FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT ANTONIO LA PERGOLA

fremsat den 22. april 1999 *

I — Det præjudicielle spørgsmål og de relevante retsregler og faktiske omstændigheder i hovedsagen

1. Ved kendelse indført i registeret den 20. februar 1998 har Bundespatentgericht (Tyskland) anmodet Domstolen om at fortolke EF-traktatens artikel 30 og 36 med henblik på den tyske lovgivning om gennemførelse af den europæiske patentkonvention (herefter »konventionen«), hvori det bestemmes, at såfremt oversættelsen til tysk af patentskriftet for et europæisk patent, der allerede er udstedt eller forventes udstedt, ikke indleveres, skal virkningerne af patentet anses for aldrig at være indtrådt i Tyskland. Det præjudicielle spørgsmål fra den forelæggende ret lyder således:

»Er det foreneligt med princippet om frie varebevægelser (EF-traktatens artikel 30 og 36), at virkningerne af et patent, som Den Europæiske Patentmyndighed har meddelt med virkning for en medlemsstat, og som foreligger på et andet end medlemsstatens officielle sprog, anses for aldrig at være indtrådt, såfremt patenthaveren ikke inden tre måneder efter offentliggørelsen af meddelelsen om udstedelse af det europæiske patent i Den Europæiske Patenttidende til medlemsstatens patentmyndighed indsender en oversættelse af patentskriftet til medlemsstatens officielle sprog?«

2. Konventionen blev undertegnet i München den 5. oktober 1973 og trådte i kraft den 7. oktober 1977. Ud over medlemsstaterne er Schweiz, Liechtenstein, Monaco og Cypern nu deltagere i konventionen. Som det fremgår af artikel 1 og 2, har konventionen indført et fælles retssystem for de kontraherende stater for meddelelse af »europæiske« patenter på opfindelser. Det europæiske patent har i hver kontraherende stat, for hvilken det er meddelt, den samme virkning og er underkastet de samme bestemmelser som et i den pågældende stat meddelt nationalt patent, for så vidt andet ikke er bestemt i konventionen. Konventionens artikel 64, stk. 1, bestemmer navnlig: »Et europæisk patent giver fra dagen for offentliggørelsen af meddelelsen om dets udstedelse i enhver kontraherende stat, for hvilken det er udstedt, indehaveren de samme rettigheder, som et i den pågældende stat meddelt nationalt patent ville give ...« Det europæiske patent består således, når det er udstedt, i det væsentlige af et »bundt« af nationale rettigheder. De fælles retsregler, som er indført ved konventionen, er således

* Originalsprog: italiensk.

i princippet begrænset til fremgangsmåden for udstedelsen.

3. Med henblik på afgørelsen af den foreliggende sag har konventionens sprogordning særlig betydning. Denne ordning skal tilgodese forskellige krav: en effektiv sagsbehandling ved Den Europæiske Patentmyndighed (herefter »EPMD«) og ligestilling af de kontraherende staters sprog; patentansøgerens eller patenthaverens interesser og konkurrenternes interesser [1]. Det bestemmes i konventionens artikel 14, at patentansøgninger skal indleveres på et af EPMD's officielle sprog, dvs. tysk, engelsk og fransk. Fysiske og juridiske personer med bopæl eller sæde inden for en kontraherende stat, der som officielt sprog har et andet sprog end EPMD's sprog, samt statsborgere i den pågældende stat med bopæl i udlandet, kan dog indlevere deres ansøgning på den pågældende stats officielle sprog, men skal i så fald indlevere en oversættelse til tysk, engelsk eller fransk inden tre måneder og under alle omstændigheder inden 13 måneder fra prioritetsdagen, såfremt der forinden er indgivet en forskriftsmæssig national ansøgning (jf. regel 6, stk. 1, i gennemførelsesforskrifterne til konventionen, herefter »gennemførelsesforskrifterne«). Det sprog, som ansøgeren vælger at affatte patentansøgningen på eller oversætte den til, skal anvendes som behandlingssprog ved enhver behandling ved EPMD, som vedrører den pågældende ansøgning eller det på grundlag af denne meddelte patent. Jeg bemærker især, at europæiske patentansøgninger og europæiske patentskrifter offentliggøres på behandlingssproget [2], idet kun patentkravene skal oversættes til de to andre af EPMD's officielle sprog (konventionens artikel 14, stk. 7). Endvidere bestemmes i konventionens artikel 70, stk. 1, at den på behandlingssproget foreliggende tekst til en ansøgning eller et patent generelt har gyldighed under enhver behandling ved EPMD eller ved nationale retter i de kontraherende stater.

4. Det grundlæggende træk ved det europæiske patentsystem er, at der ydes en

1 — Jf. J.B. van Benthem: »The solution of the Language Problem in the European Patent Conventions«, *IIC*, 1975, s. 1.

2 — Ifølge konventionens artikel 78 og 98 skal såvel den europæiske patentansøgning som det europæiske patentskrift indeholde en beskrivelse af opfindelsen, et eller flere krav og eventuelt dertil hørende tegninger. Beskrivelsen har først og fremmest til formål at gøre offentligheden bekendt med de grundlæggende træk ved den opfindelse, som med udstedelsen af patentet vil være omfattet af eneretten til brug. I henhold til konventionens artikel 83 skal opfindelsen forklares på en så tydelig og fuldstændig måde, at en fagmand på grundlag deraf kan udøve opfindelsen. Regel 27 i gennemførelsesforskrifterne bestemmer nærmere, at beskrivelsen skal angive i) det tekniske område, som opfindelsen vedrører, ii) den teknik, hvorpå opfindelsen bygger, for så vidt den ansøgeren bekendt kan anses for nyttig for forståelsen af opfindelsen, iii) opfindelsens eventuelle fordelagtige virkninger i forhold til den teknik, hvorpå opfindelsen bygger, samt iv) en udførelsesform for opfindelsen. Ansøgeren skal endvidere v) forklare opfindelsen på en sådan måde, at det tekniske problem og dets løsning kan forstås, samt vi) beskrive figurerne på tegningerne, hvis sådanne findes. I øvrigt har beskrivelsen til formål at fastlægge indholdet af den beskyttelse, der ønskes ved patentansøgningen, hvorved der gælder det princip, at kravene, der fastlægger genstanden for denne beskyttelse, skal være klare og kortfattede og være underbygget af beskrivelsen (konventionens artikel 84). Tilsvarende bestemmer konventionens artikel 69, at beskyttelsesomfanget for et europæisk patent eller en europæisk patentansøgning bestemmes af indholdet af patentkravene; beskrivelsen og tegningerne kan dog anvendes til fortolkning af patentkravene. Protokollen om fortolkning af artikel 69, som er en integrerende del af konventionen, præciserer, at den pågældende bestemmelse ikke må fortolkes således, at beskyttelsens omfang fastlægges snævert og bogstaveligt ud fra ordlyden af patentkravene (beskrivelsen og tegningerne anvendes udelukkende til at fjerne uklarheder); artikel 69 må heller ikke fortolkes således, at patentbeskyttelsen også omfatter, hvad patenthaveren efter opfattelsen hos en fagmand, der har undersøgt beskrivelsen og tegningerne, har ønsket at beskytte, idet patentkravene udelukkende har vejledende betydning. Konventionens artikel 69 er derimod udtryk for en mellemløsning mellem de nævnte yderpunkter, idet den på en og samme tid yder ansøgeren en rimelig beskyttelse og giver tredjemænd en rimelig grad af sikkerhed.

national beskyttelse i hver af de designerede lande (jf. ovenfor, punkt 2). Dette forklarer således, at de kontraherende stater, hvis nationale sprog er et andet end behandlingssproget, må have en tekst til rådighed, der er affattet på eller oversat til deres sprog, hvilket også er til gavn for den nationale økonomis innovations- og konkurrenceevne. Bestemmelserne på dette område om offentliggørelse af dokumenter, der har retsvirkninger i forhold til alle, må i øvrigt ses i sammenhæng med bestemmelserne i konventionens artikel 67, stk. 3 [3], og artikel 65 [4], som henholdsvis vedrører den foreløbige eller endelige beskyttelse for den person, der ansøger om beskyttelse for patentet: Den foreløbige beskyttelse har ansøgeren efter offentliggørelsen af ansøgningen, mens den endelige beskyttelse følger efter udstedelsen af det europæiske patent. Disse bestemmelser skal råde bod på den dårligere udgangsposition for de kontraherende stater, hvis nationale sprog er et andet end de officielle sprog ved EPMD (eller i hvert fald et andet end behandlingssproget), idet de giver disse mulighed for at bestemme, at de nævnte dokumenter først får retsvirkning på deres område, når der foreligger en oversættelse til det nationale sprog [5].

3 — Ifølge artikel 67, stk. 3, kan en kontraherende stat for de tilfælde, hvor behandlingssproget er et andet end statens officielle sprog, bestemme, at den foreløbige beskyttelse i henhold til stk. 1 og 2 først indtræder, såfremt ansøgeren indleverer en oversættelse af *patentkravene* til det nationale sprog og a) gør oversættelsen almindelig tilgængelig på den i den nationale lovgivning foreskrevne måde, eller b) fremsender den til den, der i den pågældende stat udnytter den opfindelse, der er genstand for ansøgningen, og for hvilken han gør krav på foreløbig beskyttelse, på en sådan måde, at denne person efter den nationale lovgivning ville være ansvarlig, såfremt der var tale om en krænkelse af et nationalt patent.

4 — Konventionens artikel 65 (»Oversættelse af det europæiske patentskrift«), som ændret med virkning fra den 1.1.1996 ved Administrationsrådets afgørelse af 13.12.1994, har følgende indhold:
»1. En kontraherende stat *kan* for de tilfælde, hvor den tekst, på grundlag af hvilken Den Europæiske Patentmyndighed agter at meddele et europæisk patent eller opretholde et sådant i ændret form for den pågældende stat, ikke foreligger på et af denne stats officielle sprog, *bestemme*, at ansøgeren eller patenthaveren til dens centrale myndighed for industriel ejendomsret skal indsende en oversættelse af denne tekst til et af statens officielle sprog efter vedkommendes valg eller, hvis den pågældende stat foreskriver anvendelsen af et bestemt officielt sprog, til dette. Fristen for indsendelse af oversættelsen er tre måneder fra dagen for offentliggørelsen i *Den Europæiske Patenttidende* af meddelelsen om udstedelsen af det europæiske patent eller om opretholdelsen af det europæiske patent i ændret form, medmindre den pågældende stat foreskriver en længere frist.
2. En kontraherende stat, som har udfærdiget en forskrift i henhold til stk. 1, kan bestemme, at ansøgeren eller patenthaveren inden for en af den pågældende stat fastsat frist helt eller delvis skal betale omkostningerne ved offentliggørelsen af oversættelsen.
3. En kontraherende stat *kan bestemme*, at i tilfælde af manglende overholdelse af en i henhold til stk. 1 og 2 udfærdiget forskrift skal virkningerne af det europæiske patent aldrig anses for at være indtrådt i denne stat« (mine fremhævelser).
Ifølge forelæggelseskendelsen er ordningen med at kræve oversættelse af det europæiske patentskrift gennemført i alle de kontraherende stater, bortset fra Luxembourg og Monaco.

5. Konventionens artikel 65 (jf. fodnote 4) er blevet gennemført i det tyske retssystem ved de bestemmelser, hvis forenelighed med traktaten er omtvistet i hovedsagen. Artikel II, stk. 3, andet og tredje afsnit, i Gesetz über internationale Patentübereinkommen (lov om internationale patentoverenskom-

5 — Jeg bemærker i den forbindelse, at oversættelsen af patentkravene eller af den fuldstændige patenttekst ikke alene har betydning for så vidt angår muligheden for at opnå national beskyttelse i den designerede kontraherende stat for ansøgningen eller for det udstedte patent, men også kan spille en afgørende rolle med henblik på fastsættelsen af patentets omfang, og dermed også for fastlæggelsen af omfanget af denne beskyttelse. Som en undtagelse fra det grundlæggende princip om, at den på behandlingssproget foreliggende tekst har gyldighed (jf. ovenfor, punkt 3), giver konventionens artikel 70, stk. 3, den enkelte kontraherende stat ret til at bestemme i sin nationale lovgivning, at oversættelsen til statens officielle sprog skal anses for at have gyldighed — bortset fra sager om ugyldigkendelse — i tilfælde af, at beskyttelsesomfanget for ansøgningen eller patentet på oversættelsens sprog er *snævrere* end beskyttelsesomfanget for ansøgningen eller patentet på behandlingssproget. Med andre ord kan de kontraherende stater for at fastslå, om der foreligger en patentkrænkelse, henholde sig til den version af ansøgningen eller patentet, der foreligger på det nationale sprog, såfremt denne hjemler en mere begrænset eneret end den, der følger af dokumenters ordlyd på behandlingssproget.

ster) af 20. december 1991 [6] (herefter »IntPatÜG«) bestemmer:

»1) Foreligger den tekst, på grundlag af hvilken Den Europæiske Patentmyndighed agter at meddele et europæisk patent med virkning for Forbundsrepublikken Tyskland, ikke på tysk, skal ansøgeren eller patenthaveren inden tre måneder efter offentliggørelsen af meddelelsen om udstedelse af det europæiske patent i *Den Europæiske Patenttidende* til Deutsches Patentamt [den tyske patentmyndighed] indsende en oversættelse af patentskriftet til tysk og betale et gebyr i henhold til de gældende takster.

...

2) Indleveres oversættelsen ikke inden for den fastsatte frist eller i en form, som ikke muliggør en korrekt offentliggørelse, eller betales gebyret ikke inden for den fastsatte frist, skal virkningerne af det europæiske patent anses for aldrig at være indtrådt i Forbundsrepublikken Tyskland.

3) Deutsches Patentamt offentliggør oversættelsen ...« [7].

6. Selskabet BASF AG, der er sagsøger i hovedsagen, er indehaver af det europæiske patent nr. 0 398 276 — »forbindelse, der anvendes ved metallisering af automobillak«. Dette patent, som er blevet udstedt af EPMD med virkning (bl.a.) for Forbundsrepublikken Tyskland, blev overdraget til selskabet af BASF Corporation, et selskab, der er stiftet efter lovgivningen i New Jersey (USA), ved et dokument, der blev indført i det tyske patentregister den 26. august 1997. Meddelelsen om udstedelsen af det omtvistede patent, der er affattet på engelsk, blev offentliggjort i *Den Europæiske Patenttidende* den 24. juli 1996. Ved afgørelse af 5. maj 1997, som blev meddelt BASF Corporation den 22. maj 1997, fastslog den tyske patentmyndighed, at det nævnte patent aldrig havde haft virkning i Tyskland i medfør af artikel II, stk. 3, andet og tredje afsnit, i IntPatÜG, fordi selskabet ikke rettidigt havde indsendt oversættelsen af patentskriftet til tysk. BASF Corporation har anlagt nærværende sag ved Bundespatentgericht — som BASF AG derefter har videreført — med påstand om annullation af denne afgørelse fra den tyske patentmyndighed.

6 — BGBl. 1991, II, s. 1354.

7 — Min oversættelse. Ifølge § 2, stk. 1, i Verordnung über die Übersetzungen europäischer Patentschriften (bekendtgørelse om oversættelse af europæiske patentskrifter) af 2.6.1992 (BGBl. 1992 II, s. 395) skal patentkravene, beskrivelsen og tegningerne i det europæiske patentskrift oversættes.

II — De af BASF, de intervenerende nationale regeringer samt Kommissionen fremførte argumenter

7. Alle medlemsstaterne (med undtagelse af Storhertugdømmet Luxembourg, se dog fodnote 4) og Kommissionen har samstemmende og med i det væsentlige samme argumenter gjort gældende, at traktatens artikel 30 ikke er til hinder for en national lovgivning af den art, som er omtvistet i denne sag [8].

8. BASF's indlæg for Domstolen går i modsat retning. Sagsøgeren i hovedsagen gør gældende, at de høje udgifter til oversættelse af patentskriftet, som er foreskrevet i Forbundsrepublikken Tyskland (lige som i de andre medlemsstater, der har gjort brug af den ret, der hjemles i konventionens artikel 65), afskærer mange indehavere af europæiske patenter, især små og mellemstore virksomheder, fra at opnå, at patentet får retsvirkninger i alle medlemsstater [9]. I mangel af tilstrækkelige midler er indehaveren således tvunget til at give afkald på patentbeskyttelsen inden for en del af Fællesskabets område. Resultatet af denne begrænsning er en opdeling af det indre marked i et »beskyttelsesområde« og et »friområde«, som udgøres af området i de medlemsstater, for hvilke der ikke er ansøgt om eller opnået beskyttelse for patentet [10]. De omtvistede bestemmelser om, at der

8 — Kommissionen har imidlertid — som den eneste — nærmere anført, at såfremt Domstolen fastslår, at kravet om oversættelse af patentskriftet udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ indførselsrestriktion, kan det ikke anses for begrundet i henhold til traktatens artikel 36, da det er uforholdsmæssigt i forhold til hensynet til at sikre beskyttelsen af patentretten over for tredjemand. Efter Kommissionens opfattelse er det tilstrækkeligt blot at forlange oversættelse af patentkravene, hvorimod en oversættelse af beskrivelsen af opfindelsen kun er nødvendig i særlige tilfælde, hvilket skal afgøres konkret. I betragtning af den løsning, som jeg agter at foreslå Domstolen (jf. nedenfor, punkt 13-19 og afsnit IV), synes det ikke nødvendigt i enkeltheder af undersøge det således fremførte argument, som Kommissionen i øvrigt kun har fremført subsidiært. Jeg skal derfor nøjes med i det hele at henvise til konventionens artikel 69 og 84, hvorefter beskrivelsen af opfindelsen (ligesom også tegningerne) skal anvendes til at fortolke patentkravene, som igen skal være underbygget af beskrivelsen (jf. ovenfor, fodnote 2). Da der utvivlsomt må tillægges beskrivelsen betydning for fastlæggelsen af indholdet af den krævede beskyttelse, er det efter min mening udelukket, at der generelt kan anses for tilstrækkeligt til at nå det tilsigtede mål, at der kun fremlægges en oversættelse af patentkravene. Og der er herved ikke taget hensyn til den særdeles usikre retsstilling, som den af Kommissionen foreslåede løsning, hvorefter der kun forlanges en oversættelse af beskrivelsen i særlige tilfælde, ville medføre for ansøgeren, der — som følge af sanktionen med oprindelig ugyldighed af patentet — i sidste ende vil bære risikoen for en forkert bedømmelse af, hvorvidt hele patentskriftet skal oversættes i det enkelte tilfælde.

9 — Ifølge BASF udgør udgifterne til oversættelse af et patentskrift til de ti andre officielle sprog i medlemsstaterne i gennemsnit ca. 40 000 DEM (eller ca. 20 450 EUR), dvs. et beløb på omkring det dobbelte af det, som ansøgeren må afholde i gebyrer og agenthonorarer for udstedelsen af patentet. Sagsøgeren bemærker endvidere, at den situation, at ansøgeren til et europæisk patent giver afkald på beskyttelsen for sin opfindelse på en del af Fællesskabets område, ud over at være en følge af, at der efter udstedelsen af patentet ikke fremlægges en oversættelse af patentskriftet, ganske vist også kan følge af, at visse medlemsstater oprindeligt ikke er blevet designeret som kontraherende stater, inden for hvilke den patenterede opfindelse kan kræves beskyttet. Imidlertid udgør designationsgebyret i Tyskland kun 150 DEM (eller ca. 77 EUR) for hver stat og kan derfor ikke i sig selv udgøre en tilstrækkelig begrundelse for at begrænse den geografiske udstrækning af den ønskede beskyttelse, til forskel fra udgifterne til oversættelse, som udgør et meget stort beløb.

10 — BASF har anført, at under omstændigheder som dem, der foreligger i denne sag, fremkommer en sådan opdeling af markedet som resultat af følgende foranstaltninger med tilsvarende virkning som indførselsrestriktioner:
a) Til forskel fra patenthaveren, hans licenstager og konkurrenter, der har hjemsted i friområdet eller i tredjelande, kan de erhvervsdrivende i beskyttelsesområdet ikke inden for friområdet deltage i den kommercielle konkurrence på markedet for det pågældende produkt. Disse erhvervsdrivende ville nemlig ifølge BASF gøre sig skyldige i patentkrænkelser, hvis de udførte det patentbeskyttede produkt fra beskyttelsesområdet til friområdet.
b) Patenthaveren kan for sit vedkommende se sig nødsaget til at afstå fra at markedsføre opfindelsen i friområdet for ikke at bringe det højere prisniveau i beskyttelsesområdet i fare på grund af parallelle genindførsler, og han er derfor i praksis afskåret fra at konkurrere inden for friområdet.
c) Patenthaveren bevarer i øvrigt retten til at modsætte sig indførsel i friområdet af produkter, der konkurrerer med det patenterede produkt, og som lovligt er bragt på markedet i friområdet af andre erhvervsdrivende, for indførslen ville under disse omstændigheder være en patentkrænkelse.

skal indleveres en oversættelse af patentskriftet, må følgelig erklæres for uforenelige med traktatens bestemmelser om de frie varebevægelser. Sagsøgeren har endvidere anført, at sanktionen i form af, at det europæiske patent falder bort, hvis oversættelsen ikke fremlægges inden for den fastsatte frist, er urimelig streng i forhold til det mål, der forfølges med den omtvistede lovgivning, og som er at sikre den videst mulige information om, at den nye patentrettighed er stiftet, og hvilket indhold den har. Især hensynet til at give offentligheden adgang til dokumenterne vedrørende patentbehandlingen på den designerede stats nationale sprog ses for en nærmere betragtning allerede at foreligge fra offentliggørelsen af ansøgningen om europæisk patent og består således allerede på et stadium, hvor oversættelserne til dette sprog efter den ved konventionen indførte ordning endnu ikke er til rådighed [11]. For det andet har BASF anført, at oversættelsen af patentskriftet til det nationale sprog i den stat, for hvilken patentet er udstedt, er uden betydning for fastlæggelsen af patentbeskyttelsens udstrækning, da det i medfør af konventionens artikel 70, stk. 1, kun er den på behandlingssproget foreliggende tekst, der har gyldighed [12]. Endelig er det i praksis meget sjældent, at interesserede tredjemænd gennemser oversættelserne [13].

9. BASF har endvidere understreget den grundlæggende interesse, som patenthaveren har i rettidigt at underrette sine konkurrenter — på deres sprog — om, at hans ret findes og om dens indhold. Denne interesse er knyttet til de retsvirkninger, som denne underretning har i de nationale retsordener i medfør af bestemmelserne om sanktioner i tilfælde af krænkelse af en patenteret opfindelse. Der kunne således tænkes mindre alvorlige sanktioner end den, der foreskrives i den tyske lov, som f.eks. at patenthaveren ikke kan påberåbe sig retten til at kræve nedlagt forbud og søge erstatning på grundlag af patentet, før oversættelsen er indleveret, og eventuelt, at der anerkendes en ret til efterfølgende brug for konkurrenter, som før indgivelsen af oversættelsen har anvendt den patenterede opfindelse i god tro [14]. De nationale regeringer er af den modsatte opfattelse, nemlig at ordningen, hvorefter virkningerne af det europæiske patent anses for aldrig at være indtrådt, hvorved risikoen for uforsætlig patentkrænkelse reduceres stærkt, er den eneste af de forskellige mulige sanktioner, der forekommer at være i fuld overensstemmelse med retssikkerhedsprincippet.

10. Den forelæggende ret finder også, at det ikke kan udelukkes, at kravet om

11 — Jf. også House of Lords — Select Committee on the European Communities, *The Community Patent and the Patent System in Europe (Session 1997-98, 26th Report)*, London, 1998, s. 23 (kravet om, at oversættelsen af hele patentskriftet skal foreligge ved udstedelsen af patentet ligger på et for sent tidspunkt til at have nogen faktisk værdi for de erhvervsdrivende, som især er interesseret i teknologi).

12 — Se dog ovenfor, fodnote 5.

13 — Ifølge oplysninger, der blev givet af EPMD's præsident på EPIDOS Annual Conference 1996, gennemses oversættelserne af de udstedte patenter i et omfang, der i praksis svinger mellem 1 og 3%.

14 — Det anføres i forelæggelseskendelsen, at patenthaveren i medfør af § 139, stk. 2, i Patentgesetz (den tyske patentlov) kan kræve erstatning af den, der krænker hans ret, såfremt denne har handlet uagtsomt eller forsætligt. Såfremt patentkrænkeren ikke har kendskab til indholdet af patentskriftet — som foreligger på et andet sprog end det eller de officielle sprog i den pågældende medlemsstat — er betingelsen om, at patentet skal være krænket forsætligt (eller uagtsomt) ikke opfyldt, og følgelig savnes der grundlag for at kræve erstatning for det lidte tab. Så længe oversættelseskravet ikke er opfyldt, må patenthaveren efter BASF's opfattelse, før han kan kræve erstatning, oplyse patentkrænkeren om patentets indhold, f.eks. ved en påmindelse til denne i form af fremsendelse af oversættelsen på det officielle sprog i det land, hvor patentkrænkeren har bopæl, eller ved at indlevere oversættelsen til patentmyndigheden i dette land. I denne situation ville patenthaveren alene kunne kræve erstatning for fremtiden, for så vidt som patentkrænkeren fortsætter krænkelsen efter at have fået kendskab til patentet.

oversættelse i artikel II, stk. 3, andet og tredje afsnit, i IntPatÜG udgør en foranstaltning med tilsvarende virkning i traktatens artikel 30's forstand på grund af de store udgifter, det medfører, og som i en vis forstand udgør en slags »entré« for adgang til medlemsstaternes nationale markeder [15]. Bundespatentgericht bemærker endvidere, at valget mellem straks at indlevere en oversættelse som en sikkerhedsforanstaltning for det tilfælde, at en tredjemand ulovligt skulle gøre brug af patentet i en medlemsstat, og alene at fremlægge den, såfremt der foreligger en faktisk krænkelse, normalt henhører under den dispositionsfrihed, der tilkommer indehaveren af et formuegode eller en rettighed. Endelig finder den forelæggende ret, at såfremt kravet om oversættelse måtte betragtes som en hindring for de frie varebevægelser inden for Fællesskabet, ville en sådan begrænsning næppe kunne begrundes med henvisning til traktatens artikel 36. Det kan nemlig ikke hævdes, at oversættelseskravet skal beskytte den industrielle ejendomsret; det er snarere til skade for patentretten, idet kravet vedvarende vanskeliggør adgangen til patentbeskyttelse i medlemsstaterne.

15 — Det fremgår af forelæggelseskendelsen, at de udgifter til oversættelse af patentskrifterne for de europæiske patenter, som årligt afholdes af industrien, anslås til ca. 430 mio. DEM (eller ca. 220 mio. EUR). F.eks. medfører et europæisk patent, der udstedes for de otte oftest designerede medlemsstater, udgifter til oversættelse og anmeldelse til de forskellige kompetente nationale myndigheder på over 20 000 DEM (svarende til ca. 10 226 EUR; jf. EF-Kommissionen: *Patentering som innovationsfremme — Grønbog om EF-patentet og det europæiske patentsystem* (KOM(97) 314 endelig udg., herefter »grønbogen«), som Kommissionen fremlagde den 24.6.1997, punkt 5.2.3. Hertil kommer den omstændighed, at mange virksomheder i Fællesskabet i årets løb indgiver et stort antal patentansøgninger.

III — Retlig analyse

11. Gennemgangen af det af Bundespatentgericht forelagte spørgsmål bør efter min mening tage udgangspunkt i to forudsætninger. For det første bemærkes, at såfremt det skulle blive fastslået, at den omtvistede foranstaltning er uforenelig med fællesskabsbestemmelserne om de frie varebevægelser i de henseender, der er anført af BASF, kan denne brist ikke udbedres, blot fordi de omtvistede bestemmelser er blevet vedtaget af den tyske lovgiver på grundlag af en international konvention, *der er indgået efter traktaten*, og som alle medlemsstaterne i dag er parter i. Dette gælder så meget mere, som såvel kravet om oversættelse af patentteksten, når den foreligger på et fremmedsprog, som sanktionen, at patentets virkninger anses for aldrig at være indtrådt, såfremt den nævnte oversættelse ikke fremlægges, efter konventionen ikke er forpligtelser, men blot en *valgmulighed* for medlemsstaterne (jf. fodnote 4) [16].

16 — Jf. bl.a. dom af 28.3.1995, sag C-324/93, Evans Medical og Macfarlan Smith, Sml. I, s. 563, præmis 23, 32 og 33, hvori Domstolen — i øvrigt vedrørende en national praksis (forbud mod import af diacetylmorfin og tildeling af eneret til to nationale selskaber til dels at fremstille produktet i pulverform, dels at forhandle dette efter forarbejdning med henblik på lægeligt brug), der hvilede på en international konvention, der var indgået *før* Det Forenede Kongeriges tiltrædelse af Fællesskabet, og som den nævnte medlemsstat opretholdt i henhold til EF-traktatens artikel 234 — fastslog, at en foranstaltning af denne art er omfattet af traktatens bestemmelser (i den pågældende sag artikel 30), »for artikel 234 kan kun anvendes, hvis konventionen pålægger en medlemsstat en forpligtelse, der er uforenelig med traktaten. [Heraf følger] ... at når en international konvention åbner mulighed for, at en medlemsstat kan træffe en foranstaltning, som viser sig at være i strid med fællesskabsretten, uden dog at forpligte den dertil, skal medlemsstaten afholde sig fra at træffe en sådan foranstaltning«. Domstolen konkluderede herefter, at »traktatens artikel 30 skal fortolkes således, at en medlemsstat skal sikre bestemmelsens fulde virkning ved at undlade at anvende en national praksis i strid hermed, medmindre denne praksis er nødvendig for at sikre den pågældende medlemsstats opfyldelse af forpligtelser over for tredjelande, der følger af en konvention, som er indgået før traktatens ikrafttræden eller medlemsstatens tiltrædelse«. Under alle omstændigheder fremgår det i øvrigt af Domstolens faste praksis, at bestemmelserne i en konvention, der er indgået forud for en medlemsstats tiltrædelse, ikke kan påberåbes i forholdet mellem medlemsstaterne, såfremt der — som i det foreliggende tilfælde — ikke er fare for tilsidesættelse af tredjestaters rettigheder (jf. dom af 6.4.1995, forenede sager C-241/91 P og C-242/91 P, RTE og ITP mod Kommissionen, Sml. I, s. 743, præmis 84).

12. For det andet bemærkes, at det også er ubestridt, at der ikke er tale om en kritisk bedømmelse af fordelene ved det centraliserede patentbeskyttelsessystem, som er indført ved konventionen, og heller ikke spørgsmål om, hvor effektiv den ordning er, som de kontraherende stater har vedtaget med hensyn til brugen af sprogene. Jeg benægter ikke, at konventionens sprogordning indebærer visse væsentlige ulemper for de erhvervsdrivende og for de nationale myndigheder, der er kompetente vedrørende industriel ejendomsret i de kontraherende stater [17]. Jeg lægger heller ikke skjul på, at det er et vanskeligt spørgsmål, også på det politiske plan, og at det er svært at finde andre løsninger, der måtte foretrækkes frem for løsningen i konventionen [18] (således, hvilket det synes nyttigt at minde om, konventionen om det europæiske patent for fællesmarkedet, der blev undertegnet i Luxembourg den 15.12.1975, og som i dag udgør en integrerende del af aftalen om EF-patenter, der blev undertegnet i Luxembourg den 15.12.1989) [19].

Det spørgsmål, som foreligger for Domstolen i denne sag, har imidlertid et langt mere begrænset indhold. Det skal afgøres, om den nationale sanktionsbestemmelse, der er omtvistet i hovedsagen, begrænser de frie varebevægelser mellem medlemsstaterne. Jeg er for mit eget vedkommende enig i de argumenter, der er fremført af de nationale regeringer og af Kommissionen, som jeg nu skal referere.

17 — Jf. bl.a. *The Community Patent and the Patent System in Europe* (ovenfor, fodnote 11), s. 8-14 og s. 22, 23 og 24, navnlig s. 22 (ifølge en undersøgelse foretaget af EPMD udgør udgifterne til oversættelse af et patentskrift en andel, der svinger mellem 30 og 60%, alt efter hvor mange kontraherende stater der designeres, af de samlede omkostninger, der afholdes for at opnå patentbeskyttelse i Fællesskabet), og grønbogen (ovenfor, fodnote 15, punkt 3.3 og 5.2.3). Jf. også ovenfor, fodnote 9, 11, 13 og 15 og de hertil hørende tekstafsnit.

18 — Ifølge meddelelsen om konklusionerne vedrørende høringen af de interesserede parter om grønbogen, som Kommissionen gennemførte i november 1997 i Luxembourg (citeret i *The Community Patent and the Patent System in Europe*, ovenfor, fodnote 11, s. 23), går et stort antal repræsentanter for brugerne i industrien ind for en radikal løsning (den såkaldte »kun engelsk«-løsning), hvorefter der under udstedelsesproceduren kun bruges et enkelt sprog, og hvorefter der ikke er pligt til at oversætte det udstedte patent. Jeg skal dog hertil bemærke, at den ved konventionen indførte sprogordning under alle omstændigheder synes at være bedre end den, der er foreskrevet i ordningerne for udstedelse af nationale patenter, som for tiden er gældende i medlemsstaterne, og i forbindelse med hvilke hele patentskriftet kræves indleveret på det nationale sprog allerede i den fase, hvor ansøgningen indgives, og således på et tidspunkt, hvor det endnu ikke kan forudses, om det ansøgte patent senere faktisk vil blive udstedt.

19 — EFT L 401, s. 1. Oversættelseskravet i henhold til den ovennævnte aftale om EF-patenter — der er under ratifikation og ligesom konventionen af 1975, som den skal afløse, har det dobbelte formål at indføre et EF-patent og at indføre en fællesskabsordning for nationale patenter — synes at være endnu strengere end det, der er foreskrevet i konventionen om meddelelse af europæiske patenter. Efter aftalen om EF-patenter kræves der nemlig en oversættelse til et af de officielle sprog i hver af de kontraherende stater, der ikke har behandlingssproget som officielt sprog, af a) *ansøgningen*, på grundlag af hvilken EF-patentet vil blive meddelt, eller b) den tekst, på grundlag af hvilken EF-patentet opretholdes som ændret under indsigelsesbehandlingen (jf. artikel 30, stk. 1 og 2). Såfremt oversættelsen ikke er indleveret inden for den fastsatte frist, betragtes EF-patentet som ugyldigt ab initio, idet patenthaveren dog kan opnå en konvertering til et europæisk patent for de kontraherende stater, for hvilke oversættelserne er blevet indleveret rettidigt (jf. artikel 30, stk. 6). Det er netop de meget høje udgifter til oversættelse af hele patentskriftet, der (sammen med den retlige usikkerhed, der knytter sig til den indførte ordning for beskyttelse ved domstolene) udgør hovedhindringen for gennemførelsen af den ordning, der er indført ved konventionen om det europæiske patent for fællesmarkedet. De andre løsninger, som Kommissionen har angivet i grønbogen (ovenfor, fodnote 15, punkt 3.2 og 3.3), er følgende: a) begrænsning af oversættelsesforpligtelsen til patentkravene, b) den manglende indlevering af oversættelsen på et eller flere sprog rammes ikke med den sanktion, at EF-patentet falder bort, men med, at det er uden virkning i den eller de pågældende medlemsstater, og c) begrænsning af oversættelseskravet til en »fyldestgørende« sammenfatning af patentskriftet (som offentliggøres samtidig med ansøgningen) og, når patentet meddeles, alene begrænset til patentkravene, idet kravet om oversættelse af hele patentskriftet kun stilles, såfremt patenthaveren anlægger retssag for at gøre rettighederne i henhold til patentet gældende (den såkaldte »globalløsning«, som er udarbejdet af EPMD).

13. Det er for det første uomtvistet, at på fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er bestemmelserne om patenter endnu ikke blevet omfattet af en ensartet ordning, og der er heller ikke sket en tilnærmelse af lovgivningerne på fællesskabsplan [20]. Det tilkommer følgelig den nationale lovgiver at fastlægge *betingelserne* for og de nærmere regler om den beskyttelse, patentet giver [21]. Jeg er på det rene med, at en foranstaltning som den, der er omhandlet i hovedsagen, ikke vedrører varernes bevægelighed, hvad enten de er omfattet af en patentret eller ikke er det, men derimod en af betingelserne for, at en sådan ret fuldt ud og varigt kan få virkning i en eller flere medlemsstater. Under omstændighederne i denne sag må patenthaverens subjektive retsstilling nemlig retteligt betegnes som et *påbud* (onere) om, og ikke som en *forpligtelse* (obligo) til at indgive en oversættelse af patentskriftet (således som BASF, medlemsstaterne og Kommissionen har anført). Ved »påbud« forstår jeg her ikke, at der påhviler rettighedshaveren en ubetinget handlepligt, hvortil der således er knyttet den sanktion, at retsordenens tvangsmidler bringes i anvendelse med henblik på opfyldelse i tilfælde af misligholdelse, men derimod et krav, som den pågældende alene er undergivet, for så vidt som det er et middel til at opnå et bestemt resultat, som han ønsker at nå, og som er til hans fordel [22]. Hvad angår den foreliggende sag har Det Forenede Kongerige for det første henvist til indholdet af den eneret, som et patent sikrer indehaveren i en periode på 20 år [23], og for det andet til de strenge privat- og strafferetlige sanktioner, som fastsættes i de forskellige nationale retsordener for krænkelser af et patentbeskyttet produkt. Ifølge de nationale regeringer, der har afgivet indlæg i sagen, har kravet om rettidig indlevering af oversættelsen af patentskriftet imidlertid først og fremmest sammenhæng med målet om at undgå, at de erhvervsdrivende, der driver virksomhed på markedet i den medlemsstat, for hvilken der er meddelt et europæisk patent, kan blive udsat for at ifalde sådanne sanktioner i strid med det grundlæggende retssikkerhedsprincip [24], uden at de erhvervsdrivende via adgang til det pågældende patentskrift på det nationale sprog har fået mulighed for præcist at fastslå beskyttelsesområdet for den pågældende ret. Som den danske og den finske regering har anført, ville det faktisk være uretfærdigt og ineffektivt at pålægge tredjemænd, som allerede har en underlegen stilling som følge af det monopol på udnyttelse af produktet, som opfinderen har, selv *individuelt* at påtage sig

20 — Jf. ovenfor, fodnote 19, og det hertil hørende tekstafsnit.

21 — Jf. bl.a. dom af 18.2.1992, sag C-235/89, Kommissionen mod Italien, Sml. I, s. 777, præmis 12 og 13).

22 — Jeg skal endvidere i denne forbindelse tilføje, at den beskrevne retlige sammenhæng mellem beføjelse og forpligtelse (til at handle eller at undlade at handle) har den funktion at løse en interessekonflikt mellem flere personer. I nogle situationer ønsker retsordenen at undgå, at en person udøver en beføjelse for at tilgodese andre interesser end dem, af hensyn til hvilke beføjelsen er blevet tildelt, hvilket kunne føre til et ukontrolleret rettighedstab for dem, over for hvem beføjelsen udøves. Til fordel for disse sidste hjemler retsordenen følgelig passende kontrol- og beskyttelsesmidler, dels ved hjælp af den præventive fastsættelse af betingelserne for udøvelsen af beføjelsen, dels ved indgreb, der virker præventivt (udøvelsen uden virkninger) eller efterfølgende (pligt til at erstatte tabet) i tilfælde af misligholdelse.

23 — Jeg minder om, at ifølge Domstolens praksis er patentets specifikke indhold særligt at sikre indehaveren eneret til at udnytte en opfindelse — for at belønne opfinderen for hans kreative anstrengelser — med henblik på fremstillingen og den første afsætning af industriprodukter, dels direkte, dels ved at udstede licenser til tredjemænd, såvel som retten til at modsætte sig efterligninger. Denne ret for opfinderen til som den første at bringe produktet i omsætning, som giver ham et monopol på udnyttelsen af produktet, tillader opfinderen at opnå belønning for sin kreative anstrengelse, dog uden at den garanteres ham under alle forhold. Det følger navnlig af princippet om fællesskabskonsumption (jf. dom af 31.10.1974, sag 15/74, Sterling Drug, Sml. s. 1147, og af 9.7.1985, sag 19/84, Pharmon, Sml. s. 2281, præmis 22), at såfremt indehaveren af et patent med fuldt kendskab til omstændighederne beslutter at markedsføre et produkt i en medlemsstat, hvor det ikke kan patenteres, må han acceptere følgerne af sit valg for så vidt angår muligheden for parallelimport (jf. bl.a. dom af 14.7.1981, sag 187/80, Merck, Sml. s. 2063, præmis 9, 10 og 11. Se også dom af 5.12.1996, forenede sager C-267/95 og C-268/95, Merck og Beecham, Sml. I, s. 6285, præmis 30-37).

24 — Retssikkerheden er som bekendt et af fællesskabsrettens almindelige principper (jf. bl.a. dom af 18.3.1975, sag 78/74, Deuka, Sml. s. 421, og af 16.6.1993, sag C-325/91, Frankrig mod Kommissionen, Sml. I, s. 3283, præmis 26).

oversættelsen af patentskriftet for at sikre sig, at de ikke ved deres egen adfærd krænker den omhandlede ret. Endvidere gør den rettidige opfyldelse af det omtvistede påbud det muligt for samtlige tredjemænd, der driver erhverv i den kontraherende stat, for hvilken der er meddelt et europæisk patent, også at undersøge, hvorvidt det har interesse at gøre indsigelse mod patentet, såfremt en eller flere af de grunde foreligger, der nævnes i konventionens artikel 100 [25].

14. Det er rigtigt, at der også fremgår et andet princip af Domstolens ovennævnte praksis: Samtidig med at der overlades medlemsstaterne enekompetence til at fastsætte, hvornår og efter hvilke nærmere regler patentbeskyttelsen består, kan de ikke lovligt bruge EF-traktatens artikel 222 som hjemmel til at vedtage bestemmelser vedrørende industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder, som er i strid med princippet om de frie varebevægelser på det indre marked [26]. Jeg kan imidlertid ikke se, hvordan traktatens artikel 30 kan finde anvendelse på en bestemmelse som den, der findes i artikel II, stk. 3, andet og tredje afsnit, i IntPatÜG.

Ifølge Domstolens praksis skal der ved »en foranstaltning med tilsvarende virkning som kvantitative indførselsrestriktioner« i traktatens artikel 30's forstand forstås »enhver af medlemsstaternes bestemmelser for handelen, som direkte eller indirekte, aktuelt eller potentielt, kan hindre samhandelen i Fællesskabet« [27]. Såvel den faktiske fremstilling og markedsføring af et patenteret produkt på de designerede medlemsstaters område som den senere grænseoverskridende handel med det nævnte produkt er imidlertid blot et rent eventuelt resultat af en mulig positiv afgørelse som afslutning af proceduren vedrørende udstedelse af patentet. Den omstændighed, at retten til det europæiske patent er uden virkning ab initio, hvilket efter omstændighederne kan være en følge af patenthaverens undladelse af at foretage den krævede indlevering af oversættelsen, udgør således klart ikke en retlig hindring for markedsføringen af den opfindelse, for hvilken der var blevet ansøgt om patentbeskyttelse, og heller ikke for den markedsoverskridende handel med det pågældende produkt. En sanktion som den, der er foreskrevet i den omtvistede lovgivning, ses for så vidt at finde anvendelse, uden at der sondres på grundlag af oprindelsen af de varer, som *eventuelt* kan blive genstand for samhandelen mellem medlemsstaterne, og er følgelig uden enhver protektionistisk

25 — Disse er: a) Det europæiske patent er på grund af sin genstand ikke patenterbart efter bestemmelserne i konventionens artikel 52-57 (der henholdsvis vedrører patenterbare opfindelser og undtagelser fra patenterbarhed, nyhed, ikke-nyhedsskadelige dispositioner, opfindelseshøjde og industriel udnyttelighed), b) patentet forklarer ikke opfindelsen så tydeligt og fuldstændigt, at en fagmand på grundlag deraf kan udøve opfindelsen, og c) genstanden for det europæiske patent går ud over indholdet af ansøgningen, således som den er indleveret, eller ud over indholdet af den tidligere ansøgning (hvis patentet er blevet meddelt på grundlag af en udskilt ansøgning eller en ny ansøgning, der er indgivet i medfør af konventionens artikel 61).

26 — Jf. dommen i sagen Kommissionen mod Italien, ovenfor, fodnote 21, præmis 14. Artikel 222 lyder: »De ejendomsretlige ordninger i medlemsstaterne berøres ikke af denne traktat.«

27 — Jf. dom af 11.7.1974, sag 8/74, Dassonville, Sml. s. 837, præmis 5. En forpligtelse til at anvende et bestemt sprog ved markedsføringen af indførte varer kan også udgøre en foranstaltning med tilsvarende virkning, jf. dom af 18.6.1991, sag C-369/89, Piageme m.fl., Sml. I, s. 2971, vedrørende nationale bestemmelser, der foreskriver udelukkende anvendelse af et bestemt sprog ved etiketteringen af levnedsmidler, og som ikke åbner mulighed for at anvende et andet sprog, der let forstås af køberne, eller andre midler til at sikre oplysning af køberne.

virkning. Eftersom den omhandlede sanktion medfører fortabelse ab initio af den kommercielle eneret, der ellers ville tilkomme patenthaveren i den stat, hvor patentet var blevet meddelt, kan den omtvistede foranstaltning for en nærmere betragtning netop tværtimod have til virkning at fjerne en mulig hindring for det opfundne produkts adgang til det nationale marked.

15. Medlemsstaterne har endvidere med rette anført, at udvælgelsen af de designerede kontraherende stater indgår i opfinderens eller dennes retserhververs samlede kommercielle og industrielle strategi. I forbindelse hermed skal den eventuelle fortjeneste, som forventes af den kommercielle udnyttelse af opfindelsen på de pågældende geografiske markeder, ses i forhold til alle de allerede afholdte udgifter, som f.eks. udgifter til forskning og udvikling, og i forhold til de endnu forestående omkostninger (udgifter til introduktion, markedsføring og reklame). Selv om det imidlertid måtte konstateres, at de forpligtelser, der følger af konventionens sprogordning, har en væsentlig betydning for valget af de stater, for hvilke der søges om patentbeskyttelse, hvilket BASF har gjort gældende[28], er det »ufrivillige« afkald på patentbeskyttelsen for opfindelsen — efter hvad sagsøgeren har gjort gældende — i det tyske retssystem ikke bestemt af den omstændighed, at den omtvistede lovgivning foreskriver oversættelse, men derimod af i) de store udgifter, som patenthaveren må afholde til oversættelse af patentskriftet, og ii) den berørte erhvervsdrivendes manglende finansielle ressourcer, navnlig når der er tale om en lille eller mellemstor virksomhed[29]. Der er klart tale om tilfældige, rent økonomiske omstændigheder, som under alle omstændigheder ikke har nogen sammenhæng med den omtvistede nationale foranstaltning. De store oversættelsesudgifter må navnlig antages at være en faktor, der vil variere med tid og sted, navnlig som følge af den teknologiske udvikling på markedet for disse tjenesteydelser. Som den finske regering har bemærket, er det endvidere tvivlsomt, om der består en almindelig interesse i at beskytte patentet, når den, der ansøger om et europæisk patent, selv er af den opfattelse, at den potentielle økonomiske værdi af udnyttelsen af opfindelsen er mindre end de samlede omkostninger til at opnå den pågældende ret.

16. BASF har endvidere gjort gældende, at den sanktion, som den tyske lovgiver har fastsat for manglende rettidig fremlæggelse af patentskriftet, kan føre til en opdeling af markedet inden for Fællesskabet i et beskyttelsesområde og et friområde, som består i Forbundsrepublikken Tysklands

28 — Som et modargument mod det, som det sagsøgende selskab har anført, forekommer det argument, som den østrigske regering fremførte under den mundtlige forhandling, mig meget interessant: Selv efter, at den tyske lovgiver havde vedtaget den omtvistede lovgivning, som indførte kravet om oversættelse af patentskriftet til tysk, er antallet af europæiske patentansøgninger, hvori (da der ikke er yderligere omkostninger til oversættelse) også Østrig er blevet designeret, ikke steget mærkbart, hvad man dog kunne have forventet. Procentdelen af designeringer af Østrig og af Tyskland er i det væsentlige forblevet uændret (i 1997 blev de to lande designeret i henholdsvis 64,51% og 98,05% af de ansøgninger, der blev indgivet af ansøgere fra de kontraherende stater, Japan og De Forenede Stater; henholdsvis 37,17% og 97,66% af det samlede antal patenter (39 646) som blev meddelt i det samme år på grundlag af ansøgninger indgivet af parter fra det samme geografiske område, blev meddelt med virkning for Østrig og Tyskland: jf. EPA/EPO/OEB, Årsberetning 1997, München, 1998, s. 56, 57, 62 og 63).

29 — Det forekommer således i det mindste tvivlsomt, at de i teksten gengivne argumenter — bortset fra spørgsmålet, om de er rigtige og har relevans for afgørelsen i hovedsagen — kan finde anvendelse på en virksomhed som BASF AG, som er det øverst placerede selskab i selskabskoncernen af samme navn, som i 1998 havde en omsætning på ca. 54,065 mia. DEM (eller ca. 27,643 mia. EUR og et overskud før skat på ca. 5,419 mia. DEM (eller ca. 2,771 mia. EUR)), og som pr. 31.12.1998 havde 105 945 ansatte (jf. Årsberetning 1998, http://www.basf.de/basf/htm/e/dat ...entwick/gbericht/gb98/auf-einen.htm).

område og eventuelt i andre medlemsstater, der ikke er designeret i ansøgningen, eller for hvilke patentet har mistet sin virkning ex tunc på grund af manglende oversættelse (jf. fodnote 10). Denne argumentation overbeviser mig heller ikke. Muligheden for, at medlemsstaternes markeder isoleres, er efter min mening et resultat, der nødvendigvis følger af det centraliserede system, der er indført ved konventionen. Inden for et sådant system er det ganske normalt, at opfinderen (ikke anderledes end når han ansøger om udstedelse af et nationalt patent i en eller flere medlemsstater) kan begrænse den beskyttelse, der søges ved hjælp af det europæiske patent, til en større eller mindre del af Fællesskabets område. Hertil kommer, at den ret, som indehaveren af patentet (europæisk eller nationalt) har til at modsætte sig krænkelser af opfindelsen i de stater, hvor han har monopol på den første markedsføring af produktet, naturligvis også vedrører indførsel af konkurrerende produkter, som tredjemænd har fremstillet og markedsført i et land i friområdet [30].

17. Endelig lægger jeg heller ikke vægt på den argumentation, som BASF for første gang fremførte under den mundtlige forhandling, og hvorefter anvendelsen af den nævnte artikel 30 på det omtvistede krav om oversættelse subsidiært følger af, at patentrettigheder udgør varer (»formuegoder«) i betydningen i traktatens tredje del, afsnit I. Jeg anser det nemlig ikke for muligt at tale om *fri bevægelighed* for immaterielle goder, såsom industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder, på anden måde end i overført forstand. Det er følgelig efter min opfattelse udelukket at henføre patentrettigheder under begrebet »varer«, således som dette er fastlagt af Domstolen i forbindelse med fortolkningen af artikel 30, hvorefter forbuddet mod nationale foranstaltninger, som er til hinder for samhandelen mellem medlemsstaterne, omfatter genstande, hvis værdi kan måles i penge, og som *fysisk* kan transporteres over en grænse som led i et salg eller andre lovlige kommercielle transaktioner, uanset transaktionernes art [31].

18. Ifølge Domstolens hidtidige praksis er traktatens artikel 30 ikke til hinder for en national foranstaltning, hvis restriktive virkninger på de frie varebevægelser er for usikre og indirekte til, at den faktisk kan medføre en ulovlig hindring for samhandelen mellem medlemsstaterne [32]. Som det er anført i litteraturen [33], skal det i forbindelse

30 — Som det er anført af den spanske regering, er den eneste måde, hvorpå den af BASF kritiserede isolering af markederne vil kunne undgås, at de nationale patentordninger afskaffes og erstattes af et ensartet, eksklusivt system med fællesskabspatenter. En sådan ordning er imidlertid i modstrid med den ordning, som ligger til grund for aftalen om EF-patenter, hvor nationale patenter og EF-patentet består side om side (jf. artikel 5).

31 — Jf. dom af 10.12.1968, sag 7/68, Kommissionen mod Italien, Sml. 1965-1968, s. 541, org. ref.: Rec. s. 617, og af 9.7.1992, sag C-2/90, Kommissionen mod Belgien, Sml. I, s. 4431, præmis 26, samt dommen i sagen Evans Medical og Macfarlan Smith, fodnote 16, præmis 20.

32 — Jf. bl.a. dom af 13.10.1993, sag C-93/92, CMC Motorradcenter, Sml. I, s. 5009, præmis 12, vedrørende en regel, der er opstillet i en medlemsstats retspraksis, og som i forbindelse med indgåelse af aftaler pålægger hver part at oplyse de omstændigheder, han har kendskab til, og som er af afgørende betydning for den anden kontrahent, selv om disse omstændigheder ikke har forbindelse med den købte genstand eller dennes beskaffenhed. Se også dom af 18.6.1998, sag C-266/96, Corsica Ferries France, Sml. I, s. 3949, præmis 31, vedrørende lovbestemmelser i en medlemsstat, som pålægger søtransportvirksomheder, der er etableret i andre medlemsstater, og hvis fartøjer besejler havnene i den første medlemsstat, at benytte tjenesteydelser, der ydes af grupper af lokale fortøjningsarbejdere med eksklusive rettigheder, idet ydelserne betales med en højere takst end den faktiske omkostning ved den præsterede tjenesteydelse.

33 — Jf. P. Oliver: *Free Movement of Goods in the European Community* (3. udgave), London, 1996, s. 81 og 82, fodnote 55.

med dette princip ifølge Dassonville-dommen altid fastslås, hvorvidt der foreligger en *årsagsforbindelse* — hvilket der ikke gør i denne sag — mellem den pågældende nationale foranstaltning og udviklingen af indførslerne. Det resultat, jeg kommer til i denne sag, er også rigtigt, selv om artikel 30 som bekendt ikke opstiller en såkaldt de minimis-regel, dvs. at det er tilstrækkeligt til, at denne bestemmelse er overtrådt, at der foreligger en hindring for samhandelen mellem staterne af endog ganske ringe omfang [34], men det er stadig en betingelse, at der er årsagsforbindelse mellem den trufne foranstaltning og den restriktive virkning på indførslerne, som imidlertid, således som jeg netop har anført, med sikkerhed ikke foreligger i denne sag.

19. På grundlag af det indtil nu anførte må det også i forbindelse med en foranstaltning som den, der er omhandlet i hovedsagen, udelukkes, at den begrænser indførslerne, det være sig også indirekte eller potentielt. Den ene omstændighed, som BASF har kunnet anføre til støtte for at betegne den omhandlede lovgivning som en foranstaltning med tilsvarende virkning som en kvantitativ restriktion, er følgende: Små eller mellemstore erhvervsdrivende — eller i hvert fald erhvervsdrivende, der ikke har de tilstrækkelige finansielle midler — der er interesseret i at opnå patentbeskyttelse for deres opfindelser i Tyskland, *kunne* lade sig afholde fra at give patenterne virkning i denne medlemsstat på grund af den store udgift til den krævede oversættelse af patentskriftet. I hvert fald *kunne* den omstændighed, at det eventuelt allerede udstedte patent bliver uden virkning i Tyskland ab initio, på sin side modvirke indførsler i Tyskland af produktet fra andre medlemsstater, hvori produktet typisk har opnået patentbeskyttelse, hvilket dels hænger sammen med, at de varer, der udføres til det tyske marked, *kunne* tiltrække sig opmærksomhed fra tredjemænd, der — idet de herved begår en patentkrænkelse — på dette marked er i stand til at fremstille og forhandle konkurrerende produkter til lavere priser, og dels, at de patenterede produkter, der således forhandles i Tyskland, *kunne* blive genindført ved parallelimport i eksportmedlemsstaterne til en pris, der ikke er så høj som den, som patenthaveren eller dennes licenstagere anvender i disse stater. En henvisning til en sådan række hypoteser er dog efter min mening ikke tilstrækkelig til at påvise, at der foreligger en restriktion for samhandelen mellem Tyskland og de andre medlemsstater [35]. Der synes således ikke at være grundlag for — således som BASF gjorde under retsmødet — at henvise til Domstolens dom i sagen Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, hvori den udtalte, at en national bestemmelse om meddelelse af

34 — Princippet om, at traktatens artikel 30 også finder anvendelse, selv om der ikke er en væsentlig påvirkning af de grænseoverskridende varebevægelser, og selv om den pågældende nationale foranstaltning ikke udelukker andre muligheder for afsætning af de indførte varer, er blevet fastslået af Domstolen i dom af 5.4.1984, forenede sager 177/82 og 178/82, Van de Haar og Kaveka de Meern, Sml. s. 1797.

35 — Jf. generaladvokat Darmon's forslag til afgørelse, som han fremsatte den 12.12.1989 i Krantz-sagen, dom af 7.3.1990, sag C-69/88, Sml. I, s. 583, pa. s. 588, punkt 13. Generaladvokat Darmon anførte: »Den meget vide definition af en foranstaltning med tilsvarende virkning, som blev opstillet i Dassonville-dommen [jf. ovenfor, fodnote 27 og det dertil hørende tekstafsnit], har lige siden 1974 været benyttet som det faste udgangspunkt for Domstolens praksis på dette område. Definitionen er i sig selv 'udvidende', og dette forhold, sammenholdt med de bestræbelser, Domstolen i sin praksis har udfoldet for ikke at begrænse definitionens rækkevidde, kan i vidt omfang forklare, hvorfor de erhvervsdrivende har søgt at få klassificeret de mest forskelligartede foranstaltninger som foranstaltninger med tilsvarende virkning, så snart en indvirkning på indførslerne — så indirekte og svag den end måtte være — ikke fuldstændig kan udelukkes« (jf. punkt 16).

tvangslicens til en indenlandsk fabrikant mod et rimeligt vederlag, i de tilfælde, hvor efterspørgslen efter det patenterede produkt på det nationale marked i det store og hele imødekommes ved indførsel, »nødvendigvis [fører] til, at importen af det patenterede produkt fra andre medlemsstater bliver mindre, og påvirker derved samhandelen inden for Fællesskabet« [36]. Den sidestilling, som sagsøgeren i denne sag foretager mellem et krav om at fremlægge oversættelsen af patentskriftet og et krav om at anvende patentet således, at det patenterede produkt fremstilles på det nationale område, er nemlig vilkårlig, fordi patenthaveren i den anden situation, *til forskel fra hvad der er tilfældet i den første situation*, for at kunne bevare sin eneret var nødt til at følge en adfærd, der kunne påvirke den grænseoverskridende samhandel med varer.

Da der ikke foreligger en foranstaltning med tilsvarende *virkning*, fordi der ikke er en mærkbar *virkning* på indførslerne, skal det i sagen forelagte præjudicielle spørgsmål besvares bekræftende: Den nationale lovgivning, som Bundespatentgericht har forelagt Domstolen til undersøgelse, må anses for at være uden forbindelse med de frie varebevægelser over medlemsstaternes nationale grænser.

36 — Dom af 18.2.1992, sag C-30/90, Kommissionen mod Det Forenede Kongerige, Sml. I, s. 829, præmis 26.

IV — Forslag til afgørelse

På grundlag af det ovenfor anførte foreslår jeg Domstolen at besvare det af Bundespatentgericht forelagte præjudicielle spørgsmål som følger:

»EF-traktatens artikel 30 er ikke til hinder for en national foranstaltning, hvorefter virkningerne af et patent, som er meddelt patenthaveren af Den Europæiske Patentmyndighed med virkning for en medlemsstat, anses for aldrig at være indtrådt, såfremt patenthaveren ikke inden for den fastsatte frist til den pågældende medlemsstats patentmyndighed indsender en oversættelse af patentskriftet til denne stats officielle sprog, som er forskelligt fra det, som det europæiske patent er affattet på.«