KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 15. december 1982

vedrørende en procedure i henhold til EØF-traktatens artikel 85 (IV/C-30.128 Toltecs-Dorcet)

(Den tyske og den nederlandske tekst er de eneste autentiske)

(82/897/EØF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det europæiske og økonomiske Fællesskab,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962, første forordning om anvendelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85 og 86 (1), senest ændret ved akten vedrørende Grækenlands tiltrædelse, særlig artikel 3 og 15,

under henvisning til den klage, som Antonius Segers (i det følgende benævnt »Segers«) indgav den 12. juni 1980 i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17,

efter at have givet de pågældende virksomheder lejlighed til at udtale sig vedrørende Kommissionens klagepunkter i overensstemmelse med artikel 19, stk. 1 i forordning nr. 17 og med bestemmelserne i Kommissionens forordning nr. 99/63/EØF af 25. juli 1963 om udtalelser i henhold til artikel 19, stk. 1 og 2, i Rådets forordning nr. 17 (2),

efter høring af Det rådgivende udvalg for Monopol- og Kartelspørgsmål, og

ud fra følgende betragtninger:

I. Faktiske omstændigheder

1. Familieforetagendet P. L. Segers & Zonen blev oprettet i Nederlandene i 1896 med henblik på forarbejdning og salg af kaffe, te og tobak. Først i 1969 begyndte virksomheden at fremstille tobaksvarer, dels for andre virksomheder under deres mærker, dels til egen afsætning gennem et samme år nyoprettet selskab, Tabaksindustrie Toltecs. Begge virksomheder, som har sæde i Roosendaal, tilhører i dag Segers og ledes af denne.

Segers benyttede første gang i 1969 varemærket Toltecs Special og lod dette mærke registrere internationalt for Tysklands og visse andre landes vedkommende. Den 31. januar 1973 lod han på ny varemærket Toltecs Special (billede og ord i den nedenfor beskrevne udformning) registrere under nummer 395-536 i vareklasse 34, »råtobak og tobaksvarer«, bl.a. for Tyskland, Frankrig, Italien og Benelux.

Ifølge den aftale, som Segers den 16. januar 1975 indgik med BAT Cigarettenfabriken GmbH, trak sidstnævnte den 21. januar 1975 sin indsigelse mod registering i Tyskland tilbage, således at registreringen også kunne finde sted i dette land. Varemærket Toltecs Special (i det følgende kaldet »Toltecs«) er en fantasibetegnelse, som er inspireret af navnet på den mexicanske indianerstamme toltekerne; det er i de seneste fem år kun blevet brugt i Nederlandene og Tyskland.

Af tobaksvarer har Segers hidtil udelukkende fremstillet finskåren tobak med let, halvstærk og stærk smag, for hvilken efterspørgselen i de seneste år er steget støt. Om virksomheden også i fremtiden vil fremstille pibetobak, afhænger af markedsudviklingen. Siden 1978 har Segers næsten udelukkende afsat sin finskårne tobak i Nederlandene. Siden da og indtil 1981 er Segers omsætning blevet fordoblet; den ligger en smule under 1 % af den samlede afsætning i Nederlandene for finskåren tobak, som i 1981 beløb sig til 14 353 tons.

Finskåren tobak (shag) og krøltobak udgør tilsammen markedet for røgtobak; førstnævnte anvendes hovedsagelig til at rulle cigaretter med, medens sidstnævnte udelukkende anvendes til pibetobak. De største producenter af røgtobak i Nederlandene er Douwe Egbert BV, Van Nelle Lassie BV, Niemeyer BV og Gruno-Van Rossem BV. Nederlandene er en af verdens største eksportører af røgtobak.

2. BAT Cigaretten-Fabriken GmbH, Hamburg (i det følgende benævnt »BAT«), der er et datterselskab af verdens største cigaretproducent, British American Tobacco Company, London (årsomsætning 1980: ca. 7,6 mia £ sterling), er aktiv inden for fremstilling og afsætning af tobaksvarer. Virksomheden anmeldte den 18. december 1968 fantasibetegnelsen Dorcet til registrering i det tyske varemærkeregister. Registreringen fandt sted den 15. januar 1970 under nr. 865-058 i vareklasse 34 for »røgtobak, tobaksvarer og cigaretpapir«. Varemærket Dorcet er aldrig blevet benyttet.

BAT hævdede igen i 1981 sin stilling som den næststørste tyske cigaretproducent. Virksomheden nåede

(1) EFT nr. 13 af 21. 2. 1962, s. 204/62.
(2) EFT nr. 127 af 20. 8. 1963, s. 2268/63.

med en stykafsætning på det indenlandske marked på i alt 35,6 mia cigaretter en markedsandel på 27,4 % — hvoraf den nu i to årtier førende filtercigaret HB tegnede sig for 18,1 %. BATs samlede omsætning steg i 1981 til næsten 4,2 mia DM (inkl. afgifter, men ekskl. moms).

I 1981 udbyggede BAT systematisk sin produktion af røgtobak med særlig vægt på de lyse finskårne tobakker. Ifølge oplysninger i branchens faglitteratur (1) er BAT inden for dette område førende på markedet med sin Gold Dollar finskårne tobak (afsætning: 711 000 kg). Medens afsætningen af finskåren tobak på det tyske marked øgedes med ca. 11 700 tons i forhold til året før, lykkedes det BAT at nå op på en samlet omsætning på 863 000 kg finskåren tobak. Virksomheden placerede sig således med en markedsandel på mere end 7 % på en femteplads efter Martin Brinkmann AG, Theodorus Niemeyer Holland — Tabak GmbH, Douwe Egberts Agio GmbH og Alois Pöschl GmbH & Co. KG (med markedsandele på hhv. 30, 23, 18 og 7,4 % for første kvartal af 1982). Disse fem virksomheder tegner sig således tilsammen for 85 % af det tyske marked. De resterende 15 % er fordelt mellem omkring 25 andre producenter og importører (2).

Også importen af finskåren tobak i Tyskland fra andre medlemsstater i EF er steget i de seneste år; medens den i 1976 beløb sig til ca. 2 500 tons, nåede den i 1981 op på ca. 5 500 tons. Denne import stammede for hovedpartens vedkommende fra Nederlandene.

Antallet af rygere, som selv ruller deres cigaretter, er steget støt i de seneste år i Tyskland. Den gunstige udvikling med hensyn til finskåren tobak, som hovedsagelig kan føres tilbage til udvidelsen af det tyske marked for røgtobak, skyldes for det første, at intellektuelle og studenter er kommet til som nye købere, for det andet, at der er sket en forhøjelse af detailhandelsprisen for industrifremstillede cigaretter som følge af merværdiafgift og tobaksafgifter. Ifølge oplysninger i den allerede nævnte faglitteratur (3) blev der i 1981 rullet mere end 12 mia cigaretter af rygere i Forbundsrepublikken. Dette svarer til knap 10 % af omsætningen af industrielt fremstillede cigaretter. På grund af forhøjelsen af tobaksafgifter pr. 1. juni 1982 regner man inden for industrien med yderligere vækst på mindst 1,5 til 2 mia stk. selvrullede cigaretter, da priserne på disse kun svarer til ca. halvdelen af industrielt fremstillede cigaretter, selv om afgiftsforhøjelsen for finskåren tobak andrager op til 130 % mod ca. 39 % for industrielt fremstillede cigaretter. Ifølge de samme kilder vil den lyse finskårne tobak i nærmeste fremtid vinde større udbredelse, efterhånden som rygerne i stadig stigende grad går over til selv at rulle cigaretter frem for at købe industrielt fremstillede cigaretter. For tiden tegner den lyse finskårne tobak sig for 37,18 % og den halvstærke tobak sig for 33,77 % af afsætningen.

I 1980 solgte BAT 61 500 kg pibetobak, i 1981 64 400 kg. Dette svarer til ca. 3,7 % af den samlede afsætning af pibetobak (i alt 1 740 tons) i Tyskland. Specialforretninger spiller en særdeles vigtig rolle i afsætningen af røgtobak. Ifølge BATs årsberetning for 1980 kunne det af virksomheden udbudte sortiment af røgtobakker med lethed afsættes gennem disse specialforretninger, hvilket bidrog til den gunstige udvikling i afsætningen.

3. Den 25. juli 1973 nedlagde BAT med henvisning til sit varemærke Dorcet indsigelse mod det anmeldte mærke Toltecs. Selv om Segers udtrykkeligt lod spørgsmålet om forvekslelighed af varemærkerne Dorcet og Toltecs Special stå åben i en skrivelse af 25. januar 1974 fra sin patentadvokat, forelagde han med denne skrivelse BAT følgende forligsforslag for at få denne til at trække sin indsigelse tilbage:

> »Hvis Deres klient BAT trækker sin indsigelse tilbage, forpligter min klient Segers sig til for sit eget og for sine eventuelle successores eller licenstageres vedkommende at begrænse sin varebenævnelse for IR-mærket 395 536 for Forbundsrepublikken Tyskland til »krøltobak« (shag) samt udelukkende for denne specialvare at benytte ordbilledmærket »Toltecs« efter opnåelse af beskyttelse i Forbundsrepublikken Tyskland og ikke af registreringen og benyttelsen af dette mærke udlede nogle rettigheder i forhold til Deres klient, især ikke at rejse indsigelse, såfremt Deres klient på ny i Forbundsrepublikken Tyskland anmelder eller tager mærket »Dorcet« eller et lignende mærke — med undtagelse af »Toltecs« — i brug for de samme eller lignende varer, sådan som disse er opført i varefortegnelsen under nr. 865 058.«

På grundlag af dette forslag og den efterfølgende korrespondance, især den supplerende brevveksling af 30. oktober 1974 og 7. januar 1975, blev der med BATs underskrift den 16. januar 1975 indgået følgende aftale:

»Artikel 1

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

Artikel 2

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

(1) Die Tabak Zeitung af 2. 7. 1982.

(2) Die Tabak Zeitung Dokumentation, Rauchtabak 1982, af 20. 8. 1982.

(3) Tabak Zeitung af 16. og 23. 4. 1982.

Artikel 3

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

Artikel 4

»Segers« forpligter sig endvidere til for den under IR-mærket 395 536 solgte tobak ikke at annoncere med henvisning til, at denne tobak er egnet til at rulle cigaretter med eller anbefales benyttet til dette formål. Det er dog tilladt »Segers« at anvende betegnelserne »finskåren tobak« eller »hollandsk shag«.

Artikel 5

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

4. Selv om aftalens tekst kan misfortolkes og endda er selvmodsigende, da betegnelserne krøltobak og shag ikke har samme betydning, idet førstnævnte kun benyttes for pibetobak og sidstnævnte kun for finskåren tobak både i Tyskland og i Nederlandene, viser parternes måde at håndhæve aftalen på, at Segers skal være afskåret fra at sælge finskåren tobak i Tyskland under mærket Toltecs Special uden BATs samtykke.

a) Efter et første eksportforsøg i januar 1973, hvor der blev afsat 5 500 kg finskåren Toltecs-tobak i Tyskland, begyndte Segers i januar 1977 på ny at sælge denne vare via en eneforhandler, importøren Müller-Broders. Før dette tidspunkt havde BAT med brev af 12. juli 1976 meddelt denne importør, at virksomheden indtil videre ikke ville gøre sin forbudsret gældende over for Toltecs-mærket i medfør af aftalen af 16. januar 1975 med Segers, for så vidt Müller-Broders benyttede betegnelsen Toltecs for finskåren tobak. I 1977 blev der gennem denne virksomhed indført 17 302 kg finskåren Toltecs-tobak.

b) I løbet af 1978 opstod der vanskeligheder mellem Segers og Müller-Broders, angivelig på grund af sidstnævntes mangelfulde salgsbestræbelser. Da det kom til en afbrydelse af forretningsforbindelserne, gentog BAT over for Segers i skrivelse af 23. august 1978, at man var af den opfattelse, at kun salg af krøltobak og ikke finskåren tobak under mærket Toltecs Special var tilladt i medfør at aftalen. BAT gjorde det i den forbindelse klart, at virksomheden derudover havde indrømmet Müller-Broders retten til at benytte dette mærke, og krævede, at Segers gav oplysning om sine eventuelle nye importører. Da denne — efter et kort samarbejde med Müller-Broders' efterfølgere, Peter Grasmann GmbH, Hamburg, der dog kort tid efter blev opløst — anmodede om BATs samtykke til at sælge gennem Planta GmbH & Co., Berlin, erklærede BAT sig rede til at udvide aftalen til at omfatte finskåren tobak. BAT stillede dog som yderligere betingelse, at Segers opkøbte restlagrene af Toltecs-tobak hos Peter Grassmann GmbH. Da Segers ikke imødekom dette, erklærede BAT ved skrivelse af 14. december 1979, at virksomheden ville standse al yderligere salg af finskåren Toltecs-tobak på det tyske marked gennem tredjemand, og at man havde sendt en kopi af denne skrivelse til Planta GmbH & Co. I betragtning af disse uoverensstemmelser mellem Segers og BAT trak Planta GmbH & Co. sig i mellemtiden ud af drøftelserne om overtagelse af forhandlingen af finskåren Toltecs-tobak i Tyskland. Som svar på en skrivelse af 21. maj 1980 fra Segers' befuldmægtigede, hvori denne anmodede om at få aftalen ophævet, gentog BAT sit tilbud om at udvide kontakten til at omfatte finskåren tobak, såfremt Segers overtog restlagrene hos Peter Grassmann GmbH.

På grund af uoverensstemmelsen med BAT har Segers siden 1978 indstillet sin eksport af finskåren Toltecs-tobak til Tyskland (i begyndelsen af 1978 blev der stadig afsat 3 750 kg i Tyskland). I den seneste tid har Segers forsøgt at sælge sin finskårne tobak i Tyskland under det nye varemærke Wigwam, men virksomheden har ikke stort held hermed (afsætning 1981: 400 kg).

5. Som svar på Kommissionens begæring om oplysninger og på de af denne meddelte klagepunkter har BAT skriftligt og ved den mundtlige høring den 1. april 1982 oplyst følgende:

a) I »afgrænsnings«-aftalen med Segers sås der ikke at være nogen overtrædelse af artikel 85 og 86, da aftalen var udfærdiget i overensstemmelse med den nationale væremærkeret, på basis af hvilken bedømmelsen af en eventuel forvekslingsrisiko måtte foretages. Den nationale varemærkerets forrang med hensyn til forvekslingsrisikoen var i overensstemmelse med Domstolens dom i sag 119/75 (Terranova/Terrapin) af 22. juni 1976 [1],

[1] Sml. 1976, s. 1039.

hvorefter det er foreneligt med EØF-traktatens bestemmelser om frie varebevægelser, hvis en virksomhed i en medlemsstat i medfør af en efter denne medlemsstats retsforskrifter beskyttet firma- og varemærkeret modsætter sig indførsel af varer fra en virksomhed i en anden medlemsstat, når disse varer — i overensstemmelse med retsforskrifterne i denne stat — er forsynet med en betegnelse, som giver anledning til forvekslinger med den første virksomheds varemærke og firma.

Mellem BAT og Segers bestod der hverken en retlig eller en økonomisk afhængighed. Mærkerne »Dorcet« og »Toltecs« var stiftet uafhængigt af hinanden; lydligt mindede de om hinanden, hvilket i overensstemmelse med det i den tyske varemærkeret bredt definerede forvekslelighedsbegreb var tilstrækkeligt til at begrunde en formodning om forvekslingsrisiko. Den lydmæssige lighed mellem begge mærker skyldtes, at vokalrækkefølgen stemte overens, konsonanterne var »efter deres karakter ens«, og med de tre sidste bogstaver »CET« og »TEC« forelå der en simpel inversion. De forpligtelser, der var pålagt Segers, lå derfor blot inden for rammerne af den forbudsret, som tilkom indehaveren af mærket Dorcet, som på grund af tidligere registrering havde fået fortrinsret. I øvrigt behøvede man ikke at komme ind på spørgsmålet om forvekslingsrisikoen, eftersom alle involverede gik ud fra, at der forelå en mulighed for forveksling. Segers delte også denne opfattelse, som det fremgik af den kendsgerning, at initiativet til indgåelsen af aftalen vor kommet fra Segers i den allerede nævnte skrivelse af 25. januar 1974.

Endelig var den mellem virksomhederne indgåede aftale af konkurrenceudvidende art. Uden den ville Segers måske overhovedet ikke være kommet ind på det tyske marked, eller der ville i det mindste have opstået en langvarig retstvist, som BAT allerede på grund af sin økonomiske styrke bedre ville have kunnet magte end en mindre virksomhed som Segers, som var ny på markedet.

b) Bortset fra førnævnte principielle bemærkninger til problemerne omkring den varemærkeretlige afgrænsning fremgik det af en objektiv fortolkning af aftalen, at denne ikke bestod i et almindeligt forbud mod forhandling af finskåren Toltecs-tobak, men kun i den Segers i artikel 4 pålagte forpligtelse til ikke at annoncere med produktets velegnethed til at rulle cigaretter med. Aftalen satte ganske vist i artikel 3 fejlagtigt lighedstegn mellem krøltobak og shag — denne formulering kunne imidlertid føres tilbage til skrivelsen fra Segers' befuldmægtigede — men den skulle i overensstemmelse med artikel 4 gælde for finskåren tobak, da det ikke kunne lade sig gøre at rulle cigaretter med pibetobak. Desuden gav artikel 4, alene på grund af de i medfør af de skatteretlige bestemmelser fastsatte betegnelser på banderolen, Segers mulighed for at anvende betegnelsen finskåren tobak.

Faktisk havde der ved afslutningen af aftalen ikke været nogen tvivl mellem parterne om, at denne gav Segers ret til at anvende mærket Toltecs Special for finskåren tobak. Men senere, på grund af uoverensstemmelserne mellem Segers og Müller-Broders, havde BATs repræsentanter bevidst forfægtet den urigtige opfattelse, at aftalen indeholdt er forbud mod forhandling af finskåren Toltecs-tobak, og de havde på grund af de mangeårige gode forretningsforbindelser imellem dem gjort dette blot for at hjælpe Segers med at sætte sine krav igennem. Til almindelig overraskelse havde Segers da ikke påberåbt sig sine betydelige videregående kontraktsrettigheder. Ud af denne senere faktiske håndhævelse kunne der imidlertid ikke udledes et andet aftaleindhold, som ville være omfattet af artikel 85.

c) BAT havde ikke benyttet mærket Dorcet. Efter virksomhedens opfattelse var det imidlertid ikke afgørende, om Dorcet blev benyttet eller ej, fordi klageren selv havde givet afkald på at rejse indvendinger som følge af ikke-benyttelse. Bortset derfra indeholdt aftalen ikke en generel ikke-angrebsklausul, som ville hindre Segers i at få gennemtvunget, at mærket Dorcet blev udslettet på grund af ikke-benyttelse. Trods adskillige modsigelser måtte kontraktens tekst fortolkes derhen, at der kun var forbud mod indsigelser, som — uanset en eventuel ikke-benyttelse — var begrundede i den ved registreringen og benyttelsen af mærket Toltecs' opnåede position. Man kunne forestille sig en række tilfælde, hvor dette forbud kunne blive af praktisk betydning, f.eks. hvis mærket Dorcet mistede sin fortrinsstilling, f.eks. ved en fornyet benyttelse af mærket efter udløbet af femårsfristen eller ved en ny anmeldelse af dette eller et hermed forvekslelig mærke.

d) I øvrigt var den formulering, som Kommissionen havde draget i tvivl, dvs. tilbagetrækning af indsigelsen mod registrering af det anmeldte mærke i forbindelse med en ikke-angrebsklausul gående ud på ikke at foretage skridt rettet imod det ældre mærke, også efter udløbet af femårsperioden, en formulering, som ikke blot BAT normalt anvendte, men som i hvert fald anvendtes inden for mærkevareindustrien. Denne formulering var endog allerede indkodet større virksomheders varemærkeafdelingers apparater, der leverer standardudskrifter.

e) Der kunne ikke være tale om en forsætlig overtrædelse af artikel 85, stk. 1, alene af den grund, at der kun var et eneste fortilfælde, hvor Kommissionen i en lignende sag havde grebet ind, nemlig Penneys-sagen, hvor Kommissionens beslutning 78/193/EØF [1] først blev vedtaget den 23.

[1] EFT nr. L 60 af 2. 3. 1978, s. 19.

december 1977 og offentliggjort den 2. marts 1978. Selv om der skulle have været begået en overtrædelse af artikel 85, stk. 1, i forbindelse med indgåelsen af aftalen den 16. januar 1975, så var denne overtrædelse forældet efter fem år.

f) Uanset hvad der måtte være det nøjagtige indhold af aftalen, har BAT ikke længere nogen interesse i dens videreførelse og er rede til straks at ophæve denne.

6. De to varemærker, som er genstand for aftalen, er udformet således:

a) Udformning ifølge registrering nr. 865 058 af 15. januar 1970:

DORCET

b) Udformning af den af Segers anvendte indpakning:



c) Udformning af IR-mærke 395 536, Segers:



II. **Anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 1**

1. I henhold til EØF-traktatens artikel 85, stk. 1, er alle aftaler mellem virksomheder, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet uforenelige med fællesmarkedet og forbudt.

2. Aftalen mellem Segers og BAT er en sådan aftale mellem virksomheder i den i artikel 85, stk. 1, anvendte betydning.

3. Aftalen indeholder klausuler, som har til formål eller til følge at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet.

A. I henhold til artikel 3, første sætningsled, artikel 4 og artikel 5 i aftalen, således som den fra begyndelsen er blevet fortolket og anvendt af parterne, må Segers ikke uden BATs godkendelse importere finskåren tobak under varemærket Toltecs i Tyskland og bringe den i omsætning dér.

a) Ved denne aftale er Segers med sin finskårne tobak udelukket fra det tyske marked eller i det mindste begrænset i sin konkurrencemæssige frihed på en sådan måde, at forhandling af denne vare kun kan ske via importører godkendt af BAT eller mod opfyldelse af de øvrige af BAT opstillede betingelser, som f.eks. overtagelse af restlageret af Toltecs-tobaksvarer hos Peter Grassmann GmbH. Aftalen har derfor til formål at begrænse konkurrencen i den artikel 85, stk. 1, anvendte betydning.

BATs argumentation gående ud på, at aftalen af 16. januar 1975 efter en objektiv fortolkning alene bestod i en begrænsning af Segers' frihed til at avertere, og at der af den fejlagtige retlige stilling, som BAT efter aftalens indgåelse havde indtaget, ikke kunne udledes noget andet aftaleindhold, som derudover havde begrænset Segers, ændrer intet ved ovennævnte konstatering.

I betragtning af denne retlige stilling, som BAT havde indtaget allerede i 1976, efter at Müller-Broders var begyndt at forhandle finskåren Toltecs-tobak, og som umiddelbart knyttede sig til den objektivt flertydige formulering af aftalens tekst, var Segers nødsaget til at forholde sig, som om aftalen indeholdt det af BAT krævede forhandlingsforbud. I overensstemmelse hermed måtte Segers standse forhandlingen af finskåren tobak i Tyskland, hvis han ikke ville underkaste sig BATs betingelser eller løbe risiko for at blive involveret i en omkostningskrævende retssag, som han finansielt ikke ville kunne klare over for en økonomisk stærk virksomhed som BAT.

Selv om aftalen i fremtiden kun skulle blive anvendt i den forstand, som BAT nu forsøger at tillægge den, nemlig at den kun pålægger Segers forpligtelsen til ikke at annoncere med, at hans finskårne Toltecs-tobak er egnet til at rulle cigaretter med, så ville dette udgøre en begrænsning af Segers frihed til at benytte et vigtigt konkurrencemiddel og en sådan begrænsning falder ind under artikel 85.

b) Aftalen har endvidere til følge at begrænse konkurrencen mellem BAT og alle andre virksomheder. Ikke blot Segers er udelukket fra at afsætte sine varer i Tyskland uden hindringer, men konkurrencefordrejningerne rammer også alle uafhængige handelsvirksomheder, som i Tyskland ønsker at forhandle de med varemærket Toltecs forsynede varer. Dette gælder især Planta GmbH og Co. i Berlin, som af BAT blev foranlediget til at give afkald på at forhandle finskåren Toltecs-tobak under henvisning til aftalen med Segers og forvekslelighed af varemærkerne Dorcet og Toltecs.

c) Som argument mod at anvende artikel 85, stk. 1, kan det ikke anføres, at aftalens udelukkelsesvirkninger også kunne opnås ved en ensidig påberåbelse fra BATs side af rettighederne hidrørende fra varemærket Dorcet, og at der derfor ikke skulle være nogen årsagssammenhæng mellem aftalen og hindringen af konkurrencen.

I sin dom i sagen »Terrapin/Terranova« har Domstolen klart udtalt, at en varemærkeret på fællesskabsrettens nuværende stadium retmæssigt kan gøres gældende mod indførsel af en med et forvekslelig varemærke forsynet vare på trods af den konkurrencebegrænsede virkning, forudsat at de respektive rettigheder er opstået uafhængigt af hinanden og ikke tilhører indbyrdes forbundne virksomheder.

Ifølge BAT skulle det, der gælder som følge af et i medfør af lov bestående undladelseskrav, også gælde for en afgrænsningsaftale, hvorved dette krav til dels styrkes, til dels fraviges til fordel for medkontrahenten. BAT havde blot forbeholdt sig sin ret til i visse tilfælde at forhindre indførsel af finskåren tobak under

varemærket Toltecs i Tyskland, hvor den havde det ældre mærke. Med den indgående aftale havde Segers kun opnået fordele, idet det jo var blevet gjort muligt for ham at benytte mærket Toltecs i Tyskland; endelig blev konkurrencen på denne måde udvidet. Selv om denne retsopfattelse er begrundet, hvad det principielle angår, kan den dog ikke gøres gældende i denne sag på grund af de faktiske omstændigheder.

d) På fællesskabsrettens nuværende stade udgør begrænsninger i benyttelsen af et senere registreret varemærke i de tilfælde, hvor der er stor varemæssig lighed og betydelig forvekslelighed, og hvor indehaveren af det ældre mærke følgelig med stor sandsynlighed er i stand til at forhindre registrering og benyttelse af det yngre varemærke, ikke nogen konkurrencebegrænsninger i den i artikel 85, stk. 1, anvendte betydning, idet forbudskravet er begrundet i det ældre mærkes eksistens i overensstemmelse med Domstolens retspraksis.

e) Jo større forskel der imidlertid er mellem varerne, eller jo mindre forvekslingsrisikoen er, desto mere skal afgrænsningsaftaler være i overensstemmelse med den prioriterede målsætning, hvorefter der tilstræbes enhed i fællesmarkedet; parterne skal derfor blandt de mulige konfliktløsninger vælge den, som i mindst muligt omfang begrænser benyttelsen af begge varemærker i fællesmarkedet. Herunder hører f.eks. en aftale, hvorefter det omstridte varemærke kun må anvendes i en bestemt udformning (farve, skriftform, firmaangivelse o.s.v.) eller eventuelt kun for bestemte varer.

Kommissionen erkender, at der i sådanne tilfælde er et vist vurderingsspillerum for den respektive nationale ret og ligeledes for de involverede parter, et spillerum, der ligeledes skal tages i betragtning ved anvendelsen af artikel 85, stk. 1.

f) I det foreliggende tilfælde kan Kommissionen som led i efterprøvelsen af aftalen efter artikel 85 dog ikke anerkende nogen betydelig forvekslingsrisiko mellem ordmærket Dorcet og ordbilledmærket Toltecs. Der er heller ikke nogen optisk eller fonetisk forvekslingsrisiko, selv om man — selv når man ser bort fra de af Segers registrerede og af ham benyttede billedelementer (en træskovl liggende på fire tobaksblade inden for en særlig udført indramning på baggrund af guld) — sammenligner ordene Dorcet og Toltecs med hinanden. BAT's påstand om, at begge varemærker lydligt set ligger tæt opad hinanden og derfor er forvekslelige, ændrer intet herved.

I modsætning til BATs opfattelse er afgørelsen af spørgsmålet om forvekslelighed mellem to ikke oprindeligt ens mærker ikke alene underkastet en bedømmelse efter national varemærkeret. Som Domstolen har udtalt i den nævnte dom »Terrapin/Terranova«, kan denne bedømmelse nemlig bringe anvendelsen af fællesskabsreglerne vedrørende fri varebevægelser og fri konkurrence i fare. Jo mere bedømmelsen efter national ret udvider Dorcet-mærkets beskyttelsesområde, desto mere begrænser den importen i Tyskland af de med Toltecs-mærket forsynede varer.

B. Ifølge aftalens artikel 3, andet sætningsled, forpligter Segers sig til ikke at udlede nogle rettigheder af registreringen og benyttelsen af varemærket Toltecs i forholdet til BAT, heller ikke hvis BAT ikke har benyttet sit mærke Dorcet i mere end fem år, eller hvis virksomheden på ny anmelder dette mærke eller andre mærker, som efter den i den tyske varemærkelovs § 31 omhandlede betydning er forvekslelige hermed — Toltecs Special dog undtaget.

a) BAT gjorde i første omgang med skrivelse af 9. september 1980 over for Kommissionen gældende, at denne klausul indeholdt en omfattende, retlig forsvarlig forpligtelse for Segers til at undlade ethvert angreb på mærket Dorcet, også efter femårsperiodens udløb. Efter modtagelsen af Kommissionens meddelelse om klagepunkterne ændrede BAT sit standpunkt derhen, at denne klausul ikke ville hindre Segers i at arbejde for at få slettet mærket Dorcet på grund af ikke-benyttelse.

b) Selv om man lægger BATs modificerede standpunkt til grund, tjener klausulen til at sikre en konkurrencebegrænsende aftale (jf. ovf. del II, punkt 3, A) og falder således ind under artikel 85, stk. 1. Den fratager Segers muligheden for, i tilfælde af at mærket Dorcet på begæring af tredjemand slettes på grund af ikke-benyttelse, at gøre sine i mellemtiden erhvervede rettigheder til mærket Toltecs gældende over for BAT i ubegrænset omfang. Desuden begrænser denne klausul også Segers rettigheder i det tilfælde, hvor en fornyet benyttelse af mærket Dorcet efter slettelsesperiodens indtræden eller fornyet anmeldelse af dette mærke fra BATs side fører til, at Dorcet for så vidt mister sin

fortrinsstilling i forhold til Toltecs. Klausulen hindrer Segers i at gøre sit varemærke Toltecs, som nu nyder en fortrinsstilling, gældende i forhold til mærket Dorcet, som eventuelt først er taget i brug senere eller anmeldt på ny. Hermed giver Segers afkald på et forsvarsmiddel, som er langt simplere end at bestride forvekslingsrisikoen. Endelig bliver det vanskeligere for Segers at gøre sig fri af den aftalemæssige begrænsning mht. registrering og benyttelse af hans mærke Toltecs, og hermed fratages Segers muligheden for at fjerne en hindring for sin fri erhvervsudøvelse i Tyskland.

Sammen med de aftalte begrænsninger af registreringen og benyttelsen af mærket Toltecs har ikke-angrebsklausulen til formål at forhindre en legitim udbredelse af dette mærkes anvendelsesområde i al fremtid og styrker således BATs mærkeretlige stilling.

Trods den i nævnte skrivelse af 9. september 1980 fra BAT udtrykte opfattelse er Segers' aftalemæssige afkald på at fremsætte indsigelse som følge af ikke-benyttelse af mærket Dorcet uden betydning for anvendelsen af artikel 85. Offentlighedens afgørende interesse i, at ikkebenyttede eller i øvrigt angribelige varemærker kan slettes, kræver, at hverken Segers eller nogen anden tredjemand hindres i at arbejde for en sådan slettelse med alle dens konsekvenser.

c) BATs indvending om, at brugspligten, som f.eks. i Tyskland er indført ved lov af 4. december 1967 (1), endnu ikke er blevet et element i fællesskabsretten, idet den kun er forudset i udkastet til forordning om oprettelse af et EØF-mærke og desuden er ukendt i dansk lovgivning, er de facto irrelevant. Formålet med brugspligten er at afhjælpe problemet vedrørende en blokering af varemærkeregistret med ubenyttede »forrådsmærker« for på denne måde at lette registreringen af nye varemærker for nye produkter og dermed adgangen for disse produkter på markedet. Dette beror på den kendsgerning, at alfabetets bogstavskombinationsmuligheder er matematisk begrænsede for ordmærker, og desuden at kun en del af disse kombinationsmuligheder udgør stavelser, der kan udtales. Da man i en ubegrænset periode havde opretholdt muligheden for ubenyttede »forrådsmærker«, var resultatet, at nye varemærker for så vidt de var baseret på bogstaver, ikke længere var disponible i mange lande, herunder flere medlemsstater. Dette gælder i EF især for Frankrig med 301 711, Tyskland med 285 317 og Det forenede Kongerige med 244 100 registrede varemærker. Heroverfor skal det nævnes, at der i Danmark kun findes 86 753 registrerede mærker (2). Aftaler, som i en medlemsstat med en stor mærkebestand vanskeliggør registreringer og benyttelse af nye varemærker, er derfor de facto alvorligere overtædelser af artikel 85 end i medlemsstater med en lille mærkebestand.

4. De nævnte klausuler i aftalen kan påvirke handelen mellem medlemsstater. De forhindrer fri udførsel og indførsel af de af aftalen omfattede produkter fra Nederlandene til Tyskland ved at skabe kunstige handelshindringer på en måde, som bringer gennemførelsen af målsætningen om et enhedsmarked i fare.

Begrænsningen af konkurrencen og dens umiddelbare virkninger på vareomsætningen mellem medlemsstaterne er også mærkbare. Kommissionen har allerede i sin beslutning 75/297/EØF (3) (Sirdar/Phildar) henvist til, at det på grund af bortfaldet af den reklamevirkning, der ligger i mærket, og på grund af de øvrige faktiske vanskeligheder er ikke blot problematisk, men også økonomisk umuligt at gå over til at benytte et andet mærke i stedet for et i forvejen benyttet mærke. I det foreliggende tilfælde er varemærket Toltecs blevet benyttet i nogle år, og næsten en tredjedel af Segers' tobaksproduktion blev eksporteret til Tyskland under dette mærke i 1977. Siden da er Segers' produktion steget betydeligt, hvorimod virksomhedens eksport til Tyskland praktisk taget er gået i stå, fordi BAT siden 1978 har gjort aftalen gældende. Ikke desto mindre er den tyske efterspørgsel efter finskåren tobak fra Nederlandene steget støt.

I betragtning af tobaksmarkedets struktur i Tyskland, et marked som beherskes af få store virksomheder, er virkningen af de hindringer, der lægges i vejen for selv en mindre virksomhed fra en anden medlemsstat, særlig alvorlige. Dette gælder så meget mere som BAT i større omfang indgår lignende aftaler.

III. Anvendelse af EØF-traktatens artikel 85, stk. 3

I medfør af artikel 85, stk. 3, kan bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, erklæres uanvendelige på en aftale,

(1) Bundesgesetzblatt 1967 I, s. 853.

(2) Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle, Statistique de propriété industrielle, 1980, s. 30.

(3) EFT nr. L 125 af 16. 5. 1975, s. 27.

som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at den sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelen herved, og uden at der:

a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål;

b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

1. Aftalen er ikke blevet anmeldt til Kommissionen, således at der ikke kan indrømmes en fritagelse, om ikke andet af formelle grunde.

2. Aftalen falder heller ikke ind under artikel 4, stk. 2, nr. 2b), i forordning nr. 17.

a) Segers er som indehaver af varemærket Toltecs hverken erhverver eller bruger af et af BATs varemærker.

b) Segers kan heller ikke sidestilles med en erhverver eller en bruger i denne forordnings forstand, da erhvervelsen og brugen af hans eget varemærke Toltecs uden en alvorlig risiko for forveksling med varemærket Dorcet ikke behøvede BATs billigelse.

c) I øvrigt er de ovenfor (del II, punkt 3, A, litra a)) konstaterede konkurrence-begrænsninger, nemlig

— forhandling begrænset til importører, der kan accepteres af BAT,

— overtagelse af restlagrene hos Peter Grassmann GmbH,

ikke begrænsninger mht. udøvelse af rettigheder i tilknytning til et varemærke, der er givet licens på.

3. Kommissionen påpeger for en sikkerheds skyld, at afgrænsningsaftaler, som indeholder konkurrencebegrænsninger, der ligger uden for både den nationale rets og de involverede parters vurderingsspillerum som omtalt ovenfor (jf. del II, punkt 3, A, litra e)), og som derfor er omfattet af artikel 85, stk. 1, kan fritages i medfør af artikel 85, stk. 3, hvis de opfylder kriterierne i denne bestemmelse. I det foreliggende tilfælde kan det imidlertid ikke ses, hvorledes aftalen bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne, da den har til formål og til følge, at finskåren tobak under varemærket Toltecs ikke kan forhandles i Tyskland, eller i hvert fald kun under vanskelige betingelser. Endvidere er det svært at indse, hvorfor forbrugerne i Tyskland forbeholdes den rigtige oplysning, at finskåren Toltecs-tobak kan anvendes til at rulle cigaretter med. Aftalen bidrager derfor ikke til at sikre forbrugerne en rimelig andel. Endelig pålægger den de implicerede virksomheder forpligtelser, som ikke er nødvendige i den betydning, hvori dette ord anvendes i tredje betingelse i artikel 85, stk. 3. Selv om formålet med ikke-angrebsklausulen skulle være at udelukke enhver endnu tænkelig forvekslingsrisiko, er der dog ikke grundlag for, at Segers giver afkald på sine rettigheder, også selv om BAT ikke benytter sit mærke Dorcet i mere end fem år.

4. Artikel 85, stk. 3, finder derfor ikke anvendelse på aftalen.

IV. Anvendelse af artikel 3, stk. 1, og artikel 15, stk. 2, i forordning nr. 17

1. *Artikel 3*

Af det ovenfor beskrevne fremgår, at de involverede virksomheder har begået en overtrædelse af artikel 85; de skal i medfør af artikel 3 i forordning nr. 17 forpligtes til straks at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør ved at fjerne de konkurrencebegrænsende klausuler i aftalen. BAT må ikke i stedet for disse konkurrencebegrænsninger lægge økonomisk pres på Segers eller på importører for at forhindre eller vanskeliggøre import og forhandling af Toltecs-tobak i Tyskland.

2. *Artikel 15, stk. 2*

I medfør af artikel 15, stk. 2, kan Kommissionen såfremt bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1, forsætligt eller uagtsomt overtrædes, pålægge bøder på mindst 1 000 og højst 1 000 000 regningsenheder, idet sidstnævnte beløb dog kan forhøjes til 10 % af omsætningen i det seneste regnskabsår i hver af de virksomheder, som har medvirket ved overtrædelsen.

Ved fastsættelsen af bødens størrelse skal der tages hensyn til både overtrædelsens grovhed og dens varighed.

a) Med hensyn til den forpligtelse, som Segers har påtaget sig ikke at bringe finskåren tobak af mærket Toltecs i omsætning i Tyskland, afstår Kommissionen fra at pålægge en bøde, selv om den allerede flere gange har givet udtryk for sin modstand mod områdebegrænsninger ved hjælp af afgrænsningsaftaler om varemærker, således i beslutning 75/297/EØF »Sirdar/Phildar« og 78/193/EØF »Penneys« samt i sagerne Persil [1] og Bayer/Tanabe [2]. Den finder det tilstrækkeligt på ny at bekræfte sit standpunkt med den under IV.1 nævnte konstatering af, at der foreligger en overtrædelse af artikel 85, stk. 1.

[1] Syvende Beretning om Konkurrencepolitikken, nr. 138-140.

[2] Ottende Beretning om Konkurrencepolitikken, nr. 125-137.

b) Derimod forekommer det rimeligt at pålægge BAT en bøde, fordi virksomheden har udvidet ikke-angrebsklausulens gyldighedsperiode for det tilfælde, at mærket Dorcet ikke skulle blive benyttet i en periode på mere end fem år.

Efter indførelsen af brugspligten i Tyskland ved lov af 4. december 1967 var BAT klar over, at enhver aftale om at forbyde Segers at gøre sine erhvervede rettigheder gældende, også selv om Dorcet ikke blev benyttet i mere end fem år, var i modstrid med ånden og hensigten i den ved lov fastsatte brugspligt, hvorefter ikke-benyttede mærker skal slettes af varemærkeregisteret, hvorved der skabes lettere adgang for nye anmeldere.

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

Også ud fra et EF-retligt synspunkt har BAT handlet forsætligt; i beslutning 78/193/EØF (Penneys) rejste Kommissionen indvendinger mod en ikke-angrebsklausul for varemærker, for så vidt dens virkninger overskred en varighed af fem år. Denne beslutning, som blev offentliggjort den 2. marts 1978 og bragt i de vigtigste juridiske fagtidsskrifter, kan ikke være en virksomhed som BAT, der sælger mærkevarer, ubekendt. Endelig blev BAT med skrivelse af 21. maj 1980 fra Segers' nederlandske advokat gjort opmærksom på aftalens uforenelighed med EF-retten. Alligevel fastholdt BAT aftalen til den mundtlige høring den 1. april 1982, selv om virksomheden aldrig har benyttet mærket Dorcet.

Ved fastsættelsen af bødens størrelse tager Kommissionen hensyn til, at bøden kun vedrører ikke-angrebsklausulen for så vidt dennes gyldighedsperiode udvides i tilfælde af, at mærket Dorcet ikke benyttes i mere end fem år, og at det er første gang, at den pålægger en bøde i en sag som den foreliggende, hvor det drejer sig om industriel og kommerciel ejendomsret.

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

V. Påstanden om forældelse

Den konstaterede overtrædelse er ikke forældet. Ved overtrædelser som den foreliggende, som er kendetegnet ved sin varighed, begynder forældelsesfristen ikke at løbe fra det øjeblik, hvor aftalen indgås, men når den bringes til ophør (artikel 1, stk. 2, i Rådets forordning (EØF) nr. 2988/74 af 26. november 1974 om forældelse af adgangen til at pålægge økonomiske sanktioner inden for Det europæiske økonomiske Fællesskabs transport- og konkurrenceret og af adgangen til tvangsfuldbyrdelse af disse sanktioner (1).

Så sent som i skrivelsen af 9. september 1980 henholdt BAT sig til ikke-angrebsklausulen. I det foreliggende tilfælde kan overtrædelsen tidligst anses for at være bragt til ophør den 1. april 1982, hvor BAT under den mundtlige høring erklærede, at virksomheden ikke længere var interesseret i aftalens videreførelse —

VEDTAGET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

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

1. Segers er forpligtet til under varemærket Toltecs Special (IR-mærket 395 536) i Forbundsrepublikken Tyskland enten at forhandle finskåren tobak eller til kun at foretage denne forhandling gennem importører, godkendt af BAT, eller efter opfyldelse af yderligere betingelser;
2. Segers er forpligtet til ikke at udlede nogle rettigheder i forhold til BAT af registreringen og benyttelsen af mærket Toltecs Special, ej heller selv om BAT ikke benytter sit mærke Dorcet i mere end fem år, eller selv om virksomheden på ny anmelder dette mærke eller andre mærker — Toltecs Special dog undtaget — som er forvekslelige hermed, jf. § 31 i den tyske varemærkelov.

Artikel 2

De i artikel 5 i denne artikel nævnte virksomheder skal straks bringe de i artikel 1 nævnte overtrædelser til ophør. Især skal BAT undlade at øve økonomisk pres på Segers eller importører med det formål at

(1) EFT nr. L 319 af 29. 11. 1974, s. 1.

forhindre eller vanskeliggøre import og forhandling af Toltecs-tobak i Tyskland.

Artikel 3

Virksomheden BAT Cigaretten-Fabriken GmbH pålægges en bøde på 50 000 (halvtreds tusinde) ECU eller 115 635 DM for den i artikel 1, nr. 2, konstaterede overtrædelse, for så vidt ikke-angrebsklausulens gyldighedsperiode udvides i tilfælde af, at mærket Dorcet ikke benyttes i mere end fem år.

Artikel 4

Den i artikel 3 fastsatte bøde skal inden for en frist på tre måneder regnet fra datoen for meddelelsen af denne beslutning indbetales på Kommissionens konto: Bankhaus, Sal. Oppenheimer, D-5000 Köln, konto nr. 260/00/64910.

Artikel 5

Denne beslutning er rettet til følgende virksomheder:

1. BAT Cigaretten-Fabriken GmbH,
   Alsterufer 4,
   D-2000 Hamburg 36.
2. Antonius Segers,
   Raadhuisstraat 41,
   NL-4701 PL Roosendaal.

Denne beslutning kan tvangsfuldbyrdes i medfør af EØF-traktatens artikel 192.

Bruxelles, den 15. december 1982.

På Kommissionens vegne
Frans ANDRIESSEN
Medlem af Kommissionen