DOMSTOLENS DOM

11. maj 1999 *

I sag C-255/97,

angående en anmodning, som Handelsgericht Wien (Østrig) i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag,

Pfeiffer Großhandel GmbH

mod

Löwa Warenhandel GmbH,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 30 og 52 (efter ændring nu artikel 28 EF og 43 EF),

har

* Processprog: tysk.

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G. C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene P. J. G. Kapteyn og P. Jann samt dommerne J. C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann (refererende dommer), J. L. Murray, H. Ragnemalm, L. Sevón og M. Wathelet,

generaladvokat: J. Mischo
justitssekretær: assisterende justitssekretær H. von Holstein,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Pfeiffer Großhandel GmbH ved advokat Johannes Hintermayr, Linz

— Löwa Warenhandel GmbH ved advokat Andreas Foglar-Deinhardstein, Wien

— den østrigske regering ved gesandt Christine Stix-Hackl, Forbundsudenrigsministeriet, som befuldmægtiget

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Berend Jan Drijber, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtiget, bistået af advokat Bertrand Wägenbaur, Hamburg,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 26. maj 1998 er afgivet mundtlige indlæg af Pfeiffer Großhandel GmbH ved advokaterne Johannes Hintermayr og Georg Minichmayr, Linz, af Löwa Warenhandel GmbH ved advokat Jürgen Brandstätter, Wien, og af Kommissionen ved Bertrand Wägenbaur,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 7. juli 1998,

afsagt følgende

Dom

1 Ved kendelse af 24. marts 1997 indgået til Domstolen den 14. juli 1997 har Handelsgericht Wien i medfør af EF-traktatens artikel 177 (nu artikel 234 EF) forelagt et præjudicielt spørgsmål vedrørende fortolkningen af EF-traktatens artikel 30 og 52 (efter ændring nu artikel 28 EF og 43 EF).

2 Spørgsmålet er blevet rejst i forbindelse med en sag mellem Pfeiffer Großhandel GmbH (herefter »Pfeiffer«) og Löwa Warenhandel GmbH (herefter »Löwa«), hvorunder Pfeiffer har nedlagt påstand om, at det forbydes Löwa at anvende en bestemt firmabetegnelse.

3 Pfeiffer har siden 1969 drevet et supermarked i Pasching i Østrig under firmabetegnelsen »Plus KAUF PARK«. Denne betegnelse er registreret hos Patentamt (Østrig's patentmyndighed) som ord/figurmærke med prioritet pr. 5. august 1969.

Pfeiffer sælger forskellige varer, navnlig levnedsmidler, under mærket »Plus wir bieten mehr«, der er registreret i Østrig med prioritet pr. 22. september 1989.

4 Löwa driver i Østrig 139 discountforretninger med samme vareudbud som Pfeiffer's supermarked. Löwa's moderselskab, det tyske selskab Tengelmann Warenhandelsgesellschaft (herefter »Tengelmann«), er indehaver af det internationale mærke »Plus« med prioritet pr. 15. november 1989. Et af Tengelmann's andre datterselskaber, det tyske selskab Plus Warenhandelsgesellschaft mbH & Co., er indehaver af ord/figurmærket »Plus prima leben und sparen«, der er registreret i Østrig med prioritet pr. 18. december 1979. Löwa er selv indehaver af ord/figurmærket »Pluspunkt«, der er registreret i Østrig med prioritet pr. 15. april 1994.

5 Tengelmann og Plus Warenhandelsgesellschaft er repræsenteret i sektoren for discountforretninger i Tyskland, Italien, Spanien, Den Tjekkiske Republik og Ungarn under firmabetegnelsen »Plus«. Tengelmann tilstræber et ensartet image for sine forretninger i hele Europa af hensyn til muligheden for at anvende ensartet reklamering over hele Europa og for yderligere at udbygge koncernens »corporate identity«.

6 Med henblik herpå begyndte Löwa i 1994 at markedsføre varer under betegnelsen »Plus« og at ændre navnet på 17 af sine 139 supermarkeder i Østrig fra »Zielpunkt« til »Plus prima leben und sparen«, hvis grafiske udformning svarer fuldstændig til søsterselskabets ord/figurmærke og adskiller sig fra den firmabetegnelse, som Pfeiffer anvender, såvel ved tilføjelsen af forskellige angivelser som ved den optiske udformning.

7 Pfeiffer har under hovedsagen med henvisning til § 9 i Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (herefter »UWG«) nedlagt påstand om, at det forbydes

Löwa i delstaterne Niederösterreich, Oberösterreich og Salzburg at drive detailforretninger, der henvender sig til endelige forbrugere, under firmabetegnelsen »Plus« med eller uden tilføjelser.

8 Ifølge UWG's § 9, stk. 1, kan det forbydes, at der gøres brug af et navn, en firmabetegnelse eller af den særlige betegnelse for en virksomhed, såfremt brugen er egnet til at fremkalde forveksling med det navn, den firmabetegnelse eller den særlige betegnelse, der lovligt anvendes af en anden person. Ifølge UWG's § 9, stk. 3, omfatter den særlige betegnelse for en virksomhed registrerede mærker og forretningsbetegnelser, der inden for de relevante omsætningskredse betragtes som kendetegn for virksomheden, såvel som andre foranstaltninger, der tjener til at adskille virksomheden fra andre virksomheder.

9 I forelæggelseskendelsen har Handelsgericht Wien anført

— at UWF's § 9 i østrigsk retspraksis fortolkes således, at varemærker såvel som særlige virksomhedsbetegnelser kun nyder beskyttelse efter nævnte bestemmelse, såfremt de har adskillelsesevne, dvs. at de skal have et særligt, individuelt præg, der som sådant er egnet til at adskille indehaveren fra andre personer, eller såfremt de — uanset originalitet — ved indarbejdelse har opnået særpræg

— at ifølge denne retspraksis er »Plus« som betegnelse for en virksomhed, der i supermarkeder forhandler meget forskellige varer — ikke blot levnedsmidler, men også andre dagligvarer — helt igennem original og ikke blot beskrivende og kan følgelig opnå beskyttelse, og

— at Löwa's brug af firmabetegnelsen »Plus« med eller uden tilføjelser tilsidesætter UWG's § 9, da Pfeiffer har prioritet.

10 Handelsgericht Wien er imidlertid af den opfattelse, at det forbud mod brug, som retten må nedlægge over for Löwa i medfør af UWG's § 9, påvirker samhandelen inden for Fællesskabet. Under disse omstændigheder har retten besluttet at udsætte sagen og forelægge Domstolen følgende spørgsmål:

»Skal EF-traktatens artikel 30 og 52 ff. fortolkes således, at de er til hinder for at bringe nationale retsforskrifter i anvendelse, hvorefter det varemærke eller den firmabetegnelse, der er ældst i prioritet, skal nyde beskyttelse, såfremt der er tale om mærker eller betegnelser, der kan forveksles, således at det i tre østrigske delstater forbydes en virksomhed at anvende et varemærke eller en firmabetegnelse, som selskaber, der indgår i samme koncern som denne, lovligt anvender i andre medlemsstater?«

11 Indledningsvis bemærkes, at den forelæggende ret anser det for bevist, at der består den risiko for forveksling, som sagsøgeren i hovedsagen har påberåbt sig til støtte for sin påstand om, at det i henhold til en national bestemmelse om illoyal konkurrence forbydes sagsøgte i hovedsagen at bruge en firmabetegnelse. Følgelig spørger den forelæggende ret nærmere bestemt, om traktatens artikel 30 og 52 er til hinder for en national bestemmelse, der på grund af en risiko for forveksling forbyder brug af en firmabetegnelse som særlig betegnelse for en virksomhed.

12 Pfeiffer, der bl.a. har påberåbt sig Domstolens praksis vedrørende beskyttelse af varemærker i forbindelse med EF-traktatens artikel 30 og 36 (sidstnævnte efter ændring nu artikel 30 EF), har foreslået, at dette spørgsmål besvares benægtende. Pfeiffer har gjort gældende, at UWG's § 9, stk. 1, som en national bestemmelse, der udelukkende fastsætter nærmere regler om salg og ikke om varer, og som uden

forskel skal anvendes på samtlige berørte erhvervsdrivende, uanset om de er østrigske statsborgere eller ej, er forenelig med traktatens artikel 30 og ikke berører den ved traktatens artikel 52 knæsatte etableringsfrihed.

13 Löwa har i det væsentlige gjort gældende, at et forbud over for et selskab mod på en del af Østrig's område at bruge samme betegnelse som den, der bruges i andre medlemsstater af selskaber tilhørende samme koncern, udgør et indgreb i de frie varebevægelser, da forbuddet hindrer koncernen i at gennemføre et ensartet reklamekoncept inden for hele Fællesskabet og derfor tvinger importørerne til at anvende forskellige emballager for deres produkter, alt efter hvor disse skal bringes i omsætning. Löwa er desuden af den opfattelse, at forbuddet mod at bruge en firmabetegnelse også på uretmæssig måde kan begrænse etableringsfriheden ifølge traktatens artikel 52.

14 Den østrigske regering, som er af den opfattelse, at den østrigske lovgivnings forenelighed med fællesskabsretten nu skal bedømmes på grundlag af Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1), har gjort gældende, at UWG's § 9, stk. 1, er forenelig med bestemmelserne i det nævnte direktiv, for så vidt som den sikrer beskyttelse af ældre varemærker.

15 Kommissionen har for det første anført, at traktatens artikel 52 ikke er til hinder for en bestemmelse som UWG's § 9, stk. 1, for så vidt som denne ikke direkte vedrører muligheden for og de nærmere vilkår for etablering og derfor ikke har nogen, i det mindste ikke nogen tilstrækkelig forbindelse med etableringsfriheden. Kommissionen har tilføjet, at det på ingen måde kan udledes af forelæggelseskendelsen, at UWG's § 9, stk. 1, denne bestemmelses anvendelse i praksis eller den nationale retspraksis på området indebærer en direkte eller indirekte forskelsbehandling mellem østrigske virksomheder og virksomheder, der etablerer sig i Østrig.

16 Kommissionen har for det andet gjort gældende, at traktatens artikel 30 heller ikke er til hinder for en bestemmelse som den, der er indeholdt i UWG's § 9, stk. 1, thi hvis nærmere regler om salg er udelukket fra anvendelsesområdet for traktatens artikel 30 i medfør af dommen i Keck og Mithouard-sagen (dom af 24.11.1993, forenede sager C-267/91 og C-268/91, Sml. I, s. 6097), må dette så meget desto mere gælde, når der er tale om bestemmelser, der ikke fastsætter nærmere regler om salg.

17 Det skal for det første undersøges, om et forbud som det i hovedsagen omhandlede er i strid med traktatens artikel 52, som foreskriver ophævelse af restriktioner for etableringsfriheden inden for Fællesskabet. Ifølge sagsøgte i hovedsagen ville det forhold, at et forbud faktisk blev nedlagt, begrænse etableringsfriheden i Østrig for den koncern, som sagsøgte tilhører, da forbuddet ville forhindre sagsøgte i dér at gøre brug af den betegnelse, som koncernen anvender i andre medlemsstater, navnlig den, hvor sagsøgtes moderselskab er etableret.

18 Det bemærkes, at etableringsretten i henhold til traktatens artikel 52, sammenholdt med EF-traktatens artikel 58 (nu artikel 48 EF), anerkendes for såvel fysiske personer med statsborgerskab i en af Fællesskabets medlemsstater som for juridiske personer i traktatens artikel 58's forstand. Den indebærer — med forbehold af de fastsatte undtagelser og betingelser — dels adgang til enhver form for selvstændig virksomhed og udøvelsen heraf på en hvilken som helst anden medlemsstats område, dels oprettelse og drift af virksomheder, samt oprettelse af agenturer, filialer eller datterselskaber.

19 Nationale foranstaltninger, der stiller selskaber fra andre medlemsstater faktisk eller retligt ringere end selskaber, der er hjemmehørende i etableringsmedlemsstaten, udgør en restriktion for adgangen til disse aktiviteter i etableringsmedlemsstaten (jf. dom af 17.6.1997, sag C-70/95, Sodemare m.fl., Sml. I, s. 3395, præmis 33). En sådan restriktion er i strid med traktatens artikel 52, sammenholdt med artikel 58, selv om den anvendes uden forskelsbehandling, medmindre den er begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, er egnet til at sikre virkeliggø-

relsen af det formål, den forfølger, og ikke går ud over, hvad der er nødvendigt for at opnå formålet (jf. dom af 30.11.1995, sag C-55/94, Gebhard, Sml. I, s. 4165, præmis 37).

20 Et forbud som det, der påstås nedlagt af sagsøgeren i hovedsagen, er til ugunst for virksomheder, der har hjemsted i en anden medlemsstat, hvor de lovligt anvender en firmabetegnelse, og som er interesseret i at bruge den pågældende betegnelse uden for denne medlemsstat. Forbuddet vil nemlig kunne hindre virksomhederne i at gennemføre et ensartet reklamekoncept inden for hele Fællesskabet, eftersom det kan tvinge dem til at anvende en forskellig udformning af deres forretningers fremtræden, alt efter etableringsstedet.

21 Imidlertid er en sådan restriktion for etableringsretten, som følger af en national bestemmelse, der bl.a. beskytter firmabetegnelser mod risikoen for forveksling, begrundet i tvingende samfundsmæssige hensyn, der vedrører beskyttelsen af den industrielle og kommercielle ejendomsret (jf. i denne retning dom af 18.3.1980, sag 62/79, Coditel, Sml. s. 881, præmis 15).

22 Den beskyttelse, der i national ret gives mod risikoen for forveksling, kan ikke påtales i henhold til fællesskabsretten, da beskyttelsen svarer til den særlige genstand for beskyttelsen af firmabetegnelsen, der består i at beskytte indehaveren mod forvekslingsrisikoen (jf. i samme retning på varemærkeområdet dom af 30.11.1993, sag C-317/91, Deutsche Renault, Sml. I, s. 6227, præmis 37).

23 Det bemærkes endvidere — således som generaladvokaten har gjort det i punkt 63-68 i forslaget til afgørelse — at det af Pfeiffer krævede forbud i hovedsagen kan sikre gennemførelsen af det mål, der søges nået, og ikke går videre end, hvad der er nødvendigt for at nå det, såfremt den nationale ret på grundlag af national lovgivning kommer til det resultat, at der faktisk består risiko for forveksling.

24 Traktatens artikel 52 er således ikke til hinder for et forbud som det, der vil kunne nedlægges over for Löwa i hovedsagen.

25 Det skal for det andet undersøges, om et sådant forbud er i strid med traktatens artikel 30, hvorefter kvantitative restriktioner for indførslen af varer såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning er forbudt mellem medlemsstaterne.

26 Som anført i denne doms præmis 17-24 er det forbud, som det forelæggende ret påtænker at nedlægge, ikke — selv om det begrænser mulighederne for virksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, for at anvende de samme firmabetegnelser i den pågældende medlemsstat — i strid med traktatens artikel 52, fordi det er begrundet i tvingende hensyn. Det kan følgelig kun være i strid med traktatens artikel 30 om frie varebevægelser, såfremt og i det omfang det har andre restriktive virkninger på de frie varebevægelser mellem medlemsstater end dem, som indirekte følger af restriktionen for etableringsfriheden.

27 Selv om det i denne sag måtte antages, at den omtvistede foranstaltning har restriktive virkninger for de frie varebevægelser, er der intet, der indicerer, at der ikke er tale om virkninger, som følger indirekte af restriktionen for etableringsfriheden.

28 Traktatens artikel 30 er således heller ikke til hinder for et forbud som det, der vil kunne nedlægges over for Löwa i hovedsagen.

29 Under hensyn til det ovenfor anførte skal det præjudicielle spørgsmål besvares med, at traktatens artikel 30 og 52 ikke er til hinder for en national bestemmelse, der på grund af en risiko for forveksling forbyder brug af en firmabetegnelse som særlig betegnelse for en virksomhed.

Sagens omkostninger

30 De udgifter, der er afholdt af den østrigske regering og af Kommissionen, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende det spørgsmål, der er forelagt af Handelsgericht Wien ved kendelse af 24. marts 1997, for ret:

EF-traktatens artikel 30 og 52 (efter ændring nu artikel 28 EF og 43 EF) er ikke til hinder for en national bestemmelse, der på grund af en risiko for forveksling forbyder brug af en firmabetegnelse som særlig betegnelse for en virksomhed.

Rodríguez Iglesias Kapteyn Jann

Moitinho de Almeida Gulmann Murray

Ragnemalm Sevón Wathelet

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 11. maj 1999.

R. Grass G. C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær Præsident