FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. CAPOTORTI FREMSAT DEN 10. MAJ 1978 [1]

Høje Ret.

1. Nærværende sag er anlagt af et hollandsk firma, selskabet Tepea, mod Kommissionen med påstand om, at Kommissionens beslutning om en proceze dure mod dette firma i henhold til EØF-traktatens artikel 85, annulleres.

Det er nødvendigt først at gennemgå de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for retssagen.

I 1954 begyndte Cecil Watts i Det forenede Kongerige at fremstille og sælge et produkt til rensning af grammofonplader, som han selv havde opfundet. Det drejede sig herved om en automatisk pladerenser, betegnet »Dustbug«. Nogle år senere fremstilledes endvidere en række tilsvarende produkter: »Parastatic Disc Preener«, der anvendes til vedligeholdelse af grammofonplader; »Manual Parastat«, der især anvendes til at gengive gamle plader deres oprindelige kvalitet; endvidere »Hifi Parastat Kit« til grammofonanlæg af høj kvalitet.

I september 1956 overdrog Watts firmaet Theal NV., Amsterdam, (som fra 1976 har heddet »Tepea BV«) eneretten til salg af sine produkter i Nederlandene. På daværende tidspunkt fremstillede Watts udelukkende produktet »Dustbug«.

Theal anmeldte denne eneforhandlingsaftale til Kommissionen den 24. januar 1963 under følgende beskrivelse: eneforhandlingsaftale, i medfør af hvilken fabrikanten forpligter sig til kun at levere til Theal NV i Nederlandene og at videresende enhver ordre fra dette område til nævnte firma.

Firmaet anførte, at aftalen ikke kunne være omfattet af forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, og erklærede herved: »Aftalen udelukker hverken den frie konkurrence i en enkelt medlemsstat eller mellem medlemsstater, men har alene til formål at stille den bedst mulige service til rådighed for forbrugeren«.

I 1969 udtalte Kommissionen efter en gennemgang af aftalen på grundlag af anmeldelsen, at aftalen efter en foreløbig undersøgelse syntes at falde ind under den type aftaler, der tilladt i henhold til Kommissionens forordning nr. 67/67 af 22. marts 1967 (omhandlende anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 3, på visse kategorier af eneforhandlingsaftaler). Kommissionen henledte dog Theals opmærksomhed på, at fritagelsen efter nævnte forordning ikke fandt anvendelse, såfremt parterne søgte at gennemføre en streng afskærmning af markederne. I så fald måtte aftalen ændres. Theal svarede ikke på Kommissionens opfordring til at fremkomme med eventuelle bemærkninger, som den foreløbige undersøgelse måtte give anledning til.

I 1972 bemærkede en af Theals kunder, Wilkes i Leeuwarden, der var indehaver af en butik, der solgte grammofonplader, radioudstyr m.v. (herunder Watts-produkter), at Theals priser var betydeligt højere end de priser, som grossister i Det forenede Kongerige anvendte. Herefter lykkedes det Wilkes at købe et parti Watts-produkter hos det hollandske engros-importfirma Audiogram, idet Audiogram havde erhvervet dette parti hos en grossist i London, der på sin side syntes at have købt direkte hos fabrikanten.

I det samme år, 1972, gjorde Theal brug af sine rettigheder i Nederlandene

1 — Oversat fra italiensk.

til mærkerne »Dustbug«, »Disc Preener«, »Parastat« og »Watts« (hvilke navne som nævnt betegner de forskellige Watts-produkter, som Theal forhandlede). Således fik Theal nedlagt et forbud ved retten i Leeuwarden, hvorefter Wilkes inden for 24 timer skulle ophøre med at sælge produkter med de nævnte mærker.

I 1973 anfægtede Wilkes denne afgørelse og anlagde sag mod såvel Watts som Theal ved retten i Amsterdam. Samtidig oplyste Wilkes Kommissionen om disse to firmaers adfærd.

Kommissionen indledte herefter en procedure over for Theal og Watts, der afsluttedes med beslutningen af 21. december 1976, i medfør af hvilken de to firmaer blev pålagt bøder. Det er mod denne beslutning, at firmaet Theal, nu Tepea, den 21. februar 1977 har anlagt nærværende annullationssøgsmål, som Watts dog ikke er inddraget i. Firmaerne Wilkes og All Wave har anmodet om tilladelse til at interveniere i sagen, hvilken tilladelse blev givet ved Domstolens kendelse af 21. september 1977.

2. Kommissionens bødepålæg støttes på to konstateringer. For det første mener Kommissionen, at aftalen mellem Watts og Theal har haft til formål eller følge, at det nederlandske marked er blevet isoleret, hvad angår Watts' produkter, idet enhver effektiv konkurrence fra tredjemands side med hensyn til handlen med disse produkter er blevet forhindret, hvorfor traktatens artikel 85, stk. 1, er blevet tilsidesat. For det andet har Theals allerede nævnte anmeldelse af aftalen den 24. januar 1963 indeholdt »urigtige eller forvanskede« oplysninger, især derved at Theal intet oplyste om den del af aftalen, der vedrørte Theals brug af de Watts tilhørende mærker, hvilket strider mod artikel 15, stk. 1, litra a) i Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962. Herefter har Kommissionen pålagt Theal og Watts en bøde på 10 000 regningsenheder for tilsidesættelse af artikel 85, stk. 1, og derhos Theal en bøde på 5 000 regningsenheder for tilsidesættelse af den i anmeldelsen krævede oplysningspligt efter artiklerne 4 og 5 i samme forordning.

I sin gennemgang i beslutningen af de faktiske omstændigheder og de betragtninger, som Kommissionen har lagt til grund, er Kommissionen gået ud fra den antagelse, at Watts ved siden af aftalen om overdragelsen til Theal af eneretten til forhandling af »Dustbug« og i det følgende af andre produkter til rensning og vedligeholdelse af grammofonplader i Nederlandene, samtidigt overdrog Theal eneretten til at anvende de respektive varemærker i Nederlandene, hvorfor Watts har garanteret Theal en absolut områdebeskyttelse i denne stat, hvad angår import og handel med Watts-produkter. Denne beskyttelse blev i det følgende forstærket, i hvert fald fra 1972 at regne, idet Watts pålagde grossister i Det forenede Kongerige et forbud mod at eksportere Watts-produkter til Nederlandene.

Tepea har afvist at have indgået en aftale med Watts om de varemærker, som Tepea har anvendt ved salget af de nævnte produkter.

Tepea har anført, at mærkerne »Disc Preener« og »Parastat« har tilhørt dette firma fra starten, eftersom firmaet selv har skabt dem og ladet dem indregistrere i Nederlandene på et tidspunkt senere end indgåelsen af eneforhandlingsaftalen. Hvad mærket »Dustbug« angår, hævder Tepea at have anvendt det i Nederlandene, før det blev anvendt af Watts i Det forenede Kongerige.

Der er altså her tale om en åbenbar modstrid mellem Kommissionens konstateringer og det af Tepea anførte. Indledningsvis mener jeg dog det er nyttigt at afgrænse de retsregler, hvori sagens løsning skal findes, inden jeg går over til at sammenligne de to nævnte synspunkter for at afgøre, hvilket af dem

der forekommer mest overbevisende på grundlag af skriftvekslingen og den mundtlige forhandling.

3. Som bekendt er en aftale mellem virksomheder omfattet af forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, såfremt den »kan påvirke handlen mellem medlemsstater« og har en negativ indflydelse på den frie konkurrence inden for Fællesskabet »til formål eller til følge«.

For at forbudet finder anvendelse, er det således tilstrækkeligt, at aftalen har til resultat »at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet« med den følge, at den er egnet til direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at bringe den frie handel mellem medlemsstaterne i fare (se herved Domstolens dom af 13. juni 1966 i de foren. sager 56 til 58/64, Grundig-Consten, Sml. 1965-1968, s. 245). Jeg skal understrege, at det drejer sig om en *potentiel* påvirkning af handelsstrømmene mellem medlemsstaterne, som Domstolen allerede har angivet i dom af 30. juli 1966 i sag 56/65, Société technique miniére (Sml. 1965-1968, s. 211). Desuden er det heller ikke til hinder for anvendelsen af artikel 85, at et af de i aftalen deltagende firmaer var hjemmehørende i et tredjeland, da aftalen blev indgået, såfremt aftalen har virkning på Fællesskabets område. Se i så henseende dom af 25. november 1971 i sag 22/71, Béguelin (Sml. 1971, s. 257).

Hvad særligt angår eneforhandlingsaftalerne, må der i første række henvises til dommen i Grundig-Consten-sagen, hvoraf det fremgår, at en eneforhandlingsaftale mellem en fabrikant i en medlemsstat og en forhandler i en anden medlemsstat er uforenelig med forbudet i artikel 85, såfremt forhandleren sidder inde med en absolut områdebeskyttelse mod parallelimport af det samme produkt til hans stat, efter at han er blevet berettiget til at anvende det mærke, som fabrikanten påfører produktet, og samtidig nyder godt af et eksportforbud, som fabrikanten har pålagt grossister i sit land.

Endeligt præciseres det i den allerede nævnte dom af 25. november 1971 i sagen 22/71, Béguelin, at en eneforhandlingsaftale kan skade handelen mellem medlemsstater og udgøre en hindring for konkurrencen, når forhandleren er *i stand til at forhindre* parallelimport fra andre medlemsstater i det af eneforhandlingsaftalen omfattede område som følge dels af aftalen selv dels af nationale regler om illoyal konkurrence.

Af disse domme fremgår således, at betingelserne for anvendelsen af traktatens artikel 85, stk. 1, er opfyldt, når eneforhandleren har det i sin magt at hindre parallelimport fra andre medlemsstater i medfør af en eneforhandlingsaftale, uden at det herved er nødvendigt at undersøge, om han faktisk har gjort brug af denne magt.

Hvad varemærket angår, så fremgår det af Domstolens faste praksis, at fællesskabsretten ikke tillader, at mærket anvendes til at forhindre parallelimport af det samme produkt, der kommer fra den udenlandske fabrikant, der leverer til den lokale mærkeberettigede, især når der består en økonomisk og juridisk forbindelse mellem den mærkeberettigede og fabrikanten (jf. dom af 31. 10. 1974 i sag 16/74, Centrafarm, Sml. 1974, s. 1183).

I et sådant tilfælde er det udelukket, at den i dommen af 22. juni 1966 i sag 119/75, (Terrapin, Sml. 1976, s. 1039) omhandlende undtagelse kan finde anvendelse. Denne undtagelse gælder for de tilfælde, hvor der kan være mulighed for forveksling mellem produkter af samme art fra forskellige medlemsstater og med samme mærke, hidhørende fra personer, der i juridisk og økonomisk henseende er uafhængige af hinanden. På samme måde kan der heller ikke henvises til den ret, som indehaveren af et varemærke i Fællesskabet

har, til at forhindre import af det samme produkt fra tredjelande og/ under samme mærke, idet denne ret kunne anerkendes, hvor mærkets indehaver i Fællesskabet selv fabrikerer produktet under dette mærke (se dom af 15. 6. 1976 i sag 51/78, EMI Records, Sml. 1976, s. 813).

Med disse domme som grundlag skal jeg nu gå over til at gennemgå de faktiske spørgsmål, således som de stiller sig i denne sag.

4. Først vil jeg beskæftige mig med de faktiske omstændigheder, der gik forud for og ledsagede afslutningen af eneforhandlingsaftalen Theal-Watts med henblik på at afgøre, om disse to parter, inden de indgik denne aftale eller samtidigt hermed eller måske senere, men dog under alle omstændigheder før anmeldelsen til Kommissionen, også indgik en aftale vedrørende Theal-Tepeas brug i Nederlandene af de samme mærker, som Watts anvendte i Storbritannien.

Begge parter, såvel som intervenienterne, har på svar fra Domstolen samstemmende anført, at ingen af de omhandlende mærker havde været registreret i nogle af de daværende medlemsstater eller i Storbritannien, før eneforhandlingsaftalen blev indgået mellem Watts og Theal. Fra 1954 til 1956 fremstillede Watts dog som allerede anført kun produktet »Dustbug«. Produkterne med betegnelsen »Disc Preener« og »Parastat«, som blev skabt i de påfølgende år, blev forhandlet af Theal i Nederlandene fra henholdsvis 1958 og 1962, og de blev dernæst indregistreret af Theal i Theals navn i Beneluxvaremærkeregistreret i 1971/1972. Hvad mærket Watts angår, blev dette først anvendt fra 1964 (dvs. på et tidspunkt, der lå senere end den her omhandlede anmeldelse), hvorfor vi ikke behøver at inddrage det i denne undersøgelse.

Det syntes at være et godtgjort faktum, at på det tidspunkt, hvor eneforhandlingsaftalen blev indgået, kunne man såvel i Det forenede Kongerige som i Nederlandene erhverve ret til et mærke ved at bruge det. Det er også sikkert, at betegnelsen »Dustbug« første gang blev anvendt af Watts, (opfinderen af produktet med samme navn) både i Storbritannien og i Nederlandene i 1955. Dette fremgår for det første af en af Watts offentliggjort artikel i januarnummeret i 1955 af tidsskriftet »Wireless World« og for det andet, hvad mere konkret angår brugen af dette mærke i Nederlandene, af udskrifter af Watts regnskabsbøger. Det fremgår nemlig af disse bøger, at i 1955 har Watts leveret produktet »Dustbug« til hollandske firmaer, herunder Theal. Det blev senere under det mundtlige retsmøde oplyst, at det udelukkende drejede sig om produktet »Dustbug«. Nu kan man dog ikke forestille sig, at Watts på daværende tidspunkt har solgt denne artikel i Nederlandene, når han selv havde sat sig på markedsføringen af dette produkt under navnet »Dustbug« (som det fremgår af en annonce i det nummer af det tidsskrift, som jeg lige har omtalt), og ikke herved benævnte produktet som sådan. Desuden er denne betegnelse ikke et almindeligt ord på engelsk. Det ses altså ikke, af hvilken grund Watts skulle have anvendt navnet på produktet, hvis det ikke var med henblik på at bruge det som mærke. Højst sandsynligt har Watts selv opfundet dette enestående navn. Det er nemlig ubestridt, at navnet er inspireret af visse fotografier, som Watts gjorde af insekter (»Bug« er som bekendt et insekt), hvorfor Theals anbringende om at have en førsteret til brugen af denne betegnelse i forhold til produktets opfinder og produktets navn syntes usandsynligt.

Hvis man således tager hensyn til, at det var Watts, der første gang anvendte mærket »Dustbug« (hvilket allerede skete et år før aftalen med Tepea og både i Det forenede Kongerige og i Nederlandene) samt hensyn til det

forhold, at i begge stater var en brug af mærket på daværende tidspunkt retsstiftende, så kan det samtykke, som Watts gav Theal i begyndelsen af deres forretningsforbindelser til Theals brug af mærket »Dustbug« i Nederlandene ikke, som Tepea anførte, opfattes som en simpel tilkendegivelse af, at Watts var ligegyldig over for den af Theal udtrykte hensigt. Faktisk indebar dette samtykke en egentlig tilladelse til at anvende mærket Watts. Der forelå, set under ét, en aftale vedrørende mærket, som på grund af sin konkurrencebegrænsning og tilknytning til eneforhandlingsaftalen stred mod EØF-traktatens artikel 85, og som under alle omstændigheder skulle have været anmeldt af Theal sammen med anmeldelsen af den første aftale.

Hvad angår de øvrige mærker, der er omhandlet i den anfægtede beslutning, betyder det forhold, at disse mærker blev anvendt samtidigt af deres opfinder i Det forenede Kongerige og af opfinderens eneforhandler i Nederlandene i dennes eget navn sammenholdt med, at disse mærker fra starten blev anvendt af Watts til betegnelse af disse produkter, allerede i sig selv og uafhængigt af andre bevisfaktorer, at det må antages, at de to virksomheder også var enige i denne henseende. Deres indbyrdes forståelse bekræftes i øvrigt af den adfærd, de senere lagde for dagen med hensyn til salget af de her omhandlende produkter i Nederlandene.

Endeligt må det ikke glemmes, at i 1971, da Beneluxvaremærkeloven var trådt i kraft, indgav Watts en anmodning om indregistrering af sine mærker i eget navn i Nederlandene. Dette bekræfter, at Watts skønnede at have ejendomsretten over disse mærker uafhængigt af den brug, som Watts havde tilladt Theal at gøre. Kort efter blev anmodningen, som jeg straks skal komme ind på, trukket tilbage som følge af aftalen mellem de to virksomheder, hvorefter Watts ejendomsret blev bevaret.

Selv bortset fra spørgsmålet om, hvem af parterne, Watts eller Theal, der første gang anvendte dette eller hint af de omhandlede mærker i Nederlandene, må det konkluderes, at det ud fra de ovennævnte faktorer allerede nu må antages, at der forelå en aftale mellem de to firmaer vedrørende Theals eneret til brug af de samme mærker, som Watts havde anbragt på de af ham opfundne produkter.

5. På dette punkt i min gennemgang skønner jeg, at det vil være hensigtsmæssigt at forsøge at afklare de grunde, der førte Watts til at trække sin anmodning om indregistrering af de omhandlede mærker i Nederlandene tilbage. Det må givet antages, at disse grunde har været praktiske, og at de må ses i sammenhæng med de retssager, som på daværende tidspunkt verserede i Nederlandene, således som det fremgår af den dokumentation, der indeholdes i nærværende sags akter.

I den anfægtede beslutning anfører Kommissionen, at Theal den 10. oktober 1973 skrev til Watts, og anerkendte, at det var Watts, der havde ejendomsretten til mærkerne »Parastat«, »Disc Preener«, »Dustbug« og »Watts«, men dog samtidig anmodede Watts om at trække sin ansøgning om registrering i Nederlandene tilbage. Det var en aftale, at Theal forpligtede sig til at genoverdrage Watts retten til de mærker, der havde været genstand for ansøgningen. Det var som følge af dette brev, anfører Kommissionen, at Watts den 25. oktober s.å. trak sin ansøgning tilbage.

Sagsøgerene har anerkendt at have skrevet nævnte brev med det angivne indhold, men har i strævningen anført at have annulleret dette brev af 10. oktober ved et andet brev af 19. oktober s.å., fordi man i det første brev overhovedet ikke havde taget hensyn til de allerede eksisterende faktiske omstændigheder og retsforholdet mellem sagsøgerne og Watts. I replikken derimod har

sagsøgerne angivet en anden grund, nemlig at man ønskede at undgå en retsstilling, der kunne betragtes som i strid med traktatens artikel 85.

Referaterne af de drøftelser, der fandt sted i Haag den 10. oktober 1973 mellem repræsentanter for de to virksomheder (affattet af en engelsk advokat og dateret den 18. oktober 1973) bekræfter til gengæld Kommissionens antagelse af, at Theals brev af 10. oktober gengav et vel gennemdrøftet resultat af disse forhandlinger. I mødereferatet angives bl.a., at Theals advokat havde anført, at Watts ikke skulle lade sig indregistrere i Beneluxvaremærkeregisteret, fordi Theal i så fald ikke kunne påregne et gunstigt udfald af den retssag, som Wilkes havde anlagt ved retten i Amsterdam. Forfatteren af det nævnte mødererat har anført, at følgen blev, at »Theal i en vis periode var den eneste indehaver af de i Nederlandene registrerede mærker«. Theals repræsentant havde udtalt, at hans firma var rede til at forpligte sig til at overdrage Watts de således erhvervede rettigheder og mærkerne, så snart Watts måtte anmode herom.

Formålet med denne helt igennem taktiske manøvre ses også af et brev af 25. oktober 1973, som Theals advokat skrev til Watts advokat. Heri anføres, at det er nødvendigt, at Watts-mærkerne slettes af Benelux-registret, for at ikke Theals anbringender i sagen med Wilkes måtte miste deres troværdighed.

Endeligt fremgår det også af andre dokumenter, at der fandtes en aftale mellem Theales og Watts vedrørende de omhandlede varemærker.

I svarskriftet citerer Kommissionen en udtalelse, som Theals direktør, Meijling, den 11. juli 1975 afgav ved et møde, han havde i London med embedsmænd fra Kommissionen. Han udtalte bl.a., at han straks fra begyndelsen af forretningsforbindelserne mellem Theal og Watts havde oplyst Watts om, at Theal selv havde til hensigt at anvende betegnelsen »Dustbug« i Nederlandene, og at Watts havde givet sin tilladelse hertil. Han udtalte endvidere, at Watts enke havde anerkendt, at Watte havde givet tilladelse til at anvende disse mærker, selv om hun dog aldrig havde udtalt, at Theal havde anvendt dem før Watts.

Referatet fra mødet den 11. juli 1975 med Kommissionens embedsmænd blevet godkendt af Watts i et brev af 3. november 1975. Fru Watts' førnævnte samtykke blev taget op i et møde den 23. marts 1976 mellem repræsentanter fra Theal og Kommissionen og godkendt i mødereferatet (»fru Watts har anerkendt, at Watts havde givet Theal tilladelse til at benytte de omhandlede mærker«), senere også godkendt af Theal (brev af 5. 7. 1976) og af Watts (brev af 7. 7. 1976).

Men tager man hensyn til de forskellige forbindelser, der fandtes mellem de to virksomheder, og ser helt bort fra de nævnte dokumenter, så viser det forhold dog, at Watts tidligere havde tilladt, at Theal i eget navn i Nederlandene anvendte de mærker, som tilhørte Watts både i Storbritannien og i Nederlandene, at der forelå en vel gennemtænkt fælles taktik i så henseende. Som allerede nævnt var det aftalens formål at tilsikre Theal en absolut områdebeskyttelse på det hollandske marked samtidig med, at aftalen også fik indflydelse på import af Watts-produkter, som eventuelt kunne indkøbes via andre medlemsstater. Det eksportforbud, som Watts i det følgende pålagde sine britiske forhandlere, bidrog til at sikre det samme resultat. Sidstnævnte foranstaltning har Watts sandsynligvis truffet på Theals anmodning, hvilket ganske klart fremgår af Watts skriftlige svar af 8. september 1956, hvori han anerkender, at der netop er blevet indgået en eneforhandlingsaftale med Theal.

6. Jeg mener, at hvad jeg hidtil har sagt, i tilstrækkelig grad bekræfter, at Theal og Watts var forbundet af en

aftale, hvis formål var mærkernes brug og Theals eneforhandling af Watts-produkter med den følge, at Theal skulle tilsikres en absolut områdebeskyttelse i Nederlandene med handlen med Watts-produkter. Heraf følger logisk, at de to krænkelser, som Kommissionen hævder, at Tepea-Theal har begået (krænkelse af forbudet i EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, krænkelse af pligten til fuld og hel oplysning efter forordning nr. 17) virkelig er sket. Men lad os et øjeblik antage, at beviset for den ovenfor beskrevne aftale ikke er blevet ført eller fundet utilstrækkelig. Jeg tror dog alligevel, at den Theal i første række bebrejdede overtrædelse — af artikel 85, stk. 1, — der også er den mest graverende, selv i dette tilfælde alligevel ville have fundet sted.

Selv om det nemlig antages, at de af sagsøgerne i eget navn registrerede varemærker i Nederlandene havde tilhørt dem straks fra starten og ikke havde været omfattet af en tilsvarende aftale med Watts, forholder det sig ikke desto mindre således, at eneforhandlingsaftalen Watts-Tepea har haft en ubestrideligt restriktiv indlydelse på konkurrencen til skade for dels konkurrerende virksomheder, der blev alvorligt besværet i deres handel med Watts' produkter i Nederlandene, dels for forbrugeren, som ikke i fuldt omfang kunne nyde godt af de mere gunstige priser, som Watts anvendte i Det forenede Kongerige.

Denne restriktive virkning fremgår helt objektivt, når der tages hensyn til den samlede virkning af eneforhandlingsaftalen og de hertil knyttede parallelle eller supplerende omstændigheder:

a) Watts eneforhandler erhvervede retten i Nederlandene til de samme mærker, som fabrikanten anvendte for de samme produkter i det mindste hvad angår »Dustbug«, »Disc Preener« og »Watts«);

b) Watts' eneforhandlers brug af disse hollandske mærker til at forhindre parallelimport til Nederlandene af originale Watts-produkter af andre distributionskanaler end eneforhandlerens;

c) det forbud, som Watts pålagde de britiske grossister mod at eksportere hans produkter uden for Det forenede Kongerige; og med henblik herpå

d) fabrikantens egen anbringelse af etiketter på produkterne, der tillod at identificere den grossist, som eventuelt kunne tænkes at levere produktet, der blev importeret parallelt.

Denne brug, som Theal-Tepea således gjorde af mærket, fremgår ubestrideligt af de i sagen vedføjede akter. Jeg skal her særligt henvise til Theals brev til Audiogram af 5. september 1972, til Theals brev til bladet R. T. H. af 25. oktober 1972 og til akterne i de retssager, som har verseret mellem Theal og Wilkes ved de hollandske retter fra 1972 til 1976. Under disse retssager har Theal hævdet at være berettiget til »at forhindre Wilkes i at anvende Watts-mærker ved salg af Watts-produkter« (nr. 11 i Theals indlæg af 21. november 1973 ved Arrondissementsrechtbank Amsterdam).

Det fremgår i særdeleshed af disse dokumenter, at Theal i sine forsøg på at forhindre andre i at importere Watts-produkter til Holland begrænsede sig til at henvise til, at disse produkter ikke var blevet leveret af Theal, men indkøbt via andre kanaler. Af denne ene grund modsatte Theal sig, under henvisning til mærkerettighederne, varernes salg i Holland og gjorde gældende, at der var tale om en krænkelse af denne ret. Det var først fra 1976, dvs. på et tidspunkt efter at Kommissionen havde indledt sin procedure med henblik på at fastslå overtrædelsen af artikel 85, at Theal indså sin svage position over for fællesskabsretten og rejste spørgsmålet, hvorvidt de produkter, som Wilkes solgte i

Nederlandene, også var fremstillet på Watts' fabrikker.

Der er al grund til at antage, at det her drejer sig om en skinmanøvre. Theal havde prøver af de artikler af mærket »Dustbug«, som Wilkes havde solgt i Nederlandene, og som på emballagen ved siden af nævnte betegnelse også var mærket Watts. Men i stedet for at godtgøre, at det drejde sig om et eftergjort produkt, dvs. et produkt, som Watts ikke havde fremstillet, søgte Theal at vende bevisbyrden ved at kræve, at parallelimportøren skulle påvise, at det drejede sig om et originalt produkt.

Idet jeg ser bort fra de nationale procesregler, som her fandt andvendelse, vil jeg dog gerne anføre, at ud fra fællesskabsretten kan Theals adfærd ikke alene have følger, der strider mod det almindelige princip om frie varebevægelser mellem medlemsstaterne men også i sig selv fremstår som i strid med selve det grundlæggende princip om et fælles marked, der forudsætter, at den, der gør en begrænsning heri gældende, også selv må godtgøre den.

Theals og Watts klare hensigt til at forhindre parallelimport til Nederlandene bekræftes som allerede nævnt endvidere af det eksportforbud, som Watts pålagde britiske grossister med hensyn til sine produkter. Dette forbud har firma Watts selv anerkendt over for Kommissionen under den administrative sagsbehandling, i hvert fald at regne fra 1972 dvs. fra det tidspunkt, hvor en betydelig prisforskel mellem Watts-produkterne i de to medlemsstater begyndte at aftegne sig. Endvidere fremgik denne hensigt allerede af det svar, som Watts gav på hollandske virksomheders anmodning om, at Watts ville levere til dem direkte (se Watts skrivelse til Fortissimo af 28. november 1973).

Hvis man altså sætter aftalen om eneforhandling mellem Watts og Tepea i sammenhæng med den adfærd, som disse parter i det følgende udviste både i Det forenede Kongerige og i Nederlandene, så ses det klart, at denne aftale har haft en konkurrencebegrænsende virkning. Takket være de ovennævnte forhold (navnlig fremgangsmåden med de enslydende mærker - anvendt af Watts i England og af Tepea i Nederlandene - og det eksportforbud, som Watts pålagde sine forhandlere i Storbritannien) blev den centrale virkning af denne aftale, at det hollandske marked blev uigennemtrængeligt for parallelimport, og der opstod således en situation, som, selv bortset fra særlige aftaler vedrørende mærkerne, må antages at være en lignende situation, som Domstolen tog stilling til i Grundig-Consten-sagen.

Det er under denne synsvinkel, at jeg mener, at EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, er tilsidesat. Dette gælder også, selv om der ikke fandtes nogen aftale mellem Watts og Theal angående en overdragelse til Theal af eneretten til at benytte de betegnelser, som Watts havde givet sine egne produkter, som varemærker i Nederlandene. Men nu var der faktisk en sådan aftale, som jeg foran har søgt at påvise, og som følge heraf er den i fællesskabsretten indeholdte forpligtelse til at afgive fuldstændige og korrekte oplysninger ved anmeldelsen som nærmere omhandlet i forordning nr. 17 blev tilsidesat i denne sag.

7. I henhold til artikel 15, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17/62 kan Kommissionen efter et frit skøn pålægge virksomheder bøder, der forsætligt eller uagtsomt fremsætter unøjagtige oplysninger i den i forordningens artikel 4 og 5 omhandlede anmeldelse.

I henhold til nævnte artikel 15, stk. 2, kan Kommissionen pålægge virksomheder den samme sanktion, når disse forsætligt eller uagtsomt har tilsidesat EØF-traktatens artikel 85, stk. 1.

I nærværende sag er der ingen tvivl om, at sagsøgerne ikke kunne være uvidende om, at aftalerne Theal-Watts (både den første aftale vedrørende eneforhand-

lingen og de hertil knyttede aftaler vedrørende brugen af visse Watts-mærker) begrænsede konkurrencen. Endvidere har Theal som nævnt forsætligt opstillet visse betingelser, der satte dette firma i stand til effektivt at modsætte sig parallelimport af Watts-produkter til Nederlandene, og som vi har set det for Wilkes vedkommende, har Theal ihærdigt insisteret på disse betingelser, indtil de blev opfyldt.

De betingelser, der stilles i artikel 15, for at der kan pålægges bøder for de to omtalte overtrædelser, er således opfyldt.

Af disse grunde mener jeg derfor, at der bør ske frifindelse. Mit forslag til afgørelse går følgelig ud på, at Domstolen frifinder Kommissionen og pålægger sagsøreren at afholde sagens omkostninger, herunder intervenienternes.