FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

fremsat den 13. april 2000 *

1. Den af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber anlagte traktatbrudssag, som er genstand for dette forslag til afgørelse, vedrører en påstand om, at det fastslås, at Den Franske Republik har tilsidesat sine forpligtelser i henhold til EF-traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF), idet den på grundlag af den franske immaterialretslovgivning har ladet toldvæsenet foretage tilbageholdelse af varer, der lovligt er fremstillet i en medlemsstat i Det Europæiske Fællesskab, og som efter transit over fransk territorium skal markedsføres i en anden medlemsstat, hvor de lovligt kan markedsføres.

2. For at lette behandlingen af parternes argumentation skal jeg med det samme fremhæve følgende væsentlige omstændigheder, som må holdes for øje ved gennemgangen af visse af de argumenter, som parterne har fremført.

3. Det er vigtigt at fremhæve den omstændighed, at Kommissionens søgsmål ikke vedrører de foranstaltninger, som de franske myndigheder har truffet for at hindre adgangen til det franske marked for varer, der er fremstillet i strid med industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder, der er fastsat i fransk ret.

4. Det af Kommissionen påståede traktatbrud vedrører udelukkende varer, som er fremstillet i en medlemsstat, hvor de, i modsætning til hvad der er tilfældet i Frankrig, ikke er beskyttet af en eneret, og som transporteres gennem Frankrig med henblik på salg i en anden medlemsstat, hvor de heller ikke er retsbeskyttet.

5. For at beskrive denne midlertidige indførsel af varer på en medlemsstats område skal jeg, som parterne, anvende udtrykket »transit«, skønt det naturligvis her ikke drejer sig om »transit« i den juridiske betydning, som udtrykket tillægges i f.eks. EF-toldkodeksen [1], men derimod en »transit« i udtrykkets fysiske forstand.

* Originalsprog: fransk.

1 — Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 af 12.10.1992 om indførelse af en EF-toldkodeks, EFT L 302, s. 1, herefter »EF-toldkodeksen«.

6. Tvisten omfatter således ikke det tilfælde, som har været genstand for hovedparten af Domstolens retspraksis, nemlig om de omtvistede varer er beregnet til import, det vil sige til at blive solgt på den medlemsstats område, hvis lovgivning giver mulighed for tildeling af en eneret.

7. Sagen vedrører derfor heller ikke besiddelsen af varer i Frankrig med henblik på markedsføring i denne stat, eller besiddelsen af varer fremstillet i Frankrig under tilsidesættelse af gældende nationale lovgivning.

8. I denne sag har transportørens besiddelse af varerne udelukkende til formål at muliggøre en transport af disse til en anden medlemsstat, hvor de skal markedsføres.

9. Jeg skal ligeledes understrege, at de af Kommissionen anførte omstændigheder adskiller sig fra omstændighederne i de forskellige sager, som parterne har henvist til.

10. Navnlig har sagsøgte forsøgt at indplacere denne sag i et såkaldt »kompleks« af domme, som ligeledes omfatter CICRA og Maxicar-sagen [2] samt Renault-sagen [3], der også vedrørte reservedele til reparation af biler.

11. Jeg skal imidlertid fastslå, at disse to sager adskiller sig væsentligt fra denne sag.

12. Den første sag vedrørte muligheden for, at indehaveren af en immaterialrettighed i en medlemsstat kunne modsætte sig import til denne medlemsstat af de omtvistede varer. Men, som anført, vedrører Kommissionens sag varer, som er beregnet til at blive markedsført i en anden medlemsstat end den, hvori immaterialretsbeskyttelsen gælder.

13. Den anden sag vedrører ligeledes rettighedsindehaverens mulighed for at modsætte sig fremstilling, salg eller eksport af genstande, der er beskyttet af den pågældende rettighed, snarere end muligheden for at modsætte sig transport gennem det område, som er omfattet af immaterialrettigheden.

14. Efter disse indledende bemærkninger skal jeg gennemgå tvistens forskellige forhold.

2 — Dom af 5.10.1988, sag 53/87, Sml. s. 6039.
3 — Sag C-38/98, dom af 11.5.2000, sml. I, s. 2973.

Hindres samhandelen inden for Fællesskabet?

15. Da formålet med søgsmålet er at få fastslået, om der foreligger en tilsidesættelse af traktatbestemmelserne om de frie varebevægelser, skal jeg først afgøre, om de pågældende nationale foranstaltninger kan hindre samhandelen inden for Fællesskabet.

16. Såvel Kommissionen som sagsøgte finder, at dette er tilfældet. De af Kommissionen nævnte nationale bestemmelser giver toldmyndighederne mulighed for at tilbageholde varer på begæring af indehaveren af en immaterialrettighed, når denne finder, at hans ret tilsidesættes.

17. Denne tilbageholdelse kan vare indtil ti dage. Hvis rettighedsindehaveren inden udløbet af denne frist har anlagt sag ved domstolene, har han mulighed for at få forlænget tilbageholdelsen. Endelig kan den retssag, som følger efter tilbageholdelsen, føre til, at de omtvistede varer konfiskeres.

18. Såvel Kommissionen som sagsøgte henviser herved til en dom afsagt af Cour de cassation (Frankrig) den 26. april 1990, hvoraf det fremgår, at i henhold til de gældende franske bestemmelser, kan den blotte tilstedeværelse i Frankrig af varer, som er fremstillet i en anden medlemsstat, og som er beregnet til at blive markedsført i en tredje medlemsstat, udgøre en immaterialretskrænkelse, hvilket bl.a. kan medføre konfiskering.

19. Sagsøgte har angivet forskellige afgørelser, som bekræfter denne retspraksis, bl.a. en dom afsagt af Cour de cassation (Frankrig) den 17. februar 1999.

20. Jeg er således enig i parternes synspunkt, hvorefter de af Kommissionen kritiserede tilbageholdelsesprocedurer faktisk udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion, idet de i hvert fald forsinker forsendelsen af varerne i transit og i værste fald kan udgøre en nødvendig forudgående betingelse for et forbud mod transitforsendelse af varerne, som kan føre til deres konfiskering.

21. Kommissionen og sagsøgte er imidlertid uenige om den pågældende foranstaltnings præcise karakter.

22. Ifølge Kommissionen er de omtvistede tilbageholdelser foretaget af toldmyndighederne ved grænseovergangen. De kan således kun vedrøre importerede varer og anvendes derfor »forskelligt«. Heraf følger, at udelukkende de hensyn, som er angivet i EF-traktatens artikel 36 (efter ændring nu

artikel 30 EF), kan begrunde dem, hvorfor der ikke herved kan påberåbes et »tvingende hensyn« i den i »Cassis de Dijon«-dommen omhandlede forstand [4].

23. Herimod har sagsøgte anført, at de omtvistede tilbageholdelser kan foretages af toldmyndighederne på hele det franske område, og at grundlaget for de nævnte foranstaltninger i intet tilfælde er grænseoverskridelsen.

24. Sagsøgte tilføjer, at andre myndigheder end toldmyndighederne har tilsvarende beføjelser, og at enhver mistænkt vare, også af fransk herkomst, kan rammes af de omtvistede foranstaltninger.

25. Kommissionen har hertil anført, at sagsøgte ikke har angivet et eneste konkret tilfælde, hvor de tilbageholdte varer var fremstillet i Frankrig, men udelukkende et tilfælde, hvor de kunne have været det.

26. Jeg skal imidlertid fastslå, at Kommissionen ikke har nævnt nogen relevant bestemmelse, hvoraf det fremgår, at kun importerede varer kan rammes af de pågældende tilbageholdelsesforanstaltninger, eller at disse nødvendigvis skal foretages ved grænseovergangen.

27. Det er heller ikke gjort gældende, at det udelukkende er franske bilproducenter, der drager fordel af de nævnte foranstaltninger, eftersom Kommissionen frafaldt denne kritik under den administrative procedure.

28. Det er således efter min mening ikke klart godtgjort, at de pågældende nationale foranstaltninger ikke finder anvendelse uden forskel.

29. Under alle omstændigheder har denne konstatering kun relativ betydning, eftersom sagsøgte, som Kommissionen har anført i sin replik, ikke i sit forsvar har påberåbt sig de forskellige »tvingende hensyn«, som sagsøgte fremførte under den administrative procedure.

Muligheder for at begrunde hindringen

30. Tvisten vedrører herefter kun muligheden for at begrunde de pågældende foranstaltninger på grundlag af traktatens artikel 36, eftersom der ikke, på området, findes nogen afledt ret, der kan løse problemet.

4 — Dom af 20.2.1979, sag 120/78, Rewe-Zentral, den såkaldte »Cassis de Dijon-dom«, Sml. s. 649.

31. Det er klart og mellem parterne ubestridt, at Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/71/EF af 13. oktober 1998 om retlig beskyttelse af mønstre [5], ikke giver nogen løsning på denne sag.

32. Hvad angår beskyttelsen af reservedele til reparation af biler, bestemmer direktivets artikel 14 følgende:

»Overgangsbestemmelse

Indtil der vedtages ændringer til dette direktiv på forslag af Kommissionen i henhold til artikel 18, opretholder medlemsstaterne deres gældende ret vedrørende brugen af mønstret for en komponent, der anvendes til reparation af et sammensat produkt, således at det atter får sit oprindelige udseende, og kan kun ændre denne ret, hvis formålet hermed er at liberalisere markedet for sådanne komponenter.«

33. Heraf følger, at direktiv 98/71 ikke indebærer en fuldstændig harmonisering, eftersom det, hvad angår det særlige tilfælde med de pågældende dele i denne sag, henviser til national ret. Vurderingen af om nationale bestemmelser er forenelige med fællesskabsretten skal således ske på grundlag af traktaten [6].

34. Nævnte artikel 14, som påberåbes af sagsøgte, medfører naturligvis ikke, at enhver foranstaltning, som en medlemsstat opretholder, automatisk er i overensstemmelse med fællesskabsretten, eftersom denne bestemmelse ikke kan fritage de nationale myndigheder fra kravet om at overholde traktaten.

35. Den franske regering har fremført to andre argumenter baseret på afledte retsforskrifter.

36. Regeringen har først henvist til omfanget af de beføjelser, som fællesskabsretten tildeler medlemsstaterne i forbindelse med kontrol, hvad enten det drejer sig om en national ordning eller en fællesskabsforordning. Ifølge den franske regering fremgår dette princip af Europa-Parlamentets og Rådets beslutning nr. 3052/95/EF af 13. december 1995 om indførelse af en ordning for gensidig information om nationale foranstaltninger, der fraviger princippet om frie varebevægelser inden for Fællesskabet [7].

5 — EFT L 289, s. 28.

6 — Jf. som eksempel fra fast retspraksis, dom af 10.7.1984, sag 72/83, Campus Oil m.fl., Sml. s. 2727.

7 — EFT L 321, s. 1.

37. Sagsøgte har ganske vist erkendt, som Kommissionen fremhæver, at den omstændighed, at en foranstaltning kan meddeles i henhold til denne procedure, på ingen måde indebærer nogen formodning for, at den nævnte foranstaltning er gyldig. Sagsøgte mener imidlertid, at denne beslutning viser, at en national kontrolforanstaltning ikke, a priori, er i strid med fællesskabsretten.

38. Selv om det antages, at denne konklusion er korrekt, følger heraf imidlertid ikke, at en sådan foranstaltning aldrig kan være i strid med fællesskabsretten. Hver enkelt sag må undersøges i lyset af traktatbestemmelserne og Domstolens praksis.

39. Den franske regering har ligeledes henvist til Rådets forordning (EF) nr. 3295/94 af 22. december 1994 om foranstaltninger med henblik på at forbyde overgang til fri omsætning, udførsel, genudførsel og henførsel under en suspensionsprocedure af varemærkeforfalskede og piratkopierede varer [8].

40. Den franske regering har anført, at de påtalte tilbageholdelsesforanstaltninger kan sammenlignes med de bestemmelser i den nævnte forordning, som tildeler medlemsstaterne vide beføjelser med henblik på at beskytte indehaveren af immaterialrettigheder mod varemærkeforfalskede varer fra tredjelande.

41. I henhold til forordning nr. 3295/94 kan rettighedsindehaveren bl.a. indgive en skriftlig begæring til toldmyndighederne om, at de griber ind, når varemærkeforfalskede varer deklareres med henblik på overgang til fri omsætning, eksport eller reeksport, eller når de opdages ved en kontrol.

42. Sagsøgte har ligeledes henvist til generaladvokatens forslag til afgørelse i sagen Polo mod Lauren [9], der bekræfter, at i henhold til forordning nr. 3295/94 kan medlemsstaterne modsætte sig transit på deres område af varemærkeforfalskede varer fra tredjelande, som skal reeksporteres til et andet tredjeland.

43. Den franske regering har imidlertid godtaget Kommissionens argument, hvorefter forordning nr. 3295/94 kun finder anvendelse på varer fra tredjelande, der i modsætning til varer, som lovligt er fremstillet i en medlemsstat, ikke er omfattet af princippet om de frie varebevægelser.

8 — EFT L 341, s. 8.

9 — Forslag til afgørelse fra Ruiz Jarabo Colomer fremsat den 16.12.1999 (dom af 6.4.2000, sag C-383/98, Sml. I, s. 2519).

44. Regeringen har imidlertid anført, at såfremt de af Kommissionen påtalte foranstaltninger ikke forelå, ville formålet med forordning nr. 3295/94 blive bragt alvorligt i fare. Det er således tilstrækkeligt, at de »mindre strenge« medlemsstater bringer varerne i fri omsætning på deres område, idet de herefter ikke længere kan standses af en anden medlemsstat, der værner om den industrielle og kommercielle beskyttelse, når denne stat alene benyttes som transitland.

45. Den omstændighed, at man med en større iver end de medlemsstater, sagsøgte betegner som »mindre strenge«, vil gennemføre en bestemmelse fra afledt ret, kan ikke begrunde en tilsidesættelse af traktaten.

46. Desuden følger det af fast retspraksis, at når en medlemsstat mener, at en anden medlemsstat har tilsidesat de forpligtelser, der ifølge fællesskabsretten påhviler denne, tilkommer det den ikke at anvende nationale foranstaltninger for at afhjælpe denne situation, idet den derimod skal anvende de midler, som fællesskabsretten tildeler den til dette formål.

47. Den franske regering har derefter ændret sin argumentation og anført, at toldmyndighedernes indgriben, i henhold til forordning nr. 3295/94, kun finder sted, hvis importen er retsstridig i den medlemsstat, hvor der anmodes om myndighedernes indgriben. Det følger heraf, at intet hindrer en erhvervsdrivende fra et tredjeland i, i en anden medlemsstat, at bringe varer i fri omsætning, som i henhold til fransk ret betragtes som ulovlige kopier. Disse opnår herved karakter af fællesskabsvarer og kan derefter, efter Kommissionens opfattelse, frit forsendes gennem det franske område, hvilket vil bringe gennemførelsen af forordning nr. 3295/94's mål i fare.

48. Jeg skal indledningsvis anføre, at de af Kommissionen påtalte foranstaltninger tilsyneladende ikke er i overensstemmelse med bestemmelserne i forordning nr. 3295/94.

49. Forordningen bestemmer i sin artikel 3, at den anmodning, som forelægges toldmyndighederne, skal vedrøre varer fra et tredjeland. Sagsøgte har imidlertid ikke gjort gældende, at den samme betingelse finder anvendelse på de tilbageholdelser, der er fastsat i fransk ret.

50. Endvidere skal anmodningen vedrøre præcist definerede situationer, det vil sige de situationer, hvor de pågældende varer bringes i fri omsætning, udføres, genudføres eller opdages ved en kontrol af varer, som er omfattet af en suspensiv ordning i den i EF-toldkodeksen omhandlede betydning.

51. Det bestrides imidlertid ikke, at muligheden for tilbageholdelse i henhold til fransk ret ikke er betinget af, at en af disse situationer foreligger.

52. Jeg skal således fastslå, at de af Kommissionen påtalte tilbageholdelsesforanstaltninger har et langt større anvendelsesområde end de i forordning nr. 3295/94 indeholdte foranstaltninger, hvorfor de ikke kan anses for at være begrundet i denne forordnings mål.

53. Jeg skal endvidere anføre, at en medlemsstat under alle omstændigheder ikke kan påberåbe sig, at en foranstaltning er i overensstemmelse med formålet med en afledt retsforskrift med henblik på at begrunde en tilsidesættelse af traktaten. En afledt retsforskrift kan ikke påvirke omfanget af de forpligtelser, som en medlemsstat er pålagt i henhold til traktaten.

54. Kommissionen har herved fremført følgende argumenter med henblik på at godtgøre, at der er tale om en tilsidesættelse af traktatbestemmelserne vedrørende de frie varebevægelser.

55. Hvad angår beskyttelsen af industrielle ejendomsrettigheder har Kommissionen anført, at det fremgår af Domstolens faste praksis, at denne undtagelse kun finder anvendelse, såfremt de pågældende nationale foranstaltninger er nødvendige og står i et rimeligt forhold til hensynet til beskyttelse af de rettigheder, der udgør den industrielle ejendomsrets særlige genstand.

56. I denne henseende er de franske myndigheders påberåbelse af Domstolens praksis vedrørende varemærkerettigheder ikke direkte relevant, for så vidt som der i forbindelse med de pågældende reservedele ikke forelå varemærkekrænkelser.

57. Hvad angår beskyttelsen af mønstre og navnlig beskyttelsen i forbindelse med reservedele til biler har Kommissionen henvist til CICRA og Maxicar-dommen. Domstolen fastslog heri, at en national lovgivning, hvorefter en automobilproducent, der er indehaver af en mønsterret til reservedele til automobiler af egen fabrikation, har ret til at forbyde andre at tilvirke beskyttede enkeltdele med henblik på at sælge dem på det indenlandske marked eller eksportere dem, eller til at forhindre indførsel fra andre medlemsstater af beskyttede enkeltdele, som er fremstillet dér uden automobilproducentens samtykke, er forenelig med traktaten. Domstolen fremhævede, at en sådan lovgivning faktisk havde til formål at beskytte det egentlige indhold af den eneret, som var tildelt indehaveren, og således ikke var i strid med traktatens artikel 30 og 36.

58. Den eneret, som indehaveren af mønsterretten var tildelt, omfattede fremstilling og markedsføring på det nationale område og kunne ikke beskytte denne rettighed på andre markeder, henset til det territoriali-

tetsprincip for den industrielle ejendomsret, som Domstolen bl.a. anvendte i sin dom i IHT Internationale Heiztechnik og Danziger-sagen [10]. I denne sag er de pågældende varer imidlertid hverken fremstillet i Frankrig eller beregnet til at blive markedsført på det franske marked. De af de franske myndigheder foretagne tilbageholdelser kan således ikke fortolkes sådan, at de beskytter den særlige genstand af rettigheden som defineret af Domstolen.

59. I CICRA og Maxicar-dommen fastslog Domstolen ganske vist, at et forbud mod ikke blot import, men ligeledes eksport af varer, der var i strid med eneretten, var begrundet, men det fremgår af dommen, at det er fremstillingen på det nationale område, i strid med eneretten, som lovligt kan forbydes, uanset om denne fremstilling finder sted med henblik på salg på det indenlandske marked eller eksportmarkedet.

60. Transitforsendelse på det franske område udgør ikke i sig selv en tilsidesættelse af den eneret, som efter fransk ret er tildelt indehaveren af mønsterretten.

61. Såfremt man tillod de i Frankrig i tolden praktiserede tilbageholdelser af fællesskabsvarer i transit, ville dette i denne sag medføre, at fransk ret fandt anvendelse i andre medlemsstater, hvilket ville være i strid med Domstolens princip, hvorefter det påhviler hver national lovgiver at fastsætte, hvilke varer der kan være omfattet af en industriel ejendomsretsbeskyttelse. Denne ekstra-territoriale virkning ville blive yderligere forstærket som følge af Frankrigs, rent geografisk, centrale placering i Fællesskabet. Den industrielle ejendomsretsbeskyttelse, som en erhvervsdrivende har opnået i Frankrig, ville således være tilstrækkelig til at sikre ham enerettigheder i hele Fællesskabet på bekostning af produkter, som lovligt er fremstillet i Spanien og Portugal.

62. Disse eksempler viser, at den ligevægt, som skal findes mellem beskyttelsen af den industrielle ejendomsret og princippet om den frie bevægelighed, som nævnt i Keurkoop-dommen [11], åbenlyst forstyrres til skade for sidstnævnte.

63. Beskyttelsen af den industrielle ejendomsret kan således ikke begrunde de foretagne tilbageholdelser i tolden af fællesskabsvarer i transit, der er omfattet af princippet om den frie bevægelighed.

64. Hvad angår artikel 36 fremhæver den franske regering, at beskyttelsen af den industrielle og kommercielle ejendomsret hører til undtagelserne fra princippet om de frie varebevægelser. Tilbageholdelsen med henblik på at udføre kontrol tjener dette mål. Proportionalitetskriteriet er ifølge regeringen opfyldt på grund af tilbagehol-

10 — Dom af 22.6.1994, sag C-9/93, Sml. I, s. 2789.

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

delsens midlertidige karakter og den omstændighed, at den ikke skader varernes integritet.

65. Inden for rammerne af den industrielle ejendomsret har Domstolen fundet en ligevægt mellem de frie varebevægelser og det lovlige hensyn til beskyttelse af rettigheder, der indgår i de immaterielle ejendomsrettigheder. Domstolen har således fastslået, at enhver foranstaltning er forholdsmæssig og således lovlig, såfremt dens formål er at sikre hensynet til beskyttelse af den pågældende rettigheds særlige genstand.

66. Hvad angår mønstre henviser den franske regering til Keurkoop-dommen. I denne sag definerede generaladvokaten, på linje med Kommissionens indlæg, den særlige genstand således, at »indehaveren... har eneret til første gang at markedsføre et produkt med en bestemt industriel formgivning«. De af rettighedsindehaveren trufne foranstaltninger henhører således under mønsterrettens særlige genstand, når disse foranstaltninger har til formål at sikre overholdelsen af enerettighederne.

67. I Keurkoop-dommen fastslog Domstolen, at indehaveren af en mønsterret, som er erhvervet i henhold til en medlemsstats lovgivning, kan modsætte sig import af produkter fra en anden medlemsstat, der har samme udseende som produkter fremstillet efter det anmeldte mønster. Den franske regering finder, at såfremt denne retspraksis finder anvendelse på denne sag, må det konkluderes, at transit af eksakte kopier af reservedele til biler, hvor kopier af modeller sælges uden rettighedsindehaverens tilladelse, udgør disse foranstaltninger, som har til formål at hindre første gangs import, eksport, transit eller salg af disse varer på det nationale område, blot en lovlig udøvelse af den industrielle ejendomsret.

68. Til støtte for denne konklusion har den franske regering citeret et uddrag fra Kommissionens indlæg i den nævnte nye Renault-sag, sag C-38/98, som verserer for Domstolen, der ifølge regeringen gentager den afgørende del af domskonklusionen i CICRA og Maxicar-sagen: »På fællesskabsrettens nuværende trin skal traktatens artikel 30 og 36 fortolkes således, at de ikke er til hinder for, at en national lovgivning giver rettighedsindehaveren af særlige industrielle ejendomsrettigheder på reservedele, som tilsammen udgør karosseriet af en biltype, som allerede er solgt på markedet, ret til at udøve disse særlige enerettigheder ved at forbyde tredjemand at fremstille, sælge, indføre eller udføre reservedele, som ikke er de originale, og ved at påberåbe sig den deraf følgende retsbeskyttelse med henblik på at gøre disse forbud gældende.«

69. Sammenfattende finder den franske regering, at den kontrol, som gennemføres for at sikre beskyttelsen af mønstre på reservedele til biler i overensstemmelse med betingelser, som ikke er harmoniserede på fællesskabsplan, ikke nødvendigvis er omfattet af artikel 30, og i givet fald

henhører under undtagelsen i traktatens artikel 36 hvad angår restriktioner, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af den industrielle ejendomsret.

70. Hvorledes skal disse argumenter bedømmes?

71. Jeg er ikke enig i den konklusion, som sagsøgte har draget af den nævnte retspraksis.

72. Hvad angår CICRA og Maxicar-dommen skal jeg erindre om, at den vedrører den situation, hvor rettighedsindehaveren forsøger at hindre fremstilling af et produkt, som er omfattet af den nævnte rettighed. Som Kommissionen har påpeget, kan man ikke uden videre sammenligne fremstillingen på det beskyttede område med en transit herigennem.

73. Den omstændighed, at Domstolen har fastslået, at retten til at hindre fremstilling i det væsentlige fulgte af immaterialrettens kerne, indebærer ikke, at det kan antages, at det samme gælder for retten til at hindre transit.

74. Af samme grund finder jeg ikke, at det ræsonnement, sagsøgte har anlagt på grundlag af Keurkoop-dommen, er overbevisende. Domstolen fastslog her, at retten til at modsætte sig salg af en vare, som er identisk med den anmeldte model, i princippet følger af den industrielle og kommercielle ejendomsrets kerne. Derimod nævner dommen intet om det andet spørgsmål om transit, eftersom dette slet ikke blev stillet.

75. De samme grunde, som begrænser relevansen af praksis i CICRA og Maxicar-dommen, er følgelig til hinder for, således som sagsøgte gør det, at anvende et analogt ræsonnement på grundlag af Keurkoop-dommen.

76. Som Kommissionen har fremhævet, følger det af fast retspraksis, at kun foranstaltninger, der sikrer beskyttelsen af enerettigheder, som udgør immaterialrettighedens særlige genstand, er omfattet af undtagelsen fra det grundlæggende princip om fri bevægelighed, der er indeholdt i traktatens artikel 36 [12].

Mønsterrettens særlige genstand

77. I lighed med parterne skal jeg i min gennemgang koncentrere mig om beskyt-

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

telsen af mønsterrettigheder, da det fremgår af sagsakterne, at de reservedele, som omhandles i de klager, der ligger til grund for Kommissionens søgsmål, ikke indeholdt noget varemærkeforfalsket mærke, og var mønsterbeskyttede.

78. En første antydning indeholdes i direktiv 98/71 [13]. Det bestemmes i direktivets artikel 12 med overskriften »Rettigheder, som følger af mønsterretten«, at:

»Registreringen af et mønster giver indehaveren eneret til at bruge det og til at forbyde tredjemand, der ikke har hans samtykke, at bruge det. En sådan brug omfatter navnlig fremstilling, udbud, markedsføring, indførsel, udførsel eller brug af et produkt, som mønstret indgår i eller finder anvendelse på, eller oplagring af et sådant produkt med de nævnte formål.«

79. Man søger forgæves i denne opregning, som ganske vist alene giver eksempler, idet den indledes med udtrykket »navnlig«, efter en henvisning til den blotte transport af varen.

13 — Jf. punkt 31.

80. Det fremgår under alle omstændigheder med sikkerhed af, at rettens særlige genstand er muligheden for at hindre »brug« af produktet. Hvad dækker dette begreb over?

81. Det ses tydeligt, at en fremstilling af produkter, der i det mindste efter deres udseende er identiske med det beskyttede produkt, medfører en »brug« af mønstret. En sådan fremstilling forudsætter, at varens udseende, hvilket netop er kendetegnet ved det produkt, der er beskyttet ved mønsterretten, efterlignes.

82. Det samme gælder for salg af varer, der er efterligninger af den beskyttede vare. Dette har en afgørende betydning for forbrugeren, der køber et produkt, som er mønsterbeskyttet, idet der ellers ikke ville være nogen mening med at beskytte produktet ved at tildele en eneret. Hvorvidt salget bliver en succes, afhænger således navnlig af udseendet af den vare, der udbydes til salg.

83. Til gengæld kan det ikke hævdes, at transportøren »bruger« varen på en måde, der kan sammenlignes med de to ovennævnte tilfælde. Hvad angår transportydelsen har udseendet af de transporterede varer ingen betydning, og det vederlag, transportøren får for sin ydelse, afhænger ikke heraf. Derimod er udfaldet af fremstillingen og salget helt afhængig af varens

udseende, som rettigheden har til formål at beskytte.

84. Det er derfor helt logisk, at rettighedsindehaveren kan opnå betaling i form af licensafgifter fra dem, han tildeler en licens til fremstilling eller distribution. Det er derimod vanskeligt at forestille sig, at han kan overbevise en transportør om, at denne skal betale licensafgifter for at transportere de varer, der er beskyttet af rettigheden [14].

85. Der er således en grundlæggende forskel mellem det, som på den ene side kendetegner den blotte transport, og det som på den anden side kendetegner markedsføringen.

86. I øvrigt forsøger rettighedsindehaveren ikke at modsætte sig transporten som sådan. Denne ønsker at hindre, at de nævnte varer når frem til en forbruger, som kan købe disse, uden at rettighedsindehaveren har kunnet opnå den betaling, som besiddelsen af en immaterialrettighed medfører. Den eneste grund til at rettighedsindehaveren skulle modsætte sig den blotte transport af de omtvistede varer, er den omstændighed, at den pågældende transport fører til, at varerne markedsføres, hvilket er den begivenhed, som rettighedsindehaveren rent faktisk vil hindre.

14 — Det er naturligvis en anden situation, hvis f.eks. rettighedsindehaveren ligeledes havde en varemærket og tillod transportøren at henvise til dette varemærke i reklamemæssig henseende. F.eks.: virksomhed X, betroet transportør for fabrikant Y.

87. Det er således først ved en senere markedsføring, at transporten kan skade rettighedsindehaverens interesser. Til gengæld har transporten som sådan ingen relevans i forhold til disse interesser og kan således ikke, i modsætning til fremstilling eller markedsføring, henhører under beskyttelsen af rettighedens særlige genstand.

88. Denne konklusion bekræftes af hele Domstolens praksis om immaterialrettigheder. Uanset hvilken rettighed [15], der var tale om, har Domstolen altid, med henblik på at definere den særlige genstand for den nævnte rettighed, foretaget en udtrykkelig henvisning til markedsføringen.

89. Det samme gælder for immaterialrettigheder, som allerede har været genstand for fællesskabslovgivers harmonisering [16].

15 — Hvad angår patenter: dom af 31.10.1974, sag 15/74, Sterling Drug, Sml. s. 1147. Hvad angår sortsbeskyttelse: dom af 8.6.1982, sag 258/78, Nungesser og Eisele mod Kommissionen, Sml. s. 2015. Hvad angår ophavsrettigheder: nævnte dom i Deutsche Grammophon-sagen. Hvad angår varemærke: dom af 31.10.1974, sag 16/74, Winthrop, Sml. s. 1183.

16 — Jf. f.eks. artikel 5 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), artikel 13 i Rådets forordning (EF) nr. 2100/94 af 27.7.1994 om EF-sortsbeskyttelse (EFT L 227, s. 1), artikel 5 i Rådets direktiv 87/54/EØF af 16.12.1986 om retlig beskyttelse af halvlederprodukters topografi (EFT 1987 L 24, s. 36), artikel 25 i aftalen om EF-patenter, udfærdiget i Luxembourg den 15.12.1989 (EFT L 401, s. 1), og artikel 20 i ændret forslag til Europa-Parlamentets og Rådets direktiv om tilnærmelse af retsforskrifterne om brugsmodelbeskyttelse af opfindelser, KOM(99) 309 endelig udg.

90. Jeg ser ingen grund til at fravige denne retspraksis og tildele mønstre en større beskyttelse end f.eks. ophavsretten eller patentretten, navnlig ikke da der i direktivet om mønstre ligeledes lægges vægt på fremstilling og markedsføring.

91. Det følger heraf, at nationale foranstaltninger, der ikke har til formål at opretholde indehaverens eneret til at fremstille eller markedsføre det beskyttede produkt, men at hindre den blotte transit heraf gennem det område, hvor rettigheden finder anvendelse, ikke kan begrundes i hensynet til beskyttelse af immaterialrettens særlige genstand.

92. Det kan ganske vist hævdes, at de omtvistede foranstaltninger i denne sag alligevel har til formål at beskytte rettens særlige genstand, eftersom rettighedsindehaveren hermed kan hindre de pågældende varer i at nå frem til en anden medlemsstat, hvor de skal markedsføres.

93. Ved en sådan argumentation ses der imidlertid helt bort fra, at i den situation, som er genstand for Kommissionens søgsmål, er det i henhold til lovgivningen i den medlemsstat, hvor de nævnte varer skal afsættes, muligt at markedsføre dem.

94. En godtagelse af dette argument ville således medføre, at forbuddet i Frankrig ligeledes ville gælde i denne anden medlemsstat. Som anført af Kommissionen ville dette give fransk ret en virkning uden for det franske område, hvilket er i strid med immaterialrettens territorialitetsprincip. Dette princip, som er fastslået i Domstolens praksis, udgør imidlertid selve kernen i rettigheden, eftersom sidstnævnte må opfattes som et monopol på det område, hvorpå den finder anvendelse [17].

95. Det ville endvidere være paradoksalt i denne sag at gøre det muligt for en erhvervsdrivende at hindre transport gennem en medlemsstat og således, indirekte, markedsføringen i en anden, hvor denne ville være lovlig, eftersom transportydelsen er accessorisk i forhold til markedsføringen. Dette ville indebære, at hovedprincippet blev afhængigt af et heraf underordnet forhold og ikke omvendt.

96. Sagsøgte har endvidere anført, at tilbageholdelsesforanstaltningerne er omfattet af beskyttelsen af immaterialrettens særlige genstand, eftersom denne under alle omstændigheder omfatter indehaverens ret til som den første at markedsføre de varer, der er beskyttet af rettigheden.

97. I denne sag skulle de omtvistede varer således være »markedsført« for første gang i Frankrig. I henhold til traktaten kan der i

17 — Jf. IHT Internationale Heiztechnik og Danzinger-dommen.

den franske lovgivning gives indehaveren af immaterialrettigheden mulighed for at modsætte sig den nævnte »markedsføring«.

98. Det forekommer mig, at dette argument hviler på en forveksling af begrebet »markedsføring« i begrebets fysiske betydning og »markedsføring« i den betydning, som dette begreb tillægges i fællesskabsretten.

99. Når der i Domstolens praksis om den frie »bevægelighed« af varer nævnes »markedsføring« i en anden medlemsstat, henvises der ikke blot til det forhold, at varerne flyttes ved hjælp af et transportmiddel, men snarere til markedsføringen af de nævnte varer.

100. I et tilfælde som det, der er genstand for Kommissionens søgsmål, hvor varerne flyttes fysisk på en medlemsstats område, før de markedsføres i en anden medlemsstat, er det på sidstnævnte område, at varerne første gang markedsføres, i modsætning til hvad sagsøgte har anført.

101. Det problematiske i at henholde sig til et rent fysisk kriterium fremgår i øvrigt af omstændighederne i hovedsagen. I denne betydning finder den første markedsføring af de varer, der er genstand for Kommissionens søgsmål, ikke sted i Frankrig, men i Spanien, eftersom de dele, der er fremstillet i denne medlemsstat, nødvendigvis er »markedsført« på det tidspunkt, hvor de forlod fabrikken.

Er et transitforbud nødvendigt?

102. Sagsøgte har endvidere anført, at de tilbageholdelsesforanstaltninger, der påtales af Kommissionen, er nødvendige for at sikre en effektiv bekæmpelse af efterligninger, hvis lovlighed bekræftes ved de prioriteter, der er defineret på området, såvel i fællesskabsretten som i forbindelse med den tredje søjle.

103. Kommissionens søgsmål udgør således en alvorlig risiko for gennemførelse af de af Fællesskabet forfulgte mål.

104. Nærmere bestemt har den franske regering anført, at tilbageholdelsesforanstaltningerne, og det forbud som disse eventuelt kan medføre, er nødvendige for at undgå enhver risiko for, at varer, som er fremstillet i en anden medlemsstat, sælges illegalt i Frankrig i stedet for at blive

transporteret til deres påståede bestemmelsessted, altså til en anden medlemsstat.

105. Med andre ord skal de pågældende foranstaltninger ikke forstås således, at de har til formål at inddrage den enkelte transitforsendelse under immaterialrettens særlige genstand, men således, at de sikrer overholdelsen af de rettigheder, som fællesskabsretten tildeler rettighedsindehaveren, det vil sige, som allerede nævnt, eneretten til at fremstille og markedsføre det retsbeskyttede produkt.

106. Tilbageholdelsen, som går forud for et totalforbud mod transit af varer, er således nødvendig. Såfremt man nemlig tillod, at varer, der lovligt var fremstillet i en anden medlemsstat, og som skulle markedsføres lovligt i en anden medlemsstat, kunne transitforsendes gennem Frankrig, ville dette indebære en alvorlig risiko for, at denne »transit« ville ændre sig til en illegal import, der ubestrideligt udgør overtrædelse af immaterialrettighedsindehaverens rettigheder.

107. Det er korrekt, at de tilbageholdelsesforanstaltninger, der udelukkende har til formål at hindre markedsføringen i Frankrig af varer, som er fremstillet uden rettighedsindehaverens tilladelse, er omfattet af beskyttelsen af immaterialrettens særlige genstand, eftersom denne består af indehaverens eneret til at fremstille og markedsføre det beskyttede produkt på det område, hvor retten finder anvendelse, en eneret, som han kan afgive ved at tildele licenser.

108. Det fremgår imidlertid af Domstolens faste retspraksis, at det ikke er tilstrækkeligt, at en foranstaltning, som begrænser en grundlæggende frihed i traktaten, hører under en af de undtagelser, der opregnes i traktatens artikel 36. Det kræves endvidere, at den står i et rimeligt forhold til det formål, der skal forfølges [18].

109. Hvad særligt angår kontrolforanstaltninger har Domstolen fastslået, at for at en national kontrolprocedure skal kunne begrundes i de i traktatens artikel 36 anførte hensyn, skal den have et formål, som ikke kan opfyldes lige så effektivt ved andre foranstaltninger, som er mindre restriktive for samhandelen inden for Fællesskabet. Proceduren må derfor ikke medføre urimelige omkostninger eller frister [19].

110. Foranstaltningerne i denne sag, der er truffet for at undgå risikoen for markedsføring i Frankrig af fragt, som angiveligt er bestemt for markedet i en anden medlemsstat, og som finder anvendelse, uanset det godtgøres, at varerne er beregnet til en anden medlemsstat, kan imidlertid ikke anses for forenelige med proportionalitetsprincippet.

18 — Dom af 20.5.1976, sag 104/75, De Peijper, Sml. s. 613, og Campus Oil m.fl.-dommen.

19 — Dom af 11.6.1987, sag 406/85, Gofette og Gilliard, Sml. s. 2525, præmis 10.

111. Domstolen har i øvrigt allerede i Monsees-dommen [20] fremhævet den graverende karakter af foranstaltninger, som fører til et totalt transitforbud.

112. En sådan forbudsforanstaltning påvirker i betydelig grad samhandelen på et marked, som man ønsker skal være ét enkelt marked. Den skal således være et middel, som kun anvendes i yderste nødsfald og ikke, som i denne sag, en normal foranstaltning.

113. Jeg mener, at sagsøgte med urette har anført, at Kommissionen ikke har foreslået mindre restriktive foranstaltninger, hvorved den påståede risiko kunne undgås.

114. Kommissionen har således fremhævet, at det alene ved kontrol af dokumenter kan sikres, at den kontrollerede fragt rent faktisk kommer fra en anden medlemsstat og er bestemt for en tredje medlemsstat. Jeg deler dette synspunkt.

115. Jeg skal indledningsvis anføre, at Domstolen i en række sager har fastslået, at importforbud var overdrevne i forhold til det påståede mål, og at etiketteringsforanstaltninger burde anses for at være tilstrækkelige [21]. Dette bør så meget desto mere gælde for et transitforbud.

116. Jeg kan ikke indse, hvorfor en kontrol baseret på en undersøgelse af de dokumenter, som medfølger en fragt, ikke er tilstrækkelig i denne henseende. En sådan kontrol af dokumenter udgør klart en mindre restriktiv foranstaltning end de af Kommissionen påtalte tilbageholdelser.

117. Sagsøgte har hertil anført, at kravet om at besidde dokumenter i sig selv kan udgøre en hindring af de frie varebevægelser.

118. Dette er naturligvis korrekt. Imidlertid må denne indsigelse afvises, eftersom en kontrol af dokumenter i denne sag er en mindre restriktiv foranstaltning end den, der anvendes af en medlemsstat, og står i et rimeligt forhold til det påståede mål, nemlig hensynet til beskyttelsen af immaterialrettens særlige genstand.

119. Den franske regering har tilføjet, at i en række sager har de fragtkøretøjer, der

20 — Dom af 11.5.1999, sag C-350/97, Sml. I, s. 2921.

21 — Dom af 10.11.1982, sag 261/81, Rau, Sml. s. 3961, og af 14.7.1988, sag 407/85, 3 Glocken og Kritzinger, Sml. s. 4233.

stoppes af de kompetente myndigheder, intet dokument at fremvise myndighederne.

120. Denne konstatering finder jeg overraskende. Selv om Kommissionen ikke nævner nogle generelle bestemmelser om besiddelse af relevante dokumenter, skal jeg anføre, at transportydelsen ikke kun fuldføres inden for visse retlige rammer, men ligeledes på grundlag af kontraktforhold, hvor man vanskeligt kan forestille sig, at der ikke foreligger noget skriftligt. Sagsøgte har her selv henvist til, at handelskontrakter normalt medfører oprettelse af dokumenter, såsom ordresedler, kontrakter, følgesedler eller fakturaer.

121. Det fremgår således af sagsakterne, at de erhvervsdrivende, der har været genstand for de tilbageholdelser, der ligger til grund for den klage, som har foranlediget Kommissionen til anlægge denne sag, var i besiddelse af dokumenter såsom fakturaer.

122. Henset til muligheden for at anvende moderne kommunikationsmidler finder jeg endvidere, at de kompetente myndigheder burde kunne få tilsendt de nævnte dokumenter inden for en frist på ti dage, når de foretager en kontrol af en transportør, der ikke råder over noget som helst dokument.

123. Argumentet er under alle omstændigheder irrelevant. Den omstændighed, at visse erhvervsdrivende ikke overholder forpligtelsen til at være i besiddelse af dokumenter, begrunder ikke et forbud for alle mod at udøve en grundlæggende frihedsrettighed i henhold til traktaten. Ved en kontrol af dokumenter hindrer intet de franske myndigheder i at anvende tilbageholdelsesprocedurer over for dem, der ikke er i besiddelse af dokumenter.

124. Jeg mener derfor, at selv om de omtvistede tilbageholdelser har til formål at beskytte immaterialrettens særlige genstand ved at udelukke enhver risiko for, at en »transit« ændres til en illegal import, er de i strid med fællesskabsretten, idet de ikke står i et rimeligt forhold til det mål, der forfølges.

Tilbageholdelsen som en midlertidig foranstaltning?

125. Den franske regering har imidlertid henvist til muligheden for at et produkt, som rent faktisk er i transit, kan blive videreforsendt ved afslutningen af tilbageholdelsen. De omtvistede tilbageholdelsesforanstaltninger indebærer således ikke i praksis, som i Monsees-dommen, et transitforbud, men blot en forsinkelse.

126. Dette argument finder jeg vanskelig foreneligt med den nationale retspraksis, som sagsøgte, ligesom Kommissionen, har henvist til.

127. Jeg skal hermed anføre, at det fremgår af sagsakterne, at i henhold til de franske retsinstansers faste praksis anses transport på det franske område af reservedele, som lovligt er fremstillet i en anden medlemsstat, og som er beregnet til at blive markedsført i en tredje medlemsstat, uden videre for en immaterialretskrænkelse, og medfører således forskellige sanktioner, deriblandt forbud.

128. Dette foranlediger mig imidlertid til at undersøge spørgsmålet om, hvorvidt de af Kommissionen påtalte tilbageholdelser ville være forenelige med fællesskabsretten, hvis de, i stedet for at føre til et transitforbud, udelukkende medførte en forsinkelse af forsendelsen af de varer, der lovligt er fremstillet i en medlemsstat, og som er beregnet til lovligt at blive markedsført i en anden, en forsendelse, som ville blive tilladt, så snart de tilbageholdte varers herkomst og egentlige bestemmelsessted var blevet godtgjort.

129. I henhold til gældende bestemmelser kan den pågældende tilbageholdelse vare i ti arbejdsdage. En sådan varighed kan medføre væsentlige udgifter for den erhvervsdrivende, som rammes heraf.

130. Den omstændighed, at denne periode i praksis kan være kortere har ingen betydning, idet det fremgår af retspraksis, at en medlemsstat ikke kan påberåbe sig, at dens praksis er i overensstemmelse med fællesskabsretten med henblik på at opretholde en bestemmelse, som ikke er i overensstemmelse hermed.

131. Jeg skal endvidere fremhæve, at den kontrol, som de pågældende myndigheder skal udføre, ikke udgør en kompliceret teknisk sagkyndig undersøgelse som den i sagen Kommissionen mod Frankrig [22], hvor Domstolen ikke udtrykkeligt fandt, at en frist på 21 dage for at foretage en sagkyndig undersøgelse af importeret vin var i strid med traktaten.

132. Myndighederne har således ikke til opgave at fastslå, at de omtvistede reservedele er i overensstemmelse med en national eller en i fællesskabsretten fastsat teknisk forskrift, men de skal udelukkende kontrollere reservedelenes herkomst og bestemmelsessted på grundlag af dokumenter. Dette bør kunne gøres inden for en tidsfrist målt i timer snarere end i dage.

133. På denne baggrund konkluderer jeg, at selv om de tilbageholdelser, der er gen-

22 — Dom af 22.3.1983, sag 42/82, Sml. s. 1013.

stand for Kommissionens sag, ikke kunne føre til et totalt transitforbud mod varer, der lovligt er fremstillet i en medlemsstat og beregnet til at blive markedsført i en anden, men alene medførte en forsinkelse af deres forsendelse, ville de ikke være forenelige med fællesskabsrettens krav.

134. Det følger af det anførte, at de tilbageholdelsesprocedurer, der er genstand for Kommissionens søgsmål, udgør en hindring af de pågældende varers frie bevægelighed, da disse er lovligt fremstillet i en medlemsstat og beregnet til at blive lovligt markedsført i en anden, hvilken hindring ikke kan omfattes af traktatens artikel 36.

Forslag til afgørelse

135. Jeg mener derfor, at Kommissionens påstand må tages til følge, og at det

1) fastslås, at Den Franske Republik har tilsidesat forpligtelser i henhold til EF-traktatens artikel 30 (efter ændring nu artikel 28 EF), idet den på grundlag af den franske immaterialretslovgivning har ladet toldvæsenet gennemføre tilbageholdelse af varer, der lovligt er fremstillet i en medlemsstat i Det Europæiske Fællesskab, og som efter transit over fransk område skal markedsføres i en anden medlemsstat, hvor de lovligt kan markedsføres

2) pålægges sagsøgte at betale sagens omkostninger.