KOMMISSIONENS BESLUTNING

af 24. juli 1974

om en procedure i henhold til artikel 85 i EØF-traktaten (IV/28.374 — Advocaat Zwarte Kip)

(Den franske og den nederlanske tekst er de eneste autentiske)

(74/432/EØF)

KOMMISSIONEN FOR DE EUROPÆISKE FÆLLESSKABER HAR —

under henvisning til traktaten om oprettelse af Det europæiske Fællesskab, særlig artikel 85,

under henvisning til Rådets forordning nr. 17 af 6. februar 1962 [1], særlig artikel 3,

under henvisning til begæring fremsat den 27. december 1973 af Hr. J. Soenen-Bouckaert, handlende i Rumbeke, i henhold til artikel 3 i forordning nr. 17,

under henvisning til den beslutning som Kommissionen den 6. februar 1974 traf om at indlede en procedure i medfør af artikel 3, i forordning nr. 17,

under henvisning til, at der er indhentet udtalelser fra de interesserede virksomheder i overensstemmelse med artikel 19, stk. 1, i forordning nr. 17 og i overensstemmelse med bestemmelserne i forordning nr. 99/63/EØF [2],

under henvisning til den af Det rådgivende Udvalg for kartel- og monopolspørgsmål i henhold til artikel 10, i forordning nr. 17, afgivne udtalelse den 29. maj 1974,

og ud fra følgende betragtninger:

I. De faktiske omstændigheder

Den 29. april 1920 indregistreredes forskellige mønstre og varemærker samlet under betegnelsen Advocaat Zwarte Kip af selskabet N.V. Handelmaatschappij v/h J.A. Van Olffen i Rotterdam — der nu er blevet til selskabet B.V. Van Olffen i Hattem — (herefter benævnt »Van Olffen«).

Den 17. februar 1938 indgik Van Olffen en aftale om »overdragelse af varemærkerettigheder« med hr. A. C. Thissen i Bruxelles (herefter benævnt »Thissen«). Ifølge denne aftale overdrog Van Olffen alle rettigheder til mærket Advocaat Zwarte Kip til Thissen, som derefter alene og med udelukkelse af enhver anden kunne benytte varemærket Advocaat Zwarte Kip i Belgien og i Luxembourg og sælge Advocaat-produkter af egen fabrikation under dette mærke, forudsat at markets gode omdømme bevaredes. Ifølge aftalen overdroges endvidere goodwill'en, det vil sige indtægten af det pågældende produkt, til Thissen.

Van Olffen, som på nuværende tidspunkt kontrolleres 100 % af selskabet N.V. Heineken i Amsterdam gennem et holdingselskab, og i hvilket Heineken N.V. allerede havde opnået en kapitalandel på over 25% i løbet af året 1971, fremstiller og sælger æggelikør (herefter benævnt »advocaat«) på det nederlandske marked under mærket Advocaat Zwarte Kip.

Den 14. februar 1947, indgik Thissen en aftale med hr. C. I. Nolet de Brauwere van Steeland i Vilvorde (herefter benævnt »Nolet«) med henblik på at indsætte Nolet, med hvem han var gået i kompagniskab, i de rettigheder, som han havde opnået ved aftalen af 17. februar 1938.

Den 27. juli 1955 overdrog Nolet sin handelsvirksomhed samt alle sine mærker til det af ham oprettede selskab PVBA Cinoco i Vilvorde, som senere er blevet til selskabet SA Cinoco i Bruxelles (herefter benævnt »Cinoco«).

Cinoco er en virksomhed, der er aktiv indenfor fremstillingen og salget af alkoholiske drikke i Belgien og i Luxembourg. Gruppen Stella Artois har siden 1972 besiddet en kapitalandel i Cinoco på over 25%.

Den 25. februar 1971 fornyede Van Olffen ved en Benelux-registrering varemærket Advocaat Zwarte Kip, idet selskabet angav, at det havde velerhvervede rettigheder herpå med undtagelse af Belgien og Luxembourg og med undtagelse af advocaat.

Den 20. juli 1971 fornyede Cinoco ved en Benelux-registrering for så vidt angik Belgien og Luxembourg mærket advocaat Zwarte Kip, som det den 20. december 1966 havde indregistreret ved Tribunal de commerce i Bruxelles. Artiklerne 32 og 33 i Benelux-konventionen af 1962 for varemærker regulerer ord-

[1] EFT nr. 13 af 21. 2. 1962, s. 204/62
[2] EFT nr. 127 af 20. 8. 1963, s. 2268/63

ningen for velerhvervede rettigheder. Artikel 33 bestemmer, at når et mærke i medfør af artikel 32 tilhører forskellige indehavere i to eller tre Benelux-lande, kan indehaveren af mærket i et af disse lande ikke modsætte sig import af en vare, der bærer dette mærke, og som kommer fra et andet Benelux-land eller kræve erstatning som følge af en sådan import, mærket i det andet land eller med hans tilladelse, såfremt mærket er blevet anbragt af indehaveren af og såfremt der mellem de to indehavere eksisterer forbindelser af økonomisk art vedrørende udnyttelsen af den pågældende vare.

Den 8. februar 1971 købte hr. J. Soenen-Bouckaert, en handlende i Rumbeke, (herefter benævnt »Soenen«), fra en i Nederlandene etableret mellemhandler en vis mængde advocaat, der var fremstillet og omsat af Van Olffen under mærket Advocaat Zwarte Kip, og indførte denne i Belgien.

Den 27. august 1971 stævnede Cinoco Soenen for Tribunal de commerce i Kortrijk for at få denne dømt for overtrædelse af varemærket og af mønstret Advocaat Zwarte Kip, og for at få ham forbudt at udnytte dette mærke. Den 24. maj 1973 afsagde Tribunal de commerce i Kortrijk en dom, som gav selskabet Cinoco medhold i dette krav, men som ikke tog hensyn til bestemmelserne i EØF-traktaten. Denne dom indebærer en fuldstændig områdebeskyttelse. Soenen har den 30. juli 1973 apelleret dommen til Cour d'appel i Gent; processen der er blevet udsat.

Aftalens betydning, herunder adskillelsen af markederne, blev bekræftet ved breve mellem parterne af 25. marts og 13. oktober 1971, 8. juni 1972, 1. juni, 19. juni og 31. juli 1973. Navnlig hedder det i det brev, som Van Olffen afsendte den 13. oktober 1971 som svar på Cinocos brev af 25. marts 1971: »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 udbyder advocaat i forskellige kvaliteter til salg i Nederlandene under det samme varemærke Advocaat Zwarte Kip. Derudover har Van Olffen siden juli 1973 fremstillet i det mindste en del af den advocaat, som derefter sælges af Cinoco på det belgiske og på det luxembourgske marked. Efter anmodning fra Cinoco er den advocaat, som Van Olffen således leverer, forskellig hvad angår sammensætning, alkoholprocent og emballage fra den advocaat, som Van Olffen normalt sælger i Nederlandene.

Van Olffen angiver advocaatens alkoholprocent på sine flasker; på flaskerne, der blev importeret af Soenen, stod således 14¾% alkohol. Cinoco angiver derimod ikke advocaatens alkoholprocent på sine flasker, men selskabet gør sine flasker forskellige fra Van Olffen's ved at anbringe en etikette på dem, der nævner dets adresse, selv når det drejer sig om advocaat, der er fremstillet af Van Olffen og sælges af Cinoco i Belgien og i Luxembourg.

II. Bedømmelse

I henhold til artikel 85, stk. 1, i EØF-traktaten er alle aftaler mellem virksomheder, alle vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og alle former for samordnet praksis, der kan påvirke handelen mellem medlemsstater, og som har til formål eller til følge at hindre, begrænse eller fordreje konkurrencen inden for fællesmarkedet, uforenelige med fællesmarkedet og forbudt.

Det er uforeneligt med bestemmelserne om fri varebevægelighed inden for fællesmarkedet, dvs. artiklerne 30 og 36 i EØF-traktaten, at forbyde afsætningen af et produkt, der lovligt bærer et mærke i en anden medlemsstat, med den ene begrundelse, at et identisk mærke, der har samme oprindelse, findes i den første medlemsstat. Så længe virksomhederne på varemærkerettens område påberåber sig principper, som ikke er i overensstemmelse med EØF-traktaten, forbliver artikel 85 i nævnte traktat anvendelig, for så vidt de nødvendige betingelser er opfyldte, og at der navnlig mellem de to aktuelle indehavere findes forbindelser af juridisk, finansiel, teknisk eller økonomisk art (2).

De produkter, der fremstilles af den oprindelige nederlandske indehaver af varemærket, og som indføres af denne eller af tredjemænd i Belgien eller i Luxembourg, kan ikke betragtes som efterlavede artikler. Nærværende kommissionsbeslutning hindrer på den anden side ikke Cinoco i, under påberåbelse af sin ret til varemærket Advocaat Zwarte Kip, at få forbudt indførsel og udbud af eftergjorte produkter (3). Selve eksistensen af varemærkeretten berøres således ikke.

Van Olffen, Thissen, Nolet og Cinoco er virksomheder i artikel 85, stk. 1's forstand, og den i 1938 ind-

(1) »Vi kan imidlertid forsikre Den om, at vi vil gøre alt muligt for at undgå, at vores advocaat udføres fra Nederlandene til Belgien«.

(2) Domstolens dom af 3. juli 1974 i sag nr. 192/73, endnu ikke offentliggjort i samlingen.

(3) Kommissionens beslutning af 29. september 1964, Grundig/Consten, EFT nr. 161 af 20. 10. 1964, s. 2545/64.

gåede aftale, i hvilken parterne er indtrådt, er en aftale mellem disse virksomheder, der følgelig kan være omfattet af artikel 85, stk. 1.

Aftaler, som er indgået før ikrafttrædelsen af EØF-traktaten, men som har virkninger efter denne dato, kan falde ind under artikel 85. Selv om ordlyden af den foreliggende aftale sigter mod en overdragelse af mærket Advocaat Zwarte Kip, fremgår det af aftalens bestemmelser samt af de senere begivenheder, som f eks. indtrælelsen af parterne, de på hinanden følgende registreringer af varemærkerne foretaget af parterne, deres brevveksling og Cinocos søgsmål, at aftalen af 1938 havde en markedsadskillelse til formål og under alle omstændigheder har denne virkning i dag.

Denne aftale har således, i det omfang varemærket Advocaat Zwarte Kip anvendes til at hindre indførselen af advocaat, der bærer det samme mærke Advocaat Zwarte Kip, til følge at begrænse konkurrencen inden for fællesmarkedet, især ved at berøve aftalens parter samt de nederlandske mellemhandlere muligheden for frit at udføre de pågældende varer til Belgien og Luxembourg, hvilket begrænser udbuddet på disse markeder og udgør en hindring for efterspørgslen af disse varer, idet de belgiske og luxembourgske mellemhandlere herved hindres i at indføre de varer, som bærer det samme mærke Advocaat Zwarte Kip. Denne markedsopdeling medfører således, at udbud og efterspørgsel begrænses.

Hvad angår begrænsningens mærkbarhed skal anføres, at Cinoco har påberåbt sig anvendelsen af Kommissionens meddelelse fra 1970 om aftaler af ringe betydning (1). Det skal fremhæves, at denne meddelelse kun har vejledende karakter. Under alle omstændigheder opfylder aftalen ikke betingelserne i denne meddelelse, der er lavet til fordel for små og mellemstore virksomheder.

Van Olffen nyder godt af financiel og handelsmæssig støtte fra N.V. Heineken, som kontrollerer Van Olffen 100%, og som indtager en betydelig position blandt producenterne af alkoholiske drikke i Beneluxlandene. Der findes en tilsvarende forbindelse, om end mindre udtalt, mellem Cinoco og Stella Artois. Parterne i aftalen indtager ikke nogen ubetydelig stilling på advocaatmarkedet i Beneluxlandene. Alligevel må det undersøges, om konkurrencebegrænsningen er mærkbar. Selv om den import, som Soenen foretog, kun vedrørte en lille mængde advocaat, kan oprettelsen af skranker mellem medlemsstaterne ved hjælp af varemærkeretten hindre import af meget betydelige mængder af produktet. Den potentielle begrænsning af konkurrencen er følgelig meget mærkbar. Den foreliggende aftale har således til følge at begrænse konkurrencen mærkbart inden for fællesmarkedet.

Cinoco er fremkommet med den indvending, at markedsopdelingen var berettiget som følge af en forskel i kvaliteten på de pågældende varer; især indeholdt den advocaat, som blev indført af Soenen, ca. 14% alkohol, mens den, der blev fremstillet af Cinoco, indeholdt 18%. I mellemtiden har Cinoco nedsat alkoholprocenten i sit produkt til 16%. En forskel i kvaliteten på de pågældende produkter kan imidlertid ikke berettige markedsopdelingen. Udbyderen har mulighed for på sit produkt at angive dets sammensætning, alkoholprocent og oprindelse. Van Olffen har i øvrigt angivet alkoholprocenten på sine flasker, medens Cinoco på sine flasker angav oprindelsen af de produkter, selskabet solgte. Forbrugeren kan således kun blive vildledt, hvis udbyderen undlader at nævne oprindelsen af produktet eller dets sammensætning. Den indførsel, som Soenen foretog af advocaat, der var fremstillet og bragt ud i omsætningen af Van Olffen, har ikke i det foreliggende tilfælde skadet forbrugerens interesser, men snarere gavnet disse ved at gøre det muligt for forbrugeren at købe advocaat, som var fremstillet efter de nye metoder, som Van Olffen benyttede, og tilmed til en lavere pris. Desuden bør forbrugeren ved sit valg frit kunne afgøre, hvilken betydning han ønsker at tillægge eventuelle kvalitetsforskelle.

Denne aftale har ligeledes til følge at påvirke handelen mellem medlemsstaterne som følge af adskillelsen af flere medlemsstaters markeder, dvs. Nederlandene på den ene side og Belgien og Luxembourg på den anden, idet indførslerne til Belgien og Luxembourg af varer med oprindelse i Nederlandene, som bærer samme mærke, forhindres, hvilket vil kunne påvirke handelen mellem medlemsstaterne mærkbart og på en måde, som ville kunne skade gennemførelsen af målene med et enhedsmarked mellem medlemsstaterne.

Overdragelse af en varemærkerettighed undgår kun forbuddet i artikel 85, såfremt den, idet den undgår enhver markedsopdeling, sker under betingelser, som vil kunne forene den almindelige udøvelse af varemærkerettighederne på fællesskabsplan med respekten for vilkårene for konkurrencen og markedsenhe-

(1) EFT nr. C 64 af 2. 6. 1970.

den (1). I det foreliggende tilfælde har aftalen til følge at holde de pågældende markeder adskilte. Det er kun i så henseende, at der er grund til at gribe ind for at bevare markedsenheden. Den foreliggende beslutning sigter således ikke på aftalen for så vidt den vedrører en virksomheds overdragelse af varemærkerettigheden til en anden virksomhed, men på bestemmelserne deri om opdeling af markederne.

Den i 1938 indgående aftale opfylder således betingelserne for anvendelse af artikel 85, stk. 1, i EØF-traktaten.

Bestemmelserne i artikel 85, stk. 1, kan dog erklæres uanvendelige på enhver aftale eller kategori af aftaler mellem virksomheder, på enhver vedtagelse eller kategori af vedtagelser inden for sammenslutninger af virksomheder og på enhver samordnet praksis eller kategori deraf, som bidrager til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, samtidig med at de sikrer forbrugerne en rimelig andel af fordelene herved, og uden at der:

a) pålægges de pågældende virksomheder begrænsninger, som ikke er nødvendige for at nå disse mål,

b) gives disse virksomheder mulighed for at udelukke konkurrencen for en væsentlig del af de pågældende varer.

Denne aftale er ikke blevet anmeldt til Kommissionen i overensstemmelse med artikel 5, stk. 1, i Rådets forordning nr. 17/62. Den er heller ikke fritaget for denne anmeldelse i henhold til artikel 5, stk. 2, i nævnte forordning, jfr. artikel 4, stk. 2, litra b), idet den har til følge at hindre sælgeren og trediemænd i frit at indføre og udføre varer, der bærer samme varemærke, inden for Fællesskabet.

Selv om denne aftale var fritaget for anmeldelse, ville den ikke kunne falde ind under bestemmelserne i artikel 85, stk. 3, idet den ikke opfylder de der nævnte betingelser. Navnlig bidrager aftalen ikke til at forbedre produktionen eller fordelingen af varerne eller til at fremme den tekniske eller økonomiske udvikling, således som dette forstås i artikel 85, stk. 3; denne aftale har tværtimod til følge at modvirke fordelingen af advocaat.

I henhold til artikel 3, stk. 1, i forordning nr. 17/62 kan Kommissionen, såfremt den på begæring konstaterer, at der foreligger en overtrædelse af bestemmelserne i traktatens artikel 85, ved en beslutning pålægge de deltagende virksomheder at bringe den konstaterede overtrædelse til ophør. Kommissionen ønsker på grundlag af ovennævnte betragtninger at pålægge de pågældende virksomheder øjeblikkeligt at bringe dennne overtrædelse til ophør.

TRUFFET FØLGENDE BESLUTNING:

Artikel 1

Aftalen af 17. februar 1938 vedrørende benyttelsen af varemærket Advocaat Zwarte Kip i Belgien, Nederlandene og Luxembourg udgør en overtrædelse af artikel 85, stk. 1 i EØF-traktaten for så vidt den har til følge at hindre indførselen af varer, der bærer det samme mærke Advocaat Zwarte Kip. Aftalen opfylder ikke betingelserne for anvendelse af stk. 3, i samme artikel.

Artikel 2

B.V. Van Olffen i Hattem og SA Cinoco i Bruxelles skal øjeblikkeligt bringe den i artikel 1 konstaterede overtrædelse til ophør og undlade at hindre den frie bevægelighed af varer, der bærer mærket Advocaat Zwarte Kip, i Belgien, Nederlandene og Luxembourg.

Artikel 3

Denne beslutning er rettet til følgende virksomheder:

— Van Olffen B.V. i Hattem,

— Cinoco SA i Bruxelles,

Udfærdiget i Bruxelles, den 24. juli 1974

På Kommissionens vegne

François-Xavier ORTOLI

Formand

(1) Domstolens dom af 18. februar 1971 i sag nr. 40/70, samlingen XVII, s. 83.