

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT

P. CRUZ VILLALÓN

fremsat den 3. februar 2011<sup>1</sup>

**Indhold**

I — Indledning .....	I - 12441
II — Retsforskrifter .....	I - 12442
A — Forordning nr. 3295/94 .....	I - 12443
B — Forordning nr. 1383/2003 .....	I - 12445
III — Hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål .....	I - 12446
A — Philips-sagen .....	I - 12446
B — Nokia-sagen .....	I - 12447
IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen .....	I - 12449
V — En indledende overvejelse: Ligheder og forskelle mellem Nokia- og Philips-sagen ....	I - 12449
VI — Bedømmelse af det præjudicielle spørgsmål i Philips-sagen .....	I - 12451
A — »Fremstillingsfiktion« kan ikke udledes af den påberåbte bestemmelses affat- telse .....	I - 12454
B — Den af Philips foreslåede fortolkning er mere vidtgående end målsætningerne i toldforordningen .....	I - 12455

1 — Originalsprog: spansk.

C — En gennemgang af den tidligere retspraksis støtter ikke »fremstillingsfiktionen« .....	I - 12457
D — Forslag til afgørelse .....	I - 12460
VII — Bedømmelse af det præjudicielle spørgsmål i Nokia-sagen .....	I - 12460
A — Indledende betragtninger .....	I - 12460
B — Med artikel 1, 4 og 9 i forordningen indføres et særligt kriterium, hvorved indgrebet lovliggøres: »mistanken« om krænkelse .....	I - 12462
C — Toldmyndighederne kan ikke foregribe den fremtidige afgørelse vedrørende sagens realitet .....	I - 12463
D — For omfattende krav om beviser ville kunne medføre, at den brede definition af forordningens anvendelsesområde var formålsløs .....	I - 12464
E — Forordningen indfører kriteriet om »mistanke« .....	I - 12465
VIII — Forslag til afgørelse .....	I - 12467
A — Vedrørende det præjudicielle spørgsmål fra Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (sag C-446/09) .....	I - 12467
B — Vedrørende det præjudicielle spørgsmål fra Court of Appeal (England & Wales) (sag C-495/09) .....	I - 12468

## I — Indledning

1. I de foreliggende forenede sager har to nationale retter forelagt hvert sit præjudicielle spørgsmål om fortolkning af unionslovgivningen på området for toldmyndighedernes indgriben i tilfælde af formodede krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder.

2. Nærmere bestemt drejer det sig i begge tilfælde om formodet forfalskede eller piratkopierede varer, der befandt sig i den toldmæssige stilling »ekstern forsendelse«, som er en af kategorierne under toldsuspensionsproceduren. I henhold til EF-toldkodeksens artikel 91, stk. 1, litra a)<sup>2</sup>, giver denne procedure mulighed for »forsendelse fra et sted til et andet inden for Fællesskabets toldområde [...] af ikke-fællesskabsvarer, uden at de pålægges importafgifter eller andre afgifter eller undergives handelspolitiske foranstaltninger«. Som det fremgår af retspraksis er denne »eksterne forsendelse« baseret på en retlig fiktion, idet hele proceduren forløber, som om de pågældende ikke-fællesskabsvarer aldrig var blevet indført på en medlemsstats område<sup>3</sup>.

3. I den første af sagerne, sag C-446/09, Koninklijke Philips Electronics NV mod

Lucheng Meijing Industrial Company Ltd m.fl. (herefter benævnt »Philips-sagen«), har sagsøgeren i hovedsagen nedlagt påstand om, at der inden for rammerne af den nævnte retlige fiktion, som den eksterne forsendelsesprocedure udgør, anvendes en anden fiktion, nemlig den såkaldte »fremstillingsfiktion«. I henhold til denne skal ikke-fællesskabsvarer behandles, som om de var fremstillede i den medlemsstat, hvor de befinder sig, og er som følge heraf underlagt de gældende bestemmelser om beskyttelse af den intellektuelle ejendomsret i den pågældende medlemsstat. På denne måde kunne det udgås at skulle føre bevis for, at varerne vil blive markedsført i Unionen, hvilket i princippet er et ufravigeligt krav for at kunne opnå beskyttelse af en hvilken som helst intellektuel ejendomsret.

4. I den anden sag, sag C-495/09, Nokia Corporation mod Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs (herefter benævnt »Nokia-sagen«), har de britiske toldmyndigheder afvist dette firmas anmodning om indgriben over for nogle tilsyneladende forfalskede varer med den begrundelse, at varernes bestemmelsessted var Colombia, og at der ikke forelå nogen formodning om, at de ville blive omdirigeret til markedet i Den Europæiske Union. Den forelæggende ret spørger Domstolen, om dokumentationen heraf er nødvendig for at kunne kvalificere varerne som »varemærkeforfalskede« i henhold til todbestemmelserne, og helt konkret,

2 — Indført ved Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 af 12.10.1992 (EFT L 302, s. 1).

3 — Dom af 6.4.2000, sag C-383/98, Polo/Lauren, Sml. I, s. 2519, præmis 34.

for at toldmyndighederne kan tage varerne i bevaring.

5. De foreliggende forenede sager giver Domstolen mulighed for at afgøre, om toldbestemmelserne har indvirkning på de materielle regler for den intellektuelle ejendomsret for så vidt angår varer, der befinder sig i transit, og ligeledes, hvilke muligheder toldmyndighederne har for at gribe ind over for sådanne varer i det pågældende tilfælde, alt sammen i en temmelig kompliceret juridisk sammenhæng.

## II — Retsforskrifter

6. De foreliggende præjudicielle spørgsmål vedrører fællesskabslovgivningen om toldmyndighedernes indgriben over for formodede krænkelser af den intellektuelle ejendomsret.

7. Nærmere bestemt drejer Philips-sagen sig om forordning (EF) nr. 3295/94 af 22. december 1994 om foranstaltninger vedrørende indførsel i Fællesskabet samt udførsel og genudførsel fra Fællesskabet af varer, som krænker visse intellektuelle ejendomsrettigheder (herefter også »den gamle toldforordning« eller »1994-forordningen«)<sup>4</sup>.

4 — EFT L 341, s. 8. Ændret ved Rådets forordning (EF) nr. 241/1999 af 25.1.1999 (EFT L 27, s. 1).

Nokia-sagen reguleres derimod af Rådets forordning (EF) nr. 1383/2003 af 22. juli 2003 om toldmyndighedernes indgriben over for varer, der mistænkes for at krænke visse intellektuelle ejendomsrettigheder, og om de foranstaltninger, som skal træffes over for varer, der krænker sådanne rettigheder (herefter også »den nye toldforordning« eller »2003-forordningen«)<sup>5</sup>, hvorved den tidligere forordning blev ophævet og erstattet.

8. Begge forordninger blev udstedt på grundlag af artikel 133 EF<sup>6</sup>, som vedrører den fælles handelspolitik. I artiklens stk. 1 fastsættes følgende: »Den fælles handelspolitik bygger på ensartede principper, navnlig for så vidt angår toldændringer, indgåelse af told- og handelsaftaler vedrørende handel med varer og tjenesteydelser, handelsrelaterede aspekter af intellektuel ejendomsret, direkte udenlandske investeringer, gennemførelse af ensartethed i liberaliseringsforanstaltninger, eksportpolitik og handelspolitiske beskyttelsesforanstaltninger, herunder foranstaltninger mod dumping og subsidieordninger«<sup>7</sup>.

9. I såvel den gamle som den nye toldforordning defineres anvendelsesområdet ud fra de forskellige toldmæssige stillinger, som de varer, der kan være genstand for indgriben, kan

5 — EFT L 196, s. 7.

6 — Inden Amsterdamtraktaten artikel 113 i EF-traktaten. I 1994-forordningen henvises til denne artikel, mens der i 2003-forordningen henvises til artikel 133 EF.

7 — I den nye artikel 207 TEUF, som i det væsentlige har samme indhold som denne bestemmelse, henvises specifikt til de »handelsrelaterede aspekter af intellektuel ejendomsret«.

befinde sig i, og i denne henseende defineres begrebet »varer, der krænker intellektuelle ejendomsrettigheder«.

henhold til artikel 61 i Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 af 12. oktober 1992 om en EF-toldkodeks

10. Begge forordninger indeholder en mulighed for en første indledende indgriben fra toldmyndighederne (artikel 4 i begge forordninger), efterfulgt af en eventuel anmodning om indgriben indgivet af rettighedsindehaveren (artikel 3 i den gamle forordning og artikel 5 i den nye forordning), en eventuel imødekommelse heraf, iværksættelse af de fornødne foranstaltninger og, i givet fald, indledning af en procedure vedrørende »sagens realitet« ved den kompetente myndighed.

- opdages ved en kontrol af varer, der er under toldopsyn efter artikel 37 i forordning (EØF) nr. 2913/92, henført under en suspensionsprocedure efter artikel 84, stk. 1, litra a), i nævnte forordning, genudført efter meddelelse eller anbragt i en frizone eller på et toldoplag efter artikel 166 i samme forordning og

A — *Forordning nr. 3295/94*<sup>8</sup>

11. I artikel 1 defineres forordningens anvendelsesområde:

- b) hvilke foranstaltninger der skal træffes af de kompetente myndigheder med hensyn til sådanne varer, når det fastslås, at de faktisk er varer, der er omfattet af definitionen i stk. 2, litra a).

»1. I denne forordning fastsættes det:

2. I denne forordning forstås ved:

- a) på hvilke betingelser toldmyndighederne kan gribe ind, når varer, som mistænkes for at være varer som omhandlet i stk. 2, litra a):

- a) »varer, der krænker en intellektuel ejendomsret«:

- angives til overgang til fri omsætning, udførsel eller genudførsel i

- »varemærkeforfalskede varer«, dvs.:

- varer, herunder deres emballage, hvorpå der uden tilladelse

8 — Ændret ved forordning nr. 241/1999.

er anbragt et varemærke, som er identisk med — eller som ikke umiddelbart kan skelnes fra — et gyldigt registreret varemærke for varer af samme type, og som derved krænker den pågældende varemærkeindehavers rettigheder ifølge lovgivningen i Fællesskabet eller i den medlemsstat, hvor toldmyndighederne er blevet anmodet om at gribe ind

[...]

- »piratkopierede varer«, dvs.: varer, som er eller indeholder kopier, der er fremstillet uden samtykke fra indehaveren af ophavsretten eller de beslægtede rettigheder eller indehaveren af en rettighed til et design eller mønster, uanset om det er registreret under national ret, eller uden at en af denne gyldigt bemyndiget person i fremstillingslandet har samtykket heri, dersom fremstillingen af disse kopier krænker den pågældende rettighed ifølge lovgivningen i Fællesskabet eller i den medlemsstat, hvor toldmyndighederne er blevet anmodet om at gribe ind.

[...]«

12. I artikel 6 bestemmes følgende:

»1. Når en toldmyndighed, der i henhold til artikel 5 er underrettet om en afgørelse, der imødekommer rettighedsindehaverens anmodning, konstaterer, eventuelt efter at have rådført sig med ansøgeren, at varer, som befinder sig i en af de i artikel 1, stk. 1, litra a), nævnte situationer, svarer til den i ovennævnte afgørelse indeholdte beskrivelse af varer, der er omfattet af definitionen i artikel 1, stk. 2, litra a), suspenderer den frigivelsen af varerne eller tager dem i bevaring. [...]

2. Gældende bestemmelser i den medlemsstat, hvor varerne befinder sig i en af de i artikel 1, stk. 1, litra a), nævnte situationer, finder anvendelse

- a) For så vidt angår forelæggelse af sagen for den myndighed, der har kompetence til at træffe afgørelse vedrørende sagens realitet, samt for så vidt angår omgående underretning af den i stk. 1 omhandlede toldmyndighed, om denne henvendelse, medmindre denne toldmyndighed selv har foretaget henvendelsen.
- b) For så vidt angår udarbejdelsen af den afgørelse, som denne myndighed skal træffe. I mangel af fællesskabsbestemmelser på området, er de kriterier, der skal lægges til grund for udarbejdelsen af denne afgørelse, de samme som dem, der anvendes til at fastslå, hvorvidt varer, der er fremstillet i den pågældende medlemsstat, krænker rettighedsindehaverens rettigheder. [...]

B — *Forordning nr. 1383/2003*

eller anbringes i en frizone eller på et frilager i henhold til artikel 166 i samme forordning.

13. I artikel 1 bestemmes følgende:

2. I denne forordning fastsættes desuden de foranstaltninger, som de kompetente myndigheder skal træffe over for de i stk. 1 omhandlede varer, når det er fastslået, at de krænker intellektuelle ejendomsrettigheder.«

»1. I denne forordning fastsættes betingelserne for toldmyndighedernes indgriben, når varer i følgende situationer mistænkes for at krænke intellektuelle ejendomsrettigheder:

14. I artikel 2, stk. 1, defineres, hvad der i denne forordning forstås ved »varer, der krænker en intellektuel ejendomsret«:

a) når de angives til overgang til fri omsætning, udførsel eller genudførsel i henhold til artikel 61 i Rådets forordning (EØF) nr. 2913/92 af 12. oktober 1992 om indførelse af en EF-toldkodeks

»a) »varemærkeforfalskede varer«, dvs.:

b) når de opdages ved en kontrol af varer, der indføres til eller afgår fra Fællesskabets toldområde i henhold til artikel 37 og 183 i forordning (EØF) nr. 2913/92, henføres under en suspensionsprocedure i henhold til artikel 84, stk. 1, litra a), i nævnte forordning, er ved at blive genudført efter meddelelse i henhold til artikel 182, stk. 2, i nævnte forordning

i) varer, herunder deres emballage, hvorpå der uden tilladelse er anbragt et varemærke, som er identisk med — eller som ikke umiddelbart kan skelnes fra — et gyldigt registreret varemærke for varer af samme type, og som derved krænker den pågældende varemærkeindehavers rettigheder i henhold til Rådets forordning (EF)

nr. 40/94 af 20. december 1993 om EF-varemærker eller ifølge lovgivningen i den medlemsstat, hvor toldmyndighederne er blevet anmodet om at gribe ind

### III — Hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

[...]

A — *Philips-sagen*

b) »piratkopierede varer«, [...]«

15. Artikel 9 vedrører betingelserne for toldmyndighedernes indgriben. I stk. 1 bestemmes følgende: »Når et toldsted, der i henhold til artikel 8 er underrettet om en afgørelse, som imødekommer rettighedsindehaverens anmodning, eventuelt efter at have rådført sig med den, der har anmodet om den pågældende indgriben, konstaterer, at varer, som befinder sig i en af de i artikel 1, stk. 1, nævnte situationer, er under mistanke for krænkelse af en intellektuel ejendomsret, som er indeholdt i nævnte afgørelse, suspenderer den frigivelsen eller tager de pågældende varer i bevaring. [...]«

16. I artikel 10 bestemmes det, at »de gældende bestemmelser i den medlemsstat, på hvis område varerne befinder sig i en af de i artikel 1, stk. 1, omhandlede situationer, finder anvendelse med henblik på at fastslå, om der har været tale om en krænkelse af en intellektuel ejendomsret i henhold til nationale bestemmelser.«

17. Den 7. november 2002 standsede toldkontrollører fra toldvæsenet i Antwerpen (Antwerpse Opsporingsinspectie van de Administratie der Douane en Accijnzen) en mistænkelig ladning barbermaskiner fra Shanghai. Der var mistanke om, at varerne kunne krænke de intellektuelle ejendomsrettigheder tilhørende Koninklijke Philips Electronics NV (herefter »Philips«), navnlig de internationale modelregistreringer af elektriske barbermaskiner, der er registrerede for bl.a. Benelux hos Verdensorganisationen for Intellektuelle Ejendomsrettigheder (WIPO) under numrene DM-034.562 den 9. juni 1995 og DM-045.971 den 29. juli 1998, samt ophavsrettighederne til disse barbermaskiners ydre fremtræden.

18. Sagsøgeren indgav den 12. november 2002 en ansøgning til Centrale Administratie der Douane en Accijnzen i Bruxelles med henblik på beslaglæggelse. Ansøgningen blev imødekommet den 13. november 2002.

19. Efterfølgende fremsendte toldmyndighederne et fotografi af barbermaskinen

»Golden Shaver« til Philips, idet de meddelte, at følgende virksomheder havde deltaget i fremstillingen eller markedsføringen af de tilbageholdte barbermaskiner: Lucheng Meijing Industrial Company Ltd, som er en kinesisk producent af barbermaskiner, Far East Sourcing Ltd, Hong Kong, som er afskiber af varerne, Röhlig Hong Kong Ltd, der var varernes speditør i Hong Kong, og som handlede i opdrag af klarereren eller adressaten for varerne, samt Röhlig Belgium NV, speditør for varerne i Belgien, og som handlede i opdrag af klarereren eller adressaten for varerne.

20. I overensstemmelse med den toldangivelse, som var udstedt i Antwerpen den 29. januar 2003 af repræsentanten for Röhlig Belgium NV, blev varerne deklareret til foreløbig import, uden at der blev angivet et bestemmelsesland. Forinden, nærmere bestemt på tidspunktet for ankomsten til Antwerpen, var varerne genstand for en summarisk angivelse i medfør af EF-toldkodeksens artikel 49.

21. Den 11. december 2002 anlagde Philips sag ved Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (førsteinstansdomstol i Antwerpen) med henblik på at få konstateret og bekræftet, at der forelå en krænkelse af partens intellektuelle ejendomsrettigheder. Ifølge sagsøgeren skulle Rechtbank i medfør af artikel 6, stk. 2, litra b), i forordning nr. 3295/94 tage udgangspunkt i den fiktion, at de beslaglagte barbermaskiner var fremstillede i Belgien, og

således anvende belgisk ret ved afgørelsen af, om der forelå en retskrænkelse.

22. Rechtbank har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål, inden der træffes afgørelse om sagens realitet:

»Udgør artikel 6, stk. 2, litra b), i forordning (EF) nr. 3295/94 af 22. december 1994 (den gamle toldforordning) en ensartet fællesskabsregel, der skal anvendes af en ret i en medlemsstat, der får en sag forelagt af en rettigehedsindehaver i henhold til forordningens artikel 7, og indebærer denne regel, at retten ved sagens pådømmelse ikke skal tage hensyn til reglerne om midlertidigt toldoplæg eller reglerne om transit, men skal anvende den fiktion, at varerne er blevet fremstillet i den samme medlemsstat, og at den således skal anvende denne medlemsstats retsregler ved sin afgørelse af, om sådanne varer har krænkede de omhandlede intellektuelle rettigheder?«

#### B — Nokia-sagen

23. I juli 2008 stoppede og kontrollerede Her Majesty's Commissioners of Revenue and Customs (toldmyndigheden i Det Forenede Kongerige, herefter »HMRC«) en forsendelse med varer i Heathrow lufthavn, som

var undervejs fra Hong Kong til Colombia. Partiet bestod af ca. 400 mobiltelefoner, batterier, brugervejledninger, æsker og håndfrit udstyr, som alle var forsynet med varemærket »Nokia«.

24. Med en skrivelse af 30. juli 2008 sendte HMRC prøver på disse varer til Nokia Corporation (herefter »Nokia«). Efter at have kontrolleret varerne meddelte Nokia HMRC, at de var varemærkeforfalskede, og forespurgte, om myndigheden ville være parat til at beslaglægge varerne.

25. Den 6. august 2008 svarede HMRC, at myndigheden efter at have modtaget juridisk rådgivning havde vanskeligt ved at forstå, hvordan varerne kunne være »varemærkeforfalskede« i den i artikel 2, stk. 1, litra a), nr. i), i forordning nr. 1383/2003 omhandlede forstand, medmindre der var bevis for, at de kunne blive omdirigeret til EU-markedet. Når der ikke forelå sådanne beviser, konkluderede HMRC, at det ikke ville være lovligt at fratage ejeren varerne.

26. Den 20. august 2008 indgav Nokia en ansøgning til HMRC om udlevering af navnene og adresserne på afsender og modtager samt de øvrige relevante dokumenter i HMRC's besiddelse vedrørende forsendelsen. Selv efter at have modtaget den pågældende dokumentation var Nokia ikke i stand til at identificere hverken afsenderen eller modtageren og var således af den opfattelse, at de begge havde truffet foranstaltninger til at skjule deres identitet.

27. Efter fornyet henvendelse til HMRC anlagde Nokia sag den 31. oktober 2008.

28. Ved dom af 29. juli 2009 afsagt af High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division, blev det fastslået, at forordningen hverken gav toldmyndighederne ret eller pligt til at tilbageholde eller beslaglægge falske varer i transit, når der ikke var bevis for, at varerne ville blive omdirigeret til markedet i medlemsstaterne, fordi sådanne varer ikke var »varemærkeforfalskede varer« i henhold til artikel 2, stk. 1, litra a), nr. i), i forordning nr. 1383/2003.

29. Denne afgørelse blev anket til Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (herefter »Court of Appeal«), som på baggrund af netop Philips-sagen, den forskellige opfattelse hos retterne i forskellige medlemsstater samt »behovet for en ensartet og sikker fremgangsmåde ved spørgsmål om fortolkning af forordningen« har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

31. »Kan ikke-fællesskabsvarer, der er forsynet med et EF-varemærke, og som er underlagt toldtilsyn i en medlemsstat og er i transit fra et tredjeland til et andet, udgøre »varemærkeforfalskede varer« i den i artikel 2, stk. 1, litra a), i forordning nr. 1383/2003/EF

omhandlede forstand, hvis der ikke foreligger noget bevis for, at disse varer vil blive markedsført i Den Europæiske Union, enten i overensstemmelse med en toldprocedure eller gennem en ulovlig omdirigering?»

regering samt Kommissionen. I Nokia-sagen, sagsøgeren, International Trademark Association, det Forenede Kongeriges regering, den tjekkiske, franske, polske og finske regering samt Kommissionen.

#### IV — Retsforhandlingerne ved Domstolen

30. Den præjudicielle forelæggelse i Philips-sagen blev registreret på Domstolens Justitskontor den 17. november 2009. Den præjudicielle forelæggelse i Nokia-sagen blev registreret den 2. december 2009.

31. Følgende har indgivet skriftlige indlæg: I Philips-sagen, sagsøgeren (Philips), Far East Sourcing, den belgiske, britiske og italienske regering samt Kommissionen. I Nokia-sagen, sagsøgeren (Nokia), International Trademark Association, det Forenede Kongeriges regering, den portugisiske, polske, tjekkiske, finske og italienske regering samt Kommissionen.

32. Under retsmøderne, der blev afholdt den 18. november 2010, blev der afgivet mundtlige indlæg af følgende: I Philips-sagen, sagsøgeren, Far East Sourcing, den belgiske og tjekkiske regering, Det Forenede Kongeriges

33. Ved kendelse af 11. januar 2011 blev der truffet bestemmelse om forening af de to sager for så vidt angår forslag til afgørelse og domsafsigelse.

#### V — En indledende overvejelse: Ligheder og forskelle mellem Nokia- og Philips-sagen

34. Uanset hvor mange sammenfald der måtte være mellem de foreliggende forenede sager, er det nødvendigt indledningsvis at gøre opmærksom på den væsentligste forskel mellem de to sager med henblik på at klarlægge, hvad der specifikt kendetegner hver af sagerne.

35. For det første skal det bemærkes, at retsgrundlaget er forskelligt på grund af den udvikling, som Unionens toldbestemmelser har gennemgået. Således er Philips-sagen underlagt den gamle forordning nr. 3295/94, mens den nye forordning nr. 1383/2003 finder anvendelse på Nokia-sagen. Endvidere vedrører de præjudicielle spørgsmål bestemmelser i disse to forordninger, som ikke er identiske.

36. For det andet adskiller de to sager sig fra hinanden for så vidt angår typen af den omstridte intellektuelle ejendomsrettighed: ophavsret og registrerede mønstre og modeller i Philips-sagen<sup>9</sup>, og varemærkerrettighed i Nokia-sagen<sup>10</sup>.

37. Ikke desto mindre består den største forskel mellem de to sager i genstanden for tvisten, som hvert af de præjudicielle spørgsmål vedrører, og som Domstolens besvarelse ligeledes skal være møntet på. I begge sager drejer de faktiske omstændigheder sig om en bevaring af varer i transit ved et toldsted. Hovedsagen i Nokia-sagen (som behandles sidst i dette forslag) vedrører lovligheden af de britiske toldmyndigheders handling, da de suspendede bevaringen af varerne, fordi der efter deres opfattelse ikke forelå nogen »aktuel« eller »reel« krænkelse af det påberåbte varemærke. Hovedsagen i Philips-sagen (som behandles først) forelægges derimod Domstolen på et senere og kvalitativt forskelligt tidspunkt, nemlig når indehaveren af en intellektuel ejendomsrettighed, som angiveligt er blevet krænkelse, på et tidspunkt efter at de belgiske toldmyndigheder har grebet ind over for varer af samme type og i den nævnte situation, henvender sig til retten med henblik på at få fastslået eksistensen af den pågældende krænkelse med de deraf følgende konsekvenser.

38. Denne påmindelse er særlig relevant, idet nogle af de afgivne indlæg i de her behandlede sager indeholder en vis forveksling mellem disse to dimensioner af beskyttelsen af den intellektuelle ejendomsret. Af denne grund finder jeg det nødvendigt allerede fra tidspunktet for disse indledende betragtninger at sondre mellem de tre på hinanden følgende faser, som en medlemsstats myndigheder kan følge i henhold til de pågældende forordninger, når de står over for en formodet krænkelse af en intellektuel ejendomsrettighed i forbindelse med varer, der befinder sig i transit.

39. Den første fase, som er af »forberedende« karakter, indledes, når der foreligger »tilstrækkeligt begrundet mistanke om«, at der er sket en krænkelse af den intellektuelle ejendomsret, og toldmyndighederne på denne baggrund iværksætter »foreløbige foranstaltninger«, som består i at suspendere frigivelsen eller tage varerne i bevaring, i begge tilfælde i tre arbejdsdage<sup>11</sup>.

40. Den anden fase indledes efter anmodning fra indehaveren af den rettighed, der angiveligt er blevet krænkelse<sup>12</sup>, og såfremt mistanken opretholdes, bekræfter myndighederne suspensionen af frigivelsen eller bevaringen af varerne<sup>13</sup>. Denne fase er fortsat

9 — Disse var reguleret af Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 98/71/EF af 13.10.1998 om retlig beskyttelse af mønstre (EFT L 289, s. 28) og dets gennemførelsesbestemmelser.

10 — Reguleret af Rådets forordning (EF) nr. 40/94 af 20.12.1993 om EF-varemærker (EFT L 11, 1994, s. 1) og den nationale varemærkelovgivning, som harmoniseret ved Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1).

11 — Artikel 4 i forordning nr. 3295/94 og artikel 4 i forordning nr. 1383/2003.

12 — Denne anmodning om indgriben reguleres af artikel 3 i forordning nr. 3295/94 og i artikel 5-6 i forordning nr. 1383/2003.

13 — Artikel 6, stk. 1, i forordning nr. 3295/94 og artikel 9 i forordning nr. 1383/2003.

administrativ og foreløbig, men den udgør dog en noget mere »holdbar« indgriben end den foregående.

41. Efter dette tidspunkt kan der i en tredje og sidste fase opstå følgende situationer: a) At indehaveren af de tilbageholdte varer afstår disse, hvorefter de kan tilintetgøres under toldkontrol<sup>14</sup>, b) at indehaveren af den intellektuelle ejendomsrettighed, der angiveligt er blevet krænkede, inden for en frist på ti arbejdsdage efter meddelelsen om indgriben i anden fase retter henvendelse til den »kompetente myndighed« (almindeligvis en retsinstans) med henblik på, at denne i en afgørelse om sagens realitet fastslår, at den pågældende krænkelse har fundet sted<sup>15</sup>, og c) at indehaveren ikke reagerer inden for fristen på ti dage [dvs. ved manglende opfyldelse af a) og b)], hvorefter varerne frigives, eller bevaringen frafalder<sup>16</sup>.

42. I korte og summariske træk bliver Domstolen i Nokia-sagen adspurgt, om toldmyndigheden, for at kunne tage varer i bevaring

i det, jeg har betegnet som »anden fase«, skal være i besiddelse af en eller anden form for bevis på, at de pågældende varer på den ene eller den anden måde vil blive markedsført i EU, mens der i Philips-sagen helt konkret anmodes om svar på, hvorvidt et sådant hensyn er ufravigeligt for at kunne erklære en intellektuel ejendomsret for krænkede i forbindelse med en sådan afgørelse om sagens realitet, der eventuelt måtte finde sted som afslutning på den »tredje fase«.

43. Det vil være hensigtsmæssigt at have denne væsentlige forskel for øje, når der skal gives et brugbart svar til de respektive nationale retter. Grundet forskellene i karakteren af de to sager er det tilrådeligt at besvare disse særskilt i henhold til deres nummerrækkefølge, om end dette medfører, at der byttes om på den kronologiske rækkefølge af de to typer beskyttelse mod varemærkeforfalskede eller piratkopierede varer.

## VI — Bedømmelse af det præjudicielle spørgsmål i Philips-sagen

14 — Artikel 11, stk. 1, i forordning nr. 1383/2003. 1994-forordningen indeholder ingen bestemmelse om denne »forenklede« procedure.

15 — Artikel 6, stk. 2, og artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 3295/94 samt artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 1383/2003. Hvis det i afgørelsen om sagens realitet konstateres, at krænkelsen har fundet sted, kan varerne blive genstand for de »endelige« foranstaltninger, der omhandles i artikel 8 i forordning nr. 3295/94 og i artikel 16-17 i forordning nr. 1383/2003, nemlig forbud mod indførsel til Fællesskabets toldområde, overgang til fri omsætning, udførsel osv., såvel som tilintetgørelse eller udelukkelse fra erhvervsmæssig omsætning uden mulighed for erstatning, og endelig at de involverede personer ikke får økonomisk fordel af transaktionen.

16 — Artikel 7, stk. 1, i forordning nr. 3295/94 og artikel 13, stk. 1, i forordning nr. 1383/2003.

44. Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (herefter »Rechtbank«) spørger Domstolen om, hvordan efterprøvelsen af en krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder

skal foretages, når der er tale om varer, som er tilbageholdt, mens de var i transit.

45. Som nævnt drejer den første sag sig således ikke så meget om, hvordan toldmyndigheden måtte have handlet, men snarere om bekræftelsen — i dette tilfælde i form af en retsafgørelse — af den reelle og effektive eksistens af en krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder med de deraf følgende konsekvenser<sup>17</sup>.

46. Helt konkret spørger Rechtbank, om det af artikel 6, stk. 2, litra b), i forordning nr. 3295/94 kan udledes, at en sådan afgørelse skal træffes uden at skele til varernes toldmæssige stilling, men snarere ud fra en fiktion om, at de pågældende varer er blevet fremstillet i den medlemsstat, hvori de befinder sig, idet det hævdes, at en sådan fiktion implicit er indeholdt i den nævnte bestemmelse<sup>18</sup>.

17 — Heriblandt tilintetgørelsen af de berørte varer eller udelukkelsen heraf fra erhvervmæssig omsætning, uden at der kan ydes nogen form for erstatning (artikel 8, stk. 1, i forordning nr. 3295/94 og artikel 17 i forordning nr. 1383/2003).

18 — Ud over det nævnte indleder Rechtbank, som anført, sin henvendelse med at spørge, om den nævnte bestemmelse udgør »en ensartet fællesskabsregel«. Udtrykt i disse vendinger kan spørgsmålet næsten kun besvares med, at forordningen som sådan er en bindende norm i alle enkeltheder, og at den har direkte virkning i hele Unionen.

47. Der spørges altså udtrykkeligt om, hvorvidt den såkaldte »fremstillingsfiktion« er forenelig med EU-retten. I bekræftende fald ville den væsentligste konsekvens være muligheden for at fastslå, at en ikke-fællesskabsvare i transit godt kan forårsage en krænkelse af en intellektuel ejendomsret, på samme måde, som hvis det drejede sig om en vare, der var illegalt fremstillet i den medlemsstat, hvor den er i transit, uanset om den pågældende vare påtænkes markedsført i eller uden for Unionen<sup>19</sup>.

48. Anvendelsen af denne »retlige fiktion«, som således ville udgøre spørgsmålets kerne, ville først og fremmest gøre det muligt at omgå det krav om »erhvervmæssig brug«, som skal være opfyldt for at kunne fastslå, at et EF-varemærke, et nationalt varemærke eller rettigheden til et design eller mønster er blevet krænkelse, jf. henholdsvis artikel 9 i forordning nr. 40/94, artikel 5 i direktiv 89/104 og artikel 12 i direktiv 98/71.

49. Det specifikke formål med de intellektuelle ejendomsrettigheder består netop i at give indehaveren af et varemærke, design eller mønster eneretten til dets brug og at forbyde tredjemand at gøre »erhvervmæssig

19 — Denne »fremstillingsfiktion« lader til at være anvendt første gang i en sag om patenter, nemlig i Hoge Raad der Nederlandens dom af 19.3.2004 (LJN AO 0903, Philips mod Postec og Princo), og er siden blevet videreført af formanden for Rechtbank Den Haag i dennes beslutning af 18.7.2008 og af Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen selv i dennes dom af 9.10.2008. Fiktionen lader til at være blevet anerkendt i retspraksis, jf. F. Eijsvogels, »Some remarks on Montex Holdings Ltd./Diesel Spa«, *Boek9.nl*, 24.11.2006, <http://www.boek9.nl/default.asp?id=2968>, og A. Puts, »Goods in transit«, *194 Trademark World* 22-23 (februar 2007).

brug« heraf. De materielle retsregler knytter således beskyttelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder sammen med eksistensen af en markedsføring af de omhandlede produkter eller tjenesteydelser.

rettigheder blev udvidet i forhold til indholdet i de ovennævnte materielle retsregler, idet de således ville tillade en beskyttelse, som ikke er knyttet til en virkelig »markedsføring« eller »erhvervsmæssig brug« på den berørte medlemsstats område.

50. Inden dette forslag om fortolkning af den nævnte artikel 6, stk. 2, litra b) besvares, skal det anføres, at der i retspraksis har været mulighed for at præcisere, at det forhold, at en vare er i transit, ikke i sig selv indebærer en markedsføring af den omhandlede vare, og at det som følge heraf ikke er i strid med varemærkerettighedens specifikke formål<sup>20</sup>.

52. I lyset af det ovenstående kan det næppe hævdes, som Philips har gjort det i sit skriftlige indlæg, at denne »fremstillingsfiktion« ikke udgør et nyt kriterium for definitionen af en krænkelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder, og at det ikke ændrer ved de materielle retsregler vedrørende disse rettigheder<sup>21</sup>.

51. Under disse forudsætninger kan der tilsyneladende kun træffes afgørelse om, at varer i transit krænker en intellektuel ejendomsrettighed, hvis det kan påvises, at der er påtænkt en markedsføring på det område, hvor rettigheden er beskyttet. Anvendelsen af den såkaldte »fremstillingsfiktion« ville betyde, at toldforordningernes beskyttelse af disse

53. Som det vil fremgå, kan en fortolkning på grundlag af en »fremstillingsfiktion« efter min mening ikke udledes af de påberåbte artiklers affattelse, og en sådan fortolkning vil både være mere vidtgående end formålet med toldforordningerne og være i strid med den eksisterende retspraksis på området.

20 — Dom af 23.10.2003, sag C-115/02, Rioglass og Transremar, Sml. I, s. 12705, præmis 27. Til forskel fra de foreliggende sager vedrørte denne dom en sag om varer, der var lovligt fremstillede i en medlemsstat, og som befandt sig i transit i en anden medlemsstat med destination i et tredjeland. Problemstillingen var dermed centreret omkring muligheden for at påberåbe sig varernes frie bevægelighed over for toldmyndighedernes indgriben. På trods af denne væsentlige forskel er dommens betragtninger vedrørende fællesskabsvarer i transit fuldt ud anvendelige i en situation, der omhandler ekstern forsendelse. Som generaladvokat Jacobs hævder i sit forslag til afgørelse fremsat den 26.5.2005 i Class International-sagen (dom af 18.10.2005, sag C-405/03, Sml. I, s. 8735, som jeg vender tilbage til senere), kan det »tænkes, at Domstolen var af denne opfattelse for så vidt angår varer, der er i fri om sætning i Fællesskabet, og at denne opfattelse ville gælde så meget desto mere for ikke-fællesskabsvarer, for hvilke importformaliteterne ikke er blevet afsluttet« (punkt 32).

21 — Hvis fællesskabslovgiveren havde ønsket at fastlægge en ny definition af de materielle bestemmelser vedrørende rettigheder i toldforordningerne ved at tildele rettighedsindehaverne beføjelser ud over, hvad der er indeholdt i de nævnte materielle retsregler, ville han have henvist til EF-traktatens artikel 100 A eller 235 (artikel 95 EF og 308 EF i den senere Amsterdamtraktat, i dag artikel 114 TEUF og 352 TEUF) om det indre markeds funktion og det almindelige retsgrundlag for de materielle bestemmelser vedrørende intellektuelle ejendomsrettigheder.

A — »Fremstillingsfiktion« kan ikke udledes af den påberåbte bestemmelses affattelse

54. I første omgang er det min opfattelse, at den såkaldte »fremstillingsfiktion« næppe kan være konstrueret på grundlag af teksten i artikel 6, stk. 2, litra b), i forordning nr. 3295/94, hvis præcise affattelse det er værd at gentage: »Gældende bestemmelser i den medlemsstat, hvor varerne befinder sig i en af de i artikel 1, stk. 1, litra a), nævnte situationer, finder anvendelse [...] b) for så vidt angår udarbejdelsen af den afgørelse, som denne myndighed skal træffe. I mangel af fællesskabsbestemmelser på området, er de kriterier, der skal lægges til grund for udarbejdelsen af denne afgørelse, de samme som dem, der anvendes til at fastslå, hvorvidt varer, der er fremstillet i den pågældende medlemsstat, krænker rettigedsindehaverens rettigheder.«

55. Først og fremmest betyder det forhold, at den »kompetente myndighed« i henhold til bestemmelsen skal anvende de samme kriterier, når den træffer sin afgørelse om sagens realitet, som dem, der gælder i forbindelse med fastslåelsen af, om varer fremstillet i den berørte medlemsstat krænker indehaverens rettigheder, ikke på nogen måde, at ikke-fællesskabsvarer i transit i alle henseender skal behandles, som om de var ulovligt fremstillede i den pågældende medlemsstat.

56. Tværtimod viser en nærlæsning af bestemmelsen, som anført af Kommissionen og

Det Forenede Kongerige, at fællesskabslovgiver med denne formulering »i mangel af fællesskabsbestemmelser på området« har tilstræbt at fastsætte en subsidier lovvalgsregel, der gør det muligt at fastslå, hvilken materiel retsregel den kompetente myndighed (i dette tilfælde den belgiske ret) skal anvende ved dens behandling af sagens realitet og således også ved vurderingen af, om der foreligger en krænkelse af den intellektuelle ejendomsret. Denne afklaring er tvungende nødvendig (som Kommissionen har anført, findes der 27 forskellige nationale lovgivninger, som vil kunne anvendes i denne sag) og er en logisk følge af det territorialitetsprincip, der gælder for disse rettigheder<sup>22</sup>.

57. Dette er desuden den eneste måde, hvorpå det giver mening at karakterisere bestemmelsen som subsidier med ordene »i mangel af fællesskabsbestemmelser på området«. Hvis det godtages, at der gennem artikel 6 indføres en såkaldt »fremstillingsfiktion«, skulle f.eks. EF-varemærkerne, som reguleres af forordning nr. 40/94, da fritages for anvendelsen heraf, hvormed de ville opnå en ringere beskyttelse end andre intellektuelle ejendomsrettigheder?

58. Ovenstående konklusion underbygges yderligere af artikel 10 i forordning

22 — Jf. i denne henseende dom af 10.11.1992, sag C-3/91, Exportur, Sml. I, s. 5529, præmis 12, og af 22.6.1994, sag C-9/93, IHT Internationale Heiztechnik og Danzinger, Sml. I, s. 2789, præmis 22.

nr. 1383/2003, som i vid udstrækning svarer indholdsmæssigt til artikel 6, stk. 2, litra b), i forordning nr. 3295/94. I artikel 10 bestemmes det i tydeligere vendinger, at »de gældende bestemmelser i den medlemsstat, på hvis område varerne befinder sig i en af de i artikel 1, stk. 1, omhandlede situationer, finder anvendelse med henblik på at fastslå, om der har været tale om en krænkelse af en intellektuel ejendomsret i henhold til nationale bestemmelser«. Den tilsvarende bestemmelse i den nye forordning indeholder således ingen henvisning til »fremstilling«, hvorved den får en endnu tydeligere karakter af lovvalgsregel<sup>23</sup>.

B — *Den af Philips foreslåede fortolkning er mere vidtgående end målsætningerne i toldforordningen*

59. For det andet er det tydeligt, at anvendelsen af »fremstillingsfiktion« på denne type varer ville betyde, at det var muligt at forbyde den fysiske indførsel af disse varer under en

suspensionsprocedure (transit eller midlertidigt toldoplag), uanset deres påtænkte bestemmelsessted. Denne konsekvens er afgjort mere vidtgående end målsætningerne i Unionens toldbestemmelser.

60. I overensstemmelse med anden betragtning til forordning nr. 3295/94 har reglerne heri til hensigt, at det »i videst muligt omfang forhindres, at [varemærkeforfalskede og piratkopierede varer] bliver bragt på markedet, og der bør med henblik herpå fastsættes foranstaltninger, der gør det muligt effektivt at imødegå denne ulovlige virksomhed, uden at den lovlige frie handel hæmmes«, idet markedsføringen af sådanne varer »i høj grad [skader] lovlydige fabrikanter og handlende samt indehavere af ophavsretten og beslægtede rettigheder og vildleder forbrugere«<sup>24</sup>.

23 — I den nye toldforordning henvises kun til kriteriet om fremstilling i dens ottende betragtning. Denne betragtning afsluttes imidlertid med en anden foregribelse af tydelig konfliktmæssig art: »Forordningen berører ikke medlemsstaternes bestemmelser om deres retsinstansers kompetence og retspleje.« Når begge bestemmelser fremgår af den samme betragtning, må det efter min opfattelse skyldes, at de tjener det samme formål, nemlig at klarlægge, hvilke retsregler der finder anvendelse i en sag om krænkelse af en intellektuel ejendomsret. Endvidere virker det ikke sandsynligt, at en så vidtrækkende foregribelse udelukkende skulle udledes af en enkelt betragtning. Jf. i denne henseende J.K. van Hezewijk, »Montex and Rolex — Irreconcilable differences? A call for a better definition of counterfeit goods«, *International review of intellectual property and competition law*, bind 39 (2008), nr. 7, s. 779.

61. Denne anden betragtning afspejler således fællesskabslovgiver vilje til at gøre indholdet i toldbestemmelserne foreneligt med den normale ordening for beskyttelse af de intellektuelle ejendomsrettigheder, der som nævnt er baseret på »erhvervsmæssig brug«.

24 — Min kursivering. Jf. i samme henseende anden betragtning til forordning nr. 1383/2003.

62. Det drejer sig netop om at undgå, at varemærkeforfalskede og piratkopierede varer »bliver bragt på markedet« i Unionen, og ikke om at forbyde deres transit, allerede inden deres endelige destination er kendt. Hvis indehaveren af den rettighed, der angiveligt bliver krænket, fik tildelt denne beføjelse, ville det være til hinder for den lovlige frie handel, som forordningen har til hensigt at beskytte i enhver henseende, og det ville ligeledes udvide det almindelige omfang af de intellektuelle ejendomsrettigheder.

63. Vi må ganske vist ikke glemme affattelsen af tredje betragtning til 1994-forordningen (»hvis varemærkeforfalskede, piratkopierede og lign. varer indføres fra tredjelande, er det vigtigt at forbyde overgangen til fri omsætning heraf i Fællesskabet *eller henførsel heraf under en suspensionsprocedure*«)<sup>25</sup>. Denne tredje betragtning, og navnlig dens sidste led, kan imidlertid ikke forstås uden den anden betragtning, som er gengivet ovenfor. Når den således læses i forlængelse af den foregående betragtning, står det klart, at den omhandler det forbud, som den kompetente myndighed kan nedlægge, hvis denne i sidste ende fastslår, at der foreligger en krænkelse af en intellektuel ejendomsret, efter at have konstateret at varerne vitterligt vil blive markedsført i Unionen. Kun på denne måde giver det mening, at der findes en fremgangsmåde,

der gør det muligt for toldmyndighederne at gribe ind, og som har til formål at »sikre overholdelsen af et sådant forbud under de bedst mulige betingelser«, sådan som det angives til sidst i betragtningen.

64. Såvel Philips som den belgiske og italienske regering fastholder, at »fremstillingsfiktionen« er nødvendig for at sikre, at 1994-forordningen (og den nye 2003-forordning) finder anvendelse på de af artikel 1 omfattede varer i ekstern forsendelse, netop for at toldmyndighederne kan gribe ind i sager som denne. Som jeg tidligere har nævnt, udspringer denne type argument imidlertid af en forveksling mellem de nødvendige forudsætninger for toldmyndighedernes indgriben og de — strengere — krav, som er gældende, for at den kompetente myndighed kan træffe en endelig afgørelse om krænkelse af den intellektuelle ejendomsret.

65. Det skal desuden haves for øje, at beskyttelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder bygger på territorialitetsprincippet. I henhold til dette princip kan indehaverne kun forbyde den uberettigede brug af deres rettighed i de medlemsstater, hvor rettigheden nyder beskyttelse<sup>26</sup>. Idet transit ikke udgør en

25 — Min kursivering.

26 — Dommen i sagen IHT Internationale Heiztechnik og Danzinger, præmis 22. Jf. ligeledes mit forslag til afgørelse fremsat den 14.9.2010 i sag C-96/09 P, Anheuser-Busch, punkt 106 og følgende punkter.

»erhvervsmæssig brug«, ville anvendelsen af »fremstillingsfiktionen« medføre en væsentlig undtagelse til territorialitetsprincippet, og det ville af samme grund være mere vidtgående end formålene med toldforordningen<sup>27</sup>.

*C — En gennemgang af den tidligere retspraksis støtter ikke »fremstillingsfiktionen«*

66. Det vil være hensigtsmæssigt at afslutte mit forslag til besvarelse af det forelagte spørgsmål i Philips-sagen med at gøre særlig opmærksom på den eksisterende retspraksis på området, som ofte påberåbes af forskellige parter til støtte for deres respektive interesser. Idet jeg således på en måde foregriber konklusionen af dette punkt, er det min opfattelse, at den såkaldte »fremstillingsfiktion« ikke er forenelig med den seneste retspraksis på området, som grundlæggende er repræsenteret

27 — Philips har påberåbt sig Meddelelse fra Kommissionen til Rådet, Europa-Parlamentet og Det Europæiske Økonomiske og Sociale Udvalg af 11.10.2005 om et toldmæssigt udspil mod den seneste udvikling inden for varemærkeforfalskning og piratkopiering [KOM(2005) 479 endelig, s. 8, bilag III.1], hvori det fastslås, at »EU-toldlovgivningen på dette område anses nu for at være blandt de skrappeste i verden [...]. Med kontrol af alle varebevægelser, særlig ved omladning, beskytter toldmyndighederne ikke blot EU, men også andre dele af verden og især de mindst udviklede lande, der ofte er mål for forfalskninger«. På trods af dette er sandheden den, at det hverken af retspraksis eller af de gældende regler kan udledes, at der skulle være mulighed for at udvide en rent europæisk beskyttelse til også at omfatte tredjelande gennem en udvidelse af de foranstaltninger, der træffes ved grænsen. Jf. herom i H. Große Ruse-Khan og T. Jaeger, »Policing patents worldwide? EC border measures against transiting generic drugs under EC and WTO intellectual property regimes«, *International review of intellectual property and competition law*, bind 40 (2009), nr. 5, s. 502-538.

ved Class International-dommen<sup>28</sup> og Montex Holdings-dommen<sup>29</sup>.

67. I 2005 fastslog Domstolen i Class International-sagen, at direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94 skal fortolkes således, at en varemærkeindehaver ikke kan modsætte sig den blotte foranstaltning, at originale varer, der er forsynet med varemærket, og som ikke tidligere af varemærkeindehaveren selv eller med dennes samtykke er blevet markedsført i Fællesskabet, bringes ind i Fællesskabet under den eksterne forsendelsesprocedure eller toldoplagsproceduren. I sådanne tilfælde påhviler det varemærkeindehaveren at bevise, at der foreligger de nævnte omstændigheder, som gør det muligt at udøve retten til at nedlægge forbud, enten ved at bevise, at de pågældende ikke-fællesskabsvarer, der er forsynet med varemærket, er overgået til fri omsætning, eller at der foreligger et udbud til salg eller et salg af disse varer, som nødvendigvis indebærer, at varerne markedsføres i Fællesskabet.

68. Dette svar var helt på linje med den nævnte Rioglass og Transremar-dom, hvori det blev fastslået, at den rene transit af varer ikke indebærer, at de »markedsføres«, og at dette således ikke kan påberåbes med henblik på at opnå den beskyttelse, som gives i den materielle varemærkelovgivning.

28 — Nævnt ovenfor i fodnote 20.

29 — Dom af 9.11.2006, sag C-281/05, Sml. I, s. 10881, herefter »Montex-dommen«.

69. På linje hermed blev det et år senere fastslået i Montex-dommen, at artikel 5, stk. 1 og 3, i direktiv 89/104 skal fortolkes således, at indehaveren af et varemærke kun kan forbyde transit gennem en medlemsstat, hvor dette varemærke er beskyttet, af varer, der er forsynet med varemærket og henført under den eksterne forsendelsesprocedure, og hvis bestemmelsessted er en anden medlemsstat, hvor en sådan beskyttelse ikke findes, såfremt disse varer »er genstand for en handling, som er foretaget af tredjemand, mens varerne er henført under den eksterne forsendelsesprocedure, og som nødvendigvis indebærer, at varerne vil blive markedsført i den pågældende transitmedlemsstat«.

70. Kort sagt er begge domme utvetydige for så vidt angår deres konstatering af, at »erhvervsmæssig brug« er en væsentlig forudsætning for at kunne udløse beskyttelsen af de intellektuelle ejendomsrettigheder, og ordvalget åbner ikke mulighed for den påberåbte teori om »fremstillingsfiktion«. Det er sandt, at der er tale om afgørelser vedrørende fortolkningen af de materielle retsregler på varemærkeområdet (direktiv 89/104 og forordning nr. 40/94), og at de ikke handler om forordningerne vedrørende toldmyndighedernes indgriben. Det må imidlertid ikke glemmes, at bestemmelserne i disse forordninger, hvis fortolkning er genstand for den foreliggende tvist, undtagelsesvist er ved at blive indført på de nævnte rettigheders materielle anvendelsesområde.

71. I denne henseende bør nævnes præmis 40 i Montex-dommen, hvori det udtrykkeligt

nævnes, at »ingen af bestemmelserne i forordning nr. 3295/94 indfører et nyt kriterium med henblik på at efterprøve, om der foreligger en krænkelse af varemærkeretten, eller for at afgøre, om der er tale om en brug af varemærket, der vil kunne forbydes som følge af, at den udgør en krænkelse af denne ret«. På baggrund af denne juridiske præcisering er den påberåbte »fremstillingsfiktion« ikke omfattet af toldforordningen, idet den som nævnt ville forudsætte en fornyet definition af de intellektuelle ejendomsrettigheder.

72. Der findes imidlertid en tidligere retspraksis med specifik henvisning til toldforordningerne, hvis uoverensstemmelse med retspraksis fra Class International-dommen og Montex-dommen ikke kan bestrides, og som i vid udstrækning er blevet gjort gældende af de parter, som i den foreliggende sag har støttet teorien om »fremstillingsfiktion«. Det drejer sig helt konkret om Polo/Lauren-dommen fra 2000<sup>30</sup> og dommen i sagen Rolex m.fl. fra 2004<sup>31</sup>.

73. Faktisk havde Domstolen i såvel Polo/Lauren-dommen som dommen i sagen Rolex m.fl. fastslået, at 1994-toldforordningen fandt anvendelse på ikke-fællesskabsvarer, som befandt sig i en medlemsstat i transit til et tredjeland, uden særlig henvisning til, at det skulle være nødvendigt at bevise, at varerne var bestemt til fællesskabsmarkedet. Når man opstiller det på denne måde, er de

<sup>30</sup> — Nævnt i fodnote 3.

<sup>31</sup> — Dom af 7.1.2004, sag C-60/02, X, Sml. I, s. 651 (herefter »dommen i sagen Rolex m.fl.«).

indlysende forskelle mellem de to grupper af domme med til at forklare, hvorfor de med jævne mellemrum er blevet kritiseret for at være modsigende<sup>32</sup>.

74. For det første er det i denne forbindelse vigtigt at understrege, at Domstolen har været bevidst om denne uoverensstemmelse, og at den derfor har gjort sig umage med at sørge for, at det, der blev fastslået i Class International-dommen og Montex-dommen, ikke blev svækket af den forudgående retspraksis<sup>33</sup>.

75. For det andet er det nødvendigt at have for øje, at fokus i de to første domme var rettet mod emner som toldforordningens gyldighed og retsgrundlag (i Polo/Lauren-sagen) og eksistensen af en strafferetlig *lex previa* (i sagen Rolex m.fl.), hvorfor spørgsmålet om, hvorvidt varernes bestemmelsessted lå inden

for Unionens område, fik en relativt underordnet betydning.

76. Endelig er det vigtigt at understrege, at der i Polo/Lauren-dommen lægges stor vægt på risikoen for, at varemærkeforfalskede varer svigagtigt bringes ind på Unionens marked, idet det udledes heraf, at en sådan transit kan »påvirke det indre marked direkte«<sup>34</sup>.

77. Uanset alle disse omstændigheder må det alligevel erkendes, at der er en vis grad af uregelmæssighed mellem de to grupper af domme. I det omfang denne uoverensstemmelse ønskes tillagt nogen relevans, er det min opfattelse, at det er de seneste domme (Class International og Montex), som bedst afspejler Domstolens standpunkt.

78. Under alle omstændigheder er det min opfattelse, at den opståede forvirring i forbindelse med fortolkningen af denne række domme i høj grad må tilskrives, at Domstolen hidtil har afpasset sine besvarelser efter de retsregler, der er anført i hvert af de præjudicielle spørgsmål, uden nødvendigvis at tage hensyn til genstanden for tvisten, inden for hvis rammer spørgsmålene er blevet forelagt.

79. Udfordringen i de sager, der her forelægges Domstolen, går ud på at klarlægge,

32 — O. Vrins og M. Schneider, »Trademark use in transit: EUPhony or cacophony?«, *Journal of IP Law and Practice*, 2005, bind 1, nr. 1, s. 45-46.

33 — Jf. i denne henseende navnlig præmis 35-40 i Montex-dommen samt punkt 38-45 i generaladvokat Poiarens Maduros forslag til afgørelse fremsat den 4.7.2006 i samme sag, hvori problemstillingen beskrives nærmere og, om muligt, endnu tydeligere. I Class International-dommen nævnes problemet ikke udtrykkeligt, hvilket sandsynligvis skyldes, at toldforordningen ganske enkelt ikke fandt anvendelse, idet der var tale om parallelimport af originale varer (artikel 1, stk. 4, i forordning nr. 3295/94 og artikel 3 i forordning nr. 1383/2003). Ikke desto mindre indeholder generaladvokat Jacobs' forslag til afgørelse i samme sag rent faktisk en henvisning til Polo/Lauren-dommen, idet han forklarer, at den blev afsagt i en anderledes sammenhæng (punkt 34).

34 — Præmis 34 i Polo/Lauren-dommen, nævnt ovenfor i fodnote 3.

under hvilke omstændigheder hver enkelt af disse bestemmelser finder anvendelse, samt at fastsætte, hvilke betingelser der skal være opfyldt for, at toldmyndighedernes indgriben er begrundet på den ene side, og erklæringen (almindeligvis fra retten) om krænkelse af rettigheden på den anden <sup>35</sup>.

varer har krænkelse af de omhandlede intellektuelle rettigheder.

## VII — Bedømmelse af det præjudicielle spørgsmål i Nokia-sagen

### D — Forslag til afgørelse

80. På baggrund af det ovenstående foreslår jeg, at det af Rechtbank forelagte spørgsmål besvares på følgende måde: Artikel 6, stk. 2, litra b), i forordning nr. 3295/94 kan ikke fortolkes således, at det organ i medlemsstaten (i dette tilfælde en ret), der får en sag forelagt af indehaveren af en intellektuel ejendomsret i henhold til samme forordnings artikel 7, kan undlade at tage hensyn til reglerne om midlertidigt toldoplæg eller reglerne om transit for de pågældende varer, og organet kan således heller ikke anvende den fiktion, at varerne er blevet fremstillet i den samme medlemsstat, når den under anvendelse af denne medlemsstats retsregler skal afgøre, om sådanne

### A — Indledende betragtninger

81. Som tidligere nævnt adskiller Nokia-sagen sig fra den netop gennemgæede sag ved, at Court of Appeal forelægger sit spørgsmål inden for rammerne af en sag, hvori lovligheden af den britiske toldmyndigheds beslutning om at afvise Nokias anmodning om bevaring af visse varer i transit anfægtes.

82. Formelt set indeholder den præjudicielle forelæggelse et spørgsmål om fortolkning af begrebet »varemærkeforfalskede varer« i artikel 2, stk. 1, litra a), i den nye toldforordning nr. 1383/2003: »varer, herunder deres emballage, hvorpå der uden tilladelse er anbragt et varemærke, som er identisk med — eller som ikke umiddelbart kan skelnes fra — et gyldigt registreret varemærke for varer af samme type, og som derved krænker den pågældende

35 — Som jeg vil redegøre for i min analyse af Nokia-sagen, er det efter min opfattelse tydeligt, at disse betingelser ikke kan være de samme, og at toldmyndighedernes præventive indgriben kan være baseret på et simpelt — mere eller mindre underbygget — »vidnesbyrd«, uden at det er nødvendigt at bevise, at varerne vil blive markedsført i Unionen. Det ville nemlig i sig selv udgøre en stort set endegyldig konstatering af krænkelsen, hvilket kun er påkrævet i sager som den, der behandles her (Philips).

varemærkeindehavers rettigheder i henhold til Rådets forordning (EF) nr. 40/94 [...] eller ifølge lovgivningen i den medlemsstat, hvor toldmyndighederne er blevet anmodet om at gribe ind«.

83. Således formuleret påhviler det Domstolen at undersøge, om der ved denne bestemmelse skabes et nyt selvstændigt begreb om varemærkeforfalskede varer, som adskiller sig fra de materielle retsregler for så vidt angår toldmyndighedernes indgriben.

84. Det er derfor min opfattelse, at henvisningen i den omhandlede bestemmelse til de materielle retsregler på varemærkeområdet er ubetinget, på trods af at den er formuleret med ordene »og som derved«<sup>36</sup>, og at den af nogle af de medvirkende parter anførte påstand om et »selvstændigt begreb« således ikke kan tages til følge. For at der kan være tale om en »varemærkeforfalskning« i henhold til forordning nr. 1383/2003, skal det således påvises, at de omhandlede varer er bestemt for markedet i Den Europæiske Union. I modsat fald ville de varer, der befinder sig i transit, ikke opfylde kravet om »erhvervsmæssig brug«, som er fastsat såvel i forordning nr. 40/94 som i de nationale varemærkelovgivninger.

36 — »De ce fait« i den franske version, »thereby« i den engelske version, »por tanto« i den spanske version, »und damit« i den tyske version, »e que pertanto« i den italienske version, »die zodoende« i den nederlandske version, »por ese motivo« i den portugisiske version, »ja joka siten« i den finske version og »och som därigenom« i den svenske version.

85. Som det fremgik af den forrige sag, er dette krav ufravigeligt, når det drejer sig om — retligt eller på anden vis — at fastslå, om der foreligger en krænkelse af varemærkerettigheden under realitetsbehandlingen. I den aktuelle sag skal der imidlertid tages stilling til, om denne konstatering også er nødvendig, når toldmyndighederne griber ind i en forudgående fase.

86. Det er dette kriterium, som den engelske toldmyndighed påberåber sig med hjemmel i artikel 2 i forordning nr. 1383/2003, når den afviser at gribe ind over for varer i transit med den begrundelse, at der ikke findes tilstrækkelige beviser for, at varerne er bestemt for markedet i Unionen.

87. Hvis det derimod handler om at fastslå, hvad der *i relation til forordningen* menes med »varemærkeforfalskede varer«, eller sagt på en anden måde, hvilke omstændigheder der skal foreligge, for at toldmyndighederne kan gribe ind, ligger det klart, at artikel 2 i forordning nr. 1383/2003, hvortil der henvises i det præjudicielle spørgsmål, ikke kan analyseres separat.

88. Tværtimod er det min opfattelse, at der skal tages særligt hensyn til artikel 1 i samme forordning, hvori anvendelsesområdet fastsættes, samt artikel 4 og 9, hvori betingelserne for toldmyndighedernes indgriben angives. Som jeg vil belyse nedenfor, anvendes

der i alle disse artikler nemlig begrebet »mistanke« som kriterium for sådanne indgreb<sup>37</sup>.

muligheden for, at toldmyndighederne kan gribe ind, når de har »mistanke« om, at varer i en hvilken som helst af de toldmæssige stillinger »krænker« eller kan »krænke« en intellektuel ejendomsret.

89. Desuden ville en bred og isoleret fortolkning af artikel 2, samt anvendelsen heraf som eneste lovbestemmelse til at fastslå toldmyndighedernes mulighed for indgriben, næppe være forenelig med forordningens målsætninger og med de beføjelser, som de pågældende myndigheder tildes herigennem, ligesom den heller ikke ville være forenelig med den eksisterende retspraksis på området<sup>38</sup>.

B — *Med artikel 1, 4 og 9 i forordningen indføres et særligt kriterium, hvorved indgrebet lovliggøres: »mistanken« om krænkelse*

91. Som nævnt ovenfor sondres der i forordning nr. 1383/2003 (og tidligere i forordning nr. 3295/94) tydeligt mellem den fase, hvori toldmyndighedernes indgriben finder sted, og den, hvori der foretages en materiel prøvelse af, om en krænkelse har fundet sted. Den første er som oftest en administrativ (præventiv) fase, mens den anden som regel er af retlig karakter og i alle tilfælde indebærer en afgørelse om sagens realitet, som almindeligvis er endelig.

90. I modsætning til artikel 2, som blot definerer, hvad der »i denne forordning« forstås ved varer, som krænker en intellektuel ejendomsret, nævnes i artikel 1, 4 og 9 udtrykkeligt

37 — »Tilstrækkeligt begrundet mistanke« i artikel 4 og »når et toldsted [...] konstaterer, at varer [...] er under mistanke« i artikel 9.

38 — Det er dog ikke nødvendigt at anvende den såkaldte »fremstillingsfiktion« for at nå målsætningerne i forordningen, sådan som International Trademark Association anfører. Denne påstand fik jeg allerede mulighed for at undersøge i den forrige sag, og heller ikke i denne sammenhæng finder jeg, at den kan forsvares. I virkeligheden er artikel 10 den eneste bestemmelse i forordning nr. 1383/2003, som måske ville kunne danne grundlag for den nævnte fiktion. Her er tale om en lovvalsregel, der endvidere, som det fremgår af overskriften til forordningens kapitel III, finder anvendelse på afgørelsen om sagens realitet og ikke på betingelserne for toldmyndighedernes indgriben, som netop er det, denne sag drejer sig om.

92. På samme måde som det i forordningen overlades til forskellige myndigheder at træffe afgørelsen i de enkelte faser, bliver disse afgørelser imidlertid ligeledes underlagt forskellige betingelser. Den strengeste af disse betingelser vedrører afgørelsen om sagens realitet, da det er den eneste, som kan resultere i et forbud mod erhvervsmæssig

brug af det omhandlede varemærke i Unionen<sup>39</sup>. Omvendt er de foranstaltninger, som toldmyndighederne skal træffe, midlertidige og af præventiv karakter, og derfor er det kun naturligt, at de betingelser, der skal opfyldes, for at disse kan iværksættes, fastsættes ud fra nogle lempeligere krav.

93. Kun på denne måde giver det mening, at artikel 5, stk. 5, i forordning nr. 1383/2003, hvori indholdet af anmodningen om toldmyndighedernes indgriben reguleres på udtømmende vis, udelukkende kræver, at den skal indeholde »alle oplysninger, der sætter toldmyndighederne i stand til let at genkende de pågældende varer« og navnlig de »præcise oplysninger om svingagtighedernes udformning eller de svingagtige kredsløb, hvis rettighedsindehaveren har kendskab dertil«<sup>40</sup>.

94. Sideløbende hermed stilles der i bestemmelsen krav om »en *dokumentation* for, at den, der har anmodet om den pågældende indgriben, er indehaver af rettigheden til de pågældende varer«, og vedkommende afkræves ligeledes en erklæring, hvorved han

påtager sig det eventuelle ansvar over for de personer, der bliver berørt, såfremt proceduren om indgriben ikke forfølges på grund af en handling eller undladelse fra rettighedsindehaverens side, eller hvis det senere fastslås, at de pågældende varer ikke er varer, der krænker en intellektuel ejendomsret (artikel 6, stk. 1). Det »fastsatte bestemmelsessted« for varerne samt andre oplysninger, såsom »varernes forventede ankomst- eller afsendelsesdato«, skal kun angives i anmodningen »til orientering [...] hvis han har kendskab til [...] sådanne andre oplysninger«.

95. Det drejer sig således om at lokalisere de mistænkelige varer og at sikre en vis grad af seriøsitet i anmodningen, og altså ikke på nuværende tidspunkt at fastslå krænkelsen af en påberåbt rettighed. Hvis lovgiveren havde ønsket, at der allerede på dette stadium skulle foreligge endegyldige beviser på eksistensen af en krænkelse af rettigheden (om end der ville være tale om en fremtidig krænkelse), ville dette være udtrykkeligt anført.

*C — Toldmyndighederne kan ikke foregribe den fremtidige afgørelse vedrørende sagens realitet*

39 — I denne henseende understreger Vrins og Schneider, at målsætningen i artikel 1, stk. 1, i 2003-forordningen ikke må forveksles med målsætningen i samme forordnings artikel 16: »Den første fastsætter betingelserne for toldmyndighedernes indgriben, når der er mistanke om, at varerne krænker en intellektuel ejendomsret, mens den anden bestemmer, at varerne, når først denne krænkelse er konstateret efter toldmyndighedernes indgriben i henhold til artikel 9 og til sidst i den i artikel 13 omhandlede procedure, ikke angives til fri omsætning, ligesom de heller ikke kan indføres på markedet eller sågar sættes i omløb« (O. Vrins og M. Schneider, *Enforcement of intellectual property rights through border measures. Law and practice in the EU*, Oxford University Press, 2006, s. 73).

40 — Min kursivering.

96. Det er endvidere indlysende, at det ikke påhviler toldmyndighederne at træffe endelig afgørelse om, hvorvidt der har fundet en krænkelse af intellektuelle ejendomsrettigheder

sted. Hvis det af artikel 2 skulle kunne udledes, at der i forordningen kræves den samme grad af dokumentation for krænkelsen i forbindelse med bevaringen af varer i tolden, som der kræves i forbindelse med deres endelige udelukkelse fra handelen eller deres tilintetgørelse, ville toldmyndighedernes beslutning til en vis grad indebære en foregribelse af afgørelsen vedrørende sagens realitet, som måske først bliver truffet på et senere tidspunkt og af en anden myndighed.

D — *For omfattende krav om beviser ville kunne medføre, at den brede definition af forordningens anvendelsesområde var formålsløs*

97. Kort sagt må den præventive kontrol ikke være underordnet en retsgyldig konstatering af en krænkelse af den intellektuelle ejendomsrettighed. Den pågældende præventive foranstaltning er af midlertidig karakter (højest ti dage), og det er derfor kun naturligt, at den iværksættes på grundlag af midlertidige oplysninger eller en »mistanke«<sup>41</sup>.

98. Denne type krav om dokumentation ville i praksis kunne være til hinder for en hvilken som helst form for præventiv indgriben over for varer under ekstern forsendelse, og det på trods af at disse udtrykkeligt er omfattet af forordningens anvendelsesområde.

99. Udviklingen i toldbestemmelserne er et tydeligt bevis på, hvor vigtigt det har været for fællesskabslovgiver at dække alle de toldmæssige stillinger, som varemærkeforfalskede eller piratkopierede varer kan finde sig i<sup>42</sup>. Således omfatter anvendelsesområdet for artikel 1 i forordning nr. 1383/2003 de varer, som er angivet til overgang til fri omsætning, udførsel eller genudførsel, som opdages, når de indføres til eller afgår fra Fællesskabets toldområde, som er ved at blive genudført efter meddelelse, som er anbragt i en frizone eller på et frilager, eller som er henført under en suspensionsprocedure. I henhold til EF-toldkodeksens artikel 84, stk. 1, litra a), omfatter denne suspensionsprocedure bl.a.

41 — På samme måde som der i denne fase ikke kan kræves uigendrivelige beviser for varernes bestemmelsessted, virker det heller ikke logisk, at toldmyndighederne i denne sammenhæng skulle give sig i kast med at undersøge, om andre af de i de materielle retsregler fastsatte betingelser for at iværksætte beskyttelsen af rettigheden er opfyldt, hvilket ofte indebærer en kompleks analyse af de faktiske og juridiske omstændigheder. Tænk blot på vurderingen af »risikoen for forveksling«, som er et element, der forefindes i de materielle retsregler på varemærkeområdet, men som ikke er indeholdt i artikel 2 i forordning nr. 1383/2003, hvilket sandsynligvis skyldes et ønske om at fritage toldmyndighederne fra den byrde, en sådan efterprøvelse heraf ville udgøre i denne fase. For så vidt angår forskellene i definitionen af de varemærkeforfalskede varer i henholdsvis toldbestemmelserne og de materielle retsregler på varemærkeområdet henvises til J.K. Hezewijk, op.cit., s. 785 ff., samt O. Vrins og M. Schneider, *Enforcement...*, op.cit., s. 97.

42 — Jf. i denne henseende F. Lois Bastida, »El Reglamento (CE) n° 1383/2003, de lucha contra la piratería en materia de propiedad intelectual«, *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, bind XXIV (2003), s. 1228.

ekstern forsendelse, toldoplæg og midlertidig indførsel.

og at den skal fortolkes således, at den tillader en passende anvendelse af disse.

100. Denne type toldprocedurer kan anvendes svigagtigt som en metode til at indføre varer, der ønskes markedsført illegalt i Unionen, idet afsenderen i første omgang ikke på nogen måde er forpligtet til at angive varernes bestemmelsessted eller sågar at afsløre sin identitet.

103. Som det fremgår af navnet på forordningen, regulerer den såvel »toldmyndighedernes indgriben over for varer, der mistænkes for at krænke visse intellektuelle ejendomsrettigheder«, som de »foranstaltninger over for varer, der krænker sådanne rettigheder«.

101. Situationer af denne art gør det vanskeligt at tilvejebringe beviser, og hvis mistanken om uregelmæssigheder ikke i sig selv skulle danne tilstrækkeligt grundlag for at iværksætte en præventiv indgriben fra toldmyndighedernes side, ville det være meningsløst, at anvendelsesområdet for forordningens artikel 1 er så bredt defineret, og det ville øge risikoen for misbrug af suspensionsprocedurerne med henblik på at undgå beslaglæggelse af varerne.

104. For sidstnævntes vedkommende er det nødvendigt at fastslå, at varen er »forfalsket« eller »piratkopieret« i henhold til definitionen i artikel 2. Som allerede konkluderet i forbindelse med Philips-sagen, bør der til dette formål anvendes de kriterier, der er fastsat i de materielle retsregler vedrørende varemærker og andre intellektuelle ejendomsrettigheder. Den i artikel 2 nævnte henvisning hertil skal således fortolkes på denne måde.

E — *Forordningen indfører kriteriet om »mistanke«*

105. Omvendt er det tilstrækkeligt for, at toldmyndighederne kan gribe ind over for visse varer, at de »mistænkes« for at opfylde betingelserne i definitionen i artikel 2, herunder de betingelser, der kan udledes af de materielle retsregler, hvortil der henvises i artiklen. Hverken i forordningen eller i retspraksis kræves mere end dette.

102. I lyset af det ovenstående er det min opfattelse, at definitionen af »varemærkeforfalskede varer« i artikel 2, stk. 1, litra a), i forordning nr. 1383/2003 understøtter anvendelsen af de øvrige bestemmelser i toldforordningen,

106. Problemet er imidlertid, at begrebet »mistanke« i denne sammenhæng er uløseligt forbundet med de faktiske omstændigheder. Der er ingen tvivl om, at der ved »mistanke«

ikke skal forstås uigendrivelige beviser, men det bør undgås, at dette kriterium fører til en fuldkommen vilkårlighed i forbindelse med toldmyndighedernes indgriben<sup>43</sup>.

område, selv om den eksterne forsendelsesprocedure er baseret på en retlig fiktion.

107. Af denne grund mener jeg, at toldmyndigheden kun på lovlig vis kan gribe ind over for varer i transit, som er underkastet myndighedens kontrol, hvis den som minimum råder over et »vidnesbyrd«, dvs. en formodning om, at de pågældende varer vitterligt vil kunne krænke en intellektuel ejendomsret.

110. I henhold til denne fiktion er de varer, som er henført under den eksterne forsendelsesprocedure, hverken pålagt importafgifter eller undergivet nogen af de øvrige handelspolitiske foranstaltninger, som om de aldrig var blevet indført på Unionens område. Som det imidlertid tydeligt angives i Polo/Lauren-dommen, gennemføres denne eksterne forsendelse »ikke uden at berøre det indre marked«<sup>44</sup>. Det drejer sig kort sagt om at undersøge, om denne risiko er tilstrækkelig stor til, at nogle varer med rimelig grund kan »mistænkes« for at krænke en intellektuel ejendomsret.

108. I den aktuelle sag om varer i transit er det naturligvis varernes bestemmelsessted, som er det vanskeligste element at dokumentere i denne fase.

109. Til dette formål er det i forbindelse med vurderingen af denne »mistanke« nødvendigt at tage særligt hensyn til risikoen for ulovlig indførsel på markedet i Unionen. På trods af alle beskyttelsesforanstaltningerne i Fællesskabets kontrolsystem, foreligger risikoen stadig, og derfor må der ikke ses bort fra, at varerne befinder sig fysisk på Unionens

111. På baggrund af ovenstående betragtninger, og uden at være udtømmende, ville forhold som en ualmindeligt lang transitperiode, typen og antallet af anvendte transportmidler, større eller mindre vanskeligheder med at identificere afsenderen af varerne eller manglende oplysninger om det endelige bestemmelsessted eller modtageren kunne underbygge en begrundet mistanke om, at varer, der i sig selv ser ud til at være »forfalskede«

43 — De grundlæggende todbestemmelser indeholder selv visse steder denne henvisning til mistanke: I artikel 4 i 2003-forordningen nævnes f.eks., at der »er tilstrækkeligt begrundet mistanke«, mens der i artikel 4 i 1994-forordningen omtales en situation, hvor »en toldmyndighed [...] helt klart kan konstatere, at varen er varemærkeforfalsket eller piratkopieret«. Begge artikler refererer til toldmyndighedernes første indgriben, som foregår, inden rettighedsindehaveren indgiver sin anmodning.

44 — Præmis 34. Af samme grund udtaler generaladvokat Ruiz-Jarabo Colomer, at der ikke er nogen »grund til at udvide fiktionen til at gælde ud over det område, for hvilket den er blevet skabt« (forslag til afgørelse fremsat den 16.12.1999 i Polo/Lauren-sagen, punkt 21). Efter min opfattelse kan denne omstændighed imidlertid ikke erstatte fiktionen ud fra en fuldstændig sidestilling af varer i transit med de varer, som er angivet til overgang til fri omsætning, eller som er fremstillet inden for Unionens område.

eller »piratkopierede«, vil blive markedsført i Unionen.

112. Kort sagt foreslår jeg, at spørgsmålet fra Court of Appeal (England & Wales) besvares på følgende måde: Ikke-fællesskabsvarer, der er forsynet med et EF-varemærke, og som

er underlagt toldtilsyn i en medlemsstat og er i transit fra et tredjeland til et andet, kan af disse toldmyndigheder være genstand for indgriben, når der er tilstrækkeligt begrundet mistanke om, at der er tale om »varemærkeforfalskede varer«, og navnlig at disse varer vil blive markedsført i Den Europæiske Union, enten i overensstemmelse med en toldprocedure eller gennem en ulovlig omdirigering, selv om der ikke måtte foreligge beviser for dette bestemmelsessted.

## VIII — Forslag til afgørelse

113. Jeg foreslår derfor Domstolen at besvare spørgsmålene på følgende måde:

*A — Vedrørende det præjudicielle spørgsmål fra Rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen (sag C-446/09)*

»Artikel 6, stk. 2, litra b), i Rådets forordning (EF) nr. 3295/94 af 22. december 1994 om visse foranstaltninger vedrørende indførsel til Fællesskabet samt udførsel og genudførsel af Fællesskabet af varer, der krænker bestemte intellektuelle ejendomsrettigheder, kan ikke fortolkes på en sådan måde, at den ret i medlemsstaten, der får en sag forelagt af indehaveren af en intellektuel ejendomsret i henhold til samme forordnings artikel 7, kan undlade at tage hensyn til reglerne om midlertidigt toldoplæg eller

reglerne om transit, og således heller ikke på en sådan måde, at retten skal anvende den fiktion, at varerne er blevet fremstillet i den samme medlemsstat, når den under anvendelse af denne medlemsstats retsregler skal afgøre, om sådanne varer krænker den omhandlede intellektuelle rettighed.«

B — *Vedrørende det præjudicielle spørgsmål fra Court of Appeal (England & Wales) (sag C-495/09)*

»Ikke-fællesskabsvarer, der er forsynet med et EF-varemærke, og som er underlagt toldtilsyn i en medlemsstat og er i transit fra et tredjeland til et andet, kan af disse toldmyndigheder være genstand for indgriben, når der er tilstrækkeligt begrundet mistanke om, at der er tale om «varemærkeforfalskede varer», og navnlig at disse varer vil blive markedsført i Den Europæiske Union, enten i overensstemmelse med en toldprocedure eller gennem en ulovlig omdirigering.«