FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
fremsat den 26. oktober 2006 [1]

I — Indledning

1. Oberster Patent- und Markensenat i Wien, den øverste administrative myndighed i Østrig med kompetence til at træffe afgørelse i visse tvister på patent- og varemærkeområdet, har forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål vedrørende direktiv 89/104/EØF [2].

2. Tvisten vedrører to aspekter af forpligtelsen til at gøre brug af et varemærke: på den ene side påbegyndelsen af den periode, inden for hvilken denne forpligtelse er sat i bero efter registreringen af varemærket, og på den anden side hvilke forhold der kan begrunde, at der igennem mere end fem år ikke har været gjort brug af varemærket, således at tredjemands ret til at indgive begæring om fortabelse af det i løbet af dette tidsrum ikke anvendte varemærke sættes ud af kraft.

3. Afgørelsen heraf gør det for første gang påkrævet at foretage en analyse af visse udtryk i artikel 10, stk. 1, og artikel 12, stk. 1, i ovennævnte fællesskabsdirektiv. Da det imidlertid er første gang, at den forelæggende myndighed anmoder om retsbistand i henhold til artikel 234 EF, og da myndigheden ikke indgår i det østrigske domstolssystem, skal der inden realitetsbehandlingen af spørgsmålene foretages en bedømmelse af myndighedens kompetence til at anmode Domstolen om hjælp til fortolkningen af en bestemmelse.

II — Retsforskrifter

A — *Direktiv 89/104/EØF*

4. Direktivets artikel 10, stk. 1, der har overskriften »Brugen af varemærket«, bestemmer følgende:

»1. Såfremt indehaveren ikke inden fem år fra datoen for registreringsprocedurens

1 — Originalsprog: spansk.

2 — Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1).

afslutning har gjort reel brug af varemærket i den pågældende medlemsstat for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, eller hvis sådan brug har været ophørt uden afbrydelse i fem år, underkastes mærket de i dette direktiv omhandlede sanktioner, medmindre der foreligger skellig grund til, at brug ikke har fundet sted.«

5. Med henblik på at harmonisere fortabelsesgrundene for registrerede varemærker er følgende bestemt i direktivets artikel 12, stk. 1:

»1. Indehaveren af et varemærke kan fortabe sine rettigheder, når der inden for en sammenhængende periode på fem år ikke i den pågældende medlemsstat er gjort reel brug af det for de varer eller tjenesteydelser, for hvilke det er registreret, og der ikke foreligger skellig grund til manglende brug; [...]«

B — *Den østrigske varemærkelov*

6. I medfør af § 33a, stk. 1, i Markenschutzgesetz (østrigsk lov om varemærker, herefter »MSchG«) [3] kan enhver indgive begæring om slettelse af et varemærke, der i mindst fem år har været registreret i Østrig eller i henhold til MSchG's § 2, stk. 2, nyder beskyttelse i Østrig, hvis dette varemærke i løbet af de sidste fem år forud for datoen for indgivelsen af begæringen (lovens § 10a) hverken af varemærkeindehaveren eller af tredjemand med varemærkeindehaverens samtykke reelt er blevet brugt på det østrigske område for de varer eller tjenesteydelser, det er registreret for, når varemærkeindehaveren ikke kan begrunde den manglende brug.

7. Ifølge MSchG's § 2, stk. 2, finder loven analog anvendelse på varemærkerettigheder, der på grundlag af internationale aftaler er erhvervet for Republikken Østrigs område.

8. Ifølge den forelæggende myndighed fremgår det følgelig af MSchG's § 33a, stk. 1, sammenholdt med MSchG's § 2, stk. 2, at påbegyndelsen af fristen på fem år for internationale varemærker, der nyder beskyttelse i Østrig, er sammenfaldende med beskyttelsesperiodens begyndelse.

C — *Internationale retsforskrifter*

9. De multilaterale traktater, der finder anvendelse i forbindelse med nærværende

3 — Markenschutzgesetz 1970, BGBl 260/1970, seneste ændring i BGBl I 151/2005.

præjudicielle forelæggelse, er bl.a. Pariserkonventionen til beskyttelse af industriel ejendomsret (herefter »Pariserkonventionen«) [4], Madrid-arrangementet om den internationale registrering af varemærker (herefter »Madrid-arrangementet«) [5] og aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (herefter »TRIPs-aftalen«) [6].

10. Pariserkonventionens artikel 5, punkt C, stk. 1, bestemmer:

»Hvis i et land brugen af et registreret varemærke er obligatorisk, skal registreringen ikke kunne ophæves førend efter en passende frist, og i så tilfælde kun, hvis indehaveren ikke kan anføre gyldige grunde for sin undladelse af at bruge mærket.«

11. I Madrid-arrangementets artikel 4 knæsættes princippet om lige beskyttelse af internationale og nationale varemærker i de lande, hvor registreringen sker ved Det Internationale Bureau. I Madrid-arrangementets artikel 5 gives de nationale varemærkemyndigheder ret til at afslå denne beskyttelse i henhold til betingelserne i Pariserkonventionen (stk. 1) inden for den frist, der er foreskrevet af den for varemærkemyndigheden gældende lov — en frist, som dog ikke må være længere end et år (stk. 2).

12. Endelig er kravet vedrørende brugen omtalt i TRIPs-aftalens artikel 19 på følgende måde:

»1. Hvis det er nødvendigt for at opretholde en registrering, at varemærket anvendes, kan registreringen først annulleres, efter at det ikke har været anvendt i en uafbrudt periode af mindst tre års varighed, medmindre varemærkets indehaver påviser gyldige grunde hertil i form af, at der foreligger hindringer for en sådan anvendelse. Forhold, der gør sig gældende uafhængigt af varemærkeindehaverens hensigter, og som lægger hindringer i vejen for varemærkets anvendelse, såsom importrestriktioner eller andre krav fra det offentlige vedrørende de af varemærket beskyttede varer eller tjenesteydelser, anses for gyldig grund til ikke at anvende det.«

III — Tvisten i hovedsagen og de præjudicielle spørgsmål

13. Siden 1973 har Lidl drevet en supermarkedskæde i Tyskland og sælger kun de

4 — Undertegnet i Paris den 20.3.1883, senest revideret i Stockholm den 14.7.1967 og ændret den 28.9.1979.

5 — Undertegnet i Madrid den 14.4.1891, revideret i Stockholm den 14.7.1967 og ændret den 28.9.1979.

6 — Multilaterale forhandlinger i Uruguay-runden (1986-1994) — Marrakech-aftalen af 15.4.1994 om oprettelse af Verdenshandelsorganisationen, undertegnet i Marrakech den 15.4.1994 — bilag 1C — Handel — Aftale om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (WTO) (EFT L 336, s. 214).

færdigretter, der er forsynet med varemærket »Le Chef DE CUISINE«, i selskabets egne supermarkeder. Lidl er indehaver af dette figur- og ordmærke, der er registreret for klasse 29 og 30 i Nice-arrangementet [7]. Varemærket har været beskyttet i Tyskland siden den 8. juli 1993 og — som internationalt varemærke — i Østrig siden den 12. oktober 1993. Varemærket er blevet offentliggjort i det internationale register med følgende påtegning:

»Registreringstidspunkt ifølge regel 17, stk. 1, i gennemførelsesforordningen af 22. april 1988: 2. december 1993« [8].

14. Lidl åbnede sit første supermarked i Østrig den 5. november 1998 efter internt i virksomheden at have drøftet varernes udformning, indgået aftale med virksomhedens leverandører og oplagret allerede leverede varer.

15. Den 13. oktober 1998 indgav Armin Häupl i medfør af ovennævnte MSchG's § 33a begæring om, at det omtvistede varemærke blev slettet for Østrigs område som følge af manglende brug, med den begrundelse, at fristen på fem år var begyndt at løbe den 12. oktober 1993, som var tidspunktet for beskyttelsesperiodens begyndelse. Häupl anførte, at Lidl ikke inden for denne periode havde gjort brug af varemærket i denne stat.

16. Lidl nedlagde påstand om afvisning af begæringen om slettelse, idet selskabet påberåbte sig, at fristen på fem år skulle beregnes som påbegyndt den 2. december 1993, og at den derfor først udløb den 2. december 1998. Lidl påpegede endvidere, at selskabet på denne sidstnævnte dato allerede solgte varer forsynet med det omtvistede varemærke i sit første østrigske supermarked. Lidl tilføjede, at selskabet siden 1994 havde påtænkt at udvide sine aktiviteter til Østrig, men at åbningen af nye supermarkeder var blevet forsinket som følge af »bureaukratiske« forhindringer.

17. Annullationsafdelingen ved det nationale patent- og varemærkekontor slettede varemærket for det østrigske område med virkning fra den 12. oktober 1998.

18. Lidl anfægtede denne afgørelse ved Oberster Patent- und Markensenat, som var i tvivl om fortolkningen af den nationale lovgivning i forhold til fællesskabsretten, hvorfor myndigheden i overensstemmelse med artikel 234 EF har besluttet at forelægge De Europæiske Fællesskabers Domstol følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 10, stk. 1, i direktiv 89/104/EØF fortolkes således, at der med

7 — Nice-arrangementet af 15.6.1957 vedrørende international klassificering af varer og tjenesteydelser til brug ved registrering af varemærker, som revideret og ændret.

8 — På fransk i originalteksten.

»datoen for registreringsprocedurens afslutning« menes beskyttelsesperiodens begyndelse?

2) Skal varemærkedirektivets artikel 12, stk. 1, fortolkes således, at der foreligger skellig grund til manglende brug af varemærket, når virkeliggørelsen af den virksomhedsstrategi, varemærkeindehaveren følger, af grunde virksomheden ikke har indflydelse på, bliver forsinket, eller er varemærkeindehaveren forpligtet til at ændre sin virksomhedsstrategi for rettidigt at kunne gøre brug af varemærket?«

IV — Retsforhandlingerne for Domstolen

19. Kendelsen om forelæggelse af de præjudicielle spørgsmål blev indgivet til Domstolens Justitskontor den 10. juni 2005.

20. Armin Häupl, selskabet Lidl, den franske og østrigske regering samt Kommissionen har indgivet skriftlige indlæg inden for den frist, der er fastsat i henhold til artikel 23 i Domstolens statut, og med undtagelse af den østrigske regering har alle ovennævnte parter afgivet mundtlige indlæg under retsmødet den 21. september 2006.

V — Stillingtagen

A — *Indledende spørgsmål: formaliteten*

21. Det skal understreges, at der ikke i de skriftlige indlæg er rejst nogen som helst tvivl om, hvorvidt de spørgsmål, der er stillet af Oberster Patent- und Markensenat, kan antages til realitetsbehandling. Da det imidlertid er første gang, at denne myndighed bringer artikel 234 EF i anvendelse, forekommer det hensigtsmæssigt ex officio at undersøge, om myndigheden har karakter af en »ret« i en medlemsstat, således som det er påkrævet i henhold til denne bestemmelse.

22. Jeg har i et tidligere forslag til afgørelse [9] understreget den utilstrækkelige præcision i Domstolens praksis vedrørende begrebet en ret i artikel 234 EF, idet jeg har foreslået i dette begreb at medtage alle organer, der indgår i en medlemsstats domstolssystem, og de organer, der uden at være en del af dette system træffer afgørelser, som ikke kan påankes til domstolene [10], idet Domstolen i dette tilfælde skal sikre sig, at organet fuldt ud opfylder de kriterier, som fremgår af Domstolens egen praksis og praksis ved Menneskerettighedsdomstolen i Strasbourg, specielt de kriterier, der vedrører organets uafhængighed og den kontradiktoriske rettergangsform [11].

9 — Forslag til afgørelse fremsat den 28.6.2001 i forbindelse med dom af 29.11.2001, sag C-17/00, De Coster, Sml. I, s. 9445.

10 — Punkt 83 ff. i det forslag til afgørelse, der er nævnt ovenfor i fodnote 9.

11 — Punkt 89 i forslaget til afgørelse i De Coster-sagen.

23. I andre forslag til afgørelse [12] har jeg også påpeget den nyere tendens i Domstolens praksis til en strengere fortolkning af elementerne i definitionen af disse organer, navnlig hvad angår kriteriet om deres uafhængighed [13], hvilket er i overensstemmelse med mit synspunkt, hvorefter denne udvikling bør følges op for så vidt angår de andre kendetegn.

24. Oberster Patent- und Markensenat synes ikke at være en del af det østrigske domstolssystem, men synes snarere at høre ind under kategorien »uafhængige kollegiale forvaltningsorganer med domstolsbeføjelser« [14], som artikel 133, stk. 4, i den østrigske forfatning henviser til, og som Domstolen har taget stilling til i forbindelse med tidligere sager [15], hvilket nødvendiggør en detaljeret analyse af kriterierne for, om myndigheden har kompetence til at forelægge en præjudiciel anmodning.

25. Der er ikke tvivl om, at den forelæggende myndighed er oprettet ved lov, da den er nævnt i §§ 74 og 75 i den østrigske patentlov (»Patentgesetz«, herefter »PatG«) [16], og da dens funktion er reguleret ved lovens § 140, der henviser til principperne for behandlingen af patentsager (PatG's §§ 113-127 og §§ 129-136).

26. Myndighedens permanente karakter kan udledes af affattelsen af PatG's § 70, stk. 2, andet punktum, hvori det er fastsat, at myndigheden uden tidsbegrænsning har kompetence til at træffe afgørelse i sager anlagt til prøvelse af afgørelser truffet af appelkammeret (»Beschwerdeabteilung«) ved det østrigske patent- og varemærkekontor.

27. Det kan også udledes af denne bestemmelse, at myndigheden har en obligatorisk karakter, da dens kompetence ikke blot er fakultativ i modsætning til voldgiftsretters kompetence [17], men er den eneste mulighed

12 — Forslag til afgørelse fremsat i forbindelse med dom af 30.3.2006, sag C-259/04, Emmanuel, Sml. I, s. 3089, præmis 26.

13 — Domstolens dom af 30.5.2002, sag C-516/99, Schmid, Sml. I, s. 4573, med forslag til afgørelse fra generaladvokat Tizzano, og Domstolens dom af 31.5.2005, sag C-53/03, Syfait m.fl., Sml. I, s. 4609, hvorved det blev afvist at antage den præjudicielle forelæggelse fra det græske konkurrencenævn (Epitropi Antagonismu) til realitetsbehandling, idet der blev lagt vægt på nævnets utilstrækkelige uafhængighed, eftersom det var underlagt den græske udviklingsministers kontrol.

14 — »Weisungsfreie Kollegialbehörde mit richterlichem Einschlag« på tysk.

15 — Dom af 15.1.1998, sag C-44/96, Mannesmann Anlagebau Austria m.fl., Sml. I, s. 73, vedrørende »Bundesvergabeamt«, af 4.2.1999, sag C-103/97, Köllensperger og Atzwanger, Sml. I, s. 551, vedrørende »Tiroler Landesvergabeamt«, og af 18.6.2002, sag C-92/00, HI, Sml. I, s. 5553, vedrørende »Vergabekontrollsenat des Landes Wien«, hvorved Domstolen anerkendte disse enheders egnethed til at gøre brug af ordningen for retligt samarbejde i artikel 234 EF. Jf. i modsat retning vedrørende »Berufungssenat der Finanzlandesdirektion für Wien, Niederösterreich und Burgenland« Schmiddommen, præmis 36-44.

16 — BGBl nr. 259/1970, senest ændret ved BGBl I nr. 96/2006.

17 — Dom af 23.3.1982, sag 102/81, Nordsee, Sml. s. 1095, præmis 7 ff.

efter loven, når en person vil anfægte en afgørelse om slettelse truffet af det nationale patent- og varemærkekontor [18].

28. Der er heller ikke grund til at nære tvivl med hensyn til myndighedens uafhængighed, da denne egenskab såvel som den fuldstændige frihed for medlemmerne af Oberster Patent- und Markensenat i forhold til enhver instruks, som de måtte modtage, er fremhævet i PatG's § 74, stk. 9. I § 74, stk. 6 og 7, fastsættes desuden varigheden af medlemmernes mandat og årsagerne til bortfald af mandatet, hvilket er ekstreme tilfælde såsom uarbejdsdygtighed, tabet af østrigsk statsborgerskab eller dom for lovovertrædelser, der medfører straf i form af frihedsberøvelse i mere end et år.

29. Det kan klart udledes af alle disse bestemmelser i PatG, at den pågældende myndighed anvender retsregler og en kontradiktorisk sagsbehandling i overensstemmelse med PatG's §§ 113-127 og §§ 129-136, der finder anvendelse i medfør af lovens § 140, stk. 1.

30. Desuden træffer myndigheden afgørelse i sidste instans [19] i henhold til artikel 133, stk. 4, i den østrigske forbundsforfatning, og dens afgørelser har karakter af retsafgørelser i den forstand, hvori dette udtryk anvendes af Domstolen [20].

31. Følgelig opfylder Oberster Patent- und Markensenat de betingelser, som i henhold til retspraksis kræves opfyldt af et nationalt dømmende organ [21] for at få adgang til at anvende den præjudicielle forlæggelsesprocedure i artikel 234 EF, og Domstolen har derfor beføjelse til at behandle de spørgsmål, myndigheden har forelagt den, hvilket i overvejende grad også er det synspunkt, der findes i den østrigske retslitteratur [22].

B — *Realiteten vedrørende de præjudicielle spørgsmål*

32. Det kan udledes af formuleringen af de to præjudicielle spørgsmål, at det andet

18 — Artikel 133 i den østrigske forbundsforfatning afklarer spørgsmålet om, hvorvidt den øverste forvaltningsdomstol (»Verwaltungsgerichtshof«) har kompetence til at påkende tvister på de samme områder som den forelæggende myndighed — en uvished, som dens beføjelser på området for registrering eller tildeling af en varemærkerettighed fremkaldte. I retslitteraturen er denne komplekse tildeling af kompetencer til forskellige retslige organer inden for det samme retsområde blevet kritiseret: jf. således R. Beetz, »Article 39«, i tekstsamlingen: *Marken.schutz — Systematischer Kommentar zum Markenschutzgesetz*, under ledelse af Guido Kucsko, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien, 2006, s. 660.

19 — Det skal bemærkes, at i henhold til det, jeg foreslog i det forslag til afgørelse, jeg fremsatte i De Coster-sagen, har det, at der træffes en afgørelse, som ikke kan appelleres, en grundlæggende betydning, for hvis det pågældende organ ikke udgør en del af det østrigske domstolssystem, vil den omstændighed, at dets afgørelser ikke kan anfægtes, bortset fra den begrænsede mulighed for at indbringe dem for forfatningsdomstolen, give organet kompetence til at foretage en præjudiciel forelæggelse.

20 — Fra dette begreb er udelukket: jf. dom af 19.10.1995, sag C-111/94, Job Centre, Sml. I, s. 3361, præmis 9, sager i medfør af frivillig retspleje, jf. dom af 15.1.2002, sag C-182/00, Lutz m.fl., Sml. I, s. 547, præmis 15 og 16, de tyske nationale retters førelse af et handelsregister, og jf. dom af 14.6.2001, sag C-178/99, Doris Salzmann, Sml. I, s. 4421, funktioner vedrørende ansvaret for tingbogen ved visse østrigske retter.

21 — Jf. dom af 17.9.1997, sag C-54/96, Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft, Sml. I, s. 4961, præmis 23 og den deri nævnte retspraksis, samt Schmid-dommen, præmis 34.

22 — Jf. W. Hackenberg og C. Stix-Hackl, *Handbuch zum Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof*, 2. udg., Wien, 2000, s. 120, samt R. Beetz, a.st., s. 664, som uden forbehold bekræfter, at Oberster Patent- und Markensenat skal anses for en ret i den forstand, hvori udtrykket er anvendt i artikel 234 EF.

spørgsmål har en subsidiær karakter i forhold til det første, i det mindste inden for rammerne af tvisten i hovedsagen, idet undersøgelsen af grundene til den manglende brug af varemærket i henhold til direktivets artikel 12 ville være uden genstand, hvis den foreslåede fortolkning af artikel direktivets artikel 10, stk. 1, afgør tvisten til fordel for indehaveren af retten til det omtvistede varemærke.

35. Til trods for dette er det nødvendigt at vende tilbage til problemets kilde og nuancere diskussionens sande dimension ved at undgå at forveksle begreber, der, selv om de ligner hinanden, ikke nødvendigvis er sammenfaldende, hvilket jeg vil påvise nedenfor ved at støtte mig på to argumenter: rækkevidden af varemærkedirektivets samordning af lovgivningerne og karakteren af forpligtelsen til at gøre brug af registrerede varemærker.

1. Fortolkning af direktivets artikel 10, stk. 1

i) Rækkevidden af harmoniseringen på varemærkeområdet

33. Selv om tvisten vedrører et internationalt varemærke, vil min analyse have et perspektiv, der udelukkende er begrænset til fællesskabsretten, med henblik på at behandle de eventuelle problemer, der opstår ved en registrering hos Bureauet under Verdensorganisationen for Intellektuel Ejendomsret (WIPO).

36. I tredje betragtning til direktivet gives der udtryk for, at det ikke tilsigtes at foretage en fuldstændig tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om varemærker, men at begrænse tilnærmelsen til de nationale bestemmelser, der har den mest direkte indvirkning på det indre markeds funktion.

a) Betydningen af udtrykket »datoen for registreringsprocedurens afslutning«

34. I de indlæg, der er indgivet i forbindelse med denne præjudicielle forelæggelse, har diskussionen i høj grad været koncentreret om sammenfaldet mellem denne dato og påbegyndelsen af varemærkets beskyttelsesperiode, hvilket uden tvivl hænger sammen med, at den forelæggende myndighed i forelæggelseskendelsen var gunstigt stemt over for et sådant sammenfald.

37. Direktivet regulerer således på udtømmende vis de tegn, der kan udgøre et varemærke, og spørgsmålet om, hvorvidt de er egnede til at blive registreret (artikel 2, 3 og 4), de rettigheder, der er knyttet til registreringen og begrænsningerne i disse rettigheder (artikel 5-9), alle aspekter af brugsforpligtelsen (artikel 10, 11 og 12), visse særlige tilfælde af registreringshindringer, ugyldigheds- og fortabelsesgrunde (artikel 13 og 14) og visse bestemte typer varemærker (artikel 15).

38. Som konsekvens af denne begrænsning af tilnærmelsen til bestemte områder er der fortsat en bred vifte af spørgsmål, hvor medlemsstaterne i overensstemmelse med femte betragtning fuldt ud bevarer deres frihed til at fastsætte procedureregler vedrørende registrering, udløb eller ugyldighed med hensyn til varemærker, der er erhvervet ved registrering; det tilkommer dem f.eks. at fastsætte procedurerne for registrering og ugyldighedskendelse, at afgøre, om ældre rettigheder skal gøres gældende i forbindelse med registreringsproceduren eller proceduren for ugyldighedskendelse eller i begge tilfælde, eller, i tilfælde af at ældre rettigheder kan gøres gældende i forbindelse med registreringsproceduren, at fastsætte bestemmelser om en indsigelsesprocedure eller en automatisk undersøgelse. Medlemsstaterne har desuden fortsat mulighed for at fastsætte konsekvenserne af, at et varemærkes gyldighedsperiode udløber, eller at det kendes ugyldigt.

39. Det er følgelig ikke overraskende, at behandlingen af disse spørgsmål i de nationale lovgivninger udviser betydelige forskelle, hvilket forklarer forskellene i de løsningsforslag, som parterne i den præjudicielle sag har givet, der i høj grad er påvirket af særegenhederne i det retssystem, de hører under.

40. Hvis man sammenfatter og stærkt forenkler de forskellige ordninger for registreringen af et varemærke, kan der sondres mellem mindst tre modeller: de ordninger, hvorefter registreringen af varemærker foretages før selve undersøgelsen af de absolutte og relative registreringshindringer, de ordninger, hvor registreringen sker mellem disse to undersøgelser, og de ordninger, hvor registreringen af de tegn, der kan tjene som varemærke, afventer færdiggørelsen af disse undersøgelser. Det er denne sidstnævnte ordning, som er mest udbredt i Europa.

41. I de forslag, der er stillet for Domstolen, forbindes påbegyndelsen af fristen, inden for hvilken der skal gøres brug af varemærket, ofte med det tidspunkt, hvor indehaveren endeligt har fået fuld ejendomsret over varemærket, dvs. er uden for enhver risiko for et eventuelt tab som følge af indsigelser fra tredjemand eller fra det nationale varemærkekontor. I henhold til disse forslag opstår forpligtelsen til at gøre brug af tegnet først, når alle uvisheder med hensyn til tegnets registrering er ryddet af vejen.

42. Formuleringen af det præjudicielle spørgsmål, hvorefter »datoen for registreringsprocedurens afslutning« er knyttet til »beskyttelsesperiodens begyndelse«, har imidlertid indledt diskussionen med et vildledende udgangspunkt, således at den har taget en forkert drejning.

43. Efter min opfattelse skal man for at forstå det udtryk, der behandles her, fastlægge lovgivers hensigt med den omhandlede bestemmelse i overensstemmelse med nedenstående betragtninger.

44. For det første tager lovteksten netop udgangspunkt i de ovennævnte forskelle mellem ordningerne i landene i Den Europæiske Union med henblik på at fokusere på det mest karakteristiske fælles element — den universelt anvendte registreringsprocedure for varemærker, som altid, når varemærket er godkendt, afsluttes med dets registrering i medfør af en afgørelse truffet af det kompetente varemærkekontor — en afgørelse der nødvendigvis er dateret og normalt efterfølges af en meddelelse herom til adressaten og af den fornødne offentliggørelse.

45. For det andet er det tidspunkt, hvor denne registreringsprocedure afsluttes, ikke strengt defineret i direktivet, grundlæggende set fordi direktivet ved således at udvise en bemærkelsesværdig forsigtighed overholder den kompetencefordeling, der er omtalt i femte betragtning hertil. Det tilkommer derfor medlemsstaterne at afgøre, hvornår registreringsproceduren ved deres varemærkekontorer slutter, idet det præciseres, om den afsluttes før eller efter undersøgelsen af grundene til afvisning af varemærket, eller om proceduren også omfatter offentliggørelsen.

46. For det tredje har man, idet man var bevidst om forskellene mellem de nationale lovgivninger, ikke med direktivet fastsat den endegyldige tildeling af retten til varemærket som udgangspunkt for forældelsesfristen. Dette ville nemlig ikke have udgjort en harmonisering, da begyndelsestidspunktet for den pågældende brugsforpligtelse, alt efter hvilket retssystem, der er tale om, enten ville blive udskudt indtil enhver indsigelse fra tredjemand kan udelukkes, eller ville finde anvendelse med tilbagevirkende kraft fra tidspunktet for indgivelsen af varemærkeansøgningen, hvis denne retlige fiktion er fastlagt i den nationale retsorden.

47. Direktivet beskæftiger sig derimod ikke med det præcise tidspunkt, hvor registreringsproceduren må anses for at være afsluttet — fastlæggelsen heraf påhviler den nationale lovgiver — da der aldrig mellem de tidspunkter, som man ville kunne lægge til grund (registreringstidspunktet, tidspunktet for meddelelsen herom til adressaten og offentliggørelsestidspunktet), forløber et tidsrum, der er tilstrækkeligt langt til at kunne være til fare for retssikkerheden eller for fællesskabsdirektivets harmoniseringsformål.

48. Disse betragtninger er lettere at forstå, hvis man ser på den reelle betydning af forpligtelsen til at gøre brug af et varemærke.

ii) Brugsforpligtelsen

49. Der er grund til at præcisere, hvad der menes med brugsforpligtelsen, idet direktiv 89/104 fastsætter en karensperiode, inden for hvilken varemærkeindehaveren skal påbegynde erhvervsmæssig brug af varemærket, for såfremt dette undlades, vil der

efter udløbet af denne periode på grundlag af manglende aktivitet kunne gøres indsigelse mod den pågældende indehavers rettigheder over varemærket [23].

50. Uafhængigt af forskellene mellem de forskellige nationale lovgivninger forfølger denne retlige mekanisme det samme formål i alle retsordener: at tilpasse antallet af registrerede varemærker til det antal, som anvendes, og som udfylder deres økonomiske funktion på markedet [24], ved at tilpasse virkeligheden i registrene til virkeligheden inden for samhandelen, idet varemærkekontorerne — som jeg har haft lejlighed til at understrege ved en anden lejlighed — således ikke er blotte arkiver for varemærker, som alene er indgivet for at have dem i baghånden for det tilfælde, at en uforsigtig person vover sig til at bruge dem, med risiko for at indehaveren først på dette tidspunkt påberåber sig varemærket med en i hvert fald spekulativ hensigt. Varemærkekontorerne skal tværtimod udgøre en loyal afspejling af virkeligheden, nemlig af de angivelser, som virksomhederne sender ud på markedet for at adskille deres varer og tjenesteydelser. Kontorerne for industriel ejendomsret skal kun registrere de varemærker, der bruges erhvervsmæssigt [25].

51. Denne forpligtelse har desuden til formål at give tredjemand lettere adgang til registreringen [26], således som det fremgår af direktivets ordlyd, hvorefter et varemærke, som er registreret, men som ikke har været anvendt igennem mere end fem år, ikke kan gøres gældende som grundlag for at erklære et andet identisk eller lignende varemærke ugyldigt eller for at rejse indsigelse mod registreringen heraf (artikel 11, stk. 1 og 2).

52. Disse to målsætninger kommer ligeledes til udtryk i ottende betragtning til direktivet, hvor det erklæres, at »for at reducere antallet af varemærker, der er registreret og beskyttet i Fællesskabet, og derved også antallet af konflikter imellem disse, må det kræves, at de registrerede mærker rent faktisk bruges, idet mærket i modsat fald fortabes; [...]«.

53. Sammenfattende kan det siges, at brugsforpligtelsen retligt set har to sider: på den ene side en ved lov pålagt pligt for den nye indehaver af en intellektuel ejendomsret af denne kategori, og på den anden side tredjemands beføjelser og rettigheder i tilfælde af, at forpligtelsen ikke overholdes.

54. Henset til denne tosidede karakter er det ikke vanskeligt at forstå, at datoen for registreringsprocedurens afslutning er den dato, der på bedste vis tager hensyn til begge

23 — I tysk ret understreges den mulige forveksling af U. Bous »§ 25 Ausschluß von Ansprüchen bei mangelnder Benutzung«, i F.L. Ekey og D. Klippel, *Heidelberger Kommentar zum Markenrecht,* C.F. Müller, Heidelberg, 2003, s. 370.

24 — K.-H. Fezer, *Markenrecht,* C.H. Beck, 3. udg., München, 2001, s. 1191.

25 — Jf. det forslag til afgørelse, som jeg fremsatte i forbindelse med dom af 11.3.2003, sag C-40/01, Ansul, Sml. I, s. 2439, punkt 42. Jf. desuden dommens præmis 36.

26 — C. Fernández-Nóvoa, *Tratado sobre Derecho de marcas,* Marcial Pons, Madrid, 2001, s. 454.

siders interesser. Idet datoen gyldigt fremgår af registreringen, er indehaveren af den intellektuelle ejendomsret i stand til at beregne fristen og planlægge sin handelsmæssige strategi. Derimod ville det at knytte fastlæggelsen af denne dato til usikkerhedsmomenterne ved indsigelse fra en konkurrent, således som det er tilfældet med de ordninger, hvorefter grundene til afvisning af varemærket behandles efter registreringen, medføre en for stor usikkerhed med hensyn til det tidspunkt, hvorfra forpligtelsen begynder at løbe, ikke alene for indehaveren og indsigeren, men også og i særdeleshed for tredjemand, der ikke har tilknytning til tvisten.

55. Lignende ulemper ville opstå, hvis man anerkendte fiktionen, hvorefter afslutningen af proceduren knyttes til påbegyndelsen af beskyttelsen, således som de ordninger, der hviler på dette juridiske kunstgreb, tillader med henblik på at beskytte indehaveren med tilbagevirkende kraft fra tidspunktet for indgivelsen af registreringsansøgningen. I dette tilfælde er den faktiske brug af varemærket påkrævet allerede fra den blotte indgivelse af ansøgningen til det nationale kontor for intellektuelle ejendomsrettigheder, hvilket er en kritisabel ordning, idet den på den ene side pålægger en person, der ikke er i besiddelse af nogen rettigheder i denne forbindelse, en forpligtelse, og på den anden side forkorter dennes frist på fem år alene af den grund, at den pågældende har fået en intellektuel ejendomsrettighed uden at få mulighed for at kontrollere varigheden af den procedure, i henhold til hvilken eneretten er blevet ham tildelt.

56. Af denne grund er det datoen for registreringsprocedurens afslutning, der som følge af dens objektive karakter og den omstændighed, at den uden vanskelighed kan fastslås af alle berørte parter, der på bedste vis garanterer den nødvendige retssikkerhed. Denne dato må således anses for det mest passende tidspunkt for påbegyndelsen af beregningen af fristen på fem år, inden for hvilken brugsforpligtelsen skal overholdes. Desuden er den normalt sammenfaldende med indførelsen i registeret, hvis offentliggørelse markerer påbegyndelsen af denne forpligtelse for varemærkeindehaveren, men er ikke nødvendigvis knyttet til den endegyldige ret til det opnåede varemærke.

57. Efter denne fortolkning af fællesskabsretten skal det internationale varemærkes indvirkninger på disse overvejelser behandles.

b) Det internationale varemærke

58. Hverken Madrid-arrangementet eller den traktat, som arrangementet knytter sig til, nemlig Pariserkonventionen, indeholder bestemmelser, der regulerer forpligtelsen til at gøre brug af et varemærke. Førstnævnte indeholder ingen regler om dette emne, mens sidstnævnte i dens artikel 5, punkt C, stk. 1, pålægger de kontraherende stater at gøre denne forpligtelse afhængig af, at der er forløbet en »passende« frist, og af, at indehaveren har fået mulighed for at anføre gyldige grunde for sin undladelse af at bruge varemærket. Intet er imidlertid fastsat omkring påbegyndelsen af denne frist, således at — idet national ret skal inddrages — også fællesskabsretten og dermed direktiv 89/104 bliver relevant.

59. Herudaf må der imidlertid ikke drages forhastede konklusioner, da Madrid-arrangementet omfatter en registreringsordning, hvis væsentlige kendetegn fortjener en nærmere beskrivelse [27].

60. Ved hjælp af denne verdensomspændende mekanisme har virksomheder mulighed for med en enkelt registrering at opnå beskyttelse af et varemærke fra hjemlandet i så mange kontraherende stater, som de angiver. Beskyttelsen af de varemærker, der er registreret ved WIPO's hovedsæde i Genève, fastlægges gennem territorial- og ligebehandlingsprincippet, således at de varemærker, for hvilke der er indgivet begæring om udstrækning til andre kontraherende parter, er beskyttet i lige så høj grad som nationale varemærker [28].

61. Ansøgningsblanketten indgives via myndigheden i det land, hvorfra det varemærke, som ønskes registreret som internationalt varemærke, hidrører [29]. Denne myndighed foretager således en summarisk undersøgelse af de dokumenter, der er fremlagt af indehaveren, særligt med henblik på at sikre, at varemærket er indført i det nationale register i ansøgerens navn og for de varer og tjenesteydelser, der er angivet på blanketten. Dernæst undersøger myndigheden ansøgerens legitimation, og at den pågældende har fulgt proceduren korrekt ved at fremlægge de relevante dokumenter [30].

62. Når det har modtaget sagsakterne, kontrollerer Det Internationale Bureau udelukkende de formelle aspekter og betalingen af gebyrer i overensstemmelse med Madrid-arrangementet og gennemførelsesforskrifterne hertil [31]. Hvis betingelserne er opfyldt, registrerer Bureauet varemærket i det internationale register. Det Internationale Bureau efterprøver imidlertid ikke, om det varemærke, der er genstand for ansøgningen, kan opnå beskyttelse inden for de angivne kontraherende lande, idet denne kontrol henhører under disse landes kompetenceområde [32] og skal foretages inden for en frist på maksimalt et år fra registreringsdatoen [33].

63. Sammenfattede er ordningen den, at det internationale varemærke erstatter forpligtelsen til at foretage registrering i hvert af de lande, hvori der ønskes beskyttelse, med en

27 — I det følgende henviser jeg udelukkende til Madrid-arrangementet og ikke til protokollen hertil, som også blev vedtaget i Madrid den 27.6.1989, og som på trods af sin titel er en ny international traktat, selv om dens indhold er meget lig indholdet af Madrid-arrangementet. Denne anden aftale har muliggjort tiltrædelsen af visse lande, der har kritiseret arrangementet for dets mangel på fleksibilitet, idet arrangementet ikke indrømmer mulighed for at indskrive varemærkeansøgninger indgivet ved de nationale varemærkekontorer i det internationale register. Protokollen trådte i kraft den 1.12.1995. Jf. K.H. Fezer, a.st., s. 2027 ff.

28 — Således artikel 4, stk. 1, i Madrid-arrangementet.

29 — Artikel 3, stk. 1, i Madrid-arrangementet.

30 — Jf. for en mere udførlig fremstilling J.M. Botana Agra, »Las marcas internacionales«, i J.J. Navarro Chinchilla og R.J. Vázquez García (redaktion), *Estudios sobre marcas*, Comares, Granada, 1995, s. 37 ff.

31 — I øjeblikket er der fælles gennemførelsesforskrifter for Madrid-arrangementet om den internationale registrering af varemærker og protokollen til dette arrangement (udgaven, der har været gældende siden den 1.4.2004, er tilgængelig på følgende internetadresse: http://www.wipo.int/madrid/en/legal_texts/common_regulations.htm).

32 — Artikel 5, stk. 1, i Madrid-arrangementet.

33 — Artikel 5, stk. 2, i Madrid-arrangementet.

enkelt ansøgning, der indgives ved Det Internationale Bureau i Genève, hvilket således giver indehaverne af disse intellektuelle ejendomsrettigheder et middel til at beskytte sig mod ulovlige angreb fra illoyale konkurrenter eller drevne piratvirksomheder på den anden side af grænserne.

64. For at besvare det præjudicielle spørgsmål er det nødvendigt at fastslå, på hvilken dato den internationale registrering fandt sted.

65. I artikel 3, stk. 4, i Madrid-arrangementet opstilles en række alternative løsninger med henblik på fastsættelse af datoen for registrering. Det afgørende tidspunkt er normalt datoen for indgivelsen af ansøgningen til Det Internationale Bureau, undtagelsesvis fremrykkes dette tidspunkt til den dato, hvor den kompetente myndighed i oprindelseslandet modtog blanketten, såfremt sidstnævnte fremsendes til Det Internationale Bureau inden to måneder fra denne dato. Endelig vil den internationale registrering i tilfælde af uregelmæssigheder blive påført den dato, hvor de sidste manglende oplysninger modtages af Det Internationale Bureau [34].

66. Heraf kan ikke alene udledes, at brugsforpligtelsen altid afhænger af den nationale lovgivning, som inden for Det Europæiske Fællesskab er delvist harmoniseret på den ovenfor beskrevne måde, men også, at varemærket er beskyttet fra tidspunktet for den internationale registrering, selv om denne beskyttelse er afhængig af udløbet af den frist på et år, der er indrømmet de i hver enkelt ansøgningsblanket angivne kontraherende stater til at afslå den ansøgte beskyttelse på deres område, hvilket viser, at det heller ikke er nødvendigt at vente, til der er sammenfald mellem registreringsdatoen og datoen for påbegyndelsen af den fulde brugsret over disse intellektuelle ejendomsrettigheder. Idet registreringen ved Det Internationale Bureau af det beskyttede varemærke — for at bruge terminologien i artikel 4b i Madrid-arrangementet — »erstatter« de nationale registreringer, således at der ikke foretages en registrering i egentlig forstand af det internationale varemærke ved de nationale kontorer, som blot oplyses herom, vil den eneste pålidelige måde, hvorpå det kan fastslås, at den internationale registreringsprocedure er afsluttet, desuden være at anerkende, at datoen for registrering ved Det Internationale Bureau afslutter proceduren.

67. Denne dato er sammenfaldende med påbegyndelsen af den frist, der gives til at efterkomme brugsforpligtelsen i henhold til direktivet. De åbenbare bestræbelser i international lovgivning på at tilnærme de to datoer, den nationale og den internationale, taler ligeledes for den løsning, jeg foreslår, eftersom det, hvis man accepterer forslagene i de indlæg, der er afgivet i forbindelse med denne præjudicielle anmodning, dvs. at fristen ikke begynder at løbe, før beskyttelsen er blevet uanfægtelig, ville fremkalde beklagelige afvigelser med hensyn til den dato, hvor »nedtællingen« vedrørende forpligtel-

34 — Regel 15, stk. 1, i gennemførelsesforskrifterne.

sen til at gøre brug af varemærket begynder: i visse tilfælde ville den være afhængig af nationale bestemmelser, særligt når der blev givet medhold i relative registreringshindringer, i andre tilfælde af udfaldet af indsigelser indgivet af tredjemand mod internationale varemærker, hvilket ville udskyde den pågældende frist til et meget usikkert tidspunkt.

68. Der er så meget desto mere grund til at fremhæve den afgørende rolle, som datoen for den internationale registrering spiller [35], da den er bestemmende for beregningen af den frist, der er pålagt de kontraherende parter, for at afslå registrering [36], for gennemførelse af virkningerne af registreringen [37] eller af begæringen om territorial udstrækning [38], for registreringens gyldighedsperiode og dens uafhængighed [39] og for dens fornyelse [40]. Da denne dato er den relevante i så mange henseender, forekommer det logisk, at den også får denne rolle med hensyn til begyndelsestidspunktet for fristen vedrørende brugsforpligtelsen.

69. For så vidt angår den forskydning, som fremkaldes af et eventuelt afslag på registrering i en af de stater, der har undertegnet Madrid-arrangementet, efter at et varemærke er blevet indgivet til Det Internationale Bureau, skal der gøres yderligere to bemærkninger. Den første bemærkning vedrører de absolutte registreringshindringer, som i den ordning, der er indført ved denne aftale, betragtes som usandsynlige, da spørgsmålet herom allerede er blevet behandlet i det land, varemærket hidrører fra, samt da kriterierne er samordnet i Pariserkonventionen. Den anden bemærkning vedrører de relative registreringshindringer, med hensyn til hvilke virksomhederne forudsættes at have udvist agtpågivenhed, idet de — før de ansøger om international registrering af et varemærke — har mulighed for uden uforholdsmæssige omkostninger at fastslå, hvilke varemærker der vil kunne være til hinder for registrering af deres varemærke i de stater, for hvilke der er ansøgt om beskyttelse.

70. Jeg er derfor af den overbevisning, at »datoen for registreringsprocedurens afslutning« også for internationale varemærker er sammenfaldende med den dato, der er angivet af Det Internationale Bureau i Genève.

71. På baggrund af ovenstående bemærkninger er det min opfattelse, at det første præjudicielle spørgsmål stillet af Oberster Patent- und Markensenat skal besvares med, at udtrykket »datoen for registreringsprocedurens afslutning« i artikel 10, stk. 1, i direktiv 89/104 ikke henviser til beskyttelsesperiodens begyndelse, som den kan være sammenfaldende med, men til den dato, hvor den kompetente myndighed i overensstemmelse med sin nationale lovgivning — eller, når der er tale om et internationalt varemærke, Det Internationale Bureau — afslutter registreringsproceduren.

35 — Dette centrale element fremhæves af J.M. Botana Agra (a.st., s. 38 ff.).

36 — Artikel 5, stk. 2, i Madrid-arrangementet.

37 — Artikel 4, stk. 1, i Madrid-arrangementet.

38 — Artikel 3, stk. 2, i Madrid-arrangementet.

39 — Artikel 6, stk. 2, i Madrid-arrangementet.

40 — Artikel 7 i Madrid-arrangementet.

2. Fortolkningen af artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104

72. Fortabelsesproblematikken er meget snævert forbundet med brugsforpligtelsen, men fortabelse adskiller sig derved, at fristen kan begynde at løbe på et hvilket som helst tidspunkt, uden nogen forbindelse med afslutningen af en registreringsprocedure. Når indehaveren af varemærket ikke har gjort brug af det igennem mere end fem år, har den pågældendes konkurrenter og tredjemand, der har en interesse heri, således mulighed for lovligt at tilegne sig varemærket. Under alle omstændigheder trækker disse to retlige mekanismer — som to trækdyr fastspændt til det samme åg — i retning af det samme lovgivningsmæssige mål: at tilpasse virkeligheden i registreringerne til virkeligheden på markedet, som allerede påpeget ovenfor.

73. Den forelæggende ret spørger om, hvilke grunde der er egnede til at begrunde manglende brug af et handelsmærke inden for det i fællesskabslovgivningen foreskrevne tidsrum. I tvisten i hovedsagen har Lidl påberåbt sig »bureaukratiske forhindringer«, der var uforenelige med selskabets handelsmæssige strategi, som bestod i udelukkende at sælge varer påført varemærket »Le Chef DE CUISINE« i selskabets egne forretninger, hvis åbning blev forsinket ud over, hvad man havde ventet.

74. I overensstemmelse med den besvarelse af det første spørgsmål, som jeg foreslår, er det henset til østrigsk varemærkelovgivning ikke nødvendigt for afgørelsen af tvisten i hovedsagen at besvare det andet spørgsmål. På trods af dette vil jeg i tilfælde af, at Domstolen ikke deler min opfattelse og derfor finder det hensigtsmæssigt at fortolke direktivets artikel 12, kort fremføre visse betragtninger på dette punkt.

75. Jeg er ikke af den opfattelse, at dette præjudicielle spørgsmål skal afvises, således som Republikken Østrig har gjort gældende, da indholdet af spørgsmålet ikke er af generel karakter, og da beskrivelsen af de faktiske omstændigheder er tilstrækkeligt præcis til, at man kan erkende interessen i og behovet for at træffe afgørelse.

76. I Domstolens praksis er der allerede blevet taget stilling til stk. 1 i artikel 12, nærmere bestemt til betydningen af »reel brug«, idet Domstolen har fastslået, at et varemærke er gjort til genstand for en sådan brug, »når dette er anvendt i overensstemmelse med varemærkets grundlæggende funktion [...] med henblik på at skabe eller bevare en afsætningsmulighed for disse varer og tjenesteydelser. Dette omfatter ikke symbolske former for brug alene med det formål at bevare de til varemærket knyttede rettigheder« [41]. For at bedømme, om denne brug er reel, skal der tages hensyn til »samtlige faktiske omstændigheder, der kan godtgøre, at varemærket virkelig anvendes handelsmæssigt, navnlig de former for brug, der i den pågældende branche anses for begrundet« [42].

41 — Ansul-dommen, præmis 43.

42 — Samme præmis.

77. Følgelig svarer enhver brug af et varemærke, som ikke er forenelig med disse principper, ikke til dette begreb om reel brug. Jeg har allerede påpeget, at den private brug, der ikke overskrider indehaverens privatsfære, er uden relevans, i det omfang den ikke har til formål at sikre sig en markedsandel, hvorfor hverken gennemførelse af forberedende foranstaltninger med henblik på markedsføring af varer og tjenesteydelser eller opmagasinering eller oplagring, når varerne ikke forlader virksomhedens lokaler, kan betragtes som »tilstrækkelig« eller »reel« brug [43].

78. I den pågældende bestemmelse anføres, at der kan være skellig grund til manglende brug, dog uden at der anføres noget eksempel herpå. TRIPs-aftalens artikel 19 er til stor hjælp i denne henseende, idet det fremgår heraf, at forhold, *der gør sig gældende uafhængigt af varemærkeindehaverens hensigter*, og som *lægger hindringer i vejen for varemærkets anvendelse*, såsom importrestriktioner eller andre krav fra det offentlige vedrørende de af varemærket beskyttede varer eller tjenesteydelser, udgør gyldige grunde.

79. De »bureaukratiske forhindringer«, som Lidl har påberåbt sig i tvisten i hovedsagen, skal — selv om de unddrager sig varemærkeindehaverens kontrol — derudover have en så direkte forbindelse med varemærket, at brugen af varemærket er afhængig af, at disse administrative foranstaltninger afsluttes. Man kan forestille sig, at dette ville have været tilfældet, hvis Lidl ventede på en sundhedsmæssig godkendelse af de varer, der skulle markedsføres under varemærket »Le Chef DE CUISINE«, eller — hvis der havde været tale om et lægemiddel — på de kompetente sundhedsmyndigheders godkendelse heraf. Komplikationer som følge af forsinkelser i meddelelsen af tilladelser til indretningen af forretningslokaler har imidlertid ikke en tilstrækkelig snæver forbindelse med varemærket. Det er desuden vanskeligt at forstå, hvilken årsag der forhindrede Lidl i rettidigt at ændre sin handelsmæssige strategi. Selskabet kunne f.eks. for en begrænset periode have indgået en licensordning med henblik på distributionen af dets varer via andre distributører af levnedsmidler eller via fødevareforretninger.

80. Som Kommissionen med rette har gjort gældende, er virksomhedsstrategien endvidere et forhold, der fuldstændigt ligger inden for det pågældende selskabs kontrol, hvorfor det er vanskeligt at medgive, at det har været umuligt for selskabet at overvinde eventuelle administrative vanskeligheder ved at tilpasse strategien i forhold til usikkerhedsmomenter og uheldige omstændigheder. Af denne grund er det i den foreliggende sag tvivlsomt, hvad der har været den største hindring for gennemførelsen af det forfulgte mål: er der tale om indviklede formaliteter i den administrative procedure eller om den stædige fastholdelse af en uegnet plan? Disse undersøgelser, der er af faktisk karakter, skal imidlertid foretages af den nationale ret, der har et bedre kendskab til de faktiske omstændigheder og har til opgave at træffe afgørelsen i hovedsagen.

43 — Forslag til afgørelse fremsat i Ansul-sagen, punkt 57.

81. Henset til ovenstående betragtninger foreslår jeg derfor Domstolen at besvare det andet præjudicielle spørgsmål med, at artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104 skal fortolkes således, at de årsager, der kan begrunde manglende brug af et varemærke, skal gøre sig gældende uafhængigt af varemærkeindehaverens vilje og lægge hindringer i vejen for varemærkets anvendelse. Er disse to forudsætninger til stede, hører administrative formaliteter til denne type gyldige grunde, hvilket ikke er tilfældet, når disse formaliteter er til hinder for gennemførelsen af en virksomhedsstrategi, idet virksomheden fortsat har den fulde beslutningskompetence med hensyn til at tilpasse strategien under hensyn til sådanne administrative usikkerhedsmomenter. Det påhviler den forelæggende ret at bedømme de faktiske omstændigheder i lyset af disse angivelser.

VI — Forslag til afgørelse

82. I lyset af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål, der er forelagt af Oberster Patent- und Markensenat, således:

»1) Udtrykket »datoen for registreringsprocedurens afslutning« i artikel 10, stk. 1, i Rådets direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker henviser ikke til beskyttelsesperiodens begyndelse, som den kan være sammenfaldende med, men til den dato, hvor den kompetente myndighed i overensstemmelse med sin nationale lovgivning — eller, når der er tale om et internationalt varemærke, Det Internationale Bureau — afslutter registreringsproceduren.

2) Artikel 12, stk. 1, i direktiv 89/104 skal fortolkes således, at de årsager, der kan begrunde manglende brug af et varemærke, skal gøre sig gældende uafhængigt af varemærkeindehaverens vilje og lægge hindringer i vejen for varemærkets anvendelse. Er disse to forudsætninger til stede, hører administrative formaliteter til denne type gyldige grunde, hvilket ikke er tilfældet, når disse formaliteter er til hinder for gennemførelsen af en virksomhedsstrategi, idet virksomheden fortsat har den fulde beslutningskompetence med hensyn til at tilpasse strategien under hensyn til sådanne administrative usikkerhedsmomenter. Det påhviler den forelæggende ret at bedømme de faktiske omstændigheder i lyset af disse angivelser.«