mogelijkheid van mededinging tussen de personen die te zamen, als één enkele partij aan de betrokken overeenkomst deelnemen.

2. Verordening nr. 67/67 kan worden toegepast wanneer de contractuele verbintenissen niet uitsluitend gelden voor een afgebakend gebied van de gemeenschappelijke markt, doch ook voor landen buiten de Gemeenschap.

3. Artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 staat slechts dan in de weg aan de groepsvrijstelling van een overeenkomst, wanneer hetzij uit de bewoordingen zelf van de overeenkomst, hetzij uit het gedrag van partijen kan worden opgemaakt dat zij een industrieel eigendomsrecht willen gebruiken of daadwerkelijk gebruiken om met behulp van dat recht neveninporten in het alleenverkoopgebied te verhinderen of te bemoeilijken. Het feit dat een overeenkomst geen bepaling bevat waardoor misbruik van een industrieel eigendomsrecht dient te worden voorkomen, volstaat op zichzelf niet om deze overeenkomst van de toepassing van verordening nr. 67/67 uit te sluiten.

In zaak 170/83,

betreffende een verzoek aan het Hof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag van het Bundesgerichtshof, in het aldaar aanhangig geding tussen

HYDROTHERM GERÄTEBAU GMBH, te Dieburg (Bondsrepubliek Duitsland),

en

VENNOOTSCHAP COMPACT DEL DOTT. ING. MARIO ANDREOLI & C. SAS, te Savigno/Bologna (Italië),

om een prejudiciële beslissing over de uitlegging van de artikelen 1 en 3 van verordening nr. 67/67 van de Commissie van 22 maart 1967 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten,

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

samengesteld als volgt: T. Koopmans, kamerpresident, K. Bahlmann, P. Pescatore, A. O'Keeffe en G. Bosco, rechters,

advocaat-generaal: C. O. Lenz
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

het navolgende

ARREST

De feiten

De feiten, het procesverloop en de krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG ingediende schriftelijke opmerkingen kunnen worden samengevat als volgt:

I — Feiten en schriftelijke procedure

Compact, een commanditaire vennootschap te Savigno/Bologna met als beherend vennoot de ingenieur Dott. Mario Andreoli, produceert en verkoopt radiatoren van een onder druk gegoten aluminiumlegering, die worden verhandeld onder haar in Italië gedeponeerde merk „Ghibli".

Bij overeenkomst van 10 oktober 1975 verleende Andreoli een exclusieve produktie- en verkooplicentie voor de gehele wereld, met uitzondering van Italië, Griekenland en Turkije, aan Hydrothermgerätebau GmbH te Dieburg (Bondsrepubliek Duitsland), dochteronderneming van Automation Industries Inc. te Los Angeles, Californië (Verenigde Staten van Amerika).

Dezelfde dag verbond Hydrotherm zich bij een „produktieovereenkomst" om de in de overeenkomst bedoelde produkten enkel bij Compact te betrekken en bij deze laatste ten minste honderdduizend eenheden per jaar af te nemen.

Ingevolge de overeenkomst liet Hydrotherm het merk „Ghibli" op haar naam deponeren in verschillende concessielanden, met name in de Bondsrepubliek Duitsland.

De overeenkomsten tussen Compact en Hydrotherm konden voor het eerst worden opgezegd op 31 december 1977.

Nadat moeilijkheden in de contractuele betrekkingen aan het licht waren gekomen, met name ten aanzien van de prijsstructuur, zegde Compact de overeenkomsten per 31 december 1977 op.

Daarvóór, op 12 oktober 1977, was een nieuwe overeenkomst gesloten tussen enerzijds Hydrotherm en anderzijds Compact en de eveneens door Andreoli geleide vennootschap Officine Sant'Andrea (hierna: OSA) te Rastignano (Italië).

Bij de nieuwe overeenkomst, die een looptijd had van drie jaar, werden alle vroegere afspraken herroepen.

Die nieuwe overeenkomst verleende Hydrotherm met betrekking tot de „Ghibli"-radiatoren een exclusief verkooprecht voor West-Europa, met uitzondering van Italië, Griekenland en Turkije, alsmede met betrekking tot de „Type S Serie A"-radiatoren voor West-Europa, met uitzondering van Frankrijk, de Benelux-landen en Oostenrijk.

Bij dezelfde overeenkomst verbond Hydrotherm zich om binnen het contractgebied niet rechtstreeks of indirect andere producenten, groothandelaars en constructeurs van uit aluminium of aluminiumlegeringen vervaardigde radiatoren, verwarmingsplaten en convectoren te vertegenwoordigen of met hen handel te drijven.

Ook verbond Hydrotherm zich om bij Compact een definitieve bestelling van een bedrag van ongeveer DM 1 miljoen

te plaatsen; het eerste half jaar dienden de produkten in de maanden september 1977 tot en met maart 1978 te worden geleverd volgens de door Hydrotherm vastgestelde hoeveelheden en termijnen.

Na bij Compact voor een bedrag van DM 867 389,22 goederen te hebben betrokken, weigerde Hydrotherm andere aankopen te verrichten.

Dientengevolge zegde Compact de overeenkomst met onmiddellijke ingang op en vorderde zij — mede krachtens de door Andreoli en OSA gecedeerde rechten — schadevergoeding.

Tegen deze vordering tot schadevergoeding bracht Hydrotherm met name in, dat de overeenkomst nietig was krachtens artikel 85, lid 2, EEG-Verdrag.

Bij brief van 19 september 1980 meldde Andreoli op eigen naam en namens de beide ondernemingen Compact en OSA de met Hydrotherm gesloten overeenkomst formeel aan bij de Commissie en verzocht hij om een negatieve verklaring als bedoeld in artikel 2 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 — Eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag (PB 1962, blz. 204).

Nadat de Commissie bij mededeling van 19 november 1981 (PB C 300 van 1981, blz. 4) had te kennen gegeven dat zij voornemens was ten aanzien van de overeenkomst een gunstige beschikking te geven, stelde de directeur-generaal van haar directoraat-generaal Concurrentie de vennootschap Compact bij brief van 30 maart 1982 in kennis van zijn beslissing om het dossier te klasseren, aangezien de aangemelde overeenkomst profiteerde van de in artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag bedoelde buiten-toepassingverklaring, welke is voorzien in verordening nr. 67/67 van de Commissie van 22 maart 1967 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten (PB 1967, blz. 849).

Oordelend in hoger beroep, verklaarde het Oberlandesgericht Frankfurt/Main bij arrest van 13 mei 1982 de vordering van Compact tot betaling van een schadevergoeding van DM 1 710 912 wegens niet-nakoming van de overeenkomst van 12 oktober 1977 in beginsel gegrond. Voor de vaststelling van de hoogte van de gevorderde schadevergoeding en voor een vordering in reconventie van Hydrotherm, waarin zij een verklaring voor recht verlangde dat zij geen schadevergoeding verschuldigd was wegens niet-nakoming van de produktieovereenkomst van 10 oktober 1975, verwees het Oberlandesgericht de zaak echter terug naar het Landgericht.

Tegen deze uitspraak stelde Hydrotherm cassatieberoep (Revision) in bij het Bundesgerichtshof.

Bij beschikking van 28 juni 1983 heeft de Kartellsenat van het Bundesgerichtshof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag besloten, de behandeling van de zaak te schorsen totdat het Hof van Justitie bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak heeft gedaan over de navolgende vragen:

1. a) Is de groepsvrijstellingsverordening (verordening nr. 67/67/EEG) ook van toepassing wanneer te ener zijde van de overeenkomst verschillende, juridisch zelfstandige ondernemingen deelnemen?

   b) Is het van belang, wanneer er tussen de verschillende, te ener zijde van de overeenkomst optredende ondernemingen een personele band bestaat en dat zij voor de overeenkomst een economische eenheid vormen?

2. Is de groepsvrijstellingsverordening ook van toepassing wanneer de contractuele verbintenissen niet uitsluitend gelden voor een afgebakend gebied van de gemeenschappelijke

markt, doch ook voor landen buiten de Europese Gemeenschap?

3. Is het voor de toepassing van artikel 3, sub b, onder 1, van de groepsvrijstellingsverordening vereist, dat partijen afspraken hebben gemaakt omtrent de uitoefening van hun industriële eigendomsrecht (hier: een merk), die doen vermoeden dat zij zullen worden gebruikt om het afnemen of verkopen van rechtmatig van een merk voorziene of in de handel gebrachte contractprodukten te verhinderen of te bemoeilijken, of is het voor de toepassing van dit artikel voldoende dat het gebruik van het merk ter verhindering of bemoeilijking van nevenimporten niet in de overeenkomst is geregeld?

4. Is artikel 3, sub b, onder 1, van de groepsvrijstellingsverordening ook van toepassing wanneer de partijen bij de overeenkomst rechtens niet bevoegd zijn, door het gebruik van het merkrecht het afnemen of verkopen van rechtmatig van een merk voorziene of in de handel gebrachte contractprodukten te verhinderen?

5. Zo vraag 4 bevestigend moet worden beantwoord: is het voor de toepassing van voornoemde bepaling bovendien vereist, dat de partijen bij de overeenkomst het merk inderdaad gebruiken om het betrekken van contractprodukten te bemoeilijken of te verhinderen?

De beschikking van het Bundesgerichtshof is op 3 augustus 1983 ter griffie van het Hof ingeschreven.

Krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de Commissie van de Europese Gemeenschappen (op 11 oktober 1983), vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur N. Koch en door I. Pernice, lid van haar juridische dienst; door de regering van de Franse Republiek (op 28 oktober 1983), vertegenwoordigd door J.-P. Costes, van het Secrétariat Général du Comité Interministériel pour les questions de coopération économique européenne; en door de vennootschap Compact (op 8 november 1983), vertegenwoordigd door P. Mengozzi, advocaat te Bologna en bij de Corte di Cassazione, hoogleraar Internationaal recht aan de faculteit der rechtsgeleerdheid van de universiteit te Bologna.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

Bij beschikking van 1 februari 1984 heeft het Hof krachtens artikel 95, paragrafen 1 en 2, van zijn Reglement voor de procesvoering besloten de zaak naar de Vierde kamer te verwijzen.

II — Schriftelijke opmerkingen, ingediend krachtens artikel 20 van 's Hofs Statuut-EEG

De *vennootschap Compact,* gerequireerde, is van mening dat de vijf vragen van het Bundesgerichtshof zijn te herleiden tot drie kernproblemen: de toepasselijkheid van verordening nr. 67/67 a) op een overeenkomst waaraan wordt deelgenomen door een partij die uit verschillende juridisch zelfstandige ondernemingen bestaat, b) op verbintenissen die zich uitstrekken tot buiten de Gemeenschap gelegen landen en c) op een alleenverkoopovereenkomst krachtens welke de alleenverkoper beschikt over een merkrecht op de contractprodukten dan wel een derge-

lijk recht kan uitoefenen. Het derde probleem, dat aan de orde is gesteld in de vragen 3, 4 en 5, is uitermate belangrijk.

a) In de rechtspraak van het Hof is duidelijk het beginsel neergelegd, dat „de eenheid van het marktgedrag van moeder- en dochtermaatschappij boven de — uit de eigen rechtspersoonlijkheid blijkende — formele zelfstandigheid dier vennootschappen prevaleert." Dit beginsel geldt eveneens ingeval een der partijen bij de overeenkomst is samengesteld uit drie ondernemingen waartussen een persoonlijke band bestaat, terwijl een van de ondernemingen — een natuurlijk persoon — de directie over de twee andere ondernemingen voert, en wanneer dezelfde natuurlijke persoon zowel meerderheidsaandeelhouder als enig beherend vennoot is in beide commanditaire vennootschappen. De drie ondernemingen vormen een economische eenheid en dienen als één onderneming te worden beschouwd. Een overeenkomst tussen een dergelijke onderneming en een alleenverkoper moet worden aangemerkt als een overeenkomst tussen twee ondernemingen in de zin van artikel 1 van verordening nr. 67/67.

b) Verordening nr. 67/67 is van toepassing op een alleenverkoopovereenkomst, waarvan de werkingssfeer zich uitstrekt tot buiten de Gemeenschap gelegen gebieden. De ratio van de verordening is, de twijfel omtrent de geldigheid van de daarin bedoelde alleenverkoopovereenkomsten weg te nemen, en wel wegens de uit deze overeenkomsten voortvloeiende bevordering van de intracommunautaire handelsbetrekkingen en wegens het feit dat zij bijdragen tot de ontwikkeling van de zogenoemde interbrandmededinging. De omstandigheid dat een dergelijke overeenkomst eveneens derde landen bestrijkt, doet op zichzelf niet af aan haar positieve werking en leidt niet tot een andere beoordeling. Aangezien het doel van de verordening is, parallelle leveringen mogelijk te maken, zijn enkel de overeenkomsten verboden die deze mogelijkheid uitsluiten.

Aan deze opmerkingen moet een argument worden toegevoegd, dat is ontleend aan de praktijk: de ondernemingen die het alleenverkooprecht van hun produktie verlenen voor omvangrijke gebieden, welke dikwijls buiten de Gemeenschap gelegen landen omvatten, zijn voor het merendeel kleine of middelgrote ondernemingen; zou de verordening niet op deze ondernemingen worden toegepast, dan zou dit betekenen dat deze verordening geen effect zou sorteren in situaties waarin de behoeften waaraan zij dient te voldoen, bijzonder aan het licht treden.

c) Uit de motivering van de verwijzingsbeschikking blijkt dat het derde probleem van uitzonderlijk belang is voor de oplossing van de twee eerste. Het Bundesgerichtshof heeft uitdrukkelijk gewezen op het uitleggingsbeginsel van het „nuttig effect". Waar de rechtspraak van het Hof de mogelijkheid uitsluit om de rechten van industriële eigendom te gebruiken om parallelle leveringen te verhinderen, is het de vraag of artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 elke praktische betekenis mag worden ontnomen, door aan te nemen dat het ten doel heeft de groepsvrijstelling enkel uit te sluiten ingeval van een daadwerkelijk gebruik van een recht van industriële eigendom om parallelle leveringen te verhinderen, doch niet ingeval van een loutere mogelijkheid dat zulks

kan worden getracht. Het Bundesgerichtshof stelt het Hof dan ook de preciese vraag, wanneer de groepsvrijstelling is uitgesloten en een alleenverkoopovereenkomst waarin de handelaar over rechten van industrieel eigendom beschikt, nietig is. Uit de beslissende rol die wordt toebedeeld aan het uitleggingsbeginsel van het nuttig effect en het praktische belang dat bijgevolg aan artikel 3, sub b, onder 1, wordt toegemeten, blijkt dat het Bundesgerichtshof door de alleenverkoopovereenkomsten in beginsel onwettig te achten, verordening nr. 67/67 tot voornaamste taak geeft om dergelijke akkoorden in duidelijk omschreven gevallen bij uitzondering geldig te verklaren.

Om dit probleem op te lossen dient de verordening te worden onderzocht in het ruimere kader waarin het Bundesgerichtshof het in zijn motivering heeft geplaatst.

In dit verband dient de vraag of akkoorden als de onderhavige in beginsel onwettig zijn, ontkennend te worden beantwoord op grond van het historisch en institutioneel verband tussen verordening nr. 67/67 en de rechtspraak van het Hof, de ratio en de strekking van de verordening en de verhouding tussen de verordening en artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

De in de verwijzingsbeschikking aangehaalde rechtspraak van het Hof was de bakermat van een geleidelijke ontwikkeling, welke ertoe heeft geleid dat ook in het gemeenschapsrecht het beginsel van de „uitputting van het recht van industriële of commerciële eigendom" is erkend. Bij de vaststelling van verordering nr. 67/67 stond deze ontwikkeling eerst in haar kinderschoenen; door vast te stellen dat de in artikel 3 bedoelde overeenkomsten in beginsel in strijd zijn met de doelstellingen van het communautaire mededingingsrecht, wilde de Commissie bijdragen tot de verduidelijking van het gemeenschapsrecht op dit gebied.

Het feit dat de uitwerking door het Hof van het beginsel van de uitputting van het recht van industriële eigendom niet heeft geleid tot de intrekking van artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67, kan worden verklaard door de omstandigheid dat hierbij twee verschillende instellingen betrokken zijn, die in een verschillend kader opereren: het Hof past de artikelen 85, 30 en 36 toe op de rechten van industriële eigendom en de Commissie behandelt de alleenverkoopovereenkomsten. De Commissie heeft de betrokken bepaling van de verordening gehandhaafd om ertoe bij te dragen dat het beginsel van het vrije verkeer van goederen zo ruim mogelijk wordt toegepast.

Verordening nr. 67/67 mag niet aldus worden uitgelegd, dat daarin de alleenverkoopovereenkomsten worden omschreven die bij uitzondering zijn toegestaan, aangenomen dat zij in beginsel onwettig zijn uit hoofde van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag. Uit de vierde en vijfde overweging van de verordening kan worden afgeleid, dat de in artikel 1 omschreven alleenverkoopovereenkomsten volgens de Commissie in strijd met artikel 85, lid 1, zouden kunnen komen, doch zulks niet noodzakelijkerwijs behoeven te doen, en dat het niet nodig is de overeenkomsten die niet aan de voorwaarden van deze bepaling voldoen, uitdrukkelijk van bedoelde categorie uit te sluiten. Volgens de rechtspraak van het Hof heeft de verordening uitsluitend ten doel, vast te stellen in hoeverre de mededingingsregels voor deze overeenkomsten gelden en de toepassing ervan te vergemakkelijken, zulks in verband met het grote aantal aanvragen om individuele vrijstelling dat vóór de vaststelling van de verordening aan de Commissie is voorgelegd; zij is bedoeld om de wettig-

heid van de daarin genoemde overeenkomsten vast te stellen (ongeacht of zij van constitutieve of declaratoire aard is), ter bescherming van hun positieve economische functie, die in het bijzonder voor de kleine en middelgrote ondernemingen, het enige middel zijn waardoor zij het hoofd kunnen bieden aan de mededinging op de internationale markten.

Reeds in 1966 oordeelde het Hof dat alleenverkoopovereenkomsten die de handel tussen de Lid-Staten beïnvloeden, niet als zodanig onverenigbaar zijn met het mededingingsrecht. Met de invoering van het onderscheid tussen „open" en „gesloten" exclusieve licenties heeft het Hof geleidelijk gepreciseerd dat de overeenkomsten slechts onwettig zijn wanneer zij een absolute gebiedsbescherming verlenen en de mogelijkheid van parallelle leveringen uitsluiten. Later heeft het Hof ervan afgezien deze overeenkomsten naar hun aard onverenigbaar te verklaren met artikel 85, lid 1; het stelde zich enkel op het standpunt dat op deze overeenkomsten geen beroep kan worden gedaan tegenover de importeurs van produkten die rechtmatig van een merk zijn voorzien. Ook al bevatten de merkrechten monopolistische elementen, wegens de bevordering van de interbrandmededinging dienen zij positief te worden beoordeeld. In een zaak betreffend een kwekersrecht verklaarde het Hof dat de verlening van een „open" exclusieve licentie op zich niet onverenigbaar is met artikel 85, lid 1; dit beginsel geldt eveneens voor andere rechten van industriële eigendom, aangezien het Hof juist heeft verklaard dat het kwekersrecht geen bijzondere kenmerken vertoont op basis waarvan een bijzondere behandeling voor wat de mededingingsregels betreft gerechtvaardigd zou zijn.

De vijfde vraag dient derhalve bevestigend te worden beantwoord: wanneer een alleenverkoopovereenkomst is gesloten zonder dat de partijen daarin bepalingen opnemen welke doen vermoeden dat zij wordt gebruikt om de handel van de door een merkrecht gedekte produkten te verhinderen of te bemoeilijken, kan enkel een daadwerkelijk misbruik van het recht leiden tot toepassing van artikel 85, lid 1. Per analogiam kan enkel de daadwerkelijke uitoefening van dit recht de toepassing van verordening nr. 67/67 uitsluiten. Wordt aan artikel 3, sub b, onder 1, het gevolg verbonden dat vrijstelling ook is uitgesloten wanneer het merkrecht enkel door een alleenverkoper wordt gebruikt, dan wordt daardoor aan de verordening een functie toebedeeld die indruist tegen haar eigenlijke functie, te weten het ontwikkelen van de interbrand-mededinging ten gunste van de consument.

Ook wanneer de relatie van de verordening met artikel 85, lid 1, buiten beschouwing wordt gelaten, moet zij worden uitgelegd in het licht van de rechtspraak van het Hof. Karakteristiek voor de gebruikelijke alleenverkoopovereenkomsten is, dat zij worden toegepast in samenhang met merkrechten, welke zijn bedoeld om de handelaar te beschermen tegen de rechtstreekse mededinging van derden of de licentiegever en hem in staat te stellen het hoofd te bieden aan de risico's en de kosten die zijn verbonden met het in de handel brengen van een nieuw produkt. Zonder dit verband met het merkrecht kunnen de alleenverkoopovereenkomsten niet de positieve economische functie hebben, weswege de verordening inzake de groepsvrijstellingen is vastgesteld. Wordt de verordening

aldus uitgelegd dat een vrijstelling reeds is uitgesloten, wanneer een alleenverkoopovereenkomst is verbonden met de uitoefening van een merkrecht en wil men artikel 3, sub b, onder 1, zijn praktische betekenis laten behouden — een betekenis die verschilt van de door de rechtspraak van het Hof daaraan gegeven betekenis —, dan zou daaraan elke praktische toepassingsmogelijkheid worden ontnomen.

Met betrekking tot de vaststelling van de appèlrechter dat de onderhavige overeenkomsten beperkingen van de mededinging meebrengen die de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kunnen beïnvloeden, dient in aanmerking te worden genomen dat nog andere bewijsmiddelen zijn aangevoerd, waaronder de mededeling van de Commissie dat de aanvraag om een negatieve verklaring is geklasseerd, omdat de onderhavige overeenkomst weliswaar onder het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, valt, doch in overeenstemming is met de bepalingen van de artikelen 1, sub a, en 2, sub a, van de verordening. Omdat de Commissie verordening nr. 67/67 van toepassing achtte, heeft de appèlrechter niet onderzocht of de onverhavige overeenkomsten van dien aard zijn dat zij onder de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, vallen; voor de vennootschap Compact was het slechts van gering belang, deze kwalificatie te bestrijden. Waar het Hof is verzocht om uitspraak te doen over de toepasselijkheid van verordening nr. 67/67 op overeenkomsten als in het hoofdgeding aan de orde zijn, dient het Hof zich niet enkel uit te spreken over de verschillende bepalingen van de verordening, maar ook over de voorwaarden waaronder deze van toepassing zijn, met name over de verhouding tussen artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag en de verordening. Het staat vast dat de Commissie bij de toepassing van verordening nr. 67/67 ervan uitgaat, dat overeenkomsten als de onderhavige van dien aard zijn, dat zij onder de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, kunnen vallen. Wil het Hof de nationale rechter een antwoord geven waarin wordt rekening gehouden met de reële en concrete behoeften aan uitlegging in het hoofdgeding, en zulks onafhankelijk van de bewoordingen van de gestelde vragen, dan dient het eveneens de problemen te behandelen die duidelijk uit de produkties in het hoofdgeding en de verwijzingsbeschikking naar voren komen.

De *regering van de Franse Republiek* dient slechts opmerkingen in met betrekking tot de derde, vierde en vijfde vraag en refereert zich met betrekking tot de eerste twee vragen aan het oordeel van het Hof.

Bij de beoordeling of een overeenkomst geldig is naar verordening nr. 67/67, dient een onderscheid te worden gemaakt tussen enerzijds de bepalingen van de overeenkomst zelf en de ter uitvoering daarvan genomen maatregelen, en anderzijds de door partijen bij de overeenkomst gevolgde praktijken. Het door het Hof gehanteerde traditionele onderscheid tussen het bestaan en de uitoefening van de rechten van industriële eigendom betreft de werkingssfeer van de overeenkomst; al het overige behoort tot de extra-contractuele praktijken.

a) Ingevolge artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 kan voor een overeenkomst geen vrijstelling worden verleend, indien de partijen bij de overeenkomst de mogelijkheid van nevenimporten beperken, in het bijzonder wanneer zij te dien einde rechten van industriële eigendom uitoefenen. Een dergelijke beperking of uitoefening moet blijken uit de overeenkomst. Voor de eventuele toepassing van artikel 3, sub b, onder 1, is het vereist dat enkele bepalingen van de overeenkomst ten doel hebben om nevenimporten van rechtmatig van een merk voorziene en in de handel gebrachte produkten te belemmeren, dan wel onvermijdelijk een dergelijke uitwerking blijken te hebben. Zou worden

verklaard dat hat ontbreken in de overeenkomst van bepalingen waarbij partijen zich verbinden om hun rechten van industriële eigendom niet te dien einde uit te oefenen, hen ertoe brengt om belemmeringen toe te passen, dan betekent dit dat bij hen intenties worden ondersteld. Hiermee is niet de mogelijkheid uitgesloten om het gedrag van partijen te onderzoeken vanuit het oogpunt van artikel 85 EEG-Verdrag.

b) De vrijstelling is niet afhankelijk van de doeltreffendheid van de middelen om zich tegen nevenimporten te verzetten. Zij kan niet worden uitgesloten enkel omdat de partijen bij de overeenkomst beschermde rechten bezitten, waarmee zij in die zin zouden kunnen handelen. Daarentegen staan bepalingen waarin dergelijke handelingen zijn voorzien, in de weg aan een vrijstelling.

De opsplitsing van het merkrecht in de verschillende landen tussen de medecontractanten kan niet worden gelijkgesteld met een bedoeling om de gemeenschappelijke markt af te grendelen of op te delen. Deze opsplitsing is gerechtvaardigd om praktische redenen, in verband met de verdeling van de lasten, verbonden aan het verkrijgen, de instandhouding en de verdediging van de bescherming. De overeenkomst moet worden beoordeeld met inachtneming van haar bepalingen en haar normale gevolgen, en niet met onderstelde onwettige gevolgen. Het feit dat partijen rechtens niet bevoegd zijn om door de uitoefening van het merkrecht nevenimporten te verhinderen, sluit de toepasselijkheid van artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 niet bij voorbaat uit. Er dient onderscheid te worden gemaakt tussen de verschillende mogelijke situaties.

Bij gebreke van bepalingen die ertoe strekken of ten gevolge hebben dat nevenimporten van rechtmatig van een merk voorziene en in de handel gebrachte produkten door de uitoefening van een recht van industriële eigendom worden belemmerd, kan artikel 3, sub b, onder 1, niet op de overeenkomst worden toegepast; hetzelfde geldt wanneer partijen rechtens niet bevoegd zijn, nevenimporten te verhinderen.

Indien de overeenkomst bepalingen bevat, als bedoeld in artikel 3, sub b, onder 1, of leidt tot gedragingen als daarin bedoeld, dan betekent de omstandigheid dat de partijen juridisch niet bevoegd zijn daaraan uitvoering te geven, niet dat de onderhavige bepaling daarom niet van toepassing is.

Ingeval van belemmeringen die zijn te wijten aan het gedrag van partijen, doch niet rechtstreeks uit de overeenkomst voortvloeien, is artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 niet van toepassing op de overeenkomst; in dat geval dient op onafhankelijke wijze te worden onderzocht of de toegepaste belemmeringen geldig zijn vanuit het oogpunt van artikel 85 EEG-Verdrag.

c) Zodra de bepalingen van de overeenkomst vallen onder de bij artikel 3, sub b, onder 1, bedoelde bepalingen of daadwerkelijk er toe leiden dat door de uitoefening van het merkrecht de nevenimporten worden belemmerd, moet deze bepaling wel van toepassing zijn op de overeenkomst. Het daadwerkelijk gebruik van het merk om nevenimporten te belemmeren, zonder dat dit voortvloeit uit de overeenkomst, is daarentegen niet voldoende.

d) Artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 moet aldus worden uitgelegd, dat het slechts van toepassing kan zijn, wanneer de belemmeringen ten gevolge van het gebruik van een merk voortvloeien uit de bepalingen van de overeenkomst; daarbij komt het niet aan op de juridische bevoegdheid van partij-

en en wordt hun gedrag dat geen rechtsgrondslag vindt in de tekst van de overeenkomst zelf, buiten beschouwing gelaten.

De *Commissie* merkt, na een overzicht van de feiten van het hoofdgeding, in wezen het volgende op:

a) Uit de tekst van artikel 1 van verordening nr. 67/67 van de Commissie en van artikel 1 van verordening nr. 19/65 van de Raad van 2 maart 1965 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen van overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen (PB 1965, blz. 533) blijkt duidelijk dat de vrijstelling slechts geldt voor de overeenkomsten waaraan slechts twee ondernemingen deelnemen, doch niet voor die overeenkomsten waarin één contractpartij wordt gevormd door verschillende, juridisch zelfstandige ondernemingen.

Niettemin moet aan de toepassing van de mededingingsvoorschriften een economische zienswijze ten gronde worden gelegd. In talrijke beschikkingen heeft de Commissie dan ook twee of meer ondernemingen, die juridisch zelfstandig waren doch één concern vormden, als economische eenheid aangemerkt en hen als contractpartij gelijkgesteld met één onderneming. Een dergelijke gelijkstelling komt in aanmerking, wanneer er drie ondernemingen zijn, waartussen een persoonlijke band bestaat of waarvan er twee volledig afhankelijk zijn van de derde, en tussen deze ondernemingen elke concurrentie is uitgesloten.

b) Het feit dat het territoriale toepassingsgebied van de overeenkomst zich uitstrekt tot derde landen, staat niet in de weg aan de toepasselijkheid van een groepsvrijstelling. Deze vrijstelling betreft namelijk slechts de beperkingen van de mededinging die effect sorteren binnen de gemeenschappelijke markt en waarvan in het algemeen de in artikel 85, lid 3, genoemde voordelen kunnen worden verwacht. Deze positieve effecten worden in beginsel echter niet afgezwakt, doordat het contractgebied eveneens derde landen omvat. De verwijzing naar de gemeenschappelijke markt in artikel 1, lid 1, sub a, van verordening nr. 67/67 dient niet restrictief te worden opgevat.

c) Artikel 3, sub b, onder 1, is bedoeld om de mogelijkheid van parallelle leveringen te waarborgen. In overeenstemming met dit doel, dat in de negende overweging van de verordening bijzonder wordt benadrukt, volstaat de daadwerkelijke uitoefening van een recht van industrieel eigendom ter verhindering van parallelle leveringen om de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling uit te sluiten. Weliswaar zijn daarop gerichte afspraken niet nodig, doch voor de niettoepasselijkheid van de vrijstelling is het niet voldoende dat de distributeur de loutere mogelijkheid heeft om een bepaald recht van industrieel eigendom te gebruiken, zelfs wanneer daardoor de mogelijkheid van misbruik wordt gecreëerd. Zonder de toekenning van de desbetreffende licenties is het positieve effect van de alleenverkoopovereenkomst namelijk dikwijls niet te verwezenlijken.

d) Artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 is ook toepasselijk, wanneer het juridisch onmogelijk is, parallelle leveringen door de uitoefening van de rechten van industriële eigendom te verhinderen. De Commissie heeft partijen in het hoofdgeding op 30 maart 1982 erop gewezen, dat het volgens het geldende gemeenschapsrecht niet meer mogelijk is met een beroep op een merkrecht nevenimporten van rechtmatig in een andere Lid-Staat in het verkeer gebrachte produkten te verhinderen. Overeenkomstig het doel van de regeling — in alle gevallen de mogelijkheid van pa-

rallelle leveringen te verzekeren — is het doorslaggevende punt niet de rechtmatigheid van de verhindering van deze leveringen, doch enkel het daadwerkelijk gebruik van de rechten van industriële eigendom om de leveringen te verhinderen.

e) Het feit dat enkel in abstracto de mogelijkheid bestaat om rechten van industriële eigendom uit te oefenen op de in artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 beschreven wijze, is niet voldoende om de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling uit te sluiten. Wordt zulks wel aanvaard, dan vermindert dit weliswaar de rechtsonzekerheid die mogelijk ontstaat wanneer de geldigheid van een overeenkomst afhankelijk is van het feitelijk gedrag van de partijen, maar tengevolge daarvan zou in de regel voor alleenverkoopovereenkomsten met licenties geen vrijstelling meer worden verleend. De verordening zou dan aanzienlijk aan belang inboeten. De bepaling, waarmee de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling wegens het feitelijk gedrag van de contractpartijen wordt uitgesloten, kan wel tot praktische moeilijkheden aanleiding geven; zonder een dergelijke bepaling zou echter niet verzekerd zijn, dat de voorwaarden voor het verlenen van een vrijstelling überhaupt zijn vervuld. Het Hof heeft geen enkel bezwaar gemaakt tegen de overeenkomstige regeling in artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67.

f) De vragen van het Bundesgerichtshof zouden moeten worden beantwoord als volgt:

1. a) Verordening nr. 67/67 is in beginsel niet van toepassing wanneer meer dan twee juridisch zelfstandige ondernemingen partij zijn bij een alleenverkoopovereenkomst.

   b) Indien meer juridisch zelfstandige ondernemingen, die te ener zijde van de alleenverkoopovereenkomst optreden en onderling door een persoonlijke band zijn verbonden, een economische eenheid vormen met betrekking tot deze overeenkomst, staat zulks niet in de weg aan de toepassing van verordening nr. 67/67.

2. Verordening nr. 67/67 is van toepassing op alleenverkoopovereenkomsten die een afgebakend gedeelte van de gemeenschappelijke markt betreffen, mits wordt voldaan aan de andere voorwaarden van verordening nr. 67/67, ongeacht of de alleenverkoopovereenkomsten ook voor gebieden buiten de Gemeenschap zijn gesloten.

3. Artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 stelt voor de uitsluiting van de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling niet als voorwaarde dat in de desbetreffende alleenverkoopovereenkomst afspraken zijn opgenomen over de verhindering van parallelle leveringen door de uitoefening van rechten van industriële eigendom.

4. Voor de toepassing van artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 is het niet vereist, dat de contractpartijen over rechtens geoorloofde en bruikbare middelen beschikken om door de uitoefening van een merkrecht de aan- of verkoop van contractprodukten die rechtmatig van een merk zijn voorzien of in de handel zijn gebracht, te verhinderen.

5. Volgens artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 is de toepasselijkheid van de groepsvrijstelling uitgesloten, wanneer de contractpartijen het recht van industrieel eigendom daadwerkelijk gebruiken om parallelle leveringen te verhinderen of te bemoeilijken.

III — Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 29 maart 1984 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door Hydrotherm, requirante, vertegenwoordigd door B. Mielert, advocaat te Frankfurt/Main, Compact, gerequireerde, vertegenwoordigd door H.-L. Bauer, advocaat te Frankfurt/Main, en de Commissie, vertegenwoordigd door I. Pernice en N. Koch.

Hydrotherm heeft daarbij in wezen het volgende betoogd:

a) Verordering nr. 67/67 is niet van toepassing op een overeenkomst waaraan als contractpartijen verschillende, juridisch zelfstandige ondernemingen deelnemen. Dit blijkt zeer duidelijk uit de tekst van artikel 1, lid 1, van de verordening, waarin sprake is van overeenkomsten waarbij *slechts* twee ondernemingen partij zijn; elke andere uitlegging is ontoelaatbaar.

Het is een formele bepaling, die kennelijk ten doel heeft het toepassingsgebied van verordening nr. 67/67 in te perken. Het is niet van belang of de ondernemingen die partij zijn bij de overeenkomst, met elkaar zijn verbonden. Aard en draagwijdte van deze verbindingen kunnen in elk geval slechts worden vastgesteld na een diepgaand onderzoek, hetgeen buiten het kader van verordening nr. 67/67 zou vallen; eventueel moet dan ook een individuele vrijstelling worden aangevraagd.

Overigens kan een natuurlijk persoon die geen onderneming is, niet als partij bij een overeenkomst worden aangemerkt.

Het kan niet zo zijn dat men zich op grond van economische doelmatigheidsoverwegingen niets hoeft aan te trekken van de duidelijke en niet voor twijfel vatbare tekst van de verordening.

b) Verordening nr. 67/67 is niet van toepassing op overeenkomsten die eveneens gelden voor landen buiten de Gemeenschap. De tekst van artikel 1, lid 1, sub a, sluit toepassing van de verordening op overeenkomsten welke buiten het gebied van de gemeenschappelijke markt effect sorteren, uit. Dergelijke overeenkomsten moeten afzonderlijk worden onderzocht; zij kunnen de mededinging sterker beperken dan de overeenkomsten welke slechts een afgebakend gebied van de gemeenschappelijke markt betreffen.

Dit geldt ook voor „gemengde" overeenkomsten die buiten het grondgebied van de Gemeenschap effect sorteren. Dergelijke overeenkomsten vallen, voor zover zij de mededinging beperken, niet onder de typen overeenkomsten, genoemd in de verordening; daarom dienen zij te worden onderzocht met het oog op een individuele vrijstelling.

c) De toepassing van artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 onderstelt niet, dat partijen concrete bepalingen hebben vastgesteld omtrent de uitoefening van een industrieel eigendomsrecht om nevenimporten te verhinderen.

Het ligt voor de hand dat contractpartijen de op de ongunstige beïnvloeding van de mededinging gerichte nadere bijzonderheden betreffende de uitoefening van het industriële eigendomsrecht, niet uitdrukkelijk in de overeenkomst zullen opnemen. Wanneer de overeenkomst derhalve zodanig is opgezet dat een der partijen alle industriële eigendomsrechten uitoefent, is de verdenking dat het handelsverkeer wordt belemmerd zo groot, dat zij niet meer in aanmerking komt voor de groepsvrijstelling; ook in dat geval is de enige mogelijkheid een individuele vrijstelling.

Een overdracht van het merk is noch noodzakelijk, noch gebruikelijk en moet in het kader van een verzoek om een individuele vrijstelling worden onderzocht; de overdracht van alle industriële eigendomsrechten aan de andere partij bij de overeenkomst is op zichzelf reeds een uitoefening van deze rechten.

d) Artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 is eveneens van toepassing wanneer de contractpartijen op grond van het gemeenschapsrecht de industriële eigendomsrechten niet mogen uitoefenen om nevenimporten te verhinderen.

In vele gevallen is het zeer wel mogelijk, op onrechtmatige wijze het vrije verkeer de facto te belemmeren.

Een andere uitlegging van artikel 3 van de verordening zou zinledig zijn: juridisch kunnen industriële eigendomsrechten nooit worden uitgeoefend met het oog op een dergelijke belemmering; de betrokken bepaling moet dan ook worden toegepast wanneer een dergelijke situatie zich daadwerkelijk voordoet.

e) De toepassing van artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 onderstelt niet dat de contractpartijen het merk of andere industriële eigendomsrechten daadwerkelijk gebruiken.

De verordening beoogt op eenvoudige wijze typische gevallen vrij te stellen; wanneer partijen bij de overeenkomsten de mogelijkheid verkrijgen om industriële eigendomsrechten uit te oefenen teneinde het handelsverkeer te belemmeren, is er niet sprake van een dergelijk typisch geval dat een groepsvrijstelling rechtvaardigt.

De juridische effectiviteit van een overeenkomst kan niet afhankelijk zijn van de feitelijke gedragingen van de partijen bij deze overeenkomst.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 20 juni 1984 conclusie genomen.

In rechte

1 Bij beschikking van 28 juni 1983, ingekomen ten Hove op 3 augustus daaropvolgende, heeft het Bundesgerichtshof krachtens artikel 177 EEG-Verdrag vijf vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 1, lid 1, sub a, en 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 van de Commissie van 22 maart 1967 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten (PB 1967, blz. 849).

2 Uit de verwijzingsbeschikking en de stukken in de zaak blijkt, dat ingenieur Andreoli, te Bologna, beherend vennoot van de commanditaire vennootschap Compact, onder het merk „Ghibli" lichtmetalen radiatoren produceert. Compact sloot met de Duitse vennootschap Hydrotherm, een dochteronderneming van een Amerikaanse vennootschap, na elkaar twee overeenkomsten waarbij de exclusieve verkoop van de betrokken radiator werd overgedragen

aan Hydrotherm. Krachtens de eerste overeenkomst had Hydrotherm het recht verkregen om het merk „Ghibli" op haar naam te deponeren, hetgeen zij in verschillende staten heeft gedaan, waaronder de Bondsrepubliek Duitsland.

3 De tweede overeenkomst, die werd gesloten naar aanleiding van bij de uitvoering van de eerste overeenkomst gerezen moeilijkheden, verleent Hydrotherm ter zake van de „Ghibli"-radiatoren een exclusief verkooprecht voor West-Europa, met uitzondering van Italië, Griekenland en Turkije; voor een bepaald type radiator wordt het alleenverkoopgebied omschreven als West-Europa, met uitzondering van Frankrijk en de Benelux-landen en Oostenrijk. Bij deze overeenkomst verbond Hydrotherm zich om „binnen het contractgebied niet rechtstreeks of indirect andere producenten, groothandelaars en constructeurs van uit aluminium of aluminiumlegeringen vervaardigde radiatoren, verwarmingsplaten en convectoren te vertegenwoordigen of met hen handel te drijven." Bovendien verplichtte Hydrotherm zich om bij Compact voor een bepaald bedrag radiatoren af te nemen. De tweede overeenkomst is te anderer zijde gesloten door Andreoli, Compact en een andere aan Andreoli toebehorende vennootschap, Officine Sant'Andrea te Rastignano (Italië).

4 Ook bij de uitvoering van de tweede overeenkomst rezen moeilijkheden. Op een bepaald moment weigerde Hydrotherm nog goederen af te nemen van Compact, waarop Compact de overeenkomst opzegde en schadevergoeding vorderde.

5 Het Landgericht Frankfurt/Main, waaraan het geschil in eerste aanleg is voorgelegd, besliste in zijn vonnis van 13 september 1979 dat de overeenkomst tussen partijen nietig was wegens strijd met artikel 85 EEG-Verdrag. Volgens het Landgericht was de groepsvrijstelling, bedoeld in verordening nr. 67/67, niet van toepassing, daar een dergelijke vrijstelling ingevolge artikel 3 van deze verordening is uitgesloten wanneer door de uitoefening van industriële eigendomsrechten de handel in contractprodukten kan worden verhinderd.

6 Van dit vonnis ging Compact in hoger beroep bij het Oberlandesgericht Frankfurt/Main. Vervolgens meldde zij haar overeenkomst aan bij de Commissie, die bij brief van 31 maart 1982 bevestigde dat de overeenkomst onder de in verordening nr. 67/67 bedoelde groepsvrijstelling viel.

7 Bij arrest van 13 mei 1982 verklaarde het Oberlandesgericht Frankfurt/Main de tegen Hydrotherm ingediende vordering tot schadevergoeding in beginsel gegrond en verwees het de zaak terug naar het Landgericht. In de rechtsoverwegingen ging het Oberlandesgericht in op de vraag of de overeenkomst tussen partijen verenigbaar was met de mededingingsregels van de Gemeenschap. Het ging ervan uit, dat de overeenkomst ten gevolge had dat de mededinging in de gemeenschappelijke markt werd beperkt; daar partijen evenwel geen absolute gebiedsbescherming waren overeengekomen, was zij niet om die reden in strijd met artikel 85, lid 1. Het Oberlandesgericht vraagt zich evenwel af of in verband met de positie van partijen op de relevante markt ook een open alleenverkooprecht in strijd zou kunnen komen met de mededingingsregels. Indien de algemene markt van radiatoren als relevante markt moet worden aangemerkt, is het aandeel van de omzetten op basis van de overeenkomst zo gering, dat een merkbaar nadelige beïnvloeding van de intracommunautaire handel is uitgesloten; dit zou anders zijn, indien de relevante markt wordt gevormd door radiatoren van aluminium of aluminiumlegering. Het Oberlandesgericht is van mening dat dit probleem niet behoeft te worden opgehelderd, aangezien voor de onderhavige overeenkomst in elk geval de groepsvrijstelling van verordening nr. 67/67 geldt, omdat zij zowel voldoet aan de voorwaarden van artikel 1, lid 1, sub a en b, als van artikel 2, lid 1, sub a, van deze verordening.

8 Het feit dat het gebied waarvoor de alleenverkoop is overeengekomen, bepaalde landen omvat die niet lid zijn van de Gemeenschap, is — aldus nog steeds het Oberlandesgericht — voor de toepasselijkheid van verordening nr. 67/67 niet van belang, aangezien deze verordening enkel betrekking heeft op de intracommunautaire handel. Evenmin verliest de onderhavige overeenkomst het voordeel van de vrijstelling op grond van artikel 3 van verordening nr. 67/67, volgens hetwelk de vrijstelling niet toepasselijk is wanneer de contractpartijen industriële eigendomsrechten uitoefenen om handelaren of consumenten te verhinderen in andere delen van de gemeenschappelijke markt rechtmatig van een merk voorziene of in de handel gebrachte contractprodukten te betrekken. Volgens het Oberlandesgericht biedt het feit dat Hydrotherm het merk „Ghibli" heeft gedeponeerd, haar niet de mogelijkheid om met behulp van het merk nevenimporten te verhinderen. In elk geval is dit niet toegestaan op grond van de rechtspraak van het Hof, zoals deze voortvloeit uit het arrest van 18 februari 1971 (zaak 40/70, Sirene, Jurispr. 1971, blz. 69). Bovendien is er geen enkele aanwijzing, dat Hydrotherm het merk „Ghibli" heeft gebruikt om nevenimporten te verhinderen of te bemoeilijken. Deze conclusie vloeit voort uit de negatieve verklaring van de Commissie van 30 mei 1982; hoewel de bevindingen en de beoordeling van de Commissie de nationale rechter niet binden (arrest van het Hof van 10. 7. 1980,

zaak 99/79, Lancôme, Jurispr. 1980, blz. 2511), kan deze niettemin rekening houden met de in bedoelde verklaring geconstateerde feiten.

9 Van dit arrest is Hydrotherm in cassatie (Revision) gekomen voor het Bundesgerichtshof. Na het vraagstuk te hebben onderzocht in het licht van de mededingingsregels van de Gemeenschap, kwam het Bundesgerichtshof tot de conclusie dat de toepassing van verordening nr. 67/67 op de onderhavige overeenkomsten verschillende vragen betreffende de uitlegging van deze verordening opwierp. Derhalve heeft het Bundesgerichtshof, als rechterlijke instantie waarvan de beslissingen volgens het nationale recht niet vatbaar zijn voor hoger beroep, en die derhalve krachtens artikel 177, derde alinea, EEG-Verdrag gehouden is, zich tot het Hof van Justitie te wenden, de navolgende vragen voorgelegd:

1. a) Is de groepsvrijstellingsverordening (verordening nr. 67/67/EEG) ook van toepassing wanneer te ener zijde van de overeenkomst verschillende, juridisch zelfstandige ondernemingen deelnemen?

   b) Is het van belang, wanneer er tussen de verschillende, te ener zijde van de overeenkomst optredende ondernemingen een personele band bestaat en zij voor de overeenkomst een economische eenheid vormen?

2. Is de groepsvrijstellingsverordening ook van toepassing wanneer de contractuele verbintenissen niet uitsluitend gelden voor een afgebakend gebied van de gemeenschappelijke markt, doch ook voor landen buiten de Europese Gemeenschap?

3. Is het voor de toepassing van artikel 3, sub b, onder 1, van de groepsvrijstellingsverordening vereist, dat partijen afspraken hebben gemaakt omtrent de uitoefening van hun industriële eigendomsrecht (hier: een merk), die doen vermoeden dat zij zullen worden gebruikt om het afnemen of verkopen van rechtmatig van een merk voorziene of in de handel gebrachte contractprodukten te verhinderen of te bemoeilijken, of is het voor de toepassing van dit artikel voldoende dat het gebruik van het merk ter verhindering of bemoeilijking van nevenimporten niet in de overeenkomst is geregeld?

4. Is artikel 3, sub b, onder 1, van de groepsvrijstellingsverordening ook van toepassing wanneer de partijen bij de overeenkomst rechtens niet bevoegd zijn, door het gebruik van het merkrecht het afnemen of verkopen van rechtmatig van een merk voorziene of in de handel gebrachte contractprodukten te verhinderen?

5. Zo vraag 4 bevestigend moet worden beantwoord: is het voor de toepassing van voornoemde bepaling bovendien vereist, dat de partijen bij de overeenkomst het merk inderdaad gebruiken om het betrekken van contractprodukten te bemoeilijken of te verhinderen?

De eerste vraag (begrip onderneming)

10 Volgens artikel 1, lid 1, van verordening nr. 67/67 wordt artikel 85, lid 1, van het Verdrag buiten toepassing verklaard voor overeenkomsten „waarbij slechts twee ondernemingen partij zijn." De toepasselijkheid van deze bepaling is aan twijfel onderhevig, omdat de onderhavige overeenkomst is gesloten tussen enerzijds Hydrotherm en anderzijds drie verschillende personen, te weten de heer Andreoli, een natuurlijk persoon, alsmede de vennootschappen Compact en Officine Sant'Andrea. Daarbij wordt niet betwist, dat Andreoli elk van deze beide vennootschappen volledig controleert.

11 In het kader van het mededingingsrecht moet onder het begrip onderneming worden verstaan een met betrekking tot het voorwerp van de desbetreffende overeenkomst bestaande economische eenheid, ook al wordt deze economische eenheid gevormd door verscheidene natuurlijke of rechtspersonen. Aan het vereiste van artikel 1, lid 1, van verordening nr. 67/67 is dan ook voldaan, wanneer te ener zijde van de overeenkomst ondernemingen deelnemen die een identiek belang hebben en door een en dezelfde — eveneens aan de overeenkomst deelnemende — natuurlijke persoon worden gecontroleerd. Immers, in deze omstandigheden bestaat er geen mogelijkheid van mededinging tussen de personen die te zamen, als één enkele partij aan de betrokken overeenkomst deelnemen.

12 Derhalve dient op de eerste vraag te worden geantwoord, dat verordening nr. 67/67 ook moet worden toegepast wanneer te ener zijde van de overeenkomst verschillende, juridisch zelfstandige ondernemingen deelnemen, indien deze ondernemingen wat de overeenkomst betreft een economische eenheid vormen.

De tweede vraag (territoriale werkingssfeer van de overeenkomst)

13 Volgens artikel 1, lid 1, sub a, van verordening nr. 67/67 is de groepsvrijstelling van toepassing op overeenkomsten waarbij de ene contractpartij zich

tegenover de andere verplicht „binnen een afgebakend gebied van de gemeenschappelijke markt bepaalde produkten slechts aan hem voor wederverkoop te leveren." In de onderhavige overeenkomst wordt het alleenverkoopgebied omschreven als „West-Europa", met uitzondering van bepaalde staten: in het ene geval Italië, Griekenland en Turkije, en in het andere geval Frankrijk, de Benelux-staten en Oostenrijk.

14 Het Bundesgerichtshof wil weten of de verordening toepasselijk is, wanneer de contractuele verbintenissen niet uitsluitend gelden voor een afgebakend gebied van de gemeenschappelijke markt, doch ook voor landen buiten de Gemeenschap.

15 Verordening nr. 67/67 regelt een aspect van de mededinging in het algemene kader van het toepassingsgebied van het EEG-Verdrag en in het bijzonder van artikel 85, dat de mededinging „binnen de gemeenschappelijke markt" betreft. Aan de voorwaarden van de verordening is dan ook voldaan, wanneer de overeenkomst de territoriale werkingssfeer van het recht van exclusieve verkoop voor een „afgebakend gebied" van de gemeenschappelijke markt vaststelt, met dien verstande dat dit gebied op dusdanige wijze moet worden afgebakend, dat mededinging — en derhalve nevenimporten — tussen het gebied waarvoor het recht van exclusieve verkoop wordt verleend, en het overige deel van de Gemeenschap daadwerkelijk mogelijk is, hetgeen in het onderhavige geding buiten kijf staat. Door derde landen in het alleenverkoopgebied op te nemen, worden de toepassingsvoorwaarden van de verordening niet gewijzigd.

16 Mitsdien moet op de tweede vraag worden geantwoord dat de groepsvrijstellingsverordening kan worden toegepast, wanneer de contractuele verbintenissen niet uitsluitend gelden voor een afgebakend gebied van de gemeenschappelijke markt, doch ook voor landen buiten de Gemeenschap.

De derde, vierde en vijfde vraag (gebruik van het merkrecht)

17 Kenmerkend voor de hier in geding zijnde alleenverkoopovereenkomst is, dat de ene contractpartij de andere juist het gebruik van een merkrecht heeft verleend ten behoeve van de uitvoering van de alleenverkoopovereenkomst. Het Bundesgerichtshof stelt in dit verband de vraag of, en in welke omstandigheden de uitoefening van een industrieel eigendomsrecht ertoe kan leiden dat een dergelijke overeenkomst onder de uitsluitingsgrond van artikel 3, sub

b, onder 1, van verordening nr. 67/67 kan vallen. In wezen wil het vernemen, of het voor de toepassing van deze uitsluitingsgrond volstaat, dat een industrieel eigendomsrecht in het kader van een alleenverkoopovereenkomst in dier voege kan worden gebruikt, dat het afnemen van het betrokken produkt binnen de gemeenschappelijke markt wordt bemoeilijkt, dan wel of deze uitsluitingsgrond enkel geldt, wanneer een dergelijk gebruik van het industriële eigendomsrecht voortvloeit uit de termen van de overeenkomst zelf of het daadwerkelijke gedrag van partijen.

18 Volgens artikel 3 is de in artikel 1 van verordening nr. 67/67 voorziene groepsvrijstelling niet van toepassing wanneer „b) de contractspartijen het tussenhandelaren of consumenten bemoeilijken zich de contractsprodukten bij andere handelaren binnen de gemeenschappelijke markt te verschaffen, met name indien de contractspartijen ... industriële eigendomsrechten uitoefenen om handelaren en consumenten te verhinderen in andere delen van de gemeenschappelijke markt rechtmatig van een merk voorziene of in de handel gebrachte contractsprodukten te betrekken of in het contractsgebied te verkopen ..."

19 Deze bepaling wordt verduidelijkt in de negende overweging van de considerans, waarin wordt verklaard, dat „met name verzekerd moet zijn dat de gebruikers door de mogelijkheid van nevenimport een billijk aandeel krijgen in de uit de alleenverkoop voortvloeiende voordelen; dat derhalve niet kan worden toegestaan dat industriële eigendomsrechten en andere rechten worden misbruikt om een absolute gebiedsbescherming tot stand te brengen."

20 Daaruit volgt dat de verordening niet ten doel heeft, een overeenkomst buiten de groepsvrijstelling te laten vallen, enkel omdat bij deze overeenkomst in het bij artikel 1 vastgestelde kader een industrieel eigendomsrecht wordt verleend met het oog op het normale functioneren van een exclusieve verkoop. De beperking van artikel 3 vindt dan ook geen toepassing, wanneer de overdracht van het gebruik van een industrieel eigendomsrecht bij overeenkomst zo geregeld is, dat het verleende recht van alleenverkoop een open recht is.

21 Het verbod van artikel 3 kan derhalve slechts effect sorteren, indien hetzij de bewoordingen zelf van de overeenkomst, hetzij het daadwerkelijk gedrag van partijen aanwijzingen opleveren, dat een industrieel eigendomsrecht wordt misbruikt om een absolute gebiedsbescherming tot stand te brengen.

De enkele mogelijkheid van een dergelijk gebruik op grond van het feit dat partijen in hun overeenkomst geen uitdrukkelijke bepalingen hebben opgenomen, volstaat dus niet om een overeenkomst van de groepsvrijstelling uit te sluiten.

22 Mitsdien moet op de derde, vierde en vijfde vraag worden geantwoord dat artikel 3, sub b, onder 1, van verordening nr. 67/67 slechts dan in de weg staat aan de groepsvrijstelling van een overeenkomst wanneer hetzij uit de bewoordingen zelf van de overeenkomst, hetzij uit het gedrag van partijen kan worden opgemaakt dat zij een industrieel eigendomsrecht willen gebruiken of daadwerkelijk gebruiken om met behulp van dat recht nevenimporten in het alleenverkoopgebied te verhinderen of te bemoeilijken. Het feit dat een overeenkomst geen bepaling bevat waardoor misbruik van een industrieel eigendomsrecht dient te worden voorkomen, volstaat op zichzelf niet om deze overeenkomst van de toepassing van verordening nr. 67/67 uit te sluiten.

Kosten

23 De kosten door de Commissie en de Franse regering wegens indiening hunner opmerkingen bij het Hof gemaakt, kunnen niet voor vergoeding in aanmerking komen.

24 Ten aanzien van partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de nationale rechterlijke instantie over de kosten heeft te beslissen.

HET HOF VAN JUSTITIE (Vierde kamer),

uitspraak doende op de door het Bundesgerichtshof bij beschikking van 28 juni 1983 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1. **Verordening nr. 67/67 van de Commissie van 22 maart 1967 betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen**

alleenverkoopovereenkomsten moet ook worden toegepast, wanneer te ener zijde van de overeenkomst verschillende, juridisch zelfstandige ondernemingen deelnemen, indien deze ondernemingen wat de overeenkomst betreft een economische eenheid vormen.

2. **Verordening nr. 67/67 kan worden toegepast wanneer de contractuele verbintenissen niet uitsluitend gelden voor een afgebakend gebied van de gemeenschappelijke markt, doch ook voor landen buiten de Gemeenschap.**

3. **Artikel 3, sub b) onder 1, van verordening nr. 67/67 staat slechts dan in de weg aan de groepsvrijstelling van een overeenkomst, wanneer hetzij uit de bewoordingen zelf van de overeenkomst, hetzij uit het gedrag van partijen kan worden opgemaakt dat zij een industrieel eigendomsrecht willen gebruiken of daadwerkelijk gebruiken om met behulp van dat recht nevenimporten in het alleenverkoopgebied te verhinderen of te bemoeilijken. Het feit dat een overeenkomst geen bepaling bevat waardoor misbruik van een industrieel eigendomsrecht dient te worden voorkomen, volstaat op zichzelf niet om deze overeenkomst van de toepassing van verordening nr. 67/67 uit te sluiten.**

Koopmans Bahlmann

Pescatore O'Keeffe Bosco

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 12 juli 1984.

De griffier
voor deze
H. A. Rühl
Hoofdadministrateur

De president van de Vierde kamer
T. Koopmans