CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL J. MISCHO van 7 juli 1998 *

1. „Moeten de artikelen 30 of 52 en volgende EG-Verdrag aldus worden uitgelegd, dat zij in de weg staan aan de toepassing van nationale bepalingen die met betrekking tot merken of handelsnamen die gevaar van verwarring opleveren, voorschrijven dat het oudste wordt beschermd, en die derhalve een onderneming verbieden in drie Oostenrijkse deelstaten gebruik te maken van een merk of handelsnaam die tot hetzelfde concern behorende ondernemingen in andere lidstaten rechtmatig gebruiken?"

2. Deze vraag wordt ons door het Handelsgericht Wien gesteld in een geding tussen Pfeiffer Großhandel GmbH (hierna: „Pfeiffer") en Löwa Warenhandel GmbH (hierna: „Löwa").

3. Verzoekster in het hoofdgeding, Pfeiffer, drijft sinds 1969 een supermarkt in Pasching, bij Linz in Oostenrijk, onder de naam „Plus KAUF PARK". [1] Deze naam is met rangorde 5 augustus 1969 bij het Oostenrijkse Patentamt ingeschreven als woord- en beeldmerk voor verschillende productklassen. Pfeiffer verkoopt ook allerlei waren, vooral in de voedingssector, onder het merk „Plus wir bieten mehr" (rangorde 22 september 1989). De supermarkt „Plus KAUF PARK" bevindt zich in een winkelcentrum, „Plus City", dat in oktober 1989 werd geopend en meer dan 100 detailhandelszaken op elk gangbaar gebied bevat. Bij de oprichting van „Plus City" hebben de rechtsvoorgangers van Pfeiffer aan de exploitanten van de verschillende daar gevestigde zaken zeer ruime gebruiksrechten voor de bovengenoemde merken en voor de andere benamingen met het woord „Plus" toegekend. Volgens de huurcontracten dient elke exploitant tevens, bij verwijzing naar „Plus City", het originele logo van het winkelcentrum te voeren.

4. Verweerster in het hoofdgeding, Löwa, drijft in Oostenrijk 139 discountzaken, waar zij soortgelijke waren als de supermarkt van Pfeiffer verkoopt. Löwa is een dochterbedrijf van de Duitse Tengelmann Warenhandelsgesellschaft, die houdster is van het internationale merk „Plus" met rangorde 15 november 1989. Löwa is tevens een zusteronderneming van de Duitse vennootschap „Plus" Warenhandelsgesellschaft, die houdster is van het bij het Oostenrijkse Patentamt ingeschreven woord- en beeldmerk „Plus prima leben und sparen" met rangorde 18 december 1979. Löwa

* Oorspronkelijke taal: Frans.

1 — Ofschoon de verwijzingsbeschikking de benaming „Plus KAUF MARKT" noemt, blijkt uit het dossier, dat het in feite „Plus KAUF PARK" moet zijn.

zelf is houdster van het bij het Oostenrijkse Patentamt ingeschreven woord- en beeldmerk „Pluspunkt" met rangorde 15 april 1994.

5. Tengelmann Warenhandelsgesellschaft en Plus Warenhandelsgesellschaft zijn in de sector discountzaken onder de handelsnaam „Plus" werkzaam in Duitsland, Italië, Spanje, Tsjechië en Hongarije. Tengelmann, de moedermaatschappij, streeft naar een uniform image in heel Europa, hetgeen haar de mogelijkheid zou bieden overal in Europa dezelfde reclame te maken en haar „corporate identity" verder te ontwikkelen.

6. Op grond daarvan begon Löwa in 1994 goederen te verkopen onder de naam „Plus" en de naam van 17 van haar 139 supermarkten in Oostenrijk te veranderen van „Zielpunkt" in „Plus prima leben und sparen", waarvan de grafische vormgeving volledig overeenkomt met het woord- en beeldmerk van haar Duitse zustermaatschappij Plus Warenhandelsgesellschaft.

7. Deze grafische vormgeving verschilt van de door Pfeiffer gebezigde naamaanduiding zowel door verschillende toevoegingen als in optisch opzicht.

8. In het hoofdgeding vordert verzoekster, dat verweerster wordt verboden in de deelstaten Niederösterreich, Oberösterreich en Salzburg detailhandelszaken voor eindverbruikers onder de naam „Plus" — met of zonder andere toevoegingen — te exploiteren en/of daarvoor reclame te maken.

9. De verwijzingsbeschikking vermeldt, dat § 9, lid 1, van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (wet betreffende de oneerlijke mededinging; hierna: „UWG") verbiedt namen, firmanamen of bijzondere aanduidingen van een onderneming zo te gebruiken, dat verwarring kan ontstaan met namen, firmanamen of bijzondere aanduidingen die rechtmatig door een ander worden gebruikt. Luidens lid 3 worden met de bijzondere aanduiding van een onderneming gelijkgesteld ingeschreven merken en kentekens die binnen de betrokken handelskring kenmerkend zijn voor een onderneming, alsmede andere elementen bestemd om de betrokken onderneming te onderscheiden van andere ondernemingen, inzonderheid de presentatie van goederen, hun verpakking en omhulsel, en van zakenpapier.

10. In de Oostenrijkse rechtspraak wordt volgens de verwijzingsbeschikking deze bepaling zo uitgelegd, dat merken en handelsnamen slechts onder de bescherming van § 9 UWG vallen, indien zij onderscheidend vermogen hebben, dat wil zeggen een bijzonder individueel kenmerk dat reeds naar zijn aard de houder kan doen onderscheiden van andere

personen, of indien zij — ongeacht hun originaliteit — door hun algemene bekendheid in de handel onderscheidend vermogen hebben gekregen. Onderscheidend vermogen hebben, volgens Oostenrijkse rechtspraak, vrij bedachte fantasiewoorden en woorden die, hoewel tot het algemeen spraakgebruik behorend, geen verband houden met de goederen waarop zij betrekking hebben, dus die meer zuiver beschrijvend zijn. Een en ander geldt zowel voor woordmerken als voor handelsnamen. Beschrijvende vermeldingen kunnen echter worden beschermd, indien het gaat om een typische, buiten het normale kader vallende kenmerking van een onderneming.

11. Het Handelsgericht Wien meent, met het oog op deze rechtspraak, dat „Plus" als naam van een onderneming die in supermarkten waren van allerlei aard verhandelt — levensmiddelen, maar ook andere waren voor dagelijks gebruik — alleszins origineel en niet louter beschrijvend is en derhalve vatbaar voor bescherming. Zelfs indien dat het slechts een „zwak" teken zou zijn, dat echter ook onder de bescherming van § 9 UWG valt, maar waarbij in beginsel zeer kleine verschillen het gevaar van verwarring kunnen wegnemen, kan een toevoeging als „prima leben und sparen" dit gevaar niet voorkomen, daar zij minder opvallend is en nauwelijks als handelsnaam kan worden opgevat. Ook de verschillende optische voorstelling van de aanduidingen kan verwarring niet verhinderen, omdat een gewone akoestische overeenstemming daartoe ook voldoende is.

12. De verwijzende rechter concludeert hieruit, dat „naar Oostenrijks recht verweersters gebruik van de aanduiding ‚Plus', met of zonder toevoeging, indruist tegen § 9 UWG, daar verzoekster een oudere rangorde heeft".

13. Daar het echter van mening was, dat het overeenkomstig § 9 UWG te geven bevel tot staking het intracommunautaire handelsverkeer ongunstig zou beïnvloeden, heeft het Handelsgericht Wien besloten de procedure te schorsen en het Hof de bovenvermelde vraag te stellen.

De strekking van de prejudiciële vraag

14. Zowel uit het verzoek om een prejudiciële beslissing [2] als uit de schriftelijke opmerkingen van de beide partijen in het hoofdgeding en hun antwoorden op een door het Hof ter terechtzitting gestelde vraag blijkt, dat het in het geding uitsluitend gaat om het eventuele verbod een bepaalde ondernemingsbenaming te gebruiken. Het gaat hier dus niet om gebruik van het woord „Plus" (met of zonder toevoeging) als productmerk. Derhalve is het niet nodig in te gaan op problemen in verband met de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten. [3]

2 — Zie punt 8 supra.
3 — PB 1989, L 40, blz. 1.

15. Om de nationale rechter een antwoord te geven waarmee hij het voor hem hangende geding kan oplossen, kunnen wij ons dan ook beperken tot de uitlegging van de artikelen 30 en 52 van het Verdrag in verband met het conflict tussen twee ondernemingsbenamingen.

16. De nationale rechter vraagt ons ook niet om een oordeel over het gevaar van verwarring tussen die twee aanduidingen. Hij acht dat gevaar hoe dan ook aanwezig. Het Hof stond in het arrest Terrapin [4] voor hetzelfde geval en besliste, dat „ofschoon deze beoordeling [van de verwijzende rechter] tijdens de behandeling is aangevochten, het Hof zich op dit punt niet heeft uit te spreken, aangezien daaromtrent geen vragen zijn gesteld". Anders dan bijvoorbeeld in de zaak SABEL [5], ondervraagt het Handelsgericht ons evenmin over het begrip „gevaar van verwarring" zelf.

17. De vraag van het Handelsgericht Wien moet derhalve aldus worden begrepen, dat het er slechts om te doen is, of in een geval waarin naar het oordeel van een nationale rechter aanleiding bestaat het gebruik van een bijzondere ondernemingsaanduiding wegens voorrang of een gevaar van verwarring te verbieden, de artikelen 30 en/of 52 van het Verdrag de rechter beletten dat verbod uit te spreken, zoals zijn nationaal recht hem dat zou voorschrijven, aangezien de onderneming die aanduiding in andere lidstaten rechtmatig gebruikt.

4 — Arrest van 22 juni 1976 (119/75, Jurispr. blz. 1039, punten 3 en 4).

5 — Arrest van 11 november 1997 (C-251/95, Jurispr. blz. I-6191).

18. Overeenkomstig de wens van de verwijzende rechter zal ik het probleem achtereenvolgens bezien vanuit het gezichtspunt van het vrije verkeer van goederen (artikel 30 e. v.) en vanuit dat van het recht van vestiging (artikel 52 e. v.).

Artikel 30 van het Verdrag

19. Löwa betoogt, dat „bij onbeperkte toepassing van § 9 UWG de vennootschappen die tot eenzelfde concern behoren, in sommige lidstaten andere benamingen zouden moeten gebruiken in gevallen als bedoeld in de prejudiciële vraag. Reclameacties zouden voor de lidstaten van de Europese Gemeenschap niet eenvormig kunnen zijn en het streven bij de concernvennootschappen naar een ‚corporate identity' in de naamsaanduiding — centraal element in reclameafbeeldingen — zou niet duidelijk naar buiten kunnen treden."

20. Het betoog van Löwa komt er in wezen op neer, dat het verbod om in een deel van Oostenrijk dezelfde handelsaanduiding te gebruiken als de tot hetzelfde concern behorende vennootschappen in andere lidstaten, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking is. Door een dergelijk verbod zou het voor het concern immers onmogelijk worden voor de verkoop van zijn producten gebruik te maken van hetzelfde reclameconcept.

21. Om aan te tonen, dat inbreuk zou worden gemaakt op het vrije goederenverkeer indien een globale marketingstrategie moest worden opgegeven, wijst Löwa op het arrest Yves Rocher [6], waarin het Hof overwoog, dat

„een nationale wettelijke regeling die bepaalde vormen van reclame of bepaalde vormen van verkoopbevordering beperkt of verbiedt, ook zonder rechtstreeks voorwaarden voor de invoer te stellen, de omvang daarvan kan beperken doordat zij de mogelijkheden om de ingevoerde producten te verhandelen, ongunstig beïnvloedt. Het feit dat een marktdeelnemer gedwongen is, in de diverse lidstaten verschillende methoden van reclame of verkoopbevordering te hanteren of een door hem bijzonder doeltreffend geachte methode op te geven, kan een invoerbelemmering opleveren, ook indien een dergelijke regeling zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde producten."

22. Volgens Löwa zou een ingrijpen in de marketingmogelijkheden, ook na het arrest Keck en Mithouard [7], een beperking van het vrije goederenverkeer in de zin van artikel 30 van het Verdrag opleveren. Noch het arrest Keck en Mithouard noch het arrest in de zaak Hünermund e. a. [8] betroffen, aldus Löwa, het juridisch onderzoek naar de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een nationale verbodsbepaling die de uitvoering van een eenvormige reclameactie op gemeenschapsniveau zou belemmeren of bemoeilijken. Omgekeerd, zo zegt Löwa, zou het Hof in het arrest Mars [9], onder verwijzing naar zijn rechtspraak Keck en Mithouard, onomwonden hebben verklaard, dat een verbod dat het in het verkeer brengen in een lidstaat betreft van producten met dezelfde reclamevermeldingen als in andere lidstaten rechtmatig worden gebruikt, zelfs als het verbod op alle producten van toepassing is, de intracommunautaire handel belemmert. Door een dergelijk verbod „kan de importeur zich immers genoodzaakt zien, de aanbiedingsvorm van zijn producten voor elke plaats waar hij ze in de handel brengt, te wijzigen, waardoor hij voor extra verpakkings- en reclamekosten komt te staan". [10]

23. Löwa leidt hieruit af, dat „dit eveneens het geval is met een in casu op § 9 UWG steunend verbod dat een concern belet in de lidstaten van de Europese Gemeenschap onder een eenvormige vestigingsaanduiding op te treden (...)". Derhalve zou artikel 30 van het Verdrag van toepassing zijn.

24. Het betoog van Pfeiffer gaat vooral uit van de rechtspraak van het Hof in aansluiting op het arrest Keck en Mithouard. § 9 UWG zou „als nationale bepaling, die uitsluitend de verkoopmodaliteiten en niet de producten betreft, en die zonder onderscheid van toepassing is op alle marktdeelnemers die op het

6 — Arrest van 18 mei 1993 (C-126/91, Jurispr. blz. I-2361).

7 — Arrest van 24 november 1993 (C-267/91 en C-268/91, Jurispr. blz. I-6097).

8 — Arrest van 15 december 1993 (C-292/92, Jurispr. blz. I-6787).

9 — Arrest van 6 juli 1995 (C-470/93, Jurispr. blz. I-1923).

10 — Punt 13.

nationale grondgebied activiteiten ontplooien", verenigbaar zijn met artikel 30 van het Verdrag.

25. Pfeiffer merkt voorts op, dat het streven van Löwa naar een eenvormig reclameconcept in de lidstaten van de Europese Gemeenschap en haar pogingen om een „corporate identity" te kweken, in conflict komen met de industriële eigendom. Importverboden en -beperkingen die hun rechtvaardiging vinden in de bescherming van de industriële eigendom, zijn volgens Pfeiffer toegelaten, onder het uitdrukkelijk voorbehoud dat zij geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen lidstaten vormen.

26. De Commissie meent harerzijds, dat artikel 30 van het Verdrag zich niet verzet tegen een bepaling als die van § 9 UWG, „want indien ingevolge de rechtspraak Keck verkoopmodaliteiten zijn uitgesloten van de werkingssfeer van artikel 30, geldt dit a fortiori voor bepalingen die geen enkele verkoopmodaliteit van enigerlei aard voorschrijven". Volgens de Commissie „vallen onder verkoopmodaliteiten met name bepalingen betreffende plaatselijke en seizoenvoorwaarden en andere voorwaarden — zoals de beperking van het verkoopnet — waaronder de goederen kunnen worden aangeboden en waarin nationale en regionale sociaal-culturele eigenaardigheden tot uiting komen". [11] Naar het oordeel van de Commissie doen die voorwaarden zich niet voor bij § 9, lid 1, UWG.

27. Overigens wijst de Commissie erop, dat de toepassing van een nationale bepaling die geen enkel verband houdt met de in- of uitvoer van goederen, volgens het Hof niet onder de artikelen 30 en volgende van het Verdrag valt. [12] Dit is hier zeker het geval, aangezien de betrokken bepaling van § 9, lid 1, UWG noch ten doel noch tot gevolg heeft het grensoverschrijdend goederenverkeer te regelen. Verweerster, die reeds in Oostenrijk is gevestigd, blijft, onafhankelijk van haar handelsbenaming, de mogelijkheid behouden goederen in Oostenrijk in te voeren en te verkopen.

28. Mijnerzijds stel ik voor, het standpunt van Pfeiffer en de Commissie te volgen. Ik kan mij namelijk niet indenken, dat het verbod om een handelsbenaming te gebruiken, een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking oplevert, omdat het enkel om de aanduiding van een *onderneming* gaat.

11 — Zie bijvoorbeeld arrest van 20 juni 1996, Semeraro Casa Uno e. a. (C-418/93— C-421/93, C-460/93— C-462/93, C-464/93, C-9/94— C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 en C-332/94, Jurispr. blz. I-2975, punt 25).

12 — Zie arrest van 7 mei 1997, Pistre e. a. (C-321/94— C-324/94, Jurispr. blz. I-2343, punt 44).

29. Het Hof heeft immers in (en na) het arrest Keck en Mithouard geoordeeld:

„dat als door artikel 30 verboden maatregelen van gelijke werking zijn aan te merken belemmeringen van het vrije goederenverkeer, die, bij gebreke van harmonisatie van de wettelijke regelingen, voortvloeien *uit de toepassing op goederen* uit andere lidstaten, waar zij rechtmatig zijn vervaardigd en in de handel gebracht, van *voorschriften betreffende de voorwaarden waaraan die goederen moeten voldoen* [zoals voorschriften met betrekking tot (...) hun aanbiedingsvorm, hun etikettering of hun verpakking], ook indien die voorschriften zonder onderscheid op alle producten van toepassing zijn, wanneer die toepassing niet kan worden gerechtvaardigd door een doel van algemeen belang, dat zou moeten voorgaan boven de eisen van het vrije goederenverkeer".

30. Echter „kan als een maatregel die de handel tussen de lidstaten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren (...), niet worden beschouwd de toepassing op producten uit andere lidstaten van nationale bepalingen die bepaalde verkoopmodaliteiten aan banden leggen of verbieden, mits die bepalingen van toepassing zijn op alle marktdeelnemers die op het nationale grondgebied activiteiten ontplooien, en mits zij zowel rechtens als feitelijk dezelfde invloed hebben op de verhandeling van nationale producten en op die van producten uit andere lidstaten.

Wanneer aan die voorwaarden is voldaan, heeft immers de toepassing van dergelijke regelingen op de verkoop van producten uit een andere lidstaat, die aan de door die staat vastgestelde voorschriften voldoen, niet tot gevolg, dat voor die producten de toegang tot de markt wordt verhinderd of meer wordt bemoeilijkt dan voor nationale producten het geval is. Die regelingen vallen derhalve niet binnen de werkingssfeer van artikel 30 EEG-Verdrag."

31. In casu hebben wij niet te maken met een nationale bepaling betreffende de voorwaarden waaraan goederen moeten voldoen, of die de verhandeling van goederen tussen lidstaten beoogt te regelen.

32. Het is een bepaling die de verhandeling van producten uit andere lidstaten niet anders beïnvloedt dan de verhandeling van nationale producten.

33. Zeker zou het verbod een bepaalde ondernemingsaanduiding te gebruiken, een verdere groei van de omzet, dus ook de omzet in producten uit andere lidstaten, eventueel kunnen remmen naarmate ondernemingen van een zelfde concern daardoor de mogelijkheid wordt ontnomen een eenvormig reclameconcept te hanteren in alle lidstaten waar het concern opereert. Dit is echter geen omstandigheid die dat verbod onder de definitie van

maatregelen van gelijke werking kan doen vallen, aangezien het verbod de aanduiding van de betrokken onderneming treft en niet de door haar gevoerde goederen.

34. Dit is ook de reden waarom het argument dat Löwa aan het arrest Mars wil ontlenen, niet kan worden aanvaard. Dit arrest gaat immers over beperkingen van het vrije goederenverkeer als gevolg van het verbod bepaalde reclamevermeldingen op de verpakking van *producten* te gebruiken. Zoals echter hierboven uiteengezet, is in casu alleen de benaming van twee ondernemingen in geding en niet het merk of de merken waarvan de ene of de andere onderneming haar producten voorziet.

35. Voorts lijkt het arrest Yves Rocher mij niet ter zake te doen, en wel om drie redenen. Allereerst bevinden wij ons hier niet tegenover een „wettelijke regeling die bepaalde vormen van reclame beperkt of verbiedt". Dat het Löwa onmogelijk is bepaalde door de moedermaatschappij voor andere markten ontwikkelde reclamevormen te gebruiken, is slechts het indirecte gevolg van bepalingen ter bescherming van de industriële eigendom.

36. In de tweede plaats ben ik met R. Joliet [13] van mening, dat het arrest Yves Rocher een „verkoopmodaliteit" betreft en sinds het arrest Keck en Mithouard is achterhaald.

37. Ten slotte is een regel als die van § 9 UWG zelfs geen verkoopmodaliteit. De voormelde redenering a fortiori van de Commissie moet derhalve worden aanvaard.

38. Daarmee kom ik tot de conclusie, dat het verbod een bepaalde ondernemingsaanduiding te gebruiken, buiten de werkingssfeer van artikel 30 van het Verdrag valt. Ten overvloede zij nog opgemerkt, dat zelfs al zou een bepaling als § 9 UWG neerkomen op een maatregel van gelijke werking, zij onder de ontheffing van artikel 36 van het Verdrag zou zijn te brengen. Daar zij zonder onderscheid van toepassing is op ondernemingen met Oostenrijks kapitaal en ondernemingen met buitenlands kapitaal, kan zij niet worden gezien als een „middel tot willekeurige discriminatie". Evenmin vormt zij „een verkapte beperking van de handel tussen lidstaten", omdat zij, zoals gezegd, de verhandeling van producten uit andere lidstaten niet anders beïnvloedt dan de verhandeling van nationale producten.

Artikel 52 van het Verdrag

39. De prejudiciële vraag is er tevens erop gericht te vernemen, of artikel 52 van het Ver-

13 — R. Joliet, „La libre circulation des marchandises: l'arrêt Keck et Mithouard et les nouvelles orientations de la jurisprudence", in *Journal des Tribunaux — Droit européen*, 20 oktober 1994, nr. 12, blz. 145 e. v.

drag zich in omstandigheden als in casu, verzet tegen het verbod aan een onderneming om een bepaalde naamsaanduiding te gebruiken.

40. Volgens verzoekster in het hoofdgeding, Pfeiffer, wordt de in de artikelen 52 en volgende van het Verdrag neergelegde fundamentele vrijheid niet geraakt door de betrokken nationale bepaling. De vraag of inbreuk op die vrijheid wordt gemaakt, doet zich zelfs niet voor.

41. Pfeiffer merkt op, dat het aan de vrijheid van vestiging inherente nondiscriminatiebeginsel elke ongelijke behandeling op grond van nationaliteit bij het beginnen en uitoefenen van een zelfstandige economische activiteit in een andere lidstaat verbiedt. Alleen formeel discriminerende nationale regels, dat wil zeggen regels die uitgaan van de nationaliteit en openlijk en welbewust eigen onderdanen en buitenlanders verschillend behandelen wegens hun verschillende nationaliteit, zijn ongeoorloofd. Doch het rechtsgevolg van § 9 UWG geldt, aldus Pfeiffer, zonder onderscheid voor buitenlanders en eigen onderdanen.

42. Voor zover de vrijheid van vestiging — vooral na de jongste rechtspraak van het Hof — ook deels zou worden uitgelegd als een verbod om beperkingen in te voeren, houdt zij, zo zegt Pfeiffer, toch nog geen algemeen verbod in, in tegenstelling tot hetgeen het geval is bij het vrije verkeer van goederen. Beperkingen van de vrijheid van artikel 52 van het Verdrag ter wille van de commerciële en intellectuele eigendom zijn altijd toegelaten geweest. De peilers en criteria van de vrijheid van vestiging — dat wil zeggen het verlof tot feitelijke uitoefening van een zelfstandige economische activiteit — in een andere lidstaat, met een vaste vestiging, voor onbepaalde tijd — worden door § 9 UWG beperkt noch verboden.

43. Volgens verweerster in het hoofdgeding, Löwa, zou „een verbod van een ondernemingsbenaming de vrijheid van vestiging in de zin van de artikelen 52 en 58 van het Verdrag, van de moedermaatschappij eveneens ontoelaatbaar beperken". Zij haalt hiertoe het arrest Gebhard [14] aan, waarin het Hof verklaarde:

„Het is evenwel vaste rechtspraak van het Hof, dat nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden moeten voldoen: zij moeten zonder discriminatie worden toegepast, zij moeten hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang, zij moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, en zij mogen niet verder gaan dan nodig is voor het bereiken van dat doel."

14 — Arrest van 30 november 1995 (C-55/94, Jurispr. blz. I-4165, punt 37).

44. Onder toepassing van deze beginselen op de omstandigheden van de onderhavige zaak betoogt Löwa, dat „een beperking is gelegen in het feit, dat een (in casu Duitse) onderneming, die als gevolg van grensoverschrijdende reclame en grensoverschrijdend koopgedrag onder haar handelsnaam ook in de naburige lidstaat (te weten Oostenrijk) bekend is en die om voor de hand liggende redenen streeft naar een homogene marketingstrategie in heel Europa, in haar kans op slagen op die nabuurmarkt wordt gedwarsboomd doordat haar het gebruik van het elders vast ingevoerde en ook op de nabuurmarkt niet onbekende teken wordt ontzegd". Löwa meent ten slotte, dat het verbod onevenredig is, omdat er geen (werkelijk) gevaar van verwarring bestaat. Immers „er moet een werkelijk gevaar van verwarring bestaan, dat zoveel gewicht in de schaal legt, dat een dergelijke beperking van de vrijheid van vestiging gerechtvaardigd is".

45. De Commissie meent, dat de artikelen 52 en volgende niet in de weg staan aan een bepaling als die van § 9, lid 1, UWG. Nationale bepalingen betreffende handelsnamen of -aanduidingen kunnen stellig van invloed zijn op de vrijheid van vestiging, wanneer bijvoorbeeld voor het voeren van een handelsnaam een speciale vergunning als voorwaarde wordt gesteld of wanneer die vergunning slechts onder bijzondere voorwaarden — van taalkundige of overeenkomstige aard — wordt verleend. De bepaling van § 9, lid 1, UWG bevat echter geen enkele rechtstreekse regeling van dien aard betreffende het „indien" en/of het „hoe" van de vestiging. Zij raakt de vrijheid van vestiging dan ook niet, althans niet in voldoende mate.

46. Ook al zou men de artikelen 52 en 58 van het Verdrag zo willen uitleggen, dat bepalingen als die van § 9, lid 1, UWG in de sfeer van de vrijheid van vestiging vallen, dan kan volgens de Commissie uit de verwijzingsbeschikking geenszins worden afgeleid, dat die bepaling, de desbetreffende rechtspraak of de feitelijke toepassing van die bepaling een al dan niet rechtstreekse discriminatie teweegbrengt tussen Oostenrijkse ondernemingen en ondernemingen die zich in Oostenrijk vestigen.

47. De omstandigheden van het geval in aanmerking genomen, is de Commissie van mening, dat het recht van een onderneming om voor haar dochterondernemingen een bepaalde handelsaanduiding te gebruiken, niet onder de vrijheid van vestiging valt.

48. De Commissie wijst erop, dat rekening moet worden gehouden met het feit dat verweerster reeds in Oostenrijk was gevestigd, toen zij in 1994 de naam van 17 van haar dochterondernemingen wijzigde van „Zielpunkt" in „Plus prima leben und sparen".

49. De redenering van de Commissie acht ik overtuigend.

50. Het gaat hier om een vennootschap naar Oostenrijks recht met Duits kapitaal die al jarenlang 139 discountzaken in Oostenrijk

heeft, waarvan 122 onder de naam „Zielpunkt" werken en 17 in de laatste jaren zijn omgedoopt in „Plus prima leben und sparen".

51. Het ging de vennootschap dus kennelijk voor de wind, ondanks het feit dat haar kapitaal in handen van een Duitse moedermaatschappij was. § 9, lid 1, UWG is de enige Oostenrijkse wetsbepaling die hier in geding is. Maar zoals de Commissie zeer terecht opmerkt, bevat deze bepaling geen rechtstreekse regeling over het „indien" en/of het „hoe" van de vestiging.

52. Pas toen Löwa de naam van sommige van haar winkels wilde gaan wijzigen, stuitte zij op verzet van een andere firma, die een recht van voorrang op een soortgelijke naam claimde.

53. Dat verzet tegen Löwa houdt geen enkel verband met het feit dat haar kapitaal in handen is van een Duitse moedermaatschappij. Uit niets valt af te leiden, dat een vennootschap met uitsluitend Oostenrijks kapitaal, die het woord „Plus" ook had willen gebruiken, niet hetzelfde verzet zou hebben ontmoet.

54. De door Löwa genoemde redenen om de naam van haar winkels te veranderen (internationale ontwikkeling van haar „corporate identity", publiciteitscampagnes in verscheidene landen), staan mijns inziens evenmin in genoegzaam verband met het beginsel van vrijheid van vestiging. De vennootschap is daarbij uitgegaan van eventuele mogelijkheden haar omzet te verhogen door gebruik te maken van een in nabuurlanden en bij Oostenrijkse bezoekers van die landen welbekende naam.

55. Doch geen enkele bepaling van gemeenschapsrecht verplicht de lidstaten, alles te doen om de meest veelbelovend geachte handelsstrategie van aldaar gevestigde firma's waarvan het kapitaal in handen is van onderdanen van andere lidstaten, zoveel mogelijk te bevorderen, onder meer door hun nationale wetgeving inzake de industriële eigendom opzij te zetten.

56. Volgens artikel 52 van het Verdrag immers omvat de vrijheid van vestiging „de toegang tot werkzaamheden anders dan in loondienst en de uitoefening daarvan alsmede de oprichting en het beheer van ondernemingen, en met name van vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58, overeenkomstig de bepalingen welke door de wetgeving van het land van vestiging voor de eigen onderdanen zijn vastgesteld".

57. De door verweerster in het hoofdgeding aangehaalde passage uit het arrest Gebhard, waar gesproken wordt van „nationale maat-

regelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken", kan aanleiding geven tot verwarring, zoals het betoog van Löwa doet zien, en zou dan ook zeker winnen bij enige verduidelijking.

58. Men mag immers niet verzeild raken in een situatie waarin de lidstaten bij wijze van „dwingend vereiste" verplicht zouden zijn allerlei bepalingen van hun wetgeving te rechtvaardigen, bijvoorbeeld hun hogere tarieven bij vennootschapsbelasting of BTW, de noodzaak om de nationale taal te bezigen in het verkeer met de overheid of het beginsel dat een eerder gedeponeerd merk of een eerder gebruikte handelsnaam voorrang heeft, zulks telkens wanneer een marktdeelnemer zou stellen, dat een dergelijke bepaling de vrijheid van vestiging minder aantrekkelijk maakt.

59. Pas als een nationale regeling voldoende nauw verband houdt met de vrijheid van vestiging, zou zij gerechtvaardigd moeten kunnen worden in de zin van artikel 52. Met de Commissie meen ik, dat dit niet het geval is met § 9, lid 1, UWG.

60. Voor het geval het Hof deze mening niet zou delen, zal ik de onderhavige zaak thans bezien in het licht van de rechtspraak, volgens welke belemmeringen bij de uitoefening van de vrijheid van vestiging slechts aanvaardbaar zijn, indien de nationale maatregelen die de uitoefening van de in het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheden kunnen belemmeren of minder aantrekkelijk kunnen maken, aan vier voorwaarden voldoen.

61. In de eerste plaats moeten die maatregelen zonder discriminatie worden toegepast. Ongetwijfeld is dit het geval met § 9 UWG. Deze bepaling geldt immers zowel voor nationale ondernemingen als voor ondernemingen die zich in Oostenrijk willen vestigen. Bovendien blijkt uit het dossier nergens, dat de toepassing ervan in de praktijk buitenlandse ondernemingen benadeelt tegenover nationale ondernemingen.

62. In de tweede plaats moeten de betrokken maatregelen hun rechtvaardiging vinden in dwingende redenen van algemeen belang. Blijkens het arrest Coditel e. a. [15] heeft het Hof, als dwingende reden van algemeen belang, beperkingen aanvaard die voortvloeien uit de toepassing van de nationale wetgevingen tot bescherming van de intellectuele eigendom. Ook al heeft het Hof zich in dit arrest uitgesproken over de wettigheid van de bescherming van de intellectuele eigendom om een beperking van *het vrij verrichten van diensten* te rechtvaardigen, dit neemt niet weg, dat hier eveneens een dwingende reden van alge-

15 — Arrest van 18 maart 1980 (62/79, Jurispr. blz. 881, punt 15).

meen belang aanwezig moeten worden geacht, waaraan bescherming toekomt in geval van een beperking van *de vrijheid van vestiging*.

63. Wat, in de derde plaats, de voorwaarde betreft, dat de nationale maatregel geschikt moet zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde doel te waarborgen, merk ik op, dat de bescherming van de bijzondere ondernemingsbenaming, die voorrang geniet, beoogt te voorkomen dat tussen twee ondernemingen met een soortgelijke benaming een zodanig gevaar van verwarring ontstaat, dat een van die ondernemingen onbehoorlijk profiteert van de overeenkomst tussen de twee benamingen. Dit doel wordt zeker bereikt door het verbod een benaming te gebruiken die al eerder geldig is gedeponeerd.

64. Rest dan nog de vraag, of een dergelijk verbod voldoet aan de vierde voorwaarde van de rechtspraak, namelijk dat het niet verder gaat dan nodig is voor het bereiken van het beoogde doel.

65. Dienaangaande moet als belangrijk element in aanmerking worden genomen, dat Pfeiffer zijn vordering dot drie deelstaten van de Republiek Oostenrijk beperkt. Een voor het hele nationale grondgebied werkend verbod is immers onevenredig te achten, waar de te beschermen onderneming slechts op regionale of plaatselijke schaal opereert.

66. De omvang van het geografisch gebied waarvoor een verbod zou kunnen worden opgelegd, is overigens een feitelijke vraag die de nationale rechter dient uit te maken.

67. Löwa stelt ook nog, dat het door Pfeiffer verlangde verbod verder gaat dan nodig is om het beoogde doel te bereiken, omdat er in feite geen gevaar van verwarring bestaat tussen de twee ondernemingsbenamingen.

68. Dit argument vormt de kern van het hoofdgeding. Doch zoals reeds gezegd, het Handelsgericht vraagt ons niet te beslissen, of er in casu een gevaar van verwarring bestaat, noch om de inhoud van het begrip gevaar van verwarring in het gemeenschapsrecht te verduidelijken. Het acht dit gevaar aanwezig.

69. Löwa is daarmee echter niet tevreden. Zij wil, dat het Hof de stelling aanvaardt, dat het begrip gevaar van verwarring niet ter discretie van de nationale rechter staat en dat het naar gemeenschapsrecht eng wordt uitgelegd. Zij beoogt de nationale rechter hiermee te dwingen, ervan uit te gaan dat er geen gevaar van verwarring bestaat. Löwa betoogt, dat, gezien de bij richtlijn 89/104 tot stand gebrachte harmonisatie van het merkenrecht, uit hoofde van zowel het verdragsrecht als het afgeleide gemeenschapsrecht de doelstelling van de Europese wetgever om ook op dit

gebied de interne markt volledig te verwezenlijken, in aanmerking moet worden genomen. Om dit doel te bereiken, kunnen begrippen als mogelijkheid van verwarring volgens Löwa niet ruim worden geïnterpreteerd. Ook al heeft de richtlijn alleen betrekking op merken, terwijl het in casu gaat om de beoordeling van het conflict tussen twee ondernemingsbenamingen, toch dient men voor alle tekens uit te gaan van een in beginsel eenvormig begrip gevaar van verwarring. Löwa wijst er in het bijzonder op, dat zijzelf evenzeer als Pfeiffer de in geding zijnde benamingen altijd bezigt met toevoegingen die het gevaar van verwarring volgens haar verminderen, zo niet wegnemen.

70. Pfeiffer baseert zich harerzijds op de door het Hof ontwikkelde rechtspraak over merken in verband met de artikelen 30 en 36 van het Verdrag, en in het bijzonder op het arrest Deutsche Renault [16], volgens hetwelk op merkengebied de nationale rechter het gevaar van verwarring heeft te beoordelen. Wat geldt voor de verpakking van een koopwaar, dient volgens Pfeiffer ook te gelden voor de benaming van een onderneming. De naam van een supermarkt die verwarring kan scheppen, moet evenzeer zijn verboden als bepaalde verwarringscheppende producten.

71. Evenals Pfeiffer meen ik wel, dat de vraag of er een werkelijk „gevaar van verwarring" bestaat, een feitelijke vraag is, die de nationale rechter dient te beoordelen. Het is zaak hier tewerk te gaan naar analogie met de op de voet van artikel 36 van het Verdrag ontwikkelde rechtspraak inzake merken en zich daarbij te richten naar, bijvoorbeeld, het genoemde arrest Deutsche Renault, waarin het Hof verklaarde, dat het vastleggen van de criteria om uit te maken of er al dan niet verwarringsgevaar bestaat, tot de modaliteiten van de bescherming van het merkrecht behoort, die worden bepaald door het nationale recht. [17] In antwoord op de vraag of het begrip gevaar van verwarring in enge zin moest worden uitgelegd, heeft het Hof toen voorts geoordeeld, dat „het gemeenschapsrecht niet verplicht tot een enge uitlegging van het begrip verwarringsgevaar". [18]

72. Het Hof, de advocaat-generaal te dezen volgend, rechtvaardigt deze conclusie aldus:

„het merkrecht als uitsluitend recht en de bescherming tegen tekens die tot verwarring aanleiding kunnen geven, zijn in feite twee zijden van een medaille: een beperking of uitbreiding van de omvang van de bescherming tegen het verwarringsgevaar betekent niets anders dan een beperking of uitbreiding van de draagwijdte van het merkrecht. Beide

16 — Arrest van 30 november 1993 (C-317/91, Jurispr. blz. I-6227).

17 — Punt 31.

18 — Punt 32.

aspecten moeten dus door een en dezelfde uniforme rechtsbron — thans dus het nationale recht — worden geregeld." [19]

73. Wel herinnert het Hof eraan, dat het nationale recht gebonden is aan de door artikel 36, tweede zin, van het Verdrag gestelde grenzen. [20] Volgens deze bepaling mogen de invoerverboden of -beperkingen die zijn gerechtvaardigd uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom, „geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen".

74. Het wijst er in het bijzonder op, dat de vraag of gebruik van de woorden „quattro" en „Quadra" in samengestelde benamingen zoals „Audi quattro" en „Espace Quadra" volstaat om verwarringsgevaar uit te sluiten, ondanks de hoge graad van bekendheid die de aanduiding „quattro" mogelijk heeft, ter beoordeling staat van de nationale rechter.

75. Bij toepassing van deze redenering op de onderhavige zaak kan evenzo worden gesteld, dat de beschermingsmodaliteiten van het recht op een bepaalde ondernemingsaanduiding, waarvan het begrip mogelijkheid of gevaar van verwarring deel uitmaakt, in afwachting van een harmonisatie in het gemeenschapsrecht, zaak zijn van het nationale recht.

76. Bijgevolg moet de vraag of gebruik door Löwa van de bijzondere aanduiding „Plus", met of zonder toevoeging, verwarring kan scheppen met de sinds 1969 door Pfeiffer gebruikte benaming, aan het oordeel van de nationale rechter worden overgelaten.

77. Als samenvatting van mijn mening over het argument dat Löwa ontleent aan de vierde voorwaarde van de in 's Hofs rechtspraak gestelde imperatieve vereisten, volsta ik met de vaststelling, dat een verbod aan Löwa om de litigieuze ondernemingsbenaming te gebruiken, niet onevenredig is ten opzichte van het beoogde doel, zodra de nationale rechter tot de conclusie komt (of daarbij blijft), dat inderdaad sprake is van een gevaar van verwarring.

78. Op grond van een en ander meen ik, dat artikel 52 van het Verdrag niet in de weg staat aan een verbod om een bijzondere ondernemingsbenaming te gebruiken in omstandigheden als die van het hoofdgeding.

19 — Punt 31.
20 — Punt 33.

Conclusie

79. Afsluitend geef ik het Hof in overweging de vraag van het Handelsgericht Wien te beantwoorden als volgt:

„De artikelen 30 en 52 EG-Verdrag moeten aldus worden uitgelegd, dat zij in omstandigheden als in casu, niet in de weg staan aan de toepassing van nationale bepalingen die met betrekking tot ondernemingsbenamingen die gevaar van verwarring opleveren, voorschrijven dat de oudste wordt beschermd, en die derhalve een onderneming verbieden in drie Oostenrijkse deelstaten gebruik te maken van een benaming die tot hetzelfde concern behorende ondernemingen in andere lidstaten rechtmatig gebruiken."