— een overeenkomst tussen particulieren, waarbij de invoer van die waar wordt verboden, kan niet worden aangevoerd of in aanmerking worden genomen om de verkoop van die waar als een onregelmatige of oneerlijke handelspraktijk te kwalificeren.

Pescatore Touffait Due

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 22 januari 1981.

De griffier

A. Van Houtte

De president van de Tweede kamer

P. Pescatore

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL F. CAPOTORTI VAN 20 NOVEMBER 1980 [1]

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

1. Het Hof heeft zich dikwijls kunnen uitspreken over de vraag binnen welke grenzen, op grond van industriële of intellectuele eigendom of van de noodzaak tot bestrijding van oneerlijke mededingingspraktijken, mag worden afgeweken van het beginsel van het vrije verkeer van goederen. Deze zaak stelt voornamelijk een dergelijk probleem aan de orde, ook al heeft zij nog een ander aspect, terug te brengen tot de communautaire bepalingen ter bescherming van de vrije mededinging.

Allereerst de samenvatting van de feiten. De Deense vennootschap Imerco, een organisatie voor inkoop en gros van ijzerwaren en huishoudelijke artikelen, wier aandeelhouders door heel Denemarken handel drijven in dergelijke artikelen, bestelde in 1978 bij een Britse fabrikant, de firma Broadhurst, een aantal aardewerken serviezen. Deze serviezen waren bestemd voor het 50-jarig jubileum van Imerco; zij moesten daarom volgens de door deze vennootschap verstrekte aanwijzingen en modellen worden versierd en onder meer op de achterkant het opschrift dragen: „Imerco 50-jarig jubileum". Het lag in de bedoeling van de opdrachtgeefster deze produkten in Denemarken, uitsluitend door haar eigen aandeelhouders te doen verkopen. Aangezien ongeveer 1 000 serviezen niet helemaal aan de strenge kwaliteitseisen van de opdrachtgeefster bleken te voldoen, stond deze de fabrikant toe die serviezen in het Verenigd Koninkrijk

1 — Vertaald uit het Italiaans.

(met zekere beperkingen voor de gebieden die gewoonlijk door Deense toeristen worden bezocht) en in bepaalde landen buiten Europa in de handel te brengen. Aldus werden de serviezen met gebreken door Broadhurst aan enkele Britse grossiers verkocht, met een verbod van doorverkoop naar Denemarken.

Desondanks werden 300 van deze serviezen door Dansk Supermarked A/S, te Aarhus aangeschaft (via een Deense tussenhandelaar die ze op zijn beurt in het Verenigd Koninkrijk had gekocht) en tegen aanmerkelijk lagere prijzen dan die welke de aandeelhouders van Imerco voor identieke eerste-keusprodukten berekenden, in haar eigen supermarkten ten verkoop aangeboden.

Onder deze omstandigheden heeft Imerco zich met succes tot de Deense rechter gewend met het verzoek Dansk Supermarked de verdere verkoop van deze serviezen te verbieden. Het verbod werd gegeven bij voorlopige beschikking van het Byret te Aarhus van 22 juni 1978 en later bij vonnis van 19 maart 1979 door de Rechtbank van koophandel te Kopenhagen bekrachtigd. De Deense rechter stelde dat Dansk Supermarked de relevante nationale regeling (Paragrafen 1 en 5 van wet nr. 297 van 14 juni 1974) had geschonden door produkten die de naam Imerco droegen en niet waren bestemd voor de „normale verkoop", zonder Imerco's toestemming ten verkoop aan te bieden. De door Dansk Supermarked begane onrechtmatigheid zou in essentie hebben bestaan in het gebruikmaken van een haar niet toekomend onderscheidingsteken. Een andere stelling van Imerco, die niet door de rechtbank werd overgenomen, was dat Dansk Supermarked met valse voorstellingen bij haar cliënteel de indruk zou hebben gewekt dat het om een eerste-keusprodukt ging.

In haar beroep bij het Højesteret tegen het vonnis van de Rechtbank van koophandel te Kopenhagen stelde Dansk Supermarked met een beroep op de artikelen 30 en 85 EEG-Verdrag en op verordening nr. 67 van de Commissie van 22 maart 1967, betreffende de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen alleenverkoopovereenkomsten, dat het gemeenschapsrecht het recht tot nevenimport garandeert en dat nationale bepalingen niet aan dit recht in de weg kunnen staan.

Bij beschikking van 14 februari 1980 heeft genoemde rechtbank het Hof verzocht om een beslissing in de zin van artikel 177 EEG-Verdrag, over de volgende vraag:

„Staan bepalingen van het EEG-Verdrag, of krachtens dit Verdrag uitgevaardigde besluiten, in de weg aan de toepassing op de onderhavige zaak van de Deense wetten inzake het auteursrecht, het merkenrecht en de handelspraktijken?"

Dit verzoek is duidelijk gebrekkig geformuleerd. In plaats van om uitlegging van bepaalde gemeenschapsbepalingen te vragen, heeft de verwijzende rechter immers het Hof verzocht vast te stellen of het onderhavige geval moet worden geacht onderworpen te zijn aan het gemeenschapsrecht of veeleer aan het Deense recht. Uitgaande van de standpunten van partijen voor de appelrechter, is het niettemin eenvoudig om in de Commissie de gemeenschapsnormen aan te wijzen die de nationale rechter voor de beslissing van de hoofdzaak relevant zou kunnen achten. Artikel 30 staat bij dit probleem centraal; het gaat er juist om, vast te stellen of dit artikel eventueel een belemme-

ring vormt voor de toepassing van de nationale bepalingen inzake auteursrecht, merkenrecht en oneerlijke mededinging, die in een Lid-Staat de wederverkoop beletten van produkten, die, onder omstandigheden als boven omschreven, via nevenimport zijn ingevoerd.

Ik meen daarom dat de te beantwoorden vraag aldus kan worden verstaan: „Is het verenigbaar met de artikel 30 en 85 EEG-Verdrag (en eventueel met verordening nr. 67/67 van de Commissie) dat een nationale rechter in een Lid-Staat de verkoop van bepaalde produkten, die reeds in een andere Lid-Staat op regelmatige wijze in omloop zijn gebracht, verbiedt met een beroep op de auteurs- of merkrechtelijke bescherming, op grond van de bepalingen ter bestrijding van de oneerlijke mededinging, of tenslotte met toepassing van een overeenkomst waarin de verkoop territoriaal wordt begrensd?"

2. Het is bekend dat volgens de vaste rechtspraak van het Hof alle nationale maatregelen die de invoer of verkoop van een in een andere Lid-Staat regelmatig in het verkeer gebrachte waar belemmeren, door het in artikel 30 EEG-Verdrag vervatte verbod van maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve beperkingen worden getroffen. In dit verband is het mijns inziens irrelevant dat het een waar betreft met bijzondere kenmerken die de opdrachtgever heeft gewild ter opluistering van een hem betreffende gebeurtenis: beslissend is dat het produkt op regelmatige wijze in een andere Lid-Staat op de markt is gebracht (zoals in casu het geval was met de 1 000 aardewerken serviezen die de fabrikant verkocht in het Verenigd Koninkrijk).

Hiervan uitgaande, dient men zich af te vragen in hoever eventuele nationale maatregelen van dit soort, hoewel in strijd met het beginsel van artikel 30, op grond van de in artikel 36 EEG-Verdrag vervatte uitzonderingsbepaling kunnen worden toegelaten. Zoals bekend, wordt hierin onder meer verklaard dat invoerbeperkingen welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom (waarmee de intellectuele eigendom, dat wil zeggen de auteursrechten, zeker kan worden gelijkgesteld) onverlet blijven, op voorwaarde dat aldus geen willekeurige discriminatie ontstaat of een verkapte beperking van de handel tussen Lid-Staten. Daarom kan op geen van deze exclusieve rechten rechtmatig een beroep worden gedaan om in een Lid-Staat de verkoop te verbieden van produkten die in een andere Lid-Staat, met toestemming van de rechthebbende, op regelmatige wijze in de verkoop zijn gebracht; in de rechtspraak van het Hof is dit duidelijk uitgemaakt (zie laatstelijk het arrest van 22 juni 1976, zaak 119/75, Terrapin, Jurispr. 1976, blz. 1039, r.o. 5 en 6).

Dit beginsel blijft ook van kracht indien de besteller van bepaalde produkten, die houder is van een merk of van een ander exclusief recht op deze produkten, de fabrikant heeft toegestaan een deel hiervan voor eigen rekening, doch uitsluitend in één Lid-Staat, te verkopen (in casu had Imerco Broadhurst toegestaan de tweede-keusserviezen in de handel te brengen in het Verenigd Koninkrijk, doch niet in Denemarken). Een dergelijke contractuele bepaling kan immers niet verhinderen dat het door de opdrachtgever gepretendeerde exclusieve

recht binnen het hele grondgebied van de Gemeenschap wordt uitgeput, zodra het produkt, met zijn toestemming, binnen één Lid-Staat in het verkeer wordt gebracht. Uiteraard behoudt de opdrachtgever de mogelijkheid schadevergoeding te vorderen, indien er sprake is van wanprestatie bij de fabrikant of zijn rechtsopvolgers die een territoriale beperking voor de verkoop van het produkt hebben aanvaard, en aangenomen dat een dergelijke overeenkomst niet onverenigbaar blijkt met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, waarop ik later zal ingaan.

3. Voor beperkingen van het goederenverkeer die voort kunnen vloeien uit nationale bepalingen ter bestrijding van oneerlijke mededingingspraktijken (blijkens de stukken wordt dit doel ook nagestreefd door de „wet op de handelspraktijken" waarnaar in de vraag van de Deense rechter wordt verwezen) geldt een redenering die analoog is aan die ontwikkeld voor de industriële, commerciële en intellectuele eigendom. Weliswaar vindt men de bestrijding van oneerlijke mededinging niet bij de gronden waarvoor in artikel 36 afwijking van het verbod van artikel 30 wordt toegestaan, maar het Hof heeft in arresten van 11 juli 1974 (zaak 8/74, Dassonville, Jurispr. 1974, blz. 838) en van 20 februari 1979 (zaak 120/78, Rewe, Jurispr. 1979, blz. 649) overwogen dat bij gebreke van een gemeenschapsregeling op het gebied van de handelspraktijken, eventuele belemmeringen van het vrije verkeer van goederen kunnen worden aanvaard, die voortvloeien uit nationale wetten welke aan bepaalde dwingende eisen voldoen, met name aan eisen betreffende de eerlijkheid van de commerciële transacties en de consumentenbescherming. Beperkende maatregelen die hun rechtvaardiging vinden in dergelijke doelstellingen zijn echter slechts geoorloofd voor zover zij „redelijk" zijn, dat wil zeggen niet discriminatoir en beperkt tot het strikt noodzakelijke. Deze rechtspraak werd onlangs bevestigd in het arrest van 26 juni 1980 (zaak 788/79, Gilli, Jurispr. 1980, blz. 2071), waarin het Hof heeft verklaard dat „een nationale regeling die zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde produkten slechts mag afwijken van de uit artikel 30 voortvloeiende vereisten, wanneer zij haar rechtvaardiging vindt in dwingende eisen verband houdend met, inzonderheid, ... de eerlijkheid van de handelstransacties en de bescherming van de consumenten."

Zoals ik reeds vaker heb mogen opmerken — laatstelijk in mijn conclusie van 29 mei 1980 in voornoemde zaak-Gilli — is het Hof uiteindelijk verder gegaan dan artikel 36 EEG-Verdrag, voor zover het gebied waarop rechtmatig van het verbod van artikel 30 afwijkende nationale wettelijke maatregelen mogen worden getroffen, heeft uitgebreid, op voorwaarde dat dergelijke maatregelen zijn „gericht op de verwezenlijking van een doel van algemeen belang, dat zou moeten voorgaan bij de eisen van het vrije verkeer van goederen, dat als een van de fundamentele regels der Gemeenschap is te beschouwen" (zaak 120/78, Rewe, reeds geciteerd, r.o. 14).

In casu zijn de Deense bepalingen inzake de handelspraktijken kennelijk tegen Dansk Supermarked aangevoerd omdat deze de goede naam van Imerco zou hebben geschaad, door tweede-keus aardewerken serviezen in de verkoop te brengen die de naam van laatstgenoemde vennootschap droegen. Het is aan de

Deense rechter om, in het licht van de criteria die ik heb trachten aan te geven, vast te stellen of het verschil in kwaliteit tussen de door Imerco voor haar vennoten bestelde, en de door Dansk Supermarked verkochte serviezen een voldoende rechtvaardiging vormt voor het aan laatstgenoemde opgelegde verkoopverbod. De Commissie merkt in dit verband terecht op dat Imerco, met het toestaan van de verkoop van tweede-keusserviezen in het Verenigd Koninkrijk, te kennen heeft gegeven dat de verkoop hiervan haar goede naam niet schaadde, en zulks nog afgezien van het feit dat Imerco geen aardewerkfabrikant is.

Imerco zou anderzijds wel commerciële schade kunnen lijden, indien de uiteraard lager geprijsde, tweede-keusserviezen onder zodanige omstandigheden in de verkoop zouden worden gebracht, dat bij de cliënteel de indruk zou worden gewekt dat de kwaliteit gelijk was aan die van de door de aandeelhouders van Imerco verkochte serviezen van eerste kwaliteit. In dit verband merk ik op dat aan de eis van de bescherming der rechtmatige handelsbelangen van de marktdeelnemer die een eerste-keusprodukt verkoopt, moet worden geacht te zijn voldaan, wanneer het inferieure produkt derwijze aan het publiek wordt aangeboden dat, zelfs bij gebreke van een uitdrukkelijke aanduiding „tweede-keusprodukt", geen redelijke twijfel kan ontstaan over zijn kwaliteit. In dit verband kan belang worden toegekend aan factoren als verpakking, normale kwaliteit van de goederen of prijsniveau in de winkel waar het produkt ten verkoop wordt aangeboden, en andere feitelijke factoren die de rechter in het hoofdgeding heeft vast te stellen en in het kader van het concrete geval op waarde te schatten.

De omstandigheid dat Dansk Supermarked van de door Imerco voor het betrokken produkt gemaakte reclame heeft kunnen profiteren, lijkt tenslotte niet in strijd met het verbod van oneerlijke mededinging. Het betreft hier een verschijnsel waarover het Hof zich reeds in verband met exclusiviteitscontracten heeft kunnen buigen (zie bijvoorbeeld de zaak-Grundig, Jurispr. 1966, blz. 522-524) en dat in het algemeen ten gunste van de nevenimporteur uitvalt: het kan mijns inziens geenszins rechtvaardigen dat een nevenimporteur in het kader van de gemeenschappelijke markt van een bepaalde nationale markt wordt geweerd.

4. Een vraag over de uitlegging van artikel 85 EEG-Verdrag rijst wanneer de geldigheid van het in de overeenkomst tussen Imerco en Broadhurst vervatte verbod ter discussie wordt gesteld. Dit onderwerp kan in casu alleen van belang zijn, als men aanneemt dat de Deense rechter met deze clausule rekening heeft gehouden toen hij Dansk Supermarked verbood de door Broadhurst geproduceerde tweede-keus aardewerkserviezen in Denemarken te verkopen. Met betrekking tot dit punt kan anderzijds niet worden gezegd dat artikel 85 grote uitleggingsproblemen doet rijzen: de kenmerken van en voorwaarden voor het verbod van concurrentiebeperkende overeenkomsten zijn welbekend, evenals het feit dat zowel de overeenkomsten die de distributie beperken als die welke strekken tot afscherming van de markten, hieronder vallen.

In het arrest van het Hof van 25 november 1971 in zaak 22/71, Béguelin, waarin de verenigbaarheid van een al-

leenverkoopovereenkomst met artikel 85 moest worden beoordeeld, wordt overwogen dat de twee essentiële voorwaarden die gelden voor het verbod van concurrentiebeperkende overeenkomsten (ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Lid-Staten en, als doel of tot gevolg, negatieve invloed op de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt) zich voordoen „wanneer (de overeenkomst) feitelijk of rechtens verhindert dat de verkoper de betrokken produkten heruitvoert naar andere Lid-Staten . . ." (r.o. 10-12). Verderop in hetzelfde arrest wordt verduidelijkt dat „de overeenkomst slechts onder het verbod van artikel 85 kan vallen wanneer zij de handel tussen de Lid-Staten en de mededinging *merkbaar* ongunstig beïnvloedt" en wordt het belang van een reeks beoordelingsfactoren belicht, zoals de aard en de beschikbare hoeveelheid produkten, de positie en het belang van de concessiegever en de concessiehouder op de markt en de al dan niet aanwezige mogelijkheid voor andere handelaars om dezelfde produkten via wederuitvoer of neveninvoer te verhandelen.

Uiteraard is het aan de rechter in het hoofdgeding de litigieuze overeenkomst al dan niet als een concurrentiebeperkende overeenkomst te kwalificeren. Het lijkt mij duidelijk dat bij een overeenkomst tussen opdrachtgever en fabrikant, waarbij eerstgenoemde laatstgenoemde toestaat een deel van de bestelde produkten voor eigen rekening te verkopen, doch tegelijk een territoriale beperking van de verkoop verlangt, niet van een alleenverkoopovereenkomst kan worden gesproken. Men zou hooguit een parallel kunnen trekken met de verschijnselen bij alleenvertegenwoordiging, waarbij wederverkoop op bepaalde markten wordt uitgesloten. Maar ik herhaal dat dit probleem het Hof niet raakt.

Thans valt nog te bezien of in een casus als de onderhavige, ook problemen kunnen rijzen over de uitlegging van verordening nr. 67/67 van de Commissie van 22 maart 1967 (die, zoals ik reeds zei, in het hoofdgeding is genoemd). Aangezien deze betrekking heeft op alleenverkoopovereenkomsten en ik gemeend heb de overeenkomst Imerco-Broadhurst niet tot deze categorie te mogen rekenen, is daarmee mijns inziens tevens de noodzaak tot uitlegging van deze verordening voor het antwoord aan de verwijzende rechter van de baan. Hierbij zij volledigheidshalve opgemerkt, dat de in deze verordening voorziene groepsgewijze ontheffing niet geldt voor overeenkomsten die de concessiehouder verbieden goederen opnieuw naar andere Lid-Staten uit te voeren: het Hof heeft dit in genoemd arrest-Béguelin uitgemaakt, door impliciet te bevestigen dat dergelijke overeenkomsten niet aan de algemene regel van artikel 85, lid 1, kunnen ontsnappen.

5. Concluderend stel ik voor dat het Hof, in antwoord op de bij beschikking van 14 februari 1980 door het Deense Højesteret gestelde vraag, voor recht verklaart:

1. Ingevolge de artikelen 30 en 36 EEG-Verdrag kan de verkoop in een Lid-Staat van een bepaald produkt, dat reeds op regelmatige wijze met toestemming van de houder van het merk van of het auteursrecht op dit

produkt in een andere Lid-Staat in het verkeer is gebracht, niet door de nationale rechter worden verboden met een beroep op de bescherming van deze rechten.

2. Wanneer een nevenimporteur of een van diens rechtsopvolgers in een Lid-Staat produkten in verkoop brengt, die van mindere kwaliteit zijn dan voor het overige identieke produkten die door een andere onderneming voor de verkoop in die Lid-Staat zijn besteld, kan de verkoop eerstgenoemde niet worden verboden op grond van de bepalingen ter bestrijding van de oneerlijke mededinging, zolang de verkoop niet plaatsvindt onder omstandigheden die bij de cliënteel verwarring kunnen doen ontstaan over de kwaliteit van het produkt.

3. Een overeenkomst tussen de fabrikant van bepaalde produkten en de onderneming die tot de vervaardiging opdracht heeft gegeven, uit hoofde waarvan het eerstgenoemde is toegestaan voor eigen rekening een deel van deze produkten te verkopen, maar verboden ze naar andere Lid-Staten uit te voeren, is onverenigbaar met artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag, wanneer zij de handel tussen de Lid-Staten en de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt merkbaar ongunstig beïnvloedt.