

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
P. VERLOREN VAN THEMAAT
FREMSAT DEN 25. NOVEMBER 1981¹

Høje Domstol.

bringer produkterne i handelen i
Nederlandene,

I — Indledning

Ved dom af 11. december 1980 har
Gerechthof, Haag, anmodet EF-
Domstolen om:

»at udtale sig om fortolkningen af EØF-
traktatens regler om frie varebevægelser
og samme traktats artikler 85 og 86 med
henblik på følgende spørgsmål:

Når det antages,

a) at en handlende bringer produkter i
handelen i Nederlandene, som ikke
længere omfattes af noget patent, og
som, uden at det er nødvendigt, er
næsten identiske med produkter, som
allerede i længere tid er blevet bragt i
handelen i Nederlandene af en anden
handlende, og som afviger fra andre
lignende varer, og førstnævnte hand-
lende derved unødigt giver anledning
til forveksling,

b) at den førstnævnte handlende ifølge
nederlandsk lov således ved uredelig
konkurrence handler uretmæssigt
over for sidstnævnte handlende,

c) at nederlandsk lov giver sidstnævnte
handlende ret til på dette grundlag
ved domstolene at få nedlagt forbud
mod, at førstnævnte handlende fortsat

d) at sidstnævnte handlendes produkter
fremstilles i Sverige og førstnævnte
handlendes i Forbundsrepublikken
Tyskland,

e) at førstnævnte handlende indfører
sine produkter fra Forbundsrepu-
blikken Tyskland, hvor de lovligt
bringes i handelen af en anden end
henholdsvis sidstnævnte handlende,
den svenske producent eller en
person, som står i forbindelse med én
af dem, eller som har samtykke dertil
fra én af dem,

forhindrer EØF-traktatens regler om frie
varebevægelser da, uanset bestemmel-
serne i artikel 36, at sidstnævnte hand-
lende ved domstolene opnår et sådant
forbud over for førstnævnte handlende?»

Med dette spørgsmål har en national ret
for første gang forelagt Domstolen
problemet om de fællesskabsretlige
aspekter af læren om slavisk eller uret-
mæssig eftergørelse. Læren betegnes i
den af Ulmer m.fl. udgivne anerkendte
retssammenlignende undersøgelse af
reglerne om uretmæssig konkurrence i
EF-landene som et af de vanskeligste
områder inden for konkurrenceretten
(Ulmer-Reimer, Das Recht des unlau-
teren Wettbewerbs in den Mitgliedstaa-
ten der EWG, Band III: Deutschland,
München 1968, s. 190). En ajourført
retssammenlignende undersøgelse viser,
at læren kendes i alle de nuværende ti

¹ — Oversat fra nederlandsk.

medlemsstater, og at det resultat, som Ulmer-Reimer nåede frem til for tysk rets vedkommende med hensyn til emnets vanskelighed, også gælder for de fleste andre medlemsstater.

Kun i Italien findes der i den borgerlige lovbogs artikel 2598 et udtrykkeligt forbud mod slavisk eftergørelse. I alle andre medlemsstater udledes forbudet enten af en særlig lovgivning om uretmæssig konkurrence i almindelighed eller af almindelige regler f.eks. om ansvar uden for kontraktforhold. I øvrigt synes udtrykket »slavisk eftergørelse«, som er det fremherskende i den juridiske litteratur, i denne forbindelse for så vidt snarere at være noget forvirrende, idet 1) selv en fuldstændig eftergørelse af en andens produkt ikke i sig selv rammes af forbudet, og 2) alle medlemsstaternes retssystemer bygger på princippet om, at det i mangel af en bestemt industriel ejendomsrettighed, f.eks. et patent, står enhver frit for industrielt eller i sin håndværksmæssige virksomhed at lade sig inspirere af andres frembringelser. Friheden hertil omfatter principielt også retten til at eftergøre en konkurrents produkt. Kun når eftergørelsen set under aftagernes synsvinkel kan give anledning til forveksling med hensyn til produktets identitet eller oprindelse, betragtes eftergørelsen i alle medlemsstaternes retssystemer som forbudt. Produktets art og arten af de eftergjorte kendetegn ved eller af dele af produktet, nødvendigheden af eftergørelsen eller den funktionelle begrundelse derfor samt den større eller mindre tekniske sagkundskab, som de sædvanlige aftagere er i besiddelse af, fører i denne forbindelse til en righoldig kasuistik i resultaterne af domstolens bedømmelse. De kriterier, der lægges til grund for vurderingen, viser større eller mindre forskelle fra medlemsstat til medlemsstat. Sådanne forskelle skal bl.a.

være forklaringen på, at der — for så vidt angår de kabelgennemføringer, som sagen drejer sig om — på intet tidspunkt har været ført en retssag i Forbundsrepublikken Tyskland mod det af en tysk fabrikant eftergjorte svenske produkt. Tværtimod fremgår det af sagens akter, at efterligneren med held har ført en retssag om uretmæssig konkurrence mod den svenske producent, fordi denne i reklamer havde påberåbt sig et patent, som på det pågældende tidspunkt allerede var udløbet. Gerechthof, Haag, går da også i spørgsmålets litra e) udtrykkeligt ud fra, at produktet retmæssigt er bragt i handelen i en anden medlemsstat, i det konkrete tilfælde i Forbundsrepublikken Tyskland. Jeg skal senere vende tilbage til, om dette punkt har betydning for Domstolens afgørelse.

Det kriterium, som i alle medlemsstaterne anvendes ved afgørelse af, om der foreligger slavisk eftergørelse, nemlig forvekslingsfaren, finder også støtte i artikel 10b i Pariser-konventionen af 20. marts 1883 om beskyttelse af industriel ejendomsret, som revideret i Stockholm den 14. juli 1967 (Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden, jaargang 1979, nr. 187 [jf. Lovtidende C, bek. nr. 97 af 13. oktober 1970]). Ifølge konventionens artikel 1, stk. 2, omfatter beskyttelsen af den industrielle ejendomsret også, at uretmæssig konkurrence skal undertrykkes. Om det på dette grundlag må antages, at det samme gælder det ligelydende begreb i EØF-traktatens artikel 36, er uvist. Også dette spørgsmål og dets eventuelle betydning for Domstolens afgørelse skal jeg vende tilbage til.

Af større betydning for bedømmelsen af det krav, der i artikel 36 og i Domstolens

praksis vedrørende artikel 30 stilles om, at indgreb i de frie varebevægelser skal være begrundede i almene hensyn, forekommer mig, som allerede nævnt, konventionens artikel 10b. I artikel 10b, stk. 3, hedder det (i forbindelse med den almindelige forpligtelse for unionslandene til — i medfør af stk. 1 og 2 — at tilsikre en virksom beskyttelse imod illoyal konkurrence): »Særlig skal forbydes:

1. enhver handling af en sådan art, at den uanset det anvendte middels karakter er egnet til at fremkalde forveksling med en konkurrents forretning, hans varer eller hans industrielle eller kommercielle virksomhed;
- ...
3. benævnelser eller angivelser, hvis anvendelse under udøvelse af handelsvirksomhed er egnet til at vildlede offentligheden med hensyn til varernes art, fremstilling, karakter, anvendelighed eller mængde«.

Forvekslingsfaren som kriterium spiller også en hovedrolle inden for varemærkeretten, hvilket ikke alene fremgår af EF-Domstolens retspraksis, men også af artikel 6b i den nævnte unionstraktat. For så vidt skal man kunne tale om, at der må tillægges et produkts formgivning en varemærkelignende funktion [en 'kvasi-varemærkefunktion'], der da beskyttes af læren om slavisk eller uretmæssig eftergørelse.

Også spørgsmålet om, hvorvidt det heraf kan udledes, at Domstolens praksis om forvekslingsfaren inden for varemærke-

retten også har betydning på det her omhandlede område, skal jeg vende tilbage til.

Langt vanskeligere er det at besvare spørgsmålet om, hvorvidt læren om slavisk eller uretmæssig eftergørelse udover den varemærkelignende funktion også må tillægges en patentlignende funktion [en 'kvasi-patentfunktion']. De faktiske omstændigheder, som ligger til grund for sagen for den nationale ret, viser også, at dette spørgsmål har betydning for det forelagte præjudicielle spørgsmål. Ikke alene i den her foreliggende sag, men også i mange andre tilfælde, som nationale domstole har skullet påkende, har dette spørgsmål været behandlet. 'Det ligger jo lige for, at den oprindelige patenthaver efter patentets udløb hurtigt vil mene, at der er fare for forveksling, når andre benytter genstanden for patentet. I almindelighed vil man på dette punkt kun kunne sige, at læren om slavisk eller uretmæssig eftergørelse ikke må gøre indgreb i retten til frit at udnytte genstanden for et udløbet patent. I retspraksis i mange af medlemsstaterne svarer hertil til en vis grad sondringen mellem teknisk nødvendige eller i det mindste funktionelle elementer i forbindelse med brugbarheden, som *må*, og teknisk set ikke nødvendige eller funktionelle ydre kendetegn, som *ikke må* overtages af det konkurrerende produkt. Kun for de førstnævnte elementer skal det — på visse betingelser, som opstilles i vedkommende patentlovgivning — være muligt i princippet at yde patentbeskyttelse. Overensstemmelsen er dog ikke fuldstændig, idet læren om slavisk eftergørelse også kan anvendes uden for patentbeskyttelsesområdet. Det rent faktiske spørgsmål, om der i det her anfægtede SVT-produkt kun er overtaget teknisk set nødvendige elementer af det eftergjorte MCT-produkt eller tillige teknisk set ikke nødvendige ydre kendetegn, er ikke af betydning for Domstolen inden for rammerne af en præjudiciel

sag. —Det har heller ingen betydning for Domstolen, at det konkrete tilfælde ifølge den ledende tyske dom af 3. maj 1968 »Pulverbeholder-dommen« (refereret af Droste i GRUR 1968, 1, s. 591 ff., med instruktiv oversigt over Bundesgerichtshof's praksis) i Forbundsrepublikken Tyskland formentlig skulle bedømmes efter anderledes formulerede kriterier end i litra a) i Gerechthof's spørgsmål. Et tilfælde, som ligger nært op ad det her omhandlede (der var tale om indbyggede lamper) tog Bundesgerichtshof under påkendelse i sin dom af 11. februar 1977 (GRUR [Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht] 1977, s. 642). Også de franske domstole giver tilsyneladende efterlignerer større frihed, end han har ifølge nederlandsk retspraksis, hvilket bl. a. fremgår af en dom fra Cour de cassation af 25. januar 1977 (Ann. [Annales] 1977, s. 63). Således som Domstolen allerede tidligere — i Terrapin/Terranova-dommen (sag 119/75, Sml. 1975, s. 1039) — har anført, er det imidlertid ikke Domstolens opgave inden for rammerne af fortolkningen af traktatens artikler 30 og 36 at søge at tilstræbe en harmonisering af national ret med hensyn til »forvekslingsrisikoen«. Ganske vist kan det her siges, at den manglende nødvendighed af den næsten fuldstændige identitet med det eftergjorte produkt og dermed fremkaldelsen af unødigt forveksling i de tilfælde, der nævnes i spørgsmålet, beror på fortolkningen af begreberne »nødvendighed«, »unødigt« og »forveksling« i en lang række af Hoge Raad's domme (dom af 26. 6., N. J. [Nederlandse Jurisprudentie] 1954, s. 90; dom af 21. 12. 1956, N. J. 1960, s. 414; dom af 8. 2. 1960, N. J. 1960, s. 415; dom af 15. 3. 1968, N. J. 1968, s. 268; dom af 12. 6. 1970, N. J. 1970, s. 434; dom af 22. 11. 1974, N. J. 1975, s. 176). Denne praksis kan naturligvis *ikke* være bindende for EF-Domstolen, i det omfang begreberne »nødvendig«, »begrundet« eller lignende begreber anvendes i traktatens artikel 36 og i Domstolens praksis i forbindelse

med artikel 30. I forbindelse med fortolkningen af den her relevante fællesskabsret er der nemlig tale om en helt anden form for afvejning end den, der finder sted i national ret med hensyn til uretmæssig konkurrence. For Domstolen har det på andre områder inden for retsreglerne om uretmæssig konkurrence eller reglerne om industrielle ejendomsrettigheder altid været afgørende at foretage en afvejning af de interesser, som beskyttes af reglerne om uretmæssig konkurrence eller om industrielle ejendomsrettigheder, over for de interesser, der knytter sig til de frie varebevægelser. Med fornøden respekt for eksistensen af, genstanden for eller hovedformålene med de pågældende nationale rettigheder har Domstolen uden tøven efterprøvet udøvelsen af rettighederne i forhold til fællesskabsrettens formål. Jeg finder det i denne forbindelse overflødigt at henlede opmærksomheden på talrige domme, Domstolen har afsagt på dette punkt. I det omfang de er af mere direkte betydning for det foreliggende tilfælde, skal jeg vende tilbage hertil senere i min argumentation.

Efter disse generelle, indledende bemærkninger skal jeg herefter behandle de følgende emner.

I anden del af mit forslag vil jeg derpå fremsætte nogle supplerende bemærkninger vedrørende Gerechthof's spørgsmål. Jeg skal i den forbindelse også nærmere behandle spørgsmålet om, hvorvidt EØF-traktatens artikler 85 og 86, der nævnes i indledningen til spørgsmålet, kan have betydning for besvarelsen af det præjudicielle spørgsmål.

I tredje del af mit forslag skal jeg komme nærmere ind på det for besvarelsen af spørgsmålet betydningsfulde problem, om besvarelsen udelukkende skal baseres på artikel 30 eller også på EØF-traktatens artikel 36, således som såvel den forelæggende ret som Kommissionen og Det forenede Kongeriges regering synes at antage, sidstnævnte dog kun såfremt Domstolen — i modsætning til regeringens standpunkt — måtte antage, at denne del af retsreglerne om uretmæssig konkurrence falder ind under artikel 30. Jeg skal i denne tredje del af forslaget også vende tilbage til det allerede kort nævnte spørgsmål om relevante lighedspunkter og forskelle i afgrænsningsproblematikken mellem på den ene side fællesskabsretten og på den anden side forskellige områder af de nationale regler om industrielle ejendomsrettigheder i snævrere forstand, de nationale regler om slavisk eftergørelse og reglerne om uretmæssig konkurrence mere i almindelighed.

I samme tredje del af mit forslag skal jeg derefter såvel med henblik på det tilfælde, at også artikel 36 finder anvendelse, som det tilfælde, at kun artikel 30 finder anvendelse, behandle spørgsmålet om, hvilke konklusioner hvert tilfælde må føre til. Jeg skal i den forbindelse anføre, hvorvidt der kan opstå relevante forskelle i resultatet, og hvorvidt der kan slås bro over sådanne eventuelle forskelle. Til slut skal jeg også i tredje del anføre grundlaget for, at der definitivt kan træffes et valg mellem de to løsninger.

I den afsluttende del af mit forslag skal jeg derefter fremsætte min endelige indstilling og begrunde den.

Af denne inddeling af mit forslag til afgørelse vil det fremgå, at der ikke reserveres et særligt afsnit til en omtale af de faktiske omstændigheder, der ligger til grund for sagen.

Retssagen angår kabelgennemføringer af en type, som på grundlag af et patent oprindeligt kun blev fremstillet i Sverige, men som efter patentets udløb blev eftergjort af en tysk fabrikant. Foruden i Tyskland markedsføres det tyske SVT-produkt bl.a. i Nederlandene. Om de nærmere faktiske omstændigheder kan jeg, som det så ofte sker, i det væsentlige hevide til retsmøderapporten. På ét punkt, som først blev omtalt ved afslutningen på retsmødet, skal jeg imidlertid supplere fremstillingen i retsmøderapporten. Kabelgennemføringerne anvendes ikke alene i bygninger, men også i skibe. I modsætning til bygninger plejer skibe også at sejle. Der opstår derfor det spørgsmål, om førsteinstansens afgørelse, som er anket til Gerechthof, Haag, også gælder levering af *tilbehør* til det anfægtede SVT-produkt til brug i skibe, som reparerer i hollandsk havn, og hvori der er indbygget en andetsteds i Fællesskabet lovligt solgt SVT-kabelgennemføring. Arrondissementsrechtbank's dom, som er indanket til Gerechthof sammesteds, er ikke klar på dette punkt, når det forbydes sagsøgte »at bringe eller lade bringe de i sagen omhandlede og ovenfor beskrevne kabelgennemføringer i handelen i Nederlandene, således at sagsøgte betaler sagsøgeren en tvangs-bøde ... for hver kabelgennemføring eller del deraf, som sagsøgte i strid med forbudet bringer eller lader bringe i handelen ...« etc. Hvad der tydeligt fremgik af den korte mundtlige forhandling om dette punkt er imidlertid, at

lovligheden — ifølge fællesskabsretten — af begrænsninger af handelen med enkelte dele af produktet, tilbehør dertil eller i givet fald hjælpeoffer, f.eks. farvestoffer, ikke som en selvfølgelig regel automatisk er givet af, hvad der gælder for det færdige produkt, som delene m.v. indgår i. Handelen med de enkelte dele eller tilbehøret er i dette tilfælde rent faktisk kun et forholdsvis underordnet punkt. I andre tilfælde, f.eks. med hensyn til handelen med automobilreserve dele eller handelen med reserve dele til kasseapparater som omhandlet i Domstolens dom i sagen Hugin mod Kommissionen (sag 22/78, Sml. 1979, s. 1869) kan bedømmelsen af begrænsningerne af handelen have meget større betydning. I forbindelse med anvendelsen af artiklerne 85 og 86 viser det sig da at være et betydningsfuldt spørgsmål, hvorvidt der består et særskilt relevant marked for handelen med reserve dele. Samme spørgsmål kan være relevant i de her nævnte eksempler med henblik på anvendelsen af artikel 30 eller 36 på indførsel af produkter, som afvises af importlandet på grundlag af dettes nationale retsregler om slavisk eller uretmæssig eftergørelse. I hvert fald forekommer det, når der består et særskilt relevant marked for reserve dele ikke selvfølgeligt, at også indførsel af reserve dele automatisk kan forbydes, når en begrænsning af indførslen af det færdige produkt eventuelt anses for lovlig. I denne sag forekommer det usandsynligt, at der kan antages at bestå et særskilt relevant marked for enkelte dele til kabelgennemføringer. Handelen med enkelt delene vil her sandsynligvis blive varetaget af de samme, som forhandler det færdige produkt. Men heller ikke i så fald forekommer det selvfølgeligt, at et eventuelt tilladeligt forbud mod handel med det færdige produkt også automatisk skulle give grundlag for et forbud mod handelen med enkelt delene. Jeg skal derfor i sidste del af mit forslag til afgørelse kort vende tilbage til dette punkt.

II — Bemærkninger til spørgsmålene

Det præjudicielle spørgsmål giver på ganske udmærket måde en abstrakt angivelse af de efter nederlandsk ret afgørende faktiske omstændigheder (litra a)), af den for denne sag relevante nederlandske retsopfattelse (litra b) og c)) og af de omstændigheder, som Gerechtshof, Haag, under en fællesskabsretlig synsvinkel anser for særligt relevante (litra d) og e)).

Det egentlige spørgsmål er for så vidt ligeledes ganske udmærket, som det på grund af den abstrakte og tydelige formulering overflødig gør en omformulering fra Domstolens side for at forhindre, at der træffes en afgørelse af det konkrete tilfælde. Den omstændighed, at Gerechtshof ifølge den anvendte formulering åbenbart antager, at der i dette tilfælde kan støttes ret på EØF-traktatens artikel 36, behøver — i betragtning af den videre formulering af spørgsmålet — ikke at forhindre Domstolen i at efterprøve, om der eventuelt med held kan søges støtte i de undtagelser, som Domstolen inden for rammerne af fortolkningen af artikel 30 i tidligere afgørelser har opstillet fra den strikte grundlæggende regel i Dassonville-dommen (sag 8/74, Sml. 1974, s. 837). Det er derimod uklart, hvilken betydning der i besvarelsen skal tillægges den indledende passage i spørgsmålet, hvori der tillige anmodes om en fortolkning af artiklerne 85 og 86.

Ifølge forelæggelsesdommen står det fast, at sagsøgeren i hovedsagen er eneimportør af det svenske MCT-

produkt, som påstås at være eftergjort. Endvidere fremgår det af forelæggelsesdommens præmis 16, at Gerechthof har forkastet IDG's (dvs. sagsøgte i hovedsagen i første instans) anbringende om, at Beele's (sagsøgerens) sagsanlæg skulle være i strid med EØF-traktatens artikler 85 og 86 da IDG ikke har gjort gældende, og det ikke af de faktiske omstændigheder kan udledes, at der er eller kan være tale om en i artikel 85 nævnt aftale mellem virksomheder, en vedtagelse inden for en sammenslutning af virksomheder eller nogen anden form for samordnet praksis eller om en i artikel 86 nævnt dominerende stilling på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf«. Da Gerechthof ikke desto mindre i indledningen til spørgsmålet også anmoder om en fortolkning af EØF-traktatens artikler 85 og 86 i forbindelse med det egentlige spørgsmål, forekommer det mig hensigtsmæssigt her også kort at omtale dette aspekt.

Det er ikke hævdet og kan på grundlag af sagens faktiske omstændigheder heller ikke antages, at sagsøgerens egenskab af eneimportør, som formentlig beror på en eneforhandlingsaftale, ikke skulle være omfattet af Kommissionens forordning nr. 67/67/EØF om anvendelse af traktatens artikel 85, stk. 3, på kategorier af eneforhandlingsaftaler (EFT 1967, s. 9). Navnlig synes undtagelserne i artikel 3 fra den fritagelse, som meddeles i forordningens artikel 1, ikke at kunne finde anvendelse. En national domstol synes således — hvis ikke der må drages andre konklusioner, som omstændigheder, der ikke fremgår af sagens akter, måtte føre til — at kunne lægge til grund, at eneforhandlingsaftalen er gyldig. Selv om der således i modsætning til det af Gerechthof anførte formentlig foreligger en aftale som *omhandlet* i artikel 85, fremgår der af de kendte omstændigheder således rent faktisk intet

om, at der skulle være tale om en aftale, som er *forbudt* i medfør af artikel 85. Det ændrer heller intet heri, at Kommissionen i henhold til artikel 7 i Rådets forordning nr. 19/65/EØF (EFT 1965-1966, s. 31) kan lade gyldigheden af en eneforhandlingsaftale, som er omfattet af den pågældende fritagelsesforordning bortfalde, når betingelserne i artikel 85, stk. 3, i det konkrete tilfælde viser sig ikke at være opfyldt. Dette kan f.eks. være tilfældet, når den pågældende eneforhandlingsaftale — også på grundlag af udøvelse af rettigheder, som følger af uretmæssig konkurrence på det relevante marked — giver en virksomhed mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer (artikel 85, stk. 3, litra b)). Da intet er oplyst om, at der skulle være truffet en sådan beslutning, og da det er forbeholdt Kommissionen at bringe artikel 85, stk. 3, og den nævnte artikel 7 i Rådets forordning nr. 19/65 i anvendelse, behøver den forelæggende domstol efter min opfattelse ikke at tage denne mulighed i betragtning.

Ifølge ordlyden af det præjudicielle spørgsmål med hensyn til artiklerne 85 og 86 skal det imidlertid ses i sammenhæng med den fortolkning af bestemmelserne om de frie varebevægelser, som der anmodes om. Der opstår da det spørgsmål, om Domstolens dom i sagen INNO/ATAB, (sag 13/77, Sml. 1977, s. 2115) kan have betydning i denne forbindelse.

I INNO/ATAB-dommen statuerede Domstolen, efter at have fastslået, at også misbrug af en dominerende stilling, som fremmes af en national lovbestemmelse, er forbudt i medfør af artikel 86,

bl.a., at det »ved bedømmelsen af, om det er foreneligt med traktatens artikel 86, sammenholdt med artikel 3, litra f), og artikel 5, stk. 2, at indføre eller opretholde en national foranstaltning, som for salg af forarbejdede tobaksvarer til forbrugeren foreskriver overholdelse af priser, der er fastsat af fabrikanten eller importøren, . . . under hensyntagen til de hindringer for samhandelen, som kan følge af arten af den afgiftsordning, som disse varer er underkastet, [skal] undersøges, om foranstaltningen kan fremme et misbrug af en dominerende stilling, og om den desuden kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater«. Domstolen udtalte endvidere, at »retsforskrifter i en medlemsstat, som for salg af såvel indførte som indenlandsk fremstillede forarbejdede tobaksvarer til forbrugeren foreskriver en pris, der fastsættes frit af fabrikanten eller importøren, [kun] udgør . . . en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion, hvis en sådan ordning med bindende salgspriser . . . er egnet til direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt at hindre indførslerne mellem medlemsstater«.

Efter en analogi af INNO/ATAB-dommen skal det i det foreliggende tilfælde afgøres, om et forbud mod eftergørelse som det her omhandlede kan fremme et misbrug som nævnt i artikel 86, eller om anvendelse af et forbud mod eftergørelse i et tilfælde som det foreliggende pålægger en adfærd fra virksomhedens side, der som sådan er i strid med artiklerne 85 og 86. Som allerede omtalt er der ikke holdepunkter for en pålagt adfærd fra virksomhedens side, der som sådan retligt set uden videre skulle være i strid med artikel 85. Den pågældende eneforhandlingsaftale ville nemlig højst kunne erklæres for forbudt på grundlag af Kommissionens forordning nr. 19/65.

Med hensyn til artikel 86 kunne et forbud mod eftergørelse ganske vist virke fremmede for, at den virksomhed, som optræder som sagsøger i hovedsagen, kunne erhverve en dominerende stilling. Artikel 86 forbyder imidlertid ikke, at der opstår en dominerende stilling, men kun misbrug af en sådan stilling og da kun, når misbruget samtidig kan påvirke samhandelen mellem medlemsstater. Da der i den nationale domstols spørgsmål — i modsætning til INNO/ATAB-sagen — ikke nævnes noget muligt misbrug af en dominerende stilling i artikel 86's forstand, som kan fremmes eller pålægges ved anvendelse af et forbud mod eftergørelse, forekommer det mig, at Domstolen i sin egentlige afgørelse om fortolkningen, når alt kommer til alt, ikke behøver at tage en anvendelse af INNO/ATAB-doktrinen på det konkrete tilfælde i betragtning.

III — Efterprøvelse af et forbud mod eftergørelse som det foreliggende i forhold til EØF-traktatens artikler 30 og 36

a) Kommissionen har i sit indlæg med rette henvist til, at nationale retsregler om uretmæssig konkurrence, som giver en producent mulighed for at få nedlagt forbud mod salg af importerede produkter i en medlemsstat på grund af, at de importerede produkter er en slavisk eftergørelse af producentens egne produkter, kan udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning som omhandlet i traktatens artikel 30. Det samme gælder

naturligvis, når forbudet — som i dette tilfælde — nedlægges på foranledning af eneimportøren af de produkter, som man hævder gøres efter. På grundlag af hovedreglen i Domstolens Dassonville-dom (sag 8/74, Sml. 1974, s. 837) kan der ikke være nogen rimelig tvivl herom. I Dassonville-dommen omtales nemlig udtrykkeligt »enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, [aktuelt] eller potentielt kan hindre samhandelen i Fællesskabet«. Ifølge sit indlæg i sagen er Det forenede Kongerige af den opfattelse, at lovbestemmelser som de omhandlede i sig selv ikke kan være en foranstaltning med tilsvarende virkning. I denne forbindelse er en stillingtagen til dette spørgsmål ikke påkrævet. Det, det drejer sig om, er, om de nationale regler er eller kan komme i strid med den netop nævnte hovedregel i Dassonville-dommen. Det formelle spørgsmål, om det er de nationale regler i sig selv — eller domstolens fortolkning og anvendelse af dem — der i det konkrete tilfælde er i strid mod hovedreglen, må afhænge af sagens omstændigheder. Jeg anser det for overflødigt at behandle dette punkt nærmere med henblik på det foreliggende tilfælde, da i hvert fald den her foretagne anvendelse af reglerne er i strid med hovedreglen ifølge Dassonville-dommen.

Det spørgsmål, som i denne sag virkelig er det afgørende, er, om et således nedlagt forbud mod salg af produkterne kan være berettiget, det være sig i medfør af artikel 36 eller i medfør af de undtagelser, som Domstolen har opstillet fra hovedreglen, bl.a. i Dassonville-dommen (sag 8/74, Sml. 1974, s. 837) og i Cassis de Dijon-dommen (sag 120/78, Sml. 1979, s. 649). Disse grunde til, at et forbud mod salg af et produkt som følge af slavisk eftergørelse kan være berettiget

— som ved en umiddelbar betragtning må holdes skarpt adskilte — skal jeg omtale hver for sig i det følgende; men jeg skal allerede her anføre, at den anden af grundene er mindre vidtgående end den første. Jeg skal her henvise til præmisserne 9-18 i Domstolens dom af 17. juni 1981 i sagen Kommissionen mod Irland (sag 113/80, endnu utrykt). Under henvisning til den hidtidige praksis på dette område fremhævede Domstolen i disse præmisser navnlig, at den »rule of reason«, som er udtrykt i Dassonville-dommen, på intet tidspunkt kan gøre det berettiget at praktisere en forskelsbehandling, som går ud på, at importerede varer stilles ringere.

b) Det må af to grunde antages, at *artikel 36 kan anvendes* på det her foreliggende problemkompleks.

For det første kan det på grundlag af artikel 1, stk. 2, og artikel 10b i den allerede citerede reviderede Pariser-unionskonvention hævdes, at begrebet »beskyttelse af industriel ejendomsret« i artikel 36 også omfatter beskyttelse mod uretmæssig konkurrence. Dette første argument anser jeg ikke for at være afgørende. Af unionskonventionen kan der nemlig ikke udledes et forbud mod — helt uden for den industrielle ejendomsret i snævrere forstand — særskilt at regulere retten til beskyttelse mod uretmæssig konkurrence. En gennemgang af medlemsstaternes retsregler viser, at dette også er den normale situation. På grundlag af denne situation kan der måske også anføres mere til støtte for, at artikel 36 med retten til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret kun har haft den særlige lovgivning til beskyttelse af fast afgrænsede industrielle

og kommercielle ejendomsrettigheder for øje. Specielt kan der tænkes på patentretten, varemærkeretten, ophavsretten og eventuelt mønsterretten samt på særlige rettigheder, der kan sammenlignes dermed, hvor der klart kan udskilles en genstand for den industrielle ejendomsret.

Et andet argument, som kan anføres for, at artikel 36 skulle finde anvendelse på læren om slavisk eftergørelse, anser jeg for at være vægtigere. Af retspraksis i medlemsstaterne fremgår det nemlig, at den specifikke berettigelse af eller den særlige genstand for et forbud mod slavisk eftergørelse bedst kan udledes af en gennemgang af lighederne og forskellene mellem forbudet mod eftergørelse og de forbud mod salg af produkter, som følger af patentretten, mønsterretten, ophavsretten eller varemærkeretten. I det her omhandlede tilfælde forekommer især en sammenligning med patent-, mønster- og varemærkeretten at være af betydning.

For det første kan det anføres, at berettigelsen af et forbud mod eftergørelse ikke kan være beskyttelsen mod eftergørelse af teknisk-funktionelle elementer eller af aspekter af et produkt, som ikke eller ikke længere kan patentbeskyttes. Ikke uden grund stilles der nemlig i patentlovgivningen særlige krav til oprindelsen, som skal være opfyldt, før den eventuelt kan patentbeskyttes. Ikke uden grund gælder der således en tidsbegrænsning af den eneret, der gives opfinderen til som den første at bringe produktet i handelen. Desuden er opfinderens modydelser — i forhold til det tidsbegrænsede monopol ifølge lovgivningen — det bidrag, som ved opfindelsen er ydet til den teknologiske og økonomiske udvikling, og navnlig forpligtelsen til at offentlig-

liggøre opfindelsen. Netop når et produkt som i dette tilfælde tidligere har været patentbeskyttet, vil muligheden for at opnå en form for uformel standardisering af produktet være særlig stor. Der skal derfor drages omsorg for, at patentbeskyttelsen ikke forlænges ved hjælp af en vid fortolkning af forbudet mod eftergørelse. Den i retspraksis sædvanligt anlagte sondring mellem på den ene side funktionelle elementer af et produkt, som af hensyn til den lige konkurrence over for aftagerne må anses for nødvendige, og som *ikke* kan rammes af forbudet mod eftergørelse, og på den anden side ikke-funktionelle elementer, som *kan* rammes af forbudet, synes at være begrundet i en sådan tankegang. Forbudet mod eftergørelse har ingen patentlignende funktion [kvasi-patentfunktion] og skal heller ikke have det, da den generelle økonomiske nyttevirkning af et sådant forbud snarere er ringere end større end den økonomiske nyttevirkning af patentbeskyttelsen, som af mange økonomer allerede betvivles.

I det omfang et produkt ikke opfylder betingelserne for en mønsterbeskyttelse ifølge lovgivningen, kan der lige så lidt tilkendes eftergørelsesforbudet en mønsterlignende beskyttelse [en kvasi-mønsterbeskyttelse]. Denne dobbelte grundtanke genfindes også i Hoge Raad's dom i Thole-Hijster-dommen (H.R. 26. 6. 1953, N.J. 1954, s. 90 ff.). Særlig tydeligt er den imidlertid formuleret i en dom afsagt af Cour de cassation i Paris den 10. april 1962 (Ann. 1962, s. 240 ff.): »Considérant que le fait de reproduire des objets qui ne sont protégés ni par un brevet ni par un dépôt de modèle n'est que l'exercice d'un droit dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie ...« [eftergørelse af genstande, som hverken er patent- eller mønsterbeskyttede, er kun en rettighedsudøvelse inden for rammerne af erhvervsfriheden . . .].

Hvad der står tilbage som begrundelse for et forbud mod eftergørelse er specielt en unødigt risiko for forveksling, som da også med rette forudsættes i det præjudicielle spørgsmål. Jeg har allerede nævnt, at også artikel 10b, nr. 3, i den reviderede unionstraktat især opstiller forvekslingsrisikoen som grundlag for forbudsbestemmelser. Den omstændighed, at også andre begrundelser for et forbud med eftergørelse, såsom uberettiget tilgængelse af andres indsats eller udnyttelse af den anseelse og det gode navn, der er knyttet til andres arbejde, kan spille en rolle i en række retssystemer, har ingen betydning for det her omhandlede problemkompleks. Der er derimod tale om en advarsel mod at forsøge at nå frem til en generel definition af berettigelsen af forbud mod slavisk eftergørelse. F.eks. har Bundesgerichtshof da også altid vægret sig ved at opstille en generel definition af grebet.

Den i dette tilfælde relevante grund til at anse forbudet for berettiget, nemlig forvekslingsrisikoen, udviser en vis analogi med den, der antages at være berettigelsen for varemærkeretten. I præmis 6 i dommen i Terrapin/Terranova-sagen (sag 119/75, Sml. 1976, s. 1039) har Domstolen da også allerede udtalt, at varemærkets »væsentlige funktion... består i over for forbrugerne at garantere varens oprindelse...«. Med hensyn til berettigelsen af forbudet mod eftergørelse har Kommissionen på grundlag af tilsvarende betragtninger da også efter min opfattelse med rette sluttet, at den må søges i, at det bør undgås, at der hos publikum opstår unødigt forveksling med hensyn til bestemte varers oprindelse. Nu havde det af de allerede nævnte grunde efter min

opfattelse imidlertid været mere rigtigt, om Kommissionen havde begrænset denne angivelse af berettigelsen til konkrete tilfælde som det, der nu er forelagt for Domstolen. Også Kommissionen har til støtte for sit standpunkt tillige påberåbt sig artikel 10b i den reviderede Pariser-unionskonvention. For så vidt kunne eftergørelsesforbudet siges at have en varemærkelignende funktion, for hvilken der i det mindste måtte gælde tilsvarende grænser som for den egentlige varemærkerets funktion. Også Det forenede Kongeriges regering har i sit skriftlige indlæg henvist til sammenhængen mellem begrundelsen for et forbud mod slavisk eftergørelse og begrundelsen for varemærkeretten.

Til denne parallel i begrundelsen eller funktionen må imidlertid føjes, at der også er en væsentlig økonomisk forskel mellem forbudet mod efterligning af et varemærke og forbudet mod eftergørelse af et produkt. Det førstnævnte forbud kan en producent eller en handlende i reglen slippe uden om uden investeringer i sit produktionsapparat ved for markedet i det pågældende land at vælge et andet varemærke, som ikke indebærer risiko for forveksling. Med den godkendelse fra producenten og varemærkerettens indehaver, som måtte være nødvendig, vil importøren i de fleste tilfælde selv kunne vælge et andet varemærke og lade det registrere. Forbudet mod slavisk eftergørelse tvinger derimod altid de producenter, der eftergør et produkt, til at foretage ændringer i deres produktionsproces, som ikke altid med rimelighed kan forlanges af dem. Navnlig når efterlignereren lovligt har bragt sit produkt i omsætning i en anden medlemsstat, således som det her antages i den forelæggende rets spørgsmål, kan

der opstå meget mærkbare hindringer for handelen mellem landene. Den pågældende producent vil da kunne blive stillet over for investeringsomkostninger, der efter omstændighederne kan gøre det umuligt at fremstille en anden produktserie til salg i et importland, hvor det modsat i produktionslandet vil blive antaget, at der er tale om slavisk eftergørelse. Et sagsanlæg med påstand om, at varemærkeretten er krænkede, vil ikke så hurtigt have en umuliggørende indvirkning på indførslen af produkterne, idet valg af et andet varemærke — i forbindelse med den i hvert enkelt tilfælde nødvendige »marketing«-aktivitet — ikke så hurtigt vil medføre umuliggørende omkostninger. Desuden kan importøren, som allerede nævnt i reglen selv drage omsorg derfor.

Lige så lidt som Domstolen i forbindelse med »forvekslingsrisikoen« inden for varemærkeretten anså det for en farbar vej, kan den i det foreliggende tilfælde løse dette problem ved at foreskrive en harmonisering af den del af retsreglerne til beskyttelse mod uretmæssig konkurrence, som det her drejer sig om. Den besvarelse af det forelagte spørgsmål, som Kommissionen har foreslået, vil man af denne grund efter min opfattelse ikke kunne give den forelæggende ret på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin. Dette udelukker imidlertid ikke, at en fuldstændig afskærmning af bestemte landes markeder over for indførsel fra en anden medlemsstat af retmæssigt fremstillede og markedsførte produkter må anses som utilladelig på grundlag af artikel 36, 2. pkt. For så vidt anser jeg princippet i artikel 85 om, at konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer ikke må udelukkes, for også at have betydning for de grænser, der i fællesskabsretten må opstilles for anvendelsen af læren om slavisk eftergørelse. For det tilfælde, at artikel 36 finder

anvendelse her, foreslår jeg derfor følgende besvarelse af Gerechthof's spørgsmål:

»Der kan siges at foreligge en skjult begrænsning af handelen mellem medlemsstaterne som omhandlet i EØF-traktatens artikel 36, 2. pkt., når der ved bedømmelsen af et med henblik på national ret relevant spørgsmål, om den, der har eftergjort et produkt, havde kunnet anvende en anden fremgangsmåde, uden skade for eftergørelsens anvendelighed og brugbarhed, ikke tages hensyn til de ekstra omkostninger, som denne alternative udformning ville medføre for producenten i en medlemsstat, hvor produktet retmæssigt er fremstillet og bragt i handelen«.

Den alternative udformning må i en sådan situation med andre ord ikke alene være teknisk, men også driftsøkonomisk mulig. En sådan besvarelse respekterer fuldt ud grundlaget for de nationale retsregler, men forpligter den nationale domstol til ved fortolkningen af begrebet »unødig« eller »uden at det er nødvendigt« også at se ud over grænserne og foruden tekniske krav også at tage økonomiske krav i betragtning. Jeg skal i den afsluttende del af mit forslag vende tilbage til den nærmere udformning af svaret.

c) For den løsning, at artikel 36 ikke finder anvendelse, men kun artikel 30, med den »billighedsklausul«, Domstolen i den forbindelse har opstillet, kan der ligeledes anføres stærke argumenter. Som det fremgår af Domstolens praksis gælder den i denne sammenhæng af Domstolen anvendte »rule of reason«, i det omfang den har betydning her, kun

for så vidt der ikke findes fællesskabsbestemmelser på området, og for så vidt det drejer sig om rimelige foranstaltninger til forhindring af uretmæssig konkurrence, som desuden ikke må være et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller udgøre en skjult begrænsning af handelen mellem medlemsstaterne. I Domstolens hidtidige praksis er beskyttelsen mod uretmæssig konkurrence i sig selv altid blevet betragtet som et uomgængeligt alment hensyn, som kan begrunde tvungene foranstaltninger, der medfører bestemte hindringer for handelen mellem medlemsstaterne. Jeg kan til støtte herfor igen henvise til den allerede nævnte Dassonville-dom (sag 8/74, Sml. 1974, s. 837) og desuden til dommene i Cassis de Dijon-sagen (sag 120/78, Sml. 1979, s. 649), Gilli-Andres-sagen (sag 788/79, Sml. 1980, s. 2071) og sagen Kommissionen mod Irland (sag 113/80, endnu utrykt). I sidstnævnte dom udtales det endvidere udtrykkeligt, at foranstaltningen uden forskel må finde anvendelse på indførte og indenlandske produkter. Under den synsvinkel, at beskyttelsen beror på almene hensyn, kan produktets oprindelse ikke spille nogen rolle. Foranstaltninger af almen interesse, som specielt rammer importen, kan højst være berettigede under henvisning til artikel 36, som imidlertid ikke finder anvendelse, når den her omhandlede løsning vælges.

som den der her er tale om, og de derved forårsagede handelshindringer — stor betydning at fastslå, om produktet lovligt fremstilledes og bragtes i handelen i en anden medlemsstat. Af Domstolens domme i Béguelin-sagen (sag 22/71, Sml. 1971, s. 257) og Dansk Supermarked-sagen (sag 58/80, Sml. 1981, s. 181) kan der endog udledes et videregående standpunkt, som i det her foreliggende tilfælde munder ud i, at retten til beskyttelse mod uretmæssig konkurrence aldrig må gøre indførslen som sådan af en efterligning umulig, når produktet lovligt er fremstillet og bragt i handelen i en anden medlemsstat. Kun når der på grundlag af omstændigheder, som intet har at gøre med den egentlige indførsel, og som — når der er tale om en efterligning — således intet har at gøre med dens sammensætning og formgivning, f.eks. reklame, tilbud eller manglende tydelig angivelse af oprindelsen, måtte opstå risiko for forveksling med det eftergjorte produkt, vil der kunne reageres derimod på grundlag af importlandets nationale retsregler om slavisk eftergørelse. En sådan løsning ville navnlig kunne støttes på præmis 16 i Dansk Supermarked-dommen, hvori der henvises til præmis 15 i Béguelin-dommen. I præmis 16 i Dansk Supermarked-dommen udtalte Domstolen: »Det må imidlertid understreges, således som Domstolen allerede har gjort det i anden sammenhæng ved dom af 25. november 1971 (Béguelin, sag 22/71, Sml. 1971, s. 257), at indførslen af en vare, der lovligt er i omsætning i en anden medlemsstat, ikke i sig selv kan anses som stridende mod god markedsføringsskik eller som uretmæssig konkurrence, idet markedsføringen kun kan få denne karakter på grund af omstændig-

Allerede i Dassonville-dommen, men endnu tydeligere i de to følgende domme, jeg har nævnt, tillagde Domstolen det — i forbindelse med afvejningen mellem berettigelsen af en rimelig foranstaltning i almen interesse,

heder, der er uafhængige af selve indførelsen«. En fornuftig fortolkning af denne præmis forekommer mig at indebære, at importøren af et således lovligt indført produkt alene kan gøres ansvarlig for det, som han i sin egen salgsvirksomhed har gjort eller undladt at gøre for at undgå forvekslingsrisikoen. Af sammenfatningen af Domstolens tidligere retspraksis i præmis 10 i dommen Kommissionen mod Irland (sag 113/80, endnu utrykt) forekommer det mig endog at følge, at Domstolen inden for rammerne af artikel 30 aldrig vil acceptere indirekte indførelshindringer som dem, det her drejer sig om. Hvis en autoriseret importør af det eftergjorte produkt i en medlemsstat kunne hindre enhver indførelse af efterligninger, som er fremstillet og lovligt bragt i handelen andetsteds i Fællesskabet, kunne der — som allerede nævnt — også siges at foreligge en »skjult handelshindring« som omtalt i Dassonville-dommen.

Som det fremgår af en for nylig afsagt dom fra Bundesgerichtshof (dom af 23. 1. 1981, »Rollhocker-sagen«, Monatschrift für Deutsches Recht 1981, s. 821) vil en fortolkning som den, der her udledes af Domstolens hidtidige praksis, stille en klar grænse for, hvad der kan gælde ifølge national ret. I dommen erklæres nemlig reglerne om slavisk eftergørelse udtrykkeligt og uden begrænsninger for anvendelige også over for importører. En sådan fællesskabsretlig grænse for anvendelsen af national ret har Domstolen imidlertid allerede talrige gange fastslået såvel i afgørelser

om artikel 30 som i afgørelser om artikel 36.

Til slut vil jeg, stadig under forudsætning af, at kun EØF-traktatens artikel 30 finder anvendelse, kort omtale Kommissionens direktiv af 22. december 1969 om afskaffelse af foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner (direktiv 70/50/EØF, EFT 1970 I, s. 10). Jeg forudsætter her, at Kommissionens direktiv naturligvis ikke griber ind i det umiddelbart gældende forbud i artikel 30, således som det er fortolket af Domstolen. Direktivet har særlig betydning i forbindelse med den til dels afvigende bedømmelse af regler, som uden forskel gælder indførte og indenlandske produkter. Ifølge 9. betragtning i direktivets præambel er disse »foranstaltninger . . ., der anvendes uden forskel« i princippet ikke omfattet af forbudet i artikel 30, mens de ifølge Domstolens praksis kun hvis de opfylder et stor antal — efter Dassonville-dommen i stadig højere grad præciserede — betingelser falder uden for forbudet. De er imidlertid omfattet af hovedreglen ifølge Dassonville-dommen. For det andet må det forudsættes, at direktivet og de tidligere direktiver — som ikke har betydning her — til gennemførelse af EØF-traktatens artikel 33, stk. 7, ikke giver nogen garanti for fuldstændighed med hensyn til de tilfælde, der opstår i praksis. I betragtningerne til direktiv 70/32/EØF (org. ref. JO L 13, 1970, s. 1) henvises der udtrykkeligt dertil. Bestemmelser til beskyttelse mod uretmæssig konkurrence med unødigt handelshindrende virkning omtales i det her omhandlede direktiv overhovedet ikke. Af Kommissionens besvarelse under retsmødet af et spørgsmål fra Domstolen kan det udledes, at dette hænger sammen med Kommissionens opfattelse af, at

artikel 36 finder anvendelse i dette tilfælde. På den anden side omtales der i artikel 3 i direktiv 70/50/EØF en form for bestemmelser, som har nogen lighed med den her omhandlede problematik. Artikel 3 har følgende ordlyd:

»Dette direktiv omfatter ligeledes foranstaltninger, som regulerer afsætningen af varer, særlig med hensyn til form, dimension, vægt, sammensætning, præsentation, identifikation og indpakning, og som anvendes uden forskel på indenlandske varer og importerede varer, og hvis restriktive virkninger på den frie omsætning af varer overskrider rammen for virkninger, der er karakteristiske for bestemmelser for handelen.

Dette er navnlig tilfældet:

- når de restriktive virkninger på den frie omsætning af varer ikke står i forhold til det tilstræbte resultat;
- når det samme mål kan nås ved et andet middel, som i mindre grad hæmmer samhandelen med udlandet«.

Selv om denne bestemmelse klart angår de såkaldte tekniske handelshindringer og ikke reglerne om beskyttelse mod uretmæssig konkurrence, kan det konstateres, at også forbud mod slavisk eftergørelse angår bl.a. form, dimension, sammensætning, præsentation og identifikation. Hvis man på grundlag af lighederne, men under hensyn til forskellene, anvender bestemmelsen på den her foreliggende problemstilling, vil det være nødvendigt særligt at fastslå, om eftergø-

relsesforbudets restriktive indvirkning på de frie varebevægelser i et tilfælde som dette ikke står i forhold til det tilstræbte resultat (proportionalitetsprincippet). Endvidere må det undersøges, om det samme mål ikke kan nås ved et andet middel, som i mindre grad hæmmer samhandelen (subsidiaritetsprincippet).

Efter min opfattelse er en anvendelse af et eftergørelsesforbud på en sådan måde, at indførsel af produkter, som lovligt er fremstillet og bragt i handelen andetsteds, gøres umulig, rent faktisk i strid med såvel det således formulerede proportionalitetsprincip som med det således formulerede subsidiaritetsprincip. Det er i strid med proportionalitetsprincippet, fordi det berettigede mål — at forhindre forveksling med hensyn til produktets oprindelse og identitet — ikke kan retfærdiggøre en sådan indførselsrestriktion. Det er i strid med subsidiaritetsprincippet, fordi forvekslingsrisikoen udmærket kan undgås ved hjælp af kravet om, at der træffes foranstaltninger af importøren efter indførslen. Man kan højst nå til en anden bedømmelse, hvis det kan godtgøres, at forvekslingsrisikoen ikke kan forhindres af importøren alene, og at det teknisk og økonomisk er umuligt, at der fra producentens side træffes foranstaltninger, som kan hindre forveksling.

Når alt kommer til alt fører en analog anvendelse af artikel 3 i direktiv 70/50/EØF efter min opfattelse således ikke til konklusioner, som væsentligt afviger fra dem, jeg har udledt af Domstolens hidtidige praksis vedrørende artikel 30. Bestemmelsen er imidlertid som nævnt baseret på et andet udgangspunkt med hensyn til foranstaltninger, der uden forskel finder anvendelse på indenlandske og indførte produkter, end det, jeg udleder af Domstolens praksis. Også fordi artikel 3 åbenbart angår

andre handelsbestemmelser, end der her er tale om, vil jeg undlade ligeledes at støtte min konklusion på direktivet.

Til støtte for det standpunkt, at kun artikel 30 kan gøres gældende i forbindelse med en påberåbelse af reglerne om beskyttelse mod uretmæssig konkurrence, taler naturligvis specielt præmisserne 7 og 8 i Domstolens endnu utrykte dom i sag 113/80 (Kommissionen mod Irland), hvor det — efter en konstatering af, at traktatens artikel 36 skal fortolkes indskrænkende — udtales, at da »hverken forbrugerbeskyttelse eller god handelsskik er nævnt blandt undtagelserne i artikel 36, kan disse grunde ikke som sådanne påberåbes i forbindelse med denne artikel«.

Som allerede nævnt behøver denne »stedsbestemmelse« af reglerne om uretmæssig konkurrence, som også forekommer mig at have betydning for det her foreliggende spørgsmål, ikke at udelukke, at der med henblik på besvarelsen af spørgsmålet også kun udtrages en lære af Domstolens retspraksis vedrørende artikel 36. Allerede i præmis 7 i Dassonville-dommen anførte Domstolen, at artikel 36, 2. pkt., også gælder med hensyn til rimelige foranstaltninger, som Domstolen accepterer inden for rammerne af fortolkningen af artikel 30. I præmis 8 i dommen i sag 120/78 (Cassis de Dijon) nævnes endvidere foranstaltninger i sammenhæng med god handelsskik, som bedømmes ifølge artikel 30, i samme åndedrag som foranstaltninger til beskyttelse af den offentlige sundhed, som falder ind under artikel 36. For begge grupper opstilles følgende regel i præmissen: »hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet,

der beror på forskelle i de nationale lovgivninger vedrørende afsætningen af de pågældende produkter, må accepteres i det omfang, disse bestemmelser er uomgængeligt nødvendige af hensyn til især en effektiv skattekontrol, beskyttelse af den offentlige sundhed, god handelsskik og forbrugerbeskyttelse«. Det kan højst hævdes, at Domstolen inden for rammerne af artikel 30 tillægger spørgsmålet, om et produkt lovligt er fremstillet og bragt i handelen i en anden medlemsstat, endnu større betydning end inden for rammerne af artikel 36.

Min konklusion — for det tilfælde at kun artikel 30 finder anvendelse — lyder således, at gennemgangen af Domstolens praksis inden for disse rammer for det her foreliggende spørgsmåls vedkommende ikke nødvendigvis behøver at føre til en anden besvarelse end tilfældet ville være, hvis argumentationen førtes på grundlag af artiklerne 30 og 36 under ét, selv om navnlig dommene i Dansk Supermarked-sagen (sag 58/80) og sagen Kommissionen mod Irland (sag 113/80) i denne henseende kan give anledning til nogen tvivl. I den afsluttende del af mit forslag skal jeg nærmere præcisere det resultat, jeg når til, når det forudsættes, at kun artikel 30 finder anvendelse.

d) Før jeg når til den afsluttende del af mit forslag, vil jeg først formulere mit eget synspunkt med hensyn til, hvilken af de to løsninger der kan vælges.

Navnlig af den citerede præmis 8 i dommen i Cassis de Dijon-sagen (sag 120/78) forekommer det mig at følge, at der i Domstolens praksis vedrørende

artikel 36 ikke anvendes væsentligt andre kriterier end i praksis vedrørende artikel 30, når det drejer sig om foranstaltninger, som uden forskel gælder indenlandske og indførte produkter. Den sidstnævnte forudsætning er opfyldt for de her omhandlede foranstaltninger. I begge tilfælde anvender Domstolen da en række kriterier, såsom at handelshindringerne er nødvendige af tvingende almene hensyn af ikke-økonomisk karakter, proportionalitetsprincippet, subsidiaritetsprincippet og forbudet mod skjulte hindringer for samhandelen og mod vilkårlig forskelsbehandling. Betydningen af, at et produkt lovligt er bragt i handelen i en anden medlemsstat, spiller endvidere en rolle såvel i de afgørelser, der på grundlag af artikel 36 er afsagt om industrielle ejendomsrettigheder, som i den praksis, der på grundlag af artikel 30 følges vedrørende beskyttelse mod uretmæssig konkurrence.

Hvis ikke de nyligt afsagte domme i sagerne Dansk Supermarked (sag 58/80) og Kommissionen mod Irland (sag 113/80) i mellemtiden havde kastet nyt lys over den her omhandlede problematik, ville min konklusion da også være blevet, at det — ligesom i Dassonville-

dommen — ikke var påkrævet at tage stilling til, om artikel 36 finder anvendelse. Da det nu i præmis 8 i den sidste af dommene udtrykkeligt udtales, at god handelsskik som begrundelse ikke kan henføres under de undtagelser, der er nævnt i artikel 36, forekommer denne løsning mig ikke længere at kunne anvendes. Jeg vælger derfor sluttelig at mene, at kun artikel 30 finder anvendelse. Forud for dommen i Dansk Supermarked-sagen (sag 58/80) havde dette valg som nævnt efter min vurdering ikke behøvet at føre til et væsentligt andet resultat, end hvis artikel 36 havde fundet anvendelse. Som nævnt opstår der imidlertid tvivl i denne henseende på grund af sidstnævnte dom. Det hedder ganske vist i dommens præmis 15, at forhandlingen af importerede varer kan forbydes, når de forhold, hvorunder salget sker, er i strid med, hvad man i importstaten anser for god og loyal handelsbrug. Derefter udtales det imidlertid i præmis 16: »Det må imidlertid understreges som Domstolen allerede har gjort det i anden sammenhæng ved dom af 25. november 1971 (Béguelin, sag 22/71, Sml. 1971, s. 257), at indførslen af en vare, der lovligt er i omsætning i en anden medlemsstat, ikke i sig selv kan anses som stridende mod god markedsføringskik eller som uretmæssig konkurrence, idet markedsføringen kun kan få denne karakter på grund af omstændigheder, der er uafhængige af selve indførslen«. I domskonklusionen gentages denne formulering i punkt 2 med en noget anden ordlyd. Det, der i forbindelse med denne formulering er afgørende med henblik på det her foreliggende tilfælde, er, om et forbud mod eftergørelse, som også — om end principielt ikke udelukkende — anvendes på importerede produkter, har sammenhæng med omstændigheder — her eftergørelsen — som er uafhængige af selve indførslen. I betragtning af Domstolens hidtidige praksis og de særlige omstændigheder, der forelå i Dansk Supermarked-sagen, anser jeg, når alt kommer til alt, ikke en

bekræftende besvarelse af dette spørgsmål for udelukket. Domstolen har nemlig i sin omfattende praksis på dette område på intet tidspunkt principielt udelukket muligheden af, at bestemmelser, der som omhandlet i præmis 8 i

Cassis de Dijon-sagen beror på almene hensyn, har indirekte handelshindringer til følge. Men sådanne handelshindringer må da bedømmes ud fra de strenge kriterier, jeg har omtalt tidligere i denne del af mit forslag til afgørelse.

IV — Sammenfatning og konklusion

a) Hvis besvarelsen af det forelagte spørgsmål — i overensstemmelse med, hvad den forelæggende ret forudsætter — baseres på såvel EØF-traktatens artikel 30 som artikel 36, fører min gennemgang til følgende besvarelse:

»EØF-traktatens artikler 30 og 36 skal under omstændigheder som dem, Gerechthof, Haag, lægger til grund i spørgsmålets litra a) — e), fortolkes således, at et judicielt forbud som det, der nævnes i spørgsmålet — trods sin karakter af en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion i artikel 30's forstand — kan være berettiget i medfør af EØF-traktatens artikel 36, forudsat at der ved afgørelsen af, om en alternativ formgivning er mulig, udover de tekniske muligheder også tages hensyn til, hvad der økonomisk set med rimelighed kan forlanges af en producent, der lovligt har fremstillet det pågældende produkt og bragt det i handelen i en anden medlemsstat. For så vidt enkelte dele af det omtvistede produkt særskilt bringes i handelen, skal de bedømmes særskilt på grundlag af de nævnte kriterier. Navnlig må der for enkeltdele, som er bestemt til produkter, som lovligt er erhvervet andetsteds i Fællesskabet, ikke opstilles betingelser, som indebærer, at handel med dem bliver praktisk talt umulig«.

b) Hvis besvarelsen af det forelagte spørgsmål af de allerede nævnte grunde udelukkende støttes på artikel 30, er følgende svar derimod — på grundlag af den omtalte hidtidige praksis — mest nærliggende:

»EØF-traktatens artikel 30 skal under omstændigheder som angivet i spørgsmålet fra Gerechthof, Haag, jf. spørgsmålets litra a) — e), på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin fortolkes således, at artiklen er til hinder for, at der nedlægges et judicielt forbud som anført i spørgsmålet, når det omtvistede produkt er indført fra en anden medlemsstat, hvor det lovligt frem-

stilles og bringes i handelen. Dette gælder imidlertid ikke, i det omfang de fastslåede grunde til, at der er risiko for forveksling, udelukkende beror på vedkommende indenlandske forhandlers handlinger eller undladelser og kan fjernes af denne uden producentens medvirken«.

Imidlertid er jeg ikke fuldt tilfreds med denne forskel i resultatet, der følger af, hvilken af de to løsninger der vælges. Navnlig anser jeg det ikke for fuldt tilfredsstillende, at der i forbindelse med den anden løsningsmulighed ikke tages hensyn til, hvad der kan udledes af en gennemgang af lighederne og forskellene mellem på den ene side reglerne om forbud mod eftergørelse og på den anden side patent- og varemærkeretten og Domstolens praksis på området. Selv om reglerne om eftergørelse hører til reglerne om uretmæssig konkurrence, har de dog på grund af de nævnte og en række andre forskelle så mange ligheds-punkter med specielt varemærkeretten, at der i det foreliggende tilfælde kan indtages et mindre strengt standpunkt end det, der navnlig kunne udledes af Dansk Supermarked-dommen. Der er nemlig her — ifølge min gennemgang — tale om en del af reglerne om uretmæssig konkurrence, som ligger tæt op ad grænsen til varemærkeretten. En syntese mellem de to løsningsmuligheder kunne da findes ved at føje følgende passus til svaret for den løsningsmulighed, jeg sluttelig har valgt, nemlig at kun artikel 30 finder anvendelse: »Dette gælder ikke, når det — ikke alene i betragtning af de tekniske muligheder, men også i betragtning af de økonomiske muligheder i forbindelse med den udenlandske

producents produktionsprogram — ikke med rimelighed kan forlanges, at producenten anvender en anden formgivning. For så vidt enkeltdele af produktet bringes i handelen særskilt, skal delene bedømmes særskilt på grundlag af de nævnte kriterier. Navnlig må der for dele, som er bestemt til produkter, som lovligt er erhvervet andetsteds i Fællesskabet, ikke opstilles betingelser, som indebærer, at handel med dem bliver praktisk talt umulig«.

Jeg har allerede nævnt, at Dansk Supermarked-dommen giver mulighed for tvivl om, hvorvidt denne afsluttende passage er i overensstemmelse med dommen. Jeg anførte imidlertid også, af hvilke grunde det på baggrund af Domstolens hidtidige praksis sluttelig kan konkluderes, at passagen er acceptabel. Den forekommer mig navnlig at kunne bestå prøven over for det proportionalitetsprincip, som regelmæssigt anvendes i Domstolens praksis vedrørende bestemmelser af almen interesse, som principielt anses for rimelige, og over for det subsidiaritetsprincip, som også anvendes i denne praksis. Den forekommer mig også at være forenelig med artikel 36, 2. pkt., som Domstolen ifølge Dassonville-dommen også anvender inden for rammerne af artikel 30.