CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL F. CAPOTORTI VAN 5 MEI 1977 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. In de onderhavige zaak zijn het Hof drie vragen van zeer uiteenlopende aard voorgelegd. De eerste vraag betreft de draagwijdte van de verwijzingsplicht overeenkomstig artikel 177, derde alinea, EEG-Verdrag in nationale procedures van het „kort-geding"-type. En afhankelijk van het hierop te geven antwoord zijn vervolgens twee vragen gesteld over de uitlegging van de artikelen 36 en 86 EEG-Verdrag in verband met het merkenrecht. Het Hof heeft besloten deze verschillende problematieken afzonderlijk te behandelen en zich in deze fase van het geding tot de eerste vraag te beperken. Ik kan daarom volstaan met een kort overzicht van de feiten die ten grondslag liggen aan de nationale procedure in het kader waarvan de vragen zijn gerezen.

De Duitse vennootschap Hoffmann-La Roche, een dochteronderneming van het internationale concern Roche-SAPAC, vervaardigt in licentie van de vennootschap Hoffmann-La Roche te Bazel het kalmeringsmiddel valium, dat zij in Duitsland in het verkeer brengt onder de benaming Valium Roche. Beide elementen van deze benaming zijn als merk gedeponeerd en internationaal beschermd; merkgerechtigde is Hoffmann-La Roche AG te Bazel. De Duitse vennootschap Hoffmann-La Roche verkoopt de valium in Duitsland uitsluitend in verpakkingen van 20 en 50 tabletten.

Het concern Roche-SAPAC heeft ook een dochteronderneming in Groot-Brittannië, die eveneens in licentie van de gelijknamige te Bazel gevestigde vennootschap valium vervaardigt en verkoopt in verpakkingen van 100 en 500 tabletten, doch tegen een lagere prijs dan die welke de in Duitsland gevestigde dochteronderneming aldaar voor hetzelfde produkt berekent.

De Duitse firma Centrafarm, dochteronderneming van de Nederlandse vennootschap Centrafarm BV, die zich bezig houdt met het vervaardigen en verhandelen van farmaceutische produkten, kocht via haar moederonderneming valium in Groot-Brittannië, in verpakkingen van 500 tabletten, pakte deze om tot eenheden van 1 000 stuks – waarop zij de benaming Valium Roche aanbracht naast haar eigen naam en de aanduiding „in het verkeer gebracht door Centrafarm" – en verkocht het produkt in deze nieuwe verpakking op de Duitse markt. Zij profiteerde aldus van het aanzienlijke prijsverschil tussen de in Groot-Brittanië en de in Duitsland vervaardigde valium.

Namens de Bazelse vennootschap diende de Duitse Hoffmann-La Roche een aanklacht in tegen Centrafarm wegens inbreuk op het merkrecht van Hoffmann-La Roche Bazel, en zij verzocht het Landgericht Freiburg om uitvaardiging van een „einstweilige Verfügung", houdende verbod aan Centrafarm de merken Valium en Roche anders te gebruiken dan bij het in het verkeer brengen van Roche-produkten in de originele verpakking.

De rechter te Freiburg wees het verzoek toe en gaf de gevraagde „einstweilige Verfügung" die vervolgens bij vonnis werd bevestigd. Centrafarm ging van deze beslissing in beroep bij het Oberlandesgericht Karlsruhe dat krachtens artikel 177, derde alinea, EEG-Verdrag het Hof de navolgende vragen heeft gesteld:

„1. Is de nationale rechter krachtens artikel 177, derde alinea, EEG-Verdrag

1 – Vertaald uit het Italiaans.

verplicht een vraag betreffende de uitlegging van het gemeenschapsrecht ter beantwoording voor te leggen aan het Europese Hof van Justitie, wanneer zij is gerezen in een procedure ter verkrijging van een ‚einstweilig Verfügung' en tegen de in zodanige procedure gegeven beslissing geen rechtsmiddel meer openstaat, doch het partijen anderzijds mogelijk is de vraag welke het voorwerp van voormelde procedure uitmaakt, aan de orde te stellen in een gewone procedure, waarin eventueel een verwijzing krachtens artikel 177, derde alinea, EEG-Verdrag dient te geschieden?

En zo ja:

2. Is de houder van een te zijnen behoeve zowel in Lid-Staat A als in Lid-Staat B beschermd merkrecht krachtens artikel 36 EEG-Verdrag bevoegd met een beroep op dat recht te beletten dat iemand via parallelimporten geneesmiddelen die door de merkgerechtigde dan wel met diens toestemming in Lid-Staat A van de Gemeenschap rechtmatig van zijn merk zijn voorzien en, onder dat merk verpakt, in het verkeer zijn gebracht, opkoopt, in dozen en dergelijke van andere maat — en daaromheen een nieuwe verpakking — doet, op de nieuwe verpakking het merk van de houder aanbrengt en de waar zo in Lid-Staat B invoert?
3. Is de houder van het merk daartoe ook bevoegd of handelt hij in strijd met het EEG-Verdrag en wel met name met artikel 86 van dat Verdrag, wanneer hij met betrekking tot het geneesmiddel in kwestie op de markt van Lid-Staat B een machtspositie inneemt, van een verbod van de invoer van opnieuw verpakte en van het merk van de houder voorziene waren in zuiver feitelijk opzicht een marktbelemmerend effect uitgaat — omdat, wat de verpakking betreft, in de landen A en B niet dezelfde maat pleegt te worden aangehouden, terwijl het op de markt tot invoer in andere vorm nog nauwelijks is gekomen — en het verbod er in feite toe leidt dat er tussen de Lid-Staten een aanzienlijk — eventueel: onevenredig — prijsverschil in stand blijft, zonder dat kan worden waargemaakt dat de houder van het merk zich alleen dan wel in overwegende mate van het verbod bedient om dat prijsverschil in stand te houden?"

Om de in aanhef genoemde reden komt in deze conclusie alleen de problematiek ter sprake die verband houdt met de eerste vraag.

2. Het zijn uiteraard de bijzondere kenmerken die de summiere procedure van de gewone civiele procedure onderscheiden, welke de nationale rechter ertoe hebben gebracht deze vraag te stellen. Het lijkt mij derhalve logisch om eerst aan de hand van het procesrecht van de Lid-Staten, en in de eerste plaats van het Duitse recht, een korte beschrijving van die kenmerken te geven. Wellicht ten overvloede wijs ik erop dat wanneer de procedures van de hier bedoelde soort in het recht der verschillende Lid-Staten bepaalde elementen gemeen zouden hebben — elementen die uiteraard ook relevant moeten zijn voor de uitlegging van artikel 177, derde alinea —, de gestelde vraag in algemene zin kan worden beantwoord; in het andere geval zou het Hof op zijn minst een antwoord kunnen geven dat is afgestemd op de typerende elementen van de Duitse summiere procedures op het gebied van de industriële eigendom. Ook in dit geval immers zou de te geven uitlegging van artikel 177 betrekking hebben op een generieke veronderstelling en niet slechts op één concreet feitencomplex.

Volgens de Duitse Zivilprozessordnung (§§ 935-945) dienen voorlopige maatregelen („einstweilige Verfügungen") om onverwijld bescherming te verlenen aan bepaalde bedreigde rechten. Zowel aan de bewijsvoering met betrekking tot het gepretendeerde recht en de bedreiging als aan het onderzoek door de rechter wor-

den aanzienlijk minder eisen van zorgvuldigheid en nauwkeurigheid gesteld dan in een gewone procedure: eiser kan ermee volstaan zijn stellingen „aannemelijk" te maken, terwijl het onderzoek summier blijft.

Tegen de beschikking die op basis hiervan wordt gegeven, kan de bezwaarde partij bij dezelfde rechter verzet doen; wordt de beschikking dan bevestigd, dan is er nog de mogelijkheid van hoger beroep (van deze mogelijkheid is in casu gebruik gemaakt). Daarnaast kan door elk der partijen steeds een geding ten gronde aanhangig worden gemaakt en het daarin gewezen vonnis treedt volledig in de plaats van de voorlopige maatregel.

In Frankrijk strekt een „demande en référé" (artikelen 808-811 van de Code de procédure civile) ter verkrijging van voorlopige maatregelen in spoedeisende omstandigheden. Ook hier wordt de procedure gekenmerkt door het summiere karakter van het onderzoek; daarom bepaalt artikel 808 van genoemd wetboek dat alleen maatregelen mogelijk zijn „qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse" naast die „que justifie l'existence d'un différend." Deze laatste zinsnede geeft voet aan de opvatting dat de procedure „en référé" een accessoir karakter heeft met betrekking tot een reeds aanhangig geding ten gronde; in elk geval kan steeds een gewone procedure worden ingeleid.

In België en Luxemburg is de situatie volledig analoog aan die in Frankrijk. Ik beperk mij derhalve tot een verwijzing naar de artikelen 1035-1041 van het Belgisch Gerechtelijk wetboek van 1967, waaruit duidelijk blijkt dat de beschikking in kort geding geen naadeel kan toebrengen aan het geding ten gronde; dit kan te allen tijde aanhangig worden gemaakt, ongeacht of van de beschikking in kort geding al dan niet beroep is ingesteld.

In Nederland is de procedure in kort geding geregeld in de artikelen 289 en volgende van het Wetboek van burgerlijke rechtsvordering. Hierin zijn vele van de hoofdkenmerken van de Duitse en Franse regeling terug te vinden, met name de summiere aard van het onderzoek en de mogelijkheid voor partijen een geding ten gronde aanhangig te maken waarin het geschil feitelijk en rechtens tot op de bodem wordt onderzocht. Opgemerkt zij evenwel dat de Nederlandse rechter daarvoor een termijn kan stellen of zelf de zaak naar de gewone zitting kan verwijzen.

In Italië bepaalt artikel 700 van de Codice di procedura civile dat onverwijlde voorzieningen kunnen worden gevraagd door degene die „grond heeft te vrezen dat in de tijd die nodig is om zijn recht langs de gewone weg geldend te maken, dadelijke en onherstelbare schade zal ontstaan." De voorlopige maatregel heeft echter slechts rechtsgevolg op de uitdrukkelijke voorwaarde dat de eisende partij een gewone procedure inleidt (voor zover dit nog niet is geschied). De spoedmaatregel wordt na een summiere procedure uitgevaardigd.

In Groot-Brittannië — en met name volgens het Engels recht — kan de eisende partij ter voorkoming van onherstelbare schade de rechter verzoeken om een „interlocutory injunction"; daartoe dient hij een „prima facie"-bewijs van zijn recht te leveren en de feiten aannemelijk te maken. Deze „injunction" blijft van kracht tot de uitspraak in het geding ten gronde, ongeacht of dit reeds aanhangig was gemaakt of niet (als de eisende partij nalaat een geding ten gronde in te leiden, stelt de rechter haar daarvoor een termijn).

In Ierland komen de bepalingen betreffende „interlocutory injunctions" overeen met de ten deze in Groot-Brittannië bestaande voorschriften.

In Denemarken ten slotte kan in een spoedprocedure om een gerechtelijk verbod (forbud) worden gevraagd, dat voorlopige werking heeft en op korte termijn

moet worden gevolgd door een gewone procedure, die als „rechtvaardigingsprocedure" (justifikationssag) wordt aangeduid. Er zijn hier dus duidelijke overeenkomsten met de regeling van de spoedprocedure in Italië, Groot-Brittannië en Ierland.

Deze korte rechtvergelijkende excurs kan worden samengevat als volgt: a) in alle Lid-Staten bestaan procedures analoog aan het Duitse „Verfügungsverfahren"; b) hun gemeenschappelijke kenmerken, waardoor zij zich van gewone procedures onderscheiden, zijn enerzijds de spoedeisendheid en de summiere behandeling, anderzijds dat steeds een nieuw en grondig onderzoek van de feitelijke en rechtsvragen in een gewone procedure mogelijk blijft: daarom zijn de voorzieningen waarin zij uitmonden, ook steeds van voorlopige aard; c) de verschillen in de diverse nationale regelingen betreffen de rechter die terzake bevoegd is, de mogelijkheid van hoger beroep of zelfs van cassatie, en vooral het verband met een gewoon geding ten gronde; in sommige landen wordt dit aan partijen zelf overgelaten, terwijl het in andere landen een absolute voorwaarde is voor de rechtskracht van de voorlopige voorziening.

3. De prejudiciële vraag die wij hier te behandelen hebben, betreft zoals gezegd niet de tweede, doch de derde alinea van artikel 177 EEG-Verdrag; het gaat dus om de verplichting om naar het Hof te verwijzen, en niet om de mogelijkheid daartoe welke voor elke rechterlijke instantie der Lid-Staten openstaat wanneer zij een beslissing ten aanzien van een der in de eerste alinea van artikel 177 genoemde punten noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis. In zijn beschikking van 7 oktober 1976 evenwel geeft het Oberlandesgericht Karlsruhe als zijn mening te kennen dat in een spoedprocedure een facultatieve verwijzing in principe uitgesloten moet worden geacht; een verwijzing zou immers in tegenspraak zijn met de aard van de summiere procedure, „die erop gericht is ten spoedigste voorlopige rechtszekerheid te verschaffen." Deze opmerking noopt ons het probleem te onderzoeken: zou immers het karakter van de spoedprocedure inderdaad volstrekt onverenigbaar zijn met en facultatieve verwijzing naar het Hof — en juist omdat zij facultatief is, zou daarover kunnen worden beslist met inachtneming van de houding van partijen en het meer of minder spoedeisende karakter van de gevraagde voorlopige voorziening —, dan kan er a fortiori in zo'n procedure geen sprake zijn van een verwijzingsplicht van de rechter in hoger beroep.

Wat nu de bevoegdheid betreft van de rechter in een summiere procedure om zich krachtens artikel 177 tot het Hof te wenden, dient er al aanstonds op gewezen dat het Hof reeds bij herhaling prejudiciële vragen van rechterlijke instanties uit verschillende landen in het kader van summiere procedures heeft beantwoord: bijvoorbeeld vragen van Nederlandse rechters in de zaken 15 en 16/74 (Centrafarm); van Duitse rechters in de zaken 29/69 (Stauder) en 78/70 (Deutsche Grammophon Gesellschaft); van Italiaanse in een lange reeks zaken die hun oorsprong vonden in procedures tot uitvaardiging van een rechterlijk bevel („procedimenti d'ingiunzione"). In sommige van die zaken is door één der betrokken partijen uitdrukkelijk het probleem van de ontvankelijkheid van prejudiciële vragen in een summiere procedure aan de orde gesteld (zie zaak 43/71, Politi, arrest van 14 december 1971, Jurispr. 1971, blz. 1039; zaak 162/73, Birra Dreher, arrest von 21 februari 1974, Jurispr. 1974, blz. 201). De daarbij aangevoerde grieven hadden onder meer betrekking op het niet-contradictoire karakter van inzonderheid de procedure tot uitvaardiging van een rechterlijk bevel, bedoeld in artikel 633 van de Italiaanse Codice di procedura civile. Het Hof heeft die grieven echter steeds afgewezen en de door de rechter in de summiere procedure gestelde vragen in alle gevallen ontvankelijk verklaard. 's Hofs voornaamste argument was dat artikel 177 *elke nationale rechterlijke instantie* de bevoegd-

heid geeft zich met vragen tot het Hof te wenden, en dat het dus kan volstaan met de vaststelling dat de verwijzende instantie rechtsprekende bevoegdheid bezit en een uitlegging van het gemeenschapsrecht door het Hof noodzakelijk acht voor het wijzen van haar vonnis (zie de aangehaalde arresten-Politi en Birra Dreher). Wanneer het Hof deze opvatting heeft gehuldigd ten aanzien van spoedprocedures waarin het contradictoire element — zo wezenlijk voor het gewone geding — ontbreekt, dan dient zij zeker te gelden in het geval van summiere procedures zoals de onderhavige Duitse, waarin dat element wel tot zijn recht komt (ook al verloopt zo'n procedure soms geheel schriftelijk).

Een uitvoerige argumentatie ten slotte, die uitgaande van een analyse van de functie van artikel 177 tot hetzelfde resultaat komt, is te vinden in het arrest van 16 januari 1974 (zaak 166/73, Rheinmühlen, Jurispr. 1974, blz. 93). Daarin wordt er onder meer op gewezen „dat artikel 177, dat van wezenlijk belang is voor de instandhouding van het communautaire karakter van het bij het Verdrag geconstitueerde recht, ten doel heeft te verzekeren dat dit recht onder alle omstandigheden in alle staten van de Gemeenschap dezelfde werking heeft"; en dat „waar het aldus beoogt verschillen te voorkomen in de uitlegging van het door de nationale rechterlijke instanties toe te passen gemeenschapsrecht, het deze toepassing ook tracht te waarborgen door de nationale rechter een middel te bieden ter oplossing van moeilijkheden waarop de vereiste volledige werking van het gemeenschapsrecht in de rechtstelsels der Lid-Staten zou kunnen afstuiten." Voortbouwend op deze premisse verklaart het arrest dan dat „in dit licht de bepalingen moeten worden beschouwd van artikel 177, dat elke nationale rechterlijke instantie *zonder onderscheid* bevoegd verklaart het Hof van Justitie om een prejudiciële uitspraak te verzoeken indien zij een zodanige uitspraak voor het wijzen van haar vonnis noodzakelijk acht."

4. Keren wij thans terug tot het kernprobleem, te weten betekenis van artikel 177, derde alinea, in verband met kortgedingprocedures. Zoals bekend is volgens deze bepaling elke nationale rechterlijke instantie tegen welker beslissingen volgens het nationale recht geen rechtsmiddelen [1] meer openstaan, verplicht vragen betreffende de interpretatie van het gemeenschapsrecht aan het Hof van Justitie voor te leggen. In de doctrine is er een sterke stroming om dit zo uit te leggen, dat de verplichting alleen geldt voor de zogenoemde hoogste rechtscolleges, die dus in de nationale rechterlijke hiërarchie een dusdanige positie innemen, dat van hun beslissingen geen beroep meer mogelijk is. Daartegenover staat de opvatting dat de verplichting haar bestaansreden vindt in de noodzaak het Hof om uitlegging te vragen voordat een inappellabele en niet meer voor wijziging vatbare beslissing tot stand komt: artikel 177, derde alinea, zou dan gelden voor elke procedure eindigend met een beslissing die „ex lege" definitief is, ongeacht de plaats van de betrokken rechter in de rechterlijke hiërarchie (inzonderheid procedures waarin de rechter krachtens de wet in eerste en laatste instantie recht spreekt).

Voor de eerste interpretatie pleit niet slechts de tekst van artikel 177 naar de letter beschouwd, maar ook de overweging dat de Verdragsauteurs, in hun zorg voor een eenvormige uitlegging van het gemeenschapsrecht, alleen het oog hebben gehad op nationale beslissingen die als gezaghebbende jurisprudentie konden worden aangemerkt — dus de beslissingen van de hoogste rechtscolleges —, en niet op willekeurig welke eindbeslissing, te meer omdat alleszins niet viel te voorzien hoeveel en wat voor soort appellabele uitspraken definitief zouden worden doordat de in het ongelijk gestelde partij van hoger beroep afzag. Een ander argument kan wellicht ontleend worden aan

1 — De officiële Italiaanse versie gebruikt de term „ricorso giurisdizionale", de Franse „recours juridictionnel", de Duitse „Rechtsmittel". De Nederlandse tekst heeft, minder gelukkig, „hoger beroep" (N.v.d.V.).

de artikelen 2 en 3 van het Protocol betreffende de uitlegging door het Hof van Justitie van het EEG-Executieverdrag: de verplichting om vragen betreffende de uitlegging van dit Verdrag aan het Hof van Justitie voor te leggen, wordt daarin immers alleen opgelegd aan enkele met name genoemde hoogste rechterlijke instanties, zoals hoven van cassatie en Raden van State. Dit argument kan overigens ook worden omgekeerd, in zoverre men kan stellen dat daar waar men de verwijzingsplicht tot de hoogste rechterlijke colleges wilde beperken, het noodzakelijk werd geacht ze stuk voor stuk te noemen.

Mijns inziens is voor dit probleem geen oplossing te vinden die elk spoor van twijfel wegneemt. Een belangrijk precedent verdient vermelding: in het arrest van 15 juli 1964 in de befaamde zaak Costa-ENEL (zaak 6/64, Jurispr. 1964, blz. 1207) overwoog het Hof dat „volgens artikel 177 de nationale rechterlijke instanties waarvan de beslissingen ... niet vatbaar zijn voor hogere voorziening ..., zich tot het Hof moeten wenden" om een prejudiciële uitspraak. Een ander belangrijk gegeven is het nauwe verband tussen 's Hofs interpretatiebevoegdheid in de zin van artikel 177 en zijn opdracht de eerbiediging van het gemeenschapsrecht ook en vooral in het belang van de particulieren te verzekeren. Onnodig eraan te herinneren dat de leer van de rechtstreekse werking juist de waarborgen voor de naleving van het gemeenschapsrecht heeft willen versterken door daaruit zo veel mogelijk subjectieve rechten van particulieren af te leiden, waardoor dezen in staat werden gesteld de toepassing ervan in rechte te vorderen. Wil het Hof zijn taak van beschermer van de rechten der particulieren volledig kunnen vervullen, dan zal juist daarom moeten worden aangenomen dat alle rechters van welk niveau ook, wier beslissingen in een bepaalde procedure eindbeslissingen zijn, de plicht hebben prejudiciële vragen naar het Hof te verwijzen. Wanneer in een dergelijke zaak het gemeenschapsrecht bij de beslissing de doorslag moet geven en de rechter zou niet tot verwijzing zijn gehouden, dan bestaat immers het gevaar dat dat recht onjuist wordt uitgelegd zonder de mogelijkheid van correctie in hoger beroep en zonder uitzicht op beroep in hoogste instantie, waarin de verwijzing naar het Hof zonder meer verplicht zou zijn.

5. Het beslissende criterium bij de vraag welke rechterlijke instanties nu tot verwijzing krachtens artikel 177, derde alinea, zijn gehouden, is dus de al dan niet definitieve aard van de uitspraak waarmee het geding eindigt.

Volgens het artikel gaat het om beslissingen waartegen volgens het nationale recht geen rechtsmiddelen meer openstaan.

Hoe dienen wij dit te verstaan?

Ook hier zullen wij van een letterlijke interpretatie moeten afzien. In de eerste plaats is de term rechtsmiddel niet zonder meer duidelijk: de betekenis ervan verschilt van land tot land. Enerzijds is hij soms zo ruim, dat elke vorm van beroep in rechte, elk middel ter verkrijging van een nieuw onderzoek van dezelfde zaak, eronder valt, anderzijds soms zo beperkt, dat onderscheid moet worden gemaakt tussen appèl en beroep in rechte tegen een administratieve beslissing, of zelfs dat de term rechtsmiddel alleen betrekking heeft op beroep in hoogste instantie ter verkrijging van een definitieve uitspraak over een zuivere rechtsvraag. In de tweede plaats zijn er rechtsmiddelen die niet voor partijen openstaan, maar alleen voor derden: bij voorbeeld derdenverzet en, in sommige rechtsorden, hoger beroep van het openbaar ministerie in het belang der wet. Ten slotte kennen bepaalde rechtsorden zogenaamde buitengewone rechtsmiddelen, met name revisie op grond van een nieuw feit. Dit bewijst mijns inziens voldoende dat bij een letterlijke interpretatie vele vragen op dit punt onbeantwoord zouden blijven.

Mede gelet op de oplossingen die in de literatuur worden voorgestaan, meen ik al

aanstonds te kunnen zeggen dat van de rechtsmiddelen die anderen dan de betrokken partijen ter beschikking staan, alsmede van de buitengewone rechtsmiddelen zoals revisie algemeen wordt aangenomen dat zij niet behoren tot de rechtsmiddelen bedoeld in artikel 177, derde alinea. Voorts wordt in het algemeen ook het appèl niet daartoe gerekend, omdat partijen zich na een uitspraak in appèl meestal nog tot de cassatierechter kunnen wenden, zij het ook uitsluitend voor een nieuw onderzoek van de rechtsvragen. Daarom en omdat het noodzakelijk is de uitlegging van de bepaling te baseren op de *ratio* en niet op de letter ervan, lijkt mij de conclusie gewettigd dat artikel 177, derde alinea, het oog heeft op beslissingen met een definitief karakter, dat wil zeggen dat – buiten nieuwe of buitengewone omstandigheden – geen der partijen nog een hernieuwd onderzoek van de zaak kan verlangen – noch ten aanzien van de feiten, noch ten aanzien van het recht. Tot de rechterlijke instanties die tot prejudiciële verwijzing verplicht zijn, behoren dus in elk geval de hoven van cassatie, waarvan de beslissingen in de hierboven bedoelde zin definitief zijn; doch, zoals wij hiervoor reeds hebben gezegd, behoren daartoe ook alle lagere rechters die beslissingen geven welke eenzelfde definitief karakter hebben.

En nu de toepassing op de procedures van het kort geding type.

Onze rechtsvergelijkende excurs bracht mij tot de vaststelling dat het belangrijkste gemeenschappelijke kenmerk van deze procedures in de verschillende Lid-Staten – naast belangrijke verschillen in andere opzichten – de omstandigheid is dat een beschikking in kort geding niet prejudicieert aan een gewone procedure over dezelfde feiten en dezelfde rechtsvragen, en dat de uitspraak waarmee zo een procedure eindigt, formeel in de plaats treedt van de voorlopige voorziening, hetzij doordat deze wordt bevestigd, hetzij doordat ieder rechtsgevolg eraan wordt ontnomen. Slechts aan het eind van deze gewone procedure staat een definitieve uitspraak in cassatie of op overeenkomstig niveau, waarvoor stellig de verplichting ex artikel 177, derde alinea, geldt. Maar zolang dit „hoofdgeding" niet ten einde is, is er niet meer dan een voorlopige maatregel, onderworpen aan het rechterlijk toezicht dat juist in het hoofdgeding tot uitdrukking komt en de mogelijkheid inhoudt om de eventuele onjuiste interpretatie van het gemeenschapsrecht door de rechter in kort geding te corrigeren.

Zoals wij hebben gezien, wordt het aanhangig maken van het geding ten gronde soms overgelaten aan het initiatief van een der partijen, soms wordt het voorgeschreven door de wet (of eventueel door de rechter in kort geding); in sommige gevallen wordt de voorlopige voorziening getroffen in samenhang met een reeds aanhangig hoofdgeding, in andere daarentegen wordt het hoofdgeding eerst ingeleid na de beslissing in kort geding. Mijns inziens veranderen deze verschillende mogelijkheden niets aan het fundamentele aspect, namelijk de voorlopige aard van de spoedmaatregel en het bestaan van een rechtsmiddel, een beroepsweg, om ertegen op te komen. Men kan zeggen dat in de gevallen waarin het hoofdgeding reeds aanhangig is of een noodzakelijke voorzetting is van de kort geding procedure, de spoedmaatregel een duidelijk interlocutoir karakter draagt; het ligt dan nog meer voor de hand dat het onzinnig is de rechter in kort geding op één lijn te stellen met een rechter die in laatste instantie beslist.

Wanneer evenwel de spoedprocedure niet noodzakelijk door een geding ten gronde moet worden gevolgd, en wanneer dit laatste zich bovendien voor een andere rechter afspeelt, dan is het geding ten gronde een rechtsmiddel, maar tegelijkertijd wezenlijk iets anders, omdat het, na het summiere onderzoek in kort geding, de eerste mogelijkheid is voor een diepgaand onderzoek van de feitelijke en rechtsvragen (dit geldt ook voor de rechtsstelsels waarin de beschikking in kort geding zelf voor beroep vatbaar is,

want ook in die beroepsprocedure blijft het bij een summier onderzoek). Indien ten slotte het hoofdgeding, ofschoon afhankelijk van de wil van een der partijen, zich afspeelt voor dezelfde rechter die in kort geding heeft beslist, dan kan men spreken van een wezenlijke eenheid van de twee procedures — zoals de Bondsregering in deze zaak terecht heeft opgemerkt —, ook wanneer beide zich naar hun aard formeel van elkaar onderscheiden. Wanneer na de summiere procedure het geding ten gronde aanhangig wordt gemaakt, is dit in wezen het aanwenden van een rechtsmiddel van nationaal recht ter controle van de beslissing die in de summiere procedure is gevallen.

Deze overwegingen brengen mij tot de overtuiging dat de rechter die in kort geding recht spreekt, niet gehouden is prejudiciële vragen van gemeenschapsrecht, waarvan de beantwoording met het oog op de gevraagde beslissing noodzakelijk is, naar het Hof te verwijzen: hij kan het doen, zoals ik reeds heb gezegd, maar hij is er niet toe verplicht. Hieraan zij toegevoegd dat deze conclusie haar geldigheid behoudt, ongeacht het niveau van de rechterlijke instantie waarvoor de procedure in kort geding speelt: er zijn rechtsstelsels, waaronder zoals gezegd het Duitse, waarin van de door de eerste rechter uitgevaardigde maatregel beroep mogelijk is bij dezelfde rechter en vervolgens — nog steeds in het kader van een kort geding procedure — bij een hogere instantie (dit heeft zich juist in casu voorgedaan); in sommige rechtsstelsels is een rechtstreeks beroep in cassatie mogelijk; in weer andere staten worden kort geding procedures in één instantie beslist. Ondanks deze variaties blijft de hiervoor benadrukte fundamentele karaktertrek van alle summiere procedures gehandhaafd: de mogelijkheid, of zelfs de noodzaak, van een hernieuwd onderzoek en van controle. En bijgevolg blijft de conclusie waartoe wij met betrekking tot artikel 177 EEG-Verdrag zijn gekomen, onaangetast.

6. Deze opvatting kan nog met andere argumenten worden gestaafd. Zoals bekend vindt de verwijzingsplicht die artikel 177, derde alinea, oplegt aan de rechters die in enige dan wel in hoogste instantie rechtspreken (uiteraard alleen wanneer zij voor hun beslissing een vraag van gemeenschapsrecht moeten beantwoorden), zijn grond in het vereiste te voorkomen dat de nationale rechters op dat gebied eenzijdige standpunten innemen die niet kunnen worden gecorrigeerd. Maar ik heb reeds opgemerkt dat deze verplichting meer van belang is wanneer de betrokken beslissing niet slechts definitief is, maar ook dusdanig gezaghebbend, dat zij voor andere rechters een precedent kan opleveren. Wil evenwel een beslissing geëigend zijn om „jurisprudentie te maken", dan dient zij te stoelen op een grondig onderzoek van de zaak in direct verband met het door eiser gepretendeerde recht. Maar zoals gezegd beperkt de rechter in kort geding zich tot een simpel „prima facie"-onderzoek om vervolgens vast te stellen of eiser zijn stelling aannemelijk heeft gemaakt; zijn beslissing — of zij nu positief of negatief uitvalt — kan derhalve nooit gezaghebbend zijn. Dit zal in het bijzonder gelden voor de uitlegging van het gemeenschapsrecht door die rechter, aangezien die uitlegging waarschijnlijk niet zal zijn gebaseerd op een grondig onderzoek van het probleem, maar slechts op een voorlopige beoordeling, voldoende om tot een snelle beslissing te komen overeenkomstig het spoedeisende karakter van de gevraagde maatregel. Ook wanneer dus zo'n beslissing definitief zou worden doordat geen der partijen het initiatief neemt tot een geding ten gronde, kan zij ondanks de eventueel eraan ten grondslag liggende verkeerde interpretatie naar haar aard geen precedent opleveren dat de eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht zou bedreigen.

Eveneens vanwege het summiere karakter van het onderzoek door de rechter in kort geding is voorts de kans niet denkbeeldig dat die rechter niet over alle noodzakelijke elementen beschikt om de gemeenschapsrechtelijke voorvraag te kunnen onderkennen of op zijn juiste

waarde voor de beslissing te schatten. Ten deze dient men niet te vergeten dat de maatregel die na een summiere procedure in de trant van het „Verfügungsverfahren" wordt uitgevaardigd, ook wanneer hij geheel in de zin van de verzoekende partij is, geen beslissing is over het bestaan van het recht dat aan de vordering ten grondslag is gelegd, maar slechts dient ter voorlopige bescherming van de situatie van de vermoedelijke rechthebbende, onverminderd een latere beslissing ten gronde.

Wanneer in deze omstandigheden een in een kort geding gerezen vraag altijd naar het Hof zou worden verwezen — wat het geval zou zijn indien de rechter in kort geding daartoe verplicht wordt geacht —, zouden zich problemen voordoen die juist kunnen worden vermeden door de verwijzing uit te stellen tot de fase van de gewone rechter.

De Bondsregering heeft er ten slotte op gewezen dat het tijdverlies dat een verwijzingsplicht van de rechter zou meebrengen, in tal van gevallen zou neerkomen op een soort rechtsweigering, omdat de gevraagde maatregel daardoor aanzienlijk aan doeltreffendheid zou inboeten. Dit probleem betreffende de verenigbaarheid van het spoedeisende karakter van de kort-gedingprocedure met de prejudiciële verwijzing naar het Hof heb ik hiervoor reeds besproken en ik ben daarbij tot de conclusie gekomen dat er van onverenigbaarheid geen sprake kan zijn. Ik merk evenwel op dat wanneer de rechter in kort geding zelf over verwijzing naar het Hof kan beslissen, hij daarbij mede rekening kan houden met de vraag of die verwijzing met het oog op de spoedeisenheid wel gewenst is; is hij daarentegen tot verwijzing verplicht, dan komt die opportuniteitsvraag in het geheel niet aan de orde een wordt het gevaar dat de verwijzing in tegenspraak komt met de spoedeisendheid, onontkoombaar.

7. Tegen de door mij voor juist gehouden opvatting zijn tijdens de behandeling van deze zaak onder meer twee bezwaren ingebracht welke verband houden met de aard van het Duitse „Verfügungsverfahren" voor zover dit toepassing vindt op het gebied van de industriële en commerciële eigendom. Er is immers gezegd dat deze procedure hier niet accessoir is wegens het ontbreken van de verplichting om een geding ten gronde aanhangig te maken; in de praktijk zien partijen heel vaak daarvan juist af. Daarnaast is erop gewezen dat in een „Verfügungsverfahren" ter zake van industriële eigendom de spoedeisendheid niet behoeft te worden aangetoond. Verder is betoogd dat ook in summiere procedures de wet wordt toegepast en dat het er niet op aankomt welke soort bewijsmiddelen zijn toegelaten, en ten slotte dat het aanhangig maken, na de summiere procedure, van een geding ten gronde iets geheel anders is dan een „rechtsmiddel" tegen de maatregel die in de eerstgenoemde procedure is uitgevaardigd.

Ik begin met deze laatste tegenwerping, die klaarblijkelijk op een letterlijke interpretatie van artikel 177, derde alinea, berust. Ik heb reeds duidelijk gemaakt dat voor de beantwoording van de vraag die ons thans bezighoudt, de letterlijke interpretatiemethode niet de aangewezene is; maar indien men een andere mening is toegedaan, dan moet men die letterlijke methode ook tot het einde toe consequent toepassen en dus de verwijzingsplicht alleen laten gelden voor de hoogste rechtscolleges, dat wil zeggen die welke vanwege hun positie in de rechterlijke hiërarchie de enige zijn tegen wier beslissingen in het algemeen geen rechtsmiddelen meer openstaan. Wanneer derhalve ten aanzien van procedures in kort geding cassatie is uitgesloten — zoals in het Duitse rechtsstelsel —, zou de rechter die in eerste of tweede instantie in kort geding recht spreekt, niet verplicht zijn tot prejudiciële verwijzing in de zin van artikel 177, derde alinea, — en dit niet in zijn hoedanigheid van rechter in kort geding, maar omdat hij niet de hoogste rechter is.

Met betrekking tot de omstandigheid dat het aanhangig maken van een geding ten

gronde ter keuze staat van partijen, kan eenvoudig worden gewezen op het eveneens zuiver discretionaire karakter van het hoger beroep of het beroep in cassatie tegen vonnissen die in het kader van een gewone procedure in eerste of tweede instantie zijn gewezen: deze onzekerheid, die inherent is aan elke beroepsmogelijkheid, kan uiteraard de bevoegdheid tot verwijzing bedoeld in artikel 177, tweede alinea, niet doen omslaan in een verwijzingsplicht.

Het is duidelijk dat de frequentie waarmee na een kort geding een gewone procedure aanhangig wordt gemaakt, een feitelijk gegeven is, dat niet afdoet aan de argumenten welke zijn ontleend aan de wettelijk vastgelegde structurele samenhang tussen de twee procedures. Terzijde zij overigens opgemerkt dat in de onderhavige zaak — zoals bij de mondelinge behandeling is verklaard — verweerster in het „Verfügungsverfahren" gebruik heeft gemaakt van de door het Duitse recht (§§ 926 en 936 ZPO) geboden mogelijkheid om haar wederpartij door middel van een rechterlijk bevel te dwingen een gewone procedure in te leiden (voor het Landgericht Freiburg), terwijl voor het Oberlandesgericht Karlsruhe het hoger beroep tegen de „einstweilige Verfügung" nog aanhangig is. Dit levert een kleine maar belangwekkende aanwijzing op dat de overgang naar de gewone procedure toch niet zo uitzonderlijk is: men zou geneigd zijn op te merken „vigilantibus iura succurrunt"!

Wat betreft het belang van de voorwaarde van spoedeisendheid in summiere procedures als de onderhavige heeft de Bondsregering verklaard dat er ten aanzien van de bescherming der industriële eigendom een rechtsvermoeden van spoedeisendheid bestaat. In het hoofdargument waarop wij onze opvatting willen doen steunen, speelt dit element overigens geen enkele rol.

De tegenwerping dat ook de rechter in kort geding het recht toepast, is op zich onweerlegbaar; het hier besproken probleem zou trouwens geen enkele zin hebben indien niet ook in kort geding procedures vragen van gemeenschapsrecht aan de orde konden komen en de rechter die vragen niet als doorslaggevend voor de oplossing van het geschil zou kunnen beschouwen. Maar daar gaat het niet om: wat uitgesloten is — en mijns inziens terecht —, is dat een rechter die om een spoedmaatregel wordt gevraagd, de rechtsvraag even grondig en omstandig zou moeten onderzoeken als de gewone rechter. Als dat het geval zou zijn, waarom zouden partijen dan na de summiere procedure nog de mogelijkheid moeten hebben — en in sommige rechtsorden zelfs verplicht zijn — om een gewone procedure in te leiden, ook wanneer de summiere procedure in meer instanties kan worden voortgezet?

Rest mij nog in te gaan op het betoog van de Commissie ten gunste van een gedifferentieerde oplossing aan de hand van formele en materiële criteria: enerzijds zou men rekening moeten houden met de mate van autonomie of zelfstandigheid van de summiere procedure ten opzichte van de gewone procedure; anderzijds zou men moeten nagaan hoe spoedeisend de zaak in concreto is en, in verband daarmee, hoe diepgaand het onderzoek van de eerste rechter is geweest. Het komt mij voor dat men op deze wijze het bestaan van een verwijzingsplicht van geval tot geval doet afhangen van het oordeel van de nationale rechter zelf. Men bedenke dat deze reeds de taak heeft vast te stellen of de beantwoording van een vraag van gemeenschapsrecht van belang is voor zijn uitspraak, en of er inderdaad een uitleggingsprobleem is (in die zin dat er ook maar enige onzekerheid bestaat over de betekenis en draagwijdte van een gemeenschapsbepaling). Wanneer hij zich dan ook nog een oordeel moet vormen over de autonomie van de kort geding procedure — niet in formele zin, maar in verband met de vraag of hij daarin in feite op dezelfde wijze optreedt als de gewone rechter —, dan zou deze hypothetische verwijzingsplicht krachtens artikel 177, derde alinea, in de praktijk moeilijk te onderscheiden

zijn van de gewone facultatieve verwijzing naar het Hof. Bij de uitlegging van een in wezen procesrechtelijke bepaling zoals artikel 177, derde alinea, dient men de draagwijdte ervan zo veel mogelijk te omschrijven aan de hand van objectieve en nauwkeurige criteria, welke geen ruimte laten voor een beoordelingsvrijheid van de rechterlijke instanties die de bepaling moeten toepassen. Anders wordt een bepaling die bedoeld is als waarborg voor een eenvormige toepassing van het gemeenschapsrecht, zelf een bron van onzekerheid en van uiteenlopende toepassing in de verschillende Lid-Staten.

8. Is het op basis van het vorenoverwogene mogelijk op de eerste vraag van het Oberlandesgericht Karlsruhe een antwoord te geven dat gelding heeft voor alle gevallen waarin vragen van de in artikel 177 EEG-Verdrag bedoelde aard rijzen in een summiere of kort geding procedure? Mijns inziens kan niet worden betwist dat, gezien de elementen die de summiere procedures in de diverse nationale rechtsorden gemeen hebben, de door mij verdedigde opvatting aannemelijk is; dat naar Duits procesrecht de in casu gevolgde summiere procedure eventueel een meer autonoom karakter kan hebben, is een omstandigheid waaraan weliswaar argumenten zijn ontleend die voor een andere opvatting pleiten, doch deze zijn mijns inziens niet overtuigend. Om eventueel te voorkomen dat het enkele vermelden van een type van niet volledig homogene procedures, die in de verschillende Lid-Staten bovendien een andere benaming hebben, een bron wordt van onduidelijkheid, lijkt het mij gewenst dat het Hof in zijn uitspraak meer in het bijzonder verband legt met summiere procedures die overeenkomen met het „Verfügungsverfahren" bedoeld in de §§ 935-945 van de Duitse Zivilprozeßordnung.

Concluderend stel ik mitsdien voor dat op de eerste vraag van het Oberlandesgericht Karlsruhe worde geantwoord, dat de nationale rechter die uitspraak doet in het kader van een summiere procedure, met name wanneer deze de kenmerken vertoont van het „Verfügungsverfahren" van de §§ 935-945 van de Duitse Zivilprozeßordnung, niet gehouden is zich met toepassing van artikel 177, derde alinea, EEG-Verdrag tot het Hof van Justitie te wenden; dit geldt ook wanneer tegen zijn beslissing geen rechtsmiddel openstaat, doch het partijen wel mogelijk is de vragen die voorwerp zijn geweest van de summiere procedure, in een gewoon geding aan de orde te stellen en de hierin te nemen beslissing in de plaats treedt van de uitspraak in de summiere procedure.