De uitoefening van door de wetgeving van een Lid-Staat beschermde auteursrechten, door de gerechtigde of zijn rechtverkrijgenden, ten aanzien van de invoer en de verhandeling van grammofoonplaten die door licentiehouders van de gerechtigde in de Republiek Portugal rechtmatig zijn vervaardigd en in het verkeer gebracht, is gerechtvaardigd om redenen verband houdend met de bescherming van de industriële en commerciële eigendom in de zin van artikel 23 van de Overeenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Republiek Portugal van 22 juli 1972 (PB L 301 van 1972, blz. 165), en is dus geen bij artikel 14, lid 2, van die Overeenkomst verboden beperking van het handelsverkeer. Een dergelijke uitoefening vormt geen middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel tussen de Gemeenschap en Portugal in de zin van genoemd artikel 23.

Mertens de Wilmars Bosco Touffait

Due Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Koopmans Everling Chloros Grévisse

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 9 februari 1982.

De griffier

A. Van Houtte

De president

J. Mertens de Wilmars

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL S. ROZÈS VAN 1 DECEMBER 1981 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Aan u is voorgelegd een verzoek om een prejudiciële beslissing, gedaan door de Court of Appeal, inzake de uitoefening van het auteursrecht in het licht van het gemeenschapsrecht en van de bepalingen van de Overeenkomst EEG-Portugal van 22 juli 1972.

1 — Vertaald uit het Frans.

De feiten zijn de volgende:

Het onder de naam „The Bee Gees" bekend staande trio heeft zijn rechten op het lied „Spirits having flown" overgedragen aan RSO Records Inc. Deze vennootschap heeft op haar beurt die rechten voor het Verenigd Koninkrijk, Lid-Staat van de Gemeenschap, afgestaan aan Polydor Ltd., die opnamen van dit werk in die staat vervaardigt en verhandelt.

Van hetzelfde werk worden ook in Portugal, een derde land, opnamen vervaardigd en verkocht door de vennootschappen naar Portugees recht Phonogram en Polygram Discos, die in dit land houder zijn van RSO's rechten op dit lied. Deze vennootschappen behoren tot hetzelfde concern als Polydor Ltd.

Simons Records Ltd. heeft uit Portugal afkomstige grammofoonplaten met de betrokken opnamen in het Verenigd Koninkrijk ingevoerd en Harlequin Record Shops Ltd. heeft ze daar verkocht, een en ander zonder toestemming van Polydor of RSO.

Laatstgenoemde vennootschappen hebben daarop op grond van Section 16 (2) van de Copyright Act 1956 Harlequin voor de Chancery Division van de High Court of Justice gedaagd wegens inbreuk op hun auteursrechten in het Verenigd Koninkrijk. Harlequin en de firma Simons, die zich aan haar zijde heeft gevoegd, hebben als verweer gevoerd dat de vordering een maatregel vormt van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking in de zin van artikel 14, lid 2, van de internationale Overeenkomst die bij verordening nr. 2844/72 van de Raad van 19 december 1972 is gesloten tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Republiek Portugal.

Nadat de Chancery Division Simons en Harlequin had verboden de betrokken opname in het Verenigd Koninkrijk in de handel te brengen, is de zaak door deze vennootschappen voor de Court of Appeal gebracht, dat het Hof vier vragen heeft voorgelegd teneinde te doen vaststellen of de rechtspraak die in het kader van het EEG-Verdrag is ontwikkeld ter zake van het vrije verkeer van grammofoonplaten en het auteursrecht, zich ook laat toepassen in de betrekkingen tussen de EEG en Portugal.

Het belang van dit probleem, gezien de mogelijke weerslag op een hele reeks overeenkomsten die met derde landen zijn gesloten, is niet ontgaan aan de vijf Lid-Staten die opmerkingen hebben gemaakt. Het begrip „kwantitatieve invoerbeperkingen" komt immers voor in artikel XI van de Algemene Overeenkomst betreffende Tarieven en Handel (GATT), in artikel 10 van het Verdrag tot instelling van de Europese Vrijhandelsassociatie (EVA) alsmede in zes andere overeenkomsten tussen de EEG en de staten die nog deel uitmaken van de EVA.

I — Wil het verweer van Simons en Harlequin slagen, dan moet aan *elk* van de drie volgende voorwaarden zijn voldaan:

1. de artikelen 14, lid 2, en 23 van de Overeenkomst EEG-Portugal, juncto verordening nr. 2844/72, dienen de justitiabelen van de Gemeenschap rechten te verlenen die de nationale rechter verplicht is te beschermen, in de zin die uw rechtspraak aan deze uitdrukking geeft (arresten van 12 december 1972, International Fruit, Jurispr. 1972, blz. 1220; 24 oktober 1973, Schlüter, Jurispr. 1973, blz. 1137; 5 februari 1976, Bresciani, Jurispr. 1976, blz. 130);

2. de door Polydor en RSO ingestelde rechtsvordering moet een maatregel zijn van gelijke werking als kwantita-

tieve invoerbeperkingen in de zin van artikel 14 van de Overeenkomst, zonder gerechtvaardigd te zijn uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom in de zin van artikel 23 van de Overeenkomst;

3. en tenslotte, aangenomen dat de maatregel op die gronden gerechtvaardigd zou zijn, moet zij een middel vormen tot willekeurige discriminatie en een verkapte beperking zijn van de handel tussen de verdragsluitende partijen in de zin van dezelfde bepaling.

II — Verordening nr. 2844/72 van de Raad noemt in haar considerans met name artikel 113 EEG-Verdrag, dat voorkomt in het aan de handelspolitiek gewijde hoofdstuk.

Artikel 1 van de verordening bepaalt:

„Namens de Gemeenschap worden gesloten, goedgekeurd en bekrachtigd de Overeenkomst tussen de Europese Economische Gemeenschap en de Republiek Portugal, de bijbehorende bijlagen en Protocollen, alsmede de aan de Slotakte gehechte verklaringen."

Volgens artikel 5

„is deze verordening verbindend in al haar onderdelen en rechtstreeks toepasselijk in elke Lid-Staat."

Een verordening is het algemeen gebruikte instrument voor het sluiten van overeenkomsten met derde landen als bedoeld in artikel 113 van het Verdrag en de slotformule van verordening nr. 2844/72 herhaalt slechts de tekst van artikel 189 van het Verdrag.

Ook al is de *verordening* rechtstreeks toepasselijk in iedere Lid-Staat, dit betekent nog niet noodzakelijkerwijs dat de artikelen 14 en 23 van de *Overeenkomst* „directe werking" hebben, dat wil zeggen dat ze de onderdanen van de Lid-Staten rechten verlenen die de rechters van die staten verplicht zijn te beschermen.

Verordening nr. 2844/72 doet niet anders dan de Overeenkomst gesloten door de Raad, de enige instelling die krachtens artikel 113 van het Verdrag bevoegd is te „besluiten", goedkeuren. Daardoor worden de bepalingen van de Overeenkomst in de communautaire rechtsorde opgenomen, doch zonder dat aan de inhoud en de draagwijdte ervan iets wordt veranderd. De verordening heeft derhalve uitsluitend instrumentele waarde. Vijf Lid-Staten hebben er prijs op gesteld te interveniëren in de onderhavige procedure. De Raad heeft geen opmerkingen ingediend.

Overeenkomstig 's Hofs rechtspraak dienen nu, naast de letter van deze bepalingen, „de geest" en „de opzet" van de Overeenkomst in haar geheel richtsnoer te zijn.

III — De motivering die ten grondslag ligt aan de uitlegging die het Hof aan de artikelen 30 en 36 van het Verdrag — zoals aan alle bepalingen met „rechtstreekse werking" — heeft gegeven, berust op de premisse dat het Verdrag één enkele, gemeenschappelijke markt heeft geschapen.

1. Harlequin en Simons ontlenen aan het feit dat de Overeenkomst is getekend op 22 juli 1972, dat wil zeggen na het arrest van 8 juni 1971 Deutsche Grammophon, Jurispr. 1971, blz. 489), een argument inhoudend dat artikel 14 van de Overeenkomst anders zou zijn geredigeerd dan de verwante bepaling van artikel 30 van het Verdrag, indien de opstellers een uitzondering hadden willen maken voor een uitoefening van het auteursrecht, die neerkomt op een beperking van de handel. Deze gedachtengang komt ons weinig overtuigend voor: men zou even goed kunnen stellen dat de lopende onderhandelingen over de toetreding van Portugal tot de EEG onder meer tot doel hebben het communautaire stelsel van vrij verkeer van goederen tot dit land uit te breiden, en dat het lo-

pende onderhandelingen over de toetreding van Portugal tot de EEG zou schaden als aan Harlequin en Simons het recht zou worden toegekend een beroep te doen op de „directe werking" van de betrokken bepalingen van de Overeenkomst.

2. Volgens artikel 234, derde alinea, van het Verdrag

„*houden* de Lid-Staten, bij de toepassing van de overeenkomsten" — gesloten vóór de inwerkingtreding van het Verdrag tussen een Lid-Staat en een of meer derde staten, dus de overeenkomsten waarvan de eerste alinea zegt dat de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen onverlet worden gelaten door de bepalingen van het Verdrag — „*rekening* met het feit dat de voordelen door elke Lid-Staat in dit Verdrag toegestaan, een wezenlijk bestanddeel uitmaken van de totstandkoming van de Gemeenschap en dientengevolge *onverbrekelijk verbonden* zijn met de oprichting van *gemeenschappelijke instellingen*, met het toekennen van bevoegdheden aan die instellingen en met het *verlenen van dezelfde voordelen* door de overige Lid-Staten".

Dit beginsel geldt evenzeer voor de verdragen die *na* de inwerkingtreding van het Verdrag namens de EEG met een derde staat zijn gesloten.

Maar terwijl het EEG-Verdrag een economische „gemeenschap" instelt, hebben de partijen bij de Overeenkomst beoogd „de ontwikkeling van hun handel te verzekeren" en „de belemmeringen voor het *voornaamste gedeelte* van hun handelsverkeer op te heffen". Al is op het stuk van het vrij verkeer van goederen de structuur van de Overeenkomst inderdaad vergelijkbaar met die van het Verdrag, dit laatste omvat heel wat meer aspecten dan dat vrije verkeer.

Er is geen enkele „gemeenschappelijke instelling" opgericht, afgezien van het Gemengd Comité bedoeld in artikel 32, lid 1, van de Overeenkomst. In geval van „moeilijkheden die tot uiting kunnen komen in een ernstige verslechtering van de economische situatie in een gebied" of „indien een partij bij de Overeenkomst van mening is dat de andere Partij een verplichting van de Overeenkomst niet is nagekomen", is slechts voorzien in de mogelijkheid „passende vrijwaringsmaatregelen" te nemen (artikelen 25-29), met inachtneming van een procedure van „overleg" in het Gemengd Comité (artikelen 30 en 32, lid 2). De wijze waarop de vrijwaringsclausules en de beschermende maatregelen voorzien in de artikelen 25-30 van de Overeenkomst worden uitgevoerd, is vastgelegd in verordening nr. 2845/72 van de Raad van 19 december 1972.

3. Het voordeel waarop Harlequin en Simons aanspraak maken, zou ook moeten worden toegekend aan importen in Portugal van communautaire produkten, die in dat land een bescherming krachtens industriële en commerciële eigendomsrechten genieten die gelijkwaardig is aan die in de Gemeenschap.

Wij weten echter dat de nationale rechterlijke instanties van sommige EVA-landen (Zwitsers Federaal Gerechtshof, 25 januari 1979, Sunlight; Oostenrijks Hooggerechtshof, 10 juli 1979, Austro-Mechana, een zaak over parallelimport van grammofoonplaten) de rechthebbenden op industriële of intellectuele eigendom in die landen toestaan zich met een beroep op die rechten te verzetten tegen importen uit de Gemeenschap. De wederkerigheid is dus niet verzekerd.

4. De rechtspraak die Harlequin en Simons aanhalen, achten wij niet beslissend.

De Overeenkomst van Jaoende van 1963, waarop de zaak-Bresciani betrekking had, was niet op wederkerigheid gebaseerd: integendeel, de Gemeenschap nam bij deze Overeenkomst eenzijdig een aantal verplichtingen op zich jegens de Afrikaanse staten en Madagascar. Deze „onevenwichtigheid" stond dus niet in de weg aan het toekennen van „directe werking" aan sommige bepalingen van de Overeenkomst.

Bovendien ging het in die zaak over de uitlegging van de term „heffing van gelijke werking als een douanerecht" in artikel 2, lid 1, van de Overeenkomst, gezien in verband met de overeenkomstige term in artikel 13, lid 2, van het Verdrag, en niet over het begrip „maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve beperking". Op dit punt nu verwees de bepaling van de Overeenkomst uitdrukkelijk naar artikel 13 EEG-Verdrag. Met andere woorden, de Lid-Staten hadden tegenover de Afrikaanse staten en Madagascar dezelfde verplichtingen op zich willen nemen als zij tegenover elkaar hadden, en op grond van deze verwijzing kon het Hof beslissen dat die bepaling subjectieve rechten voor de particulieren in het leven riep.

In het arrest-International Fruit van 12 december 1972 daarentegen oordeelde het Hof dat artikel XI van de GATT — een bepaling die eveneens betrekking heeft op de afschaffing van kwantitatieve beperkingen — *niet* van zodanige aard is, dat de justitiabelen van de Gemeenschap zich er in rechte op kunnen beroepen.

Anders dan in laatstgenoemde zaak gaat het in casu niet om de vraag of de internationale verplichtingen die door de Gemeenschap worden aangegaan, voorrang hebben op handelingen van haar organen (bijvoorbeeld een verordening van de Raad) — juist zoals het gemeenschapsrecht in beginsel voorrang heeft boven het nationale recht — maar of de internationale verplichtingen van de Gemeenschap jegens derde staten dezelfde aard en draagwijdte hebben als de verplichtingen van de Lid-Staten onderling; met andere woorden of de klassieke internationale rechtsorde identiek is aan de interne communautaire rechtsorde. De dagelijkse werkelijkheid leert ons dat dit helaas niet het geval is.

Op het verwante terrein van de bescherming van het merkrecht bevat 's Hofs rechtspraak ondubbelzinnige aanwijzingen.

In het arrest-EMI, gewezen op 15 juni 1976 na verwijzing door de High Court of Justice (Jurispr. 1976, blz. 813, zie met name r.o. 8 en 11), overwoog het Hof dat de regel van de artikelen 30 e.v. toepasselijk is binnen de gemeenschappelijke markt, maar niet mag worden uitgebreid tot de betrekkingen met derde landen. De uitoefening van een merkrecht teneinde de verhandeling van produkten uit de landen te beperken, is dus *onverschillig* ten aanzien van het vrij verkeer van goederen *tussen de Lid-Staten* en valt bijgevolg niet onder de verbodsbepalingen van artikel 30 e.v., want de *eenheid van de gemeenschappelijke markt* is niet in het geding. De rechtsvordering van een merkgerechtigde in een Lid-Staat van de Gemeenschap tegen parallelimport van produkten die afkomstig zijn uit een derde staat en die hetzelfde merk dragen, is niet in strijd met het Verdrag.

In het arrest-Centrafarm (31 oktober 1974, Jurispr. 1974, blz. 1148) overwoog het Hof dat „ter zake van octrooien de industriële eigendom met name tot specifiek voorwerp heeft de octrooihouder,

ter beloning van des uitvinders creatieve inspanning, het uitsluitend recht te verschaffen om een uitvinding hetzij rechtstreeks hetzij door licentieverlening aan derden, te gebruiken voor de vervaardiging en het *als eerste in het verkeer brengen* van produkten van nijverheid, alsmede het recht zich tegen inbreuken te verzetten," (r.o. 9).

Deze rechtspraak beoogt te verhinderen dat het vrije verkeer van goederen wordt belemmerd door het bestaan van nationale bepalingen inhoudende dat het recht van de houder van het industriële of commerciële eigendomsrecht *niet is uitgeput* door het in de handel brengen van het beschermde produkt, zodat deze houder zich zou kunnen verzetten tegen de invoer van het elders in de handel gebrachte produkt.

Wanneer men deze redenering toepast op het onderhavige geval, zou zij kunnen leiden tot de opvatting, dat als de in het Verenigd Koninkrijk ingevoerde geluidsopnamen inderdaad op regelmatige wijze en met toestemming van de componisten en hun licentienemers in Portugal zijn vervaardigd en in de handel gebracht, de passende „beloning" voor de creatieve inspanning van de auteurs en de tegenprestatie voor de verleende exclusiviteit bestaan in de royalty's die betaald zijn voor het recht om de opnamen voor het eerst in het verkeer te brengen. Aldus zou de wettige uitoefening van het auteursrecht „uitgeput" zijn door het op de markt brengen in Portugal en zou de „wezenlijke inhoud" van het recht niet worden aangetast door de vrije verhandeling in het Verenigd Koninkrijk.

Maar een dergelijke zienswijze zou een volledige doorkruising betekenen van de opzet van de exclusieve licentieovereenkomsten met betrekking tot het industrieel of commercieel eigendomsrecht.

De door Phonogram Discos aan RSO betaalde royalty's houden verband met de exploitatie van de reproduktierechten op de Portugese markt. Als RSO had geweten dat de met haar goedvinden in Portugal verhandelde opnamen vrij in het Verenigd Koninkrijk en in de andere Lid-Staten zouden worden ingevoerd, zou zij stellig een aanzienlijk hogere tegenprestatie hebben bedongen. En ook de Engelse licentieneemster Polydor zou, had zij kunnen voorzien dat het uitsluitend recht om het muziekwerk in het Verenigd Koninkrijk commercieel te exploiteren, door de verhandeling in Portugal zou zijn „uitgeput", nimmer bereid zijn geweest opnieuw royalty's te betalen om deze opnamen in het Verenigd Koninkrijk te mogen vervaardigen en verkopen.

Bijgevolg zijn de economische waarde van een industrieel en commercieel eigendomsrecht en de hoogte van de „beloning" van de inspanningen van de „uitvinder" en van degene die het op basis van de uitvinding vervaardigde produkt als eerste in het verkeer brengt — een beloning en een waarde die tot het „specifiek voorwerp" of tot de „wezenlijke inhoud" van het recht behoren —, afhankelijk van de grootte en de aard van de markt waarop het produkt kan worden afgezet.

De „uitputtings"-theorie is alleen ontwikkeld in de betrekkingen tussen de Lid-Staten teneinde het vrije verkeer te volmaken. Zij veronderstelt onder meer dat tegelijkertijd de vrijheid van dienstverlening (arrest van 20 januari 1981, Musik-Vertrieb membran, r.o. 25) en, zo voegen wij daaraan toe, de vrijheid van vestiging worden verwezenlijkt. Het behoeft geen betoog dat de vrijmaking van het handelsverkeer, waarin de Overeenkomst EEG-Portugal voorziet, niet ge-

paard gaat met de verwezenlijking van deze andere vrijheden; dit zou immers de instelling van een gemeenschappelijke markt onderstellen.

Zelfs indien de verhandeling of vervaardiging van de betrokken opnamen zowel in de EEG als in het derde land in handen zou zijn van ondernemingen die alle tot hetzelfde in een Lid-Staat gevestigde concern behoorden, dan zou dit toch alleen maar van belang zijn wanneer de betrokken auteursrechten naast elkaar *op het grondgebied van de EEG* bestonden; in dit geval immers zou het uitoefenen van deze rechten kunnen leiden tot compartimentering van de ene markt. Al bestaat het beginsel van de territorialiteit van het auteursrecht niet meer in elk der Lid-Staten, het bestaat nog wel in de betrekkingen tussen de Gemeenschap en derde staten

5. Met recht doet Polydor nog opmerken, dat volgens de laatste overweging van de preambule van de Overeenkomst EEG-Portugal „geen der bepalingen van deze Overeenkomst zodanig kan worden uitgelegd dat de Overeenkomstsluitende Partijen daardoor worden ontslagen van de krachtens *andere internationale overeenkomsten* op hen rustende verplichtingen." De internationale overeenkomsten nu op het gebied van de industriële en commerciële eigendom (bijvoorbeeld het Unieverdrag voor de bescherming van de industriële eigendom, ondertekend te Parijs in 1883, laatstelijk herzien te Stockholm in 1967; het Verdrag van Bern van 1886 voor de bescherming van werken van letterkunde en kunst) voorzien niet in „uitputting van het recht". De *internationale* Overeenkomst tussen de EEG en Portugal behoort dan ook niet anders te worden uitgelegd dan de internationale verdragen op het stuk van de industriële en commerciële eigendom.

Op het verwante gebied van de octrooien geldt de uitputting van de rechten die verbonden zijn aan het gemeenschapsoctrooi, slechts voor de handelingen terzake van het door dit octrooi gedekte produkt, die zijn verricht op het grondgebied van de Lid-Staat nadat het produkt *in een dezer staten* in de handel is gebracht, door de octrooihouder of met diens uitdrukkelijke instemming (artikel 32 van het Verdrag betreffende het gemeenschapsoctrooi). Evenzo worden de aan een nationaal octrooi verbonden rechten in een Lid-Staat pas „uitgeput" wanneer het produkt in de handel is gebracht *in een der Lid-Staten* door de octrooihouder of met diens uitdrukkelijke instemming (artikel 81, lid 1, van het Verdrag). Er is dus geen „uitputting" wanneer het produkt in de handel is gebracht in een derde staat die met de Europese Economische Gemeenschap een vrijhandelszone vormt. Dat zal slechts het geval kunnen zijn wanneer die staat partij wordt bij het Verdrag (artikel 96 van het Verdrag).

Om al deze redenen kan de „unionistische" theorie van de uitputting van industriële en commerciële eigendomsrechten in het communautaire verband, zoals deze in het bijzonder volgt uit het arrest van 8 juni 1971 (Deutsche Grammophon), dat betrekking heeft op „geluidsdragers", niet van toepassing zijn op handelingen betreffende een onder het auteursrecht vallend werk, die verricht zijn op het grondgebied van een derde land, ook al is het werk aldaar in de handel gebracht door de rechthebbende of met diens uitdrukkelijke instemming.

IV — Onder deze omstandigheden behoeft naar onze mening niet te worden onderzocht of de bewoordingen van arti-

kel 14 van de Overeenkomst („maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen worden ... *afgeschaft*") verschillen van die van artikel 30 van het Verdrag („kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking zijn ... *verboden*"), en of het rechterlijk verbod de betrokken grammofoonplaten in het Verenigd Koninkrijk in te voeren en te verkopen, een „middel tot willekeurige discriminatie of een verkapte beperking van de handel" oplevert in de zin van artikel 23 van de Overeenkomst.

Wij concluderen dat het Hof in antwoord op de gestelde vragen voor recht verklare, dat een vennootschap die in een Lid-Staat geluidsopnamen invoert welke op regelmatige wijze in Portugal in het verkeer zijn gebracht, voor de nationale rechter van een Lid-Staat geen beroep kan doen op de bepalingen van verordening nr. 2844/72 van de Raad van 19 december 1972 teneinde zich te verzetten tegen het uitsluitend recht van verhandeling, dat in diezelfde staat toekomt aan de houder van de exclusieve licentie voor het exploiteren van de auteursrechten op dezelfde opnamen.