CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL K. ROEMER VAN 28 APRIL 1971 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

De feiten in deze zaak, waarin door het Hanseatische Oberlandesgericht om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, kunnen worden samengevat als volgt.

De Deutsche Grammophon GmbH te Hamburg, geïntimeerde in het bodemgeschil — waarin is verzocht om een uitspraak in kort geding —, is een dochtermaatschappij van Philips Gloeilampenfabrieken te Eindhoven en van Siemens AG te Berlijn/München. Zij produceert grammofoonplaten (waartoe zij enige uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan zich heeft gebonden) en verhandelt haar produkten onder een aantal merken. In de Bondsrepubliek Duitsland wordt rechtstreeks geleverd aan de detailhandel en aan twee grossiers in boeken die uitsluitend de algemene boekhandel bedienen. Aan het publiek moeten in den regel vaste prijzen worden berekend; dit geldt in ieder geval voor alle repertoirenummers die onder „Polidor"-label worden verhandeld. De handelaars moeten een daartoe strekkende schriftelijke verbintenis aangaan. Daarin wordt voorts bepaald, dat de vaste prijzen ook gelden voor van derden verworven DGG-platen die slechts met toestemming van DGG uit het buitenland mogen worden ingevoerd (welke toestemming alleen wordt verleend, wanneer de handelaars zich verplichten zich ook in zoverre aan de vastgestelde prijzen te houden). DGG is harerzijds gehouden alleen te leveren aan handelaren die zich als voormeld schriftelijk verbinden. Bovendien moet zij ervoor zorgen, dat het vaste-prijzenstelsel waterdicht is en bij overtredingen optreden. — In het buitenland vindt de verkoop plaats via dochtermaatschappijen van DGG of van Philips. Dit geldt met name voor Frankrijk, waar de SA Polydor Paris (waarvan het kapitaal zich voor 99,55 % in handen van de Deutsche Grammophon bevindt) via haar filialen te Parijs en Straatsburg de afzet verzorgt. DGG heeft met Polydor Paris een licentie-overeenkomst gesloten, volgens welke de licentiehoudster onder meer het uitsluitend recht heeft om binnen het contractsgebied (derhalve in Frankrijk) opnamen van DGG langs de gebruikelijke kanalen (dat wil zeggen via de detailhandel) te verhandelen en de desbetreffende merken te gebruiken. Daartoe levert DGG tegen betaling van royalties matrijzen, waarmede de platen worden geperst. In bijzondere gevallen worden ook in de Bondsrepubliek vervaardigde grammofoonplaten aan Polydor Paris geleverd.

De firma Metro-SB-Großmärkte GmbH te Hamburg, appellante in het bodemgeschil, heeft in het tijdvak april-oktober 1969 van DGG Polydor-grammofoonplaten betrokken, doch zich niet aan de vastgestelde prijzen gehouden. Toen Metro niet bereid bleek alsnog een schriftelijke verbintenis als voormeld aan te gaan, leidde dit eind oktober 1969 tot het afbreken van de handelsrelaties. In januari en februari 1970 gelukte het Metro nochtans door DGG in Duitsland vervaardigde grammofoonplaten van het merk Polydor via een Hamburgse grossier te betrekken. Deze platen waren klaarblijkelijk door DGG aan haar te Parijs gevestigde dochtermaatschappij geleverd en vervolgens via het Straatsburgs filiaal en een Zwitserse firma in het bezit gekomen van de Hamburgse groothandelaar. Ook deze platen heeft Metro beneden de door DGG voor de Bondsrepubliek vastgestelde prijs aan het publiek geleverd.

Toen DGG hiervan vernam, lokte zij bij

1 — Vertaald uit het Duits.

het Landgericht Hamburg op 20 maart 1970 een uitspraak in kort geding uit, waarbij aan Metro werd verboden DGG-platen met bepaalde fabricagenummers onder „Polydor"-label te verkopen of anderszins te verbreiden. De grondslag van haar vordering — en van de uitspraak — was het op 1 januari 1966 in werking getreden Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte van 9 september 1965, waarin overeenkomstig het „Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen" van 26 oktober 1961 ten behoeve van de fabrikanten van dragers als voormeld een nieuw, aan het auteursrecht verwant recht in het leven werd geroepen (terloops zij opgemerkt, dat zulk een recht binnen het gebied van de EEG verder alleen bestaat in Italië — ingevolge artikel 72 van de wet van 22 april 1941 —, terwijl in de andere Lid-Staten een overeenkomstige bescherming wordt verzekerd door middel van de wetten inzake de economische mededinging dan wel in dier voege dat de fabrikant van dragers het originaire recht van de auteur of van de uitvoerende kunstenaar verwerft). Uit de Duitse wet heeft het Landgericht Hamburg de §§ 85 en 97 aangehaald, welke luiden als volgt:

§ 85

„Der Hersteller eines Tonträgers hat das ausschließliche Recht, den Tonträger zu vervielfältigen und zu verbreiten."

§ 97

„Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann vom Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung, und wenn dem Verletzer Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, auch auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden."

Bovendien heeft het Landgericht kennelijk aangenomen, dat het uitsluitend recht van DGG haar platen in Duitsland te verbreiden, niet door levering aan Polydor Paris is teniet gegaan. Met andere woorden, het heeft dat recht niet „uitgeput" geacht in voege als voorzien in § 17 van het Urheberrechtsgesetz — dat ten deze van overeenkomstige toepassing is —: „Sind das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung im Geltungsbereich dieses Gesetzes Berechtigten im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterverbreitung zulässig." Volgens de Duitse rechter was dit voorschrift slechts van toepassing geweest als verbreiding in de Bondsrepubliek Duitsland had plaatsgehad. Nu dit niet het geval is, kon het verhandelen van wederom ingevoerde grammofoonplaten in Duitsland als ongeoorloofd worden beschouwd.

Met haar verzet tegen de uitspraak in kort geding had Metro geen succes: in een vonnis van 22 mei 1970 werden alle tegen de beschikking van het Landgericht aangevoerde argumenten verworpen. Metro ging toen in hoger beroep bij het Hanseatische Oberlandesgericht. Zij beriep zich vooral op het feit, dat DGG geen recht tot verbreiding van de litigieuze grammofoonplaten meer zou hebben, omdat het door levering aan de Franse dochtermaatschappij zou zijn uitgeput. Bovendien moest het er voor worden gehouden, dat de contractuele relaties tussen DGG en de Franse licentiehoudster tot opsplitsing van de markt en bemoeilijking van de handel tussen de staten leiden, hetgeen volgens Metro in verband met de in de Bondsrepubliek toegepaste vaste prijzen de conclusie wettigt, dat de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag zijn geschonden.

Naar aanleiding van dit betoog heeft het Oberlandesgericht bij beschikking van 8 oktober 1970 de behandeling geschorst en het Hof ingevolge artikel 177 van het EEG-Verdrag verzocht om een prejudiciële beslissing inzake de volgende vragen:

1. Is een uitlegging van de §§ 97 en 85 van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte van 9 september 1965 (BGBl. I, blz. 1273) in die zin dat een Duitse fabrikante van dra-

gers voor het weergeven van geluid (Tonträger) krachtens haar recht tot verbreiding (Verbreitungsrecht) het verhandelen in de Bondsrepubliek Duitsland van dragers als voormeld, welke zij zelf aan haar juridisch zelfstandige, doch economisch volledig afhankelijke dochtermaatschappij in Frankrijk heeft geleverd, kan verbieden, in strijd met artikel 5, tweede alinea, of artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag?

2. Kan de uitoefening van het recht tot verbreiding door de fabrikant van voormelde dragers als misbruik van recht worden beschouwd, wanneer de voorgeschreven prijs dier dragers hoger is dan de prijs van het uit een andere Lid-Staat wederom ingevoerde oorspronkelijk produkt en tegelijkertijd de betrokken uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan de fabrikant der dragers zijn gebonden (artikel 86 EEG-Verdrag)?

Naar aanleiding van deze vragen zijn schriftelijke en mondelinge opmerkingen gemaakt door partijen in het bodemgeschil, door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen.
Wij willen dan thans ten deze ons standpunt bepalen.

Beoordeling rechtens

I — De ontvankelijkheid

In de lijn van hetgeen door sommige bij het geding betrokken partijen is opgemerkt, moet ik bij mijn onderzoek allereerst ingaan op de ontvankelijkheidsvraag. Ik kan dienaangaande betrekkelijk kort zijn.

1. Dit geldt met name voor de omstandigheid dat het verzoek werd gedaan in kort geding, in een procedure welke op het verkrijgen van een voorziening bij voorraad is gericht. Naar ik reeds vroeger heb uiteengezet, staat zulks aan een prejudicieel verzoek niet in de weg. Implicite sprak het Hof van Justitie zich in de zaak 29-69 (Jurisprudentie, Deel XV, blz. 419) reeds in die zin uit. Daarmede kan thans worden volstaan. — Of de nationale rechter, wanneer de voorwaarden van artikel 177, derde alinea, zijn vervuld, in kort geding ook *verplicht* is het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken, is een vraag welke thans niet behoeft te worden beantwoord.

2. De tweede opmerking in het kader van het onderzoek naar de ontvankelijkheid betreft de formulering van de eerste vraag. Het bezwaar is gemaakt, dat het Hof zich blijkens de bewoordingen van deze vraag over de *verenigbaarheid* van nationale regelen met het gemeenschapsrecht c. q. over de uitlegging van nationale regelen zou hebben uit te spreken. Op zichzelf is dit bezwaar niet ongegrond, want het Hof is in het kader ener volgens artikel 177 van het EEG-Verdrag ingeleide procedure tot zulk een uitspraak stellig niet bevoegd. Volgens dit artikel is alleen uitlegging van het gemeenschapsrecht en onderzoek naar de geldigheid van handelingen der communautaire organen mogelijk (derhalve niet de toepassing van het gemeenschapsrecht op een bepaalde casuspositie en evenmin het onderzoek naar de geldigheid van nationale overheidsmaatregelen en de uitlegging dier maatregelen).
Evenwel bestaat er geen aanleiding het verzoek zonder meer niet-ontvankelijk te verklaren. Het Hof kan, zoals in andere zaken reeds gebeurde, de vraag herleiden tot haar eigenlijke — volgens artikel 177 geoorloofde — strekking. Wij zullen derhalve de nadruk leggen op 's Hofs uitleggingsbevoegdheid en de uitlegging van het gemeenschapsrecht, met name van de artikelen 5 en 85, centraal stellen. Dienaangaande zij alleen nog opgemerkt, dat wij daarbij de door de verwijzende rechter geschetste casuspositie voor ogen moeten houden, te weten het feit dat een Duitse fabrikant van dragers voor het weergeven van het geluid op grond van zijn recht tot verbreiding het verhandelen — in Duitsland — van grammofoonplaten die door hem aan zijn juridisch zelfstandige, doch economisch volledig afhankelijke dochtermaatschappij in Frankrijk zijn geleverd en door die dochtermaatschappij (waarvan de handelin-

gen aan de moedermaatschappij moeten worden toegerekend) in Frankrijk in het verkeer zijn gebracht, verboden wenst te zien.
Daarbij kunnen wij het in dit verband laten. Immers deze algemene karakteristiek van het prejudiciële verzoek maakt het mogelijk op de gestelde vraag in te gaan.
— Verdere ontvankelijkheidsproblemen, waarop door de Bondsregering voor wat artikel 85 van het EEG-Verdrag betreft en door de Deutsche Grammophon-Gesellschaft in verband met artikel 86 werd gewezen, zou ik later willen bespreken.

II — De beantwoording der gestelde vragen

1. Uit het tot nu toe betoogde bleek reeds, dat het in dit geding vooral gaat om het probleem van de „uitputting" van een nationaal, aan het auteursrecht verwant recht, zoals dat in § 17 van het Duitse Urheberrechtsgesetz is gecreëerd. De verwijzende rechter betoogde, dat de *bewoordingen* van genoemd voorschrift geen uitsluitsel geven over de vraag, of ook het in het verkeer brengen van het produkt in het buitenland met toestemming van de rechthebbende „uitputting" van diens recht op verbreiding in het binnenland impliceert. Het Oberlandesgericht schijnt geneigd te zijn deze vraag in verband met het territorialiteitsbeginsel, zoals dat ten deze door velen wordt opgevat, ontkennend te beantwoorden. Anderzijds heeft het Oberlandesgericht echter wegens de onduidelijkheid en dubbelzinnigheid der wet en in verband met het feit dat zij na de inwerkingtreding van het EEG-Verdrag tot stand kwam, gemeend de vraag naar de ten deze geldende verdragsbeginselen te moeten stellen. Dit kan mijns inziens slechts in die zin worden verstaan, dat deze rechterlijke instantie eventueel ten koste van het territorialiteitsbeginsel zou willen trachten te komen tot een *zich met het gemeenschapsrecht verdragende* uitlegging der nationale wet. Wanneer men zich dit realiseert, staat tevens vast, dat — anders dan sommige bij het proces betrokken partijen menen — niet behoeft te worden ingegaan op de vraag, of de door de verwijzende rechter geciteerde verdragsvoorschriften *rechtstreeks* toepasselijk gemeenschapsrecht inhouden, dat wil zeggen normen die door particulieren tegenover de nationale wet kunnen worden ingeroepen. Veeleer kan ermede worden volstaan, de verdragsbeginselen voor de onderhavige materie te releveren, juist omdat — niet in de laatste plaats met het oog op het in artikel 5, tweede alinea, vervatte gebod — mag worden aangenomen, dat de nationale wetgever ze niet heeft willen negeren, zodat de door hem vastgelegde regels dienovereenkomstig moeten worden uitgelegd.
Allereerst zij dan geconstateerd, dat het vrije, onbelemmerde goederenverkeer als grondbeginsel van de gemeenschappelijke markt moet worden aangemerkt. Voorts dient — evenals in de onlangs berechte zaak Sirena — te worden herinnerd aan de idee van de eenheid van de gemeenschappelijke markt en aan de mededingingsordening dier markt, welke erop gericht is vervalsingen van de mededinging zoveel mogelijk te voorkomen en met name de instandhouding der mededinging in het handelsverkeer tussen de Staten beoogt. In dit verband dient te worden gelet op de artikelen 3 a) en f), 30 en volgende en 85 en volgende. Het gaat er, heel algemeen gezegd, om te voorkomen dat door het optreden van de overheid of van particulieren het goederenverkeer wordt belemmerd en de markt wordt afgegrendeld.
Nationale industriële eigendomsrechten, dat wil zeggen ook het auteursrecht en daaraan verwante rechten, kunnen door hun opzet of uitlegging dit doel doorkruisen, omdat zij — zoals het standpunt van de Deutsche Grammophon aantoont — eventueel een afgrendeling van de markt in alle fasen van de handelsketen, dat wil zeggen absolute controle en blokkade van de handel tussen de staten, mogelijk maken. Nu wordt ter rechtvaardiging hiervan steeds weer op de artikelen 36 en 222 van het EEG-Verdrag gewezen, dat wil zeggen in de eerste plaats op de bepaling dat het handelsverkeer tussen de staten zich met het oog op de bescherming van de industriële en

commerciële eigendom beperkingen moet laten welgevallen (artikel 36) en in de tweede plaats het voorschrift, volgens hetwelk het EEG-Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet laat (artikel 222). Als uitgangspunt van onze discussie heeft het stellig enige zin op deze beide artikelen te wijzen. Volgens de jurisprudentie staat echter vast, dat hier sterk relativerend te werk dient te worden gegaan, zulks niet in de laatste plaats in verband met het voorbehoud van artikel 36, volgens hetwelk de aldaar genoemde verboden of beperkingen „geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten" mogen vormen. Baanbrekend was hier het arrest in de zaak Grundig-Consten met zijn overwegingen betreffende het merkenrecht; de ontwikkeling ging verder met het geval Parke-Davis — met overwegingen betreffende het octrooirecht — en werd onlangs weer bevestigd in de reeds genoemde zaak Sirena, waarin het weer om het merkenrecht ging. Op grond van deze uitspraken geldt in beginsel, dat de industriële eigendomsrechten weliswaar door het Verdrag niet in hun *bestaan,* in hun wezen, worden geraakt (in zoverre beslist de nationale wetgever; Jurisprudentie, Deel XIV, blz. 105, 106), doch dat de *uitoefening* dier rechten wel degelijk onder het gemeenschapsrecht valt (Jurisprudentie, Deel XII, blz. 519 en Deel XIV, blz. 105, 106; Zaak 40-70, blz. 25 van de gestencilde Duitse tekst).

De belangrijkste moeilijkheid is derhalve ook in casu gelegen in de afgrenzing tussen het bestaan en de uitoefening van het recht. De Commissie heeft terecht betoogt, dat het bestaan van het hierbedoelde recht stellig de bevoegdheid tot vervaardiging en eerste verbreiding van de beschermde waar impliceert, omdat daardoor aan de rechthebbende het hem toekomend profijt wordt verzekerd. Daarentegen schijnt het de vraag, of ook het territorialiteitsbeginsel, waarnaar in verband met de industriële eigendomsrechten steeds weer wordt verwezen, deel van het „wezen" dier rechten uitmaakt, daarvoor „wezenlijk" is. Het is mijns inziens in zoverre van belang dat wij hier te maken hebben met een begrip van onzekere inhoud, dat min of meer vaag blijft en waarover men het kennelijk niet eens is. Soms wordt gesteld, dat het territorialiteitsbeginsel (overeenkomstig het Unieverdrag van Parijs) wil zeggen, dat de in een bepaalde staat verleende bescherming onafhankelijk is van in andere staten toegekende beschermende rechten. Ook komen wij de formulering tegen, dat een beschermend recht slechts werkt op het territoir van de Staat waar het wordt verleend, zulks echter onverminderd de bevoegdheid van de nationale wetgever de rechtsgevolgen afhankelijk te stellen van feiten welke buitenlands plaatsvinden [1]. In ieder geval moet het te denken geven, dat ondanks het territorialiteitsbeginsel de rechthebbende op een merk, die in het binnenland en het buitenland gelijke merkaanduidingen bezigt, de invoer van een waar niet op grond van zijn binnenlandse merkaanduiding kan verbieden, wanneer hij de waar buitenslands van de aanduiding heeft voorzien en aldaar in het verkeer heeft gebracht [2]. Wat het auteursrecht betreft, kan in dit verband op een vrij recent arrest van het Oostenrijkse hooggerechtshof worden gewezen, volgens hetwelk het recht van de fabrikant van een „drager" verbruikt (en derhalve een invoerverbod niet mogelijk) is, wanneer de rechthebbende de waar in het verkeer gebracht heeft c. q. wanneer die waar door een daartoe gerechtigd exporteur in het buitenland of via een licentiehouder in het buitenland in het verkeer gebracht is [3]. Wat betreft het bekende (en ook sterk gekritiseerde) „Voran"-arrest van het Bundesgerichtshof van 29 februari 1968, de enige recente uitspraak in afwijkende zin van een der hoogste nationale rechtscolleges, volgens hetwelk bij het aan het octrooirecht verwante kwekersrecht het feit dat de rechthebbende de waar buitenslands in het verkeer gebracht

1 — Vgl. Ulmer in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil 1970, blz. 380.

2 — Vgl. het arrest van het Bundesgerichtshof in de bekende Maja-zaak, Band 41, blz. 84.

3 — Vgl. Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil 1970, blz. 380.

heeft, voor „uitputting" van het recht niet relevant is te achten, dient wel te worden bedacht dat in het desbetreffende Saatgutgesetz de uitvoer van beschermde rassen met zoveel woorden van een speciale toestemming van de houder van het kwekersrecht afhankelijk is gesteld, zodat uitputting van het recht niet reeds kan intreden wanneer de waar in het verkeer wordt gebracht.
Gezien deze stand van zaken is er veel te zeggen voor het standpunt, dat het vaag omlijnde territorialiteitsbeginsel geen deel uitmaakt van de bescherming die in het bestaan van het recht is besloten. Dit geldt in ieder geval voor de speciale problematiek van het bodemgeschil, dat wil zeggen voor een casuspositie waarin — zoals het Oberlandesgericht aannam — een met de rechthebbende verbonden rechtspersoon de litigieuze waren buitenslands in het verkeer gebracht heeft. Hier dient de overweging de doorslag te geven, dat het doel van het individuele eigendomsrecht is verwezenlijkt wanneer de waar voor het eerst in het verkeer gebracht wordt, omdat dan de aan de monopoliepositie verbonden winstmogelijkheid kan worden benut. Men zou echter stellig de met de verlening van het recht beoogde bescherming te buiten gaan door de rechthebbende de controle op de verdere verhandeling en met name een verbod van wederinvoer toe te kennen, waardoor het vrije verkeer van goederen zou worden verhinderd. — Men kan derhalve, gezien het voorbehoud van artikel 36, de essentiële doelstellingen van het Verdrag en de beginselen van de gemeenschappelijke markt, en ondanks het feit dat het bestaan van industriële eigendomsrechten is gewaarborgd, in een casuspositie als die van het prejudiciële geding aannemen, dat het recht is uitgeput — en daarmede de uitoefening van het recht op verbreiding uitgesloten —.
Evenwel dient nog te worden ingegaan op een laatste bezwaar, dat met name door de Bondsregering naar voren is gebracht. Het berust vooral op artikel 99, lid 3, van het eerste voorontwerp van een Verdrag betreffende het Europees octrooi voor de gemeenschappelijke markt, waarin onder meer wordt bepaald: „Na het verstrijken van de in dit artikel genoemde overgangsperiode" (ter minste vijf jaar vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag) „kunnen niettegenstaande de nationale wettelijke bepalingen van de verdragsluitende Staten, de rechten die verbonden zijn aan octrooien welke voor dezelfde uitvinding in twee of meer verdragsluitende Staten zijn verleend en aan dezelfde natuurlijke of rechtspersonen of aan economisch met elkaar verbonden natuurlijke of rechtspersonen toebehoren, niet worden uitgeoefend tegen handelingen die een door deze octrooien beschermd voortbrengsel betreffen en op het grondgebied van een der genoemde verdragsluitende Staten zijn verricht, nadat de rechthebbende op het octrooi of diens licentienemer dit voortbrengsel rechtmatig in een van deze Staten in het verkeer heeft gebracht". Tijdens een overgangsperiode zouden de grenzen der nationale eigendomsrechten derhalve intact blijven om eerst nadien te verdwijnen, des dat het recht als uitgeput is te beschouwen wanneer de rechthebbende op het octrooi het beschermde voortbrengsel in een Lid-Staat in het verkeer brengt. Deze overgangsbepaling zou — volgens de Bondsregering — geen zin hebben, wanneer de hiervoor besproken voorschriften van het Verdrag op zichzelf reeds tot uitputting van het recht zouden leiden.
Aan dit betoog kan een zekere overtuigingskracht niet worden ontzegd. Toch zou ik er geen beslissende betekenis aan willen toekennen. Daarbij denk ik niet aan de omstandigheid, dat het in genoemd voorontwerp ging om vragen van octrooirecht, terwijl in casu het auteursrecht en daarmede verwante rechten aan de orde zijn; dit onderscheid is namelijk irrelevant, omdat het auteursrecht stellig dichter bij het octrooirecht staat dan bij voorbeeld bij het merkrecht. Wij dienen echter niet te vergeten, dat die aangehaalde tekst slechts een door deskundigen opgesteld voorontwerp is, zodat het niet als het laatste woord van de regeringen en derhalve evenmin als een authentieke uitlegging van het EEG-Verdrag is te beschouwen. Bovendien is van belang, dat in dit voorontwerp de aandacht

wordt gevestigd op de wenselijkheid er in de preambule van het Verdrag op te wijzen „dat de verdragsluitende Staten niet beogen in dit Verdrag af te wijken van de bepalingen der Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen".
Genoemd voorontwerp terzijde latend, komen wij derhalve ten aanzien van het tot nu toe behandelde aspect van de eerste vraag tot de slotsom, dat het in de lijn van een rationele uitlegging van het EEG-Verdrag ligt nationale rechten op het gebied van de industriële eigendom als „uitgeput" te beschouwen wanneer de in het prejudicieel verzoek sub factis genoemde voorwaarden zijn vervuld.

2. De betekenis van artikel 85 van het EEG-Verdrag staat in het kader van de eerste vraag ook in ander opzicht ter discussie. Het op die vraag te geven antwoord zou vooral van belang kunnen zijn, wanneer wij ons niet aan het tot dusver verkregen resultaat zouden moeten houden, met andere woorden wanneer er niet mee zou kunnen worden volstaan het gedrag van de houder van het recht op zichzelf te bezien en ook op door hem gemaakte afspraken zou moeten worden ingegaan.
Ook in zoverre kan — kortheidshalve — al dadelijk worden verwezen naar eerdere arresten. Op grond daarvan staat — wat het merkenrecht betreft — vast, dat handelsmerken niet mogen worden gebruikt ter bereiking van het bij een onwettige overeenkomst gestelde doel, en dat misbruik waardoor de werking van het gemeenschapsrecht op het gebied van kartels zou worden belemmerd, verboden is (Jurisprudentie, Deel XII, blz. 519, 520). Dezelfde gedachte komt tot uitdrukking in het reeds genoemde arrest-Sirena, waarin eveneens wordt overwogen dat de uitoefening van industriële eigendomsrechten onder de verboden van de artikelen 85 en 86 kan vallen en dat het mededingingsrecht van toepassing is wanneer de uitoefening van industriële eigendomsrechten voorwerp, middel of gevolg van een ondernemersafspraak is.
Wij kunnen in casu in de lijn van deze uitspraken blijven. Omdat de toepasselijkheid van artikel 85 met name afhangt van de vraag of van een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van ondernemersverenigingen of onderling afgestende feitelijke gedragingen sprake is, heeft de verwijzende rechter in de eerste plaats na te gaan, hoe het hiermede in casu staat.
In zoverre is vooral de door DGG en Polydor Paris gemaakte afspraak, dat wil zeggen de in het begin dezer conclusie reeds vermelde licentieovereenkomst, van betekenis. De Commissie heeft er terecht op gewezen, dat ten deze op verschillende aspecten moet worden gelet. — In de eerste plaats zij eraan herinnerd, dat hier kennelijk sprake is van een afspraak tussen een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij, dat wil zeggen van een overeenkomst tussen twee marktpartijen die elkander waarschijnlijk niet beconcurreren, omdat de dochtermaatschappij niet onafhankelijk optreedt, doch aan de aanwijzingen van de moedermaatschappij en aan haar controle onderworpen is. Wanneer dit het geval is en slechts van een taakverdeling binnen één enkel concern kan worden gesproken, is van ongunstige beïnvloeding van de mededinging geen sprake en kan artikel 85 niet worden toegepast (dit is door de Commissie in twee negatieve verklaringen van 18 juni 1969 — Publikatieblad L 165, blz. 15 — en 30 juni 1970 — Publikatieblad L 147, blz. 24 — welke op soortgelijke casusposities betrekking hadden — reeds terecht vastgesteld). — Anderzijds dient bij licentieovereenkomsten betreffende industriële eigendomsrechten, wat de territoriale afbakening van de bevoegdheden van de licentienemer en een daaraan beantwoordend verbod van levering buiten het licentiegebied betreft, te worden bedacht dat overdraagbaarheid en splitsbaarheid, dat wil zeggen de exploitatie door anderen, vooral omdat het — met name bij auteursrechten — de rechthebbende praktisch niet mogelijk is zelf de exploitatie ter hand te nemen, tot het wezen, tot het bestaan van het recht behoort. Territoriale beperkingen passen dus in het kader van het industriële eigendoms-

recht en welbeschouwd gaat degene die de licentie verleent bij het stellen van zulke beperkingen niet verder dan zijn recht materieel medebrengt. Ook daarom is artikel 85 op feiten als in het prejudiciële geding aan de orde zijn, niet zonder meer van toepassing, met andere woorden de licentie-afspraak kan uit het oogpunt van mededingingsrecht irrelevant zijn. Hoogstens zou artikel 85 kunnen worden toegepast, wanneer de licentienemer verplicht ware aan zijn afnemers ten aanzien van de verdere verhandeling van het produkt bindende voorwaarden op te leggen, dat wil zeggen wanneer de overeenkomst bepalingen zou bevatten die de mededinging beperken en die in de overeenkomsten tussen de dochtermaatschappij en haar afnemers zouden moeten worden opgenomen.

In antwoord op de eerste vraag van het prejudiciële verzoek dient aan de verwijzende rechter derhalve bovendien te worden geantwoord, dat wanneer bij toetsing van de feiten aan voormelde criteria mocht blijken van een onder artikel 85 van het EEG-Verdrag vallende overeenkomst, ook een beroep op industriële eigendomsrechten niet kan baten en dat uitoefening dier rechten als misbruik is te beschouwen, wanneer zij dient ter verwezenlijking van hetgeen de houdster van het recht met haar — met het mededingingsrecht strijdige — afspraken beoogt.

Volledigheidshalve kan er voorts op worden gewezen, dat de verwijzende rechter zich uiteraard niet tot bedoelde afspraak behoeft te beperken, doch eventueel ook de door DGG met Duitse handelaren gesloten overeenkomsten (de zg. „Händlerreverse") mede in het onderzoek heeft te betrekken. In de verwijzingsbeschikking worden dienaangaande weliswaar geen vragen gesteld. Doch gezien hetgeen feitelijk is gebleken, mag hierop echter mede worden ingegaan. De grenzen van de prejudiciële procedure worden daarmede niet miskend; men belicht aldus alleen aspecten die tot een rationele en globale oplossing kunnen bijdragen. — Het moet inderdaad niet uitgesloten worden geacht, dat de verwijzende rechter bij toetsing van genoemde „Händlerreverse" tot het resultaat komt, dat zij uit een oogpunt van mededingingsrecht relevant zijn. Dit lijkt mogelijk, omdat de daardoor gebonden handelaren slechts met toestemming van DGG uit het buitenland mogen importeren en deze toestemming alleen wordt verleend, wanneer men de prijsbinding in acht neemt. Dit kan in feite gelijkstaan met een invoerverbod, omdat elke neiging tot invoer de kop wordt ingedrukt. Bovendien dient te worden bedacht, dat DGG gehouden is tegen inbreuken op de prijsbinding op te komen, met andere woorden verplicht is met behulp van de bevoegdheden welke zij aan paragraaf 85 van het Urheberrechtsgesetz ontleent het verhandelen van geïmporteerde grammofoonplaten tegen te gaan. Dat in dit alles een merkbare beïnvloeding van de mededinging en een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de staten zou mogen worden gezien, is niet a priori onaannemelijk. Mocht zulks het geval zijn (dit staat echter uiteindelijk ter beoordeling van de verwijzende rechter), dan kan het DGG ook niet vrijstaan de mededinging met behulp van haar industriële eigendomsrechten te beïnvloeden. — Met deze opmerkingen kunnen wij het onderzoek naar de eerste vraag afsluiten.

3. De tweede vraag heeft betrekking op artikel 86 van het EEG-Verdrag. Zoals bekend, wenst de verwijzende rechter te weten of de uitoefening van het recht op verbreiding van een fabrikant van „dragers" als misbruik van recht kan worden beschouwd, wanneer de voorgeschreven prijs dier dragers hoger is dan de prijs van het uit een andere Lid-Staat wederom ingevoerde oorspronkelijke produkt en tegelijkertijd de betrokken uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan de fabrikant der dragers zijn gebonden.

Alvorens tot beantwoording over te gaan zou ik een opmerking willen maken naar aanleiding van een door DGG opgeworpen bedenking. Zij meent dat de ontvankelijkheid van de vraag in twijfel moet

worden getrokken, omdat het Oberlandesgericht het bestaan van een machtspositie van DGG niet feitelijk heeft geadstrueerd. Bovendien zou men volgens DGG in het kader van een prejudicieel geding het Hof van Justitie niet mogen verzoeken criteria op te stellen in voege als door de Commissie is voorgesteld. — Het is zonder meer duidelijk dat deze bezwaren niet opgaan. Wanneer namelijk in een prejudiciële beschikking slechts naar bepaalde aspecten van artikel 86 van het EEG-Verdrag wordt gevraagd, lijkt het onnodig te bewijzen dat artikel 86 voor de beoordeling van de aan de nationale rechter voorgelegde feiten een rol speelt. Deze vraag betreft de relevantie — die tot nu toe volgens Uw jurisprudentie niet behoefde te worden gemotiveerd. — Ook kan in casu stellig niet worden gezegd, dat de nationale rechter artikel 86 kennelijk ten onrechte heeft aangehaald. Dit naar aanleiding van de eerste bedenking; en wat betreft de tweede bedenking van DGG: ik zie niet in waarom er, ook al heeft de verwijzende rechter daarom niet uitdrukkelijk verzocht, geen overwegingen zouden mogen worden gewijd aan de vraag of sprake is van een machtspositie en waarom daarvoor niet enige „criteria" zouden mogen worden opgesteld. Zodanige aanvullende uitlegging kan in het belang van een doelmatige behandeling van het verzoek evenals in alle andere gevallen toelaatbaar worden geacht, mits het Hof van Justitie zich tot echte interpretatie beperkt en zich van rechtstoepassing onthoudt. Met andere woorden: hetgeen met name de Commissie buiten de uitdrukkelijk geformuleerde vragen om inzake de uitlegging van artikel 86 heeft betoogd, behoeft niet a priori buiten beschouwing te worden gelaten.

Zetten wij ons thans terstond tot beantwoording van de gestelde vraag. Op grond van de jurisprudentie betreffende artikel 86 van het EEG-Verdrag zij er ten aanzien van een casuspositie als de onderhavige allereerst aan herinnerd, dat van een machtspositie niet reeds kan worden gesproken wanneer een onderneming industriële eigendomsrechten en dergelijke ten dienste staan. Wanneer echter een economisch marktonderzoek tot vaststelling van een machtspositie leidt en van die machtspositie met behulp van industriële eigendomsrechten misbruik wordt gemaakt in de zin van artikel 86, alinea 2, kan eventueel ook van misbruik dezer rechten worden gesproken. In die zin sprak het Hof zich in het reeds vermelde Sirena-arrest uit. Bovendien kan hier worden gewezen op het Parke-Davis-arrest, volgens hetwelk de exploitatie van het octrooi in misbruik van bedoelde bescherming kan ontaarden en de uitoefening van het octrooi tot de vorming van een machtspositie kan bijdragen (Jurisprudentie, Deel XIV, 1968, blz. 106, 107).

In het Sirena-arrest treffen wij ook nog andere criteria voor de aanwezigheid van een machtspositie aan. Ook in dit geding kan ermede worden gewerkt. Zij houden in, dat acht moet worden geslagen op de positie van producenten en handelaren die soortgelijke produkten afzetten en dat moet worden nagegaan of de onderneming die beweerdelijk een machtspositie inneemt, in staat is een effectieve mededinging op een aanzienlijk deel van de desbetreffende markt te verhinderen. Het gaat er derhalve, naar door de Commissie terecht is opgemerkt, om of een onderneming op grond van haar marktaandeel (waarbij de aandelen van andere tot het concern behorende ondernemingen moeten worden opgeteld) en op grond van haar technische kennis, grondstoffen, kapitaal en exclusieve rechten over de mogelijkheid beschikt om op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt (bij voorbeeld op het territoir van een Lid-Staat) de prijzen te bepalen of produktie en distributie te controleren, of zij over voldoende armslag beschikt voor een onafhankelijk marktgedrag, des dat zij zich niets behoeft aan te trekken van hetgeen concurrenten, afnemers of leveranciers doen. In de onderhavige casuspositie moet, mede met het oog op de concurrenten, bedoeld economisch onderzoek vooral uitsluitsel geven over de vraag, of de grammofoonplatenfabrikanten — en hun marktaandelen — zonder

meer vergelijkbaar zijn dan wel of — naar gelang van de aard van de muziek en de uitvoerende kunstenaars — van deelmarkten kan worden gesproken. Dit laatste is kennelijk niet uitgesloten, en met name is het niet a priori onjuist te veronderstellen, dat een machtspositie op deelmarkten het gevolg kan zijn van de exclusieve binding van bepaalde kunstenaars. Dit moet ons uitgangspunt zijn, ook al hebben ingevolge § 78 van het Urheberrechtsgesetz zulke exclusiviteitsbedingen geen zakelijke, doch slechts verbintenisrechtelijke werking [1]. Men zal echter — naar door enige bij het geding betrokkenen terecht is betoogd — slechts in uitzonderingsgevallen op grond van zulke exclusiviteisbedingen tot het bestaan van een machtspositie kunnen concluderen, bij voorbeeld wanneer wij te maken hebben met bijzonder succesvolle kunstenaars en wanneer er van talrijke soortgelijke contracten sprake is.

Neemt de verwijzende rechter op grond van de aangehaalde criteria aan dat van een machtspositie mag worden gesproken, dan kan misbruik van de machtspositie — mede blijkens de tot dusver gewezen arresten (in de zaak Parke-Davis en de zaak Sirena) — weliswaar niet zonder meer uit geconstateerde prijsverschillen worden afgeleid; zij kunnen daarvoor echter wel een beslissende aanwijzing vormen, namelijk wanneer zij bijzonder groot en zakelijk niet te rechtvaardigen zijn. Op de details van hetgeen partijen in hun zeer uitvoerige uiteenzettingen op dit punt verdeeld houdt, behoeven wij thans niet in te gaan. Met het oog op de door ons te geven uitlegging zou hoogstens kunnen worden opgemerkt, dat niet slechts op de fabrikantenprijzen, doch ook op de eindprijzen moet worden gelet, dat de verschillende percentages van de belasting over de toegevoegde waarde (11 % in de Bondsrepubliek, en 33⅓ % in Frankrijk) in aanmerking moeten worden genomen en dat kostenverschillen een gevolg kunnen zijn van de afzetstructuur en van de hoogte der aan de GEMA [2] te betalen rechten.

Komt de verwijzende rechter op grond van een en ander tot de vaststelling, dat van exorbitante prijsverschillen sprake is, zodat van een beslissende aanwijzing voor misbruik van een machtspositie mag worden gesproken, dan zou volgens de huidige jurisprudentie ook de exploitatie van industriële eigendomsrechten tot afgrendeling van de markt en tot instandhouding van het prijsverschil als een — in de zin van artikel 86 van het EEG-Verdrag — verboden misbruik moeten worden beschouwd. — Waarmede dan voor de beantwoording van de tweede vraag het nodige gezegd is, zonder dat het Hof geacht kan worden zich aldus met rechtstoepassing te hebben ingelaten. Al het overige staat ter beoordeling van de nationale rechter.

III — Samenvatting

Op de door het Hanseatische Oberlandesgericht gestelde vragen kan derhalve worden geantwoord als volgt:

1. De bevoegdheid van de houder van een uitsluitend recht op dragers (voor het weergeven van geluid) om de invoer of verbreiding in het binnenland te verbieden van vermenigvuldigde waren die de houder van het recht of een van hem afhankelijke onderneming in een andere Lid-Staat in het verkeer gebracht heeft, behoort niet tot het bestaan van de industriële

1 — Vgl. het kommentaar van Möhring-Nicolini op het Urheberrechtsgesetz, 1970, opmerking 2 bij § 78.

2 — Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte.

en commerciële eigendom, bedoeld in artikel 36 van het EEG-Verdrag en is niet in overeenstemming met verdragsbeginselen als die welke uit de voorschriften inzake het vrije verkeer van goederen en uit de in het Verdrag gegeven ordening der mededinging voortvloeien.

2. Wanneer de houder van een uitsluitend recht op dragers als voormeld overeenkomsten heeft gesloten die onder artikel 85 van het EEG-Verdrag vallen, dan kan hij, ter bereiking van hetgeen hij zich met die overeenkomsten ten doel stelt, zich niet op zijn uitsluitend recht beroepen en met name niet de verbreiding verbieden van uit een andere Lid-Staat ingevoerde vermenigvuldigde waren, welke de houder van het recht of een van hem afhankelijke onderneming in een andere Lid-Staat in het verkeer gebracht heeft.

3. Neemt de houder van een industrieel eigendomsrecht op dragers als voormeld een machtspositie in als bedoeld in artikel 86 van het EEG-Verdrag (waarvoor van belang kan zijn, dat hij talrijke beroemde uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan zich heeft gebonden), dan moet het als een belangrijke aanwijzing voor misbruik van een machtspositie worden beschouwd, dat hij in de desbetreffende Lid-Staat zonder zakelijke gronden prijzen toepast, die belangrijk boven het prijsniveau der andere Lid-Staten liggen. In zodanig geval levert het ook misbruik van recht op, wanneer men om invoer van oorspronkelijke voortbrengselen uit andere Lid-Staten te verhinderen, uit het industriële eigendomsrecht voortvloeiende verbodsaanspraken doet gelden.