

Hoge Raad, 22 september 2006, Kruidvat v Lancôme cs



EUROPEES MEDEDINGINGSRECHT

Selectieve distributie – geen afscherming nationale markten – parallel import

Het Hof heeft vastgesteld dat het selectieve distributiesysteem van Lancôme c.s. de erkende wederverkopers uit de EER vrij laat de producten onderling te verhandelen. In die vaststelling ligt besloten dat het distributiesysteem van Lancôme c.s. de erkende wederverkopers in de EER niet belemmert aan eindgebruikers in hun land producten te verkopen die zij van erkende wederverkopers in een ander land in de EER hebben gekocht. De uitleg van de desbetreffende bepalingen van het dépositaire-contract is aan het Hof voorbehouden.

Vindplaatsen: LJN: [AX3069](#)

Hoge Raad, 22 september 2006

(D.H. Beukenhorst, P.C. Kop, J.C. van Oven, E.J. Numann en W.A.M. van Schendel)

in de zaak van:

KRUIDVAT RETAIL B.V.,

gevestigd te Renswoude,

EISERES tot cassatie,

advocaten: mrs. H.A. Groen en T.F.E. Tjong Tjin Tai,

t e g e n

1. de vennootschap naar Frans recht LANCÔME PARFUMS ET BEAUTÉ ET CIE, Société en nom collectif, gevestigd te Parijs, Frankrijk,

2. de vennootschap naar Frans recht JEAN CACHAREL S.A., gevestigd te Parijs, Frankrijk,

3. de vennootschap naar Frans recht L'OREAL S.A., gevestigd te Parijs, Frankrijk,

4. de vennootschap naar Frans recht LES PARFUMS CACHAREL ET CIE, Société en nom collectif, gevestigd te Parijs, Frankrijk,

5. [Verweerster 5],
wonende te [woonplaats], Frankrijk,

6. de vennootschap naar Frans recht PARFUMS PALOMA PICASSO ET CIE, Société en nom collectif, gevestigd te Parijs, Frankrijk,

7. [Verweerster 7],
wonende te [woonplaats], Frankrijk,

8. L'OREAL LUXE PRODUCTEN NEDERLAND B.V., voorheen genaamd Parfums & Beauté Nederland B.V.,

gevestigd te Weesp,

VERWEERSTERS in cassatie,

advocaten: mrs. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt en G. van der Wal.

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweersters in cassatie - verder afzonderlijk te noemen: Lancôme, Cacharel, L'Oréal, Cacharel et Cie, [verweerster 5], Paloma Picasso et Cie, [verweerster 7], P&B Holding en Parfums & Beauté, dan wel gezamenlijk: Lancôme c.s. - hebben bij exploit van 11 oktober 1996 eiseres tot cassatie, alsmede Evora B.V., gevestigd te Renswoude en Trademax Europa B.V., gevestigd te Oosterhout - verder afzonderlijk te noemen: Kruidvat, Evora en Trademax, dan wel gezamenlijk: Kruidvat c.s. - gedagvaard voor de rechtbank te Utrecht en na vermeandering van eis gevorderd bij vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1 Kruidvat c.s. te verbieden met ingang van de datum van het in deze te wijzen vonnis van de verpakkingen van de Lancôme- en/of Cacharel- en/of Paloma Picasso-producten het cellofaan en/of de codering en/of de identificatienummers te verwijderen of te beschadigen en/of daartoe aan derden opdracht te verlenen, alsmede Kruidvat c.s. te verbieden Lancôme- en/of Cacharel- en/of Paloma Picasso-producten te verkopen, dan wel te koop aan te bieden of in voorraad te hebben waarvan de verpakking is beschadigd en/of gewijzigd door verwijdering van de codering en/of identificatienummers en/of waarop deze nummers onleesbaar zijn gemaakt en/of waarvan de originele cellofaanverpakking is verwijderd, beschadigd, of vervangen onder verbeurte van een dwangsom van f 1.000,- voor iedere overtreding, zullende als overtreding worden aangemerkt de verkoop en het in voorraad hebben van een kleinhandelsverpakking van een van de Lancôme-producten, respectievelijk van de Cacharel- of Paloma Picasso-producten, waarvan het cellofaan is verwijderd of beschadigd en/of de codering en/of identificatienummers zijn verwijderd of beschadigd des dat de dwangsom wordt verbeurd aan Lancôme ten aanzien van de Lancôme-producten, aan L'Oréal ten aanzien van de Cacharel-producten en aan Paloma Picasso et Cie ten aanzien van de Paloma Picasso-producten;

2 Kruidvat c.s. ieder afzonderlijk te bevelen om binnen tien dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis aan Parfums & Beauté te verschaffen een lijst met de namen en adressen van de personen die gedurende de afgelopen 36 maanden Lancôme- en/of Cacharel- en/of Paloma Picasso-producten als bedoeld sub (1) aan Kruidvat c.s. hebben geleverd, met specificatie van de geleverde referenties en aantallen, onder verbeurte van een dwangsom door ieder van Kruidvat c.s. aan Lancôme ten aanzien van de Lancôme-producten, aan L'Oréal ten aanzien van de Cacharel-producten en aan Paloma Picasso et Cie ten aanzien van de Paloma Picasso-producten van f 10.000,- voor iedere dag gedurende welke Kruidvat c.s. ieder afzonderlijk in gebreke zullen zijn volledig aan dit bevel te voldoen;

3 Evora te verbieden om Lancôme-, Cacharel- en Paloma Picasso-producten te verkopen dan wel te koop

aan te bieden, of in voorraad te hebben, onder verbeurte van een dwangsom van f 1.000,-- voor iedere overtreding, zullende als een overtreding worden aangemerkt de verkoop, het ten verkoop aanbieden en het in voorraad hebben van een kleinhandelsverpakking van één van de Lancôme-, respectievelijk Cacharel- of Paloma Picasso-producten, des dat de dwangsom verbeurd wordt aan Lancôme ten aanzien van de Lancôme-producten, aan L'Oréal ten aanzien van de Cacharel-producten en aan Paloma Picasso et Cie ten aanzien van de Paloma Picasso-producten;

4 Kruidvat c.s. te verbieden met ingang van de datum van het in deze te wijzen vonnis te verkopen, dan wel te koop aan te bieden of in voorraad te hebben Lancôme-en/of Cacharel- en/of Paloma Picasso-producten die niet door of met toestemming van de respectievelijke houders van de merkrechten in de Europese Economische Ruimte in het verkeer zijn gebracht, onder verbeurte van een dwangsom van f 1.000,-- voor iedere overtreding, zullende als overtreding worden aangemerkt de verkoop en het in voorraad hebben van een kleinhandelsverpakking van een van de Lancôme-producten, respectievelijk van de Cacharel- of Paloma Picasso-producten, waarvan Kruidvat c.s. niet kunnen aantonen dat deze door of met toestemming van de merkhouders in de EER in het verkeer gebracht, althans waarvan de codering en/of identificatienummers zijn verwijderd waardoor de merkhouders niet (langer) in staat zijn vast te stellen of de producten rechtmatig in de EER in het verkeer zijn gebracht, des dat de dwangsom wordt verbeurd aan Lancôme ten aanzien van de Lancôme-producten aan L'Oréal ten aanzien van de Cacharel-producten en aan Paloma Picasso et Cie ten aanzien van de Paloma Picasso-producten;

5 Kruidvat c.s. te veroordelen in de kosten van deze procedure.

[Verweerster 7] heeft een incidentele conclusie tot voeging aan de zijde van Lancôme genomen.

Na referentie aan de zijde van Kruidvat c.s. en met instemming van de kant van Lancôme c.s. heeft de rechtbank na een tussenvonnis van 28 mei 1997 bij eindvonnis van 6 augustus 1997 [verweerster 7] in het incident in deze procedure als gevoegde partij aan de zijde van Lancôme c.s. toegelaten en de hoofdzaak naar de rol verwezen voor voortprocederen.

Vervolgens heeft [verweerster 7] geconcludeerd voor eis overeenkomstig de hierboven vermelde vorderingen.

Kruidvat c.s. hebben de vorderingen bestreden.

De rechtbank heeft bij vonnis van 19 november 1997:

1. Kruidvat c.s. verboden met ingang van de vijfde dag na betekening van dit vonnis de verpakkingen van de Lancôme- en/of Cacharel- en/of Paloma Picasso-producten dusdanig te decoderen dat daarop een lange witte rechthoek achterblijft of dat daarop een witte sticker wordt geplakt en/of daartoe aan derden opdracht te verlenen;

2. Kruidvat c.s. verboden met ingang van de vijfde dag na betekening van dit vonnis Lancôme- en/of Cacharel- en/of Paloma Picasso-producten te verkopen dan wel te koop aan te bieden of in voorraad te hebben waarvan

op de verpakking een lange witte rechthoek of witte sticker zichtbaar is;

3. verstaan ten aanzien van Lancôme, Cacharel, L'Oréal, Cacharel et Cie, P&B Holding en Parfums & Beauté dat de onder 1. en 2. gegeven verboden ten aanzien van de Lancôme- en Cacharel-producten aan Kruidvat en Trademax zijn opgelegd voor zover artikel 50 lid 6 van het TRIPS-Verdrag rechtstreekse werking heeft en voorzover de Nederlandse voorziening op de voet van artikel 289 Rv. in kort geding gegeven een voorlopige maatregel is in de zin van genoemd artikel 50 lid 6;

4. bepaald dat Kruidvat c.s. met ingang van de vijfde dag na betekening van dit vonnis een dwangsom zullen verbeuren van f 1.000,-- voor iedere overtreding van het onder 2. gegeven verbod, zullende als overtreding worden aangemerkt de verkoop en het in voorraad hebben van een van de Lancôme-producten respectievelijk van de Cacharel- of Paloma Picasso-producten waarop een lange witte rechthoek of witte sticker zichtbaar is, des dat de dwangsom wordt verbeurd aan Lancôme ten aanzien van de Lancôme-producten, aan L'Oréal ten aanzien van de Cacharel-producten en aan Paloma Picasso et Cie ten aanzien van de Paloma Picasso-producten;

5. bepaald dat boven een bedrag van f 10.000.000,-- geen dwangsommen verbeurd zullen worden;

6. bepaald dat deze dwangsom vatbaar is voor matiging, voor zover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, zulks mede in aanmerking genomen de mate waarin aan de veroordeling is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding;

7. Kruidvat c.s. verboden met ingang van de vijfde dag na betekening van dit vonnis te verkopen dan wel te koop aan te bieden of in voorraad te hebben Lancôme-en/of Cacharel- en/of Paloma Picasso-producten die na 31 december 1995 niet door of met toestemming van de merkhouders onder Lancôme c.s. in de EER in het verkeer zijn gebracht;

8. dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad verklaard;

9. de kosten van deze procedure (alsmede de in het incident tot voeging gevallen kosten) tussen partijen in die zin gecompenseerd dat iedere partij de eigen kosten draagt, en

10. het meer of anders gevorderde afgewezen.

Tegen het vonnis hebben Lancôme c.s. hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. Kruidvat heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 14 oktober 2004, NJ 2005, 122 heeft het hof het bestreden vonnis vernietigd met uitzondering van de beslissingen onder 1, 2, 4 en 7, die zijn bekrachtigd, en voor zover het bestreden vonnis is vernietigd, heeft het hof, opnieuw rechtdoende:

- (in aanvulling op de beslissingen onder 1, 2 en 4 van het bestreden vonnis) Kruidvat verboden ten aanzien van Lancôme, Cacharel, L'Oréal, Picasso, Cacharel et Cie, Picasso & Cie en Parfums & Beauté om vanaf tien dagen na de betekening van dit arrest:

* van de verpakkingen van Lancôme-, Cacharel- en Paloma Picasso-producten het cellofaan en/of de codering en/of identificatienummers te verwijderen of te beschadigen en/of daartoe aan derden opdracht te verlenen,

* alsmede deze parfumerieproducten te verkopen, dan wel te koop aan te bieden of in voorraad te hebben waarvan de verpakking is beschadigd en/of gewijzigd door verwijdering van de codering en/of identificatienummers en/of waarop deze nummers onleesbaar zijn gemaakt en/of waarvan de originele cellofaanverpakking is verwijderd, beschadigd, of vervangen,

* een en ander met inachtneming van hetgeen onder 4.24 van dit arrest is overwogen en onder verbeurte van een dwangsom van € 453,78 (f 1.000,--) voor iedere overtreding,

* waarbij als overtreding zal worden aangemerkt de verkoop en het in voorraad hebben van een kleinhandelsverpakking van een van de Lancôme-producten, respectievelijk van de Cacharel- of Paloma Picasso-producten waarvan het cellofaan is verwijderd of beschadigd en/of de codering en/of identificatienummers zijn verwijderd of beschadigd,

* en waarbij de dwangsom ten aanzien van Lancôme-producten zal worden verbeurd aan Lancôme, ten aanzien van de Cacharel-producten aan L'Oréal en ten aanzien van de Paloma Picasso-producten aan Picasso et Cie;

- (eveneens in aanvulling op de beslissingen onder 1, 2 en 4 van het bestreden vonnis) Kruidvat verboden ten aanzien van [verweerster 7] om vanaf tien dagen na de betekening van dit arrest:

* van de verpakkingen van de Cacharel-producten Anaïs Anaïs, Lou Lou en Eden de codering en/of identificatienummers te verwijderen of onzichtbaar te maken op zodanige wijze dat daardoor de verpakking wordt beschadigd en/of daartoe aan derden opdracht te verlenen,

* alsmede de zojuist genoemde parfumerieproducten te verkopen, dan wel te koop aan te bieden of in voorraad te hebben waarvan de verpakking op de zojuist vermelde wijze is beschadigd,

* een en ander onder verbeurte van een dwangsom van € 453,78 (f 1.000,--) voor iedere overtreding,

* waarbij als overtreding zal worden aangemerkt de verkoop en het in voorraad hebben van een kleinhandelsverpakking van een van de zojuist genoemde Cacharel-producten waarvan van de verpakking de codering en/of het identificatienummer is verwijderd of onzichtbaar gemaakt op zodanige wijze dat daardoor de verpakking is beschadigd;

* en waarbij de dwangsom zal worden verbeurd aan L'Oréal;

- Kruidvat bevolen om binnen tien dagen na betekening van het in deze te wijzen arrest ten behoeve van Lancôme, Cacharel, L'Oréal en Picasso aan Parfums & Beauté een lijst met namen en adressen te verschaffen:

* van de personen die vanaf 11 oktober 1993 parfumerieproducten als bedoeld in sub 1 van de appeldagvaarding aan Kruidvat hebben geleverd,

* alsmede van de personen die aan Kruidvat parfumerieproducten hebben geleverd die na 31 december 1995

niet door of met toestemming van Lancôme c.s. in de EER in het verkeer zijn gebracht,

* een en ander met specificatie van de geleverde referenties en aantallen en onder verbeurte van een dwangsom van € 4.537,80 (f 10.000,--) voor iedere dag gedurende welke Kruidvat in gebreke zal zijn volledig aan dit bevel te voldoen, waarbij de dwangsom ten aanzien van Lancôme-producten zal worden verbeurd aan Lancôme, ten aanzien van Cacharel-producten aan L'Oréal en ten aanzien van de Paloma Picasso-producten aan Picasso & Cie;

- aan het door de rechtbank in het bestreden vonnis onder 7 opgelegde verbod een dwangsom van € 453,78 (f 1.000,--) verbonden voor iedere overtreding,

* waarbij als overtreding zal worden aangemerkt de verkoop en het in voorraad hebben van een kleinhandelsverpakking van een van de Lancôme-producten, respectievelijk van Cacharel- of Paloma Picasso-producten, waarvan Kruidvat niet kan aantonen dat deze door of met toestemming van de merkhouder in de EER in het verkeer zijn gebracht,

* en waarbij de dwangsom ten aanzien van Lancôme-producten wordt verbeurd aan Lancôme, ten aanzien van Cacharel-producten aan L'Oréal en ten aanzien van de Paloma Picasso-producten aan Picasso & Cie;

- bepaald dat boven een bedrag van € 4.537.802,16 (f 10.000.000,--) geen dwangsommen verbeurd zullen worden, waaronder begrepen eventuele uit hoofde van het bestreden vonnis verbeurde dwangsommen;

- de kosten van de procedure in eerste aanleg (alsmede de in het incident tot voeging gevallen kosten) tussen partijen in die zin gecompenseerd dat iedere partij de eigen kosten draagt;

- Kruidvat verwezen in de kosten van zowel het principaal als het incidenteel hoger beroep;

- dit arrest uitvoerbaar bij voorraad verklaard, en

- het meer of anders gevorderde afgewezen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft Kruidvat beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Lancôme c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten. De conclusie van de Advocaat-Generaal J.L.R.A. Huydecoper strekt tot verwerping van het beroep, met precisering als aan het slot van alinea 54 onder d) van deze conclusie is aangegeven.

De advocaten van Kruidvat hebben bij brief van 24 mei 2006 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Lancôme is houdster van de bij het Benelux-Merkenbureau ingeschreven rechten op de merken Lancôme, Niosôme en Trésor voor onder meer de warenklasse 3 (parfumerieën, eaux de toilette en andere cosmetische en schoonheidsproducten).

(ii) Cacharel is krachtens internationale merkinschrijving houdster van het recht op het merk Cacharel voor onder meer de warenklasse 3.

(iii) L'Oréal is krachtens internationale merkinschrijvingen houdster van rechten op de merken Anaïs Anaïs, Lou Lou en Eden voor onder meer de warenklasse 3.

(iv) Cacharel et Cie is houdster van de rechten van de formules voor de bereiding van de producten die onder de merken Cacharel, Anaïs Anaïs, Lou Lou en Eden worden verkocht.

(v) Picasso is krachtens internationale merkinschrijving houdster van de rechten op het merk Paloma Picasso voor onder meer de warenklasse 3.

(vi) Picasso et Cie is houdster van de rechten van de formules voor de bereiding van de producten die onder het merk Paloma Picasso worden verkocht.

(vii) P & B is de algemene vertegenwoordiger in Nederland van Lancôme, Cacharel et Cie en Picasso et Cie en als zodanig belast met de opbouw en handhaving van de Lancôme-, Cacharel- en Paloma Picasso- verkooporganisaties in Nederland.

(viii) Parfums & Beauté is door P & B belast met de verkoop en distributie van de Lancôme-, Cacharel- en Paloma Picasso-producten in Nederland.

(ix) Lancôme, Cacharel et Cie en Picasso et Cie laten de van hen afkomstige parfumerie-artikelen in de handel brengen door middel van hun gesloten, zelfstandige en onderling verschillende verkooporganisaties (selectieve distributie), die zich uitstrekken over de gehele Europese Unie, en ook daarbuiten. In het kader van dit distributiesysteem stellen Lancôme, Cacharel et Cie en Picasso et Cie kwalitatieve eisen aan de door hen erkende wederverkopers, die de desbetreffende merkartikelen krachtens de met hen gesloten dépositairecontracten slechts mogen doorverkopen binnen de keten van wederverkopers, respectievelijk slechts aan eindverbruikers voor hun persoonlijke behoeften. Teneinde Lancôme, Cacharel et Cie en Picasso et Cie tot controle in staat te stellen zijn die wederverkopers jegens hun Nederlandse vertegenwoordiger Parfums & Beauté contractueel verplicht desgevraagd hun boeken voor onderzoek door accountants ter beschikking te stellen.

(x) Ter controle op de naleving van voormelde verkoopverplichtingen worden de Lancôme-, Cacharel en Paloma Picassoproducten door een streepjescode gecodeerd per product per wederverkoper.

(xi) Kruidvat exploiteert een keten van drogisterijen in geheel Nederland. Geen van die verkooppunten behoort tot de onder (ix) bedoelde wederverkopers.

(xii) Van de door Kruidvat verkochte producten waren alle zichtbare codes, waaronder in het bijzonder de hiervoor onder (x) bedoelde streepjescodes op de verpakkingen, verwijderd ("decoderen"). Bij het decoderen wordt het cellofaan van de verpakking verwijderd, wordt het flesje (flacon of potje) uit de verpakking gehaald en wordt deze kartonnen buitenverpakking veelal geheel uit elkaar gehaald. Van de oorspronkelijke verpakking wordt de originele streepjescode verwijderd, waarna een fantasiestreepjescode wordt aangebracht of een lange witte rechthoek met een ietwat ruw oppervlak resteert, ofwel de streepjescode wordt uitgesneden en op de plaats van de uitgesneden code wordt vervolgens

een witte sticker geplakt. Na het decoderen wordt het product weer ingepakt, waarbij veelal weer het oorspronkelijke cellofaan wordt aangebracht.

(xiii) In de periode 26 november 1993 - 7 september 1996 werden in de Kruidvatwinkels producten van Lancôme c.s. te koop aangeboden, die buiten de EER in het verkeer waren gebracht.

(xiv) Picasso is ontwerpster van de verpakkingen waarin producten onder het merk Paloma Picasso op de markt worden gebracht. Haar uit die ontwerpen voortvloeiende rechten heeft zij overgedragen aan Picasso et Cie.

(xv) [Verweerster 7] is ontwerpster van de verpakkingen van de Cacharelproducten Anaïs Anaïs, Lou Lou en Eden. Zij heeft haar aan die ontwerpen verbonden rechten overgedragen aan Cacharel et Cie.

(xvi) De ontwerpen van de verpakkingen en de vormgeving van de Lancôme-producten zijn tot stand gekomen binnen de organisatie van Lancôme, met uitzondering van de Trésor-producten. De verpakking en vormgeving van Trésor is tot stand gebracht door een Franse vennootschap, die de desbetreffende rechten heeft overgedragen aan Lancôme. De verpakking en vormgeving van de Lancôme-producten gaan niet terug op een individueel aan te wijzen ontwerper, maar zijn het resultaat van collectieve inspanning.

3.2 Lancôme c.s. hebben aan hun onder 1 weergegeven vorderingen ten grondslag gelegd, kort gezegd, dat de handelwijze van Kruidvat inbreuk maakt op hun merkrechten en op de hun toekomende rechten om zich te verzetten tegen aantasting of vermindering van de in de verpakkingen van de producten belichaamde (auteursrechtelijk beschermde) werken, en dat die handelwijze ook overigens onrechtmatig is. In het bestreden arrest heeft het hof beslist als onder 1 weergegeven. De uitkomst van het geding in feitelijke instanties is dat de vorderingen van Lancôme c.s. grotendeels zijn toegevoegd.

3.3.1 **Onderdeel 2 richt zich tegen het in rov. 4.13-4.15 neergelegde oordeel van het hof dat geen sprake is van een stelsel van distributie dat het reële gevaar meebrengt van afscherming van nationale markten.**

Het hof heeft - na in rov. 4.12 de bewijsregels te hebben samengevat die zijn verwoord in HvJEG 8 april 2003, zaak C-244/00, Jurispr. 2003, p. I-3051 e.v. (Van Doren/Lifestyle) en na in rov. 4.13 het standpunt van Kruidvat te hebben weergegeven dat aanleiding bestaat tot omkering van de bewijslast omdat, kort gezegd, het selectieve distributiesysteem dat Lancôme c.s. hanteren het reële gevaar meebrengt dat de nationale markten worden afgeschermd - in rov. 4.15 geoordeeld dat uit de (in rov. 4.14 geciteerde) bepalingen van het door Lancôme c.s. gehanteerde dépositairecontract volgt dat het erkende wederverkopers uit de EER is toegestaan te kopen en verkopen van/aan andere erkende wederverkopers, zodat van een gevaar voor afscherming van nationale markten niet blijkt. Het hof heeft voorts overwogen dat Kruidvat geen (andere) feiten en omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan kan worden vastgesteld dat er een reëel gevaar bestaat dat de nationale markten worden afgeschermd wanneer

Kruidvat zelf zou moeten bewijzen dat de waren door de merkhouder of met diens toestemming in de EER in het verkeer zijn gebracht, en dat derhalve de bewijslast op Kruidvat blijft rusten.

Het onderdeel klaagt dat het gewraakte oordeel onjuist, althans onbegrijpelijk is, dan wel dat het hof daarbij zonder (toereikende) motivering is voorbijgegaan aan de, volgens Kruidvat essentiële, stelling dat het wederverkopers van Lancôme c.s. is verboden de producten aan consumenten buiten het eigen grondgebied te verkopen.

3.3.2 Het onderdeel faalt. Het oordeel van het hof is gebaseerd op de vaststelling dat het onderhavige selectieve distributiesysteem van Lancôme c.s. de erkende wederverkopers uit de EER vrij laat de producten onderling te verhandelen, en steunt derhalve op de, aan het hof voorbehouden, uitleg van de desbetreffende bepalingen van het *dépositairecontract*. Dit oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. 's Hof's oordeel is voorts niet onbegrijpelijk en voldoende gemotiveerd, mede in aanmerking genomen dat in 's hofs vaststellingen ligt besloten dat het distributiesysteem van Lancôme c.s. de erkende wederverkopers in de EER niet belemmert aan eindgebruikers in hun land producten te verkopen die zij van erkende wederverkopers in een ander land in de EER hebben gekocht.

3.4 Onderdeel 7.4 klaagt dat het hof (op bladzijde 29 van zijn arrest) heeft bepaald dat de dwangsom wordt verbeurd aan L'Oréal, in plaats van aan [verweerster 7], wier recht het is dat wordt geschaad bij overtreding van het desbetreffende verbod waarop de dwangsom ziet.

De klacht treft doel. Deze klacht kan echter niet tot cassatie leiden, omdat het hof kennelijk bij vergissing - naar ook door Lancôme c.s. wordt onderkend - heeft bepaald dat de dwangsom zal worden verbeurd aan L'Oréal. Deze vergissing kan eenvoudig worden hersteld door in het dictum in plaats van "L'Oréal" te lezen: "[verweerster 7]".

3.5 De overige klachten van het middel kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien art. 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad: verstaat dat in het dictum van het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 14 oktober 2004 op bladzijde 29 in plaats van "en waarbij de dwangsom zal worden verbeurd aan l'Oréal" wordt gelezen "en waarbij de dwangsom zal worden verbeurd aan [verweerster 7]";

verwerpt het beroep;

veroordeelt Kruidvat in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Lancôme c.s. begroot op € 362,34 aan verschotten en € 2.200,-- voor salaris.

Conclusie A.-G. Mr. Huydecoper

Feiten en procesverloop

1) De thans in cassatie aanhangige zaak betreft de bodemprocedure die gevolgd is op een eerder tussen partijen(1) gevoerd, en eveneens in cassatie beoordeeld kort geding(2). In deze bodemprocedure verschillen de ter beoordeling voorgelegde vragen overigens in meerdere opzichten van de kwesties die in het kort geding ter beoordeling stonden - alleen daarom al valt het te begrijpen, dat een omvangrijk cassatiemiddel de geschilpunten tussen partijen opnieuw aan de Hoge Raad voorlegt.

Het ging, respectievelijk gaat, in beide procedures wel over hetzelfde verschijnsel: de verkoop, door de eiseres tot cassatie, Kruidvat, van producten - namelijk: luxe parfumerieën en schoonheidsproducten - die van de verweersters in cassatie, Lancôme c.s., afkomstig zijn, en die verhandeld worden buiten het stelsel van "erkende" distributeurs om waarlangs Lancôme c.s., met toepassing van zogenaamde "selectieve distributie", hun producten zelf aan het publiek in Nederland aanbieden.

Daarbij is tevens aan de orde dat de producten waar het om gaat worden ontdaan van de batch- en codenummers die Lancôme c.s., onder meer met het oog op het kunnen traceren van de herkomst van de desbetreffende producten, daarop (laten) aanbrengen; en dat partijen verdeeld zijn over de vraag of dit een ontoelaatbare aantasting van het "image" van deze producten oplevert, waardoor inbreuk wordt gemaakt op aan Lancôme c.s. toekomende merk- of auteursrechten.

2) De relevante feiten vat ik als volgt samen(3):

a) Lancôme, Cacharel, L'Oréal en Paloma Picasso zijn ieder houdster van een of meer merken die zijn ingeschreven, en worden gebruikt voor luxe parfumerieën en aanverwante schoonheidsproducten.

b) P&B en Parfums & Beauté vormen de Nederlandse distributieorganisatie voor producten van Lancôme, Cacharel en Picasso & Cie.

c) Lancôme, Cacharel en Picasso & Cie laten de van hen afkomstige producten in de handel brengen door middel van zogenaamde selectieve distributie, dat wil zeggen: via gesloten verkooporganisaties waarbinnen aan de wederverkopers kwaliteitseisen worden opgelegd, en ook de verplichting wordt opgelegd, de relevante producten alleen verder te verkopen aan eindverbruikers voor hun persoonlijke behoeften én aan andere "erkende" wederverkopers. Het systeem voorziet tevens in controlemogelijkheden voor Lancôme c.s. Ter controle op de naleving van de zojuist aangeduide verplichtingen worden de producten waar het om gaat voorzien van controletekens ("streepjescode"), gecoedeerd per product en per wederverkoper.

d) Kruidvat exploiteert een keten van drogisterijbedrijven. Geen daarvan maakt deel uit van de distributieorganisatie van Lancôme c.s. Kruidvat heeft producten van Lancôme c.s. verkocht die buiten de EER in het verkeer waren gebracht.

e) Van de door Kruidvat verkochte producten waren de sub c bedoelde controletekens verwijderd. Daartoe wordt het cellofaan van de verpakking van het product gehaald, wordt de kartonnen buitenverpakking uit elkaar gehaald en wordt de streepjescode verwijderd.

Dan wordt het product weer ingepakt en wordt de celofanen omhulling weer aangebracht(4).

f) Paloma Picasso en [verweerster 7] zijn de respectieve ontwerpstesters van de verpakkingen van een deel van de relevante producten, te weten: de producten die onder het merk Paloma Picasso worden verhandeld, en de producten die onder de merken Anaïs Anaïs, Lou Lou en Eden worden verhandeld. Van de (overige) Lancôme-producten, met één uitzondering(5), zijn de verpakkingen en vormgeving het resultaat van "collectieve inspanning" van betrokkenen binnen de organisatie van Lancôme.

3) Zoals al terloops gezegd, gaat het in deze zaak om de geoorlooftheid van de verhandeling, door Kruidvat, van de producten van Lancôme c.s. onder de in de vorige alinea in korte samenvatting weergegeven condities. Lancôme c.s. menen dat de handelwijze van Kruidvat inbreuk maakt op hun merkrechten en op de hun toekomende rechten om zich te verzetten tegen aantasting of vermindering van de in de verpakkingen van de producten belichaamde (auteursrechtelijk beschermde) werken, en dat die handelwijze ook overigens onrechtmatig is. Kruidvat weerspreekt dat.

4) Zowel in de eerste aanleg als in appel hebben de rechters van de feitelijke instanties het namens Lancôme c.s. verdedigde standpunt (grotendeels) als het juiste beoordeeld(6); in het verlengde daarvan hebben zij de vorderingen die Lancôme c.s. aan het van hun kant verdedigde standpunt verbonden, voor het merendeel toegewezen(7).

Namens Kruidvat is tijdig en regelmatig cassatieberoep ingesteld(8). Lancôme c.s. hebben laten concluderen tot verwerping. Van beide zijden zijn de standpunten schriftelijk toegelicht, en is er gerepliceerd respectievelijk gedupliceerd.

Bespreking van het cassatiemiddel

5) Het middel heeft zeven "hoofdonderdelen". Deze stellen telkens verschillende aspecten van het op een breed front gevoerde debat van partijen, in cassatie (opnieuw) aan de orde. Ik bespreek de middelonderdelen in de volgorde waarin die zijn aangevoerd - die overigens aansluit bij de volgorde waarin de geschilpunten in het in cassatie bestreden arrest zijn beoordeeld.

6) De onderdelen 1 en 1.1 zijn gericht tegen een vaststelling in rov. 4.5 van het bestreden arrest; namelijk de vaststelling dat terzake van een van de ter zitting - bij de pleidooien ten overstaan van het hof op 27 november 2003 - getoonde producten door Lancôme c.s. was opgemerkt dat dit van buiten de EER afkomstig was, en dat dit van de kant van Kruidvat niet zou zijn weersproken. Met het in deze vaststelling besloten liggende oordeel heeft het hof, zo vat ik de klacht samen, de regels betreffende het zogenaamde "grievensstelsel" miskend, of tenminste (in verschillende opzichten) normen van behoorlijke procesorde veronachtzaamd.

7) De beoordeling van deze klacht(en) hangt in niet onbelangrijke mate af van hoe men de verschillende teksten waar de klacht een beroep op doet, uitlegt. Daarbij is dan weer van belang, dat voorzover het gaat

om de uitleg die het hof aan partijstandpunten of aan oordelen van de rechter van de eerste aanleg heeft gegeven, die uitleg heeft te gelden als "feitelijk", en dus in cassatie niet op juistheid kan worden beoordeeld(9).

8) Dat vooropgesteld zijnde, denk ik van de klachten van deze onderdelen het volgende:

- ten eerste lijkt mij voor twijfel vatbaar, of deze vaststelling het oordeel van het hof waar die vaststelling bij betrokken wordt, mede draagt: het hof leidt die vaststelling in met "daarbij komt"; en dat kan betekenen dat het hier een ten overvloede gegeven beschouwing betreft, terwijl het daarvoor al gemotiveerde oordeel ook zonder die beschouwing in dezelfde zin gegeven zou zijn.

- ten tweede meen ik dat het middel ten onrechte als vaststaand aanneemt dat uit de in onderdeel 1.2 aangehaalde vindplaatsen zou blijken dat de rechter in eerste aanleg, of althans Lancôme c.s., als vaststaand hebben aangenomen dat voor alle relevante producten steeds zou gelden, dat niet aan de hand van de "gedecodeerde" verpakking kan worden beoordeeld waar het product voor het eerst op de markt is gebracht. De tekst waar het middel hier een beroep op doet kan men zo lezen (en volgens mij heeft het hof die ook zo gelezen), dat veelal geldt dat aan "gedecodeerde" producten niet te zien is waar die voor het eerst op de markt zijn gebracht, en dat dat met name voor de parallel-handelaar die met die producten in aanraking komt niet te zien is, waar producten voor het eerst op de markt zijn gebracht. In dat verband (namelijk: in verband met het probleem dat Kruidvat niet zou kunnen vaststellen waar op de markt aangetroffen producten voor het eerst in het verkeer zijn gebracht) zijn de stellingen en vaststellingen die hier namens Kruidvat worden aangehaald, namelijk gedaan. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat voor alle producten en altijd geldt, dat de herkomst niet op grond van de loutere verpakking kan worden vastgesteld; en ook niet, dat Lancôme c.s. zelf niet af en toe de herkomst van een product zouden kunnen vaststellen, terwijl Kruidvat dat niet kan(10). De verdergaande stelling waar het middel van uitgaat, lag dus niet in de stellingen waar het middel op steunt besloten; en klaarblijkelijk heeft het hof deze (vast)stellingen ook niet gelezen in de zin die het middel nu tot uitgangspunt neemt. Daarmee ontvalt de grond aan de klacht, dat het hof het grievensstelsel zou hebben miskend.

9) Blijft te beoordelen of aan het hof kan worden verweten dat het, door met het hier bedoelde gegeven rekening te houden, een onaanvaardbare koerswijziging van Lancôme c.s. heeft gebillijkt en/of de ruimte voor Kruidvat om zich te verweren onvoldoende heeft gerespecteerd.

Ook dit betoog steunt, in belangrijke mate, op de te vergaande uitleg die in deze middelonderdelen aan de aangehaalde passages uit de processtukken wordt gegeven; als men, zoals in de vorige alinea werd gedaan, een minder vergaande uitleg voor juist houdt (althans: als men aanneemt dat het hof die, binnen de grenzen van de aan het hof voorbehouden beoordelingsmarge, kon huldigen), is er geen sprake van een onaanvaardbare koerswijziging aan de kant van Lancôme c.s., maar

"gewoon" van een nieuw feitelijk gegeven(tje) dat zich, buiten het kader van de tot dusver vastgestelde feiten, in de loop van de appelinstantie aandient. Met dergelijke gegevens mag rekening worden gehouden, mits de grenzen van de goede procesorde niet worden veronachtzaamd(11); en of dat laatste het geval is, kan in cassatie maar beperkt worden getoetst. Dat een detailkwestie als de onderhavige bij een pleidooi in appel ter sprake komt, en dat de appelrechter dan rekening houdt met (het uitblijven van) een reactie van de partij in wier nadeel het gegeven pleit, betekent niet zonder meer dat de goede procesorde is veronachtzaamd. Of dat het geval is hangt af van een scala aan begeleidende omstandigheden, die aan de hand van overwegend feitelijke waardering moeten worden beoordeeld. Ik meen dat het hof geredelijk kon oordelen dat het, zonder de goede procesorde geweld aan te doen, met dit gegeven rekening mocht houden (wat impliceert dat aan Kruidvat voldoende ruimte voor verweer was gelaten). Het lag - anders dan in de jurisprudentie die namens Kruidvat wordt aangehaald(12) - in dit geval binnen de feitelijke beoordelingsmarge van het hof om daar zo over te oordelen.

10) Onderdeel 1.2 neemt tot uitgangspunt de veronderstelling dat het hof zou hebben aangenomen dat alle producten in de Kruidvatwinkels gedecodeerd zijn. Ik zie echter geen aanknopingspunt(en) die die veronderstelling ondersteunen. Het hof heeft, op het voetspoor van de rechtbank, in hoofdzaak twee aspecten van de handelwijze van Kruidvat veroordeeld (en daar ge- dan wel verboden aan verbonden), namelijk

- vormen van betrokkenheid bij het "decoderen" van producten van Lancôme c.s., daaronder ook begrepen de verhandeling van dergelijke producten. Bij deze handelwijze en de daarop gerichte ge- of verboden kan het naar de aard daarvan alleen om "gedecodeerde" producten gaan, en is dus irrelevant in hoeverre Kruidvat ook bij de handel in niet-gedecodeerde producten betrokken is of was.

- vormen van betrokkenheid bij de verhandeling van producten van Lancôme c.s. die na 31 december 1995 niet met toestemming van de desbetreffende rechthebbende binnen de EER in het verkeer waren gebracht(13) (en waarvan verdere verhandeling binnen de EER om die reden als ongeoorloofd moet worden aangemerkt). Hier doet weer niet terzake of het om wel of niet "gedecodeerde" producten gaat; en is om die reden irrelevant, in hoeverre Kruidvat ook bij de verhandeling van niet-gedecodeerde producten betrokken is of was. Relevant is hier alleen, wanneer de desbetreffende producten voor het eerst met toestemming van de desbetreffende rechthebbende in het verkeer waren gebracht en, voorzover dat na 1 december 1995 was, of het met toestemming in het verkeer brengen binnen de EER plaatsvond.

11) Noch voor de oordeelsvorming van het hof noch voor de uitleg van de uitgesproken ge- en verboden is daarom van betekenis of Kruidvat naast "gedecodeerde" ook "niet-gedecodeerde" producten verhandelt of heeft verhandeld; en het is al daarom onaannemelijk dat het hof dit gegeven bij zijn oordeel heeft betrokken.

(Daarnaast geldt, denk ik, dat Kruidvat bij deze klacht geen belang heeft: ook al zou het hof zich wel een voorstelling hebben gemaakt omtrent het hier bedoelde gegeven, voor de toewijsbaarheid van het gevorderde en de uitleg van de dicta kan dat geen verschil maken).

12) Onderdeel 1.3 neemt, op zichzelf met juistheid, tot uitgangspunt dat voor toewijzing van een rechterlijk verbod een voldoende plausibele aanleiding moet bestaan; en tevens, dat zo'n aanleiding gewoonlijk bestaat, wanneer aannemelijk is gemaakt dat bij gebreke van het verbod verdere ongeoorloofde handelingen van de partij tegen wie het verbod gevorderd wordt in de toekomst zullen plaatsvinden. Het onderdeel poneert dat het hof te makkelijk zou hebben aangenomen dat aan dit vereiste voldaan is; maar voor dat verwijt lijkt mij geen deugdelijke grond aanwezig.

Ik loop de verschillende argumenten die het onderdeel aanvoert achtereenvolgens na:

- het feit dat er in het verleden gedecodeerde producten zijn verhandeld zou onvoldoende zijn om vrees voor toekomstig ongeoorloofd handelen aan te nemen. Deze tegenwerping is al daarom niet doeltreffend, omdat het hof heeft vastgesteld dat Kruidvat na 1 januari 1996 gedecodeerde producten is blijven verhandelen en dat nog steeds (ik bedoel natuurlijk: nog ten tijde dat het hof tot oordelen werd geroepen) doet(14). Het hof heeft dus niet enkel het feit dat er in het verleden gedecodeerde producten werden verhandeld aan zijn oordeel ten grondslag gelegd(15).

- 's hofs redengeving dat decoding het onmogelijk maakt de herkomst van producten te verifiëren, zou onbegrijpelijk zijn. Ook deze klacht lijkt mij niet doeltreffend. Ik meen dat hier een variant aan de orde is van de misvatting waarop ook onderdelen 1 en 1.1 berusten: het hof heeft overwogen - nog steeds in rov. 4.5 - dat de herkomst van gedecodeerde producten niet gemakkelijk te achterhalen is - niet, dat dat onmogelijk is. Deze overweging is zeer wel verenigbaar met het feit dat het een enkele maal wél mogelijk zou zijn om de herkomst van een gedecodeerd product vast te stellen. Het evidente en ook onweersproken feit dat het - nogal omslachtige, en dus vermoedelijk navenant kostbare - decoderen in praktijk wordt gebracht met de uitsluitende bedoeling om het vaststellen van de herkomst van de gedecodeerde producten te bemoeilijken, maakt deze overweging van het hof eens te meer plausibel én begrijpelijk.

- Het ontbreken van "afdoende controle" zou onvoldoende grond vormen voor het aannemen van een reële dreiging van toekomstig onrechtmatig handelen, (mede) omdat - zo paraphraseer ik - niet zou zijn gesteld of gebleken dat op de afspraken van Kruidvat met haar toeleveranciers geen staat zou kunnen worden gemaakt. Dit argument stuit erop af dat het hof juist met zijn overweging dat geen afdoende controle op de nakoming van Kruidvats afspraken met haar toeleveranciers mogelijk is, tot uitdrukking heeft gebracht dat naar het oordeel van het hof rekening is te houden met de (reële) kans dat die toeleveranciers het afgesprokene niet steeds zullen nakomen (of, eventueel, zelf het slachtoffer zullen blijken te zijn geworden van minder bona

fide vóórleveranciers). Het bestaan van loutere niet deugdelijk controleerbare afspraken met niet nader geïdentificeerde leveranciers (in combinatie met het feit dat in het verleden is gebleken dat er producten werden verhandeld die niet met deugdelijke toestemming van de merkhouders in het verkeer waren gebracht) kán grond opleveren om aan te nemen, dat gevreesd moet worden voor toekomstig onrechtmatig handelen (ik verwijs weer naar het illustratieve geval dat ik in voetnoot 15 noemde). Het gaat hier om een weging van feitelijke omstandigheden, waarover men in cassatie geen oordeel kan vragen. Onbegrijpelijk is de uitkomst van de weging die het hof gemaakt heeft, zeker niet.

Waar het middelonderdeel nog stelt dat anderszins niet voldoende zou zijn gebleken dat er nog van inbreukmakende handelingen sprake zou zijn, stuit (ook) dat argument op mijn eerdere bedenkingen af.

13) Onderdeel 2 klaagt over de verwerping van het beoogde van Kruidvat dat, met het oog op de afscherming van nationale markten die aan het distributiesysteem van Lancôme c.s. inherent zou zijn, er aanleiding zou zijn om de bewijslast ten aanzien van de herkomst van de door Kruidvat verhandelde producten van Lancôme c.s. op dezen te leggen (en niet op Kruidvat).

Dit onderdeel zoekt klaarblijkelijk steun bij de gedachten die ontwikkeld zijn in rov. 33 - 42 van het arrest HJEG 8 april 2003, Jur. 2003, p. I 3051 e.v.; BIE 2004, 11; IER 2003, 49, p. 245 e.v. m.nt. Speyart (Van Doren). Het ging in dat arrest (blijkens rov. 9 daarvan) om een systeem van zgn. "exclusieve" distributie, waarbij voor elk land van de EER (slechts één alleenverkoper en algemeen distributeur was aangesteld, terwijl het de betrokkenen niet was toegestaan de waren aan tussenhandelaren te leveren voor wederverkoop buiten het aan dezen toegewezen gebied(16).

14) In dit arrest oordeelde het HJEG dat de bewijslast ten aanzien van de herkomst van door een derde verhandelde merkproducten (in geval van geschil over de vraag of die producten met toestemming van de merkhouder in de EER in het verkeer waren gebracht) rust op de derde, die zich tot zijn verweer op de zo-even aangehaalde (uitzonderings)regel beroept (rov. 33 - 36). Maar, vervolgde het HJEG, op deze bewijsregel moet met het oog op de art. 28 en 30 EG-Verdrag een uitzondering worden gemaakt wanneer die regel de merkhouder in staat stelt de nationale markten af te schermen en aldus het voortbestaan van eventueel tussen de lidstaten bestaande prijsverschillen bevordert, wat bijvoorbeeld bij een systeem van exclusieve distributie het geval kan zijn; zodat, wanneer de derde aantoonde dat hiervan sprake is (dwz.: dat er een reëel gevaar bestaat dat de nationale markten worden afgeschermd wanneer de bewijsregel wordt gehandhaafd), de merkhouder moet bewijzen dat de waren aanvankelijk door hem of met zijn toestemming buiten de EER in het verkeer waren gebracht (rov. 37 - 41)(17).

15) Het zal geen verbazing wekken dat parallel-importeurs van via selectieve distributiesystemen verkochte waren, de redenering uit dit arrest graag aangrijpen om zich tegen afspraken van merkhouders te verweren. Zij leggen dan, allicht, de nadruk op de

overweging van het HJEG dat "bijvoorbeeld in situaties waarin....de merkhouder zijn waren binnen de EER in de handel brengt door middel van een exclusief distributiesysteem" er een reëel gevaar van afscherming van de nationale markten bestaat (rov. 39); en zij scheren daarbij systemen van exclusieve distributie met systemen van selectieve distributie - zie voetnoot 16 hiervóór - over één kam.

Van de kant van de merkhouders wordt, evenzeer begrijpelijk, benadrukt dat het HJEG aansluitend heeft overwogen dat de gevonden regel van bewijslastomkering pas opgeld doet als de derde "erin slaagt aan te tonen dat er een reëel gevaar bestaat dat de nationale markten worden afgeschermd wanneer hij zelf moet bewijzen dat de waren door de merkhouder of met diens toestemming binnen de EER in de handel zijn gebracht" (rov. 41). Het loutere bestaan van - althans - een selectief distributiesysteem betekent - aldus deze merkhouders - niet dat met het reële gevaar van afscherming van de markten rekening moet worden gehouden - daarentegen moet de derde "erin slagen aan te tonen" dat dat in het gegeven geval wél zo is.

16) In het thans in cassatie te beoordelen geval heeft het hof onderzocht óf er gevaar voor afscherming van de nationale markten was gebleken. Het hof heeft dus klaarblijkelijk het arrest van het HJEG niet zo uitgelegd, dat dat gevaar aan ieder systeem van selectieve distributie inherent moet worden geacht.

Of dat inderdaad de strekking is van de hier bedoelde overwegingen van het HJEG, lijkt mij niet geheel boven twijfel verheven - in elk geval blijkt daar in de literatuur zeer verschillend over te worden gedacht. Sommigen zien het inderdaad zo, als in de opvatting die ik in de vorige alinea aan parallel-importeurs heb toegeschreven(18); anderen menen dat, althans waar het om selectieve distributie en niet exclusieve distributie gaat, de overwegingen van het HJEG de ruimte laten die het hof zich in deze zaak heeft gegund: dus de ruimte, om in het concrete geval te beoordelen of er daadwerkelijk van afscherming van de markt(en) - of van een reëel gevaar daarvoor - is gebleken(19).

17) Van belang is daarbij allicht, wat men zich moet voorstellen bij de hier beoogde "afscherming van de markt".

Men zal op het eerste gezicht geneigd zijn te denken dat het hierbij moet gaan om een ongeoorloofde, "an sich" met de regels van EG recht strijdige afscherming - bijvoorbeeld een afscherming die op een met art. 81 EG Verdrag onverenigbare afspraak/afgestemde feitelijke gedraging berust, of op een met de art. 28 - 31 EG Verdrag strijdige uitoefening van rechten van intellectuele eigendom. Tegen die gedachte pleit echter al meteen, dat systemen van exclusieve distributie zoals die in het Van Doren-arrest aan de orde waren, niet persé met het communautaire mededingingsrecht in strijd zijn(20) - en dat het HJEG in dit arrest niet differentieert naar systemen die mededingingsrechtelijk wel of niet toelaatbaar zijn.

18) In de arresten HJEG 11 november 1997, Jur. 1997, p. I 6227 e.v., NJ 1999, 216 (Loendersloot) en HJEG 11 juli 1996, Jur. 1996, p. I 3457 e.v. (Bristol-Myers

Squibb), allebei zaken betreffende het zogenaamde "ompakken" dan wel opnieuw van merken voorzien van van de merkhouder afkomstige waren, heeft het HJEG zich ook uitgesproken over het verschijnsel van "afscherming van de markt(en)". Aan de rov. 34 e.v. van het arrest-Loendersloot ontleen ik, wat dat betreft, de volgende gedachten:

- terwijl bij parallel-import van geneesmiddelen (het onderwerp van het arrest Bristol-Myers Squibb) er rekening mee moet worden gehouden dat afscherming van de markten het gevolg is van discrepanties tussen nationale systemen van geneesmiddelendistributie (waar de merkhouder niet noodzakelijkerwijs de hand in heeft, en waarbij ook niet terzake doet óf de merkhouder de afscherming wel of niet bewust heeft willen bewerkstelligen, zie rov. 36), is bij parallel-import van andere goederen veeleer de vraag of de op zichzelf met het merkenrecht strijdige ompakking/heretikettering noodzakelijk is om de bevoorradingsbronnen van de parallelhandel te beschermen (rov. 38)(21).

- daarbij kan niet worden uitgesloten dat het noodzakelijk is, verpakkingen of etiketten te wijzigen met het oog op het feit dat de producenten (hier worden bedoeld: de met de merkhouder samenwerkende of verbonden producenten), ook indien die gedragingen inbreuken op de mededingingsregels van het EG Verdrag zouden opleveren, identificatietekens aanbrengen om de weg die hun producten gegaan zijn te kunnen natrekken, en wel om te voorkomen dat hun wederverkopers aan personen leveren die zich met de parallelhandel bezig houden (rov. 39). In dat geval is het overigens als merkinbreuk aan te merken ompakken/heretiketteren dus kennelijk (toch) geoorloofd.

- identificatietekens kunnen echter ook worden aangebracht met het oog op wettelijke (etiketterings)verplichtingen of legitieme doeleinden zoals identificatie van partijen levensmiddelen, terugroepen van gebrekkige producten of bestrijding van namaak. Als dat laatste het geval is, en óók als identificatietekens met zowel legitieme bedoelingen als met de bedoeling om lekken in de verkooporganisatie op te sporen worden aangebracht, worden de parallelhandelaren verwezen naar de bescherming in het kader van het mededingingsrecht van het EG Verdrag (rov. 41 - 43). In dat geval, zo begrijp ik het, is hun inbreuk op het merkenrecht dus niet als "gelegitimeerd" aan te merken.

19) Wanneer ik de overwegingen uit het Loendersloot-arrest in verband breng met die uit het Van Doren-arrest ben ik geneigd te denken dat de marge, die wordt opengelaten voor gelegitimeerde parallel-handel waarbij "vrij wordt omgesprongen" met andermans merkrechten, een beperkte is; en dat daarbij alleen inbreuken op de rechten van de merkhouder worden "gelegitimeerd" als er aan diens zijde sprake is van effectieve afscherming van de markten (bijvoorbeeld door voorschriften betreffende de geneesmiddelenvoorziening of door een systeem van exclusieve distributie (dat immers naar zijn aard een zekere territoriale opsplitsing van de markt beoogt); maar niet, als het door de merkhouder/producenten in stand gehouden distri-

butiesysteem als geoorloofd moet worden aangemerkt en daaraan niet inherent is, dat er afscherming van markten plaatsvindt. En zelfs wanneer, in het laatste geval, dat systeem naast geoorloofde doelen mede een (ongeoorloofde) beperking van legitieme parallelhandel zou beogen, zo begrijp ik rov. 43 van het Loendersloot-arrest, kan het zo zijn dat voor de parallelhandelaar niet de weg van (gelegitimeerde) merkinbreuk openstaat, maar dat deze moet "terugvallen" op de verdragsrechtelijke mededingingsregels(22).

20) Tegen de achtergrond van deze beschouwingen meen ik, dat het (Amsterdamse) hof de juiste uitleg aan het Van Doren-arrest heeft gegeven: het is niet zo dat aan ieder systeem van "gerestringeerde" distributie het vermoeden moet worden verbonden, dat zich (reëel gevaar van) afscherming van de markten voordoet (waardoor de bewijslast ten aanzien van de herkomst van de betreffende producten althans voor een deel naar de merkhouder wordt verlegd); en het is dus, als het om distributiesystemen gaat waaraan "afscherming" niet inherent is, aan de partij die zich op het bestaan van (een reëel gevaar voor) afscherming van de markten beroept - in de onderhavige zaak dus: aan Kruidvat - om te stellen en waar vereist aannemelijk te maken, dat daarvan wél sprake is.

21) Bij die uitkomst lijkt mij het oordeel van het hof dat er van een gevaar voor afscherming van de nationale markten niet blijkt, noch rechtens aanvechtbaar noch on(voldoende) begrijpelijk.

Ik begrijp rov. 4.15 van het bestreden arrest zo, dat het hof zich bij dit oordeel vooral heeft laten leiden door zijn vaststelling dat het distributiesysteem van Lancôme c.s. de erkende wederverkopers uit verschillende tot de EER behorende landen de vrijheid laat om de Lancôme-producten(23) onderling aan elkaar te verkopen.

Ik denk dat men aan de hand van dat gegeven inderdaad kán komen tot het oordeel dat er onvoldoende blijkt van gevaar voor marktafscherming. "Parallelhandel" op het niveau van de erkende distributeurs - en reeds: de enkele mogelijkheid dat die handel zich zal ontwikkelen als prijsverschillen tussen de EER-landen (trouwens: ook minder omvangrijke regio's binnen dat gebied) dat lucratief maken - kán immers een waarborg opleveren dat men het niet zo ver zal laten komen, en dat dus afscherming van de nationale markten én de als gevolg daarvan gevreesde "on gevoeligheid" van de prijzen op de nationale markten voor prijsfluctuaties elders, zich niet zullen voordoen. Zoals hoger al gesuggereerd, kan men dit bij een systeem van selectieve distributie, waaraan immers niet naar zijn aard een zekere territoriale opsplitsing inherent is, gemakkelijker aannemen dan bij een systeem van exclusieve distributie (waarbij territoriale opsplitsing expliciet beoogd wordt).

Óf de hier geboden vrijheid - ik bedoel dan: de vrijheid van distributeurs onderling om elkaar te beleveren - een voldoende waarborg biedt, is iets wat aan de hand van feitelijke waardering moet worden vastgesteld(24). Het ligt in de rede dat de uitkomst van die waardering maar bij uitzondering als niet-begrijpelijk zal zijn aan te merken. Dit lijkt mij zeker niet zo'n geval.

22) Daarom denk ik dat het hof kon komen tot het hier bestreden oordeel - ik bedoel dan het oordeel dat onvoldoende van gevaar voor afscherming van de nationale markten bleek; en dat daaraan het in cassatie namens Kruidvat benadrukte feit dat er in het systeem van Lancôme c.s. geen ruimte zou zijn voor verkoop, op detailhandelsniveau, aan eindgebruikers uit andere EER-landen het hof niet tot een andere uitkomst noopte. De ruimte voor onderlinge verkoop op het niveau van erkende distributeurs kan men immers, zoals ik al zei, beoordelen als voldoende om het gevaar voor "afscherming" te ondervangen; het hof hoefde zich door het hier namens Kruidvat benadrukte aspect niet van het tegendeel te laten overtuigen.

23) Daarbij komt dat ik het arrest van het hof zo begrijp, dat het hof de bepalingen uit de dépositaire-contracten zo heeft uitgelegd, dat die niet iedere verkoop aan afnemers-eindgebruikers uit andere EER-landen verbieden. Een uitleg waarbij verkoop is toegestaan aan iedere gegadigde die zich bij de dépositaire vervoegt, ongeacht de herkomst van die gegadigde, ligt immers nogal voor de hand.

Het middel verdedigt in dit verband, zoals al aangestipt, dat namens Kruidvat specifiek een beroep op een andere uitleg van de depositaire-contracten zou zijn gedaan (en dat er bij die uitleg wel een relevante "afscherming" zou moeten worden vastgesteld) - maar wat namens Kruidvat op de in het middel (en in de schriftelijke toelichting) aangehaalde plaatsen in de pleitnota in appel (alinea 27) en blijkens het proces-verbaal van de pleitzitting in appel (bladzij 4) hierover is aangevoerd, noopt bepaald niet tot de lezing die in de stukken in cassatie wordt verdedigd, en liet wat mij betreft ook alle ruimte voor de uitleg van de depositaire-contracten die ik aan het begin van deze alinea aan het hof heb toegeschreven.

Bij die uitleg (van de depositaire-contracten) kan men veronderstellen dat, wanneer er aanmerkelijke prijsverschillen tussen aangrenzende gebieden in de EER zouden optreden, afnemers zich in merkbare aantallen bij dépositaires aan de "goedkope" kant van de gebiedsgrens zullen vervoegen. Daardoor komt de prijs van de dépositaire aan de "dure" kant van die grens onder druk te staan; en als die zijn prijs verlaagt, oefent dat weer druk uit op de prijs van de dépositaires in het daaraan grenzende gebied.

Aan de hand van zo'n redenering kan men besluiten dat ook een "halfdoorlatend" systeem van selectieve distributie, dat tot op zekere hoogte gevoelig blijft voor het effect van prijsverschillen aan weerszijden van de landsgrenzen, in relevante mate kan bijdragen tot het niet intreden van de afscherming van markten, die volgens Kruidvat gevreesd moest worden.

De combinatie van het in de vorige alinea besproken gegeven (vrije handel tussen dépositaires) met het juist beschreven effect van de contractsbepalingen zoals die, naar ik aanneem, door het hof zijn begrepen, maakt de door het hof gevonden uitkomst - onvoldoende blijk van gegronde vrees voor marktafscheiding - eens te meer plausibel.

24) In dit verband moet ik er wel op wijzen dat de Europese Commissie het standpunt heeft ingenomen dat het een mededingingsrechtelijk ontoelaatbare beperking is (of kan zijn), wanneer het de deelnemers aan een selectieve distributie-organisatie op detailhandelsniveau wordt verboden, de contractspullen via het internet aan te prijzen én te verkopen.

Tegelijkertijd wordt echter het standpunt ingenomen dat de beperking tot verkoop via "erkende" of "toegelaten" verkooppunten wél toelaatbaar is⁽²⁵⁾.

25) Tussen deze beide standpunten kan men een zekere discrepantie bespeuren: verkoop via het internet is immers niet aan een bepaalde plaats van vestiging gebonden, en dus moeilijk verenigbaar met een verplichting om zijn verkoop slechts vanuit "erkende" vestigingsplaatsen te verrichten.

De tegenstrijdigheid die ik hier meen te bespeuren dringt zich eens te meer op als men zich er rekenschap van geeft, dat stelsels van selectieve distributie als goorloofd middel om concurrerend werkzaam te zijn, plegen te worden gerechtvaardigd met argumenten die er op neerkomen dat voor bepaalde producten of diensten - waaronder: parfumerieën en schoonheidsmiddelen - de verkoop via kwalitatief daarop ingerichte verkooppunten dienstig of zelfs noodzakelijk is met het oog op deskundigheid en serviceverlening, al-dan-niet gecombineerd met een breed en kwalitatief superieur productassortiment die, resp. dat men in zulke verkooppunten kan bieden⁽²⁶⁾. Als dát de drijfveren zijn die tot het hanteren van selectieve distributie aanzetten én die de daarmee gepaard gaande beperkingen rechtvaardigen, valt opnieuw niet in te zien hoe men dat met internet-verkoop denkt te kunnen rijmen. Begeleiding van ter plaatse aanwezige deskundigen en een hoog niveau van serviceverlening (ook) bij advisering en (verdere) verkoopbegeleiding, zijn immers zaken die bij verkoop via het internet niet, of niet dan met aanzienlijke beperkingen te realiseren zijn.

26) Men kan zich, in verband hiermee, afvragen of de beschouwingen van de Commissie die ik eerder aanhaalde, "at face value" genomen moeten worden, dan wel of men daarbij bij nader inzien in meerdere of mindere mate nuanceringen zal (moeten) aanbrengen. Voor de onderhavige zaak behoeft dit intussen misschien niet verder te worden overwogen of uitgediept: namens Kruidvat is in de feitelijke instanties geen beroep gedaan op een beperking in de depositaire-contracten die verkoop aan particulieren via het internet aan banden zou leggen (naar in de rede ligt: omdat zij nog geen rekening kon houden met de bronnen van EG-recht waaruit opgemaakt zou kunnen worden dat dit een relevant gegeven kan zijn. Aan de rechtsregels zoals die destijds (al) golden, verandert dit echter niets.). Ook het hof behoeft daarmee dus geen rekening te houden (als het het hof al vrijstond daar rekening mee te houden).

27) Daarbij komt nog dit: in HR 3 december 2004, NJ 2005, 118 m.nt. MRM, rov. 3.7.2. - 3.7.3, wordt overwogen dat de vaststelling dat er in een gegeven geval sprake is van een overeenkomst met mededingingsverstoringe gevolgen (als bedoeld in art. 81 EG Verdrag),

een feitelijk onderzoek - in de vorm van een marktanalyse - vergt, waaraan hoge eisen worden gesteld.

In alinea's 18 - 20 hiervóór heb ik verdedigd dat "afscherming van markten" zoals bedoeld in het Van Doren-arrest door de rechter moet worden onderzocht aan de hand van hem door de partij die zich hierop wenst te beroepen aannemelijk gemaakte gegevens. Het is dan, meen ik, bepaald aannemelijk dat daarbij - ongeveer - dezelfde beoordelingsmaatstaf moet worden aangelegd, als de in HR 3 december 2004 bevestigde maatstaf.

Aan het hof waren in deze zaak geen gegevens voorgelegd die grondslag zouden kunnen opleveren voor een gedegen onderzoek/marktanalyse, zoals die voor een vaststelling als de onderhavige nodig zou zijn(27).

Ook dat lijkt mij een reden waarom de onderhavige klachten in cassatie geen effect kunnen sorteren: er kan, ook in deze instantie, worden vastgesteld dat er geen gronden aan het hof waren voorgehouden die de vaststelling dat er van een afscherming van markten sprake was, zouden kunnen dragen. (Al) daarom kan de uitkomst waartoe het hof is gekomen, niet als onjuist worden gekwalificeerd (en uiteraard ook niet als onvoldoende begrijpelijk).

28) In de voorafgaande alinea's ben ik er - zonder dat met zoveel woorden uit te spreken -, van uit gegaan dat de rechtspraak van het HJEG voldoende houvast biedt om te kunnen beoordelen hoe het Europese recht op het onderhavige punt moet worden uitgelegd. Daarover kan men allicht ook anders denken. Denkt men daar inderdaad anders over, dan zou er aanleiding zijn om het HJEG prejudiciële vragen voor te leggen, ter nadere opheldering van de rechtstoestand met betrekking tot parallel-handel in merkartikelen die via een selectieve distributie-organisatie worden aangeboden. Als vragen die dan voor opheldering in aanmerking zouden komen, beschouw ik:

- of (ook) bij verkoop via een systeem van selectieve distributie, als werkhypothese c.q. uitgangspunt moet worden aanvaard dat daardoor een reëel gevaar ontstaat van afscherming van nationale markten als bedoeld in (rov. 39 van) het Van Doren-arrest, met als gevolg dat de in dat arrest aangegeven consequenties voor de bewijslast ten aanzien van de herkomst van via parallel-handel aangeboden merkartikelen intreden; dan wel of het aan de (feitelijke) rechter is om vast te stellen of van een reëel gevaar van afscherming van de nationale markten sprake is; en in het laatste geval: of de feitelijke rechter hierbij een bepaalde beoordelingsmaatstaf in acht moet nemen, en zo ja: welke dat is.

- of, aangenomen dat de zojuist omschreven vraag in de als tweede omschreven zin moet worden beantwoord, het feit dat binnen de selectieve distributie-organisatie in kwestie aanbidding en verkoop via het internet niet - expliciet - zijn toegestaan, meebrengt, dan wel ertoe kan bijdragen, dat moet worden aangenomen dat er een reëel gevaar ontstaat van afscherming van nationale markten als in het Van Doren-arrest bedoeld;

- of voor het antwoord op de eerder geformuleerde vragen (of een of meer daarvan) gewicht in de schaal legt dat de merkartikelen waarvan tussen partijen (namelijk:

merkhouders aan de ene kant, en een parallel-handelaar aan de andere kant) omstreden is waar die voor het eerst met toestemming van de merkhouder in het verkeer zijn gebracht, zonder toestemming van de merkhouders waren ontdaan van controletekens die het mogelijk maken om vast te stellen via welke kanalen die goederen in het verkeer zijn gebracht; en zo ja, in welk opzicht dat het geval is(28).

29) Ik kom dan toe aan onderdeel 3 van het middel. Daarin wordt bestreden de wijze waarop het hof, in het vierde met een "gedachtstreepje" beginnende onderdeel van het dictum, heeft omschreven welke evenementen als overtreding van het (al in de vorige instantie) aan Kruidvat opgelegde verbod zullen gelden. Het hof had, daar komt het op neer, dat niet afhankelijk mogen stellen van de voorwaarde dat Kruidvat niet kan aantonen dat de desbetreffende producten niet door de merkhouder of met diens toestemming in de EER in het verkeer zijn gebracht.

Een van de klachten die het middelonderdeel (in subonderdeel 3.2) in stelling brengt is, dat het hof hiermee buiten het kader van de rechtsstrijd in appel zou zijn getreden. Die klacht is ongegrond, nu de door het hof gekozen formulering klaarblijkelijk rechtstreeks is ontleend aan het petitum onder 4 van de namens Lancôme c.s. uitgebrachte appeldagvaarding. Tegen de formulering van het dictum "an sich" was trouwens namens Kruidvat in appel geen bezwaar ingebracht (haar bezwaren richtten zich op de materiële vraag óf aan de desbetreffende veroordeling een dwangsom behoorde te worden "gekoppeld"; de formulering van de dwangsomveroordeling is niet ter discussie gesteld). Daarmee was dit ongetwijfeld mede inzet van de rechtsstrijd in appel; en geldt tevens dat er, daargelaten of het hof daar de vrijheid toe had, voor het hof geen aanleiding was om aan de formulering van het dictum op dit punt, specifiek aandacht te besteden.

30) Hier meteen op aansluitend, beoordeel ik ook de klacht van het eerste subonderdeel (subonderdeel 3.1) als ondeugdelijk. Die klacht strekt ertoe dat een dwangsom-veroordeling geen ruimer bereik zou mogen hebben dan het verbod waar de dwangsom aan wordt verbonden.

Deze gedachte, die zich overigens op het eerste gezicht als plausibel aandient, leidt in het onderhavige geval niet tot het beoogde doel, omdat miskend wordt dat er geen strikt onderscheid kan (of mag) worden gemaakt tussen het door de rechtbank in de eerste aanleg opgelegde verbod enerzijds, en de daaraan op vordering van Lancôme c.s. in appel verbonden dwangsom anderzijds.

Voorzover immers de formulering van de dwangsom-sanctie die Lancôme c.s. in appel vorderden inderdaad zou betekenen dat een ruimer gebied werd bestreken dan het door de rechtbank gegeven verbod, betekent dat slechts dat de vordering van Lancôme c.s. er - per saldo - niet slechts toe strekte dat aan het in de eerste aanleg gegeven verbod een dwangsom werd verbonden, maar ook, dat de gelding van het verbod en de daaraan verbonden dwangsom ten opzichte van het in de eerste aanleg toegewezen werden verruimd. Het

stond Lancôme c.s. allicht vrij om aan het hof voor te leggen of een aldus gewijzigd en daarmee - althans: in de zienswijze van Kruidvat - verruimd verbod-met-dwangsom als in de omstandigheden passend moest worden beoordeeld; en zo hebben Lancôme c.s. het probleem ook aan het hof voorgelegd. Dat levert niet alleen geen miskennen van de grenzen van de rechtsstrijd in appel op - die grenzen werden juist mede bepaald doordat deze vraag in het appel betrokken was -, maar ook geen miskennen van de rechtsregels betreffende de dwangsom.

31) Verschillende subonderdelen(29) snijden het argument aan dat het opgelegde verbod-met-dwangsom ruimer zou zijn dan rechtens geoorloofd, omdat daarvoor - theoretisch - ook niet-verboden handelingen kunnen worden getroffen, te weten: handelingen met betrekking tot rechtmatig in het verkeer gebrachte waren, waarvan Kruidvat echter niet kan aantonen dat die rechtmatig in het verkeer waren gebracht. Op wat mij hetzelfde spoor lijkt te zijn, klaagt onderdeel 3.3 dat het hof zou hebben miskend dat een bewijsregel niet in een dwangsomformulering zou thuishoren; omdat immers rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid dat de (executie)rechter in een opvolgend conflict geconfronteerd zal worden met omstandigheden die een andere bewijslastverdeling (kunnen) rechtvaardigen. Ook de hier verdedigde gedachten ogen wel plausibel; maar per saldo berusten ze, volgens mij, toch op woordenspel, dat in cassatie niet als steekhoudend behoort te worden aanvaard.

32) Ten eerste denk ik, dat men aan het door het hof "bijgestelde" verbod-met-dwangsom een redelijke uitleg moet geven, overeenkomstig de kennelijke bedoeling daarvan. Die uitleg brengt mee dat men niet mag aannemen dat het hof heeft willen uitsluiten dat er, onder uitzonderlijke omstandigheden, in een opvolgend geschil aanleiding zou kunnen bestaan voor een afwijkende bewijslastverdeling. Voor dat geval - waarover partijen in hun debat ten overstaan van het hof niets hadden aangevoerd - ligt (nog) geen oordeel in het door het hof gegeven dictum besloten.

Daarbij komt dat Kruidvat een beroep kan doen op de regel dat de draagwijdte van een algemeen verwoord verbod beperkt is te achten tot handelingen waarvan niet in ernst kan worden betwijfeld dat die inbreuken, als door de rechter verboden, opleveren(30). De enigszins buitenissige uitzonderingssituatie die Kruidvat hier te hulp roept valt, lijkt mij, ruimschoots buiten de aan de hand van deze regel te trekken grens. Dat geval wordt dus door dit verbod-met-dwangsom niet bestreken.

33) En voor het overige: het moge zo zijn dat de theoretische mogelijkheid bestaat dat Kruidvat door het verbod bestreken producten verhandelt die wèl rechtmatig (binnen de EER) in het verkeer waren gebracht maar waarvan Kruidvat dat niet kan aantonen - zodat verbod en dwangsom tegen Kruidvat zouden gelden, hoewel zij "in werkelijkheid" rechtmatig handelde - ; maar dat in praktisch (en juridisch) opzicht nu eenmaal heeft te gelden dat de bewijslast van het rechtmatig in het verkeer gebracht zijn van door haar verhandelde

merkproducten op Kruidvat rust (de weinig waarschijnlijke uitzonderingssituatie die ik in de voorafgaande alinea's heb onderzocht, even daargelaten); en dat waar Kruidvat het vereiste bewijs niet kan leveren dus rechtens heeft te gelden dat zij, Kruidvat, producten verhandelde die niet rechtmatig in het verkeer waren gebracht. Het komt er dus eenvoudig op neer dat er - theoretisch - gevallen denkbaar zijn waarin Kruidvat rechtmatig handelde maar die, vanwege de in Kruidvats nadeel uitpakkende bewijslastverdeling, toch rechtens moeten worden behandeld alsof Kruidvat niet-rechtmatig heeft gehandeld.

34) Daarmee is aangegeven waarom een verbodsdictum (met dwangsom) met de hier bedoelde theoretische mogelijkheid geen rekening hoeft te houden: behoudens bewijs van de rechtmatige herkomst van door haar verhandelde merkproducten, heeft rechtens te gelden dat Kruidvat die producten niet mocht verhandelen, en die ook niet kon verhandelen zonder met het verbod in botsing te komen. Aan de theoretisch inderdaad bestaande mogelijkheid dat de werkelijkheid niet strookt met de feiten zoals die rechtens als vaststaand moeten worden aangemerkt, komt dan geen betekenis toe. Rechtens is het dus ook niet zo dat een verbod zoals het hof dat in dit geval heeft gesanctioneerd, Kruidvat ook rechtmatig gedrag zou (kunnen) verbieden: wat haar (met dwangsom versterkt) werd verboden, heeft nu eenmaal rechtens te gelden als niet rechtmatig.

35) Het laatste subonderdeel van dit middelonderdeel, subonderdeel 3.4, tenslotte, legt zwaar de nadruk op de moeilijke positie waarin iemand zich bevindt die merkartikelen wenst te verhandelen waarvan niet kan worden aangetoond dat die rechtmatig in het verkeer waren gebracht. Zoals zojuist besproken, moet immers worden aangenomen dat de betrokkene onrechtmatig handelt door zulke merkproducten verder te verhandelen.

Wanneer op dat handelen een met dwangsom versterkt verbod is gesteld, wordt de betrokkene om voor de hand liggende redenen met buitengewoon bezwaarlijke risico's geconfronteerd; en dat zou - zo parafraseer ik dit subonderdeel - een reden moeten zijn om klemmender gronden te verlangen die het opleggen van een verbod, mede in het licht van de regels betreffende vrij goederenverkeer in de EG, kunnen rechtvaardigen; en om ook een verzwaarde motiveringseis aan te leggen.

36) Ook in het eerder al ter sprake gekomen arrest HR 15 april 2005, NJ 2006, 55 m.nt. Ch. Gielen, werd geoordeeld over klachten die, met een vergelijkbaar accent op de moeilijkheden die de "parallel-handelaar" in merkproducten op zijn weg vindt, verdedigden dat het opleggen van een algemeen geformuleerd en met dwangsom versterkt verbod met regels van EG recht onverenigbaar zou zijn, althans: nadere onderbouwing (en een navenante motivering) zou behoeven.

In rov. 3.5.3 van dit arrest zijn deze klachten verworpen. Aan de ene kant, overwoog de Hoge Raad, ligt in de rechtspraak van het HJEG die beperkingen stelt aan de vrijheid van handelen van parallel-importeurs al de afweging besloten, die erin uitmondt dat die beperkingen (en dus allicht ook: het rechtens afdwingen van de

daarmee samenhangende verplichtingen) niet met (andere) regels van EG recht strijdig zijn; en aan de andere kant brengt de in alinea 32 hiervóór (aan het slot) aangehaalde rechtspraak over de restrictieve uitleg van een algemeen geformuleerd verbodsdictum mee, dat de beperkingen waarmee een parallel-importeur aan wie een verbod is opgelegd wordt geconfronteerd, niet zo disproportioneel uitpakken als in dit verband wordt verdedigd.

37) Even eerder, in rov. 3.5.2 van hetzelfde arrest, had de Hoge Raad overwogen dat tegenover de belangen van (kort gezegd) parallel-importeurs bij rechtszekerheid in het licht van rechterlijke verboden die hen bedreigen, het belang moet worden geplaatst van de houder van een recht van industriële eigendom bij bescherming van dat recht.

Ook dat, zou ook ik menen, tempert - aanzienlijk - het gewicht dat men moet toekennen aan de ook in deze zaak breed uitgemeten problemen waarmee de parallel-importeur in de situatie die hier onder ogen moet worden gezien, wordt geconfronteerd.

Hoewel de feiten in de onderhavige zaak anders zijn dan die uit de zaak van NJ 2006, 55, beoordeel ik de verschillen niet als zo wezenlijk, dat wat er in het bedoelde arrest beslist werd niet van overeenkomstige toepassing zou zijn in de onderhavige zaak. Op die bedenkingen stuiten alle argumenten van subonderdeel 3.4 volgens mij af.

38) Ik meen daarom dat ik voorbij kan gaan aan de - prikkelende - stelling waarmee de derde subalinea van dit sub-middelonderdeel wordt afgesloten: de verhandeling van niet-gedecodeerde merkproducten zou "in beginsel" niet onrechtmatig zijn wanneer men garanties van de toeleverancier heeft dat het gaat om producten die rechtmatig in het verkeer waren gebracht.

Ik denk overigens dat die stelling in zijn algemeenheid niet opgaat. Zelfs als men in zoverre met het betoog namens Kruidvat meegaat, dat degene die merkproducten verhandelt waarvan de oorsprong hem niet bekend is, dat niet "op eigen risico" doet (en risico-aansprakelijkheid voor de gevolgen draagt); en dat voor aansprakelijkheid dus nog nadere toerekeningsfactoren vereist zijn, is het enkele feit dat men garanties heeft bedongen (natuurlijk) geen vrijbrief. Op z'n minst zal ook nodig zijn dat er geen omstandigheden waren die twijfel aan de goede trouw van de garantiegever (of diens toeleveranciers) konden wekken. Het is niet zo moeilijk om zich omstandigheden voor te stellen waarin er voor zulke twijfel wél aanleiding is. Dan, in elk geval, kan de stelling die het middel hier verdedigt, niet worden aanvaard.

Blijkens de vaststelling, in rov. 4.5, dat Kruidvat geen afdoende controle op haar toeleveranciers kan uitoefenen, is ook het hof ervan uitgegaan dat er in dit geval geen sprake kon zijn van garanties waarop men zonder meer mocht vertrouwen. (Ook) dan gaat de hier bedoelde stelling in ieder geval niet op.

39) Onderdeel 4 voert met betrekking tot een ander door het hof uitgesproken verbod (het verbod op "decoderen" of verhandeling van "gedecodeerde" producten) aan dat dit zich ook tot niet-onrechtmatige

handelingen zou uitstrekken, althans disproportioneel zou zijn.

Deze klacht stuit volgens mij af op dezelfde bedenkingen die in verband met onderdeel 3 ter sprake kwamen: (ook) dit verbod moet redelijk worden geïnterpreteerd, en daarbij moet de aan het slot van alinea 32 hiervóór besproken restrictieve maatstaf worden aangelegd. Als men dat doet, strekt het verbod zich - allicht - niet uit tot de rechtmatige handelwijze waar het middel op doelt.

En ook deze klacht miskent dat tegenover het gewicht dat toekomt aan de belangen van de parallel-importeur bij een voldoende duidelijk omschreven (en niet onevenredig gesanctioneerd) verbod, het belang moet worden geplaatst van de rechthebbende bij een "echt" werkzame bescherming van het door de ander geschonden recht. Als men dat laatste belang het gewicht geeft dat eraan toekomt, waardeert men de belemmeringen waar namens Kruidvat op wordt gehamerd, niet zo gauw als disproportioneel.

40) Onderdeel 5 bestrijdt het oordeel van het hof dat Kruidvats handelwijze, die onder meer het profiteren van wanprestatie van tot de verkooporganisatie van Lancôme c.s. behorende derden impliceert en tevens het profiteren van de onrechtmatige handelwijze van derden, bestaande in het decoderen van de verkochte producten, als onrechtmatig is aan te merken.

Het uitgangspunt waar het onderdeel op berust - kort gezegd: louter profiteren van andermans wanprestatie is niet onrechtmatig, het is dat slechts bij aanwezigheid van bijkomende omstandigheden die de onrechtmatigheid "inkleuren" - is juist(31). Het gaat er dus om, of het hof met recht heeft aangenomen dat dat laatste het geval is. Ik merk daarbij op dat het middel niet bestrijdt dat de handelwijze die het hof vooral als "bijkomende omstandigheid" in aanmerking heeft genomen, namelijk: het decoderen van de betrokken producten, onrechtmatig is(32).

41) In het arrest HR 1 november 1991, NJ 1992, 423 (rov. 3.1) waar ik al even naar verwees, wordt overwogen dat in de rechtspraak over de (on)rechtmatigheid van het verhandelen van producten die in strijd met verplichtingen die in het kader van een "gesloten" verkooporganisatie zijn aangegaan in het verkeer zijn gebracht (en bij niet aan de organisatie gebonden derden zijn terechtgekomen), "...nadruk valt op voormelde beginselen (uitgangspunt is dat handelen met iemand van wie men weet dat die daardoor een overeenkomst met een derde schendt, op zichzelf jegens deze derde niet onoirbaar is) en dat daarin dan ook voor de toewijsbaarheid van een vordering als de onderhavige(33) stringente voorwaarden worden gesteld."

Die overweging roept het beeld op, dat er niet zo makkelijk mag worden aangenomen dat zich de bijkomende omstandigheden voordoen die in de door de Hoge Raad ontwikkelde rechtsleer op dit punt, het geoorloofde "profiteren van wanprestatie" laten omslaan in niet-geoorloofd "profiteren".

42) Over wat als "stringente voorwaarden" mag worden gekwalificeerd (en wat juist buiten die categorie valt) kan men allicht van mening verschillen; maar dat voor-

opgesteld zijnde, ben ik geneigd te denken dat de rechtspraak tot aan het zojuist besproken arrest, maar ook daarna, wel gevallen te zien heeft gegeven waarin het "profiteren van wanprestatie" als (wél) onrechtmatig werd aangemerkt, hoewel slechts bijkomende omstandigheden in het geding waren die menigeen niet als "stringent" zou betitelen.

De rechtsleer neemt in elk geval aan dat gedragingen die zijn aan te merken als "uitlokking" van de wanprestatie waarvan vervolgens geprofiteerd wordt, meebrengen dat de grens tussen het geoorloofde en het ongeoorloofde wordt overschreden(34). Dat kan ook het geval zijn - dat wil zeggen: de grens kan worden overschreden - als de aan de verweerder verweten handelwijze een min of meer stelselmatig karakter vertoont, en (aldus) ertoe bijdraagt dat aan de verkooporganisatie gebonden bedrijven die op dezelfde markt opereren, worden verleid of genoodzaakt om hun verplichtingen uit hoofde van de verkooporganisatie te gaan verzaken (wat wel wordt aangeduid als de "ondermijning" van de verkooporganisatie)(35).

43) Waar het hof in de onderhavige zaak (in rov. 4.37) overweegt dat wat Kruidvat doet mede de voorwaarden schept die het (vast)gestelde wederrechtelijk handelen van derden bevorderen, heeft het hof kennelijk de in voetnoot 35 bedoelde rechtsleer op het oog. Daarbij denk ik dat de verwijzing naar "uitlokking" in deze rechtsoverweging van het hof zo moet worden begrepen, dat ook daar een element aan de orde is dat bij de beoordeling van de zwaarte van de bijdrage van de aangesproken verweerder aan de doorbreking van het gesloten distributiesysteem, gewicht in de schaal mag leggen.

Ik denk dat dat van een juiste opvatting ten aanzien van de hier geldende rechtsleer getuigt. Waar die rechtsleer gegevens als "uitlokking" dan wel "stelselmatig" handelen (en daarmee: het "sterker" aantasten van de verkooporganisatie) in de beoordeling betreft, is dat kennelijk zo omdat er in de genoemde opzichten sprake is van een ernstigere, krachtiger aangezette en ook doelgerichte aanval op de contractbanden waarop de organisatie van de wederpartij berust. De rechtsleer onderzoekt, zo beschouwd, een aantal verschillende aspecten die alle kunnen bijdragen tot de uitkomst, dat er in het gegeven geval buitensporige middelen in de concurrentiestrijd worden ingezet - aspecten die, als zij in een bepaald geval met elkaar gecombineerd in praktijk worden gebracht, ook elkaars gewicht kunnen versterken.

44) Intussen gaf ik al aan dat men, als men de rechtsleer overziet, geneigd is te denken dat de uitkomsten daarvan niet altijd sporen met de bevinding van de Hoge Raad over de "stringente voorwaarden" waaraan hier voldaan moet zijn.

Ik heb me afgevraagd of men hier steun kan zoeken bij het aan titel XXX van boek 2 Sr. te ontleen begrip "begunstigen": zoals de strafwaardigheid van begunstiging op een tweeledige gedachte berust - de verwerpelijkheid van het profiteren van andermans onoirbare gedrag enerzijds, en de verwerpelijkheid van het scheppen van de afzetmogelijkheid die anderen tot

misdaad verleidt en in staat stelt, anderzijds(36), zo kan men verdedigen dat de onrechtmatigheid van het hier door het hof beoordeelde gedrag mag worden gebaseerd op het tegelijkertijd voordeel trekken uit ongeoorloofde gedrag van anderen (namelijk: wanprestatie) én het bevorderen/voorwaarden scheppen voor datzelfde ongeoorloofde handelen door daar stimulanzen en/of de noodzakelijke (bestendige) afzetmogelijkheid voor te bieden.

45) Men ziet echter al gauw dat dit geen zuiver beeld is. Om slechts één in het oog lopend verschil te signaleren: bij de strafrechtelijke "begunstiging" bevordert de "begunstigende" partij gedragingen die ten opzichte van een ieder, en daarmee ook: ten opzichte van "het algemeen" als in hoge mate verwerpelijk en schadelijk worden beschouwd. Het profiteren van doorbreking van een gesloten verkooporganisatie vertoont, daarmee vergeleken, de eigenaardigheid dat het om een louter privaatrechtelijke organisatie gaat die vooral het eigen belang van de betrokkenen beoogt te dienen én die er (mede) op gericht is, degene die van het doorbreken profiteert, uit te sluiten, en wel: uit te sluiten van gedrag dat overigens legitiem is (zoals in dit geval: het verkopen van parfums en schoonheidsproducten).

46) Uit verschillende rechtsbronnen komt naar voren dat men erover aarzelt in hoeverre betamelijkheidsnormen (kunnen) meebrengen dat iemand égard in acht moet nemen ten opzichte van een (louter privaatrechtelijk) systeem van afspraken van een organisatie, naar de mate dat die organisatie zich er met toepassing van dat systeem van afspraken juist op toelegt, de betrokkene van overigens geoorloofd maatschappelijk handelen uit te sluiten. Aan de privaatrechtelijke afspraken die ertoe strekken, mij (zelf geen partij bij die afspraken) bepaalde op zichzelf legitieme activiteiten onmogelijk te maken, hoef ik mij, zou men denken, toch niet veel gelegen te laten liggen(37) - misschien zelfs: ook niet in die zin dat ik mij onthoud van stappen die anderen die wél partij bij die afspraken zijn, in de verleiding kunnen brengen om zich (in mijn voordeel) daaraan te onttrekken.

47) Aan de hand van deze beschouwingen lijkt mij dat de Hoge Raad met recht heeft aanvaard dat aan stringente voorwaarden moet worden voldaan, wil op de overigens te respecteren vrijheid van handel en bedrijf(38) worden afgedongen ten gunste van de belanghebbenden bij een op contractuele basis opgezette "gesloten" verkooporganisatie; en dat men met enig recht kan beweren dat de rechtspraak die zich aan de hand van deze maatstaf ontwikkelt, eerder te gemakkelijk dan te zuinig aanvaardt, dat aan dergelijke stringente voorwaarden voldaan is.

Intussen dient zich als voor de hand liggend aan, dat de beoordeling van de ernst en het gewicht van de omstandigheden die het profiteren van andermans wanprestatie kunnen begeleiden, voor een belangrijk deel neerkomt op weging van feitelijke gegevens. In de rechtspraak van de Hoge Raad is dan ook aanvaard dat de beoordelingen waar het hier op aankomt, met dergelijke waarderingen verweven zijn (en daarom maar in beperkte mate in cassatie kunnen worden getoetst)(39).

Als ik dat in aanmerking neem, en daarbij de in alinea's 42 en 43 hiervóór vermelde gegevens over de rechtsleer op dit stuk betrek, denk ik dat het hof in deze zaak zonder blijk te geven van miskennis van geldend recht heeft kunnen oordelen dat het samenstel van omstandigheden waardoor Kruidvat de wanprestatie van haar toeleverancier(s) bevorderde of mogelijk maakte, van dien aard en van een dusdanig gewicht was dat de te beoordelen handelwijze in zijn geheel moet worden gekwalificeerd als onbehoorlijk, en daarmee als onrechtmatig.

Met die wat ruime omweg kom ik ertoe de klacht van onderdeel 5 als ondeugdelijk te beoordelen.

48) Onderdeel 6 bevat de rechttoe-rechtaan klacht dat onvoldoende aandacht zou zijn besteed aan stellingen van Kruidvat die ertoe strekten dat de producten van Lancôme c.s. ook wel "via de achterdeur" aan niet tot de verkooporganisatie behorende handelaren plegen te worden geleverd.

Ik denk dat deze klacht op een verkeerde lezing van de daarin bestreden overweging (rov. 4.37) berust. In die overweging oordeelt het hof dat niet c.q. onvoldoende is weersproken dat Kruidvat "haar" producten van Lancôme c.s. alleen heeft kunnen bemachtigen doordat afnemers uit de distributieorganisatie contractbreuk hebben gepleegd, en producten aan niet-gebonden wederverkopers hebben geleverd.

De stellingen van Kruidvat waarnaar dit middelonderdeel verwijst houden nu juist in dat er in de organisatie van Lancôme c.s. (erkende) wederverkopers zouden zijn die zich tot dit gedrag hebben laten overhalen (en dat is wat op deze plaatsen bedoeld wordt met "via de achterdeur" verkopen). Dat sluit dus geheel aan bij wat Lancôme c.s. in dit verband hadden gesteld. Men kan dat niet als betwisting van deze stellingen van Lancôme c.s. begrijpen - of, voorzichtiger gezegd: het hof kon zonder aan logica of motiveringsplicht overigens geweld aan te doen, deze stellingen van Kruidvat begrijpen als een erkenning dat bevoorrading van parallel-handelaren berust op contractbreuk van dépositaires van Lancôme c.s. die "via de achterdeur" aan niet-gebonden wederverkopers leveren.

De discrepantie waar de klacht van dit middelonderdeel op berust, is er in werkelijkheid niet(40).

49) Onderdeel 7 betreft (weer) een kwestie die los staat van al het eerder besprokene, namelijk: het door het hof gehonoreerde beroep van Lancôme c.s. op schending van de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten, door beschadiging of aantasting anderszins van de verpakkingen van de in geding zijnde producten tijdens dan wel bij het decoderen daarvan.

Ik ben zo vrij om, voor ik de klachten uit dit middelonderdeel bespreek, de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten in verband met productverpakkingen in een algemener kader te bespreken.

50) Over de strekking en omvang van de auteursrechtelijke persoonlijkheidsrechten verschillen de meningen vrij aanzienlijk. Dat is te begrijpen, aan de ene kant omdat het hier "gevoelige" materie betreft waar men, al naar gelang van zijn opvattingen over de bijzonder band die tussen een schepper van artistiek werk en

diens scheppingen kan bestaan, meer en minder krachtige opvattingen over kan voorstaan; en aan de andere kant omdat de regeling die de Auteurswet op dit punt inhoudt, als nogal gebrekkig kan worden gekwalificeerd(41).

Er bestaat intussen een vrij ruime mate van overeenstemming over, dat het recht dat in deze zaak aan de orde is, namelijk het in art. 25 onder d Aw omschreven recht om zich te verzetten tegen misvorming, vermindering of andere aantasting van zijn werk, sterk in omvang en betekenis verschilt, al naar gelang het een voor de "naam" van de auteur belangrijke, toonaangevende en ook door wijze en omvang van presentatie kwetsbare uiting betreft, of een uiting waarvoor in deze opzichten het tegendeel geldt(42).

51) Als het gaat om belangrijke werken uit het scheidende oeuvre van een auteur die daarmee eer beoogt in te leggen én waarvan het aantal exemplaren beperkt is (of waarvan zelfs maar één exemplaar bestaat), dringt het legitieme belang van de maker om zich tegen aantasting te verzetten zich op - en wordt het recht om dat te doen dan ook in navenant ruime mate erkend en gehonoreerd. Naarmate dat alles minder of in het geheel niet het geval is, geldt het omgekeerde. Naarmate aan het werk als persoonlijke uiting van zijn maker minder belang toekomt, naarmate de utiliteit/functionaliiteit van het object waarin het werk belichaamd is meer op de voorgrond staat of zelfs geheel domineert, naarmate het gaat om een werk dat voor grote oplagen of zelfs voor massaproductie bestemd is, vervaagt het legitieme belang bij verzet tegen aantasting van (exemplaren van) het werk, en kan dat zelfs geheel verdwijnen(43).

De lijst van omstandigheden die hier voor weging in aanmerking komt is niet uitputtend, maar er zijn een aantal gegevens waarvan in de rede ligt, dat die relatief vaak moeten worden "meegenomen", zoals: de aard van het werk (louter artistieke uiting/deels functioneel object/geheel voor gebruiksdoeleinden bestemd massartikel); de mate van originaliteit, de mate waarin de persoonlijkheid van de maker in het werk tot uitdrukking komt, en de mate waarin de maker er blijk van geeft met het werk geassocieerd te willen worden; en de aard van het werkexemplaar of de werkexemplaren, waarvan aantasting zou plaatsvinden (uniek kunstwerk/in grote oplagen vervaardigd fabrieksproduct).

52) De auteursrechtelijk beschermde werkexemplaren waar het in deze zaak om gaat zijn productverpakkingen van (weliswaar luxueuze, maar toch) massaconsumptieartikelen - en wel de "wegwerp"-verpakkingen waarin de producten worden aangeboden - niet de voor wat duurzamer gebruik bestemde binnenverpakkingen (zoals parfumflesjes) waarin zich het voor de gebruiker bestemde middel zich bevindt.

Ofschoon de fraaiheid en artistieke verdienste van (het ontwerp van) verpakkingen zeer aanzienlijk kan zijn, en ook alleszins denkbaar is dat een maker van een desbetreffend ontwerp daar "eer mee inlegt", geldt ten aanzien van de verveelvoudigingen die van het ontwerp van een verpakking gemaakt en verkocht worden toch, dat die bestemd zijn om door de kopers/gebruikers - vaak met aanmerkelijke beschadiging - te worden geo-

pend, en daarna na kortere of langere tijd te worden weggegooid.

53) Aan de hand van deze beschouwingen dringt zich enigszins op, dat men er niet gemakkelijk toe zal komen om gevallen waarin individuele exemplaren van wegwerp-productverpakkingen worden "aangetast", te rangschikken onder de in art. 25 onder d Aw bedoelde inbreuken op het persoonlijkheidsrecht van de maker. Die maker heeft deze schepping immers ontworpen en bestemd om tenslotte - in ontelbare exemplaren - te worden opengetrokken en, gewoonlijk na (zeer) kortstondig gebruik, te worden weggegooid (en daarna dus gewoonlijk: te worden vernietigd). De gedachte dat (veel) geringere aantastingen in een iets eerder stadium, dan tóch zouden kunnen gelden als auteursrechtelijk relevante aantasting van het persoonlijkheidsrecht, doet dan gewrongen aan. Men kan er alle begrip voor hebben dat zulke aantastingen de commerciële belangen van de producent van het verpakte artikel kunnen ondergraven en het luxe imago dat deze aan zijn producten wil meegeven kunnen beschadigen - maar de gedachte dat de auteur door deze aantastingen in zijn persoonlijkheidsrechten zou worden gekrenkt (en tegelijk het - even later - open scheuren van "zijn" verpakking door de gebruiker met gelijkmoedigheid zou moeten (en willen) aanvaarden), heeft iets onwaarachtigs.

De vaststelling dat daar niettemin sprake van is is, denk ik, als feitelijk aan te merken of in elk geval sterk verweven met feitelijke waarderingen - maar men voelt toch de neiging een dergelijke vaststelling kritisch te toetsen op logische houdbaarheid en eventueel ook op mogelijke daaronder schuil gaande verkeerde opvattingen ten aanzien van het auteursrechtelijke persoonlijkheidsrecht.

54) Niettegenstaande wat ik zojuist voorop heb gesteld, meen ik dat de klachten van middelonderdeel 7 het oordeel van het hof op het hier besproken punt tevergeefs bestrijden. Ik loop die klachten hieronder na:

a) Subonderdeel 7.1 (onderdeel 7 bevat geen zelfstandige klacht) klaagt dat het hof niet kon oordelen dat aantasting van de op de verschillende producten aangebrachte codes aantasting van de werken die in de verpakkingen belichaamd zijn kon opleveren, omdat vast zou staan dat de codes geen onderdeel uitmaken van de werken, die in de verpakkingen tot uitdrukking komen.

Deze klacht ziet er aan voorbij dat aantasting van een werk zeer wel kan bestaan in ingrepen die de auteursrechtelijk beschermde trekken van het werk zelf niet raken. De Memorie van Toelichting bij de wijzigingswet van 1972 noemt een verhelderend voorbeeld: publicatie van een werk in een vorm of omgeving "van min allooi"(44). Een dergelijke publicatie hoeft aan het werk zelf niets te veranderen, maar levert toch aantasting op.

Men kan zich geredelijk voorstellen hoe, met name, werken van beeldende kunst kunnen worden "aangetast" door ingrepen die de trekken van het werk zelf ongemoeid laten - zoals het aanbrengen of veranderen

van ontsierende coderingen op overigens "neutrale" oppervlakken van het werk(exemplaar).

b) Subonderdeel 7.2 klaagt over het verbod dat gericht is op gedecodeerde producten die zo zijn behandeld "dat de verpakking is beschadigd". Het verbod en de overweging waar het verbod op teruggrijpt zouden onvoldoende duidelijk maken op welke aantasting het verbod gericht zou zijn (want niet iedere - futiele - beschadiging zou, in de gedachtegang van het middel, voldoende kunnen zijn om "aantasting" op te leveren). Dit subonderdeel miskent, denk ik, dat verdere precisering van een verbod als het onderhavige nagenoeg onmogelijk is - en dat de wet hier, allicht, niet van de rechter vergt dat die het (nagenoeg) onmogelijke volbrengt.

Beschadiging van een productverpakking kan zich immers, naar voor de hand ligt, in een aanzienlijk aantal vormen en gradaties voordoen. Niet al die vormen en gradaties zullen "aantasting" opleveren van het werk dat in de verpakking belichaamd is - maar het is ondoenlijk om nader aan te geven waar de grens precies ligt. Het hof heeft geconstateerd dat de bewerking van de verpakkingen bij het decoderen - naar wij mogen aannemen: altijd of veelal - met beschadigingen gepaard ging, die naar het oordeel van het hof "aantasting" opleverden. Van de handel in producten met vergelijkbaar beschadigde verpakkingen zal Kruidvat zich dus moeten onthouden (en ook hier kan Kruidvat profiteren van de in alinea 32 hiervóór genoemde uitlegregel). Dat de daarmee gemarkeerde grens niet haarscherp is, is in een context als de onderhavige - ik kan het slechts herhalen - niet goed te vermijden; en verdere precisering mag dus niet verlangd worden.

c) Subonderdeel 7.3 betoogt dat, althans bij werken die voor grootschalige mechanische reproductie bestemd zijn, de aantasting zelf misschien wel door het persoonlijkheidsrecht van de auteur wordt bestreken, maar niet de (verdere) verhandeling van de aangetaste exemplaren (door iemand die niet zelf in de aantasting de hand heeft gehad).

Dat, bij voor machinale massaproductie bestemde gebruiksartikelen (en a fortiori als het gaat om de "wegwerp"- verpakkingen van dergelijke goederen) aanzienlijke terughoudendheid geboden is bij de aanvaarding van een beroep op persoonlijkheidsrechten, wordt, zoals hiervóór bleek, door mij onderschreven. Maar de stelling dat, ook als de eigenlijke aantasting van de goederen wél inbreuk op het persoonlijkheidsrecht zou maken, de verdere verhandeling van die goederen dat niet zou doen, lijkt mij onverdedigbaar. Het gaat er immers om dat de artistieke integriteit van de maker niet wordt "beschadigd" doordat anderen met "aangetaste" exemplaren van zijn werk worden geconfronteerd. Als het daarom gaat is de verkoop van aangetaste exemplaren een ernstiger inbreuk op het persoonlijkheidsrecht dan de zich "binnenskamers" voltrekkende aantasting van de werkexemplaren zelf. Van de zich binnenskamers voltrekkende aantasting kan de artistieke integriteit van de maker geen (wezenlijke)

schade ondervinden, van de grootschalige distributie van aangetaste werkexemplaren wel.

d) Subonderdeel 7.4 betreft een detailkwestie: nu het hof aantasting van de persoonlijkheidsrechten van partij [verweerster 7] had vastgesteld (en aan de overige claims op basis van persoonlijkheidsrechten was voorbijgegaan omdat de betrokkenen daarbij onvoldoende belang hadden), had ook de dwangsomveroordeling ten gunste van [verweerster 7] moeten worden gegeven, terwijl die in feite ten gunste van partij L'Oréal is uitgesproken.

Ik laat de vraag of Kruidvat bij een wijziging van de verkregen uitkomst op dit punt voldoende belang heeft, maar voor wat die is - ofschoon het gezegde over door de hond of de kat gebeten worden, die vraag wel enig accent geeft.

Ik heb mij afgevraagd of het partijen vrij staat om (zoals Lancôme c.s. in deze zaak in sommige gevallen hebben gedaan) te verlangen dat dwangsomveroordelingen "gesteld worden" op de naam van een andere partij dan die, wier recht met het desbetreffende ge- of verbod wordt versterkt(45). Ik zou intussen menen dat het belang van dit punt niet rechtvaardigt, dat de HR zich daar uitvoerig in verdiept (met als mogelijke uitvloeisel de al in de voetnoot aangestipte modaliteit van prejudiciële benadering van het BenGH). Naar analogie van de procesregels voor herstel van kennelijke verschrijvingen en die voor de beoordeling van eenvoudige feitelijke kwesties van ondergeschikt belang in cassatie (art. 31 Rv. en art. 421 Rv. respectievelijk), zou de Hoge Raad kunnen verstaan dat de dwangsomveroordeling waar dit subonderdeel op ziet, gelezen moet worden als gegeven ten gunste van partij [verweerster 7](46).

55) Aan de hand van deze bespiegelingen kom ik ertoe, het middel in zijn geheel als ongegrond te beoordelen.

Conclusie

Ik concludeer tot verwerping, met de precisering als aan het slot van alinea 54 onder d) aangegeven.

Noten bij Conclusie A.G.

1 De in het eerdere kort geding betrokken partijen zijn overigens niet (alle) dezelfde als de partijen in deze procedure, en omgekeerd: er nemen aan dit geding ook partijen deel die niet bij het kort geding betrokken waren. In alinea 5 van de memorie van grieven in de onderhavige zaak is een samenvatting te vinden van de "voorafgaande" procedures, met vermelding van de partijen die daar, in wisselende samenstellingen, aan deelnamen.

2 Zie HR 23 januari 1998, NJ 2000, 544.

3 Daarbij baseer ik mij vooral op rov. 2 van het in de eerste aanleg op 19 november 1997 gewezen eindvonnis.

4 Partijen hebben deze werkwijze aangeduid als het "decoderen" van de relevante producten (en zij duiden die producten vervolgens aan als "gedecodeerd"). Ook de rechters van de feitelijke instanties zijn deze uitdrukkingen gaan gebruiken. Het is niet aan mij om beschouwingen te wijden aan de esthetische of taal-

kundige merites van dit woordgebruik: ik meen de duidelijkheid te dienen door deze uitdrukkingen ook maar te gebruiken, waar zij inderdaad verhelderend kunnen zijn.

5 Dit betreft de producten Lancôme Trésor. Daarvan is de verpakking ontworpen door (werknemers van) Style Marque S.A. Deze heeft de desbetreffende rechten overgedragen aan Lancôme.

6 In de eerste aanleg was dat overigens in mindere mate het geval dan in appel; maar voor de beoordeling in cassatie doet dit niet ter zake.

7 Het arrest van het hof is gepubliceerd in IER 2005, 12 (p. 48 e.v.) m.nt. Speyart.

8 Het arrest van het hof is van 14 oktober 2004. De cassatiedagvaardingen werden op 14 december 2004 uitgebracht.

9 Uitleg proces-standpunt, bijvoorbeeld: HR 2 december 2005, RvdW 2005, 135, rov. 5.5.2; uitleg beslissing "lagere" rechter: HR 3 mei 2002, NJ 2002, 348, rov. 3.2.

10 Verzonnen voorbeeld: een bepaalde partij is in verband met de promotie-actie voor moederdag in een land buiten de EER vervaardigd in een voor dat doel iets aangepaste verpakking. Als iemand bij Lancôme c.s. van die feiten op de hoogte is, kan die vaststellen dat het om producten uit deze partij gaat; terwijl een buitenstaander zoals Kruidvat dat veelal niet zal kunnen.

11 Snijders - Wendels, Civiel Appel, 2003, nrs. 184 - 186.

12 Waarbij vooral HR 19 december 2003, RvdW 2004, 10, rov. 4.9 mij illustratief lijkt.

13 Dictum van het eindvonnis in de eerste aanleg van 19 november 1997 onder 12.7 jo. dictum van het in cassatie bestreden arrest, p. 30, eerste "gedachtstreepje".

14 Rov. 4.5. Het zou volgens deze vaststelling van het hof om onweersproken feiten gaan; en in cassatie wordt dit deel van de overwegingen van het hof niet bestreden.

15 Dit onderdeel merkt hier en passant op dat de vastgestelde omstandigheden alleen een verbod van verhandeling van gedecodeerde producten zouden rechtvaardigen. Hier lijkt mij hetzelfde misverstand aanwezig dat ik in alinea 10 hiervóór, bij het tweede gedachtstreepje en de daaraan verder gewijde beschouwingen, heb besproken. Voor alle duidelijkheid: eenmaal (met recht) aangenomen dat Kruidvat dreigde door te gaan met verhandeling van niet met toestemming van de merkhouders binnen de EER in het verkeer gebrachte producten, was er voor het hof geen enkele aanleiding om het daardoor gerechtvaardigde verbod te beperken tot de concrete vorm van inbreuk die de aanleiding voor het verbod vormde (namelijk: verhandeling van gedecodeerde producten). Een ruimer verbod, zoals Lancôme c.s. dat hadden gevorderd, kan in zo'n geval immers gerechtvaardigd of zelfs bepaaldelijk aangewezen zijn (HR 1 december 1995, NJ 1996, 510 laat een illustratief geval zien). Het middel gaat, waar het het tegendeel beweert, van een onjuiste rechtsopvatting uit. Het berust op een misvatting - dezelfde misvatting - waar (aan het slot van het

onderdeel) nogmaals wordt gesuggereerd dat alleen reeds gebleken onrechtmatig gedrag door een verbod zou mogen worden bestreken. Een verbod mag zich uitstrekken tot andere, nog niet gebleken vormen van onrechtmatig gedrag, (zeker) wanneer de vrees bestaat dat de handelwijze van de verweerder zich niet tot de ene, geconstateerde variant van onrechtmatig gedrag zal beperken.

16 Er wordt wel onderscheid gemaakt tussen "exclusieve" distributiesystemen, gekenmerkt doordat elke "exclusieve" distributeur een aan deze distributeur voorbehouden (geografisch) gebied toegewezen krijgt, en contractuele verboden erin voorzien dat levering naar afnemers in gebieden van andere distributeurs aan beperkingen onderhevig is enerzijds; en anderzijds "selectieve" distributiesystemen, gekenmerkt doordat de distributeurs op grond van bepaalde kwaliteitskenmerken worden geselecteerd, waarbij contractuele verboden erin voorzien dat levering aan anderen dan consumenten of collega-distributeurs (die aan dezelfde kwaliteitskenmerken beantwoorden) aan beperkingen onderhevig is; zie bijvoorbeeld Hezewijk, IER 2003, p. 205 e.v. Het ene systeem voorziet in een zekere mate van territoriale gebiedsbescherming ("exclusiviteit"), het andere niet.

17 Het is de vraag of het hier gaat om uit het Europese recht voortvloeiende bewijsregels, of om beoordeling of de nationale regels van bewijsrecht zich verdragen met de Europeesrechtelijke regels van merkenrecht en recht betreffende het vrije goederenverkeer (wat zou impliceren dat er ruimte is voor nuanceringen aan de hand van het nationale bewijsrecht); zie daarover de conclusie van A-G Stix-Hackl voor het Van Doren-arrest, alinea's 40 e.v. en bijvoorbeeld Dyrberg, EIPR 2004, p. 81 e.v.; Müller, GRUR 2003, p. 669 - 670; Gambaro en Prete, CMLR 2003, p. 1513 e.v. In deze zaak kan, denk ik, in het midden blijven of het een dan wel het ander opgaat, want er bestaan volgens mij geen specifieke regels van Nederlands bewijsrecht die nuancering op het door het HJEG uitgezette stramen indiceren: het Nederlandse recht kan in dit opzicht het Europese recht "gewoon" volgen c.q. insluiten.

18 Bijvoorbeeld Ludding, SEW 2003, p. 358; Gambaro en Prete, CMLR 2003, p. 1520.

19 Gielen, AAe 2004, p. 191; Hezewijk, IER 2003, p. 205 e.v.

20 Zij profiteren namelijk in veel gevallen van de groepsvrijstelling die thans is vervat in Vo. (EG) nr. 2790/1999, Pb. 1999 L 336, p. 25 e.v.; zie art. 2 in verband met art. 4 sub b, eerste "gedachtestreepje". In eerdere versies van de op dit stuk toepasselijke groepsvrijstellingsverordeningen kwamen inhoudelijk min of meer overeenkomstige regels voor.

Voor "selectieve" distributie geldt evenzeer, dat die niet persé als met het communautaire mededingingsrecht strijdig mag worden aangemerkt, zie bijvoorbeeld Ritter - Braun, European Competition Law: a practitioner's guide, 2005, p. 338 e.v.; Mestmäcker - Schweitzer, Europäisches Wettbewerbsrecht, 2004, p. 316 e.v.; HJEG 25 oktober 1977, Jur. 1977, p. 1875 e.v. ("Metro-I"), rov. 21 - 22; HJEG 10 juli 1980, Jur. 1980

p. 2511 e.v., rov. 19 e.v. (betreffende het toenmalige distributiestelsel van Lancôme).

21 In aansluiting hierop noemt het HJEG een noodzaak om de verhandeling op de markt in de Lid-Staten waarvoor de goederen bestemd zijn mogelijk te maken. Dit ziet op een probleem dat in de onderhavige zaak niet aan de orde is, namelijk: de (onder de rubriek "etiketteringsvoorschriften" te scharen) eis dat bepaalde vermeldingen op producten wel, of juist niet voorkomen. Dit aspect meen ik in de onderhavige zaak te kunnen laten rusten.

22 Met de consequentie, althans in verreweg de meeste gevallen, dat het aan de parallel-handelaar zal zijn om te stellen en bij tegenspraak aannemelijk te maken, dat er van een schending van mededingingsrechtelijke regels sprake is.

23 Ik gebruik deze aanduiding voor de producten van de gezamenlijke verweerders in cassatie, maar signaleer dat men van een deel van die producten kan betwijfelen, of die als "behorend tot" de organisatie van Lancôme c.s. aangemerkt mogen worden. Met deze kanttekening voor ogen denk ik, dat de uitdrukking "Lancôme-producten" voldoende duidelijk aangeeft wat ik bedoel, zonder tot misverstand aanleiding te (kunnen) geven.

24 Men ziet voorbeelden van dergelijke waarderingen in de zaken die in de beide Metro-arresten (HJEG 25 oktober 1977, Jur. 1977, p. 1875 e.v. ("Metro-I") en HJEG 22 oktober 1986, Jur. 1986, p. 3021 e.v. ("Metro II")) zijn beoordeeld; en verder in zaken als HJEG 11 december 1980, Jur. 1980 p. 3775 e.v. ("L'Oréal") en GEA 27 februari 1992, Jur 1992 II p. II 415 e.v. ("Vichy").

25 Zie bijvoorbeeld Groepsvrijstellingsverordening 2790/1999 (EG) van 22 december 1999, Pb. 1999 L 336, p. 21 e.v., art. 4 aanhef en sub c, en de in verband met deze verordening bekend gemaakt Richtsnoeren, Pb. 2000 C 291, p. 1 e.v., §§ 53 en 54.

26 Als illustraties wijs ik op GEA 27 februari 1992, Jur 1992 II p. II 415 e.v. ("Vichy"), rov. 65, 69 - 71; HJEG 22 oktober 1986, Jur. 1986, p. 3021 e.v. ("Metro II"), rov. 40 - 45, 53 - 55, 58 - 61 en 65 - 66; HJEG 11 december 1980, Jur. 1980 p. 3775 e.v. ("L'Oréal"), rov. 16.

27 Ook hier zal zeer waarschijnlijk een rol hebben gespeeld dat het Van Doren-arrest pas na de Memorie van Antwoord in appel werd gewezen, en men daarvoor niet op de mogelijkheid dat dit relevant kon zijn bedacht was; maar ook hier geldt dat dit er niet aan afdoet dat het arrest het (al) geldende recht weergeeft.

28 Ik wil niet verhelen dat het argument dat Lancôme c.s. in alinea 20 van hun pleitnota in appel van 27 november 2003 hebben uitgewerkt, op mij indruk heeft gemaakt.

29 Subonderdelen 3.1, 3.2 en misschien ook 3.3 snijden dit thema aan.

30 Laatstelijk HR 15 april 2005, NJ 2006, 55 m.nt. Ch. Gielen, rov. 5.3.1.

31 HR 30 september 2005, NJ 2005, 513, rov. 3.3 en 3.4, verwijzend naar HR 17 mei 1985, NJ 1986, 760 m.ntn. CJHB en WMK, rov. 3.3. Zie voor een geval dat

meer gelijkenis vertoont met het in deze zaak te beoordelen geval HR 1 november 1991, NJ 1992, 423, rov. 3.1 (inhoudelijk gelijk aan de overeenkomstige rov. uit NJ 1992, 424); Asser-Hartkamp III, 2002, nrs. 48 en 51b (zie ook Asser - Hartkamp II, 2005, nr. 383a).

32 Ik suggereer natuurlijk niet dat dit oordeel met succes bestreden had kunnen worden; maar ben wel zo vrij, mij mijn mening daarover nog even voor te behouden, ook met het oog op HR 3 november 1995, NJ 1999, 215 m.nt. DWFV onder nr. 216, rov. 5.4 (en het daar aangehaalde arrest HR 23 juni 1961, NJ 1962, 244); zie ook Verkade, Ongeoorloofde mededinging, 1986, p. 192 e.v.

33 De zaak uit NJ 1992, 423 betref vorderingen die gelijkenis vertonen met de thans te beoordelen vordering.

34 Onrechtmatige Daad IV (losbl.), Van Nispen, aant. 230; HR 22 december 1995, NJ 1997, 118 m.nt. HJS, rov. 3.7 (waar althans niet blijkt dat de HR geneigd is afstand te nemen van de opvatting van het hof die in de hier besproken zin luidt); Du Perron, Overeenkomst en derden, diss. 1999, nrs. 167 - 169. 177.

35 HR 22 december 1995, NJ 1997, 118 m.ntn. Slot en HJS, rov. 3.6 en 3.7 (verwijzend naar rov. 25 van het in cassatie bestreden arrest van het hof); HR 26 juni 1964, NJ 1965, 170 m.nt. GJS, "O. aangaande het eerste middel" (slot); HR 12 januari 1962, NJ 1962, 246 m.nt. HB, "O. voorts" (op p. 795); Onrechtmatige Daad IV (losbl.), Van Nispen, aant. 231; Du Perron, Overeenkomst en derden, diss. 1999, nr. 185 - 186.

36 Zie voor de ratio van de strafbaarstelling van "begunstiging" bijvoorbeeld Noyon - Langemeijer - R Emmelink, Het Wetboek van Strafrecht, p. 1338; T&C Strafrecht, 2004, Van Woensel, art. 416, aant. 5. Daar ziet men overigens dat de aan deze regels ten grondslag liggende gedachte ook als driedelig kan worden beoordeeld, waar het element van bescherming tegen continuering van door misdrijf gecreëerde vermogensverschuivingen wordt toegevoegd.

37 HR 13 januari 1961, NJ 1962, 245 m.nt. HB, "O. ten aanzien van onderdeel a. van het eerste middel" (zesde alinea); Onrechtmatige Daad IV (losbl.), Van Nispen, aant. 231, slot; Du Perron, Overeenkomst en derden, diss. 1999, nrs. 165 en 186.

38 Door de Hoge Raad in HR 1 november 1991, NJ 1992, 423, rov. 3.1 aangewezen als het voornaamste beginsel dat zich ertegen verzet dat "buitenstaanders" genoodzaakt zouden kunnen worden, de beperkingen te respecteren die inherent zijn aan een contractuele verkooporganisatie waar zij geen toegang toe hebben.

39 HR 22 december 1995, NJ 1997, 118 m.ntn. Slot en HJS, rov. 3.6.

40 Wel wordt namens Kruidvat op de hier bedoelde plaatsen aangevoerd dat Lancôme c.s. de wanprestatie van hun dépositaires in de hand zouden werken door (te) gemakkelijk grote volumes product met grote kortingen te leveren; maar dát de betrokkenen ook in het hier gestelde geval wanprestatie plegen door "via de achterdeur" aan buitenstaanders te leveren, wordt niet tegengesproken. Dat kon het hof dus inderdaad als vaststaand aannemen.

41 Ik durf deze uitspraken aan met rugge(n)steun van Spoor - Verkade - Visser, Auteursrecht, 2005, nr. 7.14; of, zoals Quaedvlieg, Auteur en aantasting, werk en waardigheid, oratie 1992, p. 19 het zegt: "Men moet zich echter door de plechtige toonzetting van de beginselen niet laten misleiden. In de praktijk wordt de soep belangrijk minder heet gegeten".

42 Uitvoerig over de relativiteit van het hier bedoelde persoonlijkheidsrecht Quaedvlieg, Auteur en aantasting, werk en waardigheid, oratie 1992, p. 19 - 38; zie ook Spoor - Verkade - Visser, Auteursrecht, 2005, nrs. 7.13 - 7.16; T&C Intellectuele Eigendom, 2005, Verkade, art. 25, aant. 4.

43 Voorbeelden, ontleend aan Quaedvlieg, a.w.: "verminking" van in kranten of tijdschriften gepubliceerde werken (door de krant/het tijdschrift te verknippen, als onderzetter of als verpakkingsmateriaal te gebruiken, etc.); afknippen van de randen van voor een "commuin" publiekstijdschrift (voor publicatie) bestemde foto's; plaatsing van het triviale, in honderden exemplaren verkochte gipsfiguurtje tussen de tuinkabouters in een tuin.

44 Door mij geraadpleegd in Schuurman & Jordens editie nr. 75 I, 2006, p. 455 - 456.

45 In het licht van de grote mate van vrijheid die de dwangsomregeling de rechter bij het opleggen van dwangsommen toekent, zie nog onlangs HR 6 januari 2006, RvdW 2006, 75, rov. 3.4, lijkt mij niet ondenkbaar dat de rechter ook voor de hier besproken variant zou mogen kiezen - overigens met het oog op de Benelux Overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom (Trb. 1974, 6) een vraag van Benelux-recht, die aanleiding zou kunnen geven tot prejudiciële vragen aan het BenGH.

46 Volledigheidshalve wijs ik erop dat een stap als deze consequenties kan hebben voor aanspraken op dwangsommen die vóór het arrest van de Hoge Raad verbeurd zouden zijn; en dat ook voor discussie vatbaar is of er, wil de dwangsom na een beslissing van de Hoge Raad zoals hier voorgesteld kunnen worden gevorderd, opnieuw betekening moet plaatshebben (art. 611a lid 3 Rv.).