

auteur zich rekenschap ervan zal geven, welke bevoegdheden hij overdraagt" (toelichting van Drucker bij zijn aldus in de wet opgenomen amendement). Afstand van recht noemt de wet enkel met betrekking tot de niet overdraagbare persoonlijkheidsrechten vermeld in art. 25 onder a, b en c (en in art. 45f waar zodanige afstand van recht tegenover de producent van een filmwerk wordt verondersteld).

Als dit alles was, zou een stilzwijgende afstand van recht als door de HR aangenomen, niet goed in het systeem passen. Er is echter meer.

In de eerste plaats is in de praktijk de auteursrechtlicentie tot ontwikkeling gekomen, waarbij – zonder overdracht van auteursrecht – een gebruiksrecht op een werk wordt verleend; algemeen wordt aangenomen dat zulk een gebruiksrecht ook zonder akte en zelfs stilzwijgend verleend kan worden (het verzenden van een stuk naar een krant, veronderstelt het verlenen van een bevoegdheid tot publicatie) en daarmee is het strakke systeem van art. 2 al doorbroken. Dat systeem wordt trouwens ook niet gehandhaafd bij filmwerken, want daar wordt het recht op openbaarmaking en verveelvoudiging verondersteld te zijn overgedragen aan de producent als niet schriftelijk anders is overeengekomen (art. 45 d). Het systeem is dus niet "lückenlos".

In de tweede plaats kennen wij in ons algemeen vermogensrecht – dat ook voor het auteursrecht geldt – de mogelijkheid van afstand van recht, zonder dat daaraan in het algemeen bijzondere vormvereisten worden gesteld. Als men door een overeenkomst met de schuldenaar afstand kan doen van een vorderingsrecht (art. 6:160 B.W.) zie ik geen reden waarom niet uit de inhoud van een overeenkomst zou mogen worden afgeleid dat van zulk een afstand sprake is geweest, ook als het gaat om afstand van bevoegdheden die voortvloeien uit het auteursrecht.

Ik zie dus in de wat verrassende oplossing van de Hoge Raad (de steller van het middel én de A.-G. waren van het bestaan van een licentie uitgegaan) geen bezwaar en ik moet zeggen dat ik haar ook erg praktisch vind: een doorkruising van het merkrecht door het auteursrecht als in de onderhavige zaak aan de orde vind ik niet echt geslaagd.

Nadat het voorgaande al was geschreven, hebben twee van mijn mede-redacteuren mij opmerkzaam gemaakt op art. 9 van de inmiddels door de Eerste Kamer aangenomen Wet op de naburige rechten, welk artikel ook voor "het verlenen van toestemming" tot – kort gezegd – het opnemen van een uitvoering en tot het reproducieren, in het verkeer brengen en uitzenden van een uitvoering of opname van zulk een uitvoering een schriftelijke akte vereist. Het lijkt erop dat aldus de uitvoerende kunstenaar (om niet te praten van de omroeporganisaties en de producent van fonogrammen) verder wordt beschermd dan de "maker" in de zin der Auteurswet, omdat men kan redeneren dat bij de naburige rechten nu ook voor een licentie het vereiste van een schriftelijke akte gaat gelden en men kan zich afvragen of dat niet ook consequenties heeft voor het auteursrecht.

Toch betwijfel ik of dat het geval is. In de Wet op de naburige rechten wordt het recht van de uitvoerende kunstenaar omschreven als "het uitsluitend recht om toestemming te verlenen"; dat is iets anders dan het uitsluitend recht van de auteur om het werk openbaar te maken en te verveelvoudigen en daardoor krijgt ook het woord "toestemming" een andere betekenis. Het vereiste van een schriftelijke akte geldt bij de uitvoerende kunstenaar voor de uitoefening van diens recht als zodanig en niet, zoals in het auteursrecht, voor een handeling die het uitsluitend recht op zich onaangetast laat.

Ik zie daarom geen reden om op grond van dit nieuwe wetsartikel mijn eerder ingenomen standpunt met betrekking tot de uitspraak van de Hoge Raad te wijzigen.

S.B.

Nr 40. Hoge Raad der Nederlanden, 1 november 1991.

(Cacharel/Geparo I)

Mrs S.K. Martens, G. de Groot, C.Th. Hermans,  
S. Boekman en W.H. Heemskerck.

*Art. 1401 (oud) Burgerlijk Wetboek (doorbreking verkooporganisatie).*

*Zowel het beginsel dat ten grondslag ligt aan art. 1376 (oud) B.W., als ook en vooral het beginsel van vrijheid van handel en bedrijf brengen mee dat het enkele feit dat een fabrikant langs contractuele weg een verkooporganisatie voor zijn produkten in het leven roept, voor een niet tot deze organisatie behorende handelaar (verder ook wel: buitenstaander) niet zonder meer de verplichting schept zich van het verhandelen van die produkten te onthouden. Zulk een verplichting bestaat slechts – en een verbodsvordering als de onderhavige kan dan ook slechts worden toegewezen – voorzover op grond van bijkomende omstandigheden moet worden aangenomen dat de buitenstaander door het verhandelen zich jegens de fabrikant onoirbaar zou gedragen.*

*De vraag aan welke voorwaarden moet zijn voldaan vooraleer sprake is van zulk onoirbaar gedrag, is in een vrij omvangrijke rechtspraak van de Hoge Raad beantwoord (meer in het bijzonder zij verwezen naar: HR 13 januari 1961, NJ 1962, 245, B.I.E. 1961, nr 21, blz. 50; HR 12 januari 1962, NJ 1962, 246, B.I.E. 1962, nr 13, blz. 37; HR 26 juni 1964, NJ 1965, 170, B.I.E. 1964, nr 61, blz. 201 en HR 18 december 1964, NJ 1965, 171).*

*In deze rechtspraak – die ook buiten het geval van ondernemen van een verkooporganisatie toepassing heeft gevonden – valt nadruk op voormelde beginselen (uitgangspunt is dat handelen met iemand van wie men weet dat deze 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 stringente voorwaarden worden gesteld. De Hoge Raad vindt geen grond in enig opzicht van deze rechtspraak terug te komen. In die rechtspraak ligt verder besloten dat, wil sprake zijn van onoirbaar handelen van de buitenstaander jegens de fabrikant, tenminste vereist is dat de buitenstaander bij het inkopen van de produkten van de fabrikant wist of behoorde te weten dat hij daartoe uitsluitend in staat was ten gevolge van jegens de fabrikant door een van de leden van diens verkooporganisatie gepleegde wanprestatie.*

*Art. 85 E.E.G.-Verdrag.*

*Rb.: parfumerie-artikelen van Cacharel zijn hoogwaardige produkten (bezien vanuit een oogpunt van produktontwikkeling, kwaliteitsbewaking resp. -verbetering) met een bepaald luxe-karakter, waarbij het juiste, op de persoon van de gebruiker afgestemde gebruik aandacht vergt; daarom neemt de Rechtbank de noodzaak van een selectief distributiestelsel aan. Aan de omstandigheid dat in een aantal gevallen de selectiecriteria niet juist zouden zijn gehanteerd en verzoeken om tot erkend dépositaire te worden toegelaten ten onrechte zijn afgewezen, kan gedaagde niet het recht ontlenen om een verkooporganisatie die op aanvaardbare criteria berust te ondernemen door een aantal detaillisten in Parijs in een circulaire te doen weten dat zij geïnteresseerd is in de aankoop van parfumerie-artikelen (van o.a. Cacharel), daarbij de verzekering gevend dat de artikelen zorgvuldig zouden worden gedecodeerd.*

*Art. 3:296 B.W. (omvang verbod).*

*Cacharel c.s. hebben niet gevorderd een verbod van uitlokking van wanprestatie door dépositaires en/of tot het verkopen, ten verkoop aanbieden of in voorraad hebben van door uitlokking verkregen artikelen. Het door hen gevorderde algemeen verbod Cacharel-artikelen te verkopen, ten verkoop aan te bieden of in voorraad te hebben, zou slechts toewijsbaar kunnen zijn indien (1) Geparo geen Cacharel-artikelen zou kunnen krijgen anders dan door genoemde*

*uitlokkingen of indien (2) Geparo, die artikelen verkrijgend anders dan door uitlokking, daarbij steeds onrechtmatig zou handelen jegens Cacharel c.s.*

1. Société en nom collectif Les Parfums Cacharel & Cie te Parijs, Frankrijk,

2. Miaric B.V. te Uithoorn, en

3. L'Oréal Nederland B.V. te Uithoorn, eiseressen tot cassatie, advocaat Mr E. Grabandt, tegen

Geparo Im- en Export B.V. te Rotterdam, verweerster in cassatie, advocaat aanvankelijk Mr H.A. Groen, nadien Mr L.A.D. Keus.

a) Arrondissementsrechtbank te Rotterdam, 20 september 1985 (Mrs L.F.D. ter Kuile, C.P. Briët en A.N. van Zelm van Eldik).

## 2. De vaststaande feiten.

Voorzover hier van belang staat als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of niet voldoende gemotiveerd weersproken alsmede op grond van de inhoud van de overgelegde produkties tussen partijen het volgende vast.

### 2.1. De verkooporganisatie.

2.1.1. Eiseressen zijn onderling, in de l'Oréal groep, verbonden vennootschappen.

Eiseres sub 1, hierna te noemen: Parfums Cacharel, is houdster van de rechten op het merk Cacharel voor schoonheidsmiddelen en parfums en van de formules voor de bereiding van de produkten die onder dat merk worden verkocht, hierna gezamenlijk te noemen: Cacharel parfumerie artikelen. Zij is belast met de ontwikkeling, fabricage en distributie van de Cacharel parfumerie artikelen, onder bepaling van de beginselen welke, tot waarborg van de reputatie van het merk en van de daaronder verkochte produkten, in acht genomen moeten worden.

Eiseres sub 2, hierna te noemen: Miaric, is de algemene vertegenwoordiger van Parfums Cacharel in Nederland en als zodanig door deze belast met de opbouw en handhaving van het Nederlandse deel van de Cacharel verkooporganisatie.

Eiseres sub 3, hierna te noemen: L'Oréal Nederland, is door Miaric ingeschakeld voor de feitelijke opbouw en handhaving van het Nederlandse deel van de Cacharel verkooporganisatie.

2.1.2. Parfums Cacharel brengt haar artikelen, met name in de lid-staten van de EEG, in de handel door middel van een verkooporganisatie, die zich over de gehele EEG uitstrekt. Zij bedient zich daarbij, althans voor wat betreft Nederland en Frankrijk, van door haar aangestelde, landelijke alleenvertegenwoordigers, ook wel aangeduid als algemene vertegenwoordigers. Voor Nederland is Miaric de algemene vertegenwoordiger. Deze organisatie bestaat voorts uit een beperkt aantal, naar bepaalde maatstaven geselecteerde detailhandelaren (de zogenaamde erkende detailhandelaren of dépositaires). De voor de selectie gehanteerde maatstaven hebben ondermeer betrekking op de beroepsbekwaamheid van de detailhandelaar en zijn personeel, alsmede op de bereidheid van de detailhandelaar zekere verplichtingen te aanvaarden zoals de verkoop van het volledig assortiment van Cacharel parfumerie artikelen en verlening van de door Parfums Cacharel vereiste klantenservice, met name in de vorm van deskundige voorlichting met betrekking tot deze artikelen (kwalitatieve selectiecriteria). De detailhandelaar en zijn personeel dienen een door Parfums Cacharel verzorgde opleiding van een aantal dagen te volgen. Ook met een aantal zogenaamde duty-free-shops zijn contracten gesloten.

2.1.3. Teneinde te voorkomen dat Cacharel parfumerie artikelen binnen de EEG aan het publiek worden verkocht door niet-erkende detailhandelaren, is het bij schriftelijk aangegane overeenkomsten aan alle erkende

detailhandelaren verboden deze artikelen aan een andere handelaar te verkopen, behoudens dat is toegestaan om aan detaillisten in een andere EEG lid-staat te verkopen op voorwaarde dat de verkoper zich tevoren ervan heeft vergewist dat zijn afnemer een Cacharel dépositaire is. Van aldus geïmporteerde artikelen kan de detaillist zelf zijn verkoopprijs bepalen. Voor duty-free-shops geldt in grote lijnen hetzelfde. Op de verpakking van de artikelen wordt een codering aangebracht om controle op de herkomst mogelijk te maken.

2.1.4. De Commissie van de Europese Gemeenschappen heeft bij brief van 7 februari 1979 aan de rechtsvoorgangster van Parfums Cacharel bericht dat zij kennis had genomen van de standaardovereenkomst, die bestemd was om voor het distributie-systeem van Cacharel-artikelen te worden gebruikt binnen de landen van de EEG, en dat deze evenals de algemene verkoopvoorwaarden, voldeed aan de mededingingsregels.

### 2.2. Geparo.

Geparo maakt geen deel uit van de verkooporganisatie van Parfums Cacharel. Zij houdt zich bedrijfsmatig bezig ondermeer met de import en groothandel in Nederland van parfumerie artikelen, waaronder die met het merk Cacharel.

### 3. De vorderingen.

De eiseressen hebben aan hun vorderingen ten grondslag gelegd de hierboven omschreven vaststaande feiten alsmede – ondermeer – de navolgende stellingen:

– dat de kwalitatieve eisen, aan de erkende detailhandelaren gesteld, van deze bijzondere inspanningen en kosten vergen, waartoe zij slechts bereid zijn indien zij ervan verzekerd zijn dat diezelfde eisen worden gesteld aan alle wederverkopers van Cacharel parfumerie artikelen;

– dat het merk Cacharel een bijzondere reputatie geniet voor luxe artikelen op het gebied van mode en parfum en bij de gebruiker een herkenbaar beeld van luxe en romantiek oproept;

– dat de eiseressen bijzondere aandacht besteden aan de kwaliteit, het assortiment, de verpakking en de presentatie van deze artikelen alsmede aan de methoden toegepast voor de verkoop van deze produkten aan de gebruiker, opdat deze beantwoorden aan de reputatie van het merk en aan de verwachtingen die de gebruiker daarvan heeft;

– dat de reputatie van het merk en de daaronder verkochte artikelen eisen stellen aan met name:

de verpakking;

de stand en de ligging van de winkel;

de sfeer welke de winkel ademt;

het overige assortiment van de winkel;

de kwaliteit van het verkopend personeel;

de wijze van etalering en aanbieding van Cacharel produkten in de winkel;

– dat Parfums Cacharel en de algemene vertegenwoordiger verschillende maatregelen treffen om te voorkomen dat Cacharel parfumerie artikelen binnen de EEG aan het publiek worden verkocht door niet-erkende detaillisten, ondermeer door het opleggen van contractuele beperkingen aan de erkende dépositaires, en door na te gaan of er sprake is van schending van contractuele verplichtingen door deze afnemers (ondermeer aan de hand van codes die op de artikelen zijn aangebracht) alsmede door het nemen van maatregelen tegen dergelijke overtreders;

– dat Geparo die bekend is met het stelsel van de selectieve distributie, om te kunnen inspelen op de vraag naar parfumerie artikelen van het merk Cacharel door "outsiders", het schenden van voormelde verplichtingen bevordert en in de hand werkt, waarna haar afnemers de aldus met behulp van contractbreuk verkregen artikelen kunnen verhandelen vanuit een uit concurrentieoogpunt beschouwd gunstiger positie dan de erkende detailhandelaren;

– dat deze laatsten op den duur niet meer bereid zullen zijn zich de door de eiseressen verlangde inspanningen te getroosten, indien dergelijke inspanningen niet voor alle handelaren gelden;

- dat de afnemers van de gedaagde aldus de door de eiseressen in de EEG, en in het bijzonder in Nederland, zorgvuldig opgebouwde verkooporganisatie dreigen te verstoren;

- dat de gedaagde zich schuldig maakt aan uitlokking van deze verstoring en/of daarvan profiteert ten bate van haar eigen bedrijf, zodat zij handelt in strijd met de zorgvuldigheid die haar jegens de eiseressen in het maatschappelijk verkeer betaamt;

- dat de gedaagde niet bereid is gebleken haar gewraakte handelwijze te staken.

#### 4. Het verweer.

Geparo voert - zakelijk weergegeven - het volgende tot verweer aan:

- dat Cacharel voor een selectief distributie-systeem heeft gekozen om daarmee hoge verkoopprijzen voor haar producten te bereiken, waardoor kunstmatige schaarsheid aan die producten en daarmee tevens een zekere exclusiviteit wordt gegeven;

- dat de handel die zij, Geparo, in Cacharel parfumerie artikelen drijft mogelijk is doordat de verkooporganisatie van de eiseressen niet gesloten is (noch juridisch, noch feitelijk), waarbij zij deze artikelen heeft betrokken van leveranciers buiten de EEG, met name de Verenigde Staten van Amerika;

- dat bedoelde leveranciers geen wanprestatie jegens de eiseressen plegen door aan Geparo te leveren, zodat ook van het profiteren van wanprestatie geen sprake kan zijn; - dat ook al zouden de meerbedoelde leveranciers wel wanprestatie jegens de eiseressen plegen, het profiteren daarvan door Geparo geen onrechtmatige daad van Geparo jegens de eiseressen oplevert;

- dat de stelling dat de afnemers van Geparo in een gunstiger concurrentiepositie verkeren dan de erkende detailhandelaren, niet juist is;

- dat de verkooporganisatie (selectief distributie-systeem) van de eiseressen niet verenigbaar is met de mededingingsbepalingen in het EEG-verdrag;

- dat dit temeer geldt, nu die verkooporganisatie ook op kwantitatieve selectiecriteria lijkt te berusten, althans aan gevestigde dépositaires gebiedsbescherming wordt verleend;

- dat overigens voor een bevel tot het verschaffen van een lijst met afnemers elke rechtsgrond ontbreekt;

- dat in geen geval schadevergoeding kan worden gevorderd over de periode dat de eiseressen daadwerkelijk hebben goedgekeurd dat Geparo hun producten verhandelde.

#### 5. De verenigbaarheid met de regels in het EEG-Verdrag betreffende de mededinging.

5.1. Omtrent de betekenis van het administratieve schrijven van de Commissie van de EEG, in 2.1.4 genoemd, heeft het Hof van Justitie van de EG in zijn arresten van 10 juli 1980 in de gevoegde zaken 253/78 en 1-3/79 respectievelijk de zaak 37/79 en 99/79 zomede in het arrest van 11 december 1980 in de zaak 31/80 beslist, dat een administratief schrijven waarbij de betrokkene in kennis wordt gesteld van het standpunt van de Commissie, dat voor haar geen aanleiding bestaat om krachtens artikel 85 lid 1 van het EEG-Verdrag tegen aangemelde overeenkomsten op te treden, een einde maakt aan de periode van voorlopige geldigheid na aanmelding ten gunste van vóór 13 maart 1962 gesloten overeenkomsten die binnen de in artikel 5 lid 1 verordening nr. 17 genoemde termijn zijn aangemeld of die van aanmelding waren vrijgesteld, dat de beoordeling die in een dergelijk schrijven is neergelegd, de nationale rechter niet bindt, maar een feitelijk gegeven vormt waarmee deze rekening kan houden bij het onderzoek van de vraag of de betrokken overeenkomsten in overeenstemming zijn met artikel 85 van het Verdrag.

5.2. De rechtbank neemt hierbij voorts in aanmerking, dat - zoals haar ambtshalve bekend is - op de marktsector voor parfums en aanverwante artikelen in elk van de lidstaten een betrekkelijk groot aandel [lees: aantal;

Red.] concurrerende ondernemingen van vergelijkbare betekenis binnen de EEG werkzaam is.

5.3. Het Hof van Justitie van de EG heeft in enkele van zijn uitspraken aangegeven dat een selectief distributienet, waartoe de toegang afhankelijk is gesteld van voorwaarden die verder gaan dan een eenvoudige objectieve selectie van kwalitatieve aard, in beginsel onder het verbod van artikel 85 lid 1 valt, vooral wanneer het op kwantitatieve selectiecriteria is gebaseerd. Zo zal, om de aard van de kwalitatieve criteria te kunnen vaststellen, moeten worden onderzocht of de eigenschappen van het betrokken produkt, voor het behoud van de kwaliteit en ter verzekering van het juiste gebruik ervan, tot een selectief distributiestelsel dwingen en moeten worden nagegaan of de toegepaste criteria niet strenger zijn dan nodig is.

5.4. Bij de beoordeling van de noodzaak van een selectief distributiestelsel voor de producten die de eiseressen op de EEG-markt brengen gaat de rechtbank uit van de bevindingen dienaangaande van de Commissie van de EEG. Het door de Commissie ingestelde onderzoek strekte zich uit tot de gehele parfumerie-sector van de EEG. In deze sector zou volgens de eiseressen minder dan een/derde van alle produkten (voor 1983: 31,6%) via selectieve distributiestelsels worden afgezet. Op aanwijzing van de Commissie is door de betrokken ondernemingen, die zich van een dergelijk stelsel bedienen, een aantal in die stelsels voorkomende, de handel tussen de lidstaten belemmerende bepalingen uit de contracten verwijderd, zoals de verplichting van de detailhandelaar om uitsluitend aan eindverbruikers te verkopen, de verplichting zich uitsluitend bij de algemene vertegenwoordiger in hun land van vestiging te bevoorraden alsmede de verplichting bij wederinvoer of wederuitvoer tussen de lidstaten de vastgestelde verkoopprijzen in acht te nemen. Distributiestelsels, die van deze restrictieve bepalingen zijn bevrijd, worden door de Commissie uit een oogpunt van verenigbaarheid met de mededingingsregels van het EEG-Verdrag bevredigend beschouwd, mede in aanmerking genomen de onder 5.2. weergegeven constatering betreffende de economische structuur van de betrokken marktsector. Wat Parfums Cacharel betreft, is dit standpunt verwoord in de onder 2.1.4. genoemde brief.

5.5. Het voorgaande rechtvaardigt de veronderstelling dat de Commissie de noodzaak van een selectief distributiestelsel impliciet heeft aangenomen. Of de Commissie daarbij de in 5.3. beschreven criteria van het Hof heeft gehanteerd, is de rechtbank niet bekend, doch aan de hand van deze criteria komt de rechtbank tot hetzelfde oordeel. Het betreft hier immers hoogwaardige produkten (bezien vanuit een oogpunt van produkt-ontwikkeling, kwaliteitsbewaking respectievelijk -verbetering) met een bepaald luxe-karakter, waarbij het juiste, op de persoon van de gebruiker afgestemde gebruik aandacht vergt.

5.6. Bij de vraag of de selectiecriteria niet strenger zijn dan nodig is, wordt door de eiseressen erop gewezen dat door het Hof van Justitie der EG niet in strijd met het verbod van artikel 85 lid 1 worden geacht, criteria die betrekking hebben op:

1. de vakbekwaamheid van de detaillist en zijn personeel,
  2. de inrichting van zijn bedrijf,
- mits die criteria uniform worden vastgesteld voor alle potentiële wederverkopers en zonder discriminatie worden toegepast. Dat de Cacharel-dépositaires daarnaast tot een zekere minimum afname worden verplicht, is volgens de eiseressen gerechtvaardigd omdat bij een te geringe afname de kosten, die zij maken bij de begeleiding van een dépositaire, niet zouden worden gedekt.

5.7. De rechtbank acht de hierboven opgesomde criteria op zichzelf aanvaardbaar. Wel moet worden opgemerkt, dat de eiseressen eenzijdig over de erkenning van een detaillist en de eventuele beëindiging daarvan beslissen, hetgeen de mogelijkheid opent dat andere

motieven dan de voornoemde criteria tevens een rol spelen. Dat daarvan in beginsel een ongunstige invloed op de handel tussen de lidstaten kan uitgaan, is niet uitgesloten. Geparo signaleert, dat de Commissie blijkens de recentelijk door haar gegeven beschikking inzake Murat in de contracten, die haar thans ter beoordeling worden voorgelegd, garanties wenst te zien ingebouwd om discriminatoire selectie uit te sluiten.

5.8. Het is in de eerste plaats aan de Commissie, aan wie bij het EEG-Verdrag de taak is toebedeeld te waken voor de toepassing van de beginselen op het gebied van de mededinging binnen de EEG, een onderzoek te doen naar vermoedelijke inbreuk op die beginselen en bij een geconstateerde inbreuk passende middelen voor te stellen om daaraan een einde te maken. De omstandigheid, dat de Commissie er onlangs toe is overgegaan voor een bepaalde marktsector door het stellen van voorwaarden reeds bij voorbaat eventuele discriminatie bij het toepassen van selectiesystemen in die marktsector uit te sluiten, wettigt naar het oordeel van de rechtbank nog niet de conclusie dat alle voordelen door de Commissie beoordeelde en aanvaardbaar bevonden distributiesystemen in een andere marktsector thans niet langer aanvaardbaar moeten worden beschouwd. Hierop zijn immers meer factoren van invloed, zoals de economische structuur van de betrokken marktsector, de aard en de intensiteit van de mededinging met betrekking tot de betrokken produkten, de positie die de eiseressen daarbij innemen en de omvang van haar marktaandeel.

5.9. Het is de rechtbank ambtshalve bekend, dat de Commissie ten aanzien van de parfumerie-sector te kennen heeft gegeven nauwlettend te zullen toezien dat de toelating of de uitsluiting van gekwalificeerde detaillisten niet op willekeurige wijze geschiedt en dat hiervan niet op oneigenlijke wijze gebruik wordt gemaakt om de vrijheid van het handelsverkeer tussen de erkende detailhandelaren uit te schakelen. De rechtbank neemt aan dat dit reeds in 1978 ingenomen standpunt nog steeds door de Commissie wordt gehuldigd.

5.10. De rechtbank zal nu ingaan op de vraag of uit het feit dat de Commissie tot nu toe niet heeft ingegrepen, mag worden afgeleid dat de vrijheid van het handelsverkeer in bovenbedoelde zin tot dusver niet is aangetast. Volgens Geparo is het effect dat wordt veroorzaakt hetzij door een feitelijke toepassing van het distributiesysteem, welke verder gaat in zijn beperkingen dan op grond van de jurisprudentie en beschikkingpraktijk van de Commissie toelaatbaar is, hetzij door de aard van de verkooporganisatie zelf, door de Commissie nog niet nader onderzocht. Tot het geheel van objectieve - feitelijke en juridische - gegevens aan de hand waarvan die vraag moet worden getoetst zal alleen dan het vorenbedoelde effect behoren, indien mag worden aangenomen dat een dergelijk effect voldoende relevant is. Zoals uit het in 5.8. overwogene volgt kan een bepaald effect, bezien in een complex van overige van invloed zijnde factoren, reeds bij voorbaat zo weinig zelfstandige betekenis worden toegekend dat een onderzoek daarnaar niet of nog niet gerechtvaardigd is. Dat is kennelijk in dit geval het standpunt van de Commissie (zie 5.9.).

De rechtbank ziet hierin aanleiding om harerzijds geen nader onderzoek van deze aard te doen instellen en de hierboven gestelde vraag bevestigend te beantwoorden, mede in aanmerking genomen dat Geparo volgens haar eigen stellingen tot dusver niet over voldoende gegevens beschikt om bij de Commissie een klacht tegen de eiseressen te kunnen indienen.

5.11. Echter, zelfs al zou in een aantal gevallen - Geparo noemt er enkele met name - aan verzoeken om tot erkend dépositaire van Cacharel te worden toegelaten ten onrechte negatief zijn gereageerd - ten onrechte omdat wel aan de selectieve, kwalitatieve criteria zou zijn voldaan -, dan is het nog de vraag of Geparo daaraan het recht kan ontlenen om een verkooporganisatie, die zoals die van de eiseressen op aanvaardbare criteria berust, te

ondermijnen op de wijze zoals haar wordt verweten. Zoals uit de overwegingen onder 6. blijkt, komt de rechtbank tot een ontkennend antwoord.

5.12. Volgens de alleenverkoopovereenkomst voor Nederland zullen prijzen worden gehanteerd die overeenstemmen met de marktomstandigheden. Nu niet is gesteld of gebleken dat door de feitelijke gehanteerde consumentenprijzen een onredelijke beperking van de concurrentie te vreezen valt, neemt de rechtbank aan dat voor een dergelijke vrees geen grond bestaat.

5.13. Wat betreft de minimum afnameverplichting genoemd in 5.6. is de rechtbank van oordeel dat deze verplichting niet verder gaat dan gebruikelijk is bij de exploitatie van een detailhandel in artikelen als de onderhavige, gelet op de economische structuur van deze marktsector, en overigens niet een zodanige drempel vormt voor toetreding tot de verkooporganisatie van de eiseressen dat voor een indirecte beperking van het aantal verkooppunten en van de vestiging daarvan behoeft te worden gevreesd.

#### 6. De vraag van de onrechtmatigheid.

6.1. Met betrekking tot de verkooporganisatie van de eiseressen moet Geparo als derde worden aangemerkt: zij heeft geen binding met deze organisatie.

6.2. Zoals Geparo stelt, legt zij zich toe op de tussenhandel in - voorzover hier van belang - parfumerie artikelen van diverse merken, waaronder het merk Cacharel; zij bestelt deze waar deze te koop worden aangeboden en verkoopt ze vervolgens door. Zij richt daartoe aan haar potentiële afnemers een standaard merkenlijst, waarvan een deel, zo niet het merendeel der genoemde merken, door middel van een selectief distributiesysteem op de EEG-markt wordt gebracht. Noch bij de inkoop, noch bij de verkoop respecteert zij het eventuele bestaan van een dergelijk distributiesysteem en/of de eventuele gebondenheid van haar partners bij die transacties aan een dergelijk systeem.

6.3. De rechtbank zal eerst stilstaan bij het effect, dat deze zogenaamde parallelhandel op de verkooporganisatie van de eiseressen heeft of kan hebben. Zoals algemeen bekend kan worden verondersteld neemt de bereidheid van gebonden handelaren om de eenmaal op zich genomen verplichtingen (zoals het voeren van een volledig assortiment, het gebonden zijn aan een minimum afname en aan vastgestelde prijzen, het voeren van een zekere stijl bij de verkoop) te blijven nakomen af, indien blijkt dat niet-gebonden handelaren met minder inspanning de artikelen op dezelfde markt kunnen aanbieden.

Hetzelfde geldt voor de bereidheid om een dergelijke gebondenheid te aanvaarden en tot de organisatie toe te treden. Bij een voldoende frequentie en omvang van parallelhandel bestaat gevaar voor ondermijning van een dergelijke verkooporganisatie.

6.4. De rechtbank acht de handel in merkartikelen, buiten een gesloten verkooporganisatie, die voor de afzet van die artikelen in het leven is geroepen, om, in beginsel onrechtmatig, indien daarbij wordt uitgelokt tot en/of wordt geprofiteerd van het handelen in strijd met contractuele verplichtingen door iemand, die van die verkooporganisatie deel uitmaakt, en aldus in concurrentie wordt getreden met andere tot die organisatie behorende personen, die op dezelfde wijze als de pleger van de contractbreuk gebonden zijn, en dit geschiedt in zodanige frequentie en omvang dat gevaar bestaat voor ondermijning van die organisatie in de hiervoor bedoelde zin.

6.5. Thans moet worden nagegaan onder welke omstandigheden in het onderhavige geval de parallelhandel plaats vindt en met welke gevolgen. Uit de stellingen van Geparo volgt, dat zij daarbij bedrijfsmatig en stelselmatig tewerk gaat. Het gebruik van een standaard merkenlijst wijst daar ook op.

6.6. In augustus 1983 heeft Geparo een aantal detaillisten in Parijs een circulaire gezonden met een bestellijst met een groot aantal merken, waaronder dat van de eiseressen. Daarbij schreef Geparo geïnteresseerd te zijn

in de aankoop van parfumerie artikelen, zowel in grote als kleine partijen. Zij gaf daarbij de verzekering, dat de artikelen zorgvuldig zouden worden gedecodeerd ("Nous vous rassurons la décodation laquelle nous adaptions, est très précise.").

6.7. Geparo stelt wel, dat het hier een eenmalige, beperkt verzonden circulaire zou betreffen, gezonden aan detaillisten ongeacht of zij al dan niet dépositaire zijn van enig op de lijst voorkomend merk en dat op deze circulaire geen reactie van de aangeschrevenen zou zijn gevolgd, doch met deze wijze van benadering neemt Geparo willens en wetens voor lief dat een of meer van de geadresseerden door op het aanbod in te gaan contractbreuk jegens degene aan wie hij zijn aanstelling als erkend dépositaire ontleent, namelijk de alleenvertegenwoordiger voor Frankrijk, zou plegen. De rechtbank bestempelt dit als uitlokking van contractbreuk.

Hierbij dient te worden bedacht dat door deze handelwijze van Geparo zij en/of haar afnemers in concurrentie treden met de erkende detaillisten, die op dezelfde wijze als de pleger van de contractbreuk gebonden zijn om zich te onthouden van de verkoop van Cacharel parfumerie artikelen aan andere (detail)handelaren dan de erkende.

6.8. Volgens Geparo zouden de prijzen, die zij aan haar afnemers berekent, zodanig liggen dat deze afnemers niet in een gunstiger positie verkeren dan de erkende detailhandelaren en ongeveer dezelfde publieksprijzen berekenen als deze laatsten. Daargelaten of dit in alle gevallen opgaat, dit neemt niet weg dat Geparo profiteert van het feit dat zij buiten de verkooporganisatie van de eiseressen om transacties tot stand weet te brengen en met de erkende detailhandelaren in concurrentie wordt getreden.

6.9. Geparo schrijft het feit, dat zij kans ziet handel te drijven in produkten van de eiseressen toe aan de omstandigheid dat de verkooporganisatie van de eiseressen niet gesloten zou zijn, juridisch niet en feitelijk niet. In dit verband acht de rechtbank van betekenis, dat Geparo het toch kennelijk moet hebben van incidentele transacties, (ook) binnen de EEG, waarbij niet bij voorbaat vaststaat dat een aanbod tot aankoop van Geparo tot enige reactie leidt en evenmin de transacties qua omvang en assortiment te voorzien zijn. Wanneer daarbij in aanmerking wordt genomen dat, zoals de eiseressen onweersproken hebben gesteld, slechts minder dan 2% van de gehele omzet in Cacharel artikelen in de EEG buiten haar verkooporganisatie om wordt afgezet, acht de rechtbank aannemelijk dat de verkooporganisatie in voldoende mate gesloten is, mede gelet op de wijze waarop de eiseressen hun distributiesysteem hebben opgezet (zie 2.1.1. tot en met 3.), althans voor wat betreft de EEG, om de ondermijning ervan onrechtmatig te doen zijn.

6.10. Het vorenoverwogene geldt in gelijke mate, in geval mét Geparo moet worden geoordeeld, dat een aantal gegadigden ten onrechte als erkend dépositaire is geweigerd.

#### 7. De slotsom.

7.1. Gelet op het vorenoverwogene is in voldoende mate aannemelijk geworden dat de gewraakte transacties van Geparo betrekking hebben op goederen, die zij heeft weten te verkrijgen als gevolg van contractbreuk zoals bedoeld in 6.4. Deze handel heeft de rechtbank als onrechtmatig bestempeld.

7.2. Nu Geparo het hiervoor als aannemelijk aangemerkt heeft weersproken, zal zij tot het bewijs van haar stellingen omtrent de herkomst van haar artikelen worden toegelaten.

#### 8. De beslissing.

De rechtbank doet recht als volgt:

##### *alvorens verder te beslissen:*

Laat Geparo toe haar stellingen omtrent de herkomst van de artikelen te bewijzen;

bepaalt dat het getuigenverhoor zal worden gehouden in het gebouw dezer rechtbank voor Mr L.F.D. ter Kuile

als rechter-commissaris op een nader door deze in overleg met de procureurs van partijen te bepalen tijdstip. Enz.

b) Gerechtshof te 's-Gravenhage, 7 september 1989 (Mrs R. van der Veen, J.F. van Nieuwkuyk en J.A.M. van Angeren).

#### *Beoordeling van het hoger beroep*

3. De grondslag van de vorderingen van Cacharel c.s. in hoger beroep, voorzover betreffend de feitelijke gedragingen van Geparo, is neergelegd in de paragrafen 166 tot en met 178 van de memorie van antwoord. Die paragrafen dragen tot titel "Geparo's bevoorrading". Paragraaf 178 luidt: "Geparo's bevoorrading is het resultaat van geslaagde uitlokking", waarbij Cacharel c.s. doelen op uitlokking van dépositaires die deel uitmaken van de Cacharel-verkooporganisatie in de EEG tot het negeren van hun contractuele verplichting volgens welke zij Cacharel-artikelen uitsluitend mogen verkopen aan gebruikers of aan bepaalde andere dépositaires behorend tot die organisatie.

4. Reeds door de brief d.d. 15 augustus 1983 van Geparo aan winkeliers in Parijs - in het bijzonder door de daarin voorkomende zin betreffende decoding - is voldoende aangetoond dat Geparo pogingen tot zulke uitlokkingen heeft gedaan. Zij stelt dat die pogingen niet tot resultaat hebben geleid en dat zij die pogingen heeft gestaakt. Die stelling is niet komen vast te staan. Indien de bestrijding door Geparo van de geldigheid van de bij 3 genoemde verplichting van de dépositaires onjuist zou zijn - volgens Geparo zou die verplichting strijd met artikel 85 van het EEG-verdrag opleveren - zouden die pogingen op zichzelf reeds rechtvaardigen - ongeacht het antwoord op de vraag in hoeverre van een mondiaal gesloten distributiesysteem van Cacharel-artikelen kan worden gesproken - een verbod tot genoemde uitlokking en/of tot het verkopen ten verkoop aanbieden of in voorraad hebben van door uitlokking verkregen artikelen.

5. Cacharel c.s. hebben een dergelijk verbod niet gevorderd. Het door hen gevorderde algemene verbod Cacharel-artikelen te verkopen, ten verkoop aan te bieden of in voorraad te hebben, zou slechts toewijsbaar kunnen zijn indien (1) Geparo geen Cacharel-artikelen zou kunnen krijgen anders dan door genoemde uitlokkingen of indien (2) Geparo, die artikelen verkrijgend anders dan door uitlokking, daarbij steeds onrechtmatig zou handelen jegens Cacharel c.s.

6. Noch het een noch het ander is het geval. Wat betreft (1) diene dat tussen partijen vaststaat dat er een "grijze" markt bestaat (over de omvang waarvan partijen van mening verschillen) waarop, onafhankelijk van uitlokkingen door Geparo, Cacharel-artikelen worden aangeboden. Wat betreft (2) diene dat voor onrechtmatig handelen tenminste is vereist dat Geparo, die artikelen kopend, steeds zou (behoren te) weten dat de artikelen slechts kunnen zijn aangeboden als gevolg van schending van een verplichting, soortgelijk aan die hierboven bij 3 genoemd, door de verkoper of een van diens "voorgangers" en wel een verplichting, eventueel als derden-beding, jegens Cacharel c.s. Uit het door Cacharel c.s. bij hun laatste acte overgelegde "memorandum relatif à la distribution des produits Cacharel" d.d. 1 maart 1989 blijkt dat Cacharel-artikelen in vele gebieden van de wereld worden gedistribueerd door niet met Cacharel c.s. gelieerde, maar zelfstandige, importeurs van Cacharel-artikelen of fabrikanten/know-how licentiehouders, terwijl óf niet blijkt van een verplichting van afnemers van die distributeurs om niet aan anderen dan gebruikers te leveren doch slechts, implicite en niet met zoveel woorden, van een verplichting van de distributeur er naar te streven dat zodanige leveringen worden voorkomen, óf wel blijkt van een verplichting van afnemers (winkeliers) om slechts aan gebruikers te leveren maar welke verplichting slechts wordt aangegaan jegens de distributeur.

7. De verbodsvordering zoals zij thans luidt is dus niet voor toewijzing vatbaar; in zoverre is grief 7 gegrond.

8. Voor toewijzing van de vordering tot vergoeding van geleden en te lijden schade, op te maken bij staat, dient aannemelijk te zijn de mogelijkheid dat Cacharel c.s. tengevolge van de hierboven bij 3 genoemde pogingen tot uitlokking en/of – zo zulks komt vast te staan – geslaagde uitlokkingen schade hebben geleden of zullen lijden. De alinea's 39, 40 en 41 van de inleidende dagvaarding bevatten stellingen over mogelijke toen toekomstige schade. In zoverre zijn die stellingen voldoende. Nu echter tot dusverre slechts pogingen tot uitlokking in 1983 zijn komen vast te staan, acht het hof het desalniettemin wenselijk dat Cacharel c.s. er zich nader over uitlaten of zij hun schadevergoedingsvordering handhaven en, in het bevestigende geval, over de mogelijkheden van tengevolge van (pogingen tot) uitlokking, als bij 3 genoemd, geleden en te lijden schade. De zaak zal daarom worden verwezen naar de rol voor het nemen van een nadere memorie.

9. In die memorie ware tevens aan te geven of de overige vorderingen, hierboven bij 1 vermeld, worden gehandhaafd en, in het bevestigende geval, wat de juridische grondslagen van die vorderingen zijn.

10. Het hof is voorshands van oordeel dat, anders dan Geparo betoogt, de bij 3 genoemde verplichting van depositaires niet onverbindend was of is wegens strijd met artikel 85 van het EEG-verdrag. Nu de zaak wordt verwezen naar de rol zal het hof dat oordeel thans nog niet motiveren omdat de motivering dan mogelijk ten achter zou lopen bij de te verwachten heroverwegingen van de Europese Commissie welke onderwerp zijn geweest van de laatste pleidooien. Bij vorenbedoelde nadere memorie ware mededeling te doen van de stand van zaken te dien aanzien.

11. Geparo kan uiteraard bij memorie reageren op die van Cacharel c.s.

#### Beslissing

De zaak wordt verwezen naar de rol van 30 november 1989 voor het nemen van een nadere memorie als bedoeld in de overwegingen 8, 9 en 10. Enz.

#### c) Cassatiemiddelen.

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen doordat het Hof heeft overwogen en beslist als is vervat in het ten deze bestreden arrest, zulks ten onrechte om de navolgende, zonodig in onderlinge samenhang te lezen redenen, waarbij het sub 1 gestelde geen klacht bevat, maar slechts een inleidend karakter draagt;

1. Uitgangspunt kan blijkens de r.o. 4 jo. r.o. 3 (tenminste) zijn dat voldoende is aangetoond dat Geparo pogingen heeft gedaan tot uitlokking van depositaires die deel uitmaken van de Cacharel-verkooporganisatie in de EEG tot het negeren van hun contractuele verplichting volgens welke zij Cacharel-artikelen uitsluitend mogen verkopen aan gebruikers of aan bepaalde andere depositaires behorend tot die organisatie (in onderdeel 2 wordt betoogd dat het Hof ten onrechte spreekt over "poging tot uitlokking" in plaats van over "uitlokking"). Ten aanzien van het door Cacharel gevorderde (door het Hof in r.o. 5 aldus aangeduide) algemene verbod Cacharel-artikelen te verkopen, oordeelt het Hof (in r.o. 5) dat die vordering slechts toewijsbaar is indien zich één of beide van de volgende situaties voordoet:

- indien Geparo geen Cacharel-artikelen zou kunnen krijgen anders dan door de bedoelde uitlokking;
- indien Geparo, die artikelen verkrijgend anders dan door uitlokking, daarbij steeds onrechtmatig zou handelen jegens Cacharel c.s.

Vervolgens oordeelt het Hof in r.o. 6 dat beide situaties zich niet voordoen. Hetgeen het Hof overweegt en beslist in de r.o. 5 en 6 is op de hierna in de onderdelen 4 tot en met 8 uit te werken gronden rechtens

onjuist, althans onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd en in ieder geval niet naar de eisen der wet met redenen omkleed.

2.a. In r.o. 4 duidt het Hof diverse malen op "poging tot uitlokking" (resp. "pogingen tot zulke uitlokkingen" en "die pogingen"), welk oordeel (in het bijzonder) is gebaseerd op de door het Hof genoemde brief d.d. 15 augustus 1983. 's Hof's kwalificatie "poging tot uitlokking" is (althans zonder nadere motivering) onbegrijpelijk, aangezien zonder nadere redengeving niet valt in te zien waarom geen sprake is van "uitlokking". De vraag of, en in hoeverre, die uitlokking geslaagd is, doet aan de kwalificatie "uitlokking" niet (zonder nadere redengeving) af (respectievelijk geldt zulks in een civielrechtelijk geschil als het onderhavige).

b. 's Hof's redenering is ook innerlijk tegenstrijdig, althans onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed, aangezien het hof in r.o. 4, 3e regel van onderen, spreekt over "genoemde uitlokking", doch het Hof eerder in r.o. 4 in diverse varianten spreekt over (de in subonderdeel a. gewraakte kwalificatie) "poging tot uitlokking", en aldus ontoelaatbaar onduidelijk blijft of het Hof – met het verwoorde oordeel – tot uitdrukking bedoelt te brengen dat een verbod tot uitlokking etc. gerechtvaardigd is, of dat het Hof bedoelt te betogen dat een verbod tot het doen van pogingen tot uitlokking etc. gerechtvaardigd is.

3. 's Hof's in r.o. 3 vervatte weergave van de grondslagen van de vorderingen van Cacharel c.s. is in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed. Aan de vordering van Cacharel c.s. zijn ten grondslag gelegd de stellingen

- dat Geparo wanprestatie uitlokt;
- dat Geparo profiteert van wanprestatie onder zodanige omstandigheden dat sprake is van onrechtmatigheid;
- dat Geparo zich schuldig maakt aan het bevorderen en in de hand werken van wanprestatie met name door het frequent en stelselmatig afnemen van Cacharel-artikelen. (...) Door in r.o. 3 de grondslagen van de vorderingen van Cacharel c.s. in hoger beroep, voorzover betreffend de feitelijke gedragingen van Geparo, weer te geven met een verwijzing naar paragraaf 178 van de mva in hb worden de grondslagen van de vorderingen van Cacharel c.s. onaanvaardbaar gesimpliciteerd, weshalve de weergave van het Hof onbegrijpelijk is en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed.

4. In r.o. 5 ligt besloten dat het Hof van oordeel is dat in casu onvoldoende grond aanwezig is de door het Hof in r.o. 4 toewijsbaar geachte vordering daadwerkelijk toe te wijzen, omdat (aldus het Hof in r.o. 5, eerste zin) Cacharel c.s. een dergelijk (toewijsbaar geacht) verbod niet heeft gevorderd. Aldus miskent het Hof dat het toewijsbaar geachte verbod van minder verre strekking is dan het in r.o. 5 aangeduide (en gevorderde) verbod, en dat het toewijsbaar geachte verbod (moet worden geacht) besloten (te liggen) (ligt) in het in r.o. 5 bedoelde (wel gevorderde) verbod, mitsdien het toewijsbaar geachte verbod ook daadwerkelijk toewijsbaar was. Aldus is rechtens onjuist, althans onvoldoende gemotiveerd, 's Hof's kennelijk oordeel dat het toewijsbaar geachte verbod niet daadwerkelijk toewijsbaar is op de grond dat het toewijsbaar geachte verbod niet (met zoveel woorden) is gevorderd doch dat slechts een verdergaand verbod is gevorderd.

5. In de r.o. 5 en 6 geeft het Hof blijk van een te beperkte opvatting omtrent de mogelijkheid van toewijsbaarheid van het door het Hof in r.o. 5 besproken (door het Hof aldus aangeduide) algemene verbod. Een dergelijk verbod is ook dan toewijsbaar indien – zowel met inachtneming van, als onafhankelijk van eventuele uitlokkingen – Geparo door bedrijfsmatige, frequente en stelselmatige activiteiten profiteert (respectievelijk tracht te profiteren) van contractbreuk van tot het verkoopsysteem van Cacharel behorende ondernemingen (respectievelijk door haar bedrijfsmatige, frequente en stelsel-

matige activiteiten willens en wetens de mogelijkheid in het leven roept dat de betreffende ondernemingen zodanige contractbreuk plegen), en mitsdien onjuist, althans niet naar de eisen der wet met redenen omkleed is, het oordeel van het Hof dat zodanig algemeen verbod slechts dan toewijsbaar is indien bij elke individuele verkrijging van Cacharel-artikelen Geparo "steeds" (naar luid van de formulering van het Hof) onrechtmatig zou handelen, of dat elke verkrijging het gevolg is van uitlokking. Een en ander geldt in het bijzonder gezien de ten processe door Cacharel gestelde omstandigheden (...).

6. Gegrondbevinding van dit onderdeel vitieert ook r.o. 6, voorzover daarin door het Hof nadere uitwerking en toepassing is gegeven aan het in r.o. 5 gestelde. Hetgeen het Hof in r.o. 6 opmerkt omtrent het in r.o. 5 onder (2) gestelde, is echter ook onjuist, althans onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed. De eis dat Geparo "steeds zou (behoren te) weten .... etc" gaat aanzienlijk te ver en is rechtens onjuist; van onrechtmatig handelen is ook dan sprake, althans kan ook dan sprake zijn, indien een onderneming als Geparo met haar stelselmatige activiteiten (en temeer en in het bijzonder indien kennis aanwezig is omtrent de verkooporganisatie van de producent van de artikelen) willens en wetens de niet te verwaarlozen kans neemt dat de artikelen zijn aangeboden als gevolg van - kort gezegd - contractbreuk binnen de verkooporganisatie.

7. Onjuist is voorts dat zodanige onrechtmatigheid slechts kan worden aangenomen indien sprake is van het "door de verkoper of één van diens "voorgangers" "schenden van een verplichting, eventueel als derdenbeding, jegens Cacharel c.s."; voldoende is, althans kan zijn, dat sprake is van schending van een contractuele verplichting jegens een bij de organisatie en handhaving van de verkooporganisatie betrokken onderneming (in het bijzonder indien sprake is van schending van een contractuele verplichting jegens de zijdens Cacharel c.s. voor het betreffende gebied aangestelde distributeur, hetgeen op zich geldt, maar temeer indien zijdens Cacharel c.s. aan die distributeur contractuele verplichtingen zijn opgelegd tot handhaving van de verkooporganisatie). Het hier gestelde vitieert ook hetgeen het Hof op .... [zie slot r.o. 6 van het Hof; *Red.*], van zijn arrest opmerkt omtrent het "Memorandum relatif à la distribution des produits Cacharel" d.d. 1 maart 1989.

8. 's Hof's interpretatie van het bedoelde memorandum van 1 maart 1989 is onbegrijpelijk en niet naar de eisen der wet met redenen omkleed in zoverre het Hof van oordeel is dat daaruit niet blijkt van een verplichting van afnemers van de betreffende distributeurs om niet aan anderen dan gebruikers te leveren doch slechts van een verplichting van de distributeur ernaar te streven dat zodanige leveringen worden voorkomen; het betreffende memorandum (...) geeft immers uitdrukkelijk aan dat de bedoelde verplichting door de betreffende distributeurs "rekening houdend met de regels van het nationale recht en handelsgebruik" worden opgelegd aan afnemers, weshalve zonder motivering 's Hof's oordeel niet begrijpelijk is. Dat geldt ook voor het oordeel dat slechts een impliciete verplichting van de distributeur zou bestaan ernaar te streven dat de bedoelde leveringen worden voorkomen, omdat in het memorandum op de blz. 2, onderaan, tot en met blz. 4, bovenaan, is aangegeven welke de regeling in de EEG is, en voorts is aangegeven dat in andere delen van de wereld de contractuele bepalingen "in beginsel gelijk" zijn.

d) Conclusie van de Advocaat-Generaal, Mr T. Koopmans, 13 september 1991 (mede in de zaak Cacharel c.s./Trade Max Europa B.V.; hierna onder nr 41).

1. In deze beide zaken poogt de Franse vennootschap Parfums Cacharel, producente van parfumerie-artikelen en van cosmetica, te verhinderen dat haar producten in

Nederland op de markt gebracht worden buiten haar verkooporganisatie om.

De verkooporganisatie berust op een stelsel van selectieve distributie, bekend uit de kartelrechtelijke literatuur; zie Van Gerven-Maresceau-Stuyck, *Kartelrecht II* (Zwolle 1986) no. 184-188; Bos-Fierstra, *Europees mededingingsrecht* (Deventer-Den Haag 1989) §12.10. Zo'n stelsel komt erop neer dat een netwerk van erkende alleenverkopers, importeurs of grossiers wordt ingesteld waaraan de producent uitsluitend zal leveren, terwijl zij op hun beurt slechts mogen leveren aan erkende kleinhandelaren of dealers. De kenmerken van de verkooporganisatie van Cacharel in Nederland zijn voor de Geparo-zaak (nr. 14.311) te vinden in de feitelijke vaststellingen van de rb. Rotterdam (r.o. 2.1.1-2.1.3), die in appel niet bestreden zijn, en voor de Trade Max-zaak (nr. 14.609) in het feitenoverzicht van het hof Den Bosch (r.o. 4.2.1-4.2.7). In die verkooporganisatie mogen de erkende kleinhandelaren, behalve aan consumenten, slechts aan andere erkende handelaren doorverkopen.

2. Inzet van het geding in cassatie is niet de uitlegging of toepassing van Nederlands of Europees kartelrecht, behoudens op één incidenteel punt, maar het toepassen, bijstellen of doortrekken van de jurisprudentie over verstoring van verkooporganisaties door "outsiders" als onrechtmatige daad jegens de fabrikant en zijn alleenverteenwoordiger.

Anders dan in enkele bekende arresten over dit onderwerp gaat het in de thans te berechten gevallen niet om prijsontbinding door de outsider. Prijsbinding vormt nl. geen bestanddeel van de Cacharel-organisatie. Weliswaar geven de fabrikant en zijn Nederlandse alleenvertegenwoordiger een "adviesprijs" aan de erkende detailhandelaren (de "dépositaires"), maar er moet in cassatie van worden uitgegaan dat dit advies niet in feite tot prijsbinding leidt. De outsiders (Geparo resp. Trade Max) doen in beide gevallen niet meer dan de Cacharel-produkten als groothandelaren op de markt brengen buiten de erkende kanalen.

Ook de positie van de parallel-importeur staat niet ter discussie, al was het maar omdat uit de feitelijke vaststellingen niet valt af te leiden wat de herkomst is van de produkten die door de outsiders zijn verhandeld.

3. De verst reikende stelling, die de verkooporganisatie tegen elke aanval van buiten beoogt te beschermen, is te vinden - als alternatieve grondslag van de vorderingen van Cacharel c.s. - in onderdeel I van het middel in de Trade Max-zaak. Er zou ook sprake zijn van onrechtmatig optreden jegens Cacharel en de Nederlandse alleenvertegenwoordiger "indien een niet-gebonden handelaar handelt in produkten die middels een selectief distributiesysteem worden verkocht, ongeacht de herkomst, en deze op de markt brengt waar de selectieve distributie ook wordt toegepast voor de betreffende produkten".

Het aanvaarden van een zo algemene stelling zou neerkomen op een herleving van de Kolynos-jurisprudentie uit de jaren dertig (HR 11 nov. 1937 *NJ* 1937 no. 1096). De rechtspraak van de HR heeft evenwel, met name sinds het begin van de jaren zestig, een veel genuanceerder positie betrokken. Zie *Losbl. Onrechtmatige daad VI* no. 76-79; Verkade, *Ongeoorloofde mededinging* (2e dr. 1986) no. 56 en no. 60; A. van Oven nt. *AAe XII* (1962) p. 39; Mok *SEW-Ned.* 1962 p. 466.

In de literatuur wordt er veelal van uitgegaan dat de verandering van jurisprudentie ook te maken had met de wijziging van de economische verhoudingen en van de opvattingen over economisch beleid, waardoor aan de vrije concurrentie meer gewicht zou moeten worden toegekend dan in vooroorlogse jaren het geval was. Zie Ulmer-Bäumer, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbs in den Mitgliedstaaten der EWG*, Bd. II-2, *Niederlande* (München-Keulen 1967) no. 585-588; J.A. van Arkel *BIE* 1985 p. 156; Mok *SEW* 1963 p. 81. De laatste auteur wijst erop dat het frequenter voorkomen van verkooporgani-

saties weliswaar de concurrentie tussen fabrikanten in stand houdt maar tot verstarring in de distributie leidt, bv. omdat de deur voor nieuwere verkoopmethoden gesloten blijft. Ik voeg daaraan toe dat bestudering van de Nederlandse rechtspraak over verkooporganisaties, en van die van het Hof van Justitie over selectieve en exclusieve distributiesystemen, laat zien dat het vaak buitenstaanders zoals supermarkten, postorderbedrijven of discountwinkels zijn die proberen de hand te leggen op de betrokken produkten. Ook afgezien van kwesties van prijs, van service en van regelmatigheid van de toevoer, geldt voor deze ondernemingen dat zij het koperspubliek op een andere wijze benaderen dan de traditionele kleinhandelaar.

Het geheel afkappen van bevoorrading buiten de verkooporganisatie om, los van enigerlei bijkomende omstandigheid, zou daarom concurrentiebeperkend kunnen werken. Met een kleine variant op HR 12 jan. 1962 *NJ* 1962 no. 246 (Nibeja/Grundig) zou ik zeggen: de in het maatschappelijk verkeer in acht te nemen zorgvuldigheid gaat daarom niet zo ver, dat men zich jegens een fabrikant zou moeten onthouden van het verhandelen van diens produkten op de enkele grond dat daardoor diens verkooporganisatie kan worden ondermijnd.

4. Uit deze inleidende beschouwing leid ik af dat er voor de HR geen reden is terug te komen van de weg die hij heeft ingeslagen bij het geciteerde arrest van 1962 en het kort daarvoor gewezen arrest KIM/Sieverding (HR 13 jan. 1961 *NJ* 1962 no. 245). Daaruit volgt dat Cacharel c.s. geen belang hebben bij onderdeel 1 van het middel in de Trade Max-zaak, omdat de alternatieve grondslag van hun vorderingen die door het hof verwaarloosd zou zijn niet tot iets kan leiden. Er volgt tevens uit dat ik de overige klachten zal bespreken in het licht van de ombuiging van de jurisprudentie zoals deze zich na 1960 heeft voorgedaan.

Ik bespreek eerst de klachten die betrekking hebben op de vraag of bijkomende omstandigheden de verstoring van de verkooporganisatie onrechtmatig hebben gemaakt (onderdelen 5-7 in Geparo, overeenstemmend met onderdelen 2-4 in de Trade Max). Vervolgens ga ik in op een aantal vragen die te maken hebben met de geslotenheid van de verkooporganisatie van Cacharel, en met de betekenis welke aan die geslotenheid moet worden toegekend (onderdelen 6-15 in Trade Max). Tenslotte behandel ik nog enkele procesrechtelijke punten (onderdelen 2-4 in Geparo). De tot nu toe niet genoemde onderdelen (onderdeel 1 in Geparo, onderdeel 5 in Trade Max) bevatten geen zelfstandige klachten.

5. De klachten over verstoring van de verkooporganisatie zijn op de volgende drie stellingen opgetrokken.

a. Van onrechtmatigheid is niet alleen sprake als de buitenstaander de tot de organisatie behorende ondernemingen tot contractbreuk uitlokt, maar ook wanneer hij door bedrijfsmatige, frequente en stelselmatige activiteiten van zo'n contractbreuk profiteert.

b. Voor het profiteren van wanprestatie is niet vereist dat de buitenstaander weet dat hij de produkten verkregen heeft doordat een andere onderneming haar contractuele verplichtingen schond; voldoende is dat de buitenstaander door zijn stelselmatige activiteiten wilens en wetens de niet te verwaarlozen kans neemt dat de produkten zijn aangeboden als gevolg van wanprestatie.

c. Voor onrechtmatigheid ten gevolge van wanprestatie is niet vereist dat door de verkoper of een van diens voorgangers een contractuele verplichting jegens Cacharel of haar alleenvertegenwoordiger wordt geschonden; voldoende is dat sprake is van schending van een contractuele verplichting jegens een bij de verkooporganisatie betrokken onderneming.

6. De eerste stellingen hangen nauw samen. Naar de huidige stand van de rechtspraak is profiteren van andermans wanprestatie in gevallen als de onderhavige slechts onrechtmatig te achten als de buitenstaander zich bewust was van de omstandigheid dat hij de produkten

slechts door contractbreuk kon verkrijgen. Zie *Losbl. Onrechtmatige daad* VI no. 81. Dat is overigens ook de maatstaf die in beide zaken door het hof is aangelegd (hof Den Haag r.o. 6; hof Den Bosch r.o. 4.5).

Het middel wil nu voor deze bewustheid, of zo men wil voor de opzettelijkheid, twee mogelijke maatstaven in de plaats stellen: profiteren met voorwaardelijk opzet (stelling-b), of profiteren in het kader van stelselmatige bedrijfsactiviteiten (stelling-a). De schriftelijke toelichting van Mr. Keus wijst er terecht op dat in de bestaande jurisprudentie geen aanknopingspunt is te vinden voor een van deze beide gedachtengangen. Daarmee is de kous echter niet af: men zou zich kunnen afvragen of er reden is het bewustheids criterium te verruimen of te verfijnen.

Het stelselmatig handelen lijkt mij in ieder geval geen goede maatstaf om te beoordelen of het profiteren van contractbreuk al dan niet onrechtmatig is. Het is moeilijk in te zien waarom verschil zou moeten worden gemaakt met eenmalig optreden waardoor een verkooporganisatie wordt ontworpen, bv. bij eenmalige import van een grote partij automobielen buiten het dealersnet om. Weliswaar wordt de uitdrukking "frequent en stelselmatig afnemen" van produkten in de jurisprudentie wel gebezigd, maar dit geschiedt in heel ander verband, nl. bij de beantwoording van de vraag of het bewust profiteren van eerder gepleegde wanprestatie moet worden gelijkgesteld met handelen met de contractbreker zelf: HR 26 juni 1964 *NJ* 1965 no. 170; HR 18 dec. 1964 *NJ* 1965 no. 171. Dat onderwerp is i.c. echter niet aan de orde, nu over de herkomst van de produkten niets is komen vast te staan.

De uitbreiding van het bewustheids criterium tot gevallen van bedrijfsmatig handelen heeft bovendien het bezwaar dat langs een achterdeur de gedachte geïntroduceerd wordt dat alle handel door buitenstaanders in beginsel aan de ketting moet worden gelegd, en dat is m.i. een onaanvaardbare consequentie. Hetzelfde bezwaar kan ook tegen de maatstaf van het voorwaardelijk opzet worden aangevoerd: zodra voor bepaalde artikelen een stelsel van selectieve distributie bestaat, en er tevens een "grijze markt" is die verhandeling buiten de erkende kanalen mogelijk maakt, neemt elke ondernemer die aan deze handel deelneemt het risico dat de hem aangeboden produkten van wanprestatie afkomstig kunnen zijn. In een open economie gebaseerd op vrije mededinging, zoals de onze, moet dat mogelijk zijn. Verg. Baumbach-Hefermehl, *Wettbewerbsrecht* (16e dr. 1990), dl. I aantek. 76; W.J. Slagter, preadv. *NJV* 1963 (Hand. XCIII dl. 1a) hfdst. 1. In juridische termen terugvertaald: de contractsvrijheid van de buitenstaander prevaleert dan boven het belang van de fabrikant om contractsbreuken binnen zijn verkooporganisatie te verhinderen. Ik meen, met de bestaande rechtspraak, dat dit slechts anders dient te zijn wanneer de buitenstaander zelf de breuk in de verkooporganisatie veroorzaakt, door tot wanprestatie aan te zetten of er desbewust van te profiteren. Verder zou de jurisprudentie m.i. niet moeten gaan. Zie ook C.H. Beekhuis, *Profiteren van andermans wanprestatie, in: Op de grenzen van komend recht* (Opstellen-Beekhuis, Zwolle 1969) p. 13.

De onder a en b geformuleerde stellingen lijken mij daarom niet houdbaar.

7. De onder c geformuleerde stelling poogt tot wijziging te komen van de lijn die in het arrest KIM/Sieverding is uitgezet. Daarin is beslist dat de Nederlandse alleenvertegenwoordiger geen rechten kan ontlenen aan overeenkomsten tussen een Duitse fabrikant en Duitse tussenhandelaren, waarbij hij immers geen partij was. De Nederlandse buitenstaander, die van schending van die overeenkomsten profiteert, handelt daarom niet onrechtmatig jegens de alleenvertegenwoordiger, zelfs niet wanneer hij op de hoogte was van de inhoud der door de fabrikant bedongen voorwaarden.

Het enige argument dat ten faveure van deze wijziging van jurisprudentie wordt aangevoerd is dat de bereidheid van de gebonden handelaren om in het kader van de verkooporganisatie bestaande verplichtingen te blijven



naleven zal afnemen wanneer blijkt dat niet gebonden handelaren dezelfde producten op dezelfde markt aanbieden zonder aan die verplichtingen gebonden te zijn. Dat argument is stellig juist, maar het is niet beslissend. In beginsel zijn het immers de fabrikant en de alleenvertegenwoordiger, niet de buitenstaander, die zorg moeten dragen dat de deelhebbers in de verkooporganisatie zich aan de regels houden.

Cacharel c.s. hebben te dien aanzien aangevoerd dat de verkooporganisatie een heel systeem in het leven heeft geroepen om verkoop van Cacharel parfumerie-artikelen aan buitenstaanders te voorkomen. Dat systeem omvat o.m. codering van de producten; controlemaatregelen jegens leden van de organisatie die aan buitenstaanders blijken te hebben verkocht, eventueel gevolgd door uitsluiting; in en buiten rechte optreden tegen de buitenstaanders, met name tegen groothandelaren. De omstandigheid dat het sluitstuk van dit systeem bestaat uit het optreden tegen groothandelaren die buiten de verkooporganisatie om de producten verhandelen, betekent echter niet dat deze handel naar Nederlands recht zonder meer onrechtmatig zou zijn jegens de fabrikant of de alleenvertegenwoordiger.

Ook de onder *c* geformuleerde stelling is daarom onaannemelijk.

8. De geslotenheid van de verkooporganisatie speelt de volgende rol in het – op dit punt aangevallen – arrest van het hof Den Bosch.

Het hof leidt uit een aantal omstandigheden, waarop het betrekkelijk uitvoerig ingaat, af dat de verkooporganisatie van Cacharel, wereldwijd gezien, "juridisch niet gesloten" is (r.o. 4.10). Daarmee wordt bedoeld dat de opzet van het stelsel niet dusdanig is dat verkoop buiten het stelsel om uitgesloten zou zijn; met name herimport uit een aantal buiten de EEG gelegen gebieden zou zonder contractbreuk mogelijk zijn. Het hof stelt vervolgens vast dat er ook geen "feitelijke geslotenheid" is (r.o. 4.11 e.v.), dwz. het gaat in op de vraag of er geen lekken zitten in het stelsel zoals het is opgezet, of het stelsel, zoals het hof het zelf noemt, wel "waterdicht" is. Zie voor de gebezigde termen ook Losbl. *Onrechtmatige daad* VI no. 84; Van Brakel *NJB* 1940 p. 465.

Het onderscheid tussen juridische en feitelijke geslotenheid correspondeert met het verschil tussen "gedankliche" en "praktische Lückenlosigkeit" uit het Duitse mededingingsrecht; zie Baumbach-Hefermehl, a.w., aantek. 806-812 op §1 UWG. Naar vaste rechtspraak van het Bundesgerichtshof is sprake van oneerlijke mededinging, verboden door §1 van het Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, wanneer de buitenstaander de hand op de producten legt "durch Bewirkung oder Ausnutzung des Vertragsbruchs eines gebundenen Händlers", en bestaat er een vermoeden dat zulk uitlokken of profiteren heeft plaatsgehad "wenn die Lückenlosigkeit des Systems im gedanklichen Aufbau und in der praktischen Durchführung" komt vast te staan. Zie BGH 9 mei 1985 *GRUR* 1985 p. 1059.

Deze bewijsrechtelijke functie van de geslotenheid is ook terug te vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad: HR 18 mei 1979 *NJ* 1979 no. 480. Zie ook M.J.P. Verburgh, *De bewijslastverdeling in de zestiger jaren* (openb. les VU 1970) p. 28-29 en p. 57.

9. Heeft het hof nu in de onderhavige zaak eveneens een louter bewijsrechtelijke functie toegekend aan de geslotenheid van de verkooporganisatie? Dat wordt ontkend in een van de onderdelen van het middel in de Trade Max-zaak die betrekking hebben op de geslotenheid, nl. in onderdeel 12. Daarin wordt betoogd dat het hof ten onrechte in de juridische en feitelijke geslotenheid van de organisatie een materiële voorwaarde voor onrechtmatigheid zou zien.

Deze lezing van 's hofs arrest lijkt mij niet juist. Uit de inleidende r.o. 4.5 en de afsluitende r.o. 4.14.2 blijkt dat het hof beslissend acht of Trade Max bij het kopen van de Cacharel-artikelen steeds zou weten of behoren te

weten dat die producten hem uitsluitend konden worden aangeboden ten gevolge van contractschending door de verkoper of diens voorgangers jegens Cacharel c.s. Het hof stelt echter vast dat er een belangrijke "grijze markt" voor Cacharel-artikelen bestaat, hetgeen het enerzijds wijt aan de mogelijkheid van herimport uit derde landen, anderzijds aan de grote afzet van deze artikelen die binnen de EEG in feite plaatsvindt door anderen dan erkende alleenvertegenwoordigers en kleinhandelaren; m.a.w. er is geen gesloten verkooporganisatie. Onder die omstandigheden hadden Cacharel c.s. concrete aanwijzingen moeten verschaffen dat Trade Max wist dat zij gebruik maakte van wanprestatie door haar leveranciers of hun voorgangers. Dat is, aldus het hof, niet geschied; omtrent de herkomst van de door Trade Max verhandelde Cacharel-artikelen is zelfs niets komen vast te staan.

Ik leid hieruit af dat het hof de niet-geslotenheid van de verkooporganisatie uitsluitend voor bewijsdoeleinden bezigt. Onderdeel 12 mist daarom feitelijke grondslag.

10. De overige onderdelen van het middel die op de geslotenheid betrekking hebben voeren aan dat het hof niet zonder nadere redengeving tot het oordeel kon komen dat de verkooporganisatie van Cacharel juridisch niet gesloten was (onderdelen 6-11) en feitelijk evenmin (onderdelen 13-15).

Enkele daarvan betreffen terminologische kwesties. Zo klaagt onderdeel 6 over de onduidelijkheid van de termen "sluitende kettingbedingen" en "sluitende derdenbedingen" (r.o. 4.6). Uit het verband waarin deze termen worden gebezigd blijkt echter voldoende wat daarmee wordt bedoeld. Het hof stelt vast dat importeurs van Cacharel-artikelen in derde landen aan minder strakke regels zijn gebonden dan alleenvertegenwoordigers in EEG-staten, dat de erkende kleinhandelaren zich er slechts binden jegens de importeur, niet jegens Cacharel, en dat die kleinhandelaren niet, zoals in de EEG, de verplichting wordt opgelegd hun verkoop aan niet-verbruikers te beperken tot andere erkende handelaren. In het licht daarvan is voldoende duidelijk wat het hof bedoelt met zijn vaststelling dat hier geen sprake is van "sluitende kettingbedingen in strikte zin", en evenmin van "sluitende derdenbedingen waaraan Cacharel rechten kan ontlenen jegens de afnemers van de importeurs en hun mogelijke afnemers".

Van terminologische aard lijkt mij ook onderdeel 15, dat het hof verwijt dat het, door verschillende malen te spreken van "waterdicht" en "waterdichtheid" (r.o. 4.12, 4.13, 4.14.1 en 4.14.2) te strenge eisen zou stellen aan de geslotenheid van de verkooporganisatie. Nu het hof de term waterdichtheid kennelijk bezigt als korte weergave van de feitelijke geslotenheid van de organisatie, mist dit onderdeel feitelijke grondslag.

11. Ik kom thans aan de klachten over de juridische geslotenheid.

Het hof heeft in de overgelegde contracten tussen Cacharel en importeurs in derde landen geen expliciete verboden aangetroffen om naar de EEG te herexporteren, behalve in het contract voor Singapore en Maleisië. Het hof zegt erbij: "voor zover het hof kan zien (ook van de contracten in de Spaanse en Portugese taal zijn geen vertalingen overgelegd)" (r.o. 4.6). Onderdeel 8 klaagt dat deze vaststelling in het licht van de gedingstukken onbegrijpelijk is: bij een aantal overgelegde contracten was immers vermeld dat het slechts om uittreksels ging, zodat de mogelijkheid bestond dat zij wel exportverboden bevatten al waren die in het uittreksel niet te vinden.

Deze klacht faalt op een tweetal gronden. In de eerste plaats stond het aan Cacharel om het door haar overgelegde materiaal – dat zeer overvloedig is – zo te kiezen dat de relevante bedingen daarin te vinden waren. In de tweede plaats blijkt uit een van de overgelegde Spaanstalige contracten (dat voor Chili, prod. 37 bij mem. v. antw.) dat het hof gelijk had. Volgens dat contract is de concessionaris vrij om de producten te herexporteren, behoudens dat het akkoord van de plaatselijke alleenim-

porteur nodig is indien ter plekke een stelsel van exclusieve distributie voor Cacharel-artikelen bestaat (art. II-5). Dat overal op de wereld zo'n stelsel in het leven zou zijn geroepen is door Cacharel c.s. niet gesteld; het zou ook nauwelijks voorstelbaar zijn.

12. Onderdeel 9 valt het oordeel aan dat een ongeclausuleerd verbod om naar EEG-gebied te herexporteren nietig zou zijn op grond van art. 85 lid 2 EEG-verdrag.

Er is nog geen rechtspraak van het Hof van Justitie over de vraag of art. 85 EEG-verdrag toepasselijk is op overeenkomsten waarbij een binnen de EEG gevestigde fabrikant aan een handelaar in een derde land een verbod oplegt om de verkregen producten naar de gemeenschappelijke markt te herexporteren. Deze vraag zou derhalve prejudicieel aan het Hof van Justitie moeten worden voorgelegd, krachtens art. 177 lid 3 EEG-verdrag, indien de HR de beantwoording daarvan noodzakelijk zou achten voor het nemen van zijn beslissing.

Die noodzakelijkheid bestaat echter niet in het onderhavige geval. Het hof Den Bosch heeft nl. het gebrek aan juridische geslotenheid van de verkooporganisatie van Cacharel niet alleen afgeleid uit de nietigheid van de herexportverboden volgens gemeenschapsrecht. Het staat er ook bij stil dat op de Amerikaanse markt een dusdanig beding waarschijnlijk verboden is krachtens de toepasselijke antitrust-regels (r.o. 4.8); dat de Cacharel-artikelen volgens de opzet van het verkoopsysteem geldig in handen kunnen komen van duty-free handelaren alsmede van lucht- en scheepvaartmaatschappijen (r.o. 4.7); en dat in een aantal landen aan zelfstandige importeurs geen exportverboden zijn opgelegd (r.o. 4.6). Deze drie omstandigheden kunnen samen het oordeel van het hof omtrent het gebrek aan juridische geslotenheid van de organisatie dragen, zodat het niet noodzakelijk is na te gaan of een vierde argument in deze richting, nl. de nietigheid van de exportverboden naar EEG-recht, wel juist is.

Onderdeel 9 kan daarom niet tot cassatie leiden.

13. Dit heeft tot gevolg dat ook de onderdelen 10 en 11 vergeefs zijn voorgesteld. Het oordeel van het hof over de prijsverschillen tussen diverse lokale markten in derde landen en de gemeenschappelijke EEG-markt, maakt nl. in de redenering van het hof uitsluitend deel uit van de motieven voor toepasselijkheid van art. 85: door de prijsverschillen is herexport interessant, zodat het exportverbod effect kan hebben op de gemeenschappelijke markt. Het is niet nodig daarop in te gaan.

14. Ik maak nu een kleine zijsprong. Brengt de wijze van redenering van het hof mede dat de geslotenheid van het stelsel de hele wereld moet beslaan? In het Duitse recht drukt men dat wel als volgt uit: "wer national bindet muss weltweit binden"; zie Bunte *GRUR* 1987 p. 90.

Naar mijn taxatie hangt de geldigheid van dat motto af van de markt voor het desbetreffende produkt. Indien de transportkosten laag zijn (anders dan voor automobielen), indien het produkt niet te lijden heeft onder opslag en vervoer (anders dan bloembollen of vers fruit), indien het overal op de wereld dezelfde, of nagenoeg dezelfde, betekenis heeft voor de consument (anders dan Hollandse herenfietsen), zal de kans groot zijn dat elke (al dan niet gewilde) leemte in de verkooporganisatie onmiddellijk tot gevolg heeft dat prijsverschillen worden uitgebuit, en nieuwe afzetmogelijkheden worden beproefd, eventueel buiten de erkende kanalen. Het hof is er m.i. terecht van uitgegaan dat parfumerie-artikelen in de hier bedoelde categorie producten vallen: er moet ernstig rekening mee worden gehouden dat juridische leemten in de verkooporganisatie van parfumerie-artikelen, ook in betrekkelijk afgelegen gebieden, herimport tot gevolg zullen hebben. Zie ook Baumbach-Hefermehl t.a.p. (no. 809). De enkele theoretische mogelijkheid van herimport is onvoldoende om aan te nemen dat het stelsel niet gesloten zou zijn, aldus ook Hof Amsterdam 19 jan. 1989 *BIE* 1991 nr. 17; het gaat erom of men die herimport

redelijkerwijs in zijn commerciële berekeningen moet betrekken, en dat hangt af van de aard van het produkt en van de markt waarop het pleegt te worden afgezet.

15. Daarmee kom ik aan de klachten over de feitelijke geslotenheid (onderdelen 13-14).

's Hof's vaststelling van het gebrek aan feitelijke geslotenheid is van feitelijke aard. Onderdeel 13 valt deze vaststelling aan met motiveringsklachten: Cacharel c.s. zouden in de feitelijke instanties uitvoerig hebben betoogd dat opgetreden wordt zodra lekken in de organisatie worden geconstateerd; bovendien zou het hof de situatie met betrekking tot de USSR niet juist hebben weergegeven en meer uit een EEG-rapport, het rapport-Weber, hebben gehaald dan er in stond.

Deze klachten vermogen 's hofs vaststelling niet aan te tasten. Het hof baseert die vaststelling nl. mede op de volgende, niet aangevochten, overwegingen:

- Cacharel c.s. hebben erkend dat er in de EEG een grijze markt bestaat waarop Cacharel-artikelen worden aangeboden, onafhankelijk van mogelijk uitlokken of profiteren van wanprestatie door de buitenstaander;
- Cacharel heeft toegegeven dat de Cacharel-productie groter is dan gerechtvaardigd wordt door de vraag op de verschillende markten die zij met haar verkooporganisatie bereikt;
- in het licht van de stellingen van pp. is niet onaanneemelijk dat Cacharel geen zicht heeft op de distributie van haar producten door alleenimporteurs in Afrikaanse landen, in Midden- en Zuid-Amerika, in het Verre Oosten en in de landen van het Midden-Oosten (r.o. 4.12).

In verband met de eerste en de tweede omstandigheid is nog van belang op te merken dat volgens het rapport-Weber de grijze markt van parfumerie-artikelen in de EEG ongeveer 10 à 20% van de totale markt beslaat. Cacharel c.s. hebben niet gesteld of aannemelijk gemaakt dat deze vaststelling niet zou gelden voor Cacharel-artikelen; zij beklagen zich er daarom vergeefs over dat het hof uit een algemene mededeling in het rapport feiten heeft afgeleid met betrekking tot de markt voor deze artikelen.

Met de drie aangehaalde overwegingen is het gebrek aan feitelijke geslotenheid overigens voldoende gemotiveerd. Onderdeel 13 faalt daarom.

16. Ook onderdeel 14 wordt vergeefs voorgesteld.

Voor zover het zich beklaagt over het oordeel van het hof dat het bestaan van lekken in de verkooporganisatie de fabrikant de mogelijkheid zou ontnemen om het systeem weer te dichtten, mist het onderdeel feitelijke grondslag: het hof heeft niet aldus geoordeeld. Voor zover het bedoelt erover te klagen dat de eis van feitelijke geslotenheid tot gevolg zou hebben dat de organisatie niet tegen inbreukmakers kan optreden, faalt het: de inbreukmakers, dwz. degenen die hun contractuele verplichtingen jegens Cacharel en diens alleenvertegenwoordiger schenden, staan geheel buiten deze discussie, die slechts de vraag betreft of zonder verdere bewijsvoering kan worden aangenomen dat de buitenstaander leden van de organisatie tot wanprestatie heeft uitgelokt of bewust van zo'n wanprestatie heeft geprofiteerd.

17. Uit het voorgaande volgt dat noch de klachten over de grondslagen van de aansprakelijkheid bij verstoring van een verkooporganisatie (in beide zaken), noch die over de geslotenheid van zo'n organisatie (in Trade Max), tot cassatie kunnen leiden.

Er resteren nog enkele onderdelen van het middel in de Geparo-zaak, die hoofdzakelijk van procesrechtelijke aard zijn.

18. Onderdeel 3 klaagt dat het hof de grondslagen van de vorderingen van Cacharel c.s. onjuist, althans onaanvaardbaar gesimplificeerd, zou hebben weergegeven. De aangevallen passage van het arrest van het hof Den Haag (r.o. 3), waar in herinnering wordt gebracht dat volgens Cacharel c.s. Geparo's bevoorradings "het resultaat van geslaagde uitlokking" is, dient echter in het geheel niet om de grondslagen van de vordering weer te geven. Het

arrest, dat inderdaad aan de summiere kant is, bespreekt eerst het probleem dat in het debat tussen pp. een belangrijke rol had gespeeld, nl. Geparo's poging om via brieven aan in Parijs gevestigde "dépositaires" tot wanprestatie uit te lokken (r.o. 4). Pas daarna wordt nagegaan of Geparo, de Cacharel-artikelen verkrijgend anders dan door uitlokking, onrechtmatig kan hebben gehandeld (r.o. 5); daarbij komt wederom het bestaan van de "grijze markt" aan de orde (r.o. 6), een probleem dat met al dan niet geslaagde uitlokking niet van doen heeft.

Onderdeel 2 bevat verschillende klachten over de wijze waarop het hof daarbij zijn terminologie inkleedt; het hof spreekt bv. soms van pogingen tot uitlokking, daarmee implicerend dat pas bij succes van uitlokking sprake zou zijn, soms van geslaagde uitlokking, hetgeen het omgekeerde schijnt te impliceren. De juistheid van deze klachten hoeft niet onderzocht te worden nu voldoende duidelijk is wat het hof met de gebezigde termen heeft beoogd.

19. Voor de bespreking van onderdeel 4, over de vraag of de onmogelijkheid om een in algemene termen vervat verbod toe te wijzen wel in de weg staat aan de toewijzing van een beperkter en wel toewijsbaar geacht verbod, is het noodzakelijk om eerst na te gaan wat Cacharel c.s. in de Geparo-zaak hebben gevorderd.

Volgens het vs. van de rb. Rotterdam (r.o. 1) vroegen Cacharel c.s. een zestal veroordelingen; alleen de eerste vordering was een verbodsactie. Gevorderd werd een verbod aan Geparo om Cacharel-artikelen te verkopen, te koop aan te bieden of in voorraad te hebben, op straffe van een dwangsom.

Het hof acht kennelijk een verbod tot uitlokking van wanprestatie door erkende kleinhandelaren, en tot het verkopen, te koop aanbieden of in voorraad hebben van door uitlokking verkregen artikelen op zichzelf wel toewijsbaar (r.o. 4). Het constateert evenwel: "Cacharel c.s. hebben een dergelijk verbod niet gevorderd." (r.o. 5).

Het middelonderdeel stelt daartegenover dat het toewijsbaar geachte verbod van minder verre strekking is en daarom geacht moet worden besloten te liggen in het ruimere en daadwerkelijk gevorderde verbod.

Geparo heeft aangevoerd dat Cacharel c.s. het door hen beoogde doel hadden kunnen bereiken door verandering of vermindering van eis, maar dat lijkt mij niet beslissend.

20. De hier aan de orde gestelde vraag wordt uitvoerig besproken door C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel* (diss. Leiden 1978) no. 226-231, met aanhaling van rechtspraak. Hij leidt uit art. 48 Rv. en uit de jurisprudentie af dat de rechter het wel bereikbare verbod kan opleggen wanneer aannemelijk is dat eiser dat zou hebben gewild als hij zich gerealiseerd had dat zijn in algemene termen vervatte petitum niet toewijsbaar zou zijn. Deze stelling vindt inderdaad steun in de rechtspraak (al moet gezegd worden dat deze rijkelijk casuïstisch is); zie met name HR 14 nov. 1958 NJ 1959 no. 1 en HR 1 dec. 1972 NJ 1973 no. 111.

I.c. heeft het hof klaarblijkelijk geoordeeld dat de eisers het beperktere verbod niet hebben gewild. Dat is ook niet onbegrijpelijk, omdat Cacharel c.s., in het licht van 's hofs vaststellingen, geen belang hadden bij het toewijsbaar geachte verbod. Dit betrof immers de uitlokking tot wanprestatie en de verhandeling van door die uitlokking verkregen produkten, terwijl de uitlokking juist niet is komen vast te staan.

Ook de klachten van onderdeel 4 kunnen daarom niet tot cassatie leiden.

Geen van de aangevoerde middelen gegrond bevindend, concludeer ik in beide zaken tot verwerping van het beroep.

e) De Hoge Raad, enz.

#### 1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseressen tot cassatie – verder ook wel te zamen aan

te duiden als Cacharel – hebben bij exploit van 2 oktober 1984 verweerster in cassatie – verder te noemen Geparo – op verkorte termijn gedagvaard voor de Rechtbank te Rotterdam en gevorderd:

1. Geparo te verbieden Cacharel-artikelen, waaronder parfums, eaux de toilette, after-shaves (alcohol en huidcrème), zeep, bad-olie, badschuim en deodorant (spray en crème) te verkopen dan wel te koop aan te bieden, of in voorraad te hebben, onder verbeurte van een dwangsom van f 1.000,- aan Cacharel voor iedere overtreding;

2. Geparo te bevelen haar voorraden Cacharel artikelen:

– hetzij af te geven aan L'Oréal,

– hetzij te vernietigen onder toezicht van L'Oréal, onder verbeurte van een dwangsom van f 10.000,- aan L'Oréal;

3. Geparo te bevelen aan L'Oréal te verschaffen een lijst met de namen en adressen van de personen die gedurende de afgelopen 36 maanden Cacharel-artikelen aan Geparo hebben geleverd, met specificatie van de geleverde referenties en aantallen, onder verbeurte van een dwangsom van f 10.000,- aan L'Oréal;

4. Geparo te bevelen aan L'Oréal te verschaffen een lijst met de namen en adressen van personen die gedurende de afgelopen 36 maanden Cacharel artikelen van Geparo hebben gekocht, met specificatie van de geleverde referenties en aantallen, onder verbeurte van een dwangsom van f 10.000,- aan L'Oréal;

5. Geparo te veroordelen tot vergoeding van de schade door Cacharel en L'Oréal geleden en alsnog te lijden ten gevolge van Geparo's hiervoor omschreven onrechtmatige gedragingen en handelwijzen, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet met de wettelijke rente daarover.

Nadat Geparo tegen de vorderingen verweer had gevoerd, heeft de Rechtbank bij tussenvonnis van 20 september 1985 Geparo toegelaten haar stellingen omtrent de herkomst van de artikelen te bewijzen.

Tegen dit vonnis heeft Geparo hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

Bij tussenarrest van 7 september 1989 heeft het Hof de zaak naar de rol verwezen voor het nemen van een nadere memorie als bedoeld in de overwegingen 8, 9 en 10 van dat arrest.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

#### 2. Het geding in cassatie

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

Geparo heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal Koopmans strekt tot verwerping van het beroep.

#### 3. Beoordeling van het middel

3.1 Bij de beoordeling van het middel (welks onderdeel 1 klaarblijkelijk slechts als inleiding fungeert) dient het navolgende tot uitgangspunt.

Cacharel vordert in dit geding tegen Geparo – die hier te lande de tussenhandel in parfumerie-artikelen bedrijft – voornamelijk een algemeen verbod Cacharel parfumerie-artikelen te verkopen, ten verkoop aan te bieden of in voorraad te hebben. Deze vordering grondt Cacharel niet op de stelling dat Geparo door deze gedragingen enig haar toekomstig absoluut recht van intellectuele eigendom schendt, maar, kort gezegd, daarop: (1°) dat zij, omdat de eigenschappen van haar parfumerie-artikelen dwingen tot hun distributie via geselecteerde detaillisten, een gesloten verkooporganisatie in het leven heeft geroepen "welke zich uitstrekt over de gehele EEG, en trouwens ook daarbuiten"; (2°) dat Geparo, die van een en ander op de hoogte is, deze organisatie ondermijnt door niet bij deze organisatie aangesloten detaillisten in staat te stellen tot het voeren van Cacharel-artikelen en

(3°) dat Geparo daartoe slechts in staat is doordat zij, Cacharel-artikelen inkopend, zich schuldig maakt aan het uitlokken, bevorderen of bewust gebruik maken van contractbreuk door leden van de organisatie.

Zowel het beginsel dat ten grondslag ligt aan art. 1376 BW, als ook en vooral het beginsel van vrijheid van handel en bedrijf brengen echter mee dat het enkele feit dat een fabrikant langs contractuele weg een verkooporganisatie voor zijn producten in het leven roept, voor een niet tot deze organisatie behorende handelaar (verder ook wel: een buitenstaander) niet zonder meer de verplichting schept zich van het verhandelen van die producten te onthouden. Zulk een verplichting bestaat slechts – en een verbodsvordering als de onderhavige kan dan ook slechts worden toegewezen – voor zover op grond van bijkomende omstandigheden moet worden aangenomen dat de buitenstaander door het verhandelen zich jegens de fabrikant onoirbaar zou gedragen.

De vraag aan welke voorwaarden moet zijn voldaan vooraleer sprake is van zulk onoirbaar gedrag, is in een vrij omvangrijke rechtspraak van de Hoge Raad beantwoord (meer in het bijzonder zij verwezen naar: HR 13 januari 1961, *NJ* 1962, 245; HR 12 januari 1962, *NJ* 1962, 246; HR 26 juni 1964, *NJ* 1965, 170 en HR 18 december 1964, *NJ* 1965, 171) en behoeft mede daarom hier geen volledige bespreking. Het middel geeft slechts aanleiding met betrekking tot die vraag twee nadere opmerkingen te maken.

De eerste is dat in deze rechtspraak – die ook buiten het geval van ondernemen van een verkooporganisatie toepassing heeft gevonden – nadruk valt op voormelde beginselen (uitgangspunt is dat handelen met iemand van wie men weet dat deze daardoor een overeenkomst met een derde schendt, op zich zelf jegens deze derde niet onoirbaar is) en dat daarin dan ook voor de toewijsbaarheid van een vordering als de onderhavige stringente voorwaarden worden gesteld. De Hoge Raad vindt geen grond in enig opzicht van deze rechtspraak terug te komen.

De tweede opmerking is dat het Hof in zijn rov. 6 met juistheid ervan is uitgegaan dat in die rechtspraak ligt besloten dat, wil sprake zijn van onoirbaar handelen van de buitenstaander jegens de fabrikant, tenminste vereist is dat de buitenstaander bij het inkopen van de producten van de fabrikant wist of behoorde te weten dat hij daartoe uitsluitend in staat was ten gevolge van jegens de fabrikant door een van de leden van diens verkooporganisatie gepleegde wanprestatie.

3.2 Op het in 3.1 overwogene stuiten de klachten vervat in de onderdelen 3, 5, 6 en 7 van het middel af.

Onderdeel 3 omdat Cacharel bij de daarin vervatte klacht dat het Hof in zijn rov. 3 de grondslagen van haar vordering onvolledig heeft weergegeven, geen belang heeft nu de stelling welke door het Hof buiten beschouwing zou zijn gelaten – te weten dat de buitenstaander reeds onoirbaar handelt door het enkele feit dat hij frequent en stelselmatig producten afneemt die door middel van een selectief distributiesysteem worden verkocht – blijkens het onder 3.1 overwogene onjuist is en de vordering niet kan dragen. De overige onderdelen omdat (ook) daarin andere, en met name minder stringente voorwaarden voor de toewijsbaarheid van een vordering als de onderhavige worden verdedigd dan die welke in voormelde rechtspraak zijn aanvaard.

3.3 Onderdeel 8 faalt omdat 's Hof's uitleg van het desbetreffende "memorandum" van feitelijke aard en niet onbegrijpelijk is en nadere motivering niet behoefde.

3.4 De onderdelen 2a, 2b en 4 hebben betrekking op hetgeen het Hof overweegt omtrent en in verband met de stelling van Cacharel: "Geparo's bevoorrading is het resultaat van geslaagde uitlokking".

In zijn rov. 4 oordeelt het Hof deze stelling in zoverre gegrond dat Cacharel heeft aangetoond dat Geparo heeft geprobeerd Parijse, bij de verkooporganisatie van Cacharel aangesloten detaillisten ertoe te bewegen haar in

strijd met hun verplichtingen Cacharel parfumerie-artikelen te leveren, terwijl Geparo vooralsnog niet erin is geslaagd waar te maken dat zij dat vergeefs heeft geprobeerd en daarom deze weg om zich te bevoorraden daarna niet meer heeft bewandeld. Het Hof verbindt daaraan (nog steeds in rov. 4) de slotsom dat dit een en ander, aangenomen dat de aan de detaillisten opgelegde verplichtingen niet in strijd komen met art. 85 van het EEG-verdrag, zonder meer een verbod tot dergelijk uitlokken tot wanprestatie en/of tot het verkopen, ten verkoop aanbieden of in voorraad hebben van daarmede verkregen artikelen zou rechtvaardigen. Een zodanig verbod, tekent het Hof in zijn rov. 5 nog aan, heeft Cacharel niet gevorderd.

De onderdelen 2a en 2b klagen ten onrechte erover dat onbegrijpelijk is wat het Hof bedoelt wanneer het in dit verband een en andermaal spreekt van "poging(en) tot uitlokking": blijkens het vorenoverwogene is 's Hof's uitspraak op dit punt volstrekt duidelijk.

Onderdeel 4 leest in 's Hof's vaststelling dat Cacharel een op uitlokking toegesneden verbod niet heeft gevorderd, het oordeel dat deswege een dergelijk verbod, hoewel gerechtvaardigd door de als vaststaand aan te merken gedragingen van Geparo, niet kan worden toegevoegd. Aldus miskent het onderdeel evenwel dat mede in het licht van hetgeen het Hof onder 8 t/m 10 heeft overwogen niet kan worden aangenomen dat het college in de eerste zin van rov. 5 heeft willen beslissen dat het Cacharel, die voor wat betreft haar schadevordering ter zake van uitlokking in de gelegenheid wordt gesteld voort te procederen, niet meer vrij zou staan ter zake alsnog ook een daarop toegesneden verbod te vorderen. Mede gezien het bepaalde in art. 399 Rv. kan het onderdeel daarom niet tot cassatie leiden.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt Cacharel in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Geparo begroot op f 456,30 aan verschotten en f 2.500,- voor salaris. Enz.

Nr 41. Hoge Raad der Nederlanden, 1 november 1991.

(Cacharel/Trade Max)

Mrs S.K. Martens, G. de Groot, C.Th. Hermans,  
S. Boekman en W.H. Heemskerck.

*Art. 1401 (oud) Burgerlijk Wetboek (doorbreking verkooporganisatie).*

*Zelfde overwegingen van de Hoge Raad als in het arrest Cacharel/Geparo; hiervoor onder nr 40, blz. 145.*

*Hof: de verkooporganisatie van Cacharel c.s. is, wereldwijd gezien, juridisch niet gesloten noch feitelijk waterdicht. Aan de stellingen van Cacharel c.s. komt hiertegenover onvoldoende gewicht toe om de conclusie te dragen dat Trade Max zich in concreto bewust moet zijn geweest dat zij bij haar aankopen gebruik maakte van contractbreuk van haar leveranciers c.q. voorgangers.*

*Hoge Raad: het Hof heeft niet geoordeeld dat voorwaarde voor onoirbaarheid van het handelen van Trade Max is dat het verkoopsysteem van Cacharel juridisch en feitelijk gesloten is, maar het heeft de vraag of dit systeem in deze beide opzichten gesloten was, slechts onderzocht teneinde te kunnen beoordelen of Cacharel voldoende aannemelijk had gemaakt dat was voldaan aan de voorwaarde dat Trade Max bij het inkopen van de Cacharel-producten wist of behoorde te weten dat zij daartoe uitsluitend in staat was tengevolge van jegens Cacharel door een van de leden van haar verkooporganisatie gepleegde wanprestatie.*