

CONCLUSIE VAN DE ADVOCaat-GENERAAL  
P. VERLOREN VAN THEMAAT  
VAN 25 NOVEMBER 1981

*Mijnheer de President,  
mijne heren Rechters,*

I — Inleiding

Bij arrest van 11 december 1980 heeft het Gerechtshof te 's-Gravenhage U verzocht:

„uitspraak te doen over de uitlegging van de regels betreffende het vrije verkeer van goederen van het EEG-Verdrag en de artikelen 85 en 86 van dat Verdrag met betrekking tot de volgende vraag:

Aangenomen dat:

- a) een handelaar produkten in Nederland in de handel brengt, die niet meer door enig octrooi worden bestreken en die zonder noodzaak vrijwel identiek zijn aan reeds gedurende geruime tijd door een andere handelaar in Nederland in de handel gebrachte en van andere soortgelijke waren afwijkende produkten, en eerstgenoemde handelaar daardoor nodeloos verwarring sticht;
- b) volgens de Nederlandse wet eerstgenoemde handelaar zich aldus uit hoofde van oneerlijke mededinging onrechtmatig jegens laatstgenoemde handelaar gedraagt;
- c) de Nederlandse wet aan laatstgenoemde handelaar het recht geeft op die grond een rechterlijk verbod te verkrijgen, waarbij het aan eerstgenoemde handelaar wordt verboden die pro-

dukten verder in Nederland in de handel te brengen;

- d) de produkten van laatstgenoemde handelaar in Zweden worden gefabriceerd en die van eerstgenoemde handelaar in de Duitse Bondsrepubliek;
- e) eerstgenoemde handelaar zijn produkten invoert uit de Duitse Bondsrepubliek, waarbinnen die produkten rechtmatig in de handel worden gebracht door een ander dan laatstgenoemde handelaar, de Zweedse fabrikant, iemand die met een hunner verbonden is of van een van deze toestemming heeft,

verhinderen dan de in het EEG-Verdrag opgenomen regels betreffende het vrije verkeer van goederen, niettegenstaande het in artikel 36 bepaalde, dat laatstgenoemde handelaar een zodanig rechterlijk verbod jegens de eerstgenoemde handelaar verkrijgt?”

Met deze vraagstelling confronteert een nationale rechter Uw Hof voor de eerste maal met het probleem van de gemeenschapsrechtelijke aspecten van het leerstuk der slaafse of ongeoorloofde nabootsing. Dit leerstuk is in de gezaghebbende rechtsvergelijkende studie van Ulmer e.a. over het recht inzake oneerlijke mededinging in de Lid-Staten der EEG, gekwalificeerd als behorend tot de moeilijkste onderwerpen van het recht der oneerlijke mededinging (Ulmer-Reimer, Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG, Band III: Deutschland, München 1968, blz. 190). Een geactualiseerd rechtsvergelijkend onderzoek toont, dat alle huidige

tien Lid-Staten het leerstuk kennen en dat de door Ulmer-Reimer voor het Duitse recht getrokken conclusie over de moeilijkheid van dit leerstuk ook voor de meeste andere Lid-Staten opgaat.

Alleen Italië kent in artikel 2598 van zijn Burgerlijk Wetboek een uitdrukkelijk wettelijk verbod van slaafse nabootsing. Alle andere Lid-Staten leiden een dergelijk verbod af, hetzij uit een specifieke wetgeving inzake oneerlijke mededinging in het algemeen, hetzij uit algemene leerstukken als aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad. De in de doctrine overheersende term „slaafse nabootsing” blijkt daarbij overigens in zoverre ietwat verwarrend te zijn, dat: 1) zelfs een volledige nabootsing van andermans produkt niet per sé door het verbod wordt getroffen en 2) alle rechtsstelsels van de Lid-Staten uitgaan van het beginsel, dat bij afwezigheid van een specifiek industrieel eigendomsrecht als het octrooi-recht, een ieder vrij is zich bij zijn industriële of ambachtelijke activiteiten te laten inspireren door hetgeen anderen hebben gedaan. Deze vrijheid omvat in beginsel ook het recht van nabootsing van het produkt van een concurrent. Slechts wanneer deze nabootsing in de geest van afnemers verwarring kan doen ontstaan ten aanzien van identiteit of herkomst van het produkt, achten alle rechtsstelsels van de Lid-Staten de nabootsing verboden. De aard van het produkt en van de nagebootste kenmerken of onderdelen daarvan, de noodzaak of functionaliteit van de nabootsing, alsmede de grotere of kleinere technische deskundigheid van de gebruikelijke afnemers leiden daarbij tot een rijke casuïstiek in de uitkomsten van de rechterlijke toetsing. De bij die toetsing toegepaste criteria tonen meer of minder belangrijke verschillen van Lid-Staat tot Lid-Staat. Dergelijke verschillen zouden onder meer kunnen verklaren, waarom voor de in casu aan de orde zijnde kabeldoorvoe-

ringen nooit een actie tegen het door een Duitse fabrikant nagebootste Zweedse produkt in de Duitse Bondsrepubliek heeft plaatsgevonden. Integendeel blijkt uit het dossier, dat daar juist omgekeerd de nabootser met succes een actie uit oneerlijke mededinging heeft gevoerd tegen de Zweedse producent op grond van diens publicistische beroep op een octrooi, terwijl dat octrooi ten tijde van die advertentie reeds verlopen was. Het Haagse Gerechtshof gaat in zijn vraagstelling onder e) dan ook uitdrukkelijk uit van de hypothese, dat het relevante produkt in een andere Lid-Staat — in casu de Duitse Bondsrepubliek — rechtmatig in het verkeer is gebracht. Op de vraag naar de relevantie van dit punt voor Uw uitspraak zal ik hierna nog terugkomen.

Het in alle Lid-Staten voor het aanwezig achten van slaafse nabootsing gehanteerde criterium van het verwarringsgevaar vindt ook ondersteuning in artikel 10bis van het op 14 juli 1967 te Stockholm „Herziene Internationaal Verdrag van Parijs van 20 maart 1883 tot bescherming van de industriële eigendom” (Tractatenblad van het Koninkrijk der Nederlanden, jaargang 1970, nr. 187).

Volgens artikel 1, tweede lid van dit verdrag omvat de bescherming van de industriële eigendom ook de bestrijding van de oneerlijke mededinging. Of op grond daarvan hetzelfde zal moeten worden aangenomen voor de soortgelijke term in artikel 36 van het EEG-Verdrag is onzeker. Op die vraag en op het eventuele belang daarvan voor Uw uitspraak, zal ik eveneens later nog terugkomen.

Belangrijker voor de beantwoording van de in artikel 36 en in Uw rechtspraak

over artikel 30 geëiste rechtvaardiging uit overwegingen van algemeen belang voor inbreuken op het vrije goederenverkeer, acht ik als eerder opgemerkt, artikel 10bis van genoemd verdrag. In het derde lid van dit artikel leest men, dat (in het kader van de in het eerste en tweede lid neergelegde algemene verplichting voor de Unielanden een daadwerkelijke bescherming te verlenen tegen de oneerlijke mededinging) „met name moeten worden verboden:

- (1) alle daden, welke ook, die verwarring zouden kunnen verwekken door onverschillig welk middel ten opzichte van de inrichting, de waren of de werkzaamheid op het gebied van nijverheid of handel van een concurrent;

...

- (3) aanduidingen of beweringen, waarvan het gebruik zich bij het handel drijven leent tot het verwekken van verwarring bij het publiek omtrent de aard, de wijze van vervaardiging, de kenmerken, de bruikbaarheid of de hoeveelheid van die waren”.

Het criterium van het verwarringsgevaar speelt ook een hoofdrol in het merkenrecht, zoals niet alleen blijkt uit Uw rechtspraak, maar ook uit artikel 6bis van het genoemde Unie-verdrag. In zoverre zou men van een quasi-merkfunctie van de vormgeving van een produkt kunnen spreken, die dan door het leerstuk van de slaafse of ongeoorloofde nabootsing wordt beschermd.

Op de vraag, in hoeverre daaruit kan worden afgeleid, dat Uw rechtspraak over het verwarringsgevaar in het merkenrecht ook relevant is voor de onder-

havige vraagstelling, zal ik wederom later terugkomen.

Veel moeilijker te beantwoorden is de vraag in hoeverre aan het leerstuk van de slaafse of ongeoorloofde nabootsing naast een quasi-merkfunctie ook een quasi-octrooifunctie toekomt. De casuspositie die aan het hoofdgeding ten grondslag ligt, toont ook de relevantie van deze vraag voor de aan U voorgelegde prejudiciële vraag. Niet alleen in het onderhavige geval, maar ook in vele andere casusposities waarover nationale rechters hadden te beslissen, is deze vraag aan de orde geweest. Het ligt immers voor de hand, dat de oorspronkelijke octrooigerechtigde na afloop van zijn octrooi al gauw een verwarringsgevaar aanwezig zal achten, zodra anderen het voorwerp van zijn octrooi gaan gebruiken. In het algemeen gesproken zal men op dit punt slechts kunnen stellen, dat het leerstuk van de slaafse of ongeoorloofde nabootsing het recht om het voorwerp van een afgelopen octrooi vrij te gebruiken niet zal mogen aantasten. In de nationale rechtspraak van vele Lid-Staten correspondeert hiermede tot op zekere hoogte het onderscheid tussen voor de functie van het produkt technisch noodzakelijke of althans functionele elementen die *wel* en technisch niet noodzakelijke of functionele uiterlijke kenmerken die *niet* van een concurrerend produkt mogen worden overgenomen. Alleen voor de eerste elementen zal immers onder bepaalde voorwaarden, door de toepasselijke octrooiwetgeving gesteld, octrooibescherming in beginsel mogelijk zijn. De correspondentie is echter niet volledig, omdat het leerstuk der slaafse nabootsing ook buiten het terrein der octrooiverlening kan worden toegepast. De feitelijke vraag, of in casu het aangevochten SVT-produkt alleen technisch noodzakelijke elementen van het nagebootste MCT-produkt heeft overgenomen of ook technisch niet noodzakelijke, uiterlijke kenmerken, is voor Uw Hof in het kader van een prejudiciële

procedure niet van belang. Evenmin is voor U van belang het feit, dat de onderhavige casuspositie blijkens het Duitse standaardarrest van 3 mei 1968 „Pulverbehälter” (met een instructieve samenvatting van de rechtspraak van het Bundesgerichtshof door Droste opgenomen in GRUR 1968, 1, blz. 591 e.v.) in de Duitse Bondsrepubliek vermoedelijk met anders geformuleerde criteria benaderd zou zijn dan in hypothese a) van de vraagstelling van het Haagse Gerechtshof is geschied. Met een sterk aan de onderhavige verwante casuspositie (daar met ingebouwde lampen) had het Bundesgerichtshof te maken in zijn arrest van 11 februari 1977 (GRUR 1977, blz. 642). Ook de Franse rechter laat, blijkens onder meer een arrest van de Cour de Cassation van 25 januari 1977 (Ann. 1977, blz. 63) de nabootser aanzienlijk groter vrijheid dan de Nederlandse rechtspraak. Zoals U reeds eerder in het arrest Terrapin t. Terranova (zaak 119/75, Jurispr. 1976, blz. 1039) heeft aangeduid, ligt het echter niet op de weg van het Hof om in het kader van de interpretatie van de artikelen 30 en 36 van het Verdrag een harmonisatie van het nationale recht inzake het begrip „verwarringsgevaar” na te streven. Wel kan in dit verband worden opgemerkt, dat het ontbreken van de noodzaak tot vrijwel volledige identiteit met het nagebootste produkt en het daardoor node-loos verwarring stichten in de genoemde hypothesen van de vraagstelling, terug-grijpt op de interpretatie van de begrippen „noodzaak”, „node-loos” en „verwarring” in een lange reeks van arresten van de Hoge Raad (H.R. 26 juni 1953, N.J. 1954, blz. 90; H.R. 21 december 1956, N.J. 1960, blz. 414; H.R. 8 februari 1960, N.J. 1960, blz. 415; H.R. 15 maart 1968, N.J. 1968, blz. 268; H.R. 12 juni 1970, N.J. 1970, blz. 434 en H.R. 22 november 1974, N.J. 1975, blz. 176). Deze rechtspraak kan uiteraard voor U *niet* bindend zijn, voorzover de begrippen „noodzaak” of „rechtvaardiging” of soortgelijke begrippen in artikel 36 van

het Verdrag en in Uw rechtspraak in het kader van artikel 30 worden gebruikt. Bij de uitlegging van het hier toepasselijke gemeenschapsrecht gaat het immers om een geheel andersoortige afweging dan in het nationale recht op het gebied van de oneerlijke mededinging plaatsvindt. Voor U is op andere gebieden van het recht der oneerlijke mededinging of van het recht van de industriële eigendom, steeds beslissend geweest de afweging van de belangen, die door het recht der oneerlijke mededinging of het recht van de industriële eigendom worden beschermd tegenover de belangen van het vrije goederenverkeer. Onder eerbiediging van het bestaan, het voorwerp of de wezenlijke doeleinden van de betrokken nationale rechten heeft U nooit geaarzeld de uitoefening van die rechten aan de doeleinden van het gemeenschapsrecht te toetsen. Ik acht het in dit verband overbodig Uw talrijke arresten op dit punt in herinnering te roepen. Voorzover zij van meer direct belang zijn voor de onderhavige vraagstelling, zal ik er later in mijn betoog op terugkomen.

Na deze algemene inleidende beschouwingen zal ik achtereenvolgens de volgende onderwerpen behandelen.

In het tweede deel van mijn betoog zal ik nog enige aanvullende opmerkingen over de vraagstelling van het Haagse Gerechtshof maken. Ik zal daarbij ook nader ingaan op de vraag, in hoeverre de in de aanhef van de vraagstelling vermelde artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag relevant kunnen zijn voor de beantwoording van de U gestelde vraag.

In het derde deel van mijn betoog zal ik nader ingaan op het voor Uw antwoord op de gestelde vraag belangrijke probleem of dit antwoord uitsluitend gebaseerd moet zijn op artikel 30, of mede op artikel 36 van het EEG-Verdrag, zoals zowel de verwijzingsrechter als de Commissie als de regering van het Verenigd Koninkrijk lijken aan te nemen. De laatste echter uitsluitend indien Uw Hof anders dan zij zou aannemen, dat het onderhavige deel van het recht der oneerlijke mededinging wel onder artikel 30 valt. Ik zal in dit derde deel van mijn betoog ook terugkomen op het reeds aangestipte punt van relevante overeenkomsten en verschillen in de afgrenzingsproblematiek van enerzijds gemeenschapsrecht en anderzijds verschillende onderdelen van het nationale industriële eigendomsrecht in engere zijn, het nationale recht inzake slaafse nabootsing en het recht inzake oneerlijke mededinging meer in het algemeen.

In ditzelfde derde deel van mijn betoog zal ik dan zowel voor de hypothese, dat mede artikel 36 van toepassing is, als voor de hypothese, dat alleen artikel 30 van toepassing is, nagaan tot welke conclusies elke hypothese dient te leiden. Ik zal daarbij tevens aangeven, in hoeverre relevante verschillen in uitkomst op kunnen treden en in hoeverre eventuele verschillen in uitkomst overbrugd kunnen worden. Tenslotte zal ik in dit onderdeel aangeven op welke gronden uiteindelijk voor een der beide hypothesen zou kunnen worden gekozen.

In het slotdeel van mijn betoog zal ik dan mijn eindoordeel formuleren en motiveren.

Uit deze opzet van mijn conclusie moge blijken, dat ik geen afzonderlijke para-

graaf zal wijden aan de onderliggende feiten.

Het geschil betreft kabeldoorvoeringen van een type dat op grond van een octrooi oorspronkelijk alleen in Zweden werd vervaardigd, maar na afloop van het octrooi door een Duitse fabrikant werd nagemaakt. Behalve in Duitsland werd het Duitse SVT-produkt onder meer in Nederland op de markt gebracht. Voor de verdere feitelijke gang van zaken kan ik zoals gebruikelijk in hoofdzaak naar het rapport ter terechtzitting verwijzen. Omdat dit pas aan het slot van de mondelinge behandeling aan de orde kwam, dient het rapport ter terechtzitting echter op één feitelijk punt door mij te worden aangevuld. De kabeldoorvoeringen worden behalve voor gebouwen ook gebruikt in schepen. Anders dan gebouwen plegen schepen ook te varen. De vraag doet zich dan voor, in hoeverre de uitspraak in eerste instantie, waartegen bij het Haagse Gerechtshof beroep is ingesteld, ook geldt voor de levering van *onderdelen* van het aangevochten SVT-produkt ten behoeve van schepen die in een Nederlandse haven gerepareerd worden en elders in de Gemeenschap een rechtmatig verkochte SVT-kabeldoorvoering kregen ingebouwd. Het vonnis van de Haagse Rechtbank, waartegen bij het Haagse Gerechtshof beroep is ingesteld, is op dit punt niet duidelijk, waar het gedaagde verbiedt „het in Nederland in de handel brengen of doen brengen van de ten processe bedoelde en hierboven omschreven kabeldoorvoeringen, met veroordeling van gedaagde om aan eiseres te betalen een dwangsom . . . voor elke kabeldoorvoeringseenheid of gedeelte daarvan die, respectievelijk dat, gedaagde in strijd met dit verbod in de handel brengt of doet brengen . . .”, enzovoort. Wat tijdens de korte mondelinge discussie over dit punt wel duidelijk is geworden, is het feit, dat de toelaat-

baarheid naar gemeenschapsrecht van beperking van de handel in onderdelen, hulpstukken, of in voorkomende gevallen hulpstoffen als verf, niet vanzelfsprekend automatisch voortvloeit uit het antwoord, dat geldt voor de eindprodukten waarvoor zij worden gebruikt. De handel in onderdelen of hulpstukken betreft in het onderhavige geval in feite slechts een betrekkelijk ondergeschikt detailpunt. In andere gevallen, zoals bij de handel in auto-onderdelen of bij de handel in onderdelen van kasregisters als in Uw arrest in de zaak Hugin tegen Commissie aan de orde (zaak 22/78, Jursipr. 1979, blz. 1869) kan de beoordeling van beperkingen van die handel veel belangrijker zijn. Bij de toepassing van de artikelen 85 en 86 blijkt dan een belangrijk vraagstuk te vormen in hoeverre een afzonderlijke relevante markt voor de handel in onderdelen bestaat. Eenzelfde vraag zou bij de als voorbeelden genoemde gevallen relevant kunnen zijn voor de toepassing van de artikelen 30 of 36 bij de invoer van produkten die in het invoerland geweerd worden op grond van het nationale recht inzake slaafse of ongeoorloofde nabootsing. Zeker bij aanwezigheid van een afzonderlijke relevante markt voor onderdelen lijkt het niet vanzelfsprekend, dat de invoer van onderdelen bij een eventueel toelaatbaar geachte beperking van de invoer van het eindprodukt automatisch eveneens verboden kan worden. In de onderhavige zaak lijkt het onwaarschijnlijk, dat van een afzonderlijke relevante markt in onderdelen van kabeldoorvoeringen kan worden gesproken. De handel in de onderdelen zal hier waarschijnlijk in dezelfde handen liggen als de handel in het eindprodukt. Ook dan lijkt het echter niet vanzelfsprekend, dat een eventueel toelaatbaar geacht verbod van de handel in het eindprodukt automatisch ook een verbod van de handel in onderdelen rechtvaardigt. Ik zal daarom in het laatste deel van mijn conclusie op dit punt nog kort terugkomen.

## II — Opmerkingen over de vraagstelling

De gestelde vraag geeft op voorbeeldige wijze een abstracte aanduiding van de conform Nederlands recht gekwalificeerde feiten (hypothese a), alsmede van de voor de onderhavige zaak relevante Nederlandse rechtsopvattingen (onderdelen b en c) en van de feiten die het Haagse Gerechtshof uit een oogpunt van gemeenschapsrecht in het bijzonder relevant acht (hypotheseën d en e).

De uiteindelijke vraagstelling is in zoverre eveneens voorbeeldig, dat zij door haar abstracte en duidelijke formulering een herformulering Uwerzijds overbodig maakt ter voorkoming van een uitspraak over het concrete geval. De omstandigheid, dat het Gerechtshof blijkens die formulering kennelijk aanneemt, dat in casu beroep gedaan kan worden op artikel 36 van het EEG-Verdrag, behoeft U daarbij, blijkens de verdere formulering van de vraag, niet te verhinderen na te gaan of wellicht met succes beroep kan worden gedaan op de uitzonderingen die U in het kader van de uitlegging van artikel 30 in eerdere arresten heeft aanvaard op de strikte basisregel van Uw Dassonville-arrest (zaak 8/74, Jurispr. 1974, blz. 837). Onduidelijk is daarentegen welke betekenis U in Uw antwoord moet hechten aan de aanhef van de vraagstelling waarin tevens een uitlegging van de artikelen 85 en 86 wordt gevraagd.

Blijkens het verwijzingsarrest staat vast, dat eiseres in het hoofdgeding alleenimporteur is van het Zweedse produkt

MCT waarvan de nabootsing wordt bestreden. Voorts blijkt uit punt 16 van het verwijzingsarrest dat het Gerechtshof het verweer van gedaagde IDG in het hoofdgeding in eerste aanleg, dat de actie van eiseres Beele in strijd zou zijn met de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag, heeft verworpen „omdat IDG niet heeft gesteld en uit de feiten niet is af te leiden, dat er sprake is of zou kunnen zijn van een in artikel 85 bedoelde overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van een ondernemersvereniging of enige onderlinge afstemming van feitelijke gedragingen, dan wel een in artikel 86 genoemde machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan”. Daar het Gerechtshof niettemin in de aanhef van haar vraagstelling ook een uitlegging van de artikelen 85 en 86 van het EEG-Verdrag met betrekking tot haar uiteindelijke vraagstelling vraagt, lijkt het mij nuttig hier ook op dit aspect kort in te gaan.

Niet gesteld of op grond van de feiten aannemelijk is, dat het vermoedelijk op een alleenverkoopovereenkomst gebaseerde alleenimporteurschap van eiseres in het hoofdgeding niet gedekt zou zijn door de Verordening van de Commissie 67/67/EEG betreffende toepassing van artikel 85, lid 3 op groepen alleenverkoopovereenkomsten (PB nr. 59 van 1967, blz. 849). Met name lijken de uitzonderingen van artikel 3 op de vrijstelling, die in artikel 1 van genoemde verordening wordt verleend, in casu niet van toepassing. Een nationale rechter lijkt dus, behoudens andere conclusies, waartoe uit de stukken niet blijken de feiten zouden kunnen leiden, van de geldigheid van de betrokken alleenverkoopovereenkomst te kunnen uitgaan. Hoewel dus, anders dan het Gerechtshof stelt, vermoedelijk wel sprake is van een in artikel 85 bedoelde overeenkomst, blijkt uit de bekende feiten dus inder-

daad niets van een door artikel 85 *verboden* overeenkomst. Aan de conclusie doet ook niet af, dat ingevolge artikel 7 van de Raadsverordening 19/65/EEG (PB nr. 36 van 1965, blz. 533) de geldigheid van een onder de onderhavige vrijstellingsverordening vallende alleenverkoopovereenkomst door de Commissie kan worden beëindigd, wanneer in concreto aan de voorwaarden van artikel 85, derde lid, niet blijkt te zijn voldaan. Dit zou bijvoorbeeld kunnen geschieden, wanneer de betrokken alleenverkoopovereenkomst een onderneming mede op grond van de uitoefening van rechten uit oneerlijke mededinging op de relevante produktenmarkt voor een wezenlijk deel van de betrokken produktie de mogelijkheid zou geven de mededinging uit te schakelen (artikel 85, derde lid, onder b). Nu uit niets gebleken is van het bestaan van een dergelijke beschikking, en de toepassing van artikel 85, derde lid, en van genoemd artikel 7 van de Raadsverordening 19/65 aan de Commissie is voorbehouden, behoeft de verwijzingsrechter met deze eventualiteit naar mijn oordeel geen rekening te houden.

De letterlijke tekst van de door de verwijzingsrechter gestelde vraag met betrekking tot de artikelen 85 en 86 incorporeert deze vraag echter in de gevraagde uitlegging van de bepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen. De vraag rijst dan, of in dit geval Uw arrest in de zaak INNO t. ATAB (zaak 13/77, Jurispr. 1977, blz. 2115) van belang kan zijn.

In genoemd arrest besliste het Hof, na vastgesteld te hebben dat ook misbruik van een machtspositie, dat door een nationale wettelijke bepaling in de hand is gewerkt, door artikel 86 verboden

wordt, onder meer, dat „bij het onderzoek of het invoeren of handhaven van een nationale maatregel die bij de verkoop van tabaksfabrikaten van de gebruiker de eerbiediging van de door de fabrikant of importeur vastgestelde prijzen oplegt, verenigbaar is met artikel 86, junctis de artikelen 3, sub f, en 5, tweede alinea, EEG-Verdrag, moet worden nagegaan of — mede gelet op de handelsbelemmeringen die kunnen voortvloeien uit de aard van het fiscale stelsel waaraan die produkten zijn onderworpen — de handel tussen Lid-Staten, behalve dat er sprake is van misbruik van een machtspositie zoals die door zodanig stelsel in de hand zou kunnen worden gewerkt, daardoor tevens ongunstig kan worden beïnvloed”. En voorts „een nationale regeling waardoor voor ingevoerde en in het binnenland geproduceerde tabaksfabrikaten, voor de verkoop aan de gebruiker een vaste, door de fabrikant of importeur vrij gekozen prijs wordt opgelegd, vormt slechts een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking wanneer een zodanig stelsel van vaste prijzen de import tussen Lid-Staten al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel, kan belemmeren”.

Naar analogie van dit arrest zou in casu moeten worden nagegaan, of een nabootsingsverbod als hier aan de orde een misbruik van een machtspositie als bedoeld in artikel 86 in de hand zou kunnen werken, dan wel of in een geval als het onderhavige, toepassing van een nabootsingsverbod een ondernemingsgedrag oplegt dat als zodanig in strijd is met de artikelen 85 of 86. Zoals hiervoor betoogd, is van een opgelegd ondernemingsgedrag, dat als zodanig van rechtswege in strijd zou zijn met artikel 85 of 86. Zoals hiervoor betoogd, is van een opgelegd ondernemingsgedrag, dat als zodanig van rechtswege in strijd zou zijn met artikel 85 niets gebleken. De betrokken alleenverkoopovereenkomst zou im-

mers hoogstens op grond van Verordening 19/65 door de Commissie verboden kunnen worden verklaard. Met betrekking tot artikel 86 zou weliswaar een nabootsingsverbod het ontstaan van een machtspositie van de eisende onderneming in het hoofdgeding in de hand kunnen werken. Artikel 86 verbiedt echter niet het ontstaan van een machtspositie, maar uitsluitend het misbruik maken daarvan en dit dan nog alleen, wanneer dat misbruik tevens de tussenstaatse handel ongunstig kan beïnvloeden. Daar in de vraagstelling van de verwijzingsrechter, anders dan in de INNO t. ATAB-zaak, geen mogelijk concreet misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 aan de orde wordt gesteld, dat door toepassing van een nabootsingsverbod in de hand kan worden gewerkt of opgelegd, komt het mij voor, dat U in Uw eigenlijke interpretatieve uitspraak per saldo geen aandacht zult behoeven te schenken aan een toepassing in casu van de INNO t. ATAB-leer.

### III — Toetsing van een nabootsingsverbod als het onderhavige aan de artikelen 30 en 36 van het EEG-Verdrag

a) De Commissie wijst er in haar opmerkingen terecht op, dat nationale regelingen inzake oneerlijke mededinging, die een fabrikant toestaan een rechterlijk verbod van afzet binnen een Lid-Staat van ingevoerde produkten te verkrijgen, wegens het feit dat deze geïmporteerde produkten de door hem gefabriceerde goederen slaafs nabootsen, een in artikel 30 van het Verdrag bedoelde maatregel van gelijke werking kunnen vormen.

Hetzelfde geldt uiteraard wanneer — gelijk in casu — het rechterlijk verbod wordt uitgelokt door de alleenimporteur van de betrokken nagebootste producten. Op grond van de hoofdregel van Uw Dassonville-arrest (zaak 8/74, Jurispr. 1974, blz. 837) kan terzake geen redelijke twijfel bestaan. Er is hier immers stellig sprake van „een handelsregeling van een Lid-Staat die de intracommunautaire handel al dan niet rechtstreeks, daadwerkelijk of potentieel kan belemmeren”. Blijkens haar interventie is het Verenigd Koninkrijk de mening toegedaan dat een wettelijke regeling als bedoeld, op zich zelf gezien geen maatregel van gelijke werking zou kunnen vormen. In dit verband is een stellingname ten opzichte van deze vraag niet noodzakelijk. Waar het om gaat, is of de nationale regeling in strijd is of kan komen met de zoëven genoemde, in het Dassonville-arrest neergelegde hoofdregel. De formele vraag of de nationale regeling zelf, dan wel de interpretatie en toepassing daarvan door de rechter, in concreto deze strijd oplevert, zal afhangen van de omstandigheden van het geval. Ik acht het overbodig op dit punt voor het onderhavige geval nader in te gaan, nu in elk geval de aan de wettelijke regeling in casu gegeven toepassing in strijd komt met genoemde hoofdregel van het Dassonville-arrest.

De vraag waarop het in casu werkelijk aankomt is in hoeverre een aldus uitgevaardigd rechterlijk afzetverbod kan worden gerechtvaardigd, hetzij op grond van artikel 36, hetzij op grond van de uitzonderingen die U onder meer in het Dassonville-arrest (zaak 8/74, Jurispr. 1974, blz. 837) en in het Cassis de Dyon-arrest (zaak 120/78, Jurispr. 1979, blz. 649) op de hoofdregel heeft aanvaard. Op deze in eerste aanleg wel te onderscheiden rechtvaardigingsgronden

voor een afzetverbod wegens slaafse nabootsing zal thans achtereenvolgens nader worden ingegaan. Reeds aanstonds wijs ik er echter op, dat de tweede rechtvaardigingsgrond minder ver gaat dan de eerste. Ik verwijs daarvoor naar rechtsoverwegingen 9-18 van Uw arrest in de zaak Commissie tegen Ierland van 17 juni 1981 (zaak 113/80, nog niet gepubliceerd). Onder citering van Uw eerdere rechtspraak terzake maakte U in deze rechtsoverwegingen met name duidelijk, dat de in Uw Dassonville-arrest opgenomen „rule of reason” nooit discriminatienadele van de invoer kan rechtvaardigen.

b) *De toepassing van artikel 36 op de onderhavige problematiek kan op twee gronden worden verdedigd.*

In de eerste plaats kan op grond van artikelen 1, tweede lid en 10 bis van het eerder geciteerde Herziene Unieverdrag van Parijs betoogd worden, dat het begrip „bescherming van de industriële eigendom” in artikel 36 ook de bescherming tegen oneerlijke mededinging omvat. Dwingend acht ik dit eerste argument niet. Uit het Unieverdrag kan immers geen verbod worden afgeleid het recht tot bescherming tegen oneerlijke mededinging, geheel buiten het recht op de industriële eigendom in engere zin om, afzonderlijk te regelen. Onderzoek van het recht van de Lid-Staten toont aan dat dit ook de normale situatie is. Op grond van deze situatie is er dan ook wellicht meer te zeggen voor de stelling, dat artikel 36 met het recht ter bescherming van industriële en commerciële eigendom alleen de specifieke wetgeving ter bescherming van duidelijke indus-

triële en commerciële eigendomsrechten op het oog heeft gehad. Met name valt dan te denken aan het octrooirecht, het merkenrecht, het auteursrecht en eventueel het modellenrecht, alsmede aan met deze rechten vergelijkbare specifieke rechten, waarbij duidelijk een voorwerp van industrieel eigendomsrecht kan worden onderscheiden.

Van zwaarder gewicht acht ik echter een tweede argument, dat men voor de toepasselijkheid van artikel 36 op het leerstuk van de slaafse nabootsing kan aanvoeren. Uit de rechtspraak van alle Lid-Staten blijkt namelijk, dat de specifieke rechtvaardiging of het voorwerp van een verbod tot slaafse nabootsing het beste kan worden achterhaald door overeenkomsten en verschillen na te gaan tussen dit verbod en afzetverboden die uit octrooirecht, modellenrecht, auteursrecht of merkenrecht voortvloeien. Voor de onderhavige casuspositie lijkt daarbij in het bijzonder een vergelijking met octrooi-, modellen- en merkenrecht van belang.

Om te beginnen kan dan worden opgemerkt, dat de rechtvaardiging van een nabootsingsverbod niet gelegen kan zijn in het beschermen tegen nabootsing van technisch-functionele elementen of van aspecten van een produkt die niet of niet meer voor octrooibescherming in aanmerking komen. Niet voor niets stelt de octrooiwetgever immers aan een uitvinding bijzondere eisen, voordat zij voor octrooibescherming in aanmerking komt. Niet voor niets is het aldus aan de uitvinder verleende uitsluitende recht om als eerste het betrokken produkt in het verkeer te brengen in de tijd beperkt. Bovendien staan als tegenprestaties van de uitvinder tegenover zijn tijdelijk wettelijk

monopolie, de door zijn uitvinding bevorderde bijdrage tot de technologische en economische vooruitgang en met name de verplichting tot openbaarmaking van zijn uitvinding. Juist wanneer een produkt in het verleden door een octrooi beschermd is geweest, zoals in de onderhavige casuspositie, zal de kans op een soort informele standaardisatie van het betrokken produkt bijzonder groot zijn. Er zal dus tegen gewaakt moeten worden, dat de octrooibescherming door een ruim uitgelegd nabootsingsverbod in feite wordt verlengd. Het in de rechtspraak gebruikelijke onderscheid tussen functionele, voor gelijke concurrentiekansen tegenover de afnemers noodzakelijk te achen elementen van een produkt, die *niet* en de niet-functionele elementen, die *wel* door het nabootsingsverbod kunnen worden getroffen, lijkt in een dergelijke gedachting haar rechtvaardiging te vinden. Het nabootsingsverbod heeft geen quasi-octrooifunctie en behoort die ook niet te hebben, omdat het algemeen economisch nut van een dergelijk verbod eerder geringer is dan groter dan het door veel economen toch reeds betwifelde economische nut van de octrooibescherming.

Voor zover een produkt niet aan de eisen van een wettelijke modellenbescherming voldoet, zal aan het nabootsingsverbod evenmin een quasi-model-functie kunnen worden toegekend. Deze dubbele grondgedachte vindt men ook terug in het Thole-Hijster-arrest van de Hoge Raad (H.R. 26 juni 1953, N.J. 1954, blz. 90 e.v.). Bijzonder duidelijk werd zij echter verwoord in een arrest van het Hof van Parijs van 10 april 1962, (Ann. 1962, blz. 240 e.v.): „Considérant que le fait de reproduire des objets qui ne sont protégés ni par un brevet ni par un dépôt de modèle n'est que l'exercice d'un droit dans le cadre de la liberté du commerce et de l'industrie . . .”.

Wat dan overblijft als rechtvaardiging van een nabootsingsverbod is in het bijzonder een onnodig verwarringsgevaar, dat in de vraagstelling van de verwijzingsrechter dan ook terecht wordt voorondersteld. Eerder werd reeds opgemerkt, dat ook artikel 10 bis onder (3) van het Herziene Unieverdrag in het bijzonder dit verwarringsgevaar als grond voor verbodsbepalingen noemt. De omstandigheid, dat in een aantal rechtsstelsels ook andere gronden voor een nabootsingsverbod, zoals ongerechtvaardigde toeëigening van de resultaten van andermans inspanning of exploitatie van het prestige en de goede naam van het werk van anderen, een rol spelen is voor de onderhavige vraagstelling niet van belang. Zij vormt wel een waarschuwing tegen pogingen tot een algemene definitie van de rechtvaardiging van verboden tot slaafse nabootsing te komen. Het Bundesgerichtshof bijvoorbeeld heeft ook altijd geweigerd een algemene definitie van het begrip op te stellen.

De in casu relevante rechtvaardigingsgrond van verwarringsgevaar toont een zekere analogie met de rechtvaardigingsgrond van het merkenrecht. In rechts-overweging 6 van Uw arrest in de zaak Terrapin t. Terranova (zaak 119/75, Jurispr. 1976, blz. 1039), stelde U immers reeds, dat de wezenlijke functie van het merk is „de consumenten een waarborg te bieden voor de identiteit en de oorsprong der waren”. Voor de rechtvaardiging van een nabootsingsverbod concludeerde de Commissie op grond van soortgelijke overwegingen dan ook naar mijn oordeel terecht, dat ook deze moet worden gezocht in het „voorkomen dat bij het publiek modeloos verwarring ontstaat omtrent de herkomst van bepaalde

waren”. Wel was het op de eerder genoemde gronden naar mijn oordeel juist geweest wanneer de Commissie deze rechtvaardiging tot casusposities als de thans aan U voorgelegde had beperkt. Ook de Commissie beroept zich voor haar standpunt mede op artikel 10bis van het Herziene Unieverdrag van Parijs. In zoverre zou men van een quasi-merkfunctie van het nabootsingsverbod kunnen spreken, dat tenminste aan soortgelijke grenzen moet zijn gebonden als de functie van het eigenlijke merkrecht. Op de verwantschap in rechtvaardiging tussen een verbod tot slaafse nabootsing en het merkrecht wijst ook de regering van het Verenigd Koninkrijk in haar schriftelijke opmerkingen.

Aan deze parallel in rechtvaardiging of functie moet echter wel worden toegevoegd, dat er ook een belangrijk economisch verschil bestaat tussen het verbod tot merknabootsing en het verbod tot nabootsen van een produkt. Aan het eerste verbod kan een producent of handelaar in de regel zonder productieve investeringen ontkomen door voor de betrokken nationale markt een ander merk te kiezen, dat geen verwarringsgevaar oproept. Behoudens eventueel noodzakelijke goedkeuring door de merkgerechtigde producent, zal de importeur in de meeste gevallen zelf een ander merk kunnen kiezen en laten registreren. Het verbod tot slaafse nabootsing dwingt de nabootsende producenten daarentegen altijd tot wijzigingen in zijn produktieproces, die redelijkerwijze niet altijd van hem gevergd kunnen worden. Met name wanneer de nabootsende producent in een andere Lid-Staat zijn produkt rechtmatig in het verkeer heeft gebracht, zoals de verwijzingsrechter in casu in zijn

vraag veronderstelt, kunnen dan zeer voelbare belemmeringen van de tussenstaatse handel optreden. De betrokken producent zal dan immers voor onder omstandigheden prohibitieve investeringskosten kunnen komen te staan, ten einde een afwijkende produktieserie te maken voor afzet in een invoerland, dat gemakkelijker dan het produktieland aanneemt dat van slaafse nabootsing sprake is. Een merkinbreukactie zal niet zo spoedig een prohibitief effect hebben op de invoer van de betrokken producten, omdat de keuze van een ander merk, gepaard gaande met in elk geval noodzakelijke „marketing”-activiteiten niet spoedig prohibitieve kosten met zich zal brengen. Bovendien kan de importeur daarvoor als gezegd in de regel zelf zorg dragen.

Evenmin als Uw Hof dat bij het begrip „verwarringsgevaar” in het merkenrecht mogelijk achtte, kunt U dit probleem in casu oplossen door een harmonisatie op te leggen van het hier aan de orde zijnde deel van het recht ter bescherming tegen oneerlijke concurrentie. Het antwoord, dat de Commissie voorstelt op deze voorgelegde vraag zal op die grond mijns inziens bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht niet aan de verwijzingsrechter kunnen worden gegeven. Dit sluit echter niet uit, dat op grond van de tweede zin van artikel 36 een volledige afscherming van bepaalde nationale markten tegenover invoer van in een andere Lid-Staat rechtmatig geproduceerde en in het verkeer gebrachte produkten ontoelaatbaar moet worden geacht. In zoverre acht ik het in artikel 85 neergelegde beginsel, dat de mededinging voor een wezenlijk deel van de betrokken produkten niet mag worden uitgeschaald, ook van belang voor de grenzen die het gemeenschapsrecht aan de uitoefening van het leerstuk van de slaafse nabootsing dient te stellen. In de hypothese, dat artikel 36 in casu toepasselijk

is, stel ik U dan ook het volgende antwoord op de vraag van het Gerechtshof te 's-Gravenhage voor:

„Van een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten, als bedoeld in artikel 36, tweede zin, van het EEG-Verdrag kan sprake zijn, wanneer bij de toetsing aan een voor het nationale recht relevante vraag of een nabootser een andere weg had kunnen inslaan zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid van zijn produkt afbreuk te doen, geen rekening wordt gehouden met de extra kosten, die deze alternatieve vormgeving in een Lid-Staat, waar het produkt rechtmatig is geproduceerd en in het verkeer gebracht voor de betrokken producent zou medebrengen”.

De alternatieve vormgeving moet in een dergelijke situatie anders gezegd, niet alleen technisch, maar ook bedrijfseconomisch mogelijk zijn. Een dergelijk antwoord respecteert volledig de grondslagen van het nationale recht, maar verplicht de nationale rechter om bij de uitlegging van het begrip „nodeloos” of „zonder noodzaak” ook over de grenzen te kijken en behalve met technische eveneens met economische noodzakelijkheden rekening te houden. Op nadere kwalificaties van Uw antwoord kom ik in het slotdeel van mijn conclusie nog terug.

c) Voor de hypothese, dat in casu niet artikel 36, maar alleen artikel 30 met de daarbij door U toegepaste „redelijkheidsclausule” van toepassing is, vallen eveneens sterke argumenten aan te voeren. Zoals uit Uw rechtspraak blijkt, geldt de in dit kader door U gehanteerde „rule of reason”, voor zover hier van belang, alleen zolang een communautaire

regeling van de betrokken materie ontbreekt en wanneer het gaat om redelijke maatregelen ter voorkoming van oneerlijke mededinging, die bovendien geen middel tot willekeurige discriminatie noch ook een verkapt beperking van de handel tussen de Lid-Staten mogen vormen. Op zich zelf heeft U in Uw eerdere rechtspraak de bescherming tegen oneerlijke mededinging steeds als een dringend algemeen belang beschouwd, dat dwingende maatregelen kan rechtvaardigen, die zekere belemmeringen van het intracommunautaire verkeer met zich brengen. Ik verwijs hiervoor wederom naar Uw reeds geciteerde Dassonville-arrest (zaak 8/74, Jurispr. 1974, blz. 837) en voorts naar Uw arresten inzake Cassis de Dyon (zaak 120/78, Jurispr. 1979, blz. 649), Gilli-Andres (zaak 788/79, Jurispr. 1980, blz. 2071) en Commissie tegen Ierland (zaak 113/80, nog niet gepubliceerd). In laatstgenoemd arrest preciseerde U voorts uitdrukkelijk dat de betrokken maatregel van gelijke toepassing moet zijn op ingevoerde en nationale produkten. Uit de gezichtshoek van het te beschermen algemeen belang kan de herkomst van het produkt geen rol spelen. Maatregelen van algemeen belang, die in het bijzonder de invoer treffen, kunnen hoogstens in het kader van artikel 36 worden gerechtvaardigd, dat in deze hypothese echter niet van toepassing is.

Reeds in het Dassonville-arrest, maar nog duidelijker in de twee daarna door

mij genoemde arresten, hechtte U bij Uw afweging tussen de rechtvaardiging van een redelijke maatregel van algemeen belang als hier aan de orde en de daardoor veroorzaakte handelsbelemmeringen daarnaast nog grote betekenis aan de vaststelling of het betrokken produkt in een andere Lid-Staat rechtmatig is vervaardigd en in het verkeer is gebracht. Uit Uw arresten in de zaken Béguelin (zaak 22/71, Jurispr. 1971, blz. 949) en Dansk Supermarked/Imerco (zaak 58/80, Jurispr. 1981, blz. 181) kan zelfs een nog verdergaand standpunt worden afgeleid. Dit standpunt komt er voor het onderhavige geval op neer, dat het recht ter bescherming tegen oneerlijke mededinging nooit de invoer als zodanig van een imitatieprodukt onmogelijk mag maken, indien dit in een andere Lid-Staat rechtmatig is vervaardigd en in het verkeer gebracht. Slechts wanneer op grond van omstandigheden die los staan van de eigenlijke invoer en bij een imitatieprodukt dus los van samenstelling en vormgeving daarvan, zoals reclame, offertes of een ontbrekende duidelijke herkomst-aanduiding, een gevaar van verwarring met het nagebootste produkt zou ontstaan, zou daartegen op grond van het nationale recht van het invoerland inzake slaafse nabootsing kunnen worden opgetreden. Een zodanige oplossing zou met name steun vinden in rechtsoverweging 16 van het Dansk Supermarked/Imerco-arrest, met verwijzing naar het Buéguelin-arrest, rechtsoverweging 15. In genoemde rechtsoverweging heeft het Hof immers het volgende gesteld: „Met nadruk moet er echter op worden gewezen dat, gelijk het Hof in ander verband heeft verklaard in zijn arrest van 25 november 1971 (zaak 22/71, Béguelin, Jurispr. 1971, blz. 949), de invoer van een waar die in een andere Lid-Staat op regelmatige wijze in de handel is gebracht, op zich zelf niet als een onregelmatige of oneerlijke handelspraktijk kan worden beschouwd; de verkoop kan slechts als zodanig worden aangemerkt op grond

van omstandigheden die los staan van een eigenlijke invoer". Een zinvolle interpretatie van deze rechtsoverweging lijkt mij mede te brengen, dat de importeur van een aldus rechtmatig ingevoerd produkt alleen aansprakelijk kan worden gesteld voor hetgeen hij bij zijn eigen verkoopactiviteiten heeft gedaan of nagelaten om het verwarringsgevaar te voorkomen. Uit de samenvatting van Uw eerdere rechtspraak in rechtsoverweging 10 van Uw arrest in de zaak Commissie tegen Ierland (zaak 113/80, nog niet gepubliceerd) lijkt mij zelfs te volgen dat U in het kader van artikel 30 nooit indirecte invoerbelemmeringen wilt aanvaarden, zoals in casu aan de orde zijn. Wanneer een officiële importeur van het nagebootste produkt in een Lid-Staat iedere invoer van elders in de Gemeenschap rechtmatig geproduceerde en in het verkeer gebrachte nabootsingsprodukten zou kunnen belemmeren, zou, als eerder opgemerkt, ook van een „verkapte handelsbelemmering" als bedoeld in Uw Dassonville-arrest kunnen worden gesproken.

Zoals uit een recent arrest van het Bundesgerichtshof (arrest van 23 januari 1981, inzake „Rollhocker", Monatschrift für Deutsches Recht 1981, blz. 821) blijkt, zou een uitlegging als hier uit Uw eerdere rechtspraak afgeleid, een duidelijke grens stellen aan hetgeen volgens nationaal recht kan gelden. In genoemd arrest werd het recht inzake slaafse nabootsing immers uitdrukkelijk en zonder beperkingen ook op importeurs van toepassing verklaard. Een zodanige gemeenschapsrechtelijke grens aan de toepassing van nationaal recht heeft U echter zowel in Uw rechtspraak op grond van artikel 30 als in Uw recht-

spraak inzake artikel 36 reeds talloze malen vastgesteld.

Tenslotte wil ik, nog steeds blijvend in de hypothese van de uitsluitende toepassing van artikel 30 van het EEG-Verdrag, nog kort aandacht besteden aan de richtlijn van de Commissie van 22 december 1969 inzake de opheffing van maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen (richtlijn 70/50/EEG, PB L 13 van 1970, blz. 29). Ik stel daarbij voorop, dat deze Commissierichtlijn uiteraard het rechtstreeks werkende verbod van artikel 30, zoals door U uitgelegd, onverlet laat. Dit is in het bijzonder van belang in verband met de iets andere benadering van regelingen welke zonder onderscheid op nationale en op ingevoerde produkten van toepassing zijn. Volgens de negende overweging van de considerans van de richtlijn, vallen deze „maatregelen zonder onderscheid" in beginsel niet onder het verbod van artikel 30, terwijl zij in Uw rechtspraak slechts onder een groot aantal, sinds Uw Dassonville-arrest steeds verder gepreciseerde, voorwaarden, niet onder dit verbod vallen. Zij vallen wel onder de in het Dassonville-arrest opgestelde hoofdregel. In de tweede plaats moet vooropgesteld worden, dat genoemde richtlijn en de eerdere, maar hier niet van belang zijnde, richtlijnen ter uitvoering van artikel 33, lid 7 van het EEG-Verdrag, geen waarborg van volledigheid bieden ten aanzien van de in de praktijk aan de orde komende casuïstiek. In de considerans van richtlijn 70/32/EEG (PB L 13 van 1970, blz. 1) wordt daarop ook uitdrukkelijk gewezen. Regelingen ter bescherming tegen oneerlijke mededinging met onnodig handelsbelemmerende werking worden in de hier besproken richtlijn in het geheel niet vermeld. Uit het antwoord van de Commissie tijdens de mondelinge behandeling op een Uwerzijds gestelde vraag, kan worden afgeleid, dat dit samenhangt met

haar opvatting, dat in casu artikel 36 van toepassing is. Intussen behandelt artikel 3 van richtlijn 70/50/EEG wel een soort regeling dat enige gelijkenis met de onderhavige problematiek vertoont.

Het artikel luidt als volgt:

„Deze richtlijn heeft eveneens betrekking op de maatregelen die een regeling inhouden voor het in de handel brengen van produkten en met name betrekking hebben op de vorm, de afmetingen, het gewicht, de samenstelling, de presentatie, de identificatie en de verpakking, welke maatregelen zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en op ingevoerde produkten, en waarvan de invloed op het vrije goederenverkeer meer beperkend is dan hetgeen in het kader van een handelsregeling is beoogd.

Dit is met name het geval:

- wanneer de beperkende invloed op het vrije goederenverkeer in geen verhouding staat tot het nagestreefde doel;
- wanneer hetzelfde doel door een ander middel kan worden bereikt dat het handelsverkeer minder belemmert”.

Hoewel deze bepaling duidelijk betrekking heeft op de zogenaamde technische handelsbelemmeringen en niet op het recht ter bescherming tegen oneerlijke mededinging, kan geconstateerd worden, dat ook een verbod van slaafse nabootsing betrekking heeft op onder meer de vorm, de afmetingen, de samenstelling, de presentatie en de identificatie. Wanneer men op grond van die gelijkenis, maar rekening houdend met de verschillen, genoemde bepaling op onze probleemstelling toepast, zal in het bijzonder moeten worden vastgesteld of de beperkende invloed op het vrije goede-

renverkeer van het nabootsingsverbod in een geval als het onderhavige in geen verhouding staat tot het nagestreefde doel (evenredigheidsbeginsel). Voorts zal moeten worden nagegaan of hetzelfde doel niet door een ander middel kan worden bereikt dat het handelsverkeer minder belemmert (subsidiariteitsbeginsel).

Naar mijn oordeel is een zodanige toepassing van een nabootsingsverbod, dat de invoer van elders rechtmatig vervaardigde en rechtmatig in het verkeer gebrachte produkten indirect onmogelijk wordt gemaakt, inderdaad zowel in strijd met het aldus geformuleerde evenredigheidsbeginsel als met het aldus geformuleerde subsidiariteitsbeginsel. Met het evenredigheidsbeginsel is het in strijd omdat het gerechtvaardigd doel van voorkoming van verwarring over herkomst en identiteit van het produkt een dergelijke invoerbeperking niet kan rechtvaardigen. Met het subsidiariteitsbeginsel is het in strijd, doordat het verwarringsgevaar zeer wel door het eisen van maatregelen van de importeur na de invoer kan worden bestreden. Over een en ander kan hoogstens anders worden geoordeeld, wanneer aangetoond kan worden, dat verwarringsgevaar door de importeur alleen niet kan worden voorkomen, en dat verwarring vermijdende maatregelen van de producent technisch en economisch mogelijk zijn.

Per saldo leidt overeenkomstige toepassing van artikel 3 van richtlijn 70/50/EEG naar mijn oordeel dus niet tot conclusies die wezenlijk afwijken van de conclusies, die ik uit Uw eerdere rechtspraak met betrekking tot artikel 30 afleid. De bepaling is echter, als opgemerkt, gebaseerd op een ander uitgangspunt ten aanzien van maatregelen die zonder onderscheid van toepassing zijn op nationale en op ingevoerde produkten, dan ik uit Uw rechtspraak afleid. Mede omdat genoemd artikel 3 kennelijk op geheel andere handelsregelingen be-

trekking heeft dan hier aan de orde, zal ik mijn eindconclusie derhalve niet mede op deze richtlijn baseren.

Voor het standpunt, dat bij een beroep op het recht ter bescherming tegen oneerlijke mededinging uitsluitend beroep kan worden gedaan op artikel 30, pleiten uiteraard in het bijzonder rechtsoverwegingen 7 en 8 van Uw nog niet gepubliceerde arrest in de zaak 113/80 (Commissie tegen Ierland). U overwoog daar immers, na te hebben vastgesteld, dat artikel 36 eng moet worden uitgelegd: „aangezien noch de bescherming van de consument noch de eerlijkheid van de handelstransacties bij de in artikel 36 genoemde uitzonderingen worden genoemd, kunnen in het kader van dit artikel die gronden niet als zodanig worden ingeroepen”.

Zoals eerder betoogd, behoeft deze plaatsbepaling van het recht inzake oneerlijke mededinging, die mij ook voor de onderhavige vraagstelling van belang lijkt, niet uit te sluiten, dat voor de beantwoording van deze vraagstelling toch mede lering wordt geput uit Uw rechtspraak inzake artikel 36. Reeds in rechtsoverweging 7 van Uw Dassonville-arrest heeft U betoogd, dat de toepasselijkheid van de tweede volzin van artikel 36 ook geldt met betrekking tot redelijke maatregelen die U in het kader van de uitlegging van artikel 30 toelaat. In rechtsoverweging 8 van Uw arrest in de zaak 120/78, (Cassis de Dijon) noemt U voorts maatregelen betreffende de eerlijkheid der handelstransacties die U op grond van artikel 30 beoordeelt, in één adem met maatregelen ter bescherming van de volksgezondheid, die onder artikel 36 vallen. Voor beide kaders stelt U in deze rechtsoverweging de volgende regel op: „Belemmeringen van het intracommunautair verkeer als gevolg van

dispariteiten van de nationale wettelijke regelingen op de verhandeling der betrokken produkten, moeten worden aanvaard voor zover dringende behoeften, onder meer verband houdend met de doeltreffendheid der fiscale controles, de bescherming van de volksgezondheid, de eerlijkheid der handelstransacties en de bescherming van consumenten, ze noodzakelijk maken”. Hoogstens zou kunnen worden gesteld, dat U in het kader van artikel 30 aan de vraag of een produkt in een andere Lid-Staat rechtmatig is vervaardigd en in het verkeer gebracht, een nog groter belang toekent dan in het kader van artikel 36.

Mijn conclusie in de hypothese van de uitsluitende toepasselijkheid van artikel 30 luidt dus, dat de analyse van Uw rechtspraak in dit kader voor de onderhavige vraagstelling niet noodzakelijkerwijze tot een ander antwoord behoeft te leiden dan bij een argumentatie op grond van de artikelen 30 en 36 gezamenlijk, hoewel met name Uw arresten in de zaken Dansk Supermarked (zaak 58/80) en Commissie tegen Ierland (zaak 113/80) in dit opzicht enige twijfel kunnen doen rijzen. In het slotdeel van mijn betoog zal ik mijn conclusie onder de hypothese van de uitsluitende toepasselijkheid van artikel 30 nader preciseren.

d) Alvorens tot het slotgedeelte van mijn conclusie te komen wil ik thans eerst mijn eigen standpunt formuleren ten aanzien van de toepasselijkheid der beide onderzochte hypothesen.

Met name uit de geciteerde rechtsoverweging 8 van Uw arrest in de zaak Cassis de Dijon (zaak 120/78) lijkt mij te volgen, dat Uw rechtspraak op grond van artikel 36 geen wezenlijk andere criteria hanteert dan Uw rechtspraak op

grond van artikel 30, wanneer het gaat om maatregelen die gelijkelijk van toepassing zijn op nationale en op ingevoerde produkten. Aan die laatste voorwaarde beantwoordt de hier in het geding zijnde maatregel. In beide gevallen hanteert U dan criteria als het noodzakelijk zijn van de handelsbelemmeringen uit hoofde van dwingende algemene belangen van niet-economische aard, het evenredigheidsbeginsel, het subsidiariteitsbeginsel en de ontoelaatbaarheid van verkapte beperkingen van de tussenstaatse handel en willekeurige discriminatie. De relevantie van het rechtmatig in het verkeer gebracht zijn van een produkt in een andere Lid-Staat speelt voorts zowel in Uw op artikel 36 gebaseerde rechtspraak inzake industriële eigendomsrechten als in Uw rechtspraak op basis van artikel 30 inzake de bescherming tegen oneerlijke concurrentie een rol.

Wanneer niet de recente arresten in de zaken Dansk Supermarked (zaak 58/80) en Commissie tegen Ierland (zaak 113/80) inmiddels een nieuw licht op de aan de orde zijnde problematiek zouden hebben geworpen, zou mijn conclusie dan ook zijn geweest, dat het al dan niet toepasselijk zijn van artikel 36 evenals in Uw Dassonville-arrest in het midden zou kunnen worden gelaten. Nu in rechtsoverweging 8 van Uw laatstgenoemde arrest uitdrukkelijk is uitgesproken, dat

de grond van eerlijkheid van de handelstransacties niet onder de in artikel 36 genoemde uitzonderingen kan worden gebracht, lijkt deze oplossing mij echter niet meer mogelijk. Ik kies derhalve uiteindelijk voor het uitsluitend van toepassing zijn van artikel 30. Vóór Uw arrest in de zaak Dansk Supermarked (zaak 58/80) zou die keuze als opgemerkt naar mijn oordeel in casu niet tot een wezenlijk andere uitkomst hebben behoeven te leiden dan bij toepasselijkheid van artikel 36. Als eerder opgemerkt doet laatstgenoemd arrest in dit opzicht echter twijfel rijzen. Weliswaar verklaart rechtsoverweging 15 van dit arrest, dat de handel in ingevoerde waren kan worden verboden wanneer de omstandigheden waaronder zij ter verkoop worden aangeboden, in strijd zijn met wat in de Lid-Staat van invoer doorgaat voor regelmatige en eerlijke handelspraktijken. Daarop laat echter rechtsoverweging 16 volgen: „Met nadruk moet er echter op worden gewezen dat, gelijk het Hof in ander verband heeft verklaard in zijn arrest van 25 november 1971 (zaak 22/71, Béguelin, Jurispr. 1971, blz. 949) de invoer van een waar die in een andere Lid-Staat op regelmatige wijze in de handel is gebracht, op zichzelf niet als een onregelmatige of oneerlijke handelspraktijk kan worden beschouwd; de verkoop kan slechts als zodanig worden aangemerkt op grond van omstandigheden die los staan van de eigenlijke invoer”. In het dictum van genoemd arrest wordt deze formulering onder punt 2 in iets andere bewoordingen herhaald. Waarop het bij deze formulering voor het onderhavige geval aankomt is de vraag of een nabootsingsverbod dat ook, zij het in beginsel niet uitsluitend, op ingevoerde goederen wordt toegepast, betrekking heeft op omstandigheden, in casu de nabootsing, die los staan van de eigenlijke invoer. Rekening houdend met Uw eerdere rechtspraak en met de bijzondere omstandigheden die in de zaak Dansk Supermarked aan de orde waren, acht ik een bevestigend antwoord op deze vraag

uiteindelijk niet uitgesloten. De mogelijkheid, dat voorschriften van algemeen belang als in rechtsoverweging 8 van Uw arrest in de zaak Cassis de Dyon bedoeld, indirect handelsbelemmeringen ten gevolge hebben, heeft U immers in

Uw uitgebreide rechtspraak terzake nooit ten principale uitgesloten. Wel zullen dergelijke handelsbelemmeringen dan aan de eerder in dit gedeelte van mijn betoog genoemde strenge criteria moeten worden getoetst.

#### IV — Samenvatting en conclusie

a) Bij een antwoord op de U voorgelegde vraag die, conform de veronderstelling van de verwijzende rechter zowel op artikel 30 als op artikel 36 van het EEG-Verdrag is gebaseerd, leidt mijn onderzoek tot het volgende antwoord:

„De artikelen 30 en 36 van het EEG-Verdrag moeten in omstandigheden als aangenomen door het Gerechtshof te 's-Gravenhage, sub a t/m e, aldus worden uitgelegd, dat een rechterlijk verbod als in de vraagstelling bedoeld, ondanks zijn karakter van maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbepijking in de zin van artikel 30, gerechtvaardigd kan zijn op grond van artikel 36 van het EEG-Verdrag, mits bij de toetsing van de mogelijkheid van een alternative vormgeving, behalve met de stand van de techniek tevens rekening wordt gehouden met hetgeen economisch gesproken redelijkerwijze van een producent, die het litigieuze produkt in een andere Lid-Staat rechtmatig heeft vervaardigd en in het verkeer heeft gebracht, kan worden geveigd. Voor zover onderdelen van het litigieuze produkt afzonderlijk in de handel worden gebracht, dienen zij afzonderlijk aan genoemde criteria te worden getoetst. Met name onderdelen, die voor elders in de Gemeenschap rechtmatig verkregen produkten zijn bestemd, zullen niet aan zodanige voorwaarden mogen worden onderworpen, dat hun verhandeling praktisch onmogelijk wordt”.

b) Bij een antwoord op de U voorgelegde vraag die op de eerder vermelde gronden uitsluitend steunt op artikel 30, ligt daarentegen het volgende antwoord op grond van Uw eerder geciteerde rechtspraak het meest voor de hand:

„Artikel 30 EEG-Verdrag moet in omstandigheden als aangenomen in de vraagstelling van het Gerechtshof te 's-Gravenhage sub a t/m e bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht aldus worden uitgelegd, dat genoemd artikel een rechterlijk verbod als in de vraagstelling bedoeld verhindert wanneer het litigieuze produkt is ingevoerd uit een andere Lid-Staat, waar het recht-

matig wordt vervaardigd en in het verkeer gebracht. Deze verhindering geldt echter niet voor zover de geconstateerde gronden voor verwarringsgevaar uitsluitend aan het doen of nalaten van de betrokken nationale handelaar zijn te wijten en door hem zonder medewerking van de producent kunnen worden opgeheven”.

Geheel bevredigend acht ik dit verschil in uitkomst bij de twee ter discussie opgestelde hypothesen niet. Met name acht ik het niet geheel bevredigend, dat in de tweede hypothese geen rekening wordt gehouden met de lering die uit een onderzoek naar overeenkomsten en verschillen tussen enerzijds het nabootsingsrecht en anderzijds het octrooi- en merkenrecht en Uw rechtspraak terzake kan worden getrokken. Hoewel behorend tot het recht inzake oneerlijke mededinging vertoont het nabootsingsrecht ondanks de gesignaleerde en nog andere verschillen zoveel overeenstemming met in het bijzonder het merkenrecht, dat in casu een iets minder strak standpunt kan worden verdedigd, dan met name uit het arrest in de zaak Dansk Supermarked zou kunnen worden afgeleid. Het gaat hier immers volgens onze analyse om een onderdeel van het recht inzake oneerlijke mededinging, dat dicht bij de grens met het merkenrecht ligt. Een synthese tussen beide hypothesen zou dan kunnen worden gevonden, door aan het antwoord in de door mij uiteindelijk gekozen hypothese van de uitsluitende toepasselijkheid van artikel 30 de volgende passage toe te voegen: „De verhindering geldt evenmin, wanneer redelijkerwijze en rekening houdend niet alleen met technische mogelijkheden, maar ook met aan het productieprogramma van de buitenlandse

producent gebonden economische mogelijkheden, van die producent een andere vormgeving kan worden verlangd. Voor zover onderdelen van het litigieuze produkt afzonderlijk in de handel worden gebracht, dienen zij afzonderlijk aan genoemde criteria te worden getoetst. Met name onderdelen, die voor elders in de Gemeenschap rechtmatig verkregen produkten zijn bestemd, zullen niet aan zodanige voorwaarden mogen worden onderworpen, dat hun verhandeling praktisch onmogelijk wordt”.

Ik merkte reeds eerder op, dat het Dansk Supermarked-arrest twijfel over de verenigbaarheid van deze slotpassage met genoemd arrest mogelijk maakt. Ik gaf echter tevens aan op welke gronden in het licht van Uw eerdere rechtspraak uiteindelijk toch tot de toelaatbaarheid van deze passage kan worden geconcludeerd. Zij lijkt mij met name de toets aan het ook in Uw rechtspraak terzake van in beginsel redelijk geachte regelingen van algemeen belang regelmatig gehanteerde evenredigheidsbeginsel en aan het daarin eveneens gehanteerde subsidiariteitsbeginsel te kunnen doorstaan. Met de tweede zin van artikel 36, die U blijkens Uw Dassonville-arrest ook in het kader van artikel 30 hanteert, lijkt zij mij eveneens verenigbaar.