fået oplysning herom.

41 Selv om det således påhviler den forelæggende ret på grundlag af de henvisninger, der er givet i denne doms præmis 38-40, at bedømme, om varemærkeindehaveren i hovedsagen gav udtrykkeligt eller stiltiende samtykke til markedsføring inden for EØS, må det fastslås, at i en situation som den i denne sag foreliggende, taler visse oplysninger og omstændigheder, der skal tages i betragtning ved afgørelsen af, om der foreligger et stiltiende samtykke fra indehaverens side, ikke for, at indehaveren gav et sikkert afkald på sin eneret i henhold til artikel 5 i direktiv 89/104.

42 Det fremgår nemlig af de oplysninger i forelæggelsesafgørelsen, som er sammenfattet i denne doms præmis 12, at de i hovedsagen omhandlede varer er parfumeflakoner, som blev markedsført i en emballage, som ud over påskriften »demonstration« også var påført angivelsen »ikke til salg«.

43 En sådan angivelse udgør, idet den klart udtrykker den omhandlede varemærkeindehavers ønske om, at varerne med nævnte angivelse ikke sælges, hverken uden for eller inden for EØS, i mangel af oplysninger, som bevisligt peger i en anden retning, i sig selv et afgørende forhold, som udelukker den konklusion, at indehaveren gav samtykke til markedsføring inden for EØS i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104.

44 Selv om anmodningen om præjudiciel afgørelse, særligt henset til rækkevidden af den modpåstand, som Simex Trading har nedlagt i hovedsagen, skulle forstås således, at den ud over det tilfælde, der er beskrevet i denne doms præmis 34, ligeledes omfatter Coty Prestiges oprindelige levering af de i hovedsagen omhandlede testere til en af sine autoriserede forretninger inden for EØS, rejses det spørgsmål, hvorvidt denne levering skal kvalificeres som en »markedsføring« i henhold til artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104.

45 Angivelsen »ikke til salg«, som den, der var påført emballagen til de i hovedsagen omhandlede parfumeflakoner, udelukker dog en sådan kvalifikation, idet den, som allerede fastslået i denne doms præmis 43, udtrykker varemærkeindehaverens klare ønske om, at varerne med nævnte angivelse ikke sælges, hverken uden for EØS eller inden for dette område.

46 Henset til den omstændighed, at ordlyden af artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 40/94 i det væsentlige er identisk med ordlyden af artikel 7, stk. 1, i direktiv 40/94, med undtagelse af definitionen af det område, hvori markedsføringen skal finde sted, en omstændighed, der dog er uden relevans i en situation som den i hovedsagen omhandlede, og eftersom der ikke foreligger andre forhold vedrørende de pågældende bestemmelsers sammenhæng eller forhold, der er knyttet til formålet med dem, som nødvendiggør, at disse skal fortolkes anderledes, gælder den i nærværende dom foretagne fortolkning af artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 med henblik på en besvarelse af det præjudicielle spørgsmål tilsvarende for artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 40/94.

47 På baggrund af det ovenstående skal det stillede spørgsmål besvares med, at under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede skal artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 40/94 og artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 fortolkes således, at konsumption af de rettigheder, som et varemærke giver, kun sker, såfremt det efter en bedømmelse, som det påhviler den forelæggende ret at foretage, kan konkluderes, at varemærkeindehaveren har givet et udtrykkeligt eller stiltiende samtykke til markedsføring inden for henholdsvis Fællesskabet eller EØS af de varer, i relation til hvilke en sådan konsumption gøres gældende.

48 Under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede, hvor der sker udlevering af »parfumetestere« til mellemmænd, som varemærkeindehaveren har indgået bindende kontrakter med, således at disses kunder har mulighed for at prøve varens indhold, uden at der sker overdragelse af ejendomsretten og under forbud mod salg, hvor varemærkeindehaveren til enhver tid kan tilbagekalde varen, og hvor varens præsentation adskiller sig tydeligt fra præsentationen af de parfumeflakoner, som varemærkeindehaveren sædvanligvis stiller til rådighed for de pågældende mellemmænd, udelukker den omstændighed, at disse testere er parfumeflakoner, som er påført angivelserne »demonstration« og »ikke til salg«, i mangel af oplysninger, som bevisligt peger i en anden retning, hvilken vurdering det påhviler den forelæggende ret at foretage, den konklusion, at varemærkeindehaveren anses for at have givet stiltiende samtykke til varernes markedsføring.

Sagens omkostninger

49 Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den forelæggende 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 (Fjerde Afdeling) for ret:

Under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede skal artikel 13, stk. 1, i Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker og artikel 7, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104 af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, som ændret ved aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde af 2. maj 1992, fortolkes således, at konsumption af de rettigheder, som et varemærke giver, kun sker, såfremt det efter en bedømmelse, som det påhviler den forelæggende ret at foretage, kan konkluderes, at varemærkeindehaveren har givet et udtrykkeligt eller stiltiende samtykke til markedsføring inden for henholdsvis Det Europæiske Fællesskab eller EØS af de varer, i relation til hvilke en sådan konsumption gøres gældende.

Under omstændigheder som de i hovedsagen omhandlede, hvor der sker udlevering af »parfumetestere« til mellemmænd, som varemærkeindehaveren har indgået bindende kontrakter med, således at disses kunder har mulighed for at prøve varens indhold, uden at der sker overdragelse af ejendomsretten og under forbud mod salg, hvor varemærkeindehaveren til enhver tid kan tilbagekalde varen, og hvor varens præsentation adskiller sig tydeligt fra præsentationen af de parfumeflakoner, som varemærkeindehaveren sædvanligvis stiller til rådighed for de pågældende mellemmænd, udelukker den omstændighed, at disse testere er parfumeflakoner, som er påført angivelserne »demonstration« og »ikke

til salg«, i mangel af oplysninger, som bevisligt peger i en anden retning, hvilken vurdering det påhviler den forelæggende ret at foretage, den konklusion, at varemærkeindehaveren anses for at have givet stiltiende samtykke til varernes markedsføring.

Underskrifter