ENTSCHEIDUNG DER KOMMISSION

vom 24. Juli 1974

betreffend ein Verfahren nach Artikel 85 des EWG-Vertrags (IV/28.374 — Advocaat Zwarte Kip)

(Nur der französische und der niederländische Text sind verbindlich)

(74/432/EWG)

DIE KOMMISSION DER EUROPÄISCHEN GEMEINSCHAFTEN —

gestützt auf den Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, insbesondere auf Artikel 85,

gestützt auf die Verordnung Nr. 17 des Rates vom 6. Februar 1962 (1), insbesondere auf Artikel 3,

im Hinblick auf die auf Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 gestützte Beschwerde des Herrn J. Soenen-Bouckaert, Kaufmann in Rumbeke, vom 27. Dezember 1973,

im Hinblick auf den Beschluß der Kommission vom 6. Februar 1974, in dieser Sache das Verfahren nach Artikel 3 der Verordnung Nr. 17 einzuleiten,

nach Anhörung der beteiligten Unternehmen gemäß Artikel 19 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 und der Verordnung Nr. 99/63 (2),

im Hinblick auf die vom Beratenden Ausschuß für Kartell- und Monopolfragen am 29. Mai 1974 gemäß Artikel 10 der Verordnung Nr. 17 abgegebene Stellungnahme,

in Erwägung nachstehender Gründe:

I. Sachverhalt

Am 29. April 1920 ließ die Gesellschaft N.V. Handelsmaatschappij v/h J.A. Van Olffen in Rotterdam, aus der die jetzige Gesellschaft B.V. Van Olffen in Hattem hervorgegangen ist (nachstehend „Van Olffen" genannt, mehrere Wort- und Bildzeichen unter der Sammelbezeichnung Advocaat Zwarte Kip registrieren.

Am 17. Februar 1938 schloß Van Olffen mit Herrn A.C. Thissen in Brüssel (nachstehend „Thissen " genannt) eine Warenzeichenabtretung genannte Vereinbarung; auf Grund dieser Vereinbarung übertrug Van Olffen alle Rechte an dem Warenzeichen Advocaat Zwarte Kip auf Thissen, der von diesem Zeitpunkt ab allein und unter Ausschluß jeder anderen Person in Belgien und in Luxemburg das Warenzeichen Advocaat Zwarte Kip benutzen und unter diesem Warenzeichen Eierlikör seiner eigenen Herstellung verkaufen konnte, und zwar unter der Auflage, den guten Ruf des Warenzeichens aufrechtzuerhalten; auf Grund der Vereinbarung wurde auf Thissen auch der Geschäftsbetrieb in Form des Rezeptes für das betreffende Produkt übertragen.

Die Gesellschaft Van Olffen, die jetzt zu 100 % über eine zwischengeschaltete Verwaltungsgesellschaft von der Gesellschaft N.V. Heineken in Amsterdam kontrolliert wird und an der N.V. Heineken eine Beteiligung von mehr als 25 % schon im Laufe des Jahres 1971 erworben hatte, fabriziert und vertreibt Eierlikör auf dem niederländischen Markt unter dem Warenzeichen Advocaat Zwarte Kip.

Am 14. Februar 1947 schloß Thissen eine Vereinbarung mit seinem Mitgesellschafter Herrn C.I. Nolet de Brauwere van Steeland in Vilvorde (nachstehend „Nolet" genannt); durch diese Vereinbarung trat Nolet in die Rechtsposition ein, die Thissen auf Grund des Vertrages vom 17. Februar 1938 erlangt hatte.

Am 27. Juli 1955 brachte Nolet sein Handelsgeschäft und alle seine Warenzeichen in die von ihm gegründete P.V.B.A. Cinoco in Vilvorde ein; aus dieser Gesellschaft ist die jetzige S.A. Cinoco in Brüssel (nachstehend „ Cinoco" genannt), hervorgegangen.

Cinoco ist ein auf dem Gebiet der Herstellung und des Vertriebs alkoholischer Getränke in Belgien und in Luxemburg tätiges Unternehmen; die Unternehmensgruppe Stella Artois besitzt seit 1972 eine Minderheitsbeteiligung von mehr als 25 % am Kapital von Cinoco.

Am 25. Februar 1971 hinterlegte Van Olffen verschiedene Wort- und Bildzeichen für Advocaat Zwarte Kip nach der Benelux-Warenzeichenkonvention. Er berief sich dabei auf die Tatsache, daß es sich hierbei um von ihm erworbene Rechte handelt; die Hinterlegung erfolgte jedoch unter Ausschluß der

(1) ABl. Nr. 13 vom 21. 2. 1962, S. 204/62.
(2) ABl. Nr. 127 vom 20. 8. 1963, S. 2268/63.

Bezeichnung von Eierlikör für Belgien und Luxemburg.

Am 20. Juli 1971 erneuerte die Cinoco nach dem Benelux-Warenzeichenrecht für Belgien und Luxemburg die Eintragung des Warenzeichens Advocaat Zwarte Kip, das sie am 20. Dezember 1966 bei dem Tribunal de Commerce in Brüssel hinterlegt hatte; Artikel 32 und 33 der Benelux-Warenzeichenkonvention regeln die Aufrechterhaltung erworbener Rechte; Artikel 33 regelt den Fall, daß auf Grund von Artikel 32 ein Warenzeichen verschiedenen Berechtigten in zwei oder drei Benelux-Ländern zusteht; in diesem Fall kann der Berechtigte sich der Einfuhr aus einem anderen Benelux-Land eines Produktes, das dasselbe Warenzeichen trägt, nicht widersetzen und auch keinen Schadenersatz verlangen, wenn das Produkt vom Berechtigten oder mit dessen Zustimmung in diesem anderen Land mit dem Warenzeichen gekennzeichnet worden ist und wenn zwischen den beiden Berechtigten wirtschaftliche Beziehungen über die Verwertung des betreffenden Produktes bestehen.

Am 8. Februar 1971 kaufte Herr J. Soenen-Bouckaert, Kaufmann in Rumbeke (nachstehend „Soenen" genannt) von einem Zwischenhändler in den Niederlanden eine bestimmte Menge des von Van Olffen hergestellten und vertriebenen Eierlikörs der Marke Advocaat Zwarte Kip und importierte sie anschließend nach Belgien.

Am 27. August 1971 verklagte Cinoco Soenen vor dem Handelsgericht Kortrijk wegen Verletzung des Warenzeichens Advocaat Zwarte Kip, um diesem den Gebrauch dieses Warenzeichens untersagen zu lassen. Am 24. Mai 1973 erließ das Handelsgericht Kortrijk ein Urteil, das der Klage stattgab, ohne die Vorschriften des EWG-Vertrags zu berücksichtigen. Dieses Urteil bewirkt für den belgischen und luxemburgischen Markt einen absoluten Gebietsschutz. Am 30. Juli 1973 legte Soenen bei dem Beroepshof in Gent Berufung ein, der das Verfahren ausgesetzt hat.

Die Tragweite der Vereinbarung einschließlich der Marktaufteilung wurde durch die Schreiben der Parteien vom 25. März und 13. Oktober 1971, vom 8. Juni 1972, vom 1. Juni, 19. Juni und 31. Juli 1973 bestätigt. Beispielsweise führt Van Olffen in seiner Antwort vom 13. Oktober 1971 auf das Schreiben Cinocos vom 25. März 1971 aus: „Wij verzekeren U echter, dat wij al het mogelijke zullen doen om te voorkomen dat onze Advocaat vanuit Nederland naar België geleverd wordt" (1);

Van Olffen vertreibt in den Niederlanden Eierlikör verschiedener Qualitäten unter demselben Warenzeichen Advocaat Zwarte Kip. Seit Juli 1973 stellt Van Olffen mindestens einen Teil des Eierlikörs her, der anschließend von Cinoco auf dem belgischen und luxemburgischen Markt verkauft wird. Auf Ersuchen Cinocos unterscheidet sich der so von Van Olffen gelieferte Eierlikör in Zusammensetzung, Alkoholgehalt und Aufmachung von dem von Van Olffen gewöhnlich in den Niederlanden verkauften Eierlikör.

Van Olffen gibt den Alkoholgehalt des Eierlikörs auf seinen Flaschen an; die von Soenen importierten Flaschen erwähnen daher einen Alkoholgehalt von 14 3/4 %; demgegenüber gibt Cinoco nicht den Alkoholgehalt des Eierlikörs auf seinen Flaschen an; er differenziert aber seine Flaschen von denen Van Olffens, indem er ein Etikett mit seiner Adresse hinzufügt, und zwar auch dann, wenn es sich um von Van Olffen hergestellten und von Cinoco in Belgien und Luxemburg vertriebenen Eierlikör handelt.

II. Begründung

Nach Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken.

Es verstößt gegen die Bestimmungen über den freien Warenverkehr im Gemeinsamen Markt, das heißt die Artikel 30 und 36 des EWG-Vertrags, wenn der Vertrieb eines Erzeugnisses, das in einem Mitgliedstaat rechtmäßig mit einem Warenzeichen versehen wurde, in einem anderen Mitgliedstaat allein mit der Begründung verboten wird, in diesem Staat bestehe ein ursprungsgleiches identisches Warenzeichen. Solange Unternehmen sich im Bereich des Warenzeichenrechts auf Grundsätze berufen, die nicht mit dem EWG-Vertrag in Einklang stehen, bleibt Artikel 85 dieses Vertrages anwendbar, soweit seine Tatbestandsmerkmale erfüllt sind und soweit insbesondere zwischen den beiden derzeitigen Berechtigten rechtliche, finanzielle, technische oder wirtschaftliche Verbindungen bestehen (2).

Die Erzeugnisse, die von dem ursprünglichen niederländischen Warenzeicheninhaber hergestellt und von diesem oder von Dritten nach Belgien und Luxemburg eingeführt werden, können nicht als Nachahmungen angesehen werden. Andererseits hindert diese Entscheidung der Kommission Cinoco nicht daran, die Einfuhr und den Vertrieb nachgemachter Erzeugnisse unter Berufung auf das Warenzeichen Advocaat Zwarte Kip untersagen zu lassen (3); der Bestand des Warenzeichens wird also nicht in Frage gestellt.

(1) Übersetzung: „Wir versichern Ihnen, daß wir alles in unserer Macht Stehende tun werden, um zu verhindern, daß unser Eierlikör aus den Niederlanden nach Belgien geliefert wird."

(2) Urteil des Gerichtshofes vom 3. Juli 1974, Rechtssache 192/73 (noch nicht veröffentlicht).

(3) Entscheidung der Kommission vom 29. September 1964, Grundig/Consten, ABl. Nr. 161 vom 20. Oktober 1964, S. 2545/64.

Van Olffen, Thissen, Nolet und Cinoco sind Unternehmen im Sinne von Artikel 85 Absatz 1; die Vereinbarung aus dem Jahre 1938, deren Parteien gewechselt haben, ist eine Vereinbarung zwischen diesen Unternehmen und daher geeignet, unter den Artikel 85 Absatz 1 zu fallen.

Auch vor dem Inkrafttreten des EWG-Vertrags abgeschlossene Vereinbarungen, deren Wirkungen nach diesem Zeitpunkt fortdauern, können unter Artikel 85 fallen; obwohl diese Vereinbarung zunächst eine Abtretung des Warenzeichens Advocaat Zwarte Kip vorsieht, ergibt sich doch aus ihrem Wortlaut und den späteren Ereignissen, wie dem Wechsel der Parteien, der Eintragung des Warenzeichens durch die beiden Parteien, dem Briefwechsel und der Klage Cinocos, daß die Vereinbarung über die ausschließliche Übertragung des Warenzeichens für Belgien und Luxemburg, die eine Marktaufteilung bezweckte, jedenfalls diese Wirkungen entfaltet.

Insoweit das Warenzeichen Advocaat Zwarte Kip dazu benutzt wird, die Einfuhr der Erzeugnisse mit demselben Warenzeichen Advocaat Zwarte Kip zu verhindern, bewirkt diese Vereinbarung, daß der freie Wettbewerb im Gemeinsamen Markt eingeschränkt wird, insbesondere indem den beteiligten Unternehmen und niederländischen Zwischenhändlern die Möglichkeit der freien Ausfuhr der betreffenden Erzeugnisse nach Belgien und Luxemburg genommen wird. Dies verringert das Angebot auf diesen Märkten und behindert die Nachfrage nach den betreffenden Erzeugnissen, indem belgische und luxemburgische Käufer davon abgehalten werden, die Erzeugnisse mit demselben Warenzeichen einzuführen. Das freie Spiel von Angebot und Nachfrage wird durch diese Aufteilung der Märkte eingeschränkt.

Hinsichtlich der Spürbarkeit der Beschränkung hat Cinoco sich auf die Anwendung der Bekanntmachung der Kommission vom 27. Mai 1970 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung berufen (1). Es ist jedoch darauf hinzuweisen, daß die in dieser Bekanntmachung gegebenen Hinweise keine ausschließliche Bedeutung haben und daß jedenfalls die Vereinbarung nicht die in dieser Bekanntmachung geforderten Voraussetzungen zugunsten kleiner und mittlerer Unternehmen erfüllt.

Van Olffen genießt die finanzielle und wirtschaftliche Unterstützung der N.V. Heineken, die erstere zu 100 % kontrolliert und die eine wesentliche Stellung unter den Herstellern alkoholischer Getränke in den Benelux-Ländern einnimmt. Die gleichen Beziehungen bestehen, wenn auch in weniger ausgeprägtem Maße, zwischen Cinoco und Stella Artois.

Auf dem Markt für Eierlikör in den Benelux-Ländern ist die Stellung der Vertragsparteien nicht unwesentlich; trotzdem bleibt zu prüfen, ob die Wettbewerbsbeschränkung spürbar ist. Obwohl es sich bei der von Soenen vorgenommenen Einfuhr nur um eine geringe Menge von Eierlikör handelte, kann die auf das Warenzeichenrecht gestützte Errichtung von Handelsschranken zwischen den Mitgliedstaaten die Einfuhr sehr wesentlicher Mengen des Erzeugnisses verhindern; die daraus entstehende potentielle Wettbewerbsbeschränkung ist daher sehr spürbar. Aus diesen Gründen bewirkt die in Frage stehende Vereinbarung auf spürbare Weise die Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes.

Cinoco wendet ein, daß die Aufspaltung der Märkte durch Qualitätsunterschiede des in Frage stehenden Erzeugnisses gerechtfertigt sei; während der von Soenen eingeführte Eierlikör 14 % Alkohol enthalte, seien es bei dem von Cinoco hergestellten Eierlikör 18 %. Inzwischen hat aber Cinoco den Alkoholgehalt seiner Erzeugnisse auf 16 % gesenkt. Außerdem kann ein Qualitätsunterschied nicht die Aufteilung der Märkte rechtfertigen; der Anbieter hat die Möglichkeit, die Zusammensetzung des Erzeugnisses, seinen Alkoholgehalt und seine Herkunft in der Aufmachung des Produktes anzugeben. Van Olffen hat außerdem den Alkoholgehalt auf seinen Flaschen angegeben, während Cinoco auf seinen Flaschen auf die Herkunft der von ihr verkauften Erzeugnisse hinweist. Bei dem Verbraucher wird daher nur dann ein Irrtum erregt, wenn der Anbieter die Angabe der Herkunft des Erzeugnisses oder die Zusammensetzung seiner Qualität vernachlässigt. Im vorliegenden Fall hat die von Soenen getätigte Einfuhr des von Van Olffen hergestellten und in den Verkehr gebrachten Eierlikörs die Interessen der Verbraucher nicht verletzt; sie hat vielmehr den Verbrauchern einen Vorteil gebracht, indem es diesen ermöglicht wurde, einen nach neuen Verfahren von Van Olffen hergestellten Eierlikör und darüber hinaus zu einem niedrigeren Preis zu kaufen. Außerdem muß es dem Verbraucher unbenommen bleiben, darüber zu entscheiden, welche Bedeutung er möglichen Qualitätsunterschieden beimessen will.

Die vorliegende Vereinbarung bewirkt auch eine Beeinträchtigung des Handels zwischen Mitgliedstaaten, indem sie Märkte mehrerer Mitgliedstaaten aufspaltet, nämlich auf der einen Seite die Niederlande und andererseits Belgien und Luxemburg; denn die Einfuhr mit demselben Warenzeichen versehener Originalerzeugnisse aus den Niederlanden nach Belgien und Luxemburg wird verhindert. Dies ist geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten in einer Weise zu beeinträchtigen, die der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten schadet.

Die Übertragung eines Warenzeichens fällt dann nicht unter das Verbot des Artikels 85, wenn sie zur Vermeidung jeder Marktaufteilung so gefaßt wird, daß

(1) ABl. Nr. C 64 vom 2. 6. 1970, S. 1.

sie die allgemeine Ausübung der Zeichenrechte auf Gemeinschaftsebene mit der Einhaltung der Wettbewerbsbedingungen und der Erhaltung der Markteinheit in Einklang zu bringen vermag (1); im vorliegenden Fall bewirkt die Warenzeichenübertragung die Aufrechterhaltung der Marktaufteilung; nur diese Wirkung ist daher im Interesse der Erhaltung der Markteinheit anzugreifen. Die vorliegende Entscheidung zielt daher nicht auf die Übertragung eines Warenzeichens auf ein anderes Unternehmen, sondern auf die damit verbundene und aufrechterhaltene Vereinbarung einer Marktaufteilung.

Die Vereinbarung aus dem Jahre 1938 erfüllt daher die Tatbestandsmerkmale des Artikels 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags.

Die Bestimmungen des Artikels 85 Absatz 1 können für nicht anwendbar erklärt werden auf

— Vereinbarungen oder Gruppen von Vereinbarungen zwischen Unternehmen,

— Beschlüsse oder Gruppen von Beschlüssen von Unternehmensvereinigungen,

— aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen oder Gruppen von solchen,

die unter angemessener Beteiligung der Verbraucher an dem entstehenden Gewinn zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen, ohne daß den beteiligten Unternehmen

a) Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerläßlich sind, oder

b) Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten.

Die vorliegende Vereinbarung ist nicht bei der Kommission gemäß Artikel 5 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17 angemeldet worden. Sie ist auch nicht gemäß Artikel 5 Absatz 2 in Verbindung mit Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe b) von der Anmeldung ausgenommen, denn sie bewirkt, daß auch der Veräußerer des Warenzeichens und Dritte an der freien Ein- und Ausfuhr der dasselbe Warenzeichen tragenden Erzeugnisse innerhalb der Gemeinschaft gehindert werden.

Selbst wenn die Vereinbarung von der Anmeldung ausgenommen wäre, könnte sie nicht die Regelung des Artikels 85 Absatz 3 in Anspruch nehmen, da sie offensichtlich nicht dessen Voraussetzungen erfüllt; sie trägt insbesondere nicht zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts im Sinne des Artikels 85 Absatz 3 bei sondern bewirkt im Gegenteil, daß die Verteilung von Eierlikör behindert wird.

Nach Artikel 3 Absatz 1 der Verordnung Nr. 17/62 kann die Kommission, wenn sie auf Antrag einen Verstoß gegen Artikel 85 des Vertrages feststellt, die beteiligten Unternehmen verpflichten, die festgestellte Zuwiderhandlung abzustellen. Auf Grund der vorstehenden Erwägungen hält es die Kommission für angebracht, die beteiligten Unternehmen zu verpflichten, diese Zuwiderhandlung unverzüglich abzustellen —

HAT FOLGENDE ENTSCHEIDUNG ERLASSEN:

Artikel 1

Die Vereinbarung vom 17. Februar 1938 über das Warenzeichen Advocaat Zwarte Kip in den Niederlanden, Belgien und Luxemburg stellt eine Zuwiderhandlung gegen Artikel 85 Absatz 1 des EWG-Vertrags dar, soweit sie die Verhinderung der Einfuhren von Erzeugnissen mit demselben Warenzeichen Advocaat Zwarte Kip bewirkt; sie erfüllt nicht die Voraussetzungen für eine Anwendung von Artikel 85 Absatz 3.

Artikel 2

Die B.V. Van Olffen in Hattem und die S.A. Cinoco in Brüssel sind verpflichtet, die in Artikel 1 festgestellte Zuwiderhandlung unverzüglich abzustellen, indem sie davon Abstand nehmen, den freien Handel mit Erzeugnissen desselben Warenzeichens Advocaat Zwarte Kip in den Niederlanden, Belgien und Luxemburg zu behindern.

Artikel 3

Diese Entscheidung ist an folgende Unternehmen gerichtet:

— Van Olffen B.V. in Hattem,

— Cinoco S.A. in Brüssel.

Brüssel, den 24. Juli 1974

Für die Kommission
Der Präsident
François-Xavier ORTOLI

(1) Urteil des Gerichtshofes vom 18. Februar 1971, RS 40/70, Sammlung Band XVII, S. 83.