DOMSTOLENS DOM

11. juli 1996 *

I de forenede sager C-427/93, C-429/93 og C-436/93,

angående anmodninger, som Sø- og Handelsretten i København (sag C-427/93 og C-429/93) og Højesteret (sag C-436/93) i medfør af EF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i de for nævnte retter verserende sager,

Bristol-Myers Squibb

mod

Paranova A/S (sag C-427/93),

C. H. Boehringer Sohn,

Boehringer Ingelheim KG,

Boehringer Ingelheim A/S

* Processprog: dansk.

mod

Paranova A/S (sag C-429/93),

og

Bayer Aktiengesellschaft,

Bayer Danmark A/S

mod

Paranova A/S (sag C-436/93),

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af artikel 7 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1) og af EF-traktatens artikel 36,

har

DOMSTOLEN

sammensat af præsidenten, G.C. Rodríguez Iglesias, afdelingsformændene C.N. Kakouris, J.-P. Puissochet og G. Hirsch samt dommerne G.F. Mancini, J.C. Moitinho de Almeida, C. Gulmann (refererende dommer), P. Jann og H. Ragnemalm,

generaladvokat: F.G. Jacobs
justitssekretærer: assisterende justitssekretær H. von Holstein
fuldmægtig L. Hewlett,

efter at der er indgivet skriftlige indlæg af:

— Bristol-Myers Squibb ved advokat Kirsten Levinsen, København

— C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG og Boehringer Ingelheim A/S ved advokat Karen Dyekjær-Hansen, København

— Bayer Aktiengesellschaft og Bayer Danmark A/S ved advokat Dietrich C. Ohlgart, Hamburg, og advokat Henrik Nebelong, København

— Paranova A/S ved advokat Erik B. Pfeiffer, København

— den tyske regering ved Ministerialrat Alexander von Mühlendahl og Regierungsdirektor Alfred Dittrich, begge Forbundsjustitsministeriet, og Ministerialrat Ernst Röder, Forbundsøkonomiministeriet, som befuldmægtigede

— den franske regering ved secrétaire des affaires étrangères Hélène Duchêne, og directeur adjoint Edwige Belliard, begge Udenrigsministeriets Direction des affaires juridiques, som befuldmægtigede

— Det Forenede Kongeriges regering ved S. Lucinda Hudson, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, bistået af Barrister Michael Silverleaf

— Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber ved Pieter van Nuffel og Anders Christian Jessen, Kommissionens Juridiske Tjeneste, som befuldmægtigede,

på grundlag af retsmøderapporten,

efter at der i retsmødet den 4. oktober 1995 er afgivet mundtlige indlæg af Bristol-Myers Squibb ved advokat Peter-Ulrik Plesner, København, af C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG og Boehringer Ingelheim A/S ved advokat Karen Dyekjær-Hansen, af Bayer Aktiengesellschaft og Bayer Danmark A/S ved advokat Henrik Nebelong og advokat Dietrich C. Ohlgart, af Paranova A/S ved advokat Erik B. Pfeiffer, af den franske regering ved secrétaire des affaires étrangères Philippe Martinet, Udenrigsministeriets Direction des affaires juridiques, som befuldmægtiget, af Det Forenede Kongeriges regering ved Lindsey Nicoll, Treasury Solicitor's Department, som befuldmægtiget, bistået af Barrister Michael Silverleaf, og af Kommissionen ved Richard Wainwright, Hans Peter Hartvig og Angela Bardenhewer, som befuldmægtigede,

og efter at generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse den 14. december 1995,

afsagt følgende

Dom

1 Ved beslutninger af 22. oktober (sag C-427/93), 21. oktober (sag C-429/93) og 1. november 1993 (sag C-436/93), indgået til Domstolen henholdsvis den 25. oktober, 26. oktober og 4. november 1993, har Sø- og Handelsretten i København (sag C-427/93 og C-429/93) og Højesteret (sag C-436/93) i medfør af EF-traktatens artikel 177 stillet en række præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af artikel 7 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (EFT 1989 L 40, s. 1, herefter »direktivet«) og af EF-traktatens artikel 36.

2 Spørgsmålene er rejst under behandlingen af tre sager mellem henholdsvis lægemiddelproducenterne, selskabet Bristol-Myers Squibb, selskaberne C. H. Boehringer Sohn, Boehringer Ingelheim KG og Boehringer Ingelheim A/S (herefter

»Boehringer«) samt selskaberne Bayer Aktiengesellschaft og Bayer Danmark A/S (herefter »Bayer«), og selskabet Paranova A/S (herefter »Paranova«), som importerer visse produkter fremstillet af de nævnte lægemiddelproducenter til Danmark.

Den retlige baggrund

3 I henhold til traktatens artikel 36 er sådanne forbud eller restriktioner vedrørende indførsel mellem medlemsstaterne, som er begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, tilladte på betingelse af, at de hverken udgør et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne.

4 Direktivets artikel 5, der vedrører de »rettigheder, der er knyttet til varemærket«, har følgende ordlyd:

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

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

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

2. ...

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

a) at anbringe tegnet på varerne eller på deres emballage

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

c) at importere eller eksportere varerne under det pågældende tegn

d) at anvende tegnet på forretningspapirer og i reklameøjemed.

...«

5 Direktivets artikel 7 fastlægger princippet om »konsumption af de rettigheder, der er knyttet til varemærket«, og indeholder følgende bestemmelser:

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

2. Stk. 1 finder ikke anvendelse, såfremt skellig grund berettiger indehaveren til at modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, især i tilfælde, hvor disses tilstand er ændret eller forringet, efter at de er markedsført.«

6 De nævnte bestemmelser er gennemført i dansk ret som § 4 og § 6 i lov nr. 341 af 6. juni 1991 om varemærker og fællesmærker.

De faktiske omstændigheder og de præjudicielle spørgsmål

7 Bristol-Myers Squibb markedsfører i forskellige medlemsstater lægemidler, som fremstilles af selskabet selv eller af et med selskabet forbundet selskab. Det er indehaver af varemærkeregistreringer i Danmark for varemærkerne Capoten, Mycostatin, Vepesid, Vumon og Diclocil. Capoten anvendes som et blodtryksnedsættende præparat og markedsføres i form af tabletter emballeret i blisterpakninger. Mycostatin er en mikstur mod svamp i munden markedsført i flasker. Vepesid er et cancermiddel, som markedsføres i hætteglas eller kapsler emballeret i blisterpakninger. Vumon er ligeledes et cancermiddel emballeret i ampuller. Diclocil er et antibiotikum mod infektioner, som markedsføres i kapsler emballeret i blisterpakninger.

8 Boehringer fremstiller lægemidler i Tyskland og markedsfører dem i hele Fællesskabet. Boehringer har i Danmark registreret varemærket Boehringer Ingelheim, som generelt anbringes på de af Boehringer fremstillede lægemidler, samt varemærkerne Atrovent, Berodual, Berotec og Catapresan, der benyttes som betegnelse for visse lægemidler. Atrovent, Berodual og Berotec ordineres til behandling af astma bronchiale og sælges i aerosoler. Lægemidlerne markedsføres i alle medlemsstaterne i pakninger med en aerosol, men med en forskellig mængde af det aktive stof.

Catapresan anvendes ved arteriel hypertension og markedsføres i form af tabletter i blisterpakninger.

9 Bayer fremstiller og markedsfører i forskellige medlemsstater et lægemiddel under betegnelsen Adalat, som selskabet har ladet registrere som varemærke i Danmark, ligesom det har registreret firmanavnet Bayer. Adalat anvendes til behandling af hjerte- og kredsløbssygdomme. I nogle år har Adalat været markedsført i Danmark i pakninger med 30 eller 100 tabletter, som er anbragt på blisterkort med hver 10 tabletter. Siden 1990 markedsføres alene 100 stk.'s pakninger i Danmark. I andre medlemsstater markedsføres Adalat i pakninger af forskellig størrelse med henholdsvis 20, 30, 50, 60 eller 100 tabletter.

10 Paranova er et selskab, der forhandler såkaldt parallelimporterede lægemidler. Paranova har indkøbt partier af ovennævnte lægemidler i medlemsstater, hvor priserne er forholdsvis lave (Grækenland, Det Forenede Kongerige, Spanien og Portugal), og har importeret dem til Danmark, hvor Paranova med fortjeneste sælger dem til priser, der ligger under producenternes officielle salgspriser.

11 Med henblik på salget i Danmark har Paranova ompakket alle lægemidlerne i nye ydre pakninger, som har et ensartet præg og en karakteristisk fremtoning i form af hvide pakninger forsynet med striber i farver, der svarer til farverne på producenternes originale pakninger. På de nye pakninger var angivet bl.a. de pågældende producenters varemærker, at produktet var fremstillet af henholdsvis »Bristol-Myers Squibb«, »Boehringer Ingelheim« og »Bayer«, og at det var »importeret og ompakket af Paranova«.

12 For så vidt angår Capoten, Diclocil, Catapresan og Adalat indebar Paranova's ompakning en ændring af pakningsstørrelsen.

13 Hvad særlig angår Adalat var den af Bayer benyttede danske pakning forsynet med betegnelsen »Adalat 20 mg«. Paranova importerede Adalat fra Grækenland, hvor produktet blev solgt i pakninger med 3 blisterkort med hver 10 tabletter. Paranova ompakkede produktet i nye pakninger, som bar betegnelsen »Adalat retard«, og som indeholdt 10 blisterkort med hver 10 tabletter.

14 Ud over udskiftningen af de ydre emballager foretog Paranova følgende.

15 Hvad angår Vepesid og Vumon udtog Paranova hætteglassene og ampullerne af de indre »bakker« og anbragte på hvert hætteglas eller hver ampul en ny selvklæbende mærkat, som tildækkede producentens mærkat. På denne nye mærkat var anført Bristol-Myers Squibb's varemærke samt »Producent: Bristol-Myers Squibb« og »Importeret og ompakket af Paranova«. Hætteglassene og ampullerne blev derefter nedlagt i de originale »bakker« og anbragt i en ny ydre emballage. For så vidt angår Mycostatin, Atrovent, Berodual og Berotec tildækkede Paranova ligeledes de originale mærkater på flaskerne eller aerosolerne med sin egen mærkat, hvorpå bl.a. var anbragt producenternes varemærker.

16 For Vepesid's, Vumon's, Berodual's og Berotec's vedkommende indlagde Paranova indlægssedler på dansk i de nye emballager.

17 I emballagen for Mycostatin udskiftede Paranova den sprøjte, der fandtes i den originale emballage, med en sprøjte, der ikke hidrørte fra Bristol-Myers Squibb.

18 Desuden lod Paranova i overensstemmelse med de danske bestemmelser på området de pågældende lægemidler registrere i det danske specialitetsregister som medicinske specialiteter med samme navne som producenternes.

19 Bristol-Myers Squibb og Boehringer anlagde sag mod Paranova ved Sø- og Handelsretten, bl.a. med påstand om, at sagsøgte tilpligtedes at anerkende at have gjort indgreb i sagsøgernes ret til varemærkerne ved uden sagsøgernes samtykke at anbringe varemærkerne på de af sagsøgte udbudte produkter, og at sagsøgte tilpligtedes at ophøre med den fortsatte anbringelse af varemærkerne på de af sagsøgte ompakkede og markedsførte produkter.

20 Denne ret besluttede at udsætte sagerne og at forelægge Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal artikel 7, stk. 1, i Rådets direktiv 89/104/EØF af 21.12.1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker fortolkes således, at en varemærkeindehaver, der har bragt en vare i omsætning i en medlemsstat under et varemærke, ikke kan modsætte sig, at en tredjemand importerer varen til en anden medlemsstat, for dér at markedsføre varen under samme varemærke, selvom denne tredjemand har forsynet varens indre emballage med mærkater, hvorpå varemærket er genanbragt og udskiftet den oprindelige yderemballage med en ny, hvorpå varemærket er genanbragt, med mindre artikel 7, stk. 2, finder anvendelse?

Det fremhæves, at der ikke med spørgsmålet ønskes en stillingtagen til de tilfælde, hvor Traktatens artikel 36, 2. led, måtte retfærdiggøre ompakning og genanbringelse i overensstemmelse med de i sag 102/77 fastlagte principper, men alene om artikel 7, stk. 1, skal læses således, at den udover at fastslå princippet om varemærkeretlig konsumption inden for EF også indebærer en generel indskrænkning i de i øvrigt varemærkeindehaveren tilkomne beføjelser over for brug af varemærket, som varemærkeindehaveren ikke har givet sit samtykke til.

2) Under forudsætning af en bekræftende besvarelse af spørgsmål 1 ønskes oplyst, om nævnte artikel 7, stk. 2, i direktiv 89/104/EØF efter implementering vil indebære, at Domstolens praksis som udviklet ved og i fortsættelse af nævnte sag 102/77 bliver af subsidiær betydning, idet retten til ompakning primært vil være at afgøre ved anvendelse af nationale bestemmelser svarende til artikel 7, stk. 2, i ovennævnte direktiv?«

21 I sag C-427/93 har Sø- og Handelsretten yderligere forelagt Domstolen følgende to spørgsmål:

»3) Såfremt det lægges til grund, at artikel 7, stk. 1, i ovennævnte direktiv tilsigter at tillade parallelimportøren at genanbringe varemærket, forespørges, om det efter artikel 7, stk. 2, må anses som 'skellig grund', at varen er ompakket?

Specielt forespørges, om det gør nogen forskel, at der alene er tale om ompakning og ommærkning af den ydre pakning frem for den indre?

4) I relation til undtagelsesbestemmelsen i Traktatens artikel 36, stk. 2, og på baggrund af Domstolens udtalelser i sag 102/177 ønskes oplyst, hvad der for

et konkret produkt kan betegnes som en opdeling af markedet, specielt hvilke kvalificerende omstændigheder der indgår ved bedømmelsen af, om der for et konkret produkt i forbindelse med det af varemærkeindehaveren anvendte salgssystem kan siges at foreligge en 'kunstig opdeling' af markederne mellem medlemsstaterne?«

22 Bayer anlagde sag mod Paranova ved Sø- og Handelsretten, som frifandt sagsøgte. Bayer indbragte derefter sagen for Højesteret, som har forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1) Skal en varemærkeindehavers muligheder for at modsætte sig, at en parallelimportør udskifter den oprindelige emballage på hans vare helt eller delvist med en ny emballage, hvorpå parallelimportøren genanbringer varemærket, bedømmes efter den nationale varemærkeret alene i samspil med art. 7, stk. 1 og 2, i Rådets første direktiv af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker (89/104/EØF) eller tillige i samspil med EØF-traktatens artikel 36, 1. og 2. pkt.?

2) Har det ved bedømmelsen af varemærkeindehaverens retlige reaktionsmuligheder betydning, om der kan siges at foreligge en 'kunstig markedsopdeling' i relation til omsætningen af den pågældende vare?

Domstolen bedes i givet fald definere, hvilken betydning for reaktionsmulighederne der er tale om.

3) Dersom spørgsmål 2 besvares bekræftende, har det da betydning for varemærkeindehaverens rettigheder, om han har haft til hensigt at fremkalde eller udnytte en sådan kunstig markedsopdeling?

Domstolen bedes i givet fald definere, hvilken betydning for rettighederne der er tale om.

4) Skal parallelimportøren i relation til spørgsmål 3 godtgøre eller dog sandsynliggøre, at der har foreligget hensigt, eller skal varemærkeindehaveren godtgøre eller dog sandsynliggøre, at der ikke har foreligget hensigt?

5) Er genanbringelse af varemærket, som beskrevet i spørgsmål 1, i sig selv tilstrækkelig 'skellig grund' i direktivets art. 7's forstand, eller må varemærkeindehaveren herudover godtgøre yderligere forhold så som, at varernes tilstand er ændret eller forringet, når parallelimportøren markedsfører dem?«

23 Ved kendelse afsagt af Domstolens præsident den 18. november 1993 er sagerne blevet forenet med henblik på den skriftlige og mundtlige forhandling og domsafsigelsen.

Anvendelsen af direktivets artikel 7

24 Med det første spørgsmål i sag C-436/93 ønsker Højesteret i det væsentlige oplyst, om det forhold, at en varemærkeindehaver påberåber sig sin varemærkeret for at forhindre, at en importør markedsfører et produkt, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, i tilfælde hvor importøren har ompakket produktet og genanbragt varemærket på det uden varemærkeindehaverens samtykke, skal bedømmes efter den nationale varemærke-

ret alene i samspil med direktivets artikel 7 eller tillige i samspil med traktatens artikel 36.

25 I denne forbindelse bemærkes indledningsvis, at når fællesskabsdirektiver foreskriver en harmonisering af de foranstaltninger, som er nødvendige for at sikre beskyttelsen af de hensyn, der nævnes i traktatens artikel 36, skal enhver national foranstaltning i denne sammenhæng bedømmes ud fra direktivbestemmelserne og ikke på grundlag af traktatens artikel 30-36 (jf. dom af 5.10.1977, sag 5/77, Tedeschi, Sml. s. 1555, præmis 35, af 30.11.1983, sag 227/82, Van Bennekom, Sml. s. 3883, præmis 35, af 12.10.1993, sag C-37/92, Vanacker og Lesage, Sml. I, s. 4947, præmis 9, og af 5.10.1994, sag C-323/93, Centre d'insémination de la Crespelle, Sml. I, s. 5077, præmis 31).

26 Dernæst bemærkes, at direktivets artikel 7, som er affattet i generelle vendinger, indeholder en fuldstændig regulering af spørgsmålet om konsumption af varemærkeretten for så vidt angår produkter, der er markedsført inden for Fællesskabet. Heraf følger, at nationale regler på dette område skal bedømmes ud fra denne bestemmelse.

27 Direktivet skal imidlertid, som enhver bestemmelse i den afledte ret, fortolkes på baggrund af traktatens regler om frie varebevægelser, herunder artikel 36 (jf. dom af 9.6.1992, sag C-47/90, Delhaize, Sml. I, s. 3669, præmis 26, og af 2.2.1994, sag C-315/92, Verband Sozialer Wettbewerb, Sml. I, s. 317, præmis 12).

28 Det første spørgsmål i sag C-436/93 skal herefter besvares med, at det forhold, at en varemærkeindehaver påberåber sig sin varemærkeret for at forhindre, at en importør markedsfører et produkt, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, i tilfælde hvor importøren har ompakket produktet og genanbragt varemærket på det uden varemærkein-

dehaverens samtykke, skal bedømmes efter national varemærkeret i samspil med direktivets artikel 7 fortolket på baggrund af traktatens artikel 36.

Fortolkningen af direktivets artikel 7, stk. 1

29 Med det første spørgsmål i sag C-427/93 og C-429/93 ønsker Sø- og Handelsretten i det væsentlige oplyst, om direktivets artikel 7, stk. 1, er til hinder for, at en varemærkeindehaver, bortset fra tilfælde omfattet af artikel 7, stk. 2, påberåber sig sin varemærkeret for at forhindre, at en importør markedsfører et produkt, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, også selv om importøren har ompakket produktet og genanbragt varemærket på det uden varemærkeindehaverens samtykke.

30 Indledningsvis skal der mindes om, at direktivets artikel 7, stk. 1, bestemmer, at de til varemærket knyttede rettigheder ikke giver indehaveren ret til at forbyde brugen af mærket for varer, som af indehaveren selv eller med dennes samtykke er markedsført inden for Fællesskabet under dette mærke.

31 Bestemmelsen er affattet med en ordlyd, der svarer til den, Domstolen har benyttet i de domme, hvori den, i forbindelse med fortolkningen af traktatens artikel 30 og 36, har anerkendt princippet om konsumption af varemærkeretten i fællesskabsretten. Bestemmelsen gengiver således Domstolens praksis, hvorefter indehaveren af en varemærkeret, der er beskyttet af en medlemsstats lovgivning, ikke kan påberåbe sig denne lovgivning for at modsætte sig indførsel eller markedsføring af et produkt, der af den pågældende selv eller med hans samtykke er markedsført i en anden medlemsstat (jf. bl.a. dom af 31.10.1974, sag 16/74, Winthrop, Sml. s. 1183, præmis 7-11, af 17.10.1990, sag C-10/89, HAG, herefter »HAG II-dommen«, Sml. I, s. 3711, præmis 12, og af 22.6.1994, sag C-9/93, IHT Internationale Heiztechnik og Danziger, Sml. I, s. 2789, præmis 33 og 34).

32 Sagsøgerne i hovedsagerne samt den tyske regering har imidlertid anført, at direktivets artikel 7, stk. 1, ikke tillægger parallelimportøren nogen anden ret end retten til at videresælge produkterne i den form, hvori varemærkeindehaveren har markedsført dem i en anden medlemsstat. Der sker ingen konsumption af den eneret, en varemærkeindehaver har i medfør af direktivets artikel 5 til at anbringe varemærket på et produkt. Selv uden for området for undtagelserne i henhold til artikel 7, stk. 2, vil varemærkeindehaveren således kunne forbyde, at varemærket anbringes på ompakkede produkter.

33 Denne argumentation kan ikke tiltrædes.

34 Det følger af Domstolens praksis vedrørende traktatens artikel 36, at varemærkeindehaverens eneret til at anbringe varemærket på et produkt under visse omstændigheder må betragtes som konsumeret for derigennem at give en importør adgang til under brug af varemærket at markedsføre produkter, som er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke (jf. dom af 23.5.1978, sag 102/77, Hoffmann-La Roche, Sml. s. 1139, og af 10.10.1978, sag 3/78, American Home Products, Sml. s. 1823, samt de i dag afsagte domme i de forenede sager C-71/94, C-72/94 og C-73/94, Eurim-Pharm Arzneimittel, og i sag C-232/94, MPA Pharma).

35 Hvis det blev antaget, at det i artikel 7, stk. 1, fastsatte konsumptionsprincip ikke kunne gælde, når importøren har ompakket produktet og har genanbragt varemærket på det, ville dette indebære en væsentlig ændring af de principper, der følger af traktatens artikel 30 og 36.

36 Der er i øvrigt intet grundlag for at antage, at direktivets artikel 7 sigter på at begrænse rækkevidden af den nævnte retspraksis. En sådan konsekvens ville i øvrigt være uantagelig, da et direktiv kun i det omfang, det tillades efter traktaten, kan begrunde hindringer for samhandelen inden for Fællesskabet. Det følger af Domstolens praksis, at forbuddet mod kvantitative restriktioner samt foranstalt-

ninger med tilsvarende virkning ikke blot gælder for nationale foranstaltninger, men også for foranstaltninger, der udgår fra fællesskabsinstitutionerne (jf. senest dom af 9.8.1994, sag C-51/93, Meyhui, Sml. I, s. 3879, præmis 11).

37 Det første spørgsmål i sag C-427/93 og C-429/93 må herefter besvares med, at direktivets artikel 7, stk. 1, er til hinder for, at en varemærkeindehaver, bortset fra tilfælde omfattet af artikel 7, stk. 2, påberåber sig sin varemærkeret for at forhindre, at en importør markedsfører et produkt, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, også selv om importøren har ompakket produktet og genanbragt varemærket på det uden varemærkeindehaverens samtykke.

Fortolkningen af direktivets artikel 7, stk. 2

38 Med det andet spørgsmål i sag C-427/93 og C-429/93, det tredje og fjerde spørgsmål i sag C-427/93 samt det andet, tredje, fjerde og femte spørgsmål i sag C-436/93 har de nationale retsinstanser i det væsentlige anmodet om en præcisering af betingelserne for, at en varemærkeindehaver i medfør af direktivets artikel 7, stk. 2, kan modsætte sig fortsat markedsføring af et af importøren ompakket lægemiddel, hvorpå indehaverens varemærke er genanbragt. I denne forbindelse ønsker de nationale retsinstanser særlig oplyst, om den praksis, der er udviklet i forbindelse med traktatens artikel 36, er relevant for anvendelsen af direktivets artikel 7, stk. 2. I givet fald anmodes Domstolen om at uddybe betydningen og indholdet af de i denne praksis opstillede begreber »kunstig opdeling af markederne« og »berøring af produktets originale tilstand«.

39 Ifølge direktivets artikel 7, stk. 2, kan indehaveren af en varemærkeret modsætte sig fortsat markedsføring af varerne, såfremt der foreligger en skellig grund, især i tilfælde, hvor varernes tilstand er ændret eller forringet, efter at de er markedsført.

Anvendelsen af ordet »især« viser, at det nævnte tilfælde blot er anført som et eksempel.

40 Det må lægges til grund, at direktivets artikel 7, ligesom traktatens artikel 36, har til formål at forene de grundlæggende hensyn til beskyttelsen af varemærkerettigheder med de grundlæggende hensyn til de frie varebevægelser inden for det fælles marked, og at disse to bestemmelser, der tilsigter at nå det samme resultat, derfor skal fortolkes på samme måde.

41 Det følger heraf, at afgørelsen af, om en varemærkeindehaver i medfør af direktivets artikel 7, stk. 2, kan modsætte sig markedsføring af ompakkede produkter, hvorpå varemærket er genanbragt, skal træffes på grundlag af den praksis, Domstolen har udviklet vedrørende artikel 36.

42 Det fremgår af Domstolens praksis, at artikel 36 kun tillader, at det grundlæggende princip om de frie varebevægelser inden for det fælles marked fraviges i det omfang, dette er begrundet i hensynet til beskyttelse af de rettigheder, der udgør den pågældende industrielle og kommercielle ejendomsrets særlige genstand.

43 Hvad særlig angår varemærkeretten har Domstolen fastslået, at denne er afgørende inden for rammerne af den ordning med loyal konkurrence, som skal gennemføres efter traktaten. Under en sådan ordning må virksomhederne sættes i stand til på grundlag af kvaliteten af deres produkter eller tjenesteydelser at opbygge en fast kundekreds, hvilket kun er muligt, såfremt der findes særlige kendetegn, ved hjælp af hvilke de kan identificeres. Betingelsen for, at et varemærke kan have denne funktion, er, at mærket for ethvert produkt, der er forsynet med det, udgør en garanti for, at produktet er blevet fremstillet under kontrol af én bestemt virksomhed, der er ansvarlig for produktets kvalitet (HAG II-dommen, a.st., præmis 13, og dommen i sagen IHT Internationale Heiztechnik og Danziger, a.st., præmis 37 og 45).

44 Som Domstolen flere gange har udtalt, består varemærkerettens særlige genstand således navnlig i, at indehaveren sikres en eneret til at bruge mærket til et produkt, når dette første gang bringes i handelen, hvorved han beskyttes mod konkurrenter, som måtte ønske at misbruge mærkets stilling og omdømme til at sælge produkter, der retsstridigt er forsynet med dette mærke (jf. navnlig Hoffmann-La Roche-dommen, a.st., præmis 7, dom af 3.12.1981, sag 1/81, Pfizer, Sml. s. 2913, præmis 7, HAG II-dommen, præmis 14, og dommen i sagen IHT Internationale Heiztechnik og Danziger, a.st., præmis 33).

45 Det følger navnlig heraf, således som det er anført ovenfor, at indehaveren af en varemærkeret, der er beskyttet efter lovgivningen i en medlemsstat, ikke på grundlag af denne lovgivning kan modsætte sig import eller markedsføring af en vare, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af indehaveren selv eller med hans samtykke (jf. bl.a. Winthrop-dommen, a.st., præmis 7-11, HAG II-dommen, præmis 12, og dommen i sagen IHT Internationale Heiztechnik og Danziger, præmis 33 og 34).

46 Varemærkerettens genstand er ikke at tillade indehaverne at opdele de nationale markeder og derved medvirke til at opretholde de prisforskelle, der kan være mellem medlemsstaterne. Det er, især på markedet for lægemidler, rigtigt, at sådanne prisforskelle kan skyldes forhold, som varemærkeindehaverne ikke har nogen kontrol over, især forskellige bestemmelser i medlemsstaterne vedrørende fastsættelse af maksimalpriser, avancer for lægemiddelgrossister og for apotekere eller maksimumsbeløb for godtgørelse af lægemiddeludgifter i henhold til sygesikringsordningerne. Fordrejninger som følge af, at en medlemsstat har en anden prisregulering, skal imidlertid afhjælpes ved foranstaltninger truffet af fællesskabsmyndighederne og ikke ved, at en anden medlemsstat indfører foranstaltninger, der er uforenelige med reglerne vedrørende varernes frie bevægelighed (jf. bl.a. Winthrop-dommen, a.st., præmis 16 og 17).

47 Ved besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt den eneret, der tilkommer varemærkeindehaveren, omfatter beføjelsen til at modsætte sig tredjemands brug af varemærket efter ompakning af varen, må det tages i betragtning, at varemærkets

hovedfunktion er at indestå for mærkevarens oprindelsesægthed over for forbrugeren eller den endelige bruger, idet denne sættes i stand til at adskille varen fra varer af anden oprindelse uden risiko for forveksling. Denne garanti for oprindelsen indebærer, at forbrugeren eller den endelige bruger kan være sikker på, at en mærkevare, som tilbydes ham, ikke på et tidligere omsætningstrin har været genstand for et indgreb, som er foretaget af en tredjemand uden varemærkeindehaverens tilladelse, og hvorved varens oprindelige tilstand er berørt (jf. Hoffmann-La Roche-dommen, a.st., præmis 7, og Pfizer-dommen, a.st., præmis 8).

48 Heraf følger, at den ret, der indrømmes varemærkeindehaveren til at modsætte sig enhver anvendelse af mærket, som kan forvanske oprindelsesgarantien forstået på denne måde, hører til varemærkerettens særlige genstand, hvis beskyttelse kan begrunde fravigelser fra det grundlæggende princip om frie varebevægelser (jf. Hoffmann-La Roche-dommen, a.st., præmis 7, og Pfizer-dommen, a.st., præmis 9).

49 I Hoffmann-La Roche-dommen har Domstolen under anvendelse af disse principper fastslået, at traktatens artikel 36 skal fortolkes således, at indehaveren af en varemærkeret kan påberåbe sig sin ret for at forhindre, at en importør markedsfører en vare, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, når importøren har ompakket varen i en ny emballage, hvorpå varemærket er genanbragt, medmindre

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

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

— indehaveren af varemærket underrettes om salget af den ompakkede vare forud herfor, og

— det på den nye emballage angives, hvem der har foretaget ompakningen.

50 I overensstemmelse med denne retspraksis skal direktivets artikel 7, stk. 2, herefter fortolkes således, at en varemærkeindehaver lovligt kan modsætte sig fortsat markedsføring af et lægemiddel, når importøren har ompakket lægemidlet og genanbragt varemærket herpå, medmindre de fire betingelser, der er opstillet i Hoffmann-La Roche-dommen, er opfyldt.

51 Denne retspraksis bør dog præciseres under hensyn til de argumenter, der er fremført i de foreliggende sager og i sagerne Eurim-Pharm Arzneimittel (forenede sager C-71/94, C-72/94 og C-73/94) og MPA Pharma (sag C-232/94), hvori Domstolen i dag har afsagt dom.

Kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne

52 Det må i denne henseende konstateres, at en varemærkeindehavers brug af varemærkeretten til at modsætte sig markedsføring under varemærket af produkter, der er ompakket af en tredjemand, vil kunne bidrage til en opdeling af markederne mellem medlemsstaterne, navnlig når varemærkeindehaveren har markedsført samme lægemiddel i forskellige pakninger i forskellige medlemsstater, og produktet ikke i den tilstand, hvori det af varemærkeindehaveren er markedsført i en medlemsstat, kan importeres og markedsføres af en parallelimportør i en anden medlemsstat.

53 Heraf følger, at varemærkeindehaveren ikke kan modsætte sig ompakning af produktet i en ny ydre emballage, når den pakningsstørrelse, varemærkeindehaveren har benyttet i den medlemsstat, hvor importøren har indkøbt produktet, ikke kan

markedsføres i importmedlemsstaten, især som følge af bestemmelser, som kun tillader pakninger af en bestemt størrelse, en national praksis for brug af bestemte pakningsstørrelser, sygeforsikringsregler, hvorefter godtgørelse af udgifter til lægemidler afhænger af pakningsstørrelsen, eller en fast ordinationspraksis baseret eksempelvis på anbefalinger vedrørende pakningsstørrelser fra faglige sammenslutninger eller sygesikringsinstitutioner.

54 I denne forbindelse må præciseres, at det, når varemærkeindehaveren benytter flere forskellige pakningsstørrelser i importmedlemsstaten i overensstemmelse med de regler eller den praksis, som gælder dér, ikke er tilstrækkeligt at konstatere, at en af disse pakningsstørrelser også markedsføres i eksportmedlemsstaten, for at fastslå, at en ompakning af produktet er unødvendig. Der vil således foreligge en opdeling af markederne, hvis importøren kun kan markedsføre produktet på en begrænset del af markedet herfor.

55 Varemærkeindehaveren kan derimod modsætte sig ompakning af produktet i en ny ydre emballage, når importøren er i stand til at opnå en emballage, som kan markedsføres i importmedlemsstaten, ved f.eks. at anbringe nye mærkater affattet på importmedlemsstatens sprog på den originale ydre eller indre emballage, at tilføje en ny indlægsseddel på importmedlemsstatens sprog, eller at udskifte en tillægsartikel, som ikke kan godkendes i importmedlemsstaten, med en lignende artikel, som har en sådan godkendelse.

56 Beføjelsen, der tilkommer indehaveren af en i en medlemsstat beskyttet varemærkeret, til at modsætte sig markedsføring af ompakkede produkter under brug af varemærket, må kun begrænses i det omfang, hvori den ompakning, importøren har foretaget, er nødvendig for at markedsføre produktet i importmedlemsstaten.

57 Det må endelig præciseres, at Domstolens brug af udtrykket »kunstig opdeling af markederne«, i modsætning til, hvad sagsøgerne i hovedsagerne har gjort gældende, ikke indebærer, at importøren skal påvise, at varemærkeindehaveren ved at bringe samme produkt i omsætning i forskellige medlemsstater i forskellige emballager har haft til hensigt at opdele markederne mellem medlemsstaterne. Ved at fremhæve, at der skal være tale om en kunstig opdeling, har Domstolen villet understrege, at indehaveren altid kan påberåbe sig sin varemærkeret for at modsætte sig markedsføring af ompakkede produkter, når dette er begrundet i nødvendigheden af at sikre varemærkets hovedfunktion, idet den heraf følgende opdeling ikke i dette tilfælde kan betragtes som kunstig.

Berøring af produktets originale tilstand

58 Indledningsvis skal det, på baggrund af de argumenter, der er fremført af sagsøgerne i hovedsagerne, præciseres, at begrebet berøring af produktets originale tilstand vedrører det i emballagen indeholdte produkts tilstand.

59 Indehaveren af en varemærkeret kan således modsætte sig enhver ompakning, som er forbundet med risiko for, at den i emballagen indeholdte vare udsættes for manipulationer eller for en indflydelse, der berører dens originale tilstand. Ved afgørelsen af, om dette er tilfældet, må der, som Domstolen har udtalt i Hoffmann-La Roche-dommens præmis 10, tages hensyn til varens art og den fremgangsmåde, der anvendes ved ompakningen.

60 For så vidt angår lægemidler fremgår det af samme præmis i Hoffmann-La Roche-dommen, at ompakningen må anses for at være foretaget under forhold, som ikke kan berøre produktets originale tilstand, bl.a. når varemærkeindehaveren har bragt produktet i omsætning i en dobbelt emballage, og ompakningen kun omfatter den

ydre emballage, mens den indre emballage forbliver intakt, eller når ompakningen af hensyn til produktets beskaffenhed kontrolleres af en offentlig myndighed.

61 Det følger således af denne praksis, at det forhold, at blisterkort, flasker, hætteglas, ampuller eller aerosoler blot udtages af den originale ydre emballage for at blive anbragt i en ny ydre emballage, ikke er egnet til at berøre den i emballagen indeholdte vares originale tilstand.

62 Sagsøgerne i hovedsagerne har imidlertid anført, at selv sådanne manipulationer indebærer en risiko for at berøre produktets originale tilstand. Blisterkort, som hidrører fra forskellige originale emballager, og som indlægges i én ydre emballage, kan således stamme fra forskellige produktionscharger og have forskellige udløbsdatoer, produkterne kan have været oplagret i for lang tid, og lysfølsomme produkter kan være blevet beskadiget ved udsættelse for lyspåvirkning under ompakningen.

63 Denne argumentation kan ikke tiltrædes. Det kan ikke antages, at enhver hypotetisk risiko for enkeltstående fejl er tilstrækkelig til, at varemærkeindehaveren tillægges ret til at modsætte sig ompakning af lægemidlerne i nye ydre emballager.

64 Når der er tale om processer, hvorved der påsættes selvklæbende mærkater på flasker, hætteglas, ampuller eller aerosoler, indlægges en ny indlægsseddel på importmedlemsstatens sprog eller en tillægsartikel, f.eks. en sprøjte, som ikke hidrører fra varemærkeindehaveren, er der intet grundlag for at formode, at det i emballagen indeholdte produkts originale tilstand direkte er blevet berørt.

65 Det må imidlertid lægges til grund, at det i emballagen indeholdte produkts originale tilstand indirekte kan være berørt, bl.a. når

— det ompakkede produkts ydre eller indre emballage eller en ny indlægsseddel ikke indeholder visse vigtige oplysninger eller indeholder urigtige oplysninger om produktets art, sammensætning, virkning, brug eller opbevaring, eller

— en tillægsartikel, som importøren har indlagt i emballagen, og som er bestemt til brug i forbindelse med benyttelsen eller doseringen af produktet, ikke er i overensstemmelse med den af producenten forudsatte anvendelsesmåde eller dosering.

66 Det tilkommer den nationale ret at bedømme, om dette er tilfældet, navnlig ud fra en sammenligning med det produkt, varemærkeindehaveren markedsfører i importmedlemsstaten. Det må dog ikke være udelukket, at importøren kan give visse supplerende oplysninger, forudsat at disse oplysninger ikke strider mod dem, varemærkeindehaveren giver i importmedlemsstaten. Denne betingelse er opfyldt, navnlig når der er tale om afvigende oplysninger, der stammer fra den emballage, varemærkeindehaveren benytter i eksportmedlemsstaten.

Yderligere krav, parallelimportøren skal opfylde

67 Når ompakningen er foretaget således, at det i emballagen indeholdte produkts originale tilstand ikke er berørt, er varemærkets hovedfunktion som oprindelsesgaranti sikret. Forbrugeren eller den endelige bruger vildledes ikke med hensyn til produkternes oprindelse, men modtager rent faktisk produkter, som udelukkende er fremstillet under varemærkeindehaverens kontrol.

68 Det må imidlertid konstateres, at selv om det under disse forhold, for at sikre de frie varebevægelser, er påkrævet at fastslå, at varemærkeindehaveren ikke kan påberåbe sig sin varemærkeret for at modsætte sig, at en importør markedsfører ompakkede produkter under varemærket, indebærer dette, at importøren tillægges en beføjelse, som under normale omstændigheder er forbeholdt varemærkeindehaveren selv.

69 Af hensyn til varemærkeindehaveren som ejer af varemærket og for at beskytte denne mod ethvert misbrug bør denne beføjelse derfor, som Domstolen har udtalt i Hoffmann-La Roche-dommen, kun tilkendes under forudsætning af, at importøren opfylder visse yderligere krav.

70 Under hensyn til varemærkeindehaverens interesse i, at forbrugeren eller den endelige bruger ikke kan blive bibragt opfattelsen af, at varemærkeindehaveren er ansvarlig for ompakningen, skal det oplyses på emballagen, hvem der har foretaget ompakningen.

71 Som Domstolen allerede har udtalt, skal denne oplysning fremgå tydeligt af det ompakkede produkts ydre emballage (Hoffmann-La Roche-dommen, præmis 12, og Pfizer-dommen, præmis 11). Dette indebærer, som generaladvokaten har udtalt i punkt 128 i sit forslag til afgørelse, at den nationale retsinstans skal vurdere, om oplysningen er trykt på en sådan måde, at den kan forstås af en person med en normal synsevne, der udviser en normal grad af opmærksomhed.

72 Der er derimod ikke anledning til at stille krav om, at det på emballagen tillige udtrykkeligt angives, at ompakningen er foretaget uden varemærkeindehaverens samtykke, idet en sådan angivelse, som anført af generaladvokaten i punkt 88 i hans forslag til afgørelse, ville kunne opfattes som udtryk for, at det ompakkede produkt ikke er helt regulært.

73 Såfremt parallelimportøren har indlagt en tillægsartikel, som ikke hidrører fra varemærkeindehaveren, i emballagen, skal han imidlertid drage omsorg for, at tillægsartiklens oprindelse oplyses på en sådan måde, at ethvert indtryk af, at varemærkeindehaveren er ansvarlig for denne, undgås.

74 Som det følger af præmis 11 i Pfizer-dommen, a.st., kan det også kræves, at det klart er angivet på den ydre emballage, hvem der har fremstillet produktet, idet producenten kan have en interesse i, at forbrugeren eller den endelige bruger ikke bibringes opfattelsen af, at importøren er indehaver af varemærket, og at produktet er fremstillet under importørens kontrol.

75 Selv når det er angivet på emballagen, hvem der har foretaget ompakningen af produktet, kan det ikke udelukkes, at varemærkets omdømme og dermed varemærkeindehaverens omdømme alligevel kan lide skade som følge af en inadækvat præsentation af det ompakkede produkt. I så fald har varemærkeindehaveren en legitim interesse, der har forbindelse med varemærkerettens særlige genstand, i at kunne modsætte sig markedsføring af produktet. Ved bedømmelsen af, om det ompakkede produkts præsentationsmåde er egnet til at skade mærkets omdømme, skal der tages hensyn til produktets art og til det marked, det er bestemt til.

76 For så vidt angår lægemidler må det konstateres, at der er tale om et følsomt område, hvor aftagerkredsen er specielt krævende med hensyn til produktets kvalitet og integritet, og at produktets præsentationsmåde vil kunne indgive offentligheden tillid i denne henseende. En defekt emballage, en emballage af ringe kvalitet eller en, der fremtræder ufærdig, vil således kunne skade varemærkets omdømme.

77 De krav til præsentationsmåden, som et ompakket lægemiddel skal opfylde, kan således variere, alt efter om det drejer sig om et produkt, der sælges til hospitaler eller til forbrugerne via apotekerne. I første tilfælde gives det til patienterne af faguddannet personale, som ikke tillægger produktets præsentation større betydning. I det andet tilfælde har produktets præsentationsmåde større betydning for forbru-

gerne, selv om det forhold, at produkterne ordineres af en læge, i sig selv kan indgyde forbrugerne en vis tillid til produktets kvalitet.

78 Endelig skal varemærkeindehaveren, som Domstolen har udtalt i Hoffmann-La Roche-dommen, på forhånd underrettes om, at det ompakkede produkt vil blive udbudt til salg. Varemærkeindehaveren kan desuden kræve, at importøren leverer en prøve af det ompakkede produkt forud for, at det udbydes til salg, således at varemærkeindehaveren kan kontrollere, at ompakningen ikke er foretaget på en måde, som direkte eller indirekte berører produktets originale tilstand, og at præsentationsmåden efter ompakningen ikke kan skade varemærkets omdømme. Dette krav sætter endvidere varemærkeindehaveren i stand til bedre at beskytte sig mod forfalskninger.

79 Under hensyn til det anførte må det andet spørgsmål i sag C-427/93 og C-429/93, det tredje og fjerde spørgsmål i sag C-427/93 samt det andet, tredje, fjerde og femte spørgsmål i sag C-436/93 besvares med, at direktivets artikel 7, stk. 2, skal fortolkes således, at en varemærkeindehaver lovligt kan modsætte sig fortsat markedsføring af et lægemiddel, når importøren har ompakket lægemidlet og genanbragt varemærket på det, medmindre

— det godtgøres, at varemærkeindehaverens brug af varemærkeretten til at modsætte sig markedsføring af de ompakkede produkter under varemærket bidrager til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne. Dette er navnlig tilfældet, når indehaveren har markedsført samme lægemiddel i forskellige emballager i forskellige medlemsstater, og den ompakning, importøren har foretaget, dels er nødvendig for at markedsføre produktet i importmedlemsstaten, dels er foretaget under sådanne forhold, at den ikke kan berøre produk-

tets originale tilstand. Denne betingelse indebærer imidlertid ikke, at det skal godtgøres, at varemærkeindehaveren har haft til hensigt at foretage en opdeling af markederne mellem medlemsstaterne

— det påvises, at ompakningen ikke kan berøre det i emballagen indeholdte produkts originale tilstand. Dette er navnlig tilfældet, når importøren kun har foretaget handlinger, der ikke indebærer nogen risiko for berøring af den originale tilstand, f.eks. udtaget blisterkort, flasker, hætteglas, ampuller eller aerosoler fra den originale ydre emballage og anbragt dem i en ny ydre emballage, anbragt selvklæbende mærkater på produktets indre emballage eller indlagt en ny indlægsseddel eller en tillægsartikel i emballagen. Det tilkommer den nationale retsinstans at efterprøve, at det i emballagen indeholdte produkts originale tilstand ikke indirekte er blevet berørt, bl.a. som følge af, at det ompakkede produkts ydre eller indre emballage eller en ny indlægsseddel ikke indeholder visse vigtige oplysninger eller indeholder urigtige oplysninger, eller fordi en tillægsartikel, som importøren har indlagt i emballagen, og som er bestemt til brug i forbindelse med benyttelsen eller doseringen af produktet, ikke er i overensstemmelse med den af producenten forudsatte anvendelsesmåde eller dosering

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

— det ompakkede produkts præsentationsmåde ikke er af en sådan karakter, at den kan være skadelig for varemærkets eller varemærkeindehaverens omdømme. Emballagen må således ikke være defekt, af ringe kvalitet eller fremtræde ufærdig, og

— importøren, forud for, at det ompakkede produkt udbydes til salg, underretter varemærkeindehaveren herom og efter dennes anmodning leverer en prøve af det ompakkede produkt.

Sagens omkostninger

80 De udgifter, der er afholdt af den tyske regering og den franske regering, af Det Forenede Kongeriges regering og af Kommissionen for De Europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke erstattes. Da sagens behandling i forhold til hovedsagernes parter udgør et led i de sager, der verserer for de nationale retter, tilkommer det disse at træffe afgørelse om sagernes omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN

vedrørende de spørgsmål, der er forelagt af Sø- og Handelsretten i København ved beslutninger af 22. oktober (sag C-427/93) og 21. oktober 1993 (sag C-429/93) og af Højesteret ved beslutning af 1. november 1993 (sag C-436/93), for ret:

1) Det forhold, at en varemærkeindehaver påberåber sig sin varemærkeret for at forhindre, at en importør markedsfører et produkt, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af varemærkeindehaveren eller med dennes samtykke, i tilfælde hvor importøren har ompakket produktet og genanbragt varemærket på det uden varemærkeindehaverens samtykke, skal bedømmes efter den nationale varemærkeret i samspil med artikel 7 i Rådets første direktiv 89/104/EØF af 21. december 1988 om indbyrdes tilnærmelse af medlemsstaternes lovgivning om varemærker, som fortolket på baggrund af traktatens artikel 36.

2) Artikel 7, stk. 1, i direktiv 89/104 er til hinder for, at en varemærkeindehaver, bortset fra tilfælde omfattet af artikel 7, stk. 2, påberåber sig sin varemærkeret for at forhindre, at en importør markedsfører et produkt, der er bragt i omsætning i en anden medlemsstat af varemærkeindehaveren eller med den-

nes samtykke, også selv om importøren har ompakket produktet og genanbragt varemærket på det uden varemærkeindehaverens samtykke.

3) Artikel 7, stk. 2, i direktiv 89/104 skal fortolkes således, at en varemærkeindehaver lovligt kan modsætte sig fortsat markedsføring af et lægemiddel, når importøren har ompakket lægemidlet og genanbragt varemærket på det, medmindre

— det godtgøres, at varemærkeindehaverens brug af varemærkeretten til at modsætte sig markedsføring af de ompakkede produkter under varemærket bidrager til en kunstig opdeling af markederne mellem medlemsstaterne. Dette er navnlig tilfældet, når indehaveren har markedsført samme lægemiddel i forskellige emballager i forskellige medlemsstater, og den ompakning, importøren har foretaget, dels er nødvendig for at markedsføre produktet i importmedlemsstaten, dels er foretaget under sådanne forhold, at den ikke kan berøre produktets originale tilstand. Denne betingelse indebærer imidlertid ikke, at det skal godtgøres, at varemærkeindehaveren har haft til hensigt at foretage en opdeling af markederne mellem medlemsstaterne

— det påvises, at ompakningen ikke kan berøre det i emballagen indeholdte produkts originale tilstand. Dette er navnlig tilfældet, når importøren kun har foretaget handlinger, der ikke indebærer nogen risiko for berøring af den originale tilstand, f.eks. udtaget blisterkort, flasker, hætteglas, ampuller eller aerosoler fra den originale ydre emballage og anbragt dem i en ny ydre emballage, anbragt selvklæbende mærkater på produktets indre emballage eller indlagt en ny indlægsseddel eller en tillægsartikel i emballagen. Det tilkommer den nationale retsinstans at efterprøve, at det i emballagen indeholdte produkts originale tilstand ikke indirekte er blevet berørt, bl.a. som følge af, at det ompakkede produkts ydre eller indre emballage eller en ny indlægsseddel ikke indeholder visse vigtige oplysninger eller indeholder urigtige oplysninger, eller fordi en tillægsartikel, som importøren har indlagt i emballagen, og som er bestemt til brug i

forbindelse med benyttelsen eller doseringen af produktet, ikke er i overensstemmelse med den af producenten forudsatte anvendelsesmåde eller dosering

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

— det ompakkede produkts præsentationsmåde ikke er af en sådan karakter, at den kan være skadelig for varemærkets eller varemærkeindehaverens omdømme. Emballagen må således ikke være defekt, af ringe kvalitet eller fremtræde ufærdig, og

— importøren, forud for, at det ompakkede produkt udbydes til salg, underretter varemærkeindehaveren herom og efter dennes anmodning leverer en prøve af det ompakkede produkt.

Rodríguez Iglesias Kakouris Puissochet

Hirsch Mancini Moitinho de Almeida

Gulmann Jann Ragnemalm

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 11. juli 1996.

R. Grass G.C. Rodríguez Iglesias

Justitssekretær Præsident