I sag 1/81

angående en anmodning, som Landgericht Hamburg i medfør af EØF-traktatens artikel 177 har indgivet til Domstolen for i den for nævnte ret verserende sag

PFIZER INC., New York (USA),

mod

EURIM-PHARM GMBH, Piding/Bad Reichenhall (Forbundsrepublikken Tyskland),

at opnå en præjudiciel afgørelse vedrørende fortolkningen af EØF-traktatens artikel 36,

har

DOMSTOLEN (første afdeling)

sammensat af afdelingsformanden G. Bosco, dommerne A. O'Keeffe og T. Koopmans,

generaladvokat: F. Capotorti
justitssekretær: J. A. Pompe, assisterende justitssekretær

afsagt følgende

DOM

Sagsfremstilling

Sagens faktiske omstændigheder og retsforhandlingernes forløb samt de indlæg, der er indgivet i medfør af artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen, kan sammenfattes således:

I — Faktiske omstændigheder og retsforhandlinger

1. Sagsøgeren i hovedsagen, Pfizer Inc., er en stor amerikansk producent af farmaceutiske produkter og har datter-

selskaber i de fleste af Fællesskabets medlemsstater, navnlig i Forbundsrepublikken Tyskland og i Det forenede Kongerige. Selskabet producerer blandt andet et bredspektret antibiotikum, som sælges under betegnelsen »Vibramycin«. I Forbundsrepublikken Tyskland indehaves såvel dette som det andet registrerede varemærke »Pfizer« af moderselskabet.

Sagsøgerens tyske datterselskab, Pfizer GmbH, sælger det nævnte antibiotikum »Vibramycin« i indpakninger, som er i overensstemmelse med de tyske lægers ordinationspraksis, dvs. i emballager med hver otte, seksten og fyrre kapsler, samt en emballage med hundrede kapsler til hospitalsbrug.

Sagsøgte i hovedsagen, Eurim-Pharm GmbH, importerer farmaceutiske produkter til Tyskland fra andre medlemsstater i Fællesskabet. Sagsøgte importerer herunder »Vibramycin«, der stammer fra Pfizer Ltd., sagsøgerens datterselskab i Storbritannien, og som firmaet sælger i Tyskland efter reemballering.

I Storbritannien markedsføres »Vibramycin« i ti- og halvtredsstykspakninger, hvor tabletterne i rækker på fem er indsvejset i såkaldte »blisters«. På den klarfolierude, som er påsvejset blisterpladens bagside, er påtrykt ordene »Vibramycin« og »Pfizer«.

For at opfylde betingelserne i de tykse bestemmelser og i tysk praksis har sagsøgte reemballeret blisterpladerne med hver fem tabletter i foldeæsker, som sagsøgte selv har udformet, uden at ændre selve blisterpladen eller dens indhold. På forsiden af æsken findes en åbning, dækket med en klarfolierude, hvorigennem man klart kan se ordene »Vibramycin« og, med små bogstaver, »Pfizer« på blisterpladen; på bagsiden af æsken har importøren trykt følgende: »Bredspektret antibiotikum; fremstillet af Pfizer Ltd., Sandwich, Kent, G.B. ...; importeret af Eurim-Pharm GmbH, lægemidler en gros, 8229 Piding; emballeret af importøren; Eurim-Pharm GmbH, 8229 Piding ...«. I æsken er i overensstemmelse med tysk lovgivning vedlagt en oplysende skrivelse vedrørende medikamentet.

2. Sagsøgeren i hovedsagen mener, at en sådan reemballering er i strid med sagsøgerens rettigheder som indehaver af varemærket »Vibramycin« i Tyskland.

Sagsøgeren har herefter anlagt sag og udvirket, at der ved kendelse af 27. juli 1979, afsagt af Landgericht Hamburg og stadfæstet af denne ved dom af 10. august 1979, er blevet nedlagt forbud for sagsøgte mod, under sanktion af sædvanlige tvangsmidler, at emballere »Vibramycin«-tabletter fra en af Pfizer's virksomheder på en sådan måde, at varemærket »Vibramycin« stadig kan ses udefra, og endvidere nedlagt forbud mod at sælge artikler, der er reemballeret på denne måde.

I dommen af 10. august 1979 fastslog Landgericht, at sagsøgte, ved at sælge produktet i en emballage, det selv har udformet, krænker sagsøgerens nationale varemærkeret. Set fra forbrugernes synspunkt fremtræder betegnelsen »Vibramycin« på blisterpladerne, som kan ses gennem den gennemsigtige åbning på

den ydre emballage, som en integreret del af den ydre emballage. En sådan praksis er imidlertid en krænkelse af varemærkeretten ifølge § 15 i den tyske varemærkelov. Ifølge Landgericht beskytter loven ikke blot emballagens indhold, men også den enhed, som indholdet og emballagen tilsammen udgør. Oprindelsesgarantien, som er varemærkets hovedfunktion, navnlig ved farmaceutiske produkter, og som er omfattet af varemærkerettens særlige genstand, der er beskyttet i fællesskabsretten, gælder for den vareenhed, der bærer producentens mærke. Desuden har anbringelsen af mærket på blisterpladen ikke udtømt varemærkeretten i henseende til varemærkets anvendelse på den ydre emballage.

Endvidere har Landgericht antaget, at sagsøgeren ikke overtræder fællesskabsretten ved at påberåbe sig national varemærkeret. Den mener det fremgår af Domstolens domme af 23. maj 1978 i sag 102/77 (Hoffmann-La Roche mod Centrafarm, Sml., s. 1139) og af 10. oktober 1978 i sag 3/78 (Centrafarm mod AHPC, Sml. s. 1823), at anvendelsen af begreberne i traktatens artikel 36, andet punktum: »skjult begrænsning« og »vilkårlig forskelsbehandling« forudsætter et subjektivt forhold hos varemærkeindehaveren, som skal have til hensigt at udnytte sin varemærkeret med det formål at hindre de frie varebevægelser inden for det fælles marked og at opdele de nationale markeder indbyrdes. Det tilkommer den nationale ret at afgøre, om et sådant subjektivt forhold er påvist (jf. nævnte sag 2/78, præmis 23).

Sagsøgte har herefter anket til Hanseatisches Oberlandesgericht, som ved dom af 24. januar 1980 ændrede Landgericht's afgørelse og ophævede det nedlagte forbud.

I præmisserne undlod Oberlandesgericht udtrykkeligt at tage stilling til spørgsmålet om overtrædelse af national varemærkeret, men antog, at det under alle omstændigheder var udelukket ifølge EØF-traktatens artikler 30 og 36 at udøve varemærkeretten i det foreliggende tilfælde. Sagsøgeren kunne ikke påberåbe sig traktatens artikel 36, første punktum, da sagsøgerens udøvelse af varemærkeretten på grund af det anvendte salgssystem fremmede en kunstig opdeling af medlemsstaternes markeder og dermed førte til en skjult indførselsbegrænsning, jf. artikel 36, andet punktum. Der forelå en sådan restriktion, når de på det britiske marked anvendte pakningsstørrelser for det farmaceutiske produkt ikke kunne afsættes på det tyske marked på grund af en anden ordinationspraksis hos de tyske læger.

Endvidere antog appelretten, at sagsøgtes reemballering ikke krænkede varemærkerettens særlige genstand, hvis funktion er at angive produktets oprindelse. Sagsøgtes reemballering viser nemlig den originale emballage med den blisterplade, hvorpå producentens varemærke er anbragt. Den foregiver ikke at være selve det originale produkt.

Oberlandesgericht har endelig bemærket, at det afgørende ikke er, om sagsøgeren faktisk tilsigtede at opdele markederne i de to medlemsstater ved at bringe forskellige emballager af medikamentet Vibramycin i omsætning i Det forenede Kongerige og i Tyskland. Det er tilstrækkeligt, at de foranstaltninger, der virker markedsopdelende, kan tilregnes varemærkeindehaveren, og at de har vilkårlig karakter.

3. Under den nu for Landgericht Hamburg verserende sag har sagsøgeren gjort gældende, at kun lægemidler i fuldstændig emballage, som er forsynet med alle foreskrevne oplysninger, kan afsættes. Ved at erstatte den originale indpakning og de oplysninger, der er vedlagt denne af producenten, med en ny emballage, er der frembragt en ny salgsartikel, som må betragtes som en mærkevare, såfremt den synligt bærer et varemærke. Det trick, som det sagsøgte firma anvender i det foreliggende tilfælde, og som går ud på, ved hjælp af åbningen i den ny emballage, at gøre det muligt at se varemærket »Vibramycin«, der er trykt på bagsiden af blisterpladerne, må anses for en »påsætning« af varemærket ifølge den tyske varemærkelov. Varemærkeindehaverens ret til at modsætte sig enhver ubeføjet påsætning af mærket på hans produkt, hører til varemærkerettens særlige genstand, og må derfor være omfattet af undtagelsen i EØF-traktatens artikel 36, første punktum.

Endvidere er betingelserne i traktatens artikel 36, andet punktum, ikke opfyldt, da der ikke foreligger noget subjektivt forhold hos varemærkeindehaveren i henseende til at anvende varemærkeretten som et »middel til vilkårlig forskelsbehandling eller en skjult begrænsning af samhandelen«. Markedsopdelingen skyldes udelukkende forskellen i ordinationspraksis hos lægerne i Det forenede Kongerige og i Forbundsrepublikken Tyskland.

Sagsøgte i hovedsagen har ved Landgericht anført, at dets reemballering ikke er i strid med sagsøgerens nationale varemærkeret, da firmaet lader det varemærke, indehaveren har påført produktet, uberørt. Desuden omfatter varemærkerettens særlige genstand i henhold til EØF-traktatens artikel 36, første punktum, ikke en beføjelse for varemærkeindehaveren til, i medfør af national ret, at modsætte sig, at erhververen af et lovligt mærket produkt »viser« produktets varemærke »frem« efter at have ompakket det.

Såfremt sagsøgeren i det foreliggende tilfælde udnytter sin varemærkeret, vil det være i strid med traktatens artikel 36, andet punktum, af de grunde, som er anført i dommen fra Hanseatisches Oberlandesgericht.

Landgericht har i forelæggelseskendelsens grunde erklæret at opretholde den i dommen af 10. august 1979 anførte opfattelse, hvorefter sagsøgtes handlemåde er i strid med sagsøgerens tyske varemærkeret. Den nationale ret mener imidlertid, at sagsøgerens udøvelse af varemærkeretten i det foreliggende tilfælde fører til en kvantitativ indførselsrestriktion, som principielt er forbudt efter EØF-traktatens artikel 30. Spørgsmålet er herefter, om sagsøgerens udøvelse af varemærkeretten er lovlig i medfør af undtagelsen i EØF-traktatens

artikel 36, første punktum, eller om den er en skjult begrænsning af samhandelen mellem medlemsstaterne, som er forbudt efter traktatens artikel 36, andet punktum.

Den nationale ret har følgelig forelagt Domstolen følgende præjudicielle spørgsmål:

»1. Er indehaveren af et i medlemsstat A beskyttet varemærke efter EØF-traktatens artikel 36 beføjet til at påberåbe sig sin varemærkeret for at hindre, at en importør opkøber et lægemiddel, som et datterselskab af varemærkeindehaveren med dennes samtykke lovligt har forsynet med og solgt under varemærket i medlemsstat B, at importøren dernæst ompakker lægemidlet på grund af en anden ordinationspraksis hos lægerne i medlemsstat A i en af ham udformet ydre emballage, der på forsiden har en klarfolierude, gennem hvilken man kan se indehaverens varemærke, som befinder sig på bagsiden af en blisterplade med lægemidlet, og endelig bringer dette på markedet i medlemsstat A i denne emballage?

2. Er det tilstrækkeligt for at kunne antage, at der foreligger en ulovlig begrænsning af samhandelen, jf. EØF-traktatens artikel 36, andet punktum, at påberåbelsen af national varemærkeret i forbindelse med det af mærkeindehaveren anvendte salgssystem objektivt fører til en afskærmning af medlemsstaternes markeder, eller må der endvidere kræves bevis for, at mærkeindehaveren udøver sin mærkeret og det af ham praktiserede salgssystem for at forårsage en kunstig opdeling af markederne?«

4. Den af Landgericht Hamburg afsagte forelæggelseskendelse af 5. november 1980 er indført i Domstolens register den 7. januar 1981.

I henhold til artikel 20 i protokollen vedrørende statutten for EØF-Domstolen er der indgivet skriftlige indlæg af sagsøgeren i hovedsagen, Pfizer Inc., ved advokatfirmaet Helmut Droste, Rolf Pietzcker m.fl., Hamburg, som befuldmægtigede, af sagsøgte i hovedsagen, Eurim-Pharm GmbH, ved advokatfirmaet H. Pflüger, W. Schön og F. Pärn m.fl., Hamburg, som befuldmægtigede, og af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber ved Götz zur Hausen, Kommissionens juridiske tjeneste, som befuldmægtiget.

På grundlag af den refererende dommers rapport og efter at have hørt generaladvokaten har Domstolen (første afdeling) besluttet at indlede den mundtlige forhandling uden forudgående bevisførelse.

II — Sammenfatning af de skriftlige indlæg ved Domstolen

Det første spørgsmål

Sagsøgeren i hovedsagen har først anført, at Domstolen i tidligere sager, hvori nationale varemærkerettigheder, som er beskyttet i medfør af EØF-traktatens artikel 36, har skullet afgrænses over princippet om frie varebevægelser, har

lagt til grund, at der efter national lovgivning foreligger en krænkelse af varemærkerettigheder, såfremt dette er fastslået af den nationale ret. Landgericht Hamburg har i forelæggelseskendelsens grunde fastslået, at sagsøgtes reemballering af den importerede mærkevare er i strid med sagsøgerens varemærkerettigheder i Tyskland.

Endvidere har sagsøgeren gjort gældende, at det første spørgsmål allerede er besvaret i Domstolens dom af 23. maj 1978 i sag 102/77 (Hoffmann-La Roche mod Centrafarm, Sml., s. 1139), hvorefter en indehaver af en varemærkeret, som samtidig er beskyttet i to medlemsstater, ifølge EØF-traktatens artikel 36, første punktum, kan modsætte sig at en vare, der i én af disse stater lovligt er forsynet med varemærket, bringes i omsætning i den anden medlemsstat efter at være blevet ompakket i en ny emballage, på hvilken varemærket er anbragt af en tredjemand.

Såfremt sagsøgte på mærkevaren anbringer sagsøgerens beskyttede varemærke på en måde, der teknisk adskiller sig fra omstændighederne i sag 102/77, er Domstolen bundet af den nationale rets konstatering af, at også denne tekniske variant indebærer en krænkelse af den nationale varemærkeret. I øvrigt giver den tekniske form, som sagsøgte i det foreliggende tilfælde har anvendt ved ompakningen, ikke grund til at fortolke EØF-traktatens artikel 36 anderledes.

Det første spørgsmål fra Landgericht må følgelig besvares bekræftende.

Mere generelt har sagsøgeren i hovedsagen understreget den betydning, Domstolen har tillagt forbrugerens tillid til, at den købte vare ikke har undergået nogen forandring, efter at producenten har bragt den på markedet, jf. dommene i sag 102/77 (nævnt ovenfor) og sag 3/78 (Centrafarm mod AHPC, Sml. 1978, s. 1823). Denne tillid udgør en bestanddel af varens oprindelsesgaranti og hører dermed til varemærkerettens særlige genstand. Den er selve begrundelsen for, at Domstolen har givet varemærkeindehaveren ret til at modsætte sig, at hans varemærke anbringes på den ny emballage efter ompakning.

I samme forbindelse har sagsøgeren anført, at den form, hvorunder producenten bringer en mærkevare på markedet, er kendetegnet af varemærket. Forbrugeren forbinder varemærket og dermed sin tillid med denne form.

Desuden er der i alle medlemsstater udstedt forskrifter for udformningen af farmaceutiske produkters emballage, og navnlig bestemmelser om at produkterne er forsynet med de nødvendige oplysninger. Sagsøgeren har understreget farerne ved, at tredjemand foretager reemballering.

Af disse grunde kan en farmaceutisk vare ikke, ud fra et juridisk synspunkt, adskilles fra sin emballage. Ændringen af varens ydre emballage er et indgreb i mærkevarens oprindelige tilstand, såvel i henseende til den offentlige sikkerhed som i henseende til oprindelsesgarantien.

Sagsøgte i hovedsagen har først anført, at traktatens artikel 36, første punktum, kun tillader de indskrænkninger i de frie varebevægelser, som er begrundet i

hensynet til beskyttelse af de industrielle og kommercielle ejendomsrettigheders særlige genstand. Ifølge Domstolens praksis består varemærkerettens særlige genstand navnlig i, at varemærkeindehaveren sikres eneret til at benytte varemærket, når produktet første gang bringes i handelen. Under hensyn til at varemærkets hovedfunktion er at garantere for varens oprindelsesægthed, er kun varemærkeindehaveren berettiget til at identificere produktet gennem anbringelsen af mærket.

Artikel 36, første punktum, beskytter ganske vist nationale rettigheder, for så vidt som disse giver varemærkeindehaveren eneret til at anbringe mærket, men det forelagte præjudicielle spørgsmål drejer sig om et andet problem, nemlig hvorvidt varemærkeindehaveren — hvilket han efter Landgericht's opfattelse er berettiget til ifølge tysk varemærkeret — kan modsætte sig, at det produkt, som han har påført mærket, sælges af tredjemand, efter at denne har ændret emballagen og indrettet den sådan, at det mærke, som varemærkeindehaveren har anbragt på produktet, kan ses gennem den nye emballage. Spørgsmålet er således i det foreliggende tilfælde, om varemærkerettens særlige genstand ikke blot omfatter indehaverens eneret til at mærke sin vare, men også den eneret, som måtte være indrømmet ham efter national lovgivning, til at gøre det mærke synligt, han har anbragt på produktet.

Sagsøgte i hovedsagen anfører, at tildelingen af en sådan eneret beror på særregler i national ret, der ikke vedrører varemærkerettens særlige genstand; denne må afgrænses ud fra en fælles retsopfattelse af varemærkerettens indhold i de lande, som er medlemmer af Fællesskabet.

Som bevis for, at der ikke findes fælles retsbegreber på dette område, henviser sagsøgte dels til den udvidede fortolkning af den tyske varemærkelov, som Landgericht Hamburg har anlagt til støtte for sin opfattelse, dels til den omstændighed, at Hanseatisches Oberlandesgericht afstod fra at tage stilling til spørgsmålet, om national varemærkeret var overtrådt. Desuden kan der, ifølge sagsøgte i hovedsagen, konstateres en væsentlig forskel i retsopfattelsen af en række mere underordnede sider af varemærkebeskyttelsen.

Endelig anfører sagsøgte i hovedsagen, at man ikke blot bør tage hensyn til, i hvor høj grad der er uoverensstemmelse i de forskellige nationale retssystemer, men i første række tage udgangspunkt i fællesskabsrettens formål, hvilket i det foreliggende tilfælde vil medføre, at det forelagte spørgsmål må besvares benægtende. Sagsøgte henviser i den forbindelse til generaladvokat Capotorti's forslag til afgørelse i sag 102/77 (Hoffmann-La Roche mod Centrafarm), hvori det hedder: »Uanset at bestemte af varemærkets accessoriske funktioner er beskyttet i visse medlemsstaters interne retsordener, står det i alle tilfælde fast, at en sådan beskyttelse i Fællesskabets retsorden kun kan betragtes som tilladelig, i det omfang den ikke strider mod en uindskrænket iagttagelse af princippet om varernes frie bevægelighed ... Den nationale lovgivning, teori og retspraksis ... er klart baseret på de krav, hvert enkelt marked stiller, medens det i denne sammenhæng er fællesmarkedet og EØF-traktatens krav, der må tages i betragtning« (Sml. 1978, s. 1175).

Kommissionen for De europæiske Fællesskaber anfører først, at det ikke klart fremgår af formuleringen af det første spørgsmål, at blisterpakningen af varemærkeindehaveren er forsynet med varemærket og ikke senere er blevet ændret af importøren.

I det foreliggende tilfælde er varemærket imidlertid hverken blevet fjernet eller ændret af Eurim-Pharm GmbH.

Kommissionen giver herefter en oversigt over retspraksis på området for det forelagte spørgsmål.

Den af sagsøgeren i hovedsagen fremførte argumentation, at varemærkeretten gælder for emballagen og indholdet under ét, sådan som den sælges i Tyskland, holder ikke efter Kommissionens opfattelse for en nærmere prøvelse i forhold til fællesskabsretten. Kommissionen mener, at varemærkets hovedfunktion, som er at garantere produktets oprindelsesægthed, angår det mærkede produkt som sådan og ikke dets emballage. Når varemærket befinder sig på den pakke, der direkte omslutter produktet, vil en yderligere indpakning ikke være omfattet af varemærkets beskyttelse. Ved siden af ordet »Vibramycin« på blisterpladen, der direkte omslutter tabletterne, er angivet: »Produktet i denne pakke er fremstillet af indehaveren af varemærket 'Vibramycin' eller forsynet med dette varemærke med dennes samtykke«. En tredjemand, der forsyner denne pakke i den form som varemærkeindehaveren har givet den med en yderligere indpakning, kan ikke siges at forsyne produktet med varemærket. De faktiske omstændigheder i den foreliggende sag kan derfor ikke sammenlignes med omstændighederne i de nævnte sager 3/78 og 102/77.

Varemærkerettens særlig genstand består navnlig i, at indehaveren sikres en eneret til at benytte mærket til et produkt, første gang det bringes i handelen, hvorved han beskyttes mod konkurrenter, som måtte ønske at misbruge mærkets stillig og omdømme til at sælge produkter, der retsstridigt er forsynet med dette mærke (jf. dom af 10. 10. 1978 i ovennævnte sag 3/78, Centrafarm mod AHPC, præmis 11). For at kunne afgøre, om tredjemand ved sin adfærd har krænket varemærkeretten, må denne nærmere afgrænses. Varemærkets hovedfunktion er ifølge Domstolens praksis at garantere forbrugeren eller den endelige bruger den mærkede vares oprindelsesægthed (jf. dommene af 31. 10. 1974 i sag 16/74, Centrafarm mod Winthrop, Sml., s. 1183, dom af 22. 6. 1976 i sag 119/75, Terrapin mod Terranova, Sml., s. 1039, dom af 23. 5. 1978 i ovennævnte sag 102/77 og af 10. 10. 1978 i ovennævnte sag 3/78). Oprindelsesgarantien indebærer, at kun varemærkeindehaveren kan anbringe mærket på produktet. Denne garanti betyder, at forbrugeren kan være sikker på, at tredjemand ikke har ændret ved produktets oprindelige tilstand uden samtykke fra varemærkeindehaveren.

Da sagsøgte ikke har forvansket varemærkets hovedfunktion, er sagsøgerens varemærkeret ikke krænket. Følgelig kan

traktatens artikel 36, første punktum, ikke påberåbes somt støtte for at forbyde salget i Tyskland af de farmaceutiske produkter, der er indført fra Storbritannien.

Det andet spørgsmål

Sagsøgeren i hovedsagen anfører, at svaret på det andet spørgsmål findes i Domstolens afgørelse i den ovennævnte sag 3/78, hvorefter der kan foreligge en skjult begrænsning af samhandelen, såfremt det påvises, at indehaveren af varemærket benytter forskellige mærker for den samme vare *med det formål* at opdele markederne kunstigt.

Det fremgår af samme dom, at det kan være lovligt, om producenten anvender forskellige varemærker i forskellige medlemsstater for det samme produkt (præmis 20).

Betragtningerne i dommen har ikke blot gyldighed for anvendelsen af forskellige varemærker, men også for anvendelsen af emballager af forskellig størrelse. Grunden til at der anvendes sådanne forskellige størrelser, er den forskellige ordinationspraksis hos lægerne, som varierer mærkbart fra land til land, og denne grund er helt legitim. Domstolen har i øvrigt allerede i den ovennævnte sag 102/77 anerkendt, at det er lovligt at udbyde emballager af forskellige størrelser, afhængig af forholdene på det nationale marked.

Sagsøgte i hovedsagen anfører, at artikel 36, andet punktum, er en konkretisering af to grundlæggende principper i traktaten, nemlig det generelle diskriminationsforbud i artikel 7, og princippet om det fælles marked, som findes i artikel 2. Ligesom artikel 7 omfatter enhver form for objektiv forskelsbehandling, der udøves på grundlag af nationalitet, er den konkrete anvendelse af artikel 36, andet punktum, ikke gjort afhængig af den handlendes motiver.

Desuden er der heller ingen grund til at sondre mellem skjulte begrænsninger af samhandelen, som er objektive, f.eks. beskyttelsesforanstaltninger, der er begrundet i hensynet til sundheden eller hensynet til nationale skatte, og de skjulte begrænsninger, som endvidere kan tænkes at være forsætlige, f.eks. navnlig foranstaltninger til beskyttelse af industriel ejendomsret.

Det fremgår imidlertid klart af dommen i ovennævnte sag 102/77, at et subjektivt formål ikke er nogen betingelse. Domstolen har i sag 3/78, nævnt ovenfor, fastslået, at varemærkeindehaverens subjektive hensigt til at opdele markederne kan være af betydning for afgørelsen; dette var imidlertid en konkret bedømmelse, som netop udelukker, at synspunktet generelt overføres til andre tilfælde. Desuden indeholder dommen i sag 3/78 ingen som helst holdepunkter for at antage, at Domstolen i denne dom har ønsket at foretage en korrektion af dommen i sag 102/77.

Endelig har sagsøgte i hovedsagen anført, at der mellem Oberlandesgericht Karlsruhe, i dennes dom af 7. september 1978 (GRUR 1978, s. 712-715), og Hanseatisches Oberlandesgericht, i dennes dom af 24. januar 1980, er enighed om den opfattelse, at det er tilstrækkeligt for at antage, at der foreligger en skjult begrænsning af samhan-

delen mellem medlemsstaterne efter artikel 36, andet punktum, at indehaverens udøvelse af varemærkeretten objektivt medfører en opdeling af markederne.

Kommissionen mener, at det andet spørgsmål kun opstår, såfremt det første spørgsmål besvares bekræftende, dvs. såfremt sagsøgtes adfærd anses for et indgreb i selve den pågældende varemærkeret.

For det tilfælde, at en besvarelse af det andet spørgsmål er nødvendig, mener Kommissionen, at der bør antages samme løsning som i dommen i sag 102/77, der stemmer overens med den foreliggende sag derved, at der i to medlemsstater er givet indehaveren af det samme mærke beskyttelse for den samme vare.

Kommissionen anfører, at de faktiske omstændigheder i disse to sager adskiller sig fra omstændighederne i sag 3/78, hvor varemærkeindehaveren var i besiddelse af forskellige mærker i forskellige medlemsstater for samme vare. I et sådant tilfælde synes det berettiget ikke at anse udøvelsen af varemærkeretten for en skjult begrænsning af samhandelen, blot fordi den objektivt bidrager til en opdeling af markederne.

III — Mundtlig forhandling

I retsmødet den 2. juli 1981 er der afgivet mundtlige indlæg af sagsøgeren i hovedsagen, Pfizer Inc., ved advokat Rolf Pietzcker, Hamburg, af sagsøgte i hovedsagen, Eurim-Pharm GmbH, ved advokat F. Pärn, Hamburg, af regeringen for Forbundsrepublikken Tyskland ved Horst Teske, ekspeditionssekretær i forbundsjustitsministeriet, som befuldmægtiget, og af Kommissionen for De europæiske Fællesskaber ved Götz zur Hausen, Kommissionens juridiske tjeneste, som befuldmægtiget.

Generaladvokaten har fremsat forslag til afgørelse i retsmødet den 8. oktober 1981.

Præmisser

1 Ved kendelse af 5. november 1980, indgået til Domstolen den 7. januar 1981, har Landgericht Hamburg i medfør af EØF-traktatens artikel 177 forelagt Domstolen to præjudicielle spørgsmål vedrørende fortolkningen af traktatens artikel 36.

2 Disse spørgsmål er blevet rejst under en sag mellem to virksomheder inden for den farmaceutiske industri, hvoraf den ene, sagsøgeren i hovedsagen (herefter benævnt Pfizer), som i flere medlemsstater er indehaver af et bestemt varemærke, har modsat sig, at den anden, sagsøgte i hovedsagen

(herefter benævnt Eurim-Pharm), efter at have indkøbt et produkt med dette varemærke, der var bragt i omsætning i én medlemsstat, sælger det i en anden medlemsstat efter at have reemballeret det.

3 Det pågældende produkt, et bredspektret antibiotikum med betegnelsen »Vibramycin«, markedsføres i Tyskland af det tyske datterselskab af Pfizer, og er beskyttet af et registreret varemærke, som Pfizer er indehaver af; det samme produkt fremstilles endvidere af Pfizer's britiske datterselskab, som sælger det i forskellige emballager til langt lavere priser end de priser, der anvendes i Forbundsrepublikken Tyskland.

4 I den foreliggende sag har Eurim-Pharm, efter at have givet Pfizer meddelelse derom, i Tyskland bragt »Vibramycin« i omsætning, som firmaet havde købt i Storbritannien i de originale halvtredsstykspakninger, hvor kapslerne i rækker på fem er indsvejset i såkaldte »blisters«. På den klarfolierude, der var påsvejset blisterpladens bagside, var påtrykt ordene »Vibramycin Pfizer«. Med henblik på salget i Tyskland reemballerede Eurim-Pharm hver blisterpakning i foldeæsker, som firmaet selv har udformet, uden at ændre selve blisterpladen eller dens indhold. På forsiden af æsken findes en åbning, dækket med en klarfolierude, hvorigennem kan ses ordene »Vibramycin Pfizer« på den folie, som er påsvejset den oprindelse plade. På bagsiden af æsken er påtrykt: »bredspektret antibiotikum; fremstillet af Pfizer Ltd., Sandwich, Kent, G.B. ...; importeret af Eurim-Pharm GmbH, lægemidler engros, 8229 Piding; emballeret af importøren: Eurim-Pharm GmbH, 8229 Piding«. I æsken er i overensstemmelse med tysk lovgivning vedlagt en oplysende skrivelse vedrørende medikamentet.

5 I sin forelæggelseskendelse har Landgericht fastslået, at den anser Eurim-Pharm's handlemåde for at være i strid med Pfizer's rettigheder efter den tyske varemærkelov. Da appelinstansen imidlertid på et tidligere trin af samme sag har antaget, at det i følge EØF-traktatens artikler 30 og 36 er udelukket at udøve varemærketretten i det foreliggende tilfælde, har Landgericht forelagt Domstolen følgende to spørgsmål til præjudiciel afgørelse:

»1. Er indehaveren af et i medlemsstat A beskyttet varemærke efter EØF-traktatens artikel 36 beføjet til at påberåbe sig sin varemærkeret for at hindre, at en importør opkøber et lægemiddel, som et datterselskab af varemærkeindehaveren med dennes samtykke lovligt har forsynet med og solgt under varemærket i medlemsstat B, at importøren dernæst ompakker lægemidlet på grund af en anden ordinationspraksis hos lægerne i medlemsstat A i en af ham udformet ydre emballage, der på forsiden har en klarfolierude, gennem hvilken man kan se indehaverens varemærke, som befinder sig på bagsiden af en blisterplade med lægemidlet, og endelig bringer dette på markedet i medlemsstat A i denne emballage?

2. Er det tilstrækkeligt for at kunne antage, at der foreligger en ulovlig begrænsning af samhandelen, jf. EØF-traktatens artikel 36, andet punktum, at påberåbelsen af national varemærkeret i forbindelse med det af mærkeindehaveren anvendte salgssystem objektivt fører til en afskærmning af medlemstaternes markeder, eller må der endvidere kræves bevis for, at mærkeindehaveren udøver sin mærkeret og det af ham praktiserede salgssystem for at forårsage en kunstig opdeling af markederne?«

Det første spørgsmål

6 Indledningsvis bemærkes, at det fremgår af Domstolens praksis, navnlig Domstolens dom af 23. maj 1978 (Hoffmann-La Roche mod Centrafarm, sag 102/77, Sml., s. 1139), at selv om traktaten ikke berører de i en medlemsstats lovgivning anerkendte industrielle og kommercielle ejendomsrettigheders bestående, kan udøvelsen af disse rettigheder ikke desto mindre efter omstændighederne rammes af traktatens forbud. Således indebærer undtagelsen fra et af fællesmarkedets grundlæggende principper i artikel 36 kun, at princippet om frie varebevægelser kan fraviges i det omfang, disse fravigelser er begrundet i hensynet til beskyttelse af de rettigheder, der udgør den ovenfor nævnte ejendomsrets særlige genstand.

7 Varemærkerettens særlige genstand består 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.

8 Ved besvarelsen af spørgsmålet om, hvorvidt denne eneret omfatter en ret til at modsætte sig, at tredjemand udnytter mærket efter en ompakning af varen, må det tages i betragtning, at varemærkets hovedfunktion er at indestå for den mærkede vares oprindelsesægthed over for forbrugeren eller den endelige bruger, ved at sætte denne i stand til at adskille varen fra varer af anden oprindelse uden risiko for forveksling. Denne oprindelsesgaranti indebærer, at forbrugeren eller den endelige bruger kan være sikker på, når han tilbydes en mærkevare, at tredjemand ikke uden varemærkeindehaverens tilladelse på et tidligere omsætningstrin har gjort indgreb i varens originale tilstand.

9 Den ret, der indrømmes varemærkeindehaveren til at modsætte sig enhver anvendelse af mærket, som kan forvanske oprindelsesgarantien forstået på denne måde, henhører således under varemærkerettens særlige genstand.

10 Der foreligger imidlertid ikke en udnyttelse af varemærket, der kan forvanske oprindelsesgarantien, i et tilfælde som det i sagen omhandlede, hvor det fremgår af det forelagte spørgsmål og de faktiske omstændigheder, som fastslået af den nationale ret, at en parallelimportør har ompakket et farmaceutisk produkt alene ved at udskifte den ydre emballage og uden at berøre den indre indpakning, samtidig med at han har gjort det varemærke, producenten har anbragt på den indre indpakning, synligt gennem den nye ydre emballage.

11 Der er ikke under disse forhold nogen risiko for, at ompakningen udsætter produktet for manipulationer eller for en påvirkning, som berører dets originale tilstand, og forbrugeren eller den endelige bruger af produktet vil ikke kunne vildledes med hensyn til produktets oprindelse, navnlig når parallelimportøren, som det er tilfældet i den foreliggende sag, klart har angivet på den

ydre emballage, at produktet er fremstillet af et datterselskab af varemærkeindehaveren, og er reemballeret af parallelimportøren.

12 Den omstændighed, at parallelimportøren i den ydre emballage har vedlagt en oplysende skrivelse vedrørende medikamentet — en omstændighed, som i øvrigt ikke er nævnt i det forelagte spørgsmål — ændrer intet herved.

13 Det første spørgsmål må derfor besvares med, at traktatens artikel 36 skal fortolkes således, at indehaveren af en varemærkeret ikke kan påberåbe sig denne ret for at hindre en importør i at sælge et farmaceutisk produkt, som er fremstillet i en anden medlemsstat af varemærkeindehaverens datterselskab og med indehaverens samtykke forsynet med hans varemærke, når importøren har ompakket produktet ved udelukkende at udskifte den ydre emballage uden at berøre den indre indpakning, samtidig med at han har gjort det varemærke, som producenten har anbragt på den indre indpakning, synligt gennem den nye ydre emballage, og endvidere klart på den ydre emballage har angivet, at produktet er fremstillet af varemærkeindehaverens datterselskab og reemballeret af importøren.

Det andet spørgsmål

14 Det følger af svaret på det første spørgsmål, at behandlingen af det andet spørgsmål ikke er nødvendig for den nationale rets afgørelse af den verserende tvist.

Sagens omkostninger

15 De udgifter, der er afholdt af regeringen for Forbundsrepublikken Tyskland og Kommissionen for De europæiske Fællesskaber, som har afgivet indlæg for Domstolen, kan ikke godtgøres. Da sagens behandling i forhold til parterne i hovedsagen udgør et led i den sag, der verserer for den nationale ret, tilkommer det denne at træffe afgørelse om sagens omkostninger.

På grundlag af disse præmisser

kender

DOMSTOLEN (første afdeling)

vedrørende de spørgsmål, som er forelagt den af Landgericht Hamburg ved kendelse af 5. november 1980, for ret:

Traktatens artikel 36 skal fortolkes således, at indehaveren af en varemærkeret ikke kan påberåbe sig denne ret for at hindre en importør i at sælge et farmaceutisk produkt, som er fremstillet i en anden medlemsstat af varemærkeindehaverens datterselskab og med indehaverens samtykke forsynet med hans varemærke, når importøren har ompakket produktet ved udelukkende at udskifte den ydre emballage uden at berøre den indre indpakning, samtidig med at han har gjort det varemærke, som producenten har anbragt på den indre indpakning, synligt gennem den nye ydre emballage, og endvidere klart på den ydre emballage har angivet, at produktet er fremstillet af varemærkeindehaverens datterselskab og reemballeret af importøren.

Bosco O'Keeffe Koopmans

Afsagt i offentligt retsmøde i Luxembourg den 3. december 1981.

A. Van Houtte
Justitssekretær

G. Bosco
Formand for første afdeling