ARREST VAN HET HOF
30 januari 1985 *

In zaak 35/83,

BAT Cigaretten-Fabriken GmbH, onderneming voor de fabricage en verhandeling van tabaksprodukten, te Hamburg, vertegenwoordigd door W. Klosterfelde, advocaat te Hamburg, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij E. T. Freylinger, Rue du Cimetière 46,

verzoekster,

ondersteund door

Bondsrepubliek Duitsland, vertegenwoordigd door M. Seidel, Ministerialrat bij het Ministerie van Economische Zaken, als gemachtigde, bijgestaan door R. Vieregge, advocaat te Keulen, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ter ambassade van de Bondsrepubliek Duitsland,

interveniënte,

tegen

Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur N. Koch en door I. Pernice, lid van haar juridische dienst, als gemachtigden, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij O. Montalto, lid van de juridische dienst van de Commissie, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door

A. I .C. M. Segers, ondernemer te Essen (België), vertegenwoordigd door W. Alexander, advocaat te 's Gravenhage, domicilie gekozen hebbende te Luxemburg bij E. Arendt, advocaat aldaar, Rue Philippe-II 34 B,

interveniënt,

betreffende een beroep tot nietigverklaring van beschikking nr. 82/897 van de Commissie van 16 december 1982 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/C-30.128 Toltecs-Dorcet),

wijst

* Procestaal Duits.

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: Mackenzie Stuart, president, G. Bosco, O. Due en C. Kakouris, kamerpresidenten, P. Pescatore, T. Koopmans, U. Everling, K. Bahlmann en Y. Galmot, rechters,

advocaat-generaal: Sir Gordon Slynn
griffier: H. A. Rühl, hoofdadministrateur

*

het navolgende

ARREST

(omissis)

In rechte

1 Bij verzoekschrift, neergelegd ter griffie van het Hof op 3 maart 1983, heeft de vennootschap BAT Cigaretten-Fabriken GmbH, te Hamburg, krachtens artikel 173, tweede alinea, EEG-Verdrag beroep ingesteld tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 16 december 1982 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/C-30.128 Toltecs-Dorcet), gepubliceerd in Publikatieblad L 379 van 1982, blz. 19. Met het oog op de principiële merkenrechtelijke problemen zowel in het kader van het nationale recht als in dat van het gemeenschapsrecht, die in het geding aan de orde zijn, heeft de Bondsrepubliek Duitsland zich in de procedure gevoegd ter ondersteuning van de conclusies van verzoekster. De Commissie, verweerster, wordt ondersteund door de tabaksfabrikant A. I. C. M. Segers, wiens onderneming in Nederland is gevestigd. Opgemerkt zij dat een klacht van Segers tot de bestreden beschikking heeft geleid.

2 De beschikking van de Commissie heeft in wezen betrekking op een op 16 januari 1975 tussen BAT en Segers gesloten overeenkomst, welke luidt als volgt:

„Artikel 1

BAT is rechthebbende op het Duitse merk 865 058 Dorcet.

* gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 16 oktober 1984,

Artikel 2

Segers is rechthebbende op het internationaal ingeschreven merk 395 536 (woord-beeldmerk) Toltecs Special.

Artikel 3

Segers verbindt zich de warenregistratie van het IR-merk 395 536 voor de Bondsrepubliek Duitsland te beperken tot ‚krulsnedetabak (shag)' en het woord-beeldmerk Toltecs Special na verleende bescherming in de Bondsrepubliek Duitsland uitsluitend voor deze speciale waar te gebruiken en aan de inschrijving en het gebruik van dit merk jegens BAT geen rechten te ontlenen, ook niet wanneer deze haar merk 865 058 Dorcet langer dan vijf jaar niet gebruikt of wanneer zij dit merk, of daarmee in de zin van § 31 van de Duitse merkenwet verwarring wekkende tekens — met uitzondering van Toltecs Special — opnieuw aanmeldt.

Artikel 4

Segers verbindt zich voorts, voor de onder het IR-merk 395 536 in de handel gebrachte tabak geen reclame te maken in een vorm waaruit blijkt dat deze tabak geschikt is, respectievelijk aanbevolen wordt, voor het rollen van sigaretten. Het gebruik van de aanduidingen ‚Feinschnittabak' of ‚Holländischer Shag' is Segers echter toegestaan.

Artikel 5

BAT verbindt zich, na ondertekening van deze overeenkomst door Segers, haar oppositie tegen de aan IR-merk 395 536 verleende bescherming in te trekken en geen bezwaar te maken tegen het gebruik van IR-merk 395 536 voor ‚krulsnedetabak' in de Bondsrepubliek Duitsland."

3 Volgens de Commissie heeft deze overeenkomst, zoals zij door partijen is toegepast, een beperking van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt ten doel of tot gevolg (punt II, 3, van de motivering van de beschikking) en kan zij de handel tussen de Lid-Staten ongunstig beïnvloeden, daar zij de vrije uitvoer van de contractprodukten uit Nederland naar Duitsland zodanig belemmert, dat Segers' uitvoer naar de Duitse markt sinds 1978 praktisch tot stilstand is gekomen (punt II, 4).

4 De Commissie heeft ook onderzocht of artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag wellicht toepassing kon vinden. Na erop te hebben gewezen, dat de betrokken overeen-

komst niet is aangemeld, stelt zij vast dat de overeenkomst op geen enkele wijze bijdraagt tot de verbetering van de produktie of de verdeling der produkten, doch integendeel tot gevolg heeft, dat Segers' produkten slechts onder bezwarende voorwaarden in Duitsland in de handel kunnen worden gebracht (punt III). Derhalve acht zij toepassing van artikel 85, lid 3, uitgesloten.

5 Tenslotte zet de Commissie uiteen, waarom de oplegging van een geldboete aan BAT wegens een zeer ernstig aspect van de vastgestelde inbreuk gerechtvaardigd is (punt IV).

6 Bijgevolg heeft de Commissie de volgende beschikking gegeven:

„Artikel 1
Inhoud en toepassing van de overeenkomst van 16 januari 1975 tussen de in artikel 5 genoemde ondernemingen vormen inbreuken op artikel 85, lid 1, van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap voor zover:

1) Segers verplicht is, onder het merk Toltecs Special (IR-merk 395 536) in de Bondsrepubliek Duitsland geen shag af te zetten of deze afzet alleen te laten plaatshebben via BAT welgevallige importeurs of na vervulling van andere voorwaarden;

2) Segers verplicht is, aan de inschrijving en het gebruik van het merk Toltecs Special jegens BAT geen rechten te ontlenen, ook niet wanneer deze haar merk Dorcet langer dan vijf jaar niet gebruikt of wanneer zij dit merk, of daarmee in de zin van § 31 van de Duitse merkenwet verwarring wekkende tekens — met uitzondering van Toltecs Special — opnieuw aanmeldt.

Artikel 2
De ondernemingen moeten aan de in artikel 1 genoemde inbreuken onverwijld een einde maken. Met name moet BAT zich onthouden van alle economische druk op Segers of importeurs, welke ten doel heeft de import en de afzet van Toltecs-tabak in Duitsland te verhinderen of te bemoeilijken.

Artikel 3
Aan de onderneming BAT Cigaretten-Fabriken GmbH wordt wegens de in artikel 1, punt 2, vastgestelde inbreuk, voor zover de geldigheid van de niet-betwistingsclausule in geval van niet-gebruik van het merk Dorcet wordt uitgebreid tot een

termijn van meer dan vijf jaar, een geldboete van 50 000 (vijftigduizend) Ecu opgelegd. Dit is een bedrag van 115 635 Deutsche Mark."

De voorgeschiedenis van het geding

7 Naar uit de bestreden beschikking en het ten processe meegedeelde blijkt, maakt Segers in Nederland rechtmatig gebruik van het merk Toltecs Special voor de verkoop van zijn tabak; het gaat daarbij om fijngesneden tabak voor het zelf rollen van sigaretten (shag). Op 31 januari 1973 liet Segers het merk internationaal inschrijven voor warenklasse 34: „ruwe tabak en tabaksprodukten", waardoor de gewenste merkbescherming tot Duitsland werd uitgebreid.

8 Op 25 juli 1973 deed BAT verzet tegen de inschrijving van Segers' merk voor de Duitse markt met een beroep op de voorrang van haar eigen merk Dorcet, dat op 15 januari 1970 was ingeschreven. Opgemerkt zij, dat het daarbij om een zogenoemd „reserve"-merk ging, dat wil zeggen een ingeschreven, maar in het handelsverkeer niet gebruikt merk.

9 Segers heeft dit verzet in Duitsland niet in rechte aangevochten. Hij geeft hiervoor als verklaring, dat hij niet verwikkeld wenste te worden in een proces tegen een zo machtige onderneming als BAT. Daarom was hij met BAT in onderhandeling getreden om tot een schikking te komen; met het oog daarop bood hij BAT aan, het gebruik van het merk Toltecs te beperken tot de verkoop van „een bepaald soort tabak", waarmee hij kennelijk de door hem vervaardigde shagtabak bedoelde. Deze onderhandelingen werden namens Segers gevoerd door op dit gebied gespecialiseerde gemachtigden.

10 Zoals de Commissie in haar beschikking opmerkt, kon naar Duits recht iedere belanghebbende vanaf 15 januari 1975 verzoeken om doorhaling van het merk Dorcet, omdat dit vijf jaar lang niet was gebruikt. Segers heeft van deze mogelijkheid geen gebruik gemaakt.

11 De dag daarop, 16 januari 1975, tekenden Segers en BAT de overeenkomst waarvan de tekst hierboven is weergegeven. De formulering van de overeenkomst is, blijkens de beschikking van de Commissie en de gegevens in het dossier, grotendeels door Segers voorgesteld en zonder wijzigingen door BAT aanvaard. Ook blijkt uit de beschikking en uit het dossier, dat bij de sluiting van de overeenkomst

een redactionele fout in de tekst ervan is geslopen, want de tabak waarvoor Segers zich het gebruik van zijn merk voorbehield, werd tegelijkertijd als „Krüllschnitt" en als „Shag" aangeduid; de eerste term nu ziet op grofgesneden tabak, en de tweede volgens Nederlands spraakgebruik op fijngesneden tabak.

12 Segers verklaart deze fout pas na ondertekening van de overeenkomst te hebben ontdekt. Opgemerkt zij, dat hij in Duitsland geen gerechtelijke stappen heeft ondernomen om deze fout en de gevolgen ervan recht te laten zetten. In de motivering van haar beschikking merkt de Commissie dienaangaande op, dat Segers niet kon riskeren om „in dure, voor hem financieel niet draagbare rechtsgeschillen met een economisch sterkere onderneming als BAT te worden verwikkeld" (punt II, 3, A, a, derde alinea, van de motivering).

13 Na deze overeenkomst hervatte Segers blijkens het dossier de verhandeling van zijn produkten in de Bondsrepubliek Duitsland via een alleenverkoper, Müller-Broders. BAT stond Müller-Broders toe om het merk Toltecs voor de verhandeling van fijngesneden produkten te gebruiken.

14 Op 16 augustus 1978 stelde Segers BAT in kennis van zijn voornemen om van importeur te veranderen, en verzocht hij haar om een schriftelijke bevestiging, dat de nieuwe importeur het merk Toltecs op dezelfde wijze kon gebruiken als Müller-Broders. Op 23 augustus 1978 antwoordde BAT, dat Segers op grond van de tekst van de overeenkomst enkel krulsnedetabak in de handel mocht brengen; dit recht kon vrijelijk aan een nieuwe importeur worden overgedragen. Het recht om het merk Toltecs voor shagtabak te gebruiken, had BAT naar haar zeggen aan Müller-Broders toegekend, en zij meende dat dit bedrijf de importeur van dit produkt bleef.

15 Enige tijd later staakte Müller-Broders zijn bedrijf, dat werd voortgezet door Peter Grassmann GmbH. Segers begon onderhandelingen met een andere potentiële importeur, Planta, die echter wegens de onzekerheden in verband met het merk op niets uitliepen. Na een korte samenwerking met Grassmann nam Segers opnieuw contact op met Planta. Op het verzoek van Segers om zijn nieuwe tussenhandelaar, Planta, toestemming te geven Toltecs-produkten op dezelfde wijze als Grassmann in de handel te brengen, verklaarde BAT zich in een brief van 14 augustus 1979 bereid, de overeenkomst tot shagtabak uit te breiden op voorwaarde dat Segers de resterende Toltecs-voorraden van Grassmann overnam. Daar Segers hier niet op inging, deelde BAT hem bij schrijven van 14 december 1979 mee, dat zij een eind zou maken aan de verkoop van Toltecs-shagtabak door derden op de Duitse markt en dat zij een kopie van die brief aan Planta had gezon-

den. Deze mededeling werd bevestigd in een brief van 14 januari 1980, waarin BAT nogmaals wees op haar voornemen om elke verdere verkoop van Toltecs op de Duitse markt te verhinderen.

16 Wegens de moeilijkheden met BAT had Segers al in de loop van 1978 zijn verkoop van Toltecs in Duitsland stopgezet. Op 12 juni 1980 wendde hij zich tot de Commissie met een verzoek in de zin van artikel 3 van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (PB L 13 van 1962, blz. 204), teneinde een inbreuk op artikel 85 of artikel 86 EEG-Verdrag te doen vaststellen.

17 De Commissie besloot de procedure in te leiden, en deelde BAT bij schrijven van 16 december 1981 haar punten van bezwaar mee. Het verdere verloop van de procedure is in de bestreden beschikking weergegeven.

Ten gronde

18 In haar verzoekschrift draagt BAT vier middelen voor: miskenning door de Commissie van de werkelijke inhoud van de overeenkomst van 16 januari 1975; onjuiste kwalificatie van deze overeenkomst en haar bepalingen door de Commissie; weigering van de Commissie om op grond van artikel 85, lid 3, ontheffing voor de overeenkomst te verlenen; en tenslotte, onwettigheid van de aan BAT opgelegde geldboete.

Het middel betreffende miskenning door de Commissie van de draagwijdte van de gewraakte overeenkomst

19 Zakelijk weergegeven stelt BAT met betrekking hiertoe in de eerste plaats, dat zij inmiddels afstand heeft gedaan van haar rechten uit de gewraakte overeenkomst, die voor haar niet meer van belang is, en dat zij dit tijdens de hoorzitting voor de Commissie kenbaar heeft gemaakt. In de tweede plaats zou de Commissie de inhoud van de gewraakte overeenkomst hebben miskend, want ondanks de redactionele fout die bij de sluiting van de overeenkomst in de tekst is geslopen, zou het Segers nooit verboden zijn geweest om shagtabak onder het merk Toltecs in de handel te brengen.

20 Met betrekking tot het eerste punt betwist de Commissie niet, dat tijdens de hoorzitting een dergelijke verklaring is afgelegd, doch zij blijft bij haar opvatting, dat voor de opzegging van de overeenkomst een formele, tot de wederpartij gerichte

verklaring van BAT vereist was, en dat BAT voorts had moeten bewijzen dat zij tenminste de laatste tussenhandelaar tot wie Segers zich had gewend, namelijk Planta, ervan in kennis had gesteld, dat niets meer aan het in de handel brengen van Toltecs-shagtabak in de weg stond. Nu iedere aanwijzing in die richting ontbrak, moest worden aangenomen dat de overeenkomst nog steeds van kracht was.

21 Met betrekking tot het tweede punt lijkt de Commissie ervan uit te gaan, dat BAT, die wist dat Segers geen krulsnedetabak vervaardigde, het woord „Krüllschnittabak" bewust in de overeenkomst heeft doen opnemen, met het doel de invoer van shagtabak onder het merk Toltecs geheel onder controle te krijgen.

22 Het standpunt van de Commissie met betrekking tot het eerste punt is juist. Een intentieverklaring van BAT tijdens de hoorzitting voor de Commissie kan geen einde maken aan een overeenkomst met een derde. De overeenkomst van 16 januari 1975 moet dus worden geacht nog steeds te hebben bestaan toen de Commissie haar beschikking gaf.

23 Met betrekking tot de vraag of de gewraakte overeenkomst al dan niet betrekking had op shagtabak, kan worden volstaan met de vaststelling dat de overeenkomst objectief dubbelzinnig is en op onderling tegenstrijdige wijzen wordt uitgelegd. Weliswaar is deze dubbelzinnigheid in de eerste plaats aan Segers te wijten, die zelf de betrokken tekst heeft voorgesteld, doch dit neemt niet weg dat BAT van deze dubbelzinnigheid gebruik heeft gemaakt om haar doel te bereiken, namelijk Segers de verkoop te verbieden van het enige type tabak dat hij werkelijk vervaardigde.

24 BAT kan de Commissie dan ook niet verwijten, dat deze aan de overeenkomst een draagwijdte heeft toegekend die zijzelf er door haar gedrag aan heeft gegeven.

25 Dit middel moet mitsdien worden verworpen.

Het middel betreffende onjuiste kwalificatie van de gewraakte overeenkomst door de Commissie

26 Volgens verzoekster is de juridische beoordeling door de Commissie van de overeenkomst van 16 januari 1975 onjuist en onverenigbaar met de huidige stand van het gemeenschapsrecht. Er zou hier sprake zijn van een „afbakeningsovereen-

komst" tussen merken, vergezeld van een zogenoemde „niet betwistingsclausule", om het merk Dorcet ook na afloop van de wettelijke beschermingsperiode te consolideren. Of dergelijke overeenkomsten rechtmatig zijn, zou een vraag zijn van nationaal recht; dergelijke bepalingen zijn in de praktijk gebruikelijk en zouden naar Duits recht volstrekt geoorloofd zijn. Verzoekster betwist dan ook het recht van de Commissie om zelf een oordeel te geven over het gevaar voor verwarring van twee merken. Haar kritiek richt zich in het bijzonder op het feit dat de Commissie zich in naam van het gemeenschapsrecht aanmatigt een ander beoordelingscriterium vast te stellen dan dat van het nationale recht, waar zij in punt II, 3, A, f, van de motivering van haar beschikking verklaart, dat zij geen „ernstig" gevaar voor verwarring tussen de twee merken kan aannemen. BAT betwist dat voor de beoordeling van dit gevaar twee verschillende maatstaven, een nationale en een communautaire, mogen worden aangelegd. Zij verklaart, dat er naar Duitse rechtsopvatting bij de woorden Toltecs en Dorcet inderdaad een dergelijk gevaar bestaat; dit zou overigens ook door Segers zijn erkend, want anders zou hij niet hebben besloten, verzoekster een afbakeningsovereenkomst voor te stellen.

27 Verzoekster wordt in haar opvatting op dit punt gesteund door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland, die op het grote praktische belang van „afbakeningsovereenkomsten" in het merkenrecht wijst. Gezien het grote aantal bestaande merken, zouden dergelijke overeenkomsten in belangrijke mate bijdragen tot het voorkomen van gerechtelijke procedures, omdat de betrokken partijen daardoor in staat zijn door minnelijke regeling de werkingssfeer van hun respectieve rechten af te bakenen. Nagenoeg al deze overeenkomsten zouden op afbakening naar produkten berusten. Ook de zogenoemde „niet-betwistingsclausules" en „voorrangsregelingen" zouden tot de standaardinhoud van dergelijke overeenkomsten behoren.

28 De Duitse regering beklemtoont, dat de vraag of dergelijke overeenkomsten geldig zijn, door het nationale recht wordt beheerst; in het onderhavige geval zou men volgens de in Duitsland gehanteerde beoordelingscriteria de mogelijkheid van verwarring van beide merken niet kunnen uitsluiten. De Commissie zelf zou tijdens de hoorzitting hebben erkend, dat er op grond van het klankbeeld inderdaad een dergelijk gevaar bestaat. De Commissie zou haar eigen beoordeling niet in de plaats kunnen stellen van die van de partijen bij een dergelijke overeenkomst.

29 De Duitse regering beschouwt „afbakeningsovereenkomsten" dus in beginsel niet als mededingingsbeperkingen in de zin van artikel 85. Zij erkent echter dat een dergelijke overeenkomst wel in strijd kan komen met artikel 85, indien zij niet

werkelijk dient ter oplossing van een merkenconflict, maar een beperking van de mededinging ten doel en tot inhoud heeft; zij noemt in dit verband met name het gebruik van dergelijke overeenkomsten ter verdeling van de markt.

30 De Commissie verdedigt haar beschikking als volgt: ofschoon de beoordeling van het gevaar voor verwarring tussen merken een zaak van nationaal recht is, zou de omvang van het uit het merk voortvloeiende exclusiviteitsrecht door de invloed van het gemeenschapsrecht worden beperkt. Deze beperkingen zouden zowel voortvloeien uit de mededingingsvoorschriften als uit artikel 36 EEG-Verdrag, dat invoerbeperkingen slechts toelaat voor zover deze „gerechtvaardigd" zijn uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom; deze tweeledige beperking zou de Commissie tot uitdrukking hebben gebracht in het vereiste van een „ernstig" gevaar voor verwarring, teneinde te voorkomen dat een ruime uitlegging van het begrip gevaar voor verwarring door de nationale rechterlijke instanties of in het kader van afbakeningsovereenkomsten tussen merkgerechtigden zou leiden tot beperkingen van het vrije verkeer van goederen, die niet door het specifieke voorwerp van het merkrecht worden gerechtvaardigd. Bij vergelijking van de in de motivering van de bestreden beschikking afgebeelde merkbeelden van beide merken zou blijken dat elk gevaar voor verwarring is uitgesloten.

31 De Commissie betwist niet, dat „afbakeningsovereenkomsten" nuttig en geoorloofd kunnen zijn, doch wijst op het gevaar van dergelijke overeenkomsten in het kader van het mededingingsrecht, vooral wanneer er sprake is van loutere schijnovereenkomsten, die hierdoor worden gekenmerkt dat de houder van een ouder merk zich duidelijk zonder goede gronden verzet tegen een nieuw merk, teneinde een slecht geadviseerde en vaak economisch zwakkere deposant ertoe te brengen, dit kunstmatig gecreëerde conflict door middel van een afbakeningsovereenkomst te schikken. De Commissie wijst erop, dat deze gedachte tot uiting komt in punt IV, 2, a, van de beschikking, waar zij spreekt van „beweerde" afbakeningsovereenkomsten.

32 De Commissie hecht in dit verband bijzonder belang aan de zogenoemde „niet-betwistingsclausule", zij het met de beperking dat deze beoordeling enkel geldt voor het geval dat deze clausule is overeengekomen op een moment waarop de beschermingstermijn van een „reservemerk" reeds was verstreken. Volgens de Commissie zouden de openstelling van de markten en de mededinging ermee gediend zijn, dat de merkenregisters geschoond werden van inschrijvingen van niet gebruikte merken. De omstandigheid dat Segers de voorrang heeft erkend van een

merk dat reeds kon worden doorgehaald, en daarmee ook het recht van BAT om andere soortgelijke, en eventueel nog meer op het merk Toltecs gelijkende merken te doen inschrijven, vormt in de ogen van de Commissie dan ook een bijzonder ernstige aantasting van de vrije mededinging.

33 Het Hof erkent dat, gelijk verzoekster en de regering van de Bondsrepubliek Duitsland hebben uiteengezet en ook de Commissie toegeeft, zogenoemde „afbakeningsovereenkomsten", waarbij in het wederzijds belang van partijen en ter vermijding van verwarring of conflicten de gebruiksomvang van hun respectieve merken wordt vastgelegd, geoorloofd en doelmatig zijn. Dit verhindert echter niet, dat artikel 85 EEG-Verdrag op dergelijke overeenkomsten van toepassing is wanneer zij tevens een verdeling van de markt en andere mededingingsbeperkingen beogen. Zoals het Hof reeds vaststelde in zijn arrest van 13 juli 1966 (gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten, Jurispr. 1966, blz. 454), verzet de communautaire mededingingsregeling zich „tegen het misbruik van het krachtens enige nationale wetgeving verkregen merkrecht, waardoor de werking van het gemeenschapsrecht op het gebied van kartels zou worden belemmerd."

34 In dit licht bezien, blijkt de overeenkomst van 16 januari 1975 enkel verplichtingen en nadelen voor Segers te bevatten, namelijk

— de beperking van het gebruik van het merk Toltecs tot de verkoop van een bepaald type tabak, waarbij, zoals hiervoor opgemerkt, zelfs niet met zekerheid kan worden vastgesteld welk type is bedoeld;

— de afstand door Segers van het recht om zich tegenover het merk Dorcet op de voorrang van zijn eigen merk te beroepen, en dit zelfs na afloop van de wettelijke beschermingstermijn van vijf jaar;

— de afstand door Segers van het recht om in zijn reclame aan te geven, dat zijn tabak geschikt is of wordt aanbevolen voor het rollen van sigaretten.

Opgemerkt zij, dat deze laatste clausule zelfs ogenschijnlijk geen verband houdt met het eigenlijke probleem van het gebruik van het merk.

35 Daartegenover neemt BAT slechts een verplichting op zich die bij nader toezien zuiver fictief blijkt te zijn: zij verklaart zich bereid, haar oppositie tegen de be-

scherming van het merk Toltecs op de Duitse markt in te trekken. Zonder dat behoeft te worden ingegaan op de vraag volgens welke criteria het gevaar voor verwarring van twee merken moet worden beoordeeld, kan worden volstaan met de vaststelling dat, nu hier enerzijds, bij Segers, sprake was van een rechtmatig in een Lid-Staat verworven en gebruikt merk en anderzijds, bij BAT, van een niet-gebruikt reservemerk dat op verzoek van elke derde kon worden doorgehaald, BAT met haar oppositie, gevoerd in het kader van haar pogingen om de distributie van Segers' produkten onder controle te krijgen, misbruik heeft gemaakt van de aan haar merkenrecht verbonden bevoegdheden.

36 Deze houding van BAT blijkt ook uit de niet betwiste verklaringen in de beschikking en de stukken van het dossier, betreffende de wijze waarop BAT zich de overeenkomst met Segers ten nutte heeft gemaakt. Ook al kunnen Segers' moeilijkheden met zijn tussenhandelaars gedeeltelijk worden toegeschreven aan oorzaken die losstaan van zijn verhouding tot BAT, dit neemt niet weg, dat BAT zich herhaaldelijk in de relaties tussen Segers en de door deze gekozen tussenhandelaars heeft gemengd. Voorts is aangetoond, dat BAT de dubbelzinnigheid in de formulering van de overeenkomst heeft uitgebuit. De brief van BAT aan Segers van 14 februari 1980, waarmee een gelijkluidende mededeling van 14 december 1979 werd bevestigd, laat geen ruimte voor twijfel omtrent haar werkelijk oogmerk. Het ging er haar geenszins om, haar belang bij haar economisch volstrekt onbelangrijk reservemerk te beschermen, doch te beletten dat Segers' produkt op de Duitse markt in de handel werd gebracht.

37 De overeenkomst van 16 januari 1975 blijkt dus, dankzij een uitgelokt conflict op het gebied van het merkenrecht, BAT de mogelijkheid te hebben geboden, in te grijpen in de mededingingsverhoudingen. Waar het ging om invoer uit Nederland in Duitsland, staat buiten twijfel dat de intracommunautaire handel ongunstig is beïnvloed. De door de Commissie in haar beschikking genoemde feiten tonen eveneens aan, dat deze overeenkomst geen ander doel had dan BAT in staat te stellen de verhandeling van door Segers geproduceerde tabak op de Duitse markt te controleren en uiteindelijk te beletten.

38 De middelen die verzoekster ontleent aan een onjuiste kwalificatie van de betrokken overeenkomst, moeten bijgevolg worden verworpen.

Het middel betreffende niet-toepassing van artikel 85, lid 3

39 In punt III van haar beschikking zet de Commissie uiteen, waarom zij de mogelijkheid om artikel 85 niet op de litigieuze overeenkomst toe te passen, niet in overweging heeft genomen. Zij stelt vast, dat de overeenkomst niet is aangemeld, niet valt onder de uitzondering van artikel 4, lid 2, sub 2b, van verordening nr. 17, en op geen enkele wijze bijdraagt tot de verbetering van de produktie of de verdeling van de betrokken produkten.

40 Verzoekster stelt in dit verband, dat de Commissie haar weigering om artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag toe te passen, onvoldoende met redenen heeft omkleed. Daar de overeenkomst enkel tot doel had de uitoefening van een merkrecht te beperken, zou zij op grond van genoemde bepaling van verordening nr. 17 van aanmelding zijn vrijgesteld. Bovendien zou de overeenkomst hebben bijgedragen tot de verbetering van de verdeling van tabak op de Duitse markt, daar Segers zonder deze overeenkomst zijn produkt niet onder de benaming Toltecs had kunnen verhandelen.

41 Dit betoog is lijnrecht in tegenspraak met de inhoud van de overeenkomst van 16 januari 1975, zoals hierboven beschreven, en met het gedrag van BAT, dat er enkel op was gericht, de verhandeling van Segers' tabak op de Duitse markt te verhinderen. Het is dus zonder meer duidelijk, dat de betrokken overeenkomst niet aan de voorwaarden van artikel 85, lid 3, voldeed.

42 Ook dit middel moet derhalve worden verworpen.

De geldboete

43 In artikel 3 van de beschikking is aan BAT een geldboete van 50 000 Ecu opgelegd wegens de opneming van de zogenoemde „niet-betwistingsclausule" in de betrokken overeenkomst. In de motivering van de beschikking wordt de oplegging van deze boete onder punt IV, 1, b, gerechtvaardigd als volgt:

„Na de invoering van de gebruiksdwang in Duitsland bij de wet van 4 december 1967 besefte BAT dat het overeenkomen van een verbod om een beroep te doen op de door Segers verkregen rechten ook in geval van niet-gebruik van haar merk Dorcet na vijf jaar in strijd zou zijn met zin en doel van de wettelijke gebruiks-

dwang, volgens welke het merkenregister van niet gebruikte tekens zou moeten worden ontdaan en de toegang aan nieuwe aanvragen moest worden vergemakkelijkt.

In dit verband weegt bijzonder zwaar dat het merk Dorcet op 15 januari 1970 is ingeschreven en BAT de overeenkomst op 16 januari 1975, dus een dag na het aflopen van de door het Duitse merkenrecht gegeven beschermingsperiode, heeft ondertekend. BAT heeft daarmee beseft dat zij contractueel een rechtspositie consolideerde die reeds van rechtswege niet houdbaar was."

44 In de zesde alinea van deze paragraaf verklaart de Commissie, waarom zij ervan heeft afgezien, Segers een boete op te leggen, hoewel ook hij partij was bij de overeenkomst waarvan de onverenigbaarheid met artikel 85 wordt vastgesteld. Dit verschil in behandeling wordt gerechtvaardigd als volgt:

„De Commissie ziet er daarentegen van af aan Segers een geldboete op te leggen, hoewel ook hij inbreuk heeft gemaakt op artikel 85, lid 1. Segers is een kleine Nederlandse onderneming, die aan het begin van haar geschil met BAT over de rechtstoestand in Duitsland en het gemeenschapsrecht niet voldoende geïnformeerd was. De juridische onervarenheid van Segers blijkt voorts uit het verloop van zijn geschil met BAT, waarbij hij een klaarblijkelijk tegenstrijdige contractformulering tegen zich heeft laten gelden."

45 Verzoekster beklaagt zich in dit verband in wezen over de ongelijkheid waarmee de Commissie partijen bij een en dezelfde overeenkomst behandelt. Zij meent dat beide partijen gelijkelijk bij de overeenkomst betrokken zijn en dus gelijkelijk de verantwoordelijkheid ervoor moeten dragen. Voorts zou de door de Commissie als verzwarend aangemerkte omstandigheid dat de litigieuze overeenkomst is gesloten daags nadat de wettelijke beschermingstermijn voor het reservemerk Dorcet was verstreken, zuiver toevallig zijn en een gevolg van de traagheid waarmee Segers de correspondentie over de beoogde overeenkomst had gevoerd. Tenslotte wijst BAT elke schuld harerzijde van de hand omdat bij de totstandkoming van de overeenkomst niets erop wees, dat deze met het Duitse recht of het gemeenschapsrecht in strijd was.

46 Zonder dat behoeft te worden ingegaan op de ernst van de door beide ondernemingen gepleegde inbreuken en op de mate van ieders verantwoordelijkheid daarvoor, kan worden volstaan met de vaststelling, dat de boete niet is opgelegd wegens de aan Segers opgelegde verplichting om zijn produkten niet dan wel enkel via aan BAT welgevallige importeurs in de handel te brengen (artikel 1, sub 1, van de beschikking), maar wegens Segers' verplichtingen in verband met het gebruik van zijn merk (artikel 1, sub 2, van de beschikking). Laatstbedoelde verplichtingen kunnen in het kader van het communautaire mededingingsrecht echter alleen relevant zijn in samenhang met de verplichtingen met betrekking tot het in de handel brengen van Segers' produkten.

47 Op grond hiervan moeten de artikelen 3 en 4 van de beschikking waarbij aan BAT een geldboete is opgelegd, nietig worden verklaard.

Kosten

48 Ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering moet de in het ongelijk gestelde partij in de kosten worden verwezen. Ingevolge paragraaf 3, eerste alinea, van dit artikel kan het Hof de kosten echter geheel of gedeeltelijk compenseren indien partijen onderscheidenlijk op een of meer punten in het ongelijk worden gesteld. Daar de beschikking gedeeltelijk nietig is verklaard, dienen de kosten aldus te worden verdeeld, dat elk der partijen en interveniënten de eigen kosten draagt.

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1) Verklaart nietig de artikelen 3 en 4 van beschikking nr. 82/897 van de Commissie van 16 december 1982 inzake een procedure op grond van artikel 85 EEG-Verdrag (IV/C-30.128 Toltecs-Dorcet).

2) Verwerpt het beroep voor het overige.

3) Verstaat dat elk der partijen en interveniënten de eigen kosten zal dragen.

Mackenzie Stuart Bosco Due Kakouris

Pescatore Koopmans Everling Bahlmann Galmot

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op 30 januari 1985.

De griffier

P. Heim

De president

A. J. Mackenzie Stuart