ARREST VAN HET HOF
VAN 20 JUNI 1978 [1]

Tepea BV
tegen Commissie van de Europese Gemeenschappen

„Onderhoudsprodukten voor platen"

Zaak 28/77

Samenvatting

1. *Mededinging — Overeenkomsten tussen ondernemingen — In derde landen gevestigde ondernemingen — Toepassing van art. 85, lid 1 — Voorwaarden*
(EEG-Verdrag, art. 85, lid 1)

2. *Mededinging — Overeenkomsten tussen ondernemingen — Verbod — Toepassing — Maatstaven — Merkbaar ongunstige beïnvloeding van het intracommunautaire handelsverkeer*
(EEG-Verdrag, art. 85, lid 1)

1. Het feit dat een der aan een overeenkomst deelnemende ondernemingen in een derde land is gevestigd, doet niet af aan de toepassing van art. 85, wanneer de overeenkomst op het grondgebied van de gemeenschappelijke markt effect sorteert.

2. Een overeenkomst valt niet onder het verbod van art. 85, wanneer zij het intracommunautaire handelsverkeer niet merkbaar ongunstig beïnvloedt.

In de zaak 28/77,

TEPEA BV (voorheen THEAL BV), te 's-Gravenhage, ten deze vertegenwoordigd door J. F. A. Verzijl, advocaat te 's-Gravenhage, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van E. Arendt, advocaat aldaar, 34 b, rue Philippe II,

verzoekster,

tegen

COMMISSIE VAN DE EUROPESE GEMEENSCHAPPEN, ten deze vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur B. van der Esch, als gemachtigde, en domicilie

1 — Procestaal: Nederlands.

gekozen hebbende te Luxemburg bij haar juridisch adviseur M. Cervino, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

verweerster,

ondersteund door:

J. D. Wilkes te Leeuwarden en All Wave BV te Delft, ten deze vertegenwoordigd door L. Wichers Hoeth en C. A. J. Crul, advocaten te Amsterdam, en domicilie gekozen hebbende te Luxemburg ten kantore van J. Loesch, rue Goethe nr. 2,

interveniënten,

betreffende verzoek tot nietigverklaring van de beschikking van de Commissie van 21 december 1976 inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag (IV/28 812 Theal-Watts; PB L 39 van 10 februari 1977, blz. 19 en tot vervallenverklaring van de in deze beschikking opgelegde boetes,

wijst

HET HOF VAN JUSTITIE,

samengesteld als volgt: H. Kutscher, president, M. Sørensen en G. Bosco, kamerpresidenten, A. M. Donner, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe en A. Touffait, rechters,

advocaat-generaal: F. Capotorti
griffier: A. Van Houtte

het navolgende

ARREST

Ten aanzien van de feiten

Overwegende dat de feiten, het procesverloop, de conclusies en de middelen en argumenten van partijen kunnen worden samengevat als volgt:

I — De feiten en het procesverloop

Op 21 december 1976 nam de Commissie tegen Tepea BV (hierna te noemen „Tepea") en Cecil E. Watts Limited (hierna te noemen „Watts") een beschikking die een excutoriale titel vormt in de zin van artikel 192 EEG-Verdrag. In artikel 1 van deze beschikking wordt een dubbele inbreuk vastgesteld op de communautaire mededingingsvoorschriften:

— de mondelinge alleenverkoopovereenkomst tussen de beide firma's, met inbegrip van de verlening van het uitsluitende recht op het gebruik van in Nederland gedeponeerde handelsmerken, vormt een inbreuk op artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag;

— Tepea (ten tijde van de litigieuze feiten nog „Theal NV", doch op 13 april 1976 omgezet in Tepea) heeft bij de aanmelding van de litigieuze overeenkomst op 24 januari 1963 onjuiste en misleidende gegevens verstrekt, hetgeen een overtreding vormt waarop in artikel 15, lid 1, sub a, van verordening nr. 17 van de Raad van 6 februari 1962 een sanctie is gesteld.

Bij de beschikking werd vervolgens de mogelijkheid verworpen om artikel 85, lid 1, overeenkomstig artikel 85, lid 3, buiten toepassing te verklaren. Voorts werd hun in de beschikking opgedragen onverwijld een einde te maken aan de in artikel 1 vastgestelde inbreuk en zich in de toekomst in het bijzonder te onthouden van ieder verder optreden, in welke vorm dan ook, met het doel de invoer of wederverkoop van Watts-produkten in Nederland te verhinderen.

Ten slotte werd beide firma's een boete opgelegd wegens inbreuk op artikel 85, lid 1; aan Tepea van 10 000 rekeneenheden of Fl 36 200 en Watts van 10 000 rekeneenheden of £ 4 166; bovendien werd Tepea een geldboete van 5 000 rekeneenheden of Fl 18 100 opgelegd wegens inbreuk op artikel 15, lid 1, sub a, van verordening nr. 17.

De Commissie baseerde haar beschikking op de volgende feiten:

1. Watts heeft sinds 1954 produkten voor het reinigen en in goede staat houden van grammofoonplaten uitgevonden, vervaardigd en verkocht, waarvan de vier voornaamste zijn:

— Watts „Dust Bug": een automatische platenreiniger voor draaitafels

— Watts „Parostatik" Disc Preener: voor het onderhoud van nieuwe grammofoonplaten

— Watts Manual Parastat: voor nieuwe en oude platen; brengt deze laatste weer in goede staat

— Hi-Fi-Parastat: voor afspeelinstallaties van hoge kwaliteit.

2. Op 8 september 1956 stelde Watts Theal/Tepea mondeling aan als alleenverkoper voor Nederland met ongeveer gelijktijdige verlening van het exclusieve recht in Nederland gebruik te maken van de merken verbonden aan de door Watts geleverde produkten.

3. In 1960 zette Watts zijn bedrijf om in de vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Cecil E. Watts Limited. Deze vennootschap nam de bovengenoemde rechten en verplichtingen over.

4. Op 24 januari 1963 meldde Theal/Tepea de mondelinge overeenkomst van 8 september 1956 bij de Commissie aan. De overeenkomst werd daarbij omschreven als volgt:

„Alleenverkoopovereenkomst, waarbij de fabriek zich verplicht binnen het territorium Nederland niet anders dan aan Theal NV te leveren en alle aanvragen uit dit gebied aan de NV door te geven."

Met betrekking tot de geldigheidsduur was bepaald: „8 september 1956 tot wederopzegging".

Het doel van de overeenkomst was als volgt omschreven:

„Verkoopbevordering van de produkten door gespecialiseerde verkooporganisatie en betere voorlichting van de verbruiker benevens het geven van zo groot mogelijke service bij eventueel voorkomende storingen van de geleverde apparatuur."

De niet-toepasselijkheid van artikel 85, lid 1, werd gerechtvaardigd als volgt:

„Genoemde overeenkomst sluit de vrije mededinging binnen de Lid-Staat zowel als tussen de Lid-Staten niet uit, doch is alleen bedoeld om de verbruiker een zo goed mogelijke service te geven."

Ten slotte deelde Theal/Tepea mede:

„Vrije mededinging blijft te allen tijde gehandhaafd, daar deze overeenkomst slechts geldt voor één merk en het aantal concurrerende merken zeer groot is, terwijl de verbruiker de vrije keus gelaten wordt bij aankoop."

De Commissie werd eerst op 11 juli 1975 tijdens een onderhoud met Theal/Tepea en Watts officieel in kennis gesteld van het bestaan van het exclusieve recht de merken van Watts te gebruiken. Bovendien verklaarden beide partijen tijdens de hoorzitting van 23 februari 1976 dat de overeenkomst van 8 september 1956 nooit was gewijzigd.

Inmiddels had de Commissie op 18 april 1969 de volgende brief aan Theal gezonden:

„De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft op 22 maart 1967 verordening nr. 67/67 uitgevaardigd (bekendgemaakt in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen nr. 57 van 25 maart 1967). Deze bepaalt dat een aantal daarin omschreven categorieën alleenverkoopovereenkomsten krachtens artikel 85, lid 3, van het Verdrag van Rome zijn vrijgesteld van het in artikel 85, lid 1, vervatte verbod. Om voor deze vrijstelling in aanmerking te komen, mogen de betrokken overeenkomsten echter voor de alleenverkoper geen andere concurrentiebeperkende verplichtingen inhouden dan die, welke in de verordening zijn genoemd. Met name mogen de contractspartijen op geen enkele wijze, noch door formele overeenkomst noch op andere wijze, een volstrekte gebiedsbescherming tot stand brengen, dat wil zeggen zij mogen het tussenhandelaren of consumenten niet bemoeilijken zich de contractsprodukten bij andere handelaren binnen de gemeenschappelijke markt te verschaffen; zij kunnen elkaar evenmin wederzijds de alleenverkoop van concurrerende produkten opdragen.

De Commissie heeft op 17 juli 1968 besloten aanmeldingen van alleenverkoopovereenkomsten, die gezien de gegevens en informatie die de ondernemingen haar hebben verstrekt, geen absolute gebiedsbescherming inhouden, te seponeren. Uit een voorlopig onderzoek van Uw onder het bovengenoemd nummer geregistreerde overeenkomst is gebleken dat deze aan genoemde voorwaarde voldoet.

Indien de overeenkomst echter niet aan de bepalingen van de groepsvrijstellingsverordening nr. 67/67 mocht voldoen, verdient het aanbeveling het contract on-

verwijld aan deze bepalingen aan te passen, ten einde met ingang van de datum van aanpassing van de in artikel 1 van deze verordening bedoelde vrijstelling te kunnen genieten.

Indien U opmerkingen wenst te maken over de conclusies van dit voorlopig onderzoek van Uw dossier, zou ik U willen verzoeken mij deze mede te delen en mij met name op te geven of, en om welke redenen, U het gewenst acht dat de Commissie een beschikking inzake Uw overeenkomst treft."

5. Intussen waren de verkopen van de litigieuze produkten zeer succesrijk gebleken. In Nederland bedroegen zij bij voorbeeld ongeveer 15 % van de totale markt voor reinigingsprodukten voor grammofoonplaten. Watts had sedert 1954 met andere dealers in België, Denemarken, Frankrijk, Ierland en Italië mondelinge alleenverkoopovereenkomsten gesloten, die stilzwijgend werden voortgezet door de door Watts in 1960 gestichte vennootschap. In Duitsland bestond daarentegen een mondelinge overeenkomst met twee dealers aan wie geen exclusiviteit was toegekend. In het Verenigd Koninkrijk leverde Watts in hoofdzaak aan een twintigtal groothandelaren volgens een standaardcatalogus en — naar zij zelf erkent — in ieder geval sedert mei 1972 onder de uitdrukkelijke voorwaarde dat zij niet worden geëxporteerd. Het bewijs hiervoor wordt geleverd door een staking van de leveringen aan een grossier in het Verenigd Koninkrijk die in 1972 produkten van Watts naar Nederland had uitgevoerd. Bovendien schreef Watts in 1973 in antwoord op een verzoek om inlichtingen aan een Nederlandse onderneming:

„... wij moeten U mededelen, dat wij geen bestellingen aanvaarden uit landen waar wij dealers hebben aangesteld en dat wij met al onze afnemers in het Verenigd Koninkrijk zijn overeengekomen, dat zij geen van onze produkten, die hun voor gebruik op de markt van het Verenigd Koninkrijk zijn verkocht, mogen exporteren."

Op 11 juli 1975 deelde Watts de Commissie mede, dat dit verbod, dat beoogde de binnenlandse markt te beschermen, was opgeheven in verband met de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EEG. Op 23 maart 1976 leverde Wilkes — een der interveniënten — echter het bewijs dat de produkten in het Verenigd Koninkrijk nog steeds werden verkocht met documenten, waarin een exportverbod was opgenomen. Iets dergelijks schijnt zich nog in juni 1976 te hebben voorgedaan met produkten die na 11 juli 1975 waren vervaardigd en verpakt.

In 1974 vielen aanzienlijke verhogingen van de prijs van de voor export bestemde produkten, die identiek zijn aan de voor de binnenlandse markt bestemde produkten, in bepaalde gevallen tot 32 %, ongeveer samen met het opleggen van het exportverbod aan de grossiers in het Verenigd Koninkrijk. Deze prijsverschillen werden nog verhoogd door het verschil in de koersen van de valuta's van het Verenigd Koninkrijk en Nederland.

6. De door Watts vervaardigde produkten worden alle verkocht onder in het Verenigd Koninkrijk geregistreerde handelsmerken. Watts heeft soortgelijke handelsmerken, op eigen naam, of op naam van een dochtermaatschappij, verkregen in Denemarken, Duitsland en Frankrijk. De handelsmerken voor de produkten van Watts zijn echter inmiddels uitsluitend op naam van Theal ingeschreven in het Benelux-merkenregister, nadat Watts op 23 oktober 1973 op uitdrukkelijk verzoek van Theal een parallelle inschrijving op haar naam de dato 23 december 1971, heeft ingetrokken.

7. Ten aanzien van de bijzondere verhouding tussen Theal en Watts, wijst de Commissie er in haar beschikking op dat Theal in 1972 de belangrijkste wederverkoper van Watts in de EEG

was, dat de verkoop der produkten van Watts meer dan 25 % van de omzet van Theal uitmaakte en dat Watts zelf alle aan Theal geleverde produkten voorzag van een Thealzegel met de woorden „Een Theal produkt".

8. Volgens de Commissie zou Audiogram BV te Leeuwarden in 1972 een hoeveelheid Watts produkten rechtstreeks hebben gekocht bij een groothandelaar te Londen, die de produkten rechtstreeks van Watts had betrokken. Audiogram zou deze produkten hebben doorverkocht aan Nederlandse detailhandelaren, onder andere aan J. D. Wilkes, eveneens te Leeuwarden, Partimex Holland BV te Bussum, Willem de Jong NV te Rotterdam en aan de vennootschap Intermezzo te Amsterdam. De eigenaren of directeuren van deze bedrijven waren allen aandeelhouders van Audiogram, die voor hen als groothandelaar en importeur optrad. (Terzake is nog een procedure aanhangig voor het gerechtshof te 's-Gravenhage).

Op 5 september 1972 beklaagde Theal zich schriftelijk bij Audiogram over de verkoop door Intermezzo van produkten, voorzien van merken, waarvan Theal de merkgerechtigde was, doch die niet door Theal waren geleverd. Deze brief bevatte de volgende passage:

„... Het is ons gebleken dat Uw aandeelhouder, de heer M. A. Norden (Intermezzo), Watts' reinigingsapparatuur voor grammofoonplaten in de handel brengt, welke niet van ons zijn betrokken en welke, zonder onze toestemming, zijn voorzien van door ons gedeponeerde merken. Hierdoor maakt hij zich schuldig aan een strafbaar feit. We hebben moeten vaststellen dat deze artikelen doorverkocht worden aan derden, die al of niet bij Uw organisatie zijn aangesloten. Wij kunnen met deze gang van zaken uiteraard geen genoegen nemen en wij verzoeken U om opheldering."

Voorts schreef de raadsman van verzoekster op 2 november 1972 aan Wilkes:

„Mijn cliënte, Theal NV te Amsterdam, is rechthebbende op de woordmerken: Dust Bug, Parastat en Disc Preener en het beeldmerk: Watts, allen voor apparaten ... voor het reinigen en stofvrij maken van grammofoonplaten.

Deze merken zijn allen gedeponeerd bij het Benelux-merkenbureau ten gevolge waarvan cliënte de exclusieve rechten ten aanzien van deze merken heeft.

Mijn cliënte heeft moeten merken dat U nog steeds doende bent identieke waren in de handel te brengen onder bedoelde merken. Ondanks het feit dat U herhaaldelijk door cliënte bent gewezen op het onrechtmatige van Uw handelen, blijft U weigerachtig vermelde handelingen te staken.

Mitsdien moet ik U dan ook sommeren om met onmiddellijke ingang, dat wil zeggen terstond na ontvangst van deze brief elk verhandelen van waren als bovenomschreven onder bovenbedoelde merken te staken en mij zulks binnen twee dagen na heden te berichten.

Mocht U aan het bovenstaande niet voldoen dan zullen terstond rechtsmaatregelen tegen U worden getroffen in opdracht van cliënte."

Naast deze waarschuwingen daagde Theal de wederverkopers van Watts-produkten — die daartoe volgens Theal niet waren gemachtigd — voor de rechter wegens het verkopen van Watts-produkten die niet door haar waren geleverd. Theal verkreeg in de jaren 1972 tot 1975 een reeks uitspraken in kort geding waarin haar vordering werd toegewezen op grond dat zij uitsluitend gerechtigd was tot het gebruik van de door haar gedeponeerde merken, met name tegen Wilkes te Leeuwarden en All Wave te Delft, interveniënten in de onderhavige procedure.

De meest verhelderende van deze procedures zijn wellicht die tussen Theal en

Wilkes en voorts vanaf 30 juli 1973 de door Wilkes tegen Theal en Watts zelf aangespannen procedure voor de Arrondissementsrechtbank te Amsterdam, ten einde Theal te verhinderen uitvoering te geven aan de door haar in de eerste fase van het geding voor de Arrondissementsrechtbank te Leeuwarden verkregen veroordeling. In deze tweede fase beriep Wilkes zich op de mededingingsvoorschriften van het EEG-Verdrag, op grond waarvan parallelle importen niet mogen worden verhinderd. De Arrondissementsrechtbank wees op 14 mei 1975 een interlocutoir vonnis waaruit het slot hier vermelding verdient:

„Voorzover Watts aan zijn Engelse klanten inderdaad een exportverbod naar Nederland en de andere Lid-Staten oplegt, moet dit als een overtreding worden aangemerkt van de voorwaarde die de ... Commissie in de onder 2 (f) bedoelde voorlopige acceptatie bij Theals alleenverkoopovereenkomst als vervuld aangenomen had.

Een onderling daarop afgestemde feitelijke gedraging van gedaagden zou dan ook in strijd zijn met het uit artikel 85 EEG-Verdrag voortvloeiend verbod van concurrentiebeperkende afspraken en eiser in zijn handel dan ook niet mogen beperken of schaden.

Uit het voorgaande volgt dat eisers vordering in beginsel toewijsbaar is indien hij aantoont, dat de door hem verhandelde merkartikelen — welke, naar vaststaat, buiten Theal om Nederland hebben bereikt — afkomstig zijn van Watts en op regelmatige wijze uit Engeland geïmporteerd (...).

Rechtdoende

Laat eiser toe tot het bewijs dat de ten processe bedoelde artikelen — voorzover door hem ingekocht na 20 november 1972 — afkomstig zijn van gedaagde Watts en op regelmatige wijze uit Engeland in ons land zijn geïmporteerd ...".

Opmerking verdient dat Theal in de loop van deze procedure, met een beroep op de verschillen in de produkten, twijfel heeft uitgesproken omtrent de authenticiteit van de door haar concurrenten verkochte Watts-produkten. Watts had op 23 oktober 1973 haar inschrijvingen in het Benelux-merkenregister ten gunste van Theal ingetrokken.

9. Al deze jaren is Theal blijkbaar doorgegaan met aan wederverkopers die zonder toestemming Watts-produkten voerden, te schrijven dat deze handelingen inbreuk maken op Theals merkrechten in Nederland. Zij heeft zelf, blijkens een brief van 25 oktober 1972 aan de redaktie van het blad RTH, bekendheid gegeven aan de uitspraken tegen de wederverkopers en gedreigd met het aanhangig maken van procedures tegen eventuele overtreders. De brief eindigt met de zinsnede:

„Wij verzoeken U de detailhandel op de gevaren van deze merkinbreuk-makende verkopen te wijzen".

Voorts heeft Theal blijkbaar met een beroep op de moeilijkheden in de relaties met Wilkes sinds april 1973 geweigerd produkten van Watts aan Wilkes te leveren, zodat die het zonder deze produkten moest stellen, in de eerste plaats door deze verkoopweigering, in de tweede plaats door het vonnis van de Arrondissementsrechtbank te Leeuwarden en in de derde plaats wegens het door Watts aan de Britse groothandelaren opgelegde exportverbod.

10. Op 30 januari 1974 wendde Wilkes zich conform artikel 3 van verordening nr. 17 tot de Commissie met een verzoek tot vaststelling van een inbreuk op artikel 85 EEG-Verdrag. Op 2 december 1975 besloot de Commissie ter zake een procedure in te leiden. Deze administratieve procedure is afgesloten met de beschikking van de Commissie van 21 december 1976 (IV/28 812 Theal/Watts), PB nr. L 39 van 10 februari 1977, blz. 19, waarvan de rechts-

overwegingen, de strekking en het dispositief in het voorgaande zijn weergegeven.

Tepea heeft, als rechtsopvolger van Theal en als houdster van het merk van die naam, op 21 februari 1977 beroep tegen deze beschikking ingesteld bij het Hof. De procedure heeft een normaal verloop gehad.

Bij beschikking van 21 september 1977 heeft het Hof Wilkes en All Wave toegelaten tot interventie in deze zaak ter ondersteuning van de Commissie, met aanhouding van zijn beslissing omtrent de kosten, verbonden aan de interventie.

Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, besloten op 19 april 1978 over te gaan tot de mondelinge behandeling, na partijen te hebben verzocht de volgende vragen te beantwoorden:

— vervaardigt Tepea zelf in Nederland produkten die van haar eigen merken zijn voorzien, of niet;

— wordt op de door Watts vervaardigde produkten het merk Theal inderdaad aangebracht bij de fabricage in Groot-Brittannië;

— verkoopt Tepea, op het gebied van de in de beschikking bedoelde artikelen, slechts produkten die uit het Verenigd Koninkrijk zijn geïmporteerd;

— welke merken zijn vóór de datum van de overeenkomst door Watts enerzijds en door Tepea anderzijds in de verschillende toenmalige Lid-Staten der Gemeenschap en in het Verenigd Koninkrijk ingeschreven en/of gebruikt voor de verkoop van de onderhavige produkten?

— de Commissie wordt verzocht de correspondentie bij het dossier te voegen die tijdens de administratieve behandeling is gevoerd tussen de Commissie en Tepea (met verwijzing in het bijzonder naar de in de schriftelijke procedure aangehaalde brieven).

De antwoorden zijn voor 30 maart 1978 ingekomen ter griffie van het Hof.

II — Conclusies van partijen

Verzoekster concludeert dat het den Hove behage:

— de beschikking van de Commissie van de Europese Gemeenschappen te vernietigen;

— de door de Commissie opgelegde boetes vervallen te verklaren.

Verweerster concludeert dat het den Hove behage:

— het beroep ongegrond te verklaren, en

— verzoekster in de kosten te verwijzen.

De *interveniënten* concluderen dat het den Hove behage:

— de aangevochten beschikking, zo nodig onder verbetering en aanvulling der gronden, te bevestigen, met veroordeling van Tepea in de proceskosten.

III — Samenvatting van de tijdens de schriftelijke procedure ontwikkelde middelen en argumenten

1. De aard van de tussen Theal en Watts bestaande overeenkomsten

Verzoekster betoogt in haar verzoekschrift dat weliswaar een mondelinge alleenverkoopovereenkomst bestond, doch dat geen uitsluitend recht op het gebruik van handelsmerken kon zijn verleend, daar verzoekster de eerste gebruiker van deze merken in Nederland is geweest, hetgeen verklaart waarom bij de aanmelding geen mededeling daaromtrent is gedaan en waarom zij nooit het tegendeel heeft kunnen verklaren. Met name de merken „Parastat", „Disc Preener" en „Dust Bug" zijn alle door ver-

zoekster na het sluiten van de alleenvertegenwoordigingsovereenkomst door verzoekster — en niet door Watts — ontworpen en ingeschreven merken; Watts heeft later dit derde merk in het Verenigd Koninkrijk gebruikt en ingeschreven, zulks nadat het door Theal in Nederland was ingeschreven. Op dit punt bestaan wellicht bepaalde tegenstrijdigheden tussen de verklaringen van Watts en die van verzoekster, doch deze berusten op een misverstand.

Het is nooit verzoeksters bedoeling geweest om door middel van de uitoefening van merkrechten de import van door Watts geproduceerde produkten in Nederland te verhinderen. Dit blijkt uit alle door verzoekster in Nederland gevoerde procedures, in het bijzonder die tegen Wilkes en All Wave. De Arrondissementsrechtbank te Amsterdam heeft Wilkes uitgenodigt te bewijzen dat de door hem verhandelde goederen inderdaad afkomstig waren van Watts, nadat zij ook op regelmatige wijze in Nederland waren geïmporteerd; Wilkes is er niet in geslaagd dit bewijs te leveren.

Verweerster merkt op dat verzoekster, om haar eigen woorden te gebruiken, met de „overeenkomst" uitsluitend haar aanstelling tot alleenvertegenwoordiger van Watts bedoelt, terwijl zij aanspraak maakt op een eigen recht op de merken. Daarbij laat zij echter met name het gebruik van het merk „Watts" buiten beschouwing, dat in het Verenigd Koninkrijk vóór de overeenkomst van 1956 werd gebruikt, en gaat zij er bij de drie andere merken (Dust Bug, Disc Preener en Parastat) van uit — hetgeen overigens in tegenspraak is met een verklaring van verzoekster tijdens de hoorzitting gedurende de administratieve procedure — dat Watts deze merken niet als zodanig heeft gebruikt (Dust Bug) of als zodanig heeft laten inschrijven (Disc Preener en Parastat). In feite heeft Watts het merk Parastat in het Verenigd Koninkrijk ingeschreven op 11 februari 1958.

Verweerster zet uiteen waarom naar haar mening van het bestaan van een overeenkomst inzake de merken moet worden gesproken:

— De aanstelling tot alleenvertegenwoordiger van merkartikelen, in casu van de produkten van Watts, brengt impliciet mede dat verzoeksters recht op de merken is verkregen „ingevolge" een overeenkomst (arrest van 8 februari 1971 in zaak nr. 40/70, Sirena, Jurispr. 1971, blz. 85, dictum sub 1a).

— Watts heeft in het Verenigd Koninkrijk als eerste de „woorden" Dust Bug, Disc Preener en Parastat gebruikt.

— Uit verschillende omstandigheden (besprekingen, verklaringen, brieven) blijkt dat verzoekster steeds toestemming van Watts heeft gehad om bepaalde woorden of merken te gebruiken ter aanduiding van de produkten van Watts.

— Verzoekster heeft de voor Dust Bug verkregen uitdrukkelijke toestemming ook van toepassing geacht op de merken Disc Preener en Parastat, waarin Watts kennelijk heeft berust. Dit is voor deze merken een geval van stilzwijgende toestemming in de uitoefening van bepaalde rechten door een wederpartij. Ook deze vorm van totstandkoming van een overeenkomst valt onder het begrip overeenkomst in de zin van artikel 85, lid 1.

— De positie van verzoekster als afgeleid rechthebbende op alle vier merken werd voorts bevestigd in een brief die haar beide directeuren op 10 oktober 1973 aan Watts hebben geschreven:

„Wij bevestigen dat uw vennootschap eigenaresse is van de handelsmerken Dust Bug, Disc Preener, Parastat en Watts.

Indien U bereid bent de bestaande Benelux-registratie of aanvrage in

Uw naam voor deze merken in te trekken, verbinden wij ons de nodige stappen te ondernemen om alle rechten op deze merken waarover wij beschikken aan Uw vennootschap of aan enige door U aan te wijzen vennootschap of persoon of personen of aan Uw rechtsopvolgers over te dragen op een door U verlangd tijdstip".

Uit deze brief blijkt dat verzoekster belang had bij de doorhaling van de registratie van Watts in het Benelux-register om parallele importen te kunnen verhinderen en om haar „eigen"rechten op deze merken geloofwaardig te maken. De inhoud van deze brieven is trouwens verduidelijkt door onlangs door de Commissie verkregen gegevens over de contacten tussenWatts en Theal vóór de verzending van bedoelde brief: de inschrijving van Watts was een storend element in de procedure van Wilkes tegen Theal. Hiertoe legt de Commissie twee door Theal en Watts uitgewisselde brieven over, waaruit blijkt dat de geciteerde brief van 10 oktober inderdaad de rechtsverhouding tussen partijen juist weergaf, hoezeer dit naderhand ook is ontkend:

— Verzoekster heeft in haar acties tegen nevenimporteurs wel degelijk gehandeld als rechthebbende op het merk Watts (zie verzoeksters brief van 5 september 1972 aan de firma Audiogram, hierboven geciteerd, sub I).

— De 23 december 1971 in het Benelux-merkenregister op naam van Watts ingeschreven merken Parastat en Disc Preener zijn inderdaad na bovengenoemde briefwisseling op verzoek van Watts doorgehaald. Het feit dat de alleenvertegenwoordigingsovereenkomst theoretisch losstaat van de aldus gesloten overeenkomst inzake de merken, verandert er echter niets aan dat voor de toepassing van artikel 85, lid 1, alle rechtsbetrekkingen tussen partijen in aanmerking kunnen worden genomen.

Ten slotte wijst verweerster erop dat verzoekster haar merkrecht niet alleen heeft gebruikt om het in de handel brengen van nabootsingen te verhinderen. De beschikking heeft alleen betrekking op het gebruik van dit recht om de invoer in Nederland van kennelijk van Watts afkomstige artikelen te verhinderen.

Verzoekster merkt in haar conclusie van repliek op dat de Commissie er ten onrechte van uit is gegaan dat Theal in Nederland met toestemming van Watts over de merkrechten van Watts heeft beschikt. De Commissie beschouwt de brief van 10 oktober 1973 ten onrechte als een bevestiging van een reeds bestaande toestand, daar op dat tijdstip voor het eerst de kwestie van de merken tussen Watts en Tepea aan de orde werd gesteld. De bewuste brief — die trouwens niet meer is dan een „letter of intent" — werd, daar zij in strijd zou kunnen worden geacht met de bepalingen van het EEG-Verdrag, bij brief van 19 oktober 1973 herroepen en zij werd naderhand door geen enkele overeenkomst bevestigd. Pas in 1973, toen Wilkes met een procedure begon, hoorde Tepea dat Watts in Engeland merken had gedeponeerd. Tepea had aangenomen dat Watts gewoon haar naam voor haar produkten had gebruikt; een eigen naam kan trouwens in Engeland niet als merk worden ingeschreven. Dit alles verklaart waarom Tepea bij de aanmelding in 1963 van een in 1955 of 1956 gesloten overeenkomst geen mededeling kon doen van een merkenovereenkomst.

Verzoekster merkt in verband met haar gebruik van de aanduiding „Watts" in de vorm van een vignet in Nederland op:

„Dit vignet was gedrukt op de produkten die Tepea van Watts betrok sinds 1965, maar bij haar acties tegen derden heeft zij van dit merk nooit gebruik ge-

maakt; zij heeft zich op haar merken Dust Bug en Disc Preener gebaseerd. Overigens werd het merk Dust Bug, geschreven als één woord, door verzoekster in Nederland gebruikt alvorens Watts dit merk in Engeland deponeerde. Ten slotte heeft Tepea van enig depot van het merk Dust Bug door Watts in Engeland nooit enige kennis gedragen, evenmin als van aanduidingen als Parostatic, Disc Preener en Hi-Fi-Parastat."

Watts heeft zelf blijkens de hoorzitting van 23 maart 1976 nooit betwijfeld dat Tepea voor het Benelux-gebied rechthebbende op de bewuste merken was. Dit blijkt uit het verslag van de hoorzitting.

Dat in de vertegenwoordigingsovereenkomst impliciet een merkenovereenkomst zou zijn begrepen blijkt nergens uit. De in het dossier voorkomende uitspraken van nederlandse rechters vermelden deze niet. Eventuele andersluidende verklaringen waren onjuist, zoals Tepea in de loop van de administratieve procedure heeft uiteengezet.

De kwestie van de brief van 10 oktober 1973 en het annuleren daarvan bij brief van 19 oktober 1973 heeft een logische verklaring:

„Tepea had eigen rechten op merken in Nederland; Watts had blijkbaar eigen rechten in België. Bij de inwerkingtreding van de Benelux-merkenwet zouden er dus twee gerechtigden zijn over het gehele gebied van de Benelux en dit leek ongewenst. De merken die Tepea zelf had ingeschreven en instandgehouden had zij dus alleen voor het Nederlandse gebied en niet voor Belgisch en Luxemburgs gebied.

Het was mogelijk dat de brief van 10 oktober 1973 uitgelegd zou kunnen worden als strijdig met de bepalingen van artikel 85 en volgende van het Verdrag en derhalve is, nadat de commissaris van Tepea de zaak had bekeken, bij schrijven van 19 oktober 1973 die brief ingetrokken."

Men kan trouwens geen gebruik maken van zogenaamd door de raadsman van Tepea afgelegde verklaringen, opgenomen in een verslag van Watts van 18 oktober 1973, zonder dit over te leggen en de inhoud daarvan te bewijzen.

Tepea heeft zich nooit van het merk Watts bediend en zij is ook nooit gekomen tegen parallele importen. Zij heeft alleen acties gevoerd tegen degenen die onder haar eigen merken Dust Bug en Disc Preener artikelen in de handel brachten die noch van Tepea, noch van Watts afkomstig waren. De brief aan Audiogram van 5 september 1972 bij voorbeeld, die is geschreven toen het Verenigd Koninkrijk nog geen deel uitmaakte van de EEG, bevatte in verband met „apparatuur welke niet van ons betrokken was" een toespeling op nagemaakte produkten. Er is trouwens geen enkele reactie gekomen waaruit bleek, dat de litigieuze produkten inderdaad afkomstig waren van Watts. Dit zou ingevolge de bepalingen van het EEG-Verdrag een actie van Tepea hebben verhinderd. In dit bewijs is Wilkes echter ook later nooit geslaagd.

Met betrekking tot het toepasselijke recht merkt verzoekster op:

„Het recht op industriële eigendom is bij de nationale wetten geregeld. Zo ook het recht op merk, oorspronkelijk bij de Merkenwet 1893 en later bij de eenvormige Benelux-wet op de warenmerken. Er bestaat nog steeds geen EEG-merkenwet, weshalve de verzekering van de rechten op een merk door de rechthebbende te baseren is op het Benelux-merkenrecht. Een enkele maal heeft het Hof van Justitie een speciale uitspraak gegeven met betrekking tot zodanige rechten, maar in het onderhavige geval ligt de zaak anders, zoals ook uit de uitspraken van de Nederlandse rechters blijkt. De merken van Tepea in Nederland en die van Watts in Engeland zijn volkomen onafhankelijk van elkaar en zelfstandig totstandgekomen. Die in Engeland buiten weten van Tepea."

Ten slotte betoogt verzoekster dat in vier door haar ingestelde acties (waarvan één tegen Wilkes en één tegen All Wave) sprake was van nabootsing en zij biedt aan dit te bewijzen. In 1976 maakte Wilkes zich wederom schuldig aan nabootsing. Voorts zegt verzoekster dat zij sedert 1 mei 1976, dus een datum die ligt vóór de beschikking van de Commissie — geen artikelen — zoals de litigieuze — van Watts meer verkoopt.

Verweerster betoogt in haar dupliek dat zij, naar blijkt uit de tekst van de litigieuze beschikking, nooit heeft gesteld dat een afzonderlijke overeenkomst betreffende de merken gesloten was, maar wel dat het gebruik daarvan deel uitmaakte van de gehele overeenkomst tussen Watts en Theal in 1956. Daar deze overeenkomst mondeling is gesloten moet rekening worden gehouden met de verklaringen van partijen, de briefwisseling, de stukken en de gedragingen van partijen. Verweerster wijst in het bijzonder op de volgende punten:

a) de vervaardiging door Watts sedert 1955 van zijn produkten onder de merken Watts en Dust Bug en de verkoop daarvan in Nederland, voordat Theal werd aangesteld tot alleenverkoper;

b) de alleenverkoopovereenkomst van 8 september 1956, zoals die door Theal is aangemeld;

c) de verklaring van Watts en Theal op 11 juli 1975 inzake de door Watts aan Theal gegeven toestemming genoemde merken in Nederland te gebruiken en het door Theal per brief van 3 november 1975 goedgekeurde verslag van dit onderhoud;

d) de bevestiging van deze feiten tijdens de hoorzitting van 23 maart 1976, ongeacht de daaropvolgende discussies over de strekking van dit onderhoud;

e) het aanbrengen sedert 1961 of 1962 van etiketten van Theal door Watts op de voor Theal bestemde produkten (hetgeen is erkend tijdens de hoorzitting van 23 maart 1976) waardoor parallel ingevoerde produkten konden worden geïdentificeerd;

f) de verklaring van Watts en Theal dat de overeenkomst nooit was gewijzigd;

g) het gedrag van de betrokkenen ten aanzien van de parallele invoeren in 1972:

— het door Watts aan zijn Engelse groothandelaren opgelegde uitvoerverbod (wegens het prijsverschil);

— de verkoopweigering van Watts aan een overtreder in 1972;

— het gezamenlijk optreden van Theal en Watts tegen Wilkes voor de Nederlandse rechter, in verband met de merken Parastat, Disc Preener, Watts en Dust Bug, die op dat ogenblik door beide firma's waren ingeschreven in het Benelux-merkenregister;

— de doorhaling van de inschrijvingen van Watts (die van latere datum waren dan die van Theal) op 23 oktober 1973 — opdat deze dubbele registratie niet storend zou werken tijdens de procedure voor de Nederlandse rechter — nadat Theal er mee had ingestemd dat hij zijn merkrechten zou overmaken aan Watts op diens aanvraag (brief van 10 oktober 1973).

Uit al deze indices heeft verweerster afgeleid dat de overeenkomst reeds in 1956 werd opgezet en toegepast om een absolute gebiedsbescherming tot stand te brengen, zodat van een overeenkomst in de zin van het Sirena-arrest kan worden gesproken.

In tegenstelling tot Theal is Watts nooit teruggekomen op haar verklaringen van 1975; zij heeft de opvatting van verzoekster dus nooit gedeeld en verdedigt ook

niet het standpunt dat de overeenkomst niet bestaat, terwijl zij voorts van mening is dat Theal, zo deze haar hoedanigheid van alleenverkoper zou verliezen, de betrokken merken zou moeten teruggeven aan Watts (zie bijlage 6 bij de dupliek).

De bewijskracht van de brief van 10 oktober 1973 wordt niet aangetast door de brief van 19 oktober 1973, nu het bewijs dat deze brief is verzonden ontbreekt en Watts haar niet heeft ontvangen. Eerstgenoemde brief is trouwens een logische voortzetting van de eerder gevoerde briefwisseling.

De vraag of Theal zich voor de Nederlandse rechter gedragen heeft als de oorspronkelijke houder van de merken of als een afgeleid rechthebbende op de merken is van secondaire aard in vergelijking tot het bestaan van de overeenkomst en het gebruik van de merken en van een nationale wetgeving (in casu van de Benelux) om de markt af te schermen. Deze gedachte vindt steun in het arrest Beguelin en in artikel 3b, sub 1, van verordening nr. 67/67, waarnaar in het arrest Sirena wordt verwezen.

Theal komt met zichzelf in tegenspraak. In verband met de gezamenlijke actie tegen Wilkes moet zij wel erkennen dat er op zijn vroegst in 1972 sprake kon zijn van een eventuele overeenkomst. Volgens Watts vloeide deze actie voort uit de oorspronkelijke overeenkomst en beide partijen hebben uitdrukkelijk verklaard dat de oorspronkelijke overeenkomst nooit was gewijzigd. Bij de inschrijving van de merken in Nederland in 1969 stelde Theal dat hij de merken al jaren gebruikte (sinds 1955 voor het merk Dust Bug, 1958 voor het merk Parastat, 1962 voor het merk Disc Preener en 1964 voor het merk Watts).

De aanmelding dateert van 31 januari 1963. Bovendien bevat de waarschuwing van de Commissie van 18 april 1969, waarop Theal niet heeft geantwoord, een duidelijke toespeling op het verbod van absolute gebiedsbescherming. De Commissie hoorde eerst op 30 januari 1974 door de klacht van Wilkes van het beroep van Theal op de merken.

In verband met de vraag of de ingevoerde produkten oorspronkelijke Watts- produkten zijn, biedt de Commissie als bewijs aan de verklaringen en facturen van een Britse groothandelaar-exporteur. Ook al hebben bepaalde importeurs voor de Nederlandse rechter niet onmiddellijk het bewijs kunnen leveren van de relatie tussen Watts en hun Britse leverancier, de Commissie slaagde er wel in dit bewijs te leveren — hetgeen Theal niet belette door te gaan met het zenden van waarschuwingsbrieven, ook na het begin van de administratieve procedure bij de Commissie. Het merkrecht geeft de houder alleen het recht op te treden tegen nabootsingen; de merkgerechtigde moet de nabootsing bewijzen. Zou men moeten bewijzen dat de produkten niet nagemaakt zijn, dan zou een negatief bewijs moeten worden geleverd, hetgeen uiterst moeilijk is. Omkering van de bewijslast zou de mogelijkheid bieden zich gemakkelijker te verzetten tegen parallelle invoeren, in strijd met het Verdrag. Het bewijs van eventuele nabootsing van de produkten — ongeacht hun kwaliteit en uiterlijke verschillen — doet niet af aan dit principiële standpunt ten aanzien van het merk Watts.

Theal heeft dit merk niet alleen in Nederland en vervolgens in het Benelux-register ingeschreven, doch zij heeft het ook verdedigd tegen nevenimporteurs (zie Theals brief aan Audiogram van 5 september 1972 en de tegen Wilkes verkregen vonnissen).

Het doet niet ter zake of de parallelle invoeren geschieden via een groot of klein aantal tussenpersonen: zij mogen niet worden belemmerd.

Ten slotte onderzoekt de Commissie nog enkele subsidiaire punten:

— het argument van Theal als zou zij de merken in Nederland hebben gebruikt *voordat* Watts ze in Engeland

heeft laten inschrijven, houdt geen steek. Inderdaad, zowel in Nederland als in Engeland kon men het recht op een merk verkrijgen door het enkele gebruik. Watts heeft de merken in Engeland gebruikt alvorens Theal ze in Nederland heeft gebruikt door het enkele feit dat zij produkten zelf heeft vervaardigd en van deze merken heeft voorzien alvorens ze aan Theal te verkopen.

— De Benelux-merkenwet regelt weliswaar het geval van twee gerechtigden op hetzelfde merk (artikel 33), doch bevat geen enkele grond om de inschrijving van Watts ongedaan te maken. Deze doorhaling valt derhalve te verklaren door een door Watts en Theal gezamenlijk nagestreefde absolute gebiedsbescherming ten gunste van Theal.

De *interveniënten* wijzen op de gerechtelijke procedures die zij hebben gevoerd met Theal/Tepea en de door deze met een beroep op „haar" merken verkregen vonnissen:

„In de lezing van feiten van Tepea, dat Watts deze merken met haar toestemming op de markt zou hebben gebracht, betekenen deze uitoefeningen van haar merkrecht door Tepea evenzovele schendingen van het EEG-mededingingsrecht."

Met betrekking tot het merkrecht zelf betogen de interveniënten dat het door Theal/Tepea en Watts voor de Nederlandse rechters verdedigde standpunt onjuist is:

„Dit standpunt is ongeloofwaardig, omdat Tepea een alleenverkoopovereenkomst met Watts had gesloten, zoals Watts deze ook voor andere landen met andere wederverkopers heeft gesloten betreffende Watts' artikelen. Dit valt niet te rijmen met de stelling dat Watts de artikelen in opdracht van Tepea van de bewuste merken zou voorzien. Ongeloofwaardig verder, omdat Watts de merken in Engeland en andere landen inclusief Nederland als eigenmerken heeft aangemeld. Ongeloofwaardig verder, omdat Watts de merken ook in de Benelux als eigen merken heeft aangemeld en in 1973 alleen bereid was de inschrijvingen in de Benelux te doen doorhalen ten gunste van de depots van Tepea tegen ontvangst van de garantie van Tepea dat deze de merken op eerste afroep weer aan Watts zou overdragen. De opvatting van Tepea is ook juridisch onjuist. Vóór 1 januari 1971, de datum van het inwerkingtreden van de Benelux-merkenwet, ontstond onder vigeur van artikel 3 van de merkenwet 1893 het recht op een merk in Nederland door eerste gebruik. In de jurisprudentie betreffende dit artikel is steeds beslist, dat niet de binnenlandse importeur (Tepea), maar de buitenlandse fabrikant (Watts) in gevallen als deze in Nederland als eerste gebruiker en dus als rechthebbende op het merk moet worden beschouwd. Door eerste gebruik in Nederland verwierf dus niet Tepea, maar Watts het recht op de vier merken. Het depot door Tepea van deze merken onder vigeur van de Benelux-merkenwet 1971, was dan ook te kwader trouw. Tepea heeft in 1971 geen recht op deze merken verkregen, evenmin als daarvoor.

Tepea heeft zich later wel gerealiseerd, dat een beroep op merkrechten ten slotte niet zou baten. Daarom heeft Tepea — voor het eerst in 1975 bij gelegenheid van de pleidooien in de bodemprocedure — het standpunt ingenomen, dat zij zich uitsluitend verzette tegen de verkoop in Nederland van namaakartikelen onder de vier merken. Tepea heeft echter op geen enkele wijze kunnen waarmaken dat Wilkes, All Wave, Partimex of Willem de Jong namaakartikelen in het verkeer brachten ten tijde van de door Tepea tegen deze ondernemingen uitgelokte rechterlijke verboden."

De vervolgde firma's hadden destijds inderdaad van Watts afkomstige artikelen verkocht. De Arrondissementsrechtbank te Amsterdam heeft de feiten juist beoor-

deeld en inbreuk op de mededinging in de Gemeenschap vastgesteld.

Wat de merken zelf betreft, zij zijn door Watts voor het eerst gebruikt in Engeland in 1954, en daarna in Nederland in 1955; zij konden alleen krachtens een alleenverkoopovereenkomst die voorzag in het gebruik van de merken ook door Theal/Tepea in Nederland worden gebruikt. Watts en Tepea hebben steeds gebruik gemaakt van hetzelfde octrooicureau te Den Haag dat de merken op exact dezelfde dag heeft doen inschrijven (op 25 september 1969 Dust Bug, op 5 september 1963 Disc Preener, op 22 oktober 1969 Watts en op 25 september 1969 Parastat), zowel ten name van Watts als van Theal/Tepea. Ook deze gelijktijdige inschrijving is een aanwijzing voor de onderlinge afstemming. Deze gedragslijn werd voortgezet na de inwerkingtreding van de Benelux-merkenwet. Dit verklaart waarom na de klacht van Wilkes op verzoek van Tepea en nadat Tepea heeft erkend dat Watts de eigenaresse is van de merken in Nederland voor 1971 als gevolg van eerst gebruik (brief van 10 oktober 1971) doorhaling plaatsvindt van de depots op naam van Watts.

Verzoekster antwoordt dat de interveniënten geen belang bij hun interventie hebben, daar de door haar gevraagde vervallenverklaring van de boetes voor hen van weinig belang is.

Het bewijs van de authenticiteit der door de interveniënten verkochte produkten moet door hen worden geleverd, doch zij zijn hiertoe niet in staat. De ter zake ingeleide procedures zijn nog niet geëindigd.

Verzoekster ontkent uitdrukkelijk dat bedoelde merken in Nederland het eerst werden gebruikt door Watts en niet door haarzelf. De beweringen van de interveniënten dienaangaande zijn onjuist, hetgeen blijkt uit een verklaring van het octrooibureau dat de inschrijving heeft verricht.

Verzoekster antwoordt dat de interveniënten geen belang bij hun interventie hebben, daar de door haar gevraagde vervallenverklaring van de boetes voor hen van weinig belang is.

Het bewijs van de authenticiteit der door de interveniënten verkochte produkten moet door hen worden geleverd, doch zij zijn hiertoe niet in staat. De ter zake ingeleide procedures zijn nog niet geëindigd.

Verzoekster ontkent uitdrukkelijk dat bedoelde merken in Nederland het eerst werden gebruikt door Watts en niet door haarzelf. De beweringen van de interveniënten dienaangaande zijn onjuist, hetgeen blijkt uit een verklaring van het octrooibureau dat de inschrijving heeft verricht.

Verweerster stelt vast dat de interveniënten het bewijs hebben geleverd van de door hen verdedigde standpunten. Zij wijst er voorts op dat de directeur van Watts inmiddels op 5 augustus 1977 heeft bevestigd dat de parallel ingevoerde produkten vervaardigd zijn door Watts.

In verband daarmee zal verzoekster moeten terugkomen op haar oorspronkelijke verdediging voor de Nederlandse rechters, die uitsluitend was gebaseerd op het merkrecht, op grond waarvan parallelle importen kunnen worden verboden.

2. Ten aanzien van de juistheid van de aanmelding van 24 januari 1963

Verzoekster stelt in haar beroep „dat het (haar) onduidelijk is en ook uit de beschikking niet blijkt op grond van welke feiten casu quo mededelingen de Commissie tot de conclusie is gekomen dat de aanmelding van de overeenkomst in 1963 onjuist, misleidend of onvolledig was." Zij merkt op dat deze aanmelding is geschied in nauw overleg met de Kamer van Koophandel te Amsterdam. Daarom is verzoekster van mening dat artikel 15, lid 1, van verordening nr. 17 ten deze niet van toepassing is.

Verweerster bestrijdt verzoeksters opvatting dat de overeenkomst inzake de merken losstaat van de alleenverkoopovereenkomst en dat zij bij de aanmelding uitsluitend deze laatste hoefde te vermelden. Volgens verzoekster moeten de betrekkingen tussen Theal en Watts „in hun geheel en in hun samenhang" worden beoordeeld, zulks temeer omdat verzoekster het merk Parastat sinds 1958 en het merk Disc Preener sinds 1962 gebruikt. De aanmelding door Theal op 24 januari 1963 geeft een onvolledige voorstelling van zaken die misleidend is in de zin van artikel 15, lid 1, sub a, van verordening nr. 17, hetgeen ten minste aan onachtzaamheid moet worden toegeschreven. De Commissie onderstreept de noodzaak dat zij de mogelijkheid van sancties behoudt, daar zulks een bescherming vormt van haar taak op het gebied van de mededinging tegen al te luchthartige interpretaties van de plichten die op dit gebied op de ondernemingen rusten.

Verzoekster betoogt in haar repliek dat, zelfs wanneer de brief van 10 oktober 1973 — hoewel ze was ingetrokken bij de brief van 19 oktober 1973 — eventueel strijdig met artikel 85 zou moeten worden geacht, daaruit toch slechts een overeenkomst zou zijn ontstaan in 1973, en niet in 1963, het tijdstip van de aanmelding. De Commissie ziet wel in dat aanvankelijk, omstreeks 1955, geen overeenkomst omtrent de merken was getroffen, zodat deze overeenkomst dus ook niet in 1963 kon worden aangemeld en Tepea de Commissie dus destijds niet opzettelijk of uit onachtzaamheid onjuiste inlichtingen heeft verstrekt. Tepea is trouwens pas in 1972 en niet eerder opgetreden tegen het onrechtmatig gebruik van de merken.

Verweerster gebruikt het argument van het tijdvak van de inschrijving der merken door Theal in Nederland (1955-1964) om daaruit af te leiden dat de overeenkomst betreffende het gebruik van de merken stellig bestond op het tijdstip van de aanmelding, dat wil zeggen op 31 januari 1963. De Commissie herhaalt dat een deugdelijke aanmelding juist en volledig moet zijn. Zij wijst erop dat Theal volgens de tekst van de repliek zegt dat zij uitsluitend opkomt tegen het bedrag van de boete die haar is opgelegd wegens de onjuistheid van haar aanmelding van 1963; na erop te hebben gewezen dat Theal hierbij het bedrag van de boete voor de overtreding blijkbaar buiten beschouwing laat, merkt verweerster op dat geen enkel aanvaardbaar motief is genoemd op grond waarvan moet worden aangenomen dat de boete in verband met de aanmelding onjuist is.

IV — Antwoorden op vragen van het Hof

De *eerste vraag:* vervaardigt Tepea zelf in Nederland produkten die van haar eigen merken zijn voorzien, of niet?

Antwoord van *verzoekster:*

„Sinds Tepea — 13 april 1976 — zich uitsluitend bepaalde tot de fabricage van onder andere transformatoren, gelijkrichters, acculaadinrichtingen, voedingsapparaten en noodverlichtingen, voorzag zij haar produkten steeds van het merk Theal, casu quo werden zodanige produkten in opdracht van derden voorzien van hun merken.

In 1975 was Tepea handelsonderneming, hoewel zij volgens haar statuten kon fabriceren en zulks voorheen ook gedaan had (bijlage uittreksel Handelsregister)."

Antwoord van *verweerster:*

„Op 6 augustus 1975 heeft Tepea (toen nog Theal geheten) de Commissie meegedeeld dat zij uitsluitend een handelsonderneming was. De Commissie meent hieruit te kunnen afleiden dat Tepea geen produkten van welke aard dan ook in Nederland vervaardigt die zij van eigen merken voorziet.

Voorts, wat de produkten betreft die onder de merken Dust Bug, Disc Preener,

Parastat en Watts worden verkocht, is de Commissie niets bekend waaruit zou blijken dat Theal of Tepea deze produkten in Nederland of elders zelf vervaardigt."

Antwoord van de *interveniënten:*

„Tepea is een handelsonderneming, welke zich niet bezighoudt met fabricage van produkten onder eigen merken. Het antwoord luidt dus ontkennend. Wel heeft Tepea de mogelijkheid produkten, die zij van derden heeft gekocht en die zij aan afnemers heeft verkocht te repareren. Dit betreft dan steeds produkten die door derden zijn vervaardigd en door die derden van eigen merken zijn voorzien".

De *tweede vraag:* wordt op de door Watts vervaardigde produkten het merk Theal inderdaad aangebracht bij de fabricage in Groot-Brittannië?

Verzoekster beantwoordt deze vraag bevestigend.

Antwoord van *verweerster:*

„Het antwoord op deze vraag luidt bevestigend. De met deze zaak belaste ambtenaren van de Commissie hebben dit zelf de visu kunnen vaststellen tijdens het bezoek van de fabriek van Watts op 11 juli 1975 in Londen. Dit blijkt tevens uit het op bladzijde 5 van de dupliek onder punt e) aangehaalde deel van het verslag van dit bezoek dat door Watts op 3 november 1975 werd goedgekeurd.

Het Theal-merk wordt door de Engelse fabrikant op de produkten aangebracht door middel van een hem door Theal geleverd etiketje, dat de woorden „een Theal-produkt" vermeldt en dat op de plastic doos van het produkt wordt aangebracht, al dan niet onder de cellofaanverpakking.

Volledigheidshalve zij er aan herinnerd dat ook voor andere door Tepea verhandelde produkten het merk Theal door de fabrikanten op aanvraag van Tepea wordt aangebracht. Dit blijkt uit het uittreksel uit de hoorzitting van 23 maart 1976 dat onderaan bladzijde 5 van de dupliek is geciteerd."

Antwoord van de *interveniënten:*

„Op de door Watts vervaardigde produkten bestemd voor Theal werd vanaf ongeveer 1960 het Theal-zegel aangebracht bij de fabricage in het Verenigd Koninkrijk. Het zegel bevatte de tekst „een Theal-produkt" en werd op de plastic koker van het produkt geplakt (zie telex van 6 maart 1978 van Baker & McKenzie, Londen; Nicholas Conolly)."

De *derde vraag:* verkoopt Tepea, op het gebied van de in de beschikking bedoelde artikelen, slechts produkten die uit het Verenigd Koninkrijk zijn geïmporteerd?

Antwoord van *verzoekster:*

„Tot april 1976 verkocht Tepea slechts produkten uit het Verenigd Koninkrijk; nadien niet meer omdat Tepea toen uitsluitend produktiemaatschappij werd."

Antwoord van *verweerster:*

„De Commissie meent dat het antwoord op deze vraag eveneens bevestigend is. De onder de merken Dust Bug, Disc Preener, Parastat en Watts verhandelde produkten worden behoudens de hierna vermelde uitzondering uitsluitend in het Verenigd Koninkrijk en door de fabrikant Watts vervaardigd. Alleen de verdeler van Watts op de Franse markt, de onderneming Hifa te Montrouge (Parijs), vervaardigt zelf enkele onderdelen van het produkt. Deze onderneming heeft per brief van 24 juli 1975 aan de Commisie verklaard:

„Contrairement à ce que vous écrivez, nous ne faisons fabriquer aucune partie de ces produits par une entreprise suisse. Tous les produits sont vendus en l'état sauf le Dust Bug. Pour cet article nous importons le balai et la roulette feutrée, le reste étant fait par nous-même en France."

Deze onderneming verkoopt deze produkten alleen in Frankrijk. De onderneming Hifa bezit de merken in Frankrijk

niet. De merken Dust Bug, Parastat en Parastatik zijn in Frankrijk eigendom van Watts."

Antwoord van de *interveniënten:*

„Op het gebied van de in de beschikking bedoelde artikelen — grammofoonplatenreinigingsartikelen — verkoopt Tepea slechts produkten, die zij van Watts uit het Verenigd Koninkrijk heeft geïmporteerd. Op ander elektrotechnisch gebied verkoopt Tepea ook produkten, die zij van derden heeft betrokjen."

De *vierde vraag:* welke merken zijn vóór de datum van de overeenkomst door Watts enerzijds en door Tepea anderzijds in de verschillende toenmalige Lid-Staten der Gemeenschap en in het Verenigd Koninkrijk ingeschreven en/of gebruikt voor de verkoop van de onderhavige produkten?

Antwoord van *verzoekster:*

„Ervan uitgaande, dat met de „overeenkomst" bedoeld wordt de overeenkomst van alleenvertegenwoordiging voor Watts in Nederland de dato 8 september 1956, kan worden vermeld, dat Tepea haar merk Dust Bug reeds in Nederland gebruikte voordat die alleenvertegenwoordigingsovereenkomst tot stand kwam. Gewezen zij op het Benelux-depot nr. 45985 de dato 29 juli 1971 aangevende eerste gebruik 1955. Het instandhoudingsverzoek van Watts geeft als eerste gebruik aan 1957, waarbij nota bene als voorheen in Nederland ingeschreven merk, het depot van Tepea werd vermeld, overigens ten onrechte. De alleenvertegenwoordigingsovereenkomst de dato 8 september 1956 vermeldt geheel niets over merken. Gewezen wordt in dit verband nog op de eerste alinea van bladzijde 2 van de overeenkomst van 8 september 1956 (bijlage).

Ten aanzien van de merken Disc Preener en Parastat was er nog geen gebruik, omdat bij het sluiten van die overeenkomst de artikelen waarop deze merken betrekking hebben, nog niet bestonden.

De inschrijving van het merk Dust Bug en eveneens de andere merken heeft pas veel later plaatsgevonden, omdat toentertijd in Nederland niet de inschrijving, doch het gebruik rechtscheppend was.

Welke merken en in welke landen deze door Watts zijn gedeponeerd is Tepea onbekend. Zij heeft eerst in 1973 via de procedures vernomen, dat Watts in Engeland ook merken had gedeponeerd. Wat betreft het merk Disc Preener wordt opgemerkt, dat dit nooit door Watts is gedeponeerd en dat het depot, dat volgens de Commissie van 28 juli 1972 zou zijn, reeds een vernieuwing is van het instandhoudingsdepot, voordien, en wel op 29 juli 1971 verricht.

Ik moge verder nog de aandacht vestigen op de brieven van Theal aan Watts, gedateerd 10 en 19 oktober 1973, welke brieven zich in de processtukken van de Commissie bevinden."

Antwoord van *verweerster:*

„De mondelinge overeenkomst tussen Watts en Theal werd op 8 september 1956 afgesloten zoals blijkt uit de door Theal verrichte aanmelding (dupliek bijlage 2, blz. 4).

Noch door Watts, noch door Theal werd vóór deze datum enig van de vier in het geding zijnde merken ingeschreven, noch in Nederland, noch in het Verenigd Koninkrijk, noch in gelijk welke andere Lid-Staat.

Zowel in Nederland als in het Verenigd Koninkrijk kon men echter in deze periode het recht op een merk ook verkrijgen door het enkele gebruik. Theal heeft deze merken respectievelijk op 29 juli 1971 en 28 juli 1972 in het Beneluxregister ingeschreven (bijlage 1 bij dit antwoord) waarbij zij beroep deed op eerdere Nederlandse inschrijvingen van 5 en 25 september 1969 en op gebruik in Nederland van deze merken *sedert 1955* (Dust Bug), 1958 (Parastat), 1962 (Disc Preener) en 1964 (Watts). Tepea

pretendeert derhalve alleen voor het merk Dust Bug een gebruik vóór de overeenkomst.

Het is echter duidelijk zowel uit het geïllustreerde artikel van de heer Watts in Wireless World van *januari* 1955 [1], bladzijde 27 en 28 (zie bijlage III), als uit bladzijde 85 van het boek van mevrouw Watts (bijlage II), alsook uit de door mevrouw Watts op 11 juli 1975 te Londen afgelegde verklaring welke in de dupliek op bladzijde 4 (laatste zin van het citaat) is genoemd, dat Watts de naam Dust Bug heeft bedacht en in het Verenigd Koninkrijk heeft gebruikt voordat Theal dit in Nederland heeft gedaan.

Voorts blijkt uit bijlage 1 bij de dupliek dat Watts de naam zelf in Nederland gebruikt heeft op een tijdstip waarop er geen spoor van gebruik door Theal is. In deze bijlage is sprake van leveringen van Watts aan Nederlandse firma's op respectievelijk 16 april en 13 september 1955. Theal komt op deze lijst *niet* voor.

In de andere Lid-Staten van de Gemeenschap werden deze merken vóór het bestaan van de overeenkomst van 8 september 1956 noch gebruikt, noch ingeschreven."

Antwoord van de *interveniënten:*

„Vóór de datum van de overeenkomst tussen Watts en Tepea waren geen van de merken waarom het in deze zaak gaat *ingeschreven,* noch in een van de toenmalige Lid-Staten der Gemeenschap, noch in het Verenigd Koninkrijk.

Het merk Dust Bug ist wél voor de datum van de overeenkomst door Watts in Nederland en het Verenigd Koninkrijk *gebruikt,* hetgeen volgens de toenmalige wetgeving in Nederland en het Verenigd Koninkrijk aan Watts in beide landen het exclusieve recht verschafte dat merk voor haar waren te gebruiken. De Commissie heeft van dit eerste merkrechtscheppend gebruik vóór de overeenkomst bewijzen overgelegd.

Deze vraag stelt interveniënten in de gelegenheid hun memorie van 10 november 1977 op één punt te rectificeren. Watts heeft de vier merken in Nederland niet aangemeld vóór de invoering van de Benelux-merkenwet in 1971. Watts heeft deze merken wél ná 1971 aangemeld, waarbij door haar (Watts) een beroep werd gedaan op eerdere Nederlandse inschrijvingen en, ten aanzien van het merk Dust Bug, op haar (Watts) eerste gebruik sedert 1955, dus van vóór de overeenkomst met Tepea (zie de bewijzen van inschrijving der vier merken ten name van Watts in het Benelux-merkenregister)."

De *vijfde vraag:* de Commissie wordt verzocht de correspondentie bij het dossier te voegen die tijdens de administratieve behandeling is gevoerd tussen de Commissie en Tepea (met verwijzing in het bijzonder naar de in de schriftelijke procedure aangehaalde brieven).

Naar aanleiding van deze vraag heeft de Commissie een reeks documenten overgelegd (met name het verslag van de hoorzitting van 23 maart 1976).

V — Mondelinge behandeling

Partijen zijn ter terechtzitting van 19 april 1978 in hun pleidooien gehoord en hebben een aantal vragen van de rechters en de advocaat-generaal beantwoord.

Verzoekster geeft een overzicht van de feiten en wijst met name op de volgende concrete punten:

— het woord „Dust Bug" is een vondst van Theal-directeur Meyling;

— dat geen merkenovereenkomst bestond, blijkt uit het feit dat Watts na ontvangst van het haar door Theal

[1] — Gezien de datum van publikatie mag gevoeglijk worden aangenomen dat het artikel in 1954 is ingeschreven, een jaar ten aanzien waarvan Tepea zelfs geen onbewezen pretentie formuleert (voetnoot afkomstig van de Commissie).

gezonden afschrift van de aanmelding geen bezwaren heeft gemaakt;

— Theal heeft nimmer rechtsmaatregelen genomen tegen verkopers van Watts-produkten, wanneer zij de herkomst van deze produkten konden bewijzen.

Verweerster zet uiteen wat het gevolg is van het gebruik van het merkrecht ter beperking van de „intrabrand"-mededinging, dat wil zeggen de mededinging „binnen het merk" en tracht aan te tonen dat pogingen in die zin onder artikel 85 kunnen vallen. Zij wijst voorts op de moeilijkheden waarvoor parallelle importeurs zich gesteld zien wanneer zij, zoals verzoekster stelt, de bewijslast van de echtheid der ingevoerde produkten moeten dragen. Dit leidt tot een abnormale gebiedsbescherming.

Interveniënten stellen voor de stukken inzake de door Theal in Nederland tegen parallelle importeurs aangespannen procedures aan het procesdossier toe te voegen. Zij wijzen erop hoe moeilijk het is het negatieve bewijs te leveren dat een produkt niet nagemaakt is, een bewijs dat Theal deze importeurs voor de nationale rechter wil opleggen; de bewijslast voor nabootsing dient te rusten op degene die de namaak stelt. De logica en de gegevens die kunnen worden ontleend aan 's Hofs eerdere jurisprudentie moeten de nationale rechter in gedingen van deze aard tot leidraad dienen.

De advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 10 mei 1978 conclusie genomen.

Ten aanzien van het recht

1 Overwegende dat de Commissie op 21 december 1976 een beschikking heeft genomen, gepubliceerd in PB L 39 van 10 februari 1977, blz. 19 en gericht tot de firma's Theal NV en Cecil E. Watts, thans Tepea BV, en Cecil E. Watts Ltd. (hierna verder genoemd Theal en Watts), waarin bij artikel 1 wordt vastgesteld:

— een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag door een mondelinge alleenverkoopovereenkomst tussen Theal en Watts, met inbegrip van de verlening van het uitsluitende recht op het gebruik van handelsmerken in Nederland;

— een verdere, in artikel 15, lid 1, sub a), strafbaar gestelde inbreuk op verordening nr. 17 van 6 februari 1962, bestaande in het verstrekken van onjuiste en misleidende gegevens bij de aanmelding van 24 januari 1963 door Theal;

en voorts bij de artikelen 2 en 3 dat „het verzoek om een buiten toepassing verklaring conform artikel 85, lid 3 wordt geweigerd voor de in artikel 1 genoemde overeenkomst" en dat deze beide ondernemingen onverwijld een einde moeten maken aan de inbreuk op artikel 85, lid 1, van het Verdrag en

zich in de toekomst moeten onthouden van ieder verder optreden, in welke vorm dan ook, met het doel de invoer of wederverkoop van Watts-produkten in Nederland te verhinderen;

2 dat ten slotte beide firma's wegens inbreuk op artikel 85, lid 1, een geldboete van 10 000 rekeneenheden wordt opgelegd, ofwel aan Tepea Fl 36 200 en aan Watts £ 4 166;

3 dat bovendien aan Tepea een geldboete van 5 000 rekeneenheden of Fl 18 100 wordt opgelegd wegens het verstrekken van onjuiste en misleidende gegevens in een aanmelding conform artikel 5 van verordening nr. 17;

4 Overwegende dat uit door de Commissie ter zitting verstrekte gegevens blijkt dat Watts gevolg heeft gegeven aan de beschikking van de Commissie;

5 Overwegende dat Theal bij op 24 februari 1977 ter griffie ingekomen beroepschrift vordert:

a) nietigverklaring van de beschikking,

b) vervallenverklaring van de door de Commissie opgelegde boeten;

6 Overwegende dat de voorgeschiedenis en de feiten, voor zover zij niet worden betwist, kunnen worden samengevat als volgt;

7 Overwegende dat Watts, nadat hij in 1954 een bedrijf had opgericht voor de fabricage en verkoop van door hem uitgevonden produkten voor het reinigen van grammofoonplaten, met één dealer per land, in Nederland, België, Denemarken, Frankrijk, Ierland en Italië mondeling is overeengekomen dat de betrokkene zou optreden als alleenverkoper op het grondgebied van het land waarvoor hem de concessie was verleend;

8 dat Watts in het Verenigd Koninkrijk uitsluitend aan een twintigtal groothandelaren leverde, met het verbod — althans sedert mei 1972 — haar produkten, die op de verpakking de vermelding „not for export" droegen, uit te voeren;

9 dat de exportprijzen, die tot dusver gelijk of nagenoeg gelijk waren geweest aan de prijzen op de binnenlandse markt, in 1972 zijn gaan stijgen in verhouding tot laatstgenoemde prijzen;

10 dat de exportprijs voor een en hetzelfde produkt in juli 1974 tot 32 % hoger lag dan de binnenlandse prijs, terwijl de prijsverschillen nog werden vergroot door het koersverschil met name van de valuta van het Verenigd Koninkrijk en Nederland, hetgeen voor de Nederlandse handelaren aanleiding was Watts-produkten veeleer rechtstreeks uit Engeland te betrekken dan bij de Nederlandse alleenverkoper, Theal;

11 Overwegende dat Theal op 24 januari 1963 bij de Commissie een op 8 september 1956 mondeling met Watts gesloten — voor onbepaalde tijd aangegane — alleenverkoopovereenkomst voor produkten voor het reinigen van grammofoonplaten heeft aangemeld, uitsluitend voor leveringen binnen een Lid-Staat, inhoudende dat „de fabriek zich verplichtte binnen het territorium Nederland niet anders dan aan Theal NV te leveren en alle aanvragen uit dit gebied aan de NV door te geven";

12 dat in deze aanmelding werd verklaard dat de overeenkomst de vrije mededinging binnen de Lid-Staat niet uitsloot, daar zij slechts gold voor één merk;

13 dat volgens Theal het aantal concurrerende merken groot was, dat de gebruiker de vrije keus gelaten werd bij aankoop en dat de overeenkomst uitsluitend ten doel had een gespecialiseerde organisatie ten dienste van de gebruiker te stellen om hem een zo goed mogelijke service te geven, met name na de verkoop bij eventuele gebreken van de geleverde apparatuur;

14 dat Theal ontkennend had geantwoord op de vraag of het verdelen van de markten of van de voorzieningsbronnen behoorde tot de middelen om de doelen van de overeenkomst te bereiken;

15 dat de Commissie Theal naar aanleiding van deze aanmelding bij brief van 18 april 1969 heeft bericht dat uit een voorlopig onderzoek was gebleken dat de aangemelde overeenkomst geen absolute gebiedsbescherming inhield en daarom in aanmerking kon komen voor de in verordening nr. 67/67 voorziene groepsvrijstelling, doch dat, indien de overeenkomst niet werkelijk voldeed aan de in deze verordening voorziene voorwaarden voor vrijstelling, zij dienovereenkomstig diende te worden gewijzigd, in welk geval de vrijstelling eerst op de datum van deze wijziging zou ingaan;

16 dat Theal daarop niet heeft geantwoord, zodat de Commissie geen enkele reden had om te betwijfelen dat de overeenkomst in overeenstemming was met artikel 1, lid 1, van verordening nr. 67/67;

De toepassing van artikel 85, lid 1, van het Verdrag

17 Overwegende dat verzoekster betoogt dat weliswaar sedert 1956 tussen Watts en haar een mondelinge alleenverkoopovereenkomst bestond, doch dat tussen beide firma's nimmer een overeenkomst inzake het gebruik en de inschrijving van merken was gesloten;

18 dat de Commissie ten onrechte stelt dat verzoekster met instemming van Watts over de merkrechten van Watts in Nederland heeft beschikt;

19 dat zij betoogt zelf de merken „Dust Bug", „Disc Preener" en „Parastat" te hebben gecreëerd na het sluiten van een alleenvertegenwoordigingsovereenkomst inzake de door Watts in het Verenigd Koninkrijk vervaardigde produkten voor het reinigen van grammofoonplaten;

20 dat de merken van Theal in Nederland en die van Watts in Engeland geheel los van elkaar staan en autonoom tot stand gekomen zijn, daar de Engelse merken zijn ontstaan zonder dat Theal hiervan kennis droeg;

21 dat zij op deze merken een exclusief recht had dat zelfstandig van aard was en niet aan enig ander toebehoorde, doch dat zij nooit de opzet heeft gehad om feitelijk dan wel in rechte tegen parallelle importen op te treden;

22 dat zij slechts gebruik heeft gemaakt van haar merkrechten tegen nagemaakte produkten die noch afkomstig waren van de fabriek van Watts in het Verenigd Koninkrijk noch van haarzelf;

23 dat zij vanaf november 1972 tot mei 1975 verschillende rechterlijke uitspraken heeft verkregen, waarin Nederlandse handelaren werd gelast binnen 24 uur de verkoop te staken van artikelen die deze merken droegen, doch niet door Theal waren geleverd;

24 dat het verzoekster onder deze omstandigheden „onduidelijk" is op grond van welke feiten of verklaringen de Commissie tot de conclusie is gekomen dat zij inbreuk heeft gemaakt op artikel 85, lid 1, van het Verdrag en dat de aanmelding der overeenkomst van 24 januari 1963 onjuiste en misleidende gegevens bevatte;

25 Overwegende dat de Commissie Theal heeft beboet, onder meer omdat zij bij de aanmelding niet had meegedeeld dat de overeenkomst met Watts „ver-

lening omvatte van het uitsluitende recht op het gebruik van handelsmerken in Nederland", welke clausule eerst op 11 juli 1975 tijdens een onderhoud met Theal en Watts ter kennis van de Commissie was gekomen;

26 dat zij ter staving van deze stelling betoogt dat Watts als eerste de termen „Dust Bug", „Parastat" en „Disc Preener" heeft gebuikt en de eerste twee op 11 februari 1958 in het Verenigd Koninkrijk als merk heeft laten inschrijven, en de laatste enige tijd nadien;

27 dat Watts Theal desgevraagd heeft toegestaan („Do as you like") de benaming „Dust Bug" op haar (Theals) naam in Nederland te gebruiken;

28 dat de uitdrukkelijk voor Dust Bug gegeven toestemming ook gold voor de merken Disc Preener en Parastat;

29 dat verzoekster in een brief van 10 oktober 1973, ondertekend door twee directeuren, aan Watts schreven: „Wij bevestigen dat Uw vennootschap eigenaresse is van de handelsmerken Dust Bug, Disc Preener, Parastat en Watts. Indien U bereid bent de bestaande Benelux-registratie of aanvrage in Uw naam voor deze merken in te trekken, verbinden wij ons de nodige stappen te ondernemen om alle rechten op deze merken waarover wij beschikken aan Uw vennootschap of aan enige door U aan te wijzen vennootschap ... over te dragen op een door U verlangd tijdstip ...";

30 dat de Commissie van mening is dat de bewoordingen van deze brief, welke in overeenstemming zijn met de historische ontwikkeling van de betrekkingen tussen partijen, hun verklaringen en gedragingen, de uit hun overeenkomsten voortvloeiende rechtsverhouding juist weergeven;

31 dat deze rechtsverhouding trouwens concrete vorm heeft aangenomen toen Watts deze merken, nadat hij ze op 23 december 1971 in het Benelux-merkenregister had laten inschrijven, op 23 oktober 1973 op verzoek van Theal heeft laten doorhalen, om de goede afloop van de door Theal tegen parallelle importeurs aangespannen procedures te bevorderen;

32 dat de Commissie de mededelingen van verzoekster niet terzake verklaart, volgens welke een nieuwe brief van 18 oktober 1973 de inhoud van die van 10 oktober 1973 zou hebben geannuleerd, nu Watts volhoudt nooit de tekst van deze intrekking te hebben ontvangen en nu bovendien uit het verslag van een zaakgelastigde van Watts en uit de in het dossier opgenomen brief-

wisseling blijkt, dat de brief van 10 oktober 1973, welke na diepgaande besprekingen tussen betrokkenen en hun raadslieden werd opgesteld bijzonderlijk moest dienen om de stellingen van Theal in de procedure tegen de interveniënte Wilkes te ondersteunen;

33 dat volgens de Commissie deze alleenverkoopovereenkomst en de overeenkomst tot toekenning van het exclusieve recht de merken van Watts te gebruiken, in werkelijkheid ten doel hadden Theal absolute gebiedsbescherming te bieden met uitsluiting van elke parallelle import van authentieke produkten en daarom onder het verbod van artikel 85, lid 1, vielen;

34 Overwegende dat uit het dossier in zijn geheel blijkt dat verzoekster zich op de markt van de produkten voor het reinigen van grammofoonplaten in Nederland inderdaad zodanig heeft gedragen als door de Commissie geschetst;

35 dat ten deze met betrekking tot de verlening van het exclusieve recht de merken in Nederland te gebruiken, voorts kan worden opgemerkt dat het onderscheidend vermogen van het woord „Dust Bug", namelijk de originele verbinding van de woorden „Dust" en „Bug", ontegenzeglijk is te danken aan de uitvinder van het produkt voor het reinigen van grammofoonplaten;

36 dat blijkens een in een Engels blad verschenen artikel dit woord reeds in 1955 door Watts is gebruikt;

37 dat de inschrijving van deze typisch Engelse benaming als merk in Nederland door Theal dus slechts kon geschieden met toestemming van de uitvinder, evenals de inschrijving van dit merk naderhand door Watts is toegestaan in België, Luxemburg, Frankrijk, Italië en Duitsland;

38 dat deze in de meest algemene vorm, met de woorden „Do as you like", aan Theal gegeven toestemming onmisbaar sloeg op het gebruik van alle merken van Watts;

39 dat de langdurige handelsrelatie, het vertrouwen en de steun die Watts na zijn eerste uitvindingen heeft ontvangen van Theal, die als dealer over een omvangrijke infrastructuur beschikte, een verklaring bieden voor het feit dat hun relatie is ontstaan en uitgebouwd zonder dat de handelspartners het nodig hebben gevonden deze schriftelijk vast te leggen;

40 dat als vaststaand kan worden aangenomen dat tussen de firma's Watts en Theal sedert 1956 twee mondelinge overeenkomsten bestonden, de eerste betreffende de toekenning van de hoedanigheid van alleenverkoper van Wattsprodukten in Nederland aan Theal, waarin Watts zich verbond in Neder-

land uitsluitend aan Theal te leveren en alle bestellingen voor Nederland aan Theal door te geven, terwijl de andere bestond in het verlenen van het exclusieve recht in Nederland gebruik te maken van de die produkten betreffende merken;

41 dat deze mondelinge afspraken tussen beide firma's overeenkomsten in de zin van artikel 85, lid 1, vormden, die meebrachten dat Theal in Nederland absolute gebiedsbescherming werd verleend;

42 dat deze bescherming bovendien in 1956 werd gewaarborgd door het toepasselijke nationale recht en naderhand versterkt doordat Watts de groothandelaren in het Verenigd Koninkrijk een uitvoerverbod oplegde en door het aanbrengen van een etiket met de woorden „een Theal produkt" op de door Watts aan Theal geleverde produkten, hetgeen deze laatste de mogelijkheid bood na te gaan of in Nederland Watts-produkten ten verkoop werden aangeboden, die niet van haar bedrijf afkomstig waren;

43 dat dit gehele stelsel Theal de mogelijkheid bood iedere parallelle import uit het Verenigd Koninkrijk of andere landen in Nederland te verhinderen, en daarmee iedere mededinging uit te schakelen en haar bij gevolg volledige vrijheid liet om in Nederland voor deze produkten prijzen vast te stellen zonder gevaar voor enige werkelijke mededinging van produkten van hetzelfde merk;

44 dat aldus een handig gebruik van het merkenrecht de gebiedsbescherming die voortvloeit uit de goedgekeurde alleenverkoopovereenkomst heeft versterkt, doordat het gezamenlijk effect van beide handelwijzen een absolute en voortdurende bescherming verzekerde;

45 dat de oorspronkelijke overeenkomst dus niet kan worden beoordeeld zonder rekening te houden met de onderling afgestemde feitelijke gedraging waaraan zij haar doeltreffendheid dankte;

46 Overwegende dat een overeenkomst luidens artikel 85 onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt verboden is, wanneer zij, in de eerste plaats, „de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden";

47 Dat uit 's Hofs jurisprudentie (arrest van 25 november 1971, zaak 22/71, Béguelin Import Co./SA G. L. Import-Export, Jurispr. 1971, blz. 959) blijkt dat het feit dat een der aan de overeenkomst deelnemende ondernemingen

in een derde land is gevestigd, aan de toepassing van artikel 85 niet afdoet, wanneer de overeenkomst op het grondgebied van de gemeenschappelijke markt effect sorteert, met dien verstande dat deze overeenkomst niet onder het verbod van artikel 85 valt, wanneer zij het intracommunautaire handelsverkeer niet merkbaar ongunstig beïnvloedt;

48 dat zolang het Verenigd Koninkrijk een derde land was, de beperkingen van de mededinging ten gevolge van de toepassing van de overeenkomsten tussen Watts en Theal slechts tastbare gevolgen hadden voor de handel binnen Nederland, en dat geen enkel stuk uit het dossier steun biedt aan de veronderstelling dat de afscherming van deze nationale markt het intracommunautaire handelsverkeer in Watts-produkten vóór 1 januari 1973, de datum van toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EEG, merkbaar heeft belemmerd;

49 dat Theal deze overeenkomsten na deze datum te haren gunste is blijven aanwenden, daar zij op 16 januari en 5 juni 1973 en op 30 mei 1975 rechterlijke uitspraken heeft verkregen tegen drie firma's aan wie daarbij de rechtstreekse invoer van Watts-produkten naar Nederland werd verboden, en aangezien zij voortging wederverkopers in Nederland die Watts-produkten direct of indirect bij groothandelaren in het Verenigd Koninkrijk betrokken, schriftelijk erop te wijzen dat zulks een inbreuk op haar merkrecht in Nederland vormde;

50 dat bij beschouwing van de concrete gevolgen van deze overeenkomsten blijkt dat zij het intracommunautaire handelsverkeer merkbaar belemmerden, daar de verkoop van produkten van het merk Watts in Nederland 15 % uitmaakte van de markt van produkten voor het reinigen van grammofoonplaten;

51 dat gezien het voorgaande vaststaat dat de overeenkomsten tussen Theal en Watts vanaf 1 januari 1973 de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden;

52 Overwegende dat de tweede voorwaarde voor het verbod van artikel 85, lid 1, luidt dat de betrokken overeenkomst ertoe strekt of ten gevolge heeft dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst;

53 dat de overeenkomsten tussen Theal en Watts hoofdzakelijk als doel en als gevolg hadden de mededinging in de beschermde zone binnen de gemeenschappelijke markt te verhinderen;

54 dat uit het optreden van de parallelle importeurs en het risico dat zij daarbij liepen, blijkt dat in Nederland een bijzondere vraag naar Watts-produkten bestond;

55 dat uit het gedrag van Theal blijkt dat deze de mededinging vreesde van handelaren die niet van haar kochten, aangezien de Watts-produkten meer dan 25 % van haar omzet uitmaakten;

56 dat uit al deze bevindingen volgt dat bedoelde overeenkomsten vanaf 1 januari 1973 onverenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt en onder het verbod van artikel 85, lid 1, vallen, daar zij de handel tussen Lid-Staten in produkten voor het reinigen van grammofoonplaten ongunstig beïnvloeden en tot gevolg hebben dat de gebruikers de voordelen worden ontnomen welke voortvloeiden uit een daadwerkelijke mededinging tussen produkten van eenzelfde merk, zoals deze zou kunnen voortvloeien uit een groter aantal verkoopkanalen en voorzieningsbronnen en uit lagere prijzen;

57 Overwegende dat bovendien deze overeenkomsten, die Theal een absolute gebiedsbescherming boden en parallelle import verhinderden, welke bescherming werd verstrekt door het door Watts opgelegde exportverbod, niet bijdroegen tot de verbetering van de produktie of de verdeling der produkten, noch tot de bevordering van te technische of economische vooruitgang, zodat zij — zelfs wanneer zij deugdelijk waren aangemeld of waren vrijgesteld van aanmelding — niet in aanmerking konden komen voor de vrijstelling bedoeld in artikel 85, lid 3, daar de voorwaarden voor toepassing van dit artikel niet waren vervuld;

De toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 17

58 Overwegende dat de Commissie blijkens artikel 15, lid 2, geldboeten kan opleggen van duizend rekeneenheden of meer, welk bedrag kan worden verhoogd tot 10 % van de omzet van de betrokken onderneming in het voorafgaande boekjaar, wanneer deze opzettelijk of uit onachtzaamheid inbreuk maakt op artikel 85, lid 1;

59 Overwegende dat de aan Theal verweten handelingen vallen onder het verbod van artikel 85, lid 1;

60 dat bij de bepaling van het bedrag van de op te leggen boete rekening moet worden gehouden met de duur en de ernst van de inbreuk;

61 Overwegende met betrekking tot de duur, dat de Commissie in de overwegingen van de beschikking heeft verklaard dat zij „geen rekening wenst te houden met de inbreuken die vóór mei 1972 werden begaan, datum waarop het uitvoerverbod onregensprekelijk in voege was en gevolgen had" en dat zij vooral ten aanzien van Theal uitging van het tijdstip september 1972, op welk tijdstip verzoekster voor het eerst haar merkrechten gebruikte om parallelle import te beletten;

62 dat zo de feiten reeds sinds 24 januari 1963 bestonden, van een daadwerkelijke inbreuk eerst sprake is vanaf 1 januari 1973, datum van de toetreding van het Verenigd Koninkrijk tot de EEG;

63 dat de korte tijdsspanne tussen de door de Commissie aangehouden datum — september 1972 — en de werkelijke aanvangsdatum van de inbreuk — 1 januari 1973 —, niet van invloed dient te worden geacht bij de beoordeling van het bedrag van de boete;

64 Overwegende dat met betrekking tot de ernst van de inbreuk dient te worden opgemerkt dat verzoekster daarmee is doorgegaan door zich nog drie keer tot Nederlandse rechters te wenden, hoewel haar aandacht reeds was gevestigd op de mededingingsvoorschriften in het EEG-Verdrag;

65 dat het optreden van Theal bovendien de mededinging duidelijk beperkte, zulks in strijd met een der fundamentele doelstellingen van het Verdrag, namelijk het totstandbrengen van één markt in de Gemeenschap;

66 dat anderzijds in aanmerking dient te worden genomen dat de onderhavige produkten naar hun aard slechts een gering deel uitmaken van de uitgaven der gebruikers;

67 dat de handelwijze van Theal weliswaar heeft bijgedragen tot het uitschakelen van de mededinging tussen produkten van hetzelfde merk, doch het verlies voor de gebruiker niet groot is geweest, gezien de prijs van bedoeld produkt en zijn betrekkelijk ondergeschikte betekenis voor de doorsneegebruiker;

68 dat zo gezien de boete van 10 000 rekeneenheden die de Commissie Theal heeft opgelegd in verhouding tot haar ernst en duur niet onevenredig voorkomt;

De toepassing van artikel 15, lid 1, sub a, van verordening nr. 17

69 Overwegende dat luidens artikel 15, lid 1, van verordening nr. 17 de Commissie bij beschikking aan ondernemingen geldboeten kan opleggen van 100 tot 5 000 rekeneenheden, wanneer zij opzettelijk of uit onachtzaamheid bij een aanmelding als bedoeld in artikel 4 en artikel 5 van deze verordening, „onjuiste of verdraaide gegevens" verstrekken;

70 dat de door Theal begane inbreuk bestaande in het verstrekken van onjuiste en misleidende gegevens, zoal niet opzettelijk, dan toch door onachtzaamheid is geschied, aangezien in het aanmeldingsformulier haar aandacht duidelijk was gevestigd op de verplichting de Commissie op de hoogte te stellen van de inhoud van de overeenkomst en te vermelden of zij een verdeling der markten bevatte of een beperking van de vrijheid van aankoop of wederverkoop voor derden of op enigerlei andere wijze ertoe kon strekken of ten gevolge kon hebben dat de mededinging werd verhinderd, beperkt of vervalst, en aangezien verzoekster in haar aanmelding bij de Commissie geen mededeling heeft gedaan van de overeenkomst inzake de verlening van het exclusieve recht om gebruik te maken van de in Nederland ingeschreven merken en de volgen van de absolute bescherming op dit grondgebied, ofschoon deze beide overeenkomsten tezamen de neveninvoer beletten en de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt vervalsten;

71 Overwegende dat hieruit volgt dat de Commissie is misleid omtrent de werkelijke inhoud van de overeenkomsten tussen Watts en Theal vanaf 24 januari 1963, de datum van de aanmelding, totdat Wilkes in zijn verzoek van 30 januari 1974 de aandacht van de Commissie daarop heeft gevestigd;

72 dat wegens de ernst van deze inbreuk, die wordt gekenmerkt door de dwaling waarin de Commissie gedurende 11 jaar is gelaten, de aan Tepea BV opgelegde boete van 5 000 rekeneenheden volkomen gerechtvaardigd voorkomt;

Ten aanzien van de kosten

73 Overwegende dat ingevolge artikel 69, paragraaf 2, van het Reglement voor de procesvoering, de in het ongelijk gestelde partij in de kosten moet worden verwezen, voor zover zulks is gevorderd;

74 dat verzoekster in alle onderdelen van haar vordering in het ongelijk is gesteld;

75 dat zij in de kosten moet worden verwezen, met inbegrip van de kosten van de interventie;

HET HOF VAN JUSTITIE,

rechtdoende:

1. **Verwerpt het beroep,**

2. **Verwijst verzoekster in alle kosten, met inbegrip van die van de interveniënten.**

Kutscher Sørensen Bosco Donner Mertens de Wilmars

Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Uitgesproken ter openbare terechtzitting te Luxemburg op twintig juni negentienhonderdachtenzeventig.

De griffier

A. Van Houtte

De president

H. Kutscher