FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. G. JACOBS

fremsat den 29. januar 1998 *

1. Domstolens praksis vedrørende EF-traktatens artikel 30 og 36 har for varemærker såvel som for andre former for immaterialrettigheder fastslået et princip om konsumption inden for Fællesskabet [1]. Salg inden for Fællesskabet af mærkevarer, der foretages af varemærkeindehaveren selv eller med hans samtykke, konsumerer varemærkerettighederne inden for hele Fællesskabet, og indehaveren kan ikke, bortset fra i undtagelsestilfælde, modsætte sig andres brug af varemærket i efterfølgende handler noget sted i Fællesskabet.

2. Artikel 7, stk. 1, i varemærkedirektivet [2] fastslår princippet om konsumption inden for Fællesskabet som udviklet i Domstolens praksis. I bestemmelsen er fastsat, at et varemærke ikke giver indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette mærke. Senere er princippet blevet udvidet i forbindelse med aftalen om Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde (EØS) til også at omfatte EØS, der nu består af Det Europæiske Fællesskab på den ene side og Island, Liechtenstein og Norge på den anden side. Men kan varemærkeindehaveren hindre tredjemand i at benytte mærket inden for Fællesskabet eller inden for EØS for varer, der af rettighedshaveren eller med hans samtykke er blevet markedsført under dette varemærke uden for EØS? Dette spørgsmål er af Oberster Gerichtshof, Østrig, blevet forelagt Domstolen med anmodning om en præjudiciel afgørelse.

3. Spørgsmålet i sagen er derfor, om fællesskabsretten kræver, at medlemsstaterne kun foreskriver konsumption, såfremt varerne er blevet markedsført inden for Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, eller om medlemsstaterne kan (eller måske endda skal) foreskrive konsumption, såfremt varerne er blevet markedsført i et tredjeland — et princip vedrørende international (dvs. verdensomspændende) konsumption.

Varemærkedirektivet

4. Varemærkedirektivet blev vedtaget i medfør af EF-traktatens artikel 100 A. Formålet med det var ikke »at foretage en fuldstændig tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om varemærker«, men blot at

* Originalsprog: engelsk.

1 — Dette princip blev for varemærkerettigheders vedkommende fastslået ved dom af 31.10.1974 i sag 16/74, Centrafarm mod Winthrop, Sml. s. 1183.

2 — Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, EFT 1989 L 40, s. 1.

gennemføre en tilnærmelse af »de nationale bestemmelser, der har den mest direkte indvirkning på det indre markeds funktion« (direktivets tredje betragtning).

5. I henholdsvis direktivets første, tredje og niende betragtning er anført følgende:

»den lovgivning, der for øjeblikket gælder om varemærker inden for medlemsstaterne, indebærer forskelligheder, som kan hindre den frie bevægelighed for varer og den frie udveksling af tjenesteydelser samt fordreje konkurrencevilkårene i fællesmarkedet: det er derfor nødvendigt at tilnærme medlemsstaternes lovgivninger indbyrdes med henblik på det indre markeds oprettelse og funktion;

...

det forekommer for tiden ikke nødvendigt at foretage en fuldstændig tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om varemærker, men det er tilstrækkeligt at begrænse tilnærmelsen til de nationale bestemmelser, der har den mest direkte indvirkning på det indre markeds funktion;

...

for at lette den frie omsætning af varer og den frie udveksling af tjenesteydelser er det af afgørende betydning at sikre, at registrerede varemærker for fremtiden nyder samme beskyttelse i alle medlemsstaternes retsordener; dette forhindrer dog ikke medlemsstaterne i at yde varemærker, der nyder et vist renommé, mere omfattende beskyttelse.«

6. Kort sagt harmoniserer direktivet de generelle »betingelser for at erhverve eller bevare retten til mærket« (syvende betragtning) og de rettigheder, som er knyttet til varemærket (artikel 5, 6 og 7). Direktivet specificerer således de tegn, som et varemærke kan bestå af (artikel 2), på hvilket grundlag en registrering kan udelukkes eller kan erklæres ugyldig (artikel 3 og 4), følgerne af passivitet over for anvendelsen af et yngre varemærke (artikel 9) og af manglende brug af et registreret varemærke (artikel 10, 11 og 12) samt fortabelsesgrunde (artikel 12).

7. På visse områder er medlemsstaterne dog frit stillet med hensyn til at afgøre, om de bestemmelser, som er fastsat i direktivet, skal inkorporeres: f.eks. kan medlemsstaterne efter eget valg træffe bestemmelse om i visse tilfælde at udelukke et varemærke fra registrering eller erklære det for ugyldigt (artikel 3, stk. 2, og artikel 4, stk. 4), samt om, hvorvidt de vil give beskyttelse under visse nærmere bestemte omstændigheder til et renommeret varemærke vedrørende brug af mærket

for varer eller tjenesteydelser af anden art (artikel 5, stk. 2) [3]. Endvidere anføres det i syvende betragtning:

»medlemsstaterne kan i deres lovgivning bevare eller medtage registreringshindringer og ugyldighedsgrunde, der er forbundet med betingelser for at erhverve eller bevare retten til mærket, for hvilke der ikke er fastsat nogen bestemmelse om indbyrdes tilnærmelse, f.eks. angående mærkeindehaveren, fornyelse af mærket, afgiftsordning eller manglende overholdelse af procedurereglerne«.

Direktivet overlader ligeledes til medlemsstaterne at fastsætte procedurereglerne vedrørende registrering, tilbagekaldelse eller ugyldighed med hensyn til varemærker (femte betragtning), beskyttelsen af ikke-registrerede varemærker (fjerde betragtning) og bestemmelser om illoyal konkurrence, erstatningsansvar eller forbrugerbeskyttelse (sjette betragtning).

8. De vigtigste bestemmelser i forbindelse med den foreliggende sag er artikel 5 og 7, der henholdsvis har overskriften »Rettigheder, der er knyttet til varemærket« og »Konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket«.

9. Artikel 5 har følgende ordlyd:

»1. Det registrerede varemærke giver indehaveren en eneret. Indehaveren kan forbyde tredjemand, der ikke har hans samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af

a) et tegn, der er identisk med varemærket, for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret

b) et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, når de varer eller tjenesteydelser, der er dækket af varemærket, er af samme eller lignende art som dem, der er dækket af det pågældende tegn, og der som følge heraf i offentlighedens bevidsthed er risiko for forveksling, herunder at der er en forbindelse med varemærket.

3 — Jf. tillige artikel 3, stk. 4, artikel 9, stk. 2, og artikel 15, stk. 2. ...

3. Såfremt betingelserne i stk. 1 og 2 er opfyldt, kan det bl.a. forbydes

a) at anbringe tegnet på varerne eller på deres emballage

b) at udbyde varerne til salg, at markedsføre dem eller oplagre dem med dette formål eller at tilbyde eller præstere tjenesteydelser under det pågældende tegn

c) at importere eller eksportere varerne under det pågældende tegn

d) at anvende tegnet på forretningspapirer og i reklameøjemed.«

10. Artikel 7 har følgende ordlyd:

»1. De til varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette mærke.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt skellig grund berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, især i tilfælde, hvor disses tilstand er ændret eller forringet, efter at de er markedsført.«

11. Bestemmelser om konsumption af lignende indhold som bestemmelserne i artikel 7 er blevet medtaget i andre fællesskabsretsakter om intellektuel ejendomsret [4]. Den mest relevante retsakt i den forbindelse er forordningen om EF-varemærker, som jeg vil omtale senere.

EØS-aftalen

12. Selv om varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, omhandler markedsføring inden for Fællesskabet, er princippet om konsumption af rettigheder, som omtalt ovenfor, på visse punkter blevet udvidet til også at omfatte

4 — Se f.eks. artikel 9, stk. 2, i Rådets direktiv 92/100/EØF af 19.11.1992 om udlejnings- og udlånsrettigheder samt om visse andre ophavsretsbeslægtede rettigheder i forbindelse med intellektuel ejendomsret, EFT L 346, s. 61. Kommissionen anfører, at disse bestemmelser ligeledes har den virkning, at de udelukker international konsumption: jf. Kommissionens svar på et skriftligt spørgsmål i Europa-Parlamentet, EFT 1994 C 340, s. 37.

EØS. Direktivet var en af de retsakter, der blev inkorporeret i EØS-lovgivningen ved aftalen om oprettelse af EØS [5], der trådte i kraft den 1. januar 1994 [6]. Bilag XVII til aftalen ændrer direktivets artikel 7, stk. 1, »i forbindelse med aftalen«, således at den henviser til markedsføring inden for EØS i stedet for inden for Fællesskabet; udtrykket »inden for Fællesskabet« erstattes nemlig med udtrykket »inden for en kontraherende parts område« [7]. Endvidere indeholder en protokol til aftalen, protokol 28 om intellektuel ejendomsret, en artikel, artikel 2, der har overskriften »Konsumption af rettigheder« [8]. Artikel 2, stk. 1, har følgende ordlyd:

»I det omfang spørgsmålet om konsumption er gjort til genstand for regulering ved fællesskabsforanstaltninger eller -retspraksis, skal de kontraherende parter indføre samme ordning vedrørende konsumption af intellektuel ejendomsret som den, der gælder i henhold til fællesskabsretten. Denne bestemmelse skal med forbehold af senere retspraksis fortolkes i overensstemmelse med de principper, der kan udledes af relevante afgørelser afsagt af EF-Domstolen forud for tidspunktet for aftalens undertegnelse.«

13. I den foreliggende sag giver denne protokol ikke anledning til spørgsmål, da de faktiske omstændigheder fandt sted, efter at Østrig (en tidligere EØS-medlemsstat) tiltrådte Fællesskabet den 1. januar 1995.

De faktiske omstændigheder

14. Sagsøgeren, Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG (herefter »Silhouette«), er et østrigsk selskab, der fremstiller modebriller i den højere prisklasse. Det afsætter brillerne i hele verden under ord- og figurmærket »Silhouette«, der er registreret i Østrig og i de fleste lande i verden såvel som internationalt. I Østrig leverer Silhouette brillerne til specialoptikere; i andre lande har det datterselskaber eller forhandlere.

15. Sagsøgte, Hartlauer Handelsgesellschaft mbH (herefter »Hartlauer«), sælger briller i adskillige filialer i Østrig, og selskabets lave priser udgør dets vigtigste salgsargument. Det får ikke leverancer fra Silhouette, da Silhouette anser salg fra Hartlauer for at være til skade for det renommé, som Silhouette har skabt for sine produkter som modeprægede briller af særlig høj kvalitet.

16. I oktober 1995 solgte Silhouette 21 000 brillestel af en ældre model, som var udgået,

5 — EFT 1994 L 1, s. 3.
6 — Den 1.5.1995 for så vidt angår Fyrstendømmet Liechtenstein.
7 — S. 482.
8 — S. 194.

til et firma ved navn Union Trading for 261 450 USD. Handelen var blevet bragt i stand af Silhouette's salgsrepræsentant for Mellemøsten. Silhouette pålagde ham at give køberen ordre om kun at sælge brillestellene i Bulgarien eller i staterne i det tidligere Sovjetunionen og ikke at eksportere dem til andre lande. Salgsrepræsentanten meddelte Silhouette, at han havde givet køberen instruktion herom. Oberster Gerichtshof anfører, at det ikke har været muligt at fastslå, om dette i virkeligheden er sket.

17. Silhouette leverede varerne til Union Trading i Sofia i november 1995. Hartlauer købte derefter varerne (ifølge Oberster Gerichtshof har det ikke været muligt at bevise fra hvem) og udbød dem til salg i Østrig fra december 1995. Hartlauer averterede i en annoncekampagne, at selv om det ikke var Silhouette, der havde leveret, var det alligevel lykkedes Hartlauer at købe 21 000 Silhouette-brillestel i udlandet. I sit indlæg fastholder Hartlauer, at da det købte varerne, fik det garanti for, at der ikke ville være noget til hinder for at importere dem til Østrig.

18. Silhouette har rejst indsigelse mod Hartlauer's salg af Silhouette's brillestel i Østrig og har indgivet begæring om, at der over for Hartlauer nedlægges forbud mod markedsføring af briller eller brillestel med Silhouette's varemærke, som ikke er blevet markedsført i EØS af Silhouette selv eller med dets samtykke. Silhouette anfører, at virksomhedens varemærkerettigheder ikke er konsumeret, da det i direktivet er bestemt, at sådanne rettigheder kun kan konsumeres ved, at varemærket af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke markedsføres inden for EØS. Silhouette støtter ikke alene dette anbringende på § 10a i Markenschutzgesetz (lov om beskyttelse af varemærker), men tillige på § 1 og 9 i Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (lov om bekæmpelse af illoyal konkurrence og ulovlig markedsføring) og på § 43 i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (den borgerlige lovbog).

19. Hartlauer gør gældende, at Silhouette ikke solgte stellene med den klausul, at enhver import til Fællesskabet var udelukket, og at Silhouette's begæring ikke bør tages til følge.

20. Silhouette tabte sagen ved Landgericht Steyr og — efter appel — ved Oberlandesgericht Linz. Den foreliggende præjudicielle anmodning er indgivet i forbindelse med Silhouette's appel til Oberster Gerichtshof af Oberlandesgericht Linz' afgørelse.

21. Varemærkedirektivets artikel 7 blev næsten ord for ord inkorporeret i østrigsk lov ved de ændringer, der i 1992 blev foretaget af Markenschutzgesetz. I § 10 A i Markenschutzgesetz bestemmes, at varemærket ikke giver varemærkeindehaveren ret til at forbyde en tredjemand at anvende mærket

for varer, som allerede er blevet markedsført under det pågældende mærke i EØS af indehaveren selv eller med dennes samtykke.

22. Oberster Gerichtshof har anført, at før gennemførelsen af varemærkedirektivet var princippet om international konsumption blevet anvendt af de østrigske domstole. Den henviser til Oberster Gerichtshof's afgørelse i Agfa-sagen [9] i 1971. Stillingen efter gennemførelsen af direktivet er imidlertid uklar. Ifølge grundene [10] var det meningen, at spørgsmålet om gyldigheden af princippet om international konsumption skulle afgøres af retspraksis.

23. Oberster Gerichtshof ønsker derfor at få oplyst, om direktivet tillader medlemsstaterne at anvende en regel om international konsumption. Den har endvidere stillet endnu et spørgsmål, nemlig om de retsmidler, som i henhold til direktivet skal være til rådighed for varemærkets indehaver.

24. Oberster Gerichtshof har forelagt Domstolen følgende spørgsmål:

»Skal artikel 7, stk. 1, i Rådets første direktiv af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (89/104/EØF, EFT L 40 af 11.2.1989, s. 1 — varemærkedirektivet) fortolkes således, at varemærket giver sin indehaver ret til at forbyde en tredjemand at bruge mærket for varer, som er markedsført under dette mærke i en stat, som ikke er en kontraherende stat?

Kan indehaveren af varemærket alene i henhold til varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, kræve, at tredjemand undlader at bruge mærket for varer, som er blevet markedsført under dette mærke i en stat, som ikke er en kontraherende stat?«

Henvisningen til en kontraherende stat skal forstås således, at den henviser til en kontraherende part i EØS-aftalen, dvs. hvad angår EFTA, de EFTA-stater, som er part i aftalen (for tiden Island, Liechtenstein og Norge), og hvad angår Fællesskabet, Fællesskabet og/eller EF-medlemsstaterne [11]. Derfor vedrører

9 — SZ 43/219.

10 — 669 BlgNr 18. GP5.

11 — Jf. EØS-aftalens artikel 2, litra c).

spørgsmålene varer, der markedsføres uden for EØS. Det er ikke nødvendigt at overveje, hvad situationen ville være for så vidt angår varer, der markedsføres inden for EØS, og som derefter importeres til Fællesskabet. For nemheds skyld henviser jeg i det følgende til import til Fællesskabet af varer, der er markedsført uden for EØS.

25. Der er indgivet skriftlige indlæg af Silhouette, Hartlauer, den østrigske, franske, tyske, italienske og svenske regering samt af Det Forenede Kongeriges regering og Kommissionen. Under retsmødet blev der afgivet mundtlige indlæg af Silhouette, Hartlauer, den italienske regering og Kommissionen.

Det første spørgsmål

26. Med det første spørgsmål ønsker Oberster Gerichtshof at få oplyst, om varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1, skal fortolkes således, at indehaveren af et varemærke kan forbyde tredjemand at anvende varemærket for varer, som er blevet markedsført under dette mærke i en stat, som ikke er medlem af EØS. I spørgsmålet er det ikke nærmere angivet, om varemærkeindehaveren har givet samtykke til markedsføringen i den stat, der ikke er medlem af EØS. Det fremgår imidlertid klart af forelæggelseskendelsen, at Silhouette havde givet samtykke til markedsføring i Bulgarien, eftersom det er anført, at Silhouette gav instruktioner vedrørende salget af varerne dér og havde leveret dem til køberen i Sofia. Spørgsmålet bør derfor besvares under den antagelse, at varemærkeindehaveren gav sit samtykke til markedsføring af sine varer uden for EØS.

27. Det må ligeledes antages i den konkrete sag, at Silhouette ikke havde givet samtykke til, at dets varer blev videresolgt inden for EØS. Dette må antages, selv om den nationale domstol udtrykker nogen tvivl om, hvorvidt der var givet køberen meddelelse om begrænsningerne for så vidt angår videresalget. Såfremt Silhouette havde givet samtykke til markedsføring inden for EØS, ville svaret på det første præjudicielle spørgsmål klart være, at Silhouette ikke kunne modsætte sig, at selskabets varer blev importeret til Østrig.

28. Oberster Gerichtshof har ikke antydet, at der er »skellig grund« som anført i direktivets artikel 7, stk. 2, for Silhouette til at modsætte sig videresalget af sine briller i Østrig.

29. I den foreliggende sag står Domstolen således uden omsvøb over for spørgsmålet, om varemærkedirektivet — som følge af bestemmelsen om konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket, efter markedsføring i Fællesskabet — kræver, at medlemsstaterne tillader en indehaver af et varemærke at modsætte sig import til Fælles-

skabet af varer, der af varemærkeindehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført uden for EØS, blot fordi han ikke har givet sit samtykke til markedsføringen af disse varer inden for Fællesskabet: dvs. om det udelukker medlemsstaterne fra at anvende princippet om international konsumption.

Direktivets bestemmelser

30. Direktivets artikel 7, stk. 1, indeholder kun bestemmelse om konsumption af rettigheder, såfremt varerne er blevet markedsført i Fællesskabet. Bestemmelsen foreskriver således kun konsumption af rettigheder inden for Fællesskabet, ikke international konsumption.

31. Det er fra alle sider accepteret, og efter min opfattelse med rette, at direktivet ikke kræver, at medlemsstaterne skal fastsætte bestemmelser om international konsumption; højst bliver dette overladt til medlemsstaternes eget valg. Såfremt det med direktivet havde været meningen at foreskrive international konsumption, ville artikel 7, stk. 1, ikke kun have henvist til markedsføring inden for Fællesskabet.

32. At det med direktivet ikke var meningen at foreskrive international konsumption, bekræftes af direktivets tilblivelseshistorie. I Kommissionens oprindelige forslag fandtes en bestemmelse om international konsumption [12]. Kommissionen ændrede senere mening, og dens ændrede forslag [13] begrænsede udtrykkeligt konsumptionsprincippet til varer, som var blevet markedsført »inden for Fællesskabet«.

33. Med hensyn til om direktivet udelukker international konsumption eller lader dette stå åbent, så hælder jeg på grundlag af ordlyden af artikel 7, stk. 1, mest til førstnævnte opfattelse. I artikel 7, stk. 1, er nøje anført de omstændigheder, hvorunder varemærkerettighederne bliver konsumeret. Det vil være naturligt at læse bestemmelsen således, at dette er udtømmende. Når det er fastsat, at rettighederne er udtømt, når varerne er markedsført inden for Fællesskabet, må den naturlige forståelse af artikel 7, stk. 1, være, at rettighederne ikke er udtømt, når varerne er markedsført i et tredjeland. Det er korrekt, at direktivet ikke udtrykkeligt udelukker international konsumption, men denne virkning kan med god grund sluttes af ordlyden. Jeg indrømmer, at der er argumenter for den modsatte opfattelse, men disse argumenter finder ikke megen støtte i direktivets ordlyd.

34. Min opfattelse af virkningen af ordlyden af artikel 7, stk. 1, støttes af direktivets struktur. Artikel 7, stk. 1, er en undtagelse fra de rettigheder, som varemærkeindehaveren har i henhold til artikel 5, stk. 1. Gene-

12 — EFT 1980 C 351, s. 1. Vedrørende begrundelsen se KOM(80) 635 endelig udg.

13 — EFT 1985 C 351, s. 4.

relt bør undtagelser ikke fortolkes udvidende. I denne sag kan artikel 7, stk. 1, ikke fortolkes videre, end at den foreskriver konsumption af rettighederne inden for Fællesskabet. Det ville være nødvendigt at indfortolke endnu en — underforstået — undtagelse i direktivet, som åbnede mulighed for en bestemmelse om international konsumption, hvilket forekommer i strid med direktivets struktur.

Formålet med direktivet og dets rækkevidde

35. Eftersom direktivets bestemmelser ikke giver det endelige svar, har direktivets formål og rækkevidde afgørende betydning for fortolkningen af dets bestemmelser. Men bemærkningerne i betragtningerne peger dog ikke alle i samme retning. På den ene side skal det påpeges, at direktivet ikke har til formål at »foretage en fuldstændig tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivninger om varemærker«, men at hensigten er at foretage en tilnærmelse af »de nationale bestemmelser, der har den mest direkte indvirkning på det indre markeds funktion«. På den anden side søger direktivet at sikre, med visse begrænsede undtagelser, at varemærker »nyder samme beskyttelse i alle medlemsstaternes retsordener«.

36. De, der går ind for international konsumption, henviser til den begrænsede harmonisering, som er tilstræbt med direktivet, og gør gældende, at bestemmelsen om konsumption inden for Fællesskabet i artikel 7, stk. 1, kun skal betragtes som en minimumsnorm.

37. De anfører endvidere, at hensigten med artikel 7 simpelt hen var at kodificere Domstolens praksis om konsumption af rettigheder, eftersom Domstolen har understreget, at artikel 7 skal fortolkes på samme måde som Domstolens praksis vedrørende artikel 30 og 36. De hævder, at før gennemførelsen af direktivet var medlemsstaterne frit stillet med hensyn til, om de ville anvende princippet om international konsumption, og at situationen, når der ikke udtrykkeligt er givet udtryk for det modsatte, må være den samme i henhold til direktivet.

38. De, der afviser international konsumption, henholder sig til ordlyden af direktivets tredje betragtning [14] og anfører, at skønt det er korrekt, at direktivet ikke er et middel til fuldstændig harmonisering, er en medlemsstats anvendelse af princippet om international konsumption en af de bestemmelser, der har »den mest direkte indvirkning på det indre markeds funktion«, og det er derfor den type tilfælde, som er søgt harmoniseret med direktivet. Endvidere var formålet med direktivet at sikre, at varemærker »nyder den samme beskyttelse i alle medlemsstaternes retsordener«. Selv om den beskyttelse, som

14 — Citeret ovenfor i punkt 5.

direktivet sikrer, ikke pålægger et fuldstændig ensartet system, idet visse områder er overladt til medlemsstaternes eget skøn, er disse områder meget begrænsede, og valgmulighederne er nøje specificeret (jf. ovenstående punkt 7).

39. Med hensyn til direktivets rækkevidde og virkninger kan det efter min opfattelse hævdes, at direktivet har ændret fællesskabsrettens indflydelse på varemærkebeskyttelsen. Før var det eneste spørgsmål med hensyn til fællesskabsretten, hvilken indflydelse traktatens artikel 30-36 havde på den nationale varemærkelovgivning. Direktivet harmoniserer de væsentligste betingelser og konsekvenser af varemærkebeskyttelsen. Selv om Domstolen i intern fællesskabsretlig sammenhæng har behandlet direktivets artikel 7 som en kodifikation af tidligere retspraksis, kan det ikke antages, at dette er artikel 7's eneste funktion. Direktivet regulerer de væsentlige spørgsmål vedrørende varemærkerettigheder, og direktivets bestemmelser har til formål at erstatte de forskellige nationale lovgivninger på alle de områder, de dækker.

40. Såfremt man anser direktivet for at fastlægge de væsentligste betingelser for og virkninger af varemærkebeskyttelsen, er det vanskeligt at gøre gældende, at det stiller medlemsstaterne frit med hensyn til at vælge international konsumption. Konsumptionsprincippets rækkevidde berører, når alt kommer til alt, kernen i varemærkerettighedernes indhold.

41. Men selv om man er af en snævrere opfattelse med hensyn til direktivets karakter, synes det åbenbart, at international konsumption er et af de spørgsmål, der »har den mest direkte indvirkning på det indre markeds funktion«, og som derfor søges harmoniseret med direktivet. Så længe nogle medlemsstater anvender international konsumption, mens andre ikke gør det, vil der være handelshindringer på det indre marked, som det netop er direktivets formål at fjerne.

42. Det er navnlig med denne begrundelse, at den østrigske, den franske, den tyske og den italienske regering og Det Forenede Kongeriges regering samt Kommissionen alle gør gældende, at direktivet bør fortolkes således, at det ikke tillader princippet om international konsumption. Det centrale i deres anbringender er, at såfremt medlemsstaterne frit kunne bestemme, om indehaverne af varemærker kunne hindre import fra tredjelande, så ville de samme varer kunne parallelimporteres til én medlemsstat, men ikke til en anden, et resultat, der er uforeneligt med det indre marked. Det er naturligvis ikke noget svar på dette anbringende at antyde, at når først varerne var blevet importeret til en medlemsstat, som havde fastsat bestemmelser om international konsumption, ville de være omfattet af den frie bevægelighed inden for Fællesskabet, for man ville herved pålægge alle medlemsstater at anvende international konsumption, hvilket, som det fremgår af ovenstående, ville være i strid med direktivet. Der bør efter min opfattelse lægges stor vægt på det af de fem medlemsstater og af Kommissionen fremførte.

43. Et tilsvarende argument blev fremført af nogle medlemsstater (Frankrig, Tyskland og Det Forenede Kongerige) og af Kommissionen ved EFTA-Domstolen i sagen Mag Instrument Inc. mod California Trading Company Norway, Ulsteen [15]. Denne sag drejede sig om fortolkningen af direktivets artikel 7, stk. 1, og navnlig spørgsmålet om international konsumption i forhold til EFTA-staterne. Som nævnt ovenfor blev artikel 7, stk. 1, udvidet i forbindelse med EØS-aftalen til at omfatte varer markedsført i hele EØS. EFTA-Domstolen udtalte følgende:

»Disse argumenter må forkastes, for så vidt angår EFTA-staterne. I modsætning til EF-traktaten, etablerer EØS-aftalen ikke nogen toldunion. EF-traktatens og EØS-aftalens formål og anvendelsesområde er forskellige (jf. De Europæiske Fællesskabers Domstols udtalelse 1/91 om udkast til aftale mellem Fællesskabet på den ene side og landene i Den Europæiske Frihandelssammenslutning på den anden side om oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Samarbejdsområde, Sml. 1991 I, s. 6079). Med EØS-aftalen skabes derfor ikke en toldunion, men et frihandelsområde.

De ovennævnte forskelle mellem Fællesskabet og EØS bør genfindes i anvendelsen af princippet om konsumption af varemærkerettigheder. I henhold til EØS-aftalens artikel 8 finder princippet om fri bevægelighed for varer som fastsat i EØS-aftalens artikel 11, 12 og 13 kun anvendelse på varer med oprindelse i EØS, mens en vare i Fællesskabet er i fri omsætning, såfremt den er blevet lovligt markedsført i en medlemsstat. Generelt finder sidstnævnte princip kun anvendelse i EØS-sammenhæng for så vidt angår varer med oprindelse inden for EØS. I det foreliggende tilfælde er varen blevet fremstillet i De Forenede Stater og importeret til Norge. Derfor er den ikke omfattet af princippet om fri bevægelighed for varer inden for EØS« [16].

44. EFTA-Domstolen konkluderede, at det var EFTA-staterne, dvs. deres lovgivere eller domstole, der måtte afgøre, om princippet om international konsumption skulle indføres eller opretholdes med hensyn til varer med oprindelse uden for EØS. EFTA-Domstolen tog derimod ikke stilling til spørgsmålet vedrørende varer med oprindelse inden for EØS.

Traktatens artikel 100 A

45. I den foreliggende sag anfører den svenske regering i modsætning til de øvrige regeringer, at direktivet overlader spørgsmålet om international konsumption til

15 — Sag E-2/97, udtalelse af 3.12.1997.

16 — Præmis 25 og 26 i udtalelsen.

afgørelse efter national lovgivning. Den anfører, at et direktiv, som alene har hjemmel i traktatens artikel 100 A, ikke kan regulere spørgsmålet om international konsumption. Den svenske regering gør gældende, at dette spørgsmål vedrører forholdet mellem medlemsstaterne og tredjelande. Ifølge udtalelse 1/94 om WTO-overenskomsten [17] er den eksterne kompetence vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder ikke en enekompetence for Fællesskabet.

46. Efter min mening bør der imidlertid sondres mellem handelspolitiske foranstaltninger på den ene side og bestemmelser vedrørende virkningerne af varemærkerettigheder inden for Fællesskabet på den anden. Selv om en udelukkelse af international konsumption klart påvirker den eksterne handel, er det mindre tydeligt, at det faktisk regulerer en sådan handel: i modsætning til det, den svenske regering anfører, ville direktivet, såfremt det blev fortolket således, at det udelukkede international konsumption, ikke »regulere forholdet mellem medlemsstaterne og tredjelande«. Derimod fastlægger direktivet varemærkeindehavernes rettigheder inden for Fællesskabet. Det indeholder bestemmelser vedrørende de betingelser, under hvilke varemærkets indehaver kan skride ind mod markedsføring af visse varer, hvad enden de er importeret fra tredjelande eller ikke. Endvidere er det uundgåeligt, at foranstaltninger på det indre marked påvirker importen fra tredjelande. Foranstaltninger til harmonisering af tekniske standarder vil påvirke varer fra tredjelande, men de kan udstedes på grundlag af traktatens artikel 100 A som den rette hjemmel.

47. Med hensyn til udtalelse 1/94 og Fællesskabets eksterne kompetence vil dette spørgsmål kun blive rejst, såfremt der skal indledes forhandlinger med tredjelande om international konsumption. Der er ikke tvivl om, at handelspolitiske overvejelser og betænkeligheder på grund af en mulig mangel på gensidighed var nogle af grundene til, at bestemmelserne om international konsumption, som var medtaget i Kommissionens oprindelige forslag, ikke blev fastholdt. Men eksistensen af sådanne underliggende politiske hensyn begrænser ikke den saglige rækkevidde af en foranstaltning udstedt på grundlag af artikel 100 A. Det fører ikke til den konklusion, at en foranstaltning med hjemmel i artikel 100 A ikke kan fortolkes således, at den har taget stilling til spørgsmålet om international konsumption. Jeg mener, at Fællesskabet i henhold til artikel 100 A kan fastsætte bestemmelser om varemærkeindehavernes rettigheder inden for Fællesskabet for så vidt angår varer, der er forsynet med deres mærke, uanset om de er blevet markedsført inden for eller uden for Fællesskabet.

Varemærkers oprindelsesfunktion

48. Den svenske regering henviser ligeledes til Domstolens praksis vedrørende varemærkers funktion. Denne funktion er hovedsa-

17 — Sml. 1994 I, s. 5267.

gelig at sikre forbrugeren mulighed for at identificere varens oprindelse. Det er ikke en del af varemærkets funktion at sætte indehaveren i stand til at opdele markedet og til at udnytte prisforskelle. Anvendelsen af international konsumption ville medføre væsentlige fordele for forbrugerne og ville fremme priskonkurrencen.

49. Jeg indrømmer, at jeg finder disse argumenter særdeles tiltalende. Men det må ikke glemmes, at Domstolens praksis vedrørende varemærkers funktion er blevet udviklet i fællesskabssammenhæng, ikke i verdensmarkedssammenhæng. I EMI-dommen [18] udtalte Domstolen, at dens praksis vedrørende artikel 30-36 ikke kunne overføres til import fra tredjelande. En afgrænsning af beskyttelsen af varemærkerettigheder ved hjælp af en definition af deres hovedfunktion blev anset for at være nødvendig for at hindre restriktioner i samhandelen mellem medlemsstaterne.

50. Sådanne tvingende hensyn gør sig ikke gældende vedrørende import fra tredjelande. Tværtimod ville en ordning, hvorefter medlemsstaterne frit kunne vælge international konsumption, som tidligere anført medføre hindringer mellem medlemsstaterne.

18 — Dom af 25.6.1976, sag 51/75, EMI Records, Sml. s. 811.

51. Der ligger naturligvis et stærkt argument i hensynet til den frie handel på internationalt plan. Efter nogle kommentatorers opfattelse vil udelukkelse af international konsumption føre til protektionisme og derfor være skadelig [19]. Handelspolitiske overvejelser kan imidlertid være mere komplekse, end hvad der antages efter denne opfattelse. Jeg har allerede nævnt betænkelighederne med hensyn til en eventuel manglende gensidighed, såfremt Fællesskabet ensidigt fastsatte bestemmelser om international konsumption. Det er i hvert fald på ingen måde Domstolens opgave at søge at tage stilling til sådanne politiske overvejelser.

52. Med hensyn til priskonkurrencen og fordelene for forbrugerne skal sådanne fordele igen afvejes mod truslen mod det indre markeds helhed. Denne helhed ville blive alvorligt skadet, såfremt en medlemsstat vedtog bestemmelser om international konsumption, mens andre ikke gjorde det. Kun forbrugere i den første stat ville drage fordel af de lavere priser på import fra tredjelande. Priskonkurrencen inden for det indre marked ville blive forvredet.

53. Med hensyn til Fællesskabets konkurrencepolitik vil den dom, som Domstolen afsiger om international konsumption, ikke på nogen måde begrænse den eventuelle anvendelse af traktatens konkurrenceregler.

19 — Blandt dem, der går ind for international konsumption (i større eller mindre omfang), er Friedrich-Karl Beier, IIC 1990, s. 131, Jesper Rasmussen, EIPR 1995, s. 174, Nicholas Shea, EIPR 1995, s. 463, D. W. F. Verkade, »Extracommunautaire parallelimport en rechten van intellectuele eigendom«, SEW 1997, s. 304.

Den vil ikke udelukke den mulighed, at traktatens artikel 85 og 86 kan finde anvendelse på aftaler mellem virksomheder, eller på ensidig adfærd, der udvises af en dominerende virksomhed i den hensigt at opdele markederne [20].

54. Endelig bør man huske på, at nogle medlemsstater og nogle tredjelande ikke anvender international konsumption, og at dette ikke er blevet anset for at være i strid med GATT-aftalen. Stillingen er i den henseende ikke blevet ændret af WTO-overenskomsten. I bilag 1 C, som indeholder aftalen om handelsrelaterede intellektuelle ejendomsrettigheder (TRIPs-aftalen) [21], er det i artikel 6 bestemt, at i forbindelse med bilæggelse af tvister i henhold til aftalen kan intet i denne aftale (bortset fra visse bestemmelser) anvendes til afklaring af spørgsmålet om intellektuelle ejendomsrettigheders konsumption [22].

Forordningen om EF-varemærker

55. Yderligere bidrag til fortolkningen af direktivet findes i forordningen om EF-varemærker [23]. Udkastet til forordningen, hvorved der indføres et fælles EF-varemærke, der gælder for hele Fællesskabet, blev udarbejdet samtidig med direktivet, og det indeholder så at sige identiske bestemmelser om konsumption.

56. I artikel 1, stk. 2, er bestemt, at EF-varemærket »har enhedskarakter«, og endvidere, at:

»Det har samme retsvirkninger overalt inden for Fællesskabet: et varemærke kan kun registreres, overdrages, opgives, erklæres for bortfaldet eller ugyldigt, og brugen deraf kun forbydes med virkning for hele Fællesskabet. Dette princip gælder, medmindre andet fastsættes i denne forordning.«

57. I artikel 13, der har overskriften »Konsumption af de retsvirkninger, der er knyttet til EF-varemærket«, er fastsat følgende:

»1. De til EF-varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette mærke.

20 — Med hensyn til en eventuel anvendelse af artikel 85 se f.eks. EMI-dommen, a.st., fodnote 18, og af nyeste dato generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse i sag C-306/96, Javico International, der blev fremsat den 6.11.1997, nu dom af 28.4.1998, Sml. I, s. 1983.

21 — EFT 1994 L 336, s. 213.

22 — Vedrørende artikel 50 i TRIPs-aftalen, som drejer sig om foreløbige foranstaltninger, se generaladvokat Tesauro's forslag til afgørelse i sag C-53/96, Hermès, fremsat den 13.11.1997, nu dom af 16.6.1998, Sml. I, s. 3603.

23 — Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 om EF-varemærker, EFT 1994 L 11, s. 1.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, hvis indehaveren har rimelig grund til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, især i tilfælde, hvor disses tilstand er ændret eller forringet, efter at de er markedsført.«

58. Således er forordningens artikel 13, bortset fra henvisningen til »EF-varemærket«, identisk med direktivets artikel 7.

59. Som det var tilfældet med direktivet, indeholdt Kommissionens oprindelige forslag til forordningen bestemmelse om international konsumption, men også her blev forslaget ændret, og i forordningen er der kun foreskrevet konsumption for varer, som er blevet markedsført »inden for Fællesskabet«. Igen er det således umuligt at fortolke forordningen således, at den pålægger international konsumption. Valget er således enten at udelukke international konsumption eller at overlade spørgsmålet til medlemsstaterne.

60. Med hensyn til forordningen er det dog næppe muligt at gøre gældende, at medlemsstaterne er frit stillet. Mens direktivet, som jeg har påvist, kun er en foranstaltning til delvis harmonisering af national lovgivning, indeholder forordningen omfattende bestemmelser om rettighederne i forbindelse med et EF-varemærke og dettes retsvirkninger. Endvidere er det i artikel 14, stk. 1, bestemt: »EF-varemærkets retsvirkninger bestemmes alene af denne forordning«, således at det kun er sager om krænkelse af varemærkerettighederne, der er undergivet national lovgivning i medfør af forordningens afsnit X om kompetence og retspleje i søgsmål vedrørende EF-varemærker.

61. Jeg finder det derfor umuligt at argumentere for, at varemærkeforordningen giver medlemsstaterne frihed til at vælge international konsumption. Spørgsmålet er så, om bestemmelserne om konsumption i forordningen og i direktivet, på trods af deres fælles oprindelse og deres identiske ordlyd, kan fortolkes forskelligt. Der er naturligvis velkendte eksempler på helt enslydende bestemmelser, der fortolkes forskelligt i forskellige sammenhænge, f.eks. i EF-traktatens sammenhæng på den ene side og frihandelsaftalesammenhæng på den anden side, som i Polydor-sagen [24]. EFTA-Domstolens ovenfor citerede udtalelse [25] er en yderligere illustration af, at der på grund af de forskellige sammenhænge kan være berettigede grunde til at anvende en anden fremgangsmåde netop i forbindelse med den bestemmelse, det drejer sig om i denne sag. I den foreliggende sag er sammenhængen imidlertid, såvel for forordningen som for direktivet, Fællesskabets indre marked. Selv om man kan fremføre det argument, at formålet med de to retsakter er forskelligt, da direktivet kun tilsigter en begrænset harmonisering, må det erkendes, at forordningen

24 — Dom af 9.2.1982, sag 270/80, Sml. s. 329.
25 — A.st., fodnote 15.

giver i det mindste en vis yderligere støtte for den opfattelse, at direktivet udelukker international konsumption.

62. Jeg finder herefter, at når henses til direktivets ordlyd og formål, dets grunde, den identiske ordlyd i varemærkeforordningen og de uønskede virkninger af at overlade spørgsmålet til medlemsstaternes eget skøn, udelukker direktivets artikel 7, stk. 1, at medlemsstaterne kan anvende princippet om international konsumption.

63. Svaret på det første spørgsmål er derfor, at direktivets artikel 7, stk. 1, skal fortolkes således, at indehaveren af et varemærke har ret til at hindre tredjemand i at anvende varemærket for varer, som er blevet markedsført under dette varemærke uden for EØS. Medlemsstaterne må følgelig ikke indføre princippet om international konsumption.

Det andet spørgsmål

64. Med det andet spørgsmål ønsker Oberster Gerichtshof oplyst, om direktivets artikel 7, stk. 1, alene kan danne grundlag for, at der nedlægges forbud til fordel for en indehaver af et varemærke, der vil forhindre salg af sine varer, som uden hans samtykke er i handelen i Fællesskabet. Det fremgår af forelæggelseskendelsen og af en efterfølgende skrivelse fra den nationale ret, at spørgsmålet er blevet rejst af følgende grunde.

65. I østrigsk varemærkelovgivning kendes en ret til at nedlægge forbud i anledning af krænkelse af varemærkerettigheder ikke. En kendelse om at ophøre med at krænke et varemærke kan imidlertid udstedes i henhold til § 9 i UWG (lov om bekæmpelse af illoyal konkurrence og ulovlig markedsføring). I henhold til UWG's § 9, stk. 1, kan der nedlægges forbud over for en person, som i forretningsøjemed anvender et navn, et firmanavn eller en virksomheds særlige betegnelse på en måde, som er egnet til at skabe forveksling med det navn, firmanavn eller den særlige betegnelse, som en anden person lovligt anvender. Et indregistreret varemærke er en »særlig betegnelse« i denne bestemmelses forstand (UWG's § 9, stk. 3). Men i henhold til østrigsk lovgivning kan der ikke med hjemmel i UWG's § 9 nedlægges forbud for at hindre parallelimport, idet markedsføring af originale varer, efter hvad Oberster Gerichtshof har anført, ikke kan skabe forveksling som omhandlet i den pågældende bestemmelse, når de pågældende varer er varemærkeindehaverens originale varer.

66. Skønt der er to andre bestemmelser i østrigsk ret, der kan anvendes som hjemmel for forbud, finder Oberster Gerichtshof åbenbart, at ingen af disse kan finde anvendelse i den foreliggende sag. Disse andre bestemmelser er § 1 i UWG og § 43 i ABGB (den borgerlige lovbog). I henhold til førstnævnte artikel kan der nedlægges forbud over for en person, der i forbindelse med erhvervsudøvelse i konkurrenceøjemed udfører handlinger, der er i strid med almenhedens interesser. En overtrædelse af lovgivningen kan være i strid med almenhedens interesser i denne bestemmelses forstand. Overtrædelsen skal imidlertid være subjektivt dadelværdig og være egnet til at give den person, der handler ulovligt, en fordel frem for hans lovlydige konkurrenter. § 43 i ABGB giver mulighed for at begære, at der nedlægges forbud, såfremt en persons ret til at anvende sit navn anfægtes, eller når han lider skade ved uberettiget brug af hans navn (eller pseudonym).

67. Da Oberster Gerichtshof er af den opfattelse, at ingen af de ovennævnte bestemmelser kan være hjemmel for et forbud i den foreliggende sag, mener den ikke at kunne tage Silhouette's begæring om forbud til følge, medmindre hjemmelen for dette forbud følger af varemærkedirektivets artikel 7, stk. 1. Oberster Gerichtshof anfører, at såfremt artikel 7, stk. 1, kan fortolkes således, vil retten være i stand til at nedlægge et forbud på grundlag af § 10a i Markenschutzgesetz, da de to bestemmelser er så godt som enslydende. Oberster Gerichtshof anfører, at der ikke er spørgsmål om, hvorvidt denne bestemmelse i direktivet kan have direkte virkning, idet bestemmelsen er blevet gennemført næsten ordret i østrigsk ret. Retten spørger derimod om den korrekte fortolkning af denne bestemmelse. Selv om det er direktivets artikel 5, snarere end artikel 7, som tillægger varemærkets indehaver materielle rettigheder, ønsker Oberster Gerichtshof alene en fortolkning af sidstnævnte bestemmelse, da artikel 5, stk. 1, litra a), endnu ikke er blevet gennemført i østrigsk ret.

68. Det følger af fast praksis, at uanset om de enkelte bestemmelser i et direktiv er blevet gennemført i national lovgivning, og uafhængigt af disse bestemmelsers eventuelle direkte virkning — som i tilfælde af, at bestemmelserne ikke er gennemført, kun kan påberåbes over for staten eller en offentlig institution — har de nationale retter pligt til at anvende alle bestemmelser i den nationale lovgivning på en sådan måde, at det i videst muligt omfang sikres, at det i direktivet fastlagte formål opnås [26]. Denne pligt gælder ikke alene med hensyn til national lovgivning, som specielt er vedtaget til gennemførelse af et direktiv, men også andre bestemmelser i den nationale lovgivning, inklusive dem, der blev vedtaget før direktivet. Domstolen har netop i forbindelse med den samme bestemmelse, som er til behandling i den foreliggende sag, fastslået, at »den nationale domstol ved anvendelsen af nationale retsforskrifter, hvad enten de er ældre eller yngre end direktivet, er forpligtet til, i videst muligt omfang, at fortolke dem i lyset af direktivets ordlyd og formål og at fremkalde

26 — Dom af 13.11.1990, sag C-106/89, Marleasing, Sml. I, s. 4135.

det med direktivet tilsigtede resultat, og således handle i overensstemmelse med EF-traktatens artikel 189, stk. 3« [27].

69. Det følger heraf, at uanset om de nationale retsforskrifter om varemærker er blevet ændret for at gennemføre direktivets bestemmelser, eller de ikke er blevet ændret, skal disse retsforskrifter fortolkes i overensstemmelse med direktivet. Forudsat at retsforskrifterne kan fortolkes således, har de nationale retter pligt til at yde varemærker den samme beskyttelse, de ville have, hvis hver enkelt bestemmelse i direktivet specifikt og udtrykkeligt var blevet gennemført i national ret.

70. Selv om det i den foreliggende sag fremgår, at direktivets artikel 5, stk. 1, litra a), som tillægger indehaveren af varemærket visse enerettigheder, ikke er blevet gennemført i østrigsk ret, skal domstolene alligevel i videst muligt omfang fortolke østrigske lovforskrifter i lyset af artikel 5, stk. 1, litra a). Artikel 5, stk. 1, bestemmer, at indehaveren af et varemærke »kan forbyde tredjemand, der ikke har hans samtykke« at gøre brug af mærket. Ordlyden i artikel 5, stk. 1, betyder således, at han kan få nedlagt et retsligt forbud mod anvendelse af mærket. Når et sådant retsligt forbud kan nedlægges i henhold til den nationale lovgivning, uanset om det er i henhold til varemærkelovgivningen eller i henhold til andre retsforskrifter som f.eks. bestemmelser om illoyal konkurrence, skal dette også være muligt i tilfælde af krænkelse af varemærkerettigheder som defineret i direktivets artikel 5, stk. 1.

71. Det anerkendes endvidere i henhold til Domstolens praksis som et generelt princip, at de nationale retter skal stille effektive retsmidler til rådighed til beskyttelse af rettigheder i henhold til fællesskabsretten. Domstolens praksis er navnlig udmøntet i to principper: For det første, at nationale retsforskrifter om retsmidler til beskyttelse af fællesskabsretlige rettigheder ikke må være mindre gunstige end dem, der gælder for tilsvarende søgsmål på grundlag af national ret; og for det andet, at udøvelsen af fællesskabsretlige rettigheder i hvert fald ikke må gøres umulig i praksis eller uforholdsmæssig vanskelig [28]. Det kan meget vel tænkes, at afslaget på den foranstaltning, som den foreliggende sag drejer sig om, nemlig et forbud, under de foreliggende omstændigheder er i strid med begge disse krav.

72. For så vidt angår foreløbige forholdsregler har Domstolen udtalt, at det kan være påkrævet, at de nationale retsinstanser anordner foreløbige forholdsregler af hensyn til beskyttelsen af rettigheder i henhold til fællesskabsretten selv i sager, hvor de ikke kunne gøre dette i henhold til den nationale

27 — Dom af 11.7.1996, sag C-232/94, MPA Pharma, Sml. I, s. 3671, præmis 12.

28 — Jf. f.eks. dom af 14.12.1995, forenede sager C-430/93 og C-431/93, Van Schijndel og Van Veen, Sml. I, s. 4705.

lovgivning [29]. Domstolen har fastslået, at fællesskabsrettens fulde virkning ville blive begrænset, hvis en national retsregel kunne forhindre en national retsinstans, der har fået forelagt et tvist, som skal afgøres efter fællesskabsretten, i at træffe foreløbige forholdsregler, indtil den nationale rets endelige afgørelse foreligger [30]. Det er klart, at det samme gælder for så vidt angår et endeligt forbud: Dette retsmiddel skal også anordnes af den nationale retsinstans, såfremt det er nødvendigt for at sikre den effektive beskyttelse af rettigheder i henhold til fællesskabsretten.

Forslag til afgørelse

73. Efter det således anførte skal jeg foreslå Domstolen at besvare de spørgsmål, der er forelagt af Oberster Gerichtshof, således:

»1) Artikel 7, stk. 1, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker skal fortolkes således, at indehaveren af et varemærke har ret til at hindre tredjemand i at anvende mærket for varer, der er blevet markedsført uden for EØS under dette mærke.

2) Selv i de tilfælde, hvor artikel 7, stk. 1, er den eneste af de relevante bestemmelser i direktivet, der specielt er blevet gennemført i national ret, har indehaveren af varemærket ret til at få nedlagt et forbud mod, at en tredjemand bruger hans varemærke for varer, som er blevet markedsført uden for EØS under dette mærke.«

29 — Dom af 19.6.1990, sag C-213/89, Factortame m.fl., Sml. I, s. 2433.

30 — Præmis 21.