FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT CHRISTINE STIX-HACKL

fremsat den 5. april 2001 [1]

Indledende bemærkninger

1. Nærværende sager vedrører igen spørgsmålet om konsumption af varemærkerettigheder i forbindelse med såkaldte »grå genindførsler«.

2. I denne forbindelse anmodes Domstolen om en fortolkning af begreberne »samtykke« og »skellig grund« i artikel 7 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker [2] (herefter »varemærkedirektivet«). Med de detaljerede præjudicielle spørgsmål ønsker den forelæggende ret først oplyst, under hvilke omstændigheder der må formodes at foreligge et samtykke. I sag C-414/99 forelægger retten endvidere spørgsmålet om, hvilke »skellige grunde« der efter varemærkedirektivets artikel 7, stk. 2, kan være til hinder for en konsumption af varemærkeretten.

3. Domstolen har allerede to gange haft anledning til at tage stilling til varemærkedirektivets artikel 7 i forbindelse med indførsler fra tredjelande. I Silhouette-dommen [3] fastslog den, at artikel 7, stk. 1, er til hinder for nationale bestemmelser, hvorefter der indtræder international konsumption af varemærkerettigheder. I Sebago-dommen [4] bekræftede den denne opfattelse og tilføjede, at retsvirkningen konsumption kun indtræder, såfremt samtykket gælder for hvert enkelt eksemplar af den vare, med hensyn til hvilken der påberåbes konsumption.

4. De nu forelagte præjudicielle spørgsmål er tilsyneladende baseret på en tydelig kritisk holdning til, at international konsumption af varemærkerettigheder udelukkes med hjemmel i varemærkedirektivet [5]. Ved at udelukke international konsumption vil man principielt gøre det muligt for varemærkeindehavere i Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (herefter »EØS«) at modsætte sig indførsel i EØS af

1 — Originalsprog: tysk.

2 — EFT 1989 L 40, s. 1.

3 — Dom af 16.7.1998, sag C-355/96, Silhouette International Schmied, Sml. I, s. 4799.

4 — Dom af 1.7.1999, sag C-173/98, Sebago og Maison Dubois, Sml. I, s. 4103.

5 — Jf. også artikel 13 i den for så vidt enslydende EF-varemærkeforordning, Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT 1994 L 11, s. 1).

produkter, der er forsynet med deres varemærke, og som først er markedsført uden for EØS. Rækkevidden af princippet om EØS-konsumption hænger således tæt sammen med begrebet samtykke.

I — Faktiske omstændigheder

Sag C-414/99

5. Sagsøgeren i hovedsagen, Zino Davidoff SA (herefter »Davidoff«), er indehaver af to varemærker, »Cool Water« og »Davidoff Cool Water«, som er registreret og anvendes i Det Forenede Kongerige for et omfattende sortiment af toiletartikler og kosmetiske produkter. Produkterne fremstilles for Davidoff på licens og sælges af eller for denne såvel inden for som uden for EØS.

6. Produkterne, deres emballage og deres mærkning er den samme, uanset hvor i verden de sælges.

7. Davidoff's produkter er forsynet med batchkodenumre. Disse er angivet med henblik på at opfylde bestemmelserne i kosmetikdirektiv 76/768/EØF[6], som er gennemført i Det Forenede Kongerige ved Cosmetic Products (Safety) Regulations 1996, SI 2925/1996.

8. Sagsøgte i hovedsagen, A & G Imports Ltd (herefter »A & G«), købte partier af sagsøgerens produkter, som oprindeligt var markedsført i Singapore af Davidoff eller med dennes samtykke.

9. Sagsøgte indførte disse partier i Fællesskabet, i denne sag i Det Forenede Kongerige, hvor selskabet begyndte at sælge dem. De pågældende produkter adskiller sig alene fra andre produkter af mærket Davidoff derved, at en af forhandlerne i afsætningskæden har fjernet eller udvisket batchkodenumrene helt eller delvist, således som det er fremgået under hovedsagen.

10. I 1998 anlagde Davidoff sag mod A & G ved High Court of Justice (England & Wales), hvorunder Davidoff bl.a. gjorde gældende, at indførslen af varerne fra Singapore til England og salget af dem dér udgør en krænkelse af selskabets registrerede varemærker.

6 — Rådets direktiv af 27.7.1976 om indbydes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om kosmetiske midler (EFT L 262, s. 169).

11. A & G har gjort gældende, at som følge af den måde, hvorpå varerne er blevet markedsført i Singapore af Davidoff eller med dennes samtykke, er der givet tilladelse til — eller bør formodes at være givet tilladelse til — indførslen og salget. Til støtte for, at der foreligger et sådant samtykke, har A & G henvist til bestemmelserne i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, og artikel 5, stk. 1.

12. Davidoff bestrider, at selskabet har givet samtykke til den virksomhed, der udøves af sagsøgte i hovedsagen, eller at det kan behandles, som om det havde givet samtykke hertil, og gør endvidere gældende, at det havde skellig grund i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 2's forstand til at modsætte sig indførslen og salget af varerne. Grunden er fjernelsen eller udviskningen (helt eller delvist) af batchkodenumrene.

13. Den 18. maj 1999 afslog den forelæggende ret at pådømme tvisten mellem parterne i hovedsagen under en summarisk procedure, fordi den ikke fandt A & G's argumenter åbenbart ubegrundede. Retten var af den opfattelse, at sagen rejser nogle principielle spørgsmål, navnlig vedrørende rækkevidden og retsvirkningen af varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1 og 2, som det er nødvendigt at få besvaret med henblik på at afgøre sagen efter en fuldstændig retsforhandling.

14. High Court har følgelig forelagt De Europæiske Fællesskabers Domstol en anmodning om præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

1) Når der i direktivet tales om varer, som med en varemærkeindehavers samtykke markedsføres inden for Fællesskabet, skal dette samtykke da fortolkes således, at det både omfatter samtykke, som gives udtrykkeligt eller stiltiende, og samtykke, som gives direkte eller indirekte?

2) Hvis

i) en indehaver har givet sit samtykke eller sin tilladelse til, at varer bliver overgivet til tredjemand under omstændigheder, hvor denne tredjemands ret til at videreforhandle varerne er reguleret af den lovgivning, der finder anvendelse på kontrakten vedrørende tredjemands køb af varerne, og

ii) denne lovgivning giver sælger mulighed for at pålægge begrænsninger på købers videreforhandling og brug af varerne, men samtidig bestemmer, at hvis der ikke af indehaveren eller på dennes vegne

pålægges effektive begrænsninger på købers ret til at videreforhandle varerne, så opnår tredjemand ret til at forhandle varerne i ethvert land, også inden for Fællesskabet,

skal direktivet da fortolkes således, at indehaveren — hvis der ikke i henhold til nævnte lovgivning er pålagt begrænsninger, som effektivt begrænser tredjemands ret til at forhandle varerne — anses for at have erklæret sig indforstået med, at tredjemand derved har opnået ret til at forhandle varerne i Fællesskabet?

3) Hvis spørgsmål B) besvares bekræftende, tilkommer det da de nationale retter at afgøre, om tredjemand under de givne omstændigheder er blevet pålagt effektive begrænsninger?

4) Skal direktivets artikel 7, stk. 2, fortolkes således, at skellig grund, som berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, omfatter enhver handling foretaget af en tredjemand, som i væsentlig grad berører varemærket eller de varer, som bærer det, med hensyn til værdi, stil eller image?

5) Skal direktivets artikel 7, stk. 2, fortolkes således, at skellig grund, som berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, omfatter det forhold, at tredjemand (helt eller delvist) fjerner eller udvisker en eventuel mærkning af varen, hvis det ikke er sandsynligt, at dette vil forvolde varemærket eller de varer, som bærer det, nogen alvorlig eller væsentlig skade for så vidt angår mærkets eller varernes omdømme?

6) Skal direktivets artikel 7, stk. 2, fortolkes således, at skellig grund, som berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, omfatter det forhold, at tredjemand (helt eller delvist) fjerner eller udvisker batchkodenumre på varerne, hvis dette medfører, at de pågældende varer ikke er i overensstemmelse med

i) bestemmelserne i en medlemsstats straffelov (bestemmelser, som ikke omhandler varemærker) eller

ii) bestemmelserne i direktiv 76/768/EØF?

Sagerne C-415/99 og C-416/99

15. Levi Strauss & Co., som er et selskab hjemmehørende i staten Delaware, USA, er indehaver af varemærkerne »LEVI'S« og »501«, som i Det Forenede Kongerige bl.a. er registreret for jeans.

16. Levi Strauss (UK) Ltd, et selskab der er stiftet i henhold til lovgivningen i England og Wales, har af Levi Strauss & Co. fået licens på de registrerede varemærker med henblik på produktion, indførsel, salg og distribution af bl.a. Levi's 501 jeans. De omhandlede produkter sælges i Det Forenede Kongerige af selskabet, som også har meddelt licens til forskellige andre detailhandlere som led i et selektivt distributionssystem.

17. Tesco Stores Ltd og Tesco plc (herefter under et »Tesco«) er selskaber stiftet i henhold til lovgivningen i England og Wales, og det sidstnævnte er moderselskab for det førstnævnte. Tesco er et af de førende supermarkeder i Det Forenede Kongerige med forretninger i hele landet. Det af Tesco solgte varesortiment omfatter bl.a. beklædningsgenstande af forskellig art.

18. Selskabet Costco (UK) Ltd, nu Costco Wholesale UK Ltd (herefter »Costco«), der ligeledes er oprettet i henhold til lovgivningen i England og Wales, sælger en lang række mærkevarer i Det Forenede Kongerige, navnlig beklædning.

19. Levi Strauss & Co. og Levi Strauss (UK) Ltd (herefter under et »Levi«) har altid afvist at sælge Levi's 501 jeans til Tesco og Costco. Levi har også afslået at give dem tilladelse til at drive virksomhed som autoriserede forhandlere af de pågældende produkter.

20. Tesco og Costco erhvervede herefter ægte Levi's 501 jeans af bedste kvalitet fra forskellige andre leverandører, navnlig fra personer, som importerer sådanne jeans fra lande uden for EØS. Kontrakterne, i henhold til hvilke Tesco og Costco købte disse jeans, indeholdt ingen begrænsninger med hensyn til de markeder, hvor der måtte sælges. De af Tesco solgte jeans var fremstillet af Levi eller på vegne af Levi i USA, Mexico eller Canada og var først blevet solgt i disse lande. Costco's jeans var ligeledes blevet fremstillet i USA eller Mexico.

21. Tesco's og Costco's leverandører havde modtaget varerne direkte eller via mellemled fra autoriserede detailhandlere i USA, Mexico eller Canada og/eller fra grossister, som havde købt jeans af »opkøbere« — opkøbere benytter den fremgangsmåde, at de indfinder sig i en lang række forretnin-

ger og på én gang køber så mange beklædningsgenstande som muligt, som de derefter videresælger til grossister.

22. I 1998 anlagde Levi sag ved High Court of Justice (England & Wales) mod Tesco og Costco og gjorde gældende, at de sagsøgtes indførsel og salg af de pågældende Levi's jeans udgjorde en krænkelse af sagsøgerens varemærkerettigheder.

23. Tesco og Costco gjorde i det væsentlige gældende, at de havde erhvervet en ubegrænset ret til at disponere over disse jeans. Levi har heroverfor henvist til selskabets salgspolitik: I USA og Canada sælger Levi jeans til autoriserede detailhandlere, som er pålagt den forpligtelse kun at sælge jeans til de endelige forbrugere, idet leveringerne til detailhandlerne ellers vil blive standset. I Mexico sælges der bl.a. jeans til autoriserede grossister, med pålæg om at disse jeans ikke udføres af Mexico.

24. På denne baggrund har High Court anmodet Domstolen om en præjudiciel afgørelse af følgende spørgsmål:

1) Hvis varer, som er forsynet med et registreret varemærke, er blevet markedsført i et land uden for EØS af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, og disse varer er blevet indført og solgt i EØS af tredjemand, indebærer direktiv 89/104/EØF (herefter »direktivet«) da, at varemærkeindehaveren har ret til at forbyde en sådan indførsel eller et sådant salg, hvis han ikke udtrykkeligt har givet sit samtykke hertil, eller kan samtykket være stiltiende?

2) Hvis det første spørgsmål besvares med, at samtykke kan være stiltiende, foreligger der da stiltiende samtykke, når varerne er blevet solgt af indehaveren eller på hans vegne uden kontraktlige begrænsninger, som forbyder videresalg inden for EØS, og som er bindende for både den første og alle senere købere?

3) Hvis varer, som er forsynet med et registreret varemærke, er blevet markedsført i et land uden for EØS af varemærkeindehaveren,

A) i hvilket omfang er det da relevant eller afgørende for problemet om, hvorvidt der forelå samtykke i

direktivets forstand fra indehaveren til at markedsføre varerne inden for EØS,

a) at den person, som markedsfører varerne (og som ikke er autoriseret detailhandler), gør det med kendskab til, at han er den retmæssige ejer af varerne, og at det ikke på varerne er angivet, at de ikke må markedsføres i EØS, og/eller

b) at den person, som markedsfører varerne (og som ikke er autoriseret detailhandler), gør det med kendskab til, at varemærkeindehaveren modsætter sig, at de pågældende varer markedsføres inden for EØS, og/eller

c) at den person, som markedsfører varerne (og som ikke er autoriseret detailhandler), gør det med kendskab til, at varemærkeindehaveren modsætter sig, at de pågældende varer markedsføres af andre end autoriserede detailhandlere, og/eller

d) at varerne er blevet købt hos autoriserede detailhandlere i et land uden for EØS, som fra indehaveren har modtaget meddelelse om, at indehaveren modsætter sig, at de sælger varerne med videresalg for øje, men som ikke har pålagt deres købere kontraktlige begrænsninger for, hvordan varerne kan afhændes, og/eller

e) at varerne er blevet købt hos autoriserede grossister i et land uden for EØS, som fra indehaveren har modtaget meddelelse om, at varerne skulle sælges til detailhandlere i det pågældende land uden for EØS, og at de ikke måtte sælges til eksport, men som ikke har pålagt deres købere kontraktlige begrænsninger for, hvordan varerne kan afhændes, og/eller

f) at indehaveren ikke har givet alle senere købere af varerne (dvs. købere i leddet mellem den første person, der køber varerne af indehaveren, og den

person, som markedsfører dem i EØS) meddelelse om, at han modsætter sig salg af varerne med videresalg for øje, og/eller

g) at indehaveren enten har eller ikke har pålagt den første køber en retligt bindende kontraktlig begrænsning, som forbyder salg af varerne med videresalg for øje til nogen anden end den endelige forbruger?

B) afhænger besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt der forelå samtykke i direktivets forstand fra indehaveren til markedsføringen af varerne i EØS, af flere eller andre faktorer, og i givet fald hvilke?

II — De relevante retsregler

25. Varemærkedirektivets artikel 5 bestemmer, for så vidt det har interesse her, følgende:

»1. Det registrerede varemærke giver indehaveren en eneret. Indehaveren kan forbyde tredjemand, der ikke har hans samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af

a) et tegn, der er identisk med varemærket, for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret

[...]

3. Såfremt betingelserne i stk. 1 [...] er opfyldt, kan det bl.a. forbydes

a) at anbringe tegnet på varerne eller på deres emballage

b) at udbyde varerne til salg, at markedsføre dem eller oplagre dem med dette formål eller at tilbyde eller præstere tjenesteydelser under det pågældende tegn

c) at importere eller eksportere varerne under det pågældende tegn

[...]«

26. Varemærkedirktivets artikel 7, der har overskriften »Konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket«, bestemmer:

»1. De til varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette mærke.

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

Ved aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde [7] (artikel 65, stk. 2, sammenholdt med bilag XVII, punkt 4), har artikel 7, stk. 1, fået følgende indhold: »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 en kontraherende parts område under dette mærke.«

7 — EFT 1994 L 1, s. 3.

III — Stillingtagen

27. I betragtning af den ganske detaljerede formulering af de præjudicielle spørgsmål i hovedsagerne må det være rigtigt ikke at behandle dem i rækkefølge, men i en systematisk sammenhæng, for dermed bedre at kunne behandle den retlige kerne, som spørgsmålene har til fælles. Spørgsmålene A til C i sag C-414/99 og samtlige spørgsmål i sagerne C-415/99 og C-416/99 vedrører begrebet samtykke i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1. Selv om dette ikke uden videre kan ses af de præjudicielle spørgsmål, fremgår det dog af sammenhængen med den rejste problematik om konsumption. Spørgsmålene D til F i sag C-414/99 vedrører fortolkningen af artikel 7, stk. 2. Da deres relevans for afgørelsen imidlertid afhænger af besvarelsen af den første gruppe spørgsmål, skal jeg behandle disse først.

28. Parterne i hovedsagen og Forbundsrepublikken Tyskland, Den Franske Republik, Republikken Finland, Den Italienske Republik og Kongeriget Sverige samt EFTA-tilsynsmyndigheden og Kommissionen har indgivet til dels meget detaljerede skriftlige indlæg. Bortset fra Republikken Finland, Den Italienske Republik og Kongeriget Sverige deltog disse parter i den mundtlige forhandling. Parternes indlæg vil kun blive omtalt i det følgende, for så vidt

det findes nødvendigt med henblik på argumentationen.

29. A & G, Tesco og Costco (herefter under et: »parallelimportørerne«) har samstemmende gjort gældende, at samtykkebegrebet skal fortolkes i vid forstand, formentlig fordi de ønsker, at der kan fastslås konsumption af varemærketretten på mere lempelige betingelser på grundlag af omstændighederne i det enkelte tilfælde. Davidoff og Levi forsvarer i det væsentlige deres selektive salgspolitik med henvisning til Domstolens hidtidige retspraksis. De andre parter — som lægger til grund, at der gælder et princip om fællesskabskonsumption, idet de dog har forskellige opfattelser med hensyn til, om dette princip bør tages op til drøftelse af retspolitiske hensyn — har i første række beskæftiget sig med grænserne for samtykkebegrebet, uden at de dog har kunnet enes om et klart kriterium.

A — *Fortolkningen af varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1*

30. Spørgsmålet er, om samtykke i henhold til varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, skal betragtes som et nationalt eller fællesskabsretligt retsbegreb.

31. Jeg skal først behandle de grunde, der kunne anføres til støtte for en fortolkning på nationalt grundlag. Disse grunde kan sammenfattes i forskellige argumentationslinjer: principiel afvisning af Fællesskabets lovgivningskompetence, kollisionsretlige synspunkter, manglende fællesskabsretlig harmonisering af kontrakt- og formueretten. Jeg skal følgelig først behandle spørgsmålet om Fællesskabets lovgivningskompetence, før de kollisions- og materielretlige aspekter i denne argumentation kan undersøges.

1. Spørgsmålet, om varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, finder anvendelse ved afgørelsen af, om rettighederne i henhold til varemærket konsumeres ved indførsler fra tredjelande

32. Den italienske regering, som den franske regering støtter på dette punkt, understreger, at såfremt den første markedsføring af de pågældende varer er foretaget uden for EØS af varemærkeindehaverne eller med disses samtykke, kan der ikke indtræde konsumption af varemærketretten inden for EØS som følge af anvendelse af en fællesskabsbestemmelse. Hvorvidt der under de foreliggende omstændigheder må formodes at være givet samtykke til markedsføring inden for EØS, er et spørgsmål, der afhænger af, om der foreligger en dispositiv retshandel, og skal bedømmes efter national ret. I denne forbindelse hævder Tesco og Costco endvidere, at der gælder et territorialitetsprincip, i medfør af hvilket Fællesskabet skal overlade det til

medlemsstaterne at regulere handelsforbindelserne med tredjelande, idet varemærkedirektivets målsætning alene drejer sig om oprettelsen af det indre marked og dettes funktion.

33. Denne argumentation har Domstolen allerede behandlet i Silhouette-dommen [8]. Den kendte heri for ret, at direktivet ikke kan fortolkes således, at det giver medlemsstaterne mulighed for i deres nationale ret at foreskrive konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket, for varer, der er markedsført i tredjelande. Domstolen tillagde det herved væsentlig betydning, at selv om varemærkedirektivet blev vedtaget med hjemmel i EF-traktatens artikel 100 A (efter ændring nu artikel 95 EF), indeholder det dog udtømmende bestemmelser om visse spørgsmål, navnlig om konsumption af de til varemærket knyttede rettigheder.

34. Ifølge denne dom [9] må varemærkedirektivets artikel 5, 6 og 7 fortolkes således, at de indeholder en fuldstændig harmonisering af reglerne om de rettigheder, der er knyttet til varemærket. Varemærkedirektivet foreskriver følgelig fællesskabskonsumption (EØS-konsumption) af de rettigheder, der er knyttet til varemærket, uanset hvor de produkter, der er forsynet med varemærket, først er blevet markedsført.

35. I den samme dom bemærkede Domstolen endvidere, at selv om artikel 7 blev fortolket således, at den fastsætter en retsvirkning for det tilfælde, at de pågældende varer er blevet markedsført uden for EØS, er dens formål ikke at regulere Fællesskabets ydre handelsforbindelser, »men at fastlægge de rettigheder, der tilkommer indehavere af varemærker i Fællesskabet« [10]. Fællesskabslovgiver er således ikke afskåret fra at bestemme, at også begivenheder, der finder sted uden for Fællesskabet, henholdsvis EØS, kan have retsvirkninger inden for Fællesskabet, såfremt dette er nødvendigt for at nå direktivets mål, som er at fremme det indre markeds oprettelse og funktion ved en tilnærmelse af reglerne om beskyttelse af varemærker inden for Fællesskabet. Den omstændighed, at de pågældende varer først er markedsført uden for EØS, er følgelig ikke til hinder for at anvende varemærkedirektivet.

36. Uden at rejse tvivl om varemærkedirektivets relevans som helhed blev der rejst tvivl om, hvorvidt varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, kan finde anvendelse med henblik på bedømmelsen af spørgsmålet om konsumption af de til varemærket knyttede rettigheder i forbindelse med parallelimport fra tredjelande, med det argument, at en sag om krænkelse af varemærkerettigheder i første række skal afgøres efter varemærkedirektivets artikel 5 og den dér nævnte forudsætning om et »manglende samtykke«; artikel 7 er derimod til hinder for et samtykke fra varemærkeindehaveren, som inden for

8 — Nævnt i fodnote 3, præmis 20 ff.

9 — Nævnt i fodnote 3, præmis 25.

10 — Nævnt i fodnote 3, præmis 29.

EØS ikke ville omfatte hele området — men heller ikke gik ud over det.

37. Det forbliver imidlertid uklart, hvoraf det skulle følge, at det »manglende samtykke« efter artikel 5, stk. 1, ikke spejlvendt skal svare til »samtykke« efter artikel 7, stk. 1. Der er heller intet grundlag for at påvise en faktisk forskel i begreberne, da begge bestemmelser tilsammen indgår i en funktionel sammenhæng. Vedrørende varemærkedirektivets systematik anførte generaladvokat Jacobs imidlertid allerede i Silhouette-sagen, at »artikel 7, stk. 1, er en undtagelse fra de rettigheder, som varemærkeindehaveren har i henhold til artikel 5, stk. 1« [11]. Varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, udgør således en begrænsning af enerettighederne i henhold til artikel 5, stk. 1.

38. Det må herefter stå fast, at også i den situation, hvor de pågældende varer først er markedsført i tredjelande af denne varemærkeindehaver eller med hans samtykke, kan der ikke rejses begrundet tvivl om, at varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, finder anvendelse med henblik på afgørelsen af spørgsmålet om, hvorvidt varemærkeindehaverens rettigheder i EØS er konsumeret eller ikke. Retsspørgsmålets kerne er følgelig, hvorvidt det skal bedømmes efter national ret eller efter fællesskabsretten, om der foreligger et samtykke i konsumptionsteoriens forstand.

2. Samtykke som nationalt retsbegreb

39. Såfremt man vil definere samtykke i lyset af national ret, skal det først undersøges, efter hvilken national ret denne fortolkning skulle foretages. I forbindelse med en national fortolkning af samtykkebegrebet spiller det forudgående spørgsmål om anvendelsen af lovkonfliktreglerne imidlertid dermed en væsentlig rolle. Også vedrørende dette forudgående spørgsmål har parterne i sagen imidlertid vidt forskellige opfattelser.

a) Efter hvilket nationalt retssystem skal fortolkningen af samtykkebegrebet finde sted?

40. I sag C-414/99 er det åbenbart lagt til grund, at fortolkningen af samtykkebegrebet i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1's forstand skal foretages i henhold til den lovgivning, som finder anvendelse

11 — Forslag til afgørelse af 29.1.1998 i sag C-355/96 (dommen nævnt i fodnote 3), punkt 34.

på den første kontrakt[12] i rækken af afsætningsled. Efter denne opfattelse måtte samtykke til markedsføring efter artikel 7, stk. 1, svare til viljeserklæringen om indgåelsen af den første kontrakt. Ifølge forelæggelseskendelsen har kontraktens parter aftalt, at tysk ret finder anvendelse. På grundlag af en bevisregel i lex fori — engelsk ret — hvorefter der gælder en formodning for, at fremmed ret er identisk med engelsk ret, i det omfang parterne ikke gør gældende, at fremmed ret har et andet indhold, lægger den forelæggende ret imidlertid ikke den ved kontrakten aftalte — tyske — ret til grund for sine overvejelser, men derimod lex fori. Det kan følgelig udledes af det præjudicielle spørgsmål B i sag C-414/99, at undersøgelsen af samtykkespørgsmålet skal foretages på grundlag af den lovgivning, der finder anvendelse på den første kontrakt i rækken af afsætningsled, mens parallelimportørerne i sagerne C-415/99 og C-416/99 understreger, uden at være blevet modsagt på dette punkt, at de havde erhvervet ejendomsret til de varer, der var forsynet med varemærket, uden at deres ret til frit at råde over varerne er blevet underkastet nogen effektiv begrænsning.

41. Det er følgelig stadig uafklaret, på grundlag af hvilket retssystem samtykkebegrebet skal fortolkes, og om der i givet fald skal tages hensyn til flere retssystemer, alt efter hvor mange kontrakter der er i afsætningskæden. Et svar herpå forudsætter altså en — national eller fællesskabsretlig — kollisionsnorm. Påvisningen af en sådan kollisionsnorm forudsætter imidlertid atter, at den nationale bestemmelse om gennemførelse af varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, henføres under en kollisionsnorm, dvs. kvalificeres i den internationale privatrets forstand. Dette viser, at det ikke uden en nærmere begrundelse er muligt at definere samtykke i artikel 7, stk. 1's forstand i overensstemmelse med det nationale retssystem, der finder anvendelse på den første kontrakt i afsætningskæden.

42. Det fremgår allerede klart af ordlyden af artikel 7, stk. 1, at samtykke i varemærkedirektivets forstand ikke kan betragtes som det samme som viljeserklæringen om indgåelse af kontrakten. Ifølge bestemmelsen er det nemlig afgørende, om varerne »af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført [...] under dette mærke«. Men hvis varerne er blevet markedsført af varemærkeindehaveren selv, må der også foreligge en kontrakt og dermed en herpå rettet viljeserklæring fra varemærkeindehaveren, således at det også i dette tilfælde måtte lægges til grund, at der er begrebsmæssig identitet mellem viljeserklæringen, der vedrører kontraktindgåelsen, og den viljeserklæring, der medfører konsumptionen. Men hvis man følger denne opfattelse, ses det ikke, hvorfor artikel 7, stk. 1, sondrer mellem den markedsføring, der foretages af varemærkeindehaveren selv, og den, der foretages med

12 — I forbindelse med argumentationen anvendes det her benyttede begreb »kontrakt« som omfattende enhver retshandel, der overfører den umiddelbare beføjelse til at disponere over de produkter, der er forsynet med varemærket.

hans samtykke, når der jo i begge tilfælde angiveligt foreligger en viljeserklæring fra varemærkeindehaveren. En antagelse om, at der generelt er overensstemmelse mellem samtykket i varemærkedirektivets forstand og viljeserklæringen vedrørende kontraktindgåelsen, synes derfor ikke berettiget.

43. Efter denne opfattelse er det åbenbart muligheden for, at der rent begrebsmæssigt anvendes samme ordlyd i accepten af en kontrakt og samtykket til markedsføring i direktivets forstand, der anføres til støtte for, at den lovgivning, der finder anvendelse på kontrakten, er relevant, men ud over denne ordlyd i sig selv foretages der ingen undersøgelse af, hvilket indhold og hvilken funktion samtykket i henhold til artikel 7, stk. 1, har.

44. Såfremt samtykkebegrebet fortolkes nationalt, kommer man imidlertid heller ikke uden om det forudgående spørgsmål om kvalifikation, som er nødvendig for at bestemme kollisionsnormen. Også selv om denne kvalifikation skal ske i henhold til lex fori i det enkelte tilfælde [13], skal den ikke desto mindre også foretages under hensyn til varemærkedirektivet, eftersom varemærkebeskyttelsen på dette punkt er blevet fuldstændigt harmoniseret, og den nationale ret derfor skal fortolkes i lyset af direktivet [14]. Selv om det så også kun er i forbindelse med det forudgående spørgsmål om kvalifikation i kollisionsnormernes forstand, er det følgelig nødvendigt at foretage en indholdsmæssig analyse af samtykkebegrebet.

45. Som mellemresultat kan det konstateres, at det i hvert fald for besvarelsen af dette kvalifikationsspørgsmål i kollisionsnormernes forstand er nødvendigt at fortolke samtykkebegrebet selvstændigt.

46. Bortset herfra synes også andre synspunkter at tale imod parallelimportørernes opfattelse. Ud over begrundelsen for, at kontraktstatuttet er afgørende for det frie lovvalg, måtte det på grund af det efter omstændighederne store antal led i afsætningskæden nemlig også drøftes, om og i så fald under hvilke omstændigheder der kan antages at foreligge samtykke i disse efterfølgende led, henholdsvis i hvilke. Dette ville imidlertid medføre risiko for, at man i

13 — H. Batiffol og P. Lagarde: *Droit international privé*, bind 1, 8. oplag, 1994, nr. 293.

14 — Dette følger af fast retspraksis, jf. f.eks. dom af 25.2.1999, sag C-131/97, Carbonari m.fl., Sml. I, s. 1103, præmis 48: »Som det fremgår af Domstolens faste praksis, er den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsforskrifter — og navnlig bestemmelser i en lov, der, således som det er tilfældet i hovedsagen, særligt er blevet fastsat med henblik på at sikre gennemførelsen af et direktiv — i videst muligt omfang forpligtet til at fortolke den i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med EF-traktatens artikel 189, stk. 3 (jf. dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135, præmis 8, og af 16.12.1993, sag C-334/92, Wagner Miret, Sml. I, s. 6911, præmis 20).«

strid med målsætningen for varemærkedirektivet [15] »indfører« international konsumption derved, at en samtykkeformodning sandsynligvis i så fald altid ville være mulig.

47. Jeg bemærker på denne baggrund, at parallelimportørernes argumentation vedrørende det frie lovvalg og fællesskabsrettens territoriale karakter ikke er uden lighedspunkter med sagsøgtes anbringender i hovedsagen i Ingmar-sagen [16]. Med hensyn til det frie lovvalg henviser de sagsøgte i de foreliggende hovedsager således navnlig til konventionen af 19. juni 1980 om, hvilken lov der skal anvendes på kontraktlige forpligtelser [17].

48. Ingmar-sagen drejede sig nærmere bestemt om, hvorvidt Rådets direktiv 86/653/EØF af 18. december 1986 om samordning af medlemsstaternes lovgivning om selvstændige handelsagenter [18] fandt anvendelse på en agentaftale, der i kraft af en lovvalgsklausul er underlagt lovgivningen i et tredjeland i en situation, hvor den selvstændige handelsagent ganske vist udøver sin virksomhed i en medlemsstat, men agenturgiveren har hjemsted i det nævnte tredjeland. I sagen blev der ligeledes i det væsentlige henvist til princippet om det frie lovvalg og fællesskabsrettens territoriale karakter.

49. I dommen i sagen konkluderede Domstolen, at direktiv 86/653/EØF fandt anvendelse under de i sagen foreliggende omstændigheder. Den bemærkede herved først, at det frie lovvalg begrænses, såfremt der gælder ufravigelige regler [19]. Dernæst behandlede Domstolen spørgsmålet, om reglernes ufravigelige karakter afgøres efter fællesskabsretten eller national ret [20]. Under henvisning til på den ene side de interesser, direktivet skal beskytte, og på den anden side dets harmoniseringsformål fandt Domstolen endelig, at det nævnte direktiv fandt anvendelse på handelsagenter, der udøver virksomhed inden for Fællesskabet, uden hensyn til agenturgiverens hjemsted [21].

50. Denne vej til en besvarelse kan formentlig overføres tilsvarende på de foreliggende sager. Varemærkedirektivet gennemfører på den ene side en tilnærmelse af omfanget af varemærkebeskyttelsen, men tilgodeser på den anden side formål vedrørende det indre markeds funktion. I overensstemmelse med Ingmar-dommen kan det på grundlag heraf antages, at den på fællesskabsniveau harmoniserede varemærkebeskyttelse, hvorefter konsumption af de til varemærket knyttede rettigheder er begrænset til de tilfælde, hvor de varer, der er forsynet med varemærket, er blevet markedsført inden for Fællesskabet, henholdsvis EØS, under de angivne betingelser, finder anvendelse, uanset hvilken national lovgivning der finder anvendelse på kontrakten. Såfremt spørgsmålet om, hvorvidt betingelserne for, at der kan antages at

15 — Jf. herved den i fodnote 3 nævnte Silhouette-dom.
16 — Dom af 9.11.2000, sag C-381/98, Ingmar, Sml. I, s. 9305.
17 — EFT L 266, s. 1.
18 — EFT L 382, s. 17.
19 — Nævnt i fodnote 16, præmis 15 og 16.
20 — Nævnt i fodnote 16, præmis 17, 18 og 19.
21 — Nævnt i fodnote 16, præmis 24 og 25.

foreligge et samtykke i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1's forstand er opfyldt, skulle afgøres i henhold til den lovgivning, der finder anvendelse på kontrakten, ville rækkevidden af varemærkebeskyttelsen nemlig være afhængig af forskellige nationale retssystemer, hvad der ville være i strid med varemærkedirektivets harmoniseringsformål.

51. Som mellemresultat må det følgelig konstateres, at spørgsmålet om konsumption af varemærkeretten ifølge varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, skal afgøres uafhængigt af spørgsmålet om, hvilken national lovgivning der finder anvendelse på kontrakten.

52. På baggrund af det anførte skal jeg kun subsidiært behandle den materielretlige kerne i parallelimportørernes argumentation. Denne argumentation rejser kontrakt- og formueretlige spørgsmål.

b) Den nationale kontraktrets konsekvenser for samtykkebegrebet

53. Ud fra kontraktretlige synspunkter er det først og fremmest gjort gældende, at dette område dels ikke er harmoniseret på fællesskabsplan, dels at samtykke nødvendigvis må være et enhedsbegreb. Den tyske regering understreger således, at ingen af bestemmelserne i varemærkedirektivet indeholder regler om indgåelse af kontrakter eller om afgivelse af viljeserklæringer. Den svenske regering argumenterer på lignende måde. EFTA-tilsynsmyndigheden anfører yderligere, at en selvstændig[22] fortolkning af samtykkebegrebet kunne skade den ensartede anvendelse af begrebet i national ret.

54. I sig selv er disse bemærkninger ikke uden ethvert grundlag; i den foreliggende sammenhæng slår de imidlertid ikke til. De hviler nemlig udelukkende på den identiske ordlyd af »samtykke« i varemærkedirektivets forstand og »samtykke« i de nationale retssystemer[23]. En sådan fortolkning, der udelukkende retter sig efter ordlyden uden en forudgående målanalyse, kan imidlertid ikke føre til det rette resultat.

55. Som en principiel indvending skal det først bemærkes, at den tyske regering støtter sit indlæg på den forudsætning, at samtykke i artikel 7, stk. 1's forstand svarer til en viljes*erklæring* i henhold til den almindelige lære om retshandler i den tyske borgerlige ret. En sådan opfattelse fører nok til en for stærk afhængighed af særegenhederne ved det nationale retssystem: Man har ikke i alle retssystemer en almin-

22 — »Selvstændig« betyder her og i det følgende fællesskabsretlig, dvs. uden hensyn til den nationale definition af begrebet.

23 — Jf. ovenfor, punkt 43.

delig lære om retshandler; denne kunne også henregnes til obligationsretten. Bortset fra denne systematiske indvending skal der også gøres opmærksom på en indholdsmæssig vanskelighed: Fortolkningen af samtykkebegrebet som en retshandel i dette begrebs forstand i den enkelte nationale retsorden kan ikke tilgodese varemærkedirektivets harmoniseringsformål for så vidt som man må være opmærksom på, at der i visse retsordener ikke lægges vægt på den erklærede, men på den egentlige hensigt [24]. Det ville imidlertid være i strid med varemærkedirektivets harmoniseringsformål, såfremt varemærkebeskyttelsens omfang i henseende til betingelserne for konsumption af de til varemærket knyttede rettigheder i sidste ende skulle være afhængig af indbyrdes afvigende fortolkningsresultater i de nationale retsordener [25]. Endelig kan en fortolkning, der udelukkende bestemmes af samtykkets form, heller ikke forklare, hvorfor der i artikel 7, stk. 1, sondres mellem to former for markedsføring, hvor jo netop den markedsføring, der foretages af varemærkeindehaveren selv, så meget desto mere forudsætter et samtykke fra hans side [26].

56. Antagelsen om, at begrebet — muligvis — har et ensartet indhold på nationalt plan, baserer sig også for meget på en national begrebsdefinition, der efter omstændighederne ikke er ensartet, uden i tilstrækkeligt omfang at analysere begrebets egentlige indhold og funktion.

57. Kun en fortolkning, der tager hensyn til bestemmelsens indhold og formål, gør det derfor muligt at give et svar under behørig hensyntagen til det egentlige indhold og funktionen af samtykkebegrebet i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1.

c) Den nationale formuerets konsekvenser for samtykkebegrebet

58. Parallelimportørerne argumenterer endvidere ud fra formueretlige overvejelser og henviser til, at dette område ikke er genstand for den harmonisering på fællesskabsplan, der er gennemført ved varemærkedirektivet. De foreslår på den ene side en analogi med ejendomsforbeholdet og argumenterer endvidere, navnlig i sagerne C-415/99 og C-416/99, med en henvisning til omfanget af de i henhold til samtykket overdragne rettigheder.

59. Analogien med ejendomsforbeholdet går i det væsentlige ud på, at man inden for formueretten af hensyn til omsætnin-

24 — Jf. blot for Frankrig, B. Starck, H. Roland og L. Boyer: *Droit civil: — les obligations, vol. 2: Contrat*, 6. oplag, 1998, nr. 184 ff.

25 — Jf. ovenfor, punkt 50.

26 — Jf. ovenfor, punkt 42.

gens sikkerhed kun indskrænker overdragelsen af rettigheder, såfremt rettighedernes indehaver udtrykkeligt har forbeholdt sig disse rettigheder. Efter denne analogi skal samtykkebegrebet således fortolkes indskrænkende, således at konsumption kun ville være udelukket i det tilfælde, hvor varemærkeindehaveren forinden udtrykkeligt har taget forbehold om sine rettigheder i henhold til varemærket.

60. En sådan analogi er ikke overbevisende: Samtykket til markedsføring af de varer, der er forsynet med varemærket, vedrører ikke overførslen af varemærkeretten, men udøvelsen af den. Såfremt man fulgte denne analogi, ville retten til varemærket miste sin karakter af eneret: Udøvelsen af den ville nemlig være afhængig af, at der indgås aftale om et videre udstrakt forbehold. På denne baggrund fremtræder parallelimportørernes anbringende om, at der bør pålægges en pligt til at mærke de pågældende produkter, ganske vist som tankemæssigt logisk, men i lyset af de anførte bemærkninger går det på tværs af systemet. Selv om man imidlertid ville anerkende rigtigheden af den fremførte opfattelse, forekommer det i praksis næppe muligt at gennemføre et »varemærkeforbehold« i den forstand, at dette permanent fremtræder på en synlig måde, enten på grund af muligheden for ompakning — f.eks. af kosmetik — eller på grund af varernes beskaffenhed — som de her omhandlede jeans — således at denne opfattelse de facto i sidste ende formentlig næsten altid ville føre til den antagelse, at varemærkeindehaveren havde givet samtykke, og dermed til en tilbagevenden til international konsumption.

61. Parallelimportørernes argumentation tager i øvrigt heller ikke hensyn til, at det ikke ved kontrakt kan udelukkes, at der indtræder konsumption. Konsumption er en retsvirkning, som knytter sig til, at der — objektivt — er opfyldt nogle relevante betingelser, herunder det omtvistede »samtykke«.

62. Lige så lidt overbevisende er, hvad der er anført vedrørende beskyttelsen af den forhandler, der er sidste led i kæden. Denne erhverver ikke varemærkeretten i sig selv; spørgsmålet er alene, om han kan udnytte de varer, der er forsynet med varemærket. Spørgsmålet om en beskyttelse af god tro kan kun stilles på dette grundlag.

63. Endelig mener jeg ikke, at argumenterne vedrørende beskyttelse af ejendomsretten og ytringsfriheden reelt er bæredygtige. Ejendomsretten og retten til frit at ytre sin mening hører ganske vist som grundrettigheder til fællesskabsrettens almindelige principper. Da disse ifølge fast retspraksis også skal ses i sammenhæng med deres funktion i samfundet, kan det ikke udelukkes, at udøvelsen af dem kan underlægges begrænsninger, forudsat at sådanne begrænsninger er nødvendige for at tilgodese almene hensyn, som Fællesskabet forfølger, og forudsat at begrænsningerne ikke, når henses til deres formål, indebærer et uforholdsmæssigt og uantageligt indgreb over for det centrale indhold af den beskyt-

tede rettighed[27]. Der ses ikke at være holdepunkter for at antage, at der ved varemærkedirektivet, hvis formål er at tilgodese det indre markeds funktion, foreligger en krænkelse af proportionalitetsprincippet af den nævnte art.

d) Foreløbig konklusion

64. Det fremgår klart af det anførte i det hele, at forsøget på at fortolke begrebet samtykke som et nationalt retsbegreb ikke fører til nogen tilfredsstillende løsning. For det første er det stadigt uklart, hvilken national lovgivning der ville finde anvendelse. En besvarelse af dette spørgsmål forudsætter nemlig, at konsumption kvalificeres i relation til kollisionsnormerne på grundlag af lex fori under hensyntagen til varemærkedirektivets ordlyd og formål, hvorfor det i så henseende er nødvendigt at undersøge det relevante indhold af direktivet. Det må endvidere fastholdes, at den omstændighed, at kontrakt- og formueretten ikke er harmoniseret på fællesskabsplan, ikke er til hinder for en fællesskabsretlig fortolkning af samtykkebegrebet i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1.

27 — Jf. navnlig dom af 28.4.1998, sag C-200/96, Metronome Musik, Sml. I, s. 1953, præmis 21, om det beslægtede spørgsmål, om en eneret i henhold til Rådets direktiv 92/100/EØF af 19.11.1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret (EFT L 346, s. 61) var forenelig med retten til fri erhvervsudøvelse og ejendomsretten.

65. På denne baggrund skal betydningen af samtykke i artikel 7, stk. 1's forstand følgelig undersøges i lyset af fællesskabsretten.

3. Samtykke som fællesskabsretligt begreb

66. Selv om man ville anse det for rigtigt, hvad der anføres af fortalerne for en fortolkning af samtykkebegrebet på nationalt grundlag, bliver det, som allerede anført, ikke dermed muligt at belyse begrebets indhold tilstrækkelig klart. Spørgsmålet er herefter, hvorvidt en selvstændig fortolkning af samtykkebegrebet i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, kan bruges med henblik på denne belysning af indholdet.

a) Ordlyd

67. I forbindelse med undersøgelsen af en fortolkning, der knytter sig til ordlyden af det omtvistede begreb i direktivet, har jeg allerede anført, at samtykket ikke kan forstås som blot svarende til viljeserklæringen vedrørende indgåelse af kontrakten, da en sådan fortolkning ikke tager tilstrækkeligt hensyn til sondringen i artikel 7, stk. 1, mellem markedsføring, der foretages af

varemærkeindehaveren, og markedsføring med hans samtykke [28]. Der kan endvidere ikke sluttes noget fra den blotte identiske ordlyd af det omtvistede samtykkebegreb og et nationalt samtykkebegreb. Det er følgelig nødvendigt at undersøge den omhandlede bestemmelses oprindelse, opbygning samt indhold og formål.

b) Oprindelsen til konsumptionsprincippets samtykkebetingelse

68. På varemærkerettens område går konsumptionsprincippet i henhold til varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, tilbage til Domstolens retspraksis om foreneligheden af udøvelsen af immaterielle rettigheder — dermed også af varemærkerettigheder — med de frie varebevægelser. Ifølge Domstolens dom i Deutsche Grammophon-sagen »ville [det] [...] være i strid med reglerne om de frie varebevægelser inden for fællesmarkedet, såfremt en producent af lydbærere, der ifølge en medlemsstats lovgivning har eneret til at bringe de beskyttede genstande i omsætning, udnyttede denne eneret til at nedlægge forbud mod salg i nævnte stat af produkter, *som var blevet afsat i en anden medlemsstat af ham selv eller med hans samtykke,* alene med den begrundelse, at varerne ikke var blevet bragt i omsætning på den førstnævnte medlemsstats område« [29] (min fremhævelse).

69. I senere domme har Domstolen ikke længere lagt vægt på afsætningen, men på markedsføringen af produkterne: Således kendte Domstolen i dommen i sagen Centrafarm m.fl. mod Winthrop for ret, at »varemærkeindehaverens udøvelse af den ret, som en medlemsstats lovgivning tillægger ham med hensyn til at forbyde markedsføringen i denne stat af et produkt, *der er bragt i omsætning* i en anden medlemsstat under dette mærke af indehaveren selv eller med hans samtykke« [30] er uforenelig med EF-traktaten (min fremhævelse). Herved støttede Domstolen sig i væsentligt omfang på den betragtning, at varemærkeindehaveren ellers ville have mulighed for »at opdele de nationale markeder og således foretage en restriktion af handelen mellem medlemsstaterne, uden at en sådan restriktion var nødvendig for at sikre ham det væsentlige i de enerettigheder, som flyder af mærket« [31].

70. På varemærkerettens område udvidede denne retspraksis således konsumptionsgrænsen derved, at samtykket til markedsføringen ikke længere kun kunne vedrøre en enkelt medlemsstats område, men Fællesskabets samlede område.

28 — Jf. ovenfor, punkt 42.

29 — Dom af 8.6.1971, sag 78/70, Deutsche Grammophon, Sml. 1971, s. 125, præmis 13, org. ref.: Rec. s. 487.

30 — Dom af 31.10.1974, sag 16/74, Sml. s. 1183, punkt 1 i domskonklusionen.

31 — Nævnt i fodnote 30, præmis 9-11.

71. Anvendelsen af samtykkebegrebet i retspraksis var imidlertid i begyndelsen uensartet: Generaladvokat Roemer talte i forslaget til afgørelse i Deutsche Grammophon-sagen [32] om varer, »som beskyttelsesrettens indehaver *eller en af ham afhængig virksomhed* har bragt i omsætning i en anden medlemsstat« (min fremhævelse). I stedet for dette kriterium vedrørende afhængighed, som lå i det præjudicielle spørgsmål, anvendte Domstolen imidlertid samtykkekriteriet i dommen.

72. Dommen i Keurkoop-sagen [33] formulerer en mellemløsning. Således tillægges det i dommen betydning, om den pågældende vare »lovligt er bragt på markedet i en anden medlemsstat af [indehaveren af en industriel ejendomsret] selv, med hans samtykke *eller* af en person, der står i et retligt eller økonomisk afhængighedsforhold til denne indehaver« [34] (min fremhævelse).

73. Det fremgår allerede klart af disse formuleringer, at samtykkebegrebet i forbindelse med det af Domstolen opstillede konsumptionsprincip ikke knytter sig til varemærkeindehaverens viljeserklæring om overdragelse, men derimod vedrører spørgsmålet om, hvem salget — henholdsvis markedsføringen — af produkterne, der er forsynet med varemærket, kan henføres til [35]. Det handler ikke om, at samtykket til overdragelse af beføjelsen til at råde over de produkter, der er forsynet med varemærket, skal anvendes med henblik på at afgøre, om det er muligt at støtte ret på varemærket, men derimod om at fastslå, hvorvidt markedsføringen af de pågældende produkter i EØS kan henføres til varemærkeindehaveren. I overensstemmelse hermed betyder sondringen mellem markedsføring, der foretages af varemærkeindehaveren selv, eller med hans samtykke, at markedsføringen af de pågældende produkter er foretaget af varemærkeindehaveren selv, eller at den kan henføres til ham i relation til konsumption, der indtræder som retsvirkning. Med henblik på den fællesskabsretlige fortolkning af samtykkebegrebet må henføringskriterierne følgelig findes.

74. I denne forbindelse kunne man i tilslutning til den nationale retspraksis, som generaladvokat Roemer refererede i Deutsche Grammophon-sagen [36], og til det af generaladvokat Trabucchi anførte i forslag til afgørelse i de to Centrafarm-sager [37] imidlertid også forstå samtykke som en henvisning til, at markedsføringen er retmæssig. Efter denne opfattelse kan varemærkeindehaveren i forbindelse med den første markedsføring af de pågældende varer i Fællesskabet, henholdsvis i EØS,

32 — Forslag til afgørelse af 28.4.1971 i forbindelse med den i fodnote 29 citerede dom, punkt 1 i forslagets konklusion.

33 — Dom af 14.9.1982, sag 144/81, Sml. s. 2853.

34 — Nævnt i fodnote 33, præmis 25.

35 — Jf. også tilsvarende dom af 22.6.1994, sag C-9/93, Ideal-Standard, Sml. I, s. 2789, præmis 43: »Det samtykke, som ligger i enhver overdragelse, er ikke det, der kræves, for at konsumptionsprincippet finder anvendelse.«

36 — Nævnt i fodnote 29, Sml. 1971, på s. 137, org. ref.: Rec., på s. 508.

37 — Forslag til afgørelse af 18.9.1974, domme af 31.10.1974 i sagerne 15/74 og 16/74, Centrafarm m.fl. mod Sterling Drug og Centrafarm m.fl. mod Winthrop, Sml. s. 1147 og s. 1183, nævnt i fodnote 30.

kun påberåbe sig sin varemærkeret, såfremt hans tidligere adfærd under hensyn til alle sagens konkrete omstændigheder ikke kan forstås således, at han bevirkede, at produkterne, der er forsynet med varemærket, blev bragt på markedet af tredjemænd, eller i det mindste har affundet sig med denne mulighed.

75. Det er på dette sted ikke nødvendigt at angive, ved hjælp af hvilke henføringskriterier det nærmere indhold af samtykkebegrebet skal fastlægges: Dette spørgsmål skal besvares under hensyn til fællesskabsbestemmelsens indhold og formål. Her skal det i første omgang blot fastslås, at begrebet samtykke har et objektivt indhold, som nærmere skal fastlægges i det følgende.

76. Det kan endvidere konstateres, at varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, afspejler Domstolens praksis vedrørende forholdet mellem udøvelsen af immaterielle rettigheder og de frie varebevægelser. Domstolen har herom fastslået, at artikel 7, stk. 1, er affattet med en ordlyd, »der svarer til den, Domstolen har benyttet i de domme, hvori den, i forbindelse med fortolkningen af traktatens artikel 30 og 36, har anerkendt princippet om konsumption af varemærkeretten i fællesskabsretten« [38]. Herved er retspraksis på området blevet kodificeret, idet bestemmelsens anvendelsesområde rækker ud over samhandelen inden for Fællesskabet.

77. I overensstemmelse hermed fastslog Domstolen i Sebago-dommen, at »fællesskabslovgiver ved vedtagelsen af direktivets artikel 7, der begrænser konsumption af den ret, mærket giver, til situationer, hvor de varer, der er forsynet med mærket, er blevet markedsført inden for Fællesskabet (EØS efter ikrafttrædelsen af EØS-aftalen), har betonet, at en markedsføring uden for dette område ikke udtømmer indehaverens ret til at modsætte sig indførsel af disse varer, der sker uden hans samtykke, og til dermed at kontrollere den første markedsføring inden for Fællesskabet (EØS efter ikrafttrædelsen af EØS-aftalen) af de varer, der er forsynet med mærket« [39].

78. Denne konstatering er vigtig, fordi den udtrykker en sondring mellem faktiske omstændigheder, der ligger inden for Fællesskabet (samt EØS-området), og faktiske omstændigheder, der ligger uden for Fællesskabet. En sådan sondring forekommer afgørende vigtig i de foreliggende sager, fordi den i væsentlig grad bestemmer rækkevidden af de vurderingsresultater, som retspraksis er nået til. I sager vedrørende forhold inden for Fællesskabet kan man overføre principperne fra den relevante retspraksis vedrørende EF-traktatens artikel 30 og 36, medens sagsforhold vedrørende handelen med tredjelande kun

38 — Dom af 11.7.1996, forenede sager C-427/93, C-429/93 og C-436/93, Bristol-Myers Squibb m.fl., Sml. I, s. 3457, præmis 31.

39 — Nævnt i fodnote 4, præmis 21.

henhører under anvendelsesområdet for varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, fordi denne bestemmelse fuldstændigt har harmoniseret varemærkebeskyttelsens omfang i medlemsstaterne med henblik på konsumptionsprincippet. Af samme grund er parallelimportørernes anbringende om, at varemærkedirektivet skal fortolkes i lyset af de relevante bestemmelser i den primære ret, ikke uden problemer. De henviser til Domstolens retspraksis, hvorefter artikel 28 EF, 29 EF og 30 EF ikke indeholder nogen sondring efter varernes oprindelse [40], og gør gældende, at fællesskabskonsumption [41] fører til en sondring, der følgelig er uberettiget. Efter denne opfattelse tages der imidlertid ikke hensyn til, at den fællesskabsretlige harmonisering af varemærkebeskyttelsen i henhold til artikel 7, stk. 1, har retsvirkninger, der ikke er begrænset til samhandelen inden for Fællesskabet; de frie varebevægelser inden for Fællesskabet berøres ikke af en anvendelse af princippet om fællesskabskonsumption på varer, som først er markedsført uden for EØS.

79. Det fremgår allerede tydeligt af det anførte som helhed, at et samtykke fra varemærkeindehaveren til markedsføring i EØS af de varer, der er forsynet med mærket, er betinget af, at han havde, henholdsvis kunne have haft en mulighed for at udøve sin eneret i EØS. Dette bekræftes også af, at princippet om international konsumption blev opgivet under udarbejdelsen af direktivet [42]. Dette resultat skal nu undersøges nærmere under hensyn til konsumptionsprincippets indhold og formål.

c) Formålsbestemt fortolkning

80. I de nationale retssystemer hviler konsumptionsprincippet på en interesseafvejning i konflikten mellem varemærkeretten som eneret og omsætningshensynene, navnlig i den situation hvor de pågældende varer sælges videre af en række forhandlere. Ved parallelimport af originale varer er det nemlig ikke så meget et spørgsmål om vildledning med hensyn til disse varers oprindelse, henholdsvis ægthed, men derimod snarere især et spørgsmål om uberettiget udnyttelse af det omdømme, der er forbundet med varemærket. Som resultat af interesseafvejningen begrænses varemærkeindehaverens ret til at gribe ind således, at han ikke kan modsætte sig videre forhandling af de pågældende varer, såfremt han ved den første markedsføring kunne varetage sine rettigheder i henhold til varemærket i tilstrækkeligt omfang [43]. Formålet med princippet om konsumption

40 — Især under henvisning til dom af 7.11.1989, sag 125/88, Nijman, Sml. s. 3533, præmis 11.

41 — I forbindelse med den her gengivne argumentation forstås ved fællesskabskonsumption konsumption i Fællesskabet og i EØS.

42 — Jf. hertil generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i Silhouette-sagen, nævnt i fodnote 3, punkt 32.

43 — Ingerl/Rohnke, *Markengesetz*, 1998, § 24, nr. 5, vedrørende formålet med bestemmelserne i den tyske kodificering af konsumptionsprincippet.

er følgelig at forhindre, at varemærkeindehaverens kontrolbeføjelser gør urimeligt indgreb i handelen[44].

81. Den fællesskabsretlige udformning af konsumptionsprincippet, således som den er kommet til udtryk i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, hviler ligeledes på en interesseafvejning mellem beskyttelsen af de immaterielle rettigheder og hensynet til varernes frie bevægelighed. I overensstemmelse med den grundtanke om det indre marked, der fremgår af traktaten, er formålet med fællesskabskonsumptionen at forhindre, at samhandelen mellem medlemsstaterne begrænses som følge af, at varemærkerettigheder gøres gældende.

82. Domstolens retspraksis på området[45] vedrørte lovligheden af parallelimport fra andre medlemsstater i lyset af EF-traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF) og 36 (efter ændring nu artikel 30 EF). Ved sin vurdering tillagde Domstolen det væsentlig betydning, at EF-traktatens artikel 36 kun tillader afvigelser fra princippet om frie varebevægelser inden for det fælles marked i det omfang, »de er begrundet i hensynet til beskyttelsen af de rettigheder, der udgør denne ejendomsrets særlige genstand. Inden for varemærkeområdet er den kommercielle ejendomsrets specifikke indhold særligt at sikre indehaveren eneret til at udnyttet mærket med henblik på den første afsætning af et produkt og således beskytte ham mod de konkurrenter, som måtte ønske at misbruge mærkets stilling og omdømme ved at sælge produkter, der ulovligt er forsynet med dette mærke«[46]. Som resultat af vurderingen fastslog Domstolen derefter, at eneretten ikke kan påberåbes for at beskytte de rettigheder, der udgør varemærkerettighedernes særlige genstand, i det tilfælde, hvor uafhængige tredjemænd foretager parallelimport inden for Fællesskabet, såfremt de pågældende varer lovligt er blevet afsat på markedet i den medlemsstat, hvorfra importen sker, »af indehaveren selv eller med hans samtykke«[47], da der for så vidt ikke kan opstå spørgsmål om misbrug eller krænkelse af de til varemærket knyttede rettigheder.

83. I tilfælde af parallelimport fra tredjelande må det imidlertid undersøges, om disse overvejelser umiddelbart kan overføres på fortolkningen af varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, for så vidt som parallelimport fra tredjelande ikke berører varernes frie bevægelighed[48]. Det er allerede nævnt i det foregående[49], at varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1 — og dermed princippet om fællesskabskonsumption — skal finde anvendelse ved bedømmelsen, fordi den fuldstændige tilnærmelse af medlemsstaternes retsordener på fællesskabsplan, der er foretaget på dette punkt, har virkninger på handelsforbindel-

44 — Således allerede generaladvokat Jacobs i punkt 60 i forslag til afgørelse i de forenede sager C-427/93, C-429/93 og C-436/93, dommen nævnt i fodnote 38.

45 — Deutsche Grammophon-dommen, nævnt i fodnote 29, dommene i sagerne Centrafarm mod Sterling Drug og Centrafarm mod Winthrop, nævnt i fodnote 37, samt Keurkoop-dommen, nævnt i fodnote 33.

46 — Jf. alene dommen i sagen Centrafarm mod Winthrop, nævnt i fodnote 30, præmis 7 f.

47 — Nævnt i fodnote 30, præmis 9-11.

48 — Generaladvokat Jacobs udtrykker tvivl i så henseende i forslaget til afgørelse i Silhouette-sagen, dommen nævnt i fodnote 3, punkt 49 f., under henvisning til dom af 15.6.1976, sag 51/75, EMI Records, Sml. s. 811.

49 — Jf. ovenfor, punkt 33 ff.

serne med tredjelande. For så vidt som det imidlertid gøres gældende, at varemærkedirektivets artikel 7 også med hensyn til parallelimport fra tredjelande skal fortolkes ligesom artikel 30 EF, fordi »direktivets artikel 7, ligesom traktatens artikel 36 [har] til formål at forene de grundlæggende hensyn til beskyttelsen af varemærkerettigheder med de grundlæggende hensyn til de frie varebevægelser inden for det fælles marked« [50], er dette argument forkert, da artikel 7 i forbindelse med parallelimport fra tredjestater ikke kan have det formål at forene beskyttelsen af varemærkerettigheder med hensynet til de frie varebevægelser inden for det fælles marked, som i den forbindelse ikke er berørt.

84. En udifferentieret anvendelse af varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, dels på handelen inden for Fællesskabet, dels på importen fra tredjelande ville ikke tage hensyn til forskellene mellem de situationer, der er det respektive udgangspunkt: Ved parallelimport inden for Fællesskabet er der sammenfald mellem overdragelsen af beføjelsen til at disponere over de produkter, der er forsynet med varemærket, og markedsføringen af disse produkter inden for EØS, hvorimod de er forskellige i tilfælde af parallelimport fra tredjelande til Fællesskabet. Heraf følger nødvendigvis, at mulighederne for at styre salget er forskellige, hvilket der må tages behørigt hensyn til i forbindelse med en interesseafvejning mellem hensynet til beskyttelsen af varemærker og omsætningshensynet.

85. Det følger heraf, at selv om Domstolens retspraksis om foreneligheden af udøvelsen af immaterielle rettigheder med de grundlæggende friheder ikke umiddelbart kan overføres på de foreliggende sager, skal de vurderinger, der ligger til grund for disse sager, alligevel tages i betragtning. På dette sted skal det dog understreges, at det ikke er udgangspunktet for vurderingen — varemærkerettens særlige genstand — men derimod de interesser, der er afvejet indbyrdes, som afhænger af stedet for den første markedsføring.

86. Vedrørende den særlige genstand for de til varemærket knyttede rettigheder anførte generaladvokat Jacobs i sit forslag til afgørelse i de forenede sager Bristol-Myers Squibb [51] følgende:

»Alle udviklede retssystemer tilkender de erhvervsdrivende retten til at bruge visse tegn og symboler med adskillelsesvirkning

50 — Dom af 12.10.1999, sag C-379/97, Pharmacia og Upjohn mod Paranova, Sml. I, s. 6927, præmis 30, med henvisning til dommen i de forenede sager Bristol-Myers Squibb m.fl., nævnt i fodnote 38, præmis 40.

51 — Nævnt i fodnote 38, punkt 72.

for deres varer. Dette gør de a) for at sætte de erhvervsdrivende i stand til at beskytte deres varers omdømme og forhindre, at deres goodwill stjæles af skruppelløse konkurrenter, som ellers kunne blive fristet til at udgive deres egne varer for at være varer, der stammer fra en anden erhvervsdrivende med et fastslået omdømme, og b) for at sætte forbrugerne i stand til at foretage velinformerede valg, når de køber, på grundlag af den formodning, at varer, der sælges under samme navn, stammer fra den samme kilde og under normale omstændigheder vil være af ensartet kvalitet. Således har reglerne om varemærker ikke alene til formål at beskytte varemærkeindehaverens interesser, men også forbrugerens. For så vidt som varemærket beskytter dets indehavers interesser ved at sætte ham i stand til at forhindre konkurrenter i en illoyal udnyttelse af hans erhvervsmæssige omdømme, siges de enerettigheder, der tillægges indehaveren, i den sprogbrug, der anvendes i Domstolens retspraksis, at udgøre varemærkets særlige genstand. I det omfang varemærket beskytter forbrugernes interesser, idet det virker som en garanti for, at alle varer, der er forsynet med mærket, er af samme erhvervsmæssige oprindelse, betegnes dette i Domstolens terminologi som varemærkets hovedfunktion. Disse to dele af varemærkebeskyttelsen er naturligvis to sider af samme sag.«

87. Ifølge den citerede retspraksis[52] om handelen inden for Fællesskabet er det således kun muligt at støtte ret på varemærket i henhold til artikel 30 EF, såfremt varemærkeindehaveren herved søger at beskytte de enerettigheder, der følger af varemærket. Disse enerettigheder omfatter retten til »frit at fastsætte vilkårene for markedsføringen af sit produkt«[53]. Et samtykke i henhold til varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, vedrører følgelig denne eneret til den mest vidtgående kontrol af salget: Det kan kun tillades, at der støttes ret på varemærket for at hindre parallelimport, såfremt varemærkeindehaveren endnu ikke har gjort brug af sin eneret til at kontrollere afsætningen inden for EØS eller ikke har kunnet gøre brug af den. Efter det synspunkt, der ligger til grund for varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, ville varemærkeindehaverens rettigheder derimod være konsumeret i tilfælde af parallelimport fra tredjelande, såfremt han kunne eller havde kunnet kontrollere markedsføringen af de pågældende produkter i EØS.

Såfremt mærkevarer parallelimporteres, uden at disse varer er blevet ændret, opstår der ikke noget spørgsmål om varernes oprindelse — i de foreliggende sager drejede tvisten sig heller ikke om de pågældende produkters ægthed — men derimod om den adgang, som varemærkeindehaveren har til at udøve sin eneret i EØS.

88. Det er derfor nødvendigt at undersøge kriteriet vedrørende afsætningskontrol nærmere. I dom af 22. juni 1994 i Ideal-

52 — Deutsche Grammophon-dommen, nævnt i fodnote 29, dommene i sagerne Centrafarm mod Sterling Drug og Centrafarm mod Winthrop, nævnt i fodnote 37, samt Keurkoop-dommen, nævnt i fodnote 33.

53 — Dom af 9.7.1985, sag 19/84, Pharmon mod Hoechst, Sml. s. 2281, præmis 25.

Standard-sagen anførte Domstolen følgende vedrørende samhandelen inden for Fællesskabet:

»Dette såkaldte konsumptionsprincip gælder, såfremt mærkeindehaveren i importlandet og mærkeindehaveren i eksportlandet er den samme, eller hvis de — selv om der er tale om forskellige personer — står i økonomisk forbindelse med hinanden. Herunder falder en række situationer: Produkterne kan være bragt i omsætning af samme virksomhed, en licenshaver, et moderselskab, et datterselskab under samme koncern eller en eneretsindehaver.« [54]

89. Konsumptionsprincippet skal — som begrænsning af rettighederne i henhold til varemærket — således fortolkes snævert, og der skal antages at foreligge et samtykke af relevans for konsumption af varemærkerettighederne i samhandelen inden for Fællesskabet, såfremt varemærkeindehaveren og forhandleren af produkterne [55], der er forsynet med varemærket, står i økonomisk forbindelse med hinanden. Dette kriterium forekommer dog at være meget generelt og kunne muligvis endog forstås således, at de omfatter forholdet mellem varemærkeindehaveren og erhververen af produkterne, der er forsynet med varemærket. I relation til parallelimport fra tredjelande synes det derfor heller ikke særligt anvendeligt, da afsætningen i EØS i disse tilfælde typisk først foretages af en uafhængig tredjemand på et sent tidspunkt i afsætningskæden. Kriteriet er imidlertid ikke egnet, såfremt man alene med henvisning til parallelimportørens — mulige — uafhængige stilling principielt ville afvise muligheden for en konsumption af varemærketretten.

90. I Sebago-dommen [56] lægger Domstolen derimod afgørende vægt på, at varemærkeindehaveren har mulighed for »at kontrollere den første markedsføring inden for Fællesskabet (EØS efter ikrafttrædelsen af EØS-aftalen) af de varer, der er forsynet med mærket«. Kommissionen har i den forbindelse anført, at dette ikke omfatter et moder- eller datterselskabs salg, og at det, for så vidt det angår en licenstagers salg, kan misforstås, da varemærkeindehaveren ikke umiddelbart kontrollerer licenstagerens salg.

91. I overensstemmelse med samtykkebegrebets indhold og formål som beskrevet ovenfor må det antages, at såvel kriteriet vedrørende den økonomiske forbindelse som kriteriet vedrørende kontrollen til syvende og sidst vedrører et og samme kriterium alene, nemlig kontrollen med den første markedsføring i EØS. Når henses til den kontrol, der blev anset for relevant i Sebago-dommen, er der ikke tale om en

54 — Nævnt i fodnote 35, præmis 34.

55 — En uafhængig parallelimportor er ikke indehaver af det pågældende varemærke, således at reglen i Ideal-Standard-dommen allerede af den grund kun synes at kunne overføres i begrænset omfang.

56 — Nævnt i fodnote 4, præmis 21.

umiddelbar kontrol, men derimod om muligheden for at fastlægge, håndhæve samt føre tilsyn med afsætningskæden. Således forstået omfatter kontrolkriteriet meget vel salg inden for koncernen selv og salg via licenstagere.

92. På dette sted skal det under henvisning til dommen i sagen Merck og Beecham [57] bemærkes, at det afgørende ikke er den faktiske udøvelse af retten, men derimod kun den blotte mulighed for at udøve den, eftersom varemærkeindehaveren ellers også efter den første markedsføring af produkterne i EØS kunne påberåbe sig sine rettigheder, f.eks. hvis produkterne indføres via en medlemsstat, hvor der ikke er nogen varemærkebeskyttelse.

93. Et samtykke til markedsføringen af produkterne kan således ikke antages at foreligge, såfremt varemærkeindehaveren ikke havde nogen mulighed for at kontrollere den første markedsføring i EØS af produkterne, der er forsynet med varemærket [58].

94. Spørgsmålet, om de i Ideal-Standard-dommen nævnte situationer skal anses for at være udtømmende, således at der i andre situationer ikke kan være nogen formodning for konsumption, skal jeg ikke gå nærmere ind på på dette sted i betragtning af det store antal forskellige situationer, således som Kommissionen med rette har understreget.

95. Når henses til forskellene i udgangspositionerne synes det for så vidt problematisk at overføre princippet fra Ideal-Standard-dommen på sager vedrørende parallelimport fra tredjelande, da den første faktiske markedsføring af de pågældende produkter netop her [59] ikke falder sammen med den første markedsføring i EØS. I disse tilfælde har parallelimportøren nemlig normalt ingen forbindelse med varemærkeindehaveren. Men det følger ikke nødvendigvis heraf, at en konsumption af varemærkeretten altid må være udelukket ved parallelimport fra tredjelande, nemlig hvis varemærkeindehaveren i disse tilfælde endnu ikke havde eller kunne have nogen mulighed for at påberåbe sig sin eneret i EØS. Det er i langt bedre overensstemmelse med konsumptionsprincippets indhold og formål at foretage en afvejning mellem omsætningshensynet og hensynet til beskyttelsen af varemærker og herved undersøge, om varemærkeindehaverens adfærd under hensyn til samtlige omstændigheder i det enkelte tilfælde ikke kunne give efterfølgende erhververe en forstærket tillid til, at han havde givet afkald på at udøve sin varemærkeret ved den første markedsføring af produkterne i EØS.

57 — Dom af 5.12.1996, forenede sager C-267/95 og C-268/95, Sml. I., s. 6285.

58 — I henhold til dommen i sagen Pharmon mod Hoechst, nævnt i fodnote 53, finder konsumptionsprincippet derfor ingen anvendelse i forbindelse med tvangslicenser.

59 — Jf. ovenfor, punkt 84.

96. Herved må der imidlertid tages hensyn til det grundlæggende retspolitiske valg, der er truffet i varemærkedirektivets artikel 5 og 7, hvorefter varemærkeindehaveren i tilfælde af parallelimport fra tredjelande principielt skal kunne gøre sin varemærkeret gældende ved den første markedsføring i EØS, og vel at mærke uden at det har betydning, om de pågældende produkter er blevet markedsført i tredjelande af ham eller med hans samtykke, såfremt han ikke herved kontrollerede eller kunne kontrollere det første salg i EØS.

97. Ligeledes skal der tages hensyn til den interesseafvejning, der ligger til grund for konsumptionsprincippet, hvorefter udøvelsen af varemærkeretten på grund af hensynet til omsætningen ikke må gå videre, end hvad der er nødvendigt for at beskytte de rettigheder, der udgør varemærkerettens særlige genstand.

98. Såfremt varemærkeindehaveren mister beføjelsen til at råde over de pågældende produkter, før disse markedsføres første gang i EØS, som det er tilfældet ved parallelimport fra tredjelande, vil han muligvis gøre forsøg på at styre salget af sine produkter allerede på det tidspunkt, hvor de faktisk markedsføres første gang, f.eks. ved at aftale forbud mod salg, territoriale begrænsninger for erhververens rådighedsret, eksportforbud, osv. Alt efter udformningen af disse foranstaltninger vedrørende varemærkeindehaverens salgspolitik kan de imidlertid fremkalde en beskyttelsesværdig god tro hos andre kontraktparter. En sådan god tro, når rettigheder overdrages, bør indgå i den nødvendige afvejning mellem hensynet til beskyttelsen af varemærketretten, således at det i sådanne tilfælde på den ene side principielt skal være muligt at støtte ret på varemærket i overensstemmelse med reglen om fællesskabskonsumption, men varemærkeindehaveren på den anden side ikke dermed må handle i modstrid med sin egen adfærd i forbindelse med den første faktiske markedsføring af produkterne.

99. Ved parallelimport fra tredjelande er indholdet af varemærkeindehaverens samtykke til markedsføring af de pågældende produkter i EØS således, at han giver afkald på sin eneret til at kontrollere salget inden for EØS. Det er den nationale ret, der under hensyntagen til de nævnte punkter i fællesskabsretten skal undersøge, om varemærkeindehaverens adfærd under hensyn til alle omstændighederne i det enkelte tilfælde kan fortolkes som et sådant afkald.

100. Resultatet af en sådan undersøgelse skal imidlertid bringes i overensstemmelse med princippet om fællesskabskonsump-

tion i henhold til varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, i den forstand, at det ikke, fordi der stilles usædvanlig små krav for at antage et sådant afkald, må gøres praktisk umuligt for varemærkeindehaveren at påberåbe sig sin eneret ved den første markedsføring i Fællesskabet, henholdsvis i EØS. Det synes for så vidt også nødvendigt at undersøge såkaldte »samtykkeformodninger«.

B — *Fortolkningen af varemærkedirektivets artikel 7, stk. 2*

101. I sag C-414/99 anmodes Domstolen om at tage stilling til fortolkningen af varemærkedirektivets artikel 7, stk. 2. Såfremt det om Davidoff måtte antages, at selskabets rettigheder efter varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, er konsumeret, opstår nemlig det spørgsmål, om selskabet kan påberåbe sig skellige grunde efter stk. 2, navnlig på baggrund af, at batchkodenumrene — der åbenbart er foreskrevet i kosmetikdirektivet — er fjernet, for at kunne modsætte sig parallelimport fra tredjelande.

102. I betragtning af den foreslåede fortolkning af begrebet samtykke i henhold til varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, er bemærkningerne om disse spørgsmål subsidiære. Alligevel synes det relevant at drøfte navnlig Kommissionens indlæg om relevansen af stk. 2, fordi det vedrører et grundlæggende systematisk spørgsmål.

103. Efter Kommissionens opfattelse finder varemærkedirektivets artikel 7, stk. 2, nemlig ikke anvendelse på de faktiske omstændigheder i hovedsagen, fordi der ikke ville være tale om en »fortsat markedsføring« i denne bestemmelses forstand, for så vidt som varemærkeindehaveren må behandles, som om han havde givet samtykke til markedsføringen i EØS. Artikel 7, stk. 2, kan ikke benyttes til at modsætte sig den første markedsføring i EØS.

104. Hertil bemærkes, at markedsføringen i stk. 1's forstand — uafhængigt af spørgsmålet om samtykke — ikke vedrører salget til den endelige forbruger, men overdragelsen af den umiddelbare beføjelse til at råde over de pågældende produkter. Ved parallelimport fra tredjelande skal det derfor på den ene side undersøges, om varemærkeindehaveren har givet samtykke til indførslen af produkterne i EØS, og i bekræftende fald imidlertid på den anden side også undersøges, om han med hjemmel i stk. 2 kan modsætte sig fortsat markedsføring af pro-

dukterne i EØS — normalt vil det dreje sig om salget til den endelige forbruger. For så vidt som Kommissionen blot anfører, at den »fortsatte markedsføring« i artikel 7, stk. 2's forstand nødvendigvis vedrører en transaktion efter markedsføringen af de pågældende produkter med varemærkeindehaverens samtykke, forklarer den ikke, at artikel 7, stk. 2, principielt ikke skulle være anvendelig på tilfælde af den her omhandlede art.

105. På denne baggrund er det formentlig nødvendigt at undersøge fortolkningen af begrebet »skellig grund«. Det fremgår af bestemmelsens opbygning og formål, at stk. 2 knytter sig til den ovenfor omtalte [60] afvejning. Såfremt produkterne, der er forsynet med varemærket, er blevet markedsført i EØS af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, kan han altså kun modsætte sig anvendelsen af varemærket med hjemmel i artikel 7, stk. 2, såfremt en fortsat markedsføring berører varemærkets hovedfunktion på en måde, som varemærkeindehaveren ikke rimeligvis bør affinde sig med.

60 — Jf. ovenfor, punkt 80 f.

106. Davidoff har ikke gjort gældende i hovedsagen, at den omstændighed, at de pågældende produkter markedsføres af en ikke-autoriseret importør, vil være til skade for varemærkets omdømme. Selskabet gør gældende, at varemærkets omdømme skades som følge af, at batchkodenumrene er fjernet.

107. I en sådan situation står følgelig parallelimportørens interesse i at kunne sælge så frit som muligt — og herved så vidt muligt holde det hemmeligt, hvor det »utætte« led i afsætningskæden er — over for varemærkeindehaverens interesse i beskyttelsen af de rettigheder, der udgør varemærkets særlige genstand: Med henblik på en afvejning må det tages i betragtning, at varemærkets hovedfunktion er at indestå for mærkevarens oprindelsesægthed over for forbrugeren eller den endelige bruger, idet denne sættes i stand til at adskille varen fra varer af anden oprindelse uden risiko for forveksling. Denne garanti for oprindelsen indebærer, at forbrugeren eller den endelige bruger kan være sikker på, at en mærkevare, som tilbydes ham, ikke på et tidligere omsætningstrin har været genstand for et indgreb, som er foretaget af en tredjemand uden varemærkeindehaverens tilladelse, og hvorved varens oprindelige tilstand er berørt [61].

61 — Dom af 11.11.1997, sag C-349/95, Loendersloot, Sml. I, s. 6227, præmis 24, med henvisning til dom af 23.5.1978, sag 102/77, Hoffmann-La Roche, Sml. s. 1139, præmis 7, og af 11.7.1996, forenede sager C-427/93, C-429/93 og C-436/93, Bristol-Myers Squibb m.fl., nævnt i fodnote 38, præmis 47.

108. Den forelæggende ret stiller i det væsentlige tre spørgsmål vedrørende spørgsmålet om skellig grund i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 2's forstand, hvor de første to vedrører varemærkets omdømme, mens det med det tredje spørges, hvorvidt og på hvilke betingelser der kan antages at foreligge en skellig grund, hvis der er sket fjernelse eller udviskning af et batchkodenummer, der åbenbart er anbragt i henhold til en forpligtelse i lovgivningen.

1. Skade for varemærkets omdømme

109. I dommen i Parfums Christian Diorsagen [62] kendte Domstolen for ret, at »krænkelsen af varemærkets omdømme i princippet kan være skellig grund som omhandlet i direktivets artikel 7, stk. 2, der kan berettige, at indehaveren modsætter sig fortsat markedsføring af de varer, som han har markedsført inden for Fællesskabet, eller som er blevet markedsført dér med hans samtykke. Ifølge Domstolens faste praksis vedrørende ompakning af mærkevarer har varemærkeindehaveren en legitim interesse, der har forbindelse med varemærkerettens særlige genstand, i at kunne modsætte sig markedsføring af disse varer, såfremt den ompakkede vares præsentationsmåde er egnet til at skade mærkets omdømme. [...] I et tilfælde som det i hovedsagen foreliggende, hvor det drejer sig om prestigebetonede luksusvarer, må forhandleren ikke handle på en måde, der er illoyal i forhold til varemærkeindehaverens legitime interesser. Han skal altså bestræbe sig på at undgå, at hans reklamering påvirker varemærkets værdi ved at skade de pågældende varers stil og prestigebetonede image samt deres luksuriøse udstråling« [63].

110. Parfums Christian Dior-dommen vedrørte anvendelsen af et varemærke i reklameøjemed. I Bristol-Myers Squibb-dommen [64] fulgte Domstolen den samme argumentation vedrørende ompakning af produkter i afsætningsøjemed:

»Selv når det er angivet på emballagen, hvem der har foretaget ompakningen af produktet, kan det ikke udelukkes, at varemærkets omdømme og dermed varemærkeindehaverens omdømme alligevel kan lide skade som følge af en inadækvat præsentation af det ompakkede produkt. I så fald har varemærkeindehaveren en legitim interesse, der har forbindelse med varemærkerettens særlige genstand, i at kunne modsætte sig markedsføring af produktet. Ved bedømmelsen af, om det ompakkede produkts præsentationsmåde er egnet til at skade mærkets omdømme, skal der tages hensyn til produktets art og til det marked, det er bestemt til.«

62 — Dom 4.11.1997, sag C-337/95, Sml. I, s. 6013.

63 — Nævnt i fodnote 62, præmis 43 ff.

64 — Nævnt i fodnote 38, præmis 75.

111. Det fremgår endvidere af Parfums Christian Dior-dommen, at skaden for omdømmet kun kan anses for en skellig grund, såfremt den er alvorlig [65].

112. I Domstolens retspraksis anerkendes en alvorlig skade for varemærkets omdømme således som en skellig grund i artikel 7, stk. 2's forstand.

2. Fjernelse eller udviskning af batchkodenumre

113. Spørgsmålet er her i det væsentlige, om varemærkedirektivets artikel 7, stk. 2, omfatter fjernelse eller udviskning af batchkodenumre, der åbenbart skal anbringes i medfør af gennemførelsesbestemmelserne til direktiv 76/768/EØF, idet der ellers kan ifaldes et strafferetligt ansvar.

114. Domstolen har allerede haft lejlighed til at tage stilling til et lignende tilfælde i Loendersloot-dommen. Ligesom i den nu foreliggende hovedsag gjorde varemærkeindehaveren dengang gældende, at der forelå en fællesskabsretlig forpligtelse til mærkning, mens parallelimportøren fremhævede, at det var nødvendigt at fjerne eller udviske identifikationsnumrene for at gennemføre parallelindførslerne. Domstolen anfører herom følgende [66]:

»Det må imidlertid også anerkendes, at anbringelsen af identifikationsnumrene for producenternes vedkommende kan være nødvendig for at opfylde en lovbestemt forpligtelse, herunder særlig i medfør af Rådets direktiv 89/396/EØF af 14. juni 1989 om angivelser af eller mærker til identifikation af et bestemt levnedsmiddelparti (EFT L 186, s. 21), eller for at tilgodese andre formål, som er væsentlige og lovlige i forhold til fællesskabsretten, herunder tilbagekaldelse af defekte produkter og bekæmpelse af forfalskninger.

Under disse omstændigheder må det konstateres, at i tilfælde, hvor identifikationsnumrene er anbragt af grunde som dem, der er nævnt [...], bidrager det forhold, at varemærkeindehaveren påberåber sig sin varemærkeret for at forhindre, at en tredjemand fjerner og derefter genanbringer eller udskifter etiketter, der er forsynet med varemærket, med det formål at fjerne numrene, ikke til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne. I sådanne situationer er der ikke grundlag for at begrænse de rettigheder, varemærkeindehaveren kan påberåbe sig i henhold til artikel 36.«

65 — Nævnt i fodnote 62, præmis 46 og 47.

66 — Dommen nævnt i fodnote 61, præmis 41 f.

115. Også her bør det drøftes, om løsningen kan overføres, da de relevante bestemmelser i de foreliggende sager skal findes i varemærkedirektivets artikel 7 og ikke i EF-traktatens artikel 36 (efter ændring nu artikel 30 EF). Kommissionen ser ikke dette som en hindring og henviser for så vidt til Domstolens faste retspraksis, som allerede tidligere er omtalt [67]. For så vidt der imidlertid i denne retspraksis lægges vægt på begrænsningen af handelen mellem medlemsstaterne og hensigten om kunstigt at opdele markederne, synes det dog ikke muligt umiddelbart at anvende de relevante synspunkter på de omstændigheder, der er genstand for nærværende sager.

116. Efter det beskrevne forhold mellem de frie varebevægelser og udøvelsen af de rettigheder, der er knyttet til varemærket [68], betragtes udøvelsen af varemærkeretten i henhold til artikel 7, stk. 2, i forbindelse med samhandelen inden for Fællesskabet som en undtagelse til de frie varebevægelser, der kun er lovlig, for så vidt som den er berettiget med henblik på beskyttelsen af de rettigheder, der udgør varemærkerettens særlige genstand. For så vidt påhviler det også den nationale domstol at undersøge, om udøvelsen af varemærkeretten forfølger et legitimt formål med forholdsmæssige midler.

117. Denne analyse synes at kunne overføres på parallelimport af mærkevarer fra tredjelande. I konflikten mellem varemærkeindehaverens rettigheder og køberens interesse i frit at kunne råde over de pågældende varer, forekommer en udøvelse af varemærkeretten kun at være berettiget, såfremt den er nødvendig for beskyttelsen af de rettigheder, der udgør varemærkerettens særlige genstand. Følgelig måtte det også i det foreliggende tilfælde i overensstemmelse med Loendersloot-dommen navnlig undersøges, i hvilket omfang fjernelsen eller udviskningen af batchkodenumrene berører oprindelsesgarantien, gør indgreb i de pågældende varers originale tilstand og er til skade for varemærkets omdømme. Efter gældende retspraksis skal der i disse tilfælde herved foreligge en vis væsentlighed [69]. Undersøgelsen af, om disse betingelser er opfyldt i det enkelte konkrete tilfælde, påhviler imidlertid de nationale retter.

118. Det er endelig et spørgsmål, hvorledes fjernelsen eller udviskningen af batchkodenumrene skal bedømmes isoleret betragtet. Så vidt ses er det nødvendigt at anbringe disse numre for at opfylde en lovbestemt forpligtelse, der udspringer af et direktiv, og fjernelsen eller udviskningen af disse numre

67 — Nævnt i fodnote 50.

68 — Jf. ovenfor, punkt 82.

69 — Det herved ubesvarede spørgsmål om graden af væsentligheden samt om en eventuel manglende væsentlighed er rejst i den verserende sag C-143/00.

blev ikke ledsaget af nogen yderligere foranstaltning, som f.eks. anbringelse af nye etiketter eller en ompakning.

119. Generaladvokat Jacobs anførte i sit forslag til afgørelse i Loendersloot-sagen [70]: »Det må være klart, at der ikke kan stilles krav om, at numrene ikke fjernes alene under påberåbelse af varemærkerettigheder.« Domstolen lagde derimod afgørende vægt på, at anbringelse af et identifikationsnummer for at opfylde en lovbestemt forpligtelse eller for at tilgodese et andet formål, der — bedømt på grundlag af fællesskabsretten — er lovligt, ikke fører til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne.

120. Da det sidstnævnte synspunkt ikke kan spille nogen rolle i den foreliggende sag, ville en fjernelse eller udviskning af batchkodenumre, der er anbragt i medfør af en lovbestemt forpligtelse, kun være relevant i relation til fællesskabsretten, såfremt den udgjorde et uforholdsmæssigt indgreb i varemærkerettens særlige genstand.

121. Som Kommissionen med rette har anført, er der imidlertid en umiskendelig sammenhæng mellem varemærkets beskyttelsesværdige omdømme og den omstændighed, at det gøres lettere at tilbagekalde eventuelt mangelfulde eller ulovlige produkter som følge af forpligtelsen til at angive batchkodenumre. Af hensyn til mærkevarernes gode omdømme har varemærkeindehaveren en beskyttelsesværdig interesse i at kunne trække sådanne varer ud af omsætningen. Følgelig måtte det i hovedsagen også undersøges, om skaden for varemærkets omdømme for så vidt bliver — tilstrækkeligt — væsentlig som følge af fjernelsen eller udviskningen af de foreskrevne batchkodenumre. En eventuel overtrædelse af kosmetikdirektivet [71] ville kun ud fra dette synspunkt være relevant for det varemærkeretlige spørgsmål.

122. Det er ikke muligt at besvare spørgsmålet, om tredjemands (fuldstændige eller delvise) fjernelse eller udviskning af identitetsmærkninger på produkterne allerede kan betragtes som en skellig grund, der berettiger varemærkeindehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring i EØS af varer, der er forsynet med varemærket, blot fordi der herved bliver realiseret et strafbart forhold. Det fremgår nemlig ikke af forelæggelseskendelsen — så vidt det kan fastslås — om varemærkeindehaveren ville pådrage sig strafansvar, såfremt den i kosmetikdirektivet foreskrevne mærkning mangler, og han ikke selv markedsfører produkterne, der er forsynet med varemærket, i EØS.

70 — Nævnt i fodnote 61, punkt 43.

71 — Nævnt i fodnote 6.

IV — Forslag til afgørelse

123. På grundlag af disse overvejelser foreslår jeg Domstolen at besvare de præjudicielle spørgsmål som følger:

I sagerne C-414/99, C-415/99 og C-416/99

1) Varemærkeindehaverens samtykke til markedsføring af produkterne, der er forsynet med varemærket, i varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1's forstand vedrører varemærkeindehaverens mulighed for at kontrollere den første markedsføring eller det første salg af disse produkter i EØS.

2) Såfremt den første markedsføring af produkterne, der er forsynet med et varemærke, ikke falder sammen med det første salg af produkterne i EØS, kan varemærkeindehaveren på tidspunktet for den første markedsføring af disse produkter kontrollere det første salg af dem i EØS, såfremt han giver afkald på sin eneret til at kontrollere salget.

3) Det tilkommer den nationale ret under overholdelse af forskrifterne i fællesskabsretten samt under hensyntagen til alle omstændigheder i det enkelte tilfælde at fastslå, om varemærkeindehaveren på tidspunktet for den

første faktiske markedsføring af de pågældende produkter har givet afkald på sin eneret til at kontrollere salget i EØS. I denne forbindelse er varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, principielt til hinder for nationale bestemmelser, der opstiller en generel formodning for, at der er givet afkald, eller har samme virkning som en sådan formodning.

Subsidiært i sag C-414/99

4) Varemærkedirektivets artikel 7, stk. 2, skal fortolkes således, at skellige grunde, der berettiger varemærkeindehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af produkterne, der er forsynet med varemærket, omfatter tredjemænds handlinger, hvorved værdien, udstrålingen eller det omdømme, som varemærket eller de produkter, der er forsynet med dette varemærke, har, berøres væsentligt.

5) Varemærkedirektivets artikel 7, stk. 2, skal fortolkes således, at skellige grunde, der berettiger varemærkeindehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af produkterne, der er forsynet med varemærket, ikke omfatter handlinger fra tredjemands side eller omstændigheder, der ikke berører de rettigheder, der udgør varemærkerettens særlige genstand og hovedfunktion.