II

*(Besluiten waarvan de publikatie niet voorwaarde is voor de toepassing)*

# COMMISSIE

## BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

**van 11 juli 1983**

**inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/29.395 — Windsurfing International)**

**(Slechts de teksten in de Duitse en de Engelse taal zijn authentiek)**

(83/400/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap,

Gelet op 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 (1), laatstelijk gewijzigd bij de Akte van Toetreding van Griekenland, en met name op artikel 3, lid 1, artikel 4 en artikel 15, lid 2,

Gezien de in deze zaak overeenkomstig artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17 bij de Commissie ingediende klachten van de ondernemingen IMA AG, Arbon; Tabur Marine SA, Parijs; Dufour SA, Parijs, en Tabur Marine (Great Britain) Ltd, Slough; SC France, Marseille; Surfer's Paradise GmbH, Rosenheim; Cowabanga Sportartikel, München; European Surfing Company BV, Amersfoort; Alpina Plast AG, Eichberg; Kunststofftechnik Peter Degler GmbH en SC-Products Surfgerät- und Zubehör-Handels GmbH, beide te Grassau; Seal Marine Ltd, Liskeard, en Surf Sales Ltd, St. Leonards-on-Sea; Point Sportgeräte GmbH, Point AG en Exa Point Marine Vertrieb GmbH, alle te München; Sodim, Parijs; Brakeborough Ltd, Headly Down (nr. Bordon); Daher France, Marseille; Skipper International, Hennebont; Crit SA, Saint-Ouen; Open Surf, Saint-Rémy-les-Chevreuses, en Helmut Kertscher & Co, Hamburg,

Gezien het besluit van de Commissie van 7 juni 1982 om in deze zaak de procedure in te leiden,

Na de betrokken ondernemingen, overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 in samenhang met Verordening nr. 99/63/EEG van de Commissie van 25 juli 1963 over het horen van belanghebbenden en derden overeenkomstig artikel 19, leden 1 en 2, van Verordening nr. 17 (2), in de gelegenheid te hebben gesteld hun standpunt kenbaar te maken ter zake van de punten van bezwaar welke de Commissie in aanmerking heeft genomen; gezien de schriftelijke conclusies van de ondernemingen Windsurfing International Inc, Ostermann, Akutec, Klepper en Windsurfing Central en gezien de mondelinge hoorzitting met de ondernemingen Windsurfing International Inc en Windsurfing Central op 20 september 1982,

Na raadpleging, op 23 maart 1983, van het Adviescomité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities overeenkomstig artikel 10 van Verordening nr. 17,

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.

(2) PB nr. 127 van 20. 8. 1963, blz. 2268/63.

In overweging van het volgende:

## A. DE FEITEN

De feiten kunnen als volgt worden samengevat:

### I. HET BETROKKEN PRODUKT

Zeilplanken zijn ontwikkeld uit de reeds lang bekende surfplanken die worden gebruikt om zich op de branding te laten meevoeren en wel door deze planken in door windkracht voortbewogen vaartuigen te veranderen, waarmee zonder benutting van de branding watersport kan worden bedreven. Zeilplanken bestaan uit een plankvormige, met kunststofschuim gevulde kunststofromp, een middenzwaard en een op de romp bevestigde, naar alle richtingen draai- en wendbare zeilinrichting. De zeilinrichting bestaat hoofdzakelijk uit een mast, mastgewricht, zeil en giek en wordt hierna „tuig" genoemd.

Verdere ontwikkeling van dit nieuwe produkt heeft meegebracht dat er thans bij de planken verschillen bestaan, met name ten aanzien van het voor de binnenvulling en voor de plankbekleding gebruikte materiaal, de bouwwijze (uit één stuk of monteerbaar) en de met de vorm samenhangende gebruiksmogelijkheden (allround-, wedstrijd-, plezier- of surfplanken). Met het doel waarvoor de plank bestemd is hangen bovendien de uiteenlopende zeilformaten (wedstrijd-, normale en stormzeilen) samen. Sinds april 1980 bestaat in Duitsland DIN-norm 7873, waarin de veiligheidsnormen voor zeilplanken in de zin van het „Gerätesicherheitsgesetz" (Veiligheidswet Toestellen, BGBl. nr. 42, deel I, 1968) zijn vastgelegd.

De onderdelen van de tuigen en tevens de tuigen in hun geheel, alsmede de zeilplankrompen, kunnen dikwijls, ongeacht de herkomst ervan, met elkaar worden gecombineerd. Alle onderdelen van het vaartuig worden op de markt afzonderlijk als vervangingsonderdelen aangeboden. Produktiekosten en prijzen voor zeilplankrompen liggen gemiddeld tussen 50 % en 100 % hoger dan die voor het tuig. Zeilplankrompen worden ook wel door particulieren zelf vervaardigd, die daarvoor in vaktijdschriften een handleiding kunnen vinden.

### II. DE BETROKKEN ONDERNEMINGEN

1. Windsurfing International Inc, Torrance, Californië, VSA, hierna „WSI" te noemen, is een vennootschap die als familieonderneming is opgericht door Hoyle Schweitzer, die bij de ontwikkeling van de zeilplank pionierswerk heeft verricht. Haar activiteiten strekken zich uit over de gehele wereld. Haar omzet bedroeg in 1980 ... (1) en was deels uit te voeren op verkoop van zeilplanken, deels op inkomsten uit licentieovereenkomsten voor de fabricage van die vaartuigen. WSI produceerde tot voor kort in Europa geen zeilplanken. Zij beperkte haar rechtstreekse activiteit daar tot beheer en exploitatie van haar industriële eigendomsrechten, waarvoor de verantwoordelijkheid voornamelijk bij de octrooigemachtigde Axel Hansmann te München lag.

Het door WSI ontwikkelde zeilplankmodel „Windsurfer" werd in Europa aanvankelijk door de Koninklijke Textielfabrieken Nijverdal Ten Cate NV via haar dochteronderneming Ten Cate Sports BV, hierna „Ten Cate" te noemen, in de handel gebracht. Bij overeenkomst van 1 januari 1973 droeg WSI aan Ten Cate het exclusieve recht voor Europa over om de „Windsurfer" volgens de door WSI daartoe verstrekte en verder te verstrekken technische kennis te fabriceren en in de handel te brengen. Ook werden Ten Cate bij de overeenkomst de in Duitsland en Frankrijk gedeponeerde woordmerken „Windsurfer" en „Windsurfing", alsmede een beeldmerk in de vorm van een gestileerd zeil (een zogeheten „logo") overgedragen, welke Ten Cate verplicht was te gebruiken. Ten Cate moest zich ervoor inzetten om deze merken nog in andere Europese landen aan te vragen. Bij afloop van de overeenkomst gaan alle merkrechten op WSI over.

Bovendien nam Ten Cate — althans de facto — aanvankelijk de positie in van een exclusieve hoofdlicentienemer voor eventuele beschermende rechten die aan de overgedragen technische kennis of delen daarvan in individuele Europese staten zouden worden toegekend en moest Ten Cate, in overleg met WSI, eventueel onderlicenties kunnen verlenen. Dienovereenkomstig werden tussen Ten Cate, als licentiegever, en Ostermann in 1976 (zie punt 2) en tussen Ten Cate en Shark in 1977 (zie punt 3) licentiecontracten over de toepassing van het toen aangevraagde Duitse octrooi nr. 19 14 602.4-22 en de verdere Europese octrooiaanvragen gesloten. Door accessoire overeenkomsten van 6 juli 1978 bij deze beide contracten ging WSI rechtstreeks de positie van de licentiegever innemen. Alle verdere licentiecontracten werden door WSI rechtstreeks gesloten. Bij speciale overeenkomst tussen WSI en Ten Cate van 9 augustus 1979 werd het alleenrecht van WSI tot het sluiten van verdere licentiecontracten uitdrukkelijk vastgelegd.

Sinds 21 april 1982 gelden tussen Ten Cate en WSI nieuwe contractuele betrekkingen: derhalve richten beide in de eerste plaats een gemeenschappelijke onderne-

(1) In de voor bekendmaking bestemde versie van deze beschikking zijn hier en in de nog volgende tekst enige cijfers weggelaten conform de bepalingen van artikel 21 van Verordening nr. 17 betreffende het niet prijsgeven van zakengeheimen.

ming „Windsurfing International Europe BV" op, waarbij WSI alle aandelen van Ten Cate vóór eind 1984 zal overnemen. Via deze onderneming wil WSI de eigen produktie en afzet voor windsurfers in Europa opbouwen. Ten Cate ontvangt een eenvoudige licentie binnen het raam van de rechten van industriële eigendom van WSI en mag de genoemde merken in de toekomst niet meer gebruiken. De contractuele betrekkingen tussen WSI en Ten Cate vormen niet het voorwerp van deze beschikking.

2. Windglider Fred Ostermann GmbH, Altforweiler, Duitsland, hierna „Ostermann" te noemen, houdt zich uitsluitend bezig met de fabricage en afzet van zeilplanken en toebehoren. Dit geschiedt sinds 1976 op grond van de aanvankelijk met Ten Cate gesloten en vervolgens aan WSI overgedragen licentieovereenkomst. De omzetten aan zeilplanken bedroegen bij Ostermann in

| | |
|---|---|
| 1978 | ... DM |
| 1979 | ... DM |
| 1980 | ... DM. |

Behalve de rompen, die ten dele in eigen produktie worden vervaardigd, koopt Ostermann alle andere zeilplankonderdelen compleet of voor montage in. De modellen van Ostermann zijn o.a. bekend geworden onder de aanduiding „Windglider". Deze plank werd bij besluit van de bevoegde sportorganisaties voorlopig tot Olympische wedstrijdklasse uitverkoren. Het voornemen bestaat de zeilplanksport bij de Olympische Spelen van 1984 in het wedstrijdprogramma op te nemen.

Ostermann werd begin 1982 door het Franse concern Bic Marine SA overgenomen, waartoe ook de onderneming Dufour behoort, die sinds kort als grootste fabrikant van zeilplanken ten wereld geldt.

3. Shark Wassersportgeräte GmbH, Bassum, Duitsland, hierna „Shark" te noemen, is een volle dochteronderneming van de Kolbus Kunststoffwerke GmbH. Zij was sinds 30 maart 1977 aanvankelijk onderlicentieneemster van Ten Cate. Sinds 6 juli 1978 bestaat er rechtstreeks een licentiecontract met WSI. De totale omzet van Shark aan zeilplanken was als volgt:

| | |
|---|---|
| 1978 | ... DM |
| 1979 | ... DM |
| 1980 | ... DM. |

Alle rompen, masten, mastvoeten en gieken betrekt Shark bij de moederonderneming Kolbus, die ook Ten Cate en andere licentienemers bevoorraadt. De zeilen koopt Shark, evenals de meeste van zijn concurrenten, bij een fabrikant in Hong-Kong. Shark vervaardigt tot dusver vooral zeilplanken die moeten worden gemonteerd, de zogenaamde „Systemboards". De produktie is nog betrekkelijk beperkt.

4. Akutec Angewandte Kunststofftechnik GmbH, München, Duitsland, hierna „Akutec" te noemen, is een kunststofverwerkende onderneming. Fabricage en afzet van zeilplanken vinden plaats op grond van een met WSI gesloten licentieovereenkomst van 1 juli 1978. De met zeilplanken behaalde omzet van de onderneming beliep in:

| | |
|---|---|
| 1978 | ... DM |
| 1979 | ... DM |
| 1980 | ... DM. |

Tot 1980 betrok Akutec alle onderdelen bij toeleveranciers. Sinds kort vervaardigt de onderneming zeilplankrompen en gieken ook zelf. De door Akutec aangeboden modellen dragen de aanduiding „HiFly".

5. De SAN Warenvertriebsgesellschaft mbH Neckarsulm, Duitsland, hierna „SAN" te noemen, is een volledige dochteronderneming van Binder Kunststofftechnik GmbH. SAN is licentieneemster van WSI sinds 1 januari 1979. Det met [...] behaalde omzet van de onderneming beliep in:

| | |
|---|---|
| 1978 | ... DM |
| 1979 | ... DM |
| 1980 | ... DM. |

SAN fabriceert niet zelf. Alle onderdelen worden aangekocht of volgens specificatie van SAN door andere fabrikanten vervaardigd.

6. Klepper Beteiligungs GmbH & Co Bootsbau KG, Rosenheim, Duitsland, hierna „Klepper" te noemen, behoort tot de Klepper Beteiligungs GmbH & Co, die zich naast boten- en jachtenbouw bezighoudt met de fabricage van turn- en sporttoestellen en de vervaardiging van bovenkleding. Klepper heeft voor de reeds eerder gestarte bouw en afzet van zeilplanken met ingang van 1 januari 1979 een licentie van WSI verkregen. De met zeilplanken behaalde omzet beliep in:

| | |
|---|---|
| 1978 | ... DM |
| 1979 | ... DM |
| 1980 | ... DM. |

Daarnaast vervaardigt Klepper mastvoeten, gieken en zeilen zelf; de masten worden aangekocht, zeilplankrompen in opdracht vervaardigd. De modellen van Klepper zijn voorzien van de letter „S".

7. Marker Surf GmbH, Garmisch-Partenkirchen, Duitsland, hierna „Marker" te noemen, is een volledige dochteronderneming van Marker GmbH die vooral op het gebied van skibindingen werkzaam is. De licentieovereenkomst tussen WSI en Marker werd gesloten op 21 augustus 1980. In dat jaar heeft Marker nog geen omzet aan zeilplanken. Sinds 1981 monteert Marker

aangekochte of volgens haar specificaties in opdracht vervaardigde delen tot zeilplanken en biedt deze onder de aanduiding „Mark 1" aan.

8. Windsurfing Central GmbH, Rodgau, Duitsland, hierna „WSC" te noemen, is een op de zet van zeilplanken en toebehoren gespecialiseerde handelsonderneming, die voor Ten Cate als zelfstandige alleenimporteur in Duitsland werkzaam is. Zij levert aan een 400-tal detailhandelszaken in Duitsland voor . . . DM. WSC verkoopt intussen ook zeilplanken van andere fabrikanten.

Licentieovereenkomsten die WSI met andere ondernemingen sinds eind 1981/begin 1982 heeft gesloten, vormen niet het voorwerp van deze beschikking.

## III. DE ZEILPLANKMARKT

Typerend voor de in Europa relatief nieuwe markt voor zeilplanken is de grote dynamiek waarmee in de afgelopen jaren aanzienlijke, zij het in de verschillende Lid-Staten zeer uiteenlopende, groeipercentages en snel wisselende marktposities van de talrijke aanbieders gepaard gingen. Een in Duitsland bestaand octrooi inzake „buig voor een zeilplank" en een nog ingrijpender octrooirechtelijke bescherming voor de zeilplanken in het Verenigd Koninkrijk (hierna VK-octrooi te noemen) ten gunste van WSI (zie verder onder IV.1.), heeft de concurrentieverhoudingen sterk beïnvloed. De hierna genoemde cijfers kunnen bij gebrek aan nauwkeurigere statistische gegevens slechts schattingen zijn, waaruit echter wel vrij redelijk valt af te lezen om welke orde van grootte het gaat.

1. Rond een derde van de totale Europese zeilplankproduktie wordt in Duitsland afgezet: tot begin 1980 in totaal ongeveer 70 000 stuks. In 1980 zijn op de Duitse markt ten minste nog eens 80000 zeilplanken verkocht.

Het marktaandeel van alle licentienemers in Duitsland lag in 1979/1980 rond 70 %. Naar schattingen van Ten Cate kunnen de cijfers inzake aantallen en percentages als volgt worden uitgesplitst:

| Ondernemingen | 1979 | | 1980 | |
|---|---|---|---|---|
| | Aantal | % | Aantal | % |
| Ostermann | ± 12 000 | 30 | ± 20 000 | 25 |
| Ten Cate (WSC) | ± 6 000 | 20 | ± 12 000 | 15 |
| SAN | ± 4 500 | 11 | ± 12 000 | 15 |
| Akutec | ± 3 500 | 9 | ± 5 600 | 7 |
| Klepper | ± 2 500 | 7 | ± 3 200 | 4 |
| Shark | — | — | ± 3 200 | 4 |
| Licentienemers totaal | 28 500 | 77 | 56 000 | 70 |
| Marktvolume | 35 000 | 100 | 80 000 | 100 |

De marktposities van de verschillende licentienemers onderling zijn sindsdien aan niet onaanzienlijke verschuivingen onderhevig geweest. Hun marktaandeel in Duitsland van in totaal 70 % is echter blijven bestaan en is wellicht nog gestegen als gevolg van een verscherpte toepassing van de octrooirechtelijke bescherming ten opzichte van aanbieders zonder licentie. Sommigen ervan beperken zich ertoe zeilplanken zonder tuig aan te bieden of bevoorraden de Duitse markt vanuit buiten Duitsland dichtbij de grens gelegen produktiebedrijven en verkooppunten.

2. De afzet van zeilplanken in andere Lid-Staten beliep in totaal in 1980 ongeveer:

| | |
|---|---|
| Frankrijk | 85 000 stuks |
| Nederland | 40 000 stuks |
| Italië | 10 000 stuks |
| Groot-Brittannië | 5 000 stuks |
| België | 3 000 stuks. |

Daaruit blijkt dat naast Duitsland de voornaamste afzetgebieden in de Gemeenschap Nederland en Frankrijk zijn. Voor 1980 hebben de licentienemers hun marktaandeel in de Gemeenschap (Duitsland niet inbegrepen) op ongeveer 35 % geschat. Van in totaal 40 fabrikanten zijn de voornaamste concurrenten van de licentienemers in de Lid-Staten waarin geen octrooirechtelijke bescherming bestaat, de ondernemingen Mistral, Dufour (Bic Marine), Skipper International en Sainval (alle in Frankrijk) en Sordelli (Italië).

Hun aandeel op de Nederlandse markt hebben de licentienemers voor 1980 geschat op ongeveer 40 % en op de Franse markt op rond 15 tot 20 %. Volgens

andere informatie lag hun aandeel wat de Franse markt betreft iets lager:

| | stuks | % |
|---|---|---|
| Ten Cate | 6 000 | ± 7 |
| SAN | 2 400 | ± 3 |
| Ostermann | 1 500 | ± 1,8 |
| Akutec | 500 | ± 0,5 |
| Klepper | 170 | ± 0,2 |
| Licentienemers totaal | | ± 12,5 |

In de jaren 1979 en 1980 maakte de export van de licentienemers naar andere Lid-Staten in totaal tussen 45 en 50 % van hun totale afzet uit (er zijn verschillen naar gelang van de betrokken onderneming).

## IV. DE OVEREENKOMSTEN TUSSEN WSI EN DE DUITSE LICENTIENEMERS

### 1. Voorwerp van de licentieovereenkomsten

Het Duitse octrooi nr. 1914602.4-22 en het VK-octrooi nr. 1.258.317 (met aanvullend octrooi nr. 1.551.426) vormen het voorwerp van de licentieovereenkomsten.

a) Met een beroep op de prioriteit van de aanvraag in de Verenigde Staten van 27 maart 1968 vroegen Hoyle Schweitzer en medeuitvinder James Drake op 21 maart 1969 een octrooi voor de Bondsrepubliek Duitsland aan. De oorspronkelijke octrooiaanspraken hadden betrekking op een „door windkracht voortgedreven vaartuig" (aanvraag van 21 maart 1969) of op een „zeilplank met een zeildragende mast" (gewijzigde aanvraag van 18 juli 1973). Nadat de in deze aanvragen geformuleerde aanspraken op bezwaren van het Duitse Patentamt (Octrooibureau) waren gestuit wegens de reeds bekende stand van de techniek, stelde dit bij uitspraak van 21 augustus 1973 voor de combinatie van een zeilplank met naar alle zijden draaibare mast en een tweedelige, ovaalvormige giek de toekenning van een octrooi in het vooruitzicht. Daarop diende WSI op 7 en 9 januari 1974 gewijzigde aanvragen in, die opnieuw betrekking hadden op een „zeilplank" en als doel van de uitvinding opgaven, een dusdanige vorm aan een zeilplank te geven dat hij niet de nadelen bij het manoeuvreren vertoont die zich bij de volgens de stand van de techniek reeds bekende constructies voordoen.

Het Patentamt willigde deze verzoeken echter niet in, maar stelde bij uitspraak van 24 januari 1974 een hoofdaanvraag voor die betrekking zou hebben op een „tuig voor een zeilplank". Het wijzigde dienovereenkomstig ook de inhoud van de octrooibeschrijving volgens welke het doel van de uitvinding erin zou bestaan, „aan het tuig voor de zeilplank een zodanige vorm te geven dat men met de zeilplank ook betrekkelijk hoog aan de wind kan zeilen, zonder echter afstand behoeven te doen van het gemakkelijk wegnemen van het zeil, respectievelijk tuig, zodat sterke windvlagen zonder kenteren, respectievelijk omslaan van de plank kunnen worden verwerkt". De oplossing van dit probleem zou daardoor worden gekenmerkt „dat de mastvoet door middel van een gewricht op de zeilplank naar alle zijden vrij draai- en wendbaar bevestigd is en dat als rondhout voor het vasthouden en het verstellen van het zeil, respectievelijk tuig, een tweeledige, uit tegenover elkaar liggende, naar buiten gekromde rondhouten bestaande giek dient, aan de uiteinden waarvan het zeil is bevestigd en tussen welke dat zeil los wordt gevoerd, waarbij het onderlijk van het zeil van de uiteinden schuin naar de mast verloopt en de beide rondhouten van de giek boven de zeilhals aan de mast zijn bevestigd".

WSI verklaarde zich met deze gewijzigde versie akkoord. Zij werd dienovereenkomstig op 27 juni 1974 ingediend en wel in de octrooiklasse B63H (scheepsaandrijving en besturing van schepen), onderklasse 9/00 (door windkracht aangedreven voortstuwingselementen; inrichting ervan). Bij besluit van 31 maart 1978 heeft het Patentamt het octrooi in een ten opzichte van de ingediende versie niet essentieel gewijzigde vorm verleend. Het doel dat aan de onderhavige uitvinding ten grondslag ligt wordt thans omschreven als: „aan een tuig voor een zeilplank . . . een zodanige vorm te geven, dat men het zeil bij gunstige profileringsmogelijkheid ook onder zware zeilomstandigheden in de verschillende, voor de gewenste manoeuvres vereiste standen kan brengen en met name gemakkelijk kan wenden, waarbij ondanks de naar alle zijden vrije draai- en wendbaarheid van de mastvoet ten opzichte van de zeilplank, een ongewenste scheiding van de mast en de zeilplank moet worden vermeden". Als kenmerkend voor de voorgestelde oplossing wordt in de octrooiomschrijving o. a. aangevoerd dat zij een gunstige hanteerbaarheid van het tuig mogelijk maakt die in tegenstelling tot de reeds bekende manuele zeilinrichtingen kruisen ook direct aan de wind en een stabiel gedrag zelfs bij sterke windvlagen of in de branding aan de kust toelaat. De Commissie heeft in de loop van deze procedure inzage genomen van de verleningsakten van het Patentamt.

Tegen het verleningsbesluit zijn talrijke bezwaren ingebracht wegens de reeds bekende stand van de techniek, waarover het Bundespatentgericht op 28 november 1979 uitspraak heeft gedaan. Daarin werden de bezwaren grotendeels afgewezen en de voornaamste aanspraak van het octrooi volgens een

door de aanvrager zelf opgestelde subsidiaire aanvraag II van 13 november 1979 door de volgende tekst vervangen: „Tuig voor een zeilplank, met een tussen een mast en een gekromd rondhout opgespannen gehouden zeil, waarbij het stagloze tuig door middel van een gewricht naar alle zijden vrij draai- en wendbaar op de zeilplank is bevestigd en door de gebruiker bij het rondhout wordt vastgehouden, zodat het ten opzichte van zeilplank en windrichting kan worden versteld; waarbij voorts het zeil slechts aan de uiteinden van het rondhout verbonden is, het onderlijk van het zeil van die uiteinden schuin naar de mast verloopt en het rondhout boven de zeilhals aan de mast bevestigd is, daardoor gekenmerkt, dat het zeil met zijn voorlijk aan de mast wordt gehouden en dat als rondhout voor het vasthouden en het verstellen van het zeil, resp. tuig, in een gesplitste giek, bestaande uit twee tegenover elkaar liggende, naar buiten gekromde rondhouten, is voorzien, waartussen het zeil los wordt gevoerd". In zijn uitspraak noemt het Bundespatentgericht als essentieel onderdeel van de uitvinding de twee tegenover elkaar liggende, naar buiten gekromde rondhouten.

Over het Duitse octrooi zijn door de WSI tegen een aantal ondernemingen talrijke inbreukprocessen gevoerd. In de loop van een procedure tegen een fabrikant van zeilen die speciaal geschikt waren voor gebruik voor zeilplanktuig, heeft het Bundesgerichtshof in de in zijn uitspraak opgenomen samenvatting van de feiten (dossier X ZR 70/80) van 10 december 1981 (1) als combinatie-element de naar alle zijden vrij draai- en wendbare mast, het zeil en de giek, bestaande uit twee naar buiten gekromde rondhouten, genoemd. WSI heeft bovendien in een later proces voor het Landgericht München I getracht een importeur van zeilplanken de afzet van zeilplankrompen in Duitsland te laten verbieden met het argument dat dit althans een indirecte inbreuk op het octrooi was, omdat de plank deel uitmaakte van de geoctrooieerde combinatie. Met een beroep op het hierboven genoemde vonnis van het Bundesgerichtshof heeft het Landgericht München I bij vonnis van 2 maart 1982 deze verordening onder andere met de overweging afgewezen dat het octrooi „tuig voor een zeilplank" maar geenszins „tuig met een zeilplank" betrof. Het beroep dat door WSI tegen dit vonnis was ingesteld is bij arrest van het Oberlandesgericht München van 13 januari 1983 (dossier 6 U 2244/82) verworpen.

b) In het Verenigd Koninkrijk vloeit de octrooirechtelijke bescherming voor WSI voort uit een hoofdoctrooi (nr. 1.258.317), aangevraagd op 28 februari 1969 onder de reeds genoemde VSA-prioriteit en gepubliceerd op 30 december 1971, alsmede een aanvullend octrooi nr. (1.551.426), aangevraagd op 8 november 1976 met aanvullingen in 1977 en volledig gepubliceerd op 30 augustus 1979.

Aanspraak 1 van octrooi nr. 1.258.317 luidt: „een door windkracht voortgedreven vaartuig met onderbouw, een mast zonder stagen die met de onderbouw verbonden is door een gewricht dat wending van de mast naar alle zijden toelaat, voor zover deze niet door de gebruiker van het vaartuig wordt vastgehouden, met een aan één kant aan de mast gevoerd zeil en een tweeledige, naar buiten gebogen giek, waarvan rondhouten aan de ene zijde met elkaar verbonden en lateraal aan de genoemde mast bevestigd zijn en de andere uiteinden van de rondhouten op zulk een wijze met elkaar zijn verbonden dat er tegelijkertijd een verbinding met het zeil bestaat, zodat het genoemde zeil tussen de rondhouten van de giek strak kan worden gehouden". De verdere aanspraken 2 tot en met 7 specificeren afzonderlijke elementen van aanspraak 1, met name in zoverre dat er bij het vaartuig sprake kan zijn van een vaartuig dat bovendien nog met een zwaard is toegerust.

Octrooi nr. 1.551.426 breidt de octrooiaanspraak hoofdzakelijk uit tot vaartuigen van de genoemde aard waarbij de beide rondhouten van de giek niet naar elkaar toe gebogen zijn, maar, via daartoe strekkende verbindingen, een rechthoek, een driehoek of andere vormen vertonen. Specificaties voor de onderbouw vindt men daarin alleen wanneer er in een insteekopening voor een verstelbaar zwaard aan de lijzijde is voorzien (aanspraak 16).

In een door WSI aanhangig gemaakte inbreukprocedure voor het High Court te Londen werden de octrooien naar aanleiding van de eis in reconventie van de gedaagde partij wegens ontbrekende nieuwheid en wegens ontbreken van een uitvinderswerkzaamheid door de rechter ingetrokken (Windsurfing International Inc. v Tabur Marine (Great Britain) Ltd, vonnis van 7 april 1982, rechter Whitford). Tegen dit vonnis is beroep aangetekend.

Gezien de onzekere situatie aangaande het VK-octrooi heeft de Commissie ervan afgezien de Britse markt in deze procedure te betrekken.

## 2. Contractuele bepalingen

In de overeenkomsten stond tot dusver, met van geval tot geval redactionele verschillen, voornamelijk het volgende:

a) Als produkt onder licentie werd een complete zeilplank aangeduid, die is samengesteld uit het tuig en een nauwkeurig aangeduid planktype uit de produktie van de licentienemer; de kenmerken van deze plank maakten als bijlage deel uit van de overeenkomst. Onder verwijzing naar het aldus gedefinieer-

(1) Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht 1982, blz. 165.

de complete produkt verleende WSI de individuele licentienemers over het bovengenoemde Duitse octrooi een niet-exclusieve licentie voor fabricage, gebruik en afzet. De licentie over het genoemde VK-octrooi bleef beperkt tot het recht op afzet.

De overeenkomst met Shark, die zich niet uitdrukkelijk uitstrekt tot het VK-octrooi, bevatte geen nauwkeurige omschrijving van een bepaald plankmodel in de boven aangegeven zin en noemde als voorwerp van de licentieverlening ook slechts een „tuig voor een zeilplank". Shark is het evenwel verboden tuig anders dan „in samenhang met meerdelige zeilplanken te fabriceren, aan te bieden en in de handel te brengen".

Bovendien was er in de overeenkomsten afgesproken dat elke verandering in de als deel van het produkt onder licentie aangeduide plank of de uitrusting van verdere planktypen met het geoctrooieerde tuig door de licentienemer, toestemming van WSI vereiste. WSI verklaarde zich bereid haar toestemming niet op „onredelijke" gronden te weigeren, mits de voorgenomen wijzigingen de kwaliteit van het produkt onder licentie geen afbreuk zouden doen. Een verdere conditie daarvoor was, dat door de nieuwe plank geen afbreuk zou worden gedaan aan de „rechten van Ten Cate" (aldus de overeenkomst met Akutec) of de „rechten van andere licentienemers" (aldus de overeenkomst met SAN, Klepper en Marker). Ostermann was het algemene verbod opgelegd polyethyleen-zeilplankrompen te vervaardigen.

b) Evenals in de overeenkomst met Shark was in de contracten met SAN, Klepper en Marker daarnaast uitdrukkelijk bepaald dat de licentienemer onder de octrooien vallende voorwerpen of delen daarvan alleen voor in het contractueel vastgelegde complete licentieprodukt mocht fabriceren en slechts in samenhang daarmee mocht aanbieden.

c) Als licentierechten werd een bepaald percentage van de nettoverkoopprijs van het telkens contractueel aangeduide licentieprodukt, dus de complete zeilplank, overeengekomen. In enkele gevallen (Akutec, SAN en Klepper) waren bovendien licentierechten van hetzelfde bedrag over de netto-inkomsten uit de verhuur van de betrokken zeilplanken gestipuleerd.

d) Ten aanzien van de geografische geldigheid van de licentie bevatten de overeenkomsten uiteenlopende regelingen.

De overeenkomst met Ostermann hield een fabricage- en afzetrecht in voor geheel Europa. Het fabricagerecht van Shark was beperkt tot het gebied van de Bondsrepubliek Duitsland.

De licentie van Akutec was ten aanzien van de fabricage uitdrukkelijk beperkt tot de plaats waar zich het produktiebedrijf van de licentienemer ten tijde van het sluiten van de overeenkomst bevindt. Hetzelfde gold, op grond van wijzigingscontracten in december 1980, voor de overeenkomsten met SAN, Klepper en Marker. Bij een verplaatsing van het produktiebedrijf had WSI het recht de overeenkomst onmiddellijk op te zeggen.

In de overeenkomsten met SAN, Klepper en Marker was oorspronkelijk een fabricagerecht voor de gehele Bondsrepubliek Duitsland opgenomen, waarbij het deze licentienemers echter was toegestaan individuele elementen van het licentieprodukt buiten het licentiegebied te vervaardigen, indien zij daarheen zouden worden teruggebracht en daar tot complete zeilplanken werden gemonteerd. Daarentegen werd daarin de rechtstreekse afzet buiten het licentiegebied van extern gefabriceerde onderdelen evenals een verplaatsing van het gehele produktiebedrijf naar een buiten het licentiegebied gelegen plaats beschouwd als grond voor onmiddellijke opzegging.

e) De licentienemers waren verplicht, telkens op de romp van de door hen aangeboden zeilplank een aanduiding aan te brengen die inhield dat deze door WSI of door Hoyle Schweitzer in licentie was gegeven (de overeenkomsten met Ostermann en Shark hielden oorspronkelijk een vermelding in die inhield dat de zeilplank door Ten Cate in licentie was gegeven).

f) De licentienemers waren verplicht, de in Europa tot dusver door Ten Cate gebruikte woordmerken „Windsurfer" en „Windsurfing" alsmede het „logo"-beeldmerk niet te gebruiken en deze als geldige merken te erkennen.

g) De overeenkomsten van Ostermann en Shark bevatten vroeger de verplichting voor de licentienemer, de beschermende rechten onder licentie niet te betwisten.

Sinds eind 1981/begin 1982 heeft WSI met de genoemde licentienemers nieuwe overeenkomsten gesloten waarin de bovengenoemde verplichtingen zijn opgeheven of gewijzigd. Deze nieuwe overeenkomsten vormen niet het voorwerp van deze beschikking. Een toetsing daarvan aan de artikelen 85 en 86, EEG-Verdrag, op een later tijdstip blijft echter mogelijk.

### 3. De overeenkomsten in de praktijk

Uit de documenten welke de Commissie op grond van het verrichte onderzoek ter beschikking staan blijken nog de volgende feiten:

a) Een beslissend criterium voor het verlenen van licenties en de toestemming voor nieuwe zeilplanken van de licentienemers was voor WSI dat de verschillende planktypen onderling voldoende „afstand" moesten

hebben. Dienovereenkomstig werd er in de talrijke correspondentiestukken waarover de Commissie beschikt steeds op gewezen dat door WSI alleen licentie werd verleend voor produkten maar niet voor ondernemingen. Onder „produkten" werden hier de rompen van zeilplanken verstaan. WSI noodzaakte licentienemers bovendien hun nieuwe modellen ter definitieve goedkeuring harerzijds om advies aan andere licentienemers voor te leggen, zonder dat WSI hun daarmee overigens een formeel goedkeuringsrecht toekende. Zo kwam het ook feitelijk tot afkeuring van bepaalde planktypen omdat deze naar het oordeel van WSI te veel geleken op reeds bestaande planken van andere licentienemers. Daarentegen hebben kwaliteits- of veiligheidseisen in verband met de individuele planken bij de toelating ervan geen rol gespeeld. WSI oefende dienaangaande ook geen controle over de lopende produktie van de licentienemers uit.

b) Naast de reeds genoemde talrijke processen wegens inbreuken op het octrooi welke WSI aanhangig heeft gemaakt, liet deze firma via haar Duitse octrooigemachtigde herhaaldelijk waarschuwingsbrieven aan Duitse fabrikanten en ook aan handelaren zenden, waarin met het instellen van de inbreukvordering werd gedreigd, o.a. voor het geval er niet-gelicentieerde planken in de handel werden gebracht, dan wel tuig afzonderlijk werd geleverd. WSI verzond bovendien herhaaldelijk circulaires aan de licentienemers waarin op het gevaar van een binnendringen van buitenstaanders op de markt werd gewezen, indien men aan hen het tuig zou leveren. Enkele licentienemers waren het met deze waarschuwing uitdrukkelijk eens. Nog in oktober 1981 stelde WSI een aantal licentienemers, waaronder Akutec, opzegging van de licentieovereenkomst in het vooruitzicht, indien zij afzonderlijk, naast de behoefte aan vervangingsonderdelen, het tuig zouden aanbieden.

Onafhankelijke fabrikanten of importeurs van planken die bij bepaalde licentienemers offerten vroegen voor levering van uitsluitend tuig, werden dienovereenkomstig door de meeste licentienemers afgewezen. Beantwoordden zij dergelijke verzoeken al, dan verwezen de licentienemers nu eens naar hun assortimentsopbouw, waarin geen afzonderlijke tuigen zouden voorkomen, dan weer naar de eigen behoefte waarvoor hun totale capaciteit zou zijn ingezet, en soms naar de beweerdelijk bestaande octrooirechtelijke situatie, waaruit het gevaar voor inbreuk op een octrooi zou voortvloeien. De licentienemers kwamen ook op initiatief van WSI tijdens een gemeenschappelijke ontmoeting op 9 oktober 1980 in München overeen dat zij bij reclame en op tentoonstellingen alleen nog complete zeilplanken zouden tonen.

## V. AFZETPOLITIEK VAN EEN REEKS DUITSE LICENTIENEMERS EN EXCLUSIEVE IMPORTEURS IN EEN AANTAL LID-STATEN

### 1. Afzet van de Ostermann-produkten („Windgliders")

Met betrekking tot deze produkten heeft de Commissie in het kader van deze procedure de afzet in Nederland, België en Duitsland onderzocht.

a) *Afzet buiten Duitsland*

aa) In Nederland treedt voor Ostermann de onderneming Thijs te Middelburg als exclusief importeur op. Het bestaan van een schriftelijke overeenkomst dienaangaande kon niet worden vastgesteld. De Commissie beschikt echter over een van Thijs afkomstig ontwerp voor een importeurscontract uit 1980, waarin Thijs zich verplicht „de van Windglider betrokken waren alleen in Nederland te verkopen. Leveringen naar het buitenland mogen slechts na toestemming van de firma Ostermann geschieden. Thijs verplicht zich met zijn klanten alleen overeenkomsten te sluiten volgens welke het niet is toegestaan rechtstreeks of onrechtstreeks planken in het buitenland te verkopen".

Partijen hebben op zijn minst deze bepaling ten uitvoer gelegd. Zo heeft Thijs de bevoorrading van een Nederlandse detailhandelaar geweigerd, die zich, om een vrij grote bestelling uit Duitsland te kunnen uitvoeren, tot Thijs had gericht. Uit verschillende telexberichtwisselingen tussen Ostermann en Thijs blijkt, dat Ostermann ook in andere gevallen samen met Thijs ervoor trachtte te zorgen dat de in Nederland geleverde zeilplanken daar bleven en dat hij in geval van leveranties naar plaatsen buiten Nederland de betrokken handelaars liet waarschuwen. Tot controle daarop droeg ook een in 1981 ingevoerd z.g. „Board-kaartsysteem" bij: volgens de door Ostermann „aan alle algemene importeurs" verstrekte instructies moet een doorslag van de „controlekaart" bij Ostermann blijven; één blad krijgt de importeur en één blad met naam en adres van de eindverbruiker moet door de detailhandelaar worden bewaard. Overeenkomstige instructies moest Thijs aan de Nederlandse detailhandelaren doorgeven.

bb) In België heeft Ostermann de onderneming d'Ieteren te Braine-le-Château mondeling een alleenverkooprecht toegekend. Ook hier bestond tussen de deelnemers overeenstemming over de ongeoorloofdheid van leveringen naar plaatsen buiten het contractsgebied. Dit blijkt niet in de laatste plaats uit de mededeling van d'Ieteren aan Ostermann van 9 april 1981 volgens welke d'Ieteren en Thijs elkaar hadden

beloofd binnen elks contractsgebied ook in het detailhandelsstadium exportverboden op te leggen.

b) *Binnenlandse afzet*

In Duitsland zet Ostermann zijn produkten rechtstreeks bij als „vakhandelaren" aangeduide detailhandelaren af, wier benaming „vakhandelaar" intussen niet nader wordt verduidelijkt. Met hen had Ostermann tot 1982 z.g. „partnership-overeenkomsten" gesloten volgens welke de detailhandelaar zich verplichtte de contractsprodukten alleen aan eindgebruikers te leveren. Levering aan binnen- en buitenlandse wederverkopers, ook aan andere „partners" van Ostermann, was uitgesloten.

2. **Afzet van de Akutec-produkten („HiFly")**

Met betrekking tot deze produkten heeft de Commissie met het oog op de onderhavige procedure de afzet in Nederland, België, Italië en Duitsland onderzocht.

a) *Afzet buiten Duitsland*

Akutec heeft exclusieve importeurs (z.g. „agenten") benoemd voor Nederland (Horwa BV, Oosterhout, sinds 1981 onderneming Taselaar BV, Zwijndrecht), voor België (Ertisport NV, Destelbergen) en voor Italië (RaFly, Spinea, Venetië).

In een met deze onderneming gesloten standaardovereenkomst stond een beding volgens hetwelk het de „agent" verboden was, op straffe van een contractuele sanctie, wederinvoer naar het land van de fabrikant dan wel verkopen buiten zijn contractsgebied te doen plaatsvinden.

b) *Binnenlandse afzet*

De afzet van Akutec-produkten in Duitsland vindt plaats via een net van verscheidene zelfstandige „depots". Deze leveren het produkt alleen aan de gemeenschappelijk met Akutec op een „klantenlijst" geplaatste handelaren. Tot 1982 moest de handelaar, om op de lijst te komen, zich verplichten de door Akutec geleverde produkten niet aan andere wederverkopers door te leveren, tenzij Akutec daarvoor vooraf uitdrukkelijk toestemming had verleend. Daarna ontving hij een z.g. „handelaarspas", die recht gaf op afname van waren uit het Akutec-depot. Inbreuk op het verbod van wederzijdse levering had uitsluiting uit de kring van toegelaten handelaren ten gevolge. Bovendien had Akutec in 1980 een nummercontrolesysteem voor zeilplanken ingevoerd, met het doel, overeenkomstig een door Akutec verzonden handelarencirculaire, wederzijdse leveringen en wederinvoer te vervolgen en uit te sluiten.

3. **Afzet van de Klepper-produkten**

Klepper brengt zeilplanken buiten Duitsland via exclusieve importeurs in de handel op grond van contracten die aanvankelijk in een aanhangsel elk een overeenkomst inhielden over een uitvoerverbod voor de importeurs. Daarin luidde het: „de wederinvoer in Duitsland en de invoer in andere landen dan . . . (vermelding van contractsgebied) behoeven onze uitdrukkelijke toestemming".

Er bestonden tot 1982 soortgelijke contracten met de ondernemingen Telstar in Harderwijk, Nederland, en Citabel Sports in Luxemburg. Ook bestonden dergelijke contracten tussen 1979 en 1981 met de ondernemingen Intersurf in Sterzing, Italië, en Media Loisirs in Straatsburg, Frankrijk.

4. **Afzet van de Shark-produkten (Systemboard)**

Tussen Shark en de Nederlandse importeur Renka Sport BV te Almelo bestond van januari 1978 tot december 1980 een afzetcontract waarin stond: „Renka verplicht zich buiten Nederland geen Shark-produkten aan te bieden of te leveren. Uitzonderingen zijn slechts mogelijk na voorafgaande toestemming van Shark".

5. **Afzet van de Ten Cate-produkten door WSC (Windsurfer)**

WSC heeft de afzet in Duitsland geregeld aan de hand van zogenaamde „partnership-overeenkomsten" met detailhandelaren. Het doel van deze overeenkomsten was tot dusver overeenkomstig artikel 1 ervan een „geregeld afzetsysteem" te waarborgen. Volgens artikel 3 was de handelaar verplicht „de door WSC geleverde produkten in geen geval aan wederverkopers, maar alleen aan eindgebruikers, af te geven".

Alle bovengenoemde afzetbeperkingen zijn, voor zover ze nog bestonden, door de deelnemers in de loop van het onderzoek van de Commissie opgegeven.

## B. JURIDISCHE BEOORDELING

### I. TOEPASSING VAN ARTIKEL 85, LID 1, EEG-VERDRAG

Volgens artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag zijn onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden 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 mededin-

ging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

Alle deelnemers zijn ondernemingen in de zin van deze bepaling.

1. **De overeenkomsten tussen WSI en de Duitse licentienemers**

a) De beperking van het gebruiksrecht op de uitvinding onder licentie over bepaalde contractueel vastgelegde planktypen van de licentienemers, waarop alleen geoctrooieerd tuig mocht worden gemonteerd, en de verplichting van de licentienemers om nieuwe planktypen waarvoor zij het tuig wilden gebruiken, vóór de afzet daarvan ter goedkeuring aan de licentiegeefster voor te leggen, vormden een beperking van de economische handelingsvrijheid van de licentienemers die volgens artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag verboden is.

aa) Deze beperkingen konden met het argument inzake de omvang van de octrooirechtelijke bescherming alleen, zelfs wanneer de octrooirechtelijke bescherming ook in Duitsland mede voor de plank zou gelden, in geen geval worden gerechtvaardigd, omdat het daarbij ging om beperkingen van het gebruik binnen een zelfde technisch toepassingsgebied, te weten de bouw van zeilplanken voor het gebruik op het water.

bb) Ook de bevoegdheid om controle op de planken uit te oefenen, welke WSI met het oog op de kwaliteit en de veiligheid ervan pretendeerde dan ook uit te voeren, vloeide in ieder geval voor de hier behandelde feiten niet voort uit het specifieke object van de octrooirechten onder licentie, zodat de daaruit volgende beperking die de licentienemers was opgelegd, niet is onttrokken aan het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag. In het kader van het specifieke doel van het octrooirecht zou zulk een bevoegdheid alleen kunnen worden erkend in zoverre de door de licentiegever gestelde kwaliteits- en veiligheidseisen tot een produkt dat werkelijk onder de octrooirechtelijke bescherming valt dan wel een bepaald beschermd deel daarvan, beperkt blijven, en voor zover zij bovendien slechts dienen om de feitelijke verwerkelijking van de in het octrooi beschreven en door de licentienemer gebruikte instructies te waarborgen en vooraf in objectief verifieerbare criteria zijn neergelegd.

Hier behoeft niet te worden ingegaan op de feitelijke omvang van de bescherming welke door de octrooien onder licentie wordt verschaft, met name het Duitse octrooi nr. 19 14 602.4-22; in ieder geval was namelijk het in de licentiecontracten vervatte toestemmingsvoorbehoud ten aanzien van eventuele kwaliteits- en veiligheidseisen zo vaag geformuleerd dat het aan de bovengenoemde criteria niet voldeed, maar veeleer de modellenpolitiek van de licentienemers grotendeels aan het welgevallen van de licentiegever overliet. WSI heeft de Commissie weliswaar in de loop van de procedure een lijst van enkele technische criteria voorgelegd die volgens de verklaringen van WSI bij de controle op de planken werden toegepast. Ongeacht de vraag of deze lijst in het kader van de boven opgestelde principes staande zou blijven, moet worden vastgesteld dat zij niet de inhoud van de hier behandelde overeenkomsten uitmaakte en derhalve tussen de contractspartijen niet bindend was. Theoretisch zou een licentienemer ook wel de weigering van de goedkeuring van een plank door WSI als „onredelijk" in rechte hebben kunnen aantasten. Praktisch kwam dit echter nauwelijks in aanmerking, om de relaties met de licentiegever niet te belasten. Bovendien zou zulk een optreden de invoering van nieuwe modellen op de markt door de licentienemer aanzienlijk hebben vertraagd en daardoor zijn ondernemersvrijheid hebben beperkt.

Voor zover WSI, ook onafhankelijk van de omvang van de octrooirechtelijke bescherming, zich uit hoofde van de produktenaansprakelijkheid, welke als licentiegeefster in de Verenigde Staten op haar zou rusten, op de noodzaak kwaliteit en veiligheid te controleren beroept, speelt dit in ieder geval ten aanzien van de afwijkende rechtstoestand in de Lid-Staten van de Gemeenschap bij de hier behandelde feiten geen rol. Overigens moet er in dit verband op worden gewezen dat WSI geen permanente controle op de produktie bij de licentienemers heeft uitgeoefend.

cc) Kan derhalve het toestemmingsvoorbehoud ten aanzien van kwaliteits- en veiligheidsnormen waarop WSI een beroep doet, reeds daarom niet buiten het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag vallen, omdat deze normen te vaag zijn, dan geldt dit des te meer voor het recht waarop WSI in hetzelfde verband een beroep doet om via een voorafgaande controle op nieuwe modellen slaafse navolging van reeds op de markt aanwezige planken te kunnen verhinderen.

De bescherming tegen slaafse navolging behoort niet tot de specifieke inhoud van enigerlei industrieel eigendomsrecht, maar vormt een in talrijke staten door de rechter ontwikkelde verweermogelijkheid tegen oneerlijke namaak van produkten door concurrenten. Ook wanneer men ervan uitgaat dat artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag slechts ten doel heeft vormen van

eerlijke concurrentie te beschermen, dan mag niet uit het oog worden verloren dat juist de afbakening van de slaafse navolging in concrete gevallen moeilijk is en dat daarvoor bij de betrokken rechter een aanzienlijke beoordelingsspeelruimte geldt. Indien de licentiegever zich door middel van een daartoe strekkende contractsclausule als enige rechter voor elk in de toekomst optredend twijfelgeval op de stoel van de rechter plaatst, dan bestaat het gevaar dat hij deze beoordelingsspeelruimte eenzijdig te zijnen gunste gebruikt en zijn licentienemers tot buiten het eigenlijke gebied van de oneerlijke concurrentie in hun concurrentiële handelingsvrijheid beperkt.

Met name krijgt een licentiegever daardoor de mogelijkheid de concurrentie van de licentienemers jegens hem en de concurrentie van de licentienemers onderling in te perken door via een „selectieve" goedkeuring de produkten van zijn licentienemers jegens elkaar af te bakenen. Dat deze mogelijkheid in de onderhavige zaak door WSI met instemming van de licentienemers ook bewust werd uitgebuit, blijkt uit de inhoud van de verschillende contacten die naar aanleiding van de goedkeuring van telkens nieuwe planktypen tussen WSI en bepaalde licentienemers hebben plaatsgevonden (zie onder A.IV.3). Er was daarbij van veiligheidsnormen of kwaliteitscriteria nauwelijks sprake, maar wel werd uitvoerig over de eventuele nadelen voor de deelnemers bij de concurrentie als gevolg van toelating van nieuwe planken gediscussieerd.

De genoemde beperking welke de licentienemers werd opgelegd, ontsnapte daardoor in geen enkel juridisch opzicht aan het toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag.

b) De verplichting van de licentienemers om de onder het Duitse octrooi nr. 19 14 602.4-22 onder licentie vallende afzonderlijke elementen, met name dus het tuig, naast de normale behoefte aan vervangingsonderdelen uitsluitend in samenhang met de door de licentiegeefster goedgekeurde planktypen als complete zeilplanken aan te bieden, vormde eveneens een beperking van de mededinging die volgens artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag verboden is. Zij beperkte de licentienemers in hun vrijheid om te beslissen of zij als fabrikanten en verkopers van alleen zeilplanken van eigen fabrikaat op de markt zouden optreden dan wel tuig ook afzonderlijk aan derden zouden leveren. Daardoor werden tegelijkertijd andere fabrikanten en verkopers van zeilplanken verhinderd de licentienemers met succes dergelijke planken aan te bieden of hun eigen aanbod met tuig van de licentienemers te vervolledigen.

aa) Uitdrukkelijk kwam deze verplichting weliswaar alleen in de contracten van Shark, SAN, Klepper en Marker voor; indirect bleek zij echter ook voor de overige overeenkomsten te gelden, omdat ook daarin de licentienemer met name het afzetrecht alleen voor het betrokken licentieprodukt werd toegekend, dat door de licentiegeefster conform het door haar goedgekeurde planktype was vastgelegd en als complete zeilplank was omschreven. Voor zover WSI deze interpretatie van de overeenkomsten betwist, beroept zij zich op afzonderlijke onderdelen van de overeenkomst, zonder de samenhang van de tekst van de overeenkomsten in aanmerking te nemen. Het eigen gedrag van WSI en haar vertegenwoordigers toont bovendien duidelijk aan dat zij zelf de overeenkomsten in de hierboven omschreven zin opvatte en dit ook aan de licentienemers te verstaan gaf. Dienovereenkomstig werd bij talrijke gelegenheden op de licentienemers, en ook op die zoals Akutec, in wier contracten het verbod niet uitdrukkelijk voorkwam, pressie uitgeoefend om hier verder te gaan met de verstrekking van vervangingsonderdelen en de afzonderlijke leverantie van tuig achterwege te laten (zie onder A.IV.3).

De licentienemers hebben zich dan ook, in weerwil van daartoe strekkende verzoeken van derden, grotendeels van afzonderlijke leverantie van tuig onthouden. WSI meent dit aldus te kunnen verklaren, dat het daarbij om autonome besluiten van elke individuele licentienemer is gegaan, voortvloeiend uit zijn eigen belang om binnen het kader van zijn capaciteiten alleen tuig beschikbaar te stellen voor planken van eigen produktie voor de eigen afzet van complete zeilplanken. Daarbij moet worden vastgesteld dat het, reeds gezien de bestaande uitdrukkelijke of althans indirecte contractuele verplichtingen van de licentienemers, niet alleen om hun autonome besluiten kon gaan. Bovendien werden die besluiten bepaald door de talrijke, tot alle licentienemers nog gerichte „waarschuwingen", waarbij niet in de laatste plaats de mogelijkheid van een opzegging van de licentieovereenkomst op korte termijn op de achtergrond stond. Het „economische eigenbelang van de licentienemers", volgens WSI, wordt weerlegd door het feit dat de produktie van tuig, enerzijds, en planken, anderzijds, technisch geen enkel verband met elkaar houdt en dat vele licentienemers het tuig bovendien zelf niet eens fabriceren, maar bij verschillende gespecialiseerde toeleveranciers afnemen. Daarom zou een afzonderlijke levering van tuig economisch voor hen beslist interessant kunnen zijn en leverde de verhindering daarvan een merkelijke concurrentiebeperking op.

bb) De genoemde beperking viel ook niet onder het specifieke voorwerp van het in Duitsland bestaande octrooi en blijft derhalve binnen het

toepassingsgebied van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag; de octrooirechtelijke bescherming strekt zich namelijk in Duitsland alleen tot het tuig uit.

Het gaat bij het genoemde octrooi om een combinatieoctrooi. Dientengevolge zou de plank, om onder octrooibescherming te vallen, deel moeten uitmaken van de beschermde combinatie. De in de octrooiaanspraken genoemde combinatie-elementen (de octrooiaanspraken zijn in de eerste plaats beslissend voor de vaststelling van de omvang van de bescherming: zie artikel 84 van het Europese Octrooiverdrag) betreffen slechts elementen van een tuig die door hun bijzondere vorm en hun gecombineerd effect een bepaalde werking van nieuwe aard teweegbrengen. Voor zover in de octrooiaanspraken ook de zeilplank wordt genoemd, dient dit klaarblijkelijk alleen de beschrijving van de algemene objectief-technische samenhang, waarin zich deze werking moet ontplooien.

Ook indien men de octrooibeschrijving en de desbetreffende tekeningen erbij raadpleegt, is de conclusie geen andere. Delen van een combinatie waarop de uitvindingsgedachte niet rechtstreeks betrekking heeft, behoren niet tot een beschermde combinatie, ook wanneer zij zijn bedoeld voor het gebruik daarvan of zelfs daartoe onontbeerlijk zijn. De in de octrooibeschrijving omschreven taak en de voorgestelde oplossing (zie onder A.IV.1) betreffen echter alleen een nieuw zeilopstellingssysteem voor drijvende planklichamen. De door het onderhavige octrooi beschermde uitvindingsgedachte is daartoe beperkt. Dit blijkt niet in de laatste plaats ook uit de in de octrooibeschrijving medegedeelde stand van de techniek volgens welke bepaalde manuele zeilinrichtingen, o.a. ook voor toepassing op „surfplanken", bij de toekenning van octrooien reeds bekend waren. Slechts voor objecten die verder gaan dan de reeds bekende stand van de techniek, kan echter aan octrooirechtelijke bescherming worden gedacht. Zelfs wanneer men verder dan de thans geldende interpretatieregel van artikel 14 van de Duitse Octrooiwet (zie ook artikel 69 van het Europese Octrooiverdrag) zou gaan en de omvang van de octrooirechtelijke bescherming zou willen uitstrekken tot elementen waarin slechts de algemene uitvindingsgedachte van het octrooi in de zin van de vroegere rechtspraak van de Duitse rechterlijke instanties tot uiting komt, dan zou geen andere conclusie mogelijk zijn, omdat de uitvindingsgedachte beperkt is tot een zeilopstellingssysteem van nieuwe aard, waartoe de zeilplankromp als zodanig niet behoort.

Deze interpretatie wordt bevestigd door de afloop van de toekenningsprocedure bij het Duitse Patentamt. De begrenzing van de octrooiaanspraak tot het tuig, zoals het Patentamt formuleerde, komt duidelijk tot uitdrukking in de wijziging van de oorspronkelijk opgestelde hoofdaanspraak tot een „tuig voor een zeilplank" en de nieuwe formulering van het doel van het octrooi en zijn oplossing in de octrooibeschrijving. Dit is de octrooiaanvrager door het Duitse Patentamt ook in voldoende omvang duidelijk gemaakt. Deze interpretatie vindt een verdere bevestiging in de reeds beschikbare uitspraken van Duitse rechterlijke instanties dienaangaande, met name in de reeds genoemde van het Bundesgerichtshof van 10 december 1981, waarin in de samenvatting van de feiten de zeilplankromp niet als element van de beschermde combinatie wordt genoemd. Gezien deze ondubbelzinnige feiten behoeft de definitieve afloop van de door WSI tegen een importeur van planken aanhangig gemaakte en door haar als „modelproces" aangeduide procedure wegens inbreuk op het octrooi (zie onder A.IV.3.b) niet te worden afgewacht, nog afgezien van het feit dat ook een voor WSI gunstig vonnis in deze procedure geenszins de omvang van het octrooi met werking tegen derden zou vastleggen.

Met het oog op het bovenstaande is het de vraag of artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag van toepassing zou zijn, indien het Duitse octrooi daadwerkelijk de zeilplankromp mede zou omvatten.

cc) Ten slotte was de aan de licentienemers opgelegde verplichting om alleen samen met goedgekeurde planktypen tuig af te leveren, ook niet via het aspect van de zogenaamde „indirecte octrooischending" uit het specifieke voorwerp van het octrooirecht af te leiden. Het gaat daarbij om het verbodsrecht van de octrooigerechtigde jegens derden die „aan anderen dan tot de toepassing van de geoctrooieerde uitvinding gerechtigde personen middelen betreffende een wezenlijk bestanddeel van de uitvinding ter toepassing ervan aanbieden of leveren, indien de derde weet, dan wel het gezien de omstandigheden duidelijk is, dat deze middelen voor die toepassing geschikt en bestemd zijn" (zie artikel 10, lid 1, van de Duitse Octrooiwet in de versie van de bekendmaking van 16 december 1980, BGBl. 1981, deel I, blz. 1).

Terwijl het naar de omvang van de octrooiaanspraak in Duitsland reeds dubieus is of de planken wel „middelen" in de zin van deze bepaling zijn, zou er in ieder geval geen verbodsrecht jegens de licentienemer uit volgen, dat ertoe strekt te verhinderen dat het geoctrooieerde object anders dan in samenhang met dergelijke „middelen" op de markt wordt

gebracht. De licentienemers zijn namelijk in het algemeen „tot het gebruik van de geoctrooieerde uitvinding gerechtigde personen" in de zin van dit voorschrift. Om dezelfde reden zou zulk een verbodsrecht ook niet gelden jegens fabrikanten van zeilplanken die geen licentie hadden ontvangen, in ieder geval indien zij zich beperken tot de fabricage van planken alleen en deze slechts aan licentienemers aanbieden ter montering met geoctrooieerd tuig of van hen tuig kopen met het oog op montering op hun planken.

c) De bovengenoemde concurrentiebeperking vond haar voortzetting in de in de contracten vastgelegde wijze van berekening van de licentierechten naar de nettoverkoopprijs van de door de betrokken licentienemer aangeboden complete zeilplank. Ook deze verplichting viel, voor zover zij betrekking had op onder het Duitse octrooi nr. 19 14 602.4-22 gefabriceerde zeilplanken, in het onderhavige geval onder artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag.

De berekening van licentierechten moet, wanneer zij als stuklicentie zijn overeengekomen, in principe aansluiten bij de produkten die onder de octrooilicentie vallen, want anders bestaat er gevaar dat de produktie van de licentienemer in vergelijking tot die van concurrenten kosten moet dragen waarvoor de licentienemer in het voordeel van het gebruik van het octrooi geen compensatie kan vinden. Zoals hierboven reeds is uiteengezet, omvat het Duitse octrooi niet de plank. Wel kan het in vele gevallen om praktische redenen nodig zijn, niet het individuele, onder de octrooilicentie vallende voorwerp als referentiebasis voor de berekening van de licentierechten te gebruiken, maar een produkt dat zich in een verder gevorderde produktiefase bevindt en waarin het geoctrooieerde voorwerp wordt opgenomen en die te zamen op de markt worden aangeboden. Reden daarvoor kan o.a. zijn dat de geproduceerde of verbruikte exemplaren of de waarde ervan in concreto in het kader van een gecompliceerd produktieproces slechts moeilijk kunnen worden vastgesteld, omdat er naar de individuele geoctrooieerde objecten geen vraag bestaat, waarbij de licentienemer indien hij daaraan wilde voldoen, door zulk een berekeningsmethode zou worden gehinderd. Onder dergelijke omstandigheden kan deze wijze van berekening mededingingsrechtelijk neutraal worden geacht; zij is daarentegen zeker niet altijd toelaatbaar, louter omdat zij, zoals WSI in dit verband heeft beweerd, in het handelsverkeer „gebruikelijk" is.

Van omstandigheden van de bovengenoemde aard was echter in het onderhavige geval geen sprake: de produktie van tuig en de samenstellende onderdelen ervan, enerzijds, en van de zeilplankrompen, anderzijds, houden technisch geen verband met elkaar. De licentienemers zelf betrekken deze in grote omvang bij toeleveranciers van uiteenlopende aard, die deze afzonderlijk factureren. Ook al ontstaat eerst door de verbinding van plank met tuig een gebruiksklaar eindprodukt, kan deze verbinding door eenieder zo gemakkelijk tot stand worden gebracht dat er naar ieder onderdeel een sterke vraag bestaat van de zijde van fabrikanten van andere planktypen, van die van groot- of detailhandelaren en van die van eindverbruikers. Gezien de toenemende populariteit van de zeilplanksport mag zelfs nog een toename van deze vraag worden verwacht, omdat steeds meer ervaren sportlieden voor de uiteenlopende toepassingsgebieden verschillende planken kopen, waarop echter steeds hetzelfde tuig kan worden aangebracht.

Objectief-technische gronden voor deze wijze van berekening der licentierechten waren derhalve niet aanwezig en zij vormde voor de licentienemers een belemmering om op de deelmarkten voor planken en tuig actief te worden.

Enerzijds vloeide uit de vaststelling van de licentierechten op de genoemde manier voort dat WSI voor elk van de hoofdelementen van een zeilplank, namelijk de plank en het tuig, welke door een licentienemer wordt geleverd, aanspraak maakte op licentierechten. Dit betekende dat licentienemers ook in gevallen waarin zij slechts, niet onder het Duitse octrooi vallende, planken wilden leveren, daarvoor licentierechten moesten betalen.

Voorts betekende het dat ook in geval van aparte levering van slechts een van de hoofdelementen, namelijk de plank of het tuig, de licentierechten naar de — fictieve — waarde van een complete zeilplank moesten worden berekend. Juist bij de verkoop van tuig alleen leverde dit, gezien de geringere waarde daarvan ten opzichte van de planken, door de aldus berekende licentierechten een drastische kostenverhoging op. Een kostenlast van dezelfde of ongeveer dezelfde omvang had weliswaar ook kunnen ontstaan wanneer WSI een evenredig hoger licentierechtentarief ingang had kunnen doen vinden, dat zou zijn vastgesteld aan de hand van de verkoopprijs van een tuig alleen. Zolang de referentiegrondslag voor de licentierechten uitsluitend de complete zeilplank was, lag het voor de licentienemers echter voor de hand, de kosten van deze rechten bij hun calculatie over plank en tuig te spreiden. Daardoor werd de verkoop van tuig alleen economisch onaantrekkelijk; door de daarmee te verwezenlijken opbrengsten zouden namelijk licentierechten berekend naar de verkoopprijs van een aanzienlijk duurder produkt, moeten worden gedekt. Daar kwam nog de praktische moeilijkheid voor de licentienemers bij, dat zij moesten bepalen welk van de verschillende modellen uit hun produktie de grondslag had moeten zijn voor een fictieve rechtenberekening aan de hand van de waarde van een complete zeilplank. Onder deze omstandigheden kon de genoemde wijze van rechtenberekening — onafhankelijk van het dienaangaande bestaande uitdrukkelijke verbod — de licentienemers van een aparte levering van tuig weerhouden. Daardoor werden enerzijds andere fabrikanten

van planken belemmerd wanneer zij hun produktie met geoctrooieerd tuig wilden completeren; anderzijds werden de licentienemers er op deze wijze toe aangespoord om planken en tuig alleen te zamen aan afnemers te leveren, hoewel er naar de beide elementen apart ook vraag bestaat.

d) Ook de beperking (met uitzondering van Ostermann en Shark) van de voor de complete zeilplank geldende produktielicentie voor het Duitse octrooi nr. 19 14 602.4-22 tot een bepaald produktiebedrijf in de Bondsrepubliek Duitsland in verband met het recht voor WSI op onmiddellijke opzegging in geval van verplaatsing van dit produktiebedrijf door de licentienemer, viel onder artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag.

Gezien de voortdurend dreigende opzegging door de licentiegeefster was de individuele licentienemer althans de facto verplicht de fabricage van planken en tuig elders dan op de aangeduide plaats van produktie achterwege te laten. Hij deed daarmee afstand van de aan iedere derde openstaande mogelijkheid, binnen gebieden van de gemeenschappelijke markt, waar WSI geen octrooibescherming geniet, de fabricage van zeilplanken ter hand te nemen en deze daar in de handel te brengen, zonder de kosten van de licentierechten voor het gebruik van het octrooi behoeven te dragen. Dat doel en die uitwerking bleken onmiskenbaar uit de contracten tussen WSI en SAN, Klepper en Marker in hun tot eind 1980 geldende versie. Toen deze versie later werd vervangen door een minder ondubbelzinnige formulering die reeds in de overige licentiecontracten te vinden was, betekende dit geenszins dat een daarmee overeenstemmende feitelijke beperking niet of niet meer bestond. Het bleef erbij dat iedere verandering van de plaats van produktie door de licentienemer kon leiden tot opzegging door WSI, zonder dat het er overigens daarbij, zoals WSI in de loop van de procedure heeft beweerd, op aan kwam of de produktie in haar geheel dan wel slechts ten dele naar octrooivrije gebieden werd verplaatst.

Op deze wijze verkreeg in het onderhavige geval WSI licentierechten voor alle door de licentienemers in de gehele Europese Economische Gemeenschap afgezette zeilplanken, omdat zij de facto niet in het licentievrije gebied mochten worden gefabriceerd. Het fabriceren van het geoctrooieerde produkt behoort weliswaar reeds tot de exclusieve bevoegdheden van de octrooigerechtigde, zodat het opleggen van een betalingsplicht voor de licentienemer voor het stellen van deze handeling binnen het toepassingsgebied van een octrooi valt onder het specifieke voorwerp daarvan. Tot het specifieke doel van het octrooirecht behoort evenwel niet dat de octrooigerechtigde via het stellen van licentievoorwaarden de licentienemer de fabricage vrij van licentierechten in octrooivrije gebieden althans feitelijk onmogelijk maakt en zich daardoor indirect ook daar een „uitvindersloon" waarborgt waar hij in het geheel geen octrooibescherming geniet.

Daardoor viel deze beperking ook niet onder de Bekendmaking betreffende octrooilicentieovereenkomsten van 24 december 1962 (*Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* nr. 139 van 24 december 1962, blz. 2922/62), waarin de Commissie heeft verklaard dat zij op grond van de haar op dat tijdstip bekende feiten van oordeel is dat onder andere onder het verbod van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag (t.a.p. punt 4, onder b)) een geografische beperking van de licentienemer niet valt, waardoor de licentie tot een bepaald bedrijf beperkt wordt. Deze verklaring geldt namelijk in ieder geval alleen voor gebieden waarin feitelijk octrooibescherming bestaat. Of het in deze contractsbepaling eveneens vervatte verbod aan de licentienemers om hun produktiebedrijf binnen het onder het octrooi vallende gebied te verplaatsen, in strijd met de bovengenoemde bekendmaking, ook onder artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag valt, kan in deze procedure worden daargelaten (1).

e) De verplichting van de licentienemers om hun in Duitsland gefabriceerde en in de handel gebrachte planken te voorzien van de aanduiding „onder licentie van Hoyle Schweitzer" of „onder licentie van WSI", vormt eveneens een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag. Daardoor werd namelijk de indruk gewekt alsof elke plank van de licentienemer op grond van bepaalde beschermende rechten of althans volgens een bepaalde technische kennis van de licentiegeefster was gebouwd. Het tegendeel is echter het geval. Daardoor werden de licentienemers beperkt in de mogelijkheid zich ten minste ten aanzien van de plank technisch onafhankelijk te presenteren en de reputatie van hun onderneming door het individueel door hen zelf ontwikkelde planktype te vestigen.

f) Evenzo vormt de contractueel vastgestelde erkenning van de woordmerken „Windsurfer" en „Windsurfing" alsmede van het „logo"-beeldmerk, welke Ten Cate in Europa tot dusver voor zijn zeilplanken heeft gebruikt, als geldige merken door de Duitse licentienemers, een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag.

---

(1) Zie het Vierde Verslag over het mededingingsbeleid (1974), randnummer 22 e.v. en het Vijfde Verslag over het mededingingsbeleid (1975), randnummer 11, waar de Commissie gezien de in beginsel tot stand gebrachte voltooiing van de interne markt intussen reeds de opvatting heeft verlaten dat geografische beperkingen in octrooilicentieovereenkomsten t.a.v. de toepassing van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag in beginsel onschadelijk zouden zijn. Zie ook het in het *Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen* nr. C 58 van 3 maart 1979, blz. 11, aangekondigde voornemen van de Commissie om genoemde bekendmaking in te trekken.

In het onderhavige geval hebben WSI en Ten Cate zelf te kennen gegeven dat er sterke twijfel aan bestaat of de beide tekens voldoende onderscheidend vermogen hebben en of niet met name de uitdrukkingen „Windsurfer" en „Windsurfing" in het algemene spraakgebruik een gebruikelijke aanduiding voor de betrokken tak van sport en de daartoe behorende sportapparatuur zijn geworden. Deze omstandigheid zou inschrijving of gebruik als geldig merk volgens de wetgeving in alle Lid-Staten evenwel in de weg staan (1).

Door contractueel af te zien van het recht om op deze omstandigheid een beroep te doen, gaven de licentienemers de mogelijkheid prijs om gebruik te maken van begrippen en symbolen die eventueel geheel in het algemeen en zonder verwijzing naar een bepaalde onderneming op pakkende wijze voor een breed publiek een bepaalde tak van sport aanduiden. Deze mogelijkheid kon voor de licentienemers een belangrijke factor bij hun concurrentiegedrag en met name bij hun reclame betekenen. Omgekeerd verschafte WSI zich een ongerechtvaardigde concurrentiële voorsprong, toen het haar gelukte deze begrippen en symbolen voor de eigen onderneming te monopoliseren. Daartoe droeg de verplichting van de licentienemers, om de tekens niet te betwisten, bij. Of zulk een niet-betwistingsbeding ten aanzien van een merk ook onder artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag valt, wanneer zij is vervat in een contract over de licentieverlening van juist dit merk, kan in deze procedure worden daargelaten; voor de betrokken merken werd namelijk in het onderhavige geval juist geen licentie verleend. In ieder geval mag het sluiten van een licentiecontract inzake octrooien niet worden gebruikt om de octrooilicentienemer te noodzaken de geldigheid van merken van de licentiegever of derden te erkennen en om hun daarmede de mogelijkheid te ontnemen om de vraag te beantwoorden, of het gebruik van de betrokken tekens al dan niet aan alle concurrenten vrijstaat.

g) De aan Ostermann en Shark opgelegde verplichting om het octrooi onder licentie niet te betwisten, vormde eveneens een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag. Zulk een niet-betwistingsbeding ontnam deze licentienemers de in casu aan elke derde gegeven mogelijkheid, een belemmering voor hun economische activiteit via de vordering tot nietigverklaring weg te nemen die, gezien ook de economische betekenis der octrooien, van essentieel belang was. Zulk een beperking is ook van betekenis wanneer een octrooi eerst na onderzoek van de uitvinding op nieuwheid en inventiviteit door een officieel octrooibureau wordt verleend; dit onderzoek betekent immers niet dat bij de vraag naar de octrooieerbaarheid van een uitvinding kan worden afgezien van de mogelijke oppositie van de ondernemingen die belang hebben bij het niet toekennen van het octrooi of hun vorderingen tot nietigverklaring.

Zelfs wanneer een licentienemer eerst door de hem door de licentiegever medegedeelde informatie in staat wordt gesteld het octrooi te betwisten, dan nog gaat het belang dat het publiek heeft bij een in beginsel vrije concurrentie, en daarmede bij de opheffing van de eventueel ten onrechte aan de licentiegever verleende monopoliepositie, niet voor de speciale betrekking tussen de partijen bij een licentiecontract opzij.

h) De bovengenoemde bedingen konden individueel en te zamen bovendien de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden. De beperkingen overeenkomstig B.I.1, onder a) tot en met c), leidden ertoe dat tussen de Bondsrepubliek Duitsland en de overige Lid-Staten de handel in zeilplankrompen en in tuig althans aanzienlijk werd bemoeilijkt. Dat de licentie werd beperkt tot bepaalde planktypen, beperkte de potentiële vraag van de licentienemers naar planken van andere fabrikanten uit andere Lid-Staten. Dezen konden wegens het verbod van afzonderlijke levering van tuig, dat door de wijze van rechtenberekening werd gewaarborgd en versterkt, hun planken niet tot complete zeilplanken maken, en hun afzet in de Bondsrepubliek Duitsland werd bemoeilijkt. Hetzelfde gold voor importeurs van zeilplankrompen uit andere Lid-Staten. Het vastleggen van de plaats van produktie (zie B.I.1, onder d)) dwong de betrokken licentienemers ertoe de markten van andere Lid-Staten alleen vanuit de Bondsrepubliek Duitsland te bevoorraden, terwijl zij deze markten anders hadden kunnen bevoorraden vanuit andere plaatsen waar op de produktie in ieder geval geen licentierechten zouden hebben gerust. De verplichting om op de plank een licentiemerk aan te brengen (zie B.I.1, onder e)) en de verplichting om de merken van de licentiegeefster te erkennen (zie B.I.1, onder f)) belemmerden de commerciële ontplooiingsmogelijkheden van de licentienemers in de gehele Gemeenschap. Het niet-betwistingsbeding ten laste van Ostermann en Shark (zie B.I.1, onder g)) versterkte het octrooirecht van de licentiegeefster niet slechts jegens de betrokken licentienemers, maar ook jegens alle concurrenten uit de gehele Gemeenschap.

Gezien de vooraanstaande positie welke de licentienemers te zamen met Ten Cate (WSC) op de Duitse markt innemen en de buitengewone economische betekenis van het betrokken octrooi, ging het hier ook om merkelijke handelsbelemmeringen.

---

(1) Zie ook artikel 2, lid 1, en artikel 14, lid 2, van het voorstel voor een eerste richtlijn van de Raad betreffende de aanpassing van het merkenrecht der Lid-Staten (PB nr. C 351 van 31 december 1980, blz. 1), alsmede artikel 6, lid 1, van het voorstel voor een verordening (EEG) van de Raad inzake het Gemeenschapsmerk (PB nr. C 351 van 31 december 1980, blz. 5).

2. **Concurrentiebeperkingen bij de afzet**

a) Alleenverkoopovereenkomsten, met name wanneer zij tussen ondernemingen uit verschillende Lid-Staten zijn gesloten, kunnen wegens de daarin opgenomen verplichting van de leverancier om binnen een bepaald gebied de contractsprodukten alleen aan de exclusieve importeur te leveren, alsmede wegens de aan de alleenimporteur opgelegde territoriale beperkingen ten aanzien van de afzet van de contractsprodukten, onder artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag vallen. De in het onderhavige geval bestaande overeenkomsten inzake alleenverkoop tussen verschillende deelnemers vallen als zodanig echter niet onder de procedure, voor zover daarvoor vrijstellingen overeenkomstig artikel 1, leden 1 en 2, van Verordening nr. 67/67/EEG van de Commissie (1) gelden.

aa) De volgende overeenkomsten hielden echter ook een verbod voor de alleenimporteur in; dat betekende dat hij buiten zijn contractsgebied niet slechts geen actieve afzetpolitiek mocht voeren (zie in zoverre artikel 2, lid 1, onder b) van Verordening nr. 67/67/EEG), maar in het geheel geen leveranties mocht doen plaatsvinden; het betreft hier met name:

1. de overeenkomsten tussen Akutec, enerzijds, en de ondernemingen Horwa (tot 1981), vervolgens Taselaar (Nederland), Ertisport (België) en RaFly (Italië), anderzijds;

2. de overeenkomsten tussen Ostermann, enerzijds, en de ondernemingen Thijs (Nederland) en d'Ieteren (België), anderzijds, tussen Klepper, enerzijds, en de ondernemingen Telstar (Nederland), Intersurf (Italië), Media Loisirs (Frankrijk) en Citabel Sports (Luxemburg), anderzijds; alsmede tussen Shark, enerzijds, en Renka Sport (Nederland), anderzijds.

Bij de overeenkomsten van de in punt 1 genoemde groep blijkt dit reeds uit de tekst van de standaardovereenkomst. In de overeenkomsten van de in punt 2 genoemde groep is voor leveranties buiten het contractsgebied weliswaar slechts een verplichting opgenomen om toestemming te vragen aan de leverancier; zulk een voorgeschreven vergunningsaanvraag vormt echter reeds een ingreep in de mogelijke afzetvoornemens van de alleenimporteur. Het ging daarbij om concurrentiebeperkingen in de zin van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag. Het absolute verbod van leveranties uit het contractsgebied en de mogelijkheid, de toestemming voor dergelijke leveranties te weigeren, maken het mogelijk de verschillende afzetgebieden der deelnemers onderling volledig af te schermen. Deze overeenkomsten beoogden daardoor een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen Lid-Staten, die niet meer door Verordening nr. 67/67/EEG gedekt werd.

bb) Op de Duitse markt nemen de ondernemingen Akutec, Ostermann, Klepper en Shark, te zamen met een marktaandeel van ongeveer 40 %, een belangrijke positie in. Ook individueel beschouwd is die positie zeker niet onaanzienlijk. De marktaandelen der verschillende ondernemingen lopen weliswaar onderling sterk uiteen, maar geen daarvan is zo gering dat de met behulp van de wederinvoerverboden beoogde afscherming van de Duitse markt niet waarneembaar zou zijn geweest.

In andere Lid-Staten zijn de produkten van Akutec, Ostermann, Klepper en Shark goed ingevoerd; dit geldt met name voor de belangrijke Franse en Nederlandse markten (zie onder A.III.2). Ook al zijn hun marktaandelen niet overal even groot en konden zij gezien de relatieve nieuwheid van de markt voor zeilplanken en de daaruit voortvloeiende fluctueringen niet met volstrekte nauwkeurigheid worden vastgesteld, toch vormt de export naar Gemeenschapslanden voor alle deelnemers een belangrijke commerciële factor. Daarom moet ook de met de overeenkomsten beoogde volledige uitschakeling van rechtstreekse leveranties door de alleenimporteurs naar andere afzetgebieden in de Gemeenschap als een merkelijke concurrentiebeperking worden beschouwd.

b) In gestandaardiseerde leveringscontracten hadden Akutec (in de zogenaamde „handelaarspas"), WSC en Ostermann (in de zogenaamde „partnership-overeenkomsten") detailhandelaren in Duitsland verplicht hun zeilplanken alleen aan eindgebruikers te verkopen.

aa) Deze verplichting verhinderde de detailhandelaren om ook aan andere wederverkopers te leveren, en vormde, in ieder geval voor zover dit verbod de bevoorrading van wederverkopers in andere Lid-Staten betrof, een beperking van de mededinging in de zin van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag.

bb) Deze overeenkomsten beïnvloedden in het onderhavige geval ook de handel tussen Lid-Staten ongunstig en waren merkelijk te noemen: de zeilplanken van Akutec en Ostermann en de Ten Cate-produkten die WSC in Duitsland in de handel brengt, worden in tal van Lid-Staten van de Gemeenschap aangeboden. Met name op de Franse en Nederlandse markt zijn deze produkten goed ingevoerd (zie onder A.III.2). Wederverkopers in deze gebie-

(1) PB nr. 57 van 25. 3. 1967, blz. 849/67.

den hadden in beginsel belangstelling kunnen hebben om deze produkten bij wederverkopers op de Duitse markt te betrekken, waar in de hier behandelde periode Ten Cate (WSC) en Ostermann een aanzienlijk (respectievelijk 15 % en 25 %) en Akutec een toch niet te verwaarlozen aandeel (7 %) bezaten. Bovendien moet er rekening mee worden gehouden, dat door het identieke gedrag van deze drie ondernemingen in totaal bijna de helft van het aanbod op de Duitse markt aan een eventuele handel tussen Lid-Staten werd onttrokken.

## II. TOEPASSELIJKHEID VAN ARTIKEL 85, LID 3, VAN HET EEG-VERDRAG

Volgens artikel 85, lid 3, kunnen de bepalingen van artikel 85, lid 1, buiten toepassing worden verklaard voor een overeenkomst die bijdraagt tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen

a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn,

b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen.

Geen van de hier behandelde overeenkomsten en onderling afgestemde feitelijke gedragingen is bij de Commissie aangemeld, zodat principieel uit hoofde van artikel 4, lid 1, van Verordening nr. 17 een toepassing van artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag om formele redenen niet in aanmerking komt.

1. De octrooilicentieovereenkomsten vielen ook niet onder artikel 4, lid 2, punt 2 b), van Verordening nr. 17. Dit gold in ieder geval voor de verplichting om onder het Duitse octrooi gefabriceerd tuig alleen te zamen met vooraf goedgekeurde planktypen te verkopen; deze verplichting beperkte de licentienemers namelijk niet alleen ten aanzien van de uitoefening van het beschermde recht onder licentie, d.w.z. de verwezenlijking van de beschermde uitvinding, maar zij ontnam hun bovendien de vrijheid om te beslissen of en hoe zij eventueel op de markt voor de niet door het Duitse octrooi beschermde zeilplankrompen als concurrent zouden optreden. De markt voor tuig en die voor zeilplankrompen staan wel in onderlinge samenhang, omdat tuig alleen te zamen met een zeilplankromp als eindprodukt bruikbaar is, maar de beide markten moeten ten aanzien van de vraag van elkaar worden onderscheiden. Op dezelfde wijze traden de contractsbepalingen inzake de berekening van de licentierechten naar de verkoopwaarde van een complete zeilplank en inzake de verplichting om een licentievermelding op de plank aan te brengen, buiten de grenzen van de beperkingen welke volgens artikel 4, lid 2, onder 2 b), niet behoeven te worden aangemeld.

Deze bepaling geldt ook niet voor de verplichting, de merken van WSI/Ten Cate als geldig te erkennen; deze rechten zijn de licentienemers namelijk juist niet in licentie gegeven. Zij geldt evenmin voor de aan Ostermann en Shark opgelegde verplichting, de beschermende rechten onder licentie niet te betwisten; die verplichting beoogt namelijk, deze licentienemers van een eventuele betwisting van het bestaan van de beschermende rechten als zodanig te weerhouden en niet, de licentienemers in de uitoefening van hun rechten te beperken.

Overigens valt ook niet in te zien dat aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, zou zijn voldaan:

— De beperking van de licenties tot bepaalde planktypen en de verplichting goedkeuring te vragen voor nieuwe planken, hadden rechtstreeks slechts beperkend effect op de produktie en de verdeling der produkten. Kwaliteits- en veiligheidseisen die aan het produkt onder licentie worden gesteld en verder gaan dan het specifieke doel van het octrooirecht, kunnen weliswaar in bepaalde gevallen tot verbetering van de produktie leiden en voor de gebruiker profijt met zich brengen. Daarom mag men in beginsel niet ontkennen dat ook de licentiegever bij de inachtneming van dergelijke normen belang heeft. Ook wanneer hij de gebruiker in het licentiegebied niet als fabrikant en verkoper van het object onder licentie tegemoet treedt, dan toch kunnen bij de gebruiker bepaalde voorstellingen over de identiteit van de octrooigerechtigde en de „waarde" van zijn geoctrooieerde uitvinding postvatten, hetzij omdat zij door openbare discussie bekend zijn geworden, hetzij doordat de octrooigerechtigde zelf door de uitvindersvermelding de aandacht op zich vestigt, dan wel doordat de verbruiker hem als aanbieder op markten buiten het licentiegebied ontmoet. Het opstellen van dergelijke normen houdt echter bepaalde gevaren voor de ondernemerszelfstandigheid van de licentienemer en de concurrentievrijheid op de betrokken markt als geheel in. Zij moeten derhalve beperkt blijven tot het objectief noodzakelijke, de licentienemer vooraf op ondubbelzinnige en gedetailleerde wijze worden medegedeeld en voor alle licentienemers en de licentiegever zonder onderscheid gelden. Aan deze voorwaarden is in het onderhavige geval, gezien de onbepaaldheid van de betrokken contractsclausules, niet voldaan. Dat geldt te meer omdat de controle op de planken tegelijkertijd ter waarborging van een „afstand" in de concurrentie tussen alle deelnemers moest dienen.

— De verplichting om tuig alleen als onderdeel van complete zeilplanken af te leveren, vormt alleen een distributiebeperking voor de produkten.

— De verplichting tot betaling van licentierechten op basis van de verkoopprijs voor complete zeilplanken en de verplichting de zeilplanken van de vermelding „onder licentie van Hoyle Schweitzer" te voorzien, dienden uitsluitend tot consolidatie en versterking van de bovengenoemde concurrentiebeperkingen.

— Uit de vaststelling van de plaats van produktie voor de licentienemers, hun verplichting bepaalde merken als juridisch onaantastbaar te erkennen, alsmede de verplichting van Ostermann en Shark de octrooien onder licentie niet te betwisten, kunnen eveneens geen verbeteringen of voordelen in de zin van artikel 85, lid 3, worden afgeleid.

2. De afzetovereenkomsten van Akutec, WSC en Ostermann met detailhandelaren in Duitsland vielen ook niet onder artikel 4, lid 2, punt 1, van Verordening nr. 17. Het daarin vervatte verbod van bevoorrading van andere wederverkopers gold namelijk zonder beperking ook voor eventuele leveranties aan wederverkopers in andere Lid-Staten en hield daardoor een uitvoerverbod in, zodat door deze afspraken ook de in- en uitvoer in de zin van dit voorschrift werd getroffen.

Overigens kunnen voor deze beperkingen ook geen omstandigheden worden aangevoerd op grond waarvan een vrijstelling overeenkomstig artikel 85, lid 3, van het EEG-Verdrag had kunnen worden gerechtvaardigd. Weliswaar werden de aldus gebonden detailhandelaren in de overeenkomsten aangeduid als „vakhandelaren" en hebben de betrokken ondernemingen ook aangevoerd dat er wegens de bijzonderheid van het produkt zeilplank een noodzaak bestond om controle op de vakbekwaamheid van de handelaren uit te oefenen; door geen van de betrokken ondernemingen zijn echter objectieve criteria genoemd volgens welke handelaren in feite werden geselecteerd. Overigens zou, zelfs bij het bestaan van een op zich zelf toelaatbaar selectief distributiesysteem, het gehele verbod van alle leveringen aan andere wederverkopers, dus ook aan die in het distributiesysteem zelf, in ieder geval een te vergaande beperking opleveren.

## III. TOEPASSING VAN ARTIKEL 15, LID 2, LETTER a), VAN VERORDENING Nr. 17

Volgens artikel 15, lid 2, letter a), van Verordening nr. 17 kan de Commissie bij beschikking aan ondernemingen geldboeten opleggen van ten minste duizend en ten hoogste één miljoen rekeneenheden of tot een bedrag van ten hoogste tien procent van de omzet van elk der betrokken ondernemingen in het voorafgaande boekjaar, indien bedoeld bedrag hoger is dan één miljoen rekeneenheden, wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maken op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag. Bij de vaststelling van het bedrag van de geldboete wordt niet alleen rekening gehouden met de zwaarte, maar ook met de duur van de inbreuk.

### 1. Schuldvraag

a) *Octrooilicentieovereenkomsten*

Voor zover WSI en de licentienemers er oorspronkelijk al van mogen zijn uitgegaan dat het verbod van afzonderlijke levering van tuig, de berekening van de licentierechten naar de verkoopprijs voor de complete zeilplank en de aanbrenging van de licentievermelding op de plank werden gedekt door de omvang van het Duitse octrooi in de vorm van zijn oorspronkelijke aanvraag, dan konden zij toch deze mening reeds sinds de door het Duitse Patentamt begin 1974 voor de bekendmaking van het octrooi op 27 juni 1974 opgestelde definitieve, voor kennisneming door het publiek bestemde versie (het zogenoemde „Auslegeschrift") niet meer te goeder trouw volhouden. Uit de totstandkoming van deze versie en haar bewoordingen volgde reeds duidelijk een beperking van de octrooirechtelijke besherming tot het tuig. Wanneer WSI in de voor de rechter aanhangige procedure tegen derden de mening blijft verkondigen dat de omvang van de octrooirechtelijke bescherming zich in Duitsland ook uitstrekt tot de zeilplankromp, en de genoemde beperkingen derhalve vallen onder het specifieke voorwerp van het octrooirecht, dan kan toch de handhaving van dit juridische standpunt, in ieder geval ten aanzien van de toepasselijkheid van de concurrentieregels van het EEG-Verdrag, het verwijt van inbreuk uit onachtzaamheid niet wegnemen. Dit geldt ook, wanneer zou moeten worden vastgesteld dat derde aanbieders van zeilplanken onder bepaalde omstandigheden op de Duitse markt een „indirecte octrooischending" zouden kunnen plegen. De licentienemers kunnen immers in elk geval, als personen die tot het gebruik van de uitvinding gerechtigd zijn, aan een ieder tuig leveren en bij een ieder planken betrekken. Ten aanzien van de genoemde beperkingen moet de schuld van de licentienemers weliswaar als gering worden getaxeerd, omdat zij zich aan de desbetreffende voorwaarden van WSI moesten onderwerpen om een licentie te kunnen bemachtigen. Ook bij de toepassing van de licentiecontracten was het in de eerste plaats WSI die aandrong op de inachtneming van de beperkingen en met name de aparte levering van tuig trachtte te verhinderen, zodat de voor de toepassing van artikel 15, lid 2, beslissende schuld in zoverre alleen bij WSI berust, terwijl van het opleggen van geldboeten aan de licentienemers moet worden afgezien.

Bij de beoordeling van deze schuld houdt de Commissie er rekening mede dat aangaande concurren-

tiebeperkingen van onderhavige aard nog geen beschikking is gegeven.

De schuld van WSI, Ostermann en Shark met betrekking tot het tussen hen overeengekomen verbod om het octrooi onder licentie te betwisten, moet volledig onafhankelijk van haar taxatie van de octrooirechtelijke situatie worden beoordeeld. Dergelijke niet-betwistingsbedingen werden reeds in de genoemde bekendmaking van de Commissie betreffende octrooilicentieovereenkomsten van 24 december 1962 niet als destijds onbezwaarlijk ten aanzien van de toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag aangemerkt. Op hun onverenigbaarheid met deze bepaling heeft de Commissie sinds 1972 in een vaste beschikkingspraktijk gewezen (1). Een eventuele onwetendheid omtrent deze rechtstoestand van de zijde van de betrokkenen zou ten minste grove onachtzaamheid opleveren. Wel moet dan ook in zoverre de schuld van de licentienemers Ostermann en Shark gering worden geacht, omdat zij zich ook moesten schikken naar deze voorwaarde van WSI; ook in zoverre moet daarom alleen aan WSI een geldboete worden opgelegd.

Daarentegen beweert WSI dat zij deze contractsclausule heeft moeten opnemen omdat deze oorspronkelijk door Ten Cate met de betrokken ondernemingen was overeengekomen en deze ondernemingen bij de overgang van het licentiecontract op WSI bezwaar hadden gemaakt tegen iedere wijziging van de overeenkomst. Deze verklaring kan echter niet worden aanvaard, omdat het bij het niet-betwistingsbeding om een exclusief op de licentienemer berustende overeenkomst gaat. Zij is door de licentienemers ook niet bevestigd.

b) *Concurrentiebeperkingen bij de afzet*

Het is reeds sinds 1964 vaste beschikkingspraktijk van de Commissie (2), welke door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen herhaaldelijk is bevestigd (3), dat uitvoer- of wederinvoerverboden voor alleenverkopers en aan andere wederverkopers opgelegde verboden om andere wederverkopers te bevoorraden, inbreuk maken op de concurrentieregels van de Gemeenschap, omdat zij kunnen leiden tot afscherming van de binnenlandse markten, voor zover dergelijke beperkingen verder gaan dan de in Verordening nr. 67/67/EEG getrokken grenzen en niet beperkt blijven tot de verplichting de condities van een selectief verkoopsysteem in acht te nemen.

De aan deze concurrentiebeperkingen deelnemende ondernemingen Ostermann, Akutec, Klepper, Shark en WSC hebben opzettelijk inbreuk gemaakt op een van de fundamentele verboden van de Gemeenschapsrechtelijke concurrentievoorschriften; in alle genoemde gevallen werd namelijk de volledige afscherming van de betrokken nationale markten rechtstreeks beoogd. Het feit dat de betrokken ondernemingen eventueel omtrent de reikwijdte van deze regels in individuele gevallen in het ongewisse waren, is niet relevant, omdat zij in ieder geval de concurrentiebeperkende werking van hun overeenkomsten kenden en beoogden (4).

2. **Zwaarte en duur van de inbreuk**

a) *Octrooilicentieovereenkomsten*

Het verbod om het tuig afzonderlijk te verkopen en de daarmee samenhangende beperkingen ten aanzien van de berekening van de licentierechten en het aanbrengen van de licentievermelding oefenden grote invloed uit op het aanbod van zeilplanken op de Duitse markt. Andere aanbieders van planken uit de Gemeenschap, die deze te zamen met het onder licentie gefabriceerde tuig op de Duitse markt hadden willen brengen, waren daardoor in beginsel uitgeschakeld, ook al gelukte dit in de prakijk niet steeds volledig. Dit effect moest reeds sinds de publikatie van het octrooi op 27 juni 1974 en meer nog na de definitieve octrooiverlening door het Duitse Patentamt (besluit van 31 maart 1978) waarneembaar worden, omdat aanbieders uiterlijk vanaf het laatstgenoemde tijdstip op leverantie van tuig door de licentienemers waren aangewezen, indien zij niet het thans ondubbelzinnige risico van een proces wegens inbreuk op het octrooi wilden lopen. In volle omvang trad dit effect ten slotte in na afsluiting van het bij het Bundespatentgericht aanhangige rechtsgeding inzake de toekenning van het octrooi onder licentie (uitspraak van 28 november 1979), waarin de geldigheid van het octrooi voor het tuig grotendeels werd bevestigd. Er moet derhalve van worden uitgegaan dat deze concurrentiebeperkingen de verkoopcampagnes voor zeilplanken in 1978 en 1979

(1) Beschikking van 9 juni 1972 — Davidson Rubber (PB nr. L 143 van 23. 6. 1972, blz. 31, met name blz. 32); Beschikking van 18 juli 1975 — Kabelmetal/Luchaire (PB nr. L 222 van 22. 8. 1975, blz. 34, met name blz. 35); Beschikking van 2 december 1975 — AOIP/Beyrard (PB nr. L 6 van 13. 1. 1976, blz. 8, met name blz. 12).

(2) Beschikking van 23 september 1964 — Grundig/Consten (PB nr. 161 van 20. 10. 1964, blz. 2545/64); voorts b.v. Beschikking van 1 december 1976 — Miller International (PB nr. L 357 van 29. 12. 1976, blz. 40); Beschikking van 23 december 1977 — BMW Belgium NV (PB nr. L 46 van 17. 2. 1978, blz. 33); Beschikking van 14 december 1979 — Pioneer Hi-Fi-Apparaten (PB nr. L 60 van 5. 3. 1980, blz. 21); Beschikking van 25 november 1980 — Johnson & Johnson (PB nr. L 377 van 31. 12. 1980, blz. 16).

(3) Arrest van 13 juli 1966, Jurisprudentie 1966, blz. 429 e.v. — Grundig/Consten; voorts arrest van 1 februari 1978, Jurisprudentie 1978, blz. 131 e.v. — Miller International; arrest van 12 juli 1979, Jurisprudentie 1979, blz. 2435 e.v. — BMW Belgium NV.

(4) Arrest van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen van 1 februari 1978, Jurisprudentie 1978, blz. 131 e.v., met name randnr. 18 — Miller International.

reeds aanzienlijk en de campagnes van 1980 en 1981 beslissend hebben beïnvloed.

Ten aanzien van de aan Ostermann en Shark door WSI opgelegde verplichting van niet-betwisting moet met name in aanmerking worden genomen dat thans het door het octrooi beschermde zeilbevestigingssysteem op de markt als het enig bruikbare wordt beschouwd en het octrooi daardoor ook economisch van eminente betekenis is.

b) *Concurrentiebeperkingen in de afzet*

Wat de omvang zou zijn geweest van anders mogelijke warenstromen die door de door Ostermann, Akutec, Klepper en Shark met alleenimporteurs in andere Lid-Staten en door Ostermann, Akutec en WSC met detailhandelaren in Duitsland overeengekomen afzetbeperkingen werden verhinderd, kan in concreto moeilijk worden geraamd. Zij golden tussen twee en drie jaar lang. Gezien hun oogmerk, dat rechtstreeks in strijd was met de nagestreefde integratie van de Gemeenschap en de niet onaanzienlijke duur, moeten de genoemde beperkingen in beginsel als zwaarwegend worden beschouwd. Er moet echter rekening mee worden gehouden dat de betrokken ondernemingen konden aantonen dat met de afzetbeperkingen in een groot aantal gevallen geen rekening werd gehouden; maatregelen daartegen werden alleen door Ostermann genomen en dan nog in beperkte omvang. Bij de vaststelling van de hoogte van de geldboete speelt naast de omzet ook het aantal concurrentiebeperkende verkoopcontracten dat voor de betrokken ondernemingen werd afgesloten, een rol.

## IV. TOEPASSING VAN ARTIKEL 3 VAN VERORDENING Nr. 17

Indien de Commissie een inbreuk op artikel 85 of 86 van het EEG-Verdrag vaststelt, kan zij overeenkomstig artikel 3 van Verordening nr. 17 de betrokken ondernemingen verplichten daaraan een einde te maken.

Wel bestaat er na de opheffing van de genoemde overeenkomsten, in ieder geval in de hier behandelde versie ervan, geen noodzaak meer de deelnemers te verplichten aan de in deze overeenkomsten besloten liggende inbreuken een einde te maken. Het blijft echter van belang de aanwezigheid van een inbreuk voor het verleden vast te stellen. Dit volgt in de eerste plaats uit artikel 15, lid 2, van Verordening nr. 17, in zoverre voor een reeks van deze overeenkomsten een geldboete wordt opgelegd. Dit geldt echter ook voor de concurrentiebeperkende overeenkomsten waarvoor geen geldboete wordt opgelegd, omdat het ten opzichte van het publiek nodig is duidelijk vast te stellen hoe de Commissie deze overeenkomsten in hun totaliteit beoordeelt. Dit is van speciaal belang voor de klagers,

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

*Artikel 1*

1. De volgende verplichtingen voor licentienemers in de tot 1981/1982 tussen WSI en de licentienemers Ostermann, Shark, Akutec, SAN, Klepper en Marker bestaande octrooilicentieovereenkomsten vormden een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag, en met name de verplichting:

1. om de octrooien onder licentie slechts te gebruiken voor de fabricage van zeilplanken waarvan de zeilplankromp vooraf door WSI was goedgekeurd;

2. om onder het Duitse octrooi nr. 19 14 602.4-22 vervaardigd tuig niet afzonderlijk en zonder de door WSI goedgekeurde zeilplankromp aan te bieden;

3. om voor onder het Duitse octrooi nr. 19 14 602.4-22 vervaardigd tuig de licentierechten slechts op basis van de nettoverkoopprijs van een complete zeilplank te bepalen.

4. om op de zeilplankromp van de door hen aangeboden zeilplanken de vermelding „onder licentie van Hoyle Schweitzer" of „onder licentie van WSI" aan te brengen;

5. om de woordmerken „Windsurfer" en „Windsurfing" alsmede een beeldmerk, een zogeheten „logo", in de vorm van een gestileerd zeil, als geldige warenmerken te erkennen.

2. Bovendien vormde de in de overeenkomsten tussen WSI en Akutec, SAN, Klepper en Marker opgenomen mogelijkheid tot opzegging van de licentieovereenkomst, indien de licentienemers tot vervaardiging in octrooivrij gebied over zouden gaan, een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag.

3. Voorts vormden de in de overeenkomsten met Ostermann en Shark opgenomen verplichting voor de licentienemers om de octrooien onder licentie niet te betwisten, ook een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag.

*Artikel 2*

1. Het voor de alleenverkopers in de afzetovereenkomsten opgenomen verbod, buiten hun contractsgebied leveranties uit te voeren, of hun verplichting om voor dergelijke leveranties toestemming van de fabrikant te vragen, vormden inbreuken op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag, hetgeen met name geldt voor de onder a) tot en met d) genoemde overeenkomsten tussen:

a) Akutec, enerzijds, en de ondernemingen Horwa, Taselaar, Ertisport en RaFly, anderzijds;

b) Ostermann, enerzijds, en de ondernemingen Thijs en d'Ieteren, anderzijds;

c) Klepper, enerzijds, en de ondernemingen Telstar, Intersurf, Media Loisirs en Citabel Sports, anderzijds;

d) Shark, enerzijds, en Renka Sport, anderzijds.

2. Het uit de hierna onder a) tot en met c) genoemde overeenkomsten voortvloeiende verbod voor detailhandelaren om contractsprodukten aan andere wederverkopers in andere Lid-Staten te leveren, vormde eveneens een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag, hetgeen met name geldt voor:

a) de door Akutec aan detailhandelaren verstrekte „handelaarspassen";

b) de door Ostermann met detailhandelaren gesloten „partnership-overeenkomsten";

c) de door WSI met detailhandelaren gesloten „partnership-overeenkomsten".

*Artikel 3*

De volgende geldboeten worden opgelegd:

1. aan de onderneming WSI ten bedrage van in totaal 50 000 (vijftigduizend) Ecu, d.w.z. 113 793 Duitse mark, wegens het verbod van afzonderlijke levering van tuig (artikel 1, lid 1, punt 2), de verplichting tot licentierechtenbetaling naar de nettoverkoopprijs van de complete zeilplank (artikel 1, lid 1, punt 3), de verplichting het licentiemerk op de zeilplankromp van de zeilplank aan te brengen (artikel 1, lid 1, punt 4), het feitelijke verbod van fabricage in octrooivrije gebieden (artikel 1, lid 2) en wegens het overeenkomen van een niet-betwistingsbeding (artikel 1, lid 3);

2. wegens de aan alleenverkopers in andere Lid-Staten opgelegde uitvoerverboden en wegens de aan handelsondernemingen in Duitsland opgelegde verboden om andere wederverkopers te bevoorraden:

   1. aan de onderneming Ostermann ten bedrage van 15 000 (vijftienduizend) Ecu d.w.z. 34 138 DM;

   2. aan de onderneming Aktuec ten bedrage van 10 000 (tienduizend) Ecu, d.w.z. 22 759 DM;

   3. aan de onderneming Klepper ten bedrage van 10 000 (tienduizend) Ecu, d.w.z. 22 759 DM;

   4. aan de onderneming Shark ten bedrage van 5 000 (vijfduizend) Ecu, d.w.z. 11 379 DM;

   5. aan de onderneming WSC ten bedrage van 5 000 (vijfduizend) Ecu, d.w.z. 11 379 DM.

De genoemde bedragen moeten binnen drie maanden na kennisgeving van deze beschikking worden overgemaakt op rekening nr. 260/00/64910 van de Commissie van de Europese Gemeenschappen bij de bank Sal. Oppenheimer te Keulen.

*Artikel 4*

Deze beschikking is gericht tot:

1. Windsurfing International Inc.
   a) 1955 West 190th Street,
   Torrance, California 90509,
   USA.
   b) ter attentie van Patentanwalt Axel Hansmann,
   Licht, Schmidt, Hansmann & Hermann,
   Albert-Rosshaupter-Str. 65,
   D-8000 München 70.

2. Windglider Fred Ostermann GmbH,
   Comotorstr. 12,
   D-6636 Überherrn-Altforweiler.

3. Shark Wassersportgeräte GmbH,
   Auf den Höhen,
   D-2830 Bassum.

4. Akutec Angewandte Kunststofftechnik GmbH,
   Stäblistr. 6,
   D-8000 München 71.

5. SAN Warenvertriebsgesellschaft mbH,
   Rötelstr. 30,
   D-7107 Neckarsulm.

6. Klepper Beteiligungs GmbH & Co. Bootsbau KG,
   Klepperstr. 18,
   D-8200 Rosenheim.

7. Marker Surf GmbH,
   Hauptstr. 51—52,
   D-8100 Garmisch-Partenkirchen.

8. Windsurfing Central GmbH,
   Hainburgstr. 47,
   D-6054 Rodgau.

Deze beschikking vormt executoriale titel in de zin van artikel 192 van het EEG-Verdrag.

Gedaan te Brussel, 11 juli 1983.

*Voor de Commissie*

Frans ANDRIESSEN

*Lid van de Commissie*