FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT WALTER VAN GERVEN
fremsat den 13. december 1991 *

Hr. præsident,
De herrer dommere,

1. Domstolen skal i de foreliggende sager træffe afgørelse vedrørende spørgsmålet, om nogle bestemmelser i henholdsvis den italienske og den britiske lovgivning om meddelelse af tvangslicenser er forenelige med EØF-Traktatens artikel 30 og 36.

I sag C-235/89 vedrører Kommissionens klagepunkter først og fremmest nogle bestemmelser, i særdeleshed artikel 52, 53 og 54 i kongeligt dekret nr. 1127 af 29. juni 1939 [1], som ændret ved dekret nr. 849 af 26. februar 1968 fra republikkens præsident [2], for så vidt de »hjemler meddelelse af tvangslicens, når indehaveren af et patent på en industriel opfindelse ikke udnytter patentet ved en produktion på det nationale territorium«. Endvidere vedrører Kommissionens klagepunkter artikel 14 i dekret nr. 974 af 12. august 1975 fra republikkens præsident [3], for så vidt de nævnte bestemmelser vedrørende tvangslicenser i forbindelse med patenter på industrielle opfindelser også finder anvendelse på patenter på nye plantesorter.

I sag C-30/90 vedrører Kommissionens klagepunkter nogle bestemmelser, i særdeleshed section 48, stk. 3, i Patents Act 1977, for så vidt de foreskriver, »at der kan meddeles tvangslicens, såfremt et patent ikke udnyttes i rimeligt omfang i Det Forenede Kongerige, eller såfremt efterspørgslen efter det patenterede produkt i Det Forenede Kongerige i det væsentlige dækkes ved import«.

Da genstanden for de to sager i det væsentlige er den samme, og parternes og intervenienternes anbringender og argumenter i vidt omfang er sammenfaldende, er dette forslag til afgørelse fælles for de to sager, selv om Domstolen ikke har forenet dem.

Problemet

2. Vedrørende tvistens retlige baggrund, retsforhandlingernes forløb samt parternes og intervenienternes anbringender og argumenter henviser jeg til retsmøderapporterne. Følgende punkter ønsker jeg dog især at gøre opmærksom på.

Kommissionen har ikke kritiseret tvangslicensbestemmelser generelt. Den er enig i, at medlemsstaterne kan fastsætte bestemmelser, der hjemler meddelelse af en tvangslicens til tredjemand, såfremt den patenterede opfindelse ikke eller ikke i tilstrækkelig grad »anvendes« eller »udnyttes« på det nationale område, i hvert fald såfremt meningen med

* Originalsprog: nederlandsk.
1 — GURI — Lovtidende — nr. 189 af 14.8.1939.
2 — GURI nr. 193 af 31.7.1968.
3 — GURI nr. 109 af 26.4.1976.

disse udtryk er, at det nationale behov for det patentbeskyttede produkt ikke eller ikke i tilstrækkelig grad dækkes ved produktion *eller* import (fra andre medlemsstater). Kommissionen har således udelukkende kritiseret de italienske eller britiske lovbestemmelser, for så vidt de ikke anerkender, at opfyldelsen af den indenlandske efterspørgsel ved hjælp af import af produkter fra andre medlemsstater kan betegnes som »anvendelse« eller »udnyttelse« af opfindelsen; eller sagt på en anden måde: for så vidt disse bestemmelser har til følge, at patenthaveren kun kan undgå, at der meddeles tvangslicens til en tredjemand, såfremt det patentbeskyttede produkt fremstilles på den patentudstedende medlemsstats territorium.

der er fremsat begæring om sådanne licenser, i tilstrækkelig mængde til at tilfredsstille behovet på vedkommende stats område. Denne bestemmelse finder ikke anvendelse på tvangslicenser, som meddeles i almenhedens interesse.«

Ifølge artikel 77 i EF-patentkonventionen finder den netop citerede artikel 46 ligeledes anvendelse på meddelelse af tvangslicenser på grund af manglende eller utilstrækkelig udnyttelse af et *nationalt* patent.

3. Kommissionens standpunkt i de foreliggende sager er i overensstemmelse med bestemmelserne i EF-patentkonventionen [4]. Med hensyn til meddelelse af tvangslicenser vedrørende et *EF*-patent bestemmer artikel 46 i denne konvention følgende:

»Tvangslicenser i anledning af manglende eller utilstrækkelig udøvelse kan ikke meddeles med hensyn til EF-patenter, hvis det af patentet omfattede produkt, fremstillet i en kontraherende stat, bliver bragt i omsætning i en anden kontraherende stat, for hvilken

EF-patentkonventionen er endnu ikke trådt i kraft. Endvidere giver artikel 83 i denne konvention signatarstaterne mulighed for at erklære, at artikel 46 og 77 ikke finder anvendelse inden for deres område på EF-patenter eller på europæiske patenter meddelt for, eller på nationale patenter meddelt af den pågældende stat [5]. Dette forbehold kan højst have virkning indtil det tiende år, efter at aftalen om EF-patenter (som EF-patentkonventionen er knyttet til som bilag) er trådt i kraft, og dette tidsrum kan af Rådet højst forlænges med fem år. Det bortfalder dog, så snart fælles bestemmelser om meddelelse af tvangslicenser er trådt i kraft. I forbindelse med undertegnelsen af ovennævnte aftale har medlemsstaternes regeringer nemlig godkendt en resolution, hvori de har besluttet hurtigst muligt, efter at aftalen er trådt i kraft, at træffe foranstaltninger med henblik på at supplere aftalen med så-

4 — Konvention om det europæiske patent for fællesmarkedet, der foreligger som bilag til aftalen om EF-patenter, indgået i Luxembourg den 15.12.1989 (EFT 1989 L 401, s. 1). Af korthedshensyn henviser jeg i dette forslag kun til bestemmelserne i denne konvention og ikke til de enslydende, men anderledes nummererede bestemmelser i den den 15.12.1975 i Luxembourg undertegnede konvention om det europæiske patent for fællesmarkedet (Fællesskabets patentkonvention) (EFT 1976 L 17, s. 1). Når ovennævnte aftale af 15.12.1989 træder i kraft, træder den i stedet for sidstnævnte konvention, som selv aldrig er trådt i kraft, da den ikke er blevet ratificeret af alle medlemsstater.

5 — Ved europæiske patenter, der er meddelt for en kontraherende stat, forstås patenter, der er meddelt på grundlag af en enkelt patentansøgning for alle eller nogle kontraherende stater eller for en enkelt af disse stater i henhold til konventionen om meddelelse af europæiske patenter, undertegnet i München den 5.10.1973 og trådt i kraft den 7.10.1977.

danne fælles bestemmelser om meddelelse af tvangslicenser [6].

De omtvistede bestemmelser omfattes af forbuddet i EØF-Traktatens artikel 30

4. Jeg er enig med Kommissionen i, at de omtvistede bestemmelser udgør foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner, for så vidt de hjemler meddelelse af en tvangslicens, når det indenlandske behov ikke dækkes eller ikke i tilstrækkelig grad dækkes ved hjælp af produkter fremstillet på det nationale område. Sådanne bestemmelser er diskriminerende i forhold til produkter, der importeres fra andre medlemsstater, idet de behandler importører dårligere end producenter på eget område. Denne opfattelse af forholdet finder støtte i Domstolens retspraksis, jf. dommen i sagen Allen & Hanburys [7].

De stillede præjudicielle spørgsmål for Domstolen i den nævnte sag udsprang af en tvist mellem indehaveren af et britisk patent på et farmaceutisk produkt, som var forsynet med påtegningen »licensberedskab«, og et selskab, der ikke havde opnået en beredskabslicens, men ønskede at importere samme produkt i Det Forenede Kongerige, som var fremstillet i Italien af en virksomhed, der ikke havde nogen økonomisk eller kontraktmæssig tilknytning til den britiske patenthaver.

Ifølge bestemmelserne i Patents Act 1977, især section 46, medførte påtegningen »licensberedskab«, at enhver når som helst kunne gøre krav på en licens på patentet, på betingelser, der enten blev fastsat ved aftale eller — i mangel af aftale — af »Comptroller General of Patents«. En af disse betingelser kunne være, at licenstager ikke måtte importere det patenterede produkt. En virksomhed, der importerede produktet i Storbritannien, kunne derfor ikke være sikker på at få en licens, hvorimod en producent, der var etableret i Storbritannien, havde denne sikkerhed. Endvidere kunne der i patentkrænkelsessager ikke af retten gives påbud eller nedlægges forbud mod den, der uden tilladelse fra patenthaveren fremstillede produktet indenlands, såfremt han erklærede sig villig til at få meddelt licens under de ovennævnte betingelser, mens der derimod godt kunne gives påbud eller nedlægges forbud over for den, der krænkede patentet, og som importerede produktet fra en anden medlemsstat. Endelig måtte den erstatning, som en virksomhed, der uden tilladelse fra patenthaveren fremstillede produktet på nationalt område, kunne idømmes, ikke være mere end det dobbelte af det beløb, som virksomheden skulle have betalt som licenstager, hvorimod dette maksimum ikke gjaldt for en virksomhed, der krænkede eneretten ved at importere.

5. Domstolens svar på de præjudicielle spørgsmål, den fik forelagt i Allen & Hanburys, viser klart, at Domstolen anser disse bestemmelser for diskriminerende i forhold til importerede produkter, og at den derfor finder, at de under alle omstændigheder er forbudt efter EØF-Traktatens artikel 30. Dette er så indlysende, at Domstolen knap nok anser det for nødvendigt at begrunde det, men tværtimod, i svaret på det første

6 — Se EFT 1989 L 401, s. 58.

7 — Dom af 3.3.1988 (sag 434/85, Sml. s. 1245).

præjudicielle spørgsmål, straks undersøger, om de fastsatte diskriminerende bestemmelser kan begrundes i henhold til EØF-Traktatens artikel 36, hvorved Domstolen (i præmis 22) kommer til den konklusion, at

»såfremt der under de af den nationale ret beskrevne omstændigheder nedlægges et forbud over for en importør, der krænker patentet, er dette en vilkårlig forskelsbehandling, som Traktatens artikel 36 forbyder, og forbuddet vil ikke kunne anses for begrundet i hensynet til at beskytte den industrielle og kommercielle ejendomsret.«

At Domstolen anser ovennævnte bestemmelser for diskriminerende fremgår ligeledes af svaret på det fjerde spørgsmål, i forbindelse med hvilket den ved undersøgelsen af, om de nationale bestemmelser kan begrundes med tvingende hensyn til forbrugerbeskyttelse og god handelsskik, anfører (i præmis 34), at

»den nationale lovgivning om licensberedskab ikke gælder uden forskel for indenlandske producenter og importører.«

På grundlag af denne konstatering konkluderede Domstolen under henvisning til dommen Kommissionen mod Irland [8], at der ikke kunne være tale om, at de nationale bestemmelser, der var fundet diskriminerende, var begrundede ud fra tvingende hensyn.

8 — Dom af 17.6.1981 (sag 113/80, Sml. s. 1625).

6. Bestemmelserne i de foreliggende sager er naturligvis forskellige fra dem, der blev undersøgt af Domstolen i Allen & Hanburys-dommen. I den sag drejede det sig om beredskabslicenser, som enhver kan gøre krav på, såfremt visse betingelser er opfyldt, herunder eventuelt forpligtelsen til at producere på nationalt område; her drejer det sig derimod om »tvangslicenser«, der ved en utilstrækkelig indenlandsk produktion af det beskyttede produkt kan meddeles virksomheder, der er villige til at fremstille produktet i den pågældende medlemsstat. I Allen & Hanburys var de pågældende nationale bestemmelser til skade for virksomheder, der ønskede at opnå en licens til import af det patenterede produkt, og for virksomheder, der krænkede patentet ved import fra udlandet; i de foreliggende sager drejer det sig om nationale bestemmelser, der rammer patenthaveren, der har parallelle patenter i forskellige medlemsstater, og som fra den medlemsstat, hvor han fremstiller produktet, eksporterer produktet til den pågældende medlemsstat.

Efter min mening står det uanset disse forskelle fast, at det i alle disse sager drejer sig om nationale bestemmelser, der gør det umuligt eller vanskeligere for virksomhederne at importere produkter fra en medlemsstat til en anden medlemsstat, eller som forringer deres retsstilling i den pågældende medlemsstat i sammenligning med virksomheder, der er villige til at fremstille det patentbeskyttede produkt på nationalt område.

7. I Allen & Hanburys har Domstolen klart fastslået, at nationale bestemmelser, som stiller importører af produkter ringere for at

fremme den indenlandske produktion, er i strid med EØF-Traktatens artikel 30 og 36. Også de foreliggende bestemmelser har til formål, hvilket anerkendes af Italien[9] og Det Forenede Kongerige[10], at tilskynde virksomheder (i dette tilfælde patenthaver selv) til at producere eller få andre til at producere det patenterede produkt på den medlemsstats område, hvor disse bestemmelser findes, i stedet for at importere det fra andre medlemsstater, således at den medlemsstat, der har disse bestemmelser, får den størst mulige fordel af patentmeddelelsen for så vidt angår investeringer og beskæftigelse.

Kendetegnende for de foreliggende bestemmelser er endvidere, at de svækker retsstillingen for patenthaveren, som forsyner markedet i den pågældende medlemsstat med importerede produkter i stedet for med lokalt fremstillede. En patenthaver, der importerer produkter, får nemlig sine rettigheder væsentligt beskåret, eftersom han, når det pålægges ham at meddele tvangslicens, kun kan gøre krav på en rimelig godtgørelse. Som Domstolen har fastslået i Volvo-sagen[11] i forbindelse med en anden industriel ejendomsret (i sagen drejede det sig om en mønsterret), selv om det var i en anden sammenhæng end i denne vedrørende tvangslicens, fratages indehaveren af en eneret det, som er denne rettigheds egentlige indhold, når han forpligtes til at give andre licens, selv mod betaling af en rimelig licensafgift. Rettighedens egentlige indhold består jo i at hindre tredjemand i uden hans samtykke at fremstille, sælge eller importere produkter, der er omfattet af eneretten (præmis 8).

9 — Se især s. 8 i notatet fra Ministeriet for Industri, Handel og Håndværk, der er vedlagt som bilag til svaret fra Italiens Faste Repræsentation på Kommissionens åbningsskrivelse.

10 — Se især punkt 7.2 i svarskriftet.

11 — Dom af 5.10.1988 (sag 238/87, Volvo, Sml. s. 6211).

En sådan sanktion over for patenthaveren, der ønsker at forsyne det pågældende marked ved import fra en anden medlemsstat, sammenlignet med en patenthaver, som vil gøre det ved fremstilling af produkterne på dette marked, indeholder en mindst lige så alvorlig diskrimination af importen som den, der var tale om i Allen & Hanburys. De foreliggende nationale bestemmelser kan derfor i lige så høj grad betegnes som foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner, der er forbudt i henhold til EØF-Traktatens artikel 30; og de kan, som det vil fremgå af det følgende, ikke begrundes i henhold til EØF-Traktatens artikel 36, og de falder heller ikke af andre grunde uden for anvendelsesområdet for artikel 30.

Afvisning af de sagsøgtes anbringender

1. *De omstridte bestemmelser skal henhøre under medlemsstaternes enekompetence*

8. Italien og Det Forenede Kongerige, støttet af Spanien og Portugal, har gjort gældende, at reglerne vedrørende meddelelse af tvangslicenser henhører under medlemsstaternes enekompetence. Sådanne bestemmelser skulle derfor ikke være omfattet af forbuddet i EØF-Traktatens artikel 30.

I modsætning til Italien behandler Det Forenede Kongerige dette anbringende nærmere under henvisning til EØF-Traktatens artikel 222 og Domstolens praksis. Det går ud fra den antagelse, at de betingelser, under hvilke en tvangslicens kan meddeles, er et led i den i EØF-Traktatens artikel 222

omhandlede ejendomsretlige ordning. Det har i den forbindelse påberåbt sig præmis 7 i Centrafarm-dommen [12], hvori Domstolen udtalte, at

»Traktaten ganske vist ikke berører industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder, som er anerkendt af en medlemsstats lovgivning, men at udøvelsen af disse rettigheder ikke desto mindre efter omstændighederne kan rammes af Traktatens forbud«

og ligeledes den præmis, der forekommer igen og igen i Domstolens praksis:

»på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin, og da der ikke er tilvejebragt ensartethed inden for Fællesskabets rammer eller sket en tilnærmelse af lovgivningerne, henhører fastsættelsen af betingelserne for og de nærmere regler om beskyttelse... under national regulering« [13].

Det Forenede Kongerige har anført, at patenthaverens eneret til at fremstille det patenterede produkt på indenlandsk område er uløseligt forbundet med forpligtelsen til at producere dette produkt på indenlandsk område. Ligesom forpligtelsen til at betale en afgift for det meddelte patent må også denne forpligtelse anses for at være en »betingelse, hvorunder der meddeles beskyttelse« og derfor udgøre en del af en (industriel) ejendomsretlig ordning i henhold til EØF-Traktatens artikel 222.

9. Dette anbringende støttes på den antagelse, at en ordning, der er omfattet af anvendelsesområdet for EØF-Traktatens artikel 222, efter sin art ikke kan erklæres uforenelig med bestemmelserne vedrørende de frie varebevægelser. Det er en forkert antagelse, som det vil fremgå af det følgende.

I henhold til EØF-Traktatens artikel 222 berøres »de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne... ikke af denne Traktat«. Domstolen har kun i nogle få domme udtalt sig om rækkevidden af denne bestemmelse. I de fleste tilfælde, således i dommen for nylig af 21. marts 1991, Italien mod Kommissionen [14], har der været tale om at tage stilling til det anbringende, at offentlige virksomheder og private virksomheder skal behandles ens. En dom, nemlig Fearon-dommen [15], forekommer mig dog at være særlig relevant for bedømmelsen af det Det Forenede Kongeriges anbringende.

I Fearon-sagen drejede det sig nemlig om at få fastslået, om det i henhold til den i EØF-Traktatens artikel 52 omhandlede etableringsret er forbudt en medlemsstat at gøre udøvelsen af en offentlig myndigheds ret til at ekspropriere landbrugsarealer betinget af, at deltagerne i en juridisk person, der er ejer af arealerne, i en vis periode ikke har boet på eller i nærheden af de arealer, der skal eksproprieres. I denne sag havde Kommissionen gjort gældende, at en ekspropriationsordning udgør en del af den ejendomsretlige ordning, og at EØF-Traktatens artikel 222 i sig selv gav tilstrækkeligt grundlag for at besvare spørgsmålet benægtende, da en sådan ejendomsretlig ordning i henhold til nævnte artikel ikke berøres af Traktaten (i dette tilfælde artikel 52). Domstolen ac-

12 — Dom af 31.10.1974 (sag 15/74, Sml. s. 1147).

13 — Præmis 12 i dom af 30.6.1988 i sag 35/87, Thetford, Sml. s. 3585. Det Forenede Kongerige har henvist til yderligere to andre domme: dom af 14.9.1982 (sag 144/81, Keurkoop, Sml. s. 2853) og af 24.1.1989 (sag 341/87, EMI Electrola, Sml. s. 79).

14 — Sag C-305/89, Sml. I, s. 1603.

15 — Dom af 6.11.1984 (sag 182/83, Sml. s. 3677).

cepterede ikke denne opfattelse og udtalte i præmis 7:

»Selv om Traktatens artikel 222 ikke griber ind i medlemsstaternes ret til at indføre en ordning, hvorefter offentlige myndigheder kan ekspropriere, er en sådan ordning imidlertid omfattet af det grundlæggende princip om forbud mod forskelsbehandling, der ligger til grund for Traktatens kapitel om etableringsretten.«

Hvad Domstolen har udtalt i Fearon-sagen med hensyn til den frie etableringsret gælder i lige så høj grad med hensyn til de frie varebevægelser. Med andre ord, selv om EØF-Traktatens artikel 222 ikke berører en medlemsstats beføjelse til at regulere ejendomsretten inden for sit eget territorium, skal medlemsstaten alligevel sørge for, at de bestemmelser, der fastsættes på grundlag af denne beføjelse, ikke kommer i strid med traktatbestemmelserne vedrørende de frie varebevægelser og i særdeleshed ikke er i strid med det grundlæggende princip om forbud mod forskelsbehandling (selv om ikke-diskriminerende handelsrestriktioner også er omfattet af forbuddet i EØF-Traktatens artikel 30). Mere generelt kan det i øvrigt anføres, at en medlemsstat ved udøvelsen af de beføjelser, som den stadig har, ikke ensidigt må træffe foranstaltninger, som Traktaten forbyder [16].

Det anbringende, at en ordning, som EØF-Traktatens artikel 222 finder anvendelse på, allerede dermed er forenelig med bestemmelserne vedrørende de frie varebevægelser, kan derfor ikke accepteres. Om en national foranstaltning, der er led i en ejendomsretlig ordning som omhandlet i EØF-Traktatens artikel 222 — i dette tilfælde, som det er gjort gældende af Det Forenede Kongerige, forpligtelsen til at producere et patentbeskyttet produkt på indenlandsk område — er forenelig med ovennævnte traktatbestemmelser, skal derfor undersøges separat for hver enkelt konkret national foranstaltning. Af den ovenfor (punkt 4-7) gennemførte undersøgelse fremgår, at den omhandlede forpligtelse klart er i strid med EØF-Traktatens artikel 30.

2. *De omtvistede bestemmelser skal ikke have nogen importbegrænsende virkning og anvendes næsten ikke*

10. Italien og Det Forenede Kongerige, støttet af Spanien og Portugal, har anført, at meddelelse af en tvangslicens ikke udelukker import af det patentbeskyttede produkt. Italien har herved anført, at foranstaltningen udelukkende har til følge, at patenthaveren mister sin eneret på det indenlandske marked og på dette marked må tåle konkurrence fra de af tvangslicenshaveren fremstillede produkter.

Som det er udtrykt i Dassonville-dommen [17] må enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, der direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt kan hindre samhandelen i Fællesskabet, betragtes som en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner. Dette omfatter selvfølgelig bestemmelser, der diskriminerer over for importen af produkter fra

16 — Jf. dom af 4.10.1991 i sag C-246/89, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 4585, præmis 12, om medlemsstaternes beføjelser vedrørende indregistrering af skibe. Se tillige dom af 7.6.1988, sag 57/86, Grækenland mod Kommissionen, Sml. s. 2855, præmis 9, og af 21.6.1988, sag 127/87, Kommissionen mod Grækenland, Sml. s. 3333, præmis 7, vedrørende medlemsstaternes beføjelser på det monetære område.

17 — Dom af 11.7.1974 (sag 8/74, Sml. s. 837).

andre medlemsstater i sammenligning med nationale produkter.

Det er klart, at meddelelsen af en tvangslicens til en national producent i hvert fald vil mindske importen af det pågældende produkt fra andre medlemsstater, især fra den medlemsstat, hvori patenthaveren fremstiller det patentbeskyttede produkt. En national forskrift, der hjemler en sådan tvangslicens, vil derfor i sagens natur hindre handelen mellem medlemsstaterne, når der på grundlag deraf meddeles en national producent en licens. Men selv om der (endnu) ikke er meddelt nogen tvangslicens, kan alene muligheden for, at en tredjemand kan få tildelt en tvangslicens, allerede anspore patenthaveren til *enten* selv at fremstille det pågældende produkt i den medlemsstat, der har de omhandlede bestemmelser, og i den forbindelse opgive et produktionssted i en anden medlemsstat, som af økonomiske grunde ellers ville have været foretrukket, *eller* meddele en tredjemand en fabrikationslicens — eventuelt en tredjemand, der allerede har ansøgt om, men endnu ikke fået, en tvangslicens — på kontraktmæssige betingelser, som patenthaveren ikke ville have accepteret uden trussel om en eventuel tvangslicens.

I disse sidstnævnte situationer medfører de pågældende nationale bestemmelser, at markedet i den medlemsstat, hvor bestemmelserne findes, ikke længere forsynes med importerede, men med indenlandske produkter, og de fører til en hindring af den frie samhandel inden for Fællesskabet. Kommissionen har i den forbindelse med rette anført, at Domstolen i »Buy Irish«-dommen [18] har anset et program fra de irske myndigheder for at være i strid med EØF-Traktatens artikel 30, da det »har til formål at begrænse samhandelen inden for Fællesskabet ved at fremme omsætningen af indenlandske produkter gennem en landsomfattende reklamekampagne« (præmis 29). Også de omtvistede bestemmelser tjener til at begunstige den indenlandske produktion på bekostning af importen fra andre medlemsstater.

11. På grundlag af det anførte kan man også afvise Det Forenede Kongeriges anbringende, som støttes af Spanien, om, at tvangslicenser kun meget sjældent meddeles. Først og fremmest skal jeg generelt henvise til, at det forhold, at nationale bestemmelser i praksis kun sjældent finder anvendelse, ifølge Domstolen ikke er tilstrækkeligt til at bringe overtrædelsen af fællesskabsretten til ophør [19]. Hertil kommer, at selv om tvangslicenser kun sjældent eller ikke anvendes, gælder det stadigvæk, som anført ovenfor, at nationale bestemmelser, der hjemler en tvangslicens, kan hindre varehandelen mellem medlemsstaterne, idet de kan tilskynde patenthaveren til selv at oprette en produktionsenhed i den lovgivende medlemsstat eller meddele tredjemand en licens på betingelser, som patenthaveren uden disse bestemmelser ikke ville have accepteret.

3. *De omtvistede bestemmelser skal være begrundet i EØF-Traktatens artikel 36*

12. For det tilfælde, at Domstolen finder, at de britiske bestemmelser omfattes af EØF-Traktatens artikel 30, har Det Forenede

18 — Dom af 24.11.1982 (sag 249/81, Kommissionen mod Irland, Sml. s. 4005).

19 — Dom af 7.2.1984 (sag 166/82, Kommissionen mod Italien, Sml. s. 459, præmis 24).

Kongerige gjort gældende, at bestemmelserne er begrundede med henblik på beskyttelsen af den industrielle og kommercielle ejendomsret.

Det fremgår af Domstolens faste praksis (senest i CNL-SUCAL-dommen, præmis 12)[20], at

»... artikel 36 kun [tillader], at det grundlæggende princip om de frie varebevægelser inden for det fælles marked fraviges i det omfang, dette er begrundet i hensynet til beskyttelsen af de rettigheder, som udgør den særlige genstand for den pågældende industrielle og kommercielle ejendomsret.«

Ifølge Domstolens lige så faste praksis (senest i præmis 11 i Allen & Hanburys-dommen[21], med henvisning til Merck-dommen[22]) omfatter patentets særlige genstand

»at patenthaveren har eneret til at udnytte en opfindelse med henblik på fremstillingen og den første afsætning af industriprodukter, dels direkte, dels ved at udstede licenser til tredjemænd, såvel som retten til at modsætte sig enhver form for efterligning.«

Endvidere har Domstolen i Pharmon-dommen[23] (præmis 25) i forbindelse med meddelelse af en tvangslicens understreget, at

»ved en sådan foranstaltning fratages patenthaveren [...] sin ret til frit at fastsætte vilkårene for markedsføringen af sit produkt«.

Som allerede anført ovenfor (punkt 7) har Domstolen endvidere i Volvo-dommen[24] (præmis 8), ganske vist i en anden sammenhæng end vedrørende meddelelse af tvangslicens og i forbindelse med mønsterbeskyttelse, udtalt

»at en forpligtelse for indehaveren af et beskyttet mønster til — selv mod betaling af en rimelig licensafgift — at give andre licens til levering af produkter, der er omfattet af mønsterretten, ville indebære, at eneretten mistede sit egentlige indhold [...]«.

På baggrund af denne praksis kan jeg ikke indse, hvorledes nationale bestemmelser, der under visse omstændigheder *fratager* patenthaver en væsentlig del af den beskyttelse, som patentet giver, vil kunne begrundes ud fra hensynet til beskyttelse af den industrielle og kommercielle ejendomsret. Hertil kommer, at selv om begrundelsen i EØF-Traktatens artikel 36 kunne påberåbes, må de pågældende nationale bestemmelser ifølge artiklens andet punktum stadigvæk ikke udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling. I Allen & Hanburys-dommen (præmis 22) har Domstolen i forbindelse med de begrænsninger, der i britisk lovgivning vedrørende licensberedskab er pålagt importørerne (ovenfor punkt 5), fastslået, at sådanne begrænsninger »er... en vilkårlig forskelsbehandling, som Traktatens artikel 36 forbyder«.

20 — Dom af 17.10.1990 (sag C-10/89, Sml. I, s. 3711).

21 — Allerede citeret ovenfor i note 7.

22 — Dom af 14.7.1981 (sag 187/80, Sml. s. 2063).

23 — Dom af 9.7.1985 (sag 19/84, Pharmon, Sml. s. 2281).

24 — Allerede citeret ovenfor i note 11.

Dette anbringende fra Det Forenede Kongerige må derfor afvises [25].

4. Kommissionens holdning hævdes ikke at fremme de frie varebevægelser

13. Italien, støttet af Spanien, har anført, at Kommissionens argumentation ikke sikrer de frie varebevægelser inden for fællesmarkedet. Ifølge Italien har argumentationen derimod til formål at beskytte patenthaverens rettigheder. Spanien har anført, at de omtvistede bestemmelser fremmer konkurrencen mellem importerede produkter og de produkter, som tvangslicenstageren fremstiller på det nationale område. Denne konkurrence er til gavn for forbrugerne, og forbrugerbeskyttelsen er et tvingende hensyn, der begrunder en begrænsning af de frie varebevægelser.

I den forbindelse skal det bemærkes, at formålet med Kommissionens søgsmål er at få fjernet en forskel mellem retsreglerne for en patenthaver, der fremstiller varer i den pågældende medlemsstat, og en patenthaver, der importerer varer fra en anden medlemsstat, og dermed en forskelsbehandling mellem indenlandske og importerede produkter. Fjernelsen af en sådan forskelsbehandling er naturligvis i overensstemmelse med det formål, der ligger til grund for de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne, nemlig sammensmeltningen af de nationale markeder til ét fælles marked.

Anbringendet om, at de omtvistede bestemmelser fremmer konkurrencen mellem indenlandske og importerede produkter og derfor yder forbrugerne en bedre beskyttelse, kan ikke accepteres, da de bestemmelser, der finder anvendelse i de pågældende medlemsstater, heller ikke beskytter forbrugerne mod den eneret, som en patenthaver, der fremstiller det patenterede produkt på det nationale område, har. Dette viser, at de omtvistede bestemmelser ikke sigter mod at fremme konkurrencen og beskyttelsen af forbrugeren, men derimod skal fremme investeringer og beskæftigelse på det nationale område. Endvidere indfører de en forskelsbehandling mellem patenthavere, der producerer på det nationale område, og dem, der importerer patenterede produkter fra en anden medlemsstat. Af denne grund kan det i »Cassis de Dijon«-dommen anerkendte tvingende hensyn til forbrugerbeskyttelsen heller ikke påberåbes, da dette hensyn ifølge retspraksis kun kan være et legitimt hensyn, såfremt de pågældende bestemmelser uden forskel finder anvendelse på indenlandske og importerede produkter.

5. De omtvistede bestemmelser skal være i overensstemmelse med Pariser-konventionen

14. Ifølge Italien er de omtvistede bestemmelser i overensstemmelse med Pariser-konventionen [26], nærmere bestemt med artikel 5, afsnit A, stk. 2, der lyder som følger:

25 — Jeg behøver her ikke, da dette punkt ikke er til behandling, at gå nærmere ind på, om meddelelsen af en tvangslicens kan være begrundet i et andet hensyn i EØF-Traktatens artikel 36, første punktum, f.eks. i hensynet til landets forsvar på grundlag af den i EØF-Traktatens artikel 36 (jf. artikel 223) nævnte »beskyttelse af den offentlige sikkerhed«. I den forbindelse skal jeg minde om, at artikel 46, andet punktum, i EF-patentkonventionen bestemmer, at den i første punktum fastsatte bestemmelse ikke finder anvendelse på tvangslicenser, »som meddeles i almenhedens interesse«.

26 — Pariser-konventionen af 20.3.1883 til beskyttelse af industriel ejendomsret, revideret i Bruxelles den 14.12.1900, i Washington den 2.6.1911, i Haag den 6.11.1925, i London den 2.6.1934, i Lissabon den 31.10.1958 og i Stockholm den 14.7.1967 (Udenrigsministeriets bekendtgørelse nr. 97 af 13.10.1970, Lovtidende C).

»Ethvert af unionslandene skal have adgang til ved lov at træffe forholdsregler vedrørende tilståelse af tvangslicens for at hindre de misbrug, som måtte kunne følge af den ved patentet tilståede eneret, f.eks. undladelse af at udøve opfindelsen.«

Signatarstaterne bevarer således adgangen til at meddele en tvangslicens ved ikke-udøvelse af et patent, når det kan betegnes som et misbrug af patentretten. Konventionen angiver dog ikke, hvad der skal forstås ved »udøvelse«, og den indeholder i hvert fald intet om, at dette skal omfatte fremstilling af det patenterede produkt på det nationale territorium. Ved misbrug i konventionens forstand kan forstås den situation, at de patentetbeskyttede produkter unddrages befolkningen i et land. Et sådant misbrug foreligger ikke, når produktet importeres i tilstrækkeligt omfang til det pågældende land. I medfør af EØF-Traktatens artikel 5 og EØF-Traktatens artikel 234, stk. 2, første punktum, som er en særlig anvendelse af artikel 5, påhviler der de medlemsstater, der tillige har underskrevet Pariser-konventionen, en forpligtelse til at fortolke den beføjelse, som de har bevaret i henhold til konventionens artikel 5, afsnit A, stk. 2, i overensstemmelse med EØF-Traktatens artikel 30, hvorfor begrebet »udøvelse« tillige skal omfatte import af patenterede produkter fra en anden medlemsstat.

Endvidere har Kommissionen med rette henvist til Domstolens faste praksis med hensyn til EØF-Traktatens artikel 234, stk. 1. Domstolen har således i Conegate-dommen [27] (præmis 25) fastslået, at

»... formålet med artikel 234 er at sikre, at Traktatens anvendelse hverken berører forpligtelser til at respektere tredjelandes rettigheder i henhold til en tidligere konvention indgået med en medlemsstat eller denne medlemsstats opfyldelse af sine forpligtelser ifølge konventionen. Konventioner indgået før Traktatens ikrafttræden kan således ikke påberåbes i forholdet mellem medlemsstaterne til støtte for begrænsninger i samhandelen i Fællesskabet.«

Da Pariser-konventionen er indgået før EØF-Traktatens ikrafttræden, og alle medlemsstaterne har ratificeret den, kan bestemmelserne i denne konvention derfor ikke begrunde nogen begrænsninger i handelen mellem medlemsstaterne. Også af den grund må det argument, der støttes på Pariser-konventionen, afvises.

6. *Det skal fremgå af EF-patentkonventionen, at Kommissionens anbringende er uholdbart*

15. Italien og Det Forenede Kongerige, støttet af Portugal og Spanien, har under henvisning til EF-patentkonventionen afvist Kommissionens klagepunkter. Dette anbringende indeholder, så vidt jeg kan se, to forskellige argumenter.

27 — Dom af 11.3.1986 (sag 121/85, Sml. s. 1007). Jf. tillige Retten i Første Instans' domme af 10.7.1991 i sag T-69/89, Radio Telefis Eireann mod Kommissionen, Sml. II, s. 485 (præmis 102-104), sag T-70/89, BBC mod Kommissionen, Sml. II, s. 535 (præmis 76, 77 og 78), og sag T-76/89, Independent Television Publications mod Kommissionen, Sml. II, s. 575 (præmis 75, 76 og 77).

Det første argument, som især er nærmere behandlet af Spanien, støttes på EF-patentkonventionens artikel 77 og 83. Som ovenfor anført (punkt 3) fastslår artikel 77, at bestemmelsen i artikel 46 finder tilsvarende anvendelse på meddelelse af tvangslicenser i anledning af manglende eller utilstrækkelig udnyttelse af et nationalt patent. Artikel 46 forbyder meddelelsen af tvangslicenser på et EF-patent, hvis det af patentet omfattede produkt i tilstrækkelig mængde importeres fra en anden kontraherende stat til den medlemsstat, for hvilken der er fremsat begæring om en tvangslicens. Artikel 77 er, således lyder Spaniens argumentation, overflødig, såfremt meddelelsen af tvangslicenser på grund af manglende eller utilstrækkelig udøvelse allerede var forbudt i henhold til EØF-Traktatens artikel 30. Desuden giver artikel 83 signatarstaterne mulighed for i en vis periode ikke at anvende artikel 77. Denne bestemmelse er i strid med EØF-Traktaten, såfremt Kommissionens anbringende er begrundet.

Dette argument må efter min mening tilbagevises. I artikel 2, stk. 1, i aftalen om EF-patenter, undertegnet den 15. december 1989 i Luxembourg, er det udtrykkelig bestemt:

»Ingen bestemmelse i denne aftale kan påberåbes imod anvendelsen af Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab« [28].

I den niende betragtning i ovennævnte aftale præciseres dette som følger:

»Som tager i betragtning, at det er af afgørende betydning, at anvendelsen af denne aftale ikke modvirker bestemmelserne i Traktaten om Oprettelse af Det Europæiske Økonomiske Fællesskab, og at De Europæiske Fællesskabers Domstol skal være i stand til at sikre ensartetheden i Fællesskabets retssystem.«

Heraf følger, at EF-patentkonventionen skal fortolkes i lyset af EØF-Traktaten og ikke omvendt. Den omstændighed, at den af Kommissionen forsvarede fortolkning af EØF-Traktatens artikel 30 og 36 skulle medføre, at nogle bestemmelser i EF-patentkonventionen er overflødige, ja endog ugyldige, er i sig selv ikke et afgørende argument for at afvise denne fortolkning.

16. I forbindelse med det andet argument, der især er uddybet af Det Forenede Kongerige, understreges de væsentlige forskelle mellem de nationale tvangslicensbestemmelser, som ifølge EF-patentkonventionen skal gøres til genstand for harmonisering. Uden en sådan forudgående harmonisering kan det mål, som Kommissionen har i sigte, ikke nås, og anlæggelse af nogle enkelte sager på grundlag af EØF-Traktatens artikel 169 vil kun skabe nye uligheder.

Heller ikke dette anbringende er overbevisende. Siden slutningen af overgangsperioden har EØF-Traktatens artikel 30 direkte virkning, og foranstaltninger, der har tilsvarende virkning som kvantitative importrestriktioner, netop når en harmonisering ikke er gennemført, er af det onde. Jeg kan i øvrigt ikke indse, hvorledes handelen mellem medlemsstater kan skades ved ophævelse af forpligtelsen til at producere på den patentudstedende medlemsstats område. Ophævel-

28 — For så vidt angår den i 1975 ligeledes i Luxembourg undertegnede EF-patentkonvention, se den tilsvarende bestemmelse i konventionens artikel 93.

sen føjer ikke nogen ulighed til de ikke-harmoniserede nationale lovgivninger, men fjerner tværtimod én. I øvrigt fremgår det af det skriftlige svar fra Kommissionen på et spørgsmål fra Domstolen, at det er Kommissionens politik at få vedtaget bestemmelser i alle medlemsstater, ifølge hvilke der ikke må meddeles tvangslicenser på grund af en manglende indenlandsk produktion.

Det Forenede Kongerige har til slut anfægtet hensigtsmæssigheden af den anlagte traktatbrudssag. I den forbindelse er det tilstrækkeligt at henvise til, at Kommissionen efter den ved EØF-Traktatens artikel 169 etablerede ordning har et frit skøn ved afgørelsen af, om der skal anlægges en sådan sag, og at det ikke tilkommer Domstolen at efterprøve dette skøn [29].

Forslag til afgørelse

Under henvisning til det anførte foreslår jeg:

— *i sag C-235/89*

— at tage Kommissionens påstand til følge

— at dømme Den Italienske Republik til at betale Kommissionens omkostninger

— at pålægge Kongeriget Spanien, Det Forenede Kongerige og Den Portugisiske Republik at betale deres egne omkostninger

— *i sag C-30/90*

— at tage Kommissionens påstand til følge

— at dømme Det Forenede Kongerige til at betale Kommissionens omkostninger

— at pålægge Kongeriget Spanien at betale sine egne omkostninger.

29 — Jf. dom af 27.11.1990, sag C-200/88, Kommissionen mod Grækenland, Sml. I, s. 4299, præmis 9.