

Hoge Raad, 25 januari 2002, Etos v Dior**MERKENRECHT****Geen Europese uitputting Argentijnse Fahrenheit-producten**

- [oordeel van het Hof dat niet aannemelijk is dat door Dior in Argentinië in de handel gebrachte Fahrenheit-producten niet geacht moeten worden met toestemming van Dior in EER te zijn gebracht getuigt niet vaneen onjuiste rechtsopvatting](#)

Het Hof heeft vervolgens de vraag onder ogen gezien of 'de door Dior in Argentinië in de handel gebrachte Fahrenheit-producten die door Etos in Nederland worden verhandeld en door haar zijn verkregen van een leverancier in de EER geacht (moeten) worden met toestemming van Dior in de EER in de handel te zijn gebracht' (rov. 14) en het is tot het oordeel gekomen dat niet aannemelijk is dat door of namens Dior toestemming is gegeven voor de verdere verhandeling van de producten door Etos en dat deze toestemming ook niet volgt uit de stellingen van Etos — in de weergave van het Hof, waarbij het Hof kennelijk het woord 'toestaat' gebruikt in de betekenis van toelaten en niet van toestemming verlenen — 'dat Dior haar buiten de EER gevestigde afnemers geen verbod van verhandeling binnen de EER oplegt, dat Dior toestaat dat haar importeurs/distributeurs buiten de EER leveren aan wederverkopers binnen de EER en dat zij haar distributiesysteem binnen de EER niet voldoende controleert en gebruik maakt van voor derden niet-waarneembare codes' (tweede alinea van rov. 15). Hieruit volgt, aldus het Hof, dat bewijslevering 'in casu niet relevant is' zodat niet behoeft te worden ingegaan op de door Etos voorgestane bewijslastverdeling (derde alinea van rov. 15).

Vindplaatsen: NJ 2002, 170.

Hoge Raad, 25 januari 2002

(xxx)

[...]

Etos B.V., te Zaandam, eiseres tot cassatie, adv. mr. E.D. Vermeulen, tegen

De vennootschap naar Frans recht Parfums Christian Dior S.A., te Parijs, Frankrijk, verweerster in cassatie, adv. mr. E. Grabandt en mr. G. van der Wal.

(...)

2.Het geding in cassatie

(...)

De [conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper](#) strekt tot verwerping van het beroep.

3.Beoordeling van het middel

3.1 Het gaat in dit geding om het volgende.

Dior is krachtens internationale, mede voor de Benelux verrichte, inschrijving rechthebbende op het merk Fahrenheit voor waren uit onder meer klasse 3. Dior brengt haar producten in de Europese Economische Ruimte (EER) op de markt door middel van een systeem van geselecteerde verkooppunten. Etos, die geen deel uitmaakt van Dior's distributieorganisatie, heeft originele producten van Dior, voorzien van het merk Fahrenheit, binnen de Benelux verhandeld. Deze producten zijn aanvankelijk door of namens Dior in Argentinië op de markt gebracht.

3.2 Dior heeft de hiervoor onder 1 vermelde vordering in kort geding ingesteld tegen Etos, stellende dat zij zich op grond van art. 13A lid 1, aanhef en sub a, BMW kan verzetten tegen deze handelwijze van Etos. De President heeft de vordering afgewezen op de grond dat de door Dior gevraagde voorzieningen in strijd zijn met het in de EER geldende uitgangspunt van vrij verkeer van goederen, nu Etos al het redelijke in het werk heeft gesteld om zich ervan te vergewissen dat de door haar betrokken Fahrenheit-producten door of met toestemming van Dior binnen de EER in het verkeer zijn gebracht. Het Hof heeft met vernietiging van het vonnis van de President de vordering grotendeels toegewezen.

3.3 Het Hof heeft het betoog van Etos 'dat Dior misbruik maakt van haar merkrechten door deze te gebruiken voor het tot stand brengen van een — enkel tot haar voordeel strekkende — kunstmatige marktverdeling binnen de interne markt hetgeen in strijd is met de artikelen 28 e.v. EG-Verdrag en tevens in strijd met art. 81 EG-Verdrag' verworpen (rov. 9 tot en met 13).

3.4 Voorts heeft het Hof geoordeeld dat de aan het merk Fahrenheit verbonden rechten niet zijn uitgeput door het voor het eerst met toestemming van Dior buiten de EER op de markt brengen van de Fahrenheit-producten en dat Dior zich daarom in beginsel kan verzetten tegen de invoer van deze producten in de EER en de verdere verhandeling daarvan binnen de EER (rov 14).

Het Hof heeft vervolgens de vraag onder ogen gezien of 'de door Dior in Argentinië in de handel gebrachte Fahrenheit-producten die door Etos in Nederland worden verhandeld en door haar zijn verkregen van een leverancier in de EER geacht (moeten) worden met toestemming van Dior in de EER in de handel te zijn gebracht' (rov. 14) en het is tot het oordeel gekomen dat niet aannemelijk is dat door of namens Dior toestemming is gegeven voor de verdere verhandeling van de producten door Etos en dat deze toestemming ook niet volgt uit de stellingen van Etos — in de weergave van het Hof, waarbij het Hof kennelijk het woord 'toestaat' gebruikt in de betekenis van toelaten en niet

van toestemming verlenen — ‘dat Dior haar buiten de EER gevestigde afnemers geen verbod van verhandeling binnen de EER oplegt, dat Dior toestaat dat haar importeurs/distributeurs buiten de EER leveren aan wederverkopers binnen de EER en dat zij haar distributiesysteem binnen de EER niet voldoende controleert en gebruik maakt van voor derden niet-waarneembare codes’ (tweede alinea van rov. 15). Hieruit volgt, aldus het Hof, dat bewijslevering ‘in casu niet relevant is’ zodat niet behoeft te worden ingegaan op de door Etos voorgestane bewijslastverdeling (derde alinea van rov. 15).

3.5 Onderdeel 2.3 bevat de klacht dat het door het Hof in de tweede alinea van rov. 15 gegeven oordeel getuigt van een onjuiste opvatting ten aanzien van de betekenis van het begrip ‘toestemming’ in art. 13A, aanhef en lid 8 (thans 9), BMW en in art. 7 lid 1 van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lid-staten (PB 1989, L 40), hierna de Richtlijn, althans onvoldoende is gemotiveerd. In onderdeel 2.3.2 (waarin, anders dan in onderdeel 2.3.1, van een juiste lezing van het bestreden arrest wordt uitgegaan) wordt betoogd dat het Hof heeft miskend dat in het in rov. 15 weergegeven gedrag van Dior naar zijn aard besloten ligt, althans dat dit gedrag tot geen andere conclusie kan leiden dan dat Dior aan haar buiten de EER gevestigde afnemers en haar importeurs/distributeurs buiten de EER toestemming heeft gegeven om elk exemplaar van het onder het merk Fahrenheit voor het eerst buiten de EER met toestemming van Dior in het verkeer gebracht product waarover die afnemers en importeurs/distributeurs de beschikking hebben gekregen, onder dat merk voor het eerst binnen de EER in het verkeer te brengen door die producten te leveren aan wederverkopers binnen de EER. Subsidiair wordt in onderdeel 2.4 geklaagd dat het Hof heeft miskend dat in de door Etos gestelde omstandigheden (overeenkomend met de door het Hof in rov. 15 weergegeven, hiervoor onder 3.4 vermelde, omstandigheden en de omstandigheid dat Etos de Fahrenheit-producten betrok van leveranciers binnen de EER en redelijkerwijs geen mogelijkheid had om aan de hand van de op die waren vanwege Dior aangebrachte codes of andere kenmerken vast te stellen of de waren al dan niet door of met toestemming van Dior in de EER in het verkeer waren gebracht) de desbetreffende waren geacht moeten worden met toestemming van Dior voor het eerst in de EER in het verkeer te zijn gebracht in de zin van genoemde bepalingen van de BMW en de Richtlijn. Dit behoort de rechter althans voorshands aan te nemen behoudens door Dior te stellen en te bewijzen feiten en omstandigheden waaruit het tegendeel volgt, aldus de klacht.

3.6 Uitgangspunt bij de beoordeling van deze klachten is dat ingevolge art. 13A lid 9 BMW, welk artikel moet worden uitgelegd met inachtneming van het inhoudelijk daarmee overeenkomende art. 7 lid 1 van de Richtlijn, het uitsluitende recht van de merkhouder (behoudens een in dit geding niet relevante uitzondering) niet omvat het recht om zich te verzetten tegen het gebruik van

het merk voor waren die onder het merk door de merkhouder of met diens toestemming in de EER in het verkeer zijn gebracht. Door de klachten wordt aan de orde gesteld de vraag of met betrekking tot de aanvankelijk door of namens Dior onder het merk Fahrenheit in Argentinië op de markt gebrachte en door Etos binnen de EER van niet tot de distributie-organisatie van Dior behorende leveranciers verkregen waren moet worden aangenomen, althans kan worden vermoed, dat deze in de EER in het verkeer zijn gebracht met toestemming van Dior in de zin van artikel 13A lid 9 BMW.

3.7 Voor de beantwoording van deze vraag is van belang het door het [Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap \(HvJ EG\) op 20 november 2001 in de gevoegde zaken C-414/99 tot en met C-416/99 \(Davidoff en Levi Strauss\)](#) naar aanleiding van vragen van uitleg betreffende art. 7 lid 1 van de Richtlijn gewezen arrest, waarin het Hof voor recht heeft verklaard:

‘1. Artikel 7, lid 1, van de Eerste richtlijn (89/104/EEG) van de Raad van 21 december 1988 betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten, zoals gewijzigd bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte van 2 mei 1992, moet aldus worden uitgelegd dat de toestemming van de merkhouder tot het in de Europese Economische Ruimte verhandelen van van dat merk voorziene producten die eerder door die merkhouder of met zijn toestemming buiten de Europese Economische Ruimte in de handel zijn gebracht, impliciet kan zijn wanneer uit elementen en omstandigheden vóór, tijdens of na het buiten de EER in de handel brengen naar het oordeel van de nationale rechter met zekerheid blijkt dat de merkhouder afstand doet van zijn recht om zich te verzetten tegen het in de Europese Economische Ruimte in de handel brengen.

2. Een impliciete toestemming kan niet voortvloeien:

—uit het feit dat de merkhouder niet aan alle achterevolvende kopers van de buiten de Europese Economische Ruimte in de handel gebrachte waren heeft meegedeeld dat hij zich tegen het verhandelen in de Europese Economische Ruimte verzet;

—uit het feit dat op de waren niet is vermeld dat het verboden is ze in de Europese Economische Ruimte in de handel te brengen;

—uit de omstandigheid dat de merkhouder de eigenaardigheid van de van het merk voorziene waren heeft overgedragen zonder contractuele beperkingen op te leggen, en dat volgens de op de overeenkomst toepasselijke wet het overgedragen eigendomsrecht zonder dergelijke beperkingen een onbeperkt recht tot wederverkoop omvat of op zijn minst het recht om de waren later in de Europese Economische Ruimte te verhandelen.

3. Voor de uitputting van het uitsluitende recht van de merkhouder is niet relevant:

—dat de handelaar die de van het merk voorziene waren invoert, niet weet dat de merkhouder zich ertegen verzet dat deze waren in de Europese Economische Ruimte in de handel worden gebracht of op die markt worden verhandeld door andere dan erkende wederverkopers, of

—dat de erkende wederverkopers en groothandelaars aan hun eigen kopers geen contractuele beperkingen

hebben opgelegd waarin dat verzet tot uiting komt, ofschoon de merkhouder hen daarvan op de hoogte had gebracht.'

3.8 Gelet op de betekenis die blijkens deze verklaring voor recht van het HvJ EG aan het begrip 'toestemming' in art. 7 lid 1 van de Richtlijn en art. 13A lid 9 BMW toekomt, moet worden geoordeeld dat de hiervoor onder 3.4 weergegeven oordelen van het Hof geen blijk geven van een onjuiste opvatting omtrent dit begrip. Nu deze oordelen evenmin onbegrijpelijk of ontoereikend gemotiveerd zijn, falen de onderdelen. Dit geldt ook voor onderdeel 2.5, dat voortbouwt op de voorafgaande onderdelen.

3.9 Onderdeel 3 richt zich met een aantal, in de subonderdelen uitgewerkte, klachten tegen de hiervoor onder 3.3 weergegeven oordelen van het Hof. Aan de klachten ligt de opvatting ten grondslag dat het oordeel van het Hof, dat het uitsluitend recht van Dior als houder van het merk Fahrenheit ten aanzien van de door haar voor het eerst in Argentinië op de markt gebrachte, van dat merk voorziene, waren niet is uitgeput, onjuist is en dat daarom ervan kan worden uitgegaan dat te dezen sprake is van een 'volkomen rechtmatige parallelle import en verhandeling' in de EER die, doordat Dior zich op haar rechten als merkhouder beroept, feitelijk onmogelijk wordt gemaakt. Uit het hiervoor onder 3.7 en 3.8 overwogene volgt dat die opvatting onjuist is.

Voorzover Etos betoogt dat, aangezien het voor haar bij gebreke van gegevens onmogelijk is aan te tonen dat van Dior afkomstige merkproducten door of met toestemming van Dior in de EER in het verkeer zijn gebracht, de handelwijze van Dior 'effectief neerkomt op een afscheiding van de nationale markten binnen de EER tegen parallelimport vanuit andere landen binnen de EER' en dat dit betekent dat het gebruik dat Dior van haar merkrecht maakt in strijd is met art. 28 e.v. EG, stuit dit betoog af op de uitleg die het HvJ EG in zijn onder 3.7 bedoelde arrest aan art. 7 lid 1 van de Richtlijn heeft gegeven, nu de door Etos gewraakte consequenties van die uitleg daarin immers zijn verdisconteerd.

Voorzover Etos nog klaagt over de verwerping door het Hof van haar beroep op art. 81 EG mist die klacht doel, aangezien het Hof feitelijk en niet onbegrijpelijk heeft geoordeeld dat Etos op dat punt in de feitelijke instanties onvoldoende heeft gesteld.

Uit het voorafgaande volgt dan ook dat dit onderdeel tevergeefs is voorgesteld.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Etos in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Dior begroot op €286,88 aan verschotten en €1365 voor salaris.

Conclusie A-G Huydecoper

[...]

Feiten en procesverloop

1 Het verschijnsel 'parallelimport' heeft al tot veel rechterlijke uitspraken, zowel in Nederland als elders, aanleiding gegeven; en het heeft stof geleverd voor een overvloedige literatuur. Oppervlakkige beschouwing zou doen vermoeden dat alle werkelijk relevante vragen over dit verschijnsel inmiddels zijn opgehelderd — maar (ook) de onderhavige cassatieprocedure laat zien dat daarover discussie mogelijk blijft. In sommige gevallen is de ruimte voor discussie die nog overblijft echter maar beperkt — en deze conclusie zal er in uitmonden, dat die ruimte in dit geval onvoldoende is om te rechtvaardigen dat de vragen die het middel voor onderzoek voordraagt, in deze kort geding-procedure verder worden uitgediept.

2 De feiten waar het om gaat zijn betrekkelijk overzichtelijk: de verweerster in cassatie (hierna: Dior) is een bekende producent van o.a. parfums en aanverwante artikelen. Zij brengt die in Europa door middel van een systeem van zgn. selectieve distributie[1] op de markt. Zij is rechthebbende m.b.t. (een groot aantal) merken, waaronder het internationaal, met effect voor de Benelux, gedeponeerde merk 'Fahrenheit', dat onder andere voor parfums en aanverwante producten is ingeschreven.

De eiseres tot cassatie, hierna: Etos, maakt geen deel uit van Dior's distributieorganisatie; maar Etos ziet kans om parfumerieën van het merk 'Fahrenheit' te betrekken bij leveranciers die hetzij niet aan de contractuele beperkingen gebonden zijn die Dior's organisatie aan aangesloten handelaren oplegt, hetzij die beperkingen niet naleven. Die producten biedt Etos vervolgens aan in de keten van drogisterijwinkels die zij in de Benelux exploiteert.

Van de producten waarop Dior de hierna te bespreken vorderingen heeft gebaseerd, is vastgesteld[2] dat die aanvankelijk, door of vanwege Dior, waren geleverd aan een afnemer in Argentinië, en dus buiten het gebied van de zgn. EER[3].

3 Dior heeft Etos in kort geding aangesproken. Zij stelde dat Etos, door te handelen zoals zojuist kort aangegeven, inbreuk maakte op de rechten die uit haar (Dior's) inschrijving van het merk 'Fahrenheit' voor de Benelux voortvloeien. Die rechten waren nl., volgens Dior, niet 'uitgeput' door de werking van art. 13.A. lid 9 (eerder genummerd: lid 8) van de Eenvormige Beneluxwet op de Merken (hierna: de BMW), door het feit dat de betreffende producten met Dior's toestemming aan een afnemer in Argentinië waren geleverd; want ingevolge art. 13.A. lid 9 BMW is het recht van de merkhouder alleen dan uitgeput als de producten in kwestie met toestemming van die merkhouder binnen de EER[4] in het verkeer zijn gebracht — en daarvan was, in het licht van de vaststaande feiten, volgens Dior geen sprake.

4 Etos verweerde zich met een betoog waarvan een aantal onderdelen ook in cassatie aan de orde worden gesteld: ten eerste zou ten aanzien van producten die onder een beschermd merk in landen buiten de EER in het verkeer zijn gebracht, maar zonder dat de merkhouder een aantal door Etos aangewezen maatregelen heeft genomen om te beletten dat die producten daarna naar

het gebied van de EER worden (door)geleverd, als die producten vervolgens binnen de EER in het verkeer komen, moeten worden aangenomen dat die producten met toestemming van de merkhouder in de EER in het verkeer zijn gebracht; of althans zou het aan de merkhouder, en niet aan de uiteindelijke verkrijger van de producten binnen de EER, zijn om aan te tonen dat er zonder toestemming van de merkhouder naar de EER was doorgeleverd; en ten tweede zou het honoreren van de vorderingen van Dior onverenigbaar zijn met de huidige art. 28 en 30 EG Verdrag[5], of opleveren dat Dior in strijd handelde met art. 81 EG Verdrag[6].

5 In eerste aanleg werden de vorderingen van Dior afgewezen. In appel oordeelde het hof die vorderingen echter in hoofdzaak gegrond, en werd het door Dior gevorderde verbod toegewezen.

Etos is tijdig in cassatie gekomen[7]. Zij voert daar (opnieuw) de argumenten aan die zojuist geparafraseerd werden weergegeven. Beide partijen hebben in cassatie hun standpunten schriftelijk toegelicht, en gere- en -duplicieerd.

Bespreking van het cassatiemiddel

6 Het gegeven dat in deze zaak centraal staat — ‘parallelimport’, en in verband daarmee: zgn. ‘universele uitputting’ met betrekking tot (sommige) rechten van intellectuele eigendom — bevindt zich in het middelpunt van een al geruime tijd durende controverse, waarin zowel juristen als economen en belanghebbenden bij handel en industrie — en af en toe ook (vertegenwoordigers van) consumenten, en natuurlijk: politici en overheidsfunctionarissen — van zich laten horen[8]. Een onderzoek van de in deze controverse ingebrachte argumenten zou — weliswaar zeer tijdrovend en omvangrijk, maar — voor de beoordeling van dit cassatiegeding zinvol kunnen zijn; ware het niet dat ik meen dat de beschikbare rechtspraak van het HJEG en van het Benelux Gerechtshof zodanige aanwijzingen bevat voor het antwoord op de opgeworpen vragen, dat onderzoek van andere bronnen daardoor, althans in het kader van dit kort geding, grotendeels overbodig wordt.

7 Voor ik dat nader bespreek wijs ik erop dat de partijen in deze zaak hun stellingen sterk hebben toegespitst op het geval dat de bij parallelimport betrokken producten via selectieve distributie worden verhandeld — met de daaraan inherente contractuele beperkingen die de leverancier aan afnemers pleegt op te leggen, en gewoonlijk ook een bepaald systeem van controle op de naleving van die beperkingen (dat meer of minder effectief kan zijn).

Selectieve distributie is intussen geen noodzakelijk begeleidend verschijnsel bij problemen van parallelimport en van ‘uitputting’ van merkrechten. Die problemen kunnen zich ook voordoen bij producten die overigens ‘vrij’ worden verhandeld — zoals de bij Mok t.a.p., p. 41/42 genoemde CD's. Bij de beoordeling van de toepasselijke rechtsregels moet ook met dit geval, dus: het geval dat de betreffende producten niet via ‘selectieve distributie’ worden verhandeld, rekening worden gehouden.

8 Een tweede opmerking: Etos legt er de nadruk op dat het voor een afnemer zoals zichzelf (vrijwel) onmogelijk

zou zijn om aan te tonen dat (dan wel: of) via parallelimport verkregen producten met toestemming van de merkhouder binnen de EER in het verkeer zijn gebracht. Zij spreekt in dat verband van een ‘diabolische bewijslast’; en zij suggereert tegelijkertijd dat de merkhouder gemakkelijker zou kunnen aantonen hoe de betreffende producten (in de EER of daar buiten) in het verkeer zijn gekomen.

Hoewel ik de problemen die bewijslevering voor de parallelimporteur kan opleveren bepaald niet wil bagatelliseren, meen ik toch dat dit geen zuivere voorstelling van zaken is. Een parallelimporteur weet uiteraard wie ‘zijn’ toeleverancier is geweest, en deze weet weer van wie hij de betreffende producten heeft verkregen, enz. Waar de keten van vóórleveranciers niet ongebruikelijk lang is geweest, is daarom in veel gevallen best aan te tonen, hoe de producten hun weg naar de EER hebben gevonden[9].

9 Omgekeerd geldt, dat het bepaald niet vanzelf spreekt dat de bewijspositie van de merkhouder gemakkelijker is dan die van de parallelimporteur. Als de merkhouder al kan nagaan aan welke afnemer de betreffende producten het eerst zijn geleverd — wat alleen bij een goed geadmistreerd systeem van productcodering in de rede ligt — zal het spoor toch in veel gevallen dáár, of onmiddellijk daarna, doodlopen: want om redenen analoog aan de in voetnoot 9 genoemde, zullen afnemers in de betreffende keten niet graag openheid van zaken geven over de verdere lotgevallen van de betreffende producten[10].

Waar de goederen niet via selectieve distributie worden verkocht, en ook overigens geen productcodering wordt toegepast — bijvoorbeeld op de al genoemde markt van CD's — zullen de mogelijkheden van de merkhouder om opheldering te krijgen over de weg die de producten hebben gevolgd, daarom meestal maar zeer beperkt zijn.

Uitputting van het merkenrecht

10 Het is inmiddels niet meer omstreden — ofschoon dat misschien in brede(re) kring wordt betreurd — dat de regel van art. 13.A. lid 9 BMW, die moet worden uitgelegd met inachtneming van het inhoudelijk overeenkomstige art. 7 lid 1 van de Eerste Richtlijn betreffende de aanpassing van het merkenrecht der lidstaten[11], meebrengt dat ‘uitputting’ van het recht van de merkhouder om zich te verzetten tegen verhandeling van van hem zelf afkomstige gemerkte producten, alleen plaatsvindt met betrekking tot producten die door die merkhouder zelf of met zijn toestemming binnen de EER in het verkeer zijn gebracht. Dat is immers (voor wat betreft art. 7 lid 1 van de Richtlijn) buiten twijfel gesteld in het arrest HJEG 1 juli 1999, Jur. 1999 I, p.4103 e.v., IER 1999 nr. 49 (Sebago/Unic), en voor wat betreft art. 13.A lid 9 BMW nader verduidelijkt bij BenGH 6 december 1999, NJ 2000, 182 (al in voetnoten 8 en 9 aangehaald), zie bijv. rov. 12. Dit uitgangspunt trekt Etos in cassatie ook niet in twijfel.

11 Etos' verschillende in al. 4 hiervóór in parafraze weergegeven stellingen strekken er intussen onmiskenbaar toe, het praktische effect van de aldus uitgelegde regel van Europees- en Beneluxrecht in belangrijke

mate af te zwakken. Dat is gemakkelijk te zien aan de hand van het zojuist in al. 7 t/m 9 besprokene: de door Etos voorgestelde norm zou betekenen dat voor producten die niet binnen een gecontroleerd systeem van codering op de markt worden gebracht, de regel effectief wordt omgekeerd. Voor zulke producten kán immers niet worden voldaan aan de op de voet van middelonderdeel 2.4.1 jo. middelonderdeel 2.4.2 te stellen eisen, en zou — zo begrijp ik Etos' standpunt — dus altijd moeten worden aangenomen dat de merkhouder heeft 'toegestemd' in het in het verkeer brengen van die producten binnen de EER.

Ook de door Etos voorgestelde regel van bewijslastverdeling zou het de merkhouder moeilijk maken om nog effectief tegen parallelimport van buiten de EER op te treden, als men het in al. 8 en 9 hiervóór over de bewijspositie van de merkhouder gezegde in aanmerking neemt.

De gedachte dringt zich op dat een uitleg van de onderhavige regels die daaraan zo veel van hun praktische effect ontnemt, niet erg aannemelijk is.

12 Het arrest BenGH 6 december 1999, hiervóór in voetnoten 8 en 9 en in al. 10 aangehaald, lijkt mij voorts met de beide varianten van de door Etos (in onderdeel 2 van het middel) verdedigde regels onverenigbaar. In dat arrest heeft het BenGH immers voor recht verklaard

—dat waren in de zin van art. 13.A lid 9 BMW in de EER in het verkeer zijn gebracht 'wanneer deze merkhouder van het merk voorziene waren daadwerkelijk ter beschikking heeft gesteld van een afnemer met de bedoeling deze afnemer daardoor de gelegenheid te geven deze waren binnen de Gemeenschap verder te verhandelen.' (rov. 28);

—dat de toestemming van de merkhouder erop gericht moet zijn 'dat degene door wie de merkhouder de gemerkte waren laat verhandelen, de exemplaren van die waren daadwerkelijk ter beschikking zal stellen van een afnemer met de bedoeling deze daardoor de gelegenheid te geven deze exemplaren binnen de Gemeenschap verder te verhandelen' (rov. 29); en

—dat de wederpartij van de merkhouder die zich beroept op uitputting van het merkrecht in beginsel zal moeten 'bewijzen dat de van het merk voorziene waren door de merkhouder of met diens toestemming in de Gemeenschap in het verkeer zijn gebracht.' (rov. 31).

Bij het laatste lijkt mij duidelijk, dat het te leveren bewijs moet zien op toestemming, zoals die in de eerdere formuleringen van het BenGH nader is aangeduid: dus een toestemming, gegeven met de bedoeling de afnemer of verdere afnemers de gelegenheid te geven de betreffende gemerkte producten verder binnen de EER te verhandelen[12].

13 Etos heeft in de feitelijke instanties niet gesteld dat Dior de in geding zijnde producten heeft afgeleverd met de bedoeling anderen de gelegenheid te geven die producten binnen de EER in het verkeer te brengen (en een betoog van die strekking zou ook, mede gezien de maatregelen die Dior blijkens veel gepubliceerde rechtspraak[13] neemt om haar distributiesysteem in rechte te verdedigen, bepaald verrassend zijn geweest). Ook in

cassatie houdt Etos niet staande dat Dior toestemming zou hebben gegeven in de betekenis die daaraan in het zojuist besproken arrest wordt gegeven. Zij verdedigt daarentegen dat in verband met een aantal door Etos gestelde omstandigheden, toestemming aan Dior moet worden 'toegerekend', maar gaat er daarbij kennelijk van uit dat van toestemming, in de vorm zoals die door het BenGH is omschreven, geen sprake is geweest.

Als men het arrest van het BenGH tot richtsnoer neemt, moet dit betoog van Etos dus worden afgewezen.

14 Voor Etos' stellingen met betrekking tot de bewijslast geldt hetzelfde: in het hiervóór besproken arrest stelt het BenGH vast dat de bewijslast voor het verweer dat de relevante producten met toestemming van de merkhouder binnen de EER in het verkeer zijn gebracht, in beginsel rust op de wederpartij van de merkhouder. Aan Etos kan worden toegegeven dat de regel zoals het BenGH die heeft geformuleerd, ruimte laat voor uitzonderingen — maar de uitzondering die het middel verdedigt komt er praktisch op neer dat de door het BenGH geformuleerde 'in beginsel'-regel wordt omgekeerd.

Deze zaak betreft bovendien een kort geding. In kort geding heeft de rechter een zekere vrije beoordelingsmarge ten opzichte van de regels van bewijsrecht[14]. In die context zijn de omstandigheden waar het middel de nadruk op legt niet van dien aard, dat die de kort geding-rechter zouden verplichten om een andere 'bewijslastverdeling' toe te passen, dan het hof in het bestreden arrest heeft gedaan.

15 Toepassing van de regels uit het arrest BenGH 6 december 1999 betekent dus dat onderdeel 2 van het middel niet opgaat. Daarmee is intussen het laatste woord niet gezegd. Het is immers denkbaar dat de door het BenGH gevonden regels niet zullen blijken te worden 'bevestigd' door het HJEG[15]. Voor het HJEG zijn, zoals in de volgende alinea's te bespreken, intussen zaken aanhangig die de beide vragen die middelonderdeel 2 aan de orde stelt, kunnen ophelderen. Maar zoals het zich nu laat aanzien, ligt voor beide vragen beantwoording in de namens Dior bepleite zin bepaald méér in de rede, dan beantwoording in de door Etos gewenste zin.

16 Van de betreffende bij het HJEG aanhangige zaken, staan chronologisch voorop de gevoegde zaken C/414, 415 en 416/99. In die zaken heeft de A- G bij het HJEG op 5 april jl. geconcludeerd[16]. Volgens mededeling van de Persdienst van het HJEG kan arrest op 20 november van dit jaar tegemoet worden gezien.

Het gaat in deze zaken om de betekenis van het begrip 'toestemming' van de merkhouder in de zin van art 7 lid 1 van de Richtlijn. De aan het HJEG voorgelegde vragen betreffen o.a., of het feit dat de merkhouder bij wederverkoop van gemerkte producten buiten de EER heeft nagelaten de koper een verbod van uitvoer naar de EER op te leggen (althans: daar waar zo'n verbod rechtens geoorloofd is), mag of moet meebrengen dat de merkhouder geacht wordt de bedoelde 'toestemming' te hebben verleend.

Het is duidelijk dat het antwoord op die vraag ook het antwoord op de eerste in dit cassatiegeding door Etos

aan de orde gestelde vraag kan opleveren, of op z'n minst daarbij de weg kan wijzen.

17 De conclusie van A- G Stix-Hackl in deze zaken strekt ertoe dat 'toestemming' moet worden aangenomen, als de merkhouders afstand heeft gedaan van zijn recht om op de toegang van de betreffende producten tot de EER toe te zien; met deze belangrijke kwalificatie, dat de Richtlijn eraan in de weg staat dat aan de hand van algemene vermoedens wordt aangenomen dat een dergelijke afstand door de merkhouders is gedaan[17],[18].

Men kan zich afvragen of deze uitleg geheel spoort met de hiervóór besproken uitleg uit het arrest van het BenGH van 6 december 1999[19]; en men kan natuurlijk niet met zekerheid voorspellen of het HJEG zijn A- G in haar opvatting zal volgen. Men kan echter wél vaststellen dat de door de A- G aanbevolen uitleg niet verenigbaar is met de door Etos in de onderhavige zaak verdedigde opvatting. Etos' opvatting komt er immers op neer dat wél op basis van algemene vermoedens een afstand, aan de kant van de merkhouders, wordt verondersteld van het recht om zich tegen parallelimport te verzetten, (ook, voeg ik toe, onder omstandigheden waarbij bepaald onaannemelijk is dat de merkhouders werkelijk heeft beoogd van enig recht afstand te doen — zie het hiervóór in al 13 over de vele door Dior gevoerde procedures opgemerkte).

18 De rechtspraak van het HJEG over het begrip 'toestemming' in verband met de uitputting van rechten van intellectuele eigendom, bevat verder aanwijzingen dat het enkele feit dat de merkhouders bij het in het verkeer brengen van 'zijn' producten geen gebruik heeft gemaakt van beschikbare (contractuele) middelen om de verdere verhandeling daarvan elders binnen de EER te beletten, onvoldoende is om 'toestemming' die tot uitputting van dergelijke rechten leidt, op te leveren. Die aanwijzingen worden besproken in al. 5 van de conclusie van A- G Koopmans voor HR 21 april 1995, NJ 1996, 462 m.nt. DWFV. Daar wordt uit de arresten HJEG 9 juli 1985, NJ 1986, 456 m.nt. LWH, HJEG 30 juni 1988, NJ 1990, 321 en HJEG 22 juni 1994, NJ 1995, 480 m.nt. DWFV afgeleid, dat de 'toestemming' die tot uitputting van een recht van intellectuele eigendom leidt, het karakter moet hebben van een licentie of een daarmee vergelijkbaar rechtsfeit[20].

Ik meen ook dat bijv. de rov. 42 t/m 45 van HJEG 22 juni 1994 bepaald de indruk wekken dat het begrip 'toestemming' in dit verband niet ver mag worden 'opgerekt' voorbij de betekenis die men er ook in het dagelijks spraakgebruik aan zou geven. Andere aanwijzingen voor een niet-extensieve uitleg zijn te putten uit HJEG 17 mei 1988, Jur. 1988, p. 2605 e.v., i.h.b. de rov. 17 en 18. (In dit arrest werd beslist dat het feit dat de rechthebbende zelf videobanden van films binnen de EER heeft verkocht, niet legitimeert dat de verkrijgers die videobanden nu op commerciële schaal te huur aanbieden — zie ook HJEG 28 april 1998, Jur. 1998 I, p. 1953 e.v., rov. 16–19).

19 Ik merk nog op dat in de beide zaken die leiden tot de arresten HJEG 16 juli 1998, Jur. 1998 I, p. 4799 e.v., NJ 1999, 392 en HJEG 1 juli 1999 (het laatste arrest in

al. 10 hiervóór al aangehaald), waarin werd beslist dat art. 7 lid 1 van de Richtlijn voor het geharmoniseerde merkenrecht van de lidstaten zgn. 'Gemeenschapswijde' uitputting dwingend voorschrijft, in de lagere instanties was aangevoerd dat het feit dat de merkhouders producten (buiten de EER) in het verkeer had gebracht zonder een verbod van uitvoer naar de EER te bedingen, als impliciete toestemming voor het in het verkeer brengen binnen de EER moest worden aangemerkt. In het arrest van 1 juli 1999 stelt het HJEG dat ook vast, met de vermelding dat de verwijzende rechter al had geoordeeld dat dit onvoldoende was om toestemming van de kant van de merkhouders aan te nemen (rov. 11 van het arrest). De vraag of deze redenering valide is, was in beide zaken niet aan het HJEG voorgelegd; maar het feit dat het HJEG geen aanleiding heeft gezien om in zijn (jongere) arrest van het op dit punt weergegeven oordeel van de verwijzende rechter afstand te nemen, levert ook een bescheiden aanwijzing op dat het Hof dat oordeel inderdaad niet afwijst.

Daarom meen ik dat voorshands in de rede ligt dat de eerste stelling die het middel verdedigt — er moet 'toestemming' ten laste van de merkhouders aanwezig worden geacht als deze niet bepaalde geëigende maatregelen in het werk heeft gesteld om parallelimport tegen te gaan — niet juist is.

20 In chronologische volgorde is de tweede bij het HJEG aangehangige zaak waarin vragen aan de orde zijn die ook de zaak Etos/Dior raken, zaak nr. C 244/00, aangehangig krachtens verwijzing door het Duitse Bundesgerichtshof[21]. Volgens van de Persdienst van het HJEG verkregen informatie is in deze zaak nog geen datum voor de mondelinge behandeling bepaald. Ook de data van de conclusie en het arrest staan dus nog niet vast.

In die zaak is de aan het HJEG voorgelegde vraag, of het met de Verdragsregels inzake vrij goederenverkeer verenigbaar is, wanneer van de wederpartij van de merkhouders, als die (wederpartij) zich op uitputting in de zin van art. 7 van de Richtlijn beroept, wordt verlangd dat die aantoon of bewijst dat de betreffende goederen met toestemming van de merkhouders in de EER in het verkeer zijn gebracht.

Het antwoord op die vraag van Europees recht is — gegeven dat de uitleg van de betreffende regel van Beneluxrecht al blijkt uit BenGH 6 december 1999, zie al. 12 hiervóór — beslissend voor het tweede argument waarop middelonderdeel 2 berust.

21 Ook hier geldt intussen dat de aanwijzingen waarover wij thans beschikken, de indruk wekken dat de namens Dior verdedigde opvatting aannemelijker is dan de opvatting waar het middel op berust.

Een eerste reden om daar zo over te denken is opnieuw, dat de opvatting die Etos op het punt van de bewijslast verdedigt, in materieel opzicht de door het HJEG gevonden regel van 'Gemeenschapswijde' uitputting in belangrijke mate uitholt.

De hiervóór besproken bronnen geven aan dat de Richtlijn zo moet worden begrepen, dat de regels terzake van uitputting alleen opgeld doen voor producten die met de zegen van de merkhouders binnen de EER in het ver-

keer zijn gebracht. Dan is een uitleg die er materieel toe leidt dat toch aan producten die buiten de EER in het verkeer zijn gebracht niet, of slechts met buitenproportionele moeite, een halt kan worden toegevoerd, moeilijk verenigbaar met de strekking die de Richtlijn blijkbaar op het oog heeft. En in het licht van de problemen waar bewijslevering (ook) de merkhouder voor plaatst, zoals aangestipt in al. 8 en 9 hiervóór, ligt in de rede dat de door Etos verdedigde regel inderdaad het hier als niet-bedoeld bestempelde effect zou hebben.

22 Daar komt bij dat naar het merkenrecht van de lidstaten, zonder de Richtlijn daarbij te betrekken, meestal pleegt te worden aangenomen dat het de wederpartij van de merkhouder is, die moet aantonen dat aan de voorwaarden voor een door hem ingeroepen uitputting is voldaan[22]. Dan is nader onaannemelijk dat de Richtlijn zo moet worden uitgelegd dat die op dit punt — zonder daarvan met zoveel woorden blijk te geven — een afwijking van het tot dusver vrij algemeen aanvaarde uitgangspunt zou voorschrijven[23].

Ook overigens is rekening te houden met het hiervóór in al. 8 en 9 besprokene: het middel zoekt steun bij een eenzijdige waardering van de bewijsproblemen waarmee de merkhouder en diens wederpartij ieder geconfronteerd worden. Als men voor die eenzijdigheid een correctie aanbrengt, verliezen de argumenten waarmee het middel de daarin verdedigde opvatting ondersteunt een groot deel van hun overtuigingskracht.

Onderdeel 3 van het middel

23 In de verschillende (sub)onderdelen van middelonderdeel 3 betoogt Etos in een aantal varianten, dat wat omtrent de feiten vaststaat zou opleveren dat Dior in strijd handelt met de art. 28 en 30 EG Verdrag, en met art. 81 EG Verdrag. (Op art. 82, dat in zaken betreffende de intellectuele eigendom ook regelmatig wordt ingeroepen, wordt in deze zaak geen beroep gedaan. Daarover zal ik mij dus niet uitlaten).

Waar Etos zich beroept op de art. 28 en 30 EG Verdrag gaat het, als ik het goed zie, om dezelfde argumenten die in het verband van middelonderdeel 2 zijn besproken, met alleen dit verschil dat die nu in het verband van andere artikelen uit de Europese regelgeving worden verdedigd. Dit maakt voor de (on)gegrondheid van de betreffende argumenten geen noemenswaardig verschil: als het optreden van Dior spoort met art. 7 lid 1 van de Richtlijn zoals dat in de rechtspraak van het HJEG is uitgelegd, spoort het ook met de art. 28 en 30 EG Verdrag. In de rechtspraak van het HJEG is immers steeds zorgvuldig onder ogen gezien dat 'lagere' communautaire regelgeving niet strijdig mag zijn met de bepalingen van het EG Verdrag zelf, en is bij de uitleg van art. 7 lid 1 van de Richtlijn dus ook rekening gehouden met de art. 28 en 30 EG Verdrag. Bovendien is de Richtlijn tot stand gebracht als maatregel ter verbetering van de werking van de interne markt. In de rechtspraak van het HJEG betreffende de uitleg van de Richtlijn heeft die doelstelling steeds als belangrijk oriëntatiepunt gediend[24].

Er is daarom onvoldoende ruimte om rekening te houden met de mogelijkheid dat het standpunt dat Dior verdedigt, aangenomen dat dat spoort met de juiste uit-

leg van art. 7 lid 1 van de Richtlijn, toch in botsing zou kunnen komen met de art. 28 of 30 van het Verdrag.

24 Met betrekking tot Etos' beroep op art. 81 EG Verdrag kan ik slechts beamen wat het hof in rov.13 (daar waar dit cijfer de eerste keer gebruikt wordt) van het bestreden arrest heeft overwogen: Etos heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld om de basis te vormen voor een onderzoek naar de mogelijke toepasselbaarheid van dit verdragsartikel.

25 Wat Etos op de in middelonderdeel 3.4 aangehaalde plaats gesteld heeft, komt erop neer dat het door Dior toegepaste distributiesysteem de mogelijkheid in zich bergt om met betrekking tot producten die daadwerkelijk met Dior's toestemming in de EER in het verkeer waren gebracht, aanspraken op grond van merkenrecht geldend te maken.

Die stelling moet berusten op de hypothese dat Dior in zo'n geval (naar in de rede ligt: tegen beter weten in) zou aanvoeren dat het om buiten de EER (en zonder nadere toestemming met het oog op in het verkeer brengen binnen de EER) in het verkeer gebrachte producten gaat, en er dan op zou vertrouwen dat de door Etos benadrukte bewijsmoeilijkheden het de parallel-importeur of diens afnemer onmogelijk zullen maken om deze (in de hier gevolgde hypothese dus: onware) pretentie te ontzenuwen.

26 Etos heeft echter inderdaad niet gesteld dat Dior zich aan deze handelwijze schuldig zou maken (het is gebleven bij het zinspelen op die mogelijkheid); en Etos heeft dus al helemaal geen concrete gegevens gesteld die aanwijzingen zouden kunnen opleveren dat Dior inderdaad bij een dergelijke (uiteraard: onaannembare) handelwijze betrokken zou zijn.

In deze zaak stond bovendien vast dat de bij Etos aangetroffen producten niet voor het eerst binnen de EER in het verkeer waren gebracht, maar dat die naar Argentinië waren gegaan — gegevens waardoor er nog eens te minder aanleiding bestond om op de door Etos geopperde hypothese verder in te gaan.

Bij die stand van zaken lijkt mij de vaststelling dat Etos onvoldoende gesteld had om een verder onderzoek naar mogelijke schending van art. 81 EG Verdrag te rechtvaardigen, zo niet de enig juiste, dan toch een bij uitstek begrijpelijke.

27 Ik wil niet onvermeld laten dat mij ook niet juist lijkt dat een handelwijze zoals hiervóór in alinea's 25 en 26 voor mogelijk gehouden, gemakkelijk en straffeloos zou kunnen worden gepraktiseerd, en dat derden die daarvan de dupe worden daartegen eigenlijk machteloos zouden staan. Die indruk roept Etos in haar verdediging van het hier besproken argument wel op, maar die indruk lijkt mij, als gezegd, niet te billijken. Het hiervóór als hypothese beschreven gedrag van een organisatie als Dior zou, als daar werkelijk sprake van was, kunnen worden onderzocht en gecorrigeerd door de met handhaving van het mededingingsrecht belaste autoriteiten, waaronder de Europese Commissie; en het lijkt mij bij uitstek aannemelijk dat die autoriteiten ook tegen een ergerlijk misbruik zoals dat waarvan in deze hypothese sprake is, zouden optreden, als de gedupeerden aanwijzingen voor het bestaan van dit misbruik

zouden kunnen aandragen. Zulke aanwijzingen zouden die gedupeerden tenslotte, ook in het licht van het hiervóór in al. 8 besprokene, gewoonlijk wel moeten kunnen 'aanleveren'.

Ook daarom vind ik het verre van onbegrijpelijk dat het hof in het bestreden arrest niet op deze niet nader gesubstantieerde hypothese van Etos is ingegaan. Dat de rechter in kort geding niet verplicht is om dergelijke niet of nauwelijks onderbouwde hypothesen nader te onderzoeken, blijkt bijvoorbeeld uit HR 21 april 1995, NJ 1996, 462 m.nt. DWFV, rov. 3.3.5.

28 Middelonderdeel 3.5 voert nog aan dat de arresten HJEG 22 juni 1994, NJ 1995, 480 m.nt. DWFV (zie al. 18 hiervóór) en HJEG 20 maart 1997, NJ 1998, 379 een ander licht op de zaak zouden werpen. Dat is echter niet zo. Deze arresten betreffen de vraag, wanneer producten die voor het eerst binnen de EER in het verkeer zijn gebracht, geacht mogen worden daar met toestemming van de houder van daarop betrekking hebbende rechten van intellectuele eigendom in het verkeer te zijn gebracht. Uit die arresten blijkt (inderdaad) dat dat ook het geval kan zijn als het in het verkeer brengen werd bewerkstelligd door met de rechthebbende verbonden ondernemingen, waartoe o.a. licentienemers en distributeurs zijn te rekenen.

In de onderhavige zaak gaat het daarentegen om de vraag, wanneer ten aanzien van producten die voor het eerst buiten de EER in het verkeer zijn gebracht, mag worden aangenomen dat de rechthebbende toestemming heeft gegeven om die ook binnen de EER in het verkeer te brengen. Daarvoor is het, blijkens de hiervóór besproken rechtsbronnen, niet voldoende dat het in het verkeer brengen buiten de EER is gedaan door de rechthebbende zelf of door met hem verbonden ondernemingen, maar moet (tevens) blijken van toestemming van die rechthebbende (of eventueel van met hem verbonden ondernemingen) om die producten vervolgens ook weer binnen de EER in het verkeer te brengen[25]. En die toestemming mag niet worden verondersteld of aangenomen, alleen op grond van de door Etos opgesomde omstandigheden, die er alle op neerkomen dat de rechthebbende bepaalde stappen achterwege heeft gelaten die de invoer naar de EER (kunnen) beletten of bemoeilijken. De kern van Etos' betoog laat zich samenvatten in de slagzin 'wie niet verbiedt, staat toe'. Dat betoog vindt (ook) in de hier aangehaalde arresten geen steun, als het om voor het eerst buiten de EER in omloop gebrachte producten gaat.

29 Zo kom ik terug op een punt dat ik al eerder bereikte: nl. de bevinding dat de juridische stellingen die Dior in deze zaak verdedigt mij aannemelijker toeschijnen dan de tegengestelde standpunten die Etos betreft.

Dat zou allicht leiden tot de conclusie dat het cassatieberoep verdient te worden verworpen. De vraag moet echter nog onder ogen worden gezien of dat aangewezen is, ofschoon in deze zaak vragen van Europees recht aan de orde zijn die — althans volgens sommige van de daarbij betrokken rechterlijke autoriteiten[26]— nog nadere uitleg behoeven.

30 Art. 234 van het EG Verdrag verplicht de hoogste rechterlijke instanties van de lidstaten om in zaken

waarin nog onopgehelderde vragen van Europees recht aan de orde zijn, die vragen ter prejudiciële beoordeling aan het HJEG voor te leggen. De ratio van die bepaling is duidelijk: hij waarborgt de eenvormige ontwikkeling en toepassing van het Europese recht en voorkomt een 'autonome' ontwikkeling van jurisprudentie in de verschillende lidstaten[27]. Er zijn dan ook wezenlijke belangen mee gediend, dat aan deze bepaling de hand wordt gehouden.

31 De bepaling is echter niet toepasselijk als de betreffende procedure een kort geding is, en de daarin aan de orde zijnde vragen van Europees recht ook in de procedure ten gronde nog volledig beoordeeld kunnen worden[28]. Dat geval doet zich hier voor. In dat geval moet de rechter aan de hand van beleidsoverwegingen beoordelen, of prejudiciële verwijzing naar het HJEG aangewezen is.

Ik meen dat dat in de onderhavige zaak tot een voor Etos negatieve uitkomst leidt. De redenen daarvoor kwamen hiervóór al aan de orde: voorshands lijkt het door Dior verdedigde standpunt bepaald aannemelijker dan het tegengestelde standpunt; en er zijn al vragen van uitleg over dezelfde of over nauw verwante problemen bij het HJEG aanhangig, zodat met verwijzing geen wezenlijke belangen op het gebied van de ontwikkeling van het Europese recht gediend zijn[29].

Bovendien geldt de bijzonderheid dat het BenGH in het arrest van 6 december 1999 uitspraken heeft gedaan die de in deze zaak aan de orde zijnde vragen voldoende verduidelijken, er klaarblijkelijk van uit gaand dat die vragen geen nadere uitleg van het Europese recht nodig maakten. Men kan zich afvragen of de Hoge Raad verplicht is om zich aan een dergelijke beslissing van het BenGH te conformeren — in elk geval lijkt het mij in een zaak als deze de aangewezen 'beleids optie' om dat wél te doen.

Dat alles levert op dat naar de huidige stand van het recht[30] Dior een legitieme aanspraak had op de voorlopige voorziening die zij in deze zaak heeft gevorderd, en dat (althans) in cassatie kan worden vastgesteld dat het hof Dior's vordering zonder miskenning van het recht of van zijn taak als (kort geding-) appelrechter heeft kunnen toewijzen.

Conclusie

Ik concludeer daarom tot verwerping van het cassatieberoep.

Voetnoot

[1] Zo'n systeem bestaat erin dat de producten alleen via een beperkt aantal daartoe door (of vanwege) de producent uitgezochte afzetkanalen aan het publiek worden aangeboden. Een dergelijk systeem voorziet gewoonlijk, en ook in dit geval, in contractuele beperkingen, zodat de handelaren aan wie de leverancier de producten levert, die producten niet zullen (door)leveren aan niet tot het systeem toegelaten 'buitenstaanders'. [2] Rov. 5 van het bestreden arrest, in cassatie in zoverre niet bestreden. [3] Daarmee wordt bedoeld: het gebied van de landen die partij zijn bij de Overeenkomst betreffende de Europese Economische Ruimte

van 2 mei 1992, Pb. 1994 L 1, p. 3 e.v.[4]De wetstekst spreekt van de Gemeenschap, maar het vormt geen punt van discussie dat de werking van de bepaling zich inmiddels tot de EER uitstrekt. Ik zal hierna telkens van de 'EER' spreken, ook als het gaat om (oudere) teksten en vindplaatsen waarin (nog) naar de 'Gemeenschap' wordt verwezen.[5]Vóór de recente vernumming van de Verdragsartikelen waren dit de art. 30 en 36. Ik zal hierna van de huidige nummering uitgaan. Oudere literatuur en rechtspraak gebruiken natuurlijk de destijds geldende nummering.[6]Voorheen art. 85. Ook hier zal ik verder de huidige nummering (blijven) gebruiken.[7]Bij dagvaarding van 28 maart 2000, dus binnen de termijn van art. 295 lid 4 Rv.[8]De literatuur waarnaar de partijen in hun toelichtingen hebben verwezen geeft daar een representatieve indruk van, zie bijv. Verkade, SEW 1997, p. 304 e.v., het artikel van Mok in BIE 1997 p. 39 e.v. waarnaar Verkade t.a.p. verwijst, en de door Verkade t.a.p. in voetnoten 4, 21 en 26 aangehaalde publicaties. Zie bijv. ook Plv. A- G Leclercq in NJ 2000, 182, voetnoot 9 op p. 1209.[9]Natuurlijk begrijp ik dat daarmee bezwaren van andere aard verbonden kunnen zijn. Als de oorsprong van door parallelimport verkregen goederen aan het licht komt kan de merkhouder stappen nemen om verdere levering via dat kanaal onmogelijk te maken. Het is daarom heel goed te begrijpen dat parallelimporteurs ertegen opzien om hier openheid van zaken te geven; maar dat neemt niet weg dat zij niet in de 'diabolische' bewijspositie verkeren die Etos in deze zaak schetst; zie hierover ook rov. 21 van het in al. 12 e.v. nader te bespreken arrest BenGH 6 december 1999, NJ 2000, 182.[10]Het ligt enigszins in de rede dat in gevallen van parallelimport van producten uit een 'gesloten' verkooporganisatie, degenen die daarvoor verantwoordelijk zijn niet graag met de waarheid voor de dag komen. Voorbeelden van minder dan volmaakte oprechtheid in dit opzicht, komen regelmatig in de rechtspraak aan de orde — zie voor zo'n voorbeeld HR 13 januari 1984, NJ 1986, 455 (zie m.n. rov. 2 t/m 7 van het arrest a quo).[11]Richtlijn EEG/89/104 van 21 december 1988, Pb. 1988 L 440, p. 1 e.v. — hierna kortweg aan te duiden als 'de Richtlijn'. [12]Zie over dit arrest bijv. Schmutzer, Bb 2000, p. 54 e.v.[13]Zie voor voorbeelden (afgezien van de bekende zaak Dior/Evora, zie o.a. HJEG 4 november 1997, NJ 2001, 132; BIE 1998 nr. 41 m.nt. Ste; IER 1997 nr. 55, en BenGH 16 december 1998, NJ 2001, 133 m.nt. Spoor onder nr. 134): Hof Den Haag 7 september 2000, IER 2001 nr.2; Pres. Rb. Den Haag 3 april 1998, BIE 1999 nr. 20, IER 1998 nr. 24; Rb. Breda 31 juli 1990, NJ 1992, 536; Hof Amsterdam 1 mei 1986, BIE 1987 nr. 27.[14]Zie, naast andere bronnen, Hugenholtz — Heemskerk, Hoofdlijnen van Nederlands Burgerlijk Procesrecht (1998), p. 132; Snijders — Ynzonides — Meijer, Nederlands burgerlijk procesrecht (1997), p. 284; Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), Punt, boek I, art. 289–290, aant. 10 (p. I-721 e.v.).[15]Opmerkelijk is, dat het BenGH zelf geen aanleiding heeft gezien om in de procedure waarin dit arrest gewezen werd, vragen van uitleg aan het HJEG voor te leggen (waartoe het BenGH in voorkomend

geval verplicht is, zie het reeds aangehaalde arrest HJEG 4 november 1997, NJ 2001, 132; BIE 1998 nr. 41 m.nt. Ste; IER 1997 nr. 55, rov. 26). Klaarblijkelijk vond het BenGH de relevante regels van Europees recht zodanig duidelijk dat die niet de ruimte voor twijfel lieten, die het voorleggen van prejudiciële vragen aan het HJEG rechtvaardigt. Plv. A- G Leclercq had vóór dit arrest ook in die zin geconcludeerd (al. 4 van zijn conclusie). De in al. 16 e.v. hierna te bespreken procedures laten echter zien dat men daar ook anders over kan denken.[16]De officieuze tekst van de conclusie werd opgevraagd via Fout! Bladwijzer niet gedefinieerd. Inmiddels is ook de officiële tekst van de conclusie vrijgegeven.[17]Zie vooral nrs. 95–100 en 123, sub al. 3 van de conclusie.[18](M.i. weinig steekhoudende) kritiek op de conclusie geeft Cushley, EIPR 2001, p. 397 e.v.[19]Zo kan het ter beschikking stelling van producten met de bedoeling dat de afnemer de gelegenheid krijgt de ter beschikking gestelde producten in de EER in het verkeer te brengen (de door het BenGH gegeven maatstaf), niet op één lijn worden gesteld met (andere) gesties die afstand opleveren van het recht om daarop toezicht te houden.[20]De licentie of het daarmee te vergelijken rechtsfeit moet dan natuurlijk wel zien op het in het verkeer brengen in de EER. Een licentie om de producten onder het merk in — bijvoorbeeld — Argentinië te produceren en verhandelen, heeft het hier bedoelde effect dus niet.[21]Zie Pb. 2000 C 247, p. 21/22.[22]Dat blijkt voor de Benelux uit het al herhaaldelijk aangehaalde arrest BenGH 6 december 1999; zie verder voor Duitsland het (verwijzing)arrest van het BGH, GRUR 2000, p. 879 e.v.; voor Engeland het verwijzingsvonnis in de zaak C 414/99, zoals blijkt uit EIPR 2000 p. 355, bij voetnoot 49 en 56; maar zie ook bij voetnoot 50. De Engelse publicatie suggereert overigens dat de bewijslast volgens de Engelse regels wel eens een beperkte zou kunnen zijn.[23]Etos kan hier echter met recht tegenwerpen dat dat niet in dezelfde mate geldt, als het gaat om de art. 28 en 30 van het Verdrag.[24]Als voorbeelden kunnen dienen de rov. 24 t/m 27 van het arrest HJEG 16 juli 1998, zoals in al. 19 hiervóór aangehaald; zie ook HJEG 11 juli 1996, NJ 1997, 129 m.nt. DWFV onder nr. 130, rov. 40 e.v.[25]Zie ook het in voetnoot 20 opgemerkte.[26]Ik verwijs naar voetnoot 15.[27]Zie over de strekking van art. 234 bijvoorbeeld Kapteijn — VerLoren van Themaat, Inleiding tot het recht van de Europese Gemeenschappen (1995), p. 305 e.v. en Lenaerts en Arts, Europees procesrecht (1999), p. 82 e.v.[28]Zie bijv. Lenaerts en Arts t.a.p.[29]Zie bijv. ook HR 19 juni 1998, NJ 1999, 219 m.nt. TK, rov. 3.3.[30]Als het HJEG voordat de Hoge Raad arrest wijst, zich zou uitspreken in een zin die niet met de hiervóór verdedigde uitgangspunten spoort — wat zich, althans voor wat betreft de 'timing', geredelijk laat denken in de zaken C/414–416, zie al.16 hiervóór — komen de verhoudingen natuurlijk anders te liggen.