FÖRSLAG TILL AVGÖRANDE AV GENERALADVOKAT JEAN MISCHO

föredraget den 13 april 2000 *

1. Den talan om fördragsbrott som väckts av Europeiska gemenskapens kommission och som är föremål för detta förslag till avgörande avser fastställelse av att Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse) genom att med stöd av Code de la propriété intellectuelle föreskriva att tullmyndigheterna kan genomföra förfarande för kvarhållande av varor som lagligen har tillverkats i en av Europeiska gemenskapens medlemsstater och som, efter att ha transiterats genom franskt territorium, är avsedda att släppas ut på marknaden i en annan medlemsstat, där de lagligen kan saluföras.

2. För att underlätta en fördjupad prövning av parternas argumentation, skall jag genast framhålla följande omständigheter som det är viktigt att hålla i minnet när vissa av parternas argument prövas.

3. Det är således viktigt att betona att kommissionens talan inte avser åtgärder som vidtagits av de franska myndigheterna för att hindra tillträde till den franska marknaden för varor som tillverkats i strid med den rätt till industriell och kommersiell egendom som föreligger enligt den franska lagstiftningen.

4. Det fördragsbrott som kommissionen har åberopat avser enbart varor som har tillverkats i en medlemsstat där de, till skillnad från vad som är fallet i Frankrike, inte är skyddade genom ensamrätt, och som transporteras genom Frankrike för att släppas ut på marknaden i en annan medlemsstat där de inte heller är skyddade.

5. För att beskriva detta tillfälliga införande av varor på en medlemsstats territorium kommer jag, liksom parterna, att använda uttrycket "transit", även om det i förevarande mål självfallet inte är fråga om "transit" i den rättsliga mening som ordet har i exempelvis tullkodexen för gemenskapen [1], utan om "transit" i fysisk mening.

* Originalspråk: franska.

1 — Rådets förordning (EEG) nr 2913/92 av den 12 oktober 1992 om inrättandet av en tullkodex för gemenskapen (EGT L 302, s. 1, svensk specialutgåva 1994, område 2, volym 16, s. 4, nedan kallad tullkodexen).

6. Således är det här inte fråga om den tänkta situation som har varit föremål för huvuddelen av domstolens befintliga rättspraxis, nämligen att de omtvistade varorna är avsedda att importeras, det vill säga släppas ut på marknaden, på den medlemsstats territorium enligt vars lagstiftning ensamrätt kan erhållas.

7. Talan avser följaktligen inte heller kvarhållande i Frankrike av varor som är avsedda att saluföras i denna stat eller kvarhållande av varor som tillverkats i Frankrike i strid med tillämplig nationell lagstiftning.

8. I den situation som talan avser syftar transportörens varuinnehav endast till att möjliggöra transport av dessa varor till en annan medlemsstat där de är avsedda att saluföras.

9. Det finns även anledning att understryka att de omständigheter som kommissionen har kritiserat skiljer sig från de omständigheter som är i fråga i de olika mål som nämnts av parterna.

10. Svaranden försöker i synnerhet inordna förevarande fall i en så kallad svit av domar till vilken även hör domen i målet CICRA och Maxicar [2], och domen i målet Renault [3], som även de rör reservdelar som används för bilreparationer.

11. Det skall emellertid påpekas att domarna i dessa båda mål skiljer sig väsentligt från förevarande fall.

12. I det första målet var det fråga om möjligheten för den som är immaterialrättsinnehavare i en medlemsstat att motsätta sig import av de omtvistade varorna till nämnda stat. Som har framgått avser kommissionens talan emellertid varor som är avsedda att saluföras i en annan medlemsstat än den i vilken immaterialrätten är tillämplig.

13. Det andra målet gäller också snarare möjligheten för rättighetsinnehavaren att motsätta sig tillverkning, försäljning eller export av de föremål som skyddas av denna rättighet, än möjligheten att motsätta sig enbart genomfart över det territorium som omfattas av immaterialrättigheten.

14. Efter detta inledande påpekande skall jag granska tvistens olika delar.

2 — Dom av den 5 oktober 1988 i mål 53/87 (REG 1988, s. 6039).

3 — C-38/98, dom av den 11 maj 2000, REG 2000, s. I-2973.

Hindras handeln inom gemenskapen?

15. Eftersom syftet med talan är att åsidosättande av fördragets bestämmelser om den fria rörligheten för varor skall fastställas, finns det inledningsvis anledning att fastställa om de nationella åtgärderna i fråga kan hindra handeln inom gemenskapen.

16. Såväl kommissionen som svaranden anser att så är fallet. De nationella bestämmelser som kommissionen har nämnt gör det möjligt för tullmyndigheterna att kvarhålla varor på begäran av immaterialrättsinnehavaren då denne anser att hans rättighet kränks.

17. Detta kvarhållande kan vara upp till tio dagar. Om rättighetsinnehavaren före utgången av denna tidsfrist har väckt talan vid domstol, är det möjligt för honom att få till stånd en förlängning av kvarhållandet. Slutligen kan det rättsliga förfarande som då följer på kvarhållandet leda till beslag av de omtvistade varorna.

18. Såväl kommissionen som svaranden har i detta avseende nämnt en dom av den 26 april 1990 av Cour de cassation (Frankrike) av vilken det framgår att redan närvaron i Frankrike av varor som är tillverkade i en annan medlemsstat och som är avsedda att saluföras i en annan medlemsstat enligt de tillämpliga franska bestämmelserna utgör grund för åtal för varuförfalskning, vilket bland annat kan medföra beslag.

19. Svaranden har nämnt flera andra beslut vari denna rättspraxis bekräftas, i synnerhet en dom av Cour de cassation (Frankrike) av den 17 februari 1999.

20. Jag anser således att jag måste dela parternas uppfattning att de förfaranden för kvarhållande som kommissionen har kritiserat faktiskt utgör en åtgärd med motsvarande verkan som en kvantitativ importrestriktion, eftersom de åtminstone får till följd att förflyttningen av de transiterande varorna försenas och i värsta fall kan utgöra en nödvändig inledande åtgärd för förbud mot genomfart av varor och till och med för beslag av dem.

21. Kommissionen och svaranden har emellertid gjort olika analyser av den exakta beskaffenheten av åtgärden i fråga.

22. Enligt kommissionen genomförs de omtvistade åtgärderna rent faktiskt av tullmyndigheterna vid gränspassagen. De kan således endast avse importerade varor och är därför "tillämpliga utan åtskillnad". Av detta följer att de endast kan vara motiverade av sådan hänsyn som uppräknas i artikel 36 i EG-fördraget (nu arti-

kel 30 EG i ändrad lydelse). Det är inte möjligt att i detta syfte åberopa "tvingande hänsyn" i den mening som avses i rättsfallet Cassis de Dijon. [4]

23. Svaranden har däremot gjort gällande att de omtvistade kvarhållandeåtgärderna kan genomföras av tullmyndigheterna på hela det franska territoriet och att det avgörande för nämnda åtgärder inte i något fall är gränspassagen.

24. Svaranden har tillagt att andra myndigheter än tullmyndigheterna har motsvarande befogenheter och att varje misstänkt vara, inklusive varor av nationellt ursprung, kan bli föremål för de omtvistade åtgärderna.

25. På detta har kommissionen svarat att svaranden inte har åberopat något konkret fall i vilket de kvarhållna varorna varit tillverkade i Frankrike, utan endast ett fall då de skulle kunna ha varit det.

26. Det måste emellertid konstateras att kommissionen inte har nämnt någon tillämplig bestämmelse av vilken det följer att endast importerade varor kan vara föremål för kvarhållandeåtgärderna i fråga eller att dessa åtgärder måste genomföras vid gränspassagen.

27. Det åberopas inte heller att endast franska biltillverkare gagnas av dessa åtgärder, eftersom kommissionen har återtagit denna kritik under det skriftliga förfarandet.

28. Det kan således enligt min mening inte obestridligen fastställas att de nationella åtgärderna i fråga inte tillämpas utan åtskillnad.

29. I varje fall är detta konstaterande endast av relativ betydelse eftersom, såsom kommissionen påpekat i sin svarsskrivelse, svaranden inte till sitt försvar har åberopat de olika "tvingande hänsyn" som svaranden hänvisat till under det skriftliga förfarandet.

Möjligheter att anse hindret motiverat

30. Tvisten handlar därför endast om huruvida åtgärderna i fråga kan anses motiverade på grundval av artikel 36 i fördraget, eftersom det i förevarande fall inte finns någon sekundärrätt som kan ge en lösning på problemet.

4 — Dom av den 20 februari 1979 i mål 120/78, Rewe-Zentral, kallat Cassis de Dijon (REG 1979, s. 649; svensk specialutgåva, volym 4, s. 377).

31. Det är nämligen uppenbart och ostridigt att Europaparlamentets och rådets direktiv 98/71/EG av den 13 oktober 1998 om mönsterskydd [5] inte ger någon lösning i förevarande mål.

32. Vad avser skydd för lösa beståndsdelar som är avsedda för reparation av bilar, föreskrivs i artikel 14 följande:

"Övergångsbestämmelse

Fram till dess att ändringar till detta direktiv antas på förslag från kommissionen i enlighet med bestämmelserna i artikel 18 skall medlemsstaterna bibehålla sina rättsliga bestämmelser om användning av ett mönster till en beståndsdel som används för att reparera en sammansatt produkt så att den återfår sitt ursprungliga utseende, och de skall endast kunna vidta förändringar i dessa bestämmelser om syftet är att liberalisera marknaden för sådana delar."

33. Av detta följer att det genom direktiv 98/71 inte genomförs en fullständig harmonisering, eftersom det i direktivet, vad avser det speciella fallet avseende de delar som är i fråga i förevarande mål, hänvisas till nationell rätt. Det finns således anledning att söka stöd i fördraget för att bedöma huruvida de nationella bestämmelserna är förenliga med gemenskapsrätten. [6]

34. Av ovannämnda artikel 14, som åberopats av svaranden, framgår uppenbarligen inte att varje åtgärd som en medlemsstat bibehåller i kraft automatiskt överensstämmer med gemenskapsrätten, eftersom denna bestämmelse inte kan innebära att de nationella myndigheterna undantas från kravet att iaktta fördraget.

35. Den franska regeringen har åberopat ytterligare två argument från sekundärrätten.

36. Regeringen i fråga har inledningsvis framhållit omfattningen av de befogenheter som gemenskapsrätten tillerkänner medlemsstaterna i fråga om kontroll, oavsett om det är fråga om nationella eller gemenskapsrättsliga bestämmelser. Enligt denna regering åskådliggörs denna princip av Europaparlamentets och rådets beslut 3052/95/EG av den 13 december 1995 för att fastställa ett förfarande för ömsesidig information om nationella åtgärder som avviker från principen om fri rörlighet för varor inom gemenskapen. [7]

5 — EGT L 289, s. 28.

6 — Se, som exempel på fast rättspraxis, dom av den 10 juli 1984 i mål 72/83, Campus Oil m.fl. (REG 1984, s. 2727; svensk specialutgåva, volym 7, s. 633).

7 — EGT L 321, s. 1.

37. Svaranden har förvisso, såsom kommissionen understrukit, medgett att den omständigheten att en åtgärd kan delges enligt detta förfarande inte på något sätt medför en presumtion för att nämnda åtgärd är rättsenlig. Svaranden anser emellertid att detta beslut visar att en nationell kontrollåtgärd inte *a priori* strider mot gemenskapsrätten.

38. Även om man antar att denna slutsats är riktig, följer det emellertid inte heller av denna att en sådan åtgärd aldrig kan strida mot gemenskapsrätten. Det finns anledning att pröva varje enskilt fall mot bakgrund av fördragets bestämmelser och domstolens praxis.

39. Den franska regeringen har även försökt stödja sig på rådets förordning (EG) nr 3295/94 av den 22 december 1994, om åtgärder för att förhindra övergång till fri omsättning, export, återexport eller hänförande till ett suspensivt arrangemang av varumärkesförfalskade och pirattillverkade varor. [8]

40. Den franska regeringen har framfört att de ifrågasatta kvarhållandeåtgärderna är förenliga med bestämmelserna i nämnda förordning, som ger medlemsstaterna stora befogenheter för att försvara immaterialrättsinnehavarnas rättigheter mot varumärkesförfalskningar som kommer från tredje land.

41. I synnerhet gör förordning nr 3295/94 det möjligt för innehavaren av en rättighet att inge en skriftlig ansökan om ingripande till tullmyndigheterna om varumärkesförfalskade varor deklareras för övergång till fri omsättning, export eller vidareexport eller upptäcks vid en kontroll.

42. Svaranden har vidare nämnt generaladvokatens förslag till avgörande i målet Polo mot Lauren, [9] som bekräftar att det enligt förordning nr 3295/94 är tillåtet för medlemsstaterna att motsätta sig transitering på sitt territorium av varumärkesförfalskade varor som kommer från ett tredje land och som skall vidareexporteras till ett annat tredje land.

43. Den franska regeringen har emellertid godtagit kommissionens argument att förordning nr 3295/94 endast är tillämplig på varor som kommer från tredje land och som, till skillnad från de varor som lagligen tillverkats i en medlemsstat, inte åtnjuter skydd enligt principen om fri rörlighet för varor.

8 — EGT L 341, s. 8; svensk specialutgåva, område 2, volym 16, s. 77.

9 — Förslag till avgörande av generaladvokaten Ruiz Jarabo Colomer, föredraget den 16 december 1999, dom av den 6 april 2000 i mål C-383/98 (REG 2000, s. I-2519).

44. Den franska regeringen har emellertid gjort gällande att syftet med förordning nr 3295/94 allvarligt skulle äventyras om de åtgärder som kommissionen ifrågasätter inte vidtogs. Det skulle således vara tillräckligt att medlemsstater som är mer "överdrivet liberala" än andra lät varorna övergå till fri omsättning på sina territorier för att de inte skulle kunna hejdas av en medlemsstat med större omsorg om skyddet av den industriella och kommersiella egendomen när denna medlemsstat endast är genomfartsland.

45. Det förhållandet att man ivrigare än de medlemsstater som svaranden betecknar som "överdrivet liberala" vill genomföra en sekundärrättslig bestämmelse, kan inte motivera ett åsidosättande av fördraget.

46. Dessutom följer det av fast rättspraxis att det inte ankommer på en medlemsstat att, då denna anser att en annan medlemsstat har åsidosatt sina skyldigheter enligt gemenskapsrätten, vidta nationella åtgärder för att avhjälpa denna situation, utan att de medel som gemenskapsrätten erbjuder i detta syfte då skall användas.

47. Den franska regeringen har därefter nyanserat sin argumentation och erinrat om att det ingripande från tullmyndigheternas sida som föreskrivs i förordning nr 3295/94 endast skall äga rum om importen är rättsstridig i medlemsstaten där ingripande av myndigheterna har begärts. Av detta följer att inget skulle hindra en aktör i en annan medlemsstat från att få till stånd en övergång till fri omsättning av sådana varor som är varumärkesförfalskade enligt fransk rätt. Dessa varor skulle således få status av gemenskapsvaror och skulle då, enligt kommissionens mening, fritt kunna passera genom franskt territorium, vilket skulle sätta förverkligandet av förordningens syfte på spel.

48. Låt mig till att börja med påpeka att det inte förefaller som om de åtgärder som kommissionen har ifrågasatt är förenliga med bestämmelserna i förordning nr 3295/94.

49. I artikel 3 i denna förordning föreskrivs att ansökan som inges till tullmyndigheterna skall avse varor som kommer från tredje land. Svaranden har emellertid inte hävdat att samma villkor skall tillämpas på de kvarhållanden som föreskrivs i den franska lagstiftningen.

50. Dessutom skall ansökan syfta på mycket klart definierade situationer, nämligen sådana där varorna i fråga införs för fri omsättning, export eller återexport eller påträffas då det sker kontroll av varor som omfattas av ett suspensivt arrangemang i den mening som avses i tullkodexen för gemenskapen.

51. Det har emellertid inte bestritts att möjligheten till kvarhållande enligt fransk rätt inte är beroende av att en av dessa situationer skall föreligga.

52. Man måste således konstatera att de kvarhållandeåtgärder som kommissionen har ifrågasatt har ett mycket mer omfattande tillämpningsområde än de åtgärder som föreskrivs i förordning nr 3295/94 och således inte kan anses motiverade av syftet med denna förordning.

53. Det är dessutom viktigt att erinra om att en medlemsstat i varje fall inte kan åberopa att en åtgärd är förenlig med syftet med en sekundär rättsakt för att motivera ett åsidosättande av fördraget. En sekundär rättsakt kan inte få som verkan att omfattningen av en medlemsstats skyldigheter enligt fördraget påverkas.

54. Vad avser dessa skyldigheter har kommissionen gjort gällande följande argument, som är avsedda att visa att det föreligger en överträdelse av de fördragsbestämmelser som rör den fria rörligheten för varor.

55. Vad avser skydd för den industriella äganderätten har kommissionen noterat att det av domstolens fasta rättspraxis framgår att detta undantag endast är tillämpligt om de nationella åtgärderna i fråga är nödvändiga och står i proportion till skyddet av de rättigheter som utgör föremålet för den skyddade industriella äganderätten.

56. I detta avseende är de franska myndigheternas åberopande av domstolens rättspraxis om varumärkesrätt inte direkt relevant i den mån de lösa beståndsdelarna i fråga inte innehåller varumärkesförfalskningar.

57. Vad avser mönsterskyddet och i synnerhet skyddet för bilreservdelar, har kommissionen hänvisat till det ovannämnda målet CICRA och Maxicar. Domstolen fann att en nationell bestämmelse enligt vilken tillverkare av bilar som innehar patent för ett mönster på reservdelar avsedda för de bilar som han tillverkar kan förbjuda utomstående att för försäljning på den inhemska marknaden eller för export tillverka de skyddade delarna eller hindra att andra medlemsstater importerar sådana delar som tillverkats utan hans samtycke var förenlig med fördraget. Domstolen underströk att en sådan lagstiftning avser att skydda själva innehållet i den ensamrätt som innehavaren har och att den därför inte strider mot artiklarna 30 och 36 i fördraget.

58. Den ensamrätt som mönsterskyddsinnehavaren har omfattar tillverkning och saluföring på det nationella territoriet och kan inte få till följd att denna rättighet skyddas på andra marknader, med beaktande av territorialitetsprincipen för den

industriella äganderätten som domstolen i synnerhet stadfäste i domen i målet IHT Internationale Heiztechnik och Danziger. [10] I förevarande fall är de varor som åsyftas emellertid varken tillverkade i Frankrike eller avsedda att släppas ut på den franska marknaden. De kvarhållanden som genomförs av de franska myndigheterna kan således inte tolkas som en åtgärd som skyddar det särskilda föremålet för rättigheten såsom detta föremål har bestämts av domstolen.

59. I domen i det ovannämnda målet CICRA och Maxicar ansåg domstolen visserligen att ett förbud både mot import och export av varor vilken innebar åsidosättande av ensamrätten var motiverat, men av domen i målet följer att det är tillverkning på nationellt territorium i strid med ensamrätten som lagligen kan förbjudas, oavsett om denna tillverkning genomförs för försäljning på den inre marknaden eller för export.

60. Enbart transitering över franskt territorium i sig utgör inte en kränkning av den ensamrätt som mönsterskyddsinnehavaren tillerkänns enligt fransk rätt.

61. Om man i förevarande fall tillät det kvarhållande i tullen som tillämpas i Frankrike på transiterande gemenskapsvaror, skulle detta innebära att tillämpningen av den franska lagen skulle utvidgas till andra medlemsstater, vilket skulle strida mot den av domstolen fastslagna principen att det ankommer på de nationella lagstiftarna att bestämma vilka varor som skall åtnjuta skydd för den industriella äganderätten. Denna följdverkning utanför territoriet skulle förstärkas ytterligare på grund av Frankrikes centrala geografiska position inom gemenskapen. Det skydd som en aktör fått i Frankrike skulle således vara tillräckligt för att garantera honom ensamrättigheter i hela gemenskapen på bekostnad av varor som lagligen tillverkats i Spanien eller Portugal.

62. Dessa exempel visar att den balans som bör finnas mellan skyddet för den industriella äganderätten och principen om fri rörlighet, såsom det erinras om i domen i målet Keurkoop [11], uppenbart skulle brytas till den sistnämnda principens nackdel.

63. Skyddet för den industriella äganderätten skulle således inte motivera kvarhållande i tullen av transiterande gemenskapsvaror som åtnjuter skydd enligt principen om fri rörlighet.

64. Vad beträffar artikel 36 har den franska regeringen för sin del understrukit att skyddet av den industriella och kommersiella äganderätten utgör ett av undantagen från principen om fri rörlighet för varor. Kvarhållande för kontroll avser detta ändamål. Proportionalitetskravet är uppfyllt genom att kvarhållandet är av tillfällig

10 — Dom av den 22 juni 1994 i mål C-9/93 (REG 1994, s. I-2789).

11 — Dom av den 14 september 1982 i mål 144/81 (REG 1982, s. 2853; svensk specialutgåva, volym 6, s. 491).

karaktär och genom den omständigheten att kvarhållandet inte påverkar varornas integritet.

65. Vad avser ramen för den industriella äganderätten har domstolen funnit en balans mellan den fria rörligheten för varor och det lagliga skyddet av immateriell äganderätt. Domstolen har således fastställt att varje åtgärd är proportionerlig och således laglig om den har till syfte att säkerställa skyddet för det särskilda föremålet för äganderätten i fråga.

66. Vad beträffar mönsterskydd skall hänvisas till domen i det ovannämnda målet Keurkoop. I detta mål definierade generaladvokaten med samma ordalag som kommissionens hade använt i sitt yttrande, det särskilda syftet såsom "innehavarens ensamrätt att saluföra en vara med en viss form". De åtgärder som vidtas av rättighetsinnehavaren hör således till det särskilda föremålet för mönsterskyddet, då åtgärderna syftar till att dennes ensamrätt skall respekteras.

67. I domen i det ovannämnda målet Keurkoop fann domstolen att innehavaren av en mönsterrätt som har förvärvats i enlighet med en medlemsstats lagstiftning får motsätta sig import från en annan medlemsstat av varor vars utformning är identisk med det registrerade mönstret. Den franska regeringen anser att man, om man tillämpar denna rättspraxis i förevarande fall, kan dra slutsatsen att, vad gäller transitering av kopior av lösa beståndsdelar för bilar, i fall då mönster förts ut på marknaden utan medgivande från rättighetsinnehavaren, åtgärder för att hindra import, export, transitering eller försäljning av dessa varor på nationellt territorium för första gången endast utgör lagligt utövande av den industriella äganderätten.

68. Till stöd för denna analys har den franska regeringen citerat ett stycke av kommissionens yttrande i det nya målet C-38/98, Renault, som nämnts ovan och som för närvarande är anhängigt vid domstolen, i vilket, enligt den franska regeringen, det väsentligaste av den avgörande delen i domskälen i det ovannämnda målet CICRA och Maxicar återges enligt följande: "På gemenskapsrättens nuvarande stadium skall artiklarna 30 och 36 i fördraget inte tolkas på så sätt att de utgör hinder för att det i en nationell lagstiftning föreskrivs att innehavare av särskilda industriella äganderättigheter till lösa beståndsdelar, som tillsammans utgör karosseriet till en bil av en typ som redan har släppts ut på marknaden, att utöva dessa särskilda ensamrätter genom att förbjuda tredje man att tillverka, sälja, importera eller exportera reservdelar som inte är i original för dessa komponenter och att åberopa motsvarande rättsligt skydd för att göra dessa förbud gällande".

69. Sammanfattningsvis anser den franska regeringen att de kontroller som vidtas för att säkerställa mönsterskyddet för lösa beståndsdelar till bilar på villkor som inte är harmoniserade på gemenskapsnivå inte nödvändigtvis ingår i tillämpningsområdet för artiklarna 30 och 36 och, i förekommande fall, omfattas av det undantag som

avses i artikel 36 i fördraget vad beträffar restriktioner som är motiverade med hänsyn till skyddet av den industriella äganderätten.

70. Hur skall dessa argument bedömas?

71. Jag gör inte samma analys som svaranden av den rättspraxis som svaranden har nämnt.

72. Vad beträffar domen i det ovannämnda målet CICRA och Maxicar, skall erinras om att målet i fråga avser en situation då rättighetsinnehavaren avser att hindra tillverkningen av den vara som omfattas av nämnda rättighet. Såsom kommissionen påpekat kan man inte utan vidare likställa tillverkning på det skyddade territoriet med enbart transitering över detsamma.

73. Den omständigheten att domstolen har funnit att rätten att hindra tillverkning i huvudsak följer av immaterialrättens natur gör det inte möjligt att anta att detsamma gäller avseende rätten att hindra enbart transitering.

74. Av liknande skäl finner jag inte att det resonemang som svaranden försöker grunda på domen i det ovannämnda målet Keurkoop är övertygande. Domstolen fann i detta mål att rätten att motsätta sig saluföring av en importerad vara som är identisk med den som är mönsterskyddad i princip följer av den industriella och kommersiella äganderättens natur. I domen i målet tas dock inte frågan om transitering, som är en annan fråga, upp. Nämnda fråga uppkom inte i målet.

75. Av samma skäl som begränsar det ovannämnda rättsfallets CICRA och Maxicar relevans i förevarande fall ser jag mig följaktligen även förhindrad att i likhet med svaranden föra ett analogt resonemang grundat på domen i det ovannämnda målet Keurkoop.

76. Som kommissionen anfört, följer det av domstolens fasta rättspraxis att endast de åtgärder som syftar till att säkerställa skyddet för de ensamrättigheter som utgör det särskilda föremålet för immaterialrätten kan åtnjuta undantag från den grundläggande principen om fri rörlighet som föreskrivs i artikel 36 i fördraget. [12]

Det särskilda föremålet för mönsterskyddet

77. I likhet med parterna kommer jag att koncentrera min analys till mönsterskyd-

12 — Dom av den 8 juni 1971 i mål 78/70, Deutsche Grammophon (REG 1971, s. 487; svensk specialutgåva, volym 1, s. 449).

det, eftersom det framgår av handlingarna i målet att de beståndsdelar som är i fråga i de klagomål som ligger till grund för kommissionens talan inte innehöll något förfalskat varumärke och att de är mönsterskyddade.

78. En första anvisning ges i själva direktivet 98/71.[13] I detta direktiv föreskrivs i artikel 12, som har rubriken "Rättigheter knutna till en mönsterrätt", följande:

"Registreringen av ett mönster skall ge innehavaren ensamrätt att använda det och att hindra en tredje part från att utan hans samtycke använda det. Ovannämnda användning omfattar särskilt att tillverka, bjuda ut, marknadsföra, importera, exportera eller använda en produkt som mönstret ingår i eller används på, eller att lagerhålla en sådan produkt för sådana ändamål."

79. I denna uppräkning, som förvisso endast är exemplifierande, eftersom den föregås av orden "särskilt", en hänvisning till enbart transport av varan.

80. Det följer i varje fall utan tvekan av denna bestämmelse att rättighetens särskilda ändamål är möjligheten att hindra att varan "används". Vad omfattas av begreppet "använda"?

81. Det är uppenbart att tillverkning av varor som åtminstone är utformade på samma sätt som de varor som är skyddade innebär en "användning" av mönstret. En sådan tillverkning förutsätter att varans utformning, som är just det som kännetecknar den vara som avses med mönsterskyddet, imiteras.

82. Samma sak gäller beträffande saluföringen av varor som innefattar efterbildning av den skyddade varans utformning. Denna utformning är avgörande för konsumenten som köper en vara som utgör föremål för mönsterskydd. Annars skulle det knappast finnas något intresse av att vilja låta den skyddas genom en ensamrätt. Huruvida saluföringen blir framgångsrik beror således på utformningen av den vara som utbjuds till försäljning.

83. Däremot kan man inte hävda att transportören "använder" varan på ett sätt som är jämförbart med de två ovannämnda hypoteserna. För utförande av transporten har de transporterade varornas utformning inte någon betydelse och den nytta som transportören kan få av utförandet är inte beroende av den. Tvärtom kan frågan huruvida tillverkning och saluföring lyckas

13 — Se punkt 31 ovan.

inte särskiljas från varans utformning, som rättigheten avser att skydda.

84. Det är därför fullständigt logiskt att rättighetsinnehavaren kan uppbära royalty från dem som denne beviljar licens för tillverkning eller distribution. Det är däremot mycket svårare att tänka sig att han skulle kunna övertala en transportör att betala royalties för att få äran att transportera varor som är skyddade av hans rättighet. [14]

85. Det finns således en stor skillnad mellan vad som kännetecknar, å ena sidan, enbart transport och, å andra sidan, tillverkning eller saluföring.

86. För övrigt är det inte rättighetsinnehavarens avsikt att motsätta sig transport som sådan. Han har intresse av att hindra nämnda beståndsdelar från att nå fram till en konsument som kan företa sina inköp utan att rättighetsinnehavaren kan få den ersättning vilket en immaterialrättighet medför. Den enda anledningen till att rättighetsinnehavaren skulle kunna vilja motsätta sig transport av de omtvistade varorna är följaktligen den omständigheten att nämnda transport kommer att avslutas genom utsläppande på marknaden, vilket är den händelse som rättighetsinnehavaren faktiskt vill hindra.

14 — Situationen skulle självfallet vara en annan, exempelvis om rättighetsinnehavaren även hade en varumärkesrättighet och tillät transportören att hänvisa till detta märke i marknadsföringssyfte. Till exempel: företag X, transportör som anlitas av tillverkare Y.

87. Det är således endast vid en senare saluföring som transporten kan skada rättighetsinnehavarens intressen. Däremot saknar transporten i sig relevans i förhållande till rättighetsinnehavarens intressen och kan således, till skillnad från tillverkning eller saluföring, inte omfattas av det särskilda föremålet för rättigheten.

88. Denna analys bekräftas av hela domstolens rättspraxis om immaterialrätt. Oavsett vilken rättighet som har varit i fråga [15], har domstolen alltid, för att bestämma det särskilda föremålet för nämnda rättighet, uttryckligen hänvisat till utsläppandet på marknaden.

89. Samma sak gäller beträffande immateriella rättigheter som redan har varit föremål för harmonisering av gemenskapslagstiftaren. [16]

15 — Vad beträffar patenträtt: dom av den 31 oktober 1974 i mål 15/74, Sterling Drug (REG 1974, s. 1147; svensk specialutgåva, volym 2, s. 367). Vad beträffar växtförädlarrätt: dom av den 8 juni 1982 i mål 258/78, Nungesser och Eisele mot kommissionen (REG 1982, s. 2015). Vad beträffar upphovsrätt: dom i det ovannämnda målet Deutsche Grammophon. Vad beträffar varumärkesskydd: dom av den 31 oktober 1974 i mål 16/74, Winthrop (REG 1974, s. 1183).

16 — Se exempelvis artikel 5 i rådets första direktiv 89/104/EEG av den 21 december 1988 om tillnärmningen av medlemsstaternas varumärkeslagar (EGT L 40, 1989, s. 1; svensk specialutgåva, område 13, volym 22, s. 3), artikel 13 i rådets förordning (EG) nr 2100/94 av den 27 juli 1994 om gemenskapens växtförädlarrätt (EGT L 227, s. 1; svensk specialutgåva, område 3, volym 60, s. 196), artikel 5 i rådets direktiv 87/54/EEG av den 16 december 1986 om rättsligt skydd för kretsmönster i halvledarprodukter (EGT L 24, 1987, s. 36; svensk specialutgåva, område 13, volym 16, s. 95), artikel 25 i avtalet om gemenskapspatent, Luxemburg den 15 december 1989 (EGT L 401, s. 1), och artikel 20 i ändrat förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tillnärmning av de rättsliga ordningarna för bruksmodellskydd för uppfinningar [KOMM(99) 309 slutlig].

90. Jag ser ingen anledning att avvika från alla dessa prejudikat och ge mönsterskyddet ett mer vidsträckt skydd än vad exempelvis upphovs- eller patenträtten åtnjuter, i synnerhet som tonvikten även i direktivet om mönsterskydd läggs på tillverkning och saluföring.

91. Av detta följer att nationella åtgärder som inte syftar till att bevara rättighetsinnehavarens ensamrätt att tillverka eller saluföra det skyddade föremålet, utan till att hindra att detta föremål enbart transiteras över det territorium på vilket rättigheten är tillämplig, inte kan motiveras av skyddet för det särskilda föremålet för immaterialrätten.

92. Man skulle i förevarande fall förvisso kunna hävda att de omtvistade åtgärderna ändå syftar till att skydda det särskilda föremålet för rättigheten, eftersom rättighetsinnehavaren genom att vidta dessa åtgärder kan hindra varorna i fråga att nå en annan medlemsstat, där de är avsedda att saluföras.

93. I detta argument bortses emellertid från den omständigheten att det — i det fall som är föremål för kommissionens talan — enligt rätten i den medlemsstat dit de nämnda varorna är avsedda att transporteras är tillåtet att saluföra dem.

94. Att godta detta argument skulle således leda till att förbudet i Frankrike fick verkan på denna andra medlemsstats territorium. Detta skulle, såsom kommissionen anfört, innebära att fransk rätt tillämpades utanför det franska territoriet, i strid med den immaterialrättsliga territorialitetsprincipen. Denna princip hör emellertid till själva kärnan i rättigheten, eftersom rättigheten är att anse som ett monopol på det territorium där den är tillämplig, och har fastställts i domstolens praxis. [17]

95. Det skulle dessutom vara paradoxalt att i förevarande fall tillåta en aktör att hindra transport genom en medlemsstat och således indirekt hindra saluföring i en annan medlemsstat, där den skulle vara laglig, då transporten är accessorisk till saluföringen. Detta skulle nämligen leda till att huvudsaken blev anhängig bisaken, i stället för tvärtom.

96. Svaranden har vidare gjort gällande att kvarhållandeåtgärderna omfattas av det särskilda föremålet för immaterialrätten, eftersom denna i varje fall omfattar rättighetsinnehavarens rätt att förbehålla sig rätten att vara den som först släpper ut de varor som skyddas av rättigheten på marknaden.

97. I förevarande fall har de omtvistade beståndsdelarna emellertid enligt svarandens mening "släpp[ts] ut på marknaden"

17 — Se domen i det ovannämnda målet IHT Internationale Heiztechnik och Danziger.

för första gången i Frankrike. EG-fördraget tillåter därför den franska lagstiftningen att ge immaterialrättsinnehavaren en möjlighet att motsätta sig nämnda "utsläppande på marknaden".

98. Det förefaller som om detta argument grundar sig på en förväxling mellan begreppet "utsläppande" i begreppets rent fysiska mening och "utsläppande på marknaden" i den mening som detta uttryck har enligt gemenskapsrätten. (Övers. anm: "circulation" på franska används såväl i uttrycket "libre circulation" [fri rörlighet] som i uttrycket "mise en circulation" [utsläppande på marknaden], vilket bokstavligen betyder "utsläppande i cirkulation").

99. Då "utsläppande på marknaden" omnämns i domstolens rättspraxis om den fria rörligheten för varor avses inte enbart den omständigheten att varorna förflyttas med hjälp av ett transportmedel, utan snarare att nämnda varor släpps ut på marknaden.

100. I det fall då varor, såsom i det antagande som åsyftas genom kommissionens talan, förflyttas fysiskt på en medlemsstats territorium innan de släpps ut på marknaden i en annan medlemsstat är det följaktligen i sistnämnda medlemsstat som varorna först "släpps ut på marknaden", i motsats till vad svaranden anfört.

101. Det framgår för övrigt av omständigheterna i förevarande fall att det skulle vara problematiskt att likställa "utsläppande på marknaden" med fysisk transport. Om man skulle göra det skulle de varor som utgör föremål för kommissionens talan inte heller först släppas ut på marknaden i Frankrike utan i Spanien, eftersom dessa delar, som tillverkats i denna stat, med nödvändighet började "släpp[as] ut" vid den tidpunkten då de lämnade fabriken.

Är det nödvändigt med ett transitförbud?

102. Svaranden har vidare gjort gällande att de kvarhållandeåtgärder som kommissionen har kritiserat är nödvändiga för att säkerställa att kampen mot varumärkesförfalskning är effektiv. Det framgår av de prioriteter som uppställts i denna fråga såväl inom gemenskapen som inom den tredje pelaren att denna kamp är legitim.

103. Kommissionens talan innebär således enligt svarandens mening att de mål som eftersträvas av gemenskapen allvarligt äventyras.

104. Närmare bestämt har den franska regeringen anfört att kvarhållandeåtgärderna, och det förbud som dessa kan leda till, är nödvändiga för att undvika varje risk att de delar som är tillverkade i en annan medlemsstat säljs illegalt i Frankrike i stället för att skickas till den destination

som uppgetts, det vill säga en annan medlemsstat.

105. Åtgärderna i fråga skall inte förstås på sätt att de syftar till att enbart transitering skall omfattas av det särskilda föremålet för immaterialrätten, utan endast på så sätt att de är avsedda att garantera att de befogenheter som gemenskapsrätten tillerkänner rättighetsinnehavaren respekteras, nämligen, såsom vi har sett, ensamrätten att tillverka och saluföra den vara som skyddas.

106. Kvarhållandet, som föregår ett totalförbud för genomfart av varor, är således nödvändigt eftersom risken, om man tillät transitering genom Frankrike av delar som lagligen tillverkats i en annan medlemsstat och som är avsedda att lagligen saluföras i en annan medlemsstat, skulle vara för stor att denna "transitering" omvandlades till illegala importer som obestridligen skulle utgöra åsidosättande av immaterialrättsinnehavarens befogenheter.

107. Det är riktigt att de kvarhållandeåtgärder som endast syftar till att hindra saluföring i Frankrike av beståndsdelar som tillverkats utan samtycke av rättighetsinnehavaren faktiskt omfattas av skyddet av det särskilda föremålet för immaterialrätten, eftersom detta utgörs av innehavarens ensamrätt till tillverkning och utsläppande på marknaden av den vara som skyddas på det territorium på vilket rättigheten är tillämplig — en ensamrätt som denne kan frånhända sig genom att utfärda licenser.

108. Det följer emellertid av domstolens fasta rättspraxis att det inte är tillräckligt att en åtgärd som innebär att en grundläggande frihet enligt fördraget begränsas omfattas av ett av de undantag som uppräknas i artikel 36 i fördraget, utan det krävs även att den står i proportion till det mål som skall uppnås. [18]

109. I det speciella fallet med kontrollåtgärder har domstolen funnit att det, för att ett nationellt kontrollförfarande skall anses vara berättigat i förhållande till artikel 36 i fördraget, krävs att det åsyftade målet inte kan uppnås på ett lika effektivt sätt genom åtgärder som är mindre restriktiva för handeln inom gemenskapen. Detta förfarande skall således inte medföra orimliga avgifter eller tidsfrister. [19]

110. Man kan emellertid inte anse att sådana åtgärder såsom de som är i fråga i förevarande fall, vilka vidtagits för att undvika risken att varulaster som påstås vara avsedda för marknaden i en annan medlemsstat saluförs i Frankrike och utan att det är möjligt att undkomma detta även om det fastställs att varorna är avsedda för en annan medlemsstat, står i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen.

18 — Dom av den 20 maj 1976 i mål 104/75, De Peijper (REG 1976, s. 613; svensk specialutgåva, volym 3, s. 91), och i det ovannämnda målet Campus Oil m.fl.

19 — Dom av den 11 juni 1987 i mål 406/85, Gofette och Gilliard (REG 1987, s. 2525, punkt 10).

111. Domstolen har för övrigt redan i domen i målet Monsees [20] understrukit hur allvarliga åtgärder som leder till ett totalt transitförbud är.

112. En sådan förbudsåtgärd påverkar allvarligt handelsflödet genom en marknad som man vill skall vara enhetlig. Åtgärden skall således vara ett medel som vidtas som sista utväg, och inte, såsom i förevarande fall, den gängse rättsliga åtgärden.

113. Enligt min mening är svarandens påstående att kommissionen inte har åberopat vilka för handeln mindre restriktiva åtgärder som skulle ha kunnat förebygga den risk som åberopats, felaktigt.

114. Kommissionen har sålunda understrukit att man genom en enkel kontroll av dokument borde kunna säkerställa att de kontrollerade varulasterna faktiskt härrör från en annan medlemsstat och är avsedda för en annan medlemsstat. Jag delar denna uppfattning.

115. Låt oss inledningsvis notera att domstolen i många fall har funnit att importförbud har varit överdrivna i förhållande till det angivna ändamålet och att märkningsåtgärder skall anses tillräckliga. [21] Så bör således *a fortiori* vara fallet för ett transitförbud.

116. Det förefaller nämligen mycket svårbegripligt att en kontroll som grundas på en undersökning av den dokumentation som åtföljer varulasten inte skulle vara tillräcklig för detta ändamål. En sådan kontroll av dokument skulle uppenbarligen utgöra en mindre restriktiv åtgärd än de åtgärder som ifrågasatts av kommissionen.

117. Svaranden har i detta hänseende gjort gällande att kravet på att inneha dokumentation i sig kan utgöra ett hinder för den fria rörligheten för varor.

118. Så är naturligtvis fallet. Denna invändning skall dock avvisas då, såsom i förevarande fall, en kontroll som grundar sig på dokument är en mindre restriktiv åtgärd än den som tillämpas av en medlemsstat och då den förstnämnda kontrollen står i proportion till det ändamål som uppgivits, nämligen skyddet av det särskilda föremålet för immaterialrätten.

119. Den franska regeringen har tillagt att lastbilarna som stoppas av de behöriga

20 — Dom av den 11 maj 1999 i mål C-350/97 (REG 1999, s. I-2921).

21 — Dom av den 10 november 1982 i mål 261/81, Rau (REG 1982, s. 3961), och av den 14 juli 1988 i mål 407/85, 3 Glocken och Kritzinger (REG 1988, s. 4233).

myndigheterna i många fall inte har ett enda dokument att visa upp för myndigheterna.

120. Ett sådant konstaterande kan inte vara annat än överraskande. Även om kommissionen inte har nämnt någon generell reglering vari stadgas att relevanta dokument skall kvarhållas, finns det nämligen anledning att erinra om att transporterna inte endast fullföljs i ett visst rättsligt sammanhang, utan även på grundval av avtalsförpliktelser och att det är svårt att tänka sig att dessa helt skulle sakna skriftlig form. Svaranden själv har i detta hänseende åberopat den omständigheten att handelsavtal vanligtvis tolkas genom förekomsten av handlingar såsom ordersedlar, avtal, följesedlar eller fakturor.

121. Det framgår således av handlingarna i målet att de aktörer som varit föremål för de kvarhållandeåtgärder som ligger till grund för det klagomål som fått kommissionen att väcka förevarande talan innehade dokument såsom fakturor.

122. Dessutom borde, enligt min mening, de behöriga myndigheterna med beaktande av möjligheten att använda moderna kommunikationsmedel, kunna erhålla nämnda dokument inom kortare tid än tio dagar då de börjar kontrollera en transportör som är helt utan dokument.

123. Detta argument är i varje fall inte relevant. Den omständigheten att vissa aktörer inte ens skulle uppfylla en skyldighet att inneha dokument kan inte motivera det allmänna förbudet att utöva en grundläggande frihet enligt fördraget. Inget skulle hindra de franska myndigheterna att, inom ramen för en kontroll som grundar sig på granskning av dokument, genomföra förfaranden för kvarhållande för dem som inte har några dokument alls.

124. Jag anser därför att de omtvistade åtgärderna, även med beaktande av att syftet med dem är att skydda det särskilda föremålet för immaterialrätten, genom att undanröja varje risk för att en "transitering" blir en illegal import, strider mot gemenskapsrätten, eftersom de inte står i proportion till det ändamål som skall uppnås.

Kvarhållande som en tillfällig åtgärd?

125. Den franska regeringen har emellertid hänvisat till möjligheten att en vara som verkligen transiterar beviljas genomfart efter utgången av kvarhållandeperioden. De kvarhållandeåtgärder som bestritts innebär således inte i praktiken, såsom i det ovannämnda målet Monsees, ett transitförbud, utan endast att transiteringen försenas.

126. Ett sådant uttalande förefaller vara svårförenligt med den nationella rättspraxis som åberopas av svaranden liksom, för övrigt, av kommissionen.

127. Låt mig i detta hänseende erinra om att det av handlingarna i målet framgår att det av i franska domstolar uppenbarligen fast rättspraxis följer att enbart transport på franskt territorium av lösa beståndsdelar som lagligen har tillverkats i en annan medlemsstat och som är avsedda att saluföras i en annan medlemsstat anses utgöra varumärkesförfalskning och således medför olika sanktioner, däribland förbud.

128. Detta uttalande får mig ändå att utreda frågan huruvida de kvarhållandeåtgärder som ifrågasatts av kommissionen skulle vara förenliga med gemenskapsrätten om de, i stället för att leda till ett transitförbud, endast fick till följd att genomfarten av varor som lagligen tillverkats i en medlemsstat och som är avsedda att lagligen saluföras i en annan medlemsstat försenades och att genomfarten skulle tillåtas då de kvarhållna varornas verkliga ursprung och bestämmelseort fastställts.

129. Enligt de tillämpliga texterna kan kvarhållandeåtgärden i fråga pågå tio arbetsdagar. En sådan tidslängd är av sådan beskaffenhet att den innebär betydande kostnader för den aktör som är föremål för åtgärden.

130. Den omständigheten att denna tidslängd i praktiken kan vara kortare har ingen betydelse eftersom det av rättspraxis följer att en medlemsstat inte kan åberopa att dess praxis är förenlig med gemenskapsrätten för att bibehålla i kraft en bestämmelse som inte är det.

131. Det finns dessutom anledning att betona att den kontroll som de berörda myndigheterna har att utföra inte är en komplicerad teknisk expertgranskning såsom den som var i fråga i domen i målet kommissionen mot Frankrike [22], där domstolen inte uttryckligen uttalade att den fann att en tidsfrist på 21 dagar för att genomföra en expertgranskning av importerade viner stred mot fördraget.

132. Myndigheternas uppgift är inte att fastställa att de omtvistade lösa beståndsdelarna överensstämmer med en nationell eller gemenskapsrättslig teknisk norm, utan endast att kontrollera deras ursprung och destination med hjälp av dokument. Detta borde göras inom en tidsfrist räknad i timmar snarare än i dagar.

133. Av detta drar jag slutsatsen att de kvarhållandeåtgärder som är föremål för

22 — Dom av den 22 mars 1983 i mål 42/82 (REG 1983, s. 1013).

kommissionens talan, även om de inte kunde leda till ett totalt förbud för transitering av varor som lagligen tillverkats i en medlemsstat och som är avsedda att saluföras i en annan medlemsstat och således endast kunde få ett uppskjutande av de nämnda varornas genomfart till följd, inte kan anses förenliga med gemenskapsrättens krav.

134. Av det ovan sagda följer att de kvarhållandeåtgärder som åsyftas i kommissionens talan utgör ett hinder för de nämnda varornas fria rörlighet, då dessa varor är lagligen tillverkade i en medlemsstat och avsedda att lagligen saluföras i en annan medlemsstat och att detta hinder inte kan omfattas av artikel 36 i fördraget.

Förslag till avgörande

135. Jag anser således att det finns anledning att bifalla kommissionens talan och

— fastställa att Republiken Frankrike har underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt artikel 30 i EG-fördraget (nu artikel 28 EG i ändrad lydelse) genom att med stöd av Code de la propriété intellectuelle föreskriva att tullmyndigheterna kan genomföra ett förfarande för kvarhållande av varor som lagligen har tillverkats i en stat som är medlem i Europeiska gemenskapen och som är avsedda att, efter att ha transiterat genom franskt territorium, släppas ut på marknaden i en annan medlemsstat, där de lagligen får saluföras, och

— fastställa att svaranden skall ersätta rättegångskostnaderna.