

Lund University Faculty of Law

From the Selected Works of Hans Henrik Lidgard

2000

Re-exportförbud

Hans Henrik Lidgard



Available at: https://works.bepress.com/hans_henrik_lidgard/19/



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
Re-exportförbud
Europarättslig Tidskrift, 2000, Årgång 3, Nr. 4, pp. 643-
648.

This paper is available at:

http://works.bepress.com/hans_henrik_lidgard

RE-EXPORTFÖRBUD

ett genmäle till Ole-Andreas Rognstad

Hans Henrik Lidgard*

Ole-Andreas Rognstads kommentar i nummer 3 av ERT till min artikel om re-exportförbud föranleder följande genmäle.¹ Problemet som artikeln behandlar gäller inte en konflikt mellan *Silhouette* och konkurrensrätten och jag påstår inte heller, som Rognstad gör gällande, att senare tids domar ger uttryck för ett nytt rättsläge i förhållandet mellan varumärkesrätten och konkurrensrätten. Syftet med artikeln är, som klart anges i inledningen, att belysa behandlingen av re-exportförbud i gemenskapsrätten för att svara på en hypotetisk fråga: Hur hade *Silhouette* avgjorts om det vore det påstådda re-exportförbudet som hade bedömts och inte frågan om varumärkeskonsumtion. Detta blev aldrig prövat av EG-domstolen.

Genom att Rognstad underförstår andra avsikter blir kärnan i hans kommentar inte helt relevant. Hans beskrivningen av konsumtionsprincipens utveckling är i mina ögon inte kontroversiell utan i linje med en tidigare artikel i ämnet.² Återstår, såvitt jag kan bedöma, oenighet på fyra punkter:

1. Jag hävdar att *Javico*³ avviker från det tidigare utslaget i *Rheinzink*⁴ – Rognstad invänder att det senare bara gäller gemenskapsinterna förhållanden;
2. Jag kritiserar *Javico* för en orealistisk inställning till varför företag använder exportklausuler – Rognstad menar att utslaget är nyanserat och förnuftigt;
3. Jag påstår att prisskillnader är parallellimportörens huvudsakliga incitament – Rognstad menar att det finns andra faktorer som påverkar; samt

¹ Lidgard, H.H., Konkurrensrätt och parallellimport – Exportförbudsklausuler, ERT 2000:2 s. 260

² Lidgard, H.H., Regional konsumtion i EU hindrar parallellimport från lågprisländer, ERT 1998 (introduktionsnummer) s. 31.

³ ECJ, Case 306/96, *Javico International and Javico AG v Yves Saint Laurent Parfums SA*, 28 April 1998, [1998] ECR I-1983, [1998] 5 CMLR 172.

⁴ ECJ, Joined cases 29/83 and 30/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA (CRAM) and Rheinzink GmbH v EC Commission*, 28 March 1984, [1984] ECR 1679.

4. Jag vågar mig på ett förslag till handelspolitiskt agerande – Rognstad tycker inte resonemangen håller.

Jag tar frågorna i tur och ordning.

1. KAN MAN DRA PARALLELLER MELLAN RHEINZINK OCH JAVICO?

I *Rheinzink* gällde frågan försäljning till mellanman i EG för vidareexport till tredje land.⁵ Produkterna såldes till lågt pris för att kunna föras ut på den främmande marknaden. Mellanmannen fullföljde inte uppdraget på sätt förespeglats producenten, utan sände produkterna - trots re-exportförbud - i retur till producentlandet. Transaktionerna nådde aldrig utanför gemenskapen och på det sättet är det, som Rognstad framhåller och som framgår av artikeln, en EG-intern fråga.

Rognstad menar att detta utesluter paralleller mellan *Rheinzink* och *Javico*. Men skiljer sig situationen i *Rheinzink* verkligen från förhållandena i *Javico*? Även i det senare fallet är det fråga om en i gemenskapen etablerad mellanman som skulle föra produkterna till tredje land. Avtalet innehöll bestämmelse om förbud mot re-export till gemenskapen. Likväl kom produkterna tillbaka. Hur vet vi inte. Det är inte klarlagt om det var mellanmannen själv som återförde dem eller om det skedde via andra kanaler. I *Silhouette*⁶ var faktiskt situationen snarlik. Produkterna skulle till Bulgarien. *Silhouette* gjorde gällande att re-exportförbud föreskrivits. De skeppades sannolikt till destinationslandet men hamnade ändå i Österrike. Hur vet vi inte. Hartlauer hävdade att de köpts på den österrikiska marknaden. De faktiska omständigheterna blev aldrig utredda.⁷

Det finns enligt min uppfattning goda skäl att diskutera grunderna för att EG-domstolen i *Rheinzink* bestämt och kategoriskt avvisar giltigheten av ett re-exportförbud⁸ men i *Javico* ser samma bestämmelse på rakt motsatt sätt. I bägge

⁵ Joined cases 29/83 and 30/83, *CRAM*, fotnot 4, premiss [27]: ... Schiltz obtained the same sheets from Asturienne and Rheinzink by leading them to believe that the sheets were to be re-exported to the middle east and in particular to Egypt. ...

⁶ ECJ, Case C-355/96, *Silhouette International Schmied GmbH & Co. KG v Hartlauer Handelsgesellschaft mbH*, 16 July 1998, [1998] ECR I-4799*, [1998] 2 CMLR 953.

⁷ Se *Hays, T. & Hansen, P.*, *Silhouette is Not the Proper Case Upon which to Decide the Parallel Importation Question*, [1998] E.I.P.R. 277, som närmare undersökt de faktiska omständigheterna i ärendet. Det faktum att den reella situationen är likartad är intressant. Här uppkommer frågor rörande bevisbördans fördelning som hittills inte kommit till ytan. Kanske kommer EG-domstolens svar i mål C-414/99 *Zino Davidoff SA v. A&G Imports Ltd* ge vägledning i denna viktiga del för konsumtionsproblematiken.

⁸ Joined cases 29/83 and 30/83, *CRAM*, fotnot 4, premiss [28]: In those circumstances, the conclusion cannot be avoided that the export clauses were essentially designed to prevent the re-export

fallen ingick klausulerna i exportavtal – huruvida denna export verkligen kom till stånd borde inte vara avgörande för bedömningen. Avgörande är i stället hur re-exportförbudet i ett exportavtal, aktuellt eller potentiellt, inverkar på gemenskapshandeln.

2. DOMSTOLENS OREALISTISKA INSTÄLLNING TILL RE-EXPORTFÖRBUD I *JAVICO*

I *Javico* ser domstolen således re-exportklausulen i en förklarad dager. Klausulen är en förutsättning för att företag ska kunna exploatera exportmarknader.⁹

Mot detta resonemang invänder jag att re-exportförbudet inte, på det sätt domstolen förefaller göra gällande, har något att göra med *förmågan* att bearbeta nya marknader – däremot påverkas naturligtvis *viljan*. Kunde företagen inte säkra sig mot re-export, hade man sannolikt ofta avstått från att sälja på lågprismarknader.

Re-exportförbudet fyller en funktion – nämligen att säkra att produkten inte finner sin väg tillbaka till gemenskapen. Det är ett konkurrensbegränsande syfte.¹⁰ I detta avseende är det ingen skillnad på bedömningen av re-exportförbud i gemenskapsinterna och gemenskapsexterna avtal. Ett senare led i frågeställningen blir vilken effekt re-exportförbudet har på handeln mellan medlemsstaterna. Svaret beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Min artikel visar t.ex. tydligt att i fall av höga transaktionskostnader (t.ex. transport, tullar och andra hanteringskostnader) för att återföra produkten till gemenskapen, så kan den parallellimporterade produkten inte effektivt priskonkurrera. Re-exportförbudet får då ingen effekt på samhandeln och har kunnat undantas från förbudet i artikel 81.1.

of the goods to the country of production so as to maintain a system of dual prices and restrict competition within the common market.

⁹ Case 306/96, *Javico*, fotnot 4, premiss 19: ... inte tolkas som att de avser att hindra att den produkt som omfattas av avtalet parallellimporteras till och släpps ut på marknaden i gemenskapen, utan som att de avser att 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. ... Premiss 20: ... inte kan anses ha till syfte att på ett märkbart sätt begränsa konkurrensen inom den gemensamma marknaden och inte i sig kan anses påverka handeln mellan medlemsstaterna.

¹⁰ Stöd för denna uppfattning ger bl.a. generaladvokat Tesauros yttrande punkt 10: "(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."

3. PÅSTÅENDET ATT PRISSKILLNADER ÄR PARALLELLIMPORTÖRENS HUVUDSAKLIGA INCITAMENT

Domstolen godtar således i *Javico* i ett första led re-exportförbud, men säger i nästa led att om den relevanta EG-marknaden är oligopolistisk och/eller om stora prisskillnader föreligger mellan exportmarknaden och EG-marknaden, så kan re-exportförbudet vara en otillåten konkurrensbegränsning. Jag spekulerar över om bägge förutsättningarna - oligopolistisk marknad och/eller stora prisskillnader - måste föreligga samtidigt eller om de är alternativa kriterier. Domslutet är inte klart på denna punkt. Rognstad finner resonemangen konstruerade och hävdar att de stora prisskillnaderna bara får effekt på en oligopolistisk marknad. Rognstad förbiser emellertid att effekten behandlas separat från de två kriterierna. Dessa har en självständig betydelse. Stora prisskillnader är tydligt - men vad innebär referensen till oligopolistisk marknad?

Rognstad ifrågasätter också mitt påstående att parallellhandel drivs av prisskillnader. Enligt hans uppfattning uppstår parallellhandel också vid valutakursfluktuationer och som en följd av att parallellimportören har låga omkostnader i sin verksamhet.

Men det är knappast några avgörande argument. Det är likgiltigt om de stora prisskillnaderna beror på producentens diskriminerande prissättning eller uppkommit som resultat av valutakursförändringar. Det avgörande är att det föreligger prisskillnader - inte hur de uppkommit. Betydelsen av det andra argumentet är oklart. Att parallellimportörer opererar med blygsamma marginaler är förutsättningen för att prisskillnaden mellan export- och importlandet ska kunna utnyttjas. Parallellimportörens kostnader, egen vinst och en fördel för konsumenterna ska täckas i prisdifferensen. Är marginalerna mindre blir det ingen parallellhandel, vilket snarast förefaller bekräfta mitt argument.

Det är således normalt bara vid prisskillnad som parallellhandel uppkommer¹¹ och just då kan ett re-exportförbud fylla en funktion för att skydda hemmamarknaden. Kruket är emellertid att även det centrala "*Javico-kriteriet*" är uppfyllt och risk föreligger att klausulen ses som en otillåten och ogiltig konkurrensbegränsning.

¹¹ Det är svårt att se andra skäl för parallellhandel än just prisskillnader. Möjligen kan jag tänka mig att fullsortimentsskäl i vissa situationer. Säljer ett företag t.ex. lågprisparfym kan det kanske vara intressant att ha en märkesvara som lockbete även om den måste säljas med förlust. Kan detaljisten inte komma över produkten i det egna territoriet skulle parallellimport kunna vara en lösning även om prisskillnader inte motiverar importen.

4. JURIDIK ELLER HANDELSPOLITIK?

Rognstads kommentarer är således inte av den arten att de påverkar slutsatsen i min artikel. Hade re-exportförbudet i *Silhouette* blivit föremål för en konkurrensrättslig prövning, förefaller det inte osannolikt att det betraktats som en förbjuden åtgärd.

Slutsatsen blir föremål för två avslutande kommentarer i min artikel. Den ena är att det vore önskvärt att resultatet av en konkurrensrättslig och en varumärkesrättslig bedömning av likartade förhållanden ledde till samma resultat. Relationen mellan de två rättsområdena behöver klargöras.

I ett avslutande avsnitt vågar jag mig på ett recept för de fortsatta handelspolitiska diskussionerna. Det är ingalunda någon huvudtes vilket Rognstad anger, utan ett försök att finna stöd för en kompromisslösning mellan stater som drar åt olika håll i rådsdiskussionerna. Rognstad uttrycker tveksamhet. Min egen förtjusning över att förorda en lösning med re-exportförbud är begränsad, men kan ett sådant förslag innebära att enighet kan nås om tillämplig konsumtionsprincip är priset överkomligt. I en förlängning tror jag att en sådan protektionistisk åtgärd, som det kan riktas olika invändningar mot, skulle rättas till vid det multilaterala förhandlingsbordet.

Idag kan man konstatera att EG-domstolens praxis på konsumtionsområdet befäster den regionala konsumtionsprincipen och att det inte är sannolikt att den intressanta tolkningsfrågan rörande "underförstått samtycke", som aktualiseras i *Davidoff*, kommer att leda till en förändring.¹²

Domstolen överläter ansvaret till lagstiftaren.

Trots stöd från en majoritet av EG:s medlemsstater förefaller inte det svenska initiativet till förändringar av EG:s varumärkesregler att leda till önskat resultat. En parallell förändring av Varumärkesdirektivet och Varumärkesförordningen kräver enhällighet rörande det senare och kommissionen konstaterar i en kommuniké av den 7 juni i år att denna förutsättning inte föreligger.¹³ Fyra medlemsstater motsätter sig en förändring. De värnar om EG-företags möjligheter att sälja på exportmarknader. Kanske hade de kunnat övertygas av ett resonemang om tillåtligheten av effektiva re-exportförbud i internationella avtal. Vi

¹² *Stamatouli, I.A., Torremans, P.L.C.*, International Exhaustion in the European Union in the Light of "Zino Davidoff": Contract Versus Trade Mark Law? IIC 2000 123 – 141 argumenterar för att *Davidoff* ger grund för en kursomläggning. Det känns mindre troligt att det anglosaxiska resonemanget kommer att styra EG-domstolen. Jfr. *Norman, Helen*, Parallel Imports from Non-EEA Member States: The vision remains unclear, [2000] E.I.P.R. 159, s. 169: "It has to be said that the *Davidoff* decision sits uneasily alongside the ruling of the Court in *Sebago*, simply because its effect is to create international exhaustion "by the back door", a result resolutely rejected by both the Advocate General and the Court."

¹³ ³ Communiqué from Commissioner Bolkenstein on the issue of exhaustion of trade mark rights, 7 June 2000, http://europa.eu.int/comm/internal_market/en/intprop/indprop.comexhaust.htm.

Hans Henrik Lidgard

får aldrig veta. Nu förefaller den politiska vägen stängd för en överskådlig framtid.