forbyde markedsføringen i denne stat af et produkt, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat under dette mærke af indehaveren selv eller med hans samtykke, er uforenelig med EØF-traktatens regler om frie varebevægelser inden for fællesmarkedet.

Det er i så henseende uden betydning, om der mellem den eksporterende og den importerende medlemsstat eksisterer prisforskelle, der er en følge af foranstaltninger truffet af de offentlige myndigheder i eksportstaten med henblik på at kontrollere produktets pris.

3. Indehaveren af et varemærke for et farmaceutisk produkt kan ikke unddrage sig fællesskabsreglerne om frie varebevægelser for at kontrollere distributionen af produktet med henblik på beskyttelsen af publikum mod mangler ved varerne.

4. Artikel 42 i akten vedrørende tiltrædelsesvilkårene og tilpasningerne af traktaterne kan ikke, selv ikke før den 1. januar 1975, påberåbes til støtte for at hindre import til Nederlandene af varer afsat på markedet i Det forenede Kongerige af varemærkeindehaveren selv eller med hans samtykke.

5. Artikel 85 omhandler ikke aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder, der i egenskab af moderselskab og datterselskab tilhører samme koncern, dersom virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin markedspolitiske linie, og dersom disse aftaler eller den samordnede praksis som formål har en intern fordeling af opgaverne mellem virksomhederne.

I sag nr. 16/74,

angående en anmodning, som i henhold til EØF-traktatens artikel 177 af Nederlandenes Hoge Raad er indgivet til Domstolen for i den sag, der verserer for den nævnte ret mellem

SELSKABET CENTRAFARM B.V., med hjemsted i Rotterdam,

og

ADRIAAN DE PEIJPER, boende i Nieuwerkerk aan de IJssel,

og

SELSKABET WINTHROP B.V., med hjemsted i Haarlem,

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens regler om frie varebevægelser sammenholdt med artikel 42 i akten, som er vedføjet traktaten om de nye medlemsstaters tiltrædelse af Det europæiske økonomiske Fællesskab, og vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 85 i relation til varemærkeretten,

afsiger

DOMSTOLEN

sammensat af: præsidenten R. Lecourt, afdelingsformændene C. Ó Dálaigh og Mackenzie Stuart, dommerne A. M. Donner, R. Monaco, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, H. Kutscher og M. Sørensen (refererende),

generaladvokat: A. Trabucchi
justitssekretær: A. Van Houtte

følgende

DOM

Sagsfremstilling

Forelæggelseskendelsen og de skriftlige indlæg, indgivet i henhold til artikel 20 i statutten for EØF-Domstolen, kan sammenfattes således:

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb

1. Winthrop B.V., der for 100 %'s vedkommende er datterselskab af den engelske koncern Sterling-Winthrop Group Ltd, afsætter på markedet i Nederlandene med koncernens samtykke og under varemærket »Negram« — som det er indehaver af i Nederlandene — lægemidlet acidum nalidixicum, som firmaet Sterling Drug, Sterling-Winthrop Group Ltd's moderselskab, har patenteret i Nederlandene under nr. 125 254.

Centrafarm importerede fra England en række partier af dette lægemiddel, som det afsatte i Nederlandene under varemærket »Negram«. Disse lægemidler var ved mellemkomst af en af Centrafarms engelske forbindelser blevet købt af Sterling-Winthrop Group Ltd., som i England har ret til at benytte mærket Negram.

Ved importen fra Storbritannien fik Centrafarm fordel af en anselig prisforskel. Tilsyneladende sælges produktet halvt så dyrt i Storbritannien som i Nederlandene.

2. Den 16. juni 1971 tilsendte Winthrop præsidenten for Arrondissemenbrechtbank (byretten) i Rotterdam en begæring om, at der blev nedlagt forbud mod Centrafarm's og dettes direktørs handlinger, samt at det blev pålagt disse at afholde sig fra ethvert direkte eller indirekte misbrug af Winthrop's mærke Negram. I modsætning til, hvad der skete i Sterling-Drug-sagen, nr. 15/74, imødekom præsidenten i sin kendelse den omtalte begæring.

Centrafarm appellerede præsidentens kendelse til Cour d'appel i Haag. Retten gav Winthrop medhold, hvorefter Centrafarm og de Peijper indgav kassationsanke til Hoge Raad mod den af appelretten afsagte dom.

3. Hoge Raad udsatte sagen og anmodede i henhold til EØF-traktatens artikel

177 Domstolen om at træffe en præjudiciel afgørelse vedrørende følgende spørgsmål:

I. Med hensyn til reglerne om frie varebevægelser:

a) Hvis det antages:

1. at forskellige virksomheder, som tilhører samme koncern, i forskellige EØF-medlemsstater er berettigede til at føre det samme mærke for en bestemt vare,

2. at varer af det nævnte mærke, efter at de i det ene land lovligt er bragt i omsætning af varemærkeindehaveren, udføres af tredjemænd og bringes i omsætning og videreforhandles i et af de andre lande,

3. at varemærkelovgivningen i sidstnævnte land giver varemærkeindehaveren ret til ad rettens vej at modsætte sig, at varer af det pågældende mærke kan bringes i omsætning dér af andre, også i tilfælde af, at varerne af en til mærket berettiget virksomhed, som tilhører samme koncern, tidligere lovligt er bragt i omsætning i et andet land,

er det da på trods af bestemmelsen i artikel 36 i strid med EØF-traktatens regler om frie varebevægelser, at varemærkeindehaveren udøver den ovenfor under pkt. 3 nævnte ret?

b) Såfremt reglerne om frie varebevægelser ikke under alle omstændigheder udelukker, at varemærkeindehaveren udøver den under pkt. 3 nævnte ret, gælder dette da også, når udøvelsen af retten helt eller overvejende udgør et forsøg på at adskille de pågældendes staters nationale markeder for så vidt angår de nævnte varer eller i alt fald har en adskillelse af markederne til følge?

c) Kan varemærkeindehaveren med føje begrunde udøvelsen af den omtalte ret med den omstændighed, at sådanne faktiske prisforskelle i de pågældende lande, der gør det rentabelt for tredjemænd at bringe varer fra et land i omsætning i et andet land, og som foranlediger varemærkeindehaveren til at modsætte sig dette, er en følge af offentlige foranstaltninger, hvorved prisniveauet for disse varer holdes lavere i udførselslandet, end det ville have været tilfældet uden disse foranstaltninger?

d) Kan varemærkeindehaveren som begrundelse for den måde, hvorpå han har udøvet sin varemærkeret — i alt fald når den pågældende vare er et farmaceutisk produkt — med føje påberåbe sig, at det under a) refererede sagsforhold hindrer ham i at kontrollere distributionen af produktet, hvis han anser denne kontrol for nødvendig for i tilfælde af fabrikationsfejl at kunne træffe foranstaltninger til beskyttelse af publikum?

e) Medfører tiltrædelsesaktens artikel 42, såfremt EØF-traktatens regler vedrørende frie varebevægelser forhindrer den omtalte udøvelse af en varemærkeret, at disse regler, for så vidt de omhandlede varer hidrører fra Det forenede Kongerige, ikke kan påberåbes i Nederlandene før 1. januar 1975?

II. Med hensyn til artikel 85:

Medfører den under I a) beskrevne situation, at der kan tales om praksis af den art, der er forbudt i henhold til EØF-traktatens artikel 85, og skal et søgsmål, som falder ind under denne bestemmelse, anses for ulovligt, for så vidt det må betragtes som et udslag af denne praksis?

4. Hoge Raads mellemafgørelse af 1. marts 1974 blev registreret på Domstolens justitskontor den 4. marts 1974.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg for Winthrop B.V. af T. Schaper, Haag, advokat ved Hoge Raad, for Centrafarm B.V. og

Adriaan de Peijper af L. D. Pels Rijcken, Haag, advokat ved Hoge Raad, og A. F. de Savornin Lohman, advokat i Rotterdam, og for Kommissionen af dens juridiske rådgiver Bastiaan van der Esch som befuldmægtiget.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen besluttet at åbne den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse.

II — Skriftlige indlæg indgivet til Domstolen

Indlæg fra Winthrop B.V.

Firmaet tager først stilling til fire domme, som Hoge Raad har afsagt på det område, som vedrører den foreliggende sag, og hvori Hoge Raad statuerede, at:

— de af et varemærke flydende rettigheder ikke kan benyttes til at forhindre parallelimport af produkter, som er blevet bragt i omsætning i et andet land af varemærkeindehaveren selv;

— importen kan forbydes, dersom det drejer sig om parallelimport af produkter, der er bragt i omsætning i udlandet af andre juridiske personer; denne omstændighed kan ikke udgøre et mærkemisbrug, endog selv om den anden juridiske person tilhører samme koncern, og selv om varemærket udelukkende er blevet overdraget til denne juridiske person for at forhindre parallelimport ved hjælp af det pågældende mærke.

Winthrop B.V. har modsat sig en radikal ændring af denne retspraksis. Firmaet gør gældende, at en tilpasning, som fører til mere rimelige resultater, kan ske ved at man fortsætter med at anvende misbrugskriteriet; man må under hensyn til alle særegenheder i hver enkelt sag søge at fastslå, om en bestemt udøvelse af rettigheden i en konkret situation rent faktisk er et rettighedsmisbrug.

I forbindelse med denne opfattelse må følgende tages i betragtning:

— dels at indstillingen har ændret sig såvel vedrørende de priser, der er indført ved hjælp af et varemærke, som vedrørende den begrænsede betydning, man må tillægge den omstændighed, at to virksomheder der tilhører samme koncern, har forskellig juridisk personlighed;

— dels at Winthrop B.V. især har anlagt sagen, fordi Centrafarms adfærd forhindrede firmaet i at kontrollere distributionen af produktet, idet det finder, at en sådan kontrol er nødvendig for at kunne træffe foranstaltninger til beskyttelse af publikum i tilfælde af fabrikationsfejl.

Angående det svar, som må gives på de af Hoge Raad stillede spørgsmål, begrænser Winthrop B.V. sig til at undersøge spørgsmål I d) i forbindelse med problemet om »menneskers liv og sundhed«.

Firmaet minder om, at det til støtte for sin sag ikke kun påberåber sig, at produkterne ikke er blevet bragt i omsætning i Nederlandene af firmaet selv eller i dets navn. En af de tvingende grunde til, at det har besluttet at anlægge sag, er, at Centrafarms adfærd forhindrede det i at kontrollere distributionen af dets produkter.

En sådan kontrol er for det første navnlig nødvendig for at kunne træffe beskyttelsesforanstaltninger for offentligheden i tilfælde, hvor et parti lægemidler viser sig at have mangler. Disse foranstaltninger må i almindelighed bestå i at eftersøge alle lægemidler fra den pågældende sending og hurtigst muligt trække dem tilbage fra markedet.

Selve eksistensen af parallelimport gør kontrollen umulig, eftersom der i omsætningen indgår en eller flere mellemhandlere, hvis dispositioner ligger uden for fabrikantens kontrol og ansvar. Firmaet henviser med henblik herpå til et svar, der går i samme retning, afgivet den 18. september 1973 af den nederlandske statssekretær (»Secrétaire d'État«) i sund-

hedsstyrelsen på et spørgsmål fra et medlem af anden afdeling.

I øvrigt henleder firmaet opmærksomheden på, at de nederlandske myndigheder, som følge af parallelimporten og af den måde, hvorpå den fandt sted, har truffet foranstaltninger over for Centrafarm for overtrædelse af den nederlandske lov om forsyning med lægemidler.

Firmaet gør desuden gældende, at EØF-traktatens artikel 85 ikke kan anvendes i den foreliggende sag, og henviser til argumentationen i det skriftlige indlæg, som blev indgivet af Sterling Drug Inc. i sag nr. 15/74. Firmaet er af den opfattelse, at man herudover kun kan støtte den opfattelse, at dets sagsanlæg er et misbrug af en rettighed, på et umiddelbart gældende forbud mod handlinger, som påvirker samhandelen mellem medlemsstaterne. Imidlertid kan »menneskers liv og sundhed« i henhold til EØF-traktatens artikel 36 berettige sådanne handlinger. Det tab af enhver kontrol med distributionen af nye lægemidler, som Winthrop påberåber sig, vedrører »det specifikke indhold« af den beskyttelse af »sundheden«, som omhandles i artikel 36. Spørgsmål I d) må derfor besvares bekræftende.

Indlæg fra Centrafarm

Centrafarm tager først stilling til de forudsætninger, som Hoge Raads spørgsmål bygger på. De stillede spørgsmål taler udelukkende om ét og samme mærke, som de forskellige virksomheder har en ret til. Imidlertid vedrører Winthrop's forbudsbegæring ligeledes Centrafarm's import fra forbundsrepublikken Tyskland af de samme produkter, som er bragt i omsætning under mærket Negram.

Desuden gør firmaet gældende, at Hoge Raad's tredje forudsætning er hypotetisk. Hoge Raad har endnu ikke udtalt sig vedrørende spørgsmålet, om den i Nederlandene gældende varemærkelovgivning berettiger varemærkeindehaveren til at modsætte sig en import.

Centrafarm bemærker i så henseende, at der inden for national ret er sket en vis udvikling i retspraksis i de forskellige lande, og at det problem, som er rejst i den foreliggende sag, allerede er blevet løst i Forbundsrepublikken, Schweiz, Frankrig, Østrig og Sverige ved den nationale varemærkeret. Der henvises til forskellige domme afsagt i disse stater.

For så vidt angår de frie varebevægelser efter nederlandsk ret henviser firmaet til artikel 33 i den i Benelux-landene enslydende varemærkelov og fremhæver en dom fra Hoge Raad af 14. december 1956.

Det fremgår af den citerede retspraksis, at de nævnte landes højeste retsinstanser allerede på grundlag af deres nationale ret har afvist, at man skulle kunne benytte sig af varemærkeretten for at adskille de nationale markeder. De citerede afgørelser er begrundet med en varemærkerets begrænsede funktion; den kan ikke have til formål at sikre indehaveren et salgsmonopol for de varer, der er forsynet med mærket, men har kun den rette funktion at beskytte indehaveren og offentligheden mod en sammenblanding med hensyn til varernes oprindelse.

For at besvare Hoge Raads første spørgsmål bør der henvises til et vigtigt præjudikat, dommen i Deutsche Grammophon-sagen. Denne doms præmisser vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 36 er af den største interesse i den foreliggende sag.

Selv om den vare, der er blevet bragt i omsætning i Nederlandene gennem en parallelimport, ganske vist ikke hidrører fra Winthrop B.V. selv men fra dettes moderselskab, så hidrører lægemidlet NEGRAM, som Winthrop B.V. importerer til Nederlandene, ikke desto mindre ligeledes fra dets moderselskab. Der kan derfor ikke være tale om at forvirre offentligheden med hensyn til varernes oprindelse. Eftersom en mærkeret har den funktion, at den skal beskytte indehaveren mod en sammenblanding med hensyn til produktets oprindelse, har Winthrop B.V. rent faktisk benyttet sin rettighed i et andet øjemed end forudsat.

Heraf følger, at spørgsmål I a) og spørgsmål I b) må besvares bekræftende. Udøvelsen af en varemærkeret i den situation, som beskrives i spørgsmål I a), synes ikke at kunne ske, uden at det medfører en adskillelse af de nationale markeder for det pågældende varemærkeprodukt.

Vedrørende spørgsmål I c) gør Centrafarm gældende, at varemærkeindehaveren ikke kan påberåbe sig sådanne foranstaltninger truffet af de offentlige myndigheder, som holder priserne i eksportlandet på et lavere niveau, end det ville have været på, dersom disse foranstaltninger ikke var blevet truffet. Opretholdelsen af sådanne prisforskelle har intet at gøre med varemærkerettens hovedfunktion og kan ej heller betragtes som »det specifikke indhold« af den omtalte ret, således at undtagelsesordningen i traktatens artikel 36, første pkt. kan finde anvendelse.

Hvad angår spørgsmål I d) anfører firmaet, at varemærkeretten ikke har til formål at sætte indehaveren i stand til bedre at kontrollere distributionen af en mærkevare under påberåbelse af eventuelle mangler ved produktet. Lægemidler, som ikke afsættes under et varemærke, men sælges under deres artsbetegnelse, kan lige så vel være mangelfulde. Dersom det var nødvendigt at iværksætte en sådan kontrol, som omhandles i spørgsmålet, måtte den organiseres på anden måde end gennem en varemærkeret, at søge parallelimport forhindret.

Med hensyn til spørgsmålene vedrørende EØF-traktatens artikel 85 konstaterer Centrafarm, at den beskrevne situation klart viser, at de nationale markeder inden for Fællesskabet er adskilt. I betragtning af det totale afhængighedsforhold mellem et datterselskab og dets moderselskab er det utænkeligt, at Winthrop B.V. har kunnet udnytte sin varemærkeret for at forhindre parallelimport af varer, som er blevet fremstillet og afsat af moderselskabet, uden at det er sket i forståelse med dette. Desuden har Winthrop B.V. erhvervet sin ret til varemærket NEGRAM som følge af en eller flere overenskomster indgået med moderselskabet, hvilket var nødvendigt ifølge den tidligere nederlandske varemærkelovgivning, eftersom Winthrop B.V. ikke selv ville have kunnet udnytte og i eget navn indregistrere mærket NEGRAM, som varen havde fået af fabrikanten, Sterling-Winthrop Group Ltd.

Ifølge dom af 18. februar 1971 (sag nr. 40/70, Sirena, Recueil 1971, s. 69) falder udøvelsen af en varemærkeret ind under forbudene i traktaten, såsnart den er »formålet med, midlet til eller følgen af« en sådan aftale mellem virksomheder, som er omhandlet i traktatens artikel 85. Centrafarm henviser særlig til præmis nr. 11 i den omtalte dom og gør gældende, at denne ordret kan overføres på den foreliggende situation.

Den omstændighed, at der i den foreliggende sag mellem virksomhederne består et tilhørsforhold til samme koncernkreds, udelukker ikke anvendelsen af artikel 85. Ganske vist er det rimeligt at antage, at disse virksomheder ikke konkurrerer med hinanden, men de ovenfor nævnte aftaler og Winthrop B.V.'s og dets engelske moderselskabs samordnede praksis har haft til følge, at Winthrop B.V. i Nederlandene har erhvervet en ret til mærket NEGRAM, og at firmaet ved udøvelsen af denne ret har forsøgt at adskille de nationale markeder inden for Fællesskabet for på disse markeder at opretholde forskellige priser for det pågældende produkt. På trods af tilhørsforholdet til samme koncernkreds falder udøvelsen af varemærkeretten i dette tilfælde ind under traktatens artikel 85. Dette fremgår af dommen af 25. november 1971 (sag nr. 22/71, Béguelin, Rec. 1971, s. 949) og særlig af dommens præmisser nr. 12 til 14.

Indlæg fra Kommissionen

Kommissionen har indgivet følgende indlæg vedrørende de forskellige spørgsmål:

Spørgsmål I a

Dersom man ved at påberåbe sig varemærkeretten opnåede, at en retsin-

stans i en af medlemsstaterne traf en afgørelse om forbud mod import af produkter fra andre medlemsstater, ville der foreligge en krænkelse af forbudet i EØF-traktatens artikel 30. På ganske samme måde som vedrørende patenter kan de eventuelle undtagelser fra dette forbud kun støttes på artikel 36, der sidestiller alle de restriktioner, som er berettiget af hensyn til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, og som kun tillader dem af hensyn til beskyttelsen af de rettigheder, som er denne ejendomsrets specifikke indhold (sag nr. 78/70, Deutsche Grammophon). Det spørgsmål, der rejser sig, er, om retten til at forbyde importen til Nederlandene af produkter fra andre lande er betinget af selve eksistensen af det nederlandske mærke »Negram«.

Svaret bør være benægtende. Eksistensen af et mærke medfører nødvendigvis eneretten til første gang at bringe varer forsynet med dette mærke i omsætning. Rettens specifikke indhold er beskyttelsen af mærkeindehaverens økonomiske position og beskyttelsen af det billede, som offentligheden danner sig af mærket.

Når mærkeindehaveren overdrager mærket, ophører han med at være den eneste, som har ret til mærket. De varer, der fremstilles af erhververen eller af en licenstager er ikke efterligninger af det originale produkt. Man kan ikke længere under påberåbelse af artikel 36 med føje modsætte sig importen af varer, som ikke er kopier men originale produkter.

Det er i denne situation nærmest uden betydning, at de pågældende virksomheder tilhører samme koncern. Det drejer sig snarere om, hvorvidt produkterne er blevet bragt i omsætning på fællesmarkedet af mærkeindehaveren eller med hans samtykke.

2. Kommissionen henviser generelt til sine indlæg vedrørende spørgsmålene I b, d, e og f, som Hoge Raad har stillet i sag nr. 15/74. Den ønsker ikke desto mindre særligt at fremhæve visse punkter angående varemærkeretten.

Spørgsmål I b

Det afgørende moment for anvendelsen af forbudet i artikel 30 består ikke i planen om at adskille markederne men i den omstændighed, at en sådan adskillelse finder sted. For så vidt spørgsmålet ligeledes tager sigte på en afgrænsning af artikel 36, må det videre bemærkes, at denne bestemmelse bør kunne påberåbes som undtagelse fra reglen i artikel 30, når det drejer sig om import af varer, som ikke er blevet bragt i omsætning af personer, der i henhold til loven er berettiget til at gøre brug af et mærke.

Spørgsmål I c

Den store prisforskel for samme produkt mellem to lande gør det ikke berettiget under henvisning til mærkebeskyttelsen at lægge hindringer i vejen for importen af produkter fra det land, hvor prisen er lavest.

Et af de væsentlige aspekter ved fællesmarkedet er netop at gøre det muligt at fremstille produkterne der, hvor en sådan fremstilling viser sig billigst. Ganske vist kan indførelsen af faste priser i en medlemsstat eller tildeling af støtte til visse virksomheder fremkalde prisforskelle, som kan udøve inflydelse på samhandelen mellem medlemsstaterne. Imidlertid er det fællesskabsmyndighedernes opgave i påkommende tilfælde at hindre en sådan udvikling, for eksempel ved at tilvejebringe en harmonisering af lovgivningen.

Dersom fællesskabsmyndighederne imidlertid ikke ofylder deres forpligtelse, giver dette dog ikke de nationale domsmyndigheder ret til under påberåbelse af varemærkeretten at træffe en afgørelse, som strider mod bestemmelserne i artikel 30.

Spørgsmål I d

Fremstillingen og afsætningen af lægemidler rejser problemet om kontrol med lægemidler, som har mangler. Der er allerede truffet adskillige foranstaltninger med henblik på at løse dette pro-

blem. Hvad angår Nederlandene har de nævnte foranstaltninger lovhjemmel i § 18, stk. 2 i forordningen om farmaceutiske specialiteter. For at anvende disse foranstaltninger er det ikke nødvendigt, at afsætningen af et lægemiddel ligger hos en enkelt virksomhed; kontrollen fungerer ligeledes, når der er tale om flere parallelle importører.

Sådanne omstændigheder giver ikke mulighed for, at artikel 36 kan påberåbes, og forbudet i artikel 30 finder derfor anvendelse på den foreliggende situation.

Spørgsmål I e

Tiltrædelsesaktens artikel 42 angiver den frist, inden for hvilken de *gældende* foranstaltninger med tilsvarende virkning skal være afskaffet. Af denne grund vedrører disse regler ikke problemet om *nye* foranstaltninger med tilsvarende virkning, som der ville være tale om i den foreliggende sag, hvis Hoge Raad imødekom Winthrop B.V.'s anmodning om forbud.

Spørgsmål II vedrørende EØF-traktatens artikel 85

Hvis man går ud fra muligheden af, at man i den af Hoge Raad beskrevne situation står over for skriftlige, mundtlige eller stiltiende aftaler, er det utvivlsomt, at udøvelsen af varemærketretten kan stride mod konkurrencereglerne.

Anvendelsen af artikel 85, stk. 1 på aftaler, hvorved varemærker overdrages i den hensigt at foretage en adskillelse af markederne, er allerede klart antaget ved flere af Domstolens domme. Imidlertid bør artikel 85 ikke anvendes på aftaler, som er indgået mellem virksomheder, der tilhører samme koncern, og hvis eneste mål er fordelingen af opgaverne inden for en og samme økonomiske enhed. Men dersom aftaler indgået inden for rammerne af en koncern har en større rækkevidde og f.eks. begrænser muligheden for, at virksomheder, der ikke tilhører denne koncern, kan trænge ind på et bestemt marked, må sådanne aftaler antages at falde ind under bestemmelserne i artikel 85, stk. 1.

Kommissionen ønsker under henvisning til, hvad den har anført vedrørende artikel 30 ff, at begrænse sig til disse teoretiske bemærkninger. Spørgsmålet, om artikel 85, stk. 1 finder anvendelse, må løses ud fra den foreliggende sags konkrete omstændigheder; at dømme efter processkrifterne må spørgsmålet efter Kommissionens opfattelse tilsyneladende besvares bekræftende.

Som svar på spørgsmålets anden del gør Kommissionen endelig gældende, at et søgsmål med henblik på med støtte i varemærketretten at få statueret, at der foreligger en overtrædelse, tillægger en licensaftale, som i øvrigt ikke indeholder nogen bestemmelse om begrænsning af konkurrencen, en stærkere virkning vedrørende adskillelsen af de forskellige markeder og gør den dermed ulovlig efter bestemmelserne i traktatens artikel 85, stk. 1. Under disse omstændigheder er artikel 85, stk. 1 fuldt ud anvendelig.

Efter skriftvekslingens afslutning gik Domstolen den 3. juli 1974 over til de mundtlige forhandlinger. Firma Winthrop B.V. blev repræsenteret af advokat Schaper, firma Centrafarm og Adriaan de Peijper af advokaterne, Pels Rijcken og de Savornin Lohman, og Kommissionen af sin juridiske rådgiver van der Esch.

Under den mundtlige forhandling har de to firmaer og Kommissionen som svar på et spørgsmål fra Domstolen afgivet forklaring vedrørende den betydelige forskel mellem priserne i Storbritannien og prisen i Nederlandene.

Firma *Winthrop B.V.* bemærker, at produktet »Negram« blev indført på det europæiske marked i 1963. Det gør gældende, at forklaringen på prisforskellen må søges i følgende forhold:

1. ændring af valutakurserne (som tegner sig for ca. 60 % af forskellen),
2. transportomkostninger, importafgifter, importørens fortjenstmargen (15 % af forskellen) og

3. de britiske myndigheders kunstige opretholdelse af et lavt prisniveau for farmaceutiske produkter.

I så henseende henviser firmaet til en brochure med titlen »International price comparison«. Det fremgår heraf, at prisniveauet for farmaceutiske produkter i Storbritannien i almindelighed er 30 % lavere end i lande af tilsvarende størrelse; det skyldes det gældende prisreguleringssystem. Nævnte brochure, som er udgivet at et halvoffentligt organ, fastslår, at de internationale selskaber, der foretager forskning, er afhængige af en fortjenstmargen, der er tilstrækkelig vid til at kunne bære stigningen i forskningsomkostningerne, mens det britiske system kun gør det muligt at dække de løbende forskningsomkostninger.

Firma *Centrafarm* gør i første række gældende, at den af Winthrop B.V. nævnte brochure synes at være affattet som et forsvar for den britiske farmaceutiske industri. Heroverfor henviser det til tre officielle rapporter og navnlig til rapporten af 1973 udarbejdet af »Monopolies Commission« angående Roche-produkterne. Firmaet beskriver kortfattet det »Voluntary Price Regulation Scheme«, som praktiseres i Storbritannien, og det konstaterer herved, at den britiske regering — bortset fra en enkelt sag — aldrig har påtvunget hverken fabrikanter, importører eller grossister nogen form for salgspris, idet priserne er fastsat efter aftale mellem industrien og sundhedsministeriet.

Desuden bemærker firmaet, at Negram, selv om det ikke er et ganske særligt lægemiddel, må siges at indtage en central, for ikke at sige en dominerende stilling på et begrænset område. Det gøres desuden gældende, at der i Nederlandene inden for handelen med farmaceutiske produkter findes et overordentligt stærkt kartel, som 95 % af fabrikanterne og de handlende er tilknyttet.

Centrafarm fremhæver endelig visse vanskeligheder, som et bekræftende svar på det stillede spørgsmål ville skabe for den nationale dommer. Vil han kunne anvende forbudet, når det viser sig, at der i eksportlandet eksisterer en foranstaltning, som gør prisen på varen lavere, end den ville være, dersom der var fri konkurrence? Firmaet gør videre gældende, at et bekræftende svar på Hoge Raads spørgsmål vil medføre, at den nuværende situation inden for Fællesskabet forbliver uændret, eftersom prisdannelsen langt fra er fri i flertallet af landene. Det må forudses, at mærkeindehaverne i de fleste tilfælde kan bekræfte, at prisforskellene er en følge af foranstaltninger truffet af offentlige myndigheder.

Kommissionen hævder, at det af de oplysninger, som den er i besiddelse af, fremgår, at hovedformålet med den britiske lovgivning på dette område er at gøre fabrikationsomkostningerne, heri indbefattet omkonstningerne vedrørende forskning og udvikling, gennemsigtige i et vist omfang.

Efter Kommissionens opfattelse kan prisforskellene mellem Storbritannien og Nederlandene forklares ud fra helt normale faktorer, såsom en større afsætning i Storbritannien og en mindre intens konkurrence på det nederlandske marked.

Generaladvokaten har fremsat sit forslag til afgørelse i retsmødet den 18. september 1974.

Præmisser

1 Ved mellemafgørelse af 1. marts 1974, indgået til Domstolen den 4. marts, har Hoge Raad der Nederlanden (Nederlandenes højesteret) i henhold til

EØF-traktatens artikel 177 stillet en række spørgsmål vedrørende varemærkeretten i relation til bestemmelserne i traktaten og i akten vedrørende de tre nye medlemsstaters tiltrædelse;

2 i forelæggelseskendelsen har Hoge Raad med henblik på besvarelsen af spørgsmålene givet følgende præcisering af de tilgrundliggende faktiske omstændigheder og nationale retsregler;

— flere virksomheder, som tilhører samme koncern, er berettiget til i forskellige EØF-stater at føre det samme mærke for en bestemt vare;

— produkter, der er forsynet med dette mærke og lovligt bragt i omsætning i en af disse medlemsstater af varemærkeindehaveren, er derefter blevet købt og eksporteret af tredjemænd til andre stater, hvor de er bragt i omsætning og videresolgt,

— varemærkelovgivningen i sidstnævnte medlemsstat giver varemærkeindehaveren ret til ad rettens vej at modsætte sig, at varer bringes i omsætning dér af andre under det pågældende mærke endog i tilfælde af, at varerne af en til mærket berettiget virksomhed, som tilhører samme koncern , tidligere lovligt er bragt i omsætning i dette andet land.

Vedrørende spørgsmål I a

3 Ved dette spørgsmål anmodes Domstolen om at udtale, hvorvidt traktatens regler om frie varebevægelser i den pågældende situation forhindrer varemærkeindehaveren i at modsætte sig, at et mærkebeskyttet produkt bringes i omsætning af andre.

4 I henhold til traktatens og især artikel 30's bestemmelser om frie varebevægelser er indførselsrestriktioner såvel som alle foranstaltninger med tilsvarende virkning forbudt;

5 ifølge ordlyden af artikel 36 er disse bestemmelser dog ikke til hinder for sådanne forbud eller restriktioner vedrørende indførsel, som er begrundet i beskyttelsen af den industrielle og kommercielle ejendomsret;

6 det fremgår imidlertid af samme artikel, særligt af 2. punktum, såvel som af konteksten, at traktaten ganske vist ikke berører industrielle og kommercielle ejendomsrettigheder, som er anerkendt af en medlemsstats lovgivning, men at udøvelsen af disse rettigheder ikke desto mindre efter omstændighederne kan rammes af traktatens forbud;

7 selv om artikel 36 hjemler en undtagelse fra et af fællesmarkedets grundlæggende principper, tillader den kun afvigelser fra princippet om frie varebevægelser i det omfang, de er begrundet i hensynet til beskyttelsen af de rettigheder, der udgør denne ejendomsrets særlige genstand;

8 inden for varemærkeområdet er den kommercielle ejendomsrets specifikke indhold særligt at sikre indehaveren eneret til at udnytte mærket med henblik på den første afsætning af et produkt og således beskytte ham mod de konkurrenter, som måtte ønske at misbruge mærkets stilling og omdømme ved at sælge produkter, der ulovligt er forsynet med dette mærke;

9 en hindring for varernes frie bevægelighed kan følge af regler i en national lovgivning vedrørende industriel og kommerciel ejendomsret, som bestemmer, at indehaverens varemærkeret ikke udtømmes ved markedsføringen af et produkt i en anden medlemsstat under dette mærke, således at indehaveren kan modsætte sig import til sit eget land af det produkt, der er bragt i omsætning i en anden stat;

10 en sådan hindring er ikke berettiget, når produktet lovligt er blevet afsat på markedet i den medlemsstat, hvorfra det er importeret, af indehaveren selv eller med hans samtykke, således at der ikke kan opstå spørgsmål om misbrug eller efterligning af mærket;

11 dersom nemlig mærkeindehaveren kunne forbyde import af beskyttede produkter, bragt i omsætning i en anden medlemsstat af ham selv eller med hans samtykke, ville han have mulighed for at opdele de nationale markeder og således foretage en restriktion af handelen mellem medlemsstaterne, uden at en sådan restriktion var nødvendig for at sikre ham det væsentlige i de enerettigheder, som flyder af mærket;

12 det stillede spørgsmål må derfor besvares således, at varemærkeindehaverens udøvelse af den ret, som en medlemsstats lovgivning tillægger ham med hensyn til at forbyde markedsføringen i denne stat af et produkt, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat under dette mærke af indehaveren selv eller med hans samtykke, er uforenelig med EØF-traktatens regler om frie varebevægelser inden for fællesmarkedet.

Vedrørende spørgsmål I b

13 Dette spørgsmål er stillet under hensyn til muligheden af, at Fællesskabets regler ikke under alle omstændigheder udelukker, at varemærkeindehaveren udøver den ret til at forbyde import af det beskyttede produkt, som den nationale lov tillægger ham;

14 det følger af det svar, der er givet på spørgsmål I a ovenfor, at spørgsmål I b er blevet overflødigt.

Vedrørende spørgsmål I c

15 Ved dette spørgsmål anmodes Domstolen i det væsentlige om at udtale, hvorvidt indehaveren uanset svaret på det første spørgsmål kan modsætte sig import af produkter, der er bragt i omsætning under det pågældende mærke, når der eksisterer prisforskelle, som er en følge af foranstaltninger truffet af de offentlige myndigheder i eksportlandet med henblik på at kontrollere varernes priser.

16 Det falder ind under fællesskabsmyndighedernes opgave at fjerne de faktorer, som kan fordreje konkurrencen mellem medlemsstaterne, særlig ved harmonisering af nationale foranstaltninger til kontrol af priserne og ved forbud mod støtteordninger, der er uforenelige med fællesmarkedet, såvel som ved udøvelsen af deres beføjelser på kokurrenceområdet;

17 eksistensen af sådanne faktorer i en medlemsstat kan imidlertid ikke berettige en anden medlemsstats opretholdelse eller indførelse af foranstaltninger, som er uforenelige med reglerne vedrørende varernes frie bevægelighed, særlig når disse foranstaltninger vedrører den industrielle og kommercielle ejendomsret;

18 det stillede spørgsmål må derfor besvares benægtende.

Vedrørende spørgsmål I d

19 Ved dette spørgsmål anmodes Domstolen om at udtale, hvorvidt varemærkeindehaveren for at kunne kontrollere distributionen af et farmaceutisk produkt med henblik på beskyttelsen af publikum mod de risici, der hidrører fra mangler ved varerne, er berettiget til at udøve de rettigheder, som varemærket giver ham, uden hensyn til fællesskabsreglerne vedrørende frie varebevægelser.

20 Da beskyttelsen af publikum mod de risici, der skyldes mangler ved farmaceutiske produkter, er et legitimt hensyn, bemyndiger traktatens artikel 36 medlemsstaterne til at fravige reglerne om frie varebevægelser med henblik på beskyttelsen af menneskers og dyrs liv og sundhed;

21 imidlertid skal de hertil nødvendige foranstaltninger træffes som foranstaltninger på området for sundhedskontrollen og ikke ved en omgåelse af reglerne om industriel og kommerciel ejendomsret;

22 i øvrigt er det specifikke indhold af beskyttelsen af den industrielle og kommercielle ejendomsret forskelligt fra indholdet af beskyttelsen af publikum og det eventuelle ansvar, som kan følge heraf;

23 det stillede spørgsmål må derfor besvares benægtende.

Vedrørende spørgsmål I e

24 Ved dette spørgsmål anmodes Domstolen om at udtale, hvorvidt artikel 42 i traktaten vedrørende tiltrædelsesvilkårene for de tre nye medlemsstater medfører, at traktatens regler om frie varebevægelser ikke kan påberåbes i Nederlandene før den 1. januar 1975, for så vidt de omhandlede varer hidrørende fra Det forenede Kongerige.

25 I tiltrædelsesaktens artikel 42, stk. 1 bestemmes, at kvantitative import- og eksportrestriktioner fra tiltrædelsen afskaffes mellem Fællesskabet i dets oprindelige udstrækning og de nye medlemsstater;

26 i henhold til samme artikels stk. 2, som der særlig sigtes til ved dette spørgsmål, »(afskaffes) foranstaltninger med tilsvarende virkning som disse restriktioner .... senest 1. januar 1975«;

27 efter konteksten kan denne bestemmelse kun omhandle foranstaltninger med tilsvarende virkning som kvantitative restriktioner, som skulle ophæves mellem de oprindelige medlemsstater efter en overgangsperiode i medfør af EØF-traktatens artikel 30 og artikel 32 til 35;

28 heraf ses, at tiltrædelsesaktens artikel 42 ikke har nogen virkning på de importforbud, som følger af en national lovgivning vedrørende industriel og kommerciel ejendomsret;

29 dette område er følgelig underkastet princippet i traktaten og tiltrædelsesakten, hvorefter de bestemmelser i traktaterne om oprettelse af De europæiske Fællesskaber, som vedrører de frie varebevægelser, herunder særlig artikel 30, fra tiltrædelsen finder anvendelse på de nye medlemsstater, medmindre andet udtrykkeligt er bestemt;

30 det følger heraf, at tiltrædelsesaktens artikel 42 ikke, selv ikke før den 1. januar 1975, kan påberåbes til støtte for at hindre import til Nederlandene af varer afsat på de ovenfor nærmere angivne betingelser på markedet i Det forenede Kongerige af en varemærkeindehaver selv eller med hans samtykke.

Vedrørende spørgsmål II

31 Ved dette spørgsmål anmodes Domstolen om at udtale, hvorvidt der foreligger en samordnet praksis, som er forbudt ved traktatens artikel 85, når en virksomhed tilhørende en koncern benytter sine varemærkerettigheder til at hindre en tredjemands markedsføring af et produkt, som tidligere er bragt i omsætning i et andet land af en virksomhed, der er berettiget til mærket i dette andet land, og som tilhører samme koncern;

32 artikel 85 omhandler ikke aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder, der i egenskab af moderselskab og datterselskab tilhører samme koncern, dersom virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin markedspolitiske linje, og dersom disse aftaler eller den samordnede praksis som formål har en intern fordeling af opgaverne mellem virksomhederne.

Vedrørende sagsomkostningerne

33 De udgifter, der er afholdt af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, som har fremsat indlæg for Domstolen, kan ikke godtgøres;

34 da retsforhandlingerne i forhold til hovedsagens parter udgør et led i den sag, der verserer for Hoge Raad der Nederlanden, tilkommer det denne ret at træffe afgørelse om sagsomkostningerne.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, som er forelagt den ved mellemafgørelse af 1. marts 1974 fra Hoge Raad der Nederlanden, for ret:

1. Varemærkeindehaverens udøvelse af den ret, som en medlemsstats lovgivning tillægger ham med hensyn til at forbyde markedsføringen i denne stat af et produkt, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat under dette mærke af indehaveren selv eller med hans samtykke, er uforenelig med EØF-traktatens regler om frie varebevægelser inden for fællesmarkedet.

2. I så henseende er det uden betydning, om der mellem den eksporterende og den importerende medlemsstat eksisterer prisforskelle, der er en følge af foranstaltninger truffet af de offentlige myndigheder i eksportstaten med henblik på at kontrollere produktets pris.

3. Indehaveren af et varemærke for et farmaceutisk produkt kan ikke unddrage sig fællesskabsreglerne om frie varebevægelser for at kontrollere distributionen af produktet med henblik på beskyttelsen af publikum mod mangler ved varerne.

4. Artikel 42 i akten vedrørende tiltrædelsesvilkårene og tilpasningerne af traktaterne kan ikke, selv ikke før den 1. januar 1975, påberåbes til støtte for at hindre import til Nederlandene af varer afsat på markedet i Det forenede Kongerige af varemærkeindehaveren selv eller med hans samtykke.

5. Artikel 85 omhandler ikke aftaler eller samordnet praksis mellem virksomheder, der i egenskab af moderselskab og datterselskab tilhører samme koncern, dersom virksomhederne udgør en økonomisk enhed, inden for hvilken datterselskabet ikke har nogen reel selvstændighed ved fastlæggelsen af sin markedspolitiske linje, og dersom disse aftaler eller den samordnede praksis som formål har en intern fordeling af opgaverne mellem virksomhederne.

Lecourt Ó Dálaigh Mackenzie Stuart Donner Monaco

Mertens de Wilmars Pescatore Kutscher Sørensen

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 31. oktober 1974

A. Van Houtte
Justitssekretær

R. Lecourt
Præsident