

Rechtskundig Weekblad

Vereniging zonder winstgevend doel

Verschijnt elke zondag

Abonnementsprijs: 600 fr. per jaar

Postchekrekening nr. 3185.22

Beheer en Redactie: Professor Mr. Ridder René VICTOR, Justitiestraat 21, Antwerpen

Een belangrijk arrest van het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen over de verhouding tussen het Europees Kartelrecht en de nationale Octrooiwetten

Op 29 februari 1968 heeft het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen zich uitgesproken over enkele fundamentele vraagstukken van de verhouding tussen het nationale octrooirecht en het Europees kartelrecht ⁽¹⁾. Dat het hier om een belangrijk arrest gaat moge blijken, niet alleen uit het feit dat het Hof eraan gehouden heeft het uit te spreken op een datum die slechts om de vier jaar terugkomt, maar vooral uit de omstandigheden dat, overeenkomstig art. 20 van het Statuut van het Hof, schriftelijke opmerkingen werden ingezonden door drie der bij het hoofdgeding in Nederland betrokken vennootschappen, door de Europese Commissie alsmede door drie lidstaten (Frankrijk, Nederland en Duitsland), en en dat de Voorzitter van het Hof, de heer R. Lecourt, zelf als rechter-rapporteur optrad.

1. De feiten en het procesverloop ⁽²⁾

De Amerikaanse vennootschap Parke, Davis and Company (hierna «Parke Davis» genoemd), gevestigd te Detroit, is houdster van twee Nederlandse octrooiën voor de microbiologische en de chemische bereidingswijze van het antibioticum *chlooramphenicol*. Zij heeft hiervan aan een te Delft gevestigde Nederlandse onderneming (met name de Koninklijke Nederlandse Gist- en Spiritusfabriek N.V.) licenties verleend, op grond waarvan zij jegens de licentiehouder o.a. verplicht is het octrooi in Nederland ten aanzien van derden te doen handhaven.

Hierbij moet worden opgemerkt dat, volgens Nederlands recht, de geneesmiddelen weliswaar niet zelf octrooieerbaar zijn, doch dat de houder van een octrooi voor een bepaalde werkwijze het uitsluitende recht heeft de volgens de geoctrooide werkwijze geproduceerde stof in het verkeer te brengen. Bovendien geldt voor de actie ter zake van inbreuken op het octrooi, wanneer het een zogenaamde «nieuwe stof» betreft, krachtens de octrooiwet van 1910, het door hem die zich aan de beweerde inbreuk heeft schuldig gemaakt te weerleggen *vermoeden*, dat de zonder toestemming van de octrooihouder verhandelde hoeveelheden wel degelijk volgens de beschermde werkwijze werden vervaardigd ⁽³⁾.

Het Nederlands octrooirecht van Parke Davis werd

kennelijk geschonden doordat de Belgische vennootschap Probel alsmede twee Nederlandse ondernemingen (de N.V. «Reese en Beintema-Interpharm» en de vennootschap «Centrafarm», beide te Rotterdam gevestigd) uit verschillende Europese landen afkomstig *chlooramphenicol* zonder de toestemming van de octrooihouder of haar licentiehouder in Nederland in het verkeer brachten, dan wel doorverkochten of afleverden. Zo werd reeds in 1958 te Rotterdam een geding ahangig gemaakt, waarin Parke Davis vorderde de bovengenoemde drie vennootschappen wegens inbreuk op haar octrooirecht tot schadevergoeding te veroordelen en deze op straffe van een dwangsom verdere inbreuken te verbieden. In de verschillende fasen van dit proces, onder meer voor de Hoge Raad ⁽⁴⁾, werd een reeks feitelijke vragen, alsmede vragen van Nederlands octrooirecht — zulks met name nadat blijkbaar het bewijs niet kon worden geleverd dat het litigieuze *chlooramphenicol* volgens een andere werkwijze werd vervaardigd — voor het merendeel door het *Gerechts-hof te 's Gravenhage* bij zijn arrest van 30 juni 1967 bevestigd ⁽⁵⁾. In dit arrest wordt in beginsel aangenomen, dat het octrooirecht van Parke Davis werd geschonden, met veroordeling van Centrafarm tot betaling van een schadevergoeding (soortgelijke eisen tegen de medegedaagden waren ingetrokken), en werden voorts aan alle gedaagden op straffe van een dwangsom verdere inbreuken op het octrooirecht verboden. — Eén punt werd bij het arrest evenwel aangehouden, namelijk het verhandelen van uit Italië afkomstig *chlooramphenicol*, de enige Lid-Staat der E.E.G. waar Parke Davis geen octrooirecht voor de vervaardiging van dit antibioticum bezit, daar de werkwijzen ter vervaardiging daarvan, evenmin als het geneesmiddel zelf, in dit land niet octrooieerbaar zijn ⁽⁶⁾. Met name de gedaagde Centrafarm had er de aandacht op gevestigd, dat zij «in de laatste tijd» in Nederland nog slechts *chlooramphenicol* in de handel had gebracht, dat in Italië door de S.p.A. Carlo Erba (Milaan) was vervaardigd en aldaar, gezien de bijzondere regeling van het octrooirecht, vrij verkocht mocht worden. Zij voerde aan, dat indien Parke Davis, met een beroep op haar octrooi, in Nederland een invoerverbod zou weten te verkrijgen, zulks naar het kartelrecht van het E.E.G.-verdrag (artikel 85, lid 1 en artikel 86) niet geoorloofd zou zijn, en wel

met name daar aldus aan de Nederlandse verbruikers het voordeel van de beweerdelijk aanzienlijk lagere Italiaanse prijzen zou ontgaan. Het desbetreffend verweer van Centrafarm en het antwoord daarop van Parke Davis worden door het Gerechtshof van 's Gravenhage als volgt samengevat: «Geintimeerde Centrafarm heeft in haar meer bedoelde conclusie aangevoerd dat volgens artikel 14 van de Italiaanse Octrooiwet geen octrooi mogelijk is op de medicamenten of op een werkwijze om medicamenten te produceren en dat — zoals het Hof het algemeen luidend verdere betoog verstaat — appellante (Parke Davis), die door middel van een in Nederland geldend octrooi de invoer in Nederland van in Italië vrij geproduceerde en verkochte *chlooramphenicol* beperkt of onmogelijk maakt, hiermede in strijd met de artikelen 85 en 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap (hierna te noemen: het Verdrag) de afzet van deze stof beperkt, zulks ten nadele van de verbruiker, nu zij — dit wil zeggen haar licentiehoudster voor Nederland — voor de door haar verhandelde *chlooramphenicol* hogere prijzen vraagt dan voor het uit Italië ingevoerde product aan de verbruiker wordt berekend. Hiertegenover stelt appellante dat artikel 222 van het Verdrag ook geldt voor industriële eigendomsrechten, zodat deze rechten van appellante in Nederland niet door het Verdrag worden aangetast en dat, zouden de artikelen 85 en 86 meebrengen dat in Italië vrij vervaardigde producten ook, ondanks het in Nederland geldende octrooi vrij in Nederland mogen worden verkocht, zulks een voorsprong aan de Italiaanse fabrieken zou geven, welke voorsprong in strijd is met de strekking van het Verdrag».

Het Haagse Gerechtshof achtte de beantwoording van deze vraag voor de uitspraak beslissend. Het heeft derhalve, overeenkomstig een desbetreffend verzoek van Centrafarm, in meergenoemd arrest van 30 juni 1967 besloten krachtens artikel 177 E.E.G.-Verdrag het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen te verzoeken een prejudiciële beslissing uit te spreken over beide volgende vragen met betrekking tot de interpretatie van het Verdrag:

«1. Omvatten de in artikel 85, lid 1, en artikel 86 van het Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap verboden gedragingen en misbruik, eventueel mede in verband met het in de artikelen 36 en 222 van het Verdrag bepaalde, al of niet het door de houder van een door de autoriteiten van een Lid-Staat verleend octrooi op grond van dit octrooi uitlokken van een rechterlijk gebod na te laten ieder binnen het gebied van deze Lid-Staat in het verkeer brengen, verder verkopen, verhuren, afleveren of voor een of ander in voorraad hebben of gebruiken van een uit het gebied van een andere Lid-Staat afkomstig voortbrengsel, voor de vervaardiging en de verhandeling van welk voortbrengsel in het gebied van laatst bedoelde Lid-Staat een uitsluitend recht niet wordt verleend?

2. Luidt het antwoord op vraag 1 anders, indien de prijs, waarvoor de rechtverkrijger van de octrooihouder het door hem verhandelde voortbrengsel in het gebied van de eerst bedoelde Lid-Staat verkrijgbaar stelt, die, welke in dit gebied van de verbruiker wordt verlangd voor het uit het gebied van de andere Lid-Staat afkomstige voortbrengsel, overtreft?»

Het Haagse arrest van 30 juni 1967 werd langs de gebruikelijke ambtelijke weg aan het Hof van Justitie toegezonden en op 6 juli 1967 aldaar ter Griffie geregistreerd, onder nr 24/67.

Overeenkomstig artikel 20 van het Statuut van het Hof werden schriftelijke opmerkingen ingezonden door Parke Davis (advocaten: Mrs. L.D. Pels Rijcken en A. De-

ringer), Probel en Centrafarm (advocaat: Mr. P.H.M. Hoogenbergh) de Commissie (gemachtigde: Mr. R.C. Fischer), de Regeringen van de Franse Republiek (gemachtigden: de Heren Paris en de Bresson), van het Koninkrijk der Nederlanden en van de Bondsrepubliek Duitsland (gemachtigden: Dr. Everling en Dr. Peters).

Ter terechtzitting van 16 januari 1968 werden genoemde vennootschappen, de Commissie, de Regeringen van de Franse Republiek en van de Bondsrepubliek Duitsland in hun mondelinge toelichting gehoord.

De Advocaat-Generaal heeft ter terechtzitting van 7 februari 1968 (7) conclusie genomen.

Het arrest van het Hof werd gewezen, ondertekend en uitgesproken op 29 februari 1968.

Bij een onderzoek van het door het Hof verstrekt overzicht der schriftelijke opmerkingen, alsmede van de conclusies van de Advocaat-Generaal, blijkt het dat niet min dan vijftien rechtsgronden in verband met de twee gestelde vragen voor het Hof werden opgeworpen (8), om dan nog niet te gewagen van de o.a. door Parke Davis, Centrafarm, de Europese Commissie, de Nederlandse regering en de Advocaat-Generaal aangehaalde economische facetten van het vraagstuk. Uiteraard zijn alle rechtsgronden niet even belangrijk. We zullen pogen ze hierna te groeperen en stelselmatig te bespreken. Vooraf lijkt het nuttig even de aandacht te vragen voor enkele aspecten van de economische achtergrond van het probleem.

2. De economische achtergrond.

De omstandigheid van het ontbreken van octrooien op pharmaceutisch gebied in Italië heeft tengevolge gehad, dat zich in dit land een geneesmiddelenindustrie heeft ontwikkeld, die zonder noemenswaardig eigen researchwerk kan profiteren van uitvindingen welke elders in de wereld op pharmaceutisch gebied zijn gedaan. De pharmaceutische industrie in Italië draagt niet de aanzienlijke kosten die verbonden zijn aan de ontwikkeling van nieuwe produkten. Zij bepaalt er zich toe kennis te nemen van in andere landen geöctrooieerde en aldaar in octrooiregisters openbaar gemaakte uitvindingen om deze vervolgens zonder vergoeding ongestraft toe te passen en de aldus verkregen produkten vrijelijk in eigen land te verhandelen. De West-Europese landen worden overstroomd met deze Italiaanse produkten, welke in die landen vaak inbreuk maken op aldaar verleende octrooien. De houders dier octrooien worden hierdoor genoodzaakt talrijke inbreukprocedures te voeren om hun rechten tegen deze illegale import te handhaven.

In haar schriftelijke opmerkingen, wijst Parke Davis op de gevolgen van een eventueel bevestigend antwoord op de door het Gerechtshof te 's-Gravenhage gestelde vragen. De Italiaanse pharmaceutische industrie, die reeds ongestraft kan profiteren van uitvindingen welke elders zijn geöctrooieerd, zou dan ook nog een voorsprong verkrijgen in de overige Lid-Staten. Dit zou de normale concurrentieverhoudingen op de markt vervalsen, de octrooien op pharmaceutisch gebied in de E.E.G.-landen waardeloos maken en voorts de gemeenschappelijke markt ten aanzien van geneesmiddelen wellicht volkomen ontwrichten. Het enige middel om aan de Italiaanse octrooiplundering op pharmaceutisch gebied te ontsnappen zou dan zijn het afzien van octrooi-aanvragen voor geneesmiddelen en het geheim houden van de uit medische research voortvloeiende uitvindingen (9). Hiermee zou evenwel de ontwikkeling van de techniek en van de industriële samenwerking op technisch gebied weinig gediend zijn.

In zijn conclusies formuleert advocaat-Generaal Roemer deze bezwaren op een rake wijze:

«De gevolgen voor de economie en de praktijk van

het octrooirecht zouden niet te overzien zijn en een zodanig uitgehold en van zijn kracht beroofd octrooirecht zou de technische vooruitgang kunnen remmen. Immers, het zou de ondernemingen veelal de prikkel ontnemen om de steeds stijgende kosten van research en verdere ontwikkeling te besteden, daar er geen vooruitzicht meer zou bestaan een redelijke vergoeding te verkrijgen in de vorm van een doeltreffend, voor een bepaalde tijd verleend wettelijk exploitatie-monopolie. Op zijn minst zou er mee gerekend moeten worden dat uitvindingen in het vervolg geheim gehouden zullen worden (in de hoop namelijk zich aldus van een exclusieve exploitatie te verzekeren) hetgeen andere ondernemingen niet alleen de mogelijkheid zou ontnemen op grondslag van reeds verkregen uitvindingen verder te werken, doch eveneens om zich door licenties rechtmatig de mogelijkheid te verschaffen om aan de exploitatie deel te hebben ».

3. De verhouding tussen het Europees kartelrecht en de nationale octrooiwetgevingen

Vooraleer in te gaan op de door het Haagse Hof gestelde prejudiciële vragen, past het te onderzoeken of het Europees kartelrecht überhaupt toepasbaar is, en zo ja in welke mate, op het bestaan en de uitoefening van de door nationale wetgevers verleende uitvindingsoctrooiën.

Terecht betoogt Centrafarm in haar schriftelijke opmerkingen dat de E.E.G., volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie, een *nieuwe rechtsorde* met eigen karakter is, die de *beperking* van de *nationale soevereiniteit* met zich medebrengt. Het lijdt in het bijzonder weinig twijfel dat de communautaire wetgeving de voorrang behoort te krijgen op de nationale, o.a. op het gebied van de uitvindingsoctrooiën.

Het is evenwel de vraag hoever deze voorrang strekt. Mag b.v. de inhoud van het verbodrecht (octrooi) dat door de nationale wetgevers wordt verleend, volledig worden uitgehold door het Europees gemeenschapsrecht? Zoniet, tot welk punt geldt de voorrang dan wel?

In de *rechtsleer* werden voornamelijk twee verdragsbepalingen aangehaald om de wederzijdse verhouding tussen Europees kartelrecht en de nationale octrooiwetgevingen af te bakenen, met name de artikelen 222 en 36. Ook in de schriftelijke opmerkingen van Parke Davis, van de Commissie, van de Franse en de Duitse regering, alsmede in de conclusies van de Advocaat-Generaal, wordt de incidentie van deze beide voorschriften besproken.

a) Het argument ex. art. 222.

Dit voorschrift luidt als volgt: « Dit Verdrag laat de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-staten onverlet ». Parke Davis betoogt dat onder het « eigendomsrecht » ook het industriële eigendomsrecht (incl. octrooiën) begrepen is, en dat het octrooirecht zelf zou worden tenietgedaan, en in feite « onteigend », zo de octrooihouder niet meer een rechterlijk verbod zou kunnen uitlokken ten einde een hem tijdelijk verleend monopolie te beschermen. Ook de Franse en Duitse regering roepen art. 222 in om voor te houden dat dit voorschrift de erkenning en de handhaving der nationale octrooiwetgevingen inhoudt. In deze redenering wordt o.i. evenwel te weinig aandacht besteed aan het onderscheid tussen het recht van de Lid-staten om octrooiën te verlenen, en de uitoefening van deze octrooiën door de marktdeelnemers. De opmerkingen van de Commissie op dit stuk zijn meer genuanceerd. « Het valt te betwijfelen — aldus de Commissie — of (art. 222) eigenlijk wel op de regeling van de industriële en commerciële eigendom toepasselijk is. Het beoogt vooral tot uitdrukking te brengen dat het Verdrag de Lid-Staten vrij laat om, onder eerbiediging van hun verdragsver-

plichtingen, te kiezen tussen een stelsel van privaateigendom of van openbare eigendom ⁽¹⁰⁾. Het verbiedt geenszins dat het gemeenschapsrecht in bepaalde gevallen de uitoefening van de uit de eigendom voortvloeiende rechten beperkt, hetgeen bijvoorbeeld kan geschieden bij de toepassing der artt. 85, 86, 92 ⁽¹¹⁾ en van op grond der artt. 43 ⁽¹²⁾ en 75 ⁽¹³⁾ uitgevaardigde voorschriften. Indien men echter zou aannemen, dat deze bepaling eveneens op de regeling van de industriële en commerciële eigendom van toepassing is, dan blijft deze regeling onverlet, indien de uitoefening van de uit het octrooi voortvloeiende rechten wordt beperkt zonder het bestaan van dit recht als zodanig op te heffen ». Ons eigen standpunt t.a.v. het argument ex. 222 sluit aan bij dat van de Commissie. Op grond van dit voorschrift zijn de Lid-staten bv. volkomen vrij om een particuliere onderneming te nationaliseren, doch de aldus tot stand gebrachte openbare onderneming blijft onderworpen aan de voorschriften van het Gemeenschapsrecht, met name op grond van de artt. 37 en 90. Men stelt dus vast — zo men staande houdt dat het octrooi als een eigendomsrecht in de zin van art. 222 dient te worden beschouwd — dat het argument ex. art. 222 geen betrekking heeft op de uitoefening van dit « eigendomsrecht ».

Het argument ex. art. 222 werd ten andere door het Hof in zijn arrest d.d. 13 juli 1966 inzake Gründig en Consten t./ E.E.G. - Commissie verworpen op grond van de volgende overweging:

« dat in artikel 222 slechts wordt bepaald dat 'het Verdrag de regeling van het eigendomsrecht in de Lid-Staten onverlet laat'; dat het in artikel 3 van het dispositief der bestreden beschikking neergelegde gebod om de uit nationale wetgevingen voortvloeiende rechten op een merk niet uit te oefenen met het doel de nevenimporten te bemoeilijken, *het verwerven van bedoelde rechten op zichzelf niet raakt, doch de uitoefening daarvan slechts beperkt* voor zoveel zulks voor de toepassing van het verbod van artikel 85, lid een, nodig is » ⁽¹⁴⁾. Het Hof maakt dus wel degelijk een onderscheid tussen het *verwerven* van een octrooi (de Franse tekst lijkt nog duidelijker waar het spreekt van « sans toucher l'attribution de ces droits ») en de *uitoefening* daarvan ⁽¹⁵⁾.

In het arrest van 29 februari 1968 spreekt het Hof zich niet *expressis verbis* uit over het argument ex. art. 222, doch zijn standpunt terzake lijkt ongewijzigd te zijn gebleven. Dit komt tot uiting in een van de overwegingen («... waar het bestaan van een octrooirecht, thans nog ⁽¹⁶⁾, slechts van de nationale wetgeving afhangt, alleen de uitoefening daarvan door het gemeenschapsrecht kan worden beheerst...»), en vooral in het beschikkend gedeelte ⁽¹⁷⁾.

b) Het argument ex. art. 36.

Dit voorschrift luidt als volgt: « De bepalingen van de artt. 30 tot en met 34 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten vormen ».

Het heeft tot talrijke interpretaties en stellingen aanleiding gegeven ⁽¹⁸⁾. Voor de besproken vraagstukken moge het volstaan te wijzen op de standpunten die werden ingenomen in enkele schriftelijke opmerkingen.

De Franse regering meent dat de beperkende uitwerking op het verkeer tussen de Lid-Staten en met name de afscheiding der nationale markten — noodzakelijke gevolgen van de nationale rechten van industriële eigendom — in artikel 36 van het Verdrag voorzien en wettig geoordeeld zijn. Ook de Duitse regering heeft het over een

«bewuste aanvaarding», op grond van art. 36, van de autonomie der nationale octrooien op het vrije goederenverkeer binnen de Gemeenschap. Ietwat meer genuanceerd is het standpunt van Parke Davis, die voorhoudt dat, hoewel art. 36 uitsluitend betrekking heeft op de toepassing van art. 30 tot en met 34 (betreffende de afschaffing van de kwantitatieve beperkingen tussen de Lid-Staten), en dus naar zijn tekst niet toepasselijk is op situaties waarop de art. 85 en 86 betrekking hebben⁽¹⁹⁾, het toch een aanwijzing inhoudt voor het standpunt als zou het bestaan van nationale octrooien met de daaraan verbonden territoriale werking voor het gebied waarvoor ze zijn verleend, op zichzelf verenigbaar zijn met de gemeenschappelijke markt, die het Verdrag wil verwezenlijken, en dat de noodzakelijke consequentie hiervan zou zijn dat ook de normale uitoefening dier octrooirechten niet onverenigbaar kan zijn met het Verdrag, ook niet met de artt. 85 en 86.

Zowel de Commissie als de Advocaat-Generaal treden deze zienswijze bij, doch zij vestigen tevens de aandacht op het voorschrift van art. 36 *in fine*: de uit hoofde van bescherming van de industriële eigendom gerechtvaardigde verboden of beperkingen mogen geen middel tot een willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de tussenstaatse handel vormen.

Over de incidentie van art. 36 spreekt het Hof zich in het besproken arrest als volgt uit: «dat op het door de bepalingen betreffende het vrije goederenverkeer bestreken gebied de beperkingen van invoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de industriële eigendom, wel worden toegelaten door artikel 36, doch onder het uitdrukkelijke voorbehoud, «dat zij geen middel tot willekeurige discriminatie, noch een verkapte beperking van de handel tussen de Lid-Staten (mogen) vormen»; dat om soortgelijke redenen de uitoefening van rechten, verbonden aan een overeenkomstig de wetgeving van een Lid-Staat verleend octrooi, op zichzelf geen inbreuk op de door het Verdrag vastgestelde mededingingsregelen vormt».

Hieruit blijkt dat het Hof zoals in het Gründig-Consten arrest de draagwijdte van art. 36 beperkt tot de voorschriften betreffende de afschaffing van de kwantitatieve beperkingen, maar dat het thans toch uitdrukkelijk aanvaardt dat niet alleen het bestaan of verwerven van industriële eigendomsrechten door het Verdrag onverlet wordt gelaten, maar dat dit ook geldt voor de uitoefening «op zichzelf» van de rechten die «verbonden» zijn aan een overeenkomstig een nationale wetgeving verleend octrooi. Wat hiermede bedoeld wordt of kan worden zullen we verder onderzoeken⁽²⁰⁾.

Thans moge het volstaan erop te wijzen dat het Hof uitdrukkelijk aanvaardt:

— dat het bestaan van de nationale octrooiwetgevingen door de artt. 85 en 86 niet wordt geraakt;

— dat de uitoefening van de door het octrooi verleende rechten evenwel door die voorschriften kan worden beheerst;

— maar dat, niettemin, de uitoefening van rechten die verbonden zijn aan een nationaal octrooi (Franse tekst: «l'exercice des droits découlant d'un brevet...») op zichzelf geen inbreuk vormt op de artt. 85 en 86.

In dit verband zij nog opgemerkt dat men op papier netjes een onderscheid kan maken tussen «het bestaan» van aan een octrooihouder verleende rechten, en hun «uitoefening». Dit onderscheid voldoet wellicht aan de vereisten van de formele logica, maar stemt niet noodzakelijk overeen met de werkelijkheid: de beperking, op grond van art. 85 of 86, van de «uitoefening» van een octrooi kan immers zover doorgevoerd worden, dat het «bestaan» van de daaraan verbonden rechten volledig wordt uitgehouden, zodat de Europeesrechtelijke beperking der «uit-

oefening» heel wel het «bestaan» van octrooien op zichzelf kan aantasten.

4. Toepasbaarheid van art. 85, eerste lid.

In zijn eerste vraag verzoekt het Hof van 's Gravenhage het Hof van Justitie zich uit te spreken over de toepasbaarheid van art. 85, lid een, op het onderwerpelijk geval.

Het is evenwel duidelijk dat dit voorschrift geen toepassing kan krijgen, wanneer er geen sprake is van een «overeenkomst tussen ondernemingen», van «besluiten van ondernemersverenigingen» of van «onderling afgestemde feitelijke gedragingen», maar uitsluitend van de eenzijdige handeling van een octrooihouder waarbij deze aan de rechter vraagt zijn recht ten aanzien van derden (inbreukmakers) te handhaven. Over dit punt bestaat vrijwel eensgezindheid in de meeste schriftelijke opmerkingen. Aldus is bv. de Franse Regering van oordeel dat artikel 85 uitsluitend ziet op beperkingen van de mededinging die het gevolg zijn van een contractuele of quasi-contractuele⁽²¹⁾ privaatrechtelijke verbintenis tussen meerdere «ondernemingen» welke tot het rechtsgebied van een Lid-Staat der Gemeenschap behoren. Dit artikel mist derhalve betekenis voor de vraag of nationale rechten van industriële eigendom, ontleend aan van staatswege gegeven bepalingen, alsmede de gevolgen daarvan, met de doelstellingen en de uitdrukkelijke bepalingen van het Verdrag van Rome verenigbaar zijn.

Advocaat-Generaal Roemer treedt deze opvatting bij, waar hij zich als volgt uitdrukt:

«Wat artikel 85 van het Verdrag betreft kan men kort zijn. Dit artikel verbiedt bepaalde overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen en onderling afgestemde feitelijke gedragingen, d.w.z. het geldt slechts voor de gevallen waarin een beperking van de mededinging en een nadelige beïnvloeding van de handel het gevolg zijn van het vrijwillige samenwerken van meerdere ondernemingen. Hiervan is in het onderhavige geval kennelijk geen sprake. Het betreft hier immers een eenzijdig optreden van de octrooihouder, d.w.z. het geldend maken van zijn nationale, rechtstreeks verworven (dus niet op een overeenkomst berustende) rechten. Ook al was hij tegenover zijn Nederlandse licentiehouder tot een gerechtelijke actie verplicht, zo is het toch niet deze overeenkomst, doch uitsluitend het (subjectieve) nationale octrooirecht hetwelk concurrentiebeperkend kan werken».

In zijn arrest van 29 februari 1968 meent ook het Hof van Justitie dat *in casu* een toepassing van art. 85, lid een, uitgesloten is: «dat, terwijl uit de algemene aard der gebezigde bewoordingen (in art. 85, lid een) het oogmerk blijkt om alle in die bepaling omschreven categorieën van afspraken zonder onderscheid te treffen, anderszits haar restrictief karakter zich er tegen verzet het daarin vervatte verbod uit te breiden buiten de drie limitatief opgesomde categorieën van afspraken; dat het octrooi, op zichzelf genomen en los van iedere overeenkomst waarvan het voorwerp zij, niet verwant is aan een dezer categorieën, doch zijn grondslag vindt in een van overheidswege toegekende wettelijke status ten aanzien van aan bepaalde criteria beantwoordende produkten, en derhalve niet de in artikel 85 vereiste kenmerken ener overeenkomst of van een onderling beraamde gedraging vertoont».

Deze overwegingen moeten worden goedgekeurd. Men zal vooral onthouden dat het Hof er de nadruk op legt dat de lijst der in art. 85, eerste lid, opgesomde categorieën van afspraken (overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen, onderling afgestemde feitelijke gedragingen) *limitatief* is.

5. Toepasbaarheid van art. 86.

Nu art. 85 niet kan worden ingeroepen, zou een inbreuk op het Europees kartelrecht slechts voorhanden kunnen zijn indien art. 86, dat het misbruik maken van een economische machtspositie beteugelt, toepasbaar is.

Hiertoe dienen vooreerst twee vragen te worden onderzocht:

a) verleent een octrooi aan zijn eigenaar een machtspositie, in de zin van dit voorschrift?

b) maakt het gewoon handhaven van dit octrooi, gesteld dat er een machtspositie is, een misbruik uit, in de zin van art. 86?

a) Is er een machtspositie?

Het standpunt van Parke Davis op dit punt kan als volgt worden samengevat: «De machtspositie in de zin van artikel 86 is een *economisch* begrip. Om vast te stellen of een onderneming zulk een machtspositie inneemt, moet worden onderzocht of zij op de gemeenschappelijke markt of op een wezenlijk deel daarvan niet of nauwelijks bloot staat aan concurrentie en daarom haar condities kan opleggen. De uitsluitende rechten voortvloeiende uit een octrooi scheppen op zichzelf geen economische machtspositie in de zin van artikel 86. Eerst wanneer een bepaalde sector van het economische leven uitsluitend of overwegend is aangewezen op de door een octrooi beschermde produkten, zullen de exclusieve rechten van de octrooihouder tevens een economische machtspositie kunnen opleveren. Van een economische machtspositie kan echter niet gesproken worden, indien naast het door octrooi beschermde produkt andere produkten in de handel zijn, welke eenzelfde werking of bestemming hebben en diensgevolge met het beschermde produkt concurreren, hetzij licenties zijn verleend aan verscheidene licentiehouders, die elkander met het beschermde produkt concurreren, hetzij een werkwijze is geoctrooieerd en het daarmee verkregen produkt ook volgens een of meer andere werkwijzen kan worden geproduceerd.»

Ook de Commissie neemt dat een octrooi niet *per se* een machtspositie verleent, doch dat het die kan geven. Dit hangt o.a. af, aldus de Commissie, van de vraag of en in welke mate het geoctrooieerde produkt aan de concurrentie van andere, al dan niet geoctrooieerde, produkten onderhevig is.

De Duitse Regering maakt daarenboven een o.i. essentieel onderscheid tussen de *juridische* en de *economische* positie van de octrooihouder: «De positie die een octrooihouder krachtens zijn octrooi inneemt mag met een machtspositie niet zonder meer gelijk worden gesteld. Zijn positie wordt veeleer daardoor gekenmerkt, dat hij aléén gerechtigd is een beschermde uitvinding of werkwijze te exploiteren. Deze rechtspositie van de octrooihouder leert ons niets over de plaats die hij op de markt inneemt. Dit wordt met name duidelijk wanneer men bedenkt, dat er ook octrooien zijn die niet commercieel kunnen worden geëxploiteerd».

De Advocaat-Generaal treedt deze zienswijze volledig bij, en legt vooral de nadruk op het belang van het voorhanden zijn van *vervangingsprodukten*: «Het is denkbaar dat verschillende licentiehouders voor voldoende mededinging zorgen, dat er andere werkwijzen ter vervaardiging van het geoctrooieerde produkt bestaan (hetgeen de gedaagden in casu zelfs hebben bewezen) of wel — gelijk eiseres met betrekking tot *chlooramphenicol* stelt — dat een groot aantal gelijksoortige produkten van andere ondernemingen de mededinging waarborgen (waarbij het van geen belang is of deze concurrentie bepaald wordt door het oordeel van de consument of dat van de artsen

die het geneesmiddel voorschrijven). Met het bestaan van het octrooirecht alleen is derhalve het eerste element van artikel 86 nog niet gegeven; veeleer ware eerst nog een onderzoek van economische aard, gelijk hierboven aangeduid, noodzakelijk» (22).

We menen dat deze standpunten volkomen gerechtvaardigd zijn (23).

De opvatting van Centrafarm, die men, hoewel minder absoluut uitgedrukt, ook aantreft in de schriftelijke opmerkingen van de Franse regering, als zou het bezitten van een octrooi «ongetwijfeld» een machtspositie medebrengen, daar op het grondgebied van de Staat die het octrooi heeft verleend de octrooihouder de enige recht-hebbende is, maakt geen voldoende onderscheid tussen de juridische en de economische positie van de octrooihouder.

In het arrest van 29 februari 1968 spreekt het Hof zich op een eigenaardige wijze uit: «dat tot dit verbod (van art. 86) derhalve het samentreffen van drie elementen wordt geëist: de aanwezigheid van een machtspositie, het misbruik daarvan en de mogelijkheid dat de handel tussen de Lid-Staten daardoor ongunstig wordt beïnvloed; dat, zo het octrooi aan de houder binnen het kader van een bepaalde Staat al een bijzondere bescherming verleent, dit nog niet medebrengt, dat met de uitoefening van de aldus toegekende rechten de drie genoemde elementen gegeven zijn; dat zulks slechts anders zou zijn, indien de exploitatie van het octrooi zou ontaarden in een misbruik van bedoelde bescherming». Deze laatste zin («dat zulks slechts anders zou zijn...») kan op het eerste gezicht tot het besluit leiden dat, naar de opvatting van het Hof, een octrooi *per se* aan zijn eigenaar een machtspositie verleent. Immers, het Hof lijkt in deze overweging te aanvaarden dat de drie elementen voor de toepassing van art. 86 aanwezig zijn, wanneer een octrooihouder misbruik maakt van de «bijzondere bescherming» die hem door het octrooi wordt verleend. Betekent dit niet dat deze «bijzondere bescherming» (juridische positie) door het Hof gelijkgesteld wordt met de economische machtspositie, in de zin van art. 86, nu een misbruik zou volstaan om art. 86 toepasbaar te maken?

We menen niet dat het Hof het zo gemeend heeft, en wel in de eerste plaats omdat zijn redenering op dit punt weinig helder en zelfs onnauwkeurig is.

Inderdaad, wanneer het Hof verklaart dat de drie elementen van art. 86 gegeven zijn «indien de exploitatie van een octrooi zou ontaarden in een misbruik van bedoelde bescherming», dan kan het hierin niet gevolgd worden omdat er in de door het Hof gecontemplerde hypothese slechts twee dezer drie elementen voorhanden zijn, met name de machtspositie en het misbruik maken daarvan. Men zou daarenboven nog dienen te onderzoeken of de tussenstaatse handel daardoor ongunstig kan worden beïnvloed. De redenering van het Hof is dus onnauwkeurig op dit punt, en het is voorzichtig er geen algemene besluiten uit te halen. Daarbij komt nog dat het Hof zich hier niet over een concreet geval had uit te spreken, maar dat het *in abstracto* diende te beslissen of art. 86 kan worden toegepast op de exploitatie van octrooien. Wanneer men daarmee rekening houdt, kan men uit de geciteerde overwegingen besluiten dat het Hof aanvaardt dat een octrooi aan zijn eigenaar een machtspositie in de zin van art. 86 «kan» verlenen, maar dat de rechter ten gronde dit zelf moet uitmaken. Deze interpretatie vindt steun in een zin die men iets verder in de redengeving aantreft: «dat derhalve, waar het bestaan van een octrooirecht, thans nog, slechts van de nationale wetgeving afhangt, alleen de uitoefening daarvan door het gemeenschapsrecht kan worden beheerst *wanneer die uitoefening bijdraagt tot de vorming van een machtspositie welke zodanig wordt misbruikt, dat de handel tussen de Lid-*

Staten daardoor ongunstig zou kunnen worden beïnvloed».

Uit de woorden «wanneer die uitoefening bijdraagt tot de vorming van een machtspositie» blijkt duidelijk dat het Hof niet heeft willen beslissen dat elk octrooi *per se* aan zijn eigenaar een machtspositie, in de zin van art. 86, verleent. Daarom mag het spijtig worden genoemd dat de globale redenering op dit punt niet meer overtuigend is.

b) Wanneer is er een misbruik?

Gesteld dat een octrooi aan zijn eigenaar in bepaalde gevallen een machtspositie verleent, in de zin van art. 86, dan moet nog worden uitgemaakt of van deze machtspositie misbruik wordt gemaakt⁽²⁴⁾. Hierbij kunnen de in art. 86 aangehaalde voorbeelden van een misbruik als een nuttig richtsnoer worden gebruikt, o.a. het voorbeeld sub a (het rechtstreeks of zijdelings opleggen van onbillijke aan- of verkoopprijzen of van andere onbillijke contractuele voorwaarden). In haar schriftelijke opmerkingen legt Parke Davis op een gevatte wijze uit waarom er *in casu* geen sprake kan zijn van misbruik: «Artikel 86 verbiedt niet het gebruik maken van een economische machtspositie. Eerst indien dit gebruik overgaat in misbruik is er strijd met het Verdrag.

In de aan het Hof voorgelegde vragen gaat het om de *handhaving van octrooien door het uitlokken van een rechterlijk verbod, het meest normale middel tot uitoefening van het octrooirecht*.

Het kan daarom onmogelijk als een «misbruik» worden aangemerkt. Artikel 86 kan daarop dan ook niet toepasselijk zijn».

De opvatting van de Commissie sluit hier nauw bij aan: «Immers, de octrooibeschermering wordt hier niet gebruikt om markten te verdelen en te isoleren waarop reeds octrooibeschermering bestaat. Zij vervult hier integendeel haar wezenlijke taak: de octrooihouder de exploitatie van zijn octrooi-monopolie te verzekeren door hem in staat te stellen die produkten buiten te sluiten, waarvoor hij geen enkele monopoliewinst heeft kunnen maken, en wel omdat de betrokken Lid-Staat voor het produkt geen octrooi verleent. In een geval als het onderhavige kan de octrooihouder zonder inbreuk te maken op artikel 85, eerste lid, of op artikel 86, zijn octrooirecht gebruiken om de invoer uit de betreffende Lid-Staat te verhinderen».

Gelijkaardige opvattingen treft men ook aan in de opmerkingen van de Franse en van de Duitse Regering, alsmede in de conclusies van de Advocaat-Generaal, die o.a. hetgeen volgt verklaart: «Artikel 86 eist namelijk in de eerste plaats een *misbruik* van de machtspositie en in verband met het octrooirecht derhalve een misbruik bij de uitoefening daarvan. Het *normale gebruik*, hetwelk zowel aan het *wezen* als het *doel* van dit recht beantwoordt, kan nimmer op grond van artikel 86 worden verboden. Dit geldt echter voor het onderhavige geval. Gelijk U bekend, moet met behulp van een rechterlijk verbod de invoer van geoctrooieerde produkten uit een gebied *waar geen octrooi geldt* worden verhinderd. Dit is het geldend maken van aanspraken welke uit de *aard* van het octrooirecht zelf voortvloeien en zonder welke — gelijk wij reeds zagen — het bijna geheel van zijn kracht zou worden beroofd, daar dan het exploitatiemonopolie van de octrooihouder — hetwelk hem een passende vergoeding voor de gemaakte kosten moet verzekeren — gevaar zou lopen».

Alleen Centrapharm lijkt de opvatting genegen te zijn, als zou het beroep op een nationaal octrooi, teneinde aldus de afzet door andere dan de octrooihouder te beletten en de concurrentie van andere handelaren af te grendelen, strijdig zijn met de geest en de tekst van het Verdrag, hetwelk juist de bestaande afscheidingen niet wenst te handhaven, doch op te heffen; art. 86 zou op een zodanig ge-

bruik van een nationaal octrooi *ipso facto* toepasselijk zijn.

Het Hof zelf spreekt zich niet uitdrukkelijk uit over de vraag of de handhaving van octrooien door het uitlokken van een rechterlijk verbod al dan niet een misbruik uitmaakt, in de zin van art. 86. Men mag evenwel veronderstellen dat het Hof in een zodanige handhaving *geen* misbruik ziet. Enerzijds stelt het — in het beschikkend gedeelte van het arrest — buiten twijfel dat de uitoefening van de aan een octrooihouder verleende rechten «op zichzelf» door art. 86 niet wordt beheerst. In de tekst zelf van het arrest wordt dit nog nader gepreciseerd, waar het Hof verklaart dat de uitoefening van *rechten die verbonden zijn aan een nationaal octrooi*, op zichzelf geen inbreuk vormt. Welnu, zo er ten minste één recht *verbonden* is aan een nationaal octrooi, dan is het wel het recht om derden van de toepassing der uitvinding uit te sluiten. Anderzijds verklaart het Hof dat, bij het ontbreken van een unificatie van de nationale octrooiwetgevingen binnen de E.E.G., het nationaal karakter der bescherming van de industriële eigendom en de verschillen tussen de desbetreffende wetgevingen, belemmeringen kunnen opleveren zowel voor het vrije verkeer der geoctrooieerde voortbrengselen, als voor de mededinging binnen de gemeenschappelijke markt. Men mag wellicht besluiten dat, naar de opvatting van het Hof, het gewoon handhaven van een octrooi door het uitlokken van een rechterlijk verbod een uitoefening «op zichzelf» is die, rekening gehouden met het nationaal karakter der bescherming van de industriële eigendom, onontkomelijk is en dus geen misbruik kan uitmaken.

c) Het voorbeeld sub a van art. 86.

Centrafarm meent tot het voorhanden zijn van een misbruik, in de zin van art. 86, te mogen besluiten door het eerste voorbeeld, dat in dit voorschrift wordt aangegeven, in te roepen. «Van de in artikel 86, tweede lid, genoemde voorbeelden — zo betoogt Centrafarm — is het sub a) genoemde, de prijsbinding, in casu bruikbaar, daar onder onbillijke aankoopsprijs moet worden verstaan een prijs, die niet in de juiste verhouding staat tot het geleverde; uit een vergelijking van de prijzen der geoctrooieerde geneesmiddelen met die waarvoor deze artikelen door de groothandel zouden kunnen worden verkocht indien de verkoop ware toegestaan, blijkt dat een bepaald gebruik van het octrooi met dit voorbeeld overeenstemt». Centrafarm betoogt voorts dat, ten gevolge van de invoer van inbreukmakende *chlooramphenicol* de prijs voor 1.000 pillen van dit geneesmiddel sedert 1957 «scheen» gedaald te zijn van Fl. 600 tot Fl. 30. Parke Davis, anderzijds, is er evenwel van overtuigd dat hier geenszins van een onbillijke prijs kan worden gesproken: «Zelfs indien er van machtspositie sprake was, dan zou zij 'onbillijke' aan- of verkoopprijzen tengevolge moeten hebben, d.w.z. prijzen waarvoor geen redelijke economische rechtvaardiging bestaat. In het onderhavige geval is zodanige rechtvaardiging evident gegeven. Aan de geoctrooieerde uitvindingen ligt een kostbare research-arbeid ten grondslag; voor deze kosten en voor de introductie van haar produkten bij het publiek besteedt Parke Davis 35 % van haar omzet. Ten aanzien van de onderhavige octrooien is het wetenschappelijk onderzoek verricht op biologisch, chemisch en therapeutisch gebied, in casu in de research-afdeling Parke Davis in samenwerking met laboratoria en wetenschappelijke medewerkers van diverse Amerikaanse universiteiten. De Italiaanse industrie, die een nieuw produkt namaakt met toepassing van hetgeen in de octrooiregisters van andere landen omtrent de bereidingswijzen is geopenbaard, kan zich alle genoemde kosten besparen. Het spreekt dus wel vanzelf dat de Italiaanse in-

dustrie in staat is het produkt tegen lagere prijzen in Nederland aan te bieden dan voor de licentiehouders bij lonende exploitatie mogelijk is ».

De Advocaat-Generaal onderschrijft volledig deze zienswijze. Het is inderdaad denkbaar — zo verklaart hij — dat een *extreme* prijsvorming als een indicatie beschouwd moet worden voor een machtspositie op de markt en voor misbruik daarvan in de zin van artikel 86, het enige voorschrift van het Verdrag met betrekking tot het mededingingsrecht, hetwelk in het onderhavige geval van belang is. Zodanige indicatie mag voor de nationale rechter uiteraard geenszins voldoende zijn doch hij zal tot een nauwkeurig aanvullend onderzoek moeten overgaan (waarvoor in een interpretatiegeding ex artikel 177 geen plaats is) om tot een *betrouwbare* vaststelling van een machtspositie en het misbruik daarvan te geraken (bijvoorbeeld — overeenkomstig de opvatting van de Franse Regering — door een vergelijking met analoge situaties op andere markten waar octrooibeschermt geldt). Want — gelijk dit geding ons overtuigend heeft geleerd — kan een zekere (niet onaanzienlijke) prijsdifferentie in een geval als het onderhavige — uit de aard der zaak — onvermijdelijk optreden. Zo is het normaal dat in de prijs van een geotrooieerd produkt (onverschillig of het rechtstreeks door de octrooihouder dan wel door een — tot vergoeding gehouden — licentiehouders wordt afgezet) de juist in de farmaceutische industrie zeer hoge researchkosten (ook voor een onderzoek hetwelk zonder resultaat bleef) tot uitdrukking komen, welke kosten — gezien het snelle tempo der ontwikkeling — in een relatief korte periode moeten worden afgeschreven. Gelijk wij reeds opmerkten, zou zonder deze mogelijkheid om de kosten met behulp van een octrooi-monopolie te dekken de prikkel tot het ondernemen van kostbaar ontwikkelingswerk grotendeels wegvallen. Ook de kosten van de octrooiaanvragen, die voor het invoeren van het produkt op de markt en voor het vestigen van een goodwill (bijvoorbeeld bij marktprodukten) worden in de prijs teruggevonden. In een land zonder octrooibeschermt is de producent, die vreemde uitvindingen zonder enige tegenprestatie aan de hand van de openbaar gemaakte inschrijvingen kan exploiteren, met deze kosten niet belast. Het is dan ook geen wonder, dat hij zijn voortbrengselen belangrijk goedkoper kan aanbieden. Hierbij komen wellicht voorts nog — gelijk men bij de mondelinge behandeling trachtte aan te tonen — *de kwaliteitsverschillen* welke eveneens in de prijs tot uitdrukking komen ».

Dr. Roemer gaat zelfs nog een stap verder: « Zou echter, gelet op de hierboven weergegeven elementen, blijken, dat er uit hoofde van een machtspositie op de markt een onredelijke economisch niet gerechtvaardigde prijsvorming in de zin van artikel 86 sub a ontstond, dan kon — bij een juiste interpretatie — niettemin hieraan rechtens niet het gevolg worden verbonden, dat de octrooihouder zijn *wettelijke aanspraak op verdediging* tegen invoer uit landen zonder octrooibeschermt — waarom het de verzoekende rechter in casu in de eerste plaats gaat — wordt ontnomen... Zou uit de *prijsvorming* van enig misbruik blijken, dan zou deze wellicht het voorwerp van een kartelrechtelijke maatregel kunnen vormen, bijvoorbeeld krachtens artikel 3 van Verordening n° 17⁽²⁵⁾, doch daarentegen niet de actie om invoer uit landen, waar geen octrooibeschermt geldt, tegen te gaan. »

In dit belangwekkend debat neemt het Hof in zijn arrest van 29 februari 1968 geen stelling. Het beperkt zich tot de — belangrijke — vaststelling dat, hoewel niet kan worden uitgesloten dat de verkoopprijs van het beschermde produkt een element vormt voor de beoordeling van de vraag in hoeverre zich een misbruik voordoet, *het feit, dat de prijs van het geotrooieerde voort-*

brengsel die van het niet-geotrooieerde overtreft, niet noodzakelijkerwijs misbruik oplevert ».

Deze interpretatie vindt men terug in het beschikkend gedeelte van het arrest. Ze komt hierop neer dat het de rechter ten gronde is, die moet oordelen, rekening houdend met het concreet geval, of het prijsverschil wel degelijk een misbruik oplevert. Het eenvoudig bestaan van een prijsverschil maakt echter op zichzelf geen misbruik uit.

6. De territorialiteit van het octrooirecht⁽²⁶⁾.

Wanneer men spreekt van de territorialiteit van de octrooibeschermt, bedoelt men daarmee dat het geldingsgebied der verschillende nationale octrooirechten strikt territoriaal is, en dat het verbodsrecht van de octrooihouder ophoudt te bestaan aan de grenzen van de Staat waar het octrooi werd verleend.

Dit territorialiteitsbeginsel doorkruist ongetwijfeld de doelstellingen van het vrije goederenverkeer binnen de E.E.G., en het heeft daarom reeds heel wat opspraak gewekt⁽²⁷⁾. In het voorontwerp van verdrag betreffende een Europees octrooirecht (1962) — dat thans op de lange baan geschoven is, en wellicht nooit zal worden ondertekend — werd ten andere reeds in maatregelen voorzien om de gevolgen van dit territorialiteitsbeginsel enigszins te temperen⁽²⁸⁾.

Uiteraard is het hier niet de plaats om dit ingewikkeld vraagstuk te bespreken. Alleen willen we even onderzoeken welke bijdrage het Hof in zijn arrest levert aan de oplossing van dit vraagstuk. Dit willen we doen aan de hand van

a) een vergelijking van het onderhavig arrest met het Gundig-Consten-arrest dd. 13 juli 1966, en

b) een bespeking van het probleem der zgn. « parallele octrooien », door de Commissie opgeworpen in haar schriftelijke opmerkingen.

a) Vergelijking met het Grundig-Consten-arrest.

De feiten die aan de grondslag liggen van het arrest inzake Grundig en Consten t. E.E.G.-Commissie zijn voldoende bekend⁽²⁹⁾.

Grundig had Consten tot exclusief concessiehouder voor Frankrijk aangesteld, en haar een zgn. « absolute gebiedsbeschermt » op de Franse markt verleend, o.a. door het bedingen van een exportverbod in Grundigs contracten met haar Duitse grossiers en met haar concessionarissen in de overige E.E.G.-landen. Daarenboven had Grundig aan Consten, vóór de inwerkingtreding van het E.E.G.-Verdrag, haar merk « Gint » (= « Grundig International ») overgedragen, doch Consten moest dit merk terug aan haar concessiegever overdragen, of uit het merkenregister laten schrappen, indien een einde werd gesteld aan de concessie-overeenkomst. Nu moet men weten dat alle door Grundig aan Consten verkochte, en door Consten zelf verder in Frankrijk voortverkochte, apparaten reeds voorzien zijn van het merk « Grundig », waarvan Grundig zelf de eigenaar is. De bedoeling van de overdracht van het merk « Gint » aan Consten bestond er klaarblijkelijk uitsluitend in aan de concessiehouder een bijkomend middel van « absolute gebiedsbeschermt » te verlenen. Zo Consten een zgn. « neveninvoer » (dit wil zeggen een invoer in Frankrijk door een ander dan de concessiehouder) niet kon beletten door middel van een klassieke onrechtmatige daad vordering (o.a. op grond van medeplichtigheid aan de contractuele wanprestatie van een derde, bv. een Duits grossier van Grundig of een concessiehouder in een ander E.E.G.-

land), dan zou het haar — zo dachten partijen toch — steeds mogelijk zijn op grond van «haar» merkinschrijving voor «Gint» en van het Franse merkenrecht de invoer in Frankrijk te doen verbieden van met het merk «Gint» voorziene apparaten. Over de bedoelingen van partijen terzake bestond weinig twijfel⁽³⁰⁾: er was wel degelijk een inzicht om het merkenrecht — dat, zoals het octrooirecht, traditioneel op het beginsel van de territorialiteit steunt — uitsluitend aan te wenden om het vrije goederenverkeer binnen de E.E.G. te doorkruisen. Daarbij komt nog — en de Commissie heeft er duidelijk op gewezen in haar beschikking van 23 september 1964 — dat het merk «Gint» blijkbaar niet gebruikt werd om haar door de wetgever voorziene functie (met name de aanduiding van de herkomst der waren) te vervullen vermits alle in het geding zijnde apparaten ook reeds voorzien waren van het merk «Grundig». Met andere woorden, het merkenrecht werd van zijn wettelijke finaliteit afgewend.

De uitspraak van het Hof op dit punt, in zijn arrest van 13 juli 1966, kan als volgt worden samengevat⁽³¹⁾.

1. Consten kan door middel van het merk «Gint» nevenimporten belemmeren en controleren;

2. de overeenkomst tussen Grundig en Consten waarbij deze laatste eigenaar wordt van het merk «Gint» is verboden door art. 85, eerste lid⁽³²⁾;

3. de Commissie mag aan Consten verbieden zich bij de voortduur van dit merk te bedienen ter bereiking van het bij een onwettig geoordeelde overeenkomst gestelde doel;

4. de artt. 36 en 222 van het Verdrag sluiten «niet iedere invloed» van het gemeenschapsrecht op de uitoefening van nationale rechten van industriële eigendom uit;

5. het verwerven van nationale rechten van industriële eigendomsrechten wordt door het Verdrag niet geraakt, maar hun uitoefening kan erdoor beheerst worden;

6. aard en doel van het E.E.G.-mededingingsrecht verzetten zich tegen het misbruik van het krachtens enige nationale wetgeving verkregen merkenrecht waardoor de werking van het gemeenschapsrecht op het gebied van kartels zou worden belemmerd.

Dit laatste punt is niet heel duidelijk⁽³³⁾. Men moet begrijpen dat iedere aanwending van een nationaal recht van industriële eigendom, waardoor partijen het voorschift van de artt. 85 en 86 doorkruisen, als een misbruik moet worden aangemerkt (*eerste hypothese*)? of is de strijdigheid met de artt. 85 en 86 slechts een tweede constitutief vereiste, het eerste zijnde dat partijen het nationaal recht van industriële eigendom aanwenden op een wijze die reeds niet beantwoordt aan de doelstellingen welke dat recht van industriële eigendom nastreeft, en bovendien de werking aan de artt. 85 en 86 zou frustreren (*tweede hypothese*)?

In het Grundig-Consten-geval waren beide vereisten aanwezig (het merk «Gint» werd niet gebruikt om de herkomst der waren aan te duiden, maar om de Franse markt te isoleren), doch uit de uitspraak van het Hof kan men niet uitmaken of met het begrip van «misbruik» de eerste dan wel de tweede hypothese wordt bedoeld.

Kan het arrest van 29 februari 1968 er toe bijdragen deze belangrijke vraag te beantwoorden⁽³⁴⁾? Het door de Commissie ingenomen standpunt is interessant: «Voor-

opgesteld kan worden, dat voor het octrooirecht hetzelfde beginsel moet gelden, dat het Hof reeds voor het merkenrecht heeft erkend, te weten, dat aard en doel van het mededingingsrecht der Gemeenschap niet toelaten, dat de uit enige nationale octrooiwetgeving voortvloeiende rechten misbruikt worden om de doeltreffendheid van het mededingingsrecht der Gemeenschap te schaden. Bij de bepaling van de uit dit beginsel voortvloeiende gevolgen moet echter niet uit het oog worden verloren, dat het octrooirecht niet dezelfde taak vervult en niet dezelfde uitwerking op de concurrentievrijheid heeft als het merkenrecht. Het is daarom noodzakelijk de doelstellingen van het mededingingsrecht van de Gemeenschap en die van het nationale octrooirecht te onderzoeken, alvorens hun verhouding nader te bepalen.

Hieruit kan besloten worden dat het mededingingsrecht van de Gemeenschap die beperking van de concurrentievrijheid toelaat, welke enerzijds noodzakelijk is voor de verwezenlijking van het bijzondere doel van het octrooirecht, en anderzijds het uiteindelijke doel van het Verdrag, de schepping van een vrije en gemeenschappelijke markt tussen de Lid-Staten, niet verhindert».

Na het vraagstuk van de parallele octrooien te hebben besproken⁽³⁵⁾, vervolgt de Commissie: «De octrooi-bescherming wordt hier niet gebruikt om markten te verdelen en te isoleren waarop reeds bescherming bestaat. Zij vervult hier integendeel haar wezenlijke taak: de octrooihouder, de exploitatie van zijn octrooiomopolie te verzekeren door hem in staat te stellen die produkten buiten te sluiten, waarvoor hij geen enkele monopoliewinst heeft kunnen maken, en wel omdat de betrokken Lid-Staat voor het produkt geen octrooi verleent. In een geval als het onderhavige kan de octrooihouder zonder inbreuk te maken op art. 85, eerste lid, of op art. 86, zijn octrooirecht gebruiken om de invoer uit de betreffende Lid-Staat te verhinderen».

Ook in de schriftelijke opmerkingen van de Duitse Regering treft men een zelfde opvatting aan: «In tegenstelling tot het feitencomplex waarover het Hof van Justitie in zijn arrest van 13 juli 1966 moest bevinden, wordt met de onderhavige verbodsactie van de octrooihouder in casu niet beoogd de gemeenschappelijke markt of delen daarvan ten behoeve van een enkele producent in ruimtelijk begrensde afzetgebieden te verdelen. Blijkens het revooiarrest van het Gerechtshof te Den Haag, dient de actie van de octrooihouder er veeleer toe zijn rechten uit het octrooi te handhaven tegenover derden, die in een andere Lid-Staat de in het octrooi omschreven werkwijze ongehinderd mogen toepassen, daar zij in die Staat niet gepatenteerd⁽³⁶⁾ is. Het gaat derhalve niet om de verdeling en monopolisering van regionale markten in de gemeenschap met behulp van een recht op bescherming van industriële eigendom, doch om de handhaving van een octrooi in een Lid-Staat tegen de invoer van produkten welke onder gebruikmaking van een gepatenteerde werkwijze op een gebied waar terzake geen octrooi-bescherming geldt, vervaardigd werden. Dit behoort tot het normale gebruik van een octrooi en kan derhalve op zichzelf niet onbehoorlijk worden geacht».

Na te hebben doen opmerken dat men bij de oplossing van het mogelijk conflict tussen kartelrecht en octrooirecht rekening moet houden met de volgende factoren: «het met het octrooirecht nagestreefde doel, dit wil zeggen, de bevordering van het wetenschappelijk onderzoek en van de industriële ontwikkeling; het belang van de octrooihouder zelf, dit wil zeggen, het waarborgen van de vergoeding die hem toekomt of die hij althans bij overeenkomst heeft kunnen bedingen; en tenslotte het handhaven van de Gemeenschap en van de vrije goederencirculatie», neemt de Nederlandse Regering als volgt stelling in verband met het onderwerpelijke geval:

«Daar de Italiaanse wetgever deze produkten niet door een octrooi heeft willen beschermen, zou aldus een fabrikant, die in Nederland geneesmiddelen of de werkwijze tot vervaardiging daarvan deed octrooieren, zijn uitvinding in Italië niet kunnen beschermen. Tegen de voorgrond, die de Italiaanse fabrikant van geneesmiddelen in Italië heeft, kan geen bezwaar worden gemaakt, voorzover deze produkten in Italië zijn vervaardigd en de verhandeling daarvan tot dat land beperkt blijft. Het wordt echter anders, indien pharmaceutica uit Italië in een ander land, in casu Nederland, worden ingevoerd in strijd met een in dat laatste land verleend octrooi, waaraan bovendien de kennis, die tot de bereiding in Italië in staat stelde, is ontleend. Indien deze produkten ingevoerd kunnen worden in het land waar het octrooi werd verleend zonder dat de octrooihouder zijn rechten kan uitoefenen, betekent zulks, dat de producent of verkoper van de produkten afkomstig uit het land waar pharmaceutica niet worden geoctrooieerd, op de octrooihouder een voorsprong hebben verkregen. Immers, deze producent of verkoper zou zonder enige vergoeding profijt trekken uit de door de octrooihouder verrichte research, hetgeen niet alleen onbillijk zou zijn, doch eveneens zowel de grondslag van het octrooirecht als zijn juiste werking zou aantasten, de verwachtingen, waartoe de uitvinder op grond van de wet gerechtigd is, teleurstellen en stellig niet tot de eerbiediging van die wet door zijn concurrenten bijdragen... In gevallen als die, waarop het arrest van het Haagse Gerechtshof betrekking heeft, namelijk in gevallen dat de octrooihouder in een E.E.G.-land zich geplaagd ziet voor import van het betrokken produkt uit een ander E.E.G.-land waar de octrooibescherming is uitgesloten, zou echter een bevestigende beantwoording van de bedoelde vraag de grondslag van het octrooirecht ernstig aantasten. Zij zou de verlening van het octrooi in die landen waar het wordt beschermd, tot een waardeloze maken met als gevolg dat de industrie voor de betrokken technische gebieden (in casu de pharmacie) minder geneigd zou zijn tot kostbare research en eerder zijn toevlucht zou nemen tot andere overigens minder doeltreffende middelen om de hand op de gedane uitvinding te houden en zodoende de gelegenheid te hebben de research en ontwikkelingskosten terug te verdienen».

Ook Advocaat-Generaal Roemer maakt een scherp onderscheid met de Grundig-Consten casus. In dit laatste geval, zo betoogt hij, was er een *misbruik*, omdat het aanwenden van het merk «Gint» noch door het doel noch door de functie van het merkenrecht werd gedekt. Daarentegen kan het *normale gebruik*, hetwelk zowel aan het wezen als het doel van het octrooirecht beantwoordt, geen misbruik opleveren⁽³⁷⁾.

Uiteraard maakt het Hof zelf geen vergelijking met zijn beslissing in het Grundig-Consten-geval. Men kan bezwaarlijk een overweging uit het arrest aanhalen, welke een zodanige vergelijking zou mogelijk maken. Het gaat immers om een interpretatie-arrest, in het kader van art. 177. De nationale rechter moet uitmaken, op grond van de door het Hof in dit arrest (en evt. in overige arresten) gegeven uitlegging van het Verdrag, of van een «misbruik» sprake kan zijn. Toch komt het ons voor — zoals we hoger reeds poogden aan te tonen — dat, naar de opvatting van het Hof, het gewoon handhaven van het octrooirecht, binnen het doel en het wezen van de daarop betrekking hebbende wetgeving, *niet* als een misbruik kan worden aangemerkt.

Als *besluit* kan men stellen — met enige voorzichtigheid, daar de redenering op dit punt uiterst zwijgzaam blijft — dat het arrest van 29 februari 1968 een nadere rechtsverfijning verstrekt ten aanzien van het arrest dd. 13 juli 1966 inzake Grundig & Consten. Immers, in het onderhavig geval doorkruist het gewoon handhaven

van het octrooirecht zonder twijfel het vrije goederenverkeer binnen de E.E.G.; in Italië wettig vervaardigde produkten mogen niet in Nederland worden ingevoerd, noch in het verkeer gebracht, omdat daar deze produkten door een octrooi beschermd zijn. Toch lijkt het Hof daarin geen misbruik te ontwaren. Dit betekent o.i. dat de hoger genoemde *eerste hypothese* (elke aanwending van een nationaal octrooi waardoor het voorschrift van de artt. 85 en 86 zou worden doorkruist moet als een misbruik worden aangemerkt) niet moet weerhouden worden. Een misbruik zou alleen dan voorhanden zijn wanneer de strijdigheid met artt. 85 of 86 gepaard gaat met een gebruik van het recht van industriële eigendom dat niet overeenstemt met de doelstellingen waarvan het door de wet werd ingericht (de hoger genoemde *tweede hypothese*).

b) Het vraagstuk van de parallele octrooien.

In het onderhavig geval had Parke Davis geen octrooien voor zijn *chlooramphenicol* in Italië, omdat er in dit land geen octrooibescherming bestaat voor geneesmiddelen. Zou het antwoord van het Hof anders geluid hebben indien Parke Davis het *chlooramphenicol* in alle E.E.G.-landen, incl. Italië, had geoctrooieerd (er zouden dan «parallele octrooien» geweest zijn), en indien het aan de Nederlandse rechter had gevraagd de invoer in Nederland en het aldaar in het verkeer brengen te verbieden van *chlooramphenicol* dat in Italië vervaardigd werd door, of met de toelating (bv. onder licentie) van, Parke Davis? Mogen m.a.w. geoctrooieerde produkten, welke in een land door of met toestemming van de octrooihouder zijn vervaardigd en rechtmatig in het verkeer gebracht, vervolgens zonder toestemming van de octrooihouder in een ander land, waar hem eveneens octrooi is verleend, worden ingevoerd en verhandeld? Men weet dat het nationale octrooirecht van verschillende landen, zoals bijv. Nederland⁽³⁸⁾ en Duitsland⁽³⁹⁾ dit niet toestaat⁽⁴⁰⁾.

Deze vraag werd door het Gerechtshof te 's Gravenhage aan het Hof van Justitie *niet gesteld*, doch ze werd wél opgeworpen door de Commissie in haar schriftelijke opmerkingen. De Commissie hecht een groot belang aan dit vraagstuk⁽⁴¹⁾. Haar redenering terzake moge als volgt worden samengevat: «Een conflict tussen het nationale octrooirecht en het mededingingsrecht der Gemeenschap, kan zich vooral voordoen, indien de octrooihouder gebruik maakt van zijn recht elke invoer van het geoctrooieerde produkt uit een andere Lid-Staat te verhinderen. In dat geval zou het recht niet in overeenstemming met het klassieke doel worden gebruikt — de *beloning van de uitvinder* en het *aanmoedigen van investeringen* voor de ontwikkeling van het wetenschappelijk onderzoek — maar daarmede een protectionistisch resultaat worden nagestreefd hetwelk met het «stelsel van vrije en onvervalste mededinging» van de gemeenschappelijke markt in strijd is. In alle Lid-Staten wordt erkend, zij het op grond van verschillende rechtsconstructies, dat de *octrooibescherming eindigt, wanneer het geoctrooieerde produkt rechtmatig in het verkeer is gebracht*. Dit rechtsgevolg vindt zijn rechtvaardiging in het feit, dat de octrooihouder voor het in verkeer gebrachte produkt zijn monopoliewinst heeft kunnen behalen (bij licentieverlening ontvangt hij deze in de vorm van een licentievergoeding).

Daarmede vervalt dus de reden om de verkrijgers van het produkt in hun concurrentievrijheid te beperken en het produkt verder aan het vrije verkeer op de markt te onttrekken. Bijgevolg beschermt het octrooirecht de octrooihouder en zijn licentiehouder(s) niet tegen de concurrentie van hun afnemers. Het octrooi is uiteraard beperkt tot het grondgebied van de Lid-Staat die het heeft verleend. Doch dit *territorialiteitsbeginsel* — gelijk het

in de nationale rechtspraak werd erkend — *behoeft in het kader van de gemeenschappelijke markt een zekere aanpassing* ⁽⁴²⁾. Zo kan een bepaald gebruik van parallelle octrooien en de daaruit voortvloeiende afscheiding van bepaalde beschermde markten in strijd zijn met de meest wezenlijke doelstelling van het Verdrag: de totstandbrenging van een vrije en gemeenschappelijke markt tussen de Lid-Staten. De opheffing van de marktisolering laat het uitsluitend recht van de octrooihouder in elk van de deelmarkten onverlet. Het mag evenwel niet uitgesloten worden geacht, dat de eventueel op de gemeenschappelijke markt gemaakte winst gelijk is aan die welke eerder op de deelmarkten werd behaald. Het octrooirecht waarborgt ten andere geen zekere winst; het biedt slechts een kans op winst. De marktsituatie wordt in feite door nationale en communautaire maatregelen — zoals bijv. een verlaging van douanerechten voor substitutieproducten — zodanig beïnvloed, dat de vroegere monopoliepositie van de octrooi- of licentiehouders in ieder geval een wijziging ondergaat. Een onderneming, die op grond van parallelle octrooien in verschillende Lid-Staten licenties heeft verleend en die haar rechten uit deze octrooien gebruikt om de handel in de geotrooieerde produkten tussen de betrokken Lid-Staten te verhinderen, kan inbreuk maken op artikel 85, eerste lid. Hetzelfde geldt, indien de octrooihouder zich jegens zijn licentienemers tot een dergelijk gebruik van het octrooirecht heeft verbonden, of indien deze laatsten zelf het octrooirechtelijk invoerverbod hanteren ».

De Commissie meent eveneens dat een inbreuk op artikel 86 zich kan voordoen, indien bedoelde onderneming haar parallelle octrooien zelf toepast en een machtspositie op de Gemeenschappelijke Markt of op een wezenlijk deel daarvan heeft. « Een octrooi » — aldus betoogt ze — geeft niet *per se* een dergelijke machtspositie, doch kan die wel geven. Dit hangt o.a. af van de vraag of en in welke mate het geotrooieerde produkt aan de concurrentie van andere, al dan niet geotrooieerde, produkten onderhevig is. Of dit geval — van parallelle octrooien — zich voor zal doen, kan afhangen van de rechtsbetrekkingen tussen verschillende ondernemingen die eventueel parallelle octrooien bezitten en voorts van de bijzondere omstandigheden op de desbetreffende markt ».

De Commissie ziet evenwel in, dat de door het Gerechtshof te 's Gravenhage gestelde vragen, welke betrekking hebben op het geval dat een produkt wordt uitgevoerd uit een Lid-Staat waar geen octrooibescherming wordt verleend naar een Lid-Staat waar dit wél het geval is, niet rechtstreeks de gevolgen van parallelle octrooien raken.

Het standpunt van Centrafarm wordt nog scherper uitgedrukt, maar haar besluit met betrekking tot het onderwerpelijk geval wijkt duidelijk af van de opvatting der Commissie: « Wanneer een geotrooieerd produkt door de octrooihouder op regelmatige wijze op één der deelmarkten van de Lid-Staten in het verkeer is gebracht, wordt daardoor het produkt « vrij » voor verdere verkoop op die markt, omdat het octrooirecht « geconsumeerd » is. Het daardoor « vrij » geworden produkt moet volgens de mededingingsregelen van het E.E.G.-Verdrag ook op de andere E.E.G.-markten vrijelijk verhandeld kunnen worden. Door een parallel octrooi in één der andere E.E.G.-landen mag de verkoop van het vrij geworden produkt niet worden belemmerd. Een niet octrooieerbaar produkt is altijd « vrij » geweest, en de verkoop daarvan mag dus om dezelfde reden als boven aangegeven evenmin worden belemmerd ». Meer genuanceerd is de houding van de Nederlandse regering: « Het beginsel van de uitputting van het recht van de octrooihouder vormt een uit de nationale wetgeving voortvloeiende beperking van de toegekende uitsluitende rech-

ten. Deze uitputting van rechten is daarom, evenals de rechten zelf, in haar werking beperkt tot het territorium waarvoor de uitsluitende rechten zijn verleend. Deze territoriale begrenzing brengt mede, dat de houder van een octrooi voor een zeker voortbrengsel de import van de geotrooieerde voortbrengselen uit andere landen kan verhinderen, ook al zijn die voortbrengselen daar door de octrooihouder rechtmatig in het verkeer gebracht ».

De Nederlandse Regering aanvaardt evenwel dat de regel van de « uitputting » van het octrooirecht in sommige gevallen in E.E.G.-verband zou mogen worden aangewend. Aldus bv. in de gevallen « waarbij een en dezelfde octrooihouder die in meerdere landen van de E.E.G. voor een uitvinding octrooi heeft, in één van die landen goederen produceert en verhandelt die later in andere E.E.G.-landen worden geïmporteerd. Deze octrooihouder heeft in het eerste land de hem uit hoofde van zijn octrooirecht toekomende vergoeding gehad. De vraag of hij in andere landen nog eens van de hem aldaar krachtens nationaal recht *de facto* toekomende bescherming moet kunnen profiteren, is een vraag waarvan de beantwoording dan ook niet de grondslag van het octrooirecht raakt: deze beantwoording kan zuiver worden beheerst door de afweging van de doeleinden van de octrooihouder tegen de doelstelling van het E.E.G.-Verdrag ».

De Advocaat-generaal, Dr. Roemer, geeft er de voorkeur aan het vraagstuk der parallelle octrooien niet te bespreken, nu het Gerechtshof te 's Gravenhage daarover geen prejudiciële vraag heeft gesteld, en het probleem ten andere naar zijn opvatting geen grondslag vindt in het nationale geding in Nederland. Voor de Advocaat-Generaal gaat het — terecht — slechts om de vraag of, krachtens het Nederlandse recht, aan de houder van een Nederlands octrooi bescherming geboden mag worden in de vorm van schadevergoeding en een rechterlijk verbod van inbreuk tegen het zonder zijn toestemming invoeren van geotrooieerde produkten uit een land, dat daarvoor geen octrooibescherming kent en waar zij zonder de toestemming van de octrooihouder zowel werden geproduceerd als in de handel gebracht, dan wel of het mededingingsrecht van het E.E.G.-Verdrag het geldend maken van zodanige nationale octrooirechten uitsluit.

In deze zin spreekt zich ook het Hof van Justitie uit: « Dat het niet uitgesloten is, dat de bepalingen van artikel 85 toepassing kunnen vinden wanneer het tussen ondernemingen afgesproken gebruik van een of meer octrooien tot een situatie zou leiden die onder de begrippen overeenkomsten tussen ondernemingen, besluiten van ondernemersverenigingen of onderling afgestemde feitelijke gedragingen, kan vallen; dat evenwel, ook al werd in de loop der behandeling op de aanwezigheid van een zodanige situatie — welke overigens alleen ter beoordeling van het Gerechtshof te 's Gravenhage staat — gezinspeeld, noch de gestelde vragen, noch de gedingstukken het Hof veroorloven deze veronderstelling over te nemen ».

Men begrijpt best dat het Hof het vraagstuk der parallelle octrooien terzijde heeft gelaten, en dat het — overeenkomstig de conclusie van Dr. Roemer — een interpretatie terzake heeft voorbehouden « aan een toekomstig geding hetwelk daarop inderdaad betrekking heeft ».

Dat meer duidelijkheid en rechtszekerheid op dat gebied evenwel zonder twijfel als wenselijk voorkomen, moge blijken uit een voorschrift van Verordening n° 67/67 dd. 22 maart 1967 houdende generieke vrijstellingen voor bepaalde alleenverkoopovereenkomsten ⁽⁴³⁾.

Alleenverkoopovereenkomsten kunnen, onder bepaalde voorwaarden, van een groepsvrijstelling, genieten, wanneer daarin geen *verboden concurrentiebeperkingen* voorkomen, welke in de Verordening worden opgesomd. Een dezer « verboden concurrentiebeperkingen » luidt als volgt: « De contractspartijen mogen geen industriële

eigendomsrechten uitoefenen om handelaren of consumenten te verhinderen in andere delen van de gemeenschappelijke markt rechtmatig van een merk voorzien of in de handel gebrachte contractprodukten te betrekken of in het contractgebied te verkopen. Hoewel deze tekst in de eerste plaats de mogelijkheid van nevenimporten wil garanderen, en daarom vooral betrekking heeft op overeenkomsten zoals die aangaands het merk « Gint » in de zaak Grundig-Consten (dit blijkt ten andere uit de tekst, waar alleen merken specifiek worden genoemd), toch verwijst de gebruikte uitdrukking « industriële eigendomsrechten » ongetwijfeld ook naar het octrooirecht⁽⁴⁴⁾.

Men dient dus de betrokken tekst, in verband met octrooien, als volgt te lezen: « De generieke vrijstelling voor alleenverkoopovereenkomsten is niet toepasselijk, wanneer de contractspartijen octrooien uitoefenen om handelaren of consumenten te verhinderen in andere delen van de gemeenschappelijke markt rechtmatig in de handel gebrachte geotrooieerde produkten te betrekken of in het contractgebied te verkopen »⁽⁴⁵⁾.

Dit stelt een aantal belangrijke vragen in verband met de verhouding tussen octrooi- en kartelrecht in het Verdrag van Rome. Immers, uit een Bekendmaking van de Commissie dd. 24 december 1962⁽⁴⁶⁾ blijkt, dat het toegelaten is in octrooilicentieovereenkomsten verplichtingen van de licentiehouders op te nemen, die zijn toepassing van het octrooi beperken tot bv. distributie en voorts tot een bepaald geografisch gebied. Ook het verlenen van een uitsluitende licentie ontsnapt, volgens de Bekendmaking, aan het kartelverbod. In dit verband laat Barents terecht opmerken dat, indien een produkt in land A is geotrooieerd, en men wil de verkoop van dat produkt in dat land aan één onderneming toevertrouwen, men de daartoe strekkende overeenkomst als een alleenverkoopovereenkomst kan betitelen of deze een exclusieve verkooplicentieovereenkomst kan noemen. Volgens de Bekendmaking van 24 december 1962, gaat een zodanige octrooilicentieovereenkomst vrijuit, terwijl zij in de genoemde vrijstellingsverordening voor alleenverkoopovereenkomsten als een « verboden concurrentiebeperking » wordt beschouwd. Betekent dit dat de Commissie de gedachte ingang wenst te doen vinden dat eenmaal in enig E.E.G.-land rechtmatig in het verkeer gebrachte produkten, ongeacht de octrooisituatie in andere E.E.G.-landen aldaar vrijelijk geïmporteerd mogen worden? Dit zou, naar het voorkomt, het territorialiteitsbeginsel inzake octrooien op gevoelige wijze aantasten en derhalve omstandig gemotiveerd moeten worden. Of wenst de Commissie het beroep maken op een octrooi om, in geval van licenties op parallele octrooien, nevenimporten te verhinderen *per se* als een « misbruik » — in de betekenis van het « Grundig-Consten »-arrest — te beschouwen? Dit is weinig duidelijk, en de hoop mag worden uitgedrukt dat op dit gebied klaardere wijn zou worden geschonken.

We zijn er nog niet geheel van overtuigd dat het betrokken voorschrift van Verordening n° 67/67 afbreuk doet aan de Bekendmaking van 24 december 1962, nu deze Bekendmaking uitdrukkelijk *niet toepasbaar* werd verklaard op « meervoudige parallellopende licenties »⁽⁴⁷⁾. Onze vriend W. Alexander, advocaat te Amsterdam, en een uitmuntend kenner op dit rechtsgebied, antwoordt hierop dat, hoewel de Bekendmaking van 1962 inderdaad geen betrekking heeft op parallele licenties, zij volgens de letter wél toepasbaar is ingeval m.b.t. één parallel octrooi een licentie wordt verleend. Welnu, het genoemde voorschrift van Verordening n° 67/67 zou toepasbaar zijn ongeacht de vraag of met betrekking tot parallele octrooien één of meer licenties zijn verleend. Het onderscheid is subtiel, maar niettemin reëel. Of daarmee aangetoond is, dat Verordening n° 67/67 afwijkt van de Bekendmaking,

is een andere vraag. In deze Verordening is inderdaad wél sprake van een concurrentiebeperking die « verboden » is, wil een alleenverkoopovereenkomst van de generieke vrijstelling genieten, maar dit betekent o.i. nog niet dat deze beperking daardoor, in de ogen van de Commissie, *ipso facto* door art. 85, eerste lid, verboden is. Alleen in dit laatste geval zou men kunnen besluiten dat Verordening n° 67/67 afbreuk doet aan de Bekendmaking. Een stellingname van het Hof in verband met het vraagstuk van de parallele octrooien, respectievelijk licenties, lijkt in elk geval heel wenselijk.

7. Het antwoord van het Hof op de gestelde prejudiciële vragen.

In het beschikkend gedeelte van het arrest van 29 februari 1968 antwoordt het Hof als volgt op de door het Gerechtshof te 's Gravenhage gestelde vragen.

« De door een Lid-Staat aan de octrooihouder verleende rechten worden niet door de verbodsbepalingen van de artikelen 85, eerste lid en 86 in hun bestaan geraakt.

» De uitoefening dier rechten op zichzelf kan — bij gebreke van enige overeenkomst, besluit of onderling afgestemde gedraging in de zin van artikel 85, eerste lid — niet door laatstgenoemde bepaling worden beheerst, noch ook — wanneer ieder misbruik van een machtspositie ontbreekt — door artikel 86.

» De omstandigheid, dat de verkoopprijs van het geotrooieerde produkt die van een uit een andere Lid-Staat afkomstig, niet geotrooieerd, voortbrengsel overtreft, levert niet noodzakelijkerwijze een misbruik op ».

8. Slotopmerkingen.

Het arrest spreekt zich *niet* uit over een aantal wezenlijke vraagstukken.

a) In de eerste plaats verstrekt het weinig of geen houvast nopens de *uitlegging van art. 86 E.E.G.-Verdrag*, en inzonderheid niet over de daarin gebruikte begrippen « machtspositie » en « misbruik ». Dit is spijtig, omdat er over dit voorschrift alsnog weinig rechtspraak en veel onzekerheid bestaat⁽⁴⁸⁾. Het Gerechtshof te 's Gravenhage moet nu uitmaken of het verweer van de inbreukmaker Centrafarm gegrond is, en of het handhaven door Parke Davis van haar Nederlands octrooirecht door het uitlokken van een rechterlijk verbod tegen invoer van *chlooramphenicol* uit Italië afkomstig, al dan niet een misbruik van machtspositie oplevert, in de zin van art. 86. We menen niet dat het Gerechtshof deze vraag op grond van het interpretatiearrest van 29 februari 1968 bevestigend zal kunnen beantwoorden, en aldus afbreuk doen aan de in Nederland blijkbaar wel gevestigde rechtspraak welke o.a. voorhoudt, dat de enkele handhaving van een recht van industriële eigendom bezwaarlijk als een misbruik in de zin van art. 86, kan worden aangemerkt⁽⁴⁹⁾.

b) Het Hof spreekt zich evenmin uit over het door de Commissie opgeworpen vraagstuk der *parallele octrooien*, en de gelijklopende licenties op deze octrooien. Het stilzwijgen van het Hof op dit punt is gerechtvaardigd, vermits het Gerechtshof te 's Gravenhage daarover geen prejudiciële vraag had gesteld. Niettemin lijkt dit probleem niet helemaal vreemd te zijn aan het geding tussen Parke Davis en Centrafarm. In het verwijzingsarrest dd. 30 juni 1967 van het Gerechtshof te 's Gravenhage (overweging B-10)⁽⁵⁰⁾ lezen we inderdaad het volgende: « In de verklaring, waarvan geïntimeerde Centrafarm voor het begin der pleidooien akte heeft verzocht, heeft zij gesteld, dat *direct of indirect een overeenkomst tussen appellante (d.i. Parke Davis) en Carlo Erba bestaat,*

waarbij aan laatstgenoemde is toegestaan *chlooramphenicol* vrij in Nederland te verkopen. Appellante heeft bij pleidooi deze stelling voldoende gemotiveerd weersproken en aan het aanbod van Centrafarm zo nodig door getuigen te bewijzen dat Carlo Erba gerechtigd is het product *chlooramphenicol* vrij op de Nederlandse markt te verkopen of te doen verkopen, moet als te vaag worden voorbijgegaan, nu Centrafarm niet heeft aangegeven, wanneer en waar deze beweerde, overeenkomst zou zijn gesloten, noch wat de inhoud van deze overeenkomst is, terwijl niet duidelijk is, wat Centrafarm verstaat onder indirect bestaan van een overeenkomst».

Uit het derde tussenarrest van het Gerechtshof dd. 4 maart 1966 blijkt daarenboven, dat de Italiaanse vennootschap Carlo Erba, bij wie Centrafarm het door haar in Nederland ingevoerde *chlooramphenicol* aankocht, het vrije gebruik van dit produkt zou gegarandeerd hebben door middel van de hierna aan haar afnemers overgemaakte verklaring: «We hereby declare that Chlooramphenicol produced in our plants has been obtained by means of processes patented in the main countries of the world and therefore we guarantee its free use in the Dutch territory». Ook voor het Hof van Justitie stelde Centrafarm in pleidooi dat Carlo Erba *chlooramphenicol* produceerde in licentie van Parke Davis, doch kon dit blijkbaar niet bewijzen.

Gesteld dat het betrokken *chlooramphenicol* in Italië inderdaad onder een licentie van Parke Davis vervaardigd werd, zou het arrest van het Hof van Justitie dan anders geluid hebben? Een antwoord op deze vraag kan men o.i. in dit arrest niet vinden. Het Hof heeft zorgvuldig — en terecht, menen we — vermeden op het vraagstuk van de parallelle octrooien, respectievelijk van de parallelle licenties, in te gaan. Ook de opvatting van de Commissie kan, in de door het Hof verstrekte samenvatting van haar schriftelijke opmerkingen, op dit punt moeilijk achterhaald worden. De Commissie is de opvatting genegen dat het uitsluitend recht van de octrooihouder «uitgeput» is, wanneer de octrooihouder voor het geoctrooieerd produkt reeds in een der Lid-Statens «octrooiwinst» heeft kunnen halen, bv. indien de octrooihouder zelf of een licentiehouder het produkt in een dier Lid-Statens rechtmatig in het verkeer heeft gebracht⁽⁵¹⁾. De Commissie meent evenwel dat deze redenering niet rechtstreeks toepasbaar is «op het geval dat een produkt wordt ingevoerd uit een Lid-Staat waar geen octrooibescherming wordt verleend naar een Lid-Staat waar dit wel het geval is». Waarom? Wellicht — bij gebrek aan een nadere aanduiding in de samenvatting, moet men hier tot gissingen overgaan — omdat de octrooihouder in een zodanig geval in het land, waar het produkt voor het eerst in het verkeer werd gebracht, per definitie geen «octrooiwinst» heeft kunnen behalen, nu in dat land immers geen octrooibescherming voorhanden is⁽⁵²⁾. Men kan echter niet uitmaken welke opvatting de Commissie — en a fortiori het Hof — zou voorhouden, indien, zelfs bij gebrek aan octrooibescherming voor geneesmiddelen, de Nederlandse octrooihouder *tóch* winst zou hebben gehaald uit het in het verkeer brengen in Italië. Deze hypothese zou zich wellicht kunnen voordoen, o.a. indien, in het besproken geval, Parke Davis aan Carlo Erba in Italië een licentie had verleend van bv. het *know-how* dat voor de vervaardiging van *chlooramphenicol* kan vereist zijn. Zou men in dit geval mogen beweren dat Parke Davis, naar de opvatting van de Commissie, haar verbodsrecht, ook in Nederland, uitgeput heeft? Wij menen het niet, doch geven onmiddellijk toe dat dit vraagstuk alsnog onopgelost blijft. Indien het Haagse Gerechtshof, op grond van een nieuw onderzoek van de feiten, tot het besluit komt dat er wel degelijk een licentieovereenkomst betreffende *chlooramphenicol* bestond tussen Parke Davis en Carlo Erba, dan stelt zich o.i. een nieuw interpretatie-

probleem en kan het Gerechtshof wellicht een aanvullende prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen stellen.

c) Ten slotte kan men in dit arrest bezwaarlijk een richtsnoer vinden in verband met de toepassing van het Europees kartelrecht, inzonderheid art. 85, op octrooiligentieovereenkomsten.

Een aanduiding die daarop zou kunnen betrekking hebben treft men aan in een overweging waar het Hof zich uitsprekt over de betekenis van art. 36. Ze luidt als volgt: «dat (...) de uitoefening van rechten, verbonden aan een overeenkomstig de wetgeving van een Lid-Staat verleend octrooi, op zichzelf geen inbreuk op de door het Verdrag vastgestelde mededingingsregelen vormt». De Franse tekst is wellicht nog duidelijker, waar sprake is van «l'exercice des droits découlant d'un brevet...».

Betekent dit, in het geval van licentieovereenkomsten, dat door de licentiegever aan de licentiehouder opgelegde beperkingen, die uitsluitend de gedeeltelijke instandhouding van het verbodsrecht vormen (waarvan dus de niet-naleving inbreuk zou maken op het octrooi), niet geraakt worden door art. 85? Immers, deze beperkingen houden niets anders in dan de uitoefening van een recht «verbonden» aan het nationaal octrooi. Dit werd reeds door de Commissie aanvaard in haar Bekendmaking van 24 december 1962, althans in verband met octrooien, en met uitsluiting van zodanige beperkingen die zouden voorkomen in octrooigemeenschappen, wederkerige licenties en meervoudige parallellopende licenties.

We menen evenwel niet dat genoemde overweging uit het arrest zonder meer kan worden beschouwd als een bekrachtiging van dit standpunt. De aanwezigheid van de cryptische uitdrukking «vormt op zichzelf geen inbreuk» noopt inderdaad tot grote omzichtigheid, daar de woorden «op zichzelf» voor meer dan één uitleg vatbaar zijn.

Men kan zich inbeelden dat dit betekent dat de gewone uitoefening van de aan een nationaal octrooi verbonden rechten slechts een inbreuk vormt, wanneer daarenboven aan de andere toepassingsvoorwaarden van het kartelverbod is voldaan. Aan welke voorwaarden? Daarbij hoort ongetwijfeld de mogelijkheid om de tussenstaatse handel ongunstig te beïnvloeden. Moet men evenwel ook, in elk concreet geval, nog nagaan of de beperking van de licentiegever, welke een gedeeltelijke instandhouding van het verbodsrecht vormt, een concurrentiebeperking is, in de zin van art. 85, lid een? Of mag men voorhouden dat er — nu een verbodsrecht voorhanden is — van geen concurrentie sprake kan zijn, en dus ook niet van een beperking der concurrentie?

Men kan zich anderzijds ook inbeelden dat met de woorden «op zichzelf» bedoeld wordt op het «misbruik»-begrip, door het Hof aangewend in zijn arrest van 13 juli 1966, en nader gepreciseerd in het besproken arrest van 29 februari 1968. Dit zou dan medebrengen (indien men de door ons voorgedragen⁽⁵³⁾ interpretatie van dit «misbruik»-begrip bijtreedt) dat een aan de licentiehouder opgelegde beperking, wier niet-naleving inbreuk zou maken op het octrooi en die dus de uitoefening zou zijn van rechten «verbonden» aan een nationaal octrooi, *tóch* onder het verbod zou vallen indien deze beperking niet zou overeenstemmen met de doelstellingen waarvoor het octrooierecht werd ingericht en daarenboven het kartelverbod van art. 85, eerste lid, zou frustreren.

Deze waaier van mogelijke interpretaties moge er een voorbeeld van zijn dat het arrest van 29 februari 1968 nog belangrijke vraagstukken in de schaduw heeft gelaten.

Prof. Mr. Guy SCHRANS.

(1) Het arrest in de zaak 24/67 (verzoek om een prejudiciële beslissing) werd gepubliceerd in het *Rechtskundig Weekblad* van 24 maart 1968, kol. 1481 volg.

(2) De hiernavolgende samenvatting is grotendeels ontleend aan de conclusies van Advocaat-Generaal K. Roemer.

(3) Nopens dit wettelijk vermoeden *juris tantum*, zie: G. Schrans, *Octrooien en octrooilicenties in het Europees Mededingingsrecht*, Gent, 1966, blz. 64, blz. 73-74. Zie ook: H.R. 30 juni 1967, B.I.E., 1967, blz. 251; H.R., 11 februari 1966, B.I.E., 1966, blz. 123.

(4) Zie: H.R. 1 mei 1964, N.J., 1964, nr. 494; B.I.E., 1964, blz. 141; R.W., 1963-1964, kol. 2133 volg.

(5) De belangrijkste uittreksels van dit arrest (dat, in werkelijkheid, het in deze zaak gewezen *vierde tussenarrest* is) verschenen in: S.E.W., 1967, blz. 299 volg.; *Cah. dr. eur.*, 1967, blz. 697 volg., noot W. Alexander. De volledige tekst vindt men in: *Bijblad bij de industriële Eigendom (B.I.E.)*, 1967, blz. 295 volg., waar men ook de tekst aantreft van het vonnis van de Arrondissementsrechtbank te Rotterdam dd. 8 februari 1960, van de door het Gerechtshof te 's Gravenhage in deze zaak reeds gewezen tussenarresten, alsmede van het advies van de Octrooiraad over de toepassing terzake van het wettelijk vermoeden *juris tantum*, waarvan hoger reeds sprake was. Over het arrest van 30 juni 1967, zie ook: R. Plaisant, «Le principe de la territorialité des brevets d'invention et le Traité de C.E.E.», *Dall.*, 1967, chron., blz. 259 volg.

(6) Voor een nader onderzoek van de Italiaanse wetgeving terzake, zie G. Schrans, o.c., blz. 78-80.

(7) In de gestencilde tekst van het arrest (ook in het R.W., kol. 1483, overgenomen) staat «7 januari», maar dit is fout.

(8) Zie hier een lijst van deze rechtsgronden: toepasbaarheid van art. 85; toepasbaarheid van art. 86 in 't algemeen; incidentie van voorbeeld a) van art. 86; incidentie van voorbeeld b) van art. 86; belang van art. 36; belang van art. 222; territorialiteit en «consumptie» van het octrooi-recht; parallelle octrooiverlening en E.E.G.-kartelrecht; door de Commissie ingenomen standpunten in verband met de verhouding octrooi-recht/kartelrecht; de taak van de rechter bij het afbakenen van octrooi- en kartelrecht; de beperking van de nationale soevereiniteit door het Europees Gemeenschapsrecht; de verhouding octrooi-recht/kartelrecht in 't algemeen; de incidentie van een richtlijn dd. 29 januari 1965 over de aanpassing van de nationale wetgevingen terzake van geneesmiddelen; de eenmaking van het octrooi-recht in de E.E.G.; de incidentie van het arrest dd. 13 juli 1966 van het Hof, inzake Grundig & Consten. Deze lijst maakt geen aanspraak op volledigheid.

(9) Edelhoedige geesten zullen wellicht voorhouden dat, op een gebied waar de volksgezondheid en derhalve het algemeen welzijn zo nauw betrokken zijn, geen enkele exclusiviteit zou behoren te bestaan, en dat alle uitvindingen terzake van geneesmiddelen zonder enige vergoeding aan de openbaarheid zouden moeten worden prijsgegeven. Dit is evenwel weinig realistisch, gezien tegen de achtergrond van ons economisch bestel. Indien de farmaceutische industrie haar research-investeringen niet kan afschrijven en niet in staat wordt gesteld om een passende ondernemerswinst te verwezenlijken, zal ze wellicht niet meer aangetrokken zijn door de research. Zou de volksgezondheid daarmee beter gediend zijn? Wij ontveinen ons geenszins dat er een aantal misbruiken bestaan in de geneesmiddelenbranche (en niet alleen in verband met octrooien), maar de oplossing lijkt alsnog niet te bestaan in een radicale afschaffing van het traditioneel kapitalistisch motief. Een soepel systeem van *checks and balances* onder zorgvuldige staatscontrole (o.a. door middel van het verlenen van gedwongen licenties, waar de volksgezondheid zulks vereist) heeft onze voorkeur.

(10) Zie bv. het antwoord van de Commissie op de vraag nr. 100 van de heer Philipp, Lid van het Europees Parlement, in *Publ. Eur. Gem.*, 20 november 1962. In zijn conclusies meent de Advocaat-Generaal dat het door de Commissie nopens art. 222 gehuldigde standpunt (met name dat dit voorschrift slechts van een vrije keus tussen privaatrecht en publiekrechtelijke ondernemingsvormen zou spreken) te beperkt is. Dit vraagstuk blijft hier onbesproken, daar het niet wezenlijk is voor de besproken vraagstukken.

(11) Art. 92 betreft steunmaatregelen van de Lid-Staten.

(12) Art. 43 betreft de gemeenschappelijke ordening van landbouwmarkten.

(13) Art. 75 betreft het totstandbrengen van gemeenschappelijke regels terzake van vervoer.

(14) *Jur.*, 1966, blz. 519. Zie ook: *Jur.*, 1966, blz. 611 in de zaak Regering der Italiaanse Republiek t. Raad en Commissie.

(15) Vgl. G. Schrans, «L'application du droit communautaire des ententes économiques par la Cour de Justice des

Communautés européennes (affaire Grundig-Consten)», *Rev. crit. jur. b.*, 1967, blz. 195-199.

(16) Gezinspeeld wordt op de alsnog gestrande pogingen tot unificatie van het octrooi-recht in de E.E.G.

(17) Zie verder, nr. 7.

(18) Voor een overzicht, zie mijn reeds geciteerd werk, blz. 515 volg.

(19) Parke Davis sluit hier aan bij een o.i. zeer bedenkelijke rechtsoverweging van het Hof in het Grundig-Consten arrest van 13 juli 1966: «dat artikel 36, waarbij de strekking der in titel I, hoofdstuk 2, van het Verdrag neergelegde normen voor de liberalisering nader wordt aangegeven, het toepassingsgebied van artikel 85 niet beperkt» (*Jur.*, 1966, blz. 519). Onbesproken blijft hier de vraag of een overweging, die uitsluitend gesteund is op de plaats van art. 36 in de verdragstekst, overtuigend kan worden genoemd. Vgl. G. Finnis, «La propriété industrielle et le Marché Commun», *Rev. Marché Commun*, 1959, blz. 20: «donner à l'article 36 une pré-éminence absolue sur les autres... peut paraître tout aussi discutable que de prendre prétexte de la place où il figure pour limiter sa portée à celle d'une simple règle de police douanière».

(20) Zie verder, nr. 8-C.

(21) Of het woord «quasi-contractueel» hier goed gekozen is, laten we in het midden.

(22) De Advocaat-Generaal voegt hier nog aan toe: «Voor ons kan in het interpretatiegeding de vraag open blijven, in hoeverre de nationale rechter van bepaalde vermoedens voor de aanwezigheid van concurrentie juist ten aanzien van de geöctrooieerde producten uit mag gaan, vermoedens gelijk die, welke bijvoorbeeld eiseres gerechtvaardigd acht».

(23) Zie G. Schrans, o.c., blz. 405.

(24) En of de tussenstaatse handel daardoor ongunstig kan worden beïnvloed. Op deze laatste voorwaarde wordt in het arrest niet ingegaan. Hier gelden de algemene beginselen door het Hof uiteengezet in zijn arresten van 30 juni 1966, en 13 juli 1966. Zie o.a. G. Schrans, *Rev. crit. jur. b.*, 1967, blz. 186-187.

(25) Ter herinnering: krachtens dit voorschrift is de Commissie bevoegd om, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van een Lid-Staat of natuurlijke of rechtspersonen die aantonen hierbij een redelijk belang te hebben, op te treden tegen inbreuken op art. 85, eerste lid, en art. 86.

(26) Over dit territorialiteitsbeginsel en de gevolgen ervan op het vrije goederenverkeer binnen de E.E.G., zie mijn reeds geciteerd werk, blz. 56, volg.

(27) Zie o.a.: N. Koch & F. Froschmaier, «Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt», *G.R. U.R.-Ausl.*, 1965, blz. 121 volg.

(28) Zie mijn geciteerd werk, blz. 240-241, blz. 288-297.

(29) Zie mijn noot in *Rev. crit. jur. b.*, 1967, blz. 180 volg. Vgl. in verband met de beschikking dd. 23 september 1964 van de Commissie nopens deze zaak: P. De Vroede, «Het concurrentierecht in Euromarktverband. Commentaar bij de beschikking van de Commissie inzake Grundig-Consten», *R.W.*, 1964-1965, kol. 1197 volg.

(30) De schikking in verband met het merk «Gint» werd getroffen ten gevolge van de onaangename ervaring door Grundig in Nederland opgedaan. Zie H.R. 14 december 1956 N.J., 1962, nr. 242, concl. Langemeijer; B.I.E., 1957, blz. 46, noot Bodenhausen.

(31) *Jur.*, 1966, blz. 519-520.

(32) Op dit punt is het arrest weinig overtuigend. Zie mijn noot in *Rev. crit. jur. b.*, 1966, blz. 196.

(33) Vgl.: W. Alexander, «Artikel 85 E.E.G. en de octrooi-rechtelijke exclusieve verkooplicentie», *N.J.B.*, 1967, blz. 1172-1173.

(34) In de schriftelijke opmerkingen van Parke Davis en van de Commissie, alsmede in de conclusies van de Advocaat-Generaal, wordt er terecht op gewezen dat het merkenrecht (Grundig-Consten casus) en het octrooi-recht (besproken casus) naar inhoud en doel verschillen. Dit is juist. Maar in beide gevallen blijven de economische gevolgen (marktverdeling op grond van een recht van industriële eigendom) dezelfde.

(35) Zie hierover verder, punt 6-b.

(36) «Gepatenteerd» is geen Nederlands. Er moet «geöctrooierd» staan.

(37) Vgl. M. Fabiani, die in zijn studie «Abuso di brevetti d'invenzione e norme di disciplina della libertà di concorrenza», *Rivista di diritto industriale*, 1964, I, blz. 19-51, een interessante leer van het octrooimisbruik heeft ontwikkeld, welke eveneens rekening houdt met de *finaliteit* (volgens Fabiani: de technisch-industriële vooruitgang) van het octrooi-recht. Voor een Nederlandse samenvatting van deze leer, zie G. Schrans, o.c., blz. 639-640.

(38) Zie het standaard-arrest van de Hoge Raad: H.R. 25 juni 1943, N.J., 1943, nr. 519. Deze rechtspraak wordt nog steeds toegepast (zie bv. Pres. Arr. Rb. Amsterdam, 5 mei 1964, N.J., 1965, nr. 79; B.I.E., 1965, blz. 182; Gerechtshof

's Gravenhage, 6 november 1964, B.I.E., 1966, blz. 5) hoewel er toch stemmen zijn opgegaan om voor te houden dat aan deze traditionele regel, ten gevolge van de ontwikkeling van het mededingingsrecht (inz. in E.E.G.-verband), thans een andere uitleg moet worden gegeven (Pres. Arr. Rb. Rotterdam, 14 mei 1963, N.J., 1964, nr. 31, bevestigd door Gerechtshof 's Gravenhage, 25 oktober 1963, beroep in cassatie verworpen door H.R., 10 april 1964, B.I.E., 1965, blz. 24; N.J., 1964, nr. 439, noot J.D. Veegens; S.E.W., 1964, blz. 267, noot I. Samkalden; Cah. dr. eur., 1965, blz. 53, noot W. Alexander; WuW, 1965, blz. 82). Zie ook vb. uit niet-gepubliceerde rechtspraak bij W. Alexander, Cah. dr. eur., 1967, blz. 709.

(39) Zie E. Reimer, *Patentgesetz und Gebrauchsmuster-gesetz*, 2e uitg., München, 1958, blz. 281-282. Zie evenwel in verband met merken, het zgn. «Maja»-arrest: B.G.H., 22 januari 1964, G.R.U.R., 1964, blz. 372, noot Hefermehl; G.R.U.R.-Ausl., 1964, blz. 202, noot Beier; *Betriebs-Berater*, 1964, blz. 446; B.I.E., 1964, blz. 169, noot Beier. In dit arrest wordt het territorialiteitsbeginsel inzake merken als volgt beperkt: «Ein Zeicheninhaber, der übereinstimmende Warenzeichen im Ausland und im Inland hat registrieren lassen, kann die Einfuhr seiner unveränderten Originale in das Inland, auf Grund seines inländischen Zeichenrechts nicht untersagen, wenn er die Ware im Ausland mit dem Zeichen versehen und dort in den Verkehr gebracht hat. Dies gilt auch dann, wenn der Zeicheninhaber einen Dritten das Recht zum Alleinvertrieb seiner Waren und zur ausschließlichen Benützung seines Warenzeichens für das Inland eingeräumt hat».

In een dictum van dit arrest wordt een onderscheid gemaakt tussen octrooien en merken: «Mit Recht hebt das BerG schliesslich noch hervor, dass die Frage der Erschöpfung des Rechtes zum Inverkehrbringen bei dem Recht aus dem Patent anders zu beurteilen sein mag; der Unterschied ist im Wesen des Warenzeichens begründet, das seine Entstehung nicht wie das Patentrecht in erster Linie einer schutzwürdigen geistigen Leistung des Rechtsinhabers verdankt, kein Benutzungsrecht verleiht und nur dem Schutz der Herkunfts- und Garantiefunktion des Warenzeichens dienen soll, während das Patentrecht dem Erfinder das alleinige Recht verleiht, die Erfindung auszuwerten und über sie zu verfügen. Dieser Unterschied wirkt sich auch bei Beantwortung der Frage nach Art und Umfang der Rechtsmacht aus, die diese Schutzrechte verleihen».

(40) Voor Frankrijk, zie Trib. Seine, 8 december 1961, *Ann. prop. ind.*, 1962, blz. 127, noot Riché, en het commentaar van P. Mathely, in *Prop. Ind.*, 1964, blz. 254.

In België is de juridische positie wellicht anders: Antwerpen, 31 mei 1963, J.T., 1963, blz. 490, noot L.V.B., blz. 490. Het vonnis is niet heel duidelijk op dit punt. Ziehier evenwel het commentaar van A. Braun in *Prop. Ind.*, 1964, blz. 225: «Devant le Tribunal d'Anvers... il s'agissait, en l'espèce, de l'importation et de l'offre en vente en Belgique d'un produit pharmaceutique licitement fabriqué à l'étranger, mais qui, du fait de son importation, portait atteinte, en Belgique, aux droits découlant du brevet national. Le grief ne portait pas sur la mise en œuvre des mêmes procédés de fabrication, mais sur la vente du même produit, les produits pharmaceutiques étant brevetables comme tels en Belgique... Le Tribunal civil d'Anvers... décide que lorsqu'un brevet se rapporte à un seul produit, le fait que l'expert désigné conclut à l'identité des propriétés physiques et chimiques de l'échantillon saisi et de celles de celui remis par le breveté suffit pour conclure à la contrefaçon à moins que ne soit établi, comme le défendeur l'affirme, que le produit trouvé chez lui provienne du titulaire du brevet. La loi assimile, en effet, à la contrefaçon la possession, la vente et la mise en vente des produits légitimement fabriqués qui sont mis en vente en fraude des droits du breveté. Eu égard à l'identité des produits comparés, cette preuve suffit, et il appartient au défendeur — chose qu'il ne lui serait pas difficile, souligne le tribunal — de prouver son exception».

Ainsi donc, ce jugement, conforme à la jurisprudence dominante, assimile à un acte de contrefaçon la vente de produits licitement fabriqués à l'étranger sous le couvert d'un brevet étranger, ensuite introduits dans le pays sous le couvert du brevet national. Mais le tribunal fait exception à cette règle au cas où l'objet introduit proviendrait du breveté lui-même. Cette décision reprend donc l'enseignement d'André, qui considère comme illicite l'importation d'objets fabriqués à l'étranger, à moins que l'importateur n'ait acquis le produit du breveté lui-même, qui le lui a vendu sans aucune restriction». De opvatting van André vindt men in diens werk: *Traité des brevets d'invention et de la contrefaçon industrielle*, Bruxelles-Paris, 1899, deel II, nr. 1318-1319. Het komt ons evenwel voor dat de Belgische rechtspraak op dit punt nog niet voldoende werd onderzocht en dat het wellicht, bij gebrek aan nadere bestudering, voorbarig is te spreken over «jurisprudence dominante».

Zie o.a.: Gent, 20 juni 1877, *Pas.*, 1878, II, 129; Rb. Brussel 13 mei 1922, *Ing. Cons.*, 1922, blz. 102; Brussel, 20 oktober 1936, *Ing. Cons.*, 1937, blz. 33; Rb. Brussel, 1 februari 1932, *Ing. Cons.*, 1932, blz. 39; Luik, 1 maart 1871, *Belg. Jud.*, 1871, blz. 663; *Pas.*, 1871, II, 208; Rb. Brussel, 14 januari 1924, J.T., 1924, blz. 181; *Ing. Cons.*, 1924, blz. 66; Rb. Antwerpen, 8 juli 1894, *Pand. Pér.*, 1894, 1362; Rb. Namen, 17 januari 1923, *Ing. Cons.*, 1923, blz. 19, enz. Van deze rechtspraak moet nog een *synthese* worden gemaakt. En dan spreken we nog niet van de overeenstemmende problematiek inzake merken!

(41) Zie N. Koch en F. Froschmaier — beide ambtenaren in de Directie Mededinging van de Commissie — over «Patentgesetze und Territorialitätsprinzip im Gemeinsamen Markt», G.R.U.R.-Ausl., 1965, blz. 121 volg. Een Nederlandse samenvatting van de opvattingen van Koch en Froschmaier vindt men in een opstel van hun collega M.M. Van Notten, «Concurrentiebeperking en industriële eigendom», S.E.W., 1967, blz. 650 volg.

(42) Vgl. in verband met merken de opvatting van H. Schumacher, eveneens ambtenaar van de Commissie, als zou het territorialiteitsbeginsel opnieuw moeten worden bepaald, rekening gehouden met de vereisten van het Europees Mededingingsrecht: «Die Grundig-Entscheidung und das Territorialitätsprinzip des Warenzeichenrechtes in Gemeinsamen Markt», WuW, 1967, blz. 3 volg. Vgl. H. Schumacher, «Das Territorialitätsprinzip im Warenzeichenrecht und der Gemeinsame Markt», G.R.U.R.-Ausl., 1966, blz. 305 volg. Zie ook H.W. Wertheimer, «Der Einfluss der Wettbewerbsvorschriften des E.W.G.-Vertrages auf die Gewerblichen Schutzrechte», G.R.U.R.-Ausl., 1966, blz. 320.

(43) *Publ. Eur. Gem.*, 1967, blz. 489 volg.

(44) Over dit vraagstuk zie ook: J.M. Barents, «Europese Verordening voor alleenverkoopovereenkomsten van 22 maart 1967 en het recht van industriële eigendom» N.J.B., 1967, blz. 667 volg.; W. Alexander, «Artikel 85 E.E.G. en de octrooirechtelijke exclusieve verkooplicentie», N.J.B., 1967, blz. 1167 volg.

(45) Barents, o.c., blz. 668.

(46) *Publ. Eur. Gem.*, 1962, blz. 2922-2923.

(47) Volgens de Commissie kan de vraag van de toepassing van art. 85, lid een, op zulke overeenkomsten slechts op een later tijdstip worden beantwoord. *Publ. Eur. Gem.* 1962, blz. 2923. Dit tijdstip is nog niet aangebroken.

(48) Zie in verband met de uitlegging van art. 86, o.a.: I. Samkalden & I. Drucker, «Legal problems relating to Article 86 of the Rome treaty», C.M.L. Rev., 1965-1966, blz. 158 volg.; W. Van Gerven, *Principes du droit des ententes de la Communauté économique européenne*, Brussel, 1966, blz. 87 volg., en de aldaar gegeven verdere referenties; A. Braun, A. Gleiss & M. Hirsch, *Droit des ententes de la Communauté économique européenne*, Brussel-Parijs, 1967, blz. 169 volg.

(49) Zie o.a.: Gerechtshof 's Gravenhage, 25 maart 1964, B.I.E., 1965, blz. 209 (inzake merken). Vgl. Pres. Arr. Rb. Rotterdam, 11 januari 1966, B.I.E., 1966, blz. 232 (octrooien); Pres. Arr. Rb. Amsterdam, 5 mei 1964, N.J. 1965, nr. 79; B.I.E., 1965, blz. 182 (octrooien).

(50) B.I.E., 1967, blz. 304, linkerkolom.

(51) Zie reeds boven, nr. 6-b.

(52) Deze veronderstelling vindt steun in het door de Commissie voorgestelde antwoord op de eerste vraag van het Gerechtshof: «Artikel 85, lid 1, en artikel 86 van het E.E.G.-Verdrag verbieden niet, dat de houder van een in een der Lid-Staten verleend octrooi of diens licentiehouder het octrooirecht gebruikt om te verhinderen, dat het geöctrooieerde voortbrengsel of de met toepassing van de geöctrooieerde werkwijze vervaardigde stof in het verkeer wordt gebracht vanuit een Lid-Staat, waar dit voortbrengsel of deze werkwijze niet octrooieerbaar is. Dit geldt echter niet, indien de octrooihouder voor het voortbrengsel of de stof in een der Lid-Staten reeds op enigerlei wijze, al dan niet rechtstreeks, een octrooiwinst heeft kunnen behalen. Dit laatste is in het bijzonder het geval, indien het voortbrengsel of de stof in een der Lid-Staten, waar de octrooihouder voor dit voortbrengsel of voor deze stof een octrooi heeft, rechtmatig in het verkeer is gebracht». Vgl. M.M. Van Notten, «Concurrentiebeperkingen en industriële eigendom», S.E.W., 1967, blz. 646, noot (1): «Gevallen... waarbij het ging om directe import van goederen uit een Lid-Staat waarin geen octrooibescherming bestond, zijn kartelrechtelijk minder interessant. Indien het E.E.G.-verdrag immers de octrooigerechtigde zou verhinderen importen uit een octrooi-vrij land naar Lid-Staten met octrooibescherming te weren, dan zou daardoor in feite de octrooibescherming in die Lid-Staten afgeschaft worden. Zelfs al zou men een dergelijke harmonisatie voor wenselijk houden, dan lijkt het toch niet juist de juridische grondslag daarvoor in art. 85 te lezen».

(53) Zie boven, nr. 6-b, *in fine*.

RECHTSPRAAK

HOF VAN CASSATIE

1e Kamer. — 22 maart 1968.

Voorzitter: M. Belpaire.

Raadsheer-verslaggever: M. Delahaye.

Advocaat-generaal: M. Dumon.

Advocaten: Mrs. Simont, Van Ryn en Fally.

Ascendentenverdeling. — Begrip. — Ouders verklaren bij wijze van ascendentenverdeling aan twee van hun kinderen een onroerend goed te schenken. — Onder last een som in de boedels van beider nalatenschappen in te brengen na het overlijden van de langstlevende. — Geen ascendentenverdeling.

De bij akte onder de levenden gemaakte ascendentenverdeling, zoals door de artt. 1075 e.v. B.W. geregeld, houdt tegelijkertijd een schenking onder de levenden in en een verdeling van de goederen die er het voorwerp van zijn.

Wanneer ouders bij notariële akte verklaard hebben, bij wijze van ascendentenverdeling, bij vooruitmaking en buiten erfdeel en met vrijstelling van inbreng in de nalatenschap van de schenker, aan twee van hun kinderen een schenking onder de levenden te doen van een onroerend goed onder de last een bepaalde geldsom « in te brengen in de massa's van de nalatenschappen van de schenkers, dit na het overlijden van de langstlevende schenker », heeft die akte tot voorwerp een schenking onder de levenden van goederen aan twee kinderen, geenszins onder de last aan de andere kinderen of hun afstammelingen persoonlijk een som uit te keren, maar onder de last een « inbreng » te doen van een geldsom in de boedels van de nalatenschappen van de schenkers en zulks na het overlijden van de langstlevende van hen.

Zulke akte heeft geen verdeling tot gevolg tussen al de kinderen of hun afstammelingen, aangezien alleen de begiftigden een goed krijgen, terwijl de andere kinderen of afstammelingen persoonlijk vóór het overlijden van de langstlevende van de schenkers niets wordt toegekend, zodat die kinderen of afstammelingen tijdens het leven van de schenkers de hoedanigheid van deelgenoot niet verkrijgen.

Die akte houdt derhalve geen ascendentenverdeling bij akte onder de levenden in, maar slechts een schenking onder de levenden in het voordeel van de twee begiftigden.

Maquestiau t./ Maquestiau e.a.

Conclusies van Advocaat-Generaal F. Dumon.

Bij authentieke akte, op 16 november 1930 verleden vóór notaris François Rens, ter standplaats Geraardsbergen, welke akte « donation » werd geheten, hebben de echtelieden Guillaume Maquestiau en Antoinette Dubois « ... en vue de faciliter et de compléter l'établissement de leurs enfants et désireux d'éviter entre ces derniers toutes discussions et contestations, déclaré faire donation entre vifs, à titre de partage d'ascendants, ... par préciput et hors part et avec dispense de rapport en nature à la succession des donateurs... » aan eiseres, hun dochter, van een gebouwd onroerend goed, gelegen te Geraardsbergen, Kattestraat, en aan de verweerder sub 3, hun zoon, van een handelsfonds van vervaardiging van kuipen en vaten.

Elke begiftigde ging de verbintenis aan om aan de schenkers, dezer leven lang, en na het overlijden van een hunner, aan de overlevende, zijn leven lang, een jaarlijkse rente van 18.000 frank te betalen.

Eiseres moest voorts de som van 275.000 frank, en de verweerder sub 3 een som van 225.000 frank inbrengen « ... aux masses des successions des donateurs, soit la moitié à la succession de chacun d'eux, ce après le décès du survivant des donateurs ». De authentieke akte van schenking zegde dat « ... le montant des sommes à rapporter est fixé eu égard à la valeur du franc belge par rapport à la livre sterling anglaise sur la base de 175 francs ou 35 belgas pour une livre, de sorte que si au moment où les rapports doivent être effectués la même proportion n'existe plus entre la livre et le franc belge, les sommes à rapporter devront être majorées ou diminuées suivant cette même base ».

Bij deze akte van 16 november 1930 is verschenen Mevrouw Simonne Maquestiau, een andere dochter van de schenkers, die « ... a déclaré pour autant que de besoin ratifier la donation qui précède purement et simplement, pour cette ratification avoir les effets prévus par l'article 918 du Code civil ».

Tenslotte, bij een afzonderlijke akte, verleden op 19 november 1930 vóór dezelfde notaris, heeft de verweerder sub 1, het vierde en laatste kind van de schenkers, na van de schenking van 16 november 1930 kennis te hebben genomen, deze bekrachtigd « ... pour cette ratification avoir les effets prévus par l'article 918 du Code civil ».

De schenkers Guillaume Maquestiau en Antoinette Dubois overleden respectievelijk op 2 november 1953 en 12 maart 1952.

Als enige erfgenamen lieten zij achter hun drie kinderen, te weten: eiseres, de verweerder sub 1 en de verweerder sub 3, wiens goederen onder sekwestre zijn gesteld uit kracht van de besluitwet van 17 februari 1945, en de verweerdsters sub 5 en 6, hun kleinkinderen, tot de nalatenschap van hun grootouders geroepen door vertegenwoordiging van hun vooroverleden moeder, Mevrouw Simone Maquestiau.

Bij dagvaardingen van 31 oktober 1960, daagden de verweerdsters sub 1 en 2 vóór de rechtbank van eerste aanleg te Oudenaarde eisers en de verweerdsters sub 3 tot 7. Hun vordering strekte er hoofdzakelijk toe nietig te doen verklaren bij toepassing van artikel 1078 van het Burgerlijk Wetboek, althans vernietigbaar wegens benadeling voor meer dan een vierde overeenkomstig artikel 1079 van het Burgerlijk Wetboek, de schenking welke op 16 november 1930 door de rechtsvoorganger van alle partijen aan eiseres was toegestaan. De verweerdsters sub 1 en 2 beweerden inderdaad, dat de akte van 16 november 1930 juridisch moest worden gezien niet als een zuivere schenking, doch als een ascendentenverdeling, geschied in de vorm van een schenking, en dat bijgevolg die verdeling van ascendenten volstrekt nietig was, wijl niet onder alle kinderen verricht.

Het bestreden arrest beslist dat de akte nietig is, « in haar geheel waar zij beschikkingen inhoudt ten aanzien van Maquestiau (N.B. de beschikkingen ten voordele van Ferdinand Maquestiau maakten het voorwerp uit van andere beslissingen die aan het Hof niet worden of werden overgelegd) zodat zij noch als ascendentenverdeling, noch als schenking te haren voordele uitwerking zal hebben ».

Deze beslissing steunt hoofdzakelijk op de volgende gronden:

a) de akte verleden vóór notaris Rens is een ascendentenverdeling.

b) de verdeling geschiedde niet tussen alle kinderen die ten tijde van het overlijden (van de *cujus*) in leven waren, en de afstammelingen van de vooroverleden kinderen, zodat de ganse verdeling nietig is (art. 1078 van het Burgerlijk Wetboek).

c) de nietigheid van de ascendentenverdeling brengt de nietigheid van de schenking mede, die louter de vorm van deze rechtshandeling bezat en geen zelfstandig bestaan had.

Het Hof van beroep oordeelt, dat de akte van 16 november 1930 een ascendentenverdeling uitmaakt omdat:

a) de akte uitdrukkelijk vermeldt in de inleiding dat de schenkingen door de ouders gedaan werden « als ascendentenverdeling ».

b) uit de akte blijkt dat de ouders gewent hebben de vestiging van hun kinderen te vergemakkelijken en geschillen tussen hen te vermijden « dat die aanduiding overeenstemt met de diepere verantwoording van de rechtsfiguur van de ascendentenverdeling ».

c) dat de ouders bij die akte ten voordele van twee van hun kinderen, uit hun bestaande vermogen, telkens een wel bepaalde kavel hebben gevormd en toebedeeld

d) dat « de toewijzing van de kavels... met vrijstelling van inbreng in natura strookt met de rechtsfiguur van de ascendentenverdeling ». « Dat het bedingen van een som, in te brengen in de nalatenschap van de ascendent door de begiftigde, eveneens strookt met de normale gang van een ascendenten-verdeling... dat bij ascendentenverdeling in de vorm van schenking veelal konventionele terugkeer wordt gestipuleerd ».

e) dat « de bij de betwiste akte gestipuleerde inbreng kennelijk bedoeld is in het raam van artikel 922 van het Burgerlijk Wetboek; fiktieve bijvoeging om de boedel samen te stellen en het beschikbaar gedeelte te berekenen... ».

Het voorgestelde enig middel beperkt zich ertoe aan het arrest te verwijten beslist te hebben, dat de akte van 16 november 1930 een ascendentenverdeling als voorwerp heeft. Het doet gelden 1° dat, niettegenstaande de vermelding in de akte dat zij een « ascendentenverdeling » bedoelt, de in bedoelde akte vastgelegde rechtsbedeling geen ascendentenverdeling kan uitmaken vermits « de akte niet voorziet in de verdeling welke tussen de andere afstammelingen van de schenkers moet plaats hebben en generlei verkaveling van de in te brengen som inhoudt »; « de som van 275.000 fr. diende immers door eiseres ingebracht te worden bij het overlijden van de schenkers en komt toe aan hun nalatenschap en niet aan de erfgenamen andere dan de begiftigde en maakt dus geen opleg uit ». « De verplichting een bepaalde som in te brengen aan de nalatenschap... maakt een werkelijke inbreng uit... en er bestaat een ware onverenigbaarheid tussen de ascendentenverdeling onder levenden... en de inbreng van artikel 843 van het Burgerlijk Wetboek ».

Het arrest heeft derhalve het wettelijk begrip van ascendentenverdeling miskend 2° het arrest heeft, door te beslissen dat « de bij de betwiste akte gestipuleerde inbreng kennelijk bedoeld is in het raam van artikel 922 van het Burgerlijk Wetboek: fiktieve bijvoeging om de boedel samen te stellen... » van de authentieke akte van notaris Rens een uitlegging verstrekt die met haar termen onverenigbaar is en het heeft de bewijskracht ervan geschonden.

De ascendentenverdeling kan geschieden ofwel bij een testament ofwel bij een schenking onder levenden.

De verdeling onder levenden heeft reeds gevolgen vóór de dood van de schenker verdeler. De kinderen of andere afstammelingen worden *onmiddellijk* begiftigden ten op-

zichte van hun ouders of andere ascendenten en na het overlijden van dezen verkrijgen zij, benevens de evengenoemde hoedanigheid, ingevolge de dood van en de akte van verdeling beslist door de ascendenten, die van erfgenamen en mede deelhebbers.

Het is dikwijls moeilijk het verschil te zien tussen een zuivere schenking onder levenden en een schenking-verdeling. Dit verschil is nochtans van groot belang want de schenking-verdeling is onderworpen aan bijzondere formaliteiten en dienvolgens aan geldigheidsvoorwaarden die aan de gewone schenkingen vreemd blijven — zo bepaalt b.v. artikel 1078 van het Burgerlijk Wetboek: « indien de verdeling niet gemaakt is tussen alle kinderen die ten tijde van het overlijden in leven zijn, en de afstammelingen van de vooroverleden kinderen is de ganse verdeling nietig ».

Deze noodzakelijkheid van het optreden van alle kinderen en andere afstammelingen is natuurlijk vreemd aan de gewone schenkingen ⁽¹⁾.

De moeilijkheid om bedoeld verschil te ontwaren rijst voornamelijk wanneer de ascendenten niet al hun bestaande goederen tussen hun kinderen of andere afstammelingen verdelen maar slechts een gedeelte ervan zoals artikel 1077 van het Burgerlijk Wetboek hen toelaat te doen ⁽²⁾.

De schenking van al de goederen komt neer op een werkelijke regeling van de later open te vallen nalatenschap en derhalve zal noodzakelijkerwijze meestal een verkaveling tot stand komen die het kenmerk van de ascendentenverdeling is.

Wanneer integendeel slechts een gedeelte van de goederen het voorwerp van de schenking(en) uitmaakt, moet men zich werkelijk afvragen of men met een gewone schenking of met een ascendentenverdeling te doen heeft.

Er zijn natuurlijke gevallen waarin de juridische toestand duidelijk is b.v. de ouders zijn eigenaars van vier onroerende goederen en hebben twee kinderen die nog steeds in leven zijn 1) Door een akte van schenking onder levenden waarbij beide kinderen partij zijn, wordt een van die goederen aan het eerste kind en een tweede aan het tweede geschonken. Aldus ontstaat er een schenking en tevens een gedeeltelijke verkaveling: ascendentenverdeling.

2) Door een akte van schenking onder levenden waarbij slechts twee kinderen partij zijn worden vier onroerende goederen aan de vier kinderen geschonken. Schenking en verkaveling... ascendentenverdeling die echter nietig is omdat de verdeling niet gemaakt is tussen alle kinderen die ten tijde van het overlijden in leven waren... (art. 1078 van het Burgerlijk Wetboek).

In andere gevallen is de toestand kies en het is derhalve moeilijk uit te maken of men met een schenking-verdeling of louter met een schenking te doen heeft. Een dergelijk geval heeft zich in de thans aan het Hof overgelegde zaak voorgedaan.

Welk zijn de kenmerken die eigen zijn aan de ascendentenverdeling. De volgende worden aangevoerd:

1° Zij is een beslissing welke door de ouders met de goedkeuring van de kinderen genomen wordt om de vestiging van de kinderen te vergemakkelijken, rekening houdend met hun eigen verlangens, belangen en aanleg. Ook latere geschillen tussen de erfgenamen nopens de verdeling van de nagelaten goederen zouden aldus bedoeld worden;

2° het niet inbrengen van de geschonken goederen na het overlijden van de ouders;

3° de verkaveling van goederen.

De eerste omstandigheid — de vestiging van de kinderen vergemakkelijken en begunstigen en zelfs latere geschillen tussen de erfgenamen voorkomen — is mijn

inziens geen essentieel kenmerk van de ascendentenverdeling, dat deze van de gewone schenking zou kunnen onderscheiden.

De ouders kunnen, zonder de bedoeling te hebben al hun goederen of een gedeelte ervan te verkavelen, een goed aan een kind geven, bij een akte van gewone schenking, om de vestiging en de uitoefening van het beroep van dat kind te vergemakkelijken en te begunstigen. Om latere betwistingen te voorkomen en zekerheid te hebben dat na hun dood bedoeld goed de eigendom van het begunstigde kind zal blijven hebben zij overigens de gelegenheid en het recht in de akte van schenking te bepalen dat de gift gedaan wordt bij vooruitmaking en buiten erfdeel of met vrijstelling van inbreng.

2° De rechtsleer oordeelt eensluidend dat de inbreng van de geschonken goederen onverenigbaar is met een ascendentenverdeling; «la notion de rapport à succession est inconciliable avec le partage d'ascendant entre vifs».

Le partage a été fait; il n'y a plus à y revenir... Les donations-partages ne sont pas «dispensées de rapport» mais bien non sujettes à rapport⁽⁸⁾.

«Dans cette opération (partage d'ascendant) les biens donnés par l'ascendant à ses successibles représentent précisément les parts successorales respectives de ces derniers; le rapport entraînerait un nouveau partage contrairement à la volonté des parties»⁽⁴⁾.

Ongetwijfeld is de inbreng in natura onverenigbaar met een ascendentenverdeling; hij zou immers de verkaveling, de toekenning, bij wijze van verdeling, te niet doen.

Maar de inbreng behoeft niet steeds in natura te gebeuren; hij mag ook gedaan worden in geldsommen of door mindere ontvangst.

In dergelijke gevallen behoudt de begunstigde wat hem toebedeeld werd... maar in het eerste van de laatstvermelde twee gevallen zal na het openvallen van de erfenis aan deze een geldsom moeten betaald en derhalve verdeeld worden.

Uit deze toestand wordt door sommigen afgeleid dat, vermits de schenking de onverdeeldheid heeft laten voortbestaan zij niet een ascendentenverdeling kan genoemd worden.

«Attendu, — beslist het Franse Hof van cassatie — que le rapport, soit qu'il se fasse en nature ou en moins prenant, a pour but et pour résultat de faire rentrer d'une manière effective, à l'égard des copartageants, la chose qui en forme l'objet ou la valeur qui la représente dans la masse des biens indivis qu'il s'agit de partager...»⁽⁵⁾.

«L'acte par lequel des père et mère déclarent faire donation, à titre de partage anticipé, à leurs enfants d'une somme déterminée, constitue une donation ordinaire en avancement d'hoirie et non un véritable partage d'ascendants, lorsque ses dispositions imposent aux donataires l'obligation de rapporter les sommes données et prescrivent l'imputation de ces sommes sur la succession du prémourant des donateurs»⁽⁶⁾.

In een voetnoot bij de tekst van dit arrest schrijft Wahl «il est constant que la clause du rapport est inconciliable avec le caractère d'un partage anticipé, le rapport impliquant un partage futur. Il suit de là que, toutes les fois que le rapport a été formellement stipulé, la convention, quelle que soit la qualification qui lui a été donnée, ne peut plus être considérée que comme une simple donation en avancement d'hoirie».

Het Hof van cassatie van Frankrijk besliste nochtans in het arrest van 8 juli 1879⁽⁷⁾ dat een ascendentenverdeling uitmaakt de uiterste wilsbeschikking waardoor al de onroerende goederen aan een enkel kind worden

gegeven bij vooruitmaking maar met de last inbreng te doen aan de erfenis van de volledige waarde van bedoelde goederen, geschat op 500.000 fr. In zijn verslag had raadsheer Darest gezegd dat het Hof reeds in het arrest van 23 april 1867⁽⁸⁾ in dezelfde zin beslist had en dat de «soulte» van 500.000 fr. «bien que non expressément divisée entre les enfants dans le testament, se divise de plein droit en vertu de la loi entre les héritiers» zodat er werkelijk een verkaveling aanwezig was.

Deze stelling wordt door A. Wahl niet goedgekeurd want, schrijft hij, «tous les enfants ne sont pas allotés»⁽⁹⁾.

In het arrest van 19 april 1910 beslist hetzelfde Hof, dat de schenking van één goed aan een kind met verplichting van inbreng aan de erfenis van een geldsom ook een ascendentenverdeling kan zijn⁽¹⁰⁾. Maar Wahl schrijft⁽¹¹⁾ dienaangaande «c'est logique après avoir admis le premier principe dans l'arrêt du 8 juillet 1879... mais alors il y a antinomie complète entre les articles 843 et 1075 du code civil; il n'y a plus, en effet, de legs⁽¹²⁾ faits aux enfants à charge de rapport, tout legs à charge de rapport étant nécessairement un partage testamentaire. Il n'est pas permis de supprimer ainsi la qualification que donne un texte aux dispositions testamentaires et moins encore de donner à un legs dont bénéficie un enfant un caractère juridique différent de celui qu'il faut attribuer à un legs fait à tout autre héritier».

De inbreng door «mindere ontvangst» in de verdeling van de erfenis zou met de ascendentenverdeling niet onverenigbaar zijn «il ne semble pas que l'on doive attribuer la même portée (onverenigbaarheid van een inbreng met een ascendentenverdeling) à la clause d'imputation. En effet cette clause ne révèle pas chez les ascendants donateurs la volonté de revenir à aucune époque et dans aucun cas, sur leur disposition à la différence de l'obligation de rapport réel, elle ne peut avoir pour effet ni de rétablir dans l'indivision les biens partagés ni de modifier les attributions faites... On doit en conclure que la stipulation dans un acte de donation à titre de partage anticipé de la clause d'imputation sur la succession du prémourant des donateurs, n'enlève pas au contrat le caractère d'un partage d'ascendant»⁽¹³⁾.

Het Hof van beroep te Brussel besliste integendeel op 22 april 1944⁽¹⁴⁾, dat er geen ascendentenverdeling ontstaat wanneer al de goederen aan een van de kinderen gegeven worden op last voor dit kind een bepaalde som aan zijn mede-erfgenamen, bij het openvallen van de erfenis, in te brengen. Het Hof van beroep te Angers besliste ook in een plechtige terechtzitting op 11 januari 1950⁽¹⁵⁾ «est une donation préciputaire et non une donation-partage qui serait nulle pour défaut d'acceptation des copartageants, la donation faite par préciput à un enfant de la nue propriété d'un domaine agricole à charge pour le donataire de récompenser en argent ses frères et sœurs (lors de l'ouverture de la succession) de leurs droits réservataires».

Het Nederlands burgerlijk wetboek voorzagt ook in Boek II, vijfde afdeling, in het instituut van de «boedelverdeling, door de vader, de moeder of andere bloedverwanten in de opgaande linie tussen hunne afkomelingen gemaakt».

Asser en Meijers zijn de mening toegedaan, dat «de voorschriften omtrent de inbreng en de gedwongen verrekening hier toepassing kunnen vinden»⁽¹⁶⁾.

Maar, mijns inziens, dient de nadruk erop gelegd te worden dat het Nederlands burgerlijk wetboek de ascendentenverdeling alleen bij uiterste wilsbeschikking en niet meer, zoals in Frankrijk en België, bij handeling

onder de levenden toelaat (zie artikel 1167 van het Burgerlijk Wetboek) ⁽¹⁷⁾.

Dit verschil is, naar mijn bescheiden mening, van belang; immers, zoals ik poog hieronder duidelijk te maken, ook al kan eventueel aangenomen worden dat een inbreng in geld niet onverenigbaar is met een ascendentenverdeling, gemaakt bij een uiterste wilsbeschikking, hij sluit zulke verdeling uit, indien zij het gevolg is van een handeling onder de levenden, want in dergelijk geval is de verdeling-schenking niet gemaakt tussen al de kinderen en is er geen verkaveling tussen hen gebeurd.

In de praktijk worden dikwijls bij akte onder levenden één of meer goederen aan één of sommige der kinderen gegeven op last een bepaalde som, die de waarde van de gegeven goederen belichaamt, aan de andere kinderen onmiddellijk te betalen (waarde verminderd met het aandeel dat toekomt aan de begunstigde kinderen in geldsom).

Deze sommen noemt men doorgaans een « opgeld » (« soulte »).

Men kan ze geen « inbreng » noemen daar dit begrip voorbehouden wordt aan de handeling bedoeld in afdeling II van hoofdstuk VI van Boek III van het Burgerlijk wetboek (artikelen 843 en volgende), en veronderstelt dat de nalatenschap opengevallen is door de dood (« inbreng geschiedt alleen in de nalatenschap van de schenker » artikel 850 van het Burgerlijk wetboek).

Maar het woord « soulte » (opgeld) blijkt ook niet gepast voor de geldsom die moet betaald worden aan de andere kinderen onmiddellijk na de schenking van een goed en waarvan de eisbaarheid onmiddellijk tengevolge van de akte van schenking ontstaat ⁽¹⁸⁾.

Het « opgeld » (« soulte ») is een geldsom die de ongelijkheid tussen de waarde van de verdeelde of geruilde goederen dient op te heffen ⁽¹⁹⁾. Zij is niet de volledige geldsom waardoor een goed dient te worden belichaamd.

Nog een onnauwkeurigheid der begrippen in de rechtspraak en in de rechtsleer, welke dikwijls aanleiding geeft tot verwarringen, is dat het woord « opgeld » niet zelden gebezigd wordt om de geldsom te bedoelen die, na de dood van de schenker, door de begunstigde van de schenking aan zijn medeërfgenen moet ingebracht worden. Zulke som is een « inbreng ».

Een dergelijke onnauwkeurigheid komt voor o.a. in het arrest van het Hof van Cassatie van Frankrijk van 8 juli 1879, in het verslag van raadsheer Daresté ⁽²⁰⁾ en in het boek van A. Leuck ⁽²¹⁾.

Doorgaans wordt aangenomen, dat de schenking onder de levenden van een of meerdere goederen aan een kind door de vader, de moeder of andere bloedverwanten in de opgaande lijn, met de last aan bedoeld kind onmiddellijk (d.w.z. uit kracht van de akte van schenking en dus vóór het overlijden van de schenker) een geldsom (une soulte) te betalen aan de andere kinderen, een ascendentenverdeling uitmaakt. In die zin, zie arresten van het Hof van Cassatie van Frankrijk van 8 december 1948 ⁽²²⁾ en 18 december 1950 ⁽²³⁾.

Schicks ⁽²⁴⁾ schrijft dat de toekenning bij akte onder de levenden, van al de goederen aan één van de kinderen, met last een « soulte » aan de andere te betalen, een ascendentenverdeling uitmaakt, maar hij schrijft tevens: « l'acte testamentaire donnant tous les biens à un enfant à charge de « soultés » à payer aux autres n'est pas un partage: ce n'est qu'un legs universel avec charges ».

Een gelijkaardige opvatting is ook Wahl toegegaan: « c'est un partage... chacun des enfants est alloti » ⁽²⁵⁾.

3° Ascendentenverdeling is dan alleen aanwezig indien er een verkaveling ontstaat. Rechtspraak en rechtsleer zijn het hiermee eens.

Bedoelde vereiste werd nog in 1954 door professor Savatier duidelijk in het licht gesteld ⁽²⁶⁾.

Het ligt, mijns inziens, voor de hand dat, wanneer een akte van *schenking onder levenden* de begunstigde verplicht het goed later terug in te brengen in natura, in de nalatenschap er geen sprake kan zijn van verkaveling en dus van ascendentenverdeling.

Wanneer de begunstigde verplicht is inbreng te doen aan zijn medeërfgenen, bij het openvallen van de nalatenschap, van de waarde van het ontvangen goed in geldsommen, heeft de akte ook geen verkaveling teweeggebracht. Immers de begunstigde heeft alleen iets ontvangen vóór het overlijden van de schenker, maar de anderen hebben niets gekregen.

Aan een kind werd een schenking gedaan, maar de andere hebben nog niets. Het betreft dan een schenking met vrijstelling van inbreng in natura en niet een verdeling.

Het is derhalve nutteloos te onderzoeken, zoals gedaan o.a. door raadsheer Daresté ⁽²⁷⁾, of bij het openvallen van de nalatenschap een verkaveling al dan niet, wat de inbreng betreft, ontstaat daar de in te brengen geldsom van rechtswege verdeeld wordt.

Het volstaat te overwegen dat *gedurende het leven* van de schenker geen verkaveling heeft plaatsgehad.

Een onderscheid dient, mijns inziens, gemaakt te worden tussen de verdelingen bij akte onder de levenden en die welke het gevolg zijn van een akte van uiterste wil. Men kan zodoende de mening van de Nederlandse auteurs Asser en Meijers ⁽²⁸⁾ begrijpen en zelfs goedkeuren.

Een ascendentenverdeling bij akte onder de levenden en bij akte van uiterste wil is slechts geldig indien de verdeling gedaan is tussen alle kinderen die ten tijde van het overlijden in leven zijn (artikel 1078 van het Burgerlijk Wetboek). Dit is een voorwaarde die gemeen is aan de verdeling gedaan door beide akten.

De ascendentenverdeling bij akte onder de levenden is tegelijkertijd een schenking en een verdeling. De begunstigten zijn medecontractanten daar de schenking een contract is en zij ontvangen onmiddellijk hetgeen hun toebedeeld wordt. Zij behoeven het overlijden van de schenker niet af te wachten.

Dit zijn kenmerken eigen aan de ascendentenverdeling bij akte onder de levenden.

Kan er derhalve aangenomen worden, zoals gedaan wordt én door de Nederlandse doctrine ⁽²⁹⁾ én door sommige Franse auteurs en arresten, dat een inbreng in geldsom niet onverenigbaar is met een ascendentenverdeling bij akte van uiterste wil, dezelfde oplossing kan niet opgaan ten aanzien van een verdeling bij akte onder de levenden.

Immers in dit geval wordt slechts onmiddellijk iets gegeven aan het kind dat het geschonken goed ontvangt en niets aan de andere die het overlijden van de ascendent moeten afwachten. Er ontstaat aldus een schenking maar niet een schenking-verdeling onder levenden.

Totaal anders is de toestand wanneer de akte van schenking bepaalt, dat de andere kinderen onmiddellijk een recht verkrijgen op een zogenaamd « opgeld » (soulte) dat zij van de begunstigde vermogen te eisen. In een dergelijk geval ontstaan én een schenking én een verdeling, en dienvolgens een verkaveling.

Besluit:

Vermits in de akte onder de levenden ontvangen door notaris Rens op 16 november 1930 gestipuleerd werd, dat eiseres, die een goed ontvangen had, inbreng diende te doen aan haar medeërfgenen van een bepaalde geldsom na het overlijden van de ouders en dat derhalve de andere kinderen niets onmiddellijk ontvingen, ver-

mocht het bestreden arrest niet wettelijk te beslissen, dat bedoelde akte een ascendentenverdeling uitmaakte.

De eerste twee onderdelen van het middel zijn derhalve, om deze redenen, gegrond. Het derde onderdeel is, om de redenen welke het duidelijk uiteenzet, insgelijks gegrond.

Vernietiging.

(1) In Frankrijk werden de artikelen 1075 en 1080 van het Burgerlijk Wetboek grondig gewijzigd door het décret-loi van 17 juni 1938 en door de wetten van 7 februari 1938 en 20 juli 1940. Aldus gewijzigd, luiden de artikelen 1077 en 1078 b.v. als volgt: « Si le partage n'est pas fait entre tous les enfants qui existeront à l'époque du décès et les descendants de ceux précédés et s'il n'existe pas au moment de l'ouverture de la succession des biens non compris dans la partage et suffisants pour constituer la part des héritiers qui n'y ont pas reçu leur lot, le partage sera nul pour le tout. Il en pourra être provoqué un nouveau dans la forme légale... ». art. 1078 « ... lorsque la rescision du partage fait par acte entre vifs aura été prononcée, comme aussi dans le cas de nullité prévu par l'article 1077 les enfants ou descendants qui viendront au nouveau partage feront le rapport des biens qui leur avaient été attribués par l'ascendant, suivant les règles prescrites par les articles 855 et suivants ».

(2) Raadpleeg o.a. De Page, *Traité T. VIII-2 n° 1703 p. 1785 en A Leuck - De la nature juridique de l'avancement d'hoirie* — Parijs 1967 — blz. 198.

(3) De Page, *Traité T. VIII-2 n° 1703*.

(4) De Page, *Traité T. IX n° 1230 p. 322*.

(5) Cass. fr. 15 mars 1875 (D.P. 1875, I, 213).

(6) Cass. fr. 7 mars 1876 D. 1876-310.

(7) Sirey 1880, I, 177.

(8) Sirey 1867, I, 264.

(9), (10), (11) Voetnoot bij cass. fr. 19 april 1910. *Journal du Palais* 1913, p. 41.

(12) Het arrest van 19 april 1910 deed uitspraak over een akte van uiterste wil.

(13) Voetnoot bij cass. fr. 7 maart 1876 D. 1876-310.

(14) *Revue pratique du notariat belge*, 1946, p. 59.

(15) *Jurisclasserur périodique* 1950 n° 5297.

(16) Mr. L. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht — vierde deel. Erfrecht — bewerkt door Prof. Mr. E.M. Meijers, vijfde druk, blz. 407.

(17) Asser, op. cit. blz. 402-403.

(18) Raadplegen o.a. Bonnet - *Théorie et pratique des partages d'ascendant*, T. II, n° 482, p. 82.

(19) Art. 833 van het Burgerlijk wetboek « Het verschil van de kavels in natura wordt vergoed door een uitkering hetzij in rente, hetzij in geld ».

« La soulte est la somme d'argent à payer pour rendre les parts égales dans un échange, dans un partage... ». (Pandectes belges, V° Soutle). « Les lots doivent être égaux... Comme il est rare qu'une succession se divise exactement en lots d'égale valeur, les inégalités qui pourraient se rencontrer seront compensées par des soultes (art. 833 du code civil) c.à.d. par des prestations imposées aux lots trop importants, au profit des autres » (De Page, T. IX, n° 1037 A, p. 761).

(20) *Jurisprudence du XIXe siècle — Recueil général des arrêts de France*, fondé par Sirey 1880-1-390.

(21) op. cit. bl. 194-195 en bl. 198 en 199.

(22) Dall. péér. 1949-145.

(23) *Jurisclasserur périodique* 1951 - n° 6056.

(24) *Revue pratique du notariat*, 1932, p. 401.

(25) Voetnoot bij cass. F. 19 april 1910 — *Journal du Palais* 1913, p. 41.

(26) *Revue trimestrielle du droit civil* 1954, bl. 686 n° 6.

(27) Sirey 1880, I, 390.

(28) op. cit. loc. cit.

(29) Zoals reeds te voren vermeld, kent het Nederlands burgerlijk wetboek slechts de ascendentenverdeling, bij akte van uiterste wil.

Arrest.

Gelet op het bestreden arrest, op 30 juni 1964 door het Hof van Beroep te Gent gewezen;

Over het middel afgeleid uit de schending van de artikelen 829, 830, 843 tot 869, 893, 894, 918 tot 922, 931, 932, 938, 1075 tot 1080, 1134, 1317 tot 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet,

doordat het bestreden arrest, in strijd met de conclusie door de eisers regelmatig genomen voor het Hof van

Beroep, beslist dat de akte, « donation » geheten, verleden op 16 november 1930 voor notaris François Rens ter standplaats Geraardsbergen, blijkens welke de echtgenoten Guillaume Maquestiau en Antoinette Dubois, « ont, en vue de faciliter et de compléter l'établissement de leurs enfants et désireux d'éviter entre ces derniers toutes discussions et contestations, déclaré faire donation entre vifs, à titre de partage d'ascendant, ... par préciput et hors part et avec dispense de rapport en nature à la succession des donateurs, ... à leur fille, Madame Germaine Maquestiau (thans eiseres), ... d'une propriété bâtie comprenant maison d'habitation, ... à charge de rapporter par Madame Germaine Maquestiau la somme de deux cent septante-cinq mille francs aux masses des successions des donateurs, soit la moitié à la succession de chacun d'eux, ce après le décès du survivant des donateurs », een verdeling door bloedverwanten in de opgaande lijn vaststelt, waarvan het overigens de nietigheid uitspreekt bij toepassing van artikel 1078 van het Burgerlijk Wetboek, welke nietigheid bijgevolg de nietigheid met zich brengt van de schenking, blijkens de voormelde akte aan eiseres gedaan, bij gebrek aan een eigen en zelfstandig bestaan van de bedoelde schenking, onder meer op de gronden dat « het bedingen van een som, in te brengen in de nalatenschap van de ascendent door de begiftigde, eveneens strookt met de normale gang van een ascendentenverdeling; dat de bij de betwiste akte gestipuleerde inbreng kennelijk bedoeld is in het raam van artikel 922 van het Burgerlijk Wetboek: fictieve bijvoeging om de boedel samen te stellen en het beschikbaar gedeelte te berekenen; dat het agiobeding, waaraan het bedrag van de inbreng onderworpen werd, de waardeaanpassing ten aanzien van het ogenblik van het overlijden van de schenkers beoogt ten einde zodoende de aanvechting van de ascendentenverdeling uit hoofde van benadeling te vermijden, vermits de waarde van de toebedeelde goederen moet geraamd worden op het ogenblik van het overlijden van de schenker ».

terwijl, eerste onderdeel, de som van 275.000 frank, welke eiseres moet inbrengen, door haar moet betaald worden bij het overlijden van de schenkers en toekomt aan hun nalatenschap en niet aan de erfgenen, anders dan de begiftigde, en dus geen opleg uitmaakt; de akte van 16 november 1930 niet voorziet in de verdeling welke tussen de andere afstammelingen van de schenkers moet plaats hebben en generlei verkaveling van de in te brengen som inhoudt; tenslotte, de op de begiftigde rustende verplichting, een bepaalde som in te brengen in de nalatenschap van de schenkers, een werkelijke inbreng uitmaakt, de goederen begrepen in een schenking-verdeling nooit dienen ingebracht te worden bij het opvallen van de nalatenschap van de ascendent-schenker, en er zelfs een ware onverenigbaarheid bestaat tussen de ascendentenverdeling onder de levenden, welke tot doel heeft de verdeling na het overlijden van de gemeenschappelijke rechtsvoorganger te voorkomen, en de inbreng van artikel 843 van het Burgerlijk Wetboek, welke tot doel heeft, juist met het oog op de verdeling, de massa weder samen te stellen na het opvallen van de nalatenschap, zodat het arrest, door te beslissen dat « het bedingen van een som, in te brengen in de nalatenschap van de ascendent door de begiftigde, eveneens strookt met de normale gang van een ascendentenverdeling », het wettelijk begrip van ascendentverdeling miskent (schending van alle in het middel aangeduide wetsbepalingen);

tweede onderdeel, de voormelde akte van 16 november 1930, in zover zij bepaalt dat de aan eiseres gedane schenking « ... est faite... à charge de rapporter... la somme de deux cent septante-cinq mille francs... aux masses des successions des donateurs, soit la moitié à la succession de chacun d'eux, ce après le décès du survivant des dona-

teurs», aan eiseres oplegt een echte, effectieve inbreng te doen in de nalatenschappen van haar rechtsvoorgangers, in de zin van de artikelen 843 en volgende van het Burgerlijk Wetboek, en niet alleen de louter fictieve inbreng bepaald bij artikel 922 van hetzelfde wetboek om de massa van de goederen weder samen te stellen waarop het beschikbaar gedeelte en het wettelijk voorbehouden erfdel berekend zullen worden, zodat het arrest, wanneer het beslist dat «de bij de betwiste akte gestipuleerde inbreng kennelijk bedoeld is in het raam van artikel 922 van het Burgerlijk Wetboek: fictieve bijvoeging om de boedel samen te stellen en het beschikbaar gedeelte te berekenen; dat het agiobeding, waaraan het bedrag van de inbreng onderworpen werd, de waardeaanpassing ten aanzien van het ogenblik van het overlijden van de schenkers beoogt ten einde zodoende de aanvechting van de ascendentenverdeling uit hoofde van benadeling te vermijden, vermits de waarde van de toebedeelde goederen moet geraamd worden op het ogenblik van het overlijden van de schenker», van de bedoelde akte een uitlegging verstrekt die met haar termen onverenigbaar is en de bewijskracht daarvan schendt (schending van de artikelen 829, 830, 843, 869, 919 en 922, 1134, 1317 tot 1320, 1322 van het Burgerlijk Wetboek en 97 van de Grondwet):

Overwegende dat uit de stukken waarop het Hof vermag acht te slaan, blijkt, dat luidens notariële akte van 16 november 1930 de echtgenoten Maquestiau-Dubois verklaard hebben een schenking onder de levenden te doen bij wijze van ascendentenverdeling, bij vooruitmaking en buiten erfdel en met vrijstelling van inbreng in natura in de nalatenschap van de schenker, aan twee van hun kinderen en namelijk aan eiseres van een onroerend goed onder de last van deze laatste:

- 1) aan de schenkers een lijfrente te betalen;
- 2) een geldsom van 275.000 frank «in te brengen in de massa's van de nalatenschap van de schenkers, hetzij de helft in de nalatenschap van ieder van hen, dit na het overlijden van de langstlevende schenker»;

Overwegende dat het arrest beschouwt «dat het bedingen van een som, in te brengen in de nalatenschap van de ascendent door de begiftigde, eveneens strookt met de normale gang van een ascendentenverdeling; dat de door de betwiste akte geregelde inbreng kennelijk bedoeld is in het raam van artikel 922 van het Burgerlijk Wetboek: fictieve bijvoeging om de boedel samen te stellen en het beschikbaar gedeelte te berekenen»; dat het echter, na beslist te hebben dat er een ascendentenverdeling voorhanden was, deze akte nietig verklaart op grond van niet-naleving van artikel 1078 van het Burgerlijk Wetboek, met het gevolg, dat de schenking die zij inhoudt, ook nietig is;

Overwegende dat de bij akte onder de levenden gemaakte ascendentenverdeling, zoals door de artikelen 1075 en volgende van het Burgerlijk Wetboek geregeld, tegelijkertijd een schenking onder de levenden inhoudt en een verdeling van de goederen die er het voorwerp van zijn;

Overwegende dat de akte van 16 november 1930 tot voorwerp heeft een schenking onder de levenden van goederen aan twee kinderen en namelijk aan eiseres, geenszins onder de last aan de andere kinderen of hun afstammelingen persoonlijk een som uit te keren, maar onder deze een «inbreng» te doen van een geldsom in de massa's van de nalatenschappen van de schenkers en zulks na het overlijden van de langstlevende van hen;

Dat zulke akte geen verdeling tot gevolg heeft tussen al de kinderen of hun afstammelingen vermits alleen de begiftigden een goed krijgen, terwijl de andere kinderen of afstammelingen persoonlijk vóór het overlijden van

de langstlevende van de schenkers niets wordt toegekend, zodat die kinderen of afstammelingen tijdens het leven van de schenkers de hoedanigheid van deelgenoot niet verkrijgen;

Dat die akte derhalve geen ascendentenverdeling bij akte onder de levenden inhoudt, maar slechts een schenking onder de levenden in voordeel van de twee begiftigden;

Dat het middel gegrond is;

Om die redenen,

Vernietigt het bestreden arrest doch alleen in zover het de akte van 16 november 1930 nietig verklaart voor zoveel deze beschikkingen inhoudt ten aanzien van eiseres en het beslist dat die akte noch als ascendentenverdeling, noch als schenking in haar voordeel uitwerking zal hebben;

Beveelt dat van dit arrest melding zal worden gemaakt op de kant van de gedeeltelijk vernietigde beslissing;

Verklaart dit arrest bindend voor de verweerders sub 3 tot 7;

Veroordeelt de eerste twee verweerders in de kosten;

Verwijst de aldus beperkte zaak naar het Hof van Beroep te Brussel.

HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

1e Kamer. — 24 mei 1967.

Voorzitter: M. Dellois.

Raadsheren: M.M. Bareel en Sury.

Advokaat-generaal: M. Dykmans.

Advocaten: Mrs. Van de Vorst en L. Diercxsens.

Onrechtmatige daad. — Vordering op grond van een misdrijf. — Door verweerder ingeroepen rechtvaardigingsgrond. — Bewijslast.

Wanneer een vordering tot vergoeding van schade uit onrechtmatige daad steunt op een misdrijf, moet de eiser het bewijs leveren van het niet-bestaan van de door de verweerder ingeroepen rechtvaardigingsgrond, op voorwaarde dat die rechtvaardigingsgrond met enige waarschijnlijkheid wordt voorgehouden.

Ministerie van Landsverdediging t./ C.

Overwegende dat het beroep, regelmatig naar vorm en tijd, ontvankelijk is;

Overwegende dat de oorspronkelijke eis strekte tot veroordeling van appellant om aan geïntimeerde te betalen de som van 64.758 fr., bedrag van de schade opgelopen ter gelegenheid van een verkeersongeval dat zich op 5 juli 1962 te Wilrijk op het kruispunt Juul Moretuslei - Prins Boudewijnlaan voordeed;

Overwegende dat geïntimeerde gesubrogeerd is in de rechten van haar verzekerde «omnium» voor het totaal bedrag dat zij hem uitgekeerd heeft;

Overwegende dat op 5 juli '62 M. te Wilrijk met zijn personenwagen de Juul Moretuslei in de richting Hoboken volgde toen hij ter hoogte van het kruispunt gevormd door voormelde lei en de Prins Boudewijnlaan in botsing kwam met een tegenligger, de militaire voerder, die aan het stuur van een traktor Bedford met opligger, ter hoogte van zelfde kruispunt naar links uitschoof en de linker kant van de baan kwam versperren;

Overwegende dat M. gekwetst werd en zijn wagen grote schade opliep;

Overwegende dat W. onmiddellijk na het ongeval aan de Politie verklaarde dat hij verplicht werd ter hoogte van het kruispunt te remmen om een aanrijding te vermijden met een personenwagen, welke plots, links van hem, uit de Prins Boudewijnlaan de Juul Moretuslei kwam opgereden en dat hij hierdoor wegens de gladheid van de baan (het regende) naar links uitschoof; dat zijn begeleider, de militair V., deze verklaring bevestigde; dat bedoelde wagen en zijn voerder niet geïdentificeerd werden; dat dient opgemerkt te worden dat ten tijde van het ongeval de Juul Moretuslei de voorrang genoot ten opzichte van de Prins Boudewijnlaan;

Overwegende dat geïntimeerde beweert dat waar de militaire voerder een reden van verschoning inroept, appellant deze reden moet bewijzen alsmede het oorzakelijk verband tussen het opdagen van het onbekend gebleven voertuig en de aanrijding;

Overwegende, echter, dat de eis van geïntimeerde op een misdrijf gesteund is; dat in haar dagvaarding geïntimeerde zich uitdrukkelijk op artikel 26/1 van de wegcode alsmede op alle andere in de loop van het geding « voor te brengen en te weerhouden fouten, inbreuken en/of verkeerde manoeuvres » beroept; dat de eerste rechter tegen de militaire voerder een overtreding van artikels 12/1 en 26/1 van de wegcode weerhield; dat, waar onvrijwillige slagen of verwondingen aa M. werden veroorzaakt, het minste gebrek aan vooruitzicht of voorzorg, zelfs wanneer het geen overtreding van de wegcode uitmaakt, een misdrijf is;

Overwegende alsdan dat het aan de aanlegger behoort het bewijs te leveren van het niet bestaan van de door de verwerder ingeroepen reden van verschoning, op voorwaarde echter dat bedoelde reden met enige waarschijnlijkheid wordt voorgehouden (zie nota onder Cassatie 11-12-1953, Pas. 1954 - I - 299);

Overwegende aldus dat vooreerst dient onderzocht te worden of de door de militaire voerder ingeroepen reden van verschoning al dan niet waarschijnlijk voorkomt;

Overwegende dat deze voerder, beroepsmilitair, 32 jaar oud op het ogenblik van het ongeval, houder van het militair rijbewijs, sedert 1949 als chauffeur van militaire vrachtwagens fungeerde; dat men dan ook niet inziet waarom deze man met voormelde ondervinding plots ter hoogte van het kruispunt, dat hij goed kende, zou geremd hebben en dan nog op een vochtig wegdek, indien daartoe geen dringende reden bestond;

Overwegende bovendien dat de genaamde D., transport-officier op Fort IV, voor de Gerechtelijke Commissie onder eed verklaarde dat hij zich na het ongeval ter plaatse begaf, waar hij « van de chauffeurs van beide in het ongeval betrokken voertuigen en van de militaire begeleider » had vernomen « dat de militaire vrachtwagen had moeten remmen voor een derde voertuig dat zonder acht te slaan op de voorrang van het militair voertuig de militaire baan was opgereden en verdwenen was in de richting van Mortsel »; dat hij er bij voegde: « de burgervoerder, een tabakshandelaar, heeft in mijn tegenwoordigheid verklaard dat de militaire voerder had moeten remmen voor het andere voertuig »;

Overwegende alsdan dat de ingeroepen reden van verschoning hoogst waarschijnlijk voorkomt;

Overwegende dat geïntimeerde te vergeefs gewag maakt van het feit dat W. en zijn begeleider bij hun eerste onderhoor door de Politie geen bijzonderheden opgaven nopens het onbekend gebleven voertuig, zoals beschrijving en gevolgde richting, en dat het slechts later is dat zij zekere verduidelijkingen hebben verschaft; dat zulks te wijten kan zijn aan de wijze waarop de twee politieagenten ter plaatse onmiddellijk na het ongeval het eerste onderzoek geleid hebben en de voerder en zijn begeleider ondervraagd hebben; dat het verder onderzoek vóór de

Gerechtelijke commissie voorgezeten door een Eerste-Substituut-krijgsauditeur andere waarborgen van dege-lijkheid biedt, zodat het niet te verwonderen is dat W. en zijn begeleider alsdan nadere inlichtingen betreffende het derde voertuig hebben verschaft; dat het kenschetsend is dat uit de verklaring van M. vóór de politieagenten onmiddellijk na het ongeval niet eens blijkt dat hem gevraagd werd of een ander voertuig uit de Prins Boudewijnlaan de Juul Moretuslei was opgereden;

Overwegende dat M. eerst op 25 juli 1962 aan de Rijks-wacht verklaarde dat volgens hem geen voertuig uit de Prins Boudewijnlaan gekomen was; dat hij tijdens het korpsonderzoek verklaarde dat het militair voertuig op het kruispunt plotseling remde en daar de weg vochtig was naar de linkerkant uitschoof; dat ondervraagd nopens de reden waarom de militaire voerder plotseling moest remmen hij het antwoord schuldig bleef;

Overwegende dat waar, zoals hoger gezegd, de ingeroepen reden van verschoning voorzeker waarschijnlijk blijkt, het aan geïntimeerde behoort het bewijs van het niet bestaan van deze rechtvaardigingsgrond te leveren; dat het oorzakelijk verband tussen het opdagen van het onbekend gebleven voertuig en het ongeval eveneens zeer waarschijnlijk voorkomt; dat gans de bewijslast dan ook op geïntimeerde berust;

Overwegende dat het feit dat het derde voertuig, na de Juul Moretuslei te zijn opgereden, in de door de militaire voerder gevolgde richting zijn weg voortzette geenszins uitsluit dat zijn plots opdagen op de voorrang hebbende baan bedoelde voerder heeft gehinderd en hem de weg heeft afgesneden; dat de bewering van geïntimeerde dat deze voerder naar rechts had moeten afzetten in plaats van te remmen geen rekening houdt met de plaatsgesteldheid en dan ook niet kan weerhouden worden;

Overwegende als slotsam dat geïntimeerde geen fout in hoofde van de militaire voerder bewijst;

.....

X HOF VAN BEROEP TE GENT

7e Kamer. — 21 december 1967.

Voorzitter: M. Vanparys.

Raadsheren: M.M. De Grootte en Janssens.

Openbaar ministerie: M. Leroy.

Advocaten: Mrs. Campers, Dinneweth en Lercangée.

Hypotheek. — Verkoop van een onroerend goed. — Hypothecaire leningen. — Faillissement van de koper. — Ontbinding van de verkoop wegens niet-uitvoering van een voorwaarde. — Terugbetaling van de prijs. — Aan te wenden tot betaling van de hypothecaire schulden. Art. 28 hypotheekwet. — Zakelijke indeplaatsstelling.

De Stad Brugge had een perceel grond verkocht met beding dat de koper er een industrieel bedrijf zou op bouwen binnen twee jaar; werd het werk niet op tijd aangevangen, dan had de Stad het recht de verkoop te verbreken tegen terugbetaling van drie vierden van de prijs. Aan de koper werden hypothecaire leningen toegestaan door derden. De koper leefde de voorwaarde niet na en werd failliet verklaard. De Stad vordert en bekomt de ontbinding, maar de curator beweert dat de gelden die de Stad zal teruggeven, toekomen aan de failliete boedel.

Het is billijk dat de gedeeltelijk terugbetaalde prijs wordt aangewend tot betaling van de hypothecaire schulden die op het goed rusten. Die oplossing volgt uit de letterlijke toepassing van het laatste lid van art. 28

hypotheekwet, waarbij moet aangestipt worden dat die tekst niet enkel geldt voor ontbinding op grond van art. 1654 B.W. Zelfs zonder wettekst kan die oplossing gegrond worden op de zakelijke subrogatie.

Faillissement Criem t./ Stad Brugge .ea.

De geïntimeerden Lescrauwaet Josine en Criem Georges, zover deze laatste persoonlijk werd gedagvaard in hoger beroep, hebben geen pleitbezorger gesteld.

Het Hof heeft de middelen en conclusies van de verschijnende partijen alsook het advies van substituut-procureur-generaal Leroy gehoord in openbare terechtzitting.

De stukken werden ingezien; van het vonnis dat op 24 april 1967 geveld werd door de rechtbank van eerste aanleg te Brugge werd het eensluidend afschrift overgelegd.

Het hoger beroep is tijdig en overigens regelmatig.

Op 25 oktober 1963 had de Stad Brugge aan de echtgenoten Criem een perceel grond verkocht; de kopers verbonden «er zich toe binnen de twee jaar na de datum van de verkoopakte, op de aangekochte grond, zelf een industrieel opgevatte wasserij, zelfwasserij en nieuwbuisbedrijf of een industriële inrichting te bouwen en in bedrijf te nemen en er onmiddellijk minstens tien arbeidskrachten tewerk te stellen»; werden de bouwwerken niet op tijd aangevangen, dan «heeft het Stadsbestuur het recht de verkoping te verbreken, mits teruggave van de drie vierden van de in de akte vermelde verkoopprijs».

Het is reeds op diezelfde dag dat aan de kopers, de echtgenoten Criem, leningen werden toegestaan door de vierde tot negende geïntimeerden met hypothecaire zekerheid. Op 29 maart 1966 werd de koper Criem failliet verklaard.

Het bouwen van de bedoelde nijverheidsgebouwen werd niet eens aangevangen en de Stad Brugge voert de nietigheid aan van de koop-verkoop, althans streeft ze de ontbinding ervan na.

De enige betwisting is, of de gelden die de Stad Brugge zal teruggeven, toekomen aan de massa dan wel aan de vierde tot negende geïntimeerden die de leningen met hypotheek hadden toegestaan.

Het is evident *billijk* dat de personen, die leningen hebben toegestaan mits de zakelijke zekerheid van een hypotheek de gedeeltelijk terugbetaalde prijs zien aanwenden tot betaling van hun schuldvorderingen (Laurent, XXX, n° 145).

Welnu, het laatste lid van artikel 28 hypotheekwet beschikt uitdrukkelijk in die zin: «de sommen, tot terugbetaling waarvan de verkoper (...) mocht worden veroordeeld ingevolge de rechtsvordering tot ontbinding (...) worden aangewend tot voldoening van de hypothecaire schuldvorderingen die deze eigenschap ten gevolge van «die rechtsvordering zouden verliezen, en wel volgens de rang van die schuldvorderingen op het ogenblik van die ontbinding van de koop...».

De aan de kopers opgelegde verplichting tijdig te bouwen was een voorwaarde en de Stad Brugge bekomt de ontbinding van die overeenkomst; het volstaat dus het laatste lid van het artikel 28 hypotheekwet volkomen naar de letter toe te passen om de gelden te doen toekomen aan de uitleners, wat trouwens ten volle strookt met de geest van deze wetsbepaling (De Page, VII, n° 482, 2°, c en 529; — Laurent, XXX, n° 145; — R.P.D.B., tw. Hypothèques, n° 418).

Dat de wetgever enkel ontbindingen op grond van artikel 1654 B.W. zou bedoeld hebben, blijkt niet uit de tekst en een dergelijke interpretatie zou tot een onbillijkheid leiden.

Maar zelfs zonder enige wettekst kan die billijke stelling gegrond worden op de *zakelijke subrogatie* (vgl. De Page, VII, n° 407, voetn. 1; n° 529; — R.P.D.B., tw. Hypothèques, n° 1298).

De waarde van het onroerend goed was inderdaad bestemd tot zekerheid van de leningen — *affectation d'une valeur* —; het was dus een wel omschreven geldwaarde van dat nauwkeurig bepaalde goed die uiteindelijk moest geaffecteerd worden tot de terugbetaling, althans de zekerheid, van de leningen; het goed verlaat het vermogen, doch de geldsom keert er in terug, zodat de zekerheidsbestemming van het goed overgedragen wordt op de geldsom. Daar de kopers middelerwijl failliet werden verklaard, hebben de uitleners geen kans hun schuldvordering anderszins te innen; deze zakelijke subrogatie baat niet de schuldenaars maar wel de schuldeisers (De Page, V, n° 594 en volg.).

Op deze gronden,

Het Hof,

Gelet op het artikel 24 van de wet van 15 juni 1935, Rechtdoende bij verstek tegenover de niet verschijnende partijen Lescrauwaet Josine en Criem Georges;

Alle andere conclusies verwerpend;

Overeenkomstig het advies van het openbaar ministerie;

Verklaart het hoger beroep ontvankelijk doch ongegrond en bevestigt het aangevochten vonnis in al zijn beschikkingen;

Verwijst de appellant in de kosten van deze aanleg.

HOF VAN BEROEP TE LUIK.

5e Kamer. — 16 februari 1968.

Voorzitter: M. Ulrix.

Raadsheren: M.M. Noelmans en Meers.

Advocat-generaal: M. Straetmans.

Advocaten: Mrs. Willems, de Caluwé en Geukens.

Afbetalingsovereenkomsten. — Wet van 9 juli 1957. — Voorschot niet betaald. — Verkoopcontract. — Niet tot stand gekomen. — Verhouding tussen verkoper en koper. — Verhouding tussen verkoper en geldlener.

Wanneer het in de verkoopovereenkomst vermelde voorschot «in speciën» niet ontvangen werd, is er luidens art. 5 van de wet van 9 juli 1957 geen rechtsgeldige verkoop tot stand gekomen, zodat er bezwaarlijk van contractbreuk kan gewaagd worden tussen de verkoper en de koper. De verkoper heeft niets te vorderen van de koper (aan wie ten deze niets geleverd werd).

Bij gebrek aan hoofdovereenkomst is de financieringsmaatschappij gerechtigd het bedrag van de leningsovereenkomst, die slechts een *accessorium* is, terug te vorderen van de verkoper aan wie zij het uitgekeerd heeft; de geldlening is immers zonder voorwerp geworden. Bij toepassing van art. 1147 B.W. moet de verkoper tevens de winstderving vergoeden die door zijn schuld aan de geldlener berokkend werd, zelfs indien zijn goede trouw moest aangenomen worden.

Brouwers t./ Auxifina en Rejek.

Gelet op de stukken van het geding en meer bepaal-

delijk, op het in regelmatige uitgifte voorgelegde vonnis van de Rechtbank van eerste aanleg van het arrondissement Hasselt, zetelende als Rechtbank van Koophandel, gewezen op 29 juni 1966;

Overwegende dat het hoger beroep tegen deze beslissing gericht regelmatig is naar de vorm en dat het binnen de door de Wet voorziene termijnen ingeleid werd; dat daartegen verder geen redenen van niet ontvankelijkheid aangevoerd worden noch voorhanden zijn;

Overwegende dat tussen appellant als verkoper en de geïntimeerden Rejek en Patrias als kopers, een contract op afbetaling opgesteld werd, dragend de datum van 26 mei 1965, ter bevordering van hetwelk door appellant een wissel ten belope van de som van 36.480 fr. getrokken werd ten bate van geïntimeerde n.v. Auxifina, nadat dit effect door de echtgenoten Rejek-Patrias geaccepteerd geworden was;

Overwegende dat geïntimeerde «Auxifina» een som van 30.000 fr., zijnde de waarde van de in het contract vermelde goederen aan appellant uitbetaalde, nadien echter vaststelde dat de levering van de beweerd verkochte zaken geen plaats vond en daarom de terugbetaling nastreefde van het geleend geld, verhoogd met het bedrag van de belasting van het financieringscontract; dat appellant de echtgenoten Rejek-Patrias in vrijwaring geroepen heeft en tevens in het betalen van schadeloosstelling hoofdens contractbreuk;

Overwegende dat, waar het vaststaat dat het in de verkoopsovereenkomst vermeld voorschot «in speciën» niet ontvangen werd, ondanks de tegenstrijdige vermelding daarin bevat, er luidens artikel 5 van de Wet van 9 juli 1957 geen rechtsgeldige verkoop tot stand gekomen is, zodat bezwaarlijk van contractbreuk kan gewaagd worden;

Overwegende dat appellant doet gelden dat het vereist voorschot niet noodzakelijk moet bestaan uit een geldsom en dat een afkorting door compensatie van minstens 15 %, ter zake vertegenwoordigd door de overname door de verkoper, van oude meubelen, eveneens geldig is;

Overwegende dat, mocht dergelijke stelling aanvaard worden, dan nog een voorschot zich voordoend onder bovenaangeduide vorm dient «betaald» te zijn geworden, naar de beschikking van de wet van 1957, hetgeen «in casu» betekent dat de overname effectief plaats greep vooraleer het contract afgesloten en ondertekend werd; dat appellant toegeeft dat zulks nooit geschied is zodat — zoals reeds gezegd — geen rechtsgeldige verkoping plaats greep en appellant niets van de geïntimeerden Rejek en Patrias te vorderen heeft;

Overwegende dat, bij gebrek aan hoofdovereenkomst, geïntimeerde n.v. «Auxifina» gerechtigd is het beloop van het leningscontract dat slechts een accessorium van deze hoofdovereenkomst daarstelt, terug te vorderen; dat deze geldlening inderdaad zonder voorwerp geworden is en dat appellant tevens de winstderving moet vergoeden die door zijn schuld aan de geldlener berokkend werd, zelfs indien zijn goede trouw moest aangenomen worden en bij toepassing van het artikel 1147 van het Burgerlijk Wetboek;

Om deze redenen,

Het Hof:

zetelende in openbare zitting en uitspraak doende op tegenspraak;

Gelet op artikel 24 der Wet van 15 juni 1935;

Ontvangt het hoger beroep;

Bevestigt het bestreden vonnis in al zijn beschikkingen en verwijst appellant in de beroepskosten.

VREDEGERECHT TE BERINGEN

12 januari 1968.

Rechter: M. Fr. Vranken.

Advocaten: Mrs. Panier en Geyskens.

Erfdienstbaarheden. — Niet gemene muur. — Betekenis van het woord «Aanbouwen» in art. 657 B.W. — Op-richting van een muur naast een andere op een naburig erf. — Geen verplichting de reeds bestaande muur gemeen te maken.

Er is van aanbouwen tegen een muur in de zin van artikel 657 B.W. geen sprake, wanneer de naburige eigenaar die muur niet rechtstreeks gebruikt, doch ernaast een andere muur plaatst die in staat is om een door hem opgericht gebouw te dragen.

De eigenaar van een erf, dat aan een muur grenst, kan niet gedwongen worden een reeds bestaande muur gemeen te maken of de helft van zijn waarde te betalen, indien hij door het oprichten van een afzonderlijke zijgevel duidelijk zijn wil te kennen heeft gegeven dat hij de gemeenschap niet wil verwerven.

De omstandigheid dat de muren elkaar raken en dat het bestaan van de ene onrechtstreeks voordeel voor de eigenaar van de andere kan opleveren doordat deze minder aan regen, vochtigheid of wind is blootgesteld, betekent niet dat de naburige eigenaar bezit heeft genomen of gebruik maakt van de betwiste muur.

St. t./ K...

Overwegende dat de eis strekt tot de veroordeling van de verweerster om aan de eiser te betalen de som van 12.976 fr. vermeerderd met de intresten sedert de dag van ingebruikneming van een muur, waarvan de datum in het exploit van dagvaarding niet is aangeduid geworden, tot de gerechtelijke intresten en de kosten van het rechtsgeding;

Overwegende dat uit het exploit van dagvaarding blijkt, dat de eis gesteund is op de overweging dat Keunen Hilda een gebouw heeft opgericht tegen de woning van de eiser Stuyck te Koersel, gelegen Heerbaan nr. 99, en dat zij hierbij gebruik heeft gemaakt van de zijgevel toebehorende aan eiser en derhalve ertoe gehouden is voor de overname de helft van de waarde van de muur bedragende 25.949 fr. te betalen;

Overwegende dat de verweerster de gegrondheid van de eis ontkent;

dat zij o.m. doet gelden:

1) dat zij geen gebruik heeft gemaakt van de muur toebehorende aan de eiser Stuyck;

2) dat zij integendeel op haar eigendom een afzonderlijke muur heeft gebouwd, die deze van de eiser niet raakt en die daaraan ook op generlei wijze is vastgehecht;

3) dat zij om haar huis te kunnen bouwen de zijgevel van eisers huis, die met een spouw gebouwd is, niet heeft kunnen benutten en verplicht is geweest naast die zijgevel op eigen grond een afzonderlijke muur op te richten, veertien centimeters breed, dienend om haar huis te ondersteunen;

Overwegende dat het bewijs niet geleverd is dat de verweerster gebruik maakt van de betwiste muur alsof zij mede-eigenaar hiervan was en alsof het een gemene muur betrof;

dat Stuyck wel beweert dat Keunen tegen de zijgevel

heeft aangebouwd, maar dat er van een aanbouwen in de zin van artikel 657 B.W. geen sprake is, vermits volgens de verklaringen van beide partijen de verweerster Keunen de zijgevel van het huis van Stuyck niet rechtstreeks gebruikt en vermits zij naast die zijgevel een andere muur geplaatst heeft die in staat is om het door haar opgerichte gebouw aan die zijde te dragen;

dat overigens Stuyck niet beweert of aanbiedt te bewijzen dat Keunen balken of ribben of andere voorwerpen in zijn muur zou hebben aangebracht;

Overwegende daarenboven dat art. 661 van het Burgerlijk Wetboek aan iedere eigenaar van een erf, dat aan een muur paalt, het vermogen toekent om die muur geheel of gedeeltelijk gemeen te maken, maar dat hij hiertoe door de eigenaar niet kan gedwongen worden;

dat de meester van de muur slechts het recht heeft betaling te eisen van de helft van zijn waarde en eventueel van de grond, waarop hij gebouwd is, in het uitzonderlijke geval dat de naburige eigenaar bezit heeft genomen van die muur in zodanige omstandigheden dat de wil om de gemeenschap te verkrijgen hierdoor is gebleken (Cassatie 26 april 1957, Pas. I, 1, 15);

dat in het onderhavige geval, door het oprichten van een afzonderlijke zijgevel naast deze van Stuyck, de verweerster Keunen duidelijk haar wil heeft te kennen gegeven dat zij de gemeenschap van de muur van Stuyck niet wilde verwerven;

Overwegende dat zelfs de omstandigheid dat de muren elkaar zouden raken of dat er zekere werken aan het dak zijn uitgevoerd geworden om te beletten dat water tussen de twee muren zou doordringen, alsmede de omstandigheid dat het bestaan van de ene muur onrechtstreeks voordeel kan opleveren voor de eigenaar van de andere, omdat de muur daardoor minder aan regen, vochtigheid of wind is blootgesteld, niet tot gevolg heeft dat de verweerster bezit heeft genomen van de betwiste muur of er gebruik van maakt;

Overwegende dat de eis derhalve als niet gegrond voorkomt;

Om deze redenen:

Beslissend op tegenspraak;

Verklaren de eis ontvankelijk doch niet gegrond;

Wijzen hem af en veroordelen de eiser tot de kosten van het rechtsgeding.

MEDEDELINGEN

Belgische Vereniging Voor Arbeidsverhoudingen
B.V.V.A.

Sluiting van ondernemingen. — Colloquium 25 mei 1968
Leuven.

Programma

10.00 u. Verwelkoming der deelnemers. G. Declercq, Algemeen Beheerder van de Katholieke Universiteit Leuven Nederlands.

10.10 u. La politique gouvernementale en matière de fermetures d'entreprises. — L. Servais, Ministre de l'Emploi et du Travail.

10.30 u. Fermetures d'entreprises. Approche sociologique. G. Spitaels, Chargé de Cours - U.L.B.

11.00 u. Bescherming van de werknemers in geval van afsluiting bij sluiting van de onderneming en kritisch onderzoek van de wetgeving terzake. — C. Quisthoudt, Juridisch Adviseur - A.C.V..

11.30 u. Studie der maatregelen getroffen in het raam van de Europese Gemeenschappen inzake ontwikkelingsbeleid en meer in het bijzonder met betrekking tot België. — A. Herpels, Ambtenaar E.G.K.S.

12.30 u. Receptie - Middagmaal.

15.00 u. Paneeldiscussie

— Voorzitter: R. Blanpain, Professor Rechtsfaculteit K.U.L.

— Leden: F. Bleeckx, Directeur bij Febeltex, N. De Bock, Nationaal Secretaris A.B.V.V., I. Lindemans, Hoofd Studiedienst A.C.V., J.D. Neirinck, Directeur-Generaal Sociale zaken - E.E.G., J. Petit, Kabinetschef van de Minister van Tewerkstelling en Arbeid, A. Van der Haeghen, Nationaal Secretaris A.C.L.V.B.

Datum: 25 mei 1968, 9.45 u.

Plaats: Leuven, Boekhandelstraat 9 (naast het stadhuis).

Deelname onkosten:

Inbegrepen volledige documentatiemap: 100 fr (leden)
200 fr. (niet-leden) - Middagmaal: 175 fr.

Inlichtingen:

— Prof. Dr. R. Blanpain, Voorzitter van de Vereniging, Collegium Falconis, Tiensestraat 41, Leuven. Telefoon: 016/29992. — Dr. M. Stroobant, Secretaris van de Vereniging, 125, A. Buyllaan, Brussel 5. Tel. 02/49 00 30.

VLAAMSE JURISTEN,

Abonneert U op het "Rechtskundig Weekblad"