CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL J.-P. WARNER VAN 31 MAART 1976 [1]

Inhoud

Inleiding 850

Toelaatbaarheid van het bewijsmateriaal 851

Voorgeschiedenis van de COLUMBIA-handelsmerken 853

De merken in geding 855

De aan het Hof gestelde vragen 856

De verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen 857

De verdragsbepalingen inzake de mededinging 859
Artikel 86 859
Artikel 85 860

Conclusie 863

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Inleiding

De drie onderhavige verzoeken om een prejudiciële beslissing krachtens artikel 177 EEG-Verdrag zijn afkomstig van respectievelijk de Chancery Division of the High Court of Justice of England and Wales, de Sø- og Handelsretten te Kopenhagen en het Landgericht te Keulen. Gemakshalve zal ik spreken van „de Engelse zaak", „de Deense zaak" en „de Duitse zaak".

Verzoekster in elk van de drie nationale hoofdgedingen is EMI Records Limited, een 100 % dochteronderneming van EMI Limited. Zowel EMI Records Limited als EMI Limited zijn Engelse vennootschappen.

Verweerster is telkens de plaatselijke dochteronderneming van de Amerikaanse vennootschap CBS Inc., namelijk CBS United Kingdom Limited in de Engelse zaak, CBS Records ApS (voorheen CBS Grammofon A/S) in de Deense zaak en CBS Schallplatten GmbH in de Duitse zaak.

De feiten zijn als volgt samen te vatten.

Na een reeks gebeurtenissen en transacties die teruggaan tot 1894 — hierop zal ik nog terugkomen — is EMI Records Limited thans in een groot aantal landen in Europa, Afrika, Azië en Australazië de rechthebbende op alle handelsmerken voor grammofoonplaten, bestaande uit of bevattende de naam „Columbia". Bij deze landen zijn alle Lid-Staten van de Gemeenschap, uitgezonderd Frankrijk waar bedoelde merken toebehoren aan een andere dochteronderneming van EMI Limited. CBS Inc. heeft Columbia-merken in de VS, in de overige Noord- en Zuidamerikaanse landen en in nog enkele andere landen.

Zowel EMI Records Limited en andere dochterondernemingen van EMI Limited

1 — Vertaald uit het Engels.

als CBS Inc. met haar dochterondernemingen vervaardigen en verkopen grammofoonplaten op grote schaal. Elk concern verkoopt in de landen waar het over het merk Columbia beschikt, grammofoonplaten goeddeels onder dat merk, zij het ook onder andere merken. Tót de gebeurtenissen waaruit de onderhavige gedingen zijn voortgekomen, verkocht elk concern in die landen waar het niet over het Columbia-merk beschikt, zijn platen onder een ander merk. Zo deed het CBS-concern dit in de Gemeenschap onder het merk „CBS".

In sommige gevallen heeft het CBS-concern echter in het Verenigd Koninkrijk, Denemarken en Duitsland platen ingevoerd, die in Amerika waren vervaardigd en zowel op de middenlabel als op de hoes waren voorzien van het merk Columbia. Soms was dit merk dan overgeplakt, gewoonlijk met een CBS-merksticker (blijkens specimens die de Sø- og Handelsretten heeft overgelegd), maar soms ook niet, met name niet op de middenlabel. Juist dit soort verkopen onder het zichtbaar Columbia-merk heeft aanleiding gegeven tot de onderhavige gedingen.

In de verwijzingsbeschikking in de Engelse zaak wordt het Hof te verstaan gegeven dat volgens Engels recht EMI Records Limited sterk staat in haar merkinbreukactie tegen CBS United Kingdom Limited en daarmee ook in haar vordering om de vervaardiging en verkoop van aldus gemerkte platen door CBS United Kingdom Limited te doen staken. Blijkens de overwegingen van de verwijzende rechter zou CBS United Kingdom Limited onder het Engelse recht alleen een vrijwillig dulden van EMI Records Limited kunnen pleiten, daar het recht van EMI op het handelsmerk evenals de inbreuk hierop van CBS United Kingdom Limited was komen vast te staan.

In de Deense zaak is bij de verwijzingsbeschikking een interlocutoir gevoegd, volgens hetwelk naar Deens recht CBS Records ApS zich niet met vrucht kan verweren tegen de inbreukactie van EMI Records Limited.

Ook in de Duitse zaak volgt uit de verwijzingsbeschikking dat krachtens het Duitse recht alleen EMI Records Limited het merk Columbia in Duitsland mag gebruiken en aan anderen het gebruik daarvan mag ontzeggen.

In alle drie gevallen voert verweerster echter aan dat, gelet op de voorgeschiedenis van het Columbia-merk en vooral de wijze waarop de merkrechten territoriaal verdeeld kwamen te liggen tussen het EMI-concern en het CBS-concern, EMI Records Limited deze rechten niet mag inroepen om CBS te beletten platen onder dit merk vanuit de VS in respectievelijk het Verenigd Koninkrijk, Denemarken en Duitsland te importeren, daar dit in strijd zou zijn met het Gemeenschapsrecht.

Die voorgeschiedenis zullen wij derhalve nader te hebben bezien. De hierover aan het Hof voorgelegde gegevens zijn van tweeërlei aard. Enerzijds het feitenmateriaal in de verwijzingsbeschikkingen en anderzijds een grote hoeveelheid bewijsmateriaal van CBS United Kingdom Limited, CBS Records ApS, CBS Schallplatten GmbH, EMI Records Limited (als bijlagen bij haar schriftelijke opmerkingen in de Duitse zaak) en de Commissie.

Toelaatbaarheid van het bewijsmateriaal

Er is een verschil van mening gerezen over de vraag, of en in hoeverre en voor welk doel U dit bewijsmateriaal mag toelaten.

Het lijkt mij goed dit punt allereerst te behandelen.

Daarbij gelden drie belangrijke beginselen.

Ten eerste is er geen enkele regel die het Hof bij een prejudiciële procedure be-

perkt in de bewijstoelating. Dit volgt duidelijk uit artikel 103, par. 1, van het Reglement voor de procesvoering, waarin de bepalingen van artikel 44 en volgende op die procedure van toepassing worden verklaard, dus met name ook de artikelen 45 tot en met 53 inzake de maatregelen van instructie. Er kunnen zich immers gevallen voordoen waarin het Hof nader bewijs behoeft, bij voorbeeld in een geding waarin de geldigheid van een Gemeenschapshandeling wordt aangevochten op grond van de materiële onjuistheid van het uitgangspunt dier handeling. Ook is het in het verleden meermalen dienstig gebleken om ter aanvulling of verheldering van de in de verwijzingsbeschikking weergegeven feiten een nadere bewijslevering toe te laten of te gelasten voor een beter begrip van de voorgelegde vragen.

Ten tweede geldt wèl de regel dat 's Hofs rechtspraak krachtens artikel 177 is beperkt tot aangelegenheden van Gemeenschapsrecht. Het Hof mag dit recht niet toepassen op de feiten van een bepaald geval. Dat wil zeggen dat het Hof geen beslissing mag geven in feitelijke kwesties die van belang zijn niet voor de vinding maar voor de toepassing van dat recht. Zo werden in de onderhavige zaken vooral door de verweersters tal van gegevens verstrekt over de bedrijfsstructuur van het CBS-concern, de afzetproblemen in Europa, de economie van de platenfabricage voor die markt (speciaal quadrofonische platen), de kosten van overplakking en de mogelijkheid dat platen door dit overplakken onaantrekkelijk en daarmee onverkoopbaar worden, de kwaliteit van CBS-platen ten opzichte van EMI-platen, enzovoort. Tenzij bedoeld om bij het Hof medeleven te wekken, was dit alles mijns inziens vooral toegespitst op de vraag of het merkgebruik door EMI Records Limited in feite neerkwam op een concurrentiebeperking binnen de gemeenschappelijke markt. Of die vraag hier ter zake doet, zult U moeten uitmaken. Hierop kom ik nog terug. Maar als die vraag ter zake doet, dan lijkt mij de beantwoording ervan duidelijk een zaak van de betrokken nationale rechters.

Ten derde geldt ook de regel dat het Hof in een prejudiciële procedure de perken van de door de nationale rechter gestelde vragen niet te buiten kan gaan. Het Hof kan niet antwoorden op een vraag die niet gesteld is. Dit wil niet zeggen dat het Hof strikt is gebonden aan de formulering van de vraag door de nationale rechter. Zo heeft het Hof in het verleden ook verwijzingsbeschikkingen die geen specifieke vraag inhielden, toch ontvankelijk verklaard en uitspraak gedaan over de in het feitenrelaas vervatte vragen van Gemeenschapsrecht. In andere gevallen waarin de nationale rechter wel vragen had gesteld, die echter geen zuivere vragen van Gemeenschapsrecht waren maar eigenlijk de toepassing van dat recht betroffen, vaak in relatie tot nationaal recht, heeft het Hof uit de vragen die waren gesteld, de te beantwoorden punten van Gemeenschapsrecht gedistilleerd. En in tal van gevallen heeft het Hof het bij de beantwoording van de voorgelegde vragen dienstig geacht zich niet star aan de vraagstelling te houden.

Bijgevolg meen ik dat het Hof in dit soort gevallen rekening kan en ook moet houden met bewijsmateriaal van partijen, of van anderen die gerechtigd zijn tot het maken van opmerkingen, en wel op de volgende twee gronden:

1. voorzover de conclusies uit dat bewijsmateriaal in confesso zijn, kan het Hof dit in aanmerking nemen als nadere verklaring en aanvulling van de feiten in de verwijzingsbeschikking;
2. voorzover partijen van mening verschillen over de uit dat bewijsmateriaal te trekken conclusies, kan het Hof dit in aanmerking nemen als nader gegeven over de geschilpunten.

De uiteindelijke bedoeling van zowel het een als het ander is dat het Hof zijn antwoord op de gestelde vragen zo kan formuleren dat de verwijzende rechter daarmee het meeste is gediend. Dit geldt te meer, wanneer — zoals in elk van de

onderhavige gevallen — de vragen vrij algemeen zijn geredigeerd.

Ik besef hierbij zeer wel dat dit moeilijkheden kan meebrengen voor de Lid-Staten die opmerkingen hebben gemaakt of die, afgaande op de inhoud van de verwijzingsbeschikking, géén opmerkingen hebben gemaakt. Op die moeilijkheden is tijdens de mondelinge behandeling duidelijk gewezen door de gemachtigde van het Verenigd Koninkrijk. Maar naar mijn mening is het een groter euvel, als het Hof door een welbewust negeren van alles buiten de eigenlijke verwijzingsbeschikking een situatie zou scheppen, welke een nieuwe verwijzing onvermijdelijk of althans waarschijnlijk zou maken, voordat een naar het Hof verwezen zaak kon worden beslecht door de nationale rechter.

Voorgeschiedenis van de Columbia-handelsmerken

Na de voorgaande opmerkingen over het bewijsmateriaal zal ik mede aan de hand hiervan de voorgeschiedenis van de Columbia-handelsmerken, zoals uiteengezet in de verwijzingsbeschikkingen, samenvatten.

Reeds voor de eerste wereldoorlog deed de in 1894 in de VS opgerichte vennootschap Columbia Phonograph Company General een aantal handelsmerken met het woord Columbia voor onder meer grammofoonplaten inschrijven in de VS, het Verenigd Koninkrijk en elders. In 1913 wijzigde de firma haar naam in Columbia Graphophone Company.

In 1917 richtte deze vennootschap in Engeland een 100 % dochteronderneming op onder de naam Columbia Graphophone Company Limited, hierna te noemen „CGCL". Op 27 april 1917 droeg de Amerikaanse vennootschap aan deze dochteronderneming haar gehele, tot dusver door haar kantoor-Londen gevoerde bedrijf over, waaronder haar merkenbezit in een aantal landen in Europa, Azië, Afrika en Australazië. Bij deze landen bevonden zich België, Denemarken, Engeland, Frankrijk, Italië en Nederland. De overdracht geschiedde bij een verkoopsovereenkomst en twee overdrachtsakten. Overeengekomen werd onder meer dat CGCL in geen enkel deel van het contractsgebied met de moedervennootschap zou concurreren en dat de ondernemingen elkaar regelmatig hun repertoirelijsten en desverzocht de matrijzen van hun platen zouden verstrekken.

In 1919 droeg de Amerikaanse Columbiamaatschappij haar resterende Columbia-handelsmerken en haar aandelen-CGCL over aan een andere Amerikaanse maatschappij, de Columbia Graphophone Manufacturing Company.

In 1922 deed deze maatschappij het voormalige CGCL-aandelenpakket van Columbia Graphophone Company voor 500 000 dollar over aan een onafhankelijke Engelse vennootschap, Constructive Finance Company Limited. In verband hiermee sloten Columbia Graphophone Manufacturing Company, Constructive Finance Company Limited en CGCL op 16 november 1922 een overeenkomst, waarbij werd afgesproken dat CGCL „vrij zou mogen opereren" in bepaalde gebieden — waaronder Groot-Brittannië en Ierland, het vasteland van Europa en Afrika en sommige landen in Azië, Australazië en in het Zuidzeegebied — en Columbia Graphophone Manufacturing Company in de rest van de wereld; voorts zou geen der vennootschappen direct of indirect in het gebied van de ander verkopen of handeldrijven. Volgens een aanhangsel bij deze overeenkomst zou Columbia Graphophone Manufacturing Company onverwijld aan CGCL onder meer al haar handelsmerken voor grammofoonplaten in het contractsgebied van CGCL overdragen, voorzover dat niet reeds was gebeurd. Ook voorzag de overeenkomst in de uitwisseling van matrijzen.

Van 1922 tot 1925 was er geen direct of indirect gemeenschappelijk beheer van

de Columbia-merken van CGCL en de Amerikaanse Columbia-merken. Na een reorganisatie van Columbia Graphophone Manufacturing Company in 1924 kwamen de Amerikaanse merken te behoren aan een nieuwe Amerikaanse vennootschap, Columbia Phonograph Company Inc.

In 1925 verwierf CGCL een overwegend belang in Columbia Phonograph Company Inc. Zoals is opgemerkt, werden daardoor de „rollen omgedraaid" in zoverre dat CGCL de controle kreeg over de rechthebbende op de Amerikaanse Columbia-handelsmerken.

In 1931 werd een nieuwe Engelse vennootschap opgericht, Electrical and Musical Industries Limited (thans genaamd EMI Limited). Zij verkreeg de aandelen van CGCL en van een andere Engelse onderneming, The Gramophone Company Limited (thans EMI Records Limited). Bij deze regeling deed CGCL afstand van haar belang in Columbia Phonograph Company Inc., welk belang daarop in hetzelfde jaar in handen kwam van de Amerikaanse vennootschap Grigsby-Grunow.

Sinds 1931 is er geen gemeenschappelijk beheer meer geweest van de Amerikaanse Columbia-merken en de merken van CGCL.

In 1932 sloten Columbia Phonograph Company Inc. en CGCL echter een overeenkomst over de uitsluiting van mededinging en de uitwisseling van matrijzen enzovoort, zulks ter vervanging, volgens de considerans, van de marktverdelingsovereenkomsten van 1917 en 1922 tussen de inmiddels ontbonden firma's Columbia Graphophone Company, Columbia Graphophone Manufacturing Company en Constructive Finance Company Limited. Volgens deze overeenkomst kreeg Columbia Phonograph Company Inc. als werkterrein alle gebieden tussen de 30e en 170e westelijke lengtegraad in het noordelijk halfrond en tussen de 30e en 100e westelijke lengtegraad in het zuidelijk halfrond, zonder de Azoren maar met de beide Amerika's, Groenland, de Aleoeten, de Sandwicheilanden en de Philippijnen, en kreeg CGCL de rest van de wereld. De partijen zouden niet verkopen in elkaars contractsgebied en maakten afspraken over de uitwisseling van matrijzen. Over merken werd niet gesproken, behalve in verband met de prijszetting voor platen van uitgewisselde matrijzen.

Noch Electrical and Musical Industries Limited noch The Gramophone Company Limited werd door deze overeenkomst gebonden.

In 1934 kwam bij de liquidatie van Grigsby-Grunow haar belang in Columbia Phonograph Company Inc. in handen van Sacro Enterprises Inc. die het daarna doorverkocht aan American Record Corporation. In 1938 werden de aandelen van deze vennootschap, waarvan Columbia Phonograph Company Inc. nog steeds een dochteronderneming was, verworven door Columbia Broadcasting System Inc., thans bekend als CBS Inc.

In 1940 werden de activa van Columbia Phonograph Company Inc. overgedaan aan American Record Corporation, die vervolgens haar naam veranderde in Columbia Recording Corporation. Bij afspraak met CGCL continueerde deze laatstgenoemde de overeenkomst van 1932 in plaats van Columbia Phonograph Company Inc.

In 1946 sloten Columbia Recording Corporation en CGCL een nieuwe overeenkomst waarbij alle vroegere afspraken en overeenkomsten, ook die van 1932, werden beëindigd en een nieuwe regeling werd getroffen voor de uitwisseling van matrijzen. Zij zouden deze desverzocht aan elkaar, met uitsluiting van derden, ter beschikking stellen voor gebruik in elkaars contractsgebied dat in zoverre grotendeels hetzelfde was als in de overeenkomst van 1932. Een concurrentiebeding werd echter niet meer opgenomen.

Ook werd weer niets gezegd over merken behalve aangaande platen die met uitgewisselde matrijzen waren geperst.

Deze overeenkomst werd beëindigd in 1952, al bleef zij tot 1956 min of meer doorwerken voor uitgewisselde matrijzen.

In 1954 werd Columbia Recording Corporation (die haar naam intussen had veranderd in Columbia Records Inc.) ontbonden en kwamen haar activa aan Columbia Broadcasting System Inc. (wier naamswijziging in CBS Inc. plaatsvond in 1974).

Zover ik begrijp, wordt niet betwist dat tussen 1956 en 1962 geen enkele afspraak gold tussen enige onderneming van het EMI-concern en enige onderneming van het CBS-concern.

Tussen 1962 en 1971 troffen Columbia Broadcasting System Inc. en Electrical and Musical Industries Limited (later EMI Records Limited) een aantal overeenkomsten, die volgens de Commissie wezen op een hervatting van hun relaties, maar die volgens EMI Records Limited alle van ondergeschikt belang en korte duur waren en vooral betrekking hadden op de exploitatie van een bepaald repertoire, dat wil zeggen overeenkomsten zoals die bestaan tussen alle platenmaatschappijen, hoe onafhankelijk en concurrerend ook. Bij dit meningsverschil over de eigenlijke aard dier afspraken, waarvan de meeste pas kort voor de mondelinge behandeling aan het licht kwamen, wil ik zonder verder in detail te treden alleen opmerken a) dat zij weliswaar spreken over handelsmerken (meestal andere dan Columbia), doch nergens over enige overdracht daarvan, en b) dat wat betreft het huidige gebied der Gemeenschap, sommige alleen het Verenigd Koninkrijk en Ierland aangaan. De laatste van deze overeenkomsten liep af in 1974.

In die tijd, namelijk in 1965, droeg CGCL haar Columbia-merken over aan The Gramophone Company Limited (de andere dochteronderneming van Electrical and Musical Industries Limited). Enkele jaren later werd de naam Electrical and Musical Industries Limited gewijzigd in EMI Limited en de naam The Gramophone Company Limited in EMI Records Limited.

De merken in geding

In elke verwijzingsbeschikking worden de door EMI Records Limited ingeroepen merken vermeld.

In de Engelse zaak zijn dit twee merken, alleen bestaande uit het woord Columbia. Het eerste is ingeschreven ten name van CGCL in 1920, toen CGCL nog een dochter was van Columbia Graphophone Company. Als datum van eerst gebruik wordt 7 maart 1900 opgegeven. Het tweede merk is ingeschreven ten name van CGCL in 1928, toen CGCL werd beheerst door Columbia Phonograph Company Inc., de toenmalige gebruiker van de Columbia-merken in de VS.

In de Deense zaak werd het door EMI Records Limited ingeroepen merk ingeschreven in 1960. Partijen hebben zowel schriftelijk als mondeling de voorgeschiedenis van de Columbia-merken in Denemarken uitvoerig besproken. Daarbij zijn kwesties van feitelijke aard en nationaal recht ter sprake gebracht, die buiten 's Hofs prejudiciële rechtspraak krachtens artikel 177 vallen. Mijns inziens is de aard van deze kwesties niet van invloed voor het antwoord op de aan het Hof voorgelegde vragen. Derhalve hoop ik dat partijen het mij niet kwalijk zullen nemen, als ik die punten hier verder laat rusten.

Het merk in de Duitse zaak is ten name van CGCL ingeschreven in 1931. Het is niet duidelijk of dit gebeurde vóórdat of nadat CGCL haar belang in Columbia Phonograph Company Inc. afstootte. Partijen wijzen in hun schriftelijke opmerkingen op oudere Duitse Columbia-merken: EMI Records Limited wijst op een in 1907 ingeschreven merk dat in

1923 door Columbia Graphophone Manufacturing Company aan CGCL werd overgedragen ingevolge de overeenkomst die zij in 1922 had gesloten naar aanleiding van de verkoop van het CGCL-aandelenpakket aan Constructive Finance Company Limited; en CBS Schallplatten GmbH wijst op twee in 1924 ten name van CGCL ingeschreven merken. Ook hier acht ik het niet nodig op details in te gaan.

De aan het Hof gestelde vragen

De Engelse verwijzingsbeschikking doet de voorgelegde vragen voorafgaan door een reeks veronderstellingen die in feite een samenvatting zijn van het feitenrelaas in de beschikking en waarbij de letter A het EMI-concern voorstelt, de letter B het CBS-concern en de letter X het Columbia-merk. Er is uitvoerig gediscussieerd over een dier veronderstellingen, namelijk:

„7. Tussen A en B in hun huidige gedaante heeft nimmer enige juridische, financiële, technische of economische, band bestaan."

De eigenlijke vraag luidt als volgt:

„Dienen de bepalingen van het EEG-Verdrag, in het bijzonder de bepalingen betreffende de beginselen van het Gemeenschapsrecht en de regels inzake het vrije verkeer van goederen en de mededingingsregels, aldus te worden verstaan dat zij A de bevoegdheid ontzeggen om de rechten op het handelsmerk X, die hem onder de desbetreffende nationale bepalingen in elke Lid-Staat toekomen, te doen gelden tegen:

1. het door B in enige Lid-Staat verkopen van goederen onder het merk X, welke door B zijn vervaardigd en van het merk X voorzien in een buiten de Gemeenschap gelegen land, waar hij gerechtigd was het merk X aan te brengen, of
2. het door B in enige Lid-Staat vervaardigen van goederen, voorzien van het merk X?"

De in de Deense en Duitse zaak gestelde vragen zijn op dezelfde wijze en in grotendeels dezelfde bewoordingen geformuleerd, al zijn er enkele verschillen:

Veronderstelling 7 luidt in de Duitse zaak: „... (indien) sedert meer dan veertig jaar geen juridische, economische, financiële of technische betrekkingen tussen beide groepen meer bestaan".

Voorts spreekt noch de Deense noch de Duitse vraag van verdragsbepalingen „betreffende de beginselen van het gemeenschapsrecht". Wel wordt in de Deense vraag verwezen naar de verdragsbepalingen „in het bijzonder de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen en de mededinging", en in de Duitse vraag naar „de beginselen van het Gemeenschapsrecht betreffende het vrije verkeer van goederen en de vrije mededinging".

Ten slotte bevat noch de Deense noch de Duitse vraag het punt 2. Naar ik begrijp, komt dit omdat de CBS-groep wel platen vervaardigt in Engeland (en ook in Nederland), maar niet – althans in enige omvang – in Denemarken en Duitsland.

In hoeverre moet het Hof nu afgaan op veronderstelling 7 en de overeenkomstige veronderstelling in de Duitse zaak?

De herkomst van de formulering dezer veronderstelling ligt voor de hand. Zij gaat terug op een feitelijke mededeling van het Luxemburgse tribunal d'arrondissement in diens verwijzingsbeschikking in de zaak 192-73 *Hag AG* (Jurispr. 1974, blz. 731). Op grond van deze mededeling achtte het Hof artikel 85 in die zaak niet van toepassing (overwegingen 4 en 5). Uiteraard wil dit echter niet zeggen dat in iedere zaak de toepasselijkheid van artikel 85 moet worden afgemeten naar de formule „geen enkele juridische, financiële, technische of economische band", die de Luxemburgse rechtbank voor haar feitelijke mededeling in de Hag-zaak had gebezigd. Uitsluitsel over

de toepasselijkheid van artikel 85 geven alleen de bewoordingen van dit artikel.

Ten tweede zal men bedoelde veronderstelling moeten lezen in de gehele context van de verwijzingsbeschikkingen die, uitdrukkelijk of door referenties, de voorgeschiedenis van de Columbia-merken deugdelijk, zij het niet geheel volledig uiteenzetten. De veronderstelling kan niet worden geacht in tegenspraak te zijn met die voorgeschiedenis, voorzover daaruit blijkt van vroegere banden tussen CGCL en de incidentele rechthebbenden op de Amerikaanse merken. Ik heb reeds gezegd waarom het Hof mijns inziens niet voorbij mag gaan aan bewijsmateriaal van partijen, waarbij die voorgeschiedenis wordt aangevuld. Op dezelfde grond lijkt mij dat het Hof dit bewijsmateriaal ook niet mag veronachtzamen, voorzover het van belang is voor de aan die veronderstelling te hechten betekenis.

De eigenlijke moeilijkheid is hier dat het lijkt alsof de veronderstelling de reikwijdte van de aan het Hof voorgelegde vraag wil inperken. Bij nader toezien komt het mij echter voor dat zij enkel moet worden geacht deel uit te maken van de feitenopsomming die aan de vraag voorafgaat, en niet van de vraag zelf.

Uitgaande van dit standpunt, wil ik thans de relevante rechtsbepalingen beschouwen.

Naar mijn mening zijn deze slechts van tweeërlei aard, namelijk de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen en die inzake de mededinging. De bepalingen over de „beginselen" zijn stellig ter zake dienend, maar volgens mij alleen voorzover de nadere verdragsbepalingen aan de hand hiervan moeten worden geïnterpreteerd.

De verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen

Ik moet bekennen te hebben opgekeken van het argument van verweersters dat de verdragsbepalingen over het vrije verkeer van goederen zo moeten worden gelezen dat EMI Records Limited haar rechten op het merk Columbia in de Gemeenschap niet mag inroepen om importen in de Gemeenschap van aldus gemerkte goederen uit andere landen tegen te gaan. De artikelen 30 en 36 van het Verdrag, waarop dit argument is gebaseerd, betreffen immers uitsluitend handelsbeperkingen „tussen Lid-Staten". Dit is ook logisch, want deze artikelen maken deel uit van de bepalingen ter uitwerking van artikel 3, sub a, hetwelk beoogt „de afschaffing tussen de Lid-Staten van de douanerechten en de kwantitatieve beperkingen bij in- en uitvoer van goederen, alsmede van alle overige maatregelen van gelijke werking", dat wil zeggen een der doelstellingen voor de in artikel 2 genoemde totstandbrenging van de gemeenschappelijke markt. Dit argument van verweersters wekte dan ook algemene verontwaardiging niet alleen bij EMI Records Limited, maar ook bij de zeven Lid-Staten die opmerkingen hebben ingediend, en bij de Commissie. Zoals zij allen te kennen gaven, zou in deze zienswijze de Gemeenschap ondernemingen in derde landen eenzijdig bevoordelen ten koste van ondernemingen in de Gemeenschap, zonder enige wederkerige behandeling te kunnen verwachten.

Voor hun bewering steunen verweersters ten eerste op de artikelen 9, lid 2, en 10, lid 1, van het Verdrag, waarin — met het oog op onder meer de artikelen 30 tot en met 36 — met produkten uit de Lid-Staten gelijk worden gesteld „produkten uit derde landen welke zich in de Lid-Staten in het vrije verkeer bevinden" en waarin voorts wordt bepaald.

„Als zich bevindend in het vrije verkeer in een Lid-Staat worden beschouwd: de produkten uit derde landen waarvoor in genoemde Staat de invoerformaliteiten zijn verricht en de verschuldigde douanerechten en heffingen van gelijke werking zijn voldaan en waarvoor geen gehele of gedeeltelijke teruggave van die rechten en heffingen is verleend".

Voorzover ik heb begrepen, is verweersters' redenering dat in Amerika vervaardigde Columbia-platen na inklaring in een Lid-Staat (waarbij geen teruggave van rechten is verleend) moeten worden gelijkgesteld met platen afkomstig uit een Lid-Staat. Dat is ook zo, maar ik zie niet in wat dit voor verweersters uitmaakt. Zouden zij dezelfde platen in een Lid-Staat vervaardigen, dan zouden zij bij verkoop daarvan in die Lid-Staat of een andere nog geen inbreuk mogen maken op een merk van EMI Records Limited.

Ten tweede leunen verweersters zwaar op Uw arrest in de *Hag*-zaak. Zij geven toe dat het in die zaak ging om de handel Lid-Staten, maar toch zou Uw arrest hier volgens hen naar analogie toepassing vinden, omdat de merken ook in dit geval een gemeenschappelijke oorsprong hebben. Ik acht dit betoog niet steekhoudend, daar uit het *Hag*-arrest overduidelijk blijkt dat het uitgangspunt van de uitspraak nu juist de handel tussen Lid-Staten was. Het beginsel van die uitspraak is dat industriële en commerciële eigendomsrechten, en met name merkrechten, niet mogen worden gebruikt om de gemeenschappelijke markt kunstmatig op te splitsen. Deze op nationale bepalingen steunende rechten werken noodzakelijkerwijs territoriaal, zodat zij zonder de strikte voorschriften van artikel 36 een bij uitstek geschikt middel voor dat doel zouden zijn. Van een methode daartoe geeft de zaak 16-74 *Centrafarm* (Jurispr. 1974, blz. 1183) een goed voorbeeld: de rechthebbende op een merk zou slechts een dochteronderneming behoeven op te richten in een Lid-Staat waarvan hij de markt wil afgrendelen, en moeten zorgen dat die dochteronderneming de merkrechten in die Staat krijgt. De feiten in de *Hag*-zaak verschillen hiervan in hoofdzakelijk twee opzichten. Primo hadden de transacties waarbij de eigendom van de merken in België en Luxemburg enerzijds en Duitsland anderzijds werd gescheiden, plaatsgevonden vóór de inwerkingtreding van het Verdrag. Dit doet echter niet ter zake, aangezien de artikelen 30 tot 36 ook gelden voor beperkingen als gevolg van maatregelen of afspraken die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag waren getroffen (zij het dat voor sommige hiervan het Verdrag voorzag in een geleidelijke afschaffing tijdens de overgangsperiode). Secundo was Van Zuylen Frères geen dochteronderneming van Hag AG, maar een onafhankelijke handelaar die Hag's vroegere merkrechten in België en Luxemburg had verkregen via een reeks handelingen waaronder de beslaglegging op de aandelen van Hag's Belgische dochteronderneming als vijandelijk vermogen. Volgens 's Hofs arrest mocht Van Zuylen die rechten evenwel niet gebruiken om importen in België en Luxemburg van goederen die rechtmatig van het Duitse merk waren voorzien, te verhinderen, daar zulks – aldus het arrest – „onverenigbaar is met de bepalingen inzake het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt". Deze redenering kan derhalve niet worden uitgebreid tot het geval waarin de eenheid van de gemeenschappelijke markt niet in het geding is.

Vervolgens beroepen verweersters zich op zaak 8-74 *Dassonville* (Jurispr. 1974, blz. 837). Volgens mij evenzeer ten onrechte. In die zaak ging het om importen in België van Schotse whisky die in Frankrijk in het vrije verkeer was, en niet om rechtstreekse importen daarvan uit het Verenigd Koninkrijk (dat ten tijde van de litigieuze feiten nog geen Lid-Staat was). De zaak had dus betrekking op beperkingen van het handelsverkeer tussen Lid-Staten en niet op beperkingen van de invoer uit derde landen.

Ten slotte voeren verweersters ten deze aan dat uit een analyse van bepaalde documenten betreffende de handel tussen de Gemeenschap en derde landen blijkt dat de Gemeenschap in haar gemeenschappelijke handelspolitiek de regels van de artikelen 30 tot 36 in beginsel ook toepast op de invoer uit derde landen. De genoemde documenten zijn:

1. het GATT;
2. 's Raads verordening (EEG) nr. 1439/74 van 4 juni 1974 inzake de

gemeenschappelijke regeling voor de invoer. Deze verordening is, zo werd opgemerkt, vooral van belang, daar zij onder meer geldt voor grammofoonplaten uit de VS;

3. De Overeenkomst van Lomé, die morgen in werking treedt;
4. De Overeenkomsten van de Gemeenschap met Zweden en Zwitserland, beide van 22 juli 1972, en met Marokko van 31 maart 1969.

Betoogd werd dat elk van deze documenten soortgelijke bepalingen als van de artikelen 30 tot 36 bevatten en dat daaraan bij gelijke zinswendingen ook dezelfde betekenis moest worden gegeven.

Ten deze wil ik slechts opmerken dat een dergelijke manier van interpreteren van rechtsteksten wel zeer ongebruikelijk is. Woorden moeten worden gelezen in hun context. Dezelfde woorden in verschillende documenten die verschillende doeleinden dienen, kunnen een verschillende betekenis hebben. Geen der door verweersters genoemde documenten beoogde de instelling van een gemeenschappelijke markt en kan dan ook niet worden geïnterpreteerd alsof dit wel zo was.

Ik wil hieraan nog iets toevoegen.

Artikel XX van het GATT, dat verweersters op één lijn stellen met artikel 36, bevat in feite een impliciete wederkerigheidsbepaling. Daarmee is allerminst gezegd dat de EMI groep platen onder het merk Columbia mag uitvoeren naar de VS. Integendeel, zoals werd opgemerkt, is CBS Inc. onlangs in New York met succes opgetreden tegen een importeur van EMI platen onder Columbia-label. In deze zaak *CBS Inc.* t. *Nina Record Co. Inc*, werd op 16 mei 1975 beroep ingesteld voor het United States Court for the Southern District of New York.

In verordening nr. 1439/74 is wel sprake van kwantitatieve beperkingen, maar niet van maatregelen van gelijke werking. Verweersters hebben getracht deze moeilijkheid te pareren, waarbij zij volgens mij in deze verordening echter veel meer willen lezen dan er staat.

Geen der andere documenten is van toepassing op importen uit de VS. Weliswaar geldt de Overeenkomst van Lomé mede voor enkele landen waar de Columbia-merken toebehoren aan CBS Inc., maar een bespreking van de zeer speciale bepalingen van deze overeenkomst zou mij ver buiten het werkelijke bestek van de onderhavige zaken voeren.

Samenvattend meen ik dat de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen EMI Records Limited niet beletten haar merkrechten te doen gelden tegen importen uit de VS.

De verdragsbepalingen inzake de mededinging

Wat betreft de verdragsbepalingen inzake de mededinging, werd de nadruk gelegd op artikel 85. Verweersters hebben echter ook verzocht om een uitspraak van het Hof over de eventuele toepasselijkheid van artikel 86. Hierop zal ik eerst ingaan.

Artikel 86

Verweersters geven toe, in verband met 's Hofs arrest in dezaak 40-70 *Sirena* (Jurispr. 1971, blz. 84), dat de EMI groep enkel op grond van de eigendom van de Columbia-merken in de Gemeenschap niet kan worden geacht een machtspositie in te nemen. Wel willen zij bij een gunstige uitspraak van Uw Hof trachten voor de rechters in de hoofdgedingen aan te tonen dat de EMI-groep een machtspositie inneemt vanwege haar aandeel op de relevante markt, en dat EMI Records Limited een beleid voert waarbij zij enerzijds de CBS groep wil beletten platen met het niet overgeplakte Columbiamerk in de handel te brengen en anderzijds haar eigen dochterondernemingen wel toestaat dezelfde platen met het niet overgeplakte merk te distribueren. Verweersters zouden van het Hof gaarne de

uitspraak zien dat een dergelijk beleid neerkomt op misbruik door EMI Records Limited van een machtspositie.

Bij de nationale rechtscolleges schijnt dit punt niet te zijn voorgedragen. Er blijkt niets van in de verwijzingsbeschikkingen, behalve misschien de opmerking in de Deense beschikking dat in één enkel geval de Deense dochteronderneming van EMI Records Limited een CBS-plaat met niet overgeplakt Columbia-merk had verkocht. Verweersters zeggen dat dit ook in Engeland en Duitsland is gebeurd en voeren inderdaad bewijs daarvoor aan in het Engelse geval. Dit betrof echter, naar ik heb begrepen, een ander punt, namelijk dat het moeilijk is het merk op alle plaatsen over te plakken.

Aldus gezien, kan de kwestie waarover verweersters het Hof om een uitspraak verzoeken, mijns inziens niet worden geacht binnen het bereik van de verwijzingsbeschikkingen te vallen. Zij is puur hypothetisch. Bovendien is zij voor Hof nauwelijks ter discussie gesteld. Met name hebben verweersters niet aangegeven waarom het bedoelde beleid misbruik van een machtspositie van EMI Records Limited zou opleveren of de handel tussen Lid-Staten zou beïnvloeden in de zin van artikel 86.

Op dit punt hoeft mijns inziens dan ook niet te worden geantwoord.

Artikel 85

Op het moeilijker punt van de toepasselijkheid van artikel 85 vinden verweersters de Commissie aan hun zijde. Beiden erkennen dat de oorspronkelijke overeenkomsten uit 1917 tussen Columbia Graphophone Company en CGCL niet kunnen worden geacht onder artikel 85 te vallen, omdat deze overeenkomsten tussen een moeder- en dochteronderneming van dien aard waren dat het beginsel geldt van de arresten in de zaak 22-71 *Béguelin* (Jurispr. 1971, blz. 949 — met name overweging 8) en in de zaak *Centrafarm* (reeds genoemd — met name overweging 32). Eveneens erkennen zij dat dit ook nog het geval was in 1919, toen Columbia Graphophone Company als moedermaatschappij van CGCL werd opgevolgd door Columbia Graphophone Manufacturing Company. Volgens hen was dit echter niet meer zo na 1922, toen de CGCL-aandelen werden overgedaan aan Constructive Finance Company Limited en de marktverdelingsafspraken tussen Columbia Graphophone Manufacturing Company en CGCL werden vernieuwd. Tot zover en aangenomen dat (anders dan ik meen) artikel 85 mede van toepassing is op gebeurtenissen vóór de inwerkingtreding van het Verdrag, kan ik met dit betoog meegaan.

Ook ga ik akkoord met verweersters en de Commissie, dat artikel 85 kan gelden voor overeenkomsten (en eventueel voor „besluiten van ondernemersverenigingen" en „onderling afgestemde feitelijke gedragingen"), die van invloed zijn op de import in de Gemeenschap. Het Hof heeft dit uitgemaakt in de zaak 71-74 *Frubo* (Jurispr. 1975, blz. 563). Maar om artikel 85 te doen werken, is het niet voldoende dat een overeenkomst van invloed is op de import in de Gemeenschap! Eveneens moet de overeenkomst, luidens de tekst van artikel 85:

a) ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, en
b) de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden.

In gevallen als de onderhavige moet de aanwezigheid van deze twee elementen mijns inziens worden aangetoond ten genoege van de betrokken nationale rechter. Zij mogen niet worden aangenomen op de enkele grond dat als gevolg van de overeenkomst de rechten op een bepaald merk binnen de Gemeenschap toekomen aan de ene onderneming en in sommige landen buiten de Gemeenschap aan de andere onderneming. Ik heb al even gesproken over hetgeen verweersters hebben aangevoerd ten bewijze dat de uitoefening door EMI Records Limited

van haar rechten op het merk Columbia binnen de Gemeenschap de mededinging aldaar beperkt. Op de vraag of ook de handel tussen Lid-Staten daardoor wordt beïnvloed, zijn verweersters niet zo diep ingegaan. Hun enige stelling is dat, wanneer — zoals zij zeggen — door die handelwijze die invoer van een bepaald soort grammofoonplaten in de Gemeenschap in feite wordt tegengewerkt, daardoor eveneens elke mogelijkheid van handel in die platen tussen Lid-Staten wordt afgesneden. Deze stelling schiet mijns inziens te kort, omdat zonder nader bewijs wordt aangenomen dat die platen bij invoer in de Gemeenschap waarschijnlijk ook voor een goed deel worden verhandeld tussen de Lid-Staten. In de *Frubo*-zaak, waarin rechtstreeks beroep was ingesteld, was het Hof pas overtuigd dat de betrokken overeenkomst de handel tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden, omdat specifieke voorbeelden waren gegeven van de wijzen waarop dat in casu mogelijk was (Jurispr. 1975, blz. 584 en blz. 595-596). En in de zaak 73-74, *Groupement des Fabricants de Papier Peints de Belgique* (nog niet gepubliceerd), ook een zaak van rechtstreeks beroep, oordeelde het Hof dat de Commissie ongenoegzaam met feiten had gestaafd dat de overeenkomst de handel tussen Lid-Staten ongunstig kon beïnvloeden (overwegingen 30-35).

In al deze gevallen is de eerste vraag echter, of en zo ja in hoeverre artikel 85 nog toepassing vindt, wanneer er geen sprake meer is van enige overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging (besluiten van ondernemersverenigingen laat ik buiten beschouwing, want die spelen hier in het geheel niet).

Verweersters en de Commissie menen dat artikel 85 ook geldt in het geval dat een bij dit artikel verboden overeenkomst, hoewel beëindigd, in de Gemeenschap nog blijft nawerken. De territoriale splitsing van de rechten op de Columbiamerken tussen EMI en CBS is, zo zeggen zij, een uitvloeisel van vroegere marktverdelingsovereenkomsten als bedoeld in artikel 85, en bijgevolg valt ook de uitoefening der rechten onder het verbod van dit artikel.

De Commissie heeft in haar betoog erop gezinspeeld dat het Hof met betrekking tot artikel 85 geen onderscheid zou mogen maken tussen het effect van een overeenkomst welke leidt tot licentieverlening voor een merk, en het effect van een overeenkomst welke leidt tot overdracht van een merk. Uiteindelijk meende zij echter dat dit onderscheid van weinig belang is ingeval van manipulaties met merken binnen de Gemeenschap. Inderdaad. Gezien de beginselen die in de *Hag-* en de *Centrafarm*-zaak zijn ontwikkeld, doet het er niet veel toe, op welke manier wordt getracht met behulp van merkrechten de gemeenschappelijke markt te verdelen. Bovendien zei de Commissie dat bij overeenkomsten betreffende de handel met derde landen het onderscheid tussen die welke leiden tot een merklicentie, en die, welke leiden tot overdracht van een merk, een moeilijk probleem opwerpt waarvan de oplossing verreikende consequenties zou hebben, en dat een oplossing in het onderhavige geval ook niet is geboden. In feite heeft zich ten onzent nog nooit een zaak voorgedaan over een merklicentieovereenkomst met implicaties voor de handel tussen de Gemeenschap en derde landen, en het lijkt mij niet verstandig te gaan theoretiseren over de uitkomst van een dergelijke zaak.

Ik keer terug tot het hoofdargument van de verweersters en de Commissie.

Naar het schijnt, is dit onder meer gebaseerd op de door het Hof in de *Béguelin*-zaak aanvaarde „effect-doctrine" „effect-doctrine" door advocaat-generaal Mayras uitvoerig is besproken in zijn conclusie in de „kleurstoffen"-zaken 48, 49, 51 tot 57-69 (Jurispr. 1972, blz. 692-702). Mijns inziens heeft men zich in casu hierop ten onrechte gebaseerd. Deze doctrine heeft betrekking op de rechtsmacht van de Commissie en van het Hof over ondernemingen die buiten de Gemeenschap

worden bestuurd, en houdt slechts in dat die rechtsmacht zich tot dergelijke ondernemingen uitstrekt, indien zij overeenkomsten met effect binnen de Gemeenschap aangaan. Maar dat is hier niet zozeer het punt.

Meer ter zake dienend is de steun die verweersters en de Commissie in het *Sirena*-arrest zoeken.

Dit arrest is mijns inziens niet gemakkelijk te begrijpen en te interpreteren. Op de moeilijkheden hiervan heeft Advocaat-Generaal Mayras gewezen in zijn conclusie in de *Hag*-zaak (Jurispr. 1974, blz. 750). Hij opperde dat het arrest wellicht daardoor te verklaren is dat het Hof, zonder zulks met zoveel woorden te zeggen, zich had aangesloten bij de door Advocaat-Generaal Dutheillet de Lamothe gegeven interpretatie van de feiten, volgens welke er nog steeds overeenkomst, althans onderling afgestemde feitelijke gedragingen, bestonden tussen de betrokken Amerikaanse, Belgische, Franse, Duitse, Italiaanse en Nederlandse firma's. (Naar het schijnt, is deze interpretatie van de feiten inderdaad gevolgd door de betrokken Italiaanse rechterlijke instanties, te weten de — toen verwijzende — rechtbank te Milaan, en het Hof van Beroep te Milaan, waar de zaak vervolgens diende — zie [1975] 1 CMLR 409, vooral blz. 430-431); Dir. scambi internaz. 1974, blz. 105). Maar het arrest van het Hof bevat ook passages die steun lijken te bieden aan het standpunt van de verweersters en van de Commissie. Zo wordt in overweging 9 gezegd:

„dat het merkrecht, als wettelijk instituut, op zichzelf niet die aan overeenkomsten of onderling afgestemde, gedragingen eigen kenmerken vertoont waarop artikel 85, lid 1, doelt; dat de uitoefening daarvan evenwel onder de verboden van het Verdrag zou kunnen vallen telkens wanneer zij voorwerp, middel of gevolg van een ondernemersafspraak blijkt te zijn."

En in overweging 12:

„dat, wanneer ondernemersafspraken vóór de inwerkingtreding van het Verdrag tot stand kwamen, het nodig — en voldoende — is dat zij hun werking nog na bedoeld tijdstip uitoefenen".

Voor mij is echter het meest in het oog springende van dit arrest, dat het uitgaat van het beginsel van de eenheid van de gemeenschappelijke markt, welke meebrengt dat merkrechten niet mogen worden gebruikt om die markt kunstmatig te verdelen. Dit wordt in het arrest duidelijker dan iets anders tot uiting gebracht: zie met name de overwegingen 10 en 11. Het lijkt mij dan ook dat, als de *Sirena*-zaak thans zou spelen, de beslissing zou worden gegrond op de artikelen 30 en 36 van het Verdrag en dat dit arrest niet als gezaghebbend kan worden beschouwd voor de toepasselijkheid van artikel 85 in omstandigheden als de onderhavige.

Daarmee lost de vraag zich dunkt mij op tot een kwestie van loutere interpretatie van artikel 85.

Mijns inziens gaat het ver te beweren dat artikel 85 alleen toepassing vindt ingeval van een nog bestaande overeenkomst of onderling afgestemde feitelijke gedraging. Gesteld bij voorbeeld dat na de inwerkingtreding van het Verdrag twee ondernemingen (binnen of ook buiten de Gemeenschap) een overeenkomst sluiten, waardoor ontegenzeglijk de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt beperkt en de handel tussen Lid-Staten ongunstig wordt beïnvloed, en dat die ondernemingen aan die overeenkomst uitvoering geven door, onder meer, handelsmerken over te dragen of wederzijds over te dragen. In dat geval kan men naar mijn mening niet zeggen dat na de beëindiging dier overeenkomst, mogelijk als gevolg van een optreden der Commissie krachtens verordening nr. 17, elke onderneming vrij is haar aldus verworven merkrechten uit te oefenen, zelfs al zou door die uitoefening de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt worden beperkt en de handel tussen Lid-Staten ongunstig worden beïnvloed.

Volgens mij komt het hier erop aan, wat de strekking is van het verbod van artikel 85. Zoals wij allen weten, zegt artikel 85, lid 1:

„onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst..."

Dit verbod strekt zich mijns inziens niet uit tot overeenkomsten die vóór de inwerkingtreding van het Verdrag zijn gesloten èn beëindigd, aangezien het Verdrag geen terugwerkende kracht heeft. Het strekt zich naar mijn mening derhalve evenmin uit tot de gevolgen van dergelijke overeenkomsten, zoals de uitoefening, na de inwerkingtreding van het Verdrag, van merkrechten die een persoon dan heeft doch historisch gezien niet of waarschijnlijk niet zou hebben gehad zonder die overeenkomst. (Dit ligt uiteraard anders, wanneer ook na beëindiging der overeenkomst partijen hun feitelijke gedragingen onderling zijn blijven afstemmen).

Omgekeerd lijdt het geen twijfel dat dit verbod wel werkt bij voortzetting, na de inwerkingtreding van het Verdrag, van een tevoren gesloten overeenkomst die onder de omschrijving van artikel 85 valt. Maar in mijn redenering kan het verbod dan alleen die gevolgen van de overeenkomst treffen, welke aan die voortzetting nog zijn toe te schrijven. Aangezien het bestaan van een overeenkomst vóór de inwerkingtreding van het Verdrag niet is verboden, kan de uitoefening van merkrechten die zijn verworven als gevolg van die tevoren bestaande overeenkomst, evenmin zijn verboden.

Vanzelfsprekend is bij overeenkomsten, waardoor in later toegetreden Lid-Staten de mededinging, of het handelsverkeer met andere Lid-Staten, wordt beïnvloed, de datum van inwerkingtreding van de Toetredingsakte en niet die van het Verdrag beslissend.

Zoals reeds gezegd, is hier niet weersproken dat tussen 1956 en 1962, dus in de tijd waarin de datum van inwerkingtreding van het Verdrag viel, geen enkele overeenkomst of afspraak bestond tussen een onderneming van het EMI-concern en een onderneming van het CBS-concern. Als dat zo is, kan in mijn gedachtengang artikel 85 geen toepassing vinden, tenzij eventueel op grond van een element in enige overeenkomst die partijen tussen 1962 en 1971 zouden zijn aangegaan. Dit zal echter de nationale rechter moeten uitmaken.

Conclusie

Bij de formulering van het antwoord op de U voorgelegde vragen zou het, gezien de loop van de behandeling voor het Hof en vooral de inaanmerkingneming van gegevens die niet alle ter beschikking stonden van de rechters in de hoofdgedingen, mijns inziens verwarrend werken, indien U zich zoudt houden aan de in de verwijzingsbeschikkingen gebezigde symbolen A, B en X.

In de Engelse zaak zou ik de gestelde vragen als volgt willen beantwoorden:

1. De bepalingen van het EEG-Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen dienen niet aldus te worden verstaan dat zij een onderneming die recht-

hebbende is op een merk in een Lid-Staat, de bevoegdheid ontzeggen haar rechten krachtens de nationale bepalingen van die Staat uit te oefenen ten einde.

i) de verkoop te verhinderen van aldus gemerkte goederen die van buiten de Gemeenschap in die Staat zijn ingevoerd, zelfs al zijn die goederen vervaardigd en van het merk voorzien in een land waar de fabrikant rechthebbende op het merk is, en al hebben de merken in de de betrokken Lid-Staat en in dat land een gezamenlijke oorsprong; of

ii) te verhinderen dat in die Lid-Staat aldus gemerkte goederen worden vervaardigd door een persoon die in een of meer landen buiten de Gemeenschap rechthebbende op dat merk is, zelfs al hebben de merken een gezamenlijke oorsprong.

2. De bepalingen van het EEG-Verdrag inzake de mededinging dienen niet aldus te worden verstaan dat zij een onderneming die rechthebbende is op een merk in een Lid-Staat, de bevoegdheid ontzeggen haar rechten krachtens de nationale bepalingen van die Staat uit te oefenen ten einde

i) de verkoop te verhinderen van aldus gemerkte goederen die van buiten de Gemeenschap zijn ingevoerd en die zijn vervaardigd en van dat merk zijn voorzien in een land waar de fabrikant rechthebbende op het merk is, of

ii) te verhinderen dat in die Lid-Staat aldus gemerkte goederen worden vervaardigd door een persoon die in een of meer landen buiten de Gemeenschap rechthebbende op dat merk is,

tenzij

a) zodanige uitoefening van die rechten het gevolg is of zou zijn van een na 31 december 1957 gesloten overeenkomst, of van de voortzetting na die datum van een tevoren gesloten overeenkomst, welke ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst, en welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden;

ofwel

b) zodanige uitoefening van die rechten misbruik van een machtspositie van die onderneming op de gemeenschappelijke markt zou opleveren en de handel tussen Lid-Staten door dit misbruik ongunstig kan worden beïnvloed.

3. Waar hierboven is gesproken van een overeenkomst of de voortzetting daarvan, worden daaronder tevens begrepen besluiten van ondernemers-

verenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, — of de voortzetting daarvan; zo ook moet ingeval van overeenkomsten, besluiten of gedragingen, waardoor de mededinging in een later toegetreden Lid-Staat of het handelsverkeer tussen een later toegetreden Lid-Staat en een andere Lid-Staat ongunstig wordt beïnvloed, voor de bovengenoemde datum van 31 december 1957 worden gelezen 31 december 1972.

In de Deense en de Duitse zaak zijn de vragen in gelijke zin te beantwoorden, zij het telkens met weglating van het gestelde in de alinea ii).