FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT
Y. BOT
fremsat den 12. maj 2011 [1]

1. I de foreliggende sager er Domstolen blevet forelagt anmodninger om præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 7, stk. 2, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker [2] og den dertil knyttede retspraksis, navnlig dom af 23. maj 1978, Hoffmann-La Roche [3], af 3. december 1981, Pfizer [4], samt af 11. juli 1996, MPA Pharma [5], og Bristol-Myers Squibb m.fl. [6].

2. I disse domme præciserede Domstolen de betingelser, hvorunder en parallelimportør kan markedsføre ompakkede lægemidler, som er forsynet med et varemærke, uden at varemærkeindehaveren kan modsætte sig dette. De spørgsmål, som Højesteret (Danmark) har forelagt Domstolen, vedrører en af disse betingelser, nemlig betingelsen om, at det på den nye pakning skal angives, hvem der har foretaget ompakningen. Disse spørgsmål har i det væsentlige til formål at få afklaret, om denne betingelse kræver, at navnet på den virksomhed, der fysisk foretager ompakningen, angives, eller om det er tilstrækkeligt, at navnet på indehaveren af markedsføringstilladelsen til det parallelimporterede lægemiddel, som giver anvisningerne vedrørende salg og ompakning til den virksomhed, der foretager ompakningen, angives.

3. I det foreliggende forslag til afgørelse vil jeg gøre mig til talsmand for det andet alternativ. Jeg foreslår derfor, at Domstolen fastslår, at artikel 7, stk. 2, i direktiv 89/104 skal fortolkes således, at den omstændighed, at den virksomhed, som konkret har foretaget ompakningen, ikke nævnes på et ompakket produkts pakning, ikke medfører, at en varemærkeindehaver kan modsætte sig, at nævnte produkt markedsføres, når navnet på den virksomhed, der kontrollerer ompakningen, og som bærer ansvaret herfor, anføres ved siden af producentens navn.

I — De relevante retsforskrifter

4. Artikel 5 i direktiv 89/104, der har overskriften »Rettigheder, der er knyttet til varemærket«, bestemmer:

1 — Originalsprog: fransk.
2 — EFT 1989 L 40, s. 1.
3 — Sag 102/77, Sml. s. 1139.
4 — Sag 1/81, Sml. s. 2913.
5 — Sag C-232/94, Sml. I, s. 3671.
6 — Forenede sager C-427/93, C-429/93 og C-436/93, Sml. I, s. 3457.

»1. Det registrerede varemærke giver indehaveren en eneret. Indehaveren kan forbyde tredjemand, der ikke har hans samtykke, at gøre erhvervsmæssig brug af:

a) et tegn, der er identisk med varemærket, for varer eller tjenesteydelser af samme art som dem, for hvilke varemærket er registreret

b) et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, når de varer eller tjenesteydelser, der er dækket af varemærket, er af samme eller lignende art som dem, der er dækket af det pågældende tegn, og der som følge heraf i offentlighedens bevidsthed er risiko for forveksling, herunder at der er en forbindelse med varemærket.

2. En medlemsstat kan ligeledes træffe bestemmelse om, at indehaveren kan forhindre tredjemand, der ikke har hans samtykke, i at gøre erhvervsmæssig brug af et tegn, der er identisk med eller ligner varemærket, for varer eller tjenesteydelser af anden art end dem, for hvilke varemærket er registreret, når varemærket er renommeret i medlemsstaten, og brugen af tegnet uden skellig grund ville medføre en utilbørlig udnyttelse af varemærkets særpræg eller renommé, eller sådan brug ville skade dette særpræg eller renommé.

3. Såfremt betingelserne i stk. 1 og 2 er opfyldt, kan det bl.a. forbydes:

a) at anbringe tegnet på varerne eller på deres emballage

b) at udbyde varerne til salg, at markedsføre dem eller oplagre dem med dette formål eller at tilbyde eller præstere tjenesteydelser under det pågældende tegn

c) at importere eller eksportere varerne under det pågældende tegn

d) at anvende tegnet på forretningspapirer og i reklameøjemed

[…]«

5. Samme direktivs artikel 7, der har overskriften »Konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket«, lyder således:

»1. De til varemærket knyttede rettigheder giver ikke indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette mærke.

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt skellig grund berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne,

især i tilfælde, hvor disses tilstand er ændret eller forringet, efter at de er markedsført.«

6. Direktiv 89/104 er blevet ophævet ved Europa-Parlamentets og Rådets direktiv 2008/95/EF af 22. oktober 2008 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker [7], der trådte i kraft den 28. november 2008. Som følge af tidspunktet for de faktiske omstændigheder reguleres tvisterne i hovedsagerne imidlertid fortsat af direktiv 89/104.

7. Artikel 5 og 7 i direktiv 89/104 er blevet gennemført i dansk ret ved henholdsvis § 4 og 6 i varemærkeloven [8].

II — Tvisterne i hovedsagerne og de præjudicielle spørgsmål

A — *Sag C-400/09*

8. Selskaberne Orifarm A/S (herefter »Orifarm«), Orifarm Supply A/S (herefter »Orifarm Supply«), Handelsselskabet af 5. januar 2002 A/S i likvidation (herefter »Handelsselskabet«) og Ompakningsselskabet af 1. november 2005 A/S (herefter »Ompakningsselskabet«) er selskaber i Orifarm-koncernen, som er Nordens største parallelimportør af lægemidler, og som i 2008 var den største leverandør af lægemidler til de danske apoteker. Koncernens hovedkontor ligger i Odense (Danmark).

9. Orifarm og Handelsselskabet er/har været indehavere af markedsførings- og salgstilladelser til de omtvistede lægemidler, mens Orifarm Supply og Ompakningsselskabet, hvis navn på tidspunktet for ompakningen og salget af de af sagen omhandlede præparater var Medipack A/S (herefter »Medipack«), har forestået den fysiske ompakning og er/har været indehavere af ompakningstilladelsen.

10. Alle spørgsmål om indkøb, udseende, behandling og salg afgøres af Orifarm, mens Ompakningsselskabet indkøber og ompakker produktet og skal opfylde de krav, som Lægemiddelstyrelsen stiller til ompakkeren. Ompakningsselskabet (Medipack) har 210 ansatte, der er beskæftiget med logistik, lager og fysisk ompakning, mens Orifarm har 15-20 ansatte, der navnlig beskæftiger sig med markedsføringen af lægemidlerne.

7 — EUT L 299, s. 25.

8 — Jf. lovbekendtgørelse nr. 782 af 30.8.2001, med senere ændringer.

11. Merck & Co. Inc., Merck Sharp & Dohme BV og Merck Sharp & Dohme (herefter samlet »Merck«) er alle selskaber i Merck-koncernen. Merck-koncernen er en af verdens største originalproducenter af lægemidler.

12. Merck-koncernen har produceret de omtvistede lægemidler, som Orifarm-koncernen har parallelimporteret til Danmark. Merck-koncernen er også indehaver af de varemærkerettigheder, der relaterer sig til de nævnte produkter, eller påtaleberettiget i henhold til licensaftalerne med varemærkeindehaverne.

13. Siden man begyndte parallelimport og markedsføring af lægemidler har Orifarm og Handelsselskabet anført sig selv som ompakkere på pakningen af de omtvistede lægemidler, som de havde markedsføringstilladelser til, uanset at den fysiske ompakning efter omstændighederne og efter ordre fra Orifarm og/eller Handelsselskabet var blevet forestået af Ompakningsselskabet (Medipack), Orifarm Supply eller af eksterne ompakkere. Sidstnævnte tilfælde var der imidlertid ikke tale om i de foreliggende sager.

14. Selv om Orifarm-koncernen fra 2006 begyndte at anføre angivelsen »Ompakket af Medipack A/S for Orifarm A/S« på Merck-koncernens produkter, vedrører tvisten i hovedsagen lægemidler, på hvis emballage den, der faktisk har forestået ompakningen, ikke fremgår, men alene navnene på indehaveren af markedsføringstilladelsen og producenten med en angivelse som følger:

»Importeret og ompakket af Orifarm A/S […]

Producent: Merck Sharp & Dohme«

15. Merck anlagde to sager ved Sø- og Handelsretten mod henholdsvis Orifarm og Orifarm Supply samt mod Handelsselskabet og Ompakningsselskabet, idet Merck anfægtede det forhold, at den, der faktisk havde forestået ompakningen, ikke var nævnt på pakningen af de omtvistede lægemidler. I de domme, der blev afsagt henholdsvis den 21. februar 2008 og den 20. juni 2008, konstaterede Sø- og Handelsretten, at de sagsøgte havde krænket Mercks varemærkeret derved, at de havde undladt at angive den faktiske ompakker, og tilpligtede dem at betale et vederlag til Merck.

16. Højesteret, der skal behandle de ankesager, som Orifarm, Orifarm Supply, Handelsselskabet og Ompakningsselskabet har indbragt for denne ret over dommene fra Sø- og Handelsretten, har besluttet at udsætte sagen

og stille Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) […]Domstolen anmodes om at oplyse, om [dommene i sagerne] […] MPA Pharma […] og […] Bristol-Myers Squibb m.fl. […] skal fortolkes således, at en parallelimportør, der er indehaver af markedsføringstilladelsen til og besidder oplysninger om et parallelimporteret lægemiddel, og som giver instrukser til en selvstændig virksomhed om indkøb og ompakning af et lægemiddel, om lægemiddelpakningens nærmere udformning og om dispositioner i relation til lægemidlet, krænker varemærkeindehaverens rettigheder ved at angive sig selv — og ikke den selvstændige virksomhed, der er indehaver af ompakningstilladelsen og har importeret lægemidlet og foretaget den fysiske ompakning, herunder (gen)påføring af varemærkeindehaverens varemærke — som ompakker på det parallelimporterede lægemiddels yderpakning?

2) […]Domstolen anmodes om at oplyse, om det har betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, såfremt det antages, at der ved indehaveren af markedsføringstilladelsens angivelse af sig selv som ompakker i stedet for den, som efter ordre fysisk har foretaget ompakningen, ikke er risiko for vildledning, hvorved forbrugeren/den endelige bruger kunne antage, at varemærkeindehaveren er ansvarlig for ompakningen?

3) […]Domstolen anmodes om at oplyse, om det har betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, såfremt det antages, at risikoen for vildledning med hensyn til, om varemærkeindehaveren er ansvarlig for ompakningen, udelukkes, hvis den, der fysisk har foretaget ompakningen, anføres som ompakker.

4) […]Domstolen anmodes om at oplyse, om det alene er risikoen for vildledning med hensyn til, om varemærkeindehaveren er ansvarlig for ompakningen, som har betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, eller om tillige andre hensyn til varemærkeindehaveren er relevante, [såsom] […] a) at den, der foretager importen og den fysiske ompakning og (gen)påfører varemærkeindehaverens varemærke på lægemidlets yderpakning, derved potentielt selvstændigt krænker varemærkeindehavers varemærke, og b) at det kan bero på forhold, som den, der fysisk har foretaget ompakningen, er ansvarlig for, at ompakningen berører lægemidlets oprindelige tilstand, eller at præsentationen af ompakningen er af en sådan beskaffenhed,

at den må antages at skade varemærkeindehaverens omdømme, jf. bl.a. dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl.?

5) […]Domstolen anmodes om at oplyse, om det har betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, at den indehaver af markedsføringstilladelsen, som har anført sig som ompakker, på tidspunktet for notifikation af varemærkeindehaveren forud for det påtænkte salg af det ompakkede parallelimporterede lægemiddel er i samme koncern som den fysiske ompakker (søsterselskab).«

B — *Sag C-207/10*

17. Paranova Danmark A/S (herefter »Paranova Danmark«) og Paranova Pack A/S (herefter »Paranova Pack«) er datterselskaber af Paranova Group A/S, der driver virksomhed med parallelimport af lægemidler til Danmark, Finland og Sverige. Koncernen har hovedkontor i Ballerup (Danmark), hvor også de to datterselskaber er beliggende.

18. Paranova Danmark er indehaver af markedsføringstilladelsen til de omtvistede lægemidler.

19. Paranova Pack forestår ompakning for hele koncernen og har således foretaget den fysiske ompakning af de omhandlede lægemidler. Paranova Pack er indehaver af tilladelsen til at ompakke lægemidler.

20. Alle spørgsmål om udvælgelse af produkter til salg og indkøb samt ansøgning om markedsføringstilladelse, herunder pakningsudformning, afgøres af Paranova Danmark. Paranova Pack forestår de fysiske indkøb og den faktiske ompakning af lægemidlerne under overholdelse af de krav, som Lægemiddelstyrelsen stiller til ompakningsselskaber, samt frigiver lægemidlerne i henhold til lægemiddellovgivningen efter overtagelsen af dette ansvar. Den sagkyndige person, som har foretaget den endelige frigivelse af batchen, var oprindeligt ansat i Paranova Danmark, men blev på et tidspunkt overflyttet til Paranova Pack. I 2003 var 11 medarbejdere ansat i Paranova Danmark og 164 i Paranova Pack. Denne forholdsmæssige fordeling har også været gældende i andre år af relevans for sagen.

21. Paranova Danmark har på de omtvistede lægemidlers pakning, hvortil det havde markedsføringstilladelser, anført sig selv som ompakker, uanset om den fysiske ompakning blev foretaget af Paranova Pack eller af eksterne ompakkere, der ikke var forbundne

med Paranova-koncernen. Sidstnævnte er dog ikke sket i de foreliggende sager.

22. Merck har produceret de omtvistede lægemidler, som Paranova-koncernen har parallelimporteret til Danmark. Merck er også indehaveren af de varemærkerettigheder, der relaterer sig til de omtvistede parallelimporterede produkter, eller påtaleberettiget i henhold til licensaftalerne med varemærkeindehaverne.

23. Merck har anlagt to sager mod Paranova Danmark og Paranova Pack, idet Merck har anfægtet, at det ikke på de omtvistede lægemidlers pakning er blevet anført, hvem der faktisk har foretaget ompakningen. Som følge af disse sagsanlæg er det blevet forbudt Paranova Danmark og Paranova Pack — henholdsvis ved kendelse af 26. oktober 2004, afsagt af Fogedretten i Ballerup og stadfæstet af Sø- og Handelsretten ved dommen i justifikationssagen den 15. august 2007, og ved dom afsagt af sidstnævnte ret den 31. marts 2008 — at sælge de nævnte lægemidler, fordi deres pakning ikke angav den rigtige ompakker.

24. Højesteret, der skal behandle de ankesager, som Paranova Danmark og Paranova Pack har indbragt for denne ret over dommene fra Sø- og Handelsretten, har besluttet at udsætte sagen og stille Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 7, stk. 2, i […] direktiv 89/104[…] og den dertil knyttede retspraksis, navnlig dommene i sagerne Hoffmann-La Roche […], Pfizer […] og Bristol-Myers Squibb m.fl., fortolkes således, at en indehaver af en varemærkeret kan påberåbe sig denne for at modsætte sig, at en parallelimportørs salgsselskab, der er indehaver af en tilladelse til markedsføring af et lægemiddel i en medlemsstat, sælger dette med angivelse af, at lægemidlet er ompakket af salgsselskabet, selv om salgsselskabet lader den fysiske ompakning foretage af et andet selskab, ompakningsselskabet, til hvilket salgsselskabet giver instrukser om indkøb, ompakning, lægemiddelpakningens nærmere udformning og øvrige dispositioner i relation til lægemidlet, og som er indehaver af ompakningstilladelsen, og som genanbringer varemærket på den nye emballage i forbindelse med ompakningen?

2) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, såfremt det antages, at forbrugeren eller den endelige bruger ikke vildledes med hensyn til varens oprindelse og ikke kan blive bibragt opfattelsen af, at varemærkeindehaveren er ansvarlig for ompakningen ved parallelimportørens angivelse på emballagen af producentens navn samt den beskrevne angivelse af den ansvarlige for ompakningen?

3) Er det alene risikoen for vildledning af forbrugeren eller den endelige bruger med hensyn til, om varemærkeindehaveren er ansvarlig for ompakningen, som har betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, eller er andre hensyn til varemærkeindehaveren relevante, for eksempel a) at den, der faktisk foretager indkøbet, ompakningen og genanbringelsen af indehaverens varemærke på lægemidlets emballage, derved potentielt selvstændigt krænker indehaverens varemærkerettigheder, og at det kan bero på forhold, som den, der fysisk har foretaget ompakningen, er ansvarlig for, b) at ompakningen berører lægemidlets oprindelige tilstand, eller c) at præsentationen af det ompakkede produkt er af en sådan beskaffenhed, at den kan antages at skade varemærket eller indehaverens omdømme?

4) Hvis Domstolen ved besvarelsen af spørgsmål 3 finder, at det også er relevant at tage hensyn til, om ompakningsselskabet selvstændigt potentielt krænker indehaverens varemærkerettigheder, bedes Domstolen oplyse, om det har betydning for denne besvarelse, hvis parallelimportørens salgsselskab og ompakningsselskab efter national ret hæfter selvstændigt og solidarisk for krænkelse af indehaverens varemærkerettigheder?

5) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, at parallelimportøren, der er indehaver af markedsføringstilladelsen, og som har anført sig selv som ansvarlig for ompakningen, på tidspunktet for den forudgående underretning af varemærkeindehaveren om det påtænkte salg af det ompakkede lægemiddel er i samme koncern som det selskab, der har foretaget ompakningen (søsterselskab)?

6) Har det betydning for besvarelsen af spørgsmål 1, hvis ompakningsselskabet i indlægssedlen er angivet som fremstiller?«

III — Gennemgang

25. De spørgsmål, Højesteret har forelagt Domstolen, og som skal behandles samlet[9], har i det væsentlige til formål at få afklaret, om artikel 7, stk. 2, i direktiv 89/204 skal

9 — Med undtagelse af det sjette spørgsmål i sag C-207/10, der — som det under retsmødet blev bekræftet — er hypotetisk og derfor ikke kan antages til realitetsbehandling.

fortolkes således, at den omstændighed, at den virksomhed, som konkret har foretaget ompakningen, ikke nævnes på et ompakket produkts pakning, medfører, at en varemærkeindehaver kan modsætte sig, at nævnte produkt markedsføres, når navnet på den virksomhed, der kontrollerer ompakningen, og som bærer ansvaret herfor, anføres ved siden af producentens navn.

26. Domstolens praksis vedrørende ompakning af lægemidler, der er forsynet med et varemærke, som foretages af parallelimportører uden tilladelse fra varemærkeindehaveren, har sine rødder i Hoffmann-La Roche-dommen, der opstillede retningslinjer på området. I denne dom behandlede Domstolen problemstillingen ud fra forbuddet mod importrestriktioner som fastsat i EØF-traktatens artikel 30, og begrundelsen for sådanne foranstaltninger af hensyn til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret som fastsat i EØF-traktatens artikel 36.

27. Domstolen udtalte deri, at EØF-traktatens artikel 36 kun tillader, at det grundlæggende princip om de frie varebevægelser fraviges i det omfang, dette er begrundet i hensynet til beskyttelse af de rettigheder, der udgør den industrielle og kommercielle ejendomsrets særlige genstand. I den forbindelse skal det tages i betragtning, at varemærkets hovedfunktion er at indestå for mærkevarens oprindelsesægthed over for forbrugeren eller den endelige bruger, idet denne skal sættes i stand til at adskille varen fra varer af anden oprindelse uden risiko for forveksling. Denne garanti for oprindelsen indebærer, at forbrugeren eller den endelige bruger kan være sikker på, at en mærkevare, som tilbydes ham, ikke på et tidligere omsætningstrin har været genstand for et indgreb, som er foretaget af en tredjemand uden varemærkeindehaverens tilladelse, og hvorved varens oprindelige tilstand er påvirket.

28. Ifølge Domstolen hører den ret, der indrømmes varemærkeindehaveren til at modsætte sig enhver anvendelse af mærket, som kan forvanske oprindelsesgarantien forstået på denne måde, således til varemærkerettens særlige genstand, og det er derfor ifølge EØF-traktatens artikel 36, første punktum, begrundet at tilkende indehaveren en ret til at modsætte sig, at en importør af en mærkevare efter en ompakning af denne og uden indehaverens tilladelse anbringer mærket på den nye emballage [10].

29. Det fremgår af præmis 14 i Hoffmann-La Roche-dommen, at en indehaver af en varemærkeret, som samtidig er beskyttet i to medlemsstater, efter EØF-traktatens artikel 36, første punktum, kan rejse indsigelse mod, at en vare, der i en af disse stater lovligt er forsynet med varemærket, bringes i omsætning i en anden medlemsstat efter at være blevet ompakket i en ny emballage, hvorpå varemærket er anbragt af en tredjemand. Det

10 — Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 7 og 8.

fremgår endvidere heraf, at en sådan indsigelse imidlertid udgør en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne, jf. EØF-traktatens artikel 36, andet punktum, såfremt følgende betingelser er opfyldt:

— Såfremt det godtgøres, at indehaverens benyttelse af varemærket sammenholdt med det salgssystem, som denne anvender, bidrager til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne.

— Såfremt det påvises, at ompakningen ikke kan berøre varens originale tilstand.

— Såfremt indehaveren af varemærket underrettes om salget af den ompakkede vare forud herfor.

— Såfremt det på den nye emballage angives, *hvem der har foretaget ompakningen* [11].

30. Det er fortolkningen af denne sidste betingelse, der er kernen i de foreliggende sager. I præmis 12 i Hoffmann-La Roche-dommen begrundede Domstolen den nævnte betingelse og betingelsen om, at indehaveren af varemærket underrettes om salget forud herfor, henset til hans interesse i, at forbrugeren ikke vildledes med hensyn til produktets oprindelse.

31. I den senere retspraksis har Domstolen opstillet og nærmere fastlagt de betingelser, parallelimportøren skal opfylde for at kunne foretage en ompakning af lægemidler, der er forsynet med et varemærke. Den har gjort dette med hensyn til artikel 7 i direktiv 89/104, der udtømmende regulerer spørgsmålet om varemærkekonsumption for så vidt angår de produkter, der markedsføres inden for Den Europæiske Union. Domstolen har i den forbindelse anført, at det må lægges til grund, at dette direktivs artikel 7, ligesom EF-traktatens artikel 36, har til formål at forene de grundlæggende hensyn til beskyttelsen af varemærkerettigheder med de grundlæggende hensyn til de frie varebevægelser inden for det fælles marked, og at disse to bestemmelser, der tilsigter at nå det samme resultat, derfor skal fortolkes på samme måde [12].

32. Idet Domstolen udviklede og præciserede de principper, den fremdrog i Hoffmann-La Roche-dommen, udtalte den i dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., at artikel 7, stk. 2, i direktiv 89/104 skal fortolkes således, at en varemærkeindehaver lovligt kan modsætte sig fortsat markedsføring af et lægemiddel, når importøren har ompakket lægemidlet og genanbragt varemærket på det, medmindre en række betingelser er opfyldt, herunder — hvilket er interessant i forbindelse med den foreliggende sag — »det klart

11 — Min fremhævelse.

12 — Jf. dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 40.

angives på den nye emballage, *hvem der har foretaget ompakningen af produktet, og producentens navn klart angives* [13], idet disse angivelser skal være trykt på en sådan måde, at en person med en normal synsevne, der udviser en normal grad af opmærksomhed, er i stand til at forstå dem. Endvidere skal det, i tilfælde hvor der indlægges en tillægsartikel, som ikke hidrører fra varemærkeindehaveren, angives, hvorfra artiklen stammer, på en sådan måde at ethvert indtryk af, at varemærkeindehaveren er ansvarlig herfor, undgås. Det er derimod ikke nødvendigt at angive, at ompakningen er foretaget uden varemærkeindehaverens samtykke« [14].

33. Begrundelsen for denne betingelse fremgår klart af præmis 70 i dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl. Det drejer sig om at beskytte varemærkeindehaverens interesse i, at forbrugeren eller den endelige bruger ikke kan foranlediges til at tro, at varemærkeindehaveren er ansvarlig for ompakningen.

34. Jeg er imidlertid af den opfattelse, at denne interesse er beskyttet, da navnet på den virksomhed, der er ansvarlig for ompakningen [15], og navnet på producenten fremgår klart af lægemidlets pakning. Denne differentiering kan fjerne enhver tvivl i forbrugerens bevidsthed om de respektive roller for disse to enheder i produktionen og i ompakningen af produktet. Det, der er vigtigt, er dels, at forbrugeren ved, hvem der er ansvarlig for ompakningen, og hvem eventuelle mangler ved produktet, der er opstået ved denne ompakning, kan lægges til last, dels at forbrugeren overbevises om, at ompakningen ikke er blevet foretaget under varemærkeindehaverens kontrol.

35. Det er i den forbindelse tilstrækkeligt at nævne navnet på den virksomhed, der kontrollerer ompakningen ved at give den udførende virksomhed de instrukser, der skal følges, og som bærer ansvaret for ompakningen. Hvis det er parallelimportøren, er angivelsen om, at produktet er ompakket af denne, tilstrækkelig til at undgå enhver forveksling i forbrugernes bevidsthed og til at gøre det muligt for dem og for varemærkeindehaveren at vide, hvem der har forestået ompakningen. Hvis det derimod viser sig, at ompakningen er foretaget helt uafhængigt af en ompakningsvirksomhed, og at denne bærer ansvaret, er

13 — Min fremhævelse.

14 — Dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., præmis 79.

15 — Det bemærkes endvidere, at »hvem der er ansvarlig for ompakningen« nævnes af Domstolen i dom af 11.11.1997, sag C-349/95, Loendersloot, Sml. I, s. 6227, præmis 30.

det denne virksomheds navn, der skal stå på pakningen ved siden af producentens navn.

36. Hvis »den, der har foretaget ompakningen«, i henhold til retspraksis siden dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl. er den virksomhed, der kontrollerer ompakningen, og som bærer ansvaret herfor, er det denne virksomhed, det påhviler at sørge for, at ompakningen ikke påvirker den oprindelige tilstand for det produkt, der er indeholdt i pakningen, og at præsentationen af det ompakkede produkt ikke kan skade varemærkets anseelse.

37. I tvisterne i hovedsagerne er spørgsmålet, om den virksomhed, der er anført på lægemidlernes pakning som den, der har foretaget ompakningen, har forestået ompakningen og båret ansvaret herfor, et faktisk spørgsmål, som det tilkommer den forelæggende ret at afgøre. For at indkredse forbindelserne mellem parallelimportøren og ompakningsvirksomheden skal det undersøges, hvem der fastlægger de konkrete fremgangsmåder for ompakningen. Den omstændighed, at de to virksomheder henhører under samme koncern, forekommer mig i den forbindelse ikke afgørende, men kan kun være et indicium for, hvordan disse virksomheder er i forbindelse med hinanden.

38. Når den virksomhed, der kontrollerer ompakningen, og som bærer ansvaret herfor, og den virksomhed, der konkret foretager ompakningen, udgør to forskellige enheder, vil det efter min mening gå ud over, hvad der er nødvendigt for at hindre, at forbrugeren kan foranlediges til at tro, at indehaveren af varemærket er ansvarlig for ompakningen, at kræve, at navnet på den virksomhed, der har forestået ompakningen, skal anføres.

39. Merck har derimod gjort gældende, at oplysningerne til forbrugerne skal være så fuldstændige som muligt, og at beskyttelsen af dem følgelig kræver, at et lægemiddels pakning nævner den faktiske ompakkers navn.

40. Stillet over for dette forsøg på at skabe en yderligere begrundelse, der gør det muligt for en varemærkeindehaver at modsætte sig parallelimporter af lægemidler, bemærkes, som generaladvokat Jacobs [16] og Sharpston [17] har gjort det før mig, at i forbindelse med varemærker skal enhver fravigelse fra princippet om de frie varebevægelser fortolkes snævert og kan kun påberåbes for at begrunde restriktioner, der er nødvendige for at beskytte den særlige genstand for en industriel ejendomsret. Som en undtagelse fra princippet om de

16 — Punkt 77 i forslaget til afgørelse i de forenede sager, der gav anledning til dommen i sagen Bristol-Myers Squibb m.fl., samt i de forenede sager, der gav anledning til dom af 11.7.1996, forenede sager C-71/94 - C-73/94, Eurim-Pharm, Sml. I, s. 3603, og i sagen, der gav anledning til MPA Pharam-dommen.

17 — Punkt 13 i forslaget til afgørelse i den sag, der gav anledning til dom af 26.4.2007, sag C-348/04, Boehringer Ingelheim m.fl., Sml. I, s. 3391.

frie varebevægelser skal artikel 7, stk. 2, i direktiv 89/104 derfor fortolkes snævert.

41. Som Domstolen klart anførte i sin dom af 23. april 2002, Boehringer Ingelheim m.fl. [18], »[kan] det grundlæggende princip om de frie varebevægelser […] fraviges i tilfælde, hvor en indehaver af et varemærke under påberåbelse heraf rejser indsigelse mod ompakning af parallelimporterede lægemidler, men at fravigelse kun kan ske, i det omfang indehaverens adgang til indsigelse giver ham mulighed for beskyttelse af de rettigheder, der [henhører under varemærkets særlige genstand] […], set på baggrund af dens hovedfunktion« [19]. Når en varemærkeindehaver for at modsætte sig ompakning af parallelimporterede lægemidler anfører begrundelser, der afviger fra den strenge beskyttelse af hans varemærkes særlige genstand og hovedfunktion, kan sådanne begrundelser ikke begrunde en fravigelse fra det grundlæggende princip om de frie varebevægelser.

42. For så vidt som hverken varemærkets særlige genstand eller dets hovedfunktion som oprindelsesgaranti bringes i fare derved, at navnet på den virksomhed, der er ansvarlig for ompakningen, og producentens navn anføres ved siden af hinanden, finder jeg følgelig, at en varemærkeindehaver ikke kan støtte sig på artikel 7, stk. 2, i direktiv 89/104 for at kræve erstatning fra en parallelimportør, fordi navnet på den faktiske ompakker ikke fremgår af det ompakkede produkt, når denne importør kontrollerer og bærer ansvaret for ompakningen.

43. Denne løsning forekommer mig at bevare ligevægten mellem beskyttelsen af varemærkerettigheder og de frie varebevægelser, samtidig med at den giver en passende forbrugerinformation. Varemærkeindehaveren ser, at mærkets hovedfunktion som oprindelsesgaranti beskyttes, og varemærkets omdømme kan ikke skades på grund af en mangelfuld ompakning. Samtidig ved varemærkeindehaveren og forbrugerne, hvem ompakningen kan tilregnes, hvis der er mangler ved denne.

44. I betragtning af det ovenstående er jeg af den opfattelse, at artikel 7, stk. 2, i direktiv 89/104 skal fortolkes således, at den omstændighed, at den virksomhed, som konkret har foretaget ompakningen, ikke nævnes på et ompakket produkts pakning, ikke medfører, at en varemærkeindehaver kan modsætte sig, at nævnte produkt markedsføres, når navnet på den virksomhed, der kontrollerer ompakningen, og som bærer ansvaret herfor, anføres ved siden af producentens navn.

18 — Sag C-143/00, Sml. I, s. 3759.
19 — Præmis 28.

IV — Forslag til afgørelse

45. På denne baggrund skal jeg foreslå Domstolen at besvare de spørgsmål, som Højesteret har forelagt, således:

»Artikel 7, stk. 2, i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker skal fortolkes således, at den omstændighed, at den virksomhed, som konkret har foretaget ompakningen, ikke nævnes på et ompakket produkts pakning, ikke medfører, at en varemærkeindehaver kan modsætte sig, at nævnte produkt markedsføres, når navnet på den virksomhed, der kontrollerer ompakningen, og som bærer ansvaret herfor, anføres ved siden af producentens navn.«