

arrest

GERECHTSHOF 's-HERTOGENBOSCH

Afdeling civiel recht

zaaknummer HD 200.129.775/01

arrest van 25 februari 2014

in de zaak van

Novisem B.V.,
gevestigd te Baarlo, gemeente Peel en Maas,
appellante in principaal appel,
geïntimeerde in incidenteel appel,
verder te noemen: Novisem,
-advocaat: mr. E.J. Louwers te **Utrecht**,

tegen

de internationale vereniging naar Belgisch recht
Anti-Infringement Bureau for Intellectual Property-Rights On Plant Material,
gevestigd te Brussel, België,
geïntimeerde in principaal appel,
appellante in incidenteel appel,
verder te noemen: AIB,
advocaat: mr. W.J.G. Maas te Eindhoven,

op het bij exploit van dagvaarding van 23 mei 2013 ingeleide hoger beroep van het door de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, in kort geding gewezen vonnis van 25 april 2013 tussen AIB als eiseres in conventie, verweerster in reconventie, en Novisem als gedaagde in conventie, eiseres in reconventie.

1. Het geding in eerste aanleg (zaak-/rolnr. C/04/122013/KG ZA 13-63)

Voor het geding in eerste aanleg verwijst het hof naar voormeld vonnis.

2. Het geding in hoger beroep

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding in hoger beroep;
- de memorie van grieven met één productie;
- de memorie van antwoord in principaal appel tevens memorie van grieven in incidenteel appel (tevens houdende wijziging van eis) met vier producties;
- de memorie van antwoord in incidenteel appel met vier producties;
- de akte overlegging producties van AIB van 15 oktober 2013, met twee producties;
- de brief van mr. Maas van 31 oktober 2013 met één productie;
- de brief van mr. Louwers van 30 december 2013 met één productie;
- de brief van mr. Louwers van 9 januari 2014 met één productie;

- de akte overlegging nadere producties in incidenteel appel van 15 januari 2014 van mr. Louwers, met twee producties;
- het pleidooi gehouden op 15 januari 2014, waarbij elk van de advocaten een pleitnota heeft overgelegd;
- de nagekomen brieven van de advocaten over de verlenging van de termijn waarbinnen de hoofdzaak aanhangig gemaakt dient te worden na het leggen van het bewijsbeslag.

Het hof doet recht op bovenvermelde stukken en de stukken van de eerste aanleg.

3. De gronden van het hoger beroep

Voor de tekst van de grief in principaal appel en de drie grieven in incidenteel appel wordt verwezen naar de betreffende memorie.

4. De beoordeling

In principaal en incidenteel appel

4.1. De voorzieningenrechter heeft de volgende feiten vastgesteld. Deze zijn in hoger beroep niet bestreden. Zij dienen het hof tot uitgangspunt.

AIB is een vereniging die de belangen van zaad- en plantveredelaars behartigt, en is door Bejo Zaden B.V. te Warmenhuizen (hierna: Bejo) en Nunhems B.V. te Haelen (hierna: Nunhems) gevolmachtigd om namens hen op te treden jegens Novisem.

Bejo was rechthebbende op de kwekersrechten:

-Rvp-nummer SLD30, NRR-nummer 8331, rasbenaming "Diamant", gewasnaam knolselderij, verleend op 28 maart 1988;

-Rvp-nummer SLD28, NRR-nummer 8330, rasbenaming "Brilliant", gewasnaam knolselderij, verleend op 28 maart 1988.

Beide kwekersrechten zijn geëxpireerd op 28 maart 2013.

Nunhems is rechthebbende op het kwekersrecht:

-Rvp-nummer SLD33, NRR-nummer 15621, rasbenaming "Prinz", gewasnaam knolselderij, verleend op 9 november 1995.

Novisem is een zaadveredelingsbedrijf dat zich bezig houdt met ontwikkeling, productie en verkoop van zaden van knolselderij, witlof, tuin- en stokbonen.

Op 7 maart 2013 is door AIB een verzoekschrift ingediend tot het leggen van conservatoire (bewijs)beslagen en gerechtelijke bewaring. Verlof is verleend op 12 maart 2013.

Op 18 en 26 maart 2013 zijn in conservatoir bewijsbeslag genomen mogelijk relevante digitale bestanden zich bevindende op het in het bedrijfspand van Novisem aanwezige computersysteem, welke data zijn gekopieerd op 2 USB-sticks en 1 DVD+R diskette alsmede mogelijke relevante documenten uit de administratie, welke zijn gedigitaliseerd en zijn geplaatst op genoemde sticks en diskettes. Voorts is opgetekend de aanwezigheid van 600 kleine kiemplanten en 20 middelgrote planten "Prinz"; 300 kleine kiemplanten en 20 middelgrote planten "Diamant"; 300 kleine kiemplanten en 20 middelgrote planten "Briljant". Voorts zijn monsters en foto's genomen van het relevante plantenmateriaal van die rassen. Al deze gegevens (hierna: bescheiden) bevinden zich thans bij de gerechtelijk bewaarder.

Het hof voegt hieraan toe dat, nu het kwekersrecht op de rassen Diamant en Brilliant, dat alleen in Nederland gold, is vervallen per 28 maart 2013, er nadien geen inbreuken plaatsgevonden kunnen hebben. Voor het kwekersrecht op het ras Prinz is dit anders, dat geldt in Nederland tot 2020 en in Duitsland tot 2019.

4.2. Op 18 en 26 maart 2013 is conservatoir bewijsbeslag gelegd. Bij inleidende dagvaarding van 3 april 2013 vorderde AIB, kort gezegd, inzage in en afschrift van de inbeslaggenomen bescheiden en de door de deurwaarder gemaakte foto's, alsmede om een onderzoek naar de rasechtheid van de ten tijde van de beslaglegging genomen monsters. Ten slotte werden de volledige proceskosten ex artikel 1019h Rv met wettelijke rente gevorderd. In reconventie vorderde Novisem, kort gezegd, opheffing van het beslag en teruggave van de inbeslaggenomen zaken, verwijdering van een bericht over vermeende inbreuk op de

internetsites van AIB, Bejo en Nunhems, het plaatsen van rectificaties en de volledige proceskosten.

In het vonnis waarvan beroep zijn, kort gezegd, de vorderingen in conventie afgewezen en die in reconventie toegewezen met veroordeling van AIB in de proceskosten – in conventie en reconventie samen - begroot op € 15.575,-.

4.3. De grief in principaal appel van Novisem heeft betrekking op de (matiging van de) proceskosten. In incidenteel appel heeft AIB haar eis gewijzigd en verminderd. Zij vordert vernietiging van het vonnis waarvan beroep en Novisem alsnog te veroordelen :

1. *om aan het AIB met onmiddellijke ingang inzage in en afschrift te verschaffen van alle (schriftelijke en/of elektronische) gegevens uit de administratie/ boekhouding van Novisem, vervoersdocumenten, pakbonnen, (e-mail)correspondentie en advertentiemateriaal ten aanzien van het onder de naam 'Diamant', 'Brijlant' en 'Prinz' door Novisem verhandelde zaken, pillen en plantmateriaal, maar pas nadat deze door een door het AIB aan te wijzen onafhankelijke IT-deskundige zijn geselecteerd op relevantie.*
2. *om haar volledige medewerking te verlenen aan het onderzoek van de onder 1) genoemde IT-deskundige gedurende normale kantooruren alsmede aan de uiteindelijke inzage en afschrift van de door deze IT-deskundige op relevantie geselecteerde bescheiden.*
3. *in de volledige proceskosten van het geding in beide instanties met wettelijke rente.*

4.4. *De omvang van het geding in hoger beroep*

4.4.1. Met de inhoud van de grieven en de gewijzigde eis in incidenteel appel wordt het hoger beroep omljnd. Daarmee is gegeven dat de vorderingen met betrekking tot het bewijsbeslag – behoudens ten aanzien van proceskosten - buiten de reikwijdte van het hoger beroep vallen. AIB heeft berust in de opheffing van het beslag en de bevolen teruggave van de in beslag genomen bescheiden.

4.4.2. Het hof merkt voorts op dat AIB in eerste aanleg inzage in en afgifte van bescheiden en foto's had gevorderd die onder het bewijsbeslag in beslag waren genomen, derhalve op 18 maart 2013. In hoger beroep beperkt AIB haar exhibitievordering *'thans tot alleen die bescheiden waarvan reeds door middel van concrete feiten en omstandigheden vaststaat dat daaruit direct informatie over de gestelde inbreuk valt te deduceren'*.

Inzage en afschrift van overige relevante bescheiden alsmede de Monsters en Foto's wordt in hoger beroep niet langer gevorderd' (46 mvg/a, onder het kopje Eisvermindering).

4.4.3. Het hof begrijpt dat AIB thans inzage in en afgifte van bescheiden uit de (niet ten behoeve van het bewijsbeslag gekopieerde/gedigitaliseerde) administratie van Novisem vordert. De afwijzing van de vordering in conventie (die betrekking had op de gekopieerde/gedigitaliseerde selectie van administratieve bescheiden) wordt verder niet aangevallen met een grief en valt derhalve buiten de reikwijdte van het hoger beroep.

4.4.4. Ook de veroordeling van AIB in reconventie tot opheffing van het beslag en teruggave van de inbeslaggenomen zaken (6.2 en 6.3 van het dictum van het vonnis) valt buiten de reikwijdte van het hoger beroep.

4.5. *De bevoegdheid*

4.5.1. In de onderhavige zaak staat de vordering van AIB jegens Novisem op grond van

inbreuk van het kwekersrecht centraal. In deze zaken is de rechtbank Den Haag exclusief bevoegd (artikel 55a RO en artikel 78 Zaaizaad- en Plantgoedwet 2005, ZPW). Ter zitting van het hof is gebleken dat AIB bij inleidende dagvaarding van 3 april 2013 de hoofdzaak bij de rechtbank Den Haag aanhangig heeft gemaakt .

4.5.2. Het verlot tot het leggen van bewijsbeslag is gegeven door de Haagse rechter, als plaatsvervanger in de rechtbank Limburg. Daarbij is kennelijk gehandeld overeenkomstig de beslagsyllabus (zie thans versie augustus 2013, p. 36). Het hof ziet geen aanleiding om ten aanzien van de aangenomen bevoegdheid tot een ander oordeel te komen. Het beslagverlot is mitsdien door de bevoegde rechter gegeven.

Ingevolge artikel 705 Rv is de voorzieningenrechter die het verlot heeft gegeven bevoegd het beslag op te heffen. De rechtbank Limburg was derhalve bevoegd de daartoe strekkende vordering in reconventie te beoordelen. Dit geldt dan ook voor de vorderingen in reconventie tot teruggave en rectificatie c.a. die in nauw verband staan met de opheffing daarvan. Daarmee is in beginsel ook de bevoegdheid van het hof gegeven.

4.5.3. Ten aanzien van de bevoegdheid van het hof met betrekking tot de (gewijzigde) eis in conventie overweegt het hof als volgt. Lid 2 van artikel 78 ZPW luidt:

De rechtbank Den Haag en de voorzieningenrechter van die rechtbank zijn in eerste aanleg bij uitsluiting bevoegd voor: a. vorderingen als bedoeld in de artikelen 70 en 71. (...)

Deze bepaling roept de vraag op of het hof ook bevoegd zou zijn geweest te oordelen op de vordering tot exhibitie van de in beslag genomen bescheiden en thans bevoegd is kennis te nemen van de vordering tot exhibitie uit de administratie. Naar het oordeel van het hof is dat het geval. Er bestond voor AIB geen verplichting om haar exhibitievordering bij wege van incidentele vordering in het bodemgeding bij de rechtbank Den Haag in te stellen (hoewel dat zonder meer praktischer zou zijn geweest). Een exhibitievordering kan als zelfstandige vordering worden ingesteld, ook in kort geding. Een zodanig ingestelde vordering kan niet worden aangemerkt als vordering als bedoeld in de artikelen 70 en 71 ZPW (handhaving van het kwekersrecht). De exclusieve bevoegdheid van de rechtbank Den Haag in zaken van schending van het kwekersrecht staat er derhalve niet aan in de weg dat de voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg de onderhavige exhibitievordering beoordeelt. Daarmee is de bevoegdheid van dit hof gegeven.

4.6. *Het spoedeisend belang*

4.6.1. De voorzieningenrechter heeft geen overweging gewijd aan het al dan niet bestaan van spoedeisend belang, en dit belang kennelijk impliciet aangenomen.

4.6.2. Voor de behandeling van de grief in het principaal appel, betreffende de proceskostenveroordeling, geldt dat hierop kan worden beslist nu de hoofdvordering tot opheffing van het beslag naar haar aard zonder meer spoedeisend was en is toegewezen, en voorts ook de door AIB ingestelde vorderingen spoedeisend moeten worden geoordeeld, zoals volgt uit het hierna overwogene.

4.6.3. AIB heeft met betrekking tot haar vorderingen in conventie aangevoerd dat zij de gevorderde bescheiden nodig heeft ter staving van (de omvang van) de gestelde inbreuk in de reeds aanhangige bodemprocedure bij de rechtbank Den Haag. Ter zitting van het hof hebben partijen desgevraagd aangegeven dat die procedure stilligt in afwachting van deze beslissing. Daarmee is, naar het oordeel van het hof, een toereikend spoedeisend belang gegeven. Afwijzing van de vordering op grond van het ontbreken van spoedeisend belang

zou overigens slechts leiden tot een incidentele vordering tot exhibitie in het bodemgeding op dezelfde gronden en daarmee tot onnodige vertraging van het bodemgeding.

4.6.4. Novisem heeft het bestaan van spoedeisend belang betwist, evenwel zonder die stelling te onderbouwen (5.1 mva in inc. appel). Het hof gaat dan ook aan die betwisting voorbij. Wel betoogt Novisem (onder het kopje spoedeisend belang) dat AIB het incidenteel appel misbruikt voor een oneigenlijk doel, namelijk om ervoor te zorgen dat Novisem, als nieuwkomer op de markt 'vroegtijdig de nek omgedraaid wordt' en omdat het gaat om ongefundeerde acties van AIB. Het hof verwerpt dit betoog. Dat deze beweringen juist zijn kan het hof in het kader van dit kort geding niet vaststellen, nog daargelaten dat het bestaan van die bewering aan een spoedeisend belang niet in de weg staat. Het betoog neemt bovendien niet weg dat de bodemprocedure bij de rechtbank Den Haag gevoerd wordt en dat partijen gebaat zijn bij een voortvarende voortzetting.

4.6.5. Het spoedeisend belang ten aanzien van de in reconventie gevorderde rectificatie volgt uit de aard van die vordering.

4.7. Grief I in incidenteel appel: de maatstaf

4.7.1. De voorzieningenrechter heeft in rov. 5.1 van het vonnis waarvan beroep het volgende vooropgesteld:

Als vervolg op de voorlopige bewijsbeschermende maatregelen [...] vordert AIB thans op de voet van artikelen 1019a jo. 843a Rv inzage en/of afschrift en/of uittreksel van de in beslag genomen bescheiden. Wil AIB in een dergelijk verzoek slagen, dan dient -onder meer- sprake te zijn van een rechtmatig belang van AIB daarbij, welk belang slechts aanwezig kan worden geacht als met betrekking tot voornoemde bescheiden ten minste kan worden geoordeeld dat door AIB voldoende aannemelijk is gemaakt, of anderszins voldoende aannemelijk is geworden, dat er inbreuk op de kwekersrechten is gemaakt of dreigt te worden gemaakt. Een inbreukmaking of de dreiging ervan mag niet pas dan voldoende aannemelijk (in de hier relevante zin) worden geacht als zij reeds met andere bewijsmiddelen bewezen is, immers dan zou het veiliggestelde bewijsmateriaal overbodig zijn. Evenmin mag worden gevergd dat de (dreiging van de) inbreuk reeds zó aannemelijk is geworden als nodig zou zijn voor het verkrijgen van bijvoorbeeld een gebod tot staking of onthouding van inbreuk in een inbreukprocedure in kort geding. Maar ook mag niet de eis worden gesteld dat reeds in hoge mate waarschijnlijk is dat de (dreiging van de) inbreuk in een bodemprocedure bewezen zal kunnen worden. Vanzelfsprekend moet AIB wél concrete feiten en omstandigheden aanvoeren waaruit een redelijk vermoeden van (de dreiging van) de inbreuk kan volgen, en de stellingen van de wederpartij, voor zover deze een deugdelijke betwisting kunnen opleveren, naar behoren pareren. Daarbij moet dan worden verlangd dat AIB voldoende bewijsmateriaal dat redelijkerwijs al beschikbaar is, overlegt om de beweerde inbreuk (ter zake waarvan hij een vordering wil instellen) toe te lichten, alsmede dat AIB stelt dat de bescheiden die in (bewijs)beslag zijn genomen, (aanvullend) bewijsmateriaal vormen om die beweerde inbreuk te staven.

De voorzieningenrechter heeft vervolgens getoetst of uit de gestelde feiten 'een redelijk vermoeden van inbreuk' op het kwekersrecht bestaat en die vraag ontkennend beantwoord. Op deze grond oordeelde de voorzieningenrechter geen termen aanwezig om in conventie een voorlopige voorziening te treffen.

4.7.2. In grief I betoogt AIB dat de voorzieningenrechter met de maatstaf 'redelijk vermoeden van een inbreuk' een te zware toets heeft aangelegd. De toets die moet worden aangelegd is of 'een (dreigende) inbreuk voldoende aannemelijk is gemaakt of geworden'. Het volstaat derhalve voor AIB om concrete feiten en omstandigheden aan te voeren op basis waarvan een vermoeden van inbreuk gerechtvaardigd is.

Ter gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep heeft AIB, met een beroep op Hof Den Haag 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3941 in het bijzonder rov. 17, gesteld dat 'de lat nog lager moet worden gelegd' en voor toewijzing van de vordering voldoende zou

kunnen zijn dat de rechtsbetrekking (voldoende) onderbouwd is gesteld. De overwegingen waarop AIB doelt luiden als volgt:

13. Artikel 1019a Rv is opgenomen ter implementatie van artikel 6, lid 1 eerste zin van de Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele eigendomsrechten – hierna: de handhavingsrichtlijn. Voorts is daartoe aansluiting gezocht bij artikel 843a Rv. In artikel 6 van de handhavingsrichtlijn is bepaald:

“De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties op verzoek van de partij die redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal heeft overgelegd dat voldoende is om haar vorderingen te onderbouwen, en voor staving van haar vorderingen bewijsmateriaal heeft genoemd dat zich in de macht van de wederpartij bevindt, overlegging van dit bewijsmateriaal door de wederpartij kunnen gelasten, behoudens bescherming van vertrouwelijke informatie”.

In de Engelse tekst van dit artikel 6 wordt gesproken van *“reasonably available evidence sufficient to support”*.

Artikel 43 TRIPs vereist eveneens dat de verzoeker *“redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal heeft overgelegd dat voldoende is om haar vorderingen te onderbouwen”*.

In de memorie van toelichting op het wetsontwerp betreffende aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en andere wetten ter uitvoering van de handhavingsrichtlijn is vermeld:

“Er moet dus sprake zijn van een reële vordering, waarbij een inbreuk voorshands voldoende aannemelijk is gemaakt en waarbij bijvoorbeeld de precieze aard of de omvang van de inbreuk niet kan worden vastgesteld zonder aanvullend bewijsmateriaal”.

(Kamerstukken II 2005/2006 30392 nr.3, pagina 18)

Wanneer voor toewijzing verlangd zou worden dat de vordering vaststaat, althans zodanig aannemelijk is dat zij in kort geding toewijsbaar zou zijn, lijkt dat niet verenigbaar met de strekking van de handhavingsrichtlijn zoals vermeld in punt 20 van de considerans, dat ervoor moet worden gezorgd dat effectieve middelen voor het overleggen, verkrijgen en beschermen van bewijsmateriaal beschikbaar zijn omdat het bewijs een uiterst belangrijk element voor de vaststelling van inbreuken op intellectuele eigendomsrechten is.

14. De wetgever heeft ervoor gekozen voor de implementatie aan te sluiten bij de toentertijd reeds bestaande regeling van artikel 843a Rv.

15. In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel “Aanpassing van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met de wijziging van het recht op inzage, afschrift of uittreksel van bescheiden” (waarbij artikel 843a wordt vervangen door artikel 162a Rv) is vermeld:

“Het bestaan van een rechtsbetrekking hoeft nog niet in rechte vast te staan. Het al dan niet bestaan van een rechtsbetrekking en/of de inhoud en omvang daarvan kunnen juist de inzet van het (ophanden zijnde) geding zijn. De uitkomst daarvan is mede afhankelijk van de feiten die op dat moment vaak nog niet geheel helder zijn. Dat is precies de reden dat afschrift van bescheiden wordt verlangd. In voorkomend geval kan een gerechtelijke procedure zelfs geheel worden vermeden als de feiten helder zijn”.

(Kamerstukken II 2011/2012 33079, nr. 3, pagina 9)

16. Gelet op het bovenstaande is het hof van oordeel dat voor toewijzing van een vordering ex artikel 843a Rv niet nodig is dat de inbreuk aannemelijk is, zoals geldt voor toewijzing in kort geding. Dat zou immers niet verenigbaar zijn met het uitgangspunt dat een vordering tot afgifte/inzage van bescheiden ook kan worden ingesteld ter vaststelling van inbreuk. Wel is degene die afgifte/inzage vordert, ook in het kader van het vereiste rechtmatig belang, gehouden redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal ter ondersteuning van zijn vordering over te leggen. Dat valt af te leiden uit artikel 6 van de handhavingsrichtlijn en geldt blijkens het bepaalde in lid 4 van artikel 843a Rv ook voor niet-IE-zaken. De omstandigheid dat de inbreukvordering in eerste aanleg is afgewezen en nog geen grieven zijn genomen acht het hof onvoldoende reden om de incidentele vordering af te wijzen. Naar het oordeel van het hof is in ieder geval voldoende voor toewijzing dat eiser zodanige concrete feiten en omstandigheden heeft aangevoerd dat daaruit, ook gelet op de betwisting door de wederpartij en de reactie daarop van eiser, een redelijk vermoeden van (dreigende) inbreuk kan volgen en dat de bescheiden waarvan afgifte of inzage wordt gevorderd van belang zijn voor het (nader) onderbouwen van de gestelde (dreigende) inbreuk en toewijzing van een daarop gebaseerde inbreukvordering.

17. Het hof merkt overigens op dat, gelet op artikel 6 handhavingsrichtlijn, het arrest van de Hoge Raad van 26 oktober 2012, L.JN: BW9244 en zijn uitspraak (naar aanleiding van aan de Hoge Raad gestelde prejudiciële vragen over bewijsbeslag in niet-IE-zaken) van 13 september 2013 wellicht de lat nog lager

moet worden gelegd en voldoende zou kunnen zijn dat de rechtsbetrekking onderbouwd is gesteld. Vergelijk de annotatoren T.S. Jansen (JOR 2013, 30) en E. Verhulp (NJ 2013, 220) bij het arrest van 26 oktober 2012, die komen tot de conclusie dat het vereiste van een rechtsbetrekking (vrijwel) geen zelfstandige betekenis meer heeft naast het vereiste dat de partij die afgifte of inzage vordert daarbij rechtmatig belang heeft.

4.7.3. Het hof stelt voorop dat een vordering tot inzage ex artikel 843a Rv kan worden toegewezen indien:

- AIB een rechtmatig belang daarbij heeft;
- aanspraak wordt gemaakt op bepaalde bescheiden;
- die vordering betrekking heeft op een rechtsbetrekking waarin zij een partij is.

De bedoelde rechtsbetrekking volgt uit artikel 1019a lid 1 Rv.

4.7.4. Tussen partijen is niet in geschil dat als er een redelijk vermoeden van een (dreigende) inbreuk bestaat, AIB recht heeft op inzage in de op die inbreuk betrekking hebbende bescheiden.

Naar het oordeel van het hof mist de grief feitelijke grondslag. De door de voorzieningenrechter aangelegde maatstaf verschilt niet van die aangelegd door het hof Den Haag. Aan het slot van rov. 16 overweegt het hof immers dat van de eiser kan worden verlangd zodanige concrete feiten en omstandigheden aan te voeren dat daaruit ‘een redelijk vermoeden van (dreigende) inbreuk kan volgen’. Dat hof komt daarmee tot dezelfde conclusie als de voorzieningenrechter. De voorzieningenrechter overwoog immers evenzeer, als weergegeven hiervoor in 4.7.1, dat AIB concrete feiten en omstandigheden moet aanvoeren waaruit een redelijk vermoeden van (de dreiging van) de inbreuk kan volgen.

Daarbij komt dat dit hof geen wezenlijk inhoudelijk verschil ziet tussen de maatstaf ‘het voldoende aannemelijk maken van een (dreigende) inbreuk’ of ‘het blijken van een redelijk vermoeden van een (dreigende) inbreuk’. Door AIB wordt het verschil ook niet uiteengezet. Wat daarvan ook zij, het hof is van oordeel dat het in gevallen als de onderhavige, waarin de gestelde rechtsbetrekking/het rechtmatig belang ligt in het voorkomen/stoppen van een (dreigende) inbreuk op een recht van intellectuele eigendom, in de rede ligt aansluiting te zoeken bij de maatstaf die ingevolge artikel 1019b lid 1 Rv geldt voor het leggen van het bewijsbeslag, te weten het voldoende aannemelijk maken van een (dreigende) inbreuk (vgl., in het kader van het bewijsbeslag, HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, rov. 3.7.1).

Waar het thans op aankomt is of er door AIB voldoende concrete feiten en omstandigheden zijn aangevoerd die – mede gezien in het licht van de betwisting, het partijdebat en de overige omstandigheden van het geval – exhibitie van de in hoger beroep door AIB beoogde stukken uit de administratie van Novisem rechtvaardigt. Ten aanzien van deze overige omstandigheden van het geval merkt het hof op dat het kwekersrecht ten aanzien van de rassen Diamant en Brilliant zijn vervallen zodat een vordering strekkende het verbieden daarop een (verdere) inbreuk te maken niet meer kan worden toegewezen. De exhibitie kan echter van belang zijn voor een schadevergoedingsvordering van AIB (partijen hebben de inleidende dagvaarding in de bodemzaak overigens niet overgelegd). Voorts moet in aanmerking worden genomen dat een eventuele inbreuk op de rassen Diamant en Brilliant van Bejo nog geen exhibitie ter zake van administratie met betrekking tot het ras Prinz van Nunhems rechtvaardigt, en omgekeerd.

Het hof begrijpt de grief overigens mede zo dat AIB meent, daargelaten de exacte formulering van de maatstaf, dat hetgeen zij heeft aangevoerd toereikend is voor de verlangde exhibitie en dat de voorzieningenrechter te streng heeft geoordeeld. Het hof overweegt daaromtrent als volgt.

4.8. Grief 1 in incidenteel appel; rechtvaardigen de gestelde inbreuken exhibitie?

4.8.1. Artikel 57 lid 1 en 3 ZPW luiden, voor zover van belang:

1. De houder van een kwekersrecht op een ras heeft het uitsluitend recht teeltmateriaal van dat ras voort te brengen of verder te vermeerderen, ten behoeve van de vermeerdering te behandelen, in de handel te brengen, uit te voeren, in te voeren, voor een van deze doeleinden in voorraad te hebben alsmede deze handelingen te doen verrichten.

3. Het verbod is niet van toepassing op:

a. (...);

b. (...);

c. handelingen die worden verricht voor het kweken van nieuwe rassen.

Met in de handel brengen wordt, volgens artikel 1 onder g ZWP bedoeld:

bedrijfsmatig ter beschikking of in voorraad houden, uitstallen of te koop aanbieden, verkopen, bezitten met het oog op de verkoop, alsmede tegen of zonder vergoeding aan derden beschikbaar stellen, leveren of overdragen.

4.8.2. AIB stelt dat (er een gerechtvaardigd vermoeden bestaat dat) Novisem in strijd handelt met de kwekersrechten van Bejo en Nunhems doordat zij vanuit Nederland zaadpillen knolselderij aanbiedt en levert door heel Europa. Zij verwijst daartoe onder meer naar een e-mail van Novisem van 8 februari 2013 (prod. 3 inl. dagv.). Daarin staat :

According Bejo Netherlands Diamant is protected.

But it is only protected in the Netherlands!! Diamant is completely free in Poland.

Conclusion is that Novisem is free to sell you original high quality primed pills of:

Diamant

Prinz

(...)

As mentioned we have Diamant/Prinz orders througout Europa with plantraisers, except the Netherlands. (...)

Novisem betwist niet dat zij in Europa handelt in de betreffende zaadpillen. Zij stelt dat zij vanuit Nederland de bestellingen en verzendingen 'coördineert en aanstuurt' (punt 3 CvA/E). Zij stelt dat de handel verloopt via in het buitenland gevestigde ondernemingen (levering door een buitenlandse onderneming aan een buitenlandse onderneming). Zij betwist teeltmateriaal in Nederland (te koop) aan te bieden of te produceren of naar Nederland in te voeren of vanuit Nederland uit te voeren. Zij beroept zich wel op de 'breeders exemption' (als neergelegd in artikel 57 lid 3, onder c, ZPW, geciteerd hiervoor in 4.8.1).

Naar het oordeel van het hof kan noch uit het feit dat Novisem in Europa, buiten Nederland handelt in zaden die in Nederland kwekersrechtelijk zijn beschermd, noch uit de e-mail worden afgeleid dat Novisem het kwekersrecht schendt. Uit de e-mail blijkt veeleer het tegendeel, namelijk dat Novisem zich bewust is van het kwekersrecht, en dat beoogt te respecteren.

4.8.3. AIB beroept zich mede op een pakbon van 25 februari 2013 (prod. 4 inl. dagv.), waarop wordt vermeld een order gedateerd 24 januari 2013. Het product is Diamant. De adressant van de pakbon is Novisem (Nederland). Het adres aan wie zaden zijn geleverd (Ship to) en het adres waarnaar de factuur moet worden gezonden (Bill to) blijkt niet uit de pakbon. Overigens lijkt de verzender Novisem te zijn, wat kan blijken uit het logo van de pakbon. Voorts zijn overgelegd (eveneens als prod. 4 bij inl. dagv.) twee pakbonnen van Atlas s.r.l. (een Italiaanse onderneming) aan (destinatario) Novisem in Nederland betreffende Prinz en Diamant. Het hof merkt op dat op deze laatste twee pakbonnen tevens staat 'Luogo di destinazione' - plaats van bestemming (vertaling hof) - Poland resp. Belgium.

AIB beroept zich voorts op twee facturen (prod. 7 inl. dagv.) betreffende leveringen van

Prinz- en Diamantzaden, beide gedateerd 25 februari 2013. Aan welk bedrijf de zaden zijn geleverd valt uit de overgelegde producties niet af te leiden. Dat geldt niet voor het land van aflevering: resp. België en Duitsland. Op de factuur staat Novisem (Nederland) als afzender. Uit de facturen blijkt niet vanaf welke plaats de zaden zijn verzonden.

De voorzieningenrechter heeft (in rov. 5.2.5) overwogen dat Novisem heeft uiteengezet op welke wijze zij haar zaken drijft: productie van de in Nederland beschermde rassen vindt plaats in België en Frankrijk, behandeling van die zaden (van de honderdduizend zaadjes die elke plant geeft worden pillen gemaakt) vindt plaats in Italië en van daaruit worden die behandelde zaden verstuurd en geleverd aan afnemers in het buitenland. Deze (algemene) werkwijze is door AIB niet bestreden.

Naar het voorlopig oordeel van het hof kan uit de vermelding van het adres van Novisem in Nederland op de pakbonnen en facturen (in onderling verband bezien), mede gelet op de onderbouwing van de betwisting en gelet op hetgeen niet uit de pakbon en facturen blijkt, niet worden afgeleid dat Novisem zaden (of pillen van zaden), die in Nederland onder het kwekersrecht vallen, in Nederland heeft ingevoerd of vanuit Nederland heeft uitgevoerd. Evenmin kan uit deze gegevens worden afgeleid dat Novisem de zaden vanuit Nederland in het buitenland heeft aangeboden. Hooguit kan uit deze schriftelijke stukken worden afgeleid dat Novisem bij de administratieve afhandeling gebruik maakt van haar adres in Nederland. Dit feit alleen acht het hof onvoldoende om daarop de verplichting tot exhibitie te gronden, ook waar de gevorderde exhibitie is beperkt als omschreven in rov. 4.4.2. Het hof wijst erop dat in het kader van dit kort geding geen plaats is voor nadere bewijslevering.

4.8.4. AIB beroept zich verder op het aanbieden van een prijslijst (prod. 6 inl. dagv.), met daarop onder meer de zaden Diamant, Brilliant en Prinz aan Hans Grootsholten van Grow Group, volgens AIB een Nederlandse kweker. Volgens Novisem heeft de Grow Group internationale vestigingen. Overgelegd is een verklaring van Hans Grootsholten (prod. 10 cva) waarin hij verklaart dat hem nooit aanbiedingen zijn gedaan voor de rassen Diamant, Brilliant en Prinz voor de Nederlandse markt. Overgelegd is een mail van Hans Grootsholten (prod. 20 mva/mvg) waarin hij verklaart dat de heer Dings van Novisem geen Brillant kon en wilde leveren, maar dat dit wel kon nadat het kwekersrecht in 2013 was vervallen. Hetzelfde gold voor Diamant. Voorts is een verklaring van hem, Hans Grootsholten, overgelegd (prod. 24 bij akte van 15 oktober 2013) waarin onder meer staat:

Grow ontving van Novisem ongeveer augustus 2012, (...) een prijslijst met daarop enkele knolselderij rassen, waaronder Briljant en Diamant. Mondeling was daarbij aangegeven dat deze rassen nog niet voor Nederland beschikbaar waren.

Op 21 december daarna had ik een gesprek met de heer Dings, waarin hij ook mij aangaf de beschermde rassen, waaronder Briljant en Diamant in Nederland nog niet te kunnen aanbieden. Dat zou pas in de loop van het volgende jaar kunnen.

(...)

Formeel is mijn eerdere verklaring dus juist, er is niet direct aangeboden, maar wel gepoogd interesse op termijn te wekken. Daarnaast is uiteraard ook gewezen op mogelijkheden voor sommige rassen in het buitenland, waar bescherming niet (meer) geldt.

Naar het oordeel van het hof rechtvaardigt deze gang van zaken de gevorderde (beperkte) exhibitie niet. Onvoldoende staat vast dat sprake is van een (dreigende) inbreuk bestaande uit een aanbieden in de zin van artikelen 57 jo 1 ZPW. Het hof is er vooralsnog niet - in een voor het treffen van de verlangde voorlopige voorziening voldoende mate - van overtuigd geraakt dat het toesturen van een prijslijst (vanuit Nederland) of het opwekken van interesse (in een gesprek in Nederland), mede gelet op de overige omstandigheden - zoals het feit dat Novisem in en vanuit het buitenland (geoorloofd) handelt en het feit dat Novisem heeft

gewezen op het bestaan van het kwekersrecht in Nederland - door de bodemrechter zal worden gekwalificeerd als een inbreuk als bedoeld in de ZPW. Er zullen naar het oordeel van het hof bijkomende omstandigheden moeten zijn (en bij betwisting moeten worden bewezen) die deze kwalificatie rechtvaardigen. Het enkele feit dat in gesprekken tussen Novisem en potentiële kopers de door het kwekersrecht beschermde rassen ter sprake komen, levert naar het oordeel van het hof nog geen inbreuk op. Hetzelfde geldt ten aanzien van de eerder geciteerde e-mail van 8 februari 2013. Bovendien staat hetgeen is gebeurd toereikend vast, exhibitie brengt daarin geen verandering. Voor een ingrijpende actie als exhibitie, ook als die wordt beperkt als in rov. 4.4.2 weergegeven (en dus niet betreft andere transacties met andere afnemers), is onder deze omstandigheden, waarin als al sprake is van een inbreuk, dit een heel zwakke inbreuk is, geen plaats.

AIB heeft zich voorts beroepen op een email van de heer Dings van Novisem aan de heer Rutten van Gipmans Planten (prod. 12 eerste aanleg). Uit de mailwisseling blijkt dat Novisem om een prijsopgave wordt gevraagd, die vervolgens wordt gegeven. De lijst bestaat uit zes aangeboden rassen waaronder Diamant, Brilliant en Prinz. Daar is door Novisem tegenovergesteld de verklaring van de heer Gipmans (prod. 18 bij brief van 15 april 2013) waarin staat:

Voorts wil ik middels dit schrijven benadrukken dat Novisem ons voortdurend correct geïnformeerd heeft over zaden die onder kwekersrecht beschermd zijn.

Bovendien is er de verklaring van E. Rutten, vertegenwoordiger van Gipmans Planten (prod. 27 mva in inc. appel) waarin staat dat de prijsopgave is gedaan ten behoeve van de buitenlandse partners van Gipmans Planten waaraan de zaden vanuit Italië konden worden geleverd. Daarmee heeft, naar het oordeel van het hof te gelden hetgeen ook geldt ten aanzien van Grow Group. Het hof kan in het kader van dit kort geding niet met voldoende mate van zekerheid vaststellen dat voldoende aannemelijk is dat sprake is van inbreukmakende handelingen.

AIB beroept zich mede op een verklaring van Frank Vriends (prod. 19 bij de brief van Novisem van 15 april 2013) waarin onder meer staat:

Wij hebben tijdens ons gesprek kort de mogelijkheid besproken dat Novisem eventueel de rassen Diamant en Brilliant zou kunnen leveren. Na het gesprek heeft Charl Dings laten weten dat Novisem deze rassen om juridische redenen niet voor de Nederlandse markt kon leveren. (...) Uiteindelijk zijn de rassen Briljant, Diamant en Prinz niet aangeboden. Wij hebben nooit een bestelling gedaan bij Novisem voor de rassen Diamant, Briljant en Prinz. (...)

Ook voor dit contact geldt hetzelfde als werd overwogen ten aanzien van het contact met de Grow Group en Gipmans Planten. In het bijzonder neemt het hof in aanmerking dat zelfs als sprake zou zijn van een inbreukmakend aanbod, dit aanbod door Novisem zelf is ingetrokken. Aan een eventuele inbreuk kan aldus geen grote betekenis worden toegekend.

De overige verklaringen die door partijen in het geding zijn gebracht, in het bijzonder die welke zijn genoemd door de voorzieningenrechter in rov. 5.2.1 en 5.2.2, brengen het hof niet tot een ander oordeel.

4.8.5. Tot slot beroept AIB zich op de omvang van het plantmateriaal dat bij Novisem is aangetroffen ten tijde van de inbeslagneming, te weten (zoals volgt uit het proces-verbaal van de beslaglegging van 18 maart 2013, prod. 8 inl. dagv.)

opkweek jonge planten:

ca 600 kleine kiemplanten Prinz

ca 300 kleine kiemplanten Diamant

ca 300 kleine kiemplanten Brilliant

middelgrote planten:

ca 20 planten Prinz
ca 20 planten Diamant
ca 20 planten Brilliant.

Tevens is van de rassen Prinz, Diamant en Brilliant een volle bak met kiemplanten aangetroffen, waarvan ca. 50% is aan te duiden als afval.

Overigens vermeldt het proces-verbaal:

Van de aangeduide plantenrassen zijn geen zaden en/of pillen aangetroffen.

AIB stelt dat het aantal kiemplanten fors meer is dan benodigd voor veredelingsdoeleinden. Tien planten zouden voldoende zijn. Ter onderbouwing van die stelling beroept AIB zich op verklaringen van mevrouw Stam en de heer Dijkstra (producties 14 en 15 bij brief van 12 april 2013), resp. verbonden aan Bejo en Nunhems, de partijen voor wie AIB optreedt.

4.8.6. Hier tegenover staan, zoals de voorzieningenrechter overwoog, verklaringen van de heer Neele (van Novisem), ir. W.A. Blom en prof. dr. R. Visser.

Het hof kan, zonder nader getuigen- of deskundigenbewijs, niet vaststellen aan wiens zijde het gelijk is noch welke gevolgen en/of conclusies aan een eventuele overschrijding verbonden kunnen worden. Voor bewijsvoering is in het kader van dit kort geding geen plaats. Voor een (dreigende) schending heeft het hof onvoldoende aanknopingspunten, terwijl, zelfs als de aanwezigheid van teveel planten als een inbreuk kan worden aangemerkt, daarmee nog niet een exhibitie gerechtvaardigd is, temeer niet omdat AIB voor deze situatie niet aangeeft van welke bepaalde bescheiden, als bedoeld in artikel 843a Rv, zij inzage en afgifte verlangt. De beoordeling zal bovendien afhangen van de aard en omvang van de inbreuk en de overige omstandigheden van het geval, die het hof nu nog niet kan vaststellen. Ter gelegenheid van het pleidooi heeft de advocaat van AIB nog aangevoerd dat de aangetroffen hoeveelheid planten duidt op een uitstalling ten behoeve van potentiële kopers. Voor deze opvatting heeft het hof geen grond gevonden. Uit geen van de overgelegde verklaringen blijkt dat potentiële kopers een bezoek aan de onderneming van Novisem hebben gebracht.

4.8.7. Het hof is van oordeel dat de stellingen van AIB, ook als deze in samenhang en onderling verband worden beschouwd, geen exhibitie rechtvaardigen, ook niet als ervan moet worden uitgegaan dat de voorzieningenrechter een te zware maatstaf heeft aangelegd en een lichte maatstaf voor toewijzing van de vordering heeft te gelden.

4.8.8. Grief 1 in incidenteel appel faalt.

4.9. *Grief 2 in incidenteel appel, belangenafweging*

4.9.1. In grief 2 betoogt AIB, onder verwijzing naar de punten 14, 15 en 16 van haar pleitnota in eerste aanleg, dat de voorzieningenrechter een onjuiste althans niet kenbare belangenafweging heeft gemaakt. Het belang van Novisem om zich te verzetten tegen de inzage is enkel en alleen gelegen in het voorkomen dat het AIB 'het volledige plaatje' te zien krijgt en weegt minder zwaar dan het belang van AIB bij exhibitie.

4.9.2. De opvatting van AIB miskent dat het hebben van een (zwaarwegender) belang (zonder rechtsgrond) niet toereikend is voor toewijzing van haar vordering. Het belang bij exhibitie moet ook een rechtmatig belang zijn. Daartoe is vereist dat AIB voldoende stelt, en feiten en omstandigheden die wijzen op een (dreigende) inbreuk van het kwekersrecht aannemelijk maakt, om een exhibitie (of een deskundigenonderzoek naar de administratie van Novisem) te rechtvaardigen. Novisem heeft er immers een gerechtvaardigd belang bij

niet in rechte te worden betrokken door concurrenten en zich te verzetten tegen een fishing expedition. Van zulke feiten en omstandigheden is het hof niet gebleken.

In dit verband wijst het hof nog naar artikel 6 van de Handhavingsrichtlijn, hiervoor aangehaald. Eerst als AIB zodanig bewijsmateriaal heeft overgelegd 'dat voldoende is om haar vordering te onderbouwen', bestaat er een exhibitieplicht. Vooralsnog, op de hiervoor uiteen gezette gronden, is het hof van oordeel dat het gepresenteerde materiaal ontoereikend is voor die onderbouwing.

4.9.3. Grief 2 in incidenteel appel faalt.

4.10. *Grief 3 in incidenteel appel*

4.10.1. In deze grief wordt betoogd dat het gebod tot rectificatie onjuist is. AIB heeft gebruik gemaakt van haar recht om bewijsbeslag te leggen. Het opheffen van dat beslag betekent nog niet dat de vordering ten gronde niet zal worden toegewezen. Bovendien is het litigieuze persbericht van AIB feitelijk van aard, afgewogen verwoord en laat dit persbericht duidelijk blijken van een vermeende inbreuk. Van onrechtmatigheid is dan geen sprake, aldus AIB.

4.10.2. De betreffende tekst luidt:

"Seizure at Novisem at Baarlo, Netherlands

Brussels –On Monday 18 March 2013, a seizure of evidence was carried out at the Dutch vegetable seed company Novisem in Baarlo, the Netherlands, after court approval. The Anti-Infringement Bureau for IP Rights on Plant Material (AIB) requested the seizure for Novisem's alleged infringement on Dutch Plant Variety Rights. The seized documentation and other items related to the alleged infringement will be stored by the bailiff and his team until they can be examined by AIB. The court hearing is expected within two months.

... "

4.10.3. Het hof is met de voorzieningenrechter van oordeel dat deze berichtgeving voor Novisem beschadigend is en, als gevolg van de opheffing van het beslag, behoort te worden verwijderd en gerectificeerd als bevolen. Vooralsnog is een inbreuk op het kwekersrecht van Bejo en Nunhems onvoldoende aannemelijk geworden, zodat van AIB verlangd kan worden dat zij niet het tegendeel beweert of suggereert op haar website.

4.10.4. De grief faalt.

4.11. *De grief in het principaal appel, de proceskosten in eerste aanleg*

4.11.1. In deze grief komt Novisem op tegen de matiging van de werkelijk gemaakte proceskosten van € 26.049,50 exclusief btw tot het bedrag genoemd in de Indicatie tarieven in IE-zaken van € 15.000,-. Naar het oordeel van het hof heeft de voorzieningenrechter de proceskosten kunnen matigen zoals zij deed, reeds omdat Novisem niet op alle punten in het gelijk is gesteld. Niet is gebleken van omstandigheden die tot een hogere vergoeding aanleiding zouden moeten geven.

4.12. *De proceskosten in hoger beroep*

4.12.1. Novisem dient, als de in principaal appel in het ongelijk gestelde partij, in de kosten aan de zijde van AIB in dat appel te worden verwezen, waarbij de geringe omvang van dit appel dient te worden betrokken.

AIB dient, als de in incidenteel appel in het ongelijk gestelde partij, in de kosten aan de zijde van Novisem in dat appel te worden verwezen.

Novisem heeft opgave gedaan van haar kosten, te weten € 3.982,50 en € 2.910,- en € 2.251,- en € 2.670,- = € 11.813,50 excl. btw. AIB heeft een opgave gedaan van € 22.610,30 excl. btw. Partijen hebben geen uitsplitsing gemaakt naar principaal en incidenteel appel.

Het hof ziet aanleiding om, aansluitend op de indicatietarieven, AIB te veroordelen tot betaling aan Novisem van het bedrag van € 15.000,- (ter zake van het incidenteel appel) verminderd met € 6.000,- (ter zake van het principaal appel) is € 9.000,-.

Nu Novisem in principaal appel in het ongelijk is gesteld dient zij de dagvaardingskosten zelf te dragen. De griffierechten zijn voor beide partijen gelijk en worden gecompenseerd.

5. De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis waarvan beroep, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen;

wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd;

veroordeelt AIB in de proceskosten van het principaal en incidenteel hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van Novisem worden begroot op € 9.000,- aan salaris advocaat onder compensatie van de griffierechten die dienen te worden gedragen door de partij aan wiens zijde die kosten zijn gevallen.

Dit arrest is gewezen door mrs. W.H.B. den Hartog Jager, Y.L.L.A.M. Delfos-Roy en C.E.C.J. Ponsioen en is in het openbaar uitgesproken door de rolraadsheer op 25 februari 2014.

griffier

rolraadsheer



w.g. de griffier

w.g. de rolraadsheer.

VOOR GROSSE / AFSCHRIFT

Afgegeven aan: adv. app./geïntim.: *MR. E.J. Louwers*

Griffier gerechtshof 's-Hertogenbosch d.d.: *25-02-2014*

J. Romo di Rey