

vonnis

RECHTBANK GELDERLAND

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Arnhem

zaaknummer / rolnummer: C/05/308611 / KG ZA 16-435

Vonnis in kort geding van 19 december 2016

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
CONTINENTAL BAKERIES (HAUST) B.V.,
statutair gevestigd en kantoorhoudende te Dordrecht,
eiseres,
advocaten mrs. E. Hameleers en H.M.H. Speyart te Amsterdam,

tegen

THEODORUS HENDRIKUS MARIA TEMPELS,
wonende te Apeldoorn,
gedaagde,
advocaten mrs. P.L. Reeskamp en L.E.J. Korsten te Amsterdam,

waarin hebben gevorderd als voegende partijen aan de zijde van Tempels te worden toegelaten:

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
BOLLETJE B.V.,
gevestigd te Almelo,
eiseres in het incident tot voeging,
advocaat mr. E.W.F. Schotanus te Enschede,

en

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
VAN DER MEULEN HALLUM B.V.,
gevestigd te Hallum, gemeente Ferwerderadiel,
eiseres in het incident tot voeging,
advocaten mrs. P.L. Reeskamp en L.E.J. Korsten te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Continental Bakeries, Tempels, Bolletje en Van der Meulen genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

-
- de dagvaarding van 4 november 2016 met de producties 1 t/m 31
 - de conclusie van antwoord van Tempels met de producties 1 t/m 30
 - de brief van 24 november 2016 van Continental Bakeries met productie 32
 - de incidentele conclusie tot voeging aan de zijde van Tempels van Bolletje
 - de incidentele conclusie tot voeging aan de zijde van Tempels van Van der Meulen
 - het e-mailbericht van 26 november 2016 van Tempels met daarbij een proceskostenspecificatie
 - de mondelinge behandeling op 28 november 2016
 - de pleitnota van Continental Bakeries
 - de aanvulling van eis van Continental Bakeries
 - de pleitnota van Tempels
 - de pleitnota van Bolletje
 - de pleitnota van Van der Meulen.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Continental Bakeries is een producent en leverancier van broodvervangers (waaronder beschuit, rijstwafels, knäckebrød en ontbijtkoek), koekjes en toast. In Dordrecht exploiteert Continental Bakeries een fabriek met een productielijn voor het vervaardigen van beschuit. Continental Bakeries produceert in Nederland beschuit voor het huiskerksegment en sluit daartoe productieovereenkomsten met supermarktketens.

2.2. Naast Continental Bakeries zijn Van der Meulen en Bolletje in Nederland producenten van beschuit.

2.3. Het Nederlandse retailkanaal voor beschuit bestaat uit het merksegment (branded) en het huiskerksegment (private label). In het merksegment verkoopt een fabrikant het product onder zijn merk en volgens eigen specificaties aan de detaillist (met name supermarktketens), die dat product doorverkoopst aan de consument. Op de Nederlandse beschuutmarkt is er één A-merk, te weten Bolletje, geproduceerd door Bolletje. Van der Meulen produceert merkbeschuit dat uitsluitend in bakkerswinkels wordt verkocht en Continental Bakeries produceert merkbeschuit met de naam Haust, maar is daarmee enkel actief op de Belgische markt. In het huiskerksegment selecteren de Nederlandse supermarktketens door middel van private aanbestedingsprocedures de fabrikanten van hun diverse huiskerkproducten. Het huiskerk kan een eigen merk van de supermarktketen zijn dan wel een merk dat tot uitdrukking brengt dat het om het goedkoopste product gaat in het betrokken segment (budgetmerk). Continental Bakeries, Van der Meulen en Bolletje produceren allen huiskerkbeschuit ten behoeve van Nederlandse supermarktketens.

2.4. Tempels is uitvinder van een randinkeping waarmee platte baksels makkelijk uit een strakke rolverpakking kunnen worden gehaald. Op 17 juni 1999 heeft Tempels een octrooi hiervoor aangevraagd, hetgeen op 19 december 2000 is verleend en verloopt op 16 juni 2019.

2.5. Op het moment dat het octrooi werd verleend, wilde geen enkele beschuutfabrikant een licentie afnemen. Tempels heeft Continental Bakeries, Bolletje en Van der Meulen in de

periode 1999-2003 benaderd met een aanbod voor een licentie. Continental Bakeries achtte het toen niet (voldoende) commercieel interessant om een licentie te verkrijgen.

2.6. Bolletje heeft in december 2002 als eerste producent beschuit met een inkeping op de markt gebracht in Nederland. Bolletje en Tempels hebben een daarover gerezen geschil geschikt en op 30 juni 2003 een licentieovereenkomst gesloten.

Ook met Van der Meulen heeft Tempels een geschil gehad over het gebruik en de geldigheid van het octrooi, waarna partijen dat geschil hebben geschikt en op 4 september 2014 een licentieovereenkomst met een exclusief karakter hebben gesloten. Volgens het Nederlands octrooiregister is de licentie van Van der Meulen niet exclusief.

2.7. Op 9 januari 2015 heeft een medewerker van Continental Bakeries telefonisch en per e-mail contact gehad met Tempels en hem uitgenodigd voor een gesprek met de algemeen directeur van Continental Bakeries over het sluiten van een licentieovereenkomst. Tempels heeft Continental Bakeries bij e-mailbericht van 15 januari 2015 bericht dat hij wegens gezondheidsproblemen van zijn echtgenote in ieder geval tot eind februari 2015 niet in de gelegenheid was om een gesprek aan te gaan.

2.8. Bij brief van 23 januari 2015 heeft de advocaat van Continental Bakeries Tempels verzocht Continental Bakeries een licentie te verstrekken en hem aangezegd dat Continental Bakeries voornemens was een nietigheidsprocedure aanhangig te maken indien Tempels geen licentie om niet zou afgeven om het in het octrooi omschreven voortbrengsel (beschuit met inkeping aan de rand) te vervaardigen, in voorraad te houden en te verhandelen.

2.9. De advocaten van Continental Bakeries en Tempels hebben vervolgens gecorrespondeerd, waarbij namens Tempels is aangegeven dat hij vanwege zijn gezondheidssituatie niet in staat was om een gesprek aan te gaan.

2.10. Bij dagvaarding van 24 maart 2015 heeft Continental Bakeries bij de rechtbank Den Haag jegens Tempels een vordering ingesteld tot vernietiging van het octrooi.

2.11. Bij brief van 27 augustus 2015 heeft Continental Bakeries (de advocaten van) Tempels verzocht om met haar in overleg te treden over het verlenen van een licentie, waarbij Continental Bakeries heeft vermeld dat het weigeren om tegen redelijke voorwaarden een licentie te verstrekken misbruik van zijn machtpositie oplevert, hetgeen in strijd zou zijn met de Mededingingswet en het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie.

2.12. De advocaat van Tempels heeft bij brief van 3 september 2015 aan Continental Bakeries hierop afwijzend gereageerd.

2.13. Tempels heeft op 14 september 2015 telefonisch contact opgenomen met Continental Bakeries, waarna een afspraak is gemaakt voor 18 september 2015 voor overleg over het sluiten van een licentieovereenkomst. Op 17 september 2015 heeft Tempels deze bespreking vanwege gezondheidsproblemen afgezegd. Daarbij heeft Tempels tevens aangegeven dat hij geen nieuwe afspraak wilde maken en geen nader contact wilde met Continental Bakeries, ook niet via zijn advocaat.

-
- 2.14. Bij e-mailbericht van 28 september 2015 heeft Continental Bakeries Tempels een aanbod gedaan voor het sluiten van een licentieovereenkomst, waarbij hem onder meer een licentievergoeding van € 0,003 per verkochte beschuitrol en een vaste vergoeding van € 25.000,00 bij het bereiken van twee miljoen verkochte beschuitrollen werd aangeboden.
- 2.15. De advocaat van Tempels heeft Continental Bakeries bij e-mailbericht van 2 oktober 2015 laten weten dat Tempels geen behoefte heeft om een gesprek over het verstrekken van een licentie met Continental Bakeries voort te zetten.
- 2.16. Bij brieven en e-mails van 15 april 2016, 21 april 2016, 2 mei 2016 en 7 juli 2016 heeft de advocaat van Tempels Continental Bakeries verzocht het octrooi te eerbiedigen en hem toe te zeggen daarop geen inbreuk te maken.
- 2.17. Continental Bakeries heeft bij brieven (tevens verstuurd per e-mail) van 21 april 2016 en 28 april 2016 aan de advocaat van Tempels bericht dat zij zich niet gehouden acht om een dergelijke toezegging te doen.
- 2.18. Bij vonnis van 27 juli 2016 heeft de rechtbank Den Haag de vorderingen van Continental Bakeries afgewezen. Dit vonnis is onherroepelijk.
- 2.19. Bij brief (tevens verstuurd per e-mail) van 27 juli 2016 heeft de advocaat van Tempels Continental Bakeries verzocht om te bevestigen dat zij het octrooi zal respecteren tot het einde van de geldigheid ervan. Op diezelfde dag heeft de advocaat van Continental Bakeries de advocaat van Tempels bericht dat zij zo snel mogelijk op het verzoek terugkomt.
- 2.20. Tempels heeft bij dagvaarding van 29 juli 2016 verbodsvorderingen tegen Continental Bakeries ingesteld bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag. Dat kort geding is op 16 september 2016 door Tempels ingetrokken.
- 2.21. De advocaat van Continental Bakeries heeft de advocaat van Tempels bij brief van 20 september 2016 kort gezegd verzocht om in onderhandeling te treden over het verlenen van een licentie op het octrooi.

3. Het geschil

in de hoofdzaak

- 3.1. Continental Bakeries vordert – na een aanvulling van eis – dat de voorzieningenrechter

primair

I. Tempels met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis

1. verbiedt uitvoering te geven aan enige exclusiviteitsafspraken met een derde of met derden, voor zover deze afsprak(a)k(en) hem beletten of beperken in de mogelijkheid om aan Continental Bakeries een licentie op het octrooi te verlenen of daarover met Continental Bakeries in onderhandeling te treden,
2. gebiedt

-
- a. in onderhandeling te goeder trouw te treden met Continental Bakeries met betrekking tot het onder redelijke en non-discriminatoire voorwaarden verlenen van een licentie op het octrooi; en
- b. hangende die onderhandelingen te gehangen en te gedogen dat Continental Bakeries gebruik maakt van dat octrooi tegen betaling van een redelijke royalty van, op jaarbasis te berekenen:
- i. € 0,003 per verkochte beschuitrol; en
 - ii. een vaste vergoeding van € 25.000,00 bij het bereiken van twee miljoen verkochte beschuitrollen;
- of althans een andere, door de voorzieningenrechter in goede justitie te bepalen vergoedingssystematiek met een variabele vergoeding per exploitatiehandeling, vanaf het moment dat Continental Bakeries voor de over één jaar volgens dit stelsel te berekenen royalty vooraf, naar keuze van Tempels: (i) een betaling in escrow zal hebben gedaan, of (ii) een bankgarantie zal hebben verleend,
- II. een datum bepaalt voor een nadere zitting in dit kort geding, indien partijen niet binnen één maand na dit vonnis, of althans op een andere termijn die de voorzieningenrechter geraden acht, overeenstemming hebben bereikt over redelijke en non-discriminatoire voorwaarden voor een licentie op het octrooi, opdat de voorzieningenrechter in die zitting Continental Bakeries en Tempels kan horen met het oog op het alsdan bij nader vonnis in kort geding vaststellen van die voorwaarden, althans voor dat geval Tempels gebiedt om met Continental Bakeries met betrekking tot dat onderwerp een bindend advies- of arbitrageovereenkomst aan te gaan,

subsidiar

- I. Tempels met onmiddellijke ingang na betekening van dit vonnis
1. verbiedt uitvoering te geven aan enige exclusiviteitsafpraak met een derde of met derden, voor zover deze afspra(a)k(en) hem beletten of beperken in de mogelijkheid om aan Continental Bakeries een licentie op het octrooi te verlenen of daarover met Continental Bakeries in onderhandeling te treden,
 2. gebiedt in onderhandeling te goeder trouw te treden met Continental Bakeries met betrekking tot het onder redelijke en non-discriminatoire voorwaarden verlenen van een licentie op het octrooi,
- II. een datum bepaalt voor een nadere zitting in dit kort geding, indien partijen niet binnen één maand na dit vonnis, of althans op een andere termijn die de voorzieningenrechter geraden acht, overeenstemming hebben bereikt over redelijke en non-discriminatoire voorwaarden voor een licentie op het octrooi, opdat de voorzieningenrechter in die zitting Continental Bakeries en Tempels kan horen met het oog op het alsdan bij nader vonnis in kort geding vaststellen van die voorwaarden, althans voor dat geval Tempels gebiedt om met Continental Bakeries met betrekking tot dat onderwerp een bindend advies- of arbitrageovereenkomst aan te gaan.

meer subsidiar

een andere voorziening treft die de voorzieningenrechter in goede justitie geraden zal voorkomen,

primair, subsidiar en meer subsidiar

Tempels veroordeelt tot voldoening aan Continental Bakeries van:

primair

-
1. de gerechtskosten en andere kosten op de voet van artikel 239 Rv met betrekking tot het onderhavige geschil,
subsidiair
 2. de werkelijke gerechtskosten en andere kosten op de voet van 1019h Rv met betrekking tot het onderhavige geschil, en
zowel primair als subsidiair
 3. de nakosten ten bedrage van respectievelijk € 131,00 zonder betekening en € 199,00 met betekening,
een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen, althans vanaf een door de voorzieningenrechter redelijk geachte termijn, na dit vonnis, indien en voor zover Tempels deze kosten niet voordien heeft voldaan.

3.2. Tempels voert verweer.

in het incident

3.3. Bolletje en Van der Meulen vorderen dat zij als voegende partij aan de zijde van Tempels worden toegelaten.

4. De beoordeling

in het incident tot voeging aan de zijde van Tempels van Bolletje en Van der Meulen

4.1. Continental Bakeries en Tempels hebben geen verweer gevoerd tegen de voeging van Bolletje en Van der Meulen aan de zijde van Tempels. Bolletje en Van der Meulen hebben aannemelijk gemaakt dat zij voldoende belang hebben bij voeging. Zij hebben een (exclusieve) licentieovereenkomst met Tempels gesloten en Tempels verzet zich in dit kort geding tegen het onderhandelen over het sluiten van een licentieovereenkomst met Continental Bakeries. Bolletje en Van der Meulen kunnen nadelige gevolgen ondervinden van de uitkomst van de onderhavige procedure als die ongunstig is voor Tempels. Daarom zullen Bolletje en Van der Meulen worden toegelaten als voegende partijen aan de zijde van Tempels. Continental Bakeries zal in de kosten van het incident worden veroordeeld, welke kosten worden begroot op nihil.

in de hoofdzaak

de bevoegdheid

4.2. Continental Bakeries vordert in dit kort geding kort gezegd dat Tempels met haar in onderhandeling treedt voor het verlenen van een licentie op het octrooi, dat Continental Bakeries hangende die onderhandelingen gebruik kan maken van het octrooi en dat het Tempels wordt verboden om uitvoering te geven aan enige exclusiviteitsafspraken met Bolletje en/of Van der Meulen die betrekking heeft op het verstrekken van een licentie op het octrooi. Aan haar vorderingen legt Continental Bakeries ten grondslag dat Tempels misbruik maakt van zijn machtspositie (die hij inneemt op de markt voor het aanbieden van technologie voor het produceren en verpakken van platte baksels met een randinkeping) door met zijn licentieweigering te discrimineren tussen Continental Bakeries enerzijds en Bolletje en Van der Meulen anderzijds, waardoor Continental Bakeries wordt benadeeld in

de mededinging met Bolletje en Van der Meulen. Ten gevolge hiervan lijdt Continental Bakeries schade.

4.3. Tempels heeft zich op het standpunt gesteld dat octrooirechtelijke geschillen zoals het onderhavige tot de exclusieve bevoegdheid behoren van de rechtbank Den Haag, zodat alleen die rechtbank bevoegd is om kennis te nemen van dit geschil. Vastgesteld kan worden dat Continental Bakeries haar vorderingen grondt op schending van het mededingingsrecht. Continental Bakeries heeft geen vordering ingesteld betreffende de uitleg of de inhoud van het octrooi dan wel om vast te doen stellen dat bepaalde door haar verrichte handelingen niet strijdig zijn met het octrooi van Tempels. Evenmin is sprake van een vordering tot handhaving van het octrooi wegens een (in)directe inbreuk of tot betaling van een redelijke vergoeding voor het gebruik van het octrooi voorafgaand aan de feitelijke verlening van het octrooi dan wel van een vordering inhoudende een “wapperverbod” (zijnde een verbod om mededelingen te doen over een beweerdelijke octrooi-inbreuk). De vorderingen van Continental Bakeries zijn er in essentie op gericht om de onderhandelingen op te starten over het verlenen van een licentie, omdat het niet verlenen ervan discriminatoir en mededingingsbeperkend zou zijn. Het verweer van Tempels dat de rechtbank Den Haag exclusief bevoegd zou zijn, wordt dan ook verworpen. Tempels is woonachtig in Apeldoorn, zodat de rechtbank Gelderland, locatie Arnhem, die op grond van het bepaalde in het Zaakverdelingsreglement rechtbank Gelderland (StCrt 2014, 10620) kennisneemt van mededingingsrechtelijke geschillen, relatief bevoegd is.

het spoedeisend belang

4.4. Het spoedeisend belang vloeit voldoende voort uit de stellingen van Continental Bakeries. Supermarkten zijn de afgelopen jaren ook voor hun huismerken beschuit met inkepingen gaan inkopen, waardoor volgens Continental Bakeries per januari 2016 88% van het verkochte beschuit in een rol (ongeacht het onderscheid tussen A-merk en huismerk) was voorzien van een inkeping. Slechts enkele budgetmerkproducten bevatten die inkeping nog niet, maar volgens Continental Bakeries worden deze producten door supermarkten tegelijk ingekocht met huismerk beschuit met inkeping, zodat Continental Bakeries deze combinatie van producten niet kan leveren. Het marktaandeel van Continental Bakeries is hierdoor in 2015/2016 enorm gedaald, waardoor sluiting van de fabriek van Continental Bakeries in Dordrecht dreigt. Ondanks de betwisting althans nuancering van het een en ander door Tempels, is het spoedeisend belang hiermee gegeven. Dat Continental Bakeries er niet voor heeft gekozen om de onderhavige vorderingen in te stellen in de voorafgaande bodemprocedure bij de rechtbank Den Haag maakt niet dat het spoedeisend belang ontbreekt. Het stond Continental Bakeries vrij om de beslissing over de geldigheid van het octrooi af te wachten alvorens zij de onderhavige vorderingen zou instellen. Nadat het bodemvonnis op 27 juli 2016 was gewezen, wilde Tempels bij de voorzieningenrechter in Den Haag een kort geding aanhangig maken met verbodsvorderingen, maar op het moment dat Continental Bakeries een vordering in reconventie wilde indienen, is het kort geding door Tempels ingetrokken, waarna Continental Bakeries ervoor heeft gekozen om een kort geding bij de voorzieningenrechter van de rechtbank Gelderland aanhangig te maken.

de inhoudelijke beoordeling

4.5. In dit kort geding dient als uitgangspunt te worden genomen dat Tempels houder is van een octrooi op een randinkeping in platte baksels waarmee deze platte baksels

makkelijk(er) uit een strakke rolverpakking kunnen worden gehaald. Dit octrooi geeft aan de octrooihouder, Tempels, een uitsluitend recht. Tempels kan een exclusieve licentie op dit octrooi verstrekken aan (een) producent(en) die geen rechtstreekse concurrent(en) van Tempels is/zijn. De strekking van een octrooierecht is immers dat voor uitvindingen die zich lenen voor industriële toepassing een tijdelijk uitsluitend exploitatierecht kan worden verkregen, alsook dat de octrooihouder een ander toestemming kan geven om zijn recht te gelde te maken tegen betaling van een vergoeding. Het verstrekken van een of meerdere exclusieve licentie(s) is dus gerechtvaardigd. Immers in dat geval kan de octrooihouder een hogere vergoeding (royalty) ontvangen dan wanneer een octrooihouder verplicht zou zijn om aan vele/alle producenten een licentie te verlenen. Bovendien zou, naar mag worden aangenomen, indien aan iedere producent een licentie zou moeten worden verstrekt, een producent niet of nauwelijks bereid zijn om daarvoor enige vergoeding te betalen.

4.6. Continental Bakeries legt aan haar vorderingen ten grondslag dat Tempels misbruik maakt van zijn machtspositie door aan Bolletje en Van der Meulen wel een licentie te verstrekken en aan Continental Bakeries niet en vordert – kort gezegd – dat Tempels in onderhandeling treedt met Continental Bakeries over het verlenen van een licentie, alsook een verbod om aan exclusiviteitsafspraken met derden (Bolletje en Van der Meulen) uitvoering te geven. Om voorzieningen te kunnen treffen als gevorderd, dient met een redelijke mate van zekerheid aangenomen te kunnen worden dat in een bodemprocedure zal worden geoordeeld dat de vorderingen van Continental Bakeries, althans vorderingen van vergelijkbare aard, zullen slagen. Bij de onderhavige beoordeling zal daarover een (voorlopig) oordeel moeten worden gevormd op basis van hetgeen in deze kort gedingprocedure naar voren is gebracht en aannemelijk is gemaakt. De voorzieningen die zijn gevorderd zijn zeer verstrekkend en komen slechts voor toewijzing in aanmerking, indien er geen redelijke twijfel bestaat met betrekking tot het gestelde misbruik.

4.7. Op grond van artikel 24 eerste lid van de Mededingingswet (Mw) en artikel 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) is het ondernemingen verboden misbruik te maken van een economische machtspositie. Onder een economische machtspositie wordt verstaan een positie van één of meerdere ondernemingen die hen in staat stelt de instandhouding van een daadwerkelijke mededinging op (een wezenlijk deel van) de relevante markt, te verhinderen door hen de mogelijkheid te geven zich in belangrijke mate onafhankelijk van hun concurrenten, hun leveranciers, hun afnemers of de eindgebruikers te gedragen. Voor toepassing van het verbod is vereist dat sprake is van (i) een onderneming, die (ii) een machtspositie inneemt op één of meerdere markten en (iii) van die positie misbruik maakt.

4.8. Niet in geschil is dat Tempels kan worden gekwalificeerd als een onderneming, nu daaronder ook natuurlijke personen die economische activiteiten uitoefenen kunnen worden geschaard (MvT, Kamerstukken II 1995/1996, 24707, nr 3. p. 10).

4.9. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van een economische machtspositie dient de relevante markt te worden afgebakend. Vooropgesteld dient te worden dat partijen ter zitting uitvoerig hebben betoogd op welke wijze de relevante markt dient te worden afgebakend. De stellingen zijn over en weer gemotiveerd betwist. Een kort geding procedure leent zich evenwel niet voor het uitgebreide onderzoek dat nodig is om de relevante markt precies te bepalen.

4.10. Continental Bakeries gaat uit van de Nederlandse markt voor de productie en verkoop van rolbeschuit met inkeping. Met het woord rolbeschuit bedoelt Continental Bakeries beschuit dat gestapeld is en strak is verpakt in een rol, met daarin doorgaans 13 stuks. Door deze strakke verpakking bestaat het risico dat een beschuit beschadigd (of zelfs gebroken) wordt indien deze uit de strakke verpakking wordt genomen. Voorshands geoordeeld neemt Continental Bakeries in de onderhavige zaak een veel te beperkte markt als uitgangspunt, in het bijzonder ten aanzien van de stroomafwaartse markt. Onvoldoende aannemelijk is geworden dat er een aparte markt bestaat voor 'rolbeschuit' met inkeping. Beschuit kan, zoals ter zitting door Tempels is betoogd, ook op andere manieren uit een strakke rolverpakking worden genomen. Daarnaast is er op de markt beschuit zonder inkeping verkrijgbaar in een losse zak (door Continental Bakeries aangeduid als luxe beschuit), waarbij het probleem van het uitnemen uit een strakke rol(verpakking) dus niet bestaat. Continental Bakeries heeft weliswaar betoogd dat supermarkten als huismerkbeschuit alleen beschuit met inkeping willen afnemen en dat zij de inkoop voor beschuit zonder inkeping enkel combineren met beschuit met inkeping, zodat Continental Bakeries niet langer beschuit aan supermarkten kan leveren. Dit is evenwel gemotiveerd betwist door Tempels, Bolletje en Van der Meulen. Tempels heeft met stukken onderbouwd aangevoerd dat er een significante vraag bestaat naar beschuit zonder inkeping en dat supermarkten nog steeds private aanbestedingen uitschrijven voor beschuit zonder inkeping.

4.11. Hoewel er, anders dan Tempels betoogt, onvoldoende aanknopingspunten zijn om aan te nemen dat de onderhavige Nederlandse relevante markt de gehele markt van broodvervangers omvat, bestaat, voorshands geoordeeld, de Nederlandse relevante markt (voor beschuit) dan ook niet alleen uit in een rol verpakt beschuit met inkeping, maar ook uit in een rol verpakt beschuit zonder inkeping én uit beschuit zonder inkeping dat op een ander wijze is verpakt in een plastic doorzichtige, losse zak (door Continental Bakeries aangeduid als luxe beschuit). Het voorgaande geldt als uitgangspunt voor de verdere beoordeling van het geschil.

4.12. De vraag is vervolgens of Tempels een machtspositie heeft op de hiervoor vastgestelde markt en zo ja, of hij daarvan misbruik maakt. Het bezit van een intellectueel eigendomsrecht levert op zichzelf niet een machtspositie op, en het gebruik van zo'n recht, ook al is wél sprake van een machtspositie, levert nog geen misbruik op (vgl. HvJ EG 6 april 1995, C-241/91P en C-242/91P, ECLI:EU:C:1995:98, NJ 1995, 492, Magill). Slechts in uitzonderlijke gevallen kan de uitoefening van het aan een intellectuele eigendomsrecht verbonden alleenrecht door de houder van dat intellectuele eigendomsrecht misbruik in de zin van artikel 102 VWEU opleveren. Van belang is of voor een onderneming die een licentie wenst, de beschikking over de door het intellectueel eigendomsrecht beschermde gegevens (hier: de inkeping) onontbeerlijk is om op de betrokken (afgeleide) markt door te dringen en of die onderneming beoogt een nieuw product op de markt te brengen dat de houder van het intellectuele eigendomsrecht niet aanbiedt en waarvoor een potentiële vraag van consumenten bestaat. Daarnaast dient, om van misbruik te kunnen spreken, de weigering van een licentie niet gerechtvaardigd te zijn op objectieve gronden en dient als gevolg van de weigering de markt aan de houder van het exclusieve recht te worden voorbehouden en elke mededinging te worden uitgesloten. In beginsel is alleen indien aan deze vereisten wordt voldaan sprake van misbruik van machtspositie (vgl. HvJ EG 5 oktober 1988, zaak C-238/87, ECLI:EU:C:1988:477, NJ 1991, 107, Volvo/Veng, HvJ EG 29 april 2004, zaak C-418/01, ECLI:EU:C:2004:257, NJ 2005, 74, IMS Health en Gerecht EU 17 september 2007, zaak T-201/04, ECLI:EU:T:2007:289, Microsoft/Commissie).

4.13. Dat de inkeping onontbeerlijk of essentieel is om op de relevante beschuitmarkt door te dringen/actief te zijn is onvoldoende aannemelijk geworden. Continental Bakeries wil voorts geen nieuw product op de markt brengen dat Tempels, althans de huidige licentiehouders Bolletje en Van der Meulen, nog niet aanbiedt/aanbieden. Bovendien kan ook op andere manieren beschuit uit een strakke rolverpakking worden genomen. Zo bestaan er verschillende beschuitbussen die het uit de verpakking halen van beschuit zonder inkeping vergemakkelijken en heeft een koekjesfabrikant een verpakking gemaakt met een soort rits aan de voorkant waardoor koeken in een soortgelijke strakke rolverpakking makkelijk en zonder te breken uit die verpakking kunnen worden genomen. Daarnaast is op de markt beschuit zonder inkeping verkrijgbaar in een losse zak (door Continental Bakeries aangeduid als luxe beschuit), waarbij het probleem van het uitnemen uit een strakke rol dus niet bestaat. Reële en adequate alternatieven (zie de afbeeldingen hieronder) zijn dus voorhanden om op dezelfde markt actief te kunnen zijn. Reeds daarom is in het onderhavige geval geen sprake van het maken van misbruik van een economische machtspositie door Tempels.



4.14. Continental Bakeries heeft nog een beroep gedaan op het arrest van 16 juli 2015 van het HvJ EU (C-170/13, ECLI:EU:C:2015:477, RvdW 2015, 1195, Huawei/ZTE) waarin kort gezegd de volgende vraag is beantwoord: *In welke omstandigheden kan een onderneming met een machtspositie die houdster is van een Standaard Essentieel Octrooi (SEO), waarvoor zij jegens de standaardisatieorganisatie de verbintenis is aangegaan aan derden licenties te verlenen onder FRAND-voorwaarden, door de instelling van een beroep wegens inbreuk worden geacht een door artikel 102 VWEU verboden misbruik te hebben gemaakt?* Het HvJ EU is in dat arrest tot het oordeel gekomen dat het instellen van een dominante SEO-houder van vorderingen die strekken tot terugroeping van en een verbod op een verhandeling van de producten onder omstandigheden misbruik kan opleveren. De vergelijking met de onderhavige zaak gaat evenwel mank, nu hier geen sprake is van een SEO en evenmin jegens een standaardisatieorganisatie een verbintenis is aangegaan tot het verlenen van licenties aan derden onder FRAND-voorwaarden. De zaken zijn reeds daarom niet vergelijkbaar. Voor een ruimere interpretatie van het arrest, zoals Continental Bakeries heeft betoogd, bestaat geen aanleiding.

4.15. Op de ruimere markt zoals hiervoor onder 4.10. en 4.11. omschreven maakt Tempels dan ook geen misbruik van zijn machtspositie, voor zover er al vanuit zou worden gegaan dat Tempels een dergelijke machtspositie heeft. Op dit moment worden er naast beschuit met inkeping in een strakke rolverpakking talloze andere beschuiten verkocht, waaronder beschuit zonder inkeping (zie de afbeelding hieronder). Op de markt waarop Continental Bakeries zich begeeft, te weten die van het huismerk (private label), is volgens Tempels en de door hem overgelegde Nielsen cijfers nog altijd ongeveer 40% van het beschuit beschuit zonder inkeping. Deze cijfers zijn door Continental Bakeries niet weersproken. Continental Bakeries stelt weliswaar dat het aandeel van beschuit zonder inkeping op de markt zal verdwijnen dan wel aanzienlijk zal verminderen. Dit is echter gemotiveerd en gedocumenteerd bestreden door Tempels en is in het kader van dit kort geding niet vast te stellen, nu deze procedure zich niet leent voor omstandige bewijslevering.



4.16. Op grond van het vorenstaande zijn er derhalve onvoldoende aanwijzingen om in dit kort geding aan te kunnen nemen dat Tempels op de relevante Nederlandse markt voor beschuit een machtspositie heeft én dat hij daarvan misbruik maakt door wel aan Bolletje en Van der Meulen en niet aan Continental Bakeries een licentie te verstrekken. Dit betekent dat de gevorderde voorzieningen niet om die reden kunnen worden toegewezen.

de belangenafweging

4.17. Een belangenafweging leidt niet tot een andere beslissing. Hierbij overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

Nadat in 2000 het octrooi op een randinkeping in platte baksels, waarmee deze makkelijker uit een strakke rolverpakking kunnen worden gehaald, aan Tempels was verleend, heeft hij Continental Bakeries als eerste en diverse malen benaderd om te spreken over het verstrekken van een licentie. Continental Bakeries heeft dit aanbod echter afgeslagen. Uit de overgelegde stukken blijkt dat Continental Bakeries het toen commercieel onvoldoende interessant vond om op dit aanbod in te gaan. Bolletje had wel belangstelling, heeft de nodige investeringen gedaan en heeft in 2002/2003 als eerste fabrikant van beschuit beschuit met een inkeping geproduceerd, waarna – na een geschil met Tempels – aan haar door Tempels een licentie is verstrekt. In 2014 heeft ook Van der Meulen aangegeven beschuit met inkeping te willen gaan produceren en is, gedurende een geschil met Tempels hierover, ook aan haar een licentie verstrekt. De licentie van Bolletje was aanvankelijk exclusief, maar Van der Meulen heeft een zogenaamde carve-out hiervan verkregen. Onweersproken is dat beide producenten (forse) investeringen (voor bakblikken met een inkeping én een automatische bakblikkenwisselaar) hebben gedaan teneinde hun productielijn aan te passen. Duidelijk is dat zij van de vinding van Tempels een succes hebben gemaakt, inmiddels zowel in het merksegment als in het huismerksegment.

Continental Bakeries wil nu meeliften op dat succes en heeft in januari 2015 Tempels benaderd om alsnog in onderhandeling te gaan over een licentie. Tempels, een gepensioneerde burger van 77 jaar oud, heeft toen vanwege gezondheidsproblemen, eerst van zijn vrouw en daarna ook van hemzelf, om uitstel gevraagd. Daarop wilde Continental Bakeries niet wachten en een advocaat van Continental Bakeries heeft toen bij aangetekende brief een vernietigingsprocedure aangekondigd en van Tempels, ter voorkoming daarvan, een licentie om niet geëist. Dit kon bepaald niet FRAND (fair, reasonable and non-discriminatory) worden genoemd, niet jegens Tempels, die zijn rechten niet hoeft prijs te geven, en zeker ook niet jegens de bestaande licentiehouders, die de markt hebben gecreëerd en wel een vergoeding voor hun licentie betalen. Toen Tempels hier niet op inging, heeft Continental Bakeries overeenkomstig haar dreigement een procedure bij de rechtbank Den Haag aanhangig gemaakt waarin vernietiging van het octrooi werd gevorderd. Nadat de rechtbank Den Haag bij vonnis van 27 juli 2016 de vordering van Continental Bakeries had afgewezen, welk vonnis onherroepelijk is geworden, is Continental Bakeries de onderhavige procedure gestart en eist zij hierin een licentie, thans wel op FRAND-voorwaarden, op grond van het mededingingsrecht.

Het komt erop neer dat Continental Bakeries zowel de marktontwikkeling als haar proceskansen verkeerd heeft ingeschat, hetgeen tot haar ondernemersrisico behoort, dat Tempels vreest voor verwatering en devaluatie van zijn octrooi, met gebrek aan consideratie is bejegend en nu op zijn rechten staat en dat Bolletje en Van der Meulen nog enige tijd hun investeringen en exclusieve licenties willen kunnen uitbuiten, terwijl overigens gesteld noch gebleken is dat een extra licentie voor de consument merkbaar voordeel zal opleveren. Op deze beperkte markt zijn immers reeds verschillende, elkaar beconcurrerende, producenten actief met een veelheid aan (huis)merken.

4.18. Continental Bakeries zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. Omdat de vorderingen zijn gestoeld op schending van het mededingingsrecht bestaat er geen aanleiding om een proceskostenveroordeling ex artikel 1019h Rv uit te spreken.

De kosten aan de zijde van Tempels worden begroot op:

- griffierecht	€	288,00
- salaris advocaat		<u>816,00</u>
Totaal	€	1.104,00

De kosten aan de zijde van Bolletje en Van der Meulen worden ieder afzonderlijk begroot op:

- griffierecht	€	619,00
- salaris		<u>816,00</u>
Totaal	€	1.435,00

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

in het incident tot voeging aan de zijde van Tempels van Bolletje en Van der Meulen

5.1. laat Bolletje en Van der Meulen toe als voegende partijen aan de zijde van Tempels in het kort geding van Continental Bakeries tegen Tempels,

5.2. veroordeelt Continental Bakeries in de proceskosten in het incident tot voeging, aan de zijde van Bolletje en Van der Meulen tot op heden begroot op nihil,

in de hoofdzaak

5.3. wijst de vorderingen af,

5.4. veroordeelt Continental Bakeries in de proceskosten, aan de zijde van Tempels tot op heden begroot op € 1.104,00, en aan de zijde van Bolletje en Van der Meulen ieder afzonderlijk tot op heden begroot op € 1.435,00.

Dit vonnis is gewezen door mr. N.W. Huijgen en in het openbaar uitgesproken in tegenwoordigheid van de griffier mr. B.J.M. Vermulst op 19 december 2016.

Voor kopie conform

De griffier van de
rechtbank Gelderland