træffes under denne sag, ikke længere kan indbringes for en højere ret, men forudsat at hver af sagens parter kan anlægge eller kræve anlagt en retssag vedrørende realiteten, hvor det under den summariske sag foreløbigt afgjorte spørgsmål kan efterprøves og forelægges i henhold til artikel 177.

Kutscher Donner Pescatore Mertens de Wilmars Sørensen

Mackenzie Stuart O'Keeffe Bosco Touffait

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 24. maj 1977.

A. Van Houtte
Justitssekretær

H. Kutscher
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT F. CAPOTORTI FREMSAT DEN 5. MAJ 1977 [1]

Høje Ret.

1. I nærværende sag er to spørgsmål af vidt forskellig art blevet forelagt Domstolen. Den er først og fremmest blevet anmodet om at fastlægge den i EØF-traktatens artikel 177, sidste stykke nævnte forpligtelse til at forelægge spørgsmål for Domstolen i forhold til en interntretlig domstolsprocedure, som hører under kategorien »hastesager« eller »sager om foreløbige retsmidler«. Dernæst har den nationale ret rejst problemer om fortolkningen af EØF-traktatens artikler 36 og 86 om varemærkebeskyttelse, men dette udelukkende i tilfælde af, at det foregående spørgsmål besvares på en bestemt måde. Domstolen har besluttet at opdele undersøgelsen af disse to spørgsmål og på nærværende stadium begrænse sig til det første: dette gør det muligt for mig at være meget kortfattet ved fremstillingen af de faktiske omstændigheder, som ligger til grund for den interne retssag, hvor den nationale ret for Domstolen har forelagt de ovenfor nævnte spørgsmål om fortolkning af fællesskabsretten.

Det tyske selskab Hoffmann-La Roche, som er et af den multinationale gruppe Roche-SAPAC's datterselskaber, fremstiller et beroligende middel, benævnt »Valium«, i henhold til en licens, som er blevet overdraget det af Hoffmann-La Roche i Basel; og det afsætter dette produkt i Forbundsrepublikken Tyskland under navnet »Valium-Roche«. Begge disse navne er beskyttet i international henseende ved hjælp af registrerede varemærker, som indehaves af virksomheden

1 — Oversat fra italiensk.

Hoffmann-La Roche AG, Basel. Det tyske selskab Hoffmann-La Roche sælger udelukkende Valium i Tyskland i pakninger på 20 og 50 piller.

Den multinationale gruppe Roche-SAPAC har også et datterselskab i Storbritannien, som, også ifølge licens fra navnefællen i Basel, fremstiller det beroligende middel Valium og afsætter det i pakninger på 100 og 500 piller til en lavere pris end den, som det tyske datterselskab har fastsat for det samme produkt.

Den tyske virksomhed Centrafarm, der er et datterselskab af det nederlandske selskab Centrafarm BV, som fremstiller og afsætter farmaceutiske produkter, købte gennem sit moderselskab i Storbritannien Valium i pakninger på 500 piller, ompakkede disse i pakninger på 1 000 — på hvilke den anbragte varemærket »Valium-Roche« samt sit eget navn og påtegningen »markedsført af Centrafarm« — og solgte det farmaceutiske produkt i denne nye pakning på det tyske marked. Virksomheden benyttede sig således af den betragtelige prisforskel mellem det i Storbritannien og det i Tyskland fremstillede Valium.

Det tyske selskab Hoffmann-La Roche har på virksomheden i Basel's vegne anlagt sag mod Centrafarm for krænkelse af den varemærkeret, som Hoffmann-La Roche i Basel er indehaver af. Virksomheden har nærmere bestemt for Landgericht Freiburg i Breisgau anlagt en retssag med summarisk procedure (Verfügungsverfahren) for at opnå et foreløbigt retsmiddel (einstweilige Verfügung), hvorved det forbydes Centrafarm at benytte varemærkerne »Valium« og »Roche« til andet end afsætning af Roche-produkter i deres originale emballage.

Retten i Freiburg har givet rekvirenten medhold og afsagt en kendelse om foreløbigt retsmiddel og dernæst stadfæstet denne ved dom. Denne afgørelse er dernæst af Centrafarm indbragt for Oberlandesgericht Karlsruhe, som i henhold til EØF-traktatens artikel 177, stk. 3 har forelagt følgende spørgsmål for Domstolen:

1. Er en national ret forpligtet til i henhold til EØF-traktatens artikel 177, stk. 3 at forelægge et spørgsmål om fortolkning af fællesskabsretten for EF-Domstolen,
   — når dette spørgsmål opstår i en sag om forbud,
   — når der ikke længere findes noget retsmiddel mod den afgørelse, som er truffet af retten i forbudssagen,
   — men hvor på den anden side parterne har mulighed for at rejse det spørgsmål, der har været genstand for forbudssagen, under en ordinær retssag, hvor der i givet fald skal ske forelæggelse i henhold til EØF-traktatens artikel 177, stk. 3?

Såfremt spørgsmål 1 besvares bekræftende, anmodes der om afgørelse af følgende yderligere spørgsmål:

2. Er indehaveren af en varemærkeret, der er beskyttet både i medlemsstat A og i medlemsstat B, i henhold til EØF-traktatens artikel 36 beføjet til under påberåbelse af denne ret at hindre, at en parallelimportør opkøber lægemidler, som af mærkeindehaveren eller med dennes tilladelse lovligt er forsynet med dette varemærke og bragt i omsætning forsynet med dette varemærke i medlemsstat A af Fællesskabet, ompakker disse i beholdere af anden størrelse, forsyner dem med ny emballage, anbringer varemærkeindehaverens varemærke herpå og indfører den således betegnede vare i medlemsstat B?
3. Er indehaveren af varemærket også beføjet hertil, eller overtræder han dermed bestemmelser i EØF-traktaten — navnlig dennes artikel 86 —,
   — når han for det pågældende lægemiddel indtager en dominerende stilling på markedet i medlemsstat B,
   — når forbudet mod indførsel af en vare, som er ompakket med indehaverens varemærke, rent faktisk hindrer afsætningen, fordi der normalt forefindes forskellige emballagestørrelser i landene A og B, og fordi varens indførsel i en anden

form faktisk endnu ikke er trængt afgørende igennem på markedet,

— og når forbudet faktisk bevirker, at der opretholdes en betragtelig — muligvis utilbørlig — prisforskel mellem medlemsstaterne indbyrdes, uden at det kan godtgøres, at varemærkeindehaveren anvender forbudet alene eller overvejende med det formål at fastholde denne prisforskel.

Det er af de grunde, som jeg har anført i indledningen til mit indlæg, at jeg i nærværende forslag til afgørelse alene behandler problemerne vedrørende det første spørgsmål.

2. Det er selvfølgelig den særlig karakter af sager om foreløbige retsmidler set i forhold til de ordinære retsafgørelser i borgerlige sager, som ligger til grund for den nationale dommers første spørgsmål.

Det forekommer mig derfor logisk at begynde med kortfattet at beskrive denne karakter i forhold til retsreglerne i medlemsstaterne og navnlig i Forbundsrepublikken. Det er næppe nødvendigt at sige, at for så vidt som der findes fælles træk i sager af den ovenfor anførte type i de forskellige medlemsstaters retssystemer — sådanne træk, som har betydning for fortolkningen af artikel 177, stk. 3, naturligvis — vil det være muligt at give en generel besvarelse af det pågældende spørgsmål; i øvrigt vil Domstolen altid kunne svare under henvisning til de særlige træk ved retssager af hastende karakter, som i henhold til tysk lovgivning finder anvendelse på industriel ejendomsret. Selv i så tilfælde vil artikel 177 blive fortolket i forhold til et typetilfælde, og ikke i forhold til konkrete faktiske omstændigheder.

Ifølge den tyske borgerlige retsplejelov (§§ 935-945) har de foreløbige forholdsregler, som benævnes »einstweilige Verfügungen«, til formål hurtigt at beskytte visse truede rettigheder. Såvel for så vidt angår beviset for retten og for truslen som for dommerens vurdering af begæringen kræves der mindre end i en ordinær retssag: det er tilstrækkeligt med et »prima facie«-bevis (vedrørende sandsynliggørelsen af rekvirentens påstand), og rettens behandling af sagen er summarisk.

Den tabende part kan indbringe den af retten afsagte kendelse for den samme dommer, og den afgørelse, der stadfæster kendelsen, kan yderligere ankes (hvilket er sket i nærværende sag). Bortset herfra er der ikke truffet nogen afgørelse i den ordinære retssag vedrørende realiteten, således at begge de pågældende parter stadig har mulighed for at indlede denne og således opnå en dom, som helt træder i stedet for det foreløbige retsmiddel.

I Frankrig har »demandes en référé« artiklerne 808-811 i lov om borgerlig retspleje) til formål i alle hastesager at opnå foreløbige retsmidler. Man genfinder her bevisførelsens summariske karakter, og dette er grunden til, at artikel 808 i lov om borgerlig retspleje nøjes med at fastsætte foranstaltninger »qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse« (som der ikke rejses nogen væsentlig indsigelse mod) udover dem, »que justifie l'existence d'un différend« (som selve eksistensen af en tvist begrunder). Dette sidste udtryk fremhæver tendensen til at tillægge sagen om foreløbige retsmidler »accessorisk« karakter i forhold til de allerede verserende sager vedrørende realiteten; under alle omstændigheder vil den ordinære retssag altid kunne anlægges.

I Belgien og i Luxembourg er stillingen den samme som i Frankrig. Jeg vil derfor begrænse mig til at nævne artiklerne 1035 og 1041 i den belgiske retsplejelov af 1967, hvoraf det klart fremgår, at en kendelse om et foreløbigt retsmiddel ikke kan præjudicere hovedsagen; denne kan indledes på et hvilket som helst tidspunkt og uafhængigt af, om kendelsen er blevet anfægtet eller ej.

I Nederlandene reguleres den hasteprocedure, som benævnes »kort geding« af artiklerne 289 ff i lov om borgerlig rets-

pleje. Disse bestemmelser indeholder et stort antal af de grundlæggende karakteristika, som vi allerede er stødt på ved undersøgelsen af tysk og fransk ret. Navnlig bevisførelsens summariske karakter og det forhold, at loven for at gøre det muligt at undersøge faktum og jus til bunds, altid giver de pågældende mulighed for at anlægge en ordinær retssag. Det må dog bemærkes, at den nederlandske ret kan fastsætte en frist for sagsanlæg om realiteten og selv kan beslutte, at sagen skal overgå til den ordinære retsliste.

I Italien bestemmer artikel 700 i den borgerlige retsplejelov, at enhver, »der har begrundet frygt for, at hans ret trues af overhængende og uoprettelig skade i løbet af den tid, som vil medgå til at gøre sin ret gældende under en ordinær retssag«, kan anmode om hasteforanstaltninger. Men disse er udtrykkeligt betinget af, at rekvirenten indleder hovedsagen (medmindre denne allerede verserer). Hasteforanstaltningen træffes efter en summarisk forhandling.

I Storbritannien — nærmere bestemt i engelsk ret — kan procesparterne for at undgå uoprettelig skade anmode retten om »interlocutory injunctions« på grundlag af et »prima facie«-bevis for den rettighed, som rekvirenten anfører og for sandsynligheden af forekomsten af de faktiske omstændigheder. Varigheden af disse »injunctions« rækker ikke ud over afslutningen af hovedsagen, uanset om denne allerede er anlagt eller skal anlægges (og hvis rekvirenten ikke indleder denne sag, giver retten ham en frist hertil).

I Irland svarer betingelserne for udstedelse af »interlocutory injunctions« og bestemmelserne herom til det, som allerede er anført for Storbritanniens vedkommende.

Endelig for så vidt angår Danmark, medfører sager om hastende foranstaltninger, at der nedlægges et »forbud«, som er foreløbigt og inden for en kort frist skal efterfølges af en ordinær retssag, benævnt justifikationssag. Der er således klare ligheds punkter med de former, som de hastende foranstaltninger har i Italien, Storbritannien og Irland.

Som konklusion på denne korte sammenlignende »gennemgang« kan således følgende anføres: a) i alle medlemsstater gælder der tilsvarende procedurer som dem, der fører til de tyske »einstweilige Verfügungen«; b) de karakteristika, som disse procedurer har til fælles, og som adskiller dem fra ordinære borgerlige retssager, er dels sagens hastende karakter og forhandlingens summariske natur, dels det forhold, at proceduren ikke prækluderer en ny og mere indgående vurdering af de samme faktiske og retlige spørgsmål under en sag med ordinær retspleje; af denne grund resulterer de pågældende procedurer altid i foranstaltninger, der er foreløbige; c) der gælder forskellige regler i de forskellige retsordener, for så vidt angår spørgsmålet om, hvilken ret der kan træffe de pågældende foranstaltninger, om der findes mulighed for at indbringe en sådan foranstaltning i form af anke eller endog kassation og navnlig angående forbindelsen med den ordinære sag om realiteten, som parterne frit i visse lande blot har mulighed for at anlægge, medens det i andre er en absolut betingelse for at få stadfæstet den foreløbige forholdsregel, at retssagen om realiteten indledes.

3. Det præjudicielle spørgsmål, som her skal undersøges, vedrører efter min opfattelse tredje stykke i Rom-traktatens artikel 177 og ikke bestemmelsens andet stykke; det angår således omfanget af forpligtelsen til at forelægge spørgsmål for Domstolen og ikke den mulighed for forelæggelse, som er tillagt enhver af medlemsstaternes retter, hvor denne skønner, at en afgørelse af et af de i artiklens første stykke nævnte punkter er nødvendig, før den kan afsige dom. Alligevel har Oberlandesgericht Karlsruhe i sin kendelse af 7. oktober 1976 givet udtryk for den opfattelse, at den fakultative forelæggelse principielt ikke kan komme i betragtning under en hastesag, da det ikke er foreneligt med karakteren af den

summariske sag »en référé«, »hvis formål er hurtigt at sikre en foreløbig retssikkerhed«. Denne udtalelse tvinger mig til at undersøge problemet, specielt fordi man, såfremt karakteren af en sag om foreløbige retsmidler faktisk var absolut uforenelig med den fakultative forelæggelse for Domstolen — der, netop fordi den er fakultativ, kan besluttes under hensyntagen til parternes indstilling og den krævede foreløbige foranstaltnings konkrete grad af uopsættelighed — *a fortiori* måtte betragte den obligatoriske forelæggelse fra den højere ret for uforenelig med hastesagernes natur.

I forbindelse med omtalen af den mulighed, som en dommer, der skal træffe afgørelse i en sag med summarisk sagsbehandling, har for at henvende sig til Domstolen i medfør af artikel 177, skal det imidlertid straks anføres, at Domstolen allerede i adskillige tilfælde har haft lejlighed til at besvare præjudicielle spørgsmål, som var forelagt den af retter i forskellige lande under sager med summarisk behandling; således fra nederlandske retter i sagerne 15 og 16/74, Centrafarm; fra tyske retter i sagerne 29/69, Stauder, og 78/70, Deutsche Grammophon Gesellschaft; fra italienske retter i et stort antal sager, som havde givet anledning til forskellige »procedimenti d'ingiunzione«. I nogle af disse tilfælde blev spørgsmålet om, hvorvidt præjudicielle forespørgsler, som blev forelagt Domstolen under en sag med summarisk procedure, kunne antages til realitetsbehandling, formelt rejst af en intervenient (jeg henviser til sag 43/71, Politi, afgjort ved dom af 14. 12. 1971, Recueil 1971, s. 1039, samt sag. 162/73, Birra Dreher, afgjort ved dom af 21. 2. 1974, Sml. 1974, s. 201). De indvendinger, som blev rejst ved denne lejlighed, støttedes navnlig på den manglende kontradiktoriske sagsbehandling, som særligt karakteriserer den summariske procedure efter artikel 633 i den italienske, borgerlige retsplejelov. Imidlertid har Domstolen stedse afvist disse indvendinger og har altid fundet, at de præjudicielle anmodninger, som var blevet den forelagt under sager med summarisk behandling, kunne antages til realitetsbehandling. Det hovedargument, som Domstolen i så henseende har støttet sig på, er, at *enhver national ret* i henhold til artikel 177 har mulighed for at anmode Domstolen om at træffe præjudiciel afgørelse af et spørgsmål, og at det derfor er tilstrækkeligt at konstatere, at den ret, som behandler sagen, udøver en dømmende funktion, og at den har anset Domstolens fortolkning af fællesskabsretten for nødvendig for at kunne træffe afgørelse i sagen (se de nævnte domme Politi og Birra Dreher). Det bør anføres, at hvis Domstolen har indtaget et sådant standpunkt over for hastesager, som ikke indeholder det for sager med ordinær sagsbehandling væsentlige kontradiktoriske element, bør den så meget desto mere gøre det, når der er tale om sager med summarisk behandling som efter tysk ret, hvor det kontradiktoriske princip er bevaret (selv om det undertiden er indskrænket til en simpel skriftveksling).

Forholdsvis brede betragtninger, som ud fra en undersøgelse af artikel 177's rolle fører til samme resultat, kan endelig findes i dom af 16. januar 1974 i sag 166/73, Rheinmühlen (Sml. 1974, s. 33 ff). Denne dom fremhæver blandt andet: »for at bevare fællesskabskarakteren af den ret, der udspringer af traktaten, har artikel 177 som mål i alle tilfælde at sikre, at denne ret får samme virkning i alle Fællesskabets medlemsstater«; og »lige såvel som den tilsigter at forebygge forskelle i fortolkningen af den fællesskabsret, som de nationale retter skal anvende, tilstræber den at sikre denne anvendelse ved at give den nationale dommer et middel til at eliminere de vanskeligheder, som kravet om, at der gives fællesskabsretten fuld virkning inden for medlemsstaternes retter, kunne rejse«. På grundlag heraf fortsætter dommen således: »det er i dette perspektiv, at de bestemmelser i artikel 177 skal vurderes, som bemyndiger en *hvilken som helst* national ret til at anmode Domstolen om en præjudiciel afgørelse, når den skønner, at en sådan afgørelse er nødvendig, før den afsiger dom«.

4. Jeg skal nu vende mig til det centrale problem, som er problemet om betydningen af tredje stykke i artikel 177 i forhold til sager »om foreløbige retsmidler«. Vi ved, at denne bestemmelse ifølge sin ordlyd forpligter enhver »national ret, hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres«, til at henvende sig til Domstolen, for så vidt angår løsningen af præjudicielle fællesskabsretlige spørgsmål. Bestemmelsens ordlyd har medført, at en væsentlig del af teorien hævder, at forpligtelsen alene angår de retter, som inden for medlemsstaternes retsorden har en sådan stilling, at deres afgørelser ikke kan appelleres, dvs. som normalt benævnes højesteretter. Det har herimod været anført, at selve forpligtelsens berettigelse ligger i, at det er nødvendigt at sikre Domstolens fortolkning, inden der afsiges en afgørelse, som i sig selv ikke kan appelleres og derfor ikke ændres; følgelig skulle artikel 177, stk. 3 læses således, at den omhandler enhver sagsbehandling, som kan afsluttes ved en endelig afgørelse »ex lege«, uafhængigt af den pågældende rets stilling inden for domstolshierarkiet (og navnlig for retssager, for hvilke der i lovgivningen kun er fastsat én instans).

Det er faktisk ikke alene ordlyden af artikel 177, som taler til fordel for den første fortolkning, men også den betragtning, at traktatens forfattere under bestræbelsen på at opnå en ensartet fortolkning af fællesskabsretten havde gode grunde til at beskæftige sig med de nationale retsafgørelser, der ville kunne skabe et autoritativt retsgrundlag — dvs. de højeste retters afgørelser — og ikke med enhver endelig afgørelse, så meget mere som det under ingen omstændigheder var muligt hverken at forudsige antallet eller arten af de appellable afgørelser, som bliver endelige, hvis de ikke appelleres af de tabende parter. Der kan måske udledes et yderligere argument i så henseende af artiklerne 2 og 3 i protokollen vedrørende Domstolens fortolkning af Bruxelles-konventionen af 27. september 1968 om retternes kompetence og om fuldbyrdelse af retsafgørelser i borgerlige sager, herunder handelssager. Forpligtelsen til præjudicielt at forelægge Domstolen problemer om fortolkning af konventionen gælder nemlig alene for nogle øverste retter, som udtrykkeligt er nævnt, på niveau med Cour de cassation og de forskellige Conseil's d'État. Dette sidste argument kan dog vendes om, således at man kan anføre det, at dér hvor fællesskabslovgiveren har villet begrænse forelæggelsespligten til de øverste retter, har han anset det for nødvendigt at nævne dem udtrykkeligt.

Efter min opfattelse giver problemet ikke mulighed for en løsning, som kan fjerne enhver tvivl. Et væsentligt fortilfælde i så henseende må nævnes; Domstolen har i sin dom af 15. juli 1964 i sag 6/64, dvs. den berømte Costa-ENEL-sag (Sml. 1954-1964, s. 531), antaget, at »de nationale retter, hvis afgørelser, som i nærværende sag, ikke kan appelleres, [skal] indbringe sagen for Domstolen«. Bortset herfra ligger der et element, som man med rette kan tillægge afgørende vægt, i den snævre forbindelse mellem udøvelsen af den fortolkningskompetence, som nævnes i artikel 177, og Domstolens ansvar for at sikre fællesskabsrettens overholdelse også og navnlig til fordel for private. Det er ikke nødvendigt her at henvise til, at teorien om den direkte virkning netop har søgt at forøge garantierne for overholdelse af fællesskabsretten ved i størst muligt omfang af denne ret at udlede subjektive rettigheder for private og således sætte disse i stand til at kræve den anvendt. Jeg finder således, at netop for at Domstolen fuldt ud og effektivt skal kunne sørge for en ensartet beskyttelse af de rettigheder, som fællesskabsretten skaber til fordel for private, er det rimeligt at antage, at alle retsinstanser er pligtige at forelægge præjudicielle spørgsmål i ethvert tilfælde, hvor der nødvendigvis må blive tale om en endelig afgørelse. Hvis man nemlig i den slags sager, hvor det altså forudsættes, at fællesskabsretten findes at have afgørende betydning for den afgørelse, der skal træffes, blot gav retten en mulighed for at forelægge spørgsmål, ville man udsætte sig for risikoen for en ukorrekt fortolk-

ning uden mulighed for at få denne ændret ved appel og uden nogen udsigt til en retssag for en øverste retsinstans, hvorunder der klart foreligger en forpligtelse til at forelægge spørgsmål for Domstolen.

5. Det er altså klart, at det afgørende kriterium for at afgrænse de retter, som er forpligtet efter artikel 177, stk. 3, bør være, om den afgørelse, der skal afslutte retssagen, er endelig.

Bestemmelsen taler, som vi har set det, om afgørelser, som »ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres«.

Hvilken betydning skal man tillægge dette udtryk?

Også her bør vi undgå enhver bogstavelig fortolkning. Først og fremmest er begrebet appel (ricorso giuris dizionale) ikke på nogen måde ensartet, men varierer fra et retssystem til et andet. Det er muligt at udvide det til at omfatte enhver form for søgsmål, herunder ethvert retsmiddel, der vil kunne føre til en fornyet behandling af samme sag; men man kan også indsnævre det til at skelne mellem appellen (appello) og søgsmålet og forbeholde brugen af udtrykket »appel« (ricorso giurisdizionale) til det retsmiddel, som tjener til at opnå en endelig dom om de retlige spørgsmål i sidste instans. For det andet findes der retsmidler, som ikke parterne, men andre retssubjekter kan benytte sig af; f.eks. tredjemands intervention eller i visse retsordener anklagemyndighedens søgsmål i det offentliges interesse. Endelig findes der, hvad man i visse retssystemer kalder ekstraordinære retsmidler, navnlig omgørelse på grundlag af nye omstændigheder. Dette er efter min mening tilstrækkeligt til at vise, at en bogstavelig fortolkning lader adskillige spørgsmål ubesvaret på det punkt, som optager Domstolen.

I betragtning af de forskellige løsninger, som teorien har udarbejdet, finder jeg det muligt at indlede med at fastslå, at appel fra andre retssubjekter end parterne og de ekstraordinære appeller såsom omgørelse i almindelighed betragtes som fremmede for det appelbegreb (ricorso giurisdizionale), som forfatterne til artikel 177, stk. 3 har anvendt. Det antages i øvrigt almindeligvis, at dette begreb heller ikke omfatter den simple appel (appello), fordi parterne, efter at der er afsagt dom i appelinstansen, normalt har adgang til en tredje retsinstans, selv om denne er begrænset til en bedømmelse af retsspørgsmålene, dvs. kassation. På grundlag af disse betragtninger og efter at det er fastslået, at fortolkningen nødvendigvis må ske ud fra bestemmelsens *ratio,* og ikke ud fra dens ordlyd, forekommer det mig korrekt at konkludere, at de retsafgørelser, som artikel 177, stk. 3 henviser til, er alle de, som er endelige, således at der ikke bliver tale om en fornyet behandling af sagens faktiske eller blot retlige omstændigheder på begæring af en af parterne, som kan indgives, uden at der nødvendigvis skal foreligge nye omstændigheder, og uden at ekstraordinære betingelser skal være opfyldt. Herefter indgår i kategorien af retter, som har pligt til præjudiciel forelæggelse, ikke alene kassationsretterne, hvis afgørelser er endelige, men også, og dette bekræfter, hvad jeg lige har udtalt, alle lavere retter, som kan træffe afgørelser af samme endelige karakter.

Dette resultat skal herefter anvendes på sager om »foreløbige retsmidler«. Den sammenlignende retsgennemgang, jeg lige har foretaget, har ført mig til at fastslå, at man blandt de fælles særkendetegn for denne type sager i de forskellige medlemsstater — trods forskellen på andre vigtige punkter — kan tillægge det forhold grundlæggende betydning, at ingen »foreløbig« forholdsregel prækluderer den ordinære retssag, som kan (eller skal) anlægges på grundlag af de samme faktiske og retlige omstændigheder, og som skal afsluttes med en dom, der formelt erstatter hasteforanstaltningen, enten ved at stadfæste eller afkræfte dens gyldighed og virkninger. Det er først på tidspunktet for denne ordinære retssag, at der træffes endelig afgørelse i kassationsretten eller den tilsvarende instans, og følgelig finder

den i artikel 177, stk. 3 nævnte forpligtelse helt sikkert anvendelse her. Men lige indtil »hoved«-sagen er afsluttet, vil der altid og blot foreligge en foreløbig forholdsregel, som vil kunne gøres til genstand for den form for domstolskontrol, som hovedsagen er, og under hvilken det vil være muligt at rette en eventuel forkert fortolkning af fællesskabsnormen fra den ret, som har behandlet sagen om foreløbige retsmidler.

Vi har set, at hovedsagen kan indledes på foranledning af en af parterne eller ex officio ifølge loven (eller eventuelt på foranledning af retten i sagen om foreløbige retsmidler), og at den foreløbige foranstaltning i visse tilfælde træffes i forbindelse med en allerede verserende hovedsag, medens i andre tilfælde denne sag indledes, efter at der er truffet afgørelse i sagen om »foreløbige retsmidler«. Efter min opfattelse ændrer disse forskellige muligheder ikke ved det grundlæggende element, som udgøres af den foreløbige forholdsregels provisoriske karakter og af eksistensen af et retsmiddel, en procesform, som gør det muligt at korrigere. Man kunne sige, at der hvor hovedsagen allerede verserer, eller når denne er en nødvendig fortsættelse af sagen om de foreløbige retsmidler, spiller den foreløbige foranstaltning en tydeligere foreløbig rolle; det er i dette tilfælde endnu lettere at forstå, at det ville være forkert at sammenligne rettens stilling i en sag om foreløbige retsmidler med den stilling, som retten har, når den optræder som sidste instans.

Når til gengæld hovedsagen er efterfølgende — og blot som en mulighed — i forhold til hastesagen, og når den behandles ved en anden ret, har denne ret en funktion, som ligner appelinstansens, men den repræsenterer strengt taget også noget mere, idet den gør det muligt for første gang at foretage en indgående behandling af de faktiske og retlige omstændigheder efter den summariske vurdering, som blev foretaget under sagen om de foreløbige retsmidler (dette gælder også i de retssystemer, hvor den foreløbige foranstaltning i sig selv kan appelleres, og hvor appellen i øvrigt er af summarisk karakter). Hvis endelig hovedsagen er indledt på begæring fra en af sagens parter og desuden foregår for den samme ret som den, der har truffet afgørelse i sagen om foreløbige retsmidler, kan det antages, at de to sager i det væsentlige udgør en enhed, som den tyske regering så rammende har anført det i nærværende sag, hvilket også gælder, selv om der formelt set er en forskel mellem de to slags sager. I så tilfælde svarer det forhold, at man overgår fra den summariske sagsbehandling til behandlingen af hovedsagen, i det væsentlige til brugen af intern domstolskontrol med den afgørelse, som har afsluttet den summariske sagsbehandling.

Disse betragtninger fører mig til at antage, at de retter, der behandler sager om foreløbige retsmidler, ikke er forpligtet til for EF-Domstolen at forelægge de præjudicielle fællesskabsretlige spørgsmål, som det er nødvendigt at løse for at kunne træffe de ønskede afgørelser; de har som sagt mulighed for at forelægge disse spørgsmål, men ikke en forpligtelse til at gøre det. Det skal tilføjes, at denne løsning er gyldig, uafhængigt af hvilken instans der behandler sagen om foreløbige retsmidler; der findes systemer (heriblandt det tyske, som jeg allerede har sagt), som gør det muligt at indbringe den afgørelse, som den første dommer har truffet, for denne selv og dernæst appellere hans afgørelse, stadig inden for rammerne af sagen om foreløbige retsmidler — hvilket er sket i nærværende sag; der er andre, som endog tillader kassationsanke; derimod behandles hastesager i nogle stater i blot én instans. Trods disse forskelle gøres der ikke indgreb i den grundlæggende karakter, som jeg har fremhævet ovenfor, og som er fælles for summariske procedurer, — dvs. muligheden for (eventuelt nødvendigheden af) en retssag med fornyet behandling og kontrol; og følgelig sker der heller ingen ændring i den løsning, som jeg er nået frem til i relation til Rom-traktatens artikel 177.

6. Man kan fremføre andre argumenter til støtte for den påstand, som jeg lige har fremsat. Vi ved, at den i artikel 177, stk. 3 nævnte forelæggelsespligt for de retter, som træffer afgørelse som eneste eller sidste instans (selvfølgelig kun når de med henblik på deres afgørelser skal løse et fællesskabsretligt problem), er begrundet i ønsket om i så henseende at undgå de nationale retters ensidige stillingtagen, som parterne ikke længere kan kræve ændret. Jeg har allerede bemærket, at denne forpligtelse spiller en så meget større rolle, som afgørelsen, udover det forhold, at den er endelig, eftersom den afsiges af en højtstående ret, har så stor vægt, at den kan danne præcedens for de øvrige nationale retter. Imidlertid bør en retsafgørelse for at kunne »danne præcedens« støtte sig på en indgående behandling af sagen, som foretages i forbindelse med de af sagsøgeren påberåbte retsregler. Men som sagt nøjes dommeren i hastesagen med ud fra en simpel »prima facie«-vurdering at fastslå, om sagsøgerens anbringender ser ud til at være rimeligt sandsynlige; følgelig kan den afgørelse, hvormed han godtager eller afviser begæringen, ikke danne præcedens. Dette er også og navnlig tilfældet, for så vidt angår samme dommers fortolkning af fællesskabsretten, såfremt der er risiko for, at den ikke er støttet på en indgående behandling af problemet, men blot på en »prima facie«-vurdering, som er tilstrækkelig for at træffe den hurtige afgørelse, som den begærede foranstaltnings hastende karakter kræver. Derfor kan en sådan afgørelse, selv om den skulle blive endelig, fordi en af parterne undlader at indlede en ordinær retssag, ifølge sin natur ikke danne farlig præcedens, for så vidt angår den ensartede anvendelse af fællesskabsretten, selv om den skulle indeholde en fejlagtig fortolkning af fællesskabsretten.

Stadig i betragtning af den summariske karakter af den behandling, som foretages af retten i sagen om de foreløbige retsmidler, kan man også tænke på risikoen for, at denne ret ikke har alle de nødvendige oplysninger til at identificere det præjudicielle, fællesskabsretlige spørgsmål eller til nøjagtigt at vurdere dets betydning med henblik på den afgørelse, som skal træffes. Det må i så henseende ikke glemmes, at den foranstaltning, som træffes i en sag med summarisk procedure, såsom en »Verfügungsverfahren«, ikke, selv om den giver sagsøgeren medhold i sin påstand, indeholder en afgørelse vedrørende de retsspørgsmål, hvorpå påstanden støttedes, men snarere tilsigter foreløbigt at sikre den tilsyneladende rettighedsindehavers stilling under forbehold af en fremtidig afgørelse vedrørende realiteten.

Under alle omstændigheder at henvise spørgsmålet til Domstolen inden for rammerne af den summariske procedure — som det ville være tilfældet, hvis man fandt, at retten i sagen om foreløbige retsmidler havde pligt hertil — kunne på den anførte baggrund frembyde ulemper, som det til gengæld ville være muligt at undgå ved at udsætte forelæggelsen til den ordinære retssag.

Endelig har den tyske regering fremhævet, at i talrige tilfælde ville den forsinkelse, som ville følge af en forpligtelse for retten i den summariske procedure til at henvise til Domstolen, svare til en slags retsnægtelse, idet denne forpligtelse kunne reducere den ønskede foranstaltnings effektivitet væsentligt. Faktisk har problemet om overensstemmelsen mellem sagen om foreløbige retsmidler og en præjudiciel forelæggelse for fællesskabsdomstolen allerede været diskuteret af retten og løst således, at der ikke er tale om uforenelighed. Lad mig dog bemærke, at når Domstolen anerkender retternes *mulighed* for inden for rammerne af sagen om foreløbige retsmidler at forelægge et spørgsmål for fællesskabsdomstolen, kan dette ikke prækludere deres skøn, for så vidt angår vurderingen af, om det i forhold til den krævede foranstaltnings hastende karakter er belejligt eller ej at henvise til Domstolen. Hvis man på den anden side mente, at disse retter var pligtige til at forelægge, ville muligheden for en sådan skønsmæssig vurdering ind-

skrænkes, og risikoen for, at forelæggelsen for Domstolen ville være uforenelig med den krævede afgørelses hastende karakter, ikke kunne undgås.

7. Blandt de indvendinger, som har været under nærværende sag mod den teori, som jeg finder korrekt, er der to, som navnlig har forbindelse med karakteren af den summariske procedure i tysk industriel og kommerciel ejendomsret. Man har nemlig anført, at denne procedure ikke er accessorisk, da der ikke er pligt til at indlede hovedsagen; og det hænder faktisk endog særdeles hyppigt, at parterne afholder sig fra at indlede hovedsagen. Man har på den anden side fremhævet, at det ikke er nødvendigt at godtgøre sagens hastende karakter for at opnå foreløbige retsmidler, for så vidt angår industriel ejendomsrettighed. Man har desuden hævdet, at loven også finder anvendelse på sager med summarisk procedure, og at arten af godkendte bevismidler er uvæsentlig. Endelig har man hævdet, at det er noget helt andet at lade sagen om de foreløbige retsmidler efterfølge af en ordinær retssag end at »appellere« den i den førstnævnte retssag trufne afgørelse.

Jeg vil indlede med at besvare denne sidste indvending, som klart støtter sig på en bogstavelig fortolkning af artikel 177, stk. 3. Jeg har allerede fremhævet, at for at løse det i nærværende sag opståede problem, kan den fortolkningsmetode, som skal følges, ikke være bogstavfortolkningen; men, hvis man mener det modsatte, må man nødvendigvis gennemføre den bogstavelige fortolkningsmetode til dens yderste konsekvens og følgelig alene anse de retter for forpligtede til at forelægge præjudicielle spørgsmål, som er øverste instans, eller retter, som på grund af den stilling, de indtager i domstolshierarkiet, er de eneste, »hvis afgørelser ifølge de nationale retsregler ikke kan appelleres«. Følgelig bør i de tilfælde, hvor sagen om foreløbige retsmidler ikke gør det muligt at nå op til kassationsretten — som det er tilfældet i det tyske retssystem, førsteeller andeninstansen, som har fået forelagt sagen om foreløbige retsmidler, ikke anse sig forpligtet til at forelægge præjudicielle spørgsmål for Domstolen i medfør af artikel 177, stk. 3, ikke så meget fordi den skal træffe afgørelse i en sag om foreløbige retsmidler, som fordi den ikke er højeste instans.

For så vidt angår det forhold, at anlægget af »hoved«-sagen er en mulighed, der beror på parterne, er det let at fremhæve parallellen til den simple mulighed for en anke eller kassationsanke mod afgørelser, som er truffet henholdsvis i første instans eller i appelinstansen under den ordinære sag; og det er klart ikke den usikkerhed, som er forbundet med ethvert sagsanlæg, som kan omdanne den simple forelæggelsesmulighed i EØF-traktatens artikel 177, stk. 2 til en pligt.

Naturligvis er hyppigheden af den ordinære retssag efter den summariske noget rent faktisk, der ikke afsvækker de argumenter, som støttes på den strukturelle forbindelse, som ifølge loven består mellem de to procesformer. Hvordan det end forholder sig, skal det lige i parentes bemærkes, at i nærværende sag — som det blev fremhævet under retsmødet — har sagsøgte under den summariske sag benyttet sig af en mulighed i henhold til tysk retsplejelovgivning (§§ 926 og 936 i ZPO) til at anmode retten og få medhold i, at sagsøgeren ved kendelse forpligtes til at anlægge ordinært søgsmål (for Landgericht Freiburg), skønt den summariske sag stadig verserede for Oberlandesgericht Karlsruhe som ankeinstans. Dette giver en, ganske vist ringe, men ikke desto mindre interessant, antydning af, at det ikke er så sjældent, at den ordinære sag anlægges; jeg fristes næsten til i denne forbindelse at henvise til mundheldet »vigilantibus iura succurrunt!«.

Den tyske regering har i forbindelse med den betydning, man i summariske retssager som den foreliggende tillægger betingelsen om, at sagen skal være af hastende karakter, med rette anført, at når der er tale om beskyttelse af industriel og kom-

merciel ejendomsret, forudsættes det altid, at der er tale om en hastesag. Under alle omstændigheder ser det hovedargument, som har forekommet mig væsentligt til underbygning af mit synspunkt, bort fra de summariske retssagers hastende karakter.

Bemærkningen om, at retten i sager om foreløbige retsmidler også selv anvender retten, kan ikke i sig selv bestrides; på den anden side ville hele det omstridte problem ikke have nogen mening, hvis det ikke var muligt også i en sådan retssag at rejse fællesskabsretlige problemer, og hvis ikke retten tillagde disse afgørende betydning for sagens udfald. Men det afgørende punkt er et andet. Det, som er udelukket — og ifølge min opfattelse med rette — er, at en ret, som er anmodet om at træffe en hasteforanstaltning, skal foretage en lige så indgående og omstændelig retlig vurdering af sagen som under den ordinære sag. Hvis dette var tilfældet, hvilken interesse ville der så faktisk være i at give mulighed for — og i visse retssystemer pligt til — at anlægge ordinær sag efter den summariske, oven i købet når den summariske sag giver parterne adgang til flere instanser?

Herefter mangler jeg kun at tage stilling til Kommissionens standpunkt, som ud fra formalitets- og væsentlighedskriterier når til en anden besvarelse af spørgsmålet. Kommissionen mener, at der på den ene side må tages hensyn til den summariske procedures grad af selvstændighed eller afhængighed i forhold til den ordinære retssag, og at man på den anden side i det konkrete tilfælde må afveje uopsættelighedselementet i den førstnævnte sag og følgelig, om førsteinstansens vurdering af de retlige omstændigheder er indgående eller ej. Det forekommer mig, at en sådan løsning ville føre til at gøre forelæggelsespligten afhængig af den nationale rets vurdering i hvert enkelt tilfælde. Lad os ikke glemme, at den nationale ret allerede har pligt til at undersøge, om det er nødvendigt at løse et fællesskabsretligt problem for at træffe afgørelse, og om der faktisk foreligger et fortolkningsproblem (således forstået, at der er blot den mindste tvivl om en fællesskabsretlig bestemmelses betydning og rækkevidde). Hvis man yderligere giver denne ret en skønsbeføjelse, for så vidt angår hastesagens uafhængighed, ikke i formel forstand, men i forhold til det væsentlige forhold, om retten skal have samme funktion som retten i en ordinær sag, vil den hypotetiske anerkendelse af forpligtelsen til at forelægge spørgsmål for Domstolen i henhold til artikel 177, stk. 3 i praksis vanskeligt kunne skelnes fra udøvelsen af den normale mulighed for at forelægge præjudicielle spørgsmål. Jeg mener, at da der er tale om at fortolke en retsregel, som i det væsentlige er processuel, såsom artikel 177, stk. 3, bør man tilstræbe en definition ud fra objektive og præcise kriterier, der ikke overlader noget skøn til de retter, som skal anvende den. Der er her tale om en nødvendighed, hvis man ikke ønsker, at en retsnorm, som er indført for at skabe sikkerhed for og ensartethed ved anvendelsen af fællesskabsretten, selv bliver en kilde til usikkerhed og forskelligartet anvendelse af fællesskabsretten i de forskellige medlemsstater.

8. Er det muligt på grundlag af de betragtninger, som jeg hidtil har anført, at give det første spørgsmål fra Oberlandesgericht Karlsruhe et svar, som omfatter alle de tilfælde, hvori der er opstået spørgsmål af samme art som nævt i EØF-traktatens artikel 177 under en sag med summarisk behandling eller om foreløbige retsmidler? Jeg mener at have kunnet fastslå, at de fælles træk ved de forskellige summariske sager, som omhandles i medlemsstaternes retssystemer, giver mulighed for med føje at forsvare den anførte opfattelse, og at den summariske procesform, som har fundet anvendelse i nærværende sag, i det tyske retsplejesystem muligvis er mere selvstændig, hvorafman har udledt argumenter i modsat retning (som efter min opfattelse ikke er overbevisende). Til trods herfor vil det — for at undgå, at en simpel henvisning til en samling retsplejeordninger, som ikke

er helt ens, og som ikke kaldes for det samme i alle lande, skal give anledning til misforståelse — være hensigtsmæssigt, at Domstolen særligt nævner den procedure om foreløbige retsmidler, som har karakter af en »Verfügungsverfahren« efter §§ 935-945 i den tyske borgerlige retsplejelov.

Jeg finder følgelig, at det første spørgsmål fra Oberlandesgericht Karlsruhe skal besvares således: den nationale ret, som træffer afgørelse i en sag med summarisk behandling, og navnlig i en sag, som har karakter af en »Verfügungsverfahren« efter §§ 935-945 i Forbundsrepublikken Tysklands borgerlige retsplejelov, har ikke pligt til at henvende sig til Domstolen i medfør af EØF-traktatens artikel 177, stk. 3, selv om dens afgørelse ikke kan appelleres, forudsat at enhver af sagens parter vedrørende de spørgsmål, der ligger til grund for den summariske sag, kan anlægge en sag med ordinær behandling, som kan afsluttes med en afgørelse, der erstatter den endelige afgørelse i den første sag.