CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL A. DUTHEILLET DE LAMOTHE VAN 21 JANUARI 1971 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

Het geschil dat ten grondslag ligt aan de vraag waarover U zich heden hebt uit te spreken, kan als volgt worden samengevat.

Een Amerikaanse firma, Mark Allen, gespecialiseerd in toiletartikelen, had in 1931 voor scheercrème een merk Prep gedeponeerd en in 1933 in Italië doen inschrijven.

Vervolgens had zij dit merk in 1937 bij een overeenkomst, waarop wij aanstonds zullen terugkomen, voor Italië overgedragen aan de firma Sirena.

Bij deze overeenkomst werden, althans volgens het stuk in het dossier, geen fabricageprocédés, technische kennis of „know how" overgedragen.

De firma Sirena heeft daarop een artikel vervaardigd, dat onder het merk Prep in Italië in de handel werd gebracht; later vernieuwde zij de inschrijving van dit merk op haar eigen naam en diende zij daarenboven twee merken, bestaande uit de woordaanduiding Prep Good Morning en beeldelementen, in.

Vervolgens gaf de firma Mark Allen op een ons onbekende datum toestemming aan een Duitse firma om haar merk in de Bondsrepubliek te gebruiken.

Deze Duitse firma bracht daarop scheercrèmes onder dezelfde merken in de handel.

Zolang deze firma alleen in de Bondsrepubliek verkocht, liet Sirena niets van zich horen, maar toen zij haar produkten door bemiddeling van een import-exportfirma, „Novimpex", in Italië tegen een veel lagere prijs op de markt bracht dan Sirena, stelde laatstgenoemde tegen de importeur en de wederverkopers een actie in wegens inbreuk op de drie door haar gedeponeerde merken.

De raadslieden van de importeurs voerden voor de rechtbank te Milaan als verweer aan dat de artikelen 85 en 86 in de weg stonden aan de uitoefening van de rechten die de firma Sirena zeide te ontlenen aan haar in 1937 met Mark Allen gesloten overeenkomst enerzijds en meer in het algemeen aan de Italiaanse merkenwetgeving anderzijds.

In dit geding heeft de Italiaanse rechter U om uitlegging verzocht inzake de volgende vragen:

1. Zijn de artikelen 85 en 86 al dan niet van toepassing op de gevolgen, voortvloeiende uit een voor de inwerkingtreding van het Verdrag gesloten overeenkomst tot overdracht van een merk?
2. Moeten de genoemde artikelen 85 en 86 al dan niet worden uitgelegd in die zin dat het de eigenaar van een merk dat in een Lid-Staat wettig is gedeponeerd, niet vrijstaat met een beroep op het daaraan verbonden absolute recht derden te verbieden uit andere landen der Gemeenschap produkten in te voeren, die in het land van oorsprong wettig van hetzelfde merk waren voorzien?

Deze vragen geven aanleiding tot een inleidende opmerking.

Eén van de moeilijkheden in deze zaak is dat ten minste drie belangrijke materiële vragen tot dusver door de nationale rechter niet zijn beantwoord, namelijk:

1. Of de merkrechten waarop Sirena zich beroept, geheel of gedeeltelijk afgeleide rechten — om de ter zake gebruikelijke terminologie te bezigen — dan wel uit eigen hoofde verkregen rechten zijn.
2. Of, gelet op de Italiaanse wetgeving en rechtspraak, nevenimport onder een in het buitenland rechtmatig ingeschreven merk als inbreuk moet

1 — Vertaald uit het Frans.

worden beschouwd; zoals bekend, lopen de meningen in de nationale rechtspraak op dit punt sterk uiteen en schijnen zij zelfs aan verandering onderhevig, zoals reeds moge blijken uit een recent arrest van 17 april 1969 van de Franse Cour de Cassation in de zaak Société Radio Téléhall. Dit arrest schijnt een wending in te luiden in de op dit punt overeenstemmende Franse en Italiaanse rechtspraak welke tot dusver overigens sterk afweek van die in de vier overige Lid-Staten.

3. Ten slotte of Sirena, gelet op de toenmalige Italiaanse wetgeving, wel afgeleide rechten kon ontlenen aan de in 1937 met Mark Allen gesloten overeenkomst die immers geen enkele overdracht van know how scheen mee te brengen. Partijen zijn op dit punt uitvoerig ingegaan.

De behandeling van deze problemen staat alleen ter competentie van de nationale rechter; waar derhalve onzekerheid bestaat omtrent enkele materiële gegevens van het onderhavige geding, zult U de Italiaanse rechter onzes inziens alleen met vrucht van antwoord kunnen dienen, indien U dit zo formuleert dat hij wordt voorgelicht over de juiste strekking van het gemeenschapsrecht, ongeacht de wijze waarop hij de verschillende, zojuist geschetste materiële problemen wil oplossen.

Na deze inleidende opmerking stellen wij U voor Uw antwoord op drie punten toe te spitsen, waarbij de volgorde van de door de Italiaanse rechter gestelde vragen niet strikt wordt aangehouden.

Ten eerste dient hem naar onze mening duidelijk te worden gemaakt dat op merkengebied dezelfde beginselen gelden die reeds ter zake van octrooien in Uw rechtspraak werden ontwikkeld, namelijk dat de rechten welke door de wetgeving van een Lid-Staat aan de eigenaar van een merk worden toegekend, in hun bestaan weliswaar geenszins zijn aangetast door de inwerkingtreding van het Verdrag van Rome, maar dat de bepalingen van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag wel de uitoefening dier rechten kunnen beperken.

Onder het tweede en derde punt dient dit laatste voor de nationale rechter nader te worden toegelicht met een uiteenzetting van enkele der voornaamste gevallen, waarin de uitoefening van de rechten die de eigenaar van een merk toekomen, binnen de werkingssfeer van de artikelen 85 en 86 valt.

Elk van deze drie punten moge ik thans nader bezien.

I

Ten aanzien van het eerste punt menen wij dat het in Uw arrest-Parke Davis gestelde beginsel voor octrooien mede dient te gelden in het merkenrecht.

Zoals U zich herinnert, houdt dit beginsel in dat de door een nationale wetgeving verleende rechten onverkort zijn blijven bestaan, ook al kan de uitoefening hiervan worden beperkt door de voorschriften van het Verdrag van Rome.

Wel gelden de economische en — wij zouden zeggen — bijna morele of althans menselijke redenen die voor deze oplossing op octrooigebied pleiten, veel minder sterk in het merkenrecht; wij willen U dan ook niet verhelen dat wij een ogenblik hebben geaarzeld U voor te stellen de octrooi-oplossing ook op merken toe te passen.

Zowel de octrooibescherming als de merkenbescherming, die in de nationale wetgeving worden verleend, vloeien in feite beide voort uit dezelfde territorialiteitsgedachte. Nu kost het al enige inspanning om deze gedachte in overeenstemming te brengen met de fundamentele beginselen en de doelstellingen van de gemeenschappelijke markt op het gebied van het vrije verkeer van goederen.

In het merkenrecht vergt dit echter een grotere inspanning dan in het octrooirecht.

De belangen die de octrooiwetgeving beoogt te beschermen, wegen economisch en ook menselijk immers zwaarder dan die welke het merkenrecht waarborgt.

Bij octrooien vindt de bescherming haar rechtvaardiging in het belang van de

maatschappij om degenen die naar vernieuwingen in de wetenschap en de techniek speuren en wier ontdekkingen dikwijls de vrucht zijn van jarenlang onderzoek, veelal aanzienlijke investeringen en een voortdurende geestesinspanning, te begunstigen en te beschermen.

Deze overwegingen spelen op merkengebied uiteraard veel minder.

Oorspronkelijk was het merkenrecht bedoeld als kwaliteitsgarantie voor de verbruiker, maar momenteel wordt het hoe langer hoe meer — zoals ook uit de ontwikkeling van de nationale wetgevingen blijkt — een gewoon publiciteitsmiddel.

Op menselijk vlak lijdt het geen twijfel dat de eventuele schuld van de gemeenschap jegens de „uitvinder" van de naam Prep Good Morning toch wel van totaal ander gehalte is dan die welke de mensheid jegens de uitvinder van penicilline verbindt.

In economisch opzicht ligt de zaak iets anders. Al vereist de totstandkoming van een merk, behoudens buitengewone omstandigheden, niet zoveel investeringen en tijd als een octrooi, toch mag men één aspect niet over het hoofd zien, namelijk de publiciteitskosten. Uit recente studies in de Verenigde Staten blijkt, dat van de totale kosten van enkele belangrijke verbruiksgoederen tot 50 % voor rekening kan komen van de publiciteit. Men kan het betreuren of toejuichen: in ieder geval is in dit verband de vraag gewettigd of de merkenwetgeving niet mede dient om een dergelijke „verlegging van investeringen" — die zich voordoet, wanneer een handelaar kan profiteren van de reclame van een zijner concurrenten voor een bepaald produkt dat het publiek alleen geneigd is te kopen wegens de daaraan gegeven naam — tegen te gaan.

Dit economisch argument moet echter niet worden overschat.

Enerzijds is de eventuele „verlegging van investeringen" immers eerder het gevolg dan de rechtvaardiging van een bepaalde opzet van het merkenrecht. Indien Sirena naar Duitsland zou willen en kunnen exporteren, zou zij van de reclame van de Duitse firma voor Prep evenzeer profiteren als laatstgenoemde van de Sirena-reclame voor dit merk in Italië.

Anderzijds verandert de probleemstelling door de sterk toegenomen verplaatsingsmogelijkheden van de mens in het hedendaagse Europa. De Duitse of Nederlandse huisvrouw is geneigd tijdens haar vakantie in Spanje of Italië het wasmiddel te kopen dat zij door de reclame in haar eigen land heeft horen of zien aanprijzen, zodat de Italiaanse of Spaanse merkeigenaar zijde spint bij de reclamecampagnes van de Nederlandse of Duitse merkeigenaar. Dit ligt voor de hand.

Eigenlijk zijn het vooral juridische overwegingen die een discriminatie, uit een oogpunt van gemeenschapsrecht, tussen octrooi en merk moeilijk maken.

Immers,

1. Evenals het recht van octrooi is het merkenrecht een eigendomsrecht, hetgeen inhoudt dat de artikelen 36 en 222 van het EEG-Verdrag, welke U reeds in Uw octrooirechtspraak in aanmerking hebt genomen, ook in het merkenrecht toepassing kunnen vinden.
2. In Uw arrest-Grundig van 13 juli 1966 hebt U reeds uitgesproken dat de uitoefening van de uit de nationale wetgeving voortvloeiende merkrechten eventueel kan worden beperkt door het bepaalde in de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, maar dat deze rechten door de instelling van de gemeenschappelijke markt niet in hun bestaan worden geraakt.

De beginselen zijn naar onze mening derhalve gelijk in het octrooirecht en het merkenrecht, al mag de toepassing wellicht iets verschillen.

Om deze redenen stellen wij, in gemoede zonder geestdrift maar juridisch zonder veel aarzeling, U dan ook voor de Italiaanse rechter onder dit eerste punt te antwoorden dat alleen de uitoefening, maar niet het bestaan van de rechten welke de nationale wetgeving aan de eigenaar van een merk toekent, door de inwerkingtreding van het Verdrag van Rome wordt beïnvloed.

II

Onder punt twee van Uw antwoord ware ons inziens aan te geven onder welke omstandigheden de uitoefening van merkrechten kan worden geraakt door de voorschriften van artikel 85, lid 1, van het Verdrag.

Hier zijn drie mogelijkheden te onderscheiden:

Eerste mogelijkheid: de ingeroepen rechten worden uitsluitend ontleend aan de nationale wetgeving.

Tweede mogelijkheid: de ingeroepen rechten worden althans voor een deel ontleend aan een overeenkomst die er uitsluitend toe strekt of toe leidt dat de cessionaris van een merk de bescherming kan genieten die het nationale recht aan de eigenlijke houder van het merk verleent.

Derde mogelijkheid: de ingeroepen rechten vloeien voort uit een overeenkomst die andere rechten en verplichtingen meebrengt dan die welke noodzakelijkerwijs uit het nationale merkenrecht voortvloeien, of die een geheel vormt met andere overeenkomsten tussen dezelfde partijen dan wel met soortgelijke overeenkomsten tussen de oorspronkelijke eigenaar van het merk en andere licentiehouders en cessionarissen.

Wij zullen deze mogelijkheden nader bezien.

In het eerste geval kan ons inziens hetzelfde worden vastgesteld als in Uw arrest-Parke Davis van 29 februari 1968 ten aanzien van octrooien, namelijk dat:

a) het merkrecht, op zichzelf genomen en los van iedere daarop betrekking hebbende overeenkomst, niet verwant is aan een der in artikel 85, lid 1, van het Verdrag bedoelde kartels, doch zijn grondslag vindt in een van overheidswege toegekende wettelijke status en derhalve niet de in deze bepaling vereiste kenmerken ener overeenkomst of van een onderling afgestemde gedraging vertoont;

b) het echter niet is uitgesloten dat de bepalingen van dit artikel ook in casu toepassing kunnen vinden, wanneer het tussen ondernemingen afgesproken gebruik van een of meer merken tot een situatie zou leiden die onder de begrippen „overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen" in de zin van artikel 85, lid 1, kan vallen.

In het tweede geval — de ingeroepen rechten worden slechts ontleend aan een overeenkomst die er uitsluitend toe strekt of toe leidt aan de cessionaris of licentiehouder de bescherming te verlenen, die de nationale wetgeving aan de eigenlijke houder van het merk toekent — is de situatie sterk verwant, zo niet identiek, aan het zojuist besproken eerste geval.

Voor zover de overeenkomst er immers uitsluitend toe strekt of leidt de cessionaris in het genot te stellen van de rechten die de nationale wetgeving aan de oorspronkelijke eigenaar van het merk heeft of zou hebben verleend, en voor zover deze overeenkomst slechts op zichzelf kan worden beschouwd, kan de positie van de cessionaris nagenoeg gelijk worden gesteld aan die van de oorspronkelijke eigenaar.

In dat geval kan de overeenkomst uit zichzelf niet onder de groep overeenkomsten, bedoeld in artikel 85, lid 1, vallen. Eerst wanneer uit haar verwantschap met andere overeenkomsten zou blijken van een onderling afgestemde gedraging van ondernemingen, zou de vraag kunnen opkomen of deze gedraging de handel tussen de Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden en ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging wordt vervalst.

In het derde door ons genoemde geval liggen de problemen veel moeilijker.

Dit is dus het geval dat de overeenkomst tot definitieve merkoverdracht of tot merklicentie, hetzij op zichzelf genomen hetzij gezien in verband met andere overeenkomsten tussen dezelfde partijen of met nevenovereenkomsten tussen de oorspronkelijke merkeigenaars en andere cessionarissen of licentiehouders, tot méér strekt of méér ten gevolge heeft dan de verlening van uit de nationale wetgevingen voortvloeiende rechten en

verplichtingen aan cessionarissen of licentiehouders.
Dienaangaande bevat Uw rechtspraak reeds enkele aanwijzingen die U naar aanleiding van de onderhavige zaak wellicht wilt verduidelijken en aanvullen.
In Uw arrest-Grundig heeft U reeds uitgesproken dat de geldigheid van een merklicentieovereenkomst (en hetzelfde geldt „mutatis mutandis" voor een cessieovereenkomst) die nauw verbonden is aan een alleenverkoopovereenkomst, wordt bepaald door de aan artikel 85, lid 1, getoetste geldigheid van deze laatste overeenkomst.
Zou men thans echter niet verder mogen gaan?
Betoogd is dat de contractuele verhouding waarop Sirena zich beroept of zou kunnen beroepen, onder artikel 85 valt.
Immers Novimpex heeft gesteld dat deze verhouding, zowel op zichzelf beschouwd als in samenhang met nevenovereenkomsten van Mark Allen met Franse, Belgische, Nederlandse en Duitse firma's, duidt op het bestaan van overeenkomsten, besluiten of althans onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die ingevolge genoemde verdragsbepalingen zijn verboden.
Met name wordt in dit verband gewezen op een brief van Mark Allen van 11 juli 1969 aan de eigenaar van het merk Prep in de Bondsrepubliek Duitsland.
Blijkens deze brief gaat Mark Allen ervan uit dat hij aan Franse, Belgische, Nederlandse en Duitse firma's „exclusive distribution rights" heeft overgedragen en dat — wij citeren —: „the rights for the sale and distribution of Prep under Prep trade mark in Italy is (sic) the exclusive rights and licence of Sirena" (de verkoop- en distributierechten voor Prep onder het merk Prep in Italië behoren tot de exclusieve rechten en licentie van Sirena). Volgens Novimpex zou uit deze verklaring, gezien in verband met andere passages uit deze brief, blijken dat de merkoverdrachten door Mark Allen het verbod meebrengen tot uitvoer naar een land — zelfs een Lid-Staat van de Gemeenschap — waar dit merk eveneens is overgedragen.

Naar onze mening kunt U zich in het kader van een procedure volgens artikel 177 en gezien de vraagstelling, niet ten gronde over deze stelling uitspreken.
Doch wellicht zoudt U de Italiaanse rechter enkele aanknopingspunten kunnen geven voor het geval hij zich geroepen mocht voelen het gemeenschapsrecht uit te leggen om in de voor hem dienende zaak een oplossing te vinden.
Wij menen dit temeer omdat de Commissie naar aanleiding van een procedure voor deze zelfde rechter een standpunt inzake een soortgelijk probleem moest bepalen.
Het ging daar over de invoer door een importfirma van elektrische scheerapparaten onder het merk Remington, waartegen de merkeigenaar in Italië — de firma „Remington Rand Italia" die ook scheerapparaten vervaardigde — trachtte op te komen.
De Commissie, aan wie de zaak in de loop van het geding werd voorgelegd, deelde — volgens het Bulletin der Gemeenschappen nr. 8 van 1969, blz. 44-45 — de betrokken ondernemingen mede „dat bij de merklicentieovereenkomst, zoals zij door partijen was uitgelegd en toegepast, een zekere twijfel rijst ten aanzien van haar verenigbaarheid met artikel 85 van het Verdrag. Het gebruik dat daarvan jegens de nevenimporteurs was gemaakt, viel namelijk niet onder vervolging van namaak, omdat de elektrische scheerapparaten die hij in Italië had ingevoerd, op rechtmatige wijze een authentiek „Remington"-merk droegen, maar had ten doel hem te verhinderen scheerapparaten uit andere landen van de Gemeenschappelijke Markt in Italië in te voeren. *Aldus toegepast,* beïnvloedde de overeenkomst die de vennootschap „Remington Rand Italie" een volstrekte gebiedsbescherming verzekerde, de handel tussen Lid-Staten ongunstig en beperkte zij de mededinging in de betrokken produkten, door doelstellingen na te streven die vreemd waren aan de functie van het merk".
In het onderhavige geval ligt de zaak weliswaar in zoverre anders, dat „Remington Rand Italia" een dochteronderne-

ming van de Amerikaanse vennootschap is, wat bij Sirena niet zo schijnt te zijn, maar de rechtbank te Milaan, die deze beschikking stellig kent — hoewel zij door een vergelijk tussen partijen na de mededeling der Commissie daaruit geen consequenties meer hoefde te trekken — zou wellicht verwonderd zijn als U haar geen enkele aanwijzing zou geven, waaruit zij zou kunnen afleiden of U de beginselen voor interpretatie van het gemeenschapsrecht, waarvan de Commissie bij haar standpunt in bovenbedoelde zaak is uitgegaan, juridisch juist acht.

Wij stellen U derhalve voor, de Italiaanse rechter althans enige voorlichting te geven over de strekking van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, waarmee hij rekening zou kunnen houden bij de beoordeling van het door Novimpex ontwikkelde betoog.

In dit opzicht zoudt U zich ons inziens kunnen beperken tot vier overwegingen, waarvan enkele reeds besloten liggen in door U gewezen arresten:

1. Indien overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen die tot een afscheiding van markten binnen de Gemeenschap leiden, de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging in de betrokken produkten wordt beperkt, streven zij doelstellingen na, die vreemd zijn aan de functie van het merk en beroven zij bijgevolg de merkeigenaar van de bescherming die hij hetzij op grond van contractuele bepalingen hetzij ingevolge de nationale wetgeving zou genieten.

In feite is dit het beginsel dat in Uw arrest-Grundig werd gesteld.

2. Bij de toetsing van de strekking en de gevolgen van contractuele bepalingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen aan artikel 85, lid 1, dient de rechter deze niet alleen afzonderlijk te bezien, maar tevens acht te slaan op het bestaan van andere overeenkomsten of bindingen, van welke aard ook, tussen de betrokken partijen evenals op het bestaan van soortgelijke overeenkomsten, in zoverre al deze overeenkomsten of feitelijke gedragingen in hun onderlinge samenhang de mededinging kunnen beperken.

Tot ditzelfde oordeel bent U gekomen in Uw arrest-Brasserie de Haecht van 12 december 1967, Jurisprudentie, Deel XIII, blz. 512.

3. Bij het onderzoek van de vraag of overeenkomsten of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, die gebiedsbescherming meebrengen, de handel tussen Lid-Staten beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging wordt beperkt of vervalst, moet de rechter rekening houden met het feitelijke verband, waarin deze overeenkomsten en gedragingen moeten worden geplaatst, en in het bijzonder met de positie van de verbruikers op de markt voor de betrokken produkten in het gebied dat onder de territoriale bescherming valt.

Tot deze uitspraak kwam U reeds in Uw arrest-Franz Völk van 9 juli 1969, Jurisprudentie, Deel XV, blz. 295.

4. Ten slotte zult U in Uw antwoord op de eerste vraag van de rechtbank te Milaan ons inziens tevens moeten opmerken dat artikel 85, evenals trouwens artikel 86 van het Verdrag, ook dan toepassing kan vinden, als de overeenkomsten die aan de litigieuze situatie ten grondslag liggen, weliswaar vóór de inwerkingtreding van het Verdrag of van de communautaire regeling tot stand zijn gekomen, doch daarna nog effect zijn blijven sorteren.

Naar onze mening is de vraag of overeenkomsten die onder artikel 85 of 86 van het Verdrag kunnen vallen, vóór of na het Verdrag of de afgeleide gemeenschapsregeling tot stand zijn gekomen, uitsluitend van belang voor de verplichtingen van de contractpartijen jegens de Commissie en voor de bevoegdheden der Commissie ten aanzien van die overeenkomsten.

De vraag is daarentegen niet van invloed op de toepassing van artikel 85, lid 1, en artikel 86, wat de gevolgen dier overeenkomsten na de inwerkingtreding van het Verdrag of van de afgeleide gemeenschapsregeling betreft.

III

Ten slotte zouden wij U willen voorstellen als derde punt van Uw antwoord aan de Italiaanse rechtbank enkele aanduidingen te geven over de wijze waarop de uitoefening van het merkrecht kan worden beïnvloed door artikel 86 van het Verdrag.

Op dit punt stellen wij U voor U even bondig uit te spreken als in Uw arrest-Parke Davis dat over dezelfde vraag ten aanzien van het octrooirecht gaat.

Stellig zult U vroeger of later de gelegenheid krijgen Uw antwoord te verfijnen en met name een standpunt te bepalen inzake het begrip machtspositie of hetgeen in de moderne anglo-saksische karterminologie „the relevant market" wordt genoemd.

Naar onze mening behoeft U dit echter thans nog niet te doen, en wel om twee redenen: ten eerste vraagt de Italiaanse rechter het U niet en, hoewel artikel 86 in zijn vraag wordt vermeld, gaat het hem blijkens de gehele formulering van de vraag vooral om artikel 85; ten tweede laten de omstandigheden waaronder U thans in het kader van artikel 177 werd geadieerd, bezwaarlijk een beschouwing van alle vragen in verband met het begrip „relevant market" toe.

Uitgaande van de arresten Grundig en Parke Davis, stellen wij U derhalve voor te volstaan met de volgende aanwijzingen:

Het in artikel 86 van het Verdrag verboden feit vereist de cumulatie van drie elementen: het bestaan van een machtspositie, het misbruik hiervan en de mogelijkheid dat de handel tussen Lid-Staten hierdoor ongunstig wordt beïnvloed.

Al mag het merkenrecht aan de merkeigenaar een bijzondere bescherming binnen een Staat verschaffen, toch wil dit nog niet zeggen dat met de uitoefening van de aldus verleende rechten de drie genoemde elementen zijn verenigd.

Dit kan alleen anders worden, wanneer de toepassing van het octrooi zou ontaarden in een misbruik maken van deze bescherming.

Aangezien het bestaan van een recht van octrooi momenteel uitsluitend door de nationale wetgeving wordt geregeerd, zou derhalve alleen het gebruik van het octrooi onder het gemeenschapsrecht vallen, voor zover dit gebruik bijdraagt tot het scheppen van een machtspositie, waarvan een zodanig misbruik wordt gemaakt dat de handel tussen Lid-Staten hierdoor ongunstig kan worden beïnvloed.

Wij concluderen derhalve dat het Uw Hove behage te verklaren voor recht:

1. De door de wetgeving van een Lid-Staat aan de merkeigenaar verleende rechten worden in hun bestaan niet geraakt door de verbodsbepalingen van de artikelen 85, lid 1, en 86 van het Verdrag. Indien echter door misbruik van deze rechten de grenzen van het doel waarvoor zij zijn ingesteld, worden overschreden, ontneemt zulks aan de gemeenschapsrechtelijke mededingingsbepalingen niet haar werking.

2. Overeenkomsten waarbij een onderneming het uitsluitende gebruik van een merk in een Lid-Staat definitief of voor beperkte tijd overdraagt, houden op zichzelf nog niet de vervulling in van de in artikel 85, lid 1, gestelde voorwaarden voor onverenigbaarheid met de gemeenschappelijke markt. Behoudens het bepaalde in artikel 85, lid 3, kunnen de overeenkomsten echter — ongeacht de datum van hun totstandkoming — onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen, indien het op grond van een geheel van objectieve elementen van feitelijke en juridische aard mogelijk wordt geacht dat

zij — hetzij afzonderlijk hetzij te zamen met andere overeenkomsten — de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden en hetzij ertoe strekken hetzij ten gevolge hebben, dat de mededinging wordt verhinderd, beperkt of vervalst.

3. De uitoefening der door de nationale wetgeving aan de merkeigenaar toegekende rechten kan, behalve in geval van misbruik van een machtspositie, op zichzelf niet onder artikel 86 van het Verdrag vallen.