

Hof van Justitie EG, 2 maart 1982, IDG v Beele**SLAAFSE NABOOTSIJNG – VRIJ VERKEER****Slaafse nabootsing**

- Verbod op produkt dat zonder noodzaak vrijwel identiek is en dat nodeloos verwarring wekt, is niet in strijd met vrij verkeer van goederen, voor zover nodig voor met de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties

dat de regels van het E.E.G.-Verdrag betreffende het vrije verkeer van goederen niet verhinderen dat een handelaar die al gedurende geruime tijd in een Lid-Staat een produkt in de handel brengt dat zich van andere soortgelijke waren onderscheidt, op grond van een nationale rechtsregel, die zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde goederen, een rechterlijk verbod kan verkrijgen jegens een andere handelaar om in die Lid-Staat verder een produkt in de handel te brengen, afkomstig uit een andere Lid-Staat waar het rechtmatig in het verkeer is gebracht, doch dat zonder noodzaak vrijwel identiek is aan het eerste produkt en daardoor nodeloos verwarring sticht tussen de twee produkten.

Vindplaatsen: BIE 1982, nr. 86, p. 267, m.nt. Verkade; NJ 1983, 212

Hof van Justitie EG, 2 maart 1982

(J. Mertens de Wilmars, G. Bosco, A. Touffait en O. Due, P. Pescatore, A. J. MacKenzie Staart, A. O'Keefe, T. Koopmans, U. Everling, A. Chloros en F. Grevisse)

B.V. Industrie Diensten Groep te 's-Gravenhage, appellante in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door Jhr Mr C. E. M. van Nispén tot Sevenaer te 's-Gravenhage, tegen

J. A. Beele Handelmaatschappij B.V. te Hoorn, geïntimeerde in het hoofdgeding, vertegenwoordigd door Mr J. Plantinga te Amsterdam..

I. De feiten en het procesverloop

1. Het geding voor het Gerechtshof te 's-Gravenhage betreft twee systemen voor kabeldoorvoeringen:

a) MCT (Multi Cable Transit), een Zweeds produkt vervaardigd door AB Lickeaborgs Bruck en sinds 1963 in Nederland in de handel gebracht; exclusief importeur is sedert 1973 geïntimeerde Beele;

b) SVT, vervaardigd door de Duitse firma System- und Verfahrenstechnik en sinds 1978 in Nederland in de handel gebracht door appellante, B.V. Industrie Diensten Groep (hierna IDG).

De MCT-kabeldoorvoeringen worden vervaardigd op basis van een procédé waarop, onder meer in de Bondsrepubliek Duitsland en Nederland, octrooi was verkregen. Deze octrooien zijn in 1975 vervallen, waarna System- und Verfahrenstechnik volgens hetzelfde procédé SVT-kabeldoorvoeringen is gaan vervaardigen. Beide systemen zijn brand-, water- en

gasdicht. Zij bestaan uit een rechthoekig raam, dat in beton kan worden ingestort, in muren kan worden ingemetseld en aan metalen wanden kan worden gelast. Het raam is voorzien van een schroefhuis, waardoorheen verscheidene kabels van verschillende dikte kunnen worden geleid, die met rubber passtukjes en -blokjes kunnen worden omklemd en vastgeklemd. Beide systemen omvatten verder diverse accessoires, zoals vuistukken, verankeringschijven, een persplaat en een veiligheidsafdichting.

2. Beide systemen worden in dezelfde afmetingen vervaardigd en zijn nagenoeg identiek in die zin, dat zowel de raamwerken als de overige onderdelen onderling uitwisselbaar zijn.

3. Beele heeft van de president van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage een bij voorraad uitvoerbaar vonnis verkregen, waarbij aan IDG de verhandeling van SVT-kabeldoorvoeringen in Nederland op straffe van een dwangsom werd verboden. De president was van oordeel dat de SVT-doorvoering op andere wijze kon worden vervaardigd zonder dat aan de kwaliteit of gebruiksmogelijkheden afbreuk werd gedaan, en nam derhalve voorshands aan dat het om een slaafse nabootsing ging. Van dit vonnis heeft IDG hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. Ondersteund door een rapport van een deskundige (wiens conclusies worden tegengesproken door een door Beele geraadpleegde deskundige), voerde IDG met name aan, dat teneinde een produkt te verkrijgen dat technisch en commercieel gelijkwaardig is aan het MCT-systeem, het nodig was dezelfde maten voor het raam en de hulpstukken te gebruiken als in het MCT-systeem worden toegepast. Voorts betoogde IDG dat de vordering van Beele in strijd was met de artikelen 30—36 E.E.G.-Verdrag, omdat de SVT-produkten in de Bondsrepubliek worden vervaardigd en daar rechtmatig in de handel worden gebracht. Het Gerechtshof te 's-Gravenhage sloot zich aan bij het voorlopig oordeel van de president van de Arrondissementsrechtbank, doch hield zijn uitspraak aan teneinde het Hof de navolgende vraag voor te leggen: (Zie onder 'in rechte', Red.)

4. De verwijzingsbeschikking is op 14 januari 1981 ingeschreven ter griffie van het Hof.

Overeenkomstig artikel 20 van 's Hof's Statuut-E.E.G. zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door

— IDG, te deze vertegenwoordigd door C. E. M. van Nispén tot Sevenaer, advocaat te 's-Gravenhage;

— de regering van het Verenigd Koninkrijk, te deze vertegenwoordigd door G. Dagtoglou, van het Treasury Solicitor's Department, als gemachtigde; en

— de Commissie van de Europese Gemeenschappen, te deze vertegenwoordigd door haar juridisch hoofdadviseur B. van der Esch, bijgestaan door Th. van Rijn, lid van de juridische dienst van de Commissie.

5. Het Hof heeft, op rapport van de rechter-rapporteur en de advocaat-generaal gehoord, besloten zonder instructie tot de mondelinge behandeling over te gaan.

Het heeft evenwel de partijen bij de prejudiciële procedure verzocht, vóór de mondelinge behandeling schriftelijk enkele vragen te beantwoorden.

II. Samenvatting van de ingediende schriftelijke opmerkingen

1. In de uiteenzetting van de feiten, vervat in haar schriftelijke opmerkingen, wijst IDG erop, dat de MCT-doorvoering tot het moment waarop de octrooien verliepen, een exclusieve positie innam op de wereldmarkt van kabeldoorvoeringen. Dankzij de octrooien hadden de fabrikanten van MCT het produkt ten aanzien van de basismaten geperfectioneerd, waardoor een optimale toepassing mogelijk werd. Zij hadden een internationale — zij het ook niet formele of officiële — normalisatie van de afmetingen weten te bereiken, zodat een fabrikant van doorvoeringen, die op de wereldmarkt met het MCT-produkt wilde concurreren, gedwongen was dezelfde afmetingen te gebruiken. Juist dit heeft de fabrikant van SVT-doorvoeringen gedaan, en wel met zoveel succes, dat MCT en SVT thans de enige systemen ter wereld zijn van geperfectioneerde doorvoeringen met veiligheidsafdichting, en dat de bestekken op basis waarvan aannemers en onderaannemers worden uitgenodigd hun offertes uit te brengen, immer de gebruikelijke maten vermelden of eenvoudig naar het MCT- of SVT-produkt verwijzen. Waar voorts in enig bouwbestek een merk wordt genoemd, is het gebruikelijk dat ook aan de eisen kan worden voldaan door gebruikmaking van een produkt van een ander merk, mits dit gelijkwaardig is. Het zou economisch dus onverantwoord en zinloos zijn om het SVT-produkt in afwijkende maten aan te bieden. Het tegen IDG uitgesproken rechterlijk verbod heeft de volgende consequenties:

1. SVT zou uitsluitend voor de Nederlandse markt een aparte produktlijn moeten opzetten voor een produkt met afwijkende maten;
2. wanneer SVT-installaties op elders gebouwde schepen in Nederland worden gerepareerd of aangevuld, zouden de Nederlandse werven gedwongen zijn daarvoor MCTprodukten te gebruiken; .
3. wanneer het erom gaat een met MCT-onderdelen opgebouwd systeem aan te vullen, zou het zelfs niet mogelijk zijn concurrerende offertes gebaseerd op SVT-onderdelen, uit te brengen;
4. wanneer internationaal opererende bedrijven het SVT-systeem standaard voorschrijven, dan zou in Nederland slechts aan die eis kunnen worden voldaan door levering van MCT-produkten.

Zo gezien, leidt het vonnis van de Nederlandse rechter binnen de E.E.G. tot een afgrenzing van de Nederlandse markt voor de betrokken doorvoeringen. Op grond hiervan komt IDG tot de volgende conclusies: Het tegen IDG uitgesproken verbod, dat een afgrenzing van de markt tot gevolg heeft, is te beschouwen als een nationale maatregel die het intracommunautaire handelsverkeer rechtstreeks en daadwerkelijk belemmert en mitsdien principieel in strijd is met artikel 30 van het Verdrag.

Het verbod kan niet worden beschouwd als een redelijke maatregel, die moet worden aanvaard wegens een dringende behoefte verband houdende met de eerlijkheid in het handelsverkeer, en die zozeer een doel van algemeen belang betreft, dat hij voorrang moet hebben

boven de regels van het vrije goederenverkeer (arrest van 20 februari 1979, zaak 120/78, "Cassis de Dijon", Jurispr. 1979, blz. 649).

Ofschoon bij gebreke van een gemeenschappelijke regeling artikel 30 niet als effect of ten doel heeft met betrekking tot een uit een Lid-Staat geïmporteerd produkt de toepassing van de in de invoerende Lid-Staat geldende regels betreffende de oneerlijke mededinging te verhinderen, geldt dit slechts voor zover de invoer zelf niet als een daad van oneerlijke mededinging is te beschouwen ([arrest van 22 januari 1981, zaak 58/80, Dansk Supermarked, Jurispr. 1981, blz. 181](#)). In casu richt het verwijt zich tegen het produkt zelf. IDG is uitsluitend importeur en bootst zelf niets na. Het is dus de invoer zelf die door de Nederlandse rechter als een daad van oneerlijke mededinging wordt beschouwd. Het verbod vindt zijn rechtvaardiging evenmin in de door artikel 36 voorziene uitzonderingen. Om bescherming van de openbare orde kan het in casu niet gaan, terwijl er ook geen sprake kan zijn van bescherming van industriële en commerciële eigendom, aangezien de octrooien immers zijn verlopen; daarbij komt dat het begrip industriële en commerciële eigendom restrictief moet worden uitgelegd in die zin, dat het niet de normen op het gebied van de oneerlijke mededinging omvat.

IDG geeft bijgevolg in overweging, de vraag van het Gerechtshof te 's-Gravenhage te beantwoorden als volgt: "In de omstandigheden als aangenomen door het Gerechtshof te 's-Gravenhage sub a t/m c verbieden de in het E.E.G.-Verdrag opgenomen regels betreffende het vrije verkeer van goederen, niettegenstaande het in artikel 36 E.E.G.-Verdrag bepaalde, dat 'laatstgenoemde handelaar' een zodanig verbod jegens de 'eerstgenoemde handelaar' verkrijgt. Dit geldt met name:

— indien de desbetreffende produkten in vrije concurrentie met elkaar worden verhandeld in één of meer Lid-Staten van de E.E.G., althans in de Lid-Staat van waaruit de desbetreffende produkten worden geïmporteerd, en

— indien de vervaardiging en het in de handel brengen in die Lid-Staten of Lid-Staat evenzeer is onderworpen aan de regels terzake van de eerlijke mededinging."

2. De regering van het Verenigd Koninkrijk geeft in overweging, de vraag van het Gerechtshof te 's-Gravenhage ontkennend te beantwoorden. Verder wijst zij erop, dat naar algemene opvatting het in strijd is met goed koopmansgebruik wanneer een handelaar goederen verpakt, aanprijst of uitstalt op een wijze die potentiële kopers nodeloos in verwarring kan brengen en kan doen geloven dat de waar die van een andere handelaar is. Waar de Nederlandse wettelijke regeling gelijkelijk van toepassing is op de binnenlandse en geïmporteerde produkten, is toepassing ervan geen maatregel van gelijke werking als kwantitatieve invoerbeperkingen en valt zij volgens de overwegingen van 's Hof's arrest in zaak 58/80 ([Dansk Supermarked](#)) dus niet onder het verbod van artikel 30.

Mocht dit anders zijn, dan is het Verenigd Koninkrijk van mening dat een dergelijke beperking, die bescher-

ming biedt tegen slaafse navolging, gerechtvaardigd kan zijn krachtens artikel 36. In zijn arrest-[Terrapin](#) (Jurispr. 1976, blz. 1039) heeft het Hof immers overwogen dat "krachtens een recht van industriële en commerciële eigendom, dat in een Lid-Staat rechtmatig is verkregen, ingevolge artikel 36, eerste zin, kan worden opgekomen tegen de invoer van produkten die onder een verwarringwekkende benaming door verschillende en van elkaar onafhankelijke gerechtigden krachtens verschillende nationale wettelijke regelingen zijn gevestigd."

3. De schriftelijke opmerkingen van de Commissie bevatten een rechtsvergelijkende studie, waaruit blijkt dat het recht van alle in die studie besproken Lid-Staten bescherming biedt tegen slaafse navolging. Richt die bescherming zich tegen produkten uit andere Lidstaten, dan is zij in beginsel strijdig met artikel 30, tenzij zij kan worden gerechtvaardigd met een beroep op artikel 36 als regel betreffende ongeoorloofde mededinging.

In zoverre zou die bescherming geoorloofd zijn, mits zij beperkt blijft tot wat werkelijk noodzakelijk is voor het specifieke voorwerp van de bescherming tegen slaafse nabootsing, namelijk het voorkomen van node-loze verwarring omtrent de herkomst van het produkt.

De Commissie stelt derhalve het volgende antwoord voor:

"De in het E.E.G.-Verdrag opgenomen regels betreffende het vrije verkeer van goederen verhinderen niet dat een handelaar een wegens slaafse nabootsing van een bestaand produkt uitgesproken rechterlijk verbod van afzet binnen een Lid-Staat van een ingevoerd produkt verkrijgt, mits bij de beoordeling of bij de vervaardiging van dit produkt evengoed een andere weg had kunnen worden ingeslagen zonder aan de deugdelijkheid en bruikbaarheid ervan afbreuk te doen, ervan wordt uitgegaan dat alle marktdeelnemers zich van alle voor een produkt gebruikelijke maten kunnen bedienen."

III. Vragen van het Hof

In antwoord op vragen van het Hof heeft Beele meegedeeld dat de omzet van het MCT-produkt in Nederland in 1979 Hfl. 1 769 000 bedroeg, in 1980 Hfl. 1 781 000 en in 1981 (tot en met juli) Hfl. 1 606 115. De omzetcijfers van MCT-doorvoeringen in de andere Lid-Staten zijn Beele onbekend. Evenmin is haar bekend of in andere Lid-Staten door belanghebbenden bij MCT-produkten procedures tegen belanghebbenden bij SVT-produkten aanhangig zijn gemaakt.

Volgens IDG bedroeg de totale omzet van de fabrikant van het SVT-produkt in 1980 ongeveer DM 2 500 000 (met inbegrip van Oostenrijk en Griekenland). Een belangrijk deel van de omzet betrof verkopen in de Bondsrepubliek Duitsland; relatief niet onbelangrijke omzetten werden behaald in Frankrijk en Denemarken. Na het verbod van de president van de Arrondissementsrechtbank hebben in de Benelux geen verkopen meer plaatsgevonden.

IV. Mondelinge behandeling

Ter terechtzitting van 6 oktober 1981 zijn mondelinge opmerkingen gemaakt door de regering van het Verenigd Koninkrijk, vertegenwoordigd door J. E. Rayner

James, barrister van Lincoln's Inn; IDG, vertegenwoordigd door C. E. M. van Nispen tot Sevenaer, advocaat te 's-Gravenhage; Beele Handeldmaatschappij, vertegenwoordigd door J. Plantenga, advocaat te Amsterdam; en de Commissie van de Europese Gemeenschappen, vertegenwoordigd door Th. van Rijn als gemachtigde.

De [advocaat-generaal heeft ter terechtzitting van 25 november 1981](#) conclusie genomen.

In rechte

1. Bij arrest van 11 december 1980, ingekomen ten Hove op 14 januari 1981, heeft het Gerechtshof te 's-Gravenhage krachtens artikel 177 E.E.G.-Verdrag een prejudiciële vraag gesteld over de uitlegging van de regels van het Verdrag betreffende het vrije verkeer van goederen.

2. Deze vraag is gerezen in het kader van een geschil tussen een Nederlandse onderneming, alleenimporteur van in Zweden vervaardigde en sedert 1963 in Nederland in de handel gebrachte kabeldoorvoeringen, en een andere Nederlandse onderneming, die sedert 1978 in de Bondsrepubliek Duitsland vervaardigde kabeldoorvoeringen in Nederland in de handel brengt. Blijkens het dossier waren de Zweedse kabeldoorvoeringen vroeger onder meer in de Bondsrepubliek Duitsland en Nederland beschermd door octrooien en is de fabricage van de Duitse doorvoeringen en de invoer ervan in Nederland eerst begonnen na afloop van de geldigheidsduur van die octrooien.

3. Eerstbedoelde onderneming had voor de president van de Arrondissementsrechtbank te 's-Gravenhage een kort geding tegen de tweede aangespannen, waarin zij stelde dat de Duitse kabeldoorvoeringen een slaafse nabootsing waren van het Zweedse produkt, en de president verzocht verweerster te verbieden de Duitse kabeldoorvoeringen in Nederland in de handel te brengen of te doen brengen.

4. Na toewijzing van deze vordering door de president van de Arrondissementsrechtbank stelde de tweede onderneming beroep in bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage. Volgens het verwijzingsarrest is deze rechterlijke instantie tot het voorlopig oordeel gekomen dat de Duitse fabrikant een van het Zweedse afwijkend systeem van kabeldoorvoeringen had kunnen ontwerpen zonder dat zijn produkt economisch of technisch aan kwaliteit zou inboeten, en dat hij, door dit niet te doen, verwarring tussen de twee produkten had gesticht. Het Gerechtshof meent dan ook, dat de president van de Arrondissementsrechtbank terecht heeft geoordeeld dat het Duitse produkt naar Nederlands recht een slaafse nabootsing van de Zweedse kabeldoorvoeringen is. Gelet op appellantes stelling dat de door haar verkochte doorvoeringen in een andere Lid-Staat rechtmatig in het verkeer waren gebracht en dat geïntimeerde met zijn vordering mitsdien in strijd kwam met de artikelen 30-36 E.E.G.-Verdrag, heeft het Gerechtshof besloten het Hof de volgende vraag te stellen:

"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 produkten 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 daartoe toestemming heeft, verhinderen dan de in het E.E.G.-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?"

5. Uit het dossier blijkt dat de regel van Nederlands recht, waarnaar in de vraag wordt verwezen, evenals overigens de bescherming tegen slaafse nabootsing in het recht van de meeste andere Lid-Statens, hoofdzakelijk door de rechtspraak is ontwikkeld. Zoals de Commissie heeft opgemerkt, zijn op communautair vlak tot nu toe geen pogingen gedaan de nationale regelingen ter zake van slaafse nabootsing te harmoniseren. Daarom dient het onderzoek of die bescherming zich verdraagt met de verdragsregels betreffende het vrije goederenverkeer, zich te beperken tot de wijze waarop, volgens de beschrijving in het verwijzingsarrest van het Gerechtshof, die bescherming in het Nederlandse arrest wordt geëffectueerd.

6. Naar uit dat arrest blijkt, is het Gerechtshof, behoudens het antwoord dat op de gestelde vraag zal worden gegeven, geneigd het verbod om de produkten — waarvan het aanneemt dat zij in een andere Lid-Staat rechtmatig in het verkeer zijn gebracht — in Nederland te verhandelen, te bekrachtigen.

7. Een dergelijk verbod vormt een belemmering voor het vrije goederenverkeer tussen de Lid-Statens, dat in beginsel wordt beheerst door artikel 30 dat alle maatregelen van gelijke werking als kwantitatieve invoerbepalingen verbiedt. Het Hof heeft evenwel herhaaldelijk overwogen (onder meer in de arresten van [20 februari 1979, zaak 120/78, "Cassis de Dijon", Jurispr. 1979, blz. 649](#), en 17 juni 1981, zaak 113/80, Commissie/ Ierland, Jurispr. 1981, nog niet gepubliceerd)), dat bij gebreke van een gemeenschappelijke regeling voor de productie en verhandeling van produkten, belemmeringen van het intracommunautaire handelsverkeer als gevolg van dispariteiten van de nationale regelingen moeten worden aanvaard, voor zover

een dergelijke regeling zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde produkten en haar rechtvaardiging vindt in de noodzaak te voldoen aan dwingende eisen onder meer verband houdend met de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties. Onderzocht moet dus worden of de bescherming tegen nabootsing, op de wijze als in het verwijzingsarrest beschreven, aan deze voorwaarden voldoet.

8. Ofschoon het in dit geval in het hoofdgeding gaat om de bescherming van een in een derde land vervaardigd produkt tegen de verhandeling van een produkt dat in een Lid-Staat is vervaardigd, hangt de toepassing van de rechtspraak volgens de uiteenzetting van de nationale rechter niet af van het land van oorsprong van respectievelijk het nagebootste produkt en de nabootsing. Bovendien bevat het verwijzingsarrest niets op grond waarvan men zou kunnen zeggen dat de wijze van toepassing van die rechtspraak wordt aangepast aan de specifieke behoeften van de nationale productie, in dier voege dat ingevoerde produkten in feite worden benadeeld. Men dient er derhalve van uit te gaan, dat de door de nationale rechter bedoelde rechtspraak zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde produkten.

9. Een nationale rechtspraak die de slaafse, verwarring stichtende nabootsing van eens anders produkt verbiedt, kan inderdaad dienen ter bescherming van de consumenten en ter bevordering van de eerlijkheid van de handelstransacties, doelstellingen van algemeen belang die, volgens bovenaangehaalde rechtspraak van het Hof, het bestaan kunnen rechtvaardigen van belemmeringen voor het intracommunautaire verkeer, welke het gevolg zijn van dispariteiten van de nationale regelingen inzake de verhandeling van produkten. Dat een dergelijke norm metterdaad aan dwingende eisen beantwoordt, vindt bovendien bevestiging in het feit dat zij overeenkomt met de grondgedachte van artikel 10bis van het Verdrag van Parijs tot bescherming van de industriële eigendom, laatstelijk herzien te Stockholm op 14 juli 1967, dat alle daden, welke ook, die verwarring zouden kunnen verwekken ten opzichte van de waren van een concurrent, verbiedt, alsook in het feit dat deze norm in de rechtspraak van het merendeel der Lid-Statens in beginsel wordt erkend.

10. Ter beantwoording van de vraag of een rechtspraak als in het verwijzingsarrest beschreven, ter verwezenlijking van bovengenoemde doelstellingen noodzakelijk is dan wel verder gaat dan uit dien hoofde gerechtvaardigd kan zijn, dient de in het arrest beschreven wijze van toepassing nader te worden onderzocht.

11. Dienaangaande blijkt al uit de tekst van de vraag, dat in de eerste plaats naar het voorlopig oordeel van de nationale rechter de produkten ten aanzien waarvan hij een verhandelingsverbod overweegt, zonder noodzaak vrijwel identiek zijn aan de nagebootste produkten en dat appellante in het hoofdgeding daardoor nodeloos verwarring sticht. Bovendien is blijkens het verwijzingsarrest de noodzaak of de nodeloosheid van die nabootsing niet slechts vanuit technisch, doch ook van-

uit economisch en commercieel gezichtspunt beoordeeld.

12. In de tweede plaats volgt uit de bewoordingen van de vraag alsook uit het dossier, dat niets wijst op het bestaan van een overeenkomst of een afhankelijkheidsverhouding tussen de Zweedse fabrikant van het oorspronkelijke produkt en de Duitse fabrikant van het als nabootsing beschouwde produkt, waarvan de verhandeling in Nederland in geschil is.

13. Wanneer aan de in het verwijzingsarrest genoemde voorwaarden is voldaan, kan een rechtspraak ter zake van slaafse nabootsing van eens anders produkt niet worden geacht te treden buiten het kader van de dwingende eisen verband houdend met de bescherming van de consumenten en de eerlijkheid van de handelstransacties.

14. Appellante in het hoofdgeding heeft voor het Hof het probleem van de reserveonderdelen aan de orde gesteld. Zij wees erop, dat de kabeldoorvoeringen niet enkel in gebouwen, doch ook in schepen worden geïnstalleerd, en dat een verbod om het Duitse produkt in Nederland te verhandelen, ertoe zou dwingen reparaties in schepen in Nederland te verrichten met Zweedse reserveonderdelen zelfs indien het schip met Duitse kabeldoorvoeringen is uitgerust. Aangezien de nationale rechter dit probleem niet heeft aangeroerd en geïntimeerde in het hoofdgeding tijdens de procedure voor het Hof te kennen heeft gegeven dat het door hem gevoerde verbod geen betrekking heeft op reserveonderdelen voor het repareren van Duitse kabeldoorvoeringen, behoeft dit probleem, waarvoor de voorgaande overwegingen niet noodzakelijkerwijs beslissend zijn, niet te worden opgelost.

15. Op de vraag van het Gerechtshof te 's-Gravenhage moet mitsdien worden geantwoord, dat de regels van het E.E.G.-Verdrag betreffende het vrije verkeer van goederen niet verhinderen dat een handelaar die al gedurende geruime tijd in een Lid-Staat een produkt in de handel brengt dat zich van andere soortgelijke waren onderscheidt, op grond van een nationale rechtsregel, die zonder onderscheid van toepassing is op nationale en ingevoerde goederen, een rechterlijk verbod kan verkrijgen jegens een andere handelaar om in die Lid-Staat verder een produkt in de handel te brengen, afkomstig uit een andere Lid-Staat waar het rechtmatig in het verkeer is gebracht, doch dat zonder noodzaak vrijwel identiek is aan het eerste produkt en daardoor nodeloos verwarring sticht tussen de twee produkten.

(...)

Conclusie Advocaat-Generaal VerLoren van Themaat.

(...)

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 E.E.G.-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 produkten 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 E.E.G.-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 E.E.G., 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 se 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 octrooirecht, een ieder vrij is zich bij zijn indu-

striële 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 kabeldoorvoeringen 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 E.E.G.-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 Unieverdrag. 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 onderhavige 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 quasioctrooifunctie 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 wél 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 bijkens het Duitse standaardarrest van 3 mei 1968 "Pulverbehalter" (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 grotere vrijheid dan de Nederlandse rechtspraak. Zoals U reeds eerder in het arrest [Terrapin/Terranova](#) (zaak 119/75, Jurispr. 1976, blz. 1039)¹) 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 nodeloos verwarring stichten in de genoemde hypothesen van de vraagstelling, teruggrijpt op de interpretatie van de begrippen "noodzaak", "nodeloos" en "verwarring" in een lange reeks van arresten van de Hoge Raad (HR 26 juni 1953, NJ 1954, 90; HR 21 december 1956, NJ 1960, 414; HR 8 februari 1960, iW 1960, 415; HR 15 maart 1968, NJ 1968, 268; HR 12 juni 1970, NJ 1970, 434 en HR 22 november 1974, NJ 1975, 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. 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 gearzeld 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 E.E.G.-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 E.E.G.-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 wél 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 zin, 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 paragraaf 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 . . .", enz. Wat tijdens

de korte mondelinge discussie over dit punt wel duidelijk is geworden, is het feit, dat de toelaatbaarheid 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 eindproducten 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, Jurispr. 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 producten 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 eindproduct 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 eindproduct. Ook dan lijkt het echter niet vanzelfsprekend, dat een eventueel toelaatbaar geacht verbod van de handel in het eindproduct automatisch ook een verbod van de handen 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 (hypothese d en e). (..)

III. Toetsing van een nabootsingsverbod als het onderhavige aan de artikelen 30 en 36 van het E.E.G.-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 producten te verkrijgen, wegens het feit dat deze geïmporteerde producten 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 toegeedaan 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 zoeven 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 Dijon-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 rechts-overwegingen 9-18 van Uw arrest in de zaak Commissie tegen Ierland van 17 juni 1981 (zaak 113/80, nog niet gepubliceerd).

2) 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 discriminatie ten nadele 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 \Qbis 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 in- -dustriële en commerciële eigendom alleen de specifieke wetgeving ter bescherming van

duidelijke industriële 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 best 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 achten elementen van een produkt, die niet en de niet-functionele elementen, die wel door het nabootsingsverbod kunnen worden getroffen, lijkt in een dergelijke gedachtengang 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 betwijfelde 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-modelfunctie kunnen worden toegekend. Deze dubbele grondgedachte vindt men ook terug in het Thole-Hijster-arrest van de Hoge Raad (HR 26 juni 1953, NJ '54, 90). 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 de 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 10bis onder (3) van het Herzienne 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 rechtsoverweging 6 van Uw arrest in de zaak [Terrapin/Terranova](#) (zaak 119/75, Jurispr. 1976, blz. 1039),³⁾ 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 nodeloos 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 Herzienne 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 produktieve 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 geveerd 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, teneinde 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 produkten, 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 uitgeschakeld, 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 E.E.G.-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 verkapte 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 Dijon* (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, hechte 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 [Dans Supermarked-Imerco](#) (zaak 58/80, Jurispr. 1981, blz. 181)4) 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 wan-

neer 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 herkomstaanduiding, 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 [Béguelin-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 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 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 rechtspraak inzake artikel 36 reeds talloze malen vastgesteld.

Tenslotte wil ik, nog steeds blijvend in de hypothese van de uitsluitende toepasselijkheid van artikel 30 van het E.E.G.-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. 1970, L 13/29). 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 E.E.G.-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. 1970, L 13/1) 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 goederenverkeer 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 producten 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 invoerbepanking 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 producten, dan ik uit Uw rechtspraak afleid. Mede omdat genoemd artikel 3 kennelijk op geheel andere handelsregelingen betrekking 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 betref-

fende 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 bier 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 nieteconomische 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, Jurapr. 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 Dijon 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 E.E.G.-Verdrag is gebaseerd, leidt mijn onderzoek tot het volgende antwoord:

"De artikelen 30 en 36 van het E.E.G.-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 invoerbepaling

in de zin van artikel 30, gerechtvaardigd kan zijn op grond van artikel 36 van het E.E.G.-Verdrag, mits bij de toetsing van de mogelijkheid van een alternatieve vormgeving, behalve met de stand van de techniek tevens rekening wordt gehouden met hetgeen economisch gesproken rederijkerwijze van een producent, die het litigieuze produkt in een andere Lid-Staat rechtmatig heeft vervaardigd en in het verkeer heeft gebracht, kan worden gevegd. 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 E.E.G.-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 rechtmatig 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 Supermarket](#)- 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.
