ZAAK 24-67

Arrest van het Hof van 29 februari 1968 [1]

Samenvatting

1. *Beleid van de E.E.G. — Regels met betrekking tot de mededinging — Afspraken — Verbod — Restrictief karakter*
   (E.E.G.-Verdrag, art. 85, lid 1)

2. *Beleid van de E.E.G. — Regels met betrekking tot de mededinging — Octrooien — De verbodsbepalingen van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag — Deze zijn als zodanig niet toepasselijk op octrooien — Toepassing evenwel mogelijk in geval van misbruik*

3. *Beleid van de E.E.G. — Regels met betrekking tot de mededinging — Octrooien — Het gebruik daarvan — De prijs van het geoctrooieerde produkt — Hogere prijzen dan voor het niet-geoctrooieerde produkt — Dit prijsverschil houdt niet noodzakelijkerwijs misbruik in*
   (E.E.G.-Verdrag, art. 86)

1. Het restrictief karakter van art. 85, lid 1, verzet er zich tegen het daarin vervatte verbod uit te breiden buiten de drie limitatief opgesomde categorieën van afspraken.
2. De door een Lid-Staat aan de octrooihouder verleende rechten worden niet door de verbodsbepalingen van de art. 85, lid 1, en 86 van het Verdrag in hun bestaan geraakt.
   De uitoefening dier rechten kan — bij gebreke van enige overeenkomst, besluit of onderling afgestemde gedraging in de zin van art. 85, lid 1 — niet door die bepaling worden beheerst, noch ook — wanneer ieder misbruik van een machtspositie ontbreekt — door art. 86.
3. De omstandigheid, dat de verkoopprijs van het geoctrooieerde produkt die van een uit een andere Lid-Staat afkomstig, niet-geoctrooieerd voortbrengsel overtreft, levert niet noodzakelijkerwijs een misbruik op.

In de zaak 24-67 :

betreffende het door het Gerechtshof te 's-Gravenhage krachtens artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag tot het Hof van Justi-

1 — Procestaal : Nederlands.

tie gericht verzoek om een prejudiciële beslissing over de interpretatie van artikel 85, lid 1, en 86 van het Verdrag tot oprichting van de E.E.G. — mede in verband met het in de artikelen 36 en 222 bepaalde — voor wat de rechten betreft welke de houder van een in een Lid-Staat verleend octrooi door de rechter kan doen beschermen, in het voor eerstgenoemd gerecht aanhangige geding tussen :

DE AMERIKAANSE VENNOOTSCHAP PARKE, DAVIS AND CO

en

DE VENNOOTSCHAPPEN PROBEL, REESE, BEINTEMA-INTERPHARM EN CENTRAFARM,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt :

R. Lecourt (Rapporteur), President,
A.M. Donner en W. Strauß, Kamerpresidenten,
A. Trabucchi, R. Monaco, Rechters,
Advocaat-Generaal : K. Roemer,
Griffier : A. Van Houtte,

het volgende

ARREST

TEN AANZIEN VAN DE FEITEN EN HET RECHT

I — De aan het geding ten grondslag liggende feiten en het procesverloop

De vennootschap Parke, Davis and Co, gevestigd te Detroit (Verenigde Staten), is houdster van twee Nederlandse octrooien nos. 69.156 (van 17 november 1961) en 70.832 (van 16 augustus 1952) welke onderscheidenlijk

een microbiologische en een chemische bereidingswijze van een antibioticum, genaamd chlooramphenicol, beschermen.

De vennootschappen Probel, Interpharm en Centrafarm hebben, zonder toestemming van Parke, Davis, chlooramphenicol in Nederland in het verkeer gebracht, dan wel doorverkocht en afgeleverd.

Op 15 januari 1958 heeft Parke, Davis de vennootschappen Probel, Interpharm en Centrafarm voor de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam gedagvaard en daarbij geëist, dat zij wegens schending van een octrooi tot schadevergoeding zouden worden veroordeeld met bevel zich van verdere inbreuken te onthouden.

Zij stelde daartoe met name, dat het litigieuze chlooramphenicol volgens een der op haar naam in Nederland geoctrooieerde werkwijzen was vervaardigd en voorts, dat zij niet alleen gerechtigd was daartegen op te komen, doch dat zij daartoe ook gehouden was krachtens de licentie welke zij onder voormelde octrooien aan de „Koninklijke Nederlandse Gist- en Spiritusfabriek N.V." te Delft had verleend.

De drie gedaagden hebben aanvankelijk tegen deze vordering verweer gevoerd op gronden enerzijds aan de feiten en anderzijds aan een interpretatie van Nederlands octrooirecht ontleend.

Eerst in hoger beroep voor het Gerechtshof te 's-Gravenhage heeft Centrafarm gesteld, dat Parke, Davis in strijd handelde met de artikelen 85 en 86 van het E.E.G.-Verdrag door van haar Nederlands octrooi gebruik te maken om de invoer naar Nederland van het in Italië vrijelijk geproduceerde en verkochte chlooramphenicol te beletten. Immers, volgens de Italiaanse octrooiwet kunnen geneesmiddelen, of de werkwijze ter vervaardiging daarvan, niet worden geoctrooieerd; Centrafarm had namelijk beweerd chlooramphenicol te hebben gekocht van Carlo Erba te Milaan.

Bij zijn arrest van 30 juni 1967 heeft het Gerechtshof te 's-Gravenhage, het merendeel der geschilpunten berechtend, in het bijzonder de aan de drie voornoemde vennootschappen verweten gedragingen onrechtmatig geacht en haar op straffe van een dwangsom bevolen zich in het vervolg van inbreuk op beide voornoemde octrooien te onthouden, doch met „uitzondering van uit Italië afkomstige voortbrengselen".

Het Gerechtshof hield de beslissing ten aanzien van deze import uit Italië aan en legde overeenkomstig artikel 177 van het Verdrag de als volgt geformuleerde vragen met betrekking tot de interpretatie van het Verdrag aan het Hof van Justitie voor :

„1. Omvatten de in artikel 85, lid 1, en artikel 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap verboden gedragingen en misbruik, eventueel mede in verband met het in de artikelen 36 en 222 van het Verdrag bepaalde, al of niet het door de houder van een door de autoriteiten van een Lid-Staat verleend octrooi op grond van dit octrooi uitlokken van een rechterlijk gebod na te laten ieder binnen het gebied van deze Lid-Staat in het verkeer brengen, verder verkopen, verhuren, afleveren of voor een of ander in voorraad hebben of gebruiken van een uit het gebied van een andere Lid-Staat afkomstig voortbrengsel, voor de vervaardiging en de verhandelnig van welk voortbrengsel in het gebied van laatstbedoelde Lid-Staat een uitsluitend recht niet wordt verleend?

2. Luidt het antwoord op de eerste vraag anders, indien de prijs, waarvoor de rechtverkrijger van de octrooihouder het door hem verhandelde voortbrengsel in het gebied van de eerstbedoelde Lid-Staat verkrijgbaar stelt, die, welke in dit gebied van de verbruiker wordt verlangd voor het uit het gebied van de andere Lid-Staat afkomstige voortbrengsel, overtreft ?"

Voormeld arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage werd langs de gebruikelijke ambtelijke weg aan het Hof van Justitie toegezonden en op 6 juli 1967 aldaar ter Griffie geregistreerd.

Overeenkomstig artikel 20 van het Statuut van het Hof werden schriftelijke opmerkingen ingezonden door de vennootschappen Parke, Davis and Co (advocaten Mrs. L. D. Pels Rijcken en A. Deringer), Probel en Centrafarm (advocaat Mr. P. H. M. Hoogenbergh), de Commissie (gemachtigde Mr. R. C. Fischer), de Regeringen van de Franse Republiek (gemachtigden : de heren Paris en de Bresson), van het Koninkrijk der Nederlanden en van de Bondsrepubliek Duitsland (gemachtigden Dr. Everling en Dr. Peters).

Ter terechtzitting van 16 januari 1968 werden genoemde vennootschappen, de Commissie, de Regeringen van de Franse Republiek en van de Bondsrepubliek Duitsland in hun mondelinge toelichting gehoord.

De Advocaat-Generaal heeft ter terechtzitting van 7 januari 1968 conclusie genomen;

II — Overzicht van de krachtens artikel 20 van het Statuut van het Hof ingezonden schriftelijke opmerkingen

De vennootschap Parke, Davis and Co behandelt in haar memorie een reeks van gronden.

Betreffende de gevolgen van het ontbreken van octrooien op farmaceutisch gebied in Italië, merkt Parke, Davis op, dat deze bijzondere omstandigheid ten gevolge heeft gehad, dat zich in Italië een geneesmiddelenindustrie heeft ontwikkeld, die zonder noemenswaardig eigen researchwerk kan profiteren van uitvindingen, welke elders in de wereld op farmaceutisch gebied zijn gedaan.

De farmaceutische industrie in Italië draagt niet de aanzienlijke kosten, verbonden aan de ontwikkeling van nieuwe produkten. Zij bepaalt er zich toe kennis te nemen van in andere landen geoctrooieerde en aldaar in octrooiregisters openbaar gemaakte uitvindingen om deze vervolgens zonder vergoeding ongestraft toe te passen en de aldus verkregen produkten vrijelijk in eigen land te verhandelen.

De Westeuropese landen worden overstroomd met deze Italiaanse produkten, „welke in die landen inbreuk maken op aldaar verleende octrooien. De houders dier octrooien worden hierdoor genoodzaakt talrijke inbreukprocedures te voeren om hun rechten tegen deze illegale import te handhaven".

Parke, Davis wijst op de gevolgen van een eventueel bevestigend antwoord op de door het Gerechtshof te 's-Gravenhage gestelde vragen.

De Italiaanse farmaceutische industrie, die reeds ongestraft kan profiteren van uitvindingen welke elders zijn geoctrooieerd, zou dan óók nog een voorsprong verkrijgen in de overige Lid-Staten. Dit zou de normale concurrentieverhoudingen op de markt vervalsen, de octrooien op farmaceutisch gebied in de E.E.G.-landen waardeloos maken en voorts de gemeenschappelijke markt ten aanzien van geneesmiddelen volkomen ontwrichten, hetgeen juist het tegendeel zou zijn van wat het E.E.G.-Verdrag blijkens artikel 2 beoogt namelijk „een harmonische ontwikkeling van de economische activiteit binnen de gehele Gemeenschap".

Aan de hand van een reeks voorbeelden betoogt Parke, Davis, dat de betekenis van de door het Hof van Justitie in deze zaak te geven beslissing niet tot farmaceutische produkten beperkt zou blijven.

In werkelijkheid zal die uitspraak consequenties hebben voor alle takken van handel en industrie.

Bevestigende beantwoording van de door het Haagse Hof gestelde vragen zou een omwenteling in het gehele bedrijfsleven ten gevolge hebben, waarvan de consequenties niet zijn te overzien.

Parke, Davis herinnert voorts aan de discussie waartoe het beperkter gebied der „parallelle octrooien" in de rechtsliteratuur aanleiding heeft gegeven. Hier doet zich de vraag voor „of geoctrooieerde produkten, welke in een land door of met toestemming van de octrooihouder zijn vervaardigd en rechtmatig in het verkeer gebracht, vervolgens zonder toestemming van de octrooihouder in een ander land, waar hem eveneens octrooi is verleend, mogen worden ingevoerd en verhandeld".

Het nationale octrooirecht van verschillende landen, zoals bij voorbeeld Nederland en Duitsland, staat dit niet toe.

Maar het probleem van de parallelle octrooien ligt buiten de vragen welke het Haagse Gerechtshof met betrekking tot artikel 85, lid 1 van het E.E.G.-Verdrag heeft gesteld.

Parke, Davis is van mening dat deze verdragsbepaling op het aan de orde gestelde vraagstuk niet kan worden toegepast, omdat dit probleem niet betrekking heeft op de „overeenkomsten tussen ondernemingen", „besluiten van ondernemersverenigingen", of „onderling afgestemde gedragingen", bedoeld in artikel 85, lid 1.

Het op de gestelde vragen te geven antwoord zou daarentegen gevonden kunnen worden in het licht van artikel 86, geïnterpreteerd in verband met de overige bepalingen van het Verdrag, om aldus de strekking van het verbod van misbruik ener machtspositie te definiëren.

Men dient zich met name af te vragen wat is te verstaan onder „een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan" en onder „misbruik maken van" van zodanige machtspositie.

De machtspositie in de zin van artikel 86 is een economisch begrip.

Om vast te stellen of een onderneming zulk een machtspositie inneemt, moet worden onderzocht of zij op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan niet of nauwelijks bloot staat aan concurrentie en daarom haar condities kan opleggen.

De uitsluitende rechten voortvloeiende uit een octrooi scheppen op zichzelf geen economische machtspositie in de zin van artikel 86.

Eerst wanneer een bepaalde sector van het economische leven uitsluitend of overwegend is aangewezen op de door een octrooi beschermde produkten, zullen de exclusieve rechten van de octrooihouder tevens een economische machtspositie kunnen opleveren.

Van een economische machtspositie kan echter niet gesproken worden, indien naast het door octrooi beschermde produkt andere produkten in de handel zijn, welke een zelfde werking of bestemming hebben en dientengevolge met het beschermde produkt concurreren, hetzij licenties zijn verleend aan verscheidene licentiehouders, die elkander met het beschermde produkt beconcurreren, hetzij een werkwijze is geoctrooieerd en het daarmee verkregen produkt ook volgens een of meer andere werkwijzen kan worden geproduceerd.

De eerste en de laatste der zoëven genoemde situaties doen zich met betrekking tot de onderhavige octrooien voor.

Subsidiair gaat Parke, Davis nader in op het begrip „misbruik" in de zin van artikel 86.

De vier teksten van het Verdrag bezigen in dit opzicht uitdrukkingen met een ongunstige betekenis.

Artikel 86 verbiedt niet het gebruik maken van een economische machtspositie. Eerst indien dit gebruik overgaat in misbruik is er strijd met het Verdrag.

In de aan het Hof voorgelegde vragen gaat het om de handhaving van octrooien door het uitlokken van een rechterlijk verbod, het meest normale middel tot uitoefening van het octrooirecht. Het kan daarom onmogelijk als een „misbruik" worden aangemerkt. Artikel 86 kan daarop dan ook niet toepasselijk zijn.

Dat het Verdrag geenszins de strekking heeft een normale uitoefening van het octrooirecht te verhinderen, kan bovendien worden afgeleid uit artikel 36.

Volgens dit artikel vormen de artikelen 30 tot en met 34 geen beletsel voor beperkingen van invoer, uitvoer en doorvoer, welke voortvloeien uit de bescherming van industriële en commerciële eigendomsrechten.

Naar zijn tekst is het artikel dus niet rechtstreeks toepasselijk op situaties, waarop artikel 86, lid 1, betrekking heeft.

Dit neemt evenwel niet weg, dat daaruit een duidelijke aanwijzing kan worden geput voor het standpunt, hetwelk het Verdrag met betrekking tot het industriële eigendomsrecht inneemt.

Uit artikel 36 — waar uitdrukkelijk wordt verklaard dat het Verdrag de industriële eigendom eerbiedigt — blijkt immers, dat het bestaan van nationale octrooien met de daaraan verbonden territoriale werking voor het gebied waarvoor ze zijn verleend, op zichzelf verenigbaar is met de gemeenschappelijke markt, welke het Verdrag wil verwezenlijken. De noodzakelijke consequentie hiervan is, dat ook de normale uitoefening dier octrooirechten niet onverenigbaar kan zijn met het Verdrag, ook niet met de artikelen 85 en 86.

Deze argumentatie wordt nog versterkt door artikel 222, blijkens hetwelk het Verdrag niet wil ingrijpen in de regeling van het „eigendomsrecht" in de Lid-Staten. Onder dit „eigendomsrecht" is ook het industriële eigendomsrecht begrepen. Ware dit anders, dan zou de verwijzing naar artikel 222 in de rechtsoverwegingen van het arrest-Grundig overbodig en niet ter zake dienende zijn. Uit de verdere inhoud van dat arrest blijkt bovendien, dat iedere uitoefening van rechten van industriële eigendom niet noodzakelijkerwijs met het gemeenschapsrecht verenigbaar is.

Tot het wezen van het octrooirecht behoort, dat de octrooihouder een rechterlijk verbod uit kan lokken, ten einde een hem tijdelijk verleend monopolie te beschermen; zou deze meest normale uitoefening van het recht worden belet, dan zou daardoor het recht zélf worden tenietgedaan en in feite „onteigend".

Parke, Davis wijdt vervolgens enkele beschouwingen aan de Verordening no. 17 en aan de uitlatingen van de Commissie van de E.E.G. met betrekking tot het kartelrecht.

Artikel 4, leden 2 en sub 2, letter b, van deze verordening stelt vrij van aanmelding de overeenkomsten, tussen twee ondernemingen gesloten, welke ten gevolge hebben dat aan de verkrijger of gebruiker van industriële eigendomsrechten zekere beperkingen in de uitoefening daarvan worden opgelegd.

Dit blijkt uit de door de Commissie samengestelde handleiding („guide pratique") op Verordening no. 17, uit de Bekendmaking van de Commissie van 24 december 1962 (Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen van diezelfde dag) en het op 18 januari 1963 aan Mr. Blaisse, Lid van het Europese Parlement, gegeven antwoord (Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen van 26 januari 1963).

Hoewel de aldus gegeven toelichting betrekking heeft op de toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, is zij niettemin eveneens van belang voor de toepassing van artikel 86, daar zij impliceert, dat het bestaan van territoriaal begrensde octrooirechten geenszins in strijd komt met het Verdrag.

Wanneer de verlening van een exclusieve licentie de mededinging niet ongeoorloofd beïnvloedt, valt niet in te zien hoe een normale handhaving van octrooirechten dat wèl zou kunnen doen.

Parke, Davis gewaagt van de motivering van 's Hofs arrest in de gevoegde zaken Grundig-Consten (56 en 58-64) en wijst op de verschillen tussen genoemd geval en het onderhavige.

Parke, Davis ontleent haar recht niet aan enige overeenkomst; bovendien gaat het in het onderhavige geval om octrooien en niet om merken.

Indien men dan ook een geval als het onderhavige in het licht van het Grundig-arrest zou willen onderzoeken, dan dient daarbij te worden bedacht dat het merkenrecht en het octrooirecht naar inhoud en doel verschillen.

Met betrekking tot de tweede aan het Hof gestelde vraag merkt Parke, Davis op, dat het Haagse Hof vermoedelijk aan artikel 86, sub a), van het Verdrag heeft gedacht.

Deze bepaling is echter slechts van toepassing indien een machtspositie bestaat; zulks is hier evenwel niet het geval.

Zelfs indien er van zodanige positie sprake was, dan zou zij „onbillijke" aan- of verkoopprijzen ten gevolge moeten hebben, dat wil zeggen prijzen waarvoor geen redelijke economische rechtvaardiging bestaat. In het onderhavige geval is zodanige rechtvaardiging evident gegeven.

Aan de geoctrooieerde uitvindingen ligt een kostbare researcharbeid ten grondslag; voor deze kosten en voor de introductie van haar produkten bij het publiek besteedt Parke, Davis 35 % van haar omzet. Ten aanzien van de onderhavige octrooien is het wetenschappelijk onderzoek verricht op biologisch, chemisch en therapeutisch gebied, in casu in de researchafdeling van Parke, Davis in samenwerking met laboratoria en wetenschappelijke medewerkers van diverse Amerikaanse universiteiten.

„De Italiaanse industrie, die een nieuw produkt namaakt met toepassing van hetgeen in de octrooiregisters van andere landen omtrent de bereidingswijzen is geopenbaard, kan zich alle genoemde kosten besparen."

Het spreekt dus wel vanzelf — aldus vervolgt Parke, Davis — dat de Italiaanse industrie in staat is het produkt tegen lagere prijzen in Nederland aan te bieden dan voor de licentiehouder bij lonende exploitatie mogelijk is.

Prijsverschillen, als in de tweede vraag van het Gerechtshof te 's-Gravenhage zijn bedoeld, kunnen bovendien ook verband houden met kwaliteitsverschillen of met de voorkeur van het publiek voor een bepaald fabrikaat.

„Het Hof van Justitie zou de tweede vraag derhalve alleen dán bevestigend kunnen beantwoorden, indien het enkele bestaan van prijsverschillen, ongeacht de omvang en oorzaken daarvan, op zichzelf reeds voldoende reden zou zijn om misbruik van een economische machtspositie aan te nemen."

„De consequentie zou dan zijn, dat iëder produkt dat op de gemeenschappelijke markt wordt verhandeld slechts tegen uniforme prijzen verhandeld zou mogen worden. Het spreekt vanzelf dat kwaliteitsverschillen dan tevens vrijwel onbestaanbaar zouden zijn."

De artikelen 100 en 101 van het Verdrag geven de procedure aan welke voor een verdere aanpassing van de nationale octrooiwetgevingen moet worden gevolgd. Zolang deze aanpassing niet op de in het Verdrag voorziene wijze is tot stand gekomen, zal de rechter van de bestaande rechtstoestand moeten uitgaan.

Bij pleidooi heeft Parker, Davis erop gewezen, dat de gestelde vragen binnen het kader van de verwijzingsbeslissing moeten worden beantwoord en daarbij uitsluitend gelet dient te worden op de abstracte hypothese waarvan het onderhavige geval een voorbeeld vormt.

Parke, Davis heeft daarbij nog een beschrijving gegeven van de Nederlandse markt voor geneesmiddelen en er in het bijzonder de aandacht op gevestigd, dat de verpakte farmaceutische produkten in grotere eenheden aan de groothandel worden geleverd, dat zij worden aangeduid met een

zogenaamde „generic name" en niet aan de wettelijke kwaliteitscontrole zijn onderworpen die wél wordt uitgeoefend op de, uiteraard duurdere, merkprodukten.

Het betreft hier een lacune in de Nederlandse wetgeving waarvan ondernemingen als Centrafarm en andere willen profiteren.

De rechtspraak in Nederland beschermt de houders van farmaceutische octrooien tegen namaakprodukten met betrekking waartoe van de faciliteiten, die bedoelde wetgeving biedt, gebruik wordt gemaakt.

Zij die de produkten namaken en de importfirma's welke bij hen betrekken, wensen nu met behulp van het gemeenschapsrecht tegen deze rechtspraak in te gaan.

Wat chlooramphenicol betreft is de kwaliteit van de merktprodukten aanzienlijk beter dan die van de en gros nagemaakte produkten.

Bovendien zijn er antibiotica die op medisch niveau met chlooramphenicol kunnen concurreren.

Parke, Davis heeft er ten slotte op gewezen, dat de octrooiwetgeving, voor wat eventuele belemmeringen van de handel tussen de Lid-Staten betreft, vergelijkbaar is met de in elk land bestaande veiligheidsvoorschriften voor bepaalde preparaten.

De eerbiediging van een dergelijke wetgeving of van zodanige regelingen kan normaliter niet door de regels van de gemeenschappelijke markt worden gefrustreerd.

Het verdragsrecht heeft het beginsel van de territoriale gelding der octrooien niet ontkracht.

De vennootschap onder de firma *Centrafarm* geeft een gedetailleerd overzicht van het Nederlandse en Italiaanse octrooirecht en bespreekt daarbij de precedenten in de gemeenschapsrechtspraak (arresten : Bosch 13-61 van 6 april 1962; Van Gend en Loos 26-62 van 5 februari 1963; Costa 6-64 van 15 juli 1964; L.T.M. 56-65 van 30 juni 1966; Grundig 56 en 58-64 van 13 juli 1966). Deze vijf arresten hebben de strekking van het Verdrag op dit punt verduidelijkt.

Volgens bedoelde rechtspraak is de Gemeenschap een nieuwe rechtsorde met eigen karakter en brengt zij de beperking van de nationale souvereiniteit met zich mede. Het gemeenschapsrecht is dwingend recht in de Lid-Staten en doet rechten voor de particulieren ontstaan. De regels betreffende de mededinging hebben directe werking vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag.

Nationale monopolies van commerciële aard moeten vóór het einde van de overgangsperiode worden aangepast, opdat elke discriminatie tussen de onderdanen van de Lid-Staten ten aanzien van de voorwaarden voor voorziening en afzet zij uitgesloten. Nieuwe commerciële monopolies zijn krachtens artikel 37, lid 2, verboden.

De toepassing van het mededingingsrecht raakt op zichzelf het bestaan of het verwerven van rechten op industriële rechten niet, maar beperkt slechts de uitoefening daarvan.

Blijkens bedoelde rechtspraak brengt het bezitten van een octrooi ongetwijfeld een machtspositie mede, daar op het grondgebied van de staat, die het octrooi heeft verleend, de octrooihouder de enige rechthebbende is.

Dat het octrooirecht aan beperkingen onderhevig kan zijn is op zichzelf niets bijzonders; er bestaan precedenten op dit punt (artikel 5, A, II, van het Unie-Verdrag van Parijs; artikel 34 van de Octrooiwet en artikel 17 van de wet op de Economische Mededinging).

In dit verband is van belang de considerans van de door de Raad der Gemeenschappen gegeven richtlijn betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten (Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen van 9 februari 1965, blz. 369).

Doch in Nederland worden de bepalingen omtrent dwanglicenties niet toegepast en evenmin zijn de wettelijke voorschriften omtrent specialiteiten aan de richtlijn van de Raad aangepast.

In Nederland is de machtspositie van de octrooihouder tot op heden nationaal onbeperkt gebleven.

Volgens Centrafarm verbieden zowel artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag als artikel 1 van Verordening no. 17 het misbruik van een economische machtspositie zonder dat daartoe een voorafgaande beschikking is vereist.

Het beroep op een nationaal octrooi, ten einde aldus de afzet door andere dan de octrooihouder te beletten en de concurrentie van andere handelaren af te grendelen, is strijdig met de geest en de tekst van het Verdrag, hetwelk juist de bestaande afscheidingen niet wenst te handhaven, doch op te heffen.

Zodanig gebruik van een nationaal octrooi valt ongetwijfeld onder artikel 86 van het Verdrag en is dus uit dien hoofde ipso facto verboden.

Van de in artikel 86, lid 2, genoemde voorbeelden is het sub a) genoemde, de prijsbinding, in casu bruikbaar, daar onder onbillijke aankoopprijs moet worden verstaan een prijs, die niet in de juiste verhouding staat tot het geleverde; uit een vergelijking van de prijzen der geoctrooieerde geneesmiddelen met die waarvoor deze artikelen door de groothandel zouden kunnen worden verkocht indien de verkoop ware toegestaan, blijkt dat een bepaald gebruik van het octrooi met dit voorbeeld overeenstemt.

Bovendien kan artikel 86, lid 2, sub b), waar als voorbeeld wordt genoemd het beperken van de produktie, de afzet of de technische ontwikkeling ten nadele van de verbruikers, zien op de handelwijze van de octrooihouder die de verbruiker verhindert een keuze te maken uit andere niet geoctrooieerde geneesmiddelen van dezelfde soort als, en mogelijk van een betere kwaliteit dan het geoctrooieerde geneesmiddel.

Volgens Centrafarm dienen derhalve beide door het Gerechtshof te 's-Gravenhage gestelde vragen bevestigend te worden beantwoord.

De gronden waarop de eerste vraag bevestigend moet worden beantwoord zijn de volgende :

1. het verhinderen van de afzet van het produkt valt onder de omschrijving van het verbod van artikel 86;

2. de afzet van het produkt wordt door het uitlokken van een rechterlijk verbod verhinderd, niettegenstaande het niet octrooieerbaar produkt op één der deelmarkten vrij in het verkeer wordt gebracht;
3. het uitlokken van het rechterlijk verbod op grond van het octrooi is een handeling die de afzet verhindert.

Onderscheid moet worden gemaakt tussen produkten, waarvoor parallelle octrooien bestaan, en produkten die niet octrooieerbaar zijn. Wanneer een geoctrooieerd produkt door de octrooihouder op regelmatige wijze op één der deelmarkten van de Lid-Staten in het verkeer is gebracht, wordt daardoor het produkt „vrij" voor verdere verkoop op die markt, omdat het octrooirecht „geconsumeerd" is.

Het daardoor „vrij" geworden produkt moet volgens de mededingingsregelen van het E.E.G.-Verdrag ook op de andere E.E.G.-markten vrijelijk verhandeld kunnen worden. Door een parallel octrooi in één der andere E.E.G.-landen mag de verkoop van het vrij geworden produkt niet worden belemmerd. Een niet octrooieerbaar produkt is altijd „vrij" geweest, en de verkoop daarvan mag dus om dezelfde reden als boven aangegeven evenmin worden belemmerd.

Ook de tweede vraag moet bevestigend worden beantwoord, immers door de handhaving van het octrooi worden de prijzen onnodig hoog gehouden en steken zij sterk af tegen de redelijke prijzen waarvoor de producenten en handelaren deze, nog met een redelijke winst, kunnen leveren. Dit kan worden aangetoond aan de hand van door specialisten gemaakte prijsvergelijkingen. Ten gevolge van de invoer schijnt de prijs voor 1 000 pillen chlooramphenicol sedert 1957 gedaald zijn van Fl 600 — tot Fl 30 —.

Centrafarm stelt ten slotte, dat het argument van de researchkosten niet beslissend is, daar het de bepalingen van het E.E.G.-Verdrag inzake de mededinging niet op zij kan zetten. De op de gemeenschappelijke markt geldende supranationale regels voor de mededinging moeten zodanig worden toegepast, dat het vrije verkeer van farmaceutische produkten op die markt op geen enkele wijze door middel van octrooien kan worden beperkt.

Bij pleidooi heeft *Centrafarm* gesteld, dat de Italiaanse onderneming Carlo Erba chlooramphenicol produceert in licentie van Parke, Davis. Zij zet voorts uiteen dat de regels voor de mededinging op verschillende terreinen uitzonderingen ondergaan krachtens de gemeenschapsverordeningen zelf.

Daar thans nog een regeling voor de octrooien ontbreekt, gelden de mededingingsregelen van de artikelen 85 en 86 onverkort.

Centrafarm zou dus slechts kunnen worden veroordeeld, indien werd aangetoond dat er, zowel economisch als juridisch gezien, sprake is geweest van misbruik en van een ongunstig beïnvloeden van de handel tussen de Lid-Staten door een verdeling van de markt.

Gezien de huidige organisatie van de markt(en) voor geneesmiddelen in de Gemeenschap en het feit, dat de Lid-Staten de richtlijn van de Raad van 29 januari 1965 niet hebben toegepast, moeten gedragingen als die van Centrafarm volkomen geoorloofd worden geacht.

De vennootschap *Probel* stelt, dat de door haar uit België naar Nederland ingevoerde chlooramphenicol van Italiaanse herkomst was en dat zij deze import in 1958 onder bedreiging van dagvaarding heeft opgegeven.

Zij refereert zich aan 's Hofs oordeel en verzoekt buiten kosten te blijven.

De *Commissie* onderzoekt de strekking van de gestelde vragen en merkt op dat het Gerechtshof te 's-Gravenhage zich tot het volgende punt beperkt: is in casu het uitlokken van een rechterlijk verbod in strijd met artikel 85, lid 1, dan wel met artikel 86 ?

Met name gaat het om de vraag of deze bepalingen voor de rechter het verbod inhouden om zodanig bevel te geven.

Voorwerp der gestelde vragen is derhalve of en in hoeverre in een geval als het onderhavige de artikelen 85 en 86 de rechten van een houder van een krachtens de wetgeving van een Lid-Staat verleend octrooi beperken.

Op grond van algemene beschouwingen met betrekking tot de gestelde vragen komt de Commissie tot het oordeel, dat de verhouding tussen de nationale octrooiwetgevingen enerzijds en de mededingsregelen van de artikelen 85 tot 90 anderzijds, overeenkomstig het Verdrag moet worden bepaald.

Daar het Verdrag deze verhouding niet uitdrukkelijk vastlegt en de artikelen 85 en 86 in al hun onderdelen in iedere Lid-Staat rechtstreeks toepasselijk zijn, moet de nationale rechter „zelf het toepassingsgebied dezer bepalingen tegenover het nationale octrooirecht afbakenen", zulks zonodig op grond van een prejudiciële beslissing van het Hof.

Daar het Gerechtshof te 's-Gravenhage tevens de artikelen 222 en 36 in zijn vragen heeft betrokken, dient op dit punt aansluiting te worden gezocht bij 's Hofs arrest van 13 juli 1966 in de gevoegde zaken 56 en 58-64, hetwelk meer in het bijzonder over het merkenrecht handelt.

Het Hof verklaarde daarin onder meer, dat deze beide bepalingen niet elke invloed van het gemeenschapsrecht op de uitoefening van de nationale rechten van industriële eigendom uitsluiten.

Artikel 36 beperkt slechts het toepassingsgebied der artikelen 30 tot en met 34, niet dat van de mededingingsregels. Overigens blijkt uit deze bepaling, dat het Verdrag erkent, dat de totstandbrenging van de gemeenschappelijke markt de nationale octrooiwetgevingen niet geheel onverlet kan laten.

Weliswaar voorziet dit artikel een uitzondering op de artikelen 30 tot en met 34 voor invoer-, uitvoer- of doorvoerverboden of -beperkingen ter bescherming van de industriële en commerciële eigendom, doch slechts voor zover deze uit dien hoofde „gerechtvaardigd" zijn en „geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten vormen".

Het onder de algemene verdragsbepalingen opgenomen artikel 222 bepaalt slechts, dat het Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten niet aantast.

Het valt te betwijfelen, of deze bepaling eigenlijk wel op de regeling van de industriële en commerciële eigendom toepasselijk is. Zij beoogt vooral tot uitdrukking te brengen, dat het Verdrag de Lid-Staten vrij laat om, onder eerbiediging van hun verdragsverplichtingen, te kiezen tussen een stelsel van privaateigendom of van openbare eigendom.

Zij verbiedt geenszins, dat het gemeenschapsrecht in bepaalde gevallen de uitoefening van de uit de eigendom voortvloeiende rechten beperkt, hetgeen bij voorbeeld kan geschieden bij de toepassing der artikelen 85, 86, 92 en van op grond der artikelen 43 en 75 uitgevaardigde voorschriften.

Indien men echter zou aannemen, dat deze bepaling eveneens op de regeling van de industriële en commerciële eigendom van toepassing is, dan blijft deze regeling onverlet, indien de uitoefening van de uit het octrooi voortvloeiende rechten wordt beperkt zonder het bestaan van dit recht als zodanig op te heffen, zoals het Hof in het bovenvermelde arrest van 13 juli 1966 voor het merkenrecht heeft uitgesproken.

Het Verdrag bepaalt dus niet, dat in geval van conflict tussen de mededingingsregels van de Gemeenschap en het octrooirecht van een Lid-Staat, het laatste voorgaat.

Dat het Gemeenschapsrecht aan de uitoefening van het octrooirecht beperkingen kan opleggen, is overigens geenszins verwonderlijk. Ook in de nationale rechtsorde is het normaal, dat de uitoefening van de rechten en het gebruik van de mogelijkheden, welke de octrooihouder aan zijn octrooi ontleent, worden beperkt door andere regels en in het bijzonder door kartel- en prijsbeschermingsvoorschriften.

Vooropgesteld kan worden, dat voor het octrooirecht hetzelfde beginsel moet gelden, dat het Hof reeds voor het merkenrecht heeft erkend, te weten dat aard en doel van het mededingingsrecht der Gemeenschap niet toelaten, dat de uit enige nationale octrooiwetgeving voortvloeiende rechten misbruikt worden om de doeltreffendheid van het mededingingsrecht der Gemeenschap te schaden (het reeds geciteerde arrest van 13 juli 1966, Jurisprudentie, Deel XII, blz. 520).

Bij de bepaling van de uit dit beginsel voortvloeiende gevolgen moet echter niet uit het oog worden verloren, dat het octrooirecht niet dezelfde taak vervult en niet dezelfde uitwerking op de concurrentievrijheid heeft als het merkenrecht.

Het is daarom noodzakelijk de doelstellingen van het mededingingsrecht van de Gemeenschap en die van het nationale octrooirecht te onderzoeken, alvorens hun verhouding nader te bepalen.

Hieruit kan besloten worden „dat het mededingingsrecht van de Gemeenschap die beperking van de concurrentievrijheid toelaat, welke enerzijds noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het bijzondere doel van het octrooirecht, en anderzijds het uiteindelijke doel van het Verdrag, de schepping van een vrije en gemeenschappelijke markt tussen de Lid-Staten, niet verhindert".

Een conflict tussen het nationale octrooirecht en het mededingingsrecht der Gemeenschap kan zich vooral voordoen, indien de octrooihouder

gebruik maakt van zijn recht elke invoer van het geoctrooieerde produkt uit een andere Lid-Staat te verhinderen.

In dat geval zou het recht niet in overeenstemming met het klassieke doel worden gebruikt — de beloning van de uitvinder en het aanmoedigen van investeringen voor de ontwikkeling van het wetenschappelijk onderzoek — maar daarmede een protectionistisch resultaat worden nagestreefd hetwelk met het „stelsel van vrije en onvervalste mededinging" van de gemeenschappelijke markt in strijd is.

In alle Lid-Staten wordt erkend, zij het op grond van verschillende rechtsconstructies, dat de octrooibescherming eindigt, wanneer het geoctrooieerde produkt rechtmatig in het verkeer is gebracht. Dit rechtsgevolg vindt zijn rechtvaardiging in het feit, dat de octrooihouder voor het in verkeer gebrachte produkt zijn monopoliewinst heeft kunnen behalen (bij licentieverlening ontvangt hij deze in de vorm van een licentievergoeding). Daarmede vervalt dus de reden om de verkrijgers van het produkt in hun concurrentievrijheid te beperken en het produkt verder aan het vrije verkeer op de markt te onttrekken. Bijgevolg beschermt het octrooirecht de octrooihouder en zijn licentiehouder(s) niet tegen de concurrentie van hun afnemers.

Het octrooi is uiteraard beperkt tot het grondgebied van de Lid-Staat die het heeft verleend.

Doch dit territorialiteitsbeginsel — gelijk het in de nationale rechtspraak werd erkend — behoeft in het kader van de gemeenschappelijke markt een zekere aanpassing. Zo kan een bepaald gebruik van parallelle octrooien en de daaruit voortvloeiende afscheiding van bepaalde beschermde markten in strijd zijn met de meest wezenlijke doelstelling van het Verdrag: de totstandbrenging van een vrije en gemeenschappelijke markt tussen de Lid-Staten.

De opheffing van de marktisolering laat het uitsluitend recht van de octrooihouder in elk van de deelmarkten onverlet.

Het mag niet uitgesloten worden geacht, dat de eventueel op de gemeenschappelijke markt gemaakte winst gelijk is aan die welke eerder op de deelmarkten werd behaald.

Het octrooirecht waarborgt geen zekere winst; het biedt slechts een kans op winst.

De marktsituatie wordt in feite door nationale en communautaire maatregelen — zoals bij voorbeeld een verlaging van douanerechten voor substitutieprodukten — zodanig beïnvloed, dat de vroegere monopoliepositie van de octrooi- of licentiehouders in ieder geval een wijziging ondergaat.

Een onderneming, die op grond van parallelle octrooien in verschillende Lid-Staten licenties heeft verleend en die haar rechten uit deze octrooien gebruikt om de handel in de geoctrooieerde produkten tussen de betrokken Lid-Staten te verhinderen, kan inbreuk maken op artikel 85, lid 1.

Hetzelfde geldt, indien de octrooihouder zich jegens zijn licentienemers tot een dergelijk gebruik van het octrooirecht heeft verbonden, of indien deze laatsten zelf het octrooirechtelijk invoerverbod hanteren.

De Commissie betoogt, dat een inbreuk op artikel 86 zich kan voordoen, indien bedoelde onderneming haar parallelle octrooien zelf toepast en een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan heeft. Een octrooi geeft niet per se een dergelijke machtspositie, doch kan die wel geven. Dit hangt onder andere af van de vraag of en in welke mate het geoctrooieerde produkt aan de concurrentie van andere, al dan niet geoctrooieerde, produkten onderhevig is. Of dit geval — van parallelle octrooien — zich voor zal doen kan afhangen van de rechtsbetrekkingen tussen verschillende ondernemingen die eventueel parallelle octrooien bezitten en voorts van de bijzondere omstandigheden op de desbetreffende markt.

De gestelde vragen, welke zien op het geval dat een produkt wordt uitgevoerd uit een Lid-Staat waar geen octrooibescherming wordt verleend naar een Lid-Staat waar dit wel het geval is, raken niet rechtstreeks de gevolgen van parallelle octrooien.

Immers, de octrooibescherming wordt hier niet gebruikt om markten te verdelen en te isoleren waarop reeds octrooibescherming bestaat. Zij vervult hier integendeel haar wezenlijke taak : de octrooihouder de exploitatie van zijn octrooimonopolie te verzekeren door hem in staat te stellen die produkten buiten te sluiten, waarvoor hij geen enkele monopoliewinst heeft kunnen maken, en wel omdat de betrokken Lid-Staat voor het produkt geen octrooi verleent.

In een geval als het onderhavige kan de octrooihouder zonder inbreuk te maken op artikel 85, lid 1, of op artikel 86, zijn octrooirecht gebruiken om de invoer uit de betreffende Lid-Staat te verhinderen.

Dit geldt eveneens voor produkten, afkomstig uit het bedrijf van de octrooihouder of dat van zijn licentiehouders, tenzij laatstgenoemden reeds in een der Lid-Staten voor deze produkten octrooiwinst hebben kunnen behalen.

Dit laatste kan in casu het geval zijn, indien de betrokken produkten tevoren reeds in een der Lid-Staten, waar de octrooihouder ook een octrooi heeft, rechtmatig in het verkeer zijn gebracht.

Op grond van de voorafgaande overwegingen stelt de Commissie voor de beide vragen als volgt te beantwoorden :

„1. a) Artikel 85, lid 1, en artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag verbieden niet, dat de houder van een in een der Lid-Staten verleend octrooi of diens licentiehouder het octrooirecht gebruikt om te verhinderen, dat het geoctrooieerde voortbrengsel of de met toepassing van de geoctrooieerde werkwijze vervaardigde stof in het verkeer wordt gebracht vanuit een Lid-Staat, waar dit voortbrengsel of deze werkwijze niet octrooieerbaar is.

b) Dit geldt echter niet, indien de octrooihouder voor het voortbrengsel of de stof in een der Lid-Staten reeds op enigerlei wijze, al dan niet rechtstreeks, een octrooiwinst heeft kunnen behalen. Dit laatste is in het bijzonder het geval, indien het voortbrengsel of de stof in een der Lid-Staten, waar de octrooihouder voor dit voortbrengsel of voor deze stof een octrooi heeft, rechtmatig in het verkeer is gebracht.

2. De omstandigheid, dat de octrooihouder of diens licentiehouder in de Lid-Staat, waar eerstgenoemde octrooi heeft, het voortbrengsel of de stof verkrijgbaar stelt tegen een hogere prijs dan die waartegen het voortbrengsel of de stof uit de andere Lid-Staat wordt aangeboden, is rechtens niet relevant voor de beantwoording van het in no. 1 behandelde vraagstuk. Wel kan dit prijsverschil van feitelijke betekenis zijn bij het onderzoek naar de vraag, of er overigens sprake is van een mededingingsregeling in de zin van artikel 85, lid 1, of van een machtspositie in de zin van artikel 86. Voorts kan het toepassen van buitensporige prijzen door de octrooihouder of diens licentiehouder, die een machtspositie heeft in de zin van artikel 86, een misbruik opleveren als bedoeld in dit artikel."

Tijdens de mondelinge behandeling heeft de Commissie bij repliek nog verklaard, dat de casus van de parallelle octrooien of van een vergelijkbare situatie denkbaar is, bij voorbeeld wanneer een onderneming als Probel tegen een betere prijs chlooramphenicol heeft gekocht „bij de licentiehouder van Parke, Davis".

De Regering van de Franse Republiek merkt op, dat met de eerste vraag het volgende probleem aan de orde wordt gesteld : kunnen artikel 85, lid 1 en artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag, junctis de artikelen 36 en 222, het recht van de octrooihouder om door de rechter iedere inbreuk op het gebied waar dit octrooi geldt te doen verbieden, nadelig beïnvloeden ?

Met andere woorden, nu deze rechten een wezenlijk bestanddeel vormen van het stelsel tot bescherming van de industriële eigendom gelijk die in de nationale octrooiwetgevingen is geregeld, gaat het hier uiteindelijk om de vraag of deze regelingen zelve met de doelstellingen en bepalingen van het E.E.G.-Verdrag verenigbaar zijn.

De Franse Regering is van oordeel, dat de nationale rechten op bescherming van de industriële eigendom door het Verdrag worden erkend, zowel wat hun beginselen als wat hun uitwerking op het handelsverkeer binnen de Gemeenschap betreft.

Immers, aangaande de algemene beginselen bepaalt artikel 222 van het Verdrag van Rome, dat dit Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet laat.

Daar de industriële eigendom in elk van die staten een bestanddeel vormt van de regeling met betrekking tot de eigendom in het algemeen, houdt dit voorschrift, nu het Verdrag ten deze geen afwijkende bepalingen bevat, de erkenning en de handhaving der nationale wetgevingen op dit stuk in.

De beperkende uitwerking op het verkeer tussen de Lid-Staten en met name de afscheiding der nationale markten — noodzakelijke gevolgen van de nationale rechten van industriële eigendom — zijn in artikel 36 van het Verdrag voorzien en wettig geoordeeld.

In dit verband herinnert de Franse Regering aan de opvatting van de Commissie van de E.E.G., welke het Hof van Justitie in de gevoegde zaken 56 en 58-64 heeft bevestigd.

Het Hof heeft toen slechts veroordeeld „het misbruik van aan het nationale merkenrecht ontleende aanspraken met het oogmerk de werking van het kartelrecht der Gemeenschap te belemmeren" (Jurisprudentie, Deel XII, blz. 453) zonder daarbij het beginsel en de regels „voor de toekenning van die rechten" in twijfel te trekken of zich uit te spreken voor de uitschakeling van de daaruit voortvloeiende „door de staten gegeven verboden" welke in artikel 36 zijn voorzien.

De omstandigheid, dat het onderhavige produkt afkomstig zou zijn uit een Lid-Staat, die op het bijzondere gebied van farmaceutische produkten geen uitsluitend recht op de vervaardiging en afzet toekent, vermag de strekking van het antwoord niet te wijzigen.

Zij heeft slechts tot gevolg dat de produktie en de verkoop op het grondgebied van bedoelde Lid-Staat vrij zijn. Deze vrijheid eindigt bij de grenzen van die staat. Het ontbreken van bescherming op dit bijzondere gebied binnen die Lid-Staat maakt de produktie tegen een geringere prijs mogelijk, maar de invoer van het aldus vervaardigde produkt op het grondgebied van een andere Lid-Staat zou de aldaar geldende bescherming van ieder effect beroven.

De Franse Regering is van oordeel, dat artikel 85 uitsluitend ziet op beperkingen van de mededinging die het gevolg zijn van een contractuele of quasi-contractuele privaatrechtelijke verbintenis tussen meerdere „ondernemingen" welke tot het rechtsgebied van een Lid-Staat der Gemeenschap behoren.

Dit artikel mist derhalve betekenis voor de vraag of nationale rechten van industriële eigendom, ontleend aan van staatswege gegeven bepalingen, alsmede de gevolgen daarvan, met de doelstellingen en de uitdrukkelijke bepalingen van het Verdrag van Rome verenigbaar zijn.

De Franse Regering meent voorts, dat artikel 86, hetwelk misbruik van een machtspositie onverenigbaar acht met de gemeenschappelijke markt, eventueel van toepassing zou kunnen zijn op bevoorrechte en monopolistische posities welke aan octrooihouders door de wetgeving op de industriële eigendom worden toegekend. Doch een zodanige toepassing zou in ieder geval tot de gevolgen van die wetgevingen beperkt blijven.

Voorts dient te worden bedacht, enerzijds, dat in dat geval de in het Verdrag gestelde voorwaarden zijn vervuld, terwijl toch de normale en door het Verdrag erkende gevolgen van de nationale wetgeving op de industriële eigendom juist hierin bestaan, dat de handel tussen de Lid-Staten wordt beperkt en voorts op een belangrijk deel van de gemeenschappelijke markt een machtspositie ontstaat.

Anderzijds moet in zodanig geval een vergelijking tussen situaties van gelijksoortige aard getroffen kunnen worden. Een eventueel misbruik van een bevoorrechte positie, verkregen door de van overheidswege verleende bescherming op het gebied van de industriële eigendom, kan slechts optreden voor zover ten aanzien van het desbetreffende produkt binnen de Gemeenschap meerdere, gelijkelijk beschermde nationale markten op bepaalde identieke punten kunnen worden vergeleken.

De bepalingen van artikel 86, welke overigens slechts zouden mogen worden toegepast om bepaalde gevolgen van de aan octrooihouders toe-

gekende rechten weg te nemen, kunnen evenwel op geen enkele wijze te kort doen aan hun recht om door de rechter iedere inbreuk op het door hun octrooi gedekte grondgebied te doen verbieden.

Ten aanzien van de tweede vraag meent de Franse Regering, dat de enkele vaststelling, dat de door de houder van het octrooi op het beschermde gebied toegepaste prijs hoger is dan die welke op datzelfde grondgebied wordt verlangd door hem die op het octrooi inbreuk maakt en die geen researchwerk behoefde te doen om het octrooi te verkrijgen en evenmin octrooirechten te betalen, voor de gerechtelijke actie wegens het namaken van het beschermde produkt van geen enkel belang is.

Aangenomen al, dat artikel 86 van toepassing is en misbruik van een machtspositie in de zin van dat artikel wordt geconstateerd, blijft het antwoord niettemin gelijk.

In dit geval toch zou het — nog afgezien van de mogelijkheden welke de nationale wetgevingen der staten bieden — de taak van de Lid-Staten en de Commissie zijn (artikelen 88 en 89 van het Verdrag, Verordening no. 17 van 6 februari 1962, in het bijzonder artikel 9, paragraaf 3) om binnen het kader van het Verdrag de nodige maatregelen ter beëindiging van dit misbruik te treffen.

Hieruit zou voor hem die de inbreuk pleegde geen enkel recht voortvloeien, noch ook, voor de houder van het octrooi, enige beperking van zijn recht om de daarop gepleegde inbreuken in rechte te vervolgen.

Bij de mondelinge behandeling heeft de Franse Regering er nog op aangedrongen, dat het Hof de gestelde vragen slechts binnen het kader van de onderhavige zaak zal beantwoorden.

De Regering van het Koninkrijk der Nederlanden vestigt de aandacht van het Hof op enkele bijzondere aspecten van de door het Gerechtshof te 's-Gravenhage voorgelegde vragen.

Voor de bescherming van uitvindingen bestaan in het gebied van de E.E.G. zes nationale octrooiwetgevingen. Dit brengt mede, dat ter verkrijging van de bescherming voor een en dezelfde uitvinding in het gehele gebied van de E.E.G. in elk van de zes landen daarvoor octrooi aangevraagd en verkregen zal moeten worden. Voor een en dezelfde uitvinding kunnen dus zes nationale octrooien verleend worden, die elk voor hun territoir en los van elkaar aan de octrooihouder een uitsluitend recht geven. Dit uitsluitend recht bestaat in beginsel hierin, dat alleen de octrooihouder de uitvinding mag exploiteren, hetgeen in hoofdzaak hierop neerkomt, dat alleen hij het geoctrooieerde voortbrengsel mag vervaardigen of verhandelen, dan wel de geoctrooieerde werkwijze mag toepassen, of het volgens die werkwijze vervaardigd voortbrengsel verhandelen.

De octrooihouder kan dus verbieden dat anderen zonder zijn toestemming het geoctrooieerde voortbrengsel vervaardigen of verhandelen.

Wetgeving en rechtspraak in de zes E.E.G.-landen stemmen verder in zoverre overeen, dat de octrooihouder in dat land, waar hem octrooi is verleend, zijn rechten niet meer kan laten gelden ten opzichte van voortbrengselen, die hij aldaar zelf in het verkeer heeft gebracht of die aldaar in het verkeer zijn gebracht, met zijn toestemming, in licentie.

Deze voortbrengselen zijn dan „rechtmatig in het verkeer gebracht" en „het octrooirecht is te hunnen aanzien verder uitgeput". Een ieder kan deze eenmaal rechtmatig in het verkeer gebrachte voortbrengselen daarna vrij verhandelen.

Dit beginsel van de uitputting van het recht van de octrooihouder vormt een uit de nationale wetgeving voortvloeiende beperking van de toegekende uitsluitende rechten. Deze uitputting van rechten is daarom evenals de rechten zelf in haar werking beperkt tot het territoir waarvoor de uitsluitende rechten zijn verleend.

Deze territoriale begrenzing brengt mede, dat de houder van een octrooi voor een zeker voortbrengsel de import van de geoctrooieerde voortbrengselen uit andere landen kan verhinderen, ook al zijn die voortbrengselen daar door de octrooihouder rechtmatig in het verkeer gebracht.

Hier staan tegenover elkaar het nationale monopolie van de octrooihouder, ontleend aan zijn octrooirecht, en de door de E.E.G. nagestreefde doeleinden, met name dat van een vrije markt, waarop goederen zonder enige belemmering van het ene land naar het andere kunnen worden verhandeld.

Op de volgende drie factoren moet hier worden gelet: het met het octrooirecht nagestreefde doel, dat wil zeggen de bevordering van het wetenschappelijk onderzoek en van de industriële ontwikkeling; het belang van de octrooihouder zelf, dat wil zeggen het waarborgen van de vergoeding die hem toekomt of die hij althans bij overeenkomst heeft kunnen bedingen; en ten slotte het handhaven van de Gemeenschap en van de vrije goederencirculatie. Deze factoren kunnen soms samentreffen, dan wel onderling in strijd geraken al naar gelang van het concrete geval.

Drie categorieën van mogelijkheden kunnen worden onderscheiden.

De meest voorkomende categorie van gevallen is die, waarbij een en dezelfde octrooihouder die in meerdere landen van de E.E.G. voor een uitvinding octrooi heeft, in één van die landen goederen produceert en verhandelt die later in andere E.E.G.-landen worden geïmporteerd. Deze octrooihouder heeft in het eerste land de hem uit hoofde van zijn octrooirecht toekomende vergoeding gehad. De vraag of hij in andere landen nog eens van de hem aldaar krachtens nationaal recht de facto toekomende bescherming moet kunnen profiteren, is een vraag waarvan de beantwoording dan ook niet de grondslag van het octrooirecht raakt: deze beantwoording kan zuiver worden beheerst door de afweging van de doeleinden van de octrooihouder tegen de doelstelling van het E.E.G.-Verdrag.

Volgens de Nederlandse Regering betekent dit overigens nog niet, dat het dan steeds gaat om privé-belang tegen algemeen belang en is het zeker niet uitgesloten, dat de doeleinden van de octrooihouder met het algemeen belang parallel lopen. Hetzelfde geldt voor het geval dat in twee landen de octrooihouders juridisch of economisch gelieerd zijn en wellicht ook voor het geval dat er wel twee verschillende octrooihouders zijn, maar hun octrooien op dezelfde prioriteit berusten en dus dezelfde oorsprong hebben.

Bij de tweede categorie heeft de octrooihouder niet in alle landen van de E.E.G. octrooi verkregen en ziet hij zich geplaatst voor import uit een land waar hij geen octrooi heeft.

Dit zal kunnen voorkomen, indien in dat land voor zijn uitvindingen geen octrooi mogelijk is, of indien hij bij octrooibescherming in dat land geen voldoende belang heeft.

Het staat de concurrerende industrie in dat land waar hij geen uitsluitende rechten heeft uiteraard vrij de betrokken voortbrengselen aldaar te vervaardigen en in het verkeer te brengen : men kan niet ontkennen dat dit in het verkeer brengen in het betreffende land dan niet onrechtmatig is geschied.

Zou men deze „niet-onrechtmatigheid" echter uitbreiden tot het gehele grondgebied van de E.E.G., dat wil zeggen ook tot die landen waar de octrooihouder uitsluitende rechten heeft verkregen, dan tast men de grondslag van het octrooirecht aan en holt dat recht zodanig uit dat aan zijn doelstelling ernstige afbreuk wordt gedaan.

Tot de derde categorie, welke de gevallen omvat als het thans voor het Haagse Gerechtshof in het geding zijnde, behoren de houders van meerdere in de Lid-Staten verleende octrooien, die in een bepaalde Lid-Staat geen octrooi hebben kunnen verkrijgen omdat de wetgeving van die staat geen octrooiverlening voor farmaceutica kent.

Daar de Italiaanse wetgever deze produkten niet door een octrooi heeft willen beschermen, zou aldus een fabrikant, die in Nederland geneesmiddelen of de werkwijze tot vervaardiging daarvan deed octrooieren, zijn uitvinding in Italië niet kunnen beschermen.

Tegen de voorsprong, die de Italiaanse fabrikant van geneesmiddelen in Italië heeft, kan geen bezwaar worden gemaakt, voor zover deze produkten in Italië zijn vervaardigd en de verhandeling daarvan tot dat land beperkt blijft.

Het wordt echter anders, indien farmaceutica uit Italië in een ander land, in casu Nederland, worden ingevoerd in strijd met een in dat laatste land verleend octrooi, waaraan bovendien de kennis, die tot de bereiding in Italië in staat stelde, is ontleend. Indien deze produkten ingevoerd kunnen worden in het land waar het octrooi werd verleend zonder dat de octrooihouder zijn rechten kan uitoefenen, betekent zulks, dat de producent of verkoper van de produkten afkomstig uit het land waar farmaceutica niet worden geoctrooieerd, op de octrooihouder een voorsprong hebben verkregen.

Immers, deze producent of verkoper zou zonder enige vergoeding profijt trekken van de door de octrooihouder verrichte research, hetgeen niet alleen onbillijk zou zijn, doch eveneens zowel de grondslag van het octrooirecht als zijn juiste werking zou aantasten, de verwachtingen, waartoe de uitvinder op grond van de wet gerechtigd is, teleurstellen en stellig niet tot de eerbiediging van die wet door zijn concurrenten bijdragen.

Volgens de Nederlandse Regering kan men zich afvragen, of de bepalingen van het E.E.G.-Verdrag het territoriale karakter van de octrooibescherming in zoverre doorbreken, dat voor de toepassing van de regel inzake

de vrijdom van eenmaal rechtmatig in het verkeer gebrachte goederen het E.E.G.-gebied als één territoir zou moeten worden gezien. Met het antwoord op deze vraag zal in een aantal gevallen de grondslag van het octrooirecht niet wezenlijk gemoeid zijn.

In gevallen als die, waarop het arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage betrekking heeft, namelijk in gevallen dat de octrooihouder in een E.E.G.-land zich geplaatst ziet voor import van het betrokken produkt uit een ander E.E.G.-land waar de octrooibescherming is uitgesloten, zou echter een bevestigende beantwoording van de bedoelde vraag de grondslag van het octrooirecht ernstig aantasten. Zij zou de verlening van het octrooi in die landen waar het wordt beschermd, tot een waardeloze maken met als gevolg dat de industrie voor de betrokken technische gebieden (in casu de farmacie) minder geneigd zou zijn tot kostbare research en eerder zijn toevlucht zou nemen tot andere overigens minder doeltreffende middelen om de hand op de gedane uitvinding te houden en zodoende de gelegenheid te hebben de research en ontwikkelingskosten terug te verdienen.

Het enige in aanmerking komende alternatieve middel is dan het afzien van octrooiaanvrage en het geheim houden van de uit de research voortvloeiende uitvindingen.

Het behoeft wel geen betoog dat de ontwikkeling van de techniek en van de industriële samenwerking op technisch terrein hiermede allerminst gediend zou zijn.

Ten aanzien van de eerste vraag is *de Regering van de Bondsrepubliek Duitsland* van oordeel, dat, voor zover de verwijzende rechter vraagt of artikel 85 zich verzet tegen het geldend maken van de uit het octrooi voortvloeiende rechten, het antwoord zonder meer uit de bewoordingen van dit artikel zelf volgt.

Het eerste lid van dit artikel vooronderstelt namelijk dat het om overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van de ondernemingsverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen gaat. Dit voorschrift kan derhalve slechts toepassing vinden wanneer een vrijwillige samenwerking van minstens twee ondernemingen gegeven is.

Zulks is echter niet het geval wanneer een octrooihouder de aan zijn octrooi verbonden rechten jegens een ander geldend maakt. Dit laatste is veeleer het tegendeel van een vrijwillige samenwerking, namelijk een eenzijdig optreden. Artikel 85, lid 1, is derhalve niet toepasselijk.

Voor de beantwoording van de vraag is voorts de interpretatie van artikel 86 van belang.

Het gaat erom of deze bepaling van toepassing is wanneer een octrooihouder in rechte optreedt tegen de afzet van produkten — afkomstig uit een gebied waar daarvoor geen octrooi kan worden verleend — op het gebied waar die produkten door een octrooi worden beschermd. Ook deze vraag moet ontkennend worden beantwoord en wel op verschillende gronden.

De positie die een octrooihouder krachtens zijn octrooi inneemt mag met een machtspositie niet zonder meer gelijk worden gesteld. Zijn positie

wordt veeleer daardoor gekenmerkt, dat hij alléén gerechtigd is een beschermde uitvinding of werkwijze te exploiteren. Deze rechtspositie van de octrooihouder leert ons niets over de plaats die hij op de markt inneemt. Dit wordt met name duidelijk wanneer men bedenkt, dat er ook octrooien zijn die niet commercieel kunnen worden geëxploiteerd.

Voorts ziet artikel 86 niet op alle handelingen van hem die een machtspositie inneemt, doch slechts op het „gebruik maken" van zodanige positie op de gemeenschappelijke markt of een wezenlijk deel daarvan. Dit betekent dat juist de machtspositie als middel tot het behalen van voordeel aangewend moet worden.

Artikel 86 heeft daarentegen niet het oog op die handelingen van een onderneming die een machtspositie inneemt, welke zonder inzet van deze machtspositie worden verricht en voor welker resultaat deze positie van geen belang is.

De vraag rijst dus, of een bij de rechter op grond van het octrooi ingestelde vordering als het „gebruik maken" van een machtspositie kan worden beschouwd.

In ieder geval is er geen sprake van een „ongeoorloofd" gebruik maken, wanneer de houder van een in een Lid-Staat gegeven octrooi zich met een beroep daarop tot de gewone rechter wendt om een inbreuk op zijn octrooi, in de vorm van invoer van bepaalde produkten, af te weren.

In tegenstelling tot het feitencomplex waarover het Hof van Justitie in zijn arrest van 13 juli 1966 in de zaak 56 en 58-64 moest bevinden, wordt met de onderhavige verbodsactie van de octrooihouder in casu niet beoogd de gemeenschappelijke markt of delen daarvan ten behoeve van een enkele producent in ruimtelijk begrensde afzetgebieden te verdelen.

Blijkens het renvooiarrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage, dient de actie van de octrooihouder er veeleer toe zijn rechten uit het octrooi te handhaven tegenover derden, die in een andere Lid-Staat de in het octrooi omschreven werkwijze ongehinderd mogen toepassen, daar zij in die staat niet gepatenteerd is.

Het gaat derhalve niet om de verdeling en monopolisering van regionale markten in de gemeenschap met behulp van een recht op bescherming van industriële eigendom, doch om de handhaving van een octrooi in een Lid-Staat tegen de invoer van produkten welke onder gebruikmaking van een gepatenteerde werkwijze op een gebied waar ter zake geen octrooibescherming geldt, vervaardigd werden. Dit behoort tot het normale gebruik van een octrooi en kan derhalve op zichzelf niet onbehoorlijk worden geacht.

De uit het territorialiteitsbeginsel voortvloeiende onafhankelijkheid van de nationale octrooirechten en de verschillende omvang van de aan het octrooi geboden bescherming, hebben voorts nog ten gevolge dat ieder octrooi op het rechtsgebied van de staat die het verleende van kracht is, los van de vraag of buiten dit gebied voor dezelfde uitvinding al dan niet octrooi werd verleend.

Zo kan de octrooihouder binnen het rechtsgebied van de staat waar het octrooi werd verleend anderen verbieden de beschermde produkten dan wel

de volgens de beschermde werkwijze vervaardigde voortbrengselen af te zetten, ook wanneer deze produkten buiten die staat rechtmatig werden vervaardigd en in de handel gebracht.

Ten tijde van het sluiten van het E.E.G.-Verdrag waren de regeringen zich van deze vraag bewust en hebben zij in artikel 222 de autonomie der nationale octrooien erkend, althans zolang het octrooirecht in de Gemeenschap nog niet geharmoniseerd is. Bovendien hebben de Lid-Staten in artikel 36 van het Verdrag de uitwerking van deze autonomie op het vrije goederenverkeer binnen de Gemeenschap bewust aanvaard.

Deze stand van zaken was voor de regeringen der Lid-Staten aanleiding om reeds in 1959 met de voorbereiding en het ontwerpen van een uniform Europees octrooirecht aan te vangen.

Hiermede werd beoogd tot een stelsel te geraken hetwelk aan de regels van de gemeenschappelijke markt beantwoordt en waarin tevens een oplossing voor het vraagstuk van de grenzen der octrooibescherming wordt gegeven. Derhalve kan niet van een ongeoorloofd gebruik maken van de eventuele machtspositie welke een octrooihouder op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan inneemt, worden gesproken, wanneer hij in de Lid-Staat die hem het octrooi verleende op grond van dit octrooi verbodsacties instelt om zich te verdedigen tegen een inbreuk op zijn octrooi door de invoer van voortbrengselen uit een andere Lid-Staat.

De tegenovergestelde opvatting zou tot een niet gerechtvaardigde, de concurrentie verstorende, bevoordeling leiden van de ondernemingen die in de Lid-Staten met het laagste octrooiniveau werkzaam zijn. De ondernemingen van die staat zouden de in andere Lid-Staten geoctrooieerde werkwijzen vrij kunnen navolgen en de aldus vervaardigde produkten op de gehele gemeenschappelijke markt afzetten, hetgeen hun, daar zij de kosten aan de ontwikkeling van deze werkwijzen verbonden niet behoeven te dragen, tegen de laagste prijzen mogelijk zou zijn.

De octrooibescherming zou hierdoor binnen de Gemeenschap vrijwel geheel van haar betekenis worden beroofd.

Een ander ongewenst gevolg van de hier verworpen opvatting zou zijn, dat voor iedere uitvinding, ook wanneer zij slechts in één Lid-Staat werd geëxploiteerd, in alle Lid-Staten octrooi zou moeten worden aangevraagd.

Dit zou enerzijds voor de uitvinders aanzienlijke kosten met zich brengen en anderzijds de nationale octrooiraden met een onaanvaardbaar aantal aanmeldingen belasten.

De Duitse Regering merkt met betrekking tot de tweede vraag het volgende op : voor zover het de toepasselijkheid van artikel 85 van het Verdrag betreft, is het van geen belang, dat de met toepassing van een octrooi vervaardigde produkten duurder zijn dan de identieke voortbrengselen, vervaardigd in een land waar geen octrooi behoeft te worden genomen [1].

Voor wat de toepasselijkheid van artikel 86 van het Verdrag aangaat, kan uit het enkele feit dat de prijzen van het geoctrooieerde produkt hoger zijn dan die van identieke voortbrengselen afkomstig uit een land waar geen

1 — Bij beschikking van het Hof van 13 maart 1968 gerectificeerd.

octrooi nodig is, niet worden afgeleid, dat de octrooihouder zijn eventuele machtspositie misbruikt.

Het octrooirecht biedt de octrooihouder de mogelijkheid de hoge kosten welke hij gewoonlijk — met name op farmaceutisch gebied — voor research en verdere verbetering uitgeeft, door een dienovereenkomstige prijsvorming te dekken.

Bovendien verbiedt artikel 86 niet de machtspositie als zodanig doch slechts het ongeoorloofd gebruik daarvan. Het verbod betreft dus niet de op een octrooi berustende machtsposities en laat mitsdien ook de uit het octrooi voortvloeiende verbodsacties onverlet.

Zelfs wanneer een octrooihouder een machtspositie zou gebruiken om kennelijk te hoge prijzen voor geoctrooieerde produkten te verlangen, zijn dus volgens artikel 86 niet het octrooi zelf en de ter bescherming daarvan dienende verbodsacties verboden, doch slechts deze prijzen.

De Bondsregering meent dan ook, dat de vragen van het Gerechtshof te 's-Gravenhage als volgt moeten worden beantwoord :

„— De houder van een in een Lid-Staat verleend octrooi overtreedt noch artikel 85, noch artikel 86 van het Verdrag, wanneer hij op grond van zijn octrooi een rechterlijk verbod verlangt van de invoer van produkten uit een andere Lid-Staat, waarin voor deze voortbrengselen geen exclusief recht wordt gegeven.

— Dit geldt ook dan wanneer de voor de geoctrooieerde produkten verlangde prijzen hoger zijn dan die van de ingevoerde.";

TEN AANZIEN VAN HET RECHT

Overwegende dat het Gerechtshof te 's-Gravenhage bij arrest van 30 juni 1967 — bij het Hof van Justitie binnengekomen op 6 juli — overeenkomstig artikel 177 van het Verdrag tot oprichting van de E.E.G. twee vragen heeft gesteld met betrekking tot de interpretatie van de artikelen 85, lid 1, en 86;

dat blijkens de door het verwijzende gerecht vastgestelde feiten, de bedoelde vragen betrekking hebben op de uitoefening van de rechten, welke de Nederlandse wet verbindt aan een octrooi ter bescherming van een farmaceutisch produkt in Nederland, tegen het aldaar op de markt brengen van een gelijksoortig voortbrengsel, vervaardigd in een andere Lid-Staat, waar farmaceutica niet kunnen worden geoctrooieerd;

dat het Hof bij de eerste vraag wordt uitgenodigd te beslissen, of de in de artikelen 85, lid 1, en 86 verboden gedragingen, eventueel in verband met het in de artikelen 36 en 222 van het Verdrag bepaalde, mede omvatten het feit, dat de houder van een door de autoriteiten van een Lid-Staat verleend octrooi op grond daarvan een rechterlijk gebod uitlokt om na te laten ieder binnen het gebied van deze Lid-Staat in het verkeer brengen van een voortbrengsel, afkomstig uit een Lid-Staat welke voor de vervaardiging en verkoop daarvan geen uitsluitend recht verleent;

dat het verwijzende gerecht bij zijn tweede vraag verzoekt te beslissen, of de toepassing van voornoemde artikelen eventueel kan worden beïnvloed

door de omstandigheid, dat de rechtverkrijger van de octrooihouder het geoctrooieerde produkt aanbiedt tegen een hogere prijs dan die van het soortgelijke, niet-geoctrooieerd en uit een andere Lid-Staat afkomstig voortbrengsel;

Overwegende, dat de nationale voorschriften met betrekking tot de bescherming van de industriële eigendom nog geen voorwerp zijn geweest van unificatie binnen het raam der Gemeenschap;

dat, bij het ontbreken van een zodanige unificatie, het nationaal karakter der bescherming van de industriële eigendom en de verschillen tussen de desbetreffende wetgevingen, belemmeringen op kunnen leveren zowel voor het vrije verkeer der geoctrooieerde voortbrengselen, als voor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt;

dat op het door de bepalingen betreffende het vrije goederenverkeer bestreken gebied de beperkingen van invoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de industriële eigendom, wel worden toegelatn door artikel 36, doch onder het uitdrukkelijke voorbehoud „dat zij geen middel tot willekeurige discriminatie, noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten (mogen) vormen";

dat om soortgelijke redenen de uitoefening van rechten, verbonden aan een overeenkomstig de wetgeving van een Lid-Staat verleend octrooi, op zichzelf geen inbreuk op de door het Verdrag vastgestelde mededingingsregelen vormt;

Overwegende dat blijkens de bewoordingen van artikel 85, lid 1, van het Verdrag als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt zijn verboden „alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen", welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en er toe strekken of ten gevolge hebben, dat de mededinging wordt vervalst;

dat, terwijl uit de algemene aard der gebezigde bewoordingen het oogmerk blijkt om alle in die bepaling omschreven categorieën van afspraken zonder onderscheid te treffen, anderzijds haar restrictief karakter zich er tegen verzet het daarin vervatte verbod uit te breiden buiten de drie limitatief opgesomde categorieën van afspraken;

dat het octrooi, op zichzelf genomen en los van iedere overeenkomst waarvan het voorwerp zij, niet verwant is aan een dezer categorieën, doch zijn grondslag vindt in een van overheidswege toegekende wettelijke status ten aanzien van aan bepaalde criteria beantwoordende produkten, en derhalve niet de in artikel 85 vereiste kenmerken ener overeenkomst of van een onderling beraamde gedraging vertoont;

dat het daarentegen niet uitgesloten is, dat de bepalingen van dit artikel toepassing kunnen vinden wanneer het tussen ondernemingen afgesproken gebruik van een of meer octrooien tot een situatie zou leiden die onder de begrippen overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen in de zin van artikel 85, lid 1, kan vallen;

dat evenwel, ook al werd in de loop der behandeling op de aanwezigheid van een zodanige situatie — welke overigens alleen ter beoordeling van het Gerechtshof te 's-Gravenhage staat — gezinspeeld, noch de gestelde vragen, noch de gedingstukken het Hof veroorloven deze veronderstelling over te nemen;

Overwegende, dat bij artikel 86 van het Verdrag wordt verboden „voor zover de handel tussen de Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed ..., dat een of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan";

dat tot dit verbod derhalve het samentreffen van drie elementen wordt geëist : de aanwezigheid van een machtspositie, het misbruik daarvan en de mogelijkheid, dat de handel tussen de Lid-Staten daardoor ongunstig wordt beïnvloed;

dat, zo het octrooi aan de houder binnen het kader van een bepaalde staat al een bijzondere bescherming verleent, dit nog niet medebrengt, dat met de uitoefening van de aldus toegekende rechten de drie genoemde elementen gegeven zijn;

dat zulks slechts anders zou zijn, indien de exploitatie van het octrooi zou ontaarden in een misbruik van bedoelde bescherming;

dat trouwens op een vergelijkbaar gebied artikel 36, na te hebben gezegd, dat de artikelen 30 tot 34 geen beletsel vormen voor de beperkingen van de invoer of de uitvoer welke met name uit hoofde der bescherming van de industriële en commerciële eigendom gerechtvaardigd zijn, bepaalt — zoals hierboven reeds is vastgesteld — dat deze beperkingen „geen middel tot willekeurige discriminatie, noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten mogen vormen";

dat derhalve, waar het bestaan van een octrooirecht, thans nog, slechts van de nationale wetgeving afhangt, alleen de uitoefening daarvan door het gemeenschapsrecht kan worden beheerst wanneer die uitoefening bijdraagt tot de vorming van een machtspositie welke zodanig wordt misbruikt, dat de handel tussen de Lid-Staten daardoor ongunstig zou kunnen worden beïnvloed;-

Overwegende, dat, hoewel niet kan worden uitgesloten dat de verkoopprijs van het beschermde produkt een element vormt voor de beoordeling van de vraag in hoeverre zich een misbruik voordoet, het feit, dat de prijs van het geoctrooieerde voortbrengsel die van het niet-geoctrooieerde overtreft, niet noodzakelijkerwijs misbruik oplevert;

Overwegende, dat uit al het hierboven overwogene volgt, enerzijds, dat de door een Lid-Staat aan de octrooihouder verleende rechten niet door de verbodsbepalingen van de artikelen 85, lid 1, en 86 in hun bestaan worden geraakt, anderzijds, dat de uitoefening dier rechten op zichzelf — bij gebreke van enige overeenkomst, besluit of onderlinge afgestemde gedraging — niet door artikel 85, lid 1, kan worden beheerst, noch ook — wanneer ieder misbruik van een machtspositie ontbreekt — door artikel 86 en ten slotte, dat de omstandigheid, dat de verkoopprijs van het geoctrooieerde produkt die

van een uit een andere Lid-Staat afkomstig niet-geoctrooieerd voortbrengsel overtreft, niet noodzakelijkerwijs een misbruik oplevert;

Ten aanzien van de kosten

Overwegende dat de kosten van de Commissie van de E.E.G. en van de Regeringen van het Koninkrijk der Nederlanden, van de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek die hun opmerkingen aan het Hof hebben voorgelegd, niet terugvorderbaar zijn;

dat de onderhavige procedure ten aanzien van de partijen ten principale het karakter draagt van een incident in een geding voor het Gerechtshof te 's-Gravenhage en de kostenbeslissing derhalve aan laatstgenoemd gerecht staat;

Gezien de processtukken;

Gehoord het rapport van de Rechter-Rapporteur;

Gehoord de mondelinge opmerkingen van de partijen ten principale, van de Commissie van de E.E.G., de Regeringen van het Koninkrijk der Nederlanden, de Bondsrepubliek Duitsland en de Franse Republiek, die overeenkomstig artikel 20 van het Statuut van het Hof in de onderhavige procedure zijn opgetreden;

Gehoord de conclusie van de Advocaat-Generaal;

Gelet op de artikelen 30 tot 34, 36, 85, 86, 177 en 222 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap;

Gelet op het Protocol betreffende het Hof van Justitie van de Europese Economische Gemeenschap;

Gelet op het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;

verklaart

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende over de prejudiciële vragen welke het Gerechtshof te 's-Gravenhage bij zijn arrest van 30 juni 1967 heeft voorgelegd,

voor recht:

de door een Lid-Staat aan de octrooihouder verleende rechten worden niet door de verbodsbepalingen van de artikelen 85, lid 1, en 86 in hun bestaan geraakt;
de uitoefening dier rechten op zichzelf kan — bij gebreke van enige overeenkomst, besluit of onderling afgestemde gedraging in de zin van artikel 85, lid 1 — niet door laatstgenoemde bepaling worden beheerst, noch ook — wanneer ieder misbruik van een machtspositie ontbreekt — door artikel 86;

de omstandigheid, dat de verkoopprijs van het geoctrooieerde produkt die van een uit een andere Lid-Staat afkomstig, niet-geoctrooieerd voortbrengsel overtreft, levert niet noodzakelijkerwijs een misbruik op;

en verstaat :

de beslissing over de kosten van de onderhavige instantie blijft bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

Aldus gewezen en ondertekend te Luxemburg op negenentwintig februari negentienhonderdachtenzestig.

Lecourt Donner Strauß
Trabucchi Monaco

Uitgesproken ter openbare terechtzitting gehouden te Luxemburg op negenentwintig februari negentienhonderdachtenzestig.

De Griffier,
A. Van Houtte

De President,
R. Lecourt

Conclusie van de Advocaat-Generaal K. Roemer van 7 februari 1968[1]

Mijnheer de President, mijne heren Rechters,

Het door het Gerechtshof te 's-Gravenhage voorgelegde verzoek om een prejudiciële beslissing stelt andermaal het mededingingsrecht der E.E.G. aan de orde. — Wij geven allereerst een overzicht van de feiten in deze zaak, welke, gezien de aard der daarmede opgeworpen rechtsvragen, in brede kring de aandacht heeft getrokken.

De Amerikaanse vennootschap Parke, Davis and Company, gevestigd te Detroit is houdster van twee Nederlandse octrooien tot de (biologische en chemische) vervaardiging van het antibioticum „chlooramphenicol". Zij heeft hiervan aan een te Delft gevestigde Nederlandse firma licenties verleend op grond waarvan zij jegens de licentiehouder verplicht is het octrooi in Nederland te doen beschermen.

1 — Vertaald uit het Duits.