DOMSTOLENS DOM
30. januar 1985 *

I sag 35/83

BAT Cigaretten-Fabriken GmbH, et selskab, som fremstiller og sælger tobaksvarer, Hamburg, ved advokat Walter Klosterfelde, Hamburg, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Ernest T. Freylinger, 46, rue du Cimetière,

sagsøger,

støttet af

Forbundsrepublikken Tyskland, ved Ministerialrat i økonomiministeriet Martin Seidel som befuldmægtiget, bistået af advokat Ralf Vieregge, Köln, og med valgt adresse i Luxembourg på Forbundsrepublikken Tysklands ambassade,

intervenient,

mod

Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, ved juridisk konsulent Norbert Koch og Ingolf Pernice, Kommissionens juridiske tjeneste, som befuldmægtigede, og med valgt adresse i Luxembourg hos Oreste Montalto, Kommissionens juridiske tjeneste, Jean Monnet-bygningen, Kirchberg,

sagsøgt,

støttet af

Antonius I.C.M. Segers, fabrikant, Essen (Belgien), ved advokat Willy Alexander, Haag, og med valgt adresse i Luxembourg hos advokat Ernest Arendt, 34 B, rue Philippe-II,

intervenient,

hvori der er nedlagt påstand om annullation af Kommissionens beslutning 82/897 af 16. december 1982 om en procedure i henhold til traktatens artikel 85 (IV/C-30.128 Toltecs-Dorcet),

har

* Processprog: Tysk.

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten Mackenzie Stuart, afdelingsformændene G. Bosco, O. Due og C. Kakouris, dommerne P. Pescatore, T. Koopmans, U. Everling, K. Bahlmann og Y. Galmot,

generaladvokat: Sir Gordon Slynn
justitssekretær: ekspeditionssekretær H. A. Rühl

*

afsagt følgende

DOM

(»Sagsfremstillingen« udelades)

Præmisser

1 Ved stævning, indleveret til Domstolens justitskontor den 3. marts 1983, har selskabet BAT Cigaretten-Fabriken GmbH, Hamburg, i medfør af EØF-traktatens artikel 173, stk. 2, anlagt sag med påstand om annullation af Kommissionens beslutning af 16. december 1982 vedrørende en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/C-30.128 Toltecs-Dorcet), som er offentliggjort i *De Europæiske Fællesskabers Tidende* L 379, s. 19. Forbundsrepublikken Tyskland er indtrådt til støtte for sagsøgerens påstande på grund af de principielle varemærkeretlige spørgsmål, som sagen rejser såvel i henseende til national ret som til fællesskabsretten. Sagsøgte, Kommissionen, støttes af tobaksfabrikanten A.I.C.M. Segers, hvis virksomhed er beliggende i Nederlandene. Den i sagen anfægtede beslutning er truffet på foranledning af en klage fra Segers.

2 Kommissionens beslutning vedrører hovedsagelig en mellem BAT og Segers den 16. januar 1975 indgået aftale med følgende indhold:

»Artikel 1

»BAT« er indehaver af det tyske varemærke 865 058 »Dorcet«.

* og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 16. oktober 1984,

Artikel 2

»Segers« er indehaver af det internationalt registrerede mærke 395 536 (ordbilledmærke) »Toltecs Special«.

Artikel 3

»Segers« forpligter sig til at begrænse varebenævnelsen for IR-mærket 395 536 for Forbundsrepublikken Tyskland til »krøltobak (shag)« samt til udelukkende at benytte ordbilledmærket »Toltecs Special« for disse specialvarer efter opnåelse af beskyttelse i Forbundsrepublikken Tyskland og til ikke af registreringen og benyttelsen af dette mærke at udlede nogle rettigheder i forhold til »BAT«, heller ikke selv om denne ikke benytter sit varemærke 865 058 »Dorcet« i mere end fem år eller på ny anmelder dette mærke eller andre mærker (med undtagelse af Toltecs Special), som er forvekslelige hermed, jfr. § 31 i WZG (den tyske varemærkelov).

Artikel 4

»Segers« forpligter sig endvidere til for den under IR-mærket 395 536 solgte tobak ikke at annoncere med henvisning til, at denne tobak er egnet til at rulle

cigaretter med eller anbefales benyttet til dette formål. Det er dog tilladt »Segers« at anvende betegnelserne »finskåren tobak« eller »hollandsk shag«.

Artikel 5

»BAT« forpligter sig til efter Segers' underskrivelse af denne aftale at trække sin indsigelse mod beskyttelsen af IR-mærke 395 536 tilbage og ikke fremsætte indsigelser mod benyttelsen af IR-mærke 395 536 for »krøltobak« i Forbundsrepublikken Tyskland.«

3 Ifølge Kommissionen har denne aftale, som den er blevet anvendt af parterne, til formål eller til følge at begrænse konkurrencen inden for det fælles marked (jfr. punkt II, 3, i beslutningens begrundelse), og kan påvirke handelen mellem medlemsstaterne, fordi den forhindrer frie udførsler mellem Nederlandene og Forbundsrepublikken Tyskland af de af aftalen omfattede varer, og det i en sådan udstrækning, at Segers' udførsler til det tyske marked praktisk talt er ophørt siden 1978 (jfr. punkt II, 4).

4 Det fremgår af beslutningen, at Kommissionen endvidere har undersøgt mulighederne for at bringe traktatens artikel 85, stk. 3, i anvendelse. Efter at have henvist

til, at den nævnte aftale ikke er blevet anmeldt, fastslår Kommissionen i beslutningen, at aftalen ikke på nogen måde bidrager til at forbedre produktionen eller distributionen af varerne, men har til følge at forhindre eller vanskeliggøre distributionen af Segers' produkter i Tyskland (jfr. punkt III). Kommissionen har som følge heraf afvist at bringe artikel 85, stk. 3, i anvendelse.

5 Endelig har Kommissionen i beslutningen redegjort for de grunde, som efter dens opfattelse gør det berettiget at pålægge BAT en bøde på grund af et særlig tungtvejende moment i forbindelse med den konstaterede overtrædelse (jfr. punkt IV).

6 Kommissionen har på dette grundlag truffet følgende beslutning (beslutningen er citeret i uddrag):

Artikel 1

Indholdet og anvendelsen af aftalen af 16. januar 1975 mellem de i artikel 5 nævnte virksomheder udgør en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab for så vidt

1) Segers er forpligtet til under varemærket Toltecs Special (IR-mærket 395 536) i Forbundsrepublikken Tyskland enten at forhandle finskåren tobak eller til kun at foretage denne forhandling gennem importører, godkendt af BAT, eller efter opfyldelse af yderligere betingelser;

2) Segers er forpligtet til ikke at udlede nogle rettigheder i forhold til BAT af registreringen og benyttelsen af mærket Toltecs Special, ej heller selv om BAT ikke benytter sit mærke Dorcet i mere end fem år, eller selv om virksomheden på ny anmelder dette mærke eller andre mærker — Toltecs Special dog undtaget — som er forvekslelige hermed, jfr. § 31 i den tyske varemærkelov.

Artikel 2

De... nævnte virksomheder skal straks bringe de i artikel 1 nævnte overtrædelser til ophør. Især skal BAT undlade at øve økonomisk pres på Segers eller importører med det formål at forhindre eller vanskeliggøre import og forhandling af Toltecs-tobak i Tyskland.

Artikel 3

Virksomheden BAT Cigaretten-Fabriken GmbH pålægges en bøde på 50 000 (halvtreds tusinde) ECU eller 115 635 DM for den i artikel 1, nr. 2, konstaterede

overtrædelse, for så vidt ikke-angrebsklausulens gyldighedsperiode udvides i tilfælde af, at mærket Dorcet ikke benyttes i mere end fem år.

Sagens forhistorie

7 Af beslutningen og de under sagen fremførte oplysninger fremgår, at Segers retmæssigt har benyttet varemærket Toltecs Special i Nederlandene i forbindelse med salget af den af ham fremstillede tobak; det drejer sig om finskåren tobak bestemt til fremstilling af cigaretter. Den 31. januar 1973 lod Segers sit mærke indregistrere internationalt under vareklasse 34 (»råtobak og tobaksvarer«), således at også Tyskland var omfattet af det af varemærket beskyttede område.

8 Den 25. juli 1973 rejste BAT indsigelse mod registreringen af Segers' varemærke, idet man påberåbte sig fortrin for selskabets eget varemærke Dorcet, som var registreret den 15. januar 1970. Det bemærkes, at dette mærke et et såkaldt »reservemærke«, dvs. at det er registreret, men ikke benyttes til noget erhvervsmæssigt formål.

9 Segers anlagde ikke sag ved de tyske domstole til prøvelse af indsigelsens lovlighed, og angav som begrundelse herfor, at han ikke ønskede sig involveret i en sag mod en så mægtig virksomhed som BAT. Han indledte derfor forhandlinger med BAT for at opnå et forlig, idet han tilbød BAT at begrænse anvendelsen af varemærket Toltecs til salg af »en bestemt slags tobak«, hvormed han tilsyneladende sigtede til den finskårne tobak, som han fremstillede. Disse forhandlinger lod Segers føre af befuldmægtigede, som var specialister inden for området.

10 Det bemærkes, som anført i Kommissionens beslutning, atfra 15. januar 1975 kunne enhver interesseret efter tysk lovgivning indgive begæring om slettelse af varemærket Dorcet, da mærket ikke havde været benyttet igennem en periode på fem år. Segers har dog ikke udnyttet denne mulighed.

11 Den følgende dag, den 16. januar 1975, indgik Segers en aftale med førnævnte indhold, som parterne underskrev. Det fremgår af Kommissionens beslutning og af oplysninger i sagens akter, at aftalens ordlyd i det væsentlige blev foreslået af Segers og uden ændringer blev accepteret af BAT. Det fremgår ligeledes af beslutningen og af sagens akter, at der ved aftalens affattelse blev begået en fejl, idet den

tobak, for hvilken Segers forbeholdt sig retten til at benytte sit varemærke, blev benævnt såvel »krøltobak« som »shag«, hvoraf det førstnævnte udtryk betegner grovskåren tobak, mens det sidstnævnte efter nederlandsk sprogbrug betegner finskåren tobak.

12 Segers har erklæret, at han først blev opmærksom på denne fejl efter, at aftalen var blevet underskrevet. Det fremhæves, at Segers ikke anlagde sag ved de tyske domstole med henblik på en afklaring af denne fejl og dens følger. Vedrørende dette punkt har Kommissionen i begrundelsen for sin beslutning anført, at Segers ikke ville »løbe risiko for at blive involveret i en omkostningskrævende retssag, som han finansielt ikke ville kunne klare over for en økonomisk stærk virksomhed som BAT« (jfr. begrundelsen punkt II, 3, A, a), 3. afsnit).

13 Det fremgår af sagen, at Segers på foranledning af denne aftale genoptog salget af sine produkter i Forbundsrepublikken Tyskland gennem eneforhandleren Müller-Broders. BAT gav herved Müller-Broders tilladelse til at benytte varemærket Toltecs i forbindelse med salget af finskårne tobaksvarer.

14 Den 16. august 1978 meddelte Segers BAT, at han agtede at benytte en anden importør og anmodede om en skriftlig erklæring om, at den nye importør kunne benytte varemærket Toltecs på samme måde som Müller-Broders. Den 23. august 1978 svarede BAT, at Segers ifølge aftalens ordlyd alene var berettiget til at sælge krøltobak, og at han frit kunne overdrage denne ret til en anden importør. Vedrørende retten til at benytte varemærket Toltecs for finskåren tobak anførte BAT, at man havde givet Müller-Broders tilladelsen hertil, og at man fortsat betragtede dette firma som importør af nævnte produkt.

15 Senere hen indstillede Müller-Broders sin virksomhed, og denne blev overtaget af Peter Grassmann GmbH. Segers indledte herefter forhandlinger med en anden importør, Planta, som imidlertid ikke førte til noget resultat på grund af usikkerheden omkring varemærket. Efter et kort samarbejde med Grassmann, genoptog Segers atter forbindelsen med Planta. Efter at Segers havde bedt BAT om at give Segers' nye mellemhandler Planta tilladelse til at sælge Toltecs-produkter på samme måde som Grassmann, erklærede BAT sig i en skrivelse af 14. august 1979 rede til at udstrække aftalen til også at omfatte finskåren tobak, såfremt Segers overtog Grassmann's retslagre af Toltecs-produkter. Da Segers ikke efterkom dette krav, erklærede BAT ved skrivelse af 14. december 1979, at man ville standse

salget af finskåren Toltecs-tobak på det tyske marked gennem tredjemand, og at man havde sendt en kopi af nævnte skrivelse til Planta. Denne meddelelse blev bekræftet ved skrivelse af 14. januar 1980, hvori BAT gav udtryk for sin hensigt til fremover at standse ethvert yderligere salg af Toltecs-produkter på det tyske marked.

16 På grund af sine vanskeligheder med BAT havde Segers allerede i 1978 indstillet salget af Toltecs-produkter i Tyskland. Den 12. juni 1980 indgav Segers en ansøgning til Kommissionen i henhold til artikel 3 i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 (EFT 1959-1962, s. 81) om, at det konstateredes, at der forelå en overtrædelse af traktatens artikel 85 eller 86.

17 Kommissionen besluttede herefter at indlede en procedure og gav ved skrivelse af 16. december 1981 BAT meddelelse om sine klagepunkter. Sagens videre forløb fremgår af den anfægtede beslutning.

Realiteten

18 BAT har i stævningen fremført fire anbringender. For det første, at Kommissionen har misforstået det egentlige indhold af aftalen af 16. januar 1975, for det andet, at Kommissionen har foretaget en fejlagtig retlig kvalifikation af aftalen og dens bestemmelser, for det tredje, at Kommissionen med urette har afvist at fritage aftalen efter traktatens artikel 85, stk. 3, og for det fjerde at den BAT pålagte bøde er retsstridig.

Anbringendet om, at Kommissionen har misforstået rækkevidden af den omtvistede aftale

19 BAT har vedrørende dette anbringende i det væsentlige anført, for det første, at virksomheden i mellemtiden har givet afkald på sine rettigheder i henhold til den omtvistede aftale, som ikke længere er af interesse for selskabet, og at dette afkald klart er kommet til udtryk under høringen ved Kommissionen. For det andet har Kommissionen misforstået aftalens indhold, idet aftalen ikke på noget tidspunkt — uanset den fejl, der blev begået ved aftalens affattelse — forbød Segers at sælge finskåren tobak af mærket Toltecs.

20 Hvad angår det første punkt har Kommissionen ikke bestridt, at der under høringen er afgivet en sådan erklæring, men den har fastholdt, at en ophævelse af aftalen forudsatte en udtrykkelig erklæring herom fra BAT over for medkontra-

henten, samt godtgørelse af, at BAT i det mindste havde givet meddelelse til den sidste af de mellemhandlere, Segers havde rettet henvendelse til, nemlig firmaet Planta, om, at intet længere var til hinder for at afsætte finskåren Toltecs-tobak. I mangel af ethvert holdepunkt i denne retning bør aftalen efter Kommissionens opfattelse anses for stadig at være i kraft.

21 Hvad angår det andet punkt synes Kommissionen at være af den opfattelse, at ordet »krøltobak« bevidst er indsat i aftalen af BAT, som havde kendskab til, at Segers ikke fremstillede sådanne tobaksvarer, med det formål fuldstændigt at kunne kontrollere importen af finskåren tobak under varemærket Toltecs.

22 Vedrørende det første punkt må der gives Kommissionen medhold i dens opfattelse. En simpel hensigtserklæring, fremsat af BAT under høringen ved Kommissionen, kan ikke bringe en aftale til ophør, som er indgået med tredjemand. Det må derfor antages, at aftalen af 16. januar 1975 stadig var i kraft på tidspunktet for Kommissionens beslutning.

23 Hvad angår spørgsmålet, om den omtvistede aftale omfattede finskåren tobak, er det tilstrækkeligt at fastslå, at aftalen objektivt set er uklar og er blevet gjort til genstand for modstridende fortolkninger. Ganske vist må denne uklarhed i første række tilskrives Segers, der selv har foreslået den omtvistede ordlyd, men BAT har udnyttet denne uklarhed til sit formål, som var at forbyde Segers at sælge den eneste type tobak, som denne faktisk fremstillede.

24 Det er derfor med urette, at BAT har kritiseret Kommissionen for at have tillagt aftalen en rækkevidde, som BAT selv gennem sin handlemåde har tillagt den.

25 Dette anbringende må herefter forkastes.

Anbringendet om Kommissionens fejlagtige retlige kvalifikation af aftalen

26 Sagsøgeren har gjort gældende, at Kommissionens retlige kvalifikation af aftalen af 16. januar 1975 er fejlagtig samt i strid med fællesskabsretten på dennes nuværende trin. Efter sagsøgerens opfattelse foreligger der en »afgrænsningsaftale«

vedrørende varemærker, kombineret med en såkaldt »ikke-angrebsklausul«, som skulle beskytte varemærket Dorcet også efter udløbet af den lovmæssige beskyttelsesfrist. Spørgsmålet om, hvorvidt sådanne aftaler er gyldige, må afgøres på grundlag af national ret. Sagsøgeren har forklaret, at sådanne klausuler er almindelige i praksis og fuldt ud lovlige efter tysk ret. Sagsøgeren har som følge heraf bestridt, at Kommissionen har nogen beføjelse til at foretage en vurdering af, om der består en risiko for forveksling af de to varemærker. Sagsøgeren har navnlig kritiseret Kommissionen for i beslutningens begrundelse (under punkt II, 3, A, f)), at have anført, at den ikke kan anerkende, at der findes nogen »betydelig« forvekslingsrisiko mellem de to varemærker, og derved under påberåbelse af fællesskabsretten at ville fastsætte et andet vurderingskriterium end det kriterium, der gælder efter national ret. BAT har bestridt, at denne forvekslingsrisiko kan bedømmes på grundlag af to forskellige kriterier, dels et nationalt dels et fællesskabsretligt kriterium. Efter BAT's opfattelse består der efter tysk ret rent faktisk en sådan risiko for forveksling af varemærkerne Toltecs og Dorcet, hvilket Segers i øvrigt selv har erkendt, idet han ellers ikke ville have besluttet at tilbyde sagsøgeren indgåelsen af en afgrænsningsaftale.

27 Sagsøgerens opfattelse støttes på dette punkt af Forbundsrepublikken Tysklands regering, som fremhæver »afgrænsningsaftalernes« store praktiske betydning inden for varemærkeretten. På grund af de talrige eksisterende varemærker er disse aftaler af væsentlig betydning for foregriben af retstvister, idet parterne derigennem har mulighed for at slutte et forlig, hvorved de indbyrdes afgrænser området for deres varemærkerettigheder. Næsten alle aftaler af denne art bygger på en sådan varemæssig afgrænsning. Det gælder også for de såkaldte »ikke-angrebsklausuler« eller »fortrinsklausuler«, der tillige typisk er optaget i sådanne aftaler.

28 Den tyske regering har endvidere anført, at sådanne aftalers gyldighed må bedømmes på grundlag af national ret, og at man ikke i det foreliggende tilfælde efter de bedømmelseskriterier, der gælder i Tyskland, kan udelukke, at der findes en forvekslingsrisiko mellem de to varemærker. Kommissionen har selv erkendt under høringen, at der består en risiko for, at mærkerne lydligt kan forveksles. Den tyske regering bestrider, at Kommissionen kan erstatte den vurdering, der er anlagt af parterne i en sådan aftale med sin egen vurdering.

29 Efter den tyske regerings opfattelse udgør »afgrænsningsaftaler« derfor principielt ikke nogen konkurrencebegrænsning efter traktatens artikel 85. Regeringen erkender dog, at den kan være i strid med artikel 85, såfremt den ikke reelt tjener

til løsning af en varemærkekonflikt, men har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen. Her nævner regeringen navnlig den situation, hvor sådanne aftaler udnyttes til at foretage en markedsopdeling.

30 Til forsvar for sin beslutning har Kommissionen gjort gældende, at vurderingen af, om der består en risiko for forveksling af varemærkerne, ganske vist skal foretages på grundlag af national ret, men at omfanget af den som følge af varemærket bestående eneret er begrænset af fællesskabsretten. Disse begrænsninger følger dels af konkurrencereglerne dels af traktatens artikel 36, hvorefter importrestriktioner kun er lovlige, i det omfang de er »begrundet« i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret. Det er denne dobbelte begrænsning, Kommissionen har villet lade kommet til udtryk i kravet om, at der skal foreligge en »betydelig« forvekslingsrisiko, for at undgå, at der af de nationale domstole eller i forbindelse med indgåelse af afgrænsningsaftaler mellem varemærkeindehavere anlægges en udvidende fortolkning af begrebet forvekslingsrisiko, som medfører indskrænkninger i de frie varebevægelser, der ikke er begrundet i varemærkets særlige genstand. En sammenligning af de to varemærker, hvis udformning er gengivet i begrundelsen til den anfægtede beslutning, viser efter Kommissionens opfattelse, at der ikke består nogen som helst forvekslingsrisiko.

31 Kommissionen bestrider ikke »afgrænsningsaftalernes« nytte og deres lovlighed, men fremhæver, at der ud fra et konkurrenceretligt synspunkt er knyttet en vis risiko hertil, navnlig i tilfælde, hvor der foreligger proforma-aftaler, hvorved indehaveren af et ældre varemærke rejser en åbenbart ubegrundet indsigelse over for et nyere varemærke, for at formå en anmelder af et varemærke, som er blevet dårligt rådgivet, og som ofte er den økonomisk svagere part, til at bilægge denne kunstigt fremkaldte konflikt ved en afgrænsningsaftale. Kommissionen anfører, at denne opfattelse er kommet til udtryk i beslutningens punkt IV, 2, a), hvor Kommissionen har anvendt udtrykket »såkaldte« afgrænsningsaftaler.

32 I den forbindelse tillægger Kommissionen den såkaldte »ikke-angrebsklausul« en særlig betydning, idet den dog fremhæver, at dens bedømmelse forudsætter, at klausulen blev aftalt på et tidspunkt, hvor beskyttelsesfristen for et »reservemærke« allerede var udløbet. Efter Kommissionens opfattelse tjener slettelsen af varemærker fra registrene, som ikke benyttes, til en åbning af markederne og til at øge konkurrencen. Den omstændighed, at Segers har anerkendt fortrin for et vare-

mærke, der allerede på det tidspunkt kunne slettes, herunder anerkendt BAT's ret til at lade andre lignende mærker registrere, som eventuelt havde endnu større lighed med varemærket Toltecs, udgør en særlig mærkbar indskrænkning af konkurrencefriheden.

33 Domstolen anerkender — i overensstemmelse med, hvad der er blevet fremført af sagsøgeren og af Forbundsrepublikken Tyskland's regering, og som det tillige er erkendt af Kommissionen — lovligheden og nytten af de såkaldte »afgrænsningsaftaler«, som i parternes gensidige interesse har til formål at afgrænse varemærkernes respektive anvendelsesområder for at undgå forveksling eller konflikter. Dette undtager imidlertid ikke sådanne aftaler fra anvendelsen af traktatens artikel 85, såfremt der med aftalerne desuden tilsigtes en markedsopdeling eller andre konkurrencebegrænsninger. Som Domstolen allerede har fastslået i dommen af 13. juli 1966 (Consten og Grundig mod Kommissionen, forenede sager 56 og 58/64, Sml. 1965-1968, s. 245), er det uforeneligt med Fællesskabets konkurrenceordning, »om de rettigheder, der følger af varemærkelovgivningen i de forskellige lande, blev misbrugt til at omgå virkningerne af Fællesskabets kartelret«.

34 Det bemærkes, at en gennemgang af aftalen af 16. januar 1975 viser, at den udelukkende indebærer forpligtelser og ulemper for Segers, idet

— den begrænser anvendelsen af mærket Toltecs til salget af en bestemt type tobak, som i øvrigt ikke kan bestemmes med sikkerhed, således som det ovenfor er anført;

— Segers ved aftalen giver afkald på at påberåbe sig sit varemærkes fortrin for mærket Dorcet, selv efter udløbet af den i loven fastsatte beskyttelsesfrist på fem år;

— Segers ved aftalen giver afkald på at reklamere med, at hans tobak er egnet til eller anbefales til cigaretrulning.

Det bemærkes, at der end ikke er nogen tilsyneladende forbindelse mellem sidstnævnte klausul og spørgsmålet om den egentlige benyttelse af varemærket.

35 For BAT derimod indebærer aftalen kun én enkelt forpligtelse, som efter en nærmere undersøgelse viser sig at være rent fiktiv, nemlig BAT's erklæring om, at

virksomheden var indforstået med at frafalde sin indsigelse mod beskyttelsen af varemærket Toltecs på det tyske marked. Uden at det er nødvendigt at tage stilling til spørgsmålet om, efter hvilke kriterier risikoen for forveksling af to varemærker skal bedømmes, er det tilstrækkeligt at konstatere, at hvor der på den ene side — som det er tilfældet med Segers — er tale om et varemærke, som er lovligt erhvervet og benyttet i en medlemsstat, og på den anden side — for BAT's vedkommende — er tale om et reservemærke, som ikke benyttes, og som kan slettes af registret på tredjemands begæring, udgør en indsigelse af nævnte art fra BAT's side som led i dennes bestræbelser på at kontrollere distributionen af Segers' produkter, et misbrug af de rettigheder, der er knyttet til BAT's varemærke.

36 Denne handlemåde fra BAT's side bekræftes af de ubestridte oplysninger vedrørende den måde, hvorpå BAT har udnyttet aftalen med Segers, som dels findes i selve beslutningen dels fremgår af de i sagen fremlagte dokumenter. Selv om Segers' vanskeligheder med sine mellemhandlere delvis kan tilskrives omstændigheder, der var forholdet mellem Segers og BAT uvedkommende, fremgår det dog, at BAT flere gange greb ind i forbindelserne mellem Segers og de af ham benyttede mellemhandlere. Desuden er det godtgjort, at BAT har udnyttet den uklare formulering af aftalen til sin fordel. BAT's skrivelse til Segers af 14. januar 1980, som bekræftede en enslydende meddelelse af 14. december 1979, lader ikke nogen tvivl tilbage om BAT's reelle hensigter. Formålet var således på ingen måde at beskytte BAT's i økonomisk henseende fuldstændig betydningsløse reservemærke, men at forhindre afsætningen af Segers' produkter på det tyske marked.

37 Det fremgår således, at aftalen af 16. januar 1975 i kraft af en fremprovokeret konflikt om parternes varemærkerettigheder satte BAT i stand til at gribe ind i konkurrenceforholdene. Da der var tale om indførsler fra Nederlandene til Tyskland, er der ingen tvivl om, at samhandelen inden for Fællesskabet er blevet berørt heraf. De omstændigheder, hvortil Kommissionen har henvist i sin beslutning, viser tillige, at aftalen ikke har haft andet formål end at sætte BAT i stand til at kontrollere og i sidste ende forhindre, at de af Segers fremstillede tobaksvarer blev afsat på det tyske marked.

38 Følgelig vil sagsøgerens anbringende om, at Kommissionen har foretaget en fejlagtig retlig kvalifikation af den omtvistede aftale, være at forkaste.

Anbringendet om, at traktatens artikel 85, stk. 3, burde have været bragt i anvendelse

39 Kommissionen har i sin beslutning under punkt III begrundet, hvorfor den afviste den mulighed, at fritage den omtvistede aftale for anvendelsen af artikel 85. Den fastslår i beslutningen, at aftalen ikke er blevet anmeldt, at den ikke er omfattet af undtagelsesbestemmelsen i artikel 4, stk. 2, nr. 2, litra b), i forordning nr. 17, og at den ikke på nogen måde bidrager til at forbedre produktionen eller distributionen af de pågældende varer.

40 Sagsøgeren har i den forbindelse gjort gældende, at Kommissionen ikke har givet en tilstrækkelig begrundelse for sit afslag på at anvende traktatens artikel 85, stk. 3. I det omfang aftalen indskrænker sig til at begrænse udøvelsen af en varemærkeret, er den fritaget for anmeldelsespligten efter nævnte bestemmelse i forordning nr. 17. Desuden har aftalen bidraget til at forbedre distributionen af tobak på det tyske marked, idet Segers uden denne aftale ville have været afskåret fra at sælge sin vare under betegnelsen Toltecs.

41 Denne argumentation er i åbenbar modstrid såvel med indholdet af aftalen af 16. januar 1975 — som gennemgået ovenfor — som med BAT's handlemåde, der udelukkende har haft til formål at forhindre afsætningen af Segers' tobak på det tyske marked. Aftalen opfylder derfor klart ikke betingelserne i artikel 85, stk. 3.

42 Også dette anbringende må derfor forkastes.

Bøden

43 Ifølge beslutningens artikel 3 pålægges BAT en bøde på 50 000 ECU, fordi der i aftalen er optaget en ikke-angrebsklausul. Pålæggelsen af bøden er begrundet på følgende måde under punkt IV, 2, litra b), 2. og 3. afsnit, i beslutningens begrundelse:

Efter indførelsen af brugspligten i Tyskland ved lov af 4. december 1967 var BAT klar over, at enhver aftale om at forbyde Segers at gøre sine erhvervede rettigheder gældende, også selv om Dorcet ikke blev benyttet i mere end fem år, var i modstrid med ånden og hensigten i den ved lov fastsatte brugspligt, hvorefter ikke-

benyttede mærker skal slettes af varemærkeregisteret, hvorved der skabes lettere adgang for nye anmeldere.

I denne sammenhæng er det en særlig alvorlig omstændighed, at varemærket Dorcet blev registreret den 15. januar 1970, og at BAT underskrev afgrænsningsaftalen den 16. januar 1975, altså én dag efter udløbet af den i den tyske varemærkelovgivning indrømmede tidsfrist »Schonfrist«. BAT vidste således, at virksomheden kontraktligt sikrede sig en retlig stilling, som allerede ifølge gældende lovgivning ikke var holdbar.

44 Sammesteds i beslutningen under 6. afsnit anfører Kommissionen grundene til, at den har afstået fra også at pålægge Segers en bøde, selv om denne var part i en aftale, der var erklæret uforenelig med artikel 85. Det hedder herom i beslutningen:

Derimod afstår Kommissionen fra at pålægge Segers en bøde, selv om denne virksomhed også har overtrådt artikel 85, stk. 1. Segers er en mindre nederlandsk virksomhed, som i sin strid med BAT i begyndelsen var utilstrækkeligt informeret om gældende tysk ret og EF-ret. Segers' manglende erfaring på det retlige område kom ligeledes til udtryk under det videre forløb af striden med BAT, hvor Segers accepterede en klart modstridende aftaleformulering, som ikke var til virksomhedens fordel.

45 Sagsøgeren har i denne forbindelse hovedsagelig kritiseret Kommissionen for at have behandlet parterne i samme aftale ulige, og anført, at aftalen var indgået på lige fod af de to parter, der følgelig også begge må bære et ligeligt ansvar herfor. Desuden er den omstændighed, at den omtvistede aftale blev indgået en dag efter udløbet af den i loven fastsatte beskyttelsesfrist for reservemærket Dorcet — hvad Kommissionen anser for en skærpende omstændighed — en ren tilfældighed, som skyldtes Segers' forhaling af brevvekslingen vedrørende aftalens indgåelse. Endelig har BAT anført at være helt uden skyld, idet der på tidspunktet for indgåelsen af den omtvistede aftale ikke fandtes nogen som helst grund til at antage, at aftalen skulle være i strid med tysk ret eller med fællesskabsretten.

46 Det er tilstrækkeligt at fastslå — uden at det er nødvendigt at undersøge grovheden af de to virksomheders overtrædelser og den respektive grad af deres ansvar — at bøden ikke er pålagt som følge af de Segers påhvilende forpligtelser til at undlade salg af sine varer eller til at sælge gennem de af BAT godkendte importører (beslutningens artikel 1, stk. 1), men som følge af Segers' forpligtelser med hensyn til benyttelsen af sit eget varemærke (beslutningens artikel 1, stk. 2). De sidstnævnte forpligtelser kan imidlertid kun have relevans for Fællesskabets konkurrenceret i forbindelse med forpligtelserne med hensyn til afsætningen af Segers' produkter.

47 Af denne grund vil de bestemmelser i beslutningen, artiklerne 3 og 4, hvorved der pålægges BAT en bøde, være at annullere.

Sagens omkostninger

48 Ifølge procesreglementets artikel 69, stk. 2, idømmes den part, der taber sagen, til at afholde sagens omkostninger. Domstolen kan imidlertid i henhold til samme artikels stk. 3, 1. afsnit, helt eller delvis ophæve sagsomkostningerne, hvis hver af parterne henholdsvis taber eller vinder sagen på et eller flere punkter. Da beslutningen er delvis annulleret, bør sagens omkostninger deles, således at hver part, dvs. såvel de egentlige parter som intervenienterne, bære sine omkostninger.

På grund af disse præmisser

udtaler og bestemmer

DOMSTOLEN

1) **Artiklerne 3 og 4 i Kommissionens beslutning 82/897 af 16. december 1982 vedrørende en procedure i henhold til traktatens artikel 85 (IV/C-30.128 Toltecs-Dorces) annulleres.**

2) **I øvrigt frifindes sagsøgte.**

3) Hver part bærer sine omkostninger.

Mackenzie Stuart Bosco Due Kakouris

Pescatore Koopmans Everling Bahlmann Galmot

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 30. januar 1985.

P. Heim
Justitssekretær

A. J. Mackenzie Stuart
Præsident