salget i denne stat af et produkt, som er fremstillet i en anden medlemsstat af indehaveren af en tvangslicens meddelt til samme patenthavers parallelpatent, er ikke i strid med traktatens artikler 30 og 36. Det er herved uden betydning, om tvangslicensen er behæftet med et eksportforbud, om der er fastsat afgifter til patenthaveren, og om denne har accepteret eller afslået at opkræve dem.

Såfremt der meddeles en tredjemand tvangslicens, fratages patenthaveren nemlig sin ret til frit at fastsætte vilkårene for afsætningen af sit produkt. Patentrettens væsentlige indhold er imidlertid, at der tildeles opfinderen en eneret til som den første at bringe det patenterede produkt i omsætning for således at belønne ham for hans kreative indsats. Det er derfor nødvendigt, at patenthaveren har mulighed for at hindre import og salg af produkter fremstillet i henhold til en tvangslicens, for således at sikre ham den væsentlige eneretsbeskyttelse, der flyder af hans patentret.

FORSLAG TIL AFGØRELSE FRA GENERALADVOKAT G. FEDERICO MANCINI
fremsat den 23. april 1985 *

Høje Domstol.

1. De spørgsmål, som Nederlandenes øverste domstol har forelagt Domstolen, vedrører endnu en gang et af de mest spændende og mest komplicerede områder inden for fællesskabsretten. Det drejer sig i det væsentlige om at tilpasse kravet om frie varebevægelser til beskyttelsen af den industrielle og kommercielle ejendomsret, som er sikret i de enkelte medlemsstaters retsorden. Der findes allerede en omfattende retspraksis på dette område; til denne mosaik skal der nu føjes en ny brik, som ikke gerne skulle ødelægge helhedsindtrykket, hvilket ikke er nogen let opgave.

De faktiske omstændigheder, som danner grundlaget for den sag, der verserer for Hoge Raad, vedrører hovedsagelig markedsføringen i Nederlandene af lægemidlet »Furosemidum«. I begyndelsen af 60'erne blev der for første gang i Forbundsrepublikken Tyskland af det tyske selskab Hoechst udtaget patent på fremgangsmåden til fremstilling af Furosemidum. I samme periode beskyttede Hoechst ligeledes sin opfindelse i Storbritannien og Nederlandene og blev således indehaver af tre parallelpatenter. I 1972 blev der til Hoechst's britiske patent i henhold til section 41 i den dagældende Patents Act 1949 givet en national virksomhed — DDSA Pharmaceuticals Ltd

* Oversat fra italiensk.

(herefter benævnt DDSA) — tvangslicens til fremstilling, import og salg af Furosemidum på Det forenede Kongeriges område.

Section 41 bestemte: »Når der er meddelt patent på a) et stof, som kan anvendes til næringsmidler eller lægemidler..., eller på b) en fremgangsmåde til fremstilling af dette stof..., kan Comptroller, uden at det berører ovenstående bestemmelser, efter ansøgning fra en hvilken som helst interesseret person meddele denne tvangslicens til udnyttelse af patentet på de betingelser, Comptroller finder passende, medmindre han skønner, at der er grundlag for at afslå ansøgningen [1]«.

Ifølge den DDSA meddelte licens var det virksomheden forbudt at eksportere lægemidlet, men umiddelbart inden udløbet af det britiske patent, dvs. ultimo 1976, tilsidesatte DDSA forbudet, idet virksomheden til det nederlandske medicinalfirma Pharmon solgte et større parti Furosemidum-piller, som den havde fremstillet. Pharmon havde naturligvis til hensigt at sælge det således erhvervede lægemiddel i Nederlandene, men Hoechst anlagde sag mod selskabet. Som indehaver af et nederlandsk patent, der endnu ikke var udløbet, fik Hoechst nedlagt forbud over for den konkurrerende virksomhed til beskyttelse af sin eneret til at udnytte patentet på Furosemidum i Nederlandene.

Selskabet Pharmon anlagde herefter sag ved Rechtbank, Rotterdam, med påstand om, at forbudet ikke omfattede det parti Furosemidum, som var importeret fra Storbritannien, hvor lægemidlet efter selskabets opfattelse lovligt var bragt i omsætning af DDSA, som var indehaver af en licens fra Hoechst. Da Rechtbank fandt det nødvendigt at anmode Domstolen om en fortolkning af visse fællesskabsregler, udsatte den sagen. Hoechst appellerede imidlertid denne kendelse til Gerechtshof, Haag, som fastslog, *at* der faktisk var indgået en salgskontrakt mellem Pharmon og DDSA, *at* den solgte vare herefter var leveret til en køber i Nederlandene, *at* varen derfor ikke forinden kunne være overdraget til køberen i Det forenede Kongerige, og *at* Hoechst ikke havde oppebåret licensafgift for salget til Pharmon. Følgelig omstødte Gerechtshof Rechtbank's dom.

Pharmon indgav herefter kassationsankestævning mod Gerechtshof's dom med påstand om, at der var begået en fejl, idet der ikke var taget hensyn til, at det parti piller, som selskabet havde købt af DDSA, allerede var bragt i omsætning. Hoge Raad, som fandt, at der i forbindelse med sagens faktiske omstændigheder kunne opstå tvivl om betydningen og rækkevidden af en række bestemmelser i traktaten, udsatte sagen ved dom af 13. januar 1984 og anmodede Domstolen om at træffe afgørelse om følgende spørgsmål:

1) Er det i strid med reglerne om frie varebevægelser på det fælles marked, at en patenthaver udnytter den ret, han har i henhold til en medlemsstats lovbestemmelser til at hindre, at et produkt, som er beskyttet af patentet, bringes i omsætning i den pågældende stat, for så vidt der er tale om produkter, som er fremstillet i en anden meddlemsstat og derfra solgt direkte til en køber i den førstnævnte medlemsstat og leveret af indehaveren af en tvangslicens til et parallelpatent, som den samme patenthaver har i en anden medlemsstat?

1 — O.a.: Domstolens oversættelse.

2) Har det nogen betydning for besvarelsen af det første spørgsmål, om myndighederne i den anden medlemsstat i forbindelse med tvangslicensen har nedlagt forbud mod eksport?

3) Har det nogen betydning for besvarelsen af det første spørgsmål,

a) om patenthaveren principielt kan gøre krav på licensafgifter for de produkter, som licenshaveren i henhold til sin tvangslicens har bragt i omsætning?

b) om patenthaveren kan gøre krav på licensafgifter for det bestemte parti, som er genstand for sagen?

c) om patenthaveren ikke blot kan gøre krav på licensafgifter, men om han rent faktisk også har modtaget (villet modtage) afgifter?

2. Under sagen for Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg af parterne i hovedsagen, af seks medlemsstaters regeringer (Danmark, Forbundsrepublikken, Frankrig, Italien, Nederlandene og Det forenede Kongerige) og af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber. I indlæggene gives der i det væsentlige udtryk for to opfattelser, for så vidt angår besvarelsen af det første spørgsmål. Der er nemlig enighed om, at den omstændighed, at tvangslicensen er udstyret med et forbud mod eksport (andet spørgsmål), og spørgsmålet, om patenthaveren kan gøre krav på licensafgifter (tredje spørgsmål), er uden betydning for besvarelsen af det første spørgsmål.

Spørgsmålet vedrører rækkevidden af det såkaldte konsumtionsprincip, idet det ønskes afgjort, hvilken rækkevidde der kan tillægges begrebet »konsumtion af patentretten inden for Fællesskabet«. Ifølge Pharmon er der ikke længere hjemmel for at fravige bestemmelserne om frie varebevægelser for at beskytte den industrielle og kommercielle ejendomsret, *dels* når de patentbeskyttede produkter lovligt er bragt i omsætning i en anden medlemsstat enten af patenthaveren eller med dennes samtykke, *dels* når — som i den foreliggende sag — produktet er bragt på markedet i patenthaverens land af indehaveren af en tvangslicens til udnyttelse af patentet, som er meddelt i en anden medlemsstat på grundlag af et parallelpatent.

Ifølge de øvrige indlæg — fra Hoechst, regeringerne og Kommissionen — kan tvangslicensen ikke have samme udtømmende virkning som den frivillige licens, der hviler på patenthaverens samtykke.

3. Jeg skal herefter behandle de argumenter, som er fremført til støtte for disse opfattelser. Pharmon har først anført, at ifølge den fremgangsmåde, hvorefter der meddeltes tvangslicens i henhold til Patents Act, bemyndigedes patenthaveren til direkte at medvirke ved fastsættelsen af betingelserne for at meddele licens, navnlig for så vidt angår størrelsen af licensafgiften. Med hensyn til fællesskabsretten har den nederlandske virksomhed herefter henvist til Hagsagen. Det drejede sig også dér om en tredjemand, som udnyttede en industriel ejendomsret på grundlag af en administrativ foranstaltning (beslaglæggelse af hele selskabskapitalen), uden at den oprindelige indehaver af retten havde givet sit samtykke; og dog udtalte Domstolen, at reglerne om frie varebevægelser går forud for begrundelsen for at kræve samtykke (dom af 3.7.1974, 192/73, Van Zuylen mod Hag AG, Sml. s. 731). Samme princip finder derfor anvendelse i den foreliggende sag. Dette gælder *så meget mere*, som den oprin-

delige indehaver ikke her som i Hag-sagen fuldt ud, men kun delvis er blevet frataget sine rettigheder, for hvilke selskabet bl.a. oppebar en »rimelig afgift«.

Men det er ikke nok med det. I Merck-dommen (14.7.1981, 187/80, Merck mod Stephar og Exler, Sml. s. 2063) udtalte Domstolen, at »det tilkommer... patenthaveren under fuldt kendskab til omstændighederne at fastsætte de vilkår, hvorunder han vil markedsføre sit produkt... [hvorefter] han tillige [må] acceptere konsekvenserne af sit valg, hvad angår produktets frie bevægelser inden for fællesmarkedet.« Domstolen har med andre ord godkendt det såkaldte »*constructive consent*«-princip. Ifølge Pharmon følger det heraf, at den virksomhed, som i Storbritannien ansøger om patent i henhold til Patents Act, ikke kan anfægte de ulemper, som lovens anvendelse indebærer, herunder meddelelse af tvangslicens til tredjemand.

Med hensyn til den modsatte opfattelse skal det straks siges, at Kommissionen på den ene side og Hoechst og de seks regeringer på den anden side ikke er gået lige stærkt ind for opfattelsen, idet Kommissionen »køligt« og smidigt, de øvrige »varmt« og unuanceret, har foreslået Domstolen at fastlægge en generel regel, hvorefter en tvangslicens ikke længere under nogen omstændigheder kan udtømme en patentret. Ved min gennemgang af de fremførte argumenter vil jeg gå ud fra Kommissionens synspunkter og kun omtale de øvrige procesdeltageres synspunkter, når de afviger fra Kommissionens.

Kommissionen har først analyseret formålet med de bestemmelser, som gælder for tvangslicenser i enkelte nationale retsordener, idet den har fremhævet deres forskelligartede karakter og bemærket, at der i de seneste år er indført stadig færre bestemmelser på dette område. Ifølge Kommissionen udelukker det ikke, at tvangslicensinstituttet undertiden tilgodeser væsentlige hensyn. Der må derfor tages hensyn til institutter i fællesskabsretten, så meget mere som dette område i 1975 om end ufuldstændigt blev reguleret i Fællesskabets Patentkonvention. For så vidt angår navnlig Det forenede Kongerige, har Kommissionen understreget den særlige karakter af bestemmelserne i Patents Act (som ikke længere er i kraft), idet section 41 udelukkende vedrørte patenter på næringsmidler og lægemidler, og målet var at sikre, at disse produkter blev solgt til lavest mulige priser. Det skal yderligere tilføjes, at bestemmelsen sikrede patenthaveren en rimelig afgift.

Efter således at have redegjort for sagens baggrund har Kommissionen under to særskilte punkter fremført sin opfattelse. Under første punkt har den gennemgået det af Hoge Raad forelagte spørgsmål, som om — hvilket er den almindelige opfattelse — patenthaveren *ved aftale* har givet en person, som driver virksomhed i et andet land, licens til udnyttelse af patentet; herefter fastslog Kommissionen, at »patenthaveren... ikke kan påberåbe sig sin eneret og derved hindre de frie varebevægelser ved at forbyde licenshaveren at levere direkte til den medlemsstat, hvor patentet er registreret« (s. 12, nr. 32).

Hoechst og enkelte regeringer deler ikke dette synspunkt. Derimod mener jeg, at det bygger på Domstolens praksis, og at det indeholder flere muligheder, end Kommissionen selv giver udtryk for. Kommissionen taler om aftale, men aftaler er kun en af de former, hvorunder en person kan give samtykke. Hvis det imidlertid er rigtigt, at det for at undgå, at princippet om frie varebevægelser tilsidesættes, er afgørende, at der selv i et tilfælde som det her omtvistede foreligger samtykke fra patenthaveren, har

det intet formål at undersøge, hvor og hvorledes tvangslicenshaveren for første gang har bragt det af denne fremstillede produkt i omsætning. Det er væsentligt at fastslå, i hvilken egenskab han har gjort det, dvs. om han, da produktet første gang blev bragt i omsætning, regnede med patenthaverens udtrykkelige eller stiltiende samtykke, eller om han har handlet i strid med dennes ønske. Jeg skal senere vende tilbage til dette centrale aspekt af problemstillingen.

Under det andet punkt har Kommissionen rejst spørgsmålet, om det, som gælder for frivillige licenser (licenshaveren har ret til at sælge produktet i et land, hvor det er patentbeskyttet), ligeledes gælder for tvangslicenser. Spørgsmålet besvares principielt benægtende. Merck-dommen, som Pharmon har fortolket forkert, er i den henseende relevant. Ifølge Domstolen er det nemlig rigtigt, at »det tilkommer ... patenthaveren under fuldt kendskab til omstændighederne at fastsætte de vilkår, hvorunder han vil markedsføre sit produkt«; men det er ligeledes rigtigt, at patenthaveren kun kan fastsætte vilkårene, for så vidt han frivilligt meddeler licensen, og ikke når der er tale om en tvangslicens.

Et andet argument er dog af afgørende betydning. Der består ikke blot en formel forskel mellem tvangslicensen og den frivillige licens. For tvangslicensens vedkommende er det nemlig ikke patenthaveren, som efter at have vurderet situationen på det marked, hvor produktet kan bringes i omsætning, tager stilling til, om det er hensigtsmæssigt at meddele licens. Det er staten, der træffer afgørelsen; og da den tager hensyn til nationale interesser, er det klart, at den af staten meddelte licens kun kan have virkninger inden for statens grænser. Med andre ord er den i Domstolens praksis fastsatte forudsætning for, at princippet om frie varebevægelser inden for EF ikke fraviges — produktet skal være bragt i omsætning i en anden medlemsstat af patenthaveren og med dennes samtykke — ikke opfyldt her.

Ud over disse argumenter har Hoechst og de intervenerende regeringer anført, at de af en medlemsstats forvaltning udstedte retsakter er undergivet territorialprincippet. Ifølge dette princip kan rettigheder, som kan påberåbes på andre medlemsstaters område, ikke i medfør af fællesskabsretten overdrages til indehaveren af en tvangslicens. En sådan licens er nemlig en ganske særlig foranstaltning, som ofte over for patenthaveren vil have karakter af sanktion; hvis det forholder sig således, kan afgrænsningen af dens virkninger bestemmes ud fra formålet med at træffe foranstaltningen, der normalt falder sammen med statens interesser. Såfremt en tvangslicens tillægges virkninger uden for statens område, vil man klart overskride grænserne for de ifølge EF-traktaten tildelte beføjelser.

Kommissionen har ikke udtrykkeligt taget stilling til sidstnævnte bemærkning. Derimod har den henvist til GEMA-dommen (20.1.1981, forenede sager 55 og 57/80, Musik-Vertrieb membran mod GEMA, Sml. s. 147), idet den heraf har uddraget en konlusion, som tilsyneladende støtter Pharmon's synspunkt. Det drejede sig her om britiske tvangslicenser vedrørende retten til i Det forenede Kongerige at reproducere og markedsføre musikværker, som var omfattet af ophavsret i en anden medlemsstat. Domstolen fastslog, at inden for rammerne af et fælles marked, der er karakteriseret af frie varebevægelser, »kan en ophavsmand... frit vælge det sted — i

enhver af medlemsstaterne — hvor han bringer sit værk i omsætning [og] han kan træffe dette valg ud fra sine egne interesser«. Kommissionen har således gjort gældende, at fællesskabsreglerne om frie varebevægelser har forrang for nationale bestemmelser om udnyttelse af ophavsretten, som ikke har været genstand for harmonisering.

Kan det ud af dette citat udledes, at Kommissionen i sagen mellem Pharmon og Hoechst til en vis grad indtager et usikkert standpunkt? Nej. Som allerede nævnt mener jeg, at Kommissionens indstilling er objektiv og pragmatisk. Det er muligt heraf at udlede, at der efter Kommissionens opfattelse kan anføres stærke argumenter til støtte for begge synspunkter. Disse skal derfor vurderes dels i retlig henseende dels ud fra Fællesskabets interesser. Efter at have anført, at a) der består væsentlige forskelle mellem de nationale regler om tvangslicenser, at b) det er yderst tvivlsomt, om deres formål er foreneligt med princippet om frie varebevægelser, og at c) det imidlertid næppe er muligt — i det mindste her og nu — at fastslå, at reglerne er i strid med traktatens bestemmelser, udtalte Kommissionen, at »det er bedst indtil videre ikke at give indehaveren af en tvangslicens ret til at levere de i henhold til denne licens fremstillede produkter til et område, for hvilket der findes et parallelpatent« (s. 16, nr. 44).

Det fremgår klart, at der i den passus lægges vægt på udtrykket »indtil videre«. Kommissionen er nemlig overbevist om, at problemet vedrørende tvangslicenser først kan løses endeligt, når der er sket en harmonisering af de ti medlemsstaters retsorden. Så længe medlemsstaterne udelukkende varetager nationale interesser, vil det være uretfærdigt at begunstige den ene eller den anden medlemsstat ved at tillade fri omsætning for produkter fremstillet på grundlag af en tvangslicens meddelt af statslige myndigheder. Uretfærdigt og — advarer Kommissionen — risikabelt. Hvis Domstolen stadfæstede Pharmon's opfattelse, ville de medlemsstater, som endnu ikke har ratificeret Fællesskabets Patentkonvention, nemlig have endnu en grund til at udsætte dette skridt. Yderligere ville visse stater oftere anvende tvangslicenser for at gøre det muligt for de sektorer inden for deres industri, som er mindre udviklet i teknologisk henseende, at udvide deres markedsandel på hjemmemarkedet og fællesskabsmarkedet betydeligt ved at udnytte patenter på opfindelser, som er gjort i andre medlemsstater.

De seks regeringer og Hoechst har derimod givet udtryk for helt andre betænkeligheder. De finder det vigtigt at undgå, at den økonomiske værdi af patenter og finansieringen af forskning på det teknologiske område, som i øjeblikket beskyttes og fremmes i henhold til national ret, undergraves og endog reduceres til nul af fællesskabsretten. De har derfor foreslået, at Domstolen kategorisk og entydigt fastslår, at de virkninger, som på ællesskabsplan følger af patenthaverens samtykke, *under ingen omstændigheder kan ligestilles* med den situation, der opstår som følge af, at de nationale myndigheder meddeler en tvangslicens.

4. EØF-traktatens artikel 36 bestemmer: »bestemmelserne i artiklerne 30-34 er ikke til hinder for sådanne forbud eller restriktioner vedrørende indførsel, udførsel eller transit, som er begrundet i hensynet til... beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret. Disse forbud eller restriktioner må dog hverken udgøre et middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen mellem Medlemsstaterne.«

Domstolen har fortolket denne bestemmelse i dommen af 31. oktober 1974, 15/74, Centrafarm mod Sterling Drug, Sml. s. 1147. Domstolen fastslog her, at artikel 36 som særbestemmelse »*kun* [tillader] 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.« Når det drejer sig om parallelpatenter, og »når produktet lovligt er blevet afsat på markedet i den medlemsstat, hvorfra det er importeret, *af indehaveren selv eller med hans samtykke*«, skal der ikke tages samme væsentlige hensyn. Det er derfor ikke begrundet at fravige princippet om frie varebevægelser.

Herved har Domstolen på det fællesskabsretlige område fastslået princippet om, at rettigheder og beføjelser, som støttes på et patent, anses for udtømte og derfor ikke kan påberåbes, når det patentbeskyttede produkt — af patenthaveren eller med dennes samtykke — er bragt i omsætning i ét af Fællesskabets lande. I Merck-dommen uddybede Domstolen grunden til at fastsætte denne regel (som benævnes »konsumtion af eneretten«), idet Domstolen fastslog: »dersom man ... tillader opfinderen eller dennes retssuccessorer at påberåbe sig det patent, som de er indehavere af i en medlemsstat, for at forhindre importen af produktet, der *frit* af dem er blevet bragt i omsætning i en anden medlemsstat... ville dette medføre en afskærmning af de nationale markeder i strid med traktatens formål.«

Her er således det første kriterium, som kan anvendes til løsning af det foreliggende problem, idet en begrænsning af frie varebevægelser kun kan anses for begrundet i hensynet til beskyttelse af industriel og kommerciel ejendomsret, *når patenthaveren ikke har givet samtykke*. Som allerede nævnt under punkt 3 er det således mindre væsentligt at fastslå, hvorledes og hvor det patentbeskyttede produkt er bragt i omsætning, hvorimod det for patenterede produkters markedsføring er væsentligt at fastslå, om patenthaveren har givet samtykke første gang, produktet blev bragt på markedet. Merck-dommen indeholder imidlertid — efter min mening afgørende — supplerende momenter, til støtte for konklusionen, hvorefter det af rettighedshaveren meddelte samtykke er den nøgle, som åbner porten til fællesmarkedet for patenterede produkter.

Selskabet Merck, som var indehaver af et patent i en medlemsstat, modsatte sig nemlig, at en række andre virksomheder importerede et produkt, som selskabet selv havde bragt i omsætning i en anden medlemsstat, hvor opfindelsen — og det er det, der var problemet — ikke kunne patenteres. Kommissionen og en af parterne i hovedsagen gjorde gældende, at selskabets praksis var uberettiget, da det »frit og af egen drift« var blevet opfordret til at sælge produktet i den anden stat. Heroverfor anførte Merck, støttet af den franske og britiske regering, at formålet med patentet ikke sikres, hvis dette princip anerkendes. Da patentretten ikke anerkendtes i det land, hvor produktet blev bragt i omsætning, kunne selskabet nemlig ikke udnytte sin eneret til at bringe produktet i omsætning.

Domstolen bemærkede »over for disse modstridende opfattelser, at det følger af definitionen af patentets særlige genstand... at den væsentlige kerne i patentretten især består i, at der tildeles opfinderen en eneret til som den første at bringe produktet i omsætning .... Denne ret... tillader opfinderen at opnå belønning for sin kreative indsats, idet der forbeholdes ham et

monopol på udnyttelsen af produktet, *uden at det dog herved garanteres ham, at han under alle forhold opnår en sådan belønning.*« Denne belønning garanteres imidlertid ikke, hvis opfinderen f.eks. »under fuldt kendskab til omstændighederne [har fastsat] de vilkår, hvorunder han vil markedsføre sit produkt, herunder muligheden for at gøre dette i en ... stat, hvor lovgivningen ikke hjemler patentbeskyttelse for det pågældende produkt.« Her har nemlig princippet om frie varebevægelser forrang, »hvilket grundlæggende princip er en del af de juridiske og økonomiske forhold, som patenthaveren må tage i betragtning ved fastsættelsen af vilkårene for anvendelsen af eneretten.«

Men den linje, som jeg anbefaler Domstolen at følge, er ikke udelukkende begrundet i retspolitiske overvejelser. Synspunktet støttes på den ubestridelige kendsgerning, at en tvangslicens normalt kan anses for en ekspropriation af eneretten, når vigtige almene interesser gør det påkrævet. Hvis tvangslicensen defineres således, er det med urette, at Pharmon har hævdet, at »manglende samtykke« fra patenthaveren kan »suppleres« eller »afløses« af en administrativ afgørelse. Men Kommissionen tager ligeledes fejl, når den hævder, at tvangslicensen nødvendigvis fører til en konflikt mellem statens interesser og patenthaveren — den første pålægger tvangslicensen, den anden må tåle den — og at denne retsakt derfor *aldrig* kan indebære et samtykke.

Man kunne vanskeligt træffe et mere klart valg til fordel for en »voluntaristisk« fortolkning af konsumtionsprincippet. Kan samme fortolkning anvendes her? Det mener jeg ligeledes af den grund, at kun herved får Domstolens dom den nødvendige smidighed. Jeg er nemlig overbevist om, at det problem, som Hoge Raad har forelagt Domstolen, ikke kan løses entydigt som foreslået af henholdsvis Pharmon på den ene side og Hoechst og de seks regeringer på den anden side. Når henses til fællesskabsrettens udvikling på patentområdet og de forskelligartede love, som i de enkelte medlemsstater regulerer licensinstituttet, indebærer en så restriktiv fortolkning mindst to farer, dels en let afskærmning af de nationale markeder, dels på den anden side en ukontrollabel konsumtion af den industrielle ejendomsret i enkelte stater. Kommissionen har allerede gjort opmærksom på virkningerne af denne mulige udvikling, for så vidt angår integrationen inden for Fællesskabet på patentområdet eller den økonomiske og videnskabelige udnyttelse af patenter, og jeg skal derfor ikke gå nærmere ind på dette spørgsmål.

Ifølge Kommissionen har samtykke samme virkning som en aftale (jfr. punkt 3 ovenfor). Men det er en noget skematisk opfattelse af de faktiske forhold. Der er f.eks. ikke tale om en aftale, men derimod om et samtykke, når det er en virksomhed, som retligt og økonomisk kontrolleres af patenthaveren, der ansøger om tvangslicens. Og det kan ikke nytte noget at hævde, at der her er tale om et konstrueret tilfælde, da det udmærket kan tænkes, at patenthaveren foretrækker, at en mellemmand udvirker, at der gennemføres en lovhjemlet foranstaltning, fremfor at forhandle sig til en frivillig licens med tredjemand og således underkaste sig markedskræfternes frie spil.

Jeg kan give andre eksempler på, at statens og patenthaverens interesse mere eller mindre bevidst falder sammen. Jeg mener imidlertid, at det anførte eksempel fuldt ud

opfylder mit formål. Ligesom patentbeskyttelse kan være retligt udelukket, således berøves patenthaveren ved meddelelse af tvangslicens den beskyttelse, som er en del af hans patentret. Den patenthaver, som med fuldt kendskab til følgerne af sine handlinger *frivilligt* giver afkald på denne beskyttelse og *frivilligt* tillader, at hans ret begrænses af det offentlige, må således acceptere følgerne af det valg, han har truffet. *Cuius commoda eius et incommoda*, sagde man på latin, hvilket ligeledes i det væsentlige er det princip, som er lagt til grund for Merck-dommen.

Det tilkommer herefter den nationale ret ud fra disse oplysninger at afgøre i hvert enkelt tilfælde, om muligheden for, at der meddeles tvangslicens, kan skabe så stor retsusikkerhed for patenthaveren med hensyn til, *om* og *hvornår* det vil ske, således at den eventuelle senere markedsføring af det patentbeskyttede produkt ikke er direkte eller indirekte betinget af et udtrykkeligt eller stiltiende samtykke.

Herefter er de spørgsmål, som den nederlandske ret har rejst i forelæggelsesdommens punkt 2 og 3, helt uden betydning.

5. Sammenfattende skal jeg foreslå, at Domstolen besvarer det første spørgsmål, som Hoge Raad har forelagt ved dom af 13. januar 1984, således:

»På fællesskabsrettens nuværende udviklingstrin er EØF-traktatens regler om frie varebevægelser ikke til hinder for, at en patenthaver udøver sin ret i henhold til lovgivningen i en medlemsstat til at hindre import og markedsføring i denne stat af et produkt, som er beskyttet af patentet, når det drejer sig om produkter, som er fremstillet i en anden medlemsstat, og som direkte sælges og leveres fra medlemsstaten til en køber med bopæl i den første medlemsstat af indehaveren af en tvangslicens til et parallelpatent, som indehaveren af det første patent har udtaget i denne anden medlemsstat. Det er dog en betingelse, at patenthaveren ikke udtrykkeligt eller stiltiende før eller efter markedsføringen af produktet har givet samtykke til, at andre udnytter den ret, han er indehaver af.«

Som følge af denne besvarelse af det første spørgsmål skal jeg foreslå, at Domstolen undlader at tage stilling til de øvrige spørgsmål.