

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL VAN 7 FEBRUARI 1968

de omstandigheid, dat de verkoopprijs van het geoctrooieerde produkt die van een uit een andere Lid-Staat afkomstig, niet-geoctrooieerd voortbrengsel overtreft, levert niet noodzakelijkerwijs een misbruik op;

en verstaat :

de beslissing over de kosten van de onderhavige instantie blijft bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

Aldus gewezen en ondertekend te Luxemburg op negentwintig februari negentienhonderdachtenzestig.

Lecourt

Donner

Strauß

Trabucchi

Monaco

Uitgesproken ter openbare terechtzitting gehouden te Luxemburg op negentwintig februari negentienhonderdachtenzestig.

De Griffier,
A. Van Houtte

De President,
R. Lecourt

**Conclusie van de Advocaat-Generaal K. Roemer
van 7 februari 1968¹**

Mijnheer de President, mijne heren Rechters,

Her door het Gerechtshof te 's-Gravenhage voorgelegde verzoek om een prejudiciële beslissing stelt andermaal het mededingingsrecht der E.E.G. aan de orde. — Wij geven allereerst een overzicht van de feiten in deze zaak, welke, gezien de aard der daarmede opgeworpen rechtsvragen, in brede kring de aandacht heeft getrokken.

De Amerikaanse vennootschap Parke, Davis and Company, gevestigd te Detroit is houdster van twee Nederlandse octrooien tot de (biologische en chemische) vervaardiging van het antibioticum „chlooramphenicol”. Zij heeft hiervan aan een te Delft gevestigde Nederlandse firma licenties verleend op grond waarvan zij jegens de licentiehouder verplicht is het octrooi in Nederland te doen beschermen.

1 — Vertaald uit het Duits.

Hierbij moet worden opgemerkt, dat volgens Nederlands recht de geneesmiddelen weliswaar niet zelf octrooieerbaar zijn, doch dat de houder van een octrooi voor een bepaalde werkwijze het uitsluitend recht heeft de volgens de geoctrooieerde werkwijze geproduceerde stof in het verkeer te brengen. Bovendien geldt voor de actie ter zake van inbreuken op het octrooi, wanneer het een zogenaamde „nieuwe stof” betreft, krachtens de wet van 7 november 1910 het door hem die zich aan de beweerde inbreuk heeft schuldig gemaakt te weerleggen vermoeden, dat de zonder toestemming van de octrooihouder verhandelde hoeveelheden volgens de beschermde werkwijze werden vervaardigd.

Het octrooirecht van de firma Parke, Davis werd kennelijk geschonden doordat een Belgische vennootschap (de firma Probel te Brussel), alsmede twee Nederlandse ondernemingen (de N.V. „Reese en Beintema-Interpharm” en de vennootschap „Centrafarm”, beide te Rotterdam gevestigd) uit verschillende Europese landen afkomstig chlooramphenicol zonder de toestemming van de octrooihouder of haar licentiehouder in Nederland in het verkeer brachten. Zo werd in 1958 te Rotterdam een geding ahangig gemaakt, waarin de firma Parke, Davis vorderde de bovengenoemde drie vennootschappen wegens inbreuk op haar octrooirecht tot schadevergoeding te veroordelen en deze op straffe van een dwangsom verdere inbreuken te verbieden. In de verschillende fasen van dit proces, onder meer voor de Hoge Raad, werd een reeks feitelijke vragen, alsmede vragen van Nederlands octrooirecht — zulks met name nadat blijkbaar het bewijs niet kon worden geleverd dat het litigieuze chlooramphenicol volgens een andere werkwijze werd vervaardigd — voor het merendeel door het Gerechtshof te 's-Gravenhage bij zijn arrest van 30 juni 1967 berecht. In dit arrest wordt in beginsel aangenomen, dat het octrooirecht van de firma Parke, Davis werd geschonden, met veroordeling van de firma Centrafarm tot betaling ener schadevergoeding (soortgelijke eisen tegen de medegedaagden waren ingetrokken) en werden voorts aan alle gedaagden op straffe van een dwangsom verdere inbreuken op het octrooirecht verboden. — Eén punt werd bij het arrest evenwel aangehouden, namelijk het verhandelen van uit Italië afkomstig chlooramphenicol, de enige Lid-Staat der E.E.G. waar Parke, Davis geen octrooirecht voor de vervaardiging van antibiotica bezit, daar de werkwijzen ter vervaardiging daarvan niet octrooieerbaar zijn (zie op dit punt het gedetailleerde betoog in de memorie van Centrafarm). Met name de gedaagde Centrafarm had er de aandacht op gevestigd, dat zij „in de laatste tijd” in Nederland nog slechts chlooramphenicol in de handel had gebracht, dat in Italië was vervaardigd en aldaar, gezien de bijzondere regeling van het octrooirecht, vrij verkocht mocht worden. Zij voerde aan, dat indien Parke, Davis, met een beroep op haar octrooi, een invoerverbod zou weten te verkrijgen, zulks naar het mededingingsrecht van het E.E.G.-Verdrag (artikelen 85, lid 1, en 86) niet geoorloofd zou zijn en wel met name daar aldus aan de Nederlandse verbruikers het voordeel van de beweerdelijk aanzienlijk lagere Italiaanse prijzen zou ontgaan. — Het Gerechtshof te 's-Gravenhage achtte de beantwoording van deze vraag voor de uitspraak beslissend. Het heeft derhalve overeenkomstig een desbetreffend verzoek

van Centrafarm in meergenoemd arrest van 30 juni 1967 besloten krachtens artikel 177 het Europese Hof van Justitie te adïeren en ons de beide volgende vragen voor te leggen :

1. Omvatten de in artikel 85, lid 1, en artikel 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap verboden gedragingen en misbruik, eventueel mede in verband met het in de artikelen 36 en 222 van het Verdrag bepaalde, al of niet het door de houder van een door de autoriteiten van een Lid-Staat verleend octrooi op grond van dit octrooi uitlokken van een rechterlijk gebod na te laten ieder binnen het gebied van deze Lid-Staat in het verkeer brengen, verder verkopen, verhuren, afleveren of voor een of ander in voorraad hebben of gebruiken van een uit het gebied van een andere Lid-Staat afkomstig voortbrengsel, voor de vervaardiging en de verhandeling van welk voortbrengsel in het gebied van laatst bedoelde Lid-Staat een uitsluitend recht niet wordt verleend ?
2. Luidt het antwoord op vraag 1 anders, indien de prijs, waarvoor de rechtverkrijger van de octrooihouder het door hem verhandelde voortbrengsel in het gebied van de eerst bedoelde Lid-Staat verkrijgbaar stelt, die, welke in dit gebied van de verbruiker wordt verlangd voor het uit het gebied van de andere Lid-Staat afkomstige voortbrengsel, overtreft ?

Daar met deze vragen kennelijk het fundamentele vraagstuk van de verhouding tussen het nationale octrooirecht en het mededingingsrecht van de Gemeenschap aan de orde werd gesteld, was de deelname aan de aldus aanhangig gemaakte prejudiciële procedure zeer omvangrijk. Zo werden (overeenkomstig artikel 20 van het E.E.G.-Protocol van het Hof) schriftelijke opmerkingen ontvangen van de partijen in het hoofdgeding (met uitzondering van „Interpharm”), van de Regeringen van het Koninkrijk der Nederlanden, de Bondsrepubliek en de Franse Republiek, alsmede van de Commissie der Europese Gemeenschappen. Ook aan de mondelinge behandeling hebben zij alle (met uitzondering van de Nederlandse Regering) deelgenomen.

Wij gaan thans over tot de beantwoording der gestelde vragen voor zover zulks in verband met de hierboven weergegeven feiten verlangd wordt. Zowel door het getal van hen die zich in het geding deden horen, als de uiteenlopende aard van de door hen aangevoerde gronden, wordt onze taak niet bepaald verlicht.

Beoordeling re chtens

Inleidende opmerkingen

Alvorens op de eigenlijke interpretatie in te gaan, dienen enkele korte opmerkingen te worden gemaakt met betrekking tot de *draagwijdte der opgeworpen vragen*. Zulks komt noodzakelijk voor, daar sommigen (met name de Commissie, de Nederlandse Regering en de gedaagde Centrafarm) zowel schriftelijk als mondeling problemen behandelden welke met het door de nationale rechter voorgelegde geval slechts in verwijderd verband staan en de gestelde vragen daarop in werkelijkheid niet doelen. Het betreft hier het probleem van de zogenaamde „parallele octrooien” of wel het geval dat een onderneming voor een bepaald produkt in een Lid-Staat

octrooirecht bezit en de invoer daarvan wenst tegen te gaan uit Lid-Staten waarin het eveneens octrooirecht bezit, hetwelk evenwel als „uitgepur” geldt, daar het voortbrengsel hetzij door de octrooihouder, hetzij met zijn goedvinden in het verkeer werd gebracht en de octrooihouder derhalve van de uitoefening zijner rechten reeds profijt kon trekken. Met name de Commissie acht het redelijk deze hypothese in de overwegingen ten aanzien van de interpretatie te betrekken, daar in het feitencomplex van het renvooi-arrest (in de Franse vertaling) slechts gesproken wordt van produkten „provenant d'Italie” (uit Italië afkomstig) en niet van voortbrengselen „originaires d'Italie” (van Italiaanse oorsprong). Immers, men zou zich kunnen voorstellen — aldus de Commissie — dat de litigieuze produkten weliswaar uit Italië werden betrokken, doch dat zij aldaar in het vrije verkeer waren gekomen uit een andere staat, waar zij door de Nederlandse octrooihouder (of met diens instemming) krachtens een ander octrooi werden vervaardigd en in de handel gebracht. Ook zou men zich kunnen voorstellen dat bedoelde voortbrengselen weliswaar in Italië (dus zonder octrooi) vervaardigd werden, doch vervolgens allereerst in een andere Lid-Staat, waar octrooirecht bestaat, door de Nederlandse octrooihouder of met zijn goedkeuring in het verkeer werden gebracht.

Wij zullen deze — overigens gekunsteld en onwaarschijnlijk aan-doende — constructies en de daarop gebouwde stellingen der Commissie (en van nog andere deelnemers aan het proces) evenwel niet volgen, daar niet „ultra petita” geantwoord mag worden. Zij vinden namelijk kennelijk geen grondslag in het nationale geding waaraan wij gebonden zijn. Veeleer blijkt uit de motivering van het renvooiarrest en met name uit de verwijzing naar de procesbeweringen van „Centrafarm” (waarin slechts gesproken wordt van in Italië geproduceerde en rechtstreeks naar Nederland geëxporteerde produkten) alsmede uit het feit dat de invoer uit andere Lid-Staten reeds werd verboden, ten duidelijkste op welke feiten de Nederlandse rechter in dit stadium nog acht wenst te slaan. Het gaat slechts om de vraag of krachtens het Nederlandse recht aan de houder van een Nederlands octrooi bescherming geboden mag worden in de vorm van schadevergoeding en een rechterlijk verbod van het zonder zijn toestemming invoeren van geoc-trooierde produkten uit een *land*, dat daarvoor *geen* octrooibescherming kent en waar zij zonder de toestemming van de octrooihouder zowel werden geproduceerd als in de handel gebracht, dan wel of het mededingingsrecht van het E.E.G.-Verdrag het geldend maken van zodanige nationale octrooi-rechten uitsluit.

Alleen met deze vraag hebben wij ons thans bezig te houden; verdere — met name door de Commissie gesuggereerde — vragen mogen voorbehouden blijven aan een toekomstig geding hetwelk daarop inderdaad betrekking heeft.

1. Ten aanzien van de eerste vraag

Het antwoord op de eerste vraag, waarvan de tekst thans niet behoeft te worden herhaald, zou ik willen splitsen naar gelang der in elk daarvan

genoemde verdragsartikelen. Bezien wij derhalve eerst artikel 85 om vervolgens de betekenis van artikel 86 voor het onderhavige geval te onderzoeken.

a) Artikel 85

Wat artikel 85 van het Verdrag betreft kan men kort zijn. Dit artikel verbiedt bepaalde overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, dat wil zeggen het geldt slechts voor de gevallen waarin een beperking van de mededinging en een nadelige beïnvloeding van de handel het gevolg zijn van het vrijwillige *samenwerken van meerdere ondernemingen*.

Hiervan is in het onderhavige geval kennelijk geen sprake. Het betreft hier immers een *eenzijdig* optreden van de octrooihouder, dat wil zeggen het geldend maken van zijn nationale, rechtstreeks verworven (dus niet op een overeenkomst berustende) rechten. Ook al was hij tegenover zijn Nederlandse licentiehouder tot een gerechtelijke actie verplicht, zo is het toch niet deze overeenkomst, doch uitsluitend het (subjectieve) nationale octrooi-recht hetwelk concurrentiebeperkend kan werken.

Gelijk de Bondsregering en de Franse Regering terecht opmerken, kan worden vastgesteld dat artikel 85 naar zijn aard niet op een geval als het onderhavige kan worden toegepast.

b) Artikel 86

Minder eenvoudig schijnt het antwoord op de vraag of artikel 86, hetwelk het misbruik van een machtspositie verbiedt, tegen de handhaving van octrooirechten kan worden ingeroepen. De meeste deelnemers aan het geding hebben deze vraag tamelijk uitgebreid behandeld. Evenals zij, zouden wij deze vraag in breder verband willen behandelen.

Het Nederlandse recht kent de octrooihouder een *uitsluitend*, zij het aan een termijn gebonden, recht tot toepassing ener uitvinding (het vervaardigen en verhandelen van geoctrooieerde produkten) op Nederlands grondgebied toe (artikel 30 van de wet van 7 november 1910). Dit recht moet eerst dan als uitgeput worden beschouwd, wanneer het geoctrooieerde produkt door de octrooihouder, dan wel met zijn toestemming, in het verkeer gebracht wordt en wel — aldus de vaste rechtspraak — *in Nederland* in het verkeer wordt gebracht. Derhalve geldt (gelijk in de andere Lid-Staten) het *territorialiteitsbeginsel*.

Dit nationale octrooierecht — en hierover schijnen partijen in het algemeen niet verdeeld te zijn — mag door het E.E.G.-Verdrag¹ niet in

1 — Zie ook: *die Stellungnahme der internationalen Handelskammer zu den Auswirkungen der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages auf die gewerblichen Schutzrechte*, GRUR, ausländischer und internationaler Teil, 1959, 392; Plaisant, *Le Traité de CEE*, l'article 85 et les droits de propriété industrielle in: *Propriété industrielle et Marché Commun*, blz. 145; Wagret, *La Propriété industrielle et le droit européen des ententes*, Revue du Marché Commun, 1962, 431; o.a. Jansse, *Der Einfluss der Wettbewerbsregeln des EWG-Vertrages auf die gewerblichen Schutzrechte*, GRUR, ausländischer und internationaler Teil, 1961, 276.

zijn *bestaan*, in zijn *substantie* worden aangetast. Inderdaad kunnen hiertoe in het Verdrag zelf aanknopingspunten gevonden worden en wel in de artikelen 36 en 222. In *artikel 36* wordt — zij het ook, gelijk de Commissie terecht opmerkt, niet zonder enig voorbehoud — erkend, dat beperkingen van het goederenverkeer (of anders gezegd: verdelingen der markten) in afwijking van de bepalingen der artikelen 30 tot 34 moeten worden aanvaard, voor zover zij door de bescherming van de nationale industriële eigendom worden bepaald. — *Artikel 222* laat de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet. Dit moet (in afwijking van bepaalde aanduidingen van de Commissie, die ten onrechte naar analogie van artikel 83 van het E.E.G.-Verdrag slechts van een vrije keus tussen privaaten publiekrechtelijke *ondernemingsvormen* spreekt) in die zin worden verstaan, dat alle wezenlijke bestanddelen van de nationale regeling van het eigendomsrecht onaangetast behoren te blijven en derhalve ook het bestaan van de met eigendom gelijk te stellen rechten op uitvindingen. Gelijk door sommigen in de loop van het geding werd opgemerkt, luiden zelfs bepaalde overwegingen van het Grundig-arrest in deze zin en met name die waarin een beroep op artikel 222 niet a priori wordt uitgesloten bij de beoordeling van vragen van industriële eigendom. Slechts indien deze opvatting wordt aanvaard, verkrijgen de sinds 1959 aanhoudende bemoeiingen om tot een Europese conventie ter aanpassing der nationale octrooiwetgevingen te geraken, zin.

Het nationale octrooirecht nu zou onmiskenbaar in zijn wezen worden aangetast, indien met een beroep op de eisen van de gemeenschappelijke markt het beginsel van de onafhankelijkheid der nationale octrooien en het algemeen erkende territorialiteitsbeginsel in een geval als het onderhavige werd verlaten en een octrooirecht als „uitgeput” werd beschouwd, of, anders gezegd, de daarmee verbonden verdedigingsrechten ook dan terzijde werden gesteld, wanneer geoctrooieerde produkten zonder toestemming van de octrooihouder in landen waar geen octrooibescherming geldt, in het verkeer worden gebracht. Van het wettelijke exploitatiemonopolie dat de uitvinder een passende vergoeding moet verzekeren, bleef dan in feite niet veel meer over, immers niet-rechthebbenden zouden vanuit een land zonder octrooi-bescherming de gemeenschappelijke markt ongehinderd kunnen verzorgen en wel — daar zij niet gelijk de octrooi- of licentiehouders de bijzondere kosten van ontwikkeling hebben te dragen — op voordeliger condities dan de uitvinder zelf. De gevolgen voor de economie en de praktijk van het octrooirecht zouden niet te overzien zijn en een zodanig uitgehold en van zijn kracht beroofd octrooirecht zou de technische vooruitgang kunnen remmen, immers het zou de ondernemingen veelal de prikkel ontnemen om de steeds stijgende kosten van research en verdere ontwikkeling te besteden, daar er geen vooruitzicht meer zou bestaan een redelijke vergoeding te verkrijgen in de vorm van een doeltreffend, voor een bepaalde tijd verleend wettelijk exploitatiemonopolie. Op zijn minst zou er mee gerekend moeten worden dat uitvindingen in het vervolg geheim gehouden zullen worden (in de hoop namelijk zich aldus van een exclusieve exploitatie te verzekeren) hetgeen andere ondernemingen niet alleen de mogelijkheid zou

ontnemen op grondslag van reeds verkregen uitvindingen verder te werken, doch eveneens om zich door licenties rechtmatig de mogelijkheid te verschaffen om aan de exploitatie deel te hebben.

Wanneer er derhalve, gezien de artikelen 36 en 222 van het Verdrag, stellig geen sprake van kan zijn, dat de octrooibescherming in een bepaald land reeds wegvalt wanneer de beschermde produkten in een land waar geen octrooi geldt zonder toestemming van de octrooihouder in het verkeer werden gebracht, dan blijft inderdaad slechts de vraag in hoeverre de *misbruikbepaling* van artikel 86 hier zou kunnen worden ingeroepen.

Uiteraard kan er niet aan worden gedacht haar a priori ten aanzien van octrooirechten uit te sluiten. Dit bleek reeds in de zaak-Grundig in verband met het aanverwante gebied van het merkenrecht, hetwelk weliswaar niet in zijn bestaan werd aangetast, doch met betrekking tot welks *uitoefening* zekere beperkingen moesten worden aanvaard (namelijk in zover misbruik kon worden aangenomen in verband met de werking van het mededingingsrecht der Gemeenschap). Ook het nationale recht kent in zoverre — bij voorbeeld wat de eisen van het mededingings- of prijzenrecht aangaat — bepaalde beperkingen van het octrooirecht (gelijk ons onder meer de Franse Regering deed zien).

Wij dienen derhalve te onderzoeken op welke elementen van artikel 86 in het bijzonder moet worden gelet en welke betekenis hun voor het onderhavige geval toekomt.

Het eerste vereiste is de aanwezigheid van een *machtspositie* op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan. Op dit punt werd door het merendeel van hen die aan het geding deelnemen terecht betoogd, dat het hier om een *economisch begrip* gaat en het derhalve niet voldoende is wanneer een *juridisch monopolie* (gelijk de octrooihouder bezit) wordt aangetoond; daarentegen zou moeten worden vastgesteld welke positie de octrooihouder op de *markt* inneemt, of het door hem vervaardigde produkt naar zijn aard geen, of althans geen wezenlijke concurrentie ondervindt en de monopolist derhalve in de gelegenheid is de prijs en condities zelf te bepalen. Er zijn inderdaad octrooien denkbaar welke commercieel niet kunnen worden geëxploiteerd; de houder oefent dan geen enkele invloed op de markt uit. Het is eveneens denkbaar dat verschillende licentiehouders voor voldoende mededinging zorgen, dat er andere werkwijzen ter vervaardiging van het geoctrooieerde produkt bestaan (hetgeen de gedaagden in casu zelfs hebben beweerde) of wel — gelijk eiseres met betrekking tot chlooramphenicol stelt — dat een groot aantal gelijksoortige produkten van andere ondernemingen de mededinging waarborgen (waarbij het van geen belang is of deze concurrentie bepaald wordt door het oordeel van de consument of dat van de artsen die het geneesmiddel voorschrijven). Met het bestaan van het octrooirecht alleen is derhalve het eerste element van artikel 86 nog niet gegeven; veeleer ware eerst nog een onderzoek van economische aard, gelijk hierboven aangeduid, noodzakelijk. Voor ons kan in het interpretatiegeding de vraag open blijven, in hoeverre de nationale rechter van bepaalde *vermoedens* voor de aanwezigheid van concurrentie

juist ten aanzien van de geoctrooieerde produkten uit mag gaan, *vermoedens gelijk die, welke bij voorbeeld eiseres gerechtvaardigd acht*¹.

In de tweede plaats dient er op te worden gelet, dat artikel 86 van het *gebruik van een positie op de markt* spreekt². Derhalve zijn — hierop wijst met name de Bondsregering — niet alle handelingen van de monopolist ongeoorloofd, doch slechts die waarbij de machtspositie wordt ingezet, of anders gezegd, de machtspositie moet op de markt als *middel* tot het bereiken van een bepaald doel worden aangewend. Inderdaad kan de vraag worden gesteld, of daarvan bij de uitoefening van een *nationaal* octrooirecht *begripmatig* wel gesproken kan worden, want om dit recht geldend te maken is alleen de objectieve rechtsbetrekking doorslaggevend, niet de positie van de octrooihouder op de markt. Wij willen evenwel deze — wellicht ietwat sofistich aandoende — probleemstelling niet verder ontwikkelen, doch thans overgaan tot de behandeling van het derde element waaruit, naar het ons voorkomt, volstrekt ondubbelzinnige conclusies kunnen worden getrokken.

Artikel 86 eist namelijk in de eerste plaats een *misbruik* van de machtspositie en in verband met het octrooirecht derhalve een misbruik bij de uitoefening daarvan. Het *normale gebruik*, hetwelk zowel aan het *wezen* als het *doel* van dit recht beantwoordt, kan nimmer op grond van artikel 86 worden verboden³. Dit geldt echter voor het onderhavige geval. Gelijk U bekend, moet met behulp van een rechterlijk verbod de invoer van geoctrooieerde produkten uit een gebied *waar geen octrooi geldt* worden verhinderd. Dit is het geldend maken van aanspraken welke uit de *aard* van het octrooirecht zelf voortvloeien en zonder welke — gelijk wij reeds zagen — het bijna geheel van zijn kracht zou worden beroofd, daar dan het exploitatiemonopolie van de octrooihouder — hetwelk hem een passende vergoeding voor de gemaakte kosten moet verzekeren — gevaar zou lopen. In zoverre kan het onderhavige geval ook niet met de zaak-Grundig worden vergeleken, nu daarin werd gezegd dat de overdracht van een *merkenrecht* (welks functie overigens aanzienlijk van die van het octrooirecht verschilt) met het doel om in strijd met een overeenkomst de alleenverkoop onder uitsluiting van parallelle importen (dat wil zeggen ter uitvoering van een afspraak waarmee de verdeling van de markt wordt beoogd) te verzekeren, een misbruik oplevert, daar zij noch door het doel, noch door de functie van het merkenrecht wordt gedekt.

Derhalve kan met betrekking tot de eerste vraag samenvattend worden gezegd, dat de toepassing van artikel 86 op de uitoefening van octrooirechten weliswaar niet geheel mag worden uitgesloten, doch dat zulks in een geval als het onderhavige de octrooihouder geenszins kan beletten zijn rechten ter verdediging tegen invoer uit gebieden, waar geen octrooi geldt, uit te oefenen.

1 — Zie onder andere Jansse t.a.p.

2 — Noot van de vertaler. De *Duitse* tekst van artikel 86 spreekt van « *misbräuchliche Ausnützung* »; dit begrip werd in de *Nederlandse* tekst met het woord « misbruik » weergegeven, welke term, waar nodig, wordt ontbonden in de woorden: *ongoorloofd gebruik*.

3 — Zie Jansse t.a.p.

De eerste vraag — dit is de mening der betrokken regeringen, van eiseres en (voor zover het niet de parallelle octrooien betreft) ook die van de Commissie — dient derhalve *ontkennend* te worden beantwoord.

2. De tweede vraag

Met de aanvullende tweede vraag verlangt de Nederlandse rechter te vernemen, of een ander antwoord moet worden gegeven wanneer vaststaat dat de octrooihouder, dan wel diens licentiehoudenr, voor de door hem in Nederland in het verkeer gebrachte voortbrengselen *hogere prijzen* verlangt dan die van de uit Italië ingevoerde produkten.

Op dit punt zou men — gelijk eiseres in het nationale geding meent — met de uitspraak kunnen volstaan dat het enkele bestaan van een prijsverschil, zonder nadere aanduiding van zijn omvang en de motieven waarop het berust, een nauwkeurige kartelrechtelijke conclusie uiteraard niet toelaat.

Zo beknopt mag het antwoord evenwel niet luiden en het volgende dient dan ook nog te worden opgemerkt.

Het is inderdaad denkbaar, dat een *extreme* prijsvorming als een indicatie beschouwd moet worden voor een machtspositie op de markt en voor misbruik daarvan in de zin van artikel 86 — het enige voorschrift van het Verdrag met betrekking tot het mededingingsrecht —, hetwelk, gelijk wij zagen, in het onderhavige geval van belang is.

Zodanige indicatie mag voor de nationale rechter uiteraard geenszins voldoende zijn, doch hij zal tot een nauwkeurig aanvullend onderzoek moeten overgaan (waarvoor in een interpretatiegeding ex artikel 177 geen plaats is) om tot een *betrouwbare* vaststelling van een machtspositie en het misbruik daarvan te geraken (bij voorbeeld — overeenkomstig de opvatting van de Franse Regering — door een vergelijking met analoge situaties op andere markten waar octrooibescherming geldt). Want — gelijk dit geding ons overtuigend heeft geleerd — kan een zekere (niet onaanzienlijke) prijsdifferentie in een geval als het onderhavige — uit de aard der zaak — onvermijdelijk optreden. Zo is het normaal dat in de prijs van een geoctrooieerd produkt (onverschillig of het rechtstreeks door de octrooihouder dan wel door een — tot vergoeding gehouden — licentiehoudenr wordt afgezet) de juist in de farmaceutische industrie zeer hoge researchkosten (ook voor een onderzoek hetwelk zonder resultaat bleef) tot uitdrukking komen, welke kosten — gezien het snelle tempo der ontwikkeling — in een relatief korte periode moeten worden afgeschreven. Gelijk wij reeds opmerkten, zou zonder deze mogelijkheid om de kosten met behulp van een octrooi-monopolie te dekken de prikkel tot het ondernemen van kostbaar ontwikkelingswerk grotendeels wegvallen. Ook de kosten van de octrooiaanvragen, die voor het invoeren van het produkt op de markt en voor het vestigen van een goodwill (bij voorbeeld bij marktprodukten) worden in de prijs teruggevonden. In een land zonder octrooibescherming is de producent, die vreemde uitvindingen zonder enige tegenprestatie aan de hand van de openbaar gemaakte inschrijvingen kan exploiteren, met deze kosten niet belast. Het is dan ook geen wonder, dat

hij zijn voortbrengselen belangrijk goedkoper kan aanbieden. Hierbij komen wellicht voorts nog — gelijk men bij de mondelinge behandeling trachtte aan te tonen — de *kwaliteitsverschillen* welke eveneens in de prijs tot uitdrukking komen.

Zou echter, gelet op de hierboven weergegeven elementen, blijken, dat er uit hoofde van een machtspositie op de markt een onredelijke, economisch niet gerechtvaardigde prijsvorming in de zin van artikel 86, sub a, ontstond, dan kon — bij een juiste interpretatie — niettemin hieraan rechtens niet het gevolg worden verbonden, dat de octrooihouder zijn *wettelijke aanspraak op verdediging* tegen invoer uit landen zonder octrooi-bescherming — waarom het de verzoekende rechter in casu in de eerste plaats gaat — wordt ontnomen.

Gelijk wij reeds zagen, zou dit gelijk staan met het vrijwel geheel uithollen en ontcrachten van het octrooirecht zelf, dat wil zeggen met het elimineren van de daaruit voortvloeiende wettelijk beschermde machtspositie. Artikel 86 voorziet dit — het veroordelen van de *machtspositie* als zodanig — geenszins, doch verbiedt slechts het *misbruik* daarvan. Zou derhalve uit de *prijsvorming* van enig misbruik blijken, dan zou deze wellicht het voorwerp van een kartelrechtelijke maatregel kunnen vormen (bij voorbeeld krachtens artikel 3 van Verordening no. 17), doch daarentegen niet de actie om invoer uit landen, waar geen octrooi-bescherming geldt, tegen te gaan.

Derhalve moet — zulks overeenkomstig het voorstel van onder andere de Commissie, de Franse Regering en de Bondsregering — ook het antwoord op de tweede vraag *in ieder geval* ontkennend luiden.

3. Samenvatting

Op grond van al deze overwegingen moeten de gestelde vragen als volgt worden beantwoord:

- noch artikel 85, noch artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag verzetten zich er tegen dat de houder van een in een Lid-Staat verleend octrooi op grond van zijn octrooirecht een gerechtelijk verbod vordert van de invoer van geoctrooierde voortbrengselen uit een andere Lid-Staat, waar de voortbrengselen en de werkwijze tot vervaardiging daarvan niet door een octrooi worden beschermd;
- dit geldt ook wanneer de octrooihouder, of zijn licentiehouders, de produkten in de staat waar de octrooi-bescherming werd verleend in het verkeer brengt tegen hogere prijzen dan die welke in dezelfde Lid-Staat worden verlangd voor produkten welke uit een Lid-Staat zonder octrooi-bescherming werden ingevoerd;
- in het prejudiciële geding valt geen uitspraak over de daaraan verbonden kosten; zij behoort veeleer tot de competentie van de nationale rechter.