— at en aftale mellem private, som sigter på at forbyde indførsel af en sådan vare, ikke kan påberåbes eller tages i betragtning ved afgørelsen af, om markedsføringen af denne vare strider mod god markedsføringsskik eller har karakter af uretmæssig konkurrence.

Pescatore Touffait Due

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 22. januar 1981.

A. Van Houtte
Justitssekretær

P. Pescatore
Formand for anden afdeling

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. CAPOTORTI FREMSAT DEN 20. NOVEMBER 1980 [1]

Høje Domstol.

1. Domstolen har flere gange haft lejlighed til at tage stilling til, i hvilket omfang princippet om frie varebevægelser kan fraviges på grundlag af immaterialrettigheder eller af hensyn til modvirkning af illoyal konkurrence. Den foreliggende sag angår hovedsagelig denne problemstilling, men rejser tillige andre spørgsmål, der vedrører fællesskabsrettens regler om beskyttelse af den frie konkurrence.

De faktiske omstændigheder er kort fortalt følgende: Det danske selskab Imerco, der er en sammenslutning til engros-indkøb i isenkrambranchen, og hvis aktionærer er isenkræmmere fra hele Danmark, bestilte i 1978 et antal fajancestel hos en engelsk fabrik, firmaet Broadhurst. Stellene skulle benyttes til at markere Imerco's 50 års jubilæum; de skulle derfor dekoreres med motiver leveret af Imerco og efter sammes anvisninger, og bl. a. på undersiden bære påtegningen »Imerco 50 års jubilæum«. Imerco ville forhandle disse stel i Danmark, hvilket udelukkende skulle ske gennem dets egne aktionærer. Da det imidlertid viste sig, at ca. 1 000 stel ikke fuldt ud opfyldte de strenge kvalitetskrav, Imerco havde stillet, gav det sit samtykke til, at producenten solgte disse stel i Det forenede Kongerige (bortset

1 — Oversat fra italiensk.

fra de områder, der normalt besøges af danske turister) samt i visse lande uden for Europa. Broadhurst solgte herefter de stel, der var af ringere kvalitet, til forskellige engelske grossister med forbud mod videresalg til Danmark.

Imidlertid blev 300 af disse stel købt af Dansk Supermarked A/S, Århus (hos en dansk mellemhandler, der selv havde købt dem i Det forenede Kongerige); selskabet udbød stellene til salg i sine supermarkeder til priser, der var væsentlig lavere end de priser, Imerco's aktionærer tog for den samme vare i 1. sortering.

Herefter blev der på Imerco's begæring ved en dansk ret nedlagt forbud mod, at Dansk Supermarked fortsatte forhandlingen af de pågældende stel. Kendelse herom blev afsagt af Århus byrets fogedafdeling den 22. juni 1978, og forbudet blev stadfæstet ved dom afsagt af Sø- og Handelsretten i København den 19. marts 1979. Sø- og Handeslretten fandt, at Dansk Supermarked havde handlet i strid med de relevante danske lovregler (§§ 1 og 5 i lov nr. 297 af 14. juni 1974 om markedsføring) ved uden Imerco's samtykke at have solgt varer, der var forsynet med dettes navn, og ikke var bestemt til »almindeligt salg«. Ifølge Sø- og Handelsrettens dom handlede Dansk Supermarked først og fremmest retsstridigt ved at benytte et forretningskendetegn, som ikke tilkom det. Under sagen gjorde Imerco i øvrigt også gældende, at Dansk Supermarked ved urigtige angivelser havde givet kunderne indtryk af, at der var tale om en 1. sorteringsvare, men fik ikke rettens medhold heri.

For Højesteret, hvortil Sø- og Handelsrettens dom er anket, har Dansk Supermarked påberåbt sig EØF-traktatens artikler 30 og 85 samt Kommissionens forordning nr. 67/67/EØF af 22. marts 1967 om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler, og har herved gjort gældende, at fællesskabsretten sikrer retten til parallelimport, og at denne ikke kan hindres ved nationale regler.

Ved beslutning af 14. februar 1980 har Højesteret i medfør af EØF-traktatens artikel 177 anmodet Domstolen om at besvare spørgsmålet, om »... bestemmelser i EØF-traktaten eller retsakter udstedt i medfør heraf [udelukker] anvendelse af de danske love om ophavsret, varemærker og markedsføring i sagen«.

Det er oplagt, at spørgsmålets formulering er mangelfuld derved, at den nationale ret ikke anmoder om en fortolkning af bestemte regler i fællesskabsretten, men derimod om en afgørelse af, hvorvidt der i den foreliggende sag skal anvendes fællesskabsret i stedet for dansk ret. På grundlag af de synspunkter, parterne har fremført for ankeinstansen, er det imidlertid let at se, at de fællesskabsretlige bestemmelser, som vil være relevante for den nationale domstol ved pådømmelsen af hovedsagen, er EØF-traktatens artikler 30 og 85 samt Kommissionens forordning nr. 67/67/EØF. Her står artikel 30 i forgrunden; det drejer sig netop om at fastlægge, i hvilken udstrækning denne bestemmelse

kan hindre anvendelsen af nationale regler om ophavsret, varemærkeret og illoyal konkurrence, når disse regler påberåbes for at forhindre salg i en medlemsstat af varer, der under de anførte omstændigheder er indført ved parallelimport.

Det spørgsmål, der skal besvares, kan derfor efter min mening formuleres på følgende måde: »Er det foreneligt med EØF-traktatens artikler 30 og 85 (og eventuelt med Kommissionens forordning nr. 67/67/EØF), at en national domstol i en medlemsstat forbyder salg af varer, der allerede lovligt er bragt i omsætning i en anden medlemsstat, i medfør af regler til beskyttelse af ophavsret, varemærkeret eller til modvirkning af illoyal konkurrence, eller på grundlag af en forhandlingsaftale med områdebeskyttelse.«

2. Som bekendt omfatter forbudet i traktatens artikel 30 mod foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner ifølge Domstolens faste praksis enhver national foranstaltning, der er til hinder for indførsel eller salg af en vare, der lovligt er bragt i omsætning i en anden medlemsstat. Det må herved efter min mening være irrelevant, at der er tale om en vare med særlige karakteristika, som bestilleren har ønsket for at fejre en mærkedag, idet det afgørende er, at varen lovligt er bragt på markedet i en anden medlemsstat (som det i den foreliggende sag er tilfældet med de tusind fajancestel, producenten solgte i Det forenede Kongerige).

Spørgsmålet bliver herefter, hvorvidt sådanne nationale foranstaltninger, som således er uforenelige med artikel 30, alligevel må anses for lovlige i medfør af undtagelsesbestemmelsen i EØF-traktatens artikel 36. Som bekendt er denne bestemmelse ikke til hinder for bl.a. restriktioner begrundet i hensynet til beskyttelsen af industriel og kommerciel ejendomsret (med disse kan givetvis sidestilles åndsrettigheder, og således ophavsretten), medmindre det herved kommer til en vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne. Ingen af de nævnte enerettigheder kan således påberåbes til støtte for et forbud mod salg i en medlemsstat af varer, som på lovlig vis og med samtykke fra rettighedens indehaver er bragt i omsætning i en anden medlemsstat. Dette er klart fastslået i Domstolens praksis (senest i dom af 22. juni 1976 i sag 119/75, Terrapin mod Terranova, Sml. 1976, s. 1039, præmisserne 5 og 6).

De samme principper må tillige gælde i et tilfælde, hvor bestilleren af visse varer — hvilken bestiller desuden er indehaver af et varemærke eller anden enerettighed vedrørende disse varer — har givet samtykke til, at producenten for egen regning — men kun i en enkelt medlemsstat — sælger en del af disse varer (i den foreliggende sag havde Imerco givet Broadhurst tilladelse til at bringe 2. sorteringsstellene i handelen i Det forenede Kongerige, men ikke i Danmark). Et aftalevilkår af denne art kan ikke hindre konsumption — for hele

Fællesskabets område — af den af bestilleren påberåbte eneret, når det er fastslået, at varen med hans samtykke er bragt i omsætning i en medlemsstat. Bestilleren har naturligvis altid mulighed for at kræve erstatning for den skade, han har lidt ved producentens eller hans ansattes misligholdelse af aftalens bestemmelser om områdebegrænsning med hensyn til salget af den pågældende vare, forudsat aftalen ikke er i strid med EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, som jeg skal vende tilbage til senere.

3. Det, der hermed er anført om industriel og kommerciel ejendomsret og andre enerettigheder, kan anvendes analogt med hensyn til sådanne restriktioner i varehandelen, som kan være en følge af nationale regler til modvirkning af illoyal konkurrence (det fremgår af sagens akter, at de regler »om markedsføring«, der henvises til i spørgsmålet fra den danske domstol, også forfølger et sådant formål). Modvirkning af illoyal konkurrence nævnes rent faktisk ikke i artikel 36 som et af de forhold, der kan begrunde en undtagelse fra artikel 30. Domstolen har imidlertid i dommene af henholdsvis 11. juli 1974 i sag 8/74, Dassonville, (Sml. 1974, s. 837) og 20. februar 1979 i sag 120/78, Rewe, (Sml. 1979, s. 649) fastslået, at da der ikke findes en fælles ordning for markedsføring, må eventuelle hindringer for frie varebevægelser, der beror på forskelle i de nationale lovgivninger, accepteres i det omfang, de er uomgængeligt nødvendige af visse nærmere angivne grunde, af hvilke her skal fremhæves beskyttelse af god handelsskik samt forbrugerbeskyttelse. Restriktive foranstaltninger, der har sådanne formål, er imidlertid kun lovlige, hvis de er »rimelige«, dvs. såfremt de hverken medfører forskelsbehandling eller går videre end strengt nødvendigt. Denne praksis er for nylig blevet stadfæstet ved dommen af 26. juni 1980 i sag 788/79, Gilli, hvori Domstolen udtalte, at »en national ordning, der uden forskel gælder for indenlandske og indførte produkter, kan kun være undtaget fra de krav, der følger af artikel 30, såfremt den kan begrundes som uomgængeligt nødvendig af hensyn til især beskyttelse af ... god handelsskik og forbrugerbeskyttelse«.

Jeg har allerede tidligere ved flere lejligheder — senest den 21. maj 1980 ved fremsættelsen af mit forslag til afgørelse i den omtalte Gilli-sag — udtalt, at Domstolen til syvende og sidst er gået videre end EØF-traktatens artikel 36, idet den har udvidet området for lovlige nationale foranstaltninger, der udgør en undtagelse fra forbudet i artikel 30, på betingelse af, at foranstaltningerne »forfølger et sådant mål i almenhedens interesse, som går forud for hensynet til frie varebevægelser, som er et af Fællesskabets grundlæggende principper« (præmis 14 i den nævnte dom i sag 120/78, Rewe).

I den foreliggende sag synes den danske lov om markedsføring at være blevet påberåbt over for Dansk Supermarked A/S under henvisning til, at selskabet ved forhandlingen af 2. sorterings fajancestel, der var påført Imerco's navn, handlede til skade for sidstnævnte sel-

skabs omdømme. Det tilkommer den danske domstol at afgøre — ud fra de kriterier, jeg har forsøgt at angive i det foregående — hvorvidt kvalitetsforskellen mellem de af Imerco til aktionærerne forhandlede stel og de af Dansk Supermarked solgte stel er tilstrækkeligt grundlag for det over for sidstnævnte selskab nedlagte forbud. Kommissionen har her med rette anført, at Imerco havde givet sit samtykke til salg af 2. sorteringsstellene i Det forenede Kongerige, og dermed havde tilkendegivet, at dets omdømme ikke led skade ved dette salg; det var herved uden betydning, at Imerco ikke producerer fajance.

Der kunne være tale om en krænkelse af selskabets kommercielle interesser, såfremt 2. sorteringsstellene, der naturligvis var billigere, blev bragt i handelen på en sådan måde, at køberne måtte få det indtryk, at stellene var af samme kvalitet som de 1. sorteringsstel, Imerco's aktionærer solgte. Det skal hertil bemærkes, at det krav, som en erhversvsdrivende, der sælger 1. klasses varer, har på beskyttelse af sine retmæssige kommercielle interesser, må anses for opfyldt, når udbydelsen af det kvalitetsmæssigt ringere produkt sker på en sådan måde, at der — selv uden udtrykkelig angivelse af »2. sortering« — ikke kan være rimelig tvivl med hensyn til kvaliteten. Her vil sådanne momenter være relevante som emballagen, varens sædvanlige kvalitet eller prisniveauet i den forretning, hvor varen udbydes til salg, tilligemed andre faktiske omstændigheder, som det tilkommer den nationale domstol at fastlægge og vurdere i det konkrete tilfælde.

Hvad endelig angår det forhold, at Dansk Supermarked har haft mulighed for at drage fordel af Imerco's reklame for den omhandlede vare, kan dette næppe anses for at stride mod forbudet mod illoyal konkurrence. Dette spørgsmål har Domstolen haft lejlighed til at behandle i forbindelse med eneforhandlingsaftaler (som f.eks. i Consten og Grundig-sagen, Sml. 1965-1968, s. 245) og spørgsmålet er sædvanligvis blevet afgjort til parallelimportørens fordel; i hvert fald kan forholdet efter min mening ikke begrunde, at en parallelimportør udelukkes fra et givet nationalt marked inden for fællessmarkedet.

4. Hvad angår gyldigheden af det i aftalen mellem Imerco og Broadhurst indeholdte forbud mod eksport til andre medlemsstater, foreligger et spørgsmål om fortolkning af EØF-traktatens artikel 85. Dette spørgsmål har i det foreliggende tilfælde kun interesse, såfremt det antages, at den danske domstol ved nedlæggelse af forbud mod Dansk Supermarkeds salg i Danmark af de af Broadhurst fremstillede fajancestel, har tillagt denne klausul betydning. I bekræftende fald kan det i øvrigt ikke påstås, at fortolkningen af artikel 85 giver anledning til vanskeligheder. Forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler er efter sin art og de betingelser, hvorunder det gælder, velkendt, ligesom det er velkendt, at det omfatter såvel aftaler om begrænsning af afsætningskanalerne som aftaler om markedsopdeling.

I Domstolens dom af 25. november 1971 i sag 22/71, Béguelin, hvor spørgsmålet om en eneforhandlingsaftales lovlighed i

henhold til artikel 85 forelå til bedømmelse, fastslås det, at de to grundbetingelser som er knyttet til forbudet mod konkurrencebegrænsende aftaler (dvs. påvirkning af handelen mellem medlemsstater og en tilsigtet eller bevirket skade af konkurrencen inden for fællesmarkedet) er opfyldt »når (aftalen) retligt eller faktisk udgør en hindring for forhandlerens genudførsel af de pågældende varer til andre medlemsstater . . .« (præmisserne 10 og 12). I samme dom udtales det dernæst, at aftalen »for at falde ind under forbudet efter artikel 85 *mærkbart* [skal] påvirke handelen og konkurrencen«, og der nævnes en række forhold af betydning for afgørelsen af, om dette er tilfældet, eksempelvis arten og mængden af de af aftalen omfattede varer, leverandørens og eneforhandlerens stilling og betydning på markedet samt andre erhvervsdrivendes mulighed for ved hjælp af reeksport og parallelimport at handle med de samme varer.

Det tilkommer naturligvis den domstol, der behandler hovedsagen, at afgøre om den i sagen foreliggende aftale skal anses for en konkurrencebegrænsende aftale. Efter min mening kan en aftale mellem en bestiller og en fabrikant, hvorefter sidstnævnte i et begrænset område har ret til for egen regning at sælge en del af de bestilte varer, givetvis ikke kaldes for en eneforhandlingsaftale. Der kan i det højeste forsøges draget en parallel til eneforhandlingsaftaler, der indeholder forbud mod videresalg til bestemte markeder. Som nævnt tilkommer det imidlertid ikke Domstolen at tage stilling hertil.

Tilbage står at undersøge, om der i et tilfælde som det foreliggende tillige kan opstå spørgsmål vedrørende fortolkningen af Kommissionens forordning nr. 67/67/EØF af 22. marts 1967 (der, som tidligere nævnt, er blevet påberåbt under hovedsagen). Da forordningen omhandler eneforhandlingsaftaler, og da jeg har fundet, af aftalen mellem Imerco og Broadhurst ikke kan betragtes som en eneforhandlingsaftale, anser jeg heller ikke en fortolkning af forordningen for nødvendig til besvarelsen af den forelæggende rets spørgsmål. Jeg skal dog for alle tilfældes skyld nævne, at den i forordningen indeholdte gruppefritagelse ikke omfatter aftaler, hvorved det forbydes forhandleren at reeksportere varen til andre medlemsstater; dette er fastslået af Domstolen i den omtalte Béguelin-dom, hvorved det indirekte bekræftes, at aftaler, der indeholder sådanne bestemmelser, nødvendigvis er omfattet af den almindelige regel i artikel 85, stk. 1.

5. Af de anførte grunde foreslår jeg Domstolen at besvare det spørgsmål, der er forelagt den af den danske Højesteret ved beslutning af 14. februar 1980, på følgende måde:

1. Salg i en medlemsstat af en given af varemærkeret eller ophavsret omfattet vare, der lovligt er bragt i omsætning i en medlemsstat med den berettigedes samtykke, kan i medfør af EØF-traktatens artikler 30 og 36 ikke

forbydes af den nationale domstol under henvisning til beskyttelsen af sådanne enerettigheder.

2. En parallelimportørs eller hans repræsentants salg i en medlemsstat af varer, der kun ved ringere kvalitet adskiller sig fra de varer, en anden virksomhed har bestilt med henblik på videresalg i samme medlemsstat, kan ikke forbydes i medfør af regler til modvirkning af illoyal konkurrence, medmindre salget foregår på en måde, der er egnet til at vildlede kunderne om varernes kvalitet.

3. En aftale mellem en producent og en virksomhed, der har afgivet bestilling på bestemte varer, hvorefter førstnævnte har ret til for egen regning at sælge nogle af disse varer, men ikke må eksportere til andre medlemsstater, er uforenelig med EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, såfremt den mærkbart påvirker handelen mellem medlemsstaterne, og mærkbart skader konkurrencen inden for fællesmarkedet.