

Lund University Faculty of Law

From the Selected Works of Hans Henrik Lidgard

2000

Konkurrensrätt och Parallellimport - Exportförbudsklausuler

Hans Henrik Lidgard



Available at: https://works.bepress.com/hans_henrik_lidgard/18/



LUND UNIVERSITY

Faculty of Law

Selected Works @ Lund University, Faculty of Law
<http://works.bepress.com/LundLaw>

Citation for the published article:

Hans Henrik Lidgard
Konkurrensrätt och Parallellimport - Exportförbudsklausuler
Europarättslig Tidskrift, 2000, Årgång 3, Nr. 2, pp. 260-
278.

This paper is available at:

http://works.bepress.com/hans_henrik_lidgard

KONKURRENSRÄTT OCH PARALLELLIMPORT – EXPORTFÖRBUDSKLAUSULER

Hans Henrik Lidgard*

En aspekt som kommit bort i diskussionen efter EG-domstolens dom i *Silhouette-fallet*¹ var påståendet att Silhouette hade infört någon form av reexportförbud i sitt avtal med den bulgariske köparen. Silhouettes agent i Bulgarien hävdade att så var fallet, men de närmare omständigheterna kring försäljningen blev aldrig klarlagda.² Frågan lyftes inte heller fram i den österrikiska domstolens begäran om tolkningsförklaring och berördes varken av generaladvokaten³ eller domstolen.

Anta att bestämmelsen uttryckts i ett entydigt skriftligt avtal. Hade det haft någon inverkan på EG-domstolens uppfattning om hur parallellhandeln skulle bedömas? Hade ett sådant villkor respekterats eller skulle det ha ogiltigförklarats enligt EG-rätten?⁴

* Docent, Lunds universitet.

¹ Mål C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG mot Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, 16 juli 1998, [1998] REG ä.e.p., [1998] 2 CMLR 953. Jfr. uppföljningen i mål 173/98, *Sebago Inc. mot G-B Unic*, 1 juli 1999, [1998] REG ä.e.p..

² *Silhouette*, fotnot 1, motiv 8–11. Silhouette påstod att konsumtion inte skett inom EEA eftersom produkterna inte satts på marknaden med rättsinnehavarens samtycke. Påståendet grundades på §10a i Markenschutzgesetz och §§1, 9 i Gesetz gegen den Unlauteren Wettbewerb och § 43 i Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch.

³ *Silhouette*, fotnot 1, generaladvokat Jacobs utlåtande av den 29 januari 1997. Generaladvokaten konstaterade däremot att Silhouette inte medgivit reexporten. Hade ett uttryckligt medgivande funnits hade Silhouette inte kunnat stoppa parallellhandeln.

⁴ Problemet blir särskilt relevant om anglosaxiska principen om "implied license" skall tillämpas på det sätt som aktualiseras i de nyligen ställda tolkningsfrågorna från High Court i Storbritannien. Utgångspunkten är att varor kan exporteras och reexporteras om rättsinnehavaren inte uttryckligen förbjudit ett sådant förfarande. Se orders of the High Court of Justice – Chancery Division (Patent Court) England & Wales i *Zino Davidoff SA v. A&G Imports Ltd.*, CH-1998 D No. 4517 of 24 June 1999 (mål C-414/99); i *Levi Strauss & Co v. Tesco Stores Ltd.*, HC 1998 05360 of 22 July 1999 (mål C-415/99); och i *Levi Strauss & Co v. Costco UK Ltd.*, HC 1998 05439 of 22 July 1999 (mål C-416/99). Kommentar av *Bernitz, U.*, *Sebago* och *Davidoff* – Mera om parallellimporten, ETR 1999:4 s. 724.

För att besvara frågorna kommer (re)exportförbudets ställning i avtal mellan olika medlemsstater ("gemenskapsinterna avtal") att behandlas. Därefter presenteras den tämligen sparsamma praxis, som behandlar (re)exportförbud i avtal som avser avsättning i tredje land ("gemenskapsexterna avtal") och främst EG-domstolens dom i *Javico*.⁵ Dessutom kommer den amerikanska inställningen till motsvarande frågor att summeras. Uppsatsen utmynnar i ett svar på de hypotetiska frågorna och några reflexioner inför den fortsatta hanteringen av problematiken kring parallellhandel.

1. REEXPORTFÖRBUD

Ett exportförbud innebär att en producent hindrar sina samarbetspart från att sälja avtalsföremålet utanför ett anvisat område. Reexportförbudet har samma innebörd, men tar främst sikte på återförsäljning till det land varorna kommer ifrån. Någon anledning att skilja exportförbudet från reexportförbudet finns inte. Avgörande är var avtalet får sina effekter.

Förbudet kan uttryckas som en förpliktelse att bara sälja i det tilldelade territoriet, att inte sälja utanför det egna territoriet, eller att inte sälja till territorium som bearbetas av producenten eller annan samarbetspart. I vissa fall riktas förbudet bara till den aktuella samarbetsparten. I andra åter försöker producenten knyta upp hela kedjan så att mellanmannen inte får sälja till någon som han misstänker kan sälja vidare eller att mellanmannen åläggs att förplikta sina köpare att inte direkt eller indirekt sälja produkten utanför det aktuella territoriet.

En exportklausul kan t.ex. formuleras som i Davidoffs avtal med sydostasiatisk köpare:

The Distributor undertakes not to sell any Products outside the Territory and shall oblige his sub-distributors, sub-agents, and/or retailers to refrain from such sales.⁶

Syftet med reexportförbudet är att förhindra att ev. priseftergifter som gjorts på en marknad kan komma att sprida sig till högprismarknader där producenten/rättighetsinnehavaren redan är etablerad. Skälet till prisskillnaderna kan vara monopol- eller oligopolprissättning på den ena marknaden eller en underprissättning på den andra till följd av regleringar, valutafluktuationer eller spe-

⁵ Mål 306/96, *Javico International and Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA*, 28 april 1998, [1998] REG I-1983.

⁶ Jfr. det slovenska avtalet i *Javico*, fotnot 5: "In order to protect the high quality of the distribution of the products in other countries of the world, the distributor agrees not to sell the products outside the territory or to unauthorized dealers in the territory."

ciell konkurrenssituation.⁷ Oberoende av skälet ligger det i sakens natur att producenten är angelägen att produkter inte läcker till högprismarknader och ett kontraktuellt förbud mot (re)export kan vara ett effektivt vapen att förhindra att så sker. Ofta används det i kombination med immaterialrättsliga skyddsåtgärder får att skapa så starka områdesskydd som möjligt.

(Re)exportförbudet fyller egentligen bara en funktion när marknader är i obalans och prissättningen varierar eller fluktuerar på ett påtagligt sätt. När prisharmoni råder förhindrar transport- och andra omkostnader parallellhandel. En allmän tumregel är att det är först när prisskillnader överstiger 25–30% som risker uppstår för gränsöverskridande aktiviteter.

Huruvida exportförbud är samhällsekonomiskt försvarliga kan diskuteras. En uppenbar effekt är att lågprisprodukter inte når högprismarknader och därmed uppkommer inte prispress till glädje för konsument. Sätts frågan i ett större välfärdsekonomiskt perspektiv berörs andra parametrar och ekonomer är inte säkra på de ekonomiska konsekvenserna.⁸

(Re)exportförbudet är ett kontraktsåtagande, som styrs av allmänna avtalsrättsliga och köprättsliga överväganden. Främst är det dock konkurrensrätten med betydande sanktioner och civilrättslig ogiltighet, som sätter den skarpaste gränsen för avtalsfriheten och hur bestämmelsen kan infogas i kommersiella avtal.

2. REEXPORTFÖRBUD I GEMENSKAPSINTERNA AVTAL

Rätten att återopa ett immaterialrättsligt skydd upphör i och med att en vara sätts på EG-marknaden med rättsinnehavarens samtycke.⁹ Begreppet "att sätta en vara på marknaden" innebär att produkten säljs till fristående köpare, som inte är bunden av avtal med huvudmannen.¹⁰ Konsumtionen inträffar således

⁷ Priset på läkemedel fastställs i myndighetsförhandlingar och leverantören kan själv inte bestämma slutresultatet, som därför kan leda till stora variationer mellan olika länder. Mål C-267/95 & C-268/95, *Merck & Co. Inc. mot Primecrown Ltd* och *Beecham Group plc mot Europharm of Worthing Ltd*, 5 december 1996, [1996] REG I-6285.

⁸ Se NERA-studien för EU-kommissionen – National Economic Research Associates, *The Economic consequences of the choice of regime of exhaustion in the area of trademarks* – tillgänglig på DG Konkurrens hemsida: http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/int-prop/indprop/tmstudy.htm. Se vidare Parallelimport till Sverige – effekter av *Silhouette*-domen, Konkurrensverkets rapportserie 1999:1, s. 17 ff. och *Ganslandt, M.*, *Third-degree price-discrimination and arbitrage in international trade*. Working paper. The research institute of industrial economics, Stockholm 1999.

⁹ Mål 15/74, *Centrafarm BV et Adriaan de Peijper mot Sterling Drug Inc.*, 31 oktober 1974, [1974] REG 1147.

¹⁰ *Koktvedgaard, M.*, *Lærebog i immaterialret* (5te udg.), Köpenhamn 1999 s. 331, menar att marknadsföring sker när varan fysiskt tillhandahålls slutförbrukare.

inte vid transaktioner mellan huvudman och mellanman, vars relationer styrs av det inbördes avtalet tolkat mot konkurrensrättens krav. Konkurrensreglerna medför att parter inte får träffa överenskommelser som leder till ett absolut områdesskydd som isolerar eller fragmenterar marknader.¹¹

Utgångspunkten för att fastställa gränserna är klassiska *Consten/Grundig*, som fått förnyad aktualitet genom gruppundantaget för vertikala avtal. Fallet belyser samspelet mellan restriktiva avtalsklausuler och utnyttjande av nationella immaterialrättigheter. Som bekant byggde det överenskomna skyddet dels på ett avtalat exportskydd och dels på upp- och överlåtelse av varumärkesskydd. Grundig förband Consten att inte sälja utanför sitt eget territorium och åtog sig att i sina övriga distributionsavtal förbinda andra återförsäljare att varken direkt eller indirekt sälja till Frankrike. Domstolen gick hårt åt konstruktionen. Förbinder sig leverantör att inte sälja till tredje man, som i sin tur säljer produkten till mellanmans territorium har gränsen överskridits. Sak samma om det är mellanmannens handlingsfrihet som begränsas. Att avtalen innehöll immaterialrättsliga åtaganden förstärkte områdesskyddet.¹²

Thus no third party could import Grundig products from other Member States of the Community for resale in France without running serious risks.¹³

Kommissionen, som ursprungligen hade uppfattningen att själva exklusiviteten föll under förbudet i artikel 81, har rättat in sig i ledet och gruppundantagen har genomgående siktat till att förhindra bestämmelser av karaktären (re)exportförbud. Förordning 67/67¹⁴ förbjöd begränsningar

Other than (b) the obligation to refrain, outside the territory covered by the contract, from seeking customers for the goods to which the contract relates, from establishing any branch, or from maintaining any distribution depot

¹¹ Den exakta innebörden av det absoluta områdesskyddet är inte helt klarlagd. Gäller det bara försäljningen till tredje man eller omfattas huvudmannens försäljning till mellanman. *Lidgard, H.H.*, Territorial restrictions in vertical relations, (1997) 21 *W. Comp.* 71.

¹² Mål 56 & 58/64, *Etablissements Consten S.A.R.L. och Grundig Verkaufs-GmbH mot EU kommissionen (Consten & Grundig)*, 13 juli 1966, [1966] REG 429 s. 343: "The restrictive nature of that undertaking is obvious if it is considered in the light of the prohibition on exporting which was imposed not only on Consten but also on all the other sole concessionnaires of Grundig, as well as the German wholesalers. Secondly, the registration in France by Consten of the GINT trade mark, which Grundig affixes to all its products, is intended to increase the protection inherent in the disputed agreement, against the risk of parallel imports into France of Grundig products, by adding the protection deriving from the law on industrial property rights."

¹³ *Consten & Grundig*, fotnot 12, s. 343.

¹⁴ Kommissionens förordning 67/67/EEC av 22 mars 1967 om tillämpning av artikel 85(3) i fördraget på grupper av ensamåterförsäljaravtal, JO 1967 57/849, (ersatt av förordning 83/83/EEC).

Det innebar att mellanmannen kunde förbjudas att aktivt sälja utanför sitt tilldelade territorium. Däremot kunde passiv försäljning via parallellhandlare inte stoppas. Inställningen var oförändrad i 1983 års gruppundantag för ensamåterförsäljaravtal.¹⁵ I det speciella tillkännagivande, som kommissionen utfärdade i anslutning till sistnämnda gruppundantag angavs att leverans till parallelexportörer inte kan förbjudas om dessa accepterar leverans i huvudmannens territorium.¹⁶

Bestämmelserna har också upprätthållits i domstolens och kommissionens praxis, som varit så sträng att det finns anledning att tala om ett "per se" förbud utan möjligheter till undantag. Redan avtalets objektiva syfte begränsar konkurrensen.¹⁷ Någon bedömning av avtalets ekonomiska effekt har egentligen inte erfordrats efter *Consten/Grundig*.¹⁸ Fria varurörelser är ett grundläggande gemenskapsmål som även ska genomsyra konkurrensrätten.

Det vertikala gruppundantaget¹⁹ tillämpas från den 1 juni i år och medför en nyansering av gällande inställning. Undantag kan göras för all form av försäljning till territorium, som bearbetas av producenten eller någon mellanman som står i ett kontraktsförhållande till honom. Avgörande är att mellanmannens köpare inte hindras att sälja till annat territorium.²⁰

¹⁵ Kommissionens förordning 1983/83/EEC av 22 juni 1983 om tillämpning av artikel 85(3) i fördraget på grupper av ensamåterförsäljaravtal, EGT 1983 L 173/5, (ersatt av förordning 2790/1999/EC) artikel 2(2)c.

¹⁶ Kommissionens meddelande av 1 april 1984 rörande kommissionens förordningar 1983/83/EEC och 1984/83/EEC av 22 juni 1983 om tillämpning av artikel 85(3) i fördraget på grupper av ensamåterförsäljaravtal och exklusiva inköpsavtal, EGT 1984 L 101/2, punkt 27.

¹⁷ Mål 29/83 och 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA och Rheinzink GmbH mot EU-kommissionen (CRAM & Rheinzink)*, 28 mars 1984, [1984] REG 1679.

¹⁸ *Consten & Grundig*, fotnot 12, där EG-domstolens synnerligen formella inställning sammanfattades på s. 343-344: "It was therefore proper for the contested decision to hold that the agreement constitutes an infringement of Article 85(1). No further considerations, whether of economic data (price differences between France and Germany, representative character of the type of appliance considered, level of overheads borne by Consten) or of the corrections of the criteria upon which the Commission relied in its comparisons between the situations of the French and German markets, and no possible favourable effects of the agreement in other respects, can in any way lead, in the face of the abovementioned restrictions, to a different solution under Article 85(1)."

¹⁹ Kommissionens förordning 2790/1999/EC av 22 december 1999 om tillämpning av artikel 85(3) i fördraget på grupper av vertikala avtal och samordnade förfaranden, EGT 1999 L 336/21.

²⁰ Artikel 4 i det vertikala gruppundantaget, fotnot 19, preciserar: "Undantaget i artikel 2 skall inte tillämpas på vertikala avtal som direkt eller indirekt, ensamt eller i kombination med andra faktorer som parterna kontrollerar, har följande syfte: ...b) Begränsningar av det område inom vilket eller av de kunder till vilka köparen får sälja de varor eller tjänster som omfattas av avtalet, med undantag för - begränsningar av aktiv försäljning inom det exklusiva området eller till en exklusiv kundgrupp som reserverats för leverantören eller som leverantören tilldelat en annan köpare, om en sådan begränsning inte begränsar köparens kunders försäljning, - begränsningar av köparens försäljning till slutanvändare, om köparen driver verksamhet på grossistnivå,"

Med den genomförda förändringen har behandlingen av distributionsavtal förtydligats och kommissionen följer upp sin modernisering av konkurrensrätten. Det är inte de formella begränsningarna som är avgörande utan de verkliga effekterna. Varan måste kunna cirkulera vidare när den överlåts till köpare i nästa led. Huvudmannen och de exklusiva representanterna kan förbjudas att exportera till varandras territorier. Alla former av vertikala samarbetsavtal behandlas numer lika. Kommissionens viktiga förbehåll är att parterna inte har en marknadsandel som överstiger 30% och att absoluta områdeshinder, som blockerar varje möjlighet för en vara att föras mellan länder, inte upprättas. Skulle prisskillnaderna bli för stora kommer omedelbart parallellhandel att uppstå i nästa led.

Mot denna inställning finns litet att invända.

3. REEXPORTFÖRBUD I TREDJELANDSAVTAL

Sett från företagets utgångspunkt gör sig samma överväganden gällande vid affärsverksamhet utanför Europeiska Unionen som inom densamma. Avgörande är konkurrensförhållandena där bolaget bedriver sin verksamhet.

Anta att ett i Europa framgångsrikt företag önskar bryta in på den ryska marknaden. Villkoren här kännetecknas idag av instabilitet, lågt efterfrågetryck på grund av resursbrist, men samtidigt har marknaden en betydande utvecklingspotential. Företagen positionerar sig noga när det gäller vid vilken tidpunkt de ska gå in på marknaden. Några "early starters" går in tidigt medan andra väntar och betalar ett högre pris vid ett senare tillfälle. När inträdet sker måste dock företaget räkna med att eftergifter erfordras i förhållande till den strategi som tillämpas på hemmamarknaden. Om pris byts mot volym kan detta dock te sig försvarligt från en företagsekonomisk utgångspunkt – inte minst om volymen nås till en marginalkostnad. I beräkningen finns säkert också att om företaget inte är berett att möta marknads krav finns det alltid konkurrenter i andra världsdelar som kan uppoffra sig.

Ytterligare en situation, som kräver noggranna strategiska överväganden, är den Silhouette befann sig i. Vad gör en producent med en utgången modell högkvalitativa produkter i en modekänslig bransch? Realiserar och förstör hemmamarknaden; skrotar lagret; eller utnyttjar lagret till att etablera sig på en lågprismarknad?

När valet väl görs att gå in på lågprismarknader krävs anpassning, men en förutsättning är att en lägre prissättningen kan begränsas till exportmarknaden och att den inte förs tillbaka och kanibaliseras på hemmamarknaden. Därför bygger företagen också i gemenskapsexterna avtal in hinder för reexport.

Från ett EU-perspektiv går intresset av att bevaka handeln med omvärlden inte att jämföra med strävan att skapa en öppen inre marknad. Det målet gäller

inte för handeln med tredje land. En konkurrensbegränsning, som får sina direkta effekter utanför EG-territoriet, saknar i allmänhet gemenskapsintresse och får hanteras av det berörda landet. Indirekt kan det dock hävdas att när företagen genom sina åtgärder isolerar EG från omvärlden försvinner en potentiell prispress.

Det är i första hand denna aspekt, som föranlett kommissionen och domstolen att även pröva exportförbud i traditionella distributions- och licensavtal som främst avser tredje land.

3.1 Kommissionens praxis

Kommissionen uppmärksammade på ett tidigt stadium varje form av exportförbud i gemenskapsinterna avtal. Begränsningar som berör handeln med tredje land har däremot mer kommit upp till ytan som en sekundär effekt. Likväl kan ett visst mönster skymtas i hanteringen.

Grossflex/Fillisdorf,²¹ som var kommissionens första beslut i ett konkurrensärende, gällde ett exklusivt återförsäljaravtal i Schweiz. Återförsäljaren begränsades till sitt territorium och fick inte direkt eller indirekt exportera produkterna till gemenskapen. Avtalet ansågs inte ha till syfte att begränsa konkurrensen i EG och eftersom några prisskillnader inte förelåg fick det inte en snedvridande effekt. Icke-ingripandebesked kunde därför meddelas.

Under sjuttioalet sker en utveckling. *Raymond/Nagoya*²² gällde ett exklusivt licensavtal för tillverkning och försäljning under Raymonds patent och know-how av plastinredningsdetaljer i japanska bilar. Av beslutet framgick att patent-skyddet var vältäckande i Tyskland och Japan, men i övrigt begränsat.

Kommissionen konstaterade att det exklusiva avtalet inte påverkade förhållandena i gemenskapen men väl i Sydostasien och undersökte särskilt om avtalets exportförbud hade någon märkbar inverkan på samhandeln i EG. De licenstillverkade produkterna var "skraddarsydda" för en viss bilmodell. Avtalet förhindrade inte att licensprodukterna vidareexporterades som delar i den färdiga bilen. Däremot föreföll det uteslutet att de modellenpassade produkterna kunde säljas separat i gemenskapen. Europeisk bilindustri anlidade europeiska

²¹ Kommissionen, beslut 64/233/EEC, *Grossflex/Fillisdorf*, 11 mars 1964, JO 9 april 1964, p. 915. Två andra beslut från 60-talet som berör gemenskapsexterna avtal är 68/376/EEC, *Rieckermann/AEG-Elotherm*, 6 november 1968, EGT 1968 L 276/25; 70/322/EEC, *Kodak*, 30 juni 1970, EGT 1970 L 147/24.

²² Kommissionen, beslut 73/238/EEC, *Raymond & Co och Nagoya Rubber Co. Ltd*, 9 juni 1972, EGT 1972 L 143/39, [1972] CMLR D 45.

tillverkare.²³ Eftersom produkterna inte kunde utnyttjas av europeiska biltillverkare, meddelades icke-ingripandebesked.²⁴

Grossfilex/Fillisdorf och *Raymond/Nagoya* behandlade begränsningar för utländska mellanmän att reexportera produkten till gemenskapen. I *Saba*,²⁵ (selektiv distribution av TV-apparater) och *Junghans*,²⁶ (selektiv distribution av urverk) ålades distributörerna i gemenskapen att inte exportera till tredje land. I förhandlingar med företagen bröt kommissionen upp restriktioner för den gemenskapsinterna samhandeln och konstaterade beträffande förbudet att sälja till tredje land att det tar sikte på att skydda där etablerade distributörer. Effekter uppkommer inte i gemenskapen eftersom reimport skulle vara förenad med höga transaktionskostnader.²⁷

Både *Saba* och *Junghans* förband sig att avveckla förbudet i förhållande till EFTA-länderna när frihandelsavtalen trädde i kraft.²⁸ Kommissionen meddelar återigen negativattest. Samhandeln i EG påverkas inte eftersom transaktionskostnaderna skulle eliminera prisskillnader, men den situationen förändras när frihandelssamarbetet med EFTA inleds. Varken i *Saba* eller *Junghans* uppställer kommissionen något bindande förbehåll i sitt beslut om att en förändring verkligen sker, utan förefaller att förlita sig på de överenskommelser som gjorts med företagen.

I *Goodyear Italiana* och *Campari-fallen*²⁹ är det inte i första hand en fråga om EFTA-handeln. *Goodyear* gäller ett exklusivt distributionsavtal för förpackningsmaterial, som ursprungligen stipulerade förbud mot export utanför Italien. Kommissionen begärde att restriktionen skulle undanröjas innan undan-

²³ *Raymond & Co and Nagoya Rubber*, fotnot 22, punkt 9k: Consequently, in the present case, by reasons particularly of the characteristics of the products in question, the prohibition on Nagoya exporting these articles to the Member States of the EEC cannot have a noticeable effect on competition within the common market.

²⁴ Se *Rothnie, W.A.*, *Parallel Imports*, Sweet & Maxwell, (London 1993), s. 464 och *Bellamy & Child*, *Common Market Law of Competition*, (4th ed.), Sweet & Maxwell (1993) s. 560.

²⁵ Kommissionen, beslut 76/159/EEC, *SABA*, 15 december 1975, EGT 1976 L 28/19.

²⁶ Kommissionen, beslut 77/100/EEC, *Junghans*, 21 december 1976, EGT 1977 L 30/10.

²⁷ *Junghans*, fotnot 26, punkt 24, inledningen, "The prohibition preventing Junghans dealers from exporting from the EEC ... does not at present have any appreciable effect on competition within the meaning of Article 85(1). This prohibition is designed to protect dealers in third countries from their competitors in the Community. It has the object of restricting competition in third countries. This prohibition has no appreciable effects on competition within the common market and trade between Member States. Owing to the double duty borne by goods twice crossing the customs frontiers of the European Communities, there is no incentive for Junghans dealers and consumers in the Community to buy goods exported by a Junghans dealer to a third country."

²⁸ *Junghans*, fotnot 26, punkt 24, avslutning: "However, while at present the Commission sees no reason to object to this export prohibition, this will not necessarily be the case after 1 July 1977 as regards those states with which the EEC has a free-trade agreement. After that date there will be no customs duties on trade between the Community and the countries in question."

²⁹ Kommissionen, beslut 75/94/EEC, *Goodyear Italiana-Euram*, 19 december 1974, EGT 1975 L 38/10, och beslut 78/253/EEC, *Campari*, 23 december 1977, EGT 1978 L 70/69.

tag kunde beviljas för övriga bestämmelser inklusive ett exportförbud utanför gemenskapen. Resonemangent bygger liksom tidigare på en värdering av transaktionskostnader. Exportförbudet ansågs av denna anledning och det faktum att det inte förelåg prisskillnader mellan olika marknader falla utanför förbudet.

I *Campari* gällde det en varumärkes- och know-howlicens för den ädla drycken. Distributörerna i gemenskapen ålades att inte sälja produkten till köpare utanför gemenskapen och kommissionen konstaterade åter att ett sådant åtagande inte föll under förbudet i artikel 81.1.

Genom hela 70-talet är således resonemangent konsekvent. Klausulerna faller inte under förbudet eftersom reimport inte är realistiskt när hänsyn tas till tullar, transportkostnader, avgifter och olika distributionsledd handelsmarginal. Enda undantaget gäller EFTA-staterna från den tidpunkten frihandelsavtalen träder i kraft.³⁰

Under senare delen av 80-talet förefaller det dock som om attityden skärps, möjligen som en konsekvens av EG-domstolens dom i *Rheinzink*.³¹ 1988 års beslut mot *BBC Brown Boveri*³² gäller ett forsknings- och utvecklingssamarbete mellan tysk och japansk tillverkare av batterier. Som en del av samarbetet meddelar BBC japanska NEWCO en exklusiv tillverkningslicens för Sydostasien. De territoriella begränsningarna omöjliggör export till gemenskapen

which, notwithstanding the large distances involved, would have been feasible both in the case of batteries intended for use in electrically driven vehicles and in that batteries intended for the storing off-peak electricity, are prevented.

Kommissionen understryker emellertid att forskningssamarbetet gäller en angelägen utveckling, som kommer att vara besvärlig att introducera på marknaden och det förefaller därför nödvändigt att BBC kan skydda sin hemmamarknad. Ett 10-årigt undantag beviljas därför från förbudet i artikel 81.1.³³

1993 berördes exportförhållanden i Gillettes indirekta övertagande av Wilkinson Sword.³⁴ Kommissionen hade allvarliga invändningar mot förvärvet

³⁰ Goyder, D. G., *EC Competition Law* (3rd ed.), Clarendon Press, Oxford (1998) s. 116.

³¹ *CRAM & Rheinzink*, fotnot 17, som är ett överklagande av kommissionens beslut 84/405/EEC, *Zink Producer Group*, 6 augusti 1984; EGT 1984 L 220/27.

³² Kommissionen, beslut 88/541/EEC, *BBC Brown Boveri och NKG Insulators Ltd*, 11 oktober 1988, EGT 1988 L 301/64.

³³ *Campari*, fotnot 29: "... reimportation into the common market of bitter previously exported outside the Community by licensees or their trade customers would seem unlikely, in view of supplementary economic factors such as the accumulation of trade margins and of excise duties and taxes on alcohol levied by importing countries as well as the duties charged on crossing the European Economic Community borders. This assessment also applies to states with which the EEC has entered into free trade agreements, particularly as trade between the community and these states in alcoholic beverages such as bitter Campari is still subject to customs duties ..."

³⁴ Kommissionen, beslut 93/252/EEC, *Warner-Lambert/Gillette & andra och BIC/Gillette & andra*, 10 november 1992, EGT 1993 L 116/21.

och angrep samarbetsavtalen – inte minst Wilkinson Swords åtagande att inte sälja produkter till USA. Nu görs dock ingen hänvisning till fördyrande omkostnader i internationell handel, utan kommissionen framhåller att köparsidan internationaliseras och att en internationell marknadsuppdelning inte motsvarar den ekonomiska verkligheten. Därför anses avtalet falla under förbudet.³⁵

Kommissionens inställning var således hårdare än tidigare – men syftet var inte att säkra reexport utan snarare att garantera Wilkinson Swords fortbestånd och möjlighet att konkurrera utan att begränsas av Gillettes restriktioner.

3.2 EG-domstolens praxis

Även EG-domstolen har haft anledning att ta ställning till reimportförbud från tredje land. Det första ärendet gällde överklagande av kommissionens beslut i *Zink*.³⁶

Rheinzink och Austurienne hade samtidigt avbrutit leveranser till belgiska Schiltz för vidare export till Egypten. Målet med exporten till Egypten var att dumpa överskottslager utanför Europa. Schiltz märkte dock om leveranserna och returnerade dem till Tyskland. Huvudfrågan i fallet var om agerandet kunde ses som en otillåten samordning mellan de två producenterna. Reexportförbudet hade enligt domstolen ett konkurrensbegränsande syfte.³⁷

... constitutes, by its very object, a restriction on competition. That clause, according to the decision, limits the freedom of the dealer to market the goods where he wishes and allows the two producers to prevent parallel imports within the common market. It thus serves to protect the German market, which is more vulnerable because of the high level of prices.

Under angivna förhållanden drog domstolen slutsatsen att klausulens syfte var att förhindra återimport. Därmed skulle företagen kunna upprätthålla sina dubbla prissystem och snedvräta konkurrensen.³⁸ Denna dom från 1984 gör

³⁵ *Gillette*, fotnot 34, punkt 35; "... The agreements create an artificial separation of markets. There is no natural border between the Community and non-Community countries for the purposes of trade in shaving products. Advertising and packaging are common to both sides of the border. There is an increased tendency for key accounts in the razor business to become part of large buying groups which regard Europe as one market and do not distinguish between a Community and a non-Community market. Consequently, the trade mark-sharing arrangements do not reflect commercial reality and the parties will be obliged to cooperate at least in relation to these neighbouring markets. This again is recognized in the agreements which state that the parties will cooperate when problems arise in relation to common customers. ..."

³⁶ Kommissionen, beslut 84/405/EEC, *Zink Producer Group*, 6 augusti 1984: EGT 1984 L 220/27.

³⁷ *CRAM & Rheinzink*, fotnot 17, motiv 24.

³⁸ *CRAM & Rheinzink*, fotnot 17, motiv 28.

ingen värdering av sannolikheten av reimport från Egypten, utan fastställer lakoniskt det konkurrensbegränsande syftet. Med ett sådant synsätt kan egentligen aldrig en mellanman med säte i gemenskapen anförtros ansvar att exportera till tredje land. En sådan mellanman förblir fri att reexportera produkten till dess ursprungsland. Möjligen förebådade det stränga synsättet den skärpning som ägde rum i kommissionens tidigare diskuterade behandling av *BBC Brown Boveri* och *Gillette*.

Det ledande rättsfallet rörande exportklausuler i avtal med företag i tredje land är *Javico mot Yves Saint Laurent Parfums*.³⁹ Parfyminustrins selektiva distributionssystem har prövats vid flera tidigare tillfällen. Det gäller även YSLP, som 1991 erhöll undantag enligt artikel 81.3 för sitt europeiska försäljningssystem.⁴⁰ I *Javico* återkommer ärendet, men nu i en internationell tappning. YSLP hade ingått två distributionsavtal med tyska Javico avseende försäljning av bolagets produkter till utpekade öststater. I avtalet försäkrade sig YSLP genom tydliga exportförbudsbestämmelser⁴¹ att produkterna inte skulle kunna återföras till EG. Trots detta upptäcktes att avtalsprodukterna förts ut på gemenskapsmarknaden. YSLP bröt samarbetet med Javico och förhållandena blev föremål för rättslig prövning i Frankrike. Cour d'Appel begärde förhandsyttrande rörande EG-rättens inverkan på reexportförbud i gemenskapsexterna avtal.

EG-domstolens svar – som kanske kan ses som ett försök till linjesvar för exportförbud i internationell handel – inleddes med en flyhänt genomgång av synsättet på exportförbud i ett regionalt perspektiv. I den gemenskapsinterna handeln syftar exportförbud till att begränsa samhandeln och uppfyller därmed konkurrenskriteriet i artikel 81. Samhandelskriteriet uppfylls om avtalet förhindrar att en enhetlig marknad uppkommer. Hindret måste vara betydande, vilket bl.a. fastställs mot bakgrund av företagets marknadsandelar.

Med denna rekapitulation av den gemenskapsinterna bedömningen övergår domstolen till att med samma modell granska tredjelandsavtal som innehåller förbud mot reexport till EG. Här kommer domstolen, något överraskande, och i strid med generaladvokatens yttrande, fram till en annan bedömning än den som redovisats för de interna avtalen. Domstolen menar att i tredjelandsavtal syftar inte reexportförbudet till att förhindra parallellimport till och försäljning i gemenskapen. Enligt domstolen är syftet i stället att

³⁹ Mål 306/96, *Javico International & Javico AG mot Yves Saint Laurent Parfums SA*, 28 april 1998, [1998] REG I-1983. Se Fejø, J., EU-konkurrenserglerna og tredjelände, Festskrift till Gunnar Karnell.

⁴⁰ Kommissionen, beslut 92/33/EEC, *Yves Saint Laurent*, 16 december 1991, EGT 1992 L 12/24.

⁴¹ *Javico*, fotnot 39, generaladvokat Tesauro utlåtande av den 6 november 1997. Som framgår av generaladvokaten yttrande innehöll inte avtalen bara de angivna exportklausulerna utan åtskilliga andra bestämmelser som förstärkte dessa – inklusive vitesklausuler för överträdelser.

... säkerställa att tillverkaren kan tränga in på en marknad utanför gemenskapen genom att på denna marknad kunna avsätta en tillräckligt stor mängd av de produkter som omfattas av avtalet. ...⁴²

Till stöd för denna uppfattning lägger domstolen det faktum att det aktuella avtalet inte bara förhindrade reimport till gemenskapen utan även export till andra icke medlemsstater. Ett sådant avtal har enligt domstolen inte ett konkurrensbegränsande *syfte* och faller därför inte per se under artikel 81.⁴³

Domstolen ställer sig därefter frågan om klausulen har en konkurrensbegränsande *effekt* och ger viss vägledning för hur denna fråga ska bedömas. Det måste först avgöras om den aktuella produktmarknaden i gemenskapen är oligopolistisk och den fria konkurrensen därmed begränsad. Det måste sedan fastslås om det föreligger betydande prisskillnader mellan EG och det aktuella landet – en prisskillnad som är stor nog att inte ätas upp av tullar och transportkostnader. Därtill måste det prövas om reexportförbudet kan anses inverka menligt på förhållandena i EG och härvid spelar företagets marknadsposition roll.⁴⁴

Domstolen överläter åt den nationella domstolen att med stöd av de angivna parametrarna avgöra hur det förhåller sig i det aktuella fallet.

Frågan är om *Javico* medför ett nytt synsätt på reexportbegränsningar i handeln med tredje land. Kommissionen har i sina beslut i och för sig hävdat att syftet är konkurrensbegränsande, men att exportavtalen sällan har någon påtaglig effekt på samhandeln i gemenskapen. Denna inställning borde kanske ha lett till att klausulen ansågs falla under förbudet i artikel 81, men att undantag kunde beviljas. Så har den dock inte hanterats, utan kommissionen har genom åren med något enstaka undantag behandlat reexportförbudet som icke konkurrensbegränsande. Inte ens i 70-talets EFTA-fall – där onekligen effekt kunde uppkomma när frihandelsavtalen trädde i kraft – förbjöds klausulerna. Kommissionen nöjde sig med allmänna åtaganden från företagen, som inte upphöjdes till förutsättningar för besluten. Domstolens resonemang har vissa likheter med kommissionens pragmatiska inställning i ett inledningsskede.

Däremot avviker *Javico* från kommissionens inställning i senare beslut och den tidigare domen i *Rheinzink*⁴⁵ där det klart uttalades att det objektiva syftet med reexportförbudet är en konkurrensbegränsning.

Domstolens påstår i *Javico* att klausulen är en förutsättning för att en leverantör ska kunna tillhandahålla tillräcklig mängd produkter till den främmande

⁴² *Javico*, fotnot 39, motiv 19.

⁴³ *Javico*, fotnot 39, motiv 20 och 21.

⁴⁴ *Javico*, fotnot 39, motiv 23: ... först undersökas om gemenskapsmarknaden ... oligopolistisk struktur som lämnar litet utrymme för konkurrens ... motiv 24: ... vidare undersökas om det föreligger en märkbar prisskillnad ... om den äts upp av tullsatser, transportkostnader och de övriga kostnader. motiv 25: ... bör det dessutom undersökas ... ställning som YSLP intar på gemenskapsmarknaden ... risk för en märkbar inverkan på handelsflödet ...

⁴⁵ *CRAM & Rheinzink*, fotnot 17.

marknaden. Resonemanget ter sig en smula verklighetsfrämmande.⁴⁶ Syftet med exportverksamheten är att penetrera en främmande marknad – för detta behövs det inte förbud mot reexport. Reexportklausulen syftar till att eliminera risken för att produkterna ska återföras till gemenskapen, vilket skulle kunna påverka prisbildningen på denna marknad. Klausulen är konkurrensbegränsande och borde rent formellt falla under förbudet i artikel 81. Att domstolen finner stöd för sin annorlunda bedömning i att förbudet även gäller tredje land övertygar knappast.

Då är det lättare att följa generaladvokaten, som visar att avtalets huvudsyfte är en konkurrensbegränsning.

(I)t cannot be denied that the intention of the parties was specifically to prevent the distribution in the common market of the products sold to Javico. That allows YSLP to oppose parallel imports into the common market ... I am therefore of the opinion that the export clauses and the prohibition of reimports in the contract between the parties pursue an essentially anti-competitive aim.⁴⁷

Domstolens påstående att effekt uppkommer när gemenskapsmarknaden är oligopolistisk och/eller prisskillnader föreligger lämnar också frågetecken. För det första är det oklart om kraven är alternativa eller kumulativa.⁴⁸ Mycket talar för den förra tolkningen när formuleringen ses mot den avslutande sammanfattningen där det uttryckligen sägs *eller*.

Frågan är framför allt om distinktionen är meningsfull. Det torde inte vara aktuellt med parallellhandel om det inte föreligger en betydande prisskillnad. Om det räcker med att detta krav är uppfyllt kan man fråga sig vad domstolen avsett med att diskutera huruvida marknaden är oligopolistisk. Motiven är alltför grumliga för att den bakomliggande bevekelsegrunden ska kunna uppfattas⁴⁹ och huvudintrycket är att om prisskillnaderna är stora blir effekten av ett reexportförbud att klausulen är konkurrensbegränsande.

⁴⁶ Fejo, fotnot 39, s. 182 som ser *Javico* med andra ögon gör observationen att om etableringsargumentet duger för de gemenskapsexterna avtalen borde det också kunna motivera reexportförbud i de gemenskapsinterna avtalen. Här föreligger parallella skyddsbehov. Ett sådant synsätt skulle motivera en mer nyanserad hållning till marknadsuppdelning i gemenskapen.

⁴⁷ Tesaurus yttrande, fotnot 41, punkt 10.

⁴⁸ *Javico*, fotnot 39, motiv 24. I den engelska versionen anges "it must then", vilket möjligen skulle antyda att domstolens tre förutsättningar är kumulativa. Å andra sidan säger sammanfattningen i motiv 28 tydligt "or", vilket snarare antyder att i vart fall kravet på oligopolistisk marknad och stora prisskillnader skulle vara alternativa medan den påtagliga effekten alltid ska föreligga. I svensk texten sägs likaså "eller". Mest naturligt är att det räcker med att det antingen är en oligopolistisk marknad som inte är tillräckligt konkurrensutsatt *eller* att stora prisskillnader föreligger.

⁴⁹ Skulle en konkurrensutsatt marknad kunna motivera ett exportförbud om prisskillnaderna är stora? Skulle det kunna hävdas att lågprisförsäljningen då uteslutande tillkommit för att avyttra ett lager som inte kan säljas på rimliga villkor i gemenskapen? Resonemanget accepterades inte i *Rheinzink*. Möjligen anspelar domstolen på amerikansk rättspraxis i anslutning till "patent

Det skulle möjligen kunna hävdas att samhandelskriteriet inte är uppfyllt i och med detta. Det är ju bara handeln mellan tredje land och en enskild medlemsstat som påverkas. För att handeln mellan medlemsstaterna direkt ska beröras krävs att marginalerna är så stora att produkten även ska kunna vidareexporteras till ytterligare en medlemsstat.⁵⁰ Hållbarheten i detta senare argument har inte prövats, men indirekta samhandelseffekter torde uppkomma redan när priset på en marknad sänks även om detta inte direkt överförs till en annan medlemsstat.

4. ETT AMERIKANSKT PERSPEKTIV

Jag ska inte här ge mig in på någon ingående analys av den amerikanska inställningen, utan tolkar situationen så att USA i princip tillämpar vad som närmast skulle motsvara en internationell konsumtion. Inställningen är dock omgärdad med många förbehåll, som demonstreras av en tidvis otydlig och motsägelsefull rättspraxis.⁵¹ En viktig förutsättning för att parallellimport ska tillåtas är (absolut) identiska produkter.⁵² Parternas agerande spelar dessutom stor roll. Till skillnad från förhållandena i civilrättsliga länder tolkas immaterialrättslicensen

misuse". Enligt 35 USCS § 271 punkt d (5) villkoras licensiering om "the patent owner has market power in the relevant market for the patent or patented product. Den amerikanska inställningen sammanfattas i *Mallinckrodt, Inc. v. Medipart, Inc.*, 976 F.2d 700, 1992, 24 U.S.P.Q.2d (BNA) 1173 (Fed. Cir. 1992): "Should the restriction be found to be reasonably within the patent grant, i.e., that it relates to subject matter within the scope of the patent claims, that ends the inquiry. However, should such inquiry lead to the conclusion that there are anticompetitive effects extending beyond the patentee's statutory right to exclude, these effects do not automatically impeach the restriction. Anticompetitive effects that are not per se violations of law are reviewed in accordance with the rule of reason. Patent owners should not be in a worse position, by virtue of the patent right to exclude, than owners of other property used in trade." Detta resonemang är dock mer kopplat till EG-domstolens söndring mellan existens/tillämpning och förklarar inte hänvisningen till oligopolistisk marknad i *Javico*.

⁵⁰ Kommissionen, beslut 70/322/EEC, *Kodak*, 30 juni 1970, EGT 1970 L 147/24.

⁵¹ Före 1923 tillämpades en allomfattande konsumtionsprincip. Principen tillämpad på varumärken modifierades i *A. Bourjois & Company v. Katzel*, 260 U.S. 689, 43 S.Ct 244 (1923) med hänvisning till territorialitetsprincipen. Förhållandena i fallet var dock speciella. I *NEC Electronics v. CAL Circuit Abco*, 810 F.2d 1506, 1 U.S.P.Q.2d 2056 (9th Cir. 1987) tilläts parallellimport av identiska data chips och i *Weil Ceramics & Glass, Inc. v. Dash*, 878 F.2d 659, 11 U.S.P.Q.2d 1001 (3d Cir. 1989) tilläts parallellhandel med äkta Lladro figuriner. Begränsningar följer dock av Tariff Act enligt *K-Mart Corp. v. Cartier, Inc.*, 486 U.S. 281, 108 S.Ct 1811 (1988).

⁵² Rättspraxis rörande vad som ska konstituera en avvikelse är omfattande. Se t.ex. *Original Appalachian Artworks v. Granada Electronics*, 816 F.2d 68, 73, 2 U.S.P.Q.2d 1343, 1346 (2d Cir. 1987), *Lever Brothers Co. v. United States*, 981 F.2d 1330, 25 U.S.P.Q.2d 1579 (D.C. Cir. 1993), *Societe des Produits Nestle v. Casa Helvetia, Inc.*, 982 F.2d 633, 25 U.S.P.Q.2d 1256 (1st Cir. 1992).

så att det som inte är förbjudet anses tillåtet – s.k. "implied license".⁵³ Det innebär att om den främmande distributören inte förbjudits att (re)exportera produkterna skulle han kunna göra det utan påföljd.⁵⁴ Konsekvensen är självfallet att hårdhänta klausuler i det privaträttsliga avtalet blir betydelsefulla och de förekommer också ofta i praktiken.⁵⁵

Frågan är då om den amerikanska antitrusträtten gör anspråk på tillämpning och förbjuder reexportklausuler. Svaret torde, även om det saknas klar och entydig praxis, vara nekande.⁵⁶ Det finns två skäl till att exportklausuler inte föranlett samma intensiva diskussion i USA som i Europa:

För det första är marknadsuppdelande klausuler i vertikala förhållanden inte av samma betydelse i den interna amerikanska rätten. Förklaringen brukar vara att den amerikanska marknaden redan är så homogen att de fria varurörelserna inte behöver säkras. Tilldelningen av exklusiva territorier och exportförbud accepteras i allmänhet både för distributions- och licensavtal.⁵⁷

Det andra skälet är att amerikansk rätt varit tydlig i att undanta avtal, som får sina effekter i tredje land i Webb-Pomerene Export Trade Act.⁵⁸ Även om lagstiftningen möjliggör ingrepp mot karteller som får effekter på hemmamarknaden har någon utpräglad praxis inte utvecklats, som påverkar bedömningen av exportförbud.

Slutresultatet av en översiktlig analys visar på en pragmatisk inställning. Produkter från tredje land, som överprisas i USA kan parallellimporteras, till glädje för den amerikanske konsumenten och utan större skada för den amerikanska

⁵³ *Zadra-Symes, L., & Basista, J.J.*, Using U.S. intellectual property rights to prevent parallel imports, [1998] E.I.P.R. 219.

⁵⁴ Inställningen förefaller att överensstämma med engelsk rätt sådan den presenteras i *Davidoff* och *Levis-fallen*, fotnot 4.

⁵⁵ *Gallini, N., & Hollis, A.*, A contractual approach to grey markets, *International Review of Law and Economics* 1999 s. 1–21 driver en mycket långtgående tes om att parallellimportfrågor inte ska lösas av immaterialrätten utan med "contract, tort and antitrust". Uppsatsen kan inte ses som ett uttryck för gällande rättsläge, men passar utomordentligt väl för att demonstrera hur komplicerat ett avtalsbaserat system skulle kunna bli – även om det inte var författarnas avsikt.

⁵⁶ *Brownell v. Ketcham Wire & Mfg. Co.*, 211 F.2d 121, 100 U.S.P.Q. (BNA) 338 (9th Cir. 1954) och *Atari Games Corp. v. Nintendo of America, Inc.*, 897 F.2d 1572, 1578, 14 U.S.P.Q. 2d 1034, 1038 (Fed. Cir. 1990).

⁵⁷ Territoriella restriktioner berördes egentligen först i amerikansk antitrusträtt på 60-talet. Högsta domstolen förklarade först att de föll under *rule of reason* bedömning i *White Motor Co. v. United States*, 372 U.S. 253 (1963). Därefter bedömdes de som *per se* förbjudna i *United States v. Arnold, Swinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967) och därefter återgick domstolen till en *rule of reason* bedömning i *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977). Se *Lidgard, H.H.*, Territorial restrictions in vertical relations, (1997) 21 *W. Comp.* 71.

⁵⁸ Webb-Pomerene Export Trade Act of 1918, 15 U.S.C. §§ 61–65, sektion 2 föreskriver att "Nothing contained in (the Sherman Act) shall be construed as declaring to be illegal an association entered into for the sole purpose of engaging in export trade and actually engaged in such export trade ... provided such association, agreement or act is not in restraint of trade within the United States ..."

industrin, om produkterna är identiska och de bakomliggande avtalen saknar uttryckliga förbud mot export till USA. Eftersom sådana klausuler är känsliga från en europeisk utgångspunkt⁵⁹ förekommer de sannolikt sparsamt. Däremot tillåts amerikansk industri att skydda sin hemmamarknad och dumpa överskott i tredje land om den främmande avnämaren binds med ett förbud mot reexport.

Situationen förefaller således i detta hänseende att vara den omvända mot gemenskapen.

5. KONKLUSION

Tillämpas analysen på det hypotetiska reexportförbudet i *Silhouette* blir resultatet följande:

Marknaden för glasögonbågar är sannolikt inte oligopolistisk. Däremot är det uppenbart att prisskillnaden mellan restpartiet i Bulgarien och marknadspriset i Österrike var stor – själva förekomsten av parallellhandel styrker denna slutsats. Därmed får exportförbudet en otillåten konkurrensbegränsande effekt.⁶⁰ *Silhouettes* ställning i Österrike gör inverkan är påtaglig. Hade ett exportförbud konstaterats i *Silhouette* hade dess effekt fallit under fördragets artikel 81 och restriktionen hade drabbats av ogiltighet. Hartlauer skulle ha fått importera och *Silhouette* hade riskerat böter.

Detta konstaterande föranleder ett par viktiga överväganden:

En första fråga blir hur den regionala varumärkeskonsumtionen i *Silhouette* förhåller sig till den restriktiva konkurrensuppfattning som förefaller vara resultatet av en noggrann analys av *Javico*. Har det konkurrensrättsliga förbudet företräde eller skall immaterialrättsliga principer om regional konsumtion vinna företräde? Den beskrivna situationen påminner om *Consten/Grundig* och borde behandlas på ett likartat sätt. I det tidigare fallet fick den nationella immaterialrätten vika för gemenskapens konkurrensregler. Den skillnaden föreligger dock nu att varumärkesreglerna till följd av Varumärkesdirektivet⁶¹ fått en gemenskapsrättslig starkare status. Det är på denna domstolen bygger sitt ställningstagande i *Silhouette*, men utan att i sammanhanget ställa immaterialrättsreglerna mot konkurrensrättens krav.

Det hävdas ibland att det inte föreligger någon normkonflikt eftersom konkurrensrätten är ett korrekionsmedel mot avarter av utnyttjande av immate-

⁵⁹ Se t.ex. *Goodyear Italiana-Euram*, fotnot 29 och *Gillette*, fotnot 34 ovan.

⁶⁰ Det förelåg dessutom en potentiell möjlighet att produkterna skulle komma att säljas vidare till andra medlemsstater. Dessutom skulle ett priskrig i Österrike indirekt få en prispressande verkan i andra medlemsstater. I alla situationerna uppstår en effekt på samhandeln.

⁶¹ Rådets Direktiv 89/104/EEC av 21 December 1988 om inbördes tillnärmande av medlemsstaternas varumärkeslagstiftning, EGT 1989 L 40, p. 1.

riella rättigheter.⁶² Med en sådan inställning hade det saknat betydelse om YSLP i *Javico* åberopat att konsumtion inte skett av immaterialrättsskyddet eftersom situationen dessutom skulle bedömas mot konkurrensrättens krav. På samma sätt kan förstainstansrättens färskas utslag i *Micro Leader*⁶³ ses som ett uttryck för att artikel 82 kan utnyttjas som ett korrektionsmedel mot ett ovarsamt nyttjande av immaterialrätt vid dominerande ställning.

Med ett sådant synsätt får konkurrensrätten en laghierarkiskt högre rang, som kan leda till korrigerande av vad som annars skulle vara traditionella immaterialrättsliga principer.⁶⁴ Det finns även stöd för ett sådant synsätt i äldre praxis – men det har då gällt kollision mellan nationella immaterialrättsregler och EG:s konkurrensrätt.

Enligt ett alternativt synsätt lever konkurrensrätten i ett ständigt spänningsförhållande med immaterialrätten och kravet på fria varurörelser. Det går inte att lösa normkonflikten genom att generellt ge konkurrensrättsliga överväganden någon form av företräde. Ett sådant synsätt löser inga konflikter, utan dragkampen mellan olika var för sig väsentliga intressen lever vidare och den legala bedömningen kommer att spegla hur den samhällspolitiska uppfattningen böljar fram och tillbaka över tiden.

Sannolikt måste en lösning sökas mellan dessa bägge ytterligheter,⁶⁵ vilket innebär att konflikter mellan de olika lagkomplexen bearbetas med stöd av reglernas bakomliggande syften. I ett civilrättsligt system sker en sådan sammanjämkning redan i lagstiftningsarbetet, vilket innebär att den immaterialrättsliga lagstiftningen i stor utsträckning kan antas vara avvägd mot konkurrensrättsliga

⁶² Se *Karnell, G.*, Exhaustion of copyright – Swedish law in a European setting, IIC 1999 s. 654–660 på s.660. Tankarna framfördes också av immaterialrättsexperter vid Nätverket för Europarättsforskningskonferens om "Parallelimporten ur ett nordiskt perspektiv" den 6–7 mars 2000 i Stockholm. Resonemanget påminner om amerikansk "patent misuse", se fotnot 49.

⁶³ CFI, mål T-198/98, *Micro Leader Business SA mot EU kommissionen*, 16 december 1999, [1999] REG ä.e.p.

⁶⁴ Amerikansk rätt kan delvis sägas ge stöd för ett sådant synsätt. En rättsinnehavare kan enligt *United States v. Univis Lens Co.*, 316 U.S. 241, 62 S.Ct. 1088 (1942) införa restriktioner i sina licensavtal inom ramen för skyddsramen så länge inte konkurrensrättsliga principer sätts ur spel. Bestämmelsen har främst tillämpats på per se förbjudna prisöverenskommelser och kopplingsförbehåll. En balanserad rule of reason bedömning leder dock bara undantagsvis till att det immaterialrättsliga skyddet åsidosätts för konkurrensrättsliga överväganden enligt *Mallinckrodt*, fotnot 49.

⁶⁵ För en balanserad diskussion, se *Rognstad, O.-A.*, Spridning av verkseksemplar, (Ak. Avh.) Oslo, (1999) s. 435 ff. Amerikansk effekt-baserad teori framhäver sedan mitten på 70-talet gemensamma syften med konkurrensrätt och immaterialrätt snarare än att framhålla motsättningarna. Genom 1995 års Guidelines for the licensing of intellectual property, <http://www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/ipguide.htm> har en sammanjämkning skett. Se *Willard, K.T. & Newberg, J.A.*, Antitrust and intellectual property: From separate spheres to unified fields, 66 Antitrust Law Journal, 1997, s. 167–229.

hänsyn.⁶⁶ Har lagstiftaren inte givit tydliga riktlinjer, eller hinner den immaterialrättsliga utvecklingen inte med den konkurrensrättsliga, krävs däremot att domstolarna söker rimliga lösningar. Detta bör ske på ett sådant sätt att lösningarna även håller när ekonomisk teori och praktik skiftar fot och betonar fri konkurrens på bekostnad av immaterialrättsskydd och omvänt.

I de aktuella fallen borde domstolen således sträva efter att förena synen på konsumtion av immaterialrättigheter med hur avtalsvillkor behandlas konkurrensrättsligt. Tillämpas en regional konsumtion borde i konsekvensens namn exportklausuler i gemenskapsexterna avtal tillåtas just när prisskillnaderna är betydande och risk för parallellhandel föreligger.

Å andra sidan kan *Javico* grunda ett "internationell synsätt" där effekten av att exportförbud i praktiken inte accepteras i gemenskapsexterna avtal blir att immaterialrättsinnehavarna inte kan manipulera med sina rättigheter och dela upp marknader med stöd av en regional konsumtionsprincip.

Hänvisning till Varumärkesdirektivets ordalydelse i artikel 7 om att produkterna ska sättas på marknaden i gemenskapen skulle tala för den förra tolkningen.⁶⁷ Å andra sidan kan det hävdas att en sådan tolkning leder till rakt motsatt syfte mot vad som eftersträvades med tillägget – nämligen en diskriminering till förmån för europeisk industri.⁶⁸ Det går inte att hänge sig åt en inskränkt bokstavstolkning när det är känt att syftet var ett annat.

Problemet med att föreslå global konsumtion och förbud mot avtalsmässiga reimportthinder är snarare av taktisk karaktär. Hur ska EG-domstolen, efter utslagen i *Silhouette*⁶⁹ och *Sebago*, och medlemsstater, som låst sig för en regional tolkning, kunna förmås att ändra uppfattning? En möjlighet är att EG-domstolen accepterar begreppet implied license i sitt svar på *Davidoff*.⁷⁰ Ett alternativ vore kanske att i de pågående rådsdiskussionerna föreslå Frankrike, som förefaller att vara det land som starkast förespråkar regional konsumtion,

⁶⁶ *Schovsbo, J.* Grænsefladepørgsmål mellem immaterialretten og konkurrenceretten, Jurist og Økonomiforbundets Forlag, Randers (1996), s. 274 ansluter sig till ett sådant synsätt: "Internationisering som metode till løsning af grænsefladeproblemer rejser vide perspektiver. I stedet for at søge konflikten mellem immaterial- og konkurrenceretten afklaret i spaendingsfæltet mellem de to regelsæt skal løsningen søges inden for de rammer, den immaterialretlige regulering har opstillet. Man opnår herved en drøftelse af de reale problemer og undgår uklare teoretiske overbygninger.

⁶⁷ Det finns dock åtskilliga företrädare för uppfattningen att artikel 7 inte reglerar frågan uttömmande. Se *Ohly, A.*, Trade marks and parallel importation – recent developments in European law, ICC 1999 s. 512–530, särskilt s. 523 med vidare hänvisningar.

⁶⁸ *Lidgard, H.H.*, Regional konsumtion i EU hindrar parallellimport från lågprisländer, ERT 1998 (introduktionsnummer) s. 31, speciellt s. 36 f. med vidare referenser.

⁶⁹ Mål C-355/96, *Silhouette* och mål 173/98, *Sebago*, fotnot 1.

⁷⁰ *Zino Davidoff SA* m.fl. ärenden, fotnot 4. Det svenska yttrandet av 1 mars 2000 (i kopia från Utrikesdepartementet) griper inte tag i detta halmstrå utan följer traditionella svenska avtalstolkningsprinciper. Något formligt krav behöver inte uppställas för en licens. Däremot föreslår den svenska regeringen att bevisbördan åvilar den som påstår att ett licensförhållande är för handen, vilket närmast skulle utesluta en presumtion om implied license.

att Europa ska tillämpa global konsumtion, men tillåta europeiska företag att föra in reexportförbud i sina gemenskapsexterna avtal när produkterna riskerar att föras tillbaka till sin hemmamarknad.⁷¹

En sådan lösning innebär en diskriminering till förmån för europeisk industri samtidigt som europeiska konsumenter på fördelaktiga villkor får tillgång till internationella varor som prismanipulerats. Mot sådana pragmatiska lösningar har fransmän i allmänhet inga invändningar. Särskilt inte om de leder till en bra förhandlingsposition vid framtida multilatera förhandlingar.

⁷¹ Jämför *Cohen Jeboram, H.*, Prohibition of parallel imports through intellectual property rights, IIC 1999 s. 495-511 särskilt 511.