

Hof van Justitie, 8 juni 1971, Deutsche Grammophon Gesellschaft v Metro



v



FONOGRAMMENPRODUCENTENRECHT

Uitputting - Vrij verkeer van goederen

- [Strijdig met vrij verkeer van goederen wanneer fabrikant uitsluitend recht kan invoeren om verbreiding van door hemzelf of met zijn toestemming in een andere Lid-Staat verkochte goederen te verbieden](#)

dat wanneer een aan het auteursrecht verwant recht wordt ingeroepen teneinde het verhandelen in een Lid-Staat te verbieden van voortbrengselen welke door — of met toestemming van — de rechthebbende op het grondgebied van een andere Lid-Staat zijn verbreid, en wel zulks alleen omdat deze verbreiding niet op het nationaal grondgebied heeft plaatsgevonden, zodanig verbod, dat een bekrachtiging van het isolement der nationale markten inhoudt, afstuit op het wezenlijk doel van het Verdrag, namelijk de versmelting der nationale markten tot één enkele markt; dat dit doel niet kan worden bereikt, wanneer de onderdanen der Lid-Staten aan de onderscheiden rechtsstelsels dier staten de mogelijkheid ontnemen de markt op te delen en te komen tot willekeurige discriminatie of verkapt beperking van de handel tussen de Lid-Staten; dat het dan ook strijdig ware met de regelen inzake het vrije verkeer van goederen' binnen de gemeenschappelijke markt, indien een fabrikant van dragers als voormeld zijn op de wettelijke regeling van een Lid-Staat berustend uitsluitend recht de beschermde voortbrengselen te verbreiden zou kunnen uitoefenen om de verhandeling in die staat van produkten welke door hemzelf of met zijn toestemming in een andere Lid-Staat zijn verkocht, te verbieden, alleen omdat bedoelde verbreiding niet op het grondgebied van die Lid-Staat heeft plaatsgevonden;

Misbruik machtspositie

- [Voor machtspositie is uitsluitend recht niet voldoende; tevens vereist dat daadwerkelijke mededinging op een belangrijk deel van de betrokkene markt kan belemmeren](#)

Een fabrikant van dragers, houder van een uitsluitend recht op verbreiding ingevolge een nationale wettelijke regeling, neemt niet een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag in alleen omdat hij bedoeld recht uitoefent. Anders is het wanneer hij, gezien de omstandigheden van het geval, een daadwerkelijke mededinging op een belangrijk deel van de betrokken markt kan belemmeren.

- [Verschil in prijs kan beslissende aanwijzing voor misbruik zijn](#)

Misbruik van een machtspositie blijkt niet noodzakelijkerwijze uit het verschil tussen de vastgestelde prijs en de prijs van het uit een andere Lid-Staat wederom ingevoerde produkt, doch kan wel — uit hoofde van de grootte van dit verschil en bij afwezigheid van objectieve rechtvaardiging — een beslissende aanwijzing voor zodanig misbruik opleveren

Vindplaatsen: BIE 1971, nr. 68, p. 240; Jurispr. 1971, blz. 487

Hof van Justitie EG, 8 juni 1971

(R. Lecourt; A. M. Donner en A. Trabucchi; R. Monaco (rapporteur), J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore en H. Kutscher)

(...)

De vennootschap Deutsche Grammophon Gesellschaft mbH te Hamburg, ten deze vertegenwoordigd door D.

Ohlgart en M. Wolter,

tegen

de vennootschap METRO-SB-Grossmarkte GmbH & Co. K.G. te Hamburg, ten deze vertegenwoordigd door H. J. Bartholatus en V. Der Osten.

(...)

TEN AANZIEN VAN DE FEITEN:

I. OVERZICHT VAN DE FEITEN; DE PROCESVOERING.

Overwegende dat de aan het geding ten grondslag liggende feiten kunnen worden samengevat als volgt:

1. De vennootschap „Deutsche Grammophon Gesellschaft" (hierna te noemen D.G.) is een dochtermaatschappij van de vennootschap „Philips' Gloeilampen Fabrieken" te Eindhoven (Nederland) en de vennootschap „Siemens A.G." te Berlijn en München. Zij vervaardigt in hoofdzaak grammofoonplaten welke zij rechtstreeks of door middel van haar in verschillende staten van de E.E.G. en van de E.V.A. gevestigde dochtermaatschappijen wederverkoopt. Zo'n dochtermaatschappij — voor 99,55% — is met name de vennootschap „Polydor S.A." (hierna te noemen Polydor) te Parijs — met vestigingen te Parijs en Straatsburg. In Duitsland worden de platen rechtstreeks via detaillisten en via twee grossiers in boeken verkocht. De platen worden door D.G. aan deze wederverkopers geleverd tegen een prijs van 12,33 DM (plus BTW) en de voorgeschreven vaste consumentenprijs is 19 DM. De platen worden alleen geleverd aan

wederverkopers die zich schriftelijk hebben verbonden de prijsvereenkomst te eerbiedigen. In de andere landen van de E.E.G. en van de E.V.A. verbreidt D.G. haar platen door middel van licentieovereenkomsten met haar eigen dochtermaatschappijen of met die van de vennootschap „N.V. Philips' Phonografische Industrie" te Baarn (Nederland) (dochtermaatschappij van „Philips' Gloeilampen Fabrieken" en „Siemens A.G."). Volgens § 1 dezer licentieovereenkomsten verleent D.G. de licentiehouder het uitsluitend recht haar opnamen op de in de handel gebruikelijke wijze in het contractgebied te exploiteren. Een dergelijk contract sloot D.G. met haar dochtermaatschappij „Polydor" te Parijs.

2. De vennootschap „Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co. K.G." (hierna te noemen Metro) had van april tot eind oktober 1969 Polydor-platen van D.G. ontvangen en, omdat zij niet aan een prijsvereenkomst gebonden was, deze platen aan haar cliënten aangeboden tegen een prijs van 14,85 DM in mei 1969 en van 13,50 DM in augustus 1969 (plus BTW). In oktober 1969 constateerde D.G. niet in het bezit te zijn van een schriftelijke toezegging van Metro tot eerbiediging der vastgestelde prijs. Toen Metro zich daartoe niet alsnog schriftelijk wilde verbinden, verbrak D.G. de handelsbetrekkingen. Metro deed zich vervolgens Polydor-platen leveren door de vennootschap „Rosner & Co." te Hamburg en bood die in januari 1970 respectievelijk in februari 1970 aan haar cliënten aan tegen prijzen van 11,95 DM plus BTW onderscheidenlijk 12,95 DM plus BTW. Het gaat hier om platen die D.G. in Duitsland had geperst en aan haar filiaal Polydor te Parijs had geleverd. Deze platen waren ten dele door Polydor geleverd aan een onderneming in een derde land, die daarvan een gedeelte had doorgeleverd aan de vennootschap „Rosner & Co.", die ze op haar beurt doorverkocht aan de vennootschap „Metro-SB-Grossmarkte GmbH" te Hamburg, de aansprakelijke vennoot van Metro.

3. D.G. achtte het verkopen van haar platen door genoemde vennootschap in strijd met § 85 van het Urheberrechtsgesetz (hierna te noemen URG) en derhalve met haar uitsluitend recht tot verbreiding in Duitsland. Zij meende, dat haar recht ook niet was „verbruikt" in de zin van § 17, alinea 2, van die wet, omdat de waren buitenslands en niet op het nationaal grondgebied waren verbreid. Op 20 maart 1970 gaf het „Landgericht" te Hamburg op haar verzoek een beschikking in kort geding, waarbij aan „Metro-SB-Grossmarkte" werd verboden onder bepaalde catalogusnummers vermelde grammofoonplaten van D.G. onder de naam „Polydor" te verkopen of anderszins te verbreiden. Op 7 april 1970 verzocht de vennootschap „Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co. K.G." het Bundeskartellamt om een onderzoek naar het door D.G. toegepaste stelsel van gebonden prijzen, om nietigverklaring van de — haars inziens misbruik van recht opleverende — prijsbindingsclausule en om een verbod van toepassing ener analoge clausule. Te zelfder tijd richtte Metro zich krachtens artikel 3 van verordening no. 17/62 tot de Commissie van de E.G. met het verzoek vast te stellen, dat de artikelen 85 en 86 van het

Verdrag waren geschonden en D.G., „Polydor Nederland N.V." en „Polydor France" uit te nodigen aan die schending een einde te maken. Bovendien kwam Metro tegen de uitspraak van 22 mei 1970, houdende afwijzing van haar verzet tegen de door het Landgericht te Hamburg in kort geding gegeven beschikking, in beroep bij het „Hanseatische Oberlandesgericht", dat bij beschikking van 8 oktober 1970 de behandeling heeft geschorst en krachtens artikel 177 van het Verdrag het Hof van Justitie de navolgende vragen heeft gesteld:

„a) Is een uitlegging van de §§ 97 en 85 van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte van 9 september 1965 (BGBI. I, blz. 1273) in die zin dat een Duitse fabrikante van dragers voor het weergeven van geluid (Tontrager) krachtens haar recht tot verbreiding (Verbreitungsrecht) het verhandelen van bedoelde dragers in de Bondsrepubliek Duitsland welke zij zelf aan haar juridisch zelfstandige, doch economisch volledig afhankelijke dochtermaatschappij in Frankrijk heeft geleverd, kan verbieden, in strijd met artikel 5, tweede alinea, of artikel 85, lid 1, van het E.E.G.-Verdrag?

b) Kan de uitoefening van het recht tot verbreiding door de fabrikant van voormelde dragers als misbruik van recht worden beschouwd, wanneer de vaste minimumprijs dier dragers hoger is dan de prijs van het uit een andere Lid-Staat wederom ingevoerde oorspronkelijk produkt en tegelijkertijd de betrokken uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan de fabrikant der dragers zijn gebonden (artikel 86 E.E.G.-Verdrag)?"

4. De verwijzingsbeschikking is op 7 december 1970 ter griffie van het Hof ingeschreven. Overeenkomstig artikel 20 van het Protocol betreffende het Statuut van het Hof zijn schriftelijke opmerkingen gemaakt door partijen in het bodemgeschil, door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland en door de Commissie van de E.G. Gehoord het rapport van de rechter-rapporteur en gehoord de advocaat-generaal, heeft het Hof besloten niet tot instructiemaatregelen over te gaan. Ter zitting van 31 maart 1971 zijn gehoord de vennootschap „Deutsche Grammophon Gesellschaft GmbH", ten deze vertegenwoordigd door D. Ohlgart en M. Wolter, de vennootschap „Metro-SB-Grossmarkte GmbH & Co. K.G.", ten deze vertegenwoordigd door H. J. Bartholatus en V. Der Osten, de regering van de Bondsrepubliek Duitsland, ten deze vertegenwoordigd door E. Bülow, en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, ten deze vertegenwoordigd door haar juridisch adviseur E. Zimmermann.

De advocaat-generaal heeft ter zitting van 28 april 1971 zijn conclusie genomen.

II. OPMERKINGEN GEMAAKT KRACHTENS ARTIKEL 20 VAN HET PROTOCOL BETREFFENDE HET STATUUT VAN HET HOF VAN JUSTITIE.

Overwegende dat de krachtens artikel 20 van het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie gemaakte opmerkingen kunnen worden samengevat als volgt:

A) — Opmerkingen van de „Deutsche Grammophon

GmbH"

De „Deutsche Grammophon" betoogt, dat de eerste vraag zo is geformuleerd dat zij niet onder artikel 177 van het Verdrag valt, omdat zij medebrengt dat het nationaal recht van een Lid-Staat en niet het gemeenschapsrecht zou moeten worden uitgelegd. En al zou men voorts aannemen, dat zij kan worden geacht te strekken tot beantwoording van de vraag of § 85 van de URG afstuit op de artikelen 5, tweede alinea, en 85, lid 1, van het Verdrag dan wel of aan deze artikelen ten opzichte van het URG voorrang toekomt, dan nog kan zij, aldus gesteld, niet in behandeling worden genomen. Immers, in het eerste geval betreft zij de geldigheid van een nationaal — en niet van een gemeenschapsrechtelijk — besluit; in het tweede geval betreft zij niet slechts de uitlegging, doch ook de toepassing van het Verdrag. Daargelaten de mogelijkheid dat de eerste vraag alsnog zodanig kan worden geformuleerd dat zij zich verdraagt met artikel 177 van het Verdrag, zou zij derhalve moeten worden herleid tot de navolgende vraag: "Is het in strijd met de artikelen 5, tweede alinea, en 85, lid 1, van het Verdrag dat een fabrikant van dragers voor het weergeven van geluid, die krachtens de wettelijke regeling van een Lid-Staat het uitsluitend recht heeft ze te verbreiden, dit recht inroept om te verbieden dat een derde binnen die staat produkten, welke de fabrikant tevoren in een andere Lid-Staat aan zijn juridisch zelfstandige, doch economisch geheel afhankelijke dochtermaatschappij heeft geleverd, verhandelt?" Met betrekking tot de aldus geformuleerde vraag merkt D.G. het navolgende op:

a) — Artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag Artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag is niet „selfexecuting". In dit voorschrift wordt aan de Lid-Staten een verplichting opgelegd, welke eerbiediging slechts via een procedure als bedoeld in artikel 169 van het Verdrag kan worden verzekerd. Dit artikel mag, op gevaar af anders een onaantvaardbare rechtsonzekerheid te doen ontstaan, niet in die zin worden uitgelegd, dat het regelen geeft voor — of beperkingen stelt aan — de nationale wettelijke voorschriften ter bescherming van de industriële eigendom. Tegen zulk een uitlegging verzet zich vooral artikel 36 van het Verdrag, dat ten opzichte van voormelde algemene regel als „lex specialis" is te beschouwen en dat juist op het hierbedoelde terrein een voorbehoud maakt ten behoeve van een bijzondere nationale regeling. Anderzijds dient te worden vastgesteld, dat de rechtsbescherming verleend aan de fabrikant van dragers voor het weergeven van geluid niet dateert van na de inwerkingtreding van het Verdrag, doch reeds sedert 1910 bestaat (vgl. het als bijlage overgelegde rapport van professor Ph. Möhring).

b) — Artikel 85, lid 1, van het Verdrag

De in dit artikel gebezigde term „overeenkomst tussen ondernemingen" mist in casu toepassing, omdat daarbij wordt uitgegaan van een voor beperking vatbare mededinging tussen de betrokken ondernemingen. En zodanige mededinging ontbreekt nu juist tussen D.G. en haar dochteronderneming Polydor; veeleer is hier sprake van een taakverdeling binnen eenzelfde concern.

Voorts dient niet uit het oog te worden verloren, dat D.G. haar actie tegen Metro niet op haar licentieovereenkomst met Polydor, doch uitsluitend op de bepalingen van het URG baseert. Met betrekking tot het auteursrecht en daarmee gelijkgestelde rechten werpt de nationale wet zelf belemmeringen op. Evenmin is in casu sprake van een „onderling afgestemde feitelijke gedraging" in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag, immers ook hier geldt, dat de actie van D.G. tegen Metro uitsluitend berust op de rechtsbescherming die door de URG wordt verleend. De actie vindt haar grondslag niet in een onderling afgestemd optreden van twee of meer ondernemingen, doch in een eenzijdige gedragingslijn. Anders gezegd, blijkens het vorenstaande wordt de uitoefening van het recht op verbreiding in Duitsland in casu niet verzekerd door één der in artikel 85, lid 1, van het Verdrag bedoelde soorten van mededingingsregelingen.

c) — Artikel 86 van het Verdrag

Artikel 86 van het Verdrag moet allereerst worden uitgelegd in samenhang met de artikelen 36 en 222 van het Verdrag. Ingevolge artikel 36 zijn beperkingen van het vrije verkeer van goederen welke een afwijking inhouden van de artikelen 30 tot en met 34 van het Verdrag toelaatbaar, voorzover zij gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de industriële eigendom; en het lijdt geen twijfel dat het auteursrecht valt onder de regeling van de industriële eigendom in de zin van dit artikel. In artikel 222 wordt met zoveel woorden bepaald, dat het Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet laat; daartoe behoort stellig ook de industriële eigendom. Het moet voorts uitgesloten worden geacht, dat een machtspositie in casu kan voortvloeien uit exclusiviteitsbedingen, aangegaan met de uitvoerende kunstenaars. Allereerst zij hier gewezen op § 61 van het URG en op § 11 van het „Wahrnehmungsgesetz", waarin het sluiten van „exclusieve licentieovereenkomsten" tussen de auteur of de organisaties van auteurs en de fabrikanten van de grammofoonplaten wordt verboden, alsook op § 78 van het URG, dat ten deze een „quasi Zwangslizenz" voorziet. En afgezien van dit laatste voorschrift kan een grammofoonplatenfabrikant op grond van exclusieve licentieovereenkomsten aan zijn concurrenten wel verbieden hetzelfde produkt op de markt te introduceren, doch niet hetzelfde muziekstuk in een andere vertolking te doen opnemen.

De plaats die hij op de markt inneemt heeft met een „overheersende positie" dan ook niets uitstaande. Bovendien zijn de bij de opnamen betrokken solisten in casu, wat het merendeel der platen betreft, niet door exclusiviteitsbedingen gebonden. Moch het Hof besluiten voor iedere grammofoonplaat afzonderlijk een onderzoek naar de positie van D.G. te doen instellen, dan zou een enquête nodig zijn, waartoe het Hof echter niet bevoegd is omdat het dan zou gaan om de toepassing en niet om de uitlegging van artikel 86 van het Verdrag. De mogelijkheid van „misbruik" van een machtspositie is a priori uitgesloten, wanneer de recht-hebbende zich alleen op de wet beroept en de wet hem absolute territoriale bescherming verleent. Anderzijds

is D.G., zolang de nationale belastingvoorschriften verschillen vertonen, niet gehouden toe te zien op de toepassing van uniforme prijzen. Voorts is de eindprijs der platen in Frankrijk maar weinig lager dan in Duitsland, welk prijsverschil vooral met revaluatie en devaluatie der munteenheden verband houdt. De verbruikersprijzen in de Lid-Staten vertonen in het geheel geen belangrijke verschillen (D.G. becijfert aan de hand van voorbeelden welk belang met name de tussenhandelaren bij invoer in Duitsland van in Frankrijk gekochte platen kunnen hebben). En tenslotte is misbruik van een machtspositie als bedoeld in artikel 86 in casu uitgesloten, omdat er in Duitsland een stelsel van gebonden prijzen bestaat, doch in Frankrijk niet.

B) — Opmerkingen van de vennootschap „Metro Grossdrkte GmbH & Co. K.G.”

Metro wijst erop dat volgens de bewoordingen van § 17, alinea 2, van het URG de rechthebbende op verbreiding van het beschermde produkt, wanneer hij eenmaal toestemming tot verbreiding heeft gegeven, zijn recht heeft uitgeput, zonder dat het terzake doet of bedoelde verbreiding op het nationaal grondgebied dan wel buitenslands heeft plaatsgehad en merkt vervolgens op:

a) — Artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag Een uitlegging van de § 85 en 17 van het URG in dier voege, dat met toestemming van D.G. in de handel gebrachte grammofoonplaten niet opnieuw zouden mogen worden ingevoerd, stuit af op artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag, dat niet slechts voor de nationale wetgever, doch ook voor de nationale rechter bindend is. Door na de goedkeuring van het E.E.G.-Verdrag het URG vast te stellen heeft de Duitse wetgever trouwens geen afbreuk willen doen aan het beginsel van de vrijheid der markten; hij heeft het voor de „uitputting" van bedoeld recht namelijk van geen belang geacht of de verbreiding op het nationaal grondgebied dan wel buitenslands heeft plaatsgehad.

b) — Artikel 85 van het Verdrag

De clause van de licentieovereenkomst, waarin het aan de Franse partij bij die overeenkomst verboden werd de grammofoonplaten buiten het contractsgebied, Frankrijk, te verkopen, is niet onmisbaar om het door de URG erkende recht te waarborgen, en vindt in de bescherming van het uitsluitend recht tot verbreiding geen rechtvaardiging. Zulk een beperking kan er slechts toe strekken te verhinderen dat het recht wordt uitgeput in voege als bedoeld in § 17, alinea 2, van de wet. Afgezien van de licentieovereenkomst bestond er tussen D.G. en Polydor een onderling afgestemd feitelijk gedrag, daartoe strekkende dat naar Frankrijk geëxporteerde grammofoonplaten niet wederom in Duitsland zouden worden ingevoerd. In beide gevallen heeft men ten faveure van D.G. de eerbiediging van haar distributiesysteem en van haar stelsel van gebonden prijzen — en de handhaving van een hoog prijsniveau in Duitsland — willen verzekeren. Zowel voormelde contractsclause als bedoeld onderling afgestemd gedrag zijn in strijd met artikel 85, lid 1, van het E.E.G.-Verdrag.

c) — Artikel 86 van het Verdrag

Er zijn op het gebied van de dragers voor de weergave van geluid weinig ondernemingen met een echte machtspositie. Juist D.G. is zo'n onderneming, en zij maakt van deze positie gebruik om met behulp van § 85 van het URG de wederinvoer harer produkten in Duitsland te verhinderen. De handel tussen de Lid-Staten wordt daardoor ongunstig beïnvloed, terwijl D.G. op deze manier in de verschillende landen buitensporig hoge verkoopprijzen kan afdwingen. De handel kan zich op geen enkele wijze aan deze machtspositie van D.G. onttrekken, omdat de meest bekende uitvoerende musici door exclusiviteitsbedingen gebonden zijn (vgl. de in de bijlage verstrekte gegevens over de „faam" van de betrokken kunstenaars). In deze omstandigheden levert de uitoefening van het recht op verbreiding een door artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag verboden misbruik ener machtspositie op.

C) — Opmerkingen van de Duitse regering

De Duitse regering wijst er allereerst op, dat haars inziens niet buiten twijfel staat dat uitlegging van § 17, alinea 2, van het URG alleen mogelijk is op grondslag van het territorialiteitsbeginsel, waarvan de rechter a quo is uitgegaan. Zij herinnert eraan dat in de doctrine ook een andere uitlegging wordt voorgestaan, volgens welke het uitsluitend recht is uitgeput zodra de vermenigvuldigde voorwerpen buitenslands in de handel zijn gebracht door de rechthebbende zelf of door een derde krachtens een ook voor het nationaal grondgebied geldende licentie. De Duitse regering merkt ten aanzien van 's Hofs bevoegdheid voorts op, dat de omstandigheid dat de ten principale gevoerde procedure een kort geding was aan een procedure volgens artikel 177 van het Verdrag niet in de weg behoeft te staan. De eerste vraag kan in haar tegenwoordige formulering echter niet worden behandeld omdat het Hof zich daartoe zou hebben te begeven in een onderzoek naar de nationale wet. Deze vraag dient derhalve als volgt te worden geïnterpreteerd: „Is het in strijd met de artikelen 5, tweede alinea, en 85, lid 1, van het E.E.G.-Verdrag dat een fabrikant van dragers voor het weergeven van geluid op grond van een soortgelijk recht als het auteursrecht de wederverkoop verbiedt van wederingevoerde dragers welke hij tevoren aan zijn juridisch zelfstandige, doch economisch geheel afhankelijke dochteronderneming in een andere Lid-Staat had geleverd?"

a) — Artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag

Artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag is niet self-executing. Door vaststelling van paragraaf 86 van het URG heeft de Duitse regering dit voorschrift trouwens niet geschonden. Zoals met name uit de artikelen 36 en 222 van het Verdrag blijkt, zijn de Lid-Staten namelijk bevoegd gebleven om de industriële eigendom autonoom te regelen, zodat zij in het kader van de uitoefening dezer bevoegdheid rechtsbescherming mochten verlenen voor situaties waarvoor tevoren geen — dan wel een andere — regeling was getroffen.

b) — Artikel 85, lid 1, van het Verdrag

De Duitse regering vraagt zich allereerst af, of een overeenkomst tussen een moedermaatschappij en een — economisch volkomen door haar beheerste — dochtermaatschappij als een „overeenkomst" in de zin van

artikel 85, lid 1, van het Verdrag kan worden aange-merkt. In ieder geval is, zodra de moedermaatschappij aan haar dochtermaatschappij bindende instructies kan geven, toepassing van artikel 85, lid 1, uitgesloten om de enkele reden dat er tussen beide vennootschappen geen mededinging bestaat. Zelfs aangenomen dat de beide vennootschappen onderling overeenkomsten in de zin van artikel 85, lid 1, van het Verdrag kunnen aangaan, dan nog moet in concreto worden nagegaan of de voorwaarden voor toepassing van dit artikel zijn vervuld. Ook zou men moeten onderzoeken, of de uitoefening van het uitsluitend recht met betrekking tot wederinvoer in Duitsland werkelijk berust op een „onderling afgestemd feitelijk gedrag”, dat wil zeggen op een gelijkgerichte gedragslijn, welke niet toevallig doch willens en wetens wordt gevolgd. De Duitse regering concludeert dat de in de eerste vraag omschreven casuspositie niet in strijd is met artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag. Zij is evenmin in strijd met artikel 85, lid 1, van het Verdrag, voorzover de moedermaatschappij de dochtermaatschappij zodanig in haar greep heeft, dat zij niet met elkander concurreren. Is dit niet zo, dan hangt alles af van de inhoud van de licentie-overeenkomst en van de andere omstandigheden van het geval.

c) — Artikel 86 van het Verdrag

De Duitse regering sluit de mogelijkheid van een machtspositie in de betrokken sector niet uit, doch beschouwt zulks als een uitzondering. Die mogelijkheid is dan bovendien aan een aantal factoren, zoals de inhoud van ieder exclusiviteitsbeding, het soort muziek — lichte of instrumentale enzovoorts — gebonden. Ook de vraag of een fabrikant van dragers al dan niet van een machtspositie „misbruik” maakt, hangt van verschillende omstandigheden af. Verschillen tussen de leveringsprijzen in de Lid-Staten bewijzen op zichzelf zodanig misbruik nog niet: men dient te onderzoeken, of zij hun rechtvaardiging vinden in verschillen in produktiekosten, in fiscale lasten enz. Bovendien dient dan te worden onderzocht of de eindprijs in de betrokken Lid-Staten op bedoeld tijdstip dezelfde is. De Duitse regering concludeert dat de prijsverschillen en het aangaan van exclusiviteitsbedingen op zichzelf niet medebrengt, dat van een machtspositie in voege als bedoeld in artikel 86, lid 1, van het E.E.G.-Verdrag misbruik wordt gemaakt, doch dat daartoe een onderzoek naar aanwezigheid van andere concrete omstandigheden moet worden ingesteld.

D) — Opmerkingen van de Commissie van de E.G.

De Commissie geeft een overzicht van de redenen welke haars inziens de Duitse rechter aanleiding hebben gegeven tot toepassing van artikel 177 van het Verdrag, ondanks, het feit dat de procedure in het bodemgeschil een kort geding is. Na te hebben opgemerkt dat de eerste vraag in die zin zou kunnen worden opgevat dat het Hof om een uitspraak over het Duitse recht wordt verzocht, merkt zij op dat het Hof desondanks bevoegd is uit die vraag de voor de uitlegging van het Verdrag wezenlijke punten af te leiden. Na te hebben herinnerd aan de paragrafen 17, alinea 2, en 85, alinea 1, van het URG releveert de Commissie dat er geen eensluidende

opvatting bestaat omtrent de strekking van paragraaf 17, alinea 2. Het heeft geen zin hier te werken met het „territorialiteitsbeginsel” dat, weiverstaan, slechts impliceert dat op het nationaal grondgebied te verlenen rechtsbescherming volgens de regelen van het nationale recht moet worden beoordeeld, doch geen verbod inhoudt krachtens hetwelk een staat bedoelde bescherming niet van buitenslands ingetreden omstandigheden zou mogen doen afhangen. Na te hebben onderzocht hoe het staat met andere, soortgelijke nationale regelingen, merkt de Commissie op dat het territorialiteitsbeginsel aan de rechthebbende de mogelijkheid verschafft „parallele importen” te verbieden en dat de toepassing van dit beginsel ten deze derhalve leidt tot verdeling en afscheiding van de markt. Deze consequenties vallen bij het auteursrecht (in vergelijking met het octrooi- of merkenrecht) te meer in het oog, omdat dit recht zonder enige formaliteit tot andere landen kan worden uitgebreid.

a) — Artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag

Het verbod van invoer of verbreiding van ingevoerde producten is met name in strijd met de beginselen omschreven in artikel 3 van het Verdrag, letters a) en f), te weten het vrije verkeer van goederen en de invoering van een regime waardoor de vrije mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt gewaarborgd. Het Verdrag wil beperkingen van de mededinging welke uit de industriële of intellectuele eigendom kunnen voortvloeien niet verbieden, doch trekt in artikel 36 een grens tussen het bestaan dezer door het Verdrag erkende rechten en een uitoefening dier rechten, welke met één der fundamentele doelstellingen van het Verdrag in strijd ware. En de aan de houder van het uitsluitend recht toegekende mogelijkheid om in een staat de verbreiding van beschermde en op regelmatige wijze in een andere staat in de handel gebrachte voorwerpen te verbieden, zou inhouden dat bedoeld recht niet overeenkomstig deze doelstellingen zou worden uitgeoefend, omdat het belemmering van het vrije verkeer van goederen tussen de Lid-Staten tot gevolg zou hebben. Een zodanig verbod schijnt niet te volgen uit een wettelijke maatregel, welke dan rechtstreeks inbreuk zou maken op de artikelen 30 en volgende van het Verdrag. Paragraaf 85 van het URG regelt deze kwestie niet rechtstreeks, althans beperkt er zich toe aan de rechthebbenden een bevoegdheid te verlenen, dus dat aan hen zelf wordt overgelaten die bevoegdheid in te roepen en hun wens te doen eerbiedigen. Al bestaat er daarom geen aanleiding de artikelen 30 en volgende van het Verdrag toe te passen in die zin dat de Duitse wet geen door artikel 36 niet gedekt verbod van invoer inhoudt, het blijft een feit dat de omstreden uitlegging in strijd zou komen met de verplichting van de staten zich te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar kunnen brengen. En daarmee rijst de vraag naar eerbiediging of schending van artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag. Na te hebben gewezen op de strekking en doelstellingen van dit artikel, herinnert de Commissie eraan, dat de eerbiediging van het artikel een plicht is van alle nationale autoriteiten — de rech-

terlijke macht daaronder begrepen. Door een uitlegging van § 85 van het URG, in die zin dat aan de houder van het auteursrecht bedoelde bevoegdheid zou worden toegekend, zou bovendien geen rekening gehouden worden met het feit dat deze bepaling dateert van na de inwerkingtreding van het Verdrag.

b) — Artikel 85, lid 1, van het Verdrag

i) Met betrekking tot de licentieovereenkomsten is de Commissie van mening, dat zij volgens hun bewoordingen blijven binnen de grenzen der aan D.G. toekomende rechten en dat op grond van de feiten in casu niet kan worden vastgesteld of er beperkingen van de mededinging zijn overeengekomen c.q. of er sprake is van een onderling afgestemd feitelijk gedrag dat zodanige beperking inhoudt. Deze overeenkomsten zijn in artikel 85, lid 1, van het Verdrag niet bedoeld, omdat zij worden aangegaan tussen een moedermaatschappij en dochtermaatschappijen welke maatschappelijk kapitaal vrijwel geheel in handen is van de moedermaatschappij. Artikel 85, lid 1, zou in aanmerking kunnen komen, indien zou zijn vastgesteld dat de overeenkomsten bepalingen bevatten, waarin de mededinging wordt beperkt en die steeds worden opgenomen in overeenkomsten tussen de dochtermaatschappijen en hun clientèle — hetgeen voor de licentieovereenkomsten niet met zekerheid kan worden vastgesteld —.

ii) Wat betreft de overeenkomsten inzake de prijsbinding („Revers”) vestigt de Commissie de aandacht op een clause (clause II, 2) welke haars inziens gelijk staat met een invoerverbod dat de handel tussen Lid-Staten ongunstig kan beïnvloeden en de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt kan beperken. Weliswaar is D.G.'s vordering tegen Metro niet op zulk een clause, doch rechtstreeks op § 85 van het URG gebaseerd. Doch nu D.G. het peil van de eindprijs in Duitsland heeft vastgesteld, nu zij aan haar clientèle praktisch heeft verboden aldaar zonder haar toestemming D.G.-platen in te voeren en nu zij zich zelf heeft verbonden erop toe te zien dat de vaste prijzen worden geëerbiedigd en terstond tegen iedere inbreuk welke te harer kennis mocht komen op te treden, dient te worden geconcludeerd dat zij zich in casu alleen op § 85 van het URG beroept om aan een onder artikel 85, lid 1, van het Verdrag vallende overeenkomst uitvoering te geven.

c) — Artikel 86 van het Verdrag

Na haar mening inzake de term „macht positie” te hebben weergegeven, zet de Commissie de criteria uiteen waaraan de verwijzende rechter de positie van D.G. op de Duitse markt zal moeten toetsen. Zij bespreekt de positie van deze maatschappij op genoemde markt en de bijzonderheden van de markt voor dragers, met conclusie dat D.G., samen met een andere onderneming (Phonogram Ton GmbH) op de markt voor dragers een machtspositie inneemt. In verband met de vraag of van een „misbruik” opleverende exploitatie van de markt sprake is, vestigt de Commissie de aandacht op artikel 86, a) en d). Zij wijst met betrekking tot letter a) op het belang van een duidelijk verschil tussen de prijzen (in casu de productieprijs), waarvoor geen objectieve

redenen zijn aan te voeren, en met betrekking tot letter d) op het nadeel van de handelspartners, voortvloeiende uit het feit dat de veel hogere verkoopprijs in Duitsland de Duitse wederverkopers, met name degenen die in de nabijheid van de Franse grens zijn gevestigd, belet grammofoonplaten van D.G. in Frankrijk te verkopen. Tenslotte kan het in casu van een machtspositie gemaakte misbruik ook de handel tussen Lid-Staten ongunstig beïnvloeden. Op grondslag van deze opmerkingen stelt de Commissie voor de aan het Hof gestelde vragen als volgt te beantwoorden:

1. De wettelijke voorschriften van een Lid-Staat waarin — of een uitlegging dier voorschriften door de rechterlijke macht in die zin dat — de houder van een uitsluitend recht op een drager voor het weergeven van geluid bevoegd zou zijn de invoer of verbreiding binnenslands te verbieden van vermenigvuldigingen welke de houder van een beschermend recht dan wel een van hem afhankelijke onderneming in een andere Lid-Staat in het verkeer heeft gebracht, brengen de verwezenlijking van de doelstellingen van het Verdrag in gevaar. Een dergelijk recht is niet inherent aan de in artikel 36 van het Verdrag gewaarborgde bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Rechterlijke uitspraken welke gebruikmaking van zulk een recht begunstigen, zijn in strijd met de verplichting welke in artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag aan de Lid-Staten wordt opgelegd.

2. Artikel 85 van het Verdrag is van toepassing wanneer het erom gaat krachtens een uitsluitend recht op vermenigvuldiging of verhandeling van dragers voor het weergeven van geluid, de wederinvoer uit een andere Lid-Staat te verbieden van dragers welke de rechthebbende of een van hem afhankelijke onderneming aldaar in het verkeer heeft gebracht, en de rechthebbende met handelaren in het land van invoer overeenkomsten heeft gesloten, waarbij aan laatstgenoemde de verplichting wordt opgelegd de ingevoerde producten niet dan met zijn toestemming — en tegen de vaste prijzen — weder te verkopen.

3. De fabrikant van dragers voor het weergeven van geluid, houder van een met het auteursrecht verwant recht, neemt niet een machtspositie in als bedoeld in artikel 86 van het Verdrag door het enkele feit dat hij derden de vermenigvuldiging of de verbreiding binnen een Lid-Staat kan verbieden. Er is een machtspositie wanneer de rechthebbende op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt, alleen of tezamen met een onderneming welke tot dezelfde groep behoort, een belangrijk aandeel in de markt heeft en de andere wederverkopers van soortgelijke producten op de markt een aanmerkelijk zwakkere positie innemen. Het kan daarbij van belang zijn, dat de fabrikant van dragers de belangrijkste uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan zich heeft gebonden. Het moet er voor worden gehouden, dat van deze machtspositie misbruik wordt gemaakt wanneer de rechthebbende in de Lid-Staat waar hij zodanige positie inneemt, prijzen toepast die aanmerkelijk hoger zijn dan hij in de andere Lid-Staten vraagt en dit verschil niet door objectieve redenen (kosten van vervoer, belastingen, enz.) is te

verklaren. In deze omstandigheden levert een verbod van wederinvoer der oorspronkelijke produkten uit andere Lid-Statens, eveneens misbruik op.

TEN AANZIEN VAN HET RECHT:

1. Overwegende dat het Hanseatische Oberlandesgericht te Hamburg bij beschikking van 8 oktober 1970, ingekomen op 7 december 1970, ingevolge artikel 177 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap het Hof een aantal vragen heeft gesteld inzake de uitlegging van de artikelen 5, tweede alinea, 85, lid 1, en 86 van het Verdrag;

De eerste vraag

2. O. dat aan het Hof in de eerste plaats verzocht wordt uit te spreken, of een uitlegging van de §§ 97 en 85 van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte van 9 september 1965 in die zin dat een fabrikant van dragers voor het weergeven van geluid (Tontrager) krachtens zijn recht op verbreiding het verhandelen in de Bondsrepubliek Duitsland van dragers als voormeld, welke hij zelf aan zijn juridisch zelfstandige, doch economisch volledig afhankelijke dochtermaatschappij in Frankrijk heeft geleverd, kan verbieden, in strijd is met artikel 5, tweede alinea, of artikel 85, lid 1, van het E.E.G.-Verdrag;

3. O. dat het Hof naar luid van artikel 177 alleen bevoegd is bij wege van prejudiciële beslissing uitspraak te doen over de uitlegging van het Verdrag en van de door de instellingen van de Gemeenschap verrichte handelingen c.q. over de geldigheid dier handelingen, doch krachtens dit artikel geen uitspraak vermag te doen over de uitlegging van een nationaal rechtsvoorschrift; dat het Hof echter, rekening houdende met de gegevens die door de nationale rechter worden verstrekt, uit de bewoordingen van diens verzoek de elementen kan afleiden welke de uitlegging van het Verdrag betreffen;

4. O. dat het er in de gestelde vraag blijkt de door het Hanseatische Oberlandesgericht te Hamburg verstrekte gegevens in wezen om gaat, of het uitsluitend recht de beschermde voortbrengselen te verbreiden, zoals dat in een nationale wettelijke regeling aan de fabrikant van dragers wordt toegekend, zonder aan de communautaire regel afbreuk te doen in de weg kan staan aan de verhandeling op het nationale grondgebied van door die fabrikant — of met zijn toestemming — op het grondgebied van een andere Lid-Staat op regelmatige wijze verbreide produkten;

dat aan het Hof van Justitie wordt verzocht om met name uit artikel 5, tweede alinea, of uit artikel 85, lid 1, van het Verdrag inhoud en strekking van de toepasselijke communautaire regel af te leiden;

5. O. dat naar luid van artikel 5, tweede alinea, van het Verdrag, „de Lid-Statens [zich] onthouden van alle maatregelen welke de verwezenlijking van de doelstellingen van dit Verdrag in gevaar kunnen brengen"; dat in deze bepaling een algemene verplichting van de Lid-Statens wordt omschreven, welke concrete inhoud van geval tot geval afhangt van de bepalingen van het Verdrag of van de regelen welke uit het algemeen stelsel van het Verdrag kunnen worden afgeleid;

6. O. dat volgens artikel 85, lid 1, van het Verdrag, „onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt en verboden zijn alle overeenkomsten tussen ondernemingen, alle besluiten van ondernemersverenigingen en alle onderling afgestemde feitelijke gedragingen welke de handel tussen Lid-Statens ongunstig kunnen beïnvloeden en ertoe strekken of ten gevolge hebben dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt wordt verhinderd, beperkt of vervalst"; dat de uitoefening van het in de vraag bedoelde uitsluitend recht onder het in deze bepaling omschreven verbod kan vallen telkens wanneer zij doel, middel of gevolg blijkt te zijn van een ondernemersafpraak welke, door middel van een verbod op de invoer uit andere Lid-Statens van in die Lid-Statens op rechtmatige wijze verbreide produkten, tot isolering van de markt zou leiden;

7. O. evenwel dat bijaldien deze uitoefening geen overeenkomst of afgestemde gedraging als in genoemde bepaling bedoeld mocht inhouden, de beantwoording van de gestelde vraag aanleiding zou geven na te gaan, of de uitoefening van bedoeld eigendomsrecht verenigbaar is met andere bepalingen van het Verdrag, inzonderheid het vrije verkeer van goederen betreffende;

8. O. dat ten deze acht moet worden geslagen op de beginselen welke, ter verwezenlijking van één enkele markt van de Lid-Statens, enerzijds zijn omschreven in het aan de grondslagen van de Gemeenschap gewijde tweede deel van het Verdrag, te weten in de titel betreffende het vrije verkeer van goederen, en anderzijds in artikel 3 f van het Verdrag, waarin de invoering wordt voorzien van een regime waardoor wordt gewaarborgd dat de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt niet wordt vervalst;

9. dat het Verdrag trouwens, waar het in artikel 36 bepaalde verboden of beperkingen van het handelsverkeer tussen de Lid-Statens toelaat, in zoverre de nodige precisering geeft dat zulke afwijkingen „geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Statens [mogen] vormen";

10. dat derhalve in het licht van deze regelen, met name van de artikelen 36, 85 en 86, moet worden beoordeeld in hoeverre de uitoefening van een aan het auteursrecht verwant nationaal industrieel eigendomsrecht de verhandeling van uit een andere Lid-Staat herkomstige voortbrengselen kan verhinderen;

11. O. dat artikel 36, met betrekking tot de aldaar geoorloofd verklaarde verboden of beperkingen van het vrije verkeer van goederen, onder meer naar de industriële en commerciële eigendom verwijst; dat, wanneer men aanneemt dat deze bepalingen een aan het auteursrecht verwant recht kunnen betreffen, uit dit artikel nochtans blijkt dat het Verdrag weliswaar aan het bestaan der in de wettelijke regeling van een Lid-Staat op het stuk van de industriële en commerciële eigendom erkende rechten geen afbreuk doet, doch dat de uitoefening dier rechten onder de verboden van het Verdrag kan vallen; dat artikel 36 weliswaar verboden of beperkingen van het vrije verkeer van goederen toestaat die uit hoofde van bescherming van de industriële of commerciële eigendom gerechtvaardigd zijn, doch

inbreuken op bedoelde vrijheid slechts gedoogt voorzover die hun rechtvaardiging vinden in het waarborgen van de rechten welke het specifieke voorwerp van deze eigendom vormen;

12. O. dat wanneer een aan het auteursrecht verwant recht wordt ingeroepen teneinde het verhandelen in een Lid-Staat te verbieden van voortbrengselen welke door — of met toestemming van — de rechthebbende op het grondgebied van een andere Lid-Staat zijn verbreid, en wel zulks alleen omdat deze verbreiding niet op het nationaal grondgebied heeft plaatsgevonden, zodanig verbod, dat een bekrachtiging van het isolement der nationale markten inhoudt, afstuit op het wezenlijk doel van het Verdrag, namelijk de versmelting der nationale markten tot één enkele markt; dat dit doel niet kan worden bereikt, wanneer de onderdanen der Lid-Staten aan de onderscheiden rechtsstelsels dier staten de mogelijkheid ontnemen de markt op te delen en te komen tot willekeurige discriminatie of verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten;

13. dat het dan ook strijdig ware met de regelen inzake het vrije verkeer van goederen' binnen de gemeenschappelijke markt, indien een fabrikant van dragers als voormeld zijn op de wettelijke regeling van een Lid-Staat berustend uitsluitend recht de beschermde voortbrengselen te verbreiden zou kunnen uitoefenen om de verhandeling in die staat van produkten welke door hemzelf of met zijn toestemming in een andere Lid-Staat zijn verkocht, te verbieden, alleen omdat bedoelde verbreiding niet op het grondgebied van die Lid-Staat heeft plaatsgevonden;

De tweede vraag

14. O. dat aan het Hof in de tweede plaats verzocht wordt uit te spreken, of de fabrikant van voormelde dragers misbruik maakt van zijn uitsluitend recht de beschermde voortbrengselen te verbreiden, wanneer de voorgeschreven prijs op het nationaal grondgebied hoger is dan de prijs van het uit een andere Lid-Staat wederom ingevoerde oorspronkelijke produkt en tegelijkertijd de betrokken uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan de fabrikant der dragers zijn gebonden; dat in deze vraag met de woorden „misbruik van zijn recht" wordt bedoeld op misbruik van een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag;

15. O. dat in dit artikel wordt verboden „dat één of meer ondernemingen misbruik maken van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan" „voorzover de handel tussen Lid-Staten daardoor ongunstig kan worden beïnvloed";

16. dat uit deze bepaling blijkt, dat het aldaar verboden feit de aanwezigheid veronderstelt van een machtspositie op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan; dat de fabrikant van dragers, houder van een aan het auteursrecht verwant recht, niet reeds uit hoofde van het feit dat hij zijn uitsluitend recht tot verbreiding van de beschermde voortbrengselen uitoefent, een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag inneemt;

17. dat, waar in dit artikel wordt verlangd dat de aldaar bedoelde machtspositie zich tot een „wezenlijk deel" van de gemeenschappelijke markt uitstrekt, de fabri-

kant bovendien, alleen of tezamen met andere tot dezelfde groep behorende ondernemingen, over de mogelijkheid dient te beschikken een daadwerkelijke mededinging op een belangrijk deel van de betrokken markt te belemmeren, zulks met name gelet op de mogelijke aanwezigheid van fabrikanten die soortgelijke produkten verkopen — en op de marktpositie dier fabrikanten —;

18. dat bijaldien de uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan de fabrikant gebonden mochten zijn, onder meer dient te worden gelet op de voorkeur welke zij op de markt genieten, op duur en draagwijdte der aangegane verbintenissen en op de mogelijkheden waarover andere fabrikanten van dragers beschikken om gelijkwaardige vertolkingen te realiseren;

19. O. dat van de overheersende machtspositie, wil zij onder artikel 86 vallen, bovendien misbruik moet worden gemaakt; dat zodanig misbruik weliswaar niet zonder meer blijkt uit het verschil tussen de voorgeschreven prijs en de prijs van het uit een andere Lid-Staat wederom ingevoerde produkt doch dat dit verschil wel — uit hoofde van zijn grootte en bij afwezigheid van objectieve rechtvaardiging — een beslissende aanwijzing voor zodanig misbruik kan opleveren;

Ten aanzien van de kosten

20. O. dat ten aanzien van de kosten, door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen wegens indiening hunner opmerkingen aan het Hof gemaakt, geen last tot terugbetaling kan worden gegeven en dat de procedure ten aanzien van partijen in het bodemgeschil als een in de loop van het geding voor de nationale rechter gerezen incident is te beschouwen, zodat de nationale rechter over de kosten zal hebben te beslissen; gezien de stukken;

gehoord het rapport van de rechter-rapporteur; gehoord de mondelinge opmerkingen van partijen in het bodemgeschil, de regering van de Bondsrepubliek Duitsland en de Commissie van de Europese Gemeenschappen;

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal; gelet op het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap, met name op de artikelen 3, 5, 36, 85, 86 en 177;

gelet op het Protocol betreffende het Statuut van het Hof van Justitie van de E.E.G., met name op artikel 20; gelet op het Reglement voor de procesvoering van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen;

HET HOF VAN JUSTITIE,

uitspraak doende op de door het Hanseatische Oberlandesgericht te Hamburg bij beschikking van 8 oktober 1970 gestelde vragen, verklaart voor recht:

1. Het is in strijd met de regelen inzake het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt, wanneer een fabrikant van dragers voor het weergeven van geluid zijn op de wettelijke regeling van een Lidstaat berustend uitsluitend recht tot verbreiding van de beschermde voortbrengselen uitoefent om de

verhandeling in die staat van door hemzelf of met zijn toestemming in een ander Lid-Staat afgezette produkten te verbieden, alleen omdat bedoelde verbreiding niet op het grondgebied van eerstgenoemde Lid-Staat heeft plaatsgevonden.

2. a) Een fabrikant van dragers, houder van een uitsluitend recht op verbreiding ingevolge de nationale wettelijke regeling, neemt niet een machtspositie in de zin van artikel 86 van het Verdrag in alleen omdat hij bedoeld recht uitoefent. Anders is het wanneer hij, gezien de omstandigheden van het geval, een daadwerkelijke mededinging op een belangrijk deel van de betrokken markt kan belemmeren.

b) Misbruik van een machtspositie blijkt niet noodzakelijkerwijze uit het verschil tussen de vastgestelde prijs en de prijs van het uit een andere Lid-Staat wederom ingevoerde produkt, doch kan wel — uit hoofde van de grootte van dit verschil en bij afwezigheid van objectieve rechtvaardiging — een beslissende aanwijzing voor zodanig misbruik opleveren.

(...)

Conclusie van de Advocaat-Generaal K. Roemer.

De feiten in deze zaak, waarin door het Hanseatische Oberlandesgericht om een prejudiciële beslissing wordt verzocht, kunnen worden samengevat als volgt. De Deutsche Grammophon GmbH te Hamburg, geïntimeerde in het bodemgeschil — waarin is verzocht om een uitspraak in kort geding —, is een dochtermaatschappij van Philips' Gloeilampenfabrieken te Eindhoven en van Siemens AG te Berlijn/ München. Zij produceert grammofoonplaten (waartoe zij enige uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan zich heeft gebonden) en verhandelt haar produkten onder een aantal merken. In de Bondsrepubliek Duitsland wordt rechtstreeks geleverd aan de detailhandel en aan twee grossiers in boeken die uitsluitend de algemene boekhandel bedienen. Aan het publiek moeten in den regel vaste prijzen worden berekend; dit geldt in ieder geval voor alle repertoirenummers die onder „Polydor“-label worden verhandeld. De handelaars moeten een daartoe strekkende schriftelijke verbintenis aangaan. Daarin wordt voorts bepaald, dat de vaste prijzen ook gelden voor van derden verworven D.G.G.-platen die slechts met toestemming van de D.G.G. uit het buitenland mogen worden ingevoerd (welke toestemming alleen wordt verleend, wanneer de handelaars zich verplichten zich ook in zoverre aan de vastgestelde prijzen te houden). D.G.G. is harerzijds gehouden alleen te leveren aan handelaren die zich als voormeld schriftelijk verbinden. Bovendien moet zij ervoor zorgen, dat het vaste-prijzen-stelsel waterdicht is en bij overtredingen optreden. — In het buitenland vindt de verkoop plaats via dochtermaatschappijen van D.G.G. of Philips. Dit geldt met name voor Frankrijk, waar de S.A. Polydor Paris (waarvan het kapitaal zich voor 99,55% in handen van de Deutsche Grammophon bevindt) via haar filialen te Parijs en Straatsburg de afzet verzorgt. D.G.G. heeft met Polydor Paris een licentieovereenkomst gesloten, volgens welke de licentiehouder onder meer

het uitsluitend recht heeft om binnen het contractgebied (derhalve in Frankrijk) opnamen van D.G.G. langs de gebruikelijke kanalen (dat wil zeggen via de detailhandel) te verhandelen en de desbetreffende merken te gebruiken. Daartoe levert D.G.G. tegen betaling van royalties matrijzen, waarmede de platen worden geperst. In bijzondere gevallen worden ook in de Bondsrepubliek vervaardigde grammofoonplaten aan Polydor Paris geleverd. De firma METRO-SB-Grossmarkte GmbH te Hamburg, appellante in het bodemgeschil, heeft in het tijdvak april-oktober 1969 van D.G.G. Polydor-grammofoonplaten betrokken, doch zich niet aan de vastgestelde prijzen gehouden. Toen Metro niet bereid bleek alsnog een schriftelijke verbintenis als voormeld aan te gaan, leidde dit eind oktober 1969 tot het afbreken van de handelsrelaties. In januari en februari 1970 gelukte het Metro nochtans door D.G.G. in Duitsland vervaardigde grammofoonplaten van het merk Polydor via een Hamburgse grossier te betrekken. Deze platen waren klaarblijkelijk door D.G.G. aan haar te Parijs gevestigde dochtermaatschappij geleverd en vervolgens via het Straatsburgs filiaal en een Zwitserse firma in het bezit gekomen van de Hamburgse groothandelaar. Ook deze platen heeft Metro beneden de door D.G.G. voor de Bondsrepubliek vastgestelde prijs aan het publiek geleverd. Toen D.G.G. hiervan vernam, lokte zij bij het Landgericht Hamburg op 20 maart 1970 een uitspraak in kort geding uit, waarbij aan Metro werd verboden D.G.G.-platen met bepaalde fabricagenummers onder „Polydor“-label te verkopen of anderszins te verbreiden. De grondslag van haar vordering — en van de uitspraak — was het op 1 januari 1966 in werking getreden Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte van 9 september 1965, waarin overeenkomstig het „Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen“ van 26 oktober 1961 ten behoeve van de fabrikanten van dragers als voormeld een nieuw, aan het auteursrecht verwant recht in het leven werd geroepen (terloops zij opgemerkt, dat zulk een recht binnen het gebied van de E.E.G. verder alleen bestaat in Italië — ingevolge artikel 72 van de wet van 22 april 1941 —, terwijl in de andere Lid-Staten een overeenkomstige bescherming wordt verzekerd door middel van de wetten inzake de economische mededinging dan wel in dier voege dat de fabrikant van dragers het originaire recht van de auteur of van de uitvoerende kunstenaar verwerft). Uit de Duitse wet heeft het Landgericht Hamburg de §§ 85 en 97 aangehaald, welke luiden als volgt: § 85: „Der Hersteller eines Tonträgers hat das ausschliessliche Recht, den Tonträger zu vervielfaltigen und zu verbreiten.“ § 97: „Wer das Urheberrecht oder ein anderes nach diesem Gesetz geschütztes Recht widerrechtlich verletzt, kann vom Verletzten auf Beseitigung der Beeinträchtigung, bei Wiederholungsgefahr auf Unterlassung, und wenn dem Verletzter Vorsatz oder Fahrlässigkeit zur Last fällt, auch auf Schadenersatz in Anspruch genommen werden.“ Bovendien heeft het Landgericht kennelijk aangenomen, dat het uitsluitend recht van D.G.G. haar platen in

Duitsland te verbreiden, niet door levering aan Polydor Paris is tenietgegaan. Met andere woorden, het heeft dat recht niet „uitgeput“ geacht in voege als voorzien in § 17 van het Urheberrechtsgesetz — dat ten deze van overeenkomstige toepassing is —: „Sind das Original oder Vervielfältigungsstücke des Werkes mit Zustimmung des zur Verbreitung im Geltungsbereich dieses Gesetzes Berechtigten im Wege der Verausserung im Verkehr gebracht worden, so ist ihre Weiterverbreitung zulässig.“ Volgens de Duitse rechter was dit voorschrift slechts van toepassing geweest als verbreiding in de Bondsrepubliek Duitsland had plaatsgehad. Nu dit niet het geval is, kon het verhandelen van wederom ingevoerde grammofoonplaten in Duitsland als ongeoorloofd worden beschouwd. Met haar verzet tegen de uitspraak in kort geding had Metro geen succes: in een vonnis van 22 mei 1970 werden alle tegen de beschikking van het Landgericht aangevoerde argumenten verworpen. Metro ging toen in hoger beroep bij het Hanseatische Oberlandesgericht. Zij beriep zich vooral op het feit, dat D.G.G. geen recht tot verbreiding van de litigieuze grammofoonplaten meer zou hebben, omdat het door levering aan de Franse dochtermaatschappij zou zijn uitgeput. Bovendien moest het er voor worden gehouden, dat de contractuele relaties tussen D.G.G. en de Franse licentiehoudster tot opsplitsing van de markt en bemoeilijking van de handel tussen de staten leiden, hetgeen volgens Metro in verband met de in de Bondsrepubliek toegepaste vaste prijzen de conclusie wettigt, dat de artikelen 85 en 86 van het E.E.G.-Verdrag zijn geschonden. Naar aanleiding van dit betoog heeft het Oberlandesgericht bij beschikking van 8 oktober 1970 de behandeling geschorst en het Hof ingevolge artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag verzocht om een prejudiciële beslissing inzake de volgende vragen: 1. Is een uitlegging van de §§ 97 en 85 van het Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte van 9 september 1965 (BGP1. I, blz. 1273) in die zin dat een Duitse fabrikant van dragers voor het weergeven van geluid (Tonträger) krachtens haar recht tot verbreiding (Verbreitungsrecht) het verhandelen in de Bondsrepubliek Duitsland van dragers als voormeld, welke zij zelf aan haar juridisch zelfstandige, doch economisch volledig afhankelijke dochtermaatschappij in Frankrijk heeft geleverd, kan verbieden, in strijd met artikel 5, tweede alinea, of artikel 85, lid 1, van het E.E.G.-Verdrag?

2. Kan de uitoefening van het recht tot verbreiding door de fabrikant van voormelde dragers als misbruik van recht worden beschouwd, wanneer de voorgeschreven prijs dier dragers hoger is dan de prijs van het uit een andere Lid-Staat wederom ingevoerde oorspronkelijke produkt en tegelijkertijd de betrokken uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan de fabrikant der dragers zijn gebonden (artikel 86 E.E.G.-Verdrag)? Naar aanleiding van deze vragen zijn schriftelijke en mondelinge opmerkingen gemaakt door partijen in het bodemgeschil, door de regering van de Bondsrepubliek Duitsland en door de Commissie van de Europese Gemeenschappen. Wij willen dan thans ten deze ons standpunt bepalen.

Beoordeling rechtens

I. De ontvankelijkheid

In de lijn van hetgeen door sommige bij het geding betrokken partijen is opgemerkt, moet ik bij mijn onderzoek allereerst ingaan op de ontvankelijkheidsvraag. Ik kan dienaangaande betrekkelijk kort zijn.

1. Dit geldt met name voor de omstandigheid dat het verzoek werd gedaan in kort geding, in een procedure welke op het verkrijgen van een voorziening bij voorraad is gericht. Naar ik reeds vroeger heb uiteengezet, staat zulks aan een prejudicieel verzoek niet in de weg. Implicite sprak het Hof van Justitie zich in de zaak 28/69 reeds in die zin uit. Daarmede kan thans worden volstaan. — Of de nationale rechter, wanneer de voorwaarden van artikel 177, derde alinea, zijn vervuld, in kort geding ook verplicht is het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken, is een vraag welke thans niet behoeft te worden beantwoord.

2. De tweede opmerking in het kader van het onderzoek naar de ontvankelijkheid betreft de formulering van de eerste vraag. Het bezwaar is gemaakt, dat het Hof zich blijkens de bewoordingen van deze vraag over de verenigbaarheid van nationale regelen met het gemeenschapsrecht c.q. over de uitlegging van nationale regelen zou hebben uit te spreken. Op zich zelf is dit bezwaar niet ongegrond, want het Hof is in het kader ener volgens artikel 177 van het E.E.G.-Verdrag ingeleide procedure tot zulk een uitspraak stellig niet bevoegd. Volgens dit artikel is alleen uitlegging van het gemeenschapsrecht en onderzoek naar de geldigheid van handelingen der communautaire organen mogelijk (derhalve niet de toepassing van het gemeenschapsrecht op een bepaalde casuspositie en evenmin het onderzoek naar de geldigheid van nationale overheidsmaatregelen en de uitlegging dier maatregelen). Evenwel bestaat er geen aanleiding het verzoek zonder meer niet-ontvankelijk te verklaren. Het Hof kan, zoals in andere zaken reeds gebeurde, de vraag herleiden tot haar eigenlijke — volgens artikel 177 geoorloofde — strekking. Wij zullen derhalve de nadruk leggen op 's-Hofs uitleggingsbevoegdheid en de uitlegging van het gemeenschapsrecht, met name van de artikelen 5 en 85, centraal stellen. Dienaangaande zij alleen nog opgemerkt, dat wij daarbij de door de verwijzende rechter geschetste casuspositie voor ogen moeten houden, te weten het feit dat een Duitse fabrikant van dragers voor het weergeven van het geluid op grond van zijn recht tot verbreiding het verhandelen — in Duitsland — van grammofoonplaten die door hem aan zijn juridisch zelfstandige, doch economisch volledig afhankelijke dochtermaatschappij in Frankrijk zijn geleverd en door die dochtermaatschappij (waarvan de handelingen aan de moedermaatschappij moeten worden toegerekend) in Frankrijk in het verkeer zijn gebracht, verboden wenst te zien. Daarbij kunnen wij het in dit verband laten. Immers deze algemene karakteristiek van het prejudiciële verzoek maakt het mogelijk op de gestelde vraag in te gaan. — Verdere ontvankelijkheidsproblemen, waarop door de Bondsregering voor wat artikel 85 van het E.E.G.-Verdrag betreft en door de Deutsche

Grammophon-Gesellschaft in verband met artikel 86 werd gewezen, zou ik later willen bespreken.

II. De beantwoording der gestelde vragen

1. Uit het tot nu toe betoogde bleek reeds, dat het in dit geding vooral gaat om het probleem van de „uitputting" van een nationaal, aan het auteursrecht verwant recht, zoals dat in § 17 van het Duitse Urheberrechtsgesetz is gecreëerd. De verwijzende rechter betoogde, dat de bewoordingen van genoemd voorschrift geen uitsluitel geven over de vraag, of ook het in het verkeer brengen van het produkt in het buitenland met toestemming van de rechthebbende „uitputting" van diens recht op verbreiding in het binnenland impliceert. Het Oberlandesgericht schijnt geneigd te zijn deze vraag in verband met het territorialiteitsbeginsel, zoals dat ten deze door velen wordt opgevat, ontkennend te beantwoorden. Anderzijds heeft het Oberlandesgericht echter wegens de onduidelijkheid en dubbelzinnigheid der wet en in verband met het feit dat zij na de inwerkingtreding van het E.G.G.-Verdrag tot stand kwam, gemeend de vraag naar de ten deze geldende verdragsbeginselen te moeten stellen. Dit kan mijns inziens slechts in die zin worden verstaan, dat deze rechterlijke instantie eventueel ten koste van het territorialiteitsbeginsel zou willen trachten te komen tot een zich het gemeenschapsrecht verdragende uitlegging der nationale wet. Wanneer men zich dit realiseert, staat tevens vast, dat — anders dan sommige bij het proces betrokken partijen menen — niet behoeft te worden ingegaan op de vraag, of de door de verwijzende rechter geciteerde verdragsvoorschriften rechtstreeks toepasselijk gemeenschapsrecht inhouden, dat wil zeggen normen die door particulieren tegenover de nationale wet kunnen worden ingeroepen. Veeleer kan ermede worden volstaan, de verdragsbeginselen voor de onderhavige materie te releveren, juist omdat — niet in de laatste plaats met het oog op het in artikel 5, tweede alinea, vervatte gebod — mag worden aangenomen, dat de nationale wetgever ze niet heeft willen negeren, zodat de door hem vastgelegde regels dienovereenkomstig moeten worden uitgelegd. Allereerst zij dan geconstateerd, dat het vrije, onbelemmerde goederenverkeer als grondbeginsel van de gemeenschappelijke markt moet worden aangemerkt. Voorts dient — evenals in de onlangs berechte zaak Sirena *) — te worden herinnerd aan de idee van de eenheid van de gemeenschappelijke markt en aan de mededingingsordening dier markt, welke erop gericht is vervalsingen van de mededinging zoveel mogelijk te voorkomen en met name de instandhouding der mededinging in het handelsverkeer tussen de Staten beoogt. In dit verband dient te worden gelet op de artikelen 3 a) en f), 30 e.v. en 85 e.v. Het gaat er, heel algemeen gezegd, om te voorkomen dat door het optreden van de overheid of van particulieren het goederenverkeer wordt belemmerd en de markt wordt afgegrensd. Nationale industriële eigendomsrechten, dat wil zeggen ook het auteursrecht en daaraan verwante rechten, kunnen door hun opzet of uitlegging dit doel doorkruisen, omdat zij — zoals het standpunt van de Deutsche Grammophon aantoont — eventueel een afgrenzing van de markt in alle fasen van de

handelsketen, dat wil zeggen absolute controle en blokkade van de handel tussen de Staten, mogelijk maken. Nu wordt ter rechtvaardiging hiervan steeds weer op de artikelen 36 en 222 van het E.E.G.-Verdrag gewezen, dat wil zeggen in de eerste plaats op de bepaling dat het handelsverkeer tussen de Staten zich met het oog op de bescherming van de industriële en commerciële eigendom beperkingen moet laten welgevalen (artikel 36) en in de tweede plaats het voorschrift, volgens hetwelk het E.E.G.-Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet laat (artikel 222). Als uitgangspunt van onze discussie heeft het stellig enige zin op deze beide artikelen te wijzen. Volgens de jurisprudentie staat echter vast, dat hier sterk relativerend tewerk dient te worden gegaan, zulks niet in de laatste plaats in verband met het voorbehoud van artikel 36, volgens hetwelk de aldaar genoemde verboden of beperkingen „geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten" mogen vormen. Baanbrekend was bier het arrest in de zaak Grundig-Consten met zijn overwegingen betreffende het merkenrecht; de ontwikkeling ging verder met het geval Parke-Davis — met overwegingen betreffende het octrooirecht — en werd onlangs weer bevestigd in de reeds genoemde zaak Sirena, waarin het weer om het merkenrecht ging. Op grond van deze uitspraken geldt in beginsel, dat de industriële eigendomsrechten weliswaar door het Verdrag niet in hun bestaan, in hun wezen, worden geraakt (in zoverre beslist de nationale wetgever, doch dat de uitoefening dier rechten wel degelijk onder het gemeenschapsrecht valt. De belangrijkste moeilijkheid is derhalve ook in casu gelegen in de afgrenzing tussen het bestaan en de uitoefening van het recht. De Commissie heeft terecht betoogd, dat het bestaan van het hierbedoelde recht stellig de bevoegdheid tot vervaardiging en eerste verbreiding van de beschermde waar impliceert, omdat daardoor aan de rechthebbende het hem toekomende profijt wordt verzekerd. Daarentegen schijnt het de vraag, of ook het territorialiteitsbeginsel, waarnaar in verband met de industriële eigendomsrechten steeds weer wordt verwezen, deel van het „wezen" dier rechten uitmaakt, daarvoor „wezenlijk" is. Het is mijns inziens in zoverre van belang dat wij hier te maken hebben met een begrip van onzekere inhoud, dat min of meer vaag blijft en waarover men het kennelijk niet eens is. Soms wordt gesteld, dat het territorialiteitsbeginsel (overeenkomstig het Unieverdrag van Parijs) wil zeggen, dat de in een bepaalde Staat verleende bescherming onafhankelijk is van in andere Staten toegekende beschermende rechten. Ook komen wij de formulering tegen, dat een beschermend recht slechts werkt op het territoir van de Staat waar het wordt verleend, zulks echter onverminderd de bevoegdheid van de nationale wetgever de rechtsgevolgen afhankelijk te stellen van feiten welke buitenslands plaatsvinden. In ieder geval moet het te denken geven, dat ondanks het territorialiteitsbeginsel de rechthebbende op een merk, die in het binnenland en het buitenland gelijke merk-aanduidingen bezigt, de invoer van een waar niet op grond van zijn binnenlandse merk-aanduiding kan ver-

bieden, wanneer hij de waar buitenslands van de aanduiding heeft voorzien en aldaar in het verkeer heeft gebracht. Wat het auteursrecht betreft, kan in dit verband op een vrij recent arrest van het Oostenrijks hooggerechtshof worden gewezen, volgens hetwelk het recht van de fabrikant van een „drager" verbruikt (en derhalve een invoerverbod niet mogelijk) is, wanneer de rechthebbende de waar in het verkeer heeft gebracht c.q. wanneer die waar door een daartoe gerechtigd exporteur in het buitenland of via een licentiehouders in het buitenland in het verkeer gebracht is. Wat betreft het bekende (en ook sterk gecritiseerde) „Vorán"-arrest van het Bundesgerichtshof van 29 februari 1968, de enige recente uitspraak in afwijkende zin van een der hoogste nationale rechtscollèges, volgens hetwelk bij het aan het octrooirecht verwante kwekersrecht het feit dat de rechthebbende de waar buitenslands in het verkeer heeft gebracht, voor „uitputting" van het recht niet relevant is te achten, dient wel te worden bedacht dat in het desbetreffende Saatgutgesetz de uitvoer van beschermde rassen met zoveel woorden van een speciale toestemming van de houder van het kwekersrecht afhankelijk is gesteld, zodat uitputting van het recht niet reeds kan intreden wanneer de waar in het verkeer wordt gebracht.

Gezien deze stand van zaken is er veel te zeggen voor het standpunt, dat het vaag omliggende territorialiteitsbeginsel geen deel uitmaakt van de bescherming die in het bestaan van het recht is besloten. Dit geldt in ieder geval voor de speciale problematiek van het bodemgeschil, dat wil zeggen voor een casuspositie waarin — zoals het Oberlandesgericht aannam — een met de rechthebbende verbonden rechtspersoon de litigieuze waren buitenslands in het verkeer heeft gebracht. Hier dient de overweging de doorslag te geven, dat het doel van het individuele eigendomsrecht is verwezenlijkt, wanneer de waar voor het eerst in het verkeer wordt gebracht, omdat dan de aan de monopoliepositie verbonden winstmogelijkheid kan worden benut. Men zou echter stellig de met de verlening van het recht beoogde bescherming te buiten gaan door de rechthebbende de controle op de verdere verhandeling en met name een verbod van wederinvoer toe te kennen, waardoor het vrije verkeer van goederen zou worden verhinderd. — Men kan derhalve, gezien het voorbehoud van artikel 36, de essentiële doelstellingen van het Verdrag en de beginselen van de gemeenschappelijke markt, en ondanks het feit dat het bestaan van industriële eigendomsrechten is gewaarborgd, in een casuspositie als die van het prejudiciële geding aannemen, dat het recht is uitgeput — en daarmee de uitoefening van het recht op verbreiding uitgesloten —. Evenwel dient nog te worden ingegaan op een laatste bezwaar, dat met name door de Bondsregering naar voren is gebracht. Het berust vooral op artikel 99, lid 3, van het eerste voorontwerp van een Verdrag betreffende het Europees octrooi voor de gemeenschappelijke markt, waarin onder meer wordt bepaald: „Na het verstrijken van de in dit artikel genoemde overgangperiode" (tenminste vijf jaar vanaf de inwerkingtreding van het Verdrag) „kunnen niettegenstaande de nationale wettelijke bepalingen

van de verdragsluitende Staten, de rechten die verbonden zijn aan octrooien welke voor dezelfde uitvinding in twee of meer verdragsluitende Staten zijn verleend en aan dezelfde natuurlijke of rechtspersonen of aan economisch met elkaar verbonden natuurlijke of rechtspersonen toebehoren, niet worden uitgeoefend tegen handelingen die een door deze octrooien beschermd voortbrengsel betreffen en op het grondgebied van een der genoemde verdragsluitende Staten zijn verricht, nadat de rechthebbende op het octrooi of diens licentienemer dit voortbrengsel rechtmatig in een van deze Staten in het verkeer heeft gebracht". Tijdens een overgangperiode zouden de grenzen der nationale eigendomsrechten derhalve intact blijven om eerst nadien te verdwijnen, des dat het recht als uitgeput is te beschouwen wanneer de rechthebbende op het octrooi het beschermde voortbrengsel in een Lid-Staat in het verkeer brengt. Deze overgangsbepaling zou — volgens de Bondsregering — geen zin hebben, wanneer de hiervoor besproken voorschriften van het Verdrag op zichzelf reeds tot uitputting van het recht zouden leiden. Aan dit betoog kan een zekere overtuigingskracht niet worden ontzegd. Toch zou ik er geen beslissende betekenis aan willen toekennen. Daarbij denk ik niet aan de omstandigheid, dat het in genoemd voorontwerp ging om vragen van octrooirecht, terwijl in casu het auteursrecht en daarmee verwante rechten aan de orde zijn; dit onderscheid is namelijk irrelevant, omdat het auteursrecht stellig dichter bij het octrooirecht staat dan bijvoorbeeld bij het merkrecht. Wij dienen echter niet te vergeten, dat de aangehaalde tekst slechts een door deskundigen opgesteld voorontwerp is, zodat het niet als het laatste woord van de regeringen en derhalve evenmin als een authentieke uitlegging van het E.E.G.-Verdrag is te beschouwen. Bovendien is van belang, dat in dit voorontwerp de aandacht wordt gevestigd op de wenselijkheid er in de preambule van het Verdrag op te wijzen „dat de verdragsluitende Staten niet beoogen in dit Verdrag af te wijken van de bepalingen der Verdragen tot oprichting van de Europese Gemeenschappen". Genoemd voorontwerp terzijde latend, komen wij derhalve met betrekking tot het tot nu toe behandelde aspect van de eerste vraag tot de slotsom, dat het in de lijn van een rationele uitlegging van het E.E.G.-Verdrag ligt nationale rechten op het gebied van de industriële eigendom als „uitgeput" te beschouwen wanneer de in het prejudicieel verzoek sub factis genoemde voorwaarden zijn vervuld.

2. De betekenis van artikel 85 van het E.E.G.-Verdrag staat in het kader van de eerste vraag ook in ander opzicht ter discussie. Het op die vraag te geven antwoord zou vooral van belang kunnen zijn, wanneer wij ons niet aan het tot dusver verkregen resultaat zouden moeten houden, met andere woorden wanneer er niet mee zou kunnen worden volstaan het gedrag van de houder van het recht op zichzelf te bezien en ook op door hem gemaakte afspraken zou moeten worden ingegaan. Ook in zoverre kan — kortheidshalve — al dadelijk worden verwezen naar eerdere arresten. Op grond daarvan staat — wat het merkenrecht betreft — vast, dat handelsmerken niet mogen worden gebruikt ter bereiking van

het bij een onwettige overeenkomst gestelde doel, en dat misbruik waardoor de werking van het gemeenschapsrecht op het gebied van kartels zou worden belemmerd, verboden. Dezelfde gedachte komt tot uitdrukking in het reeds genoemde arrest-Sirena, waarin eveneens wordt overwogen dat de uitoefening van industriële eigendomsrechten onder de verboden van de artikelen 85 en 86 kan vallen en dat het mededingingsrecht van toepassing is wanneer de uitoefening van industriële eigendomsrechten voorwerp, middel of gevolg van een ondernemersafpraak is. Wij kunnen in casu in de lijn van deze uitspraken blijven. Omdat de toepasselijkheid van artikel 85 met name afhangt van de vraag of van een overeenkomst tussen ondernemingen, een besluit van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen sprake is, heeft de verwijzende rechter in de eerste plaats na te gaan, hoe het hiermede in casu staat. In zoverre is vooral de door D.G.G. en Polydor Paris gemaakte afspraak, dat wil zeggen de in het begin dezer conclusie reeds vermelde licentieovereenkomst, van betekenis. De Commissie heeft er terecht op gewezen, dat ten deze op verschillende aspecten moet worden gelet. — In de eerste plaats zij eraan herinnerd, dat hier kennelijk sprake is van een afspraak tussen een moedermaatschappij en een dochtermaatschappij, dat wil zeggen van een overeenkomst tussen twee marktpartijen die elkander waarschijnlijk niet beconcurreren, omdat de dochtermaatschappij niet onafhankelijk optreedt, doch aan de aanwijzingen van de moedermaatschappij en aan haar controle onderworpen is. Wanneer dit het geval is en slechts van een taakverdeling binnen één enkel concern kan worden gesproken, is van ongunstige beïnvloeding van de mededinging geen sprake en kan artikel 85 niet worden toegepast (dit is door de Commissie in twee negatieve verklaringen van 18 juni 1969 en 30 juni 1970 — welke op soortgelijke casusposities betrekking hadden — reeds terecht vastgesteld). — Anderzijds dient bij licentieovereenkomsten betreffende industriële eigendomsrechten, wat de territoriale afbakening van de bevoegdheden van de licentienemer en een daaraan beantwoordend verbod van levering buiten het licentiegebied betreft, te worden bedacht dat overdraagbaarheid en splitsbaarheid, dat wil zeggen de exploitatie door anderen, vooral omdat het — met name bij auteursrechten — de rechthebbende praktisch niet mogelijk is zelf de exploitatie ter hand te nemen, tot het wezen, tot het bestaan van het recht behoort. Territoriale beperkingen passen dus in het kader van het industriële eigendomsrecht en welbeschouwd gaat degene die de licentie verleent bij het stellen van zulke beperkingen niet verder dan zijn recht materieel medebrengt. Ook daarom is artikel 85 op feiten als in het prejudiciële geding aan de orde zijn, niet zonder meer van toepassing, met andere woorden de licentieafpraak kan uit het oogpunt van mededingingsrecht irrelevant zijn. Hoogstens zou artikel 85 kunnen worden toegepast, wanneer de licentienemer verplicht ware aan zijn afnemers ten aanzien van de verdere verhandeling van het produkt bindende voorwaarden op te leggen, dat wil zeggen wanneer de overeenkomst bepalingen zou be-

vatten die de mededinging beperken en die in de overeenkomsten tussen de dochtermaatschappij en haar afnemers zouden moeten worden opgenomen. In antwoord op de eerste vraag van het prejudiciële verzoek dient aan de verwijzende rechter derhalve bovendien te worden geantwoord, dat wanneer bij toetsing van de feiten aan voormelde criteria mocht blijken van een onder artikel 85 van het E.E.G.-Verdrag vallende overeenkomst, ook een beroep op industriële eigendomsrechten niet kan baten en dat uitoefening dier rechten als misbruik is te beschouwen, wanneer zij dient ter verwezenlijking van hetgeen de houdster van het recht met haar — met het mededingingsrecht strijdige — afspraken beoogt. Volledigheidshalve kan er voorts op worden gewezen, dat de verwijzende rechter zich uiteraard niet tot bedoelde afspraak behoeft te beperken, doch eventueel ook de door D.G.G. met Duitse handelaren gesloten overeenkomsten (de zg. „Handlerreverse“) mede in het onderzoek heeft te betrekken. In de verwijzingsbeschikking worden dienaangaande weliswaar geen vragen gesteld. Doch gezien hetgeen feitelijk is gebleken, mag hierop mede worden ingegaan. De grenzen van de prejudiciële procedure worden daarmee niet miskend; men belicht aldus alleen aspecten die tot een rationele en globale oplossing kunnen bijdragen. — Het moet inderdaad niet toetsing van genoemde „Handlerreverse“ tot het resultaat komt, dat zij uit een oogpunt van mededingingsrecht relevant zijn. Dit lijkt mogelijk, omdat de daardoor gebonden handelaren slechts met toestemming van D.G.G. uit het buitenland mogen importeren en deze toestemming alleen wordt verleend, wanneer men de prijsbinding in acht neemt. Dit kan in feite gelijkstaan met een invoerverbod, omdat elke neiging tot invoer de kop wordt ingedrukt. Bovendien dient te worden bedacht, dat D.G.G. gehouden is tegen inbreuken op de prijsbinding op te komen, met andere woorden verplicht is met behulp van de bevoegdheden welke zij aan paragraaf 85 van het Urheberrechtsgesetz ontleent, het verhandelen van geïmporteerde grammofoonplaten tegen te gaan. Dat in dit alles een merkbare beïnvloeding van de mededinging en een ongunstige beïnvloeding van de handel tussen de Staten zou mogen worden gezien, is niet a priori onaannemelijk. Mocht zulks het geval zijn (dit staat echter uiteindelijk ter beoordeling van de verwijzende rechter), dan kan het D.G.G. ook niet vrijstaan de mededinging met behulp van haar industriële eigendomsrechten te beïnvloeden. — Met deze opmerkingen kunnen wij het onderzoek naar de eerste vraag afsluiten.

3. De tweede vraag heeft betrekking op artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag. Zoals bekend, wenst de verwijzende rechter te weten of de uitoefening van het recht op verbreiding van een fabrikant van „dragers“ als misbruik van recht kan worden beschouwd, wanneer de voorgeschreven prijs dier dragers hoger is dan de prijs van het uit een andere Lid-Staat wederom ingevoerde oorspronkelijke produkt en tegelijkertijd de betrokken uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan de fabrikant der dragers zijn gebonden. Alvorens tot beantwoording over te gaan zou ik een opmerking

willen maken naar aanleiding van een door D.G.G. opgeworpen bedenking. Zij meent dat de ontvankelijkheid van de vraag in twijfel moet worden getrokken, omdat het Oberlandesgericht het bestaan van een machtspositie van D.G.G. niet feitelijk heeft geadstrueerd. Bovendien zou men volgens D.G.G. in het kader van een prejudicieel geding het Hof van Justitie niet mogen verzoeken criteria op te stellen in voege als door de Commissie is voorgesteld. — Het is zonder meer duidelijk dat deze bezwaren niet opgaan. Wanneer namelijk in een prejudiciële beschikking slechts naar bepaalde aspecten van artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag wordt gevraagd, lijkt het onnodig te bewijzen dat artikel 86 voor de beoordeling van de aan de nationale rechter voorgelegde feiten een rol speelt. Deze vraag betreft de relevantie — die tot nu toe volgens Uw jurisprudentie niet behoefde te worden gemotiveerd —. Ook kan in casu stellig niet worden gezegd, dat de nationale rechter artikel 86 kennelijk ten onrechte heeft aangehaald. Dit naar aanleiding van de eerste bedenking; en wat betreft de tweede bedenking van D.G.G.: ik zie niet in waarom er, ook als heeft de verwijzende rechter daarom niet uitdrukkelijk verzocht, geen overwegingen zouden mogen worden gewijd aan de vraag of sprake is van een machtspositie en waarom daarvoor niet enige „criteria” zouden mogen worden opgesteld. Zodanige aanvullende uitlegging kan in het belang van een doelmatige behandeling van het verzoek evenals in alle andere gevallen toelaatbaar worden geacht, mits het Hof van Justitie zich tot echte interpretatie beperkt en zich van rechtstoepassing onthoudt. Met andere woorden: hetgeen met name de Commissie buiten de uitdrukkelijk geformuleerde vragen om inzake de uitlegging van artikel 86 heeft betoogd, behoeft niet a priori buiten beschouwing te worden gelaten. Zetten wij ons thans terstond tot beantwoording van de gestelde vraag. Op grond van de jurisprudentie betreffende artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag zij er ten aanzien van een casuspositie als de onderhavige allereerst aan herinnerd, dat van een machtspositie niet reeds kan worden gesproken wanneer een onderneming industriële eigendomsrechten en dergelijke ten dienste staan. Wanneer echter een economisch marktonderzoek tot vaststelling van een machtspositie leidt en van die machtspositie met behulp van industriële eigendomsrechten misbruik wordt gemaakt in de zin van artikel 86, alinea 2, kan eventueel ook van misbruik dezer rechten worden gesproken. In die zin sprak het Hof zich in het reeds vermelde Sirena-arrest uit. Bovendien kan hier worden gewezen op het Parke-Davis-arrest, volgens hetwelk de exploitatie van het octrooi in misbruik van bedoelde bescherming kan ontaarden en de uitoefening van het octrooi tot de vorming van een machtspositie kan bijdragen. In het Sirena-arrest treffen wij ook nog andere criteria voor de aanwezigheid van een machtspositie aan. Ook in dit geding kan ermede worden gewerkt. Zij houden in, dat acht moet worden geslagen op de positie van producenten en handelaren die soortgelijke produkten afzetten en dat moet worden nagegaan of de onderneming die beweerdelijk een machtspositie inneemt, in staat is een effectieve mede-

dinging op een aanzienlijk deel van de desbetreffende markt te verhinderen. Het gaat er derhalve, naar door de Commissie terecht is opgemerkt, om of een onderneming op grond van haar marktaandeel (waarbij de aandelen van andere tot het concern behorende ondernemingen moeten worden opgeteld) en op grond van haar technische kennis, grondstoffen, kapitaal en exclusieve rechten over de mogelijkheid beschikt om op een wezenlijk deel van de gemeenschappelijke markt (bijvoorbeeld op het territoire van een Lid-Staat) de prijzen te bepalen of productie en distributie te controleren, of zij over voldoende armslag beschikt voor een onafhankelijk marktgedrag, des dat zij zich niets behoeft aan te trekken van hetgeen concurrenten, afnemers of leveranciers doen. In de onderhavige casuspositie moet, mede met het oog op de concurrenten, bedoeld economisch onderzoek vooral uitsluitel geven over de vraag, of de grammofoonplatenfabrikanten — en hun marktaandelen — zonder meer vergelijkbaar zijn dan wel of — naar gelang van de aard van de muziek en de uitvoerende kunstenaars — van deelmarkten kan worden gesproken. Dit laatste is kennelijk niet uitgesloten, en met name is het niet a priori onjuist te veronderstellen, dat een machtspositie op deelmarkten het gevolg kan zijn van de exclusieve binding van bepaalde kunstenaars. Dit moet ons uitgangspunt zijn, ook al hebben ingevolge § 78 van het Urheberrechtsgesetz zulke exclusiviteitsbedingen geen zakelijke, doch slechts verbintenisrechtelijke werking. Men zal echter — naar door enige bij het geding betrokkenen terecht is betoogd — slechts in uitzonderingsgevallen op grond van zulke exclusiviteitsbedingen tot het bestaan van een machtspositie kunnen concluderen, bijvoorbeeld wanneer wij te maken hebben met bijzonder succesvolle kunstenaars en wanneer er van talrijke soortgelijke contracten sprake is. Neemt de verwijzende rechter op grond van de aangehaalde criteria aan dat van een machtspositie mag worden gesproken, dan kan misbruik van die machtspositie — mede blijkens de tot dusver gewezen arresten (in de zaak Parke-Davis en de zaak-Sirena) — weliswaar niet zonder meer uit geconstateerde prijsverschillen worden afgeleid; zij kunnen daarvoor echter wel een beslissende aanwijzing vormen, namelijk wanneer zij bijzonder groot en zakelijk niet te rechtvaardigen zijn. Op de details van hetgeen partijen in hun zeer uitvoerige uiteenzettingen op dit punt verdeeld houdt, behoeven wij thans niet in te gaan. Met het oog op de door ons te geven uitlegging zou hoogstens kunnen worden opgemerkt, dat niet slechts op de fabrieksprijzen, doch ook op de eindprijzen moet worden gelet, dat de verschillende percentages van de belasting over de toegevoegde waarde (11% in de Bondsrepubliek, en 33% in Frankrijk) in aanmerking moeten worden genomen en dat kostenverschillen een gevolg kunnen zijn van de afzetstructuur en van de hoogte der aan de GEMA te betalen rechten. Komt de verwijzende rechter op grond van een en ander tot de vaststelling, dat van exorbitante prijsverschillen sprake is, zodat van een beslissende aanwijzing voor misbruik van een machtspositie mag worden gesproken, dan zou volgens de huidige jurisprudentie ook de exploitatie

van industriële eigendomsrechten tot afgrenzing van de markt en tot instandhouding van het prijsverschil als een in de zin van artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag verboden misbruik moeten worden beschouwd. — Waarmede dan voor de beantwoording van de tweede vraag het nodige gezegd is, zonder dat het Hof geacht kan worden zich aldus met rechtstoepassing te hebben ingelaten. Al het overige staat ter beoordeling van de nationale rechter.

in. Samenvatting

Op de door het Hanseatische Oberlandesgericht gestelde vragen kan derhalve worden geantwoord als volgt:

1. De bevoegdheid van de houder van een uitsluitend recht op dragers (voor het weergeven van geluid) om de invoer of verbreiding in het binnenland te verbieden van vermenigvuldigde waren die de houder van het recht of een van hem afhankelijke onderneming in een andere Lid-Staat in het verkeer gebracht heeft, behoort niet tot het bestaan van de industriële en commerciële eigendom, bedoeld in artikel 36 van het E.E.G.-Verdrag en is niet in overeenstemming met verdragsbeginselen als die welke uit de voorschriften inzake het vrije verkeer van goederen en uit de in het Verdrag gegeven ordening der mededinging voortvloeien.

2. Wanneer de houder van een uitsluitend recht op dragers als voormeld overeenkomsten heeft gesloten die onder artikel 85 van het E.E.G.-Verdrag vallen, dan kan hij, ter bereiking van hetgeen hij zich met die overeenkomsten ten doel stelt, zich niet op zijn uitsluitend recht beroepen en met name niet de verbreiding verbieden van uit een andere Lid-Staat ingevoerde vermenigvuldigde waren, welke de houder van het recht of een van hem afhankelijke onderneming in een andere Lid-Staat in het verkeer gebracht heeft.

3. Neemt de houder van een industrieel eigendomsrecht op dragers als voormeld een machtspositie in als bedoeld in artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag (waarvoor van belang kan zijn, dat hij talrijke beroemde uitvoerende kunstenaars door exclusiviteitsbedingen aan zich heeft gebonden), dan moet het als een belangrijke aanwijzing voor misbruik van een machtspositie worden beschouwd, dat hij in de desbetreffende Lid-Staat zonder zakelijke gronden prijzen toepast, die belangrijk boven het prijsniveau der andere Lid-Staten liggen. In zodanig geval levert het ook misbruik van recht op, wanneer men om invoer van oorspronkelijke voortbrengselen uit andere Lid-Staten te verhinderen, uit het industriële eigendomsrecht voortvloeiende verbodsaanspraken doet gelden.
