BESCHIKKING VAN DE COMMISSIE

van 24 juli 1974

inzake een procedure op grond van artikel 85 van het E.E.G.-Verdrag (IV/28.374 — Advocaat Zwarte Kip)

(Slechts de teksten in de Nederlandse en de Franse taal zijn authentiek)

(74/432/EEG)

DE COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN,

Gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, en met name op artikel 85,

Gelet op Verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 (1), en met name op artikel 3,

Gezien het door de Heer, J. Soenen-Bouckaert, handelaar te Rumbeke, op 27 december 1973 ingediende verzoek op grond van Verordening nr. 17, artikel 3,

Gezien het besluit van de Commissie van 6 februari 1974 een procedure in te leiden op grond van Verordening nr. 17, artikel 3,

Gehoord de betrokken ondernemingen, overeenkomstig artikel 19, lid 1, van Verordening nr. 17 en de bepalingen van Verordening nr. 99/63/EEG (2),

Gezien het advies van het Adviescomité voor Mededelingsregelingen en economische machtsposities, uitgebracht overeenkomstig artikel 10 van Verordening nr. 17 op 29 mei 1974,

I. De feiten

Overwegende dat de feiten als volgt kunnen worden samengevat:

Op 29 april 1920 heeft de N.V. Handelsmaatschappij v/h J.A. van Olffen te Rotterdam — thans omgezet in de B.V. Van Olffen te Hattem — (hierna „Van Olffen" te noemen) een depot verricht voor verschillende merken en tekeningen gekenmerkt door de benamig Advocaat Zwarte Kip;

Op 17 februari 1938 heeft Van Olffen een overeenkomst gesloten met de Heer A.C. Thissen, te Brussel (hierna „Thissen" te noemen), waarbij Van Olffen alle rechten op het merk Advocaat Zwarte Kip overdroeg aan Thissen, die voortaan alleen en met uitsluiting van ieder ander, op het grondgebied van België en Luxemburg het merk Advocaat Zwarte Kip mag gebruiken en onder dit merk advocaat van eigen fabrikaat mag verkopen, voorzover de goede naam van het merk zal zijn gewaarborgd; deze overeenkomst droeg aan Thissen eveneens de goodwill over, in dit geval het recept van het betrokken produkt;

Van Olffen welke thans door de N.V. Heineken te Amsterdam voor 100 % wordt gecontroleerd door middel van een beheersmaatschappij, en waarin Heineken N.V. reeds in de loop van 1971 een deelneming van meer dan 25 % had verworven, fabriceert en verkoopt een eierlikeur (hierna „advocaat" te noemen) op de Nederlandse markt onder het merk Advocaat Zwarte Kip;

Op 14 februari 1947 heeft Thissen een overeenkomst afgesloten met de Heer C.I. Nolet de Brauwere van Steeland, te Vilvoorde (hierna „Nolet" te noemen) ten einde Nolet, met wie hij was geassocieerd, te subrogeren in de rechten welke hij door de overeenkomst van 17 februari 1938 had verkregen;

Op 27 juli 1955 heeft Nolet zijn handelszaak met inbegrip van al zijn merken ingebracht in de P.V.B.A. Cinoco te Vilvoorde, welke hij had opgericht en welke nadien werd omgezet in de N.V. Cinoco te Brussel (hierna „Cinoco" te noemen);

Cinoco fabriceert en verkoopt alcoholische dranken in Belgie en Luxemburg; de groep Stella Artois heeft sedert 1972 een minderheidsdeelneming in het kapitaal van Cinoco van meer dan 25 %;

Op 25 februari 1971 heeft Van Olffen een bevestigend Benelux-depot verricht voor het merk Advocaat Zwarte Kip met de aangifte dat hij behalve wat de grondgebieden van België en Luxemburg en het produkt advocaat betrof, daarvoor een verkregen recht bezat ;

Op 20 juli 1971 heeft Cinoco een bevestigend Benelux-depot verricht voor België en Luxemburg van het merk Advocaat Zwarte Kip, welke zij op 20 december 1966 ter griffie van de Handelsrechtbank te Brussel had ingeschreven; artikelen 32 en 33 van de

(1) PB nr. 13 van 21. 2. 1962, blz. 204/62.
(2) PB nr. 127 van 20. 8. 1963, blz. 2268/63.

Benelux-Conventie van 1962 inzake merken regelen de problemen van de verkregen rechten; artikel 33 bepaalt dat indien een merk krachtens artikel 32 aan verschillende merkhouders in twee of drie der Benelux-landen toebehoort, de merkhouder in een van deze landen zich niet kan verzetten tegen de invoer van waren die hetzelfde merk dragen en die uit een ander Benelux-land afkomstig zijn, noch schadevergoeding eisen voor deze invoer, wanneer het merk in dat andere land door de merkhouder of met zijn goedkeuring is aangebracht en wanneer tussen beide merkhouders ten aanzien van de exploitatie van de betrokken waren een band van economische aard bestaat;

Op 8 februari 1971 heeft de Heer J. Soenen-Bouckaert, handelaar te Rumbeke (hierna „Soenen" te noemen), een bepaalde hoeveelheid door Van Olffen gefabriceerde en in de handel gebrachte advocaat onder het merk Advocaat Zwarte Kip bij een in Nederland gevestigde wederverkoper aangekocht en daarna in België ingevoerd;

Op 27 augustus 1971 heeft Cinoco Soenen gedagvaard voor de Rechtbank van koophandel te Kortrijk ten einde hem schuldig te doen verklaren aan namaking van het verbaal en figuratief merk Advocaat Zwarte Kip en hem het verbod op te leggen dit merk te gebruiken; op 24 mei 1973 heeft de Rechtbank van koophandel te Kortrijk een vonnis geveld dat deze eis inwilligde, zonder rekening te houden met de bepalingen van het E.E.G.-Verdrag; dit vonnis heeft tengevolge een absolute gebiedsbescherming toe te laten; Soenen heeft op 30 juli 1973 hoger beroep ingesteld bij het Hof van Beroep te Gent, waar de procedure thans is geschorst;

De draagwijdte van de overeenkomst welke de marktafscherming inhield werd tussen partijen bevestigd per brieven van 25 maart en 13 oktober 1971, 8 juni 1972, 1 en 19 juni en 31 juli 1973; in het bijzonder vermeldt de op 13 oktober 1971 door Van Olffen gestuurde brief in antwoord op de brief van 25 maart 1971 van Cinoco: „Wij verzekeren U echter, dat wij al het mogelijke zullen doen om te voorkomen dat onze advocaat van uit Nederland naar België geleverd wordt";

Van Olffen brengt in Nederland onder hetzelfde merk Advocaat Zwarte Kip advocaat van verschillende kwaliteiten in de handel; sedert juli 1973 fabriceert Van Olffen bovendien ook minstens een deel van de advocaat welke Cinoco daarna op de Belgische en Luxemburgse markt afzet; op aanvraag van Cinoco was de door Van Olffen aldus aan hem geleverde advocaat zowel wat betreft de samenstelling, het alcoholgehalte als de verpakking afwijkend van de in Nederland door Van Olffen doorgaans verkochte advocaat;

Van Olffen vermeldt het alcoholgehalte van de advocaat op zijn flessen; aldus vermelden de door Soenen ingevoerde flessen een alcoholgehalte van $14^3/_4°$, Cinoco daarentegen vermeldt niet het alcoholgehalte van de advocaat op zijn flessen, maar onderscheidt zijn flessen van die van Van Olffen door ze van een etiket te voorzien dat zijn adres vermeldt, zelfs indien de advocaat door Van Olffen is vervaardigd en daarna door Cinoco in België en Luxemburg wordt verkocht.

II. De beoordeling

Overwegende dat volgens artikel 85, lid 1, van het E.E.G.-Verdrag onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt en verboden alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Staten ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of tengevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijk markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst;

Overwegende dat het feit van het verhinderen van de verhandeling in een Lid-Staat van een produkt dat op wettige wijze een merk in een andere Lid-Staat draagt, met als enige reden dat een identiek merk van dezelfde afkomst, in de eerste Lid-Staat bestaat, onverenigbaar is met de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt, met name de artikelen 30 en 36 van het E.E.G.-Verdrag; dat zolang echter ondernemingen inzake merkenrecht principes inroepen welke onverenigbaar zijn met het E.E.G.-Verdrag, artikel 85 van dit Verdrag van toepassing blijft voorzover de elementen van de inbreuk voorhanden zijn en er in het bijzonder tussen de twee huidige merkhouders banden van juridische, financiële, technische of economische aard bestaan [1];

Overwegende dat de door de oorspronkelijke Nederlandse houder van het merk gefabriceerde produkten die door deze of door derden in België of Luxemburg worden ingevoerd niet kunnen worden beschouwd als nagemaakte produkten; dat de Commissie anderzijds door deze beschikking Cinoco niet zal verhinderen de invoer en het aanbieden van nagemaakte produkten in België of Luxemburg te beletten met een beroep op zijn recht op het merk Advocaat Zwarte Kip [2]; dat het merkenrecht dus niet in zijn bestaan wordt aangetast;

Overwegende dat Van Olffen, Thissen, Nolet en Cinoco ondernemingen zijn in de zin van lid 1 van artikel 85 en dat de in 1938 gesloten overeenkomst

---

[1] Arrest van het Hof van Justitie van 3 juli 1974 in de zaak 192/73, nog niet gepubliceerd.

[2] Beschikking van de Commissie van 29 september 1964, Grundig/Consten, PB nr. 161 van 20. 10. 1964, blz. 2545/62.

waarin partijen zijn gesubrogeerd, een overeenkomst is tussen deze ondernemingen en dus onder toepassing van lid 1 van artikel 85 kan vallen;

Overwegende dat voor de datum van inwerkingtreding van het E.E.G.-Verdrag gesloten overeenkomsten, die echter na die datum doorwerken, onder artikel 85 kunnen vallen; dat hoewel de tekst van van deze overeenkomst de overdracht van het merk Advocaat Zwarte Kip betreft, de bewoordingen van de overeenkomst en de daaropvolgende feiten zoals de subrogaties van partijen, de latere inschrijvingen van de merken door partijen, hun briefwisseling en de gerechtelijke vordering van Cinoco, duidelijk erop wijzen dat de overeenkomst van 1938 een afscheiding van de markten ten doel had en dit in elk geval heden nog ten gevolge heeft;

Overwegende dat deze overeenkomst, voorzover het merk Advocaat Zwarte Kip gebruikt wordt om de invoer van advokaat die hetzelfde merk advocaat Zwarte Kip draagt, te beletten, ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt beperkt, met name omdat zij het de partijen bij de overeenkomst en de Nederlandse wederverkopers onmogelijk maakt vrij de betrokken produkten naar België en Luxemburg uit te voeren, hetgeen het aanbod op deze markten beperkt, en tevens, doordien het de Belgische en Luxemburgse wederverkopers verhindert de produkten, die hetzelfde merk advocaat Zwarte Kip dragen in te voeren, de vraag naar deze produkten belemmert; dat het vrije spel van vraag en aanbod aldus door deze marktafscherming beperkt wordt;

Overwegende dat betreffende de merkbaarheid van de beperking Cinoco de toepassing van de Bekendmaking van de Commissie van 1970 betreffende de overeenkomsten van geringe betekenis [1] heeft ingeroepen; dat moet worden opgemerkt dat de elementen van deze bekendmaking van indicatieve aard zijn; dat in elk geval de overeenkomst aan de voorwaarden die in deze bekendmaking zijn aangehaald ten voordele van de kleine en middelgrote ondernemingen niet voldoet;

Overwegende dat Van Olffen de financiële en commerciële macht achter zich heeft van de N.V. Heineken, die hem voor 100 % controleert en die een belangrijke plaats inneemt onder de binnen de Benelux opererende fabrikanten van alcoholhoudende dranken; dat eenzelfde verhouding, hoewel minder uitgesproken, zich voordoet tussen Cinoco en Stella Artois; dat op de Beneluxmarkt voor advocaat de door de partijen bij de overeenkomst ingenomen marktposities niet te veronachtzamen zijn; dat niettemin moet worden nagegaan of de beperking van de mededinging merkbaar is; dat hoewel de door Soenen verrichte invoer slechts een betrekkelijk kleine hoeveelheid advocaat betrof, de oprichting van belemmeringen tussen de Lid-Staten die op het merkenrecht zijn gegrond, de invoer van zeer grote hoeveelheden produkten kan verhinderen; dat de hieruit voortvloeiende potentiële beperking van de mededinging derhalve zeer merkbaar is; dat de betrokken overeenkomst dientengevolge een merkbare beperking van de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt ten gevolge heeft;

Overwegende dat Cinoco heeft aangevoerd dat de marktafscherming zou gegrond zijn op een kwaliteitsverschil tussen de betrokken produkten; dat met name de door Soenen ingevoerde advocaat een alcoholgehalte van ongeveer 14° zou hebben terwijl dat van de door Cinoco gefabriceerde advocaat 18° zou bedragen; dat Cinoco het alcoholgehalte van zijn advocaat ondertussen tot 16° heeft teruggebracht; dat echter een verschil in kwaliteit een marktafscherming niet kan rechtvaardigen; dat de aanbieder de mogelijkheid heeft de samenstelling van het produkt, zijn alcoholgehalte en zijn oorsprong in de verpakking te vermelden; dat Van Olffen overigens het alcoholgehalte op zijn flessen heeft vermeld, terwijl Cinoco de oorsprong van de door hem verkochte produkten op zijn flessen vermeldde; dat de consument dus slechts kan worden misleid indien de aanbieder nalaat de oorsprong van het produkt of de samenstelling van zijn kwaliteit te vermelden; dat de invoer door Soenen van de door Van Olffen gefabriceerde en in de handel gebrachte advocaat, in onderhavig geval, de belangen van de consument niet heeft geschaad, maar eerder de consument ten goede kwam door hem gelegenheid te bieden advocaat te kopen welke vervaardigd was volgens de nieuwe procédé's van Van Olffen en eveneens tegen een lagere prijs; dat bovendien de consument vrij moet blijven te beslissen welke betekenis hij aan een kwaliteitsverschil toekent;

Overwegende dat deze overeenkomst eveneens ten gevolge heeft de handel tussen Lid-Staten te beïnvloeden door de afscheiding van de markten tussen een aantal van deze Lid-Staten, met name Nederland enerzijds en België en Luxemburg anderzijds, omdat de invoer van produkten die hetzelfde merk dragen uit Nederland naar België en Luxemburg wordt verhinderd, hetgeen de handel tussen Lid-Staten merkbaar ongunstig kan beïnvloeden op een wijze die voor de verwezenlijking van de eenheid van de gemeenschappelijke markt tussen de Lid-Staten schadelijk zou kunnen zijn;

Overwegende dat een overeenkomst tot overdracht van een merk slechts aan het in artikel 85 vervatte verbod ontsnapt, indien zij ten einde iedere verdeling van de markt te vermijden, aldus wordt ingericht dat de tot het gehele plan van de Gemeenschap uitgebreide uitoefening van merkrechten zal geschieden met eerbiediging van de concurrentieverhoudingen

[1] PB nr. C 64 van 2. 6. 1970.

en de eenheid van de markt (1); dat in dit geval, de gevolgen van de overeenkomst het afgescheiden houden van de betrokken markten met zich brengen; dat alleen deze beperking moet worden teniet gedaan om de eenheid van de markt te garanderen; dat deze beschikking derhalve niet de overeenkomst betreft voorzover zij de overdracht van het merk van een onderneming aan een andere onderneming betreft, maar alleen de daarin opgesloten overeenkomst tot afscheiding van de markten;

Overwegende dat de in 1938 gesloten overeenkomst aldus de voorwaarden tot toepassing van lid 1 van artikel 85 van het E.E.G.-Verdrag vervult;

Overwegende dat echter artikel 85, lid 1, buiten toepassing kan worden verklaard voor elke overeenkomst of groep van overeenkomsten tussen ondernemingen voor elk besluit of groep van besluiten van ondernemersverenigingen en voor elke onderling afgestemde feitelijke gedraging of groep van gedragingen die bijdragen tot verbetering van de produktie of van de verdeling der produkten of tot bevordering van de technische of economische vooruitgang, mits een billijk aandeel in de daaruit voortvloeiende voordelen de gebruikers ten goede komt, en zonder nochtans aan de betrokken ondernemingen:

a) beperkingen op te leggen welke voor het bereiken van deze doelstellingen niet onmisbaar zijn;

b) de mogelijkheid te geven, voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten de mededinging uit te schakelen;

Overwegende dat deze overeenkomst niet bij de Commissie werd aangemeld overeenkomstig artikel 5, lid 1, van Verordening nr. 17/62 van de Raad; dat zij ook niet is ontslagen van deze aanmelding op grond van artikel 5, lid 2, van die Verordening, juncto artikel 4, lid 2 sub b), aangezien ze tengevolge heeft dat de verkoper en derden verhinderd worden produkten van hetzelfde merk vrij in en uit te voeren binnen de Gemeenschap;

Overwegende dat zelfs indien deze overeenkomst van aanmelding was vrijgesteld, zij toch niet kan genieten van de ontheffing op grond van lid 3 van artikel 85; dat zij immers niet voldoet aan de daartoe vereiste voorwaarden; dat zij in het bijzonder niet bijdraagt tot de verbetering van de produktie en de verdeling der produkten of tot de bevordering van de technische of economische vooruitgang in de zin van artikel 85, lid 3; dat zij integendeel tengevolge heeft dat de verdeling van de advocaat wordt belemmerd;

Overwegende dat de Commissie conform artikel 3, lid 1, van Verordening nr. 17/62 indien, zij, op verzoek, een inbreuk op artikel 85 van het Verdrag vaststeld de betrokken ondernemingen bij beschikking kan verplichten aan de vastgestelde inbreuk een einde te maken; dat de Commissie aan de hand van de hierboven gegeven overwegingen de betrokken ondernemingen wenst te verplichten deze inbreuk onmiddellijk te beëindigen;

HEEFT DE VOLGENDE BESCHIKKING GEGEVEN:

Artikel 1

De op 17 februari 1938 gesloten overeenkomst betreffende het gebruik van het merk Advocaat Zwarte Kip in Nederland, België en het Groothertogdom Luxemburg vormt, voor zover zij tengevolge heeft de invoer van produkten die hetzelfde merk Zwarte Kip dragen te beletten, een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het E.E.G.-Verdrag en voldoet niet aan de voorwaarden voor toepassing van lid 3 van dat artikel.

Artikel 2

De B.V. van Olffen te Hattem en de N.V. Cinoco te Brussel moeten onverwijld een einde maken aan de in artikel 1 vastgestelde inbreuk, door zich ervan te onthouden het vrije verkeer van goederen, die het merk Advocaat Zwarte Kip dragen, te beletten tussen Nederland, België en Luxemburg.

Artikel 3

Deze beschikking is gericht tot de volgende ondernemingen:

— Van Olffen B.V., te Hattem,

— Cinoco N.V., te Brussel.

Gedaan te Brussel, 24 juli 1974.

Voor de Commissie

De Voorzitter

François-Xavier ORTOLI

(1) Arrest van het Hof van Justitie van 18 februari 1971 in de zaak 40/70, jur. XVII, 83.