en vare, der lovligt bærer et varemærke i en anden medlemsstat, udelukkende med den begrundelse, at der i den førstnævnte stat findes et tilsvarende varemærke med samme oprindelse.

2. Når en varemærkeindehaver i en medlemsstat selv kan markedsføre sin mærkevare i en anden medlemsstat, gælder det samme for en tredjemand, der retmæssigt har erhvervet denne vare i den førstnævnte stat.

Lecourt Donner Sørensen Monaco Mertens de Wilmars
Pescatore Kutscher Ó Dálaigh Mackenzie Stuart

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 3. juli 1974.

A. Van Houtte
Justitssekretær

R. Lecourt
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT H. MAYRAS FREMSAT DEN 15. MAJ 1974 [1]

Høje Ret.

Indledning

Den foreliggende sag rejser under nye omstændigheder et problem, som De allerede i løbet af de foregående år har haft lejlighed til at sætte Dem ind i.

Det er problemet om forhold mellem på den ene side de industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder og på den anden side reglerne i traktaten om Det europæiske økonomiske Fællesskab, såvel på konkurrenceområdet som på området for de frie varebevægelser.

Selv om genstanden for de industrielle ejendomsrettigheder veksler, eftersom der er tale om patenter på opfindelser, om beskyttelse af teknisk viden eller på den anden side om varemærker, har for det første reglerne herom et fælles træk: de tillægger rettighedshaverne en eneret, som ifølge sin natur griber ind i konkurrencevilkårene.

For det andet er den således ydede beskyttelse begrænset til det nationale område, hvoraf følger, at den kan tænkes at være til hinder for de frie varebevægelser i fællesmarkedet.

Den egentlige vanskelighed fremkommer altså ved konfrontationen mellem den industrielle ejendomsret, som er en national ret med territorial virkning, og

1 — Oversat fra fransk.

fællesskabsretten, hvis ensartede anvendelse i alle medlemsstaterne sikrer dens effektivitet, og som i konflikttilfælde skal have forrang for den nationale ret.

Denne modstrid mellem selve fællesmarkedets eksistens og de industrielle ejendomsrettigheder har De i øvrigt fastslået udtrykkeligt i Deres domme af 29. februar 1968 (sag nr. 24/67, Parke Davis, Recueil 1968, s. 82) og 18. februar 1971 (sag nr. 40/70, Sirena, Recueil 1971, s. 69), idet De anerkender, at: »så længe de nationale regler om beskyttelse af industriel og kommerciel ejendom ikke er harmoniseret inden for Fællesskabets rammer, vil deres karakter af nationale beskyttelsesregler kunne skabe hindringer både for de frie bevægelser for de patenterede produkter eller mærkevarer og for det fællesskabsretlige konkurrencessystem«.

Det er igen i dag denne modstrid, der ligger til grund for den anmodning om præjudiciel afgørelse, som Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg — der fungerer som handelsret — har fremsendt i anledning af en retssag, som angår et velkendt varemærke af tysk oprindelse, der blev beslaglagt og dernæst eksproprieret ved afslutningen af den anden verdenskrig. I det pågældende tilfælde var varemærket imidlertid ikke længere anmeldt i selve den tyske virksomheds navn; denne havde tidligere for Belgiens og Storhertugdømmet Luxembourgs vedkommende overført det til sit datterselskab, der var oprettet i Bruxelles i 1927.

I — Sagens faktiske omstændigheder

Parterne i hovedsagen har under forhandlingerne forsikret Dem om, at der ikke er nogen uoverensstemmelse mellem dem med hensyn til sagens faktiske omstændigheder; det er angående de juridiske konsekvenser heraf, der er uenighed.

Lad os derfor kort gentage de omstændigheder, der har ført Tribunal de Luxembourg til at forelægge Dem to præjudicielle spørgsmål.

Den første indehaver ved århundredets begyndelse af patent på at gøre rå kaffe koffeinfri, Hag AG, Bremen, anmeldte i talrige stater i eget navn varemærker med ordene »Café Hag«, ledsaget af et emblem i form af et hjerte eller en redningskrans.

Disse varemærker blev registreret i Belgien og Storhertugdømmet fra 1908. Siden 1925 har de været anmeldt på internationalt plan i Bern i henhold til Madrid-aftalen.

Hag kaffe blev først solgt på de belgiske og luxembourgske markeder af en hovedagent for den tyske virksomhed, derpå — fra 1927 — af et datterselskab, som denne oprettede i Bruxelles, Café Hag AG, fuldtud kontrolleret af moderselskabet.

Da dette datterselskab efterhånden blev forsynet med egne produktionsmidler, blev det efterhånden i stand til alene at tilfredsstille efterspørgslen i Belgien og Luxembourg.

I 1934 overdrog Hag AG varemærkerne for disse stater til sit belgiske datterselskab, en overdragelse, som blev ledsaget af en overførsel af metoderne til at gøre kaffe koffeinfri.

I det følgende år blev overdragelsen bragt i orden på internationalt plan ifølge den procedure, der var opstillet i gennemførelsesforordningen til Madrid-aftalen: slettelse af det internationale varemærke Hag Bremen for så vidt angår Belgien og Luxembourg; ny anmeldelse i disse stater af nationale mærker lydende på navnet Café Hag SA.

Hvad de virkelige bevæggrunde end har været til denne operation: markedsopdeling mellem moder- og datterselskab, middel til at mildne de vanskeligheder, der skyldtes den voksende protektionisme, eller til på et kommercielt plan at komme de risici i forkøbet, som på den tid kunne forudses ville affødes af en konflikt i Europa, er det herefter klart, at de varer, der blev udbudt på det belgisk-luxembourgske marked, fra nu af alene blev fremstillet af Café Hag i Bruxelles og solgt under dettes varemærke.

Denne situation varede lige til krigens afslutning.

Efter befrielsen af Belgien blev aktieselskabet Café Hag beslaglagt af den belgiske forvaltning som fjendtlig ejendom. Derefter solgte kontoret for beslaglagt gods i henhold til Paris-konferencens slutprotokol af 14. januar 1946 om erstatninger, hvis artikel 6 forpligter signatarstaterne, deriblandt Belgien, til at afhænde tysk ejendom, rettigheder og interesser, selskabets aktier til en belgisk familie, Van Oevelen, der således blev ejer såvel af virksomheden som af de varemærker, der var registreret i dennes navn.

I 1971 blev disse varemærker, som i øvrigt med bekræftende virkning var blevet anmeldt efter den nye fælles Benelux-lovs ikrafttræden, overdraget uden Hag's fabriksbygning til firmaet Van Zuylen Frères (Cafétérie Chat Noir), hvilket blev registreret den 25. april 1972 i Benelux-kontoret for varemærker.

Hag AG i Bremen har for sit vedkommende efter krigen erhvervet egne rettigheder til mærkerne »Café Hag« for Belgien og Storhertugdømmet, men anmeldelsen heraf er foretaget klart senere end de mærker, Van Zuylen Frères bruger i dag. Hag AG har også forsøgt at trænge ind på det belgisk-luxembourgske marked ved at anmelde og udnytte et mærke »Decofa«, men dette er tilsyneladende ikke lykkedes.

Derfor besluttede selskabet i maj 1972 at levere Hag-pulverkaffe under eget navn i Luxembourg med en luxembourgsk koncessionshaver som mellemmand. Denne direkte import har bestemt firmaet Van Zuylen til at anlægge en første plagiatsag.

Uden at bestride lovligheden af Van Zuylen's rettigheder til mærket »Hag« i Belgien og Luxembourg gør det tyske selskab først og fremmest gældende, at disse rettigheder ikke kunne anføres imod det, da det havde erhvervet lignende rettigheder i medfør af internationale og Benelux-anmeldelser foretaget efter 1945 i eget navn.

For at imødegå dette krav anlagde Van Zuylen den 4. april 1973 endnu et søgsmål for at opnå ophævelse af disse varemærkeanmeldelser fra Hag AG i den udstrækning, de angår Belgien og Luxembourg.

Derpå gjorde sagsøgte for den luxembourgske dommer gældende, at Van Zuylen's rettigheder var ugyldige, da det drejede sig om afledte rettigheder, som var erhvervet i henhold til en aftale om overdragelse, der var ugyldig som stridende mod bestemmelserne i Rom-traktatens artikel 85. På dette punkt i sagen blev parterne enige om at anmode Tribunal de Luxembourg om at forelægge Domstolen et første præjudicielt spørgsmål, hvis rækkevidde i øvrigt overskrider selve konkurrencerettens område, eftersom det ikke alene angår en fortolkning af artikel 85 men også af artiklerne 5, 30 og følgende og især af traktatens artikel 36 om de frie varebevægelser.

I forelæggelseskendelsen anmodes De om at afgøre, hvorvidt disse eller hine af de nævnte bestemmelser bevirker, at det tillades den aktuelle indehaver af et varemærke i en medlemsstat (A) i Fællesskabet — her Van Zuylen i Storhertugdømmet — under påberåbelse af sin varemærkeret at modsætte sig, at der til denne samme stat importeres produkter forsynet med samme mærke fra en anden medlemsstat (B) — dvs. Hag AG i Tyskland — af indehaveren af nævnte mærke.

For nøjagtigt at kunne bestemme de faktiske omstændigheder, hvorunder spørgsmålet stilles, har den luxembourgske dommer nærmere præciseret:

— at det pågældende mærke blev overdraget af den oprindelige indehaver i medlemsstat (B) til dettes datterselskab, oprettet i medlemsstat (A) i henhold til *aftaler*, som blev indgået inden traktatens ikrafttræden;

— at dette datterselskab, der blev beslaglagt i 1944 af stat (A), blev overdraget sammen med mærket til en tredjemand — i det foreliggende tilfælde Van Oevelen —;

— at denne tredjemand igen overdrog varemærket til den nuværende indehaver i stat A — Van Zuylen Frères —;

— endelig at der ikke findes nogen som helst forbindelse mellem den nuværende (Van Zuylen) og den oprindelige indehaver (Hag AG) af varemærkerne i staterne (A) og (B), hverken af juridisk, financiel, teknisk eller økonomisk art.

Det andet præjudicielle spørgsmål, som er forelagt Dem, skyldes en begæring om intervention indgivet til Tribunal de Luxembourg af en tysk handlende, Joachim Kunde, som til Luxembourg havde importeret kaffe Hag i form af bønner, der var købt direkte hos Hag AG i Bremen, og gjorde sin ret til at foretage sådan import gældende.

Uden at udtale, hvorvidt denne intervention kan tillades, spørger den forelæggende ret Dem, hvorvidt dette andet spørgsmål skal besvares på samme måde som det foregående, når markedsføringen af de beskyttede varer i medlemsstat (A) foretages ikke af den oprindelige indehaver af varemærket men af en importør, der retmæssigt har erhvervet varen i medlemsstat (B) fra den oprindelige indehaver.

Således holder Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg sig, samtidig med at den i øvrigt bekræfter parternes enighed i selve affattelsen af anmodningen om en præjudiciel afgørelse, strengt til de spørgsmål, der vedrører fortolkning af fællesskabsretten, eller som er en direkte følge af de løsninger, der kan udledes af Deres domme af 18. februar 1971 (Sirena, nævnt ovenfor) og af 8. juni 1971 (sag nr. 78/70, Deutsche Grammophon, Recueil 1971, s. 487).

Selv om Kommissionen har ment at skulle give sig i lag med dette problem, finder jeg for mit vedkommende, at det er unødvendigt at undersøge, om en løsning »de lege ferenda« i det foreliggende tilfælde kunne ophæve konflikten mellem Van Zuylen og Hag AG. Det synes særlig unyttigt at vurdere, om bestemmelserne i artikel 12, stk. 1 og 2 i udkastet til en konvention om europæisk varemærkeret ville kunne finde anvendelse i det foreliggende tilfælde.

Kommissionen erkender endvidere selv, at den påtænkte affattelse af denne artikel ikke løser problemet om varemærker, som er eksproprieret efter krigen.

Det drejer sig under alle omstændigheder kun om et af en ekspertgruppe udarbejdet udkast, hvoraf man ikke kan udlede nogen relevant vejledning vedrørende traktatens fortolkning.

Det er imidlertid en sådan fortolkning, De bliver anmodet om, og som jeg følgelig foreslår, at vi undersøger, først i relation til konkurrencereglerne i artikel 85, dernæst i relation til de principper, der gælder for de frie varebevægelser.

II — Anvendelse af traktatens artikel 85

Traktatens artikel 85 er tavs med hensyn til forbindelserne mellem den fællesskabsretlige konkurrenceordning og de nationale lovgivninger om varemærkerettigheder.

De har dog i sagerne Grundig Consten (dom af 13. juli 1966, Recueil 1966, s. 429) og Sirena (dom af 18. februar 1971, nævnt ovenfor) haft lejlighed til at udtale Dem om foreneligheden af varemærkerettigheder med traktatens regler på konkurrenceområdet.

Problemet er at afgøre, hvorvidt fællesskabsretten i tilfælde af, at en national lovgivning giver en varemærkeindehaver ret til at hindre import af varer med samme varemærke fra en anden medlemsstat, kan være bestemmende for omfanget af denne ret.

Dette spørgsmål har De besvaret bekræftende på basis af et princip, »som finder anvendelse på konkurrencerettens område således, at det, selv om eksistensen af de rettigheder, som en medlemsstats lovgivning anerkender for indehavere af varemærker, ikke berøres af artiklerne 85 ff, til gengæld er muligt, at deres *udøvelse* bliver ramt af de i disse bestemmelser opstillede forbud.« De har i øvrigt på

dette område ladet Dem inspirere af de betragtninger, som Kommissionen har fremsat i forordning nr. 67/67, hvor den med forbehold af de eksisterende forbindelser mellem konkurrenceordningen og de industrielle ejendomsrettigheder, tydeligt har vist sin hensigt til ikke at tillade, at disse rettigheder misbruges til at skabe en absolut territorial beskyttelse.

Det er imidlertid utvivlsomt, at en varemærkeret særligt udøves med henblik på en fordeling eller en opdeling af de nationale markeder, hvilket kan påvirke samhandelen mellem medlemsstaterne. Dette vil kunne føre til at hindre virkeliggørelsen af et enhedsmarked samt i øvrigt vanskeliggøre de frie varebevægelser, begge grundlæggende mål for fællesmarkedet.

Inden for artikel 85 må man imidlertid være opmærksom på, at anvendelsen af denne bestemmelse forudsætter, at der findes en aftale mellem virksomheder eller i det mindste en samordnet praksis.

Denne første betingelse var uden tvivl opfyldt i sagen Grundig Consten. Der var faktisk, sideløbende med en eneforhandlingskontrakt, indgået en tillægsaftale mellem Grundig og dennes koncessionær, ved hvilken det tyske firma havde bemyndiget Consten til i dets navn at anmelde varemærket »Gint« i Frankrig. Selv om sidstnævnte altså var indehaver af de rettigheder, der var tilknyttet dette varemærke, var det i kraft af en »aftale«, hvis formål åbenlyst var at styrke den absolutte territorielle beskyttelse, som Consten nød godt af.

Tilstedeværelsen af den form for samordning, som artikel 85 kræver, var således påvist.

I sagen Sirena gik De endnu videre.

Efter at have erkendt, at varemærkeretten som retsinstitut i sig selv ikke opfylder de kriterier om aftale eller samordnet praksis, som artikel 85, stk. 1 opstiller, har De ikke desto mindre erklæret, »at udøvelsen heraf kan rammes af traktatens forbud, hver gang det viser sig, at den er genstand for, middel til eller resultat af en kartelaftale«.

Det er ikke vanskeligt at godtage, at udøvelsen af varemærketretten falder ind under artikel 85, når den udgør selve genstanden for en sådan aftale. Dette vil især være tilfældet ved en licenskontrakt, ved hvilken indehaveren af varemærket pålægger licenstageren restriktioner, som ikke kan berettiges alene ved hensynet til rettens beskyttelse, såsom fastsættelse af salgspriser eller af produktionskvoter.

Det samme er tilfældet, hvis indehaveren, når der foreligger flere licenser, afkræver koncessionarerne en forpligtelse til ikke at eksportere for at sikre hver af dem en absolut områdebeskyttelse.

Til gengæld er det, når der er tale om en ren og skær overdragelse af varemærketretten under normale omstændigheder, vanskeligere at fastslå, at der foreligger en aftale, som har til genstand eller formål at begrænse konkurrencen.

Det følger faktisk af en sådan overdragelsesnatur, at hele retten overføres til cessionaren, og at denne ligeledes får tillagt alle de beføjelser, som cedenten havde.

Dette er utvivlsomt grunden til, at De i Sirena-sagen følte Dem foranlediget til at erklære, at »artikel 85 finder anvendelse fra det *tidspunkt,* hvor der under påberåbelse af varemærketretten opstilles hindringer for import fra forskellige medlemsstater af varer, der bærer samme varemærke som følge af, at indehaverne har erhvervet dette varemærke eller brugsretten til det i kraft af indbyrdes aftaler eller aftaler afsluttet med tredjemand.«

Således har det kun ringe betydning, at aftalen ikke har til formål at begrænse konkurrencen; det er tilstrækkeligt, at den har denne virkning, at den medfører denne konsekvens, at den skaber en retlig stilling, der kan hindre lignende indførsler.

Bliver ordlyden af artikel 85 imidlertid ikke herved strakt for langt, og anlægger man ikke herved en for bred fortolkning af denne bestemmelse?

Det ser ud til, at grunden til, at De i Sirena-sagen har følt Dem foranlediget til at

gå så langt, er visse faktiske omstændigheder, som generaladvokat Dutheillet de Lamothe med rette fremhævede i sit forslag til afgørelse.

Undersøgelsen af sagens akter gav faktisk grund til at antage, at den aftaleretlige stilling, som den italienske virksomhed påberåbte sig — sammenlignet med lignende kontrakter indgået mellem det amerikanske selskab Mark Allen, oprindelig indehaver af varemærket, og franske, belgiske, nederlandske og tyske firmaer — viste, at der forelå sådanne aftaler eller i det mindste en sådan samordnet praksis, som er forbudt efter artikel 85.

De har endvidere ikke undladt at påpege, at »hvis en sidestilling af overdragelser til forskellige brugere af nationale varemærkerettigheder, der beskytter samme produkt, fører til at genoprette uigennemtrængelige grænser mellem medlemsstaterne, kan en sådan praksis påvirke handelen mellem medlemsstater og forringe konkurrencen inden for fællesmarkedet«.

De faktiske omstændigheder i nærværende sag synes ikke — eller i det mindste ikke på basis af artikel 85 — at give grundlag for den samme slutning.

Dette skal ikke forstås således, at man fornuftigvis kan betvivle tilstedeværelsen af den indgåede overdragelsesaftale i 1934/35 mellem Hag AG, Bremen, og Café Hag, Belgien. Selv om de tyske virksomhedsarkiver blev ødelagt under krigen, og denne aftales tekst ikke har kunnet tilvejebringes, erkender parterne i hovedsagen, at en sådan aftale faktisk blev indgået.

Vi kan ej heller tiltræde den af repræsentanterne for Van Zuylen hævdede opfattelse, hvorefter en fuldt afviklet aftale om overdragelse, der har udtømt alle sine retsvirkninger i fortiden, ikke vil kunne falde ind under artikel 85.

Dette anbringende blev formelt underkendt ved Sirena-dommen; den retsstilling, som skabes ved en aftale om overdragelse, indgået inden traktatens ikrafttræden, forbliver uændret, og det er tilstrækkeligt, som sagsøgte i hovedsagen gør opmærksom på, at konstatere, at Van Zuylen endnu i dag vil gøre denne overdragelse gældende, for at antage, at den kan frembringe retsvirkninger.

Det er ud fra andre betragtninger, vi vil afvise anvendelsen af artikel 85.

Som den luxembourgske dommer bekræfter — og parterne i hovedsagen bestrider ikke denne kendsgerning — blev overdragelsen af varemærket foretaget af Hag, Bremen, til et datterselskab, over hvilket det havde fuldstændig kontrol. Man kan derfor ikke i denne overdragelse se en aftale mellem forskellige og uafhængige virksomheder men et simpelt internt arrangement inden for samme økonomiske enhed. Der kan ikke mellem et moderselskab og dets datterselskab, som er berøvet enhver beføjelse til at træffe selvstændige beslutninger, findes nogen form for konkurrence, som vil kunne indskrænkes ved indgåelsen af en aftale. Jeg henviser i denne sammenhæng til det synspunkt, som De antog i dommene af 25. november 1971 (Béguelin, sag nr. 22/71, Recueil 1971, s. 959) og af 13. juli 1972 (farvesagen, Recueil 1972, s. 619 ff): Når et datterselskab ikke har reel selvstændighed ved planlægningen af sin markedspolitik, kan de i artikel 85, stk. 1 fastsatte forbud anses for uanvendelige på forbindelserne mellem dette selskab og det moderselskab, med hvilket det udgør en økonomisk enhed«.

Er denne løsning ikke længere brugbar, når — som det hævdes af Hag, Bremen, og af Kommissionen — de bånd, der forener moderselskabet med datterselskabet, er brudt, også selv om det er sket ved en tvungen overførsel til tredjemand af dele af datterselskabets kapital, som blev betragtet som fjendtlig ejendom?

Hvis jeg har forstået denne opfattelse rigtigt, frembragte overdragelsesaftalen af 1934/35, der ikke i sig selv var egnet til at påvirke konkurrencen — fordi den var indgået mellem økonomisk forbundne virksomheder — efter Rom-traktatens ikrafttræden konkurrencestridige virk-

ninger fra det tidspunkt, da de nævnte bånd blev brudt.

Man skulle følgelig tage i betragtning, at overdragelsesaftalens objektive virkninger har skabt en retsstilling, som i dag er forbudt ved artikel 85.

Denne tankegang synes det mig umuligt at følge, fordi der ikke findes eller er genoprettet noget aftaleelement, der kan falde ind under denne traktatbestemmelse, mellem Hag Bremen og den nuværende varemærkeindehaver i Belgien og Luxembourg.

Den afgørende betingelse for at anvende artikel 85 er ikke opfyldt; det er derfor ikke nødvendigt, som Van Zuylen gør, at påberåbe sig, at salget af kapitalen i aktieselskabet Café Hag til familien Van Oevelen af det belgiske kontor for beslaglagt ejendom har karakter af en akt fra statsmagtens side.

Det er helt fejlagtigt at mene, at det kun er konkurrenceordningen, som med udbytte kan anvendes til at nedbryde de hindringer, som de nationale varemærkerettigheder sætter for de frie varebevægelser i fællesmarkedet.

Disse bestemmelser kan kun komme i betragtning, for så vidt det antages, at der foreligger en aftale eller en samordnet praksis i artikel 85's forstand eller, »mutatis mutandis«, et misbrug af en dominerende stilling i artikel 86's forstand.

Dette kan i øvrigt udledes af dommen af 29. februar 1968 (Parke Davis, sag nr. 24/67, Recueil 1968, s. 82), hvor De anerkendte, at udøvelsen af et patent ikke kunne henhøre under artikel 85, når der ikke forelå *nogen aftale, der var omfattet* af denne bestemmelse.

Selv om formuleringen i Sirena-dommen, hvorefter en eksklusiv ret *kan* være »genstand for, middel til eller resultat af en kartelaftale«, stadig er fuldt ud gyldig, er det modsætningsvis åbenbart, at det ikke har nogen mening at påberåbe sig artikel 85 mod udøvelsen af en industriel ejendomsrettighed, når denne netop ikke er genstand for, middel til eller resultat af en aftale, der omfattes af forbudet i nævnte artikel.

III — Anvendelse af traktatens artikler 5, 30 og 36

Hermed har vi fastlagt de grænser, uden for hvilke det ikke længere er muligt at støtte sig på traktatbestemmelserne om konkurrence med henblik på løsningen af den konflikt, der består mellem fællesskabsretten og de nationale love om industriel ejendomsret.

Kærnen i sagen findes, som udviklingen i Deres domspraksis viser, i de regler, der regulerer de frie varebevægelser i fællesmarkedet.

Traktatens artikler 30 og 36 udgør efter min mening et selvstændig juridisk grundlag og tillader, at man — uden at søge tilflugt til aftalebegrebet — løser konflikten mellem princippet om markedets enhed og de ved de nationale love tildelte eksklusive rettigheder.

I Deres dom af 8. juni 1971 (Deutsche Grammophon, sag nr. 78/70, Recueil 1971, s. 487) tog De klart stilling, idet De udtalte,. at svaret på det stillede spørgsmål, såfremt udøvelsen i det foreliggende tilfælde af en ret, der var beslægtet med forfatterretten »ikke opfylder betingelserne i artikel 85 om aftale eller samordnet praksis, må forudsætte en undersøgelse af, hvorvidt udøvelsen af den omhandlede beskyttede rettighed er forenelig med andre traktatbestemmelser, især bestemmelserne om de frie varebevægelser«.

Og det er klart under henvisning til denne afgørelse, at den luxembourgske dommer har knyttet de præjudicielle spørgsmål, som han stiller Dem, til traktatens artikler 5, 30 og følgende, og især artikel 36.

Artikel 5, hvis omtale kan forklares med, at denne principbestemmelse allerede blev påberåbt i Deutsche Grammophon-sagen, udtrykker, som De har sagt, en generel forpligtelse for medlemsstaterne til at afholde sig fra enhver foranstaltning, der kan bringe virkeliggørelsen af traktatens mål i fare.

De har i dommen af 15. juli 1964 (Costa mod Enel, sag nr. 6/64, Recueil 1964, s. 1159) navnlig støttet fællesskabsret-

tens forrang for de nationale love på denne bestemmelse.

Vil det sige, at denne forpligtelse til »loyalt og universelt samarbejde«, som påviler medlemsstaterne, og som herefter skal opfyldes af alle statsorganer, uden at de nationale domsmyndigheder er undtaget, alene er tilstrækkelig til at begrænse udøvelsen af de nationale industrielle ejendomsrettigheder?

Givet ikke, men den har gyldighed som et princip, hvis indhold skal konkretiseres i hvert enkelt tilfælde af traktatens præcise bestemmelser.

Inden for det område, som interesserer os, er det især artiklerne 30 og 36, der gør det muligt at give principperne i artikel 5 et positivt og konkret indhold.

Artikel 30 forbyder, som man ved, kvantitative indførselsrestriktioner og »alle foranstaltninger med tilsvarende virkning«.

Artikel 36 undtager i sit første punkt fra dette forbud restriktioner eller foranstaltninger med tilsvarende virkning, som blandt andet er begrundet i hensyn, der tjener til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret.

I andet punktum præciserer den imidlertid, at denne undtagelse hverken må udgøre »et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem Medlemsstaterne«.

Man kan udlede følgende ved at sammenhold disse to sætninger:

1. selv om den nationale lovgivning om den industrielle og kommercielle ejendomsret i princippet forbliver i kraft, bliver de rettigheder, der udledes heraf, berørt og påvirket ved oprettelsen af fællesmarkedet i et forhold, der nærmere skal fastlægges.

   At hævde, at de ikke påvirkes på nogen måde ville i øvrigt føre til at frakende artikel 36 enhver nyttig virkning på dette punkt;

2. undtagelsen fra det principielle forbud i artikel 30 gælder under alle omstændigheder kun for de importrestriktioner, der kan retfærdiggøres som beskyttelse af industriel ejendomsret, og ikke alle de restriktioner, der er forbundet med udøvelsen af disse rettigheder;

3. under alle omstændigheder vil det fortsat være forbudt at udnytte disse rettigheder, hvis dette indebærer en vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

Det drejer sig følgelig om, i hvilken udstrækning artikel 36 påvirker, ikke selve eksistensen af en industriel ejendomsret, men dens udøvelse.

Det er denne sondring, som er gentaget i Deutsche Grammophon-dommen, og som De har benyttet ved fortolkningen af artikel 36, idet De har fremhævet: »Selv om artikel 36 tillader sådanne forbud eller restriktioner i forhold til princippet om de frie varebevægelser, som er begrundet i beskyttelsen af den industrielle og kommercielle ejendomsret, anerkender den *udelukkende* afvigelser fra dette princip, for så vidt de er begrundet i beskyttelsen af de rettigheder, der udgør denne ejendomsrets særlige genstand.«

Selv om den dom, jeg henviser til, angår den eksklusive ret, som ved tysk lovgivning er tildelt en fabrikant af lydbærere, og som De har betegnet som en ret, der er beslægtet med forfatterretten, er Deres principielle overvejelser i forbindelse med fortolkningen af artikel 36 uden tvivl af almen betydning.

De har heraf draget den slutning, at »hvis en sådan rettighed påberåbes for at forhindre markedsføringen i en medlemsstat af varer, som er bragt i omsætning af rettighedsindehaveren eller med dennes tilladelse på en anden medlemsstats territorium, udelukkende under henvisning til, at varerne ikke er bragt i omsætning på det nationale territorium, så vil et sådant forbud, *som opretholder de nationale markeders isolering*, stride mod traktatens væsentligste formål, som er en sammensmeltning af de nationale markeder til et enhedsmarked.«

Den afgørende præmis ligger i den omstændighed, at udøvelsen af den af Deutsche Grammophon påberåbte ret havde realiseret en sådan opdeling af markederne, som traktaten forbyder. Den hindringer, der er opstillet for import af originale produkter fra andre medlemsstater, er med andre ord ikke i relation til traktaten retfærdiggjort ved tilstedeværelsen af den ved national lovgivning indførte retsbeskyttelse men udgør en skjult begrænsning af samhandelen mellem fællesmarkedets lande, hvilket er forbudt ved artikel 36, andet punktum.

For det andet tillader dommens udformning den antagelse, at Deres fortolkning ikke kun vedrører en med forfatterretten ligestillet ret men ligeledes gælder de andre eksklusive rettigheder, eftersom De har udvist omhu med at fastslå, at traktatens væsentligste formål »ikke kunne opnås, hvis privatpersoner *i kraft af forskellige retlige ordninger i medlemsstaterne* havde mulighed for at opdele markedet«.

Den fortolkningsvejledning, som kan udledes af Deutsche Grammophon-dommen, kan således efter min mening uden vanskelighed overføres til området for varemærker.

Da det er ubestridt, at Van Zuylen med de retssager, der er anlagt ved Tribunal de Luxembourg, har til hensigt, under påberåbelse af den eksklusive ret til varemærket, at hindre Hag Bremen's import af en vare med samme varemærke, drejer det sig følgelig om at anvende disse principper og undersøge, om selve eksistensen af det i Belgien og Luxembourg anmeldte varemærke giver sagsøgeren i hovedsagen denne beføjelse, eller om der ikke i det krævede forbud tværtimod blot ligger en udøvelse af varemærkeretten på betingelser, der er uforenelige med bestemmelserne i artikel 36.

Varemærkerettens særlige formål, der kan udledes af selve rettens indhold, er at angive produktets oprindelse og herkomst og således at gøre det muligt for indehaveren at beskytte den økonomiske stilling, han har erhvervet ved hjælp af sine pengemidler, sine tekniske bestræbelser og sin kommercielle aktivitet.

Således kan indehaveren gennem sin ret til som den første at bringe varen i omsætning lovligt sikre denne beskyttelse og især forbyde, at varer forsynet med hans varemærke markedsføres af personer, der ikke er berettiget hertil.

Varemærkeretten giver ham således adkomst til at forbyde krænkelser fra tredjemands side.

Til gengæld afhænger territorialitetsprincippet, som er en følge af varemærkelovgivningens nationale karakter — og i denne henseende ændrer eksistensen af en fælles lov for Benelux ikke problemstillingen — ifølge Deres domspraksis ikke af selve eksistensen af retten til beskyttelse, som det er udviklet af generaladvokat Karl Roemer i hans forslag til afgørelse i Deutsche Grammophon-sagen vedrørende den til fabrikanterne af lydbærere overdragne eksklusive ret.

Det er virkningen af de interne lovgivningers territoriale beskyttelse, der er uforenelig med fællesskabsprincippet om de frie varebevægelser.

I den for den luxembourgske dommer anlagte sag har Van Zuylen, cessionar for varemærket »Café Hag« for Belgien og Luxembourg, følgelig med rette for så vidt angår det territorium, hvor selskabet udøver sin ret, modsat sig, at koffeinfri kaffe med samme varemærke sælges og bringes i omsætning af ubeføjede. Men selskabet kan ikke forhindre import af varer med samme varemærke, der stammer fra den tyske virksomhed, dette varemærkes oprindelige indehaver.

Det kræves yderligere, at varens oprindelse er tydeligt angivet, hvad firmaet Hag sørger for ved på emballagen at understrege, at den kaffe, det sælger i Storbertugdømmet, er fremstillet i forbundsrepublikken Tyskland.

Van Zuylen er for sit vedkommende forpligtet til at anføre den belgiske oprindelse for så vidt angår den kaffe, der sælges under varemærket »Hag«.

Efter min mening må man endelig på det bestemteste tilbagevise den indsigelse, at

den tyske virksomhed under alle omstændigheder kunne sælge sine produkter i Luxembourg under et andet mærke end »Hag«. Dette har den i øvrigt i starten netop bestræbt sig på ved at importere kaffe under varemærket »Decofa«. Det er indlysende, at sådanne indførsler ikke rejser og ikke vil kunne rejse nogen vanskelighed, hverken i relation til den nationale varemærkeret eller i relation til fællesskabsretten.

Det er imidlertid let at forestille sig, at det tyske firma, hvis det slog sig ned i Belgien og Luxembourg under dette nye varemærke, der er ukendt af forbrugerne, ville miste fordelen ved varemærket »Hag«, hvorunder det er alment kendt af offentligheden, og ville være tvunget til, fordi det måtte starte fra nul, at ofre betydelige økonomiske og kommercielle midler på at introducere billedet af dette ny varemærke.

Følgelig foreslår vi til slut, at de spørgsmål, De har fået stillet, besvares udelukkende på grundlag af artiklerne 30 og 36 om de frie varebevægelser i Fællesskabet samt under hensyn til princippet om fællesmarkedets enhed.

Såfremt De følger mit forslag, siger det sig selv, at svaret på det andet spørgsmål om en tysk handlendes import til Storhertugdømmet af kaffe købt direkte hos firmaet Hag i Bremen, ikke kan adskilles fra løsningen af det første præjudicielle spørgsmål.

Følgelig foreslår jeg, at De kender for ret:

— at den adgang, en cessionar af en varemærkeret har til på en medlemsstats (A) territorium, hvor det varemærke, han besidder, er anmeldt, at forbyde direkte import af varer, forsynet med samme varemærke, af den virksomhed, der er oprindelig indehaver af denne varemærkeret i en anden medlemsstat (B), ikke udgør en del af selve den industrielle og kommercielle ejendomsret i den betydning, der er forudsat i traktatens artikel 36;

denne adgang er en udøvelse af varemærkeretten, der er uforenelig med traktatens grundlæggende principper, som de kommer til udtryk i bestemmelserne om de frie varebevægelser;

— det samme gælder, når importen af de nævnte varer til medlemsstat (A) foretages gennem en handlende, bosat i medlemsstat (B), der har købt disse produkter hos den varemærkeberettigede virksomhed i samme stat.