

Lund University Faculty of Law

From the SelectedWorks of Hans Henrik Lidgard

1975

Patent och varumärken i EG

Hans Henrik Lidgard



SELECTEDWORKS™

Available at: http://works.bepress.com/hans_henrik_lidgard/30/



LUND UNIVERSITY

Faculty of Law

Selected Works @ Lund University, Faculty of Law
<http://works.bepress.com/LundLaw>

Citation for the published article:

Hans Henrik Lidgard
Patent och varumärken i EG
Tidskrift för Sveriges Advokatsamfund, Häfte 8, 1975.

This paper is available at:

http://works.bepress.com/hans_henrik_lidgard

Patent och varumärken i EG

Av jur kand Hans Henrik Lidgard

Förhållandet mellan immaterialrätt och konkurrensbegränsningsrätt är obestämt och svåranalyserat. I västvärldens ekonomiska system är båda dessa rättsområden av betydelse för marknadens funktion: Patent och varumärken ger uppfinnaren en monopolställning som belöning för hans insatser. Konkurrensbegränsningslagstiftningen, däremot, verkar i motsatt riktning genom att angripa och förbjuda monopolisering och kartellbildning på marknaden.

Konflikten är inte ny — däremot har det skett omvärderingar under de senaste årtiondena. Tidigare fick kravet på en fri konkurrens stå tillbaka för patent och varumärken. Idag har bilden nyanserats något och utrymmet för skyddsrättsinnehavarens friheter minskat.

Särskilt märkbara har förändringarna i EG varit. Immaterialrättsskyddet, som grundas på nationella bestämmelser har ställts mot Romfördragets krav på en obunden konkurrens och fria varurörelser.

Rättspraxis har efter hand begränsat patent- och varumärkesskyddens särställning till förmån för den enhetliga marknaden. Det börjar bli ordning på begreppen, även om det är många frågor som inte fått en slutgiltig lösning. Riktigt klara linjer lär det inte bli förrän immaterialrätten unifierats i EG, vilket dröjer. Ett förslag till patentkonvention föreligger sedan länge — men det är svårt att skapa en tillfredsställande upplösning bakom förslaget.

Det rättsläge som efter hand vuxit fram bygger på Romfördraget och dess tillämpningsbestämmelser. I första hand gäller bestämmelserna gemenskapsföretag, men de har betydelse även utanför EG. Svenska exportinriktade företag löser ofta sitt samarbete med utländska företag genom licenser eller särskilda distributionsavtal. Så snart dylika samarbetsavtal får effekter i

EGs medlemsstater är gemenskapsrätten tillämplig.

I den fortsatta genomgången av gemenskapsrätten behandlas först relevanta bestämmelser i Romfördraget och tillämpningsförfordningar. Därefter kommer i tur och ordning varumärkesrätten och patenträtten att ställas mot Romfördragets krav på en obunden konkurrens och fria varurörelser.

I. Lagstiftning

1. Romfördraget

Varurörelserna i EG skall vara fria. Det framgår redan av artikel 3, som är grundläggande. Principen konkretiseras i artiklarna 30—36, som behandlar avvecklingen av alla kvantitativa restriktioner mellan medlemsstaterna.

Artikel 36 gör emellertid undantag för restriktioner vid import och export, som är berättigade av hänsyn till bl. a. "kommersiell och industriell äganderätt".

Bestämmelserna ger onekligen intryck av, att immaterialrätten står utanför bestämmelserna om de fria varurörelserna. Den tesen framfördes också ursprungligen.¹ GD har emellertid kommit att lägga tyngdpunkten på fortsättningen i artikel 36:

"Emellertid får icke dessa förbud eller begränsningar utgöra ett medel för godtycklig diskriminering och icke heller för förtäckta restriktioner i handeln mellan medlemsstaterna."

Förutom reglerna om fria varurörelser är Romfördragets konkurrensbegränsningsbestämmelser av stor betydelse. Artikel 85 för-

1) M. Gotzen senior, La propriété industrielle et les articles 36 et 90 du traité instituant la C.E.E., Rev. trim. dr. comp. 1958:261.

bjuder konkurrensbegränsade överenskom-
melser mellan företag.³⁾

Grundtanken är, att om medlemsstaterna
lyckas avveckla hindren för samhandeln så
skall inte nya barriärer kunna inrättas ge-
nom avtal mellan företagen. Därför stadgar
art. 85:

"Sådana överenskommelser mellan företag och be-
slut av företagssammanslutningar samt sinsemellan
samstämmiga förfaranden, som är ägnade att in-
verka på handeln mellan medlemsstaterna och som
ha till syfte eller resultat att konkurrensen inom
den gemensamma marknaden förhindras, inskrän-
kes eller förvanskas, äro oförenliga med den ge-
mensamma marknaden och förbjudna . . ."

Även om gemenskapsrätten eliminerar en
del av värdet i det nationella monopolet, ers-
ätter EG-rätten inte nationell rätt. Bestäm-
melserna lever vidare parallellt med Rom-
fördraget. Det är först vid en direkt kon-
flikt som GD klart har fastställt att gemen-
skapsrätten skall ha företräde.³⁾

GD har sammanfattat läget så, att EG-rät-
ten inte avser att påverka *existensen* av den
nationella immaterialrättsliga lagstiftningen,
men väl dess *utövning*.⁴⁾ Uttalandet liknar
begreppsjurisprudens. Peter Blok⁵⁾ anför i
anslutning till GDs uttalande: ". . . sond-
ringen mellan indgreb i immaterialrättighe-
dernes inhold og indgreb i deres udøvelse er
uden systematisk vaerdi, hvis den skal bring-
es i overensstemmelse med Domstolens egen
praxis. Sondringen giver derfor ikke nogen
reel vejledning, men fører let til overflødi-
ge omskrivninger . . ."

Det är inte svårt att instämma i Bloks
konklusion. Allt faller tillbaka på den kon-
kreta tolkningen av Romfördragets bestäm-
melser. De olika artiklarna ger i sig inte
några entydiga svar, utan man hänvisas till
gemenskapens tillämpningsbestämmelser och
domstolens praxis i de konkreta fallen.

2. Tillämpningsbestämmelser

Rådet äger rätt att utfärda tillämpningsbe-
stämmelser i anslutning till Romfördragets
regler samt delegera sin befogenhet till kom-
missionen. De sålunda utfärdade tillämp-
ningsbestämmelserna har, liksom själva för-
draget, karaktär av lag för enskilda och
medlemsstater i den mån reglerna inte ford-
rar ytterligare preciseringar. Liksom Rom-

fördraget har dessa bestämmelser företräde
vid konflikt med den nationella rätten.

I överensstämmelse med fördragets arti-
kel 87 har tillämpningsbestämmelser utfär-
dats i anslutning till artikel 85. Endast i be-
gränsad utsträckning har immaterialrätten
särbehandlats i detta sammanhang.

a. Rådets förordning nr 17/62.⁶⁾

I förordningens fjärde artikel behandlas
skyldigheten att anmäla avtal, som strider
mot artikel 85:1 och för vilka undantag
önskas jämlikt artikel 85:3.

Enligt art. 4:2 gäller ingen anmälnings-
skyldighet för avtal mellan två företag om
det endast innefattar:

"b) ett äläggande för förvärvaren eller brukaren
av rättigheter som åtnjuter industriellt rätts-
skydd — särskilt patent, konstruktioner, möns-
ter och modeller eller varumärken — eller
för den berättigade parten i ett avtal, vilka
innefatta överlåtelse eller upplåtelse av tillverk-
ningsprocesser eller kännedom om användning
och tillämpning av industriella tekniska meto-
der, då detta innebär inskränkningar i utövan-
det av nämnda rättigheter."

Bestämmelsen *tillåter inte* konkurrensbe-
gränsade avtal, utan undandrar endast av-
talen från krav på anmälningsplikt. Ett av-
tal, även om det inte är anmälningspliktigt,
är förbjudet och ogiltigt då det strider med
artikel 85:1 utan att det krävs en särskild
förklaring.

Bakgrunden till denna bestämmelse är för-
modligen att gemenskapens inställning till
överlåtelser och avtal av bl.a. patent och
varumärken var mindre sträng 1962 än den
är idag. Som kommer att framgå av det

2) För en utförlig analys av Romfördragets artikel
85 se Hans Stenbergs doktorsavhandling: *STUDIER
I EG-RÄTT, Om konkurrensbegränsade avtal och
deras ogiltighet*, Stockholm 1974.

3) Se GDs utslag den 15.7.1964, mål 6/64 Costa
Enel, Domssaml. 1964 (X) s. 1251 ff.

4) GDs utslag den 8.6.1971, mål 78/70, Deutsche
Grammophon Gesellschaft GmbH . . . , Domssaml.
1971 (XVII), s. 487 domsmotiv II.

5) Peter Blok, "Patentrettens konsumtionsprincip",
Patentmonopol og fri konkurrence i national ret og
faellesmarkedet. Köpenhamn 1974. Här sid. 250.

Jfr även O. Lando, Börsens "GF-Håndbogen
1975, s. 303.33.

6) Rådets förordning nr 17 den 6.2.1962. J.O. 21.2.
1962.

följande har attityderna förändrats. Det
finns därför delvis anledning att bortse från
bestämmelserna i artikel 4:2b och anmäla
licensavtal, som kan förmodas strida med
artikel 85:1, för erhållande av undantag.⁷⁾

b. Kommissionens tillkännagivande angående patentlicensavtal.⁸⁾

Tilkännagivandet är en uppföljning av de
antydningar, som kommissionen framställt i
sin "Guide pratique"⁹⁾ samma år. Inställ-
ningen till patentlicensavtal grundas på den
teori, som går under namnet "the scope of
the patent". Den medför att det inte får
förekomma några restriktioner i ett patent-
licensavtal, om de inte faller inom ramen
för det speciella skyddet. Tilkännagivandet
har inte karaktär av bindande rättsregler
för myndigheter och domstolar. Kommis-
sionen själv anses däremot bunden vid sin
bedömning till dess att man anmält för-
ändring av politiken. Fortlöpande praxis
under senare år har tolkats som ett tecken
på, att kommissionen successivt försöker
komma ifrån detta tillkännagivande.¹⁰⁾

Inställningen till olika former av licens-
avtalsbestämmelser behandlas längre fram.
Här skall endast konstateras att meddelan-
det, som tidigare kunde användas som ett
direkt stöd för den praktiskt verksamme, nu-
mera skall åberopas med försiktighet.

c. Rådets förordning nr 19/65.¹¹⁾

Genom denna förordning delegerade rådet
till kommissionen kompetens att utfärda
gruppundantagsförordningar för exklusiv-
avtal och industriella skyddsätter.

d. Kommissionens förordning nr 67/67.¹²⁾

Förordningen rör gruppundantag för ensam-
försäljningsavtal. Däremot har kommissio-
nen ännu inte, efter snart 10 år, utnyttjat
fullmakten för de industriella skyddsätterna.
Ett förslag ligger visserligen klart se-
dan ett par år tillbaka på kommissionen.
Det har i olika sammanhang presenterats
offentligt "off the record", men det förefal-
ler tämligen klart, att det inte kommer att
utfärdas i den utarbetade formen. En ex-
pertgrupp har arbetat med att precisera be-

dömningen av patentlicensavtal. Förslaget
bearbetas inom kommissionen. Alla tecken
tyder dock på, att kommissionen vill av-
vakta ytterligare utveckling i praxis innan
bindande ställningstaganden offentliggöres.¹³⁾

II. Praxis

För att lösa konflikten mellan immaterial-
rätten och gemenskapens regler kan, som
framgått, föga vägledning nås i den skrivna
EG-rätten. Helt avgörande för utvecklingen
har i stället GD:s ställningstagande varit.¹⁴⁾

7) Icke anmälningspliktiga avtal riskerar inte böter,
men en framtida ogiltighet kan få besvärande kon-
sekvenser i förhållande till licensavgifter och royal-
ties.

8) Kommissionens tillkännagivande angående pa-
tentlicensavtal, J.O. 24.12.1962.

9) Guide Pratique, concernant les articles 85 et
86 du Traité instituant la C.E.E. et leurs regle-
ment d'application, Bryssel 1962.

10) Annorlunda Blok (not. 5), här s. 335.

11) Rådets förordning nr 19 den 2.3.1965. J.O.
6.3.1965.

12) Kommissionens förordning nr 67 den 22.3.1967.
J.O. 25.3.1967.

13) Se Bull. tl 12/1974 s. 32 och kommissionens
4:M konkurrensrapport, april 1975 s. 20H. Förord-
ning 67/67 är dock inte helt ointressant ur im-
materialrättslig synvinkel. F. meddelar gruppundan-
tag jml. art. 85:3 för avtal, som faller under 85:1
och gäller exklusiv distribution m.m. Enligt tredje
paragrafen är F. inte tillämplig när kontrahenter-
na begränsar möjligheterna för mellanhänder och
konsumenter att skaffa produkter hos andra åter-
försäljare, speciellt om parterna:

"1. begagna sig av dem tillkommande industriell
äganderätt för att antingen hindra återförsäljare
och konsumenter från att i andra delar av den
gemensamma marknaden förse sig med sådana i
avtalet åsyftade produkter som i vederbörlig ord-
ning blivit märkta och förts ut i handeln eller för
att förhindra att dessa återförsäljare och konsu-
menter avyttra sådana produkter inom det område
vilket avtalet gäller."

Motiveringen till denna passus är, att kommis-
sionen vill medverka till att konsumenterna, genom
möjligheter till parallellimport, kan förskaffa sig
rätvis andel av fördelarna med en exklusiv distri-
bution. Gemenskapen kan således inte tillåta att
patent eller andra skydd missbrukas i syfte att ska-
pa ett oinskränkt territoriellt skydd. Enligt för-
ordningens preambel avser dessa synpunkter inte
att på förhand avgöra, hur förhållandet mellan
konkurrensrätten och immaterialrätten bör gestal-
tas . . .

14) Att rättsregler skapas genom domstolspraxis
och inte lagstiftningsarbete kan kritiserar, särskilt
när det gäller frågeställningar där ett samarbete
håller på att utvecklas den 'demokratiska vägen',
vilket är fallet just för patentfrågor.

Domstolen har genom en stegvis och ytterst "dynamisk" tolkning preciserat Romfördraget i förhållande till de nationella patent- och varumärkesskydden. I sina utslag har domstolen antytt, att det råder en skillnad i inställningen till olika immaterialrätter. Därför kommer patent och varumärken i det följande att behandlas var för sig. Efter domstolens ställningstagande i Stirling Drug-målet¹⁵⁾ är det dock tveksamt om denna uppdelning är riktig när det gäller förhållandet till de fria varurörelserna.

1. Varumärken

Huruvida en skydds rätt skall anses konsumerad när en varumärkesskyddad produkt "satts i marknaden" är inte en för EG-rätten ny frågeställning. På det nationella planet har samma diskussion förts sedan länge och i flertalet länder upprätthålls "konsumtionsteorin".¹⁶⁾ Denna teori omöjliggör för en varumärkesinnehavare att åberopa sin rätt gentemot varor, som han själv fört ut på marknaden, oberoende av om det skett på hemmamarknaden eller i ett främmande land. Även svensk praxis har anslutit sig till denna uppfattning.¹⁷⁾

GD har dock inte anammat denna inställning. Domstolen konstaterar, att så länge de nationella reglerna rörande skydd för immaterialrätten inte varit föremål för unifiering inom EG, kommer skyddets nationella karaktär att skapa hinder för en fri varucirkulation av de skyddade produkterna.¹⁸⁾

A. Konkurrensbegränsningsreglerna

Det har antytts, att inskränkningar i de nationella skyddsbestämmelserna diskuterats med utgångspunkt från Romfördragets krav på fria varurörelser och samtidigt kravet på en oförfalskad konkurrens.

I de inledande målen stod konkurrensbegränsningsreglernas inflytande i förgrunden. Tolkningsresultatet blev emellertid besvärande "krystat" och föremål för häftig kritik. Under senare år och mycket tydligt under 1974, har domstolen svängt om och satt kravet på fria varurörelser i centrum.

Grundig-målet¹⁹⁾

I detta inledande immaterialrättsliga fall avfärdar domstolen tanken på att immaterialrättsliga avtal helt skulle lämnas oberrörda av Romfördragets bestämmelser. Gemenskapen kan inte acceptera ett missbrukligt utnyttjande — l'emploi abusif — av varumärkesrätten för att sätta EGs konkurrensbegränsningsregler ur spel. Detta utslag har föranlett diverse teoribildning i doktrinen. Domstolen själv har däremot inte i senare utslag återkommit till denna "missbruksteori".

Sirena-målet²⁰⁾

I Sirenafallet tog domstolen ytterligare ett steg: Artikel 85 befanns tillämplig, enligt den elfte domsmotiveringen, när import av produkter med samma varumärke hindrades av rättsinnehavaren med stöd av den nationella rätten. I förutsättningarna ingick, att det rörde sig om produkter från andra medlemsstater och att rättsinnehavaren innehade respektive varumärke eller skydds rätt med stöd av inbördes avtal eller avtal med tredje man.

Efter dessa båda mål var det således inte längre möjligt att åberopa det nationella varumärkesskyddet när rätten grundades på inbördes avtal — överlåtelse, licens etc. — och inte heller när två företag, vart och ett för ett utpekade område, övertagit rätten från tredje man.

15) Utslag den 31.10.1974, mål 16/74, Centrafarm BV — Vintrop, Domssaml. 1974, s. 1183H.

16) Jfr. Blok (not. 5) s. 186 ff.

17) Se departementschefens uttalande i prop. 1960:167, s. 71. Jfr. även NJA 1967 s. 458, Polycolor. Svensk inställning behandlas utförligt av Ulf Bernitz, Svensk och Internationell marknadsrätt, 2 uppl., s. 198 ff.

18) Utslag den 29.2.1968, mål 24/67. Parke Davis, domssaml. 1968 (XIV), s. 82. Även utslag den 18.2.1971, mål 40/70 Sirena, domssaml. 1971 (XVII), s. 69.

19) Utslag den 13.7.1966, mål 56 o 58/64 Grundig-Consten, domssaml. 1966 (XII), s. 231 ff (särskilt s. 500). Kommissionen är inne på samma linje i det efterföljande beslutet Transocean Marine Paint Ass. av den 27.6.1967, J.O. 20.7.1967. Utslaget ingående analyserat av Hans Stenberg i NIR 1967 s. 347 och Studier i EG-rätt s. 289 ff.

20) Utslag den 18.2.1971, mål 40/70 Sirena, domssaml. 1971 (XVII), s. 69.

En tolkningsförändring skedde mellan de två utslagen i domstolens inställning till art. 36 — undantaget i kapitlet om de fria varurörelserna.

I Grundigmålet (s. 500) tolkas artikel 36 som ett verkligt undantag, men det gäller endast kapitlet om de fria varurörelserna och kan inte överföras till konkurrensbegränsningskapitlet. I Sirenafallet har domstolen vänt på steken. Principen i artikel 36 är allmängiltig och rör även konkurrensbegränsningsreglerna. Däremot skall undantaget i artikel 36:1 tolkas mycket restriktivt och hänsyn skall tas till 36:2, som innebär, att restriktionerna inte får utgöra ett medel för godtycklig diskriminering och icke heller för förtäckta restriktioner i handeln mellan medlemsstaterna.

Inställningen i Sirenafallet ger en första antydning om den vikt, som domstolen i framtiden kommer att ge art. 36. Denna förändring har dock i allmänhet inte uppmärksamats i äldre doktrin.

Deutsche Grammophonmålet.²¹⁾

I Deutsche Grammophonmålet preciserade domstolen sin inställning till förhållandet mellan Romfördraget och en nationell skydds rätt av upphovsrättslig karaktär.²²⁾ Utöandet av skydds rätt faller under förbudet i artikel 85:1 var gång som det är ändamålet för, medlet eller konsekvensen av ett avtal, som förbjuder import från andra medlemsstater av produkter, som lovligen marknadsförts där. Effekten blir att avtalet "stänger" marknaden.²³⁾

Förutsättningarna för att Romfördragets konkurrensbegränsningsregler skall tillämpas när varumärkesskydd åberopas är, att ett bakomliggande avtal föreligger och att detta avtal fyller kriterierna för skadlighet i artikel 85.

I Kafé Hag och Stirling Drug-målen behandlades också konkurrensbegränsningsreglernas förhållande till immaterialrätten. Dessa mål behandlas utförligt nedan.

B. Fria varurörelser

Det återstår att besvara frågan med stöd av vilka regler gemenskapsmyndigheterna kan ingripa, när varurörelserna hämmas, utan

att det föreligger ett konkurrensbegränsande avtal. I en sådan situation kan inte artikel 85:1 användas.

Inom möjligheternas gräns ligger tillämpning av artikel 86 — missbruk av marknadsdominerande ställning. Bestämmelserna i artikel 30 om fria varurörelser erbjuder ett alternativ.²⁴⁾

GD har i flera avgöranden klargjort, att en innehavare av en immaterialrättighet inte enbart av denna anledning innehar en marknadsdominerande ställning. För att artikel 86 skall kunna tillämpas krävs, att samtliga kriterier för marknadsdominerande ställning och missbruk av densamma är uppfyllda.²⁵⁾

I Deutsche Grammophon-målet valde domstolen i stället den andra vägen för att begränsa skydds rättens marknadsuppdelande verkan. De fria varurörelserna förs in i bilden efter att tillämpningen av konkurrensbegränsningsreglerna avvisats.²⁶⁾ Doms motiv 13 klargör, att förbud, som åberopas av en skydds rättssinnehavare för att förhindra att varor importeras och försäls på dennes territorium, strider mot bestämmelserna om fria varurörelser (art. 30 och följande) om varor satts i omlopp i den andra medlemsstaten av rättsinnehavaren själv eller med hans samtycke.

Genom denna domsmotivering stadfästs konsumtionsteorin för hela gemenskapen och nu inte med stöd av sökta tolkningar av konkurrensbegränsningsreglerna, utan grundat på bestämmelser om fria varurörelser. Domstolen utnyttjar den restriktiva tolk-

21) Utslag den 8.6.1971, mål 76/70 Deutsche Grammophon, Domssaml. 1971 (XVII) s. 487.

22) Det är en spridd uppfattning att DG-målet, trots sin anknytning till upphovsrätten, har en generell räckvidd. Se bl.a. First report on competition policy, Kommissionen, April 1972, s. 69.

23) Fri återgivning av den 6 domsmotiveringen.

24) Teoretiskt kunde även artikel 90 anges i detta sammanhang. I praktiken har denna artikel inte spelat någon roll i samband med de immaterialrättsliga frågeställningarna.

25) DG-målet (not. 21), domsmotiv 16. Sirenamålet (not 20), domsmotiv 15.

26) De fria varurörelserna bör prioriteras och konkurrensbegränsningsreglerna är blott en subsidiär fråga. Se Johannes, La propriété industrielle et le droit d'auteur . . . , Rev. trim. droit. Burp., 1973 s. 385.

ningen av artikel 36 som skett efter Sirena-fallet.

Det är mot denna bakgrund som det under 1974 avdömda Kafé Hagmålet, liksom kommissionens beslut i Swarte Kip-affären²⁷⁾ skall ses. Kafé Hagmålet rymmer flertalet av de frågeställningar, som behandlats i tidigare utslag. Jag skall därför försöka behandla detta mål något grundligare.

Kafé Hag — fakta²⁸⁾

Ett tyskt företag — HAG AG — innehade i början av seklet patent för ett "kaffe utan koffein". Företaget deponerade det inarbetade varumärket 'Kafé Hag' i ett flertal europeiska länder och i överensstämmelse med internationella konventioner.

HAG AG sålde ursprungligen sina varor i Belgien — Luxemburg (Be-Lux) genom en generalagent, men inrättade efter 1927 en till 100 % kontrollerad filial under namnet "Kafé Hag S.A."

1934 överläts varumärket för Be-Lux till filialen och företagen genomförde en marknadsuppdelning.

Efter kriget konfiskerade den belgiska staten HAG AGs tillgångar i Belgien, vilka sedermera överläts till en belgisk familj. Denna familj överlätt i sin tur varumärkesrätten till firman Van Zuylen 1971.

Detta är den kedja av transaktioner, som det ursprungligen tyska varumärket och dotterbolaget genomgått. Kedjan bygger till stor del på avtal, men konfiskation kommer in i bilden som ett viktigt moment.

Det tyska bolaget — HAG AG — har efter kriget gjort försök att åter komma in och konkurrera på Be-Luxmarknaden med det ej längre patentskyddade kaffet. Försöken gjordes under varumärket "Decofa" men misslyckades. Slutligen skedde direktförsäljning från Tyskland under den ursprungliga beteckningen "Kafé Hag".

Van Zuylen förde intrångstalan vid en nationell Luxemburgdomstol — le Tribunal d'Arrondissement de Luxembourg. Denna domstol hänsköt målet för tolkningsförklaring jml. Romfördragets art. 177 till GD. Begäran om tolkningsförklaring rörde Romfördragets artiklar 5, 30, 36 och 85 och deras förhållande till den nationella varumärkesrätten.

Huvudfrågan gällde huruvida EGs konkurrensbegränsningsregler eller de som rör fria varurörelser förbjuder varumärkesinnehavaren i en medlemsstat att invända mot import av varor, som helt lagligt har samma varumärke i en annan medlemsstat, när de två märkena ursprungligen tillhört samma rättsinnehavare.

Den nationella domstolens begäran om tolkning spänner alltså över hela det register som tidigare behandlats i GD. I första hand var det intressant att se om GD skulle vidhålla sin tidigare tolkning av Romfördragets förhållande till den nationella varumärkesrätten. I andra hand gav frågeställningen möjligheter för GD att gå vidare och ytterligare stärka Romfördragets ställning.

a. Angående tillämpligheten av artikel 85:

HAG AG hade ursprungligen överlätit sin rätt till en filial och därefter hade självständighet uppnåtts för filialen genom ett myndighetsbeslut (konfiskationen).

Idag existerar det inte några juridiska, tekniska eller ekonomiska förbindelser mellan företagen. Under sådana omständigheter är det inte aktuellt att tillämpa art. 85 (Domsmotiv 3—5).

Domstolen avvisar således tillämpligheten av artikel 85 eftersom bakomliggande avtal saknas. Transaktionen mellan moder- och dotterbolag betraktas inte som en överenskommelse mellan företag, utan som en aktion inom en ekonomisk enhet, som inte berör art. 85.²⁹⁾

b. Angående tillämpligheten av art. 30:

Genom att ha avvisat tillämpligheten av art. 85, fullt i överensstämmelse med principerna från Sirena-fallet, återstod frågan om GD skulle bekräfta sin inställning från Deutsche

27) Advocaat Zwarte Kip, beslut den 24.7.1974. J.O. 29.8.1974.

28) Utslag den 3.7.1974, mål 192/73 Kafé Hag, Domssaml. 1974 s. 731 H.

29) Se utslag den 25.11.1971, mål 22/71 Beguelin, Domssaml. 1971 (XVII) s. 959. Se även utslag den 13.7.1972, mål 48/69 Colorantes, Domssaml. 1972 (XVIII), s. 619.

Grammophonfallet rörande företrädet för de fria varurörelserna.³⁰⁾

Än en gång tolkar domstolen undantaget i artikel 36 restriktivt. Det är inte möjligt att utnyttja varumärkesrätten för att hindra import av varor från andra medlemsstater, varor som lagligen producerats där och har ett identiskt varumärke om märkena har ett gemensamt ursprung. Motsatsen skulle medverka till att "stänga" marknaden (Domsmotiv 11). Ett förbud, som innebär isole-ring av marknaderna strider mot en grundläggande målsättning i fördraget: strävan efter att av de skilda marknaderna skapa en enhetlig.

Domstolen inte bara fastställer tidigare utslag i detta mål, utan tar ytterligare ett steg: Har rätten *samma ursprung* kan rättsinnehavaren inte motsätta sig import.

Varumärkesrätten medger däremot enligt GD, att en rättsinnehavare motsätter sig marknadsföring av varor om producenten eller försäljaren inte kan härleda sin rätt till ett nationellt skydd i någon av medlemsstaterna. Det gemensamma ursprungskravet innebär, att om två varumärken helt slumpmässigt existerar vid sidan av varandra, så kan skyddet återopas.

Domstolens utslag i Kafé Hagmålet tyder på att man anslutit sig till en "avancerad konsumtionsteori". Endast generaladvokaten i målet går ett steg längre genom att inte ta upp det gemensamma ursprungskravet.

Det skall understrykas, att domstolen inte fäster en avgörande betydelse vid vilken förbindelse som i nuläget existerar mellan de olika företagen. När det historiska ursprungskravet är uppfyllt skall varan fritt kunna cirkulera.³¹⁾ Detta förhållande säger inget om det kommersiella ursprunget. Varor med samma varumärke kan vara helt olika till sin karaktär.

Domstolens inställning ställer krav på åtgärder för att skydda konsumenterna. Problemen kan lösas med hjälp av kompletterande, olikartade figurmärken eller någon form av tilläggsmärkning, som anger produktionsorten. Hur detta problem skall lösas i praktiken är dock inte klart.³²⁾

2. Patent

I det föregående har varumärkets ställning i

förhållande till Romfördragets konkurrensregler och bestämmelser om fria varurörelser behandlats. Varumärkesrätten är besläktad med patenträtten och de principer, som framkommit i de tidigare avsnitten torde delvis äga relevans även för patentets räkning. Kommissionen har för sin del hävdats, att analogislut kan göras mellan GDs beslut i olika immaterialärenden.³³⁾ Vissa uttalanden i GDs motiveringar tyder dock på, att en viss försiktighet skall iaktas.³⁴⁾

I det följande kommer patentskyddets ställning gentemot Romfördragets bestämmelser att behandlas med utgångspunkt först från fördragets krav på fria varurörelser och därefter i förhållande till konkurrensbegränsningsreglerna. Den vanligaste formen för avtal i anslutning till patentskydd är licensiering av rättigheten, som i allmänhet följer ett visst mönster. De vanligaste klausulerna i licensavtal kommer avslutningsvis att bli föremål för en granskning.

A. Patent och fria varurörelser

Patentskyddet avser, för att i fri översättning anknyta till GDs utslag i Stirling-Drugmålet³⁵⁾ att tillförsäkra skydds-rättsinnehavaren eller hans licenstagare en ensamrätt till produktion och första försäljning. Skyddet har tillkommit för att uppmuntra produktionsutveckling och det medger att skydds-rättsinnehavaren beivrar varje intrång i hans rätt.

Ett resultat av gemenskapspraxis på varumärkesområdet är, att skyddet anses konsumerat när varan första gången marknadsförts i någon medlemsstat av rättsinnehavaren eller med hans samtycke. Denna s.k.

30) Det torde vara historiska skäl, som gör att GD inleder med konkurrensbegränsningsreglerna och immaterialrätten även i detta mål. Se anmärkningarna i not. 26.

31) Före Kafé Hagavgörandet hävdade Blok att tyngdpunkten låg åt det aktuella förhållandet mellan företagen. (Not 5) här s. 290.

32) Jfr. 4:de konkurrensrapporten, april 1975, s. 39 och Zwarte Kip-beslutet. Se not 27.

33) Se not. 22. Jfr. även Kommissionens 4:de konkurrensrapport s. 40.

34) Sirena, not. 20, domsmotiv 7, Kafé Hag, not. 28, domsmotiv 11.

35) GDs utslag den 31.10.1974, mål 15/74 Centrafarm-Stirling Drug, Domssaml. 1974 s. 1147 ff.

"konsumtionsprincip" gäller inte för patent, utan här följs den s.k. "territorialitetsprincipen". Skyddet i ett land blir m.a.o. inte konsumerat när varan salutförts i ett annat land. Även i Sverige har vi anslutit oss till denna uppfattning.

Effekten av territorialitetsprincipen är marknadsuppdelande. En skyddsriättsinnehavare kan således med stöd av sitt patentskydd indela marknaden i mindre enheter och behöver aldrig befara konkurrens från produkter, som kommer från främmande land. Denna tanke kommer i direkt konflikt med gemenskapsrättens grundläggande krav på fria varurörelser. Från rättspraxis kan följande mål med anknytning till problemet redovisas:

Parke Davis-målet³⁶⁾

Patentskyddets ställning behandlas för första gången vid GDs utslag i Parke Davis-målet. Detta mål är fingerat av parterna³⁷⁾, som önskade ett prejudikat på att marknadsuppdelning kunde genomföras med stöd av den legala ensamrätten. Under de speciella omständigheterna i ärendet godtog domstolen ett områdesskydd.

I Italien kan patentskydd inte erhållas för farmaceutiska produkter. Parke Davis hade däremot erhållit ett metodpatent i Holland och önskade med stöd av detta skydd förhindra import av italienska "piratprodukter".

GDs svar går inte utöver den prejudiciella frågan. Domstolen konstaterar att artikel 85 och 86 i detta fall inte inverkar på det nationella skyddet. Här saknas såväl ett bakomliggande avtal som ett missbruk av en marknadsdominerande ställning.

Parke Davis-målet visar, att parallellimport från ett land där skydd saknas — därför att registrering inte beviljats och förmodligen även i fall där skydd inte sökts — kan förhindras av skyddsriättsinnehavaren i ett annat medlemsland.

Stirling Drug-målet³⁸⁾

Det dröjde fram till slutet av 1974 innan GD fick anledning att klart precisera patentets ställning i gemenskapsrätten. Det rörde även

den här gången läkemedel och likaså ett amerikanskt företag: Stirling Drug.

Sakens fakta:

Det amerikanska företaget Stirling Drug innehar metodpatent över hela världen för ett läkemedel. I EG tillverkas den aktuella produkten av filialer till företaget i Storbritannien och Tyskland. För Holland finns en särskild försäljningsorganisation, men ingen produktion. Prissättningen i de olika länderna varierar kraftigt med det holländska priset i topp.

Ett mindre holländskt företag — Centrafarm — inleder parallellimport av läkemedlet från Tyskland och Storbritannien. Mot denna import väcks intrångstalan dels i förhållande till existerande patentskydd dels vad avser varumärken.

Hoge Raad i Holland, till vilken domstol intrångstalan förts i sista instans, begärde i början av 1974 tolkningsbesked av GD på följande punkter:

Kan importförbudet upprätthållas om produkterna fullt lagligt omsatts i England och Tyskland och först därefter utförts? Spelar det någon roll om de parter, som försöker åstadkomma en marknadsuppdelning är ekonomiskt lierade? Är det i strid med fördragets konkurrensbegränsningsregler att bevilja ett företag med vilket man är ekonomiskt lierad tillverknings- och/eller försäljningslicenser om målsättningen är att åstadkomma en marknadsuppdelning?

För det parallella varumärkesmålet ställde Hoge Raad likalydande frågor. Härigenom erbjuds en intressant möjlighet att se på vilka punkter GD gör skillnad mellan patentets och varumärkets ställning i förhållande till gemenskapsrätten.

Domstolens svar:

Domstolen klargjorde i sitt svar, att det är oförenligt med Romfördraget (art. 36) när en skyddsriättsinnehavare med stöd av nationell lagstiftning kan förhindra vidareförsäljning av varor som han själv salufört eller

36) GDs utslag den 29.2.1968, mål 24/67, Parke Davis, Domssaml. 1968 (XIV) s. 82.

37) Jfr. Johannes, La propriété industrielle . . . , Rev. trim. de droit Européen, no 4/73, s. 569.

38) GDs utslag i mål 15/74, Stirling Drug, se not. 35.

som utbudits med hans samtycke i annat medlemsland.³⁹⁾

Detta får till följd, att så snart en försäljningslicens meddelas i en medlemsstat så kan skyddsriättsinnehavaren inte förhindra att den skyddade produkten säljs inom hela gemenskapen. Det spelar i detta sammanhang ingen roll om licensgivare och licenstagare tillhör en ekonomisk enhet eller inte.

Inte heller kan enligt GD patentinnehavaren stödja sin marknadsuppdelning på att prisskillnaderna berodde på olikartade statliga stödåtgärder eller att en fri omsättning skulle omöjliggöra en produktkontroll. Dessa invändningar, som i och för sig äger ett berättigande, fick enligt GDs uppfattning lösas på annat sätt än genom marknadsuppdelning med stöd av ett nationellt patentskydd.

När det gäller artikel 85 och konkurrensbegränsningsreglerna svarade domstolen kort och gott, att avtal mellan företag inom samma ekonomiska enhet inte påverkades av artikel 85. Däremot utslöt domstolen inte användningen av denna bestämmelse i andra patentlicenssammanhang.⁴⁰⁾

Efter detta utslag har många frågetecken för patentskyddets del rätats ut. Jämför man med den parallella varumärkesdomen⁴¹⁾ kan det konstateras, att domstolens svar på väsentliga punkter är ordagrant detsamma i de två målen. En markerad skillnad ligger i att patentskyddet kan åberopas gentemot varor, som kommer från länder där skydd ej erhållits. Denna avvikelse är väl närmast att se som en tribut åt Parke Davis-målet.

Sammanfattningsvis:

GD jämställer patent och varumärken i förhållande till Romfördragets krav på fria varurörelser. Gemenskapen ses som en enhet och inte ett samordningsorgan för nio delstater.⁴²⁾ På samma sätt som patentskyddet anses konsumerat när en vara försålts första gången på det nationella planet, skall skyddet efter Stirling Drug-utslaget anses konsumerat för hela gemenskapen. De nationella barriärerna skall hädanefter vika för kravet på fria varurörelser.

Med utslaget i Stirling Drug föregriper GD i vissa delar det aktuella förslaget till inre patentkonvention, som är under utarbetande. Det är svårt att tro, att samtliga medlemsstater är helt nöjda med denna form

av rättsutveckling — en traditionell lagstiftningsprocedur hade förmodligen föredragits i mer än en medlemsstat.

B. Patent och konkurrensbegränsningsregler

Som tidigare antytts är det främst i anslutning till patent-licensavtal som en konflikt mellan det nationella patentskyddet och Romfördragets konkurrensbegränsningsregler kan aktualiseras.

Redan före gemenskapsrättens tillkomst har man i de enskilda länderna diskuterat förhållandet mellan immaterialrättslagstiftningen och konkurrensbegränsningsreglerna. Efter hand har patentskyddets räckvidd begränsats genom att vissa avtalsklausuler inte ansetts innefattade i själva skyddet.

Även i Sverige har successiva förändringar skett. I det välkända Däckdubbsmålet⁴³⁾ antyds t. o. m. att Marknadsdomstolen undantagsvis kan ingripa mot klausuler, som faller inom ramen för själva skyddet för att garantera en obunden konkurrens. Detta synsätt har också kommit till uttryck i departementschefens yttrande i anslutning till mönsterskyddslagen.⁴⁴⁾

39) Stirling Drug, domsmotiv 15: "qu'il y a donc lieu de répondre à la question posée en se cens que l'exercice, par le titulaire d'un brevet, du droit que lui confère la législation d'un Etat membre d'interdire la commercialisation, dans cet Etat, d'un produit protégé par le brevet et mis dans le commerce dans un autre Etat membre par ce titulaire ou avec sons consentement serait incompatible avec les règles du traité CEE relatives à la libre circulation des marchandises à l'intérieur du marché commun."

40) Domsmotiv 39.

41) GDs utslag mål 16/74, Centrafarm-Winthrop B.V., se not. 15.

42) Jfr. E. Zimmermann, Recent developments in Industrial Property Rights and the EEC-Treaty, Presentation to the London/Leiden meeting, 5.7. 1975, stencil s. 9.

43) Däckdubbsmålet, Marknadsrådet 1972 nr 15, även i NIR 1972 s. 443. Se även kommentar av Ulf Bernitz, NIR 1973:1 s. 1, densamme Svensk och Internationell marknadsrätt, 2 uppl. s. 198.

44) Prop. 1969:168, s. 52, "Ett ingripande mot skadlig verkan av ensamrätt till mönster bör kunna ske inte bara om en mönsterhavare går utom ramen för sina rättigheter enligt mönsterskyddslagen . . . utan undantagsvis även om hans åtgärder framstår som oantastliga från rent mönsterrättslig synpunkt men måste anses ha skadlig verkan från konkurrensbegränsningssynpunkt. Åtgärder av sådant slag bör alltså kunna förhandla förhandling enligt konkurrensbegränsningslagstiftningen."

I EG har vid flera tillfällen klargjorts, att patentlicensavtal inte i sig faller under Romfördragets konkurrensbegränsningsförbud, "but that question of applicability of Article 85 (1) arise if a grant is accompanied by terms which go beyond the need to ensure the existence of an industrial property right, or where the exercise of such right is found to be the object, means or consequence of a restrictive agreement."⁴⁵⁾

Kommissionen anser således inte bara de bestämmelser, som faller utanför själva patentskyddet otillåtna. Artikel 85 är även tillämplig när ett i och för sig oklanderligt licensavtal leder till en konkurrensbegränsning. I enskilda beslut och 1962 års tillkännagivande har kommissionen preciserat sin inställning till olika typer av patentlicensavtal. Den fjärde konkurrensrapporten innehåller preciseringar, som genom att vara kategoriska borde kunna jämföras med ett tillkännagivande och således vara bindande för kommissionen.

De viktigaste besluten i enskilda fall är de två Burroughsbesluten⁴⁶⁾ och det kända Davidson Rubber-ärendet.⁴⁷⁾ Särskilt det senare illustrerar försöken att reducera patentlicensavtalens konkurrensbegränsande verkan:

Davidson Rubber Co, ett amerikanskt företag, innehade två patent rörande armstöd och stolar till bilar. Företaget byggde upp ett nät av exklusiva licenser för produktion och försäljning av de patenterade produkterna i Europa. Varje licenstagare hade rätt att försälja produkterna i andra medlemsländer — även där andra licenstagare hade produktionsensamrätt. Know-how klausuler fanns inbyggda i licensavtalen.

Kommissionen ansåg i sitt beslut, att produktionsexklusiviteten föll under förbudet i artikel 85:1, vilket var en skärpning av ställningstagandet i förhållande till Burroughs-ärendena. Skälet till att förhållandena ansågs falla under förbudet i Davidson-affären var den begränsade konkurrens, som rådde på den relevanta marknaden och att Davidsons licenstagare tillsammans hade en stor marknadsandel. Davidson uteslöt genom den exklusiva licensen möjligheten att bevilja andra tänkbara licenstagare parallella licenser i den aktuella medlemsstaten.

Eftersom produktionsexklusiviteten inte

åtföljdes av ensamrätt på försäljningssidan och med tanke på att Davidson utan exklusivitet knappast skulle kunna finna licenstagare som var beredda till dyrbara investeringar, kunde kommissionen bevilja undantag jämlikt 85:3.

C. Konkurrensbegränsande patentlicens-klausuler

Kommissionens inställning till vanligt förekommande klausuler i patentlicensavtal kan sammanfattas på följande sätt:⁴⁸⁾

1. Områdesbegränsningar

Kravet på fria varurörelser förhindrar, som jag tidigare kunnat konstatera, att patentskyddet åberopas mot parallellimport av i annan medlemsstat lovligt marknadsförd produkt.

En annan fråga är om licensgivare med bindande verkan i licensavtal kan föreskriva att licensen endast gäller ett visst område. Efter beslutet i Davidson Rubber anses såväl områdesbegränsning för produktion som försäljning kunna falla under förbudet i artikel 85:1.

Det förefaller som om kommissionens inställning är hårdare till försäljningsbegränsningar än till territoriellt produktionsskydd. Begränsningar av den senare typen har hittills beviljats undantag där de kunnat balanseras av andra positiva faktorer.⁴⁹⁾

2. Tidsmässiga begränsningar

Enligt kommissionens tillkännagivande accepteras tidsbegränsade licensavtal under den absoluta förutsättningen, att tidsperioden inte överskrider patentets giltighetstid.

3. Licensavgifter

Licensavgifter anses normalt ej kunna falla under förbudet. Skulle avgiften utgöra ett led i en marknadsuppdelning förändras inställningen.

45) 4:de konkurrensrapporten, april 1975 s. 20.

46) Burroughs-Delplanque och Burroughs-Geha, beslut den 22.12.1971, J.O. 17.1.1972.

47) Davidson Rubber Co, beslut den 9.6.1972, J.O. 23.6.1972.

48) Jfr. O. Lando: Börsens "EF-Håndbogen" 303.24 H.

49) Utförligare: 4:e konkurrensrapporten, april 1975 s. 22.

4. Produktionstvång

Klausuler, som ger kvotbestämmelser och produktionsbegränsningar anses falla under 85:1. Skälet härför är, att en potentiell konkurrens förhindras och att begränsningarna kan utnyttjas i marknadsuppdelande syfte.

5. Kvalitetsbestämmelser

Klausuler, som innebär att licenstagaren tvingas upprätthålla vissa kvalitetskrav, acceptera kvalitetskontroller och inspektioner är godtagbara.

6. Konkurrerande produkter

Förbjuds licenstagare i avtal att införskaffa, producera eller sälja konkurrerande produkter kan begränsningen enligt kommissionens Guide Pratique⁵⁰⁾ falla under förbudsbestämelsen.

7. Förbättring av patent

Klausuler där licensgivaren förbehåller sig den exklusiva rätten till förbättringar av patentskyddet faller enligt kommissionens första rapport över konkurrensbegränsningspolitiken⁵¹⁾ under förbudet. För att falla utanför förbudet får skyldigheten inte vara exklusiv och måste därtill vara ömsesidig.

8. Märkningstvång

Kommissionen godtar krav på märkning av en produkt i enlighet med licensgivarens instruktioner. Däremot kan licensgivaren inte förhindra licenstagare att anbringa sitt eget varumärke eller igenkänningstecken.

9. Tvång att inköpa basprodukter från visst ställe

För att dylika s. k. "tying obligations" skall kunna godtas krävs att det finns en teknisk och kvalitetsgrundad motivering.

10. Icke angreppsklausul

Som framgår av besluten i Davidson Rubber⁵²⁾ och Raymond-Nagoya⁵³⁾ kan en icke-angreppsklausul falla under förbudsbestämelsen i artikel 85:1.

11. Underlicenser

Klausul rörande tillstånd eller förbud att bevilja underlicenser anses inte beröras av Romfördragets regler.

12. Skiljedomsklausul

Bestämmelse om att eventuella tvister i anledning av ett avtal skall avgöras i skiljedomsförfarande anses inte heller falla under förbudsreglerna.

Ovannämnda klausuler är de i licensavtal vanligen förekommande. Avtal med klausuler som faller eller kan falla under förbudet bör anmälas till kommissionen med begäran om negativttest eller anhållan om undantag. Som tydliggjorts i kommissionens beslut Advocaat Zwarte Kip under 1974 tolkas undantaget från anmälningsplikten i TF 17/62 artikel 4:2 ytterst restriktivt av den rättstillämpande myndigheten. Om denna tolkning är riktig, kan ett oanmält avtal, som faller under förbudet, i värsta fall straffas med böter. I alla händelser är avtalet förbjudet och ogiltigt allt från det ögonblick avtalet började tillämpas. Effekterna av en ogiltighet kan bli besvärande med hänsyn till återbetalning av erlagda royaltyavgifter och liknande.

Förutom klausuler i det enkla licensavtalet, som behandlats ovan, kan bestämmelser om patentpooler, korslicenser och "multiple parallel licences" falla under förbudet om överenskommelsen får en konkurrensbegränsande verkan.⁵⁴⁾

III. Sammanfattning

Förhållandet mellan den nationella immaterialrättslagstiftningen och Romfördragets bestämmelser har varit föremål för uppmärksamhet under en följd av år, men först under år 1974 har man kunnat börja skönja en lösning. Under ett inledningsskede lade GD tonvikten vid Romfördragets konkurrensbegränsningsregler för att förhindra upprätthållandet av nationella barriärer på bekostnad av fria varurörelser mellan medlemsstaterna. Under senare tid har emellertid bestämmelserna om fria varurörelser kommit i förgrunden. Genom denna föränd-

50) Se ovan not 9.

51) Första konkurrensrapporten, april 1972, s. 72.

52) Se ovan not. 45.

53) Raymond-Nagoya, beslut den 9.6.1972, J.O. 23.6.1972.

54) First report on Competition Policy, April 1972, s. 70.

ring förefaller domstolens lösningar mindre sökta.

1. Fria varurörelser. (Art. 36)

1. Romfördragets regler om fria varurörelser tillåter inte importhindrande åtgärder mot en vara, som inom gemenskapen satts i marknaden av rättsinnehavaren eller med hans samtycke. Förmodligen kan heller inte en licenstagare förbjudas att direktexportera produkten till annan medlemsstat.

2. Inte heller kan invändningar göras mot import av varor med identiskt varumärke, under förutsättning att varan härrör från en lagskyddad varumärkesinnehavare i annat medlemsland och att de aktuella varumärkena har ett *gemensamt ursprung*. Huruvida det existerar *a k t u e l l a* band mellan företagen saknar betydelse.

3. Föregående slutsats härleds ur domstolens varumärkesmål, men den äger sannolikt även giltighet för övriga immaterialrätter inklusive patent. För patent gäller ett undantag för varor som marknadsförts i ett land där skydd inte erhållits. Parallelimport kan förhindras under sådana omständigheter.

4. För skyddsinnehavaren återstår möjligheten att invända mot import från tredje land. Konsumtionen gäller enligt min uppfattning endast förhållanden inom gemenskapen. Frihandelsavtalets inverkan på export från Rest-EFTA-länderna är ännu en öppen fråga.

Vidare kan invändningar riktas mot produkter som helt saknar skydd. Slutligen kan import förhindras där ett likartat skydd finns av en tillfällighet och det gemensamma ursprunget saknas.

2. Konkurrensbegränsningsregler. (Art. 85)

Står det väl klart, att myndigheterna inte med stöd av den nationella skyddslagstiftningen kan införa restriktioner i samhandeln, är det lätt att förstå att företagen inte kan tillåtas att i avtalsform komma runt bestämmelserna om fria varurörelser. När kriterierna i artikel 85 är uppfyllda är avtalet förbjudet och utan rättsverkan. Parterna kan endast undantagsvis åberopa det nationella skyddet, nämligen vid de tillfällen då den aktuella åtgärden anses falla inom ramen för skyddet. Med hänvisning till den mer detaljerade genomgången i det föregående skall här blott konstateras, att tendensen inom gemenskapen har varit att successivt inskränka utrymmet för vad som faller inom ramen för det speciella skyddet.

Mitt slutintryck är, att innehållet i de nationella skydden successivt har urholkats till förmån för fria varurörelser och en obunden konkurrens på gemenskapsplanet. Fortsätter denna trend, uppstår lätt negativa konsekvenser när det gäller skyddets belönande funktion. Forskning och utveckling kan påverkas. Vidare omintetgöres skyddets särskiljande förmåga, vilket måste vara till nackdel för konsumenterna i vissa situationer. Lösningen på dessa problem torde finnas i försöken att skapa en enhetlig patent- och varumärkeslagstiftning inom gemenskapen.

Avslutningsvis ett trivialt påpekande — de relaterade reglerna gäller även för svenska företag, som arbetar på den gemensamma marknaden.⁵⁵⁾ Det svenska frihandelsavtalet väcker ytterligare intressanta frågor, som inte kunnat behandlas i detta sammanhang.

55) Se bl. a. Hans Henrik Lidgards, Sverige, EEG och konkurrensen, SvJT 1973:1 s. 18 ff.