vedrørende de spørgsmål, der ved dom af 30. juni 1967 er forelagt den af appelretten i Haag, for ret:

1. De rettigheder, som i en medlemsstat indrømmes indehaveren af et opfindelsespatent, berøres ikke i deres eksistens af forbudene i traktatens artikler 85, stk. 1 og 86.

2. Udøvelsen af disse rettigheder rammes ikke i sig selv hverken af artikel 85, stk. 1, når der ikke foreligger nogen aftale, vedtagelse eller samordnet praksis i henhold til denne bestemmelse, eller af artikel 86, når der ikke foreligger misbrug af en dominerende stillling.

3. Den omstændighed, at salgsprisen for det patenterede produkt er højere end prisen for det ikke patenterede produkt fra en anden medlemsstat, er ikke nødvendigvis udtryk for misbrug.

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 29. februar 1968.

A. Van Houtte
Justitssekretær

R. Lecourt
Præsident

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT KARL ROEMER FREMSAT DEN 7. FEBRUAR 1968

Oversigt

Indledning (faktiske omstændigheder; den forelæggende rets spørgsmål) 461

Retlig vurdering 463

Indledende bemærkninger 463

1. Vedrørende det første spørgsmål 463
   a) Vedrørende artikel 85 464
   b) Vedrørende artikel 86 464

2. Vedrørende det andet spørgsmål 466

3. Sammenfatning 467

Høje Ret.

I denne præjudicielle sag, som er blevet indledt ved en forelæggelse fra Gerechtshof (appelretten) i Haag, er der på ny diskussion om EØF-traktatens konkurrenceret. — De faktiske omstændigheder, som jeg må gå ud fra, og som på grund af karakteren af de rejste spørgsmål har vakt opmærksomhed i vide kredse, er følgende:

Det amerikanske selskab Parke, Davis & Co. med hjemsted i Detroit er indehaver af to nederlandske patenter til »biologisk og kemisk« fremstilling af et antibiotikum »Chloramphenicol«. I forbindelse hermed har selskabet til-

delt et nederlandsk firma med hjemsted i Delft en række licenser og er som følge heraf over for licenstageren forpligtet til at varetage patentbeskyttelsen i Nederlandene.

Man må i denne forbindelse mærke sig, at lægemidler efter nederlandsk ret ganske vist ikke selv kan patenteres, men at indehaveren af et patent på en fremstillingsmetode dog har eneret til at sælge et produkt, der er fremstillet efter den patenterede metode. I henhold til lov af 7. november 1910 gælder der desuden i sager om patentkrænkelser ved såkaldte »nye« produkter en formodning — der skal afkræftes af den, som angiveligt har krænket rettigheden — for, at de afsatte mængder er fremstillet efter den beskyttede metode uden patentindehaverens samtykke.

Nu er firma Parke, Davis's patentrettigheder åbenbart blevet krænket ved, at et belgisk selskab (firma »Probel«, Bruxelles) og to hollandske firmaer (aktieselskabet »Reese en Beintema-Interpharm« og handelselskabet »Centrafarm«, begge med hjemsted i Rotterdam) har bragt Chloramphenicol fra forskellige europæiske lande i omsætning uden tilladelse fra patentindehaveren eller dennes licenstager i Holland. Derfor blev der anlagt sag i 1958 i Rotterdam, hvorunder firma Parke, Davis nedlagde påstand om, at de tre nævnte selskaber pålagdes at betale skadeserstatning for krænkelse af dets patentrettigheder og under trussel om bødestraf fik forbud mod fremtidig at krænke patentrettighederne. På de forskellige stadier af sagen, som også gik til Hoge Raad (Højesteret), blev der foretaget en undersøgelse af en række faktiske spørgsmål og problemer vedrørende nederlandsk patentret, som — navnlig efter et forgræves forsøg på at bevise, at det omtvistede Chloramphenicol var fremstillet efter en anden metode — for størstedelens vedkommende blev løst ved Gerechtshof Haag's dom af 30. juni 1967. Denne dom gik faktisk ud fra, at firma Parke, Davis's patentrettigheder var blevet krænket, hvorfor firma Centrafarm dømtes til at betale skadeserstatning (tilsvarende påstande over for de andre sagsøgte var frafaldet), og samtlige sagsøgte fik forbud mod yderligere krænkelser af patentretten under trussel om bødestraf. — Der var dog ét punkt, som der ikke blev taget stilling til i dommen, nemlig bedømmelsen af salget af Chloramphenicol fra Italien, den eneste medlemsstat i EØF, hvor firma Parke, Davis ikke har noget patent på fremstillingen af det pågældende antibiotikum, fordi lægemidler og metoderne til fremstilling heraf ikke kan patenteres efter italiensk ret (se hertil den detaljerede beskrivelse i »Centrafarm's« skriftlige indlæg). Det var fremfor alt det sagsøgte selskab Centrafarm, der havde henvist til, at det i Nederlandene »i den sidste tid« kun havde solgt Chloramphenicol, der var fremstillet i Italien, og som, under hensyn til italiensk patentrets særegenheder, kunne sælges frit i dette land. Selskabet gjorde gældende, at der, dersom Parke, Davis under henvisning til patentretten skulle få udvirket et importforbud, ville være tale om en overtrædelse af EØF-traktatens konkurrenceregler (artikel 85, stk. 1 og artikel 86), hvilket særligt begrundedes med, at forbrugerne i Nederlandene i så fald ikke kunne nyde godt af de åbenbart betydeligt lavere italienske priser. — Retten i Haag fandt, at en klargørelse af dette spørgsmål var relevant for afgørelsen. Efter anmodning fra Centrafarm besluttede den derfor i den allerede nævnte dom af 30. juni 1967 at forelægge Den europæiske Domstol nedenstående to spørgsmål i henhold til artikel 177:

1. Når hensyn tages bl. a. til bestemmelserne i artikel 36 og 222 i traktaten om oprettelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab, falder da det forhold ind under det i artikel 85, stk. 1 og artikel 86 i denne traktat indeholdte forbud mod visse former for praksis og misbrug, at en indehaver af et patent, der er tildelt af myndighederne i en medlemsstat, i henhold til dette patent udvirker en retskendelse, hvorved det inden for statens territorium forbydes under nogen form at bringe i omsætning, videresælge, udleje, holde på lager for andre eller bruge et produkt, som hidrører fra en anden medlemsstat, når der ikke for produktets fremstilling og forhandling i denne anden stat indrømmes enerettigheder?
2. Skal det første spørgsmål besvares anderledes, såfremt den, der har erhvervet patentindehaverens rettigheder, forhandler produktet i førstnævnte medlemsstat til en højere pris end den, som forbrugeren i dette område skal betale for et produkt, der hidrører fra den anden medlemsstat?

Da der med disse spørgsmål klart er rejst grundlæggende problemer vedrørende den nationale patentrets forhold til Fællesskabets konkurrenceret, har deltagelsen i den præjudicielle sag, som blev resultatet heraf, været særlig stor. Således er der (i henhold til artikel 20 i EØF-statutten for Domstolen) indgivet skriftlige indlæg af hovedsagens parter (undtagen af »Centrafarm«), af regeringerne i kongeriget Nederlandene, Forbundsrepublikken og Den franske Republik samt af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber. Også i den mundtlige forhandling har alle disse deltagere (med undtagelse af den nederlandske regering) ytret sig.

Jeg skal nu undersøge, hvad svaret på de stillede spørgsmål herefter må blive. Min opgave lettes ikke ligefrem ved antallet af deltagere i sagen og deres forskellige argumenter.

Retlig vurdering

Indledende bemærkninger

Inden jeg kan tage fat på den egentlige fortolkningsopgave, må der dog gøres nogle foreløbige bemærkninger vedrørende *rækkevidden af de stillede spørgsmål.*

Dette synes nødvendigt, fordi der af visse deltagere (nemlig Kommissionen, den nederlandske regering og sagsøgte Centrafarm) skriftligt og mundtligt er behandlet problemer, som kun står i fjern tankemæssig forbindelse med det sagsforhold, som skal bedømmes af den nationale ret, men som i virkeligheden ikke indeholdes i de stillede spørgsmål. Det drejer sig om problemet med de såkaldte »parallelpatenter« eller med andre ord om den situation, at en virksomhed i en medlemsstat har en patentret for et produkt og vil hindre import af dette fra medlemsstater, hvori den ligeledes er indehaver af patentrettigheder, men hvor disse betragtes som udtømt, fordi produktet af patentindehaveren eller med dennes samtykke er bragt i omsætning, således at patentindehaveren allerede har kunnet drage økonomisk fordel af udnyttelsen af sine rettigheder. Navnlig Kommissionen anser det for rimeligt at drage denne omstændighed med ind i overvejelserne vedrørende fortolkningen, da der i forelæggelseskendelsens faktum (i den franske oversættelse) kun tales om produkter »fra Italien« og ikke om produkter »med oprindelse i Italien«. Man kunne ifølge Kommissionen forestille sig, at de omtvistede produkter ganske vist blev indført fra Italien, men at de i dette land var blevet bragt i fri omsætning fra en anden stat, hvor de på grundlag af et andet patent var fremstillet eller bragt i omsætning af den nederlandske patentindehaver (eller med dennes samtykke). Videre kunne man forestille sig, at den omtvistede vare ganske vist var produceret i Italien (altså uden patentbeskyttelse) men derefter straks af den hollandske patentindehaver eller med dennes samtykke var blevet bragt i omsætning i en anden medlemsstat, hvor der består patentbeskyttelse.

Disse — kunstigt og usandsynligt forekommende — konstruktioner og Kommissionens (og andre deltageres) herpå byggede teser vil jeg dog ikke gå ind på, fordi jeg ikke er beføjet til at svare »ultra petita«. De er nemlig klart ikke inddraget i den nationale sag, som jeg er bundet af. Derimod fremgår det klart af forelæggelseskendelsens begrundelse, særlig af henvisningen til »Centrafarm«'s anbringender (hvori der kun tales om produkter, der er fremstillet i Italien og straks derefter eksporteret til Nederlandene), samt af den omstændighed, at import fra andre medlemsstater allerede er blevet forbudt, hvilket sagsforhold den nederlandske ret nu udelukkende har for øje. Derfor er det eneste vigtige spørgsmål, om der på grundlag af nederlandsk ret kan gives indehaveren af nederlandske patenter beskyttelse i form af krav på skadeserstatning og nedlæggelse af forbud mod import uden hans samtykke af patentbeskyttede produkter fra et *land,* hvori der *ikke* findes patentbeskyttelse, og hvor de har kunnet fremstilles og bringes i omsætning uden patentindehaverens tilladelse, eller om EØF-traktatens konkurrenceret udelukker, at sådanne krav på national patentbeskyttelse gøres gældende.

Kun med dette problem skal jeg beskæftige mig i det følgende, mens de — navnlig af Kommissionen stillede — videregående spørgsmål i påkommende tilfælde må forbeholdes en senere sag, hvor de faktisk er relevante.

1. Vedrørende det første spørgsmål

Ved besvarelsen af det første spørgsmål, hvis ordlyd jeg ikke behøver gentage, anser jeg det for hensigtsmæssigt at foretage en opde-

ling efter de to traktatartikler, som er nævnt heri. Jeg behandler altså først artikel 85 og undersøger i forlængelse heraf betydningen af artikel 86 for det foreliggende sagsforhold.

a) Vedrørende artikel 85

Hvad EØF-traktatens artikel 85 angår kan mine bemærkninger gøres i korthed. Som bekendt forbyder denne bestemmelse visse aftaler mellem virksomheder, vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og former for samordnet praksis, dvs. den gælder kun for tilfælde, hvor konkurrencen indskrænkes og handelen påvirkes gennem en *frivillig samvirken mellem flere virksomheder.*

Dette er der klart ikke tale om i det foreliggende sagsforhold. Vi har at gøre med patentindehaverens *ensidige* adfærd, dvs. det forhold, at han gør sine nationale, originære rettigheder (der ikke hviler på en aftale) gældende. Han er muligvis over for sin nederlandske licenstager forpligtet til at udøve sin ret, men det er ikke denne aftale men kun den »subjektive« nationale patentret, der kan bevirke en indskrænkning af konkurrencen.

Der må derfor gives forbundsregeringen og den franske regering medhold i, at artikel 85 efter sagens natur ikke kan finde anvendelse på et sagsforhold som dette.

b) Vedrørende artikel 86

Så enkelt er det ikke at svare på spørgsmålet, om artikel 86, som forbyder misbrug af en dominerende stilling på markedet, kan påberåbes over for håndhævelsen af patentrettigheder. De fleste deltagere er ved besvarelsen af dette spørgsmål gået noget længere tilbage i tiden; jeg vil gøre det samme. Det er for Domstolen blevet anført, at nederlandsk ret (§ 30 i lov af 7. november 1910) giver patentindehaveren en, ganske vist fristbetinget, *eneret* til udnyttelse af en opfindelse (fremstilling og salg af det patenterede produkt) på nederlandsk territorium. Denne ret udtømmes først, når det patenterede produkt af patentindehaveren eller med dennes samtykke bringes i omsætning, og dette skal — efter gældende retspraksis — ske i *Nederlandene.* Der gælder derfor (som i andre medlemsstater) et *territorialprincip.*

Den pågældende nationale patentret — og her er der tilsyneladende i det store og hele enighed mellem de deltagende parter — påvirkes angiveligt ikke af EØF-traktaten i sit *indhold,* dvs. i sin *substans*[1]. Det er der faktisk klare holdepunkter for i selve traktaten, nemlig i artikel 36 og 222. Det anerkendes i *artikel 36* — dog ikke uden forbehold, som Kommissionen med rette har fremhævet — at handelsrestriktioner (eller med andre ord: opdeling af markedet) må accepteres som undtagelser fra bestemmelserne i artikel 30 til 34, for så vidt de er betinget af en national beskyttelse af den industrielle ejendomsret. — Traktatens *artikel 222* lader udtrykkeligt de ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne urørt. Dette må retteligt (i modsætning til hvad Kommissionen fejlagtigt antyder, at der på baggrund af EKSF-traktatens artikel 83 kun er valgfrihed mellem privatretlige og offentligretlige *virksomhedsformer*) betyde, at alle væsentlige elementer i den nationale ejendomsretlige ordning skal lades uberørt, altså også opretholdelsen af de ejendomslignende rettigheder til opfindelser. Denne fortolkning kan — som nogle af parterne har påvist — støttes på visse formuleringer i Grundig-dommen, som ikke a priori tog afstand fra, at artikel 222 kan påberåbes med henblik på beskyttelsen af industriel ejendomsret. Kun ved en fastholden af denne opfattelse er der i øvrigt mening med de stadige bestræbelser, der siden 1959 har været på at få vedtaget en europæisk konvention om tilpasning af den nationale patentret til fællesmarkedets krav.

Imidlertid ville den nationale patentret ganske klart blive påvirket i sit væsentlige indhold, dersom man i en sag som den foreliggende, under påberåbelse af fællesmarkedets krav, gik ud fra princippet om nationale patentrettigheders uafhængighed og fra det almindeligt anerkendte territorialprincip, dersom man altså også antog, at patentretten

1 — Jf. også udtalelse fra det internationale handelskammer om de virkninger EØF-traktatens konkurrenceregler har på beskyttelsen af den industrielle ejendomsret, GRUR, ausländischer und internationaler Teil 1959, s. 392; Plaisant, Le traite de la CEE, l'article 85 et les droits de propriété industrielle i: Propriété industrielle et Marché Commun, s. 145; Wagret, La propriété industrielle et le droit européen des ententes, Revue du Marché Commun 1962, s. 431; Jansse m.fl., Der Einfluß der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrags auf die gewerblichen Schutzrechte, GRUR, ausländischer und internationaler Teil, 1961, s. 276.

udtømmes eller med andre ord, at den i forbindelse hermed stående beskyttelse udelukkes, når patentbeskyttede produkter uden patentindehaverens samtykke bringes i omsætning i lande uden patentbeskyttelse. I så fald ville der faktisk ikke være meget tilbage af det lovlige udnyttelsesmonopol, der skal sikre opfinderen chancen for en passende belønning, thi ikke-berettigede ville uhindret kunne forsyne hele fællesmarkedet ved import fra et land uden patentbeskyttelse og dette på gunstigere betingelser end opfinderne selv (da disse jo ikke, som patentindehaverne eller deres licenstagere, skal dække særlige omkostninger ved produktets udvikling). Virkningerne for økonomien og for praksis på patentområdet ville blive uoverskuelige. En sådan udhulet og udvandet patentret ville kunne hæmme det tekniske fremskridt, for man ville i høj grad fratage virksomhederne tilskyndelsen til at bære de voksende omkostninger ved forskning og udvikling, fordi der ikke ville være udsigt til en passende belønning i form af en effektiv, lovhjemlet eneadgang til udnyttelse gennem en vis tid. I det mindste måtte det påregnes, at opfindelser i vidt omfang ville blive hemmeligholdt (nemlig i håb om således at sikre den økonomiske udnyttelse for sig selv), hvad der ikke blot ville fratage andre virksomheder muligheden for at arbejde videre på grundlag af tidligere opdagelser men også forhindre, at disse andre virksomheder får lovlig adgang til at deltage i udnyttelsen gennem licenser.

Således kan der med henblik på traktatens artikler 36 og 222 med sikkerhed ikke være tale om, at patentbeskyttelsen falder bort i et land, blot fordi de beskyttede produkter uden patentindehaverens samtykke bringes i omsætning i et land uden patentbeskyttelse, hvorfor der faktisk kun bliver det spørgsmål tilbage, om *reglerne on misbrug* i artikel 86 kan gribe ind her.

Det vil være ukorrekt straks at udelukke, at disse kan anvendes over for patentrettigheder. Det viste sig allerede i Grundig-sagen med henblik på det beslægtede fænomen varemærkeretten, hvis indhold ganske vist forblev uantastet, men for hvis *udøvelse* der måtte sættes visse grænser (nemlig for så vidt der måtte antages at foreligge misbrug til skade for effektiviteten af Fællesskabets konkurrenceret). Også i national patentret kendes der for så vidt, f. eks. hvad angår konkurrence- eller prisretlige krav, visse begrænsninger (hvad bl. a. den franske regering har påvist over for Domstolen).

Jeg vil altså undersøge, hvilke af kriterierne i artikel 86 der særligt må lægges vægt på og hvilken betydning, der må tillægges dem med henblik på det foreliggende sagsforhold.

Den første betingelse er, at der foreligger en *dominerende stilling* på fællesmarkedet eller en væsentlig del heraf. Flere af parterne understreger med rette, at det her drejer sig om et *økonomisk begreb,* at det altså ikke er tilstrækkeligt at påvise et *retligt monopol* (som patentindehaveren har fordel af), hvorfor det må bringes på det rene, hvilken stilling patentindehaveren har på *markedet,* om hans produkt efter sin karakter enten slet ikke eller kun i ringe omfang er udsat for konkurrence, om monopolisten altså har mulighed for at fastsætte priser og betingelser. Det er faktisk muligt at forestille sig patenter, som ikke kan udøves kommercielt (en situation, hvori indehaveren for så vidt ingen indflydelse har på markedet); videre kan det tænkes, at en flerhed af licenstagere sikrer tilstrækkelig konkurrence, at der er andre metoder til fremstilling af det patenterede produkt (hvilket de sagsøgte selv har hævdet), eller — som sagsøgeren har anført vedrørende chloramphenicol — at mange ligeartede produkter fremstillet af andre virksomheder garanterer konkurrencen (hvorved det er uvæsentligt, om denne spiller ind ved detail-forbrugerens eller ved de ordinerende lægers valg). Den blotte forekomst af en patentrettighed er derfor ikke tilstrækkelig med hensyn til kriteriet efter artikel 86, idet der i hvert enkelt tilfælde må foretages økonomiske undersøgelser af den angivne art. I denne forbindelse kan Domstolen ganske vist i fortolkningssagen lade det stå åbent, i hvilket omfang den nationale ret lovligt kan gå ud fra visse *formodninger* om, at patentbeskyttede produkter er udsat for konkurrence, sådanne formodninger, som f. eks. sagsøgeren anser for berettigede[1].

Dernæst må det fremhæves, at artikel 86 taler om *udnyttelse af en stilling på markedet.* Følgelig er det — hvad navnlig forbundsregeringen har understreget — ikke alle monopo-

1 — Jf. også Jansse, op. cit.

listens handlinger, der er ulovlige, men kun sådanne, som han foretager under anvendelse af sin dominerende stilling; med andre ord skal den dominerende stilling på markedet benyttes som *middel* til opnåelse af et bestemt formål. Faktisk kan man spørge, om der *begrebsmæssigt* er tale om dette i tilfælde af en udøvelse af statslige patentrettigheder, thi grundlaget for at gøre sådanne gældende er alene den objektive retlige situation, derimod ikke patentindehaverens stilling på markedet. Imidlertid skal jeg ikke nærmere uddybe denne — måske noget akademisk virkende — problemstilling, men rette opmærksomheden mod det tredje kriterium, som efter min opfattelse kan gøres til genstand for helt klare bemærkninger,

Frem for alt forlanger artikel 86 nemlig »*misbrug*« af den dominerende stilling med hensyn til patentretten, dvs. misbrug ved udøvelsen af denne. Den *normale brug,* der svarer til rettens *natur* og *formål,* kan aldrig forbydes efter artikel 86[1]. Noget sådant er der imidlertid tale om i et tilfælde som det foreliggende. Som vi véd, søges der nedlagt retsligt forbud mod import af det patentbeskyttede produkt fra et *patentfrit* område. Dette betyder, at der gøres krav gældende, som følger af patentrettens *natur,* og uden hvilke retten — som vi har set — næsten ville miste sit indhold, fordi patentindehaverens udnyttelsesmonopol, der skal sikre ham en passende godtgørelse for hans anstrengelser, ville komme i fare. For så vidt kan den foreliggende sag heller ikke sammenlignes med Grundig-sagen, hvori det blev anført, at overdragelse af *varemærke*rettigheder (hvis funktioner for øvrigt væsentligt adskiller sig fra patentrettens) med det formål at sikre en traktatstridig eneforhandling under udelukkelse af parallelimport (dvs. til sikring af en aftale om opdeling af markedet), udgør et misbrug, fordi der ikke findes dækning herfor i varemærkerettens formål og funktion.

Således må det med hensyn til det første spørgsmål sammenfattende fastslås, at en anvendelse af artikel 86 på patentrettigheder ganske vist ikke kan udelukkes, men at dette under omstændigheder som de foreliggende ikke kan hindre patentindehaveren i at gøre sine krav på beskyttelse gældende med henblik på import fra patentfrie områder.

1 — Jf. Janse, op.cit.

Det første spørgsmål må derfor — og det er også de deltagende regeringers, sagsøgerens og (for så vidt der ikke er tale om parallelle patenter) Kommissionens opfattelse — besvares *benægtende.*

2. Vedrørende det andet spørgsmål

Med det supplerende andet spørgsmål ønsker den hollandske ret klarlagt, om svaret bliver et andet, såfremt patentindehaveren (henholdsvis dennes licenstager) kræver *højere priser* for de produkter, som han har bragt i omsætning i Nederlandene, end for de fra Italien importerede produkter.

I så henseende kunne man — som sagsøgeren i hovedsagen — stille sig tilfreds med den forklaring, at en eksisterende prisforskel selvfølgelig ikke i sig selv tillader nogen som helst eksakt kartelretlig konklusion, uden at dens omfang og årsager præciseres.

Svaret bør imidlertid ikke være så kort, og således må der yderligere gøres nedenstående bemærkninger.

Det er faktisk tænkeligt i en *helt usædvanlig* prisdannelse at se *et indicium* for en dominerende stilling på markedet og misbrug heraf i den betydning, der er forudsat i artikel 86, den eneste konkurrenceretlige bestemmelse i traktaten, der, som påvist, har interesse i den foreliggende sag. Ganske vist bør den nationale dommer på ingen måde stille sig tilfreds med et sådant indicium alene, idet han tværtimod er forpligtet til at foretage nøje undersøgelser (som der naturligvis ikke er plads til i en fortolkningssag efter artikel 177) for at nå frem til en *pålidelig* konstatering af, at der foreligger dominans på markedet og misbrug heraf (f. eks. — hvad den franske regering anser for korrekt — ved en sammenligning med analoge situationer på andre patentbeskyttede markeder). Thi en vis (ikke uvæsentlig) prisforskel — det har sagen på overbevisende måde vist — kan ifølge sagens natur opstå i et sagsforhold som det foreliggende. Det er således normalt, at de ret høje forskningsomkostninger (også for resultatløs forskning) i den pharmaceutiske industri, som — under hensyn til den hurtige udvikling — skal afskrives over forholdsvis kort tid, slår igennem i prisen for et patenteret produkt (uanset om dette markedsføres umiddelbart af patentindehaveren eller af en — af-

giftspligtig — licenstager). Som jeg allerede har betonet, ville tilskyndelsen til at gennemføre bekostelige udviklingsprojekter falde bort, dersom der ikke bestod mulighed for dækning af omkostningerne gennem patentmonopolet. Endvidere slår omkostningerne ved patenteringen, markedsføringen og (for mærkevarers vedkommende) opbygningen af en goodwill igennem i prisen. — Producenten i et patentfrit land, som ved hjælp af den offentliggjorte registrering kan udnytte fremmede opfindelser uden at skulle betale herfor, er ikke belastet med alle disse omkostninger. Det er altså intet under, at han kan tilbyde sine varer væsentligt billigere. Hertil kommer — som man forsøgte at påvise for Domstolen under den mundtlige forhandling — mulige *kvalitets*forskelle, som også kan komme til udtryk i prisen.

Dersom det under hensyn til de anførte elementer skulle vise sig, at der som følge af en dominerende stilling på markedet foreligger en urimelig, økonomisk set uberettiget prisdannelse i den i artikel 86, litra a) forudsatte betydning, kan der alligevel — rigtigt forstået — ikke indtræde den retsvirkning, at patentindehaveren berøves sin *lovmæssige adgang til at afværge* sådanne indførsler fra patentfrie lande, som den forelæggende ret i første række skal tage stilling til. Som påvist ville dette være ensbetydende med en næsten fuldkommen udhuling og devaluering af patentretten, dvs. en tilsidesættelse af den retsbeskyttede dominerende stilling, der følger heraf. Men noget sådant — dvs. en fordømmelse af den *dominerende* stilling som sådan — kan på ingen måde udledes af artikel 86, der kun forbyder *misbrug*. Hvis misbruget altså ytrer sig i *prisdannelsen,* kan kun den eventuelt blive genstand for en kartelretlig foranstaltning (således efter forordning nr. 17, artikel 3), derimod ikke bestræbelserne på at forbyde import fra patentfrie lande.

Som blandt andet Kommissionen, den franske regering og forbundsregeringen har foreslået det, må derfor også svaret på det andet spørgsmål, *uanset hvilken synsvinkel der anlægges,* blive benægtende.

3. Sammenfatning

I henhold til foranstående må der gives følgende svar på de stillede spørgsmål:

— Hverken artikel 85 eller artikel 86 i EØF-traktaten udelukker, at indehaveren af et af en medlemsstat tildelt patent på grundlag af sin patentret udvirker et retsforbud mod indførelse af patentbeskyttede produkter fra en anden medlemsstat, hvori der ikke indrømmes patentbeskyttelse for disse produkter og metoden til deres fremstilling.

— Dette gælder også, hvis patentindehaveren (eller dennes licenstagere) i den medlemsstat, der yder patentbeskyttelse, bringer produkterne i omsætning til priser, som ligger over dem, der i samme medlemsstat forlanges for produkter, som er indført fra en patentfri medlemsstat.