

Hof Den Haag, 28 april 2009, Radder v Noack



#### KWEKERSRECHT - MERKENRECHT

**Hogere licentievergoeding in strijd met redelijkheid en billijkheid**

• Het hof is, anders dan de rechtbank, van oordeel dat Noack in redelijkheid niet van Radder-van der Stam mocht eisen dat zij een licentievergoeding zou betalen die hoger was dan de licentievergoeding die zij aan andere Nederlandse licentienemers in rekening bracht.

De verhouding tussen Noack en Radder-van der Stam, zowel als gewezen contractspartijen als in de hoedanigheid van onderhandelende partijen, wordt beheerst door de redelijkheid en billijkheid. Indien, zoals Noack stelt, zij voornemens was ook aan andere licentienemers een hogere vergoeding op te leggen, maar dit pas mogelijk zou zijn na afloop van de looptijd van de desbetreffende licentieovereenkomsten, was zij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden de hogere licentievergoeding voor Radder-van der Stam op een later tijdstip, na 16 februari 2004, zoals hierna zal worden overwogen, dan wel - indien dit later zou zijn - gelijktijdig met die voor de andere licentienemers te laten ingaan. [...].

In dit verband merkt het hof voorts op dat, naar Radder c.s. stellen, Noack in januari 2004 te kennen gaf dat Radder-van der Stam per 1 juli 2004 geen hoofdlicentiehoudster voor Nederland meer zou zijn. In het Gesprächsprotokoll van 16 februari 2004 (productie N2 van Noack bij nadere conclusie in prima d.d. 21 juni 2006) is evenwel vermeld dat Radder-van der Stam sinds 1 juli 2001 geen hoofdlicentiehoudster voor Nederland meer is.

**Doorlopen licentie tijdens onderhandelingen**

• Het hof is van oordeel dat in het licht van de onderhandelingen die tussen partijen zijn gevoerd

over een nieuwe licentieovereenkomst, Radder-van der Stam uit de opzegging van de oude licentieovereenkomst niet heeft hoeven begrijpen dat zij per 1 juli 2001 – en wel totdat overeenstemming zou zijn bereikt over de voorwaarden van een nieuwe licentieovereenkomst - niet meer gerechtigd was Flower Carpetrozen te vermeerderen en te verhandelen.

Gelet op de hierboven onder 13 weergegeven correspondentie had zij ook niet op een later tijdstip, in de loop van het onderhandelingsproces, tot een ander inzicht hoeven komen. [...].

Nu Radder-van der Stam uit de verklaringen en gedragingen van Noack heeft begrepen en ook redelijke mocht begrijpen dat zij althans tot 11 oktober 2005 (de dag waarop de inleidende dagvaarding is uitgebracht) Flower Carpetrozen vermeerderde en verhandelde met toestemming van de kwekersrechthebbende en merkhouder, kan Noack op het ontbreken van die toestemming geen beroep doen. Dit brengt mee dat Radder-van der Stam tot die datum geen inbreuk op de kwekersrechten en merkrechten van Noack heeft gemaakt.

Vindplaatsen:

**Hof Den Haag, 28 april 2009**

(J.C. Fasseur, C.J. Verduyn en S.U. Ottevangers, P. Stam en O. Dolstra)

IN NAAM DER KONINGIN

arrest

GERECHTSHOF 'S-GRAVENHAGE

Sector handel

Zaaknummer: 105.006.722/01

Rolnummer (oud): 07/857

Rolnummer rechtbank: 252649/HA ZA 05-3368

arrest van de vijfde civiele kamer d.d. 28 april 2009

inzake

1. RADDER-VAN DER STAM V.O.F., gevestigd te Boskoop,
2. RADDER-VAN DER STAM B.V., gevestigd te Boskoop,
3. E. RADDER B.V., gevestigd te Boskoop,
4. G. RADDER HOLDING B.V., gevestigd te Boskoop,
5. J. RADDER HOLDING B.V., gevestigd te Waddinxveen,
6. [...] RADDER, wonende te [...],
7. [...] RADDER, wonende te [...],
8. [...]RADDER, wonende te [...],

appellanten,

hierna gezamenlijk te noemen: Radder c.s.,

advocaat: mr M.H.J. van der Horst te 's-Gravenhage,

tegen

de vennootschap naar vreemd recht BAUM- UND ROSENSCHULE REINHARD NOACK, gevestigd te Gütersloh, Duitsland, geïntimeerde,

hierna te noemen: Noack,

advocaat: mr G.L. Kooy te 's-Gravenhage.

**1. Het geding**

Bij exploit van 10 april 2007 zijn Radder-van der Stam c.s. in hoger beroep gekomen van het door de recht-

bank 's-Gravenhage tussen partijen gewezen vonnis van 17 januari 2007. Bij memorie van grieven hebben zij, onder overlegging van een productie, elf grieven tegen het vonnis aangevoerd.

Bij memorie van antwoord heeft Noack, onder overlegging van producties, de grieven bestreden.

Partijen hebben de zaak doen bepleiten door hun advocaten. De pleitnotities behoren tot de gedingstukken.

Vervolgens hebben partijen hun procesdossiers overgelegd en arrest gevraagd.

## **2. Beoordeling van het hoger beroep**

1. De door de rechtbank in het vonnis onder 2.1 tot en met 2.7 vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet bestreden, zodat ook het hof daarvan zal uitgaan.

2. Het gaat in deze zaak, kort gezegd, om het volgende. Noack is houdster van een aantal Europese en Nederlandse kwekersrechten en van een gemeenschapsmerk en een aantal internationale merkrechten met betrekking tot rozenrassen die worden verhandeld onder de naam 'Flower Carpet'. Noack heeft op 1 januari 1994 met Radder-van der Stam B.V. een overeenkomst gesloten waarbij laatstgenoemde met betrekking tot de Flower Carpetrozen is aangesteld als hoofdlicentienemer voor Nederland. Hierna zal de contractspartij van Noack worden aangeduid met: Radder-van der Stam. Bij brief (van haar raadsman) van 26 juni 2000 heeft Noack deze licentieovereenkomst opgezegd tegen 30 juni 2001. Partijen hebben vervolgens besprekingen gevoerd over voortzetting van de licentieovereenkomst onder andere voorwaarden. Partijen hebben hierover geen overeenstemming bereikt. In deze procedure vordert Noack Radder c.s. te verbieden inbreuk te maken op haar kwekers- en merkrechten met betrekking tot de Carpet Flowerrozen, met nevenvorderingen, en hen te veroordelen tot schadevergoeding, op te maken bij staat. In reconventie vorderen Radder c.s. Noack te veroordelen tot voortzetting van de licentieverhouding met Radder-van der Stam tegen betaling van de gebruikelijke aan Nederlandse licentiehouders in rekening te brengen licentievergoeding, subsidiair tot voortzetting van de onderhandelingen. De rechtbank heeft de vorderingen in conventie toegewezen en de vorderingen in reconventie afgewezen.

3. Grief 1 is gericht tegen de overweging van de rechtbank (onder 4.3 en 4.4) dat niet is komen vast te staan dat de opzegging van de hoofdlicentieovereenkomst onregelmatig is geschied. Volgens de toelichting op de grief hebben de overwegingen van de rechtbank terzake de formele opzegging niets van doen met het feit dat de hoofdlicentieovereenkomst na de formele opzegging tegen 30 juni 2001 is voortgezet en wel in ieder geval tot juli 2004. Onbegrijpelijk is dan ook de overweging van de rechtbank dat Radder-van der Stam c.s. daartoe onvoldoende bewijs hebben geleverd, aldus de toelichting.

4. Het hof overweegt als volgt. De bestreden overwegingen van de rechtbank moeten aldus worden begrepen dat zij slechts betrekking hebben op de opzegging van de hoofdlicentieovereenkomst bij brief (van de raadsman) van Noack van 26 juni 2000. Ook het hof is van oordeel dat Noack aldus de licentieover-

eenkomst op zichzelf regelmatig heeft opgezegd, nu immers overeenkomstig het bepaalde in artikel X11 van de licentieovereenkomst de minimum looptijd van vijf jaren was verstreken en Noack de opzegtermijn van twaalf maanden in acht heeft genomen. In zoverre faalt de grief. Deze opzegging staat evenwel los van de vraag of partijen nadien al dan niet stilzwijgend de licentieovereenkomst hebben voortgezet tot juli 2004, hetgeen (tevens) in de grieven 2 tot en met 4 aan de orde wordt gesteld.

5. Grief 2 klaagt dat de rechtbank ten onrechte (onder 4.5 en 4.6) heeft overwogen dat Noack, door onder meer te eisen dat Radder-van der Stam een licentievergoeding van € 0,90/€ 1,00 betaalt, zich niet op een onredelijke wijze tegenover haar zou hebben gedragen. In de toelichting betogen Radder C.S. dat door verschillende licentiebedragen te hanteren bij verschillende licentiehouders die gelijkwaardige prestaties verrichten, Noack zich niet alleen onredelijk jegens Radder-van der Stam heeft opgesteld, maar dat zij bovendien ook in strijd met het mededingingsrecht heeft gehandeld. Artikel 24 lid 1 Mededingingswet, dat aansluit bij artikel 82 sub c EG-verdrag, bepaalt dat het is verboden om ten opzichte van handelspartners ongelijke voorwaarden bij gelijkwaardige prestaties toe te passen. Indien Noack niet in staat was een verhoging van de licentievergoeding voor alle licentiehouders gelijktijdig in te voeren, had zij de verhoging moeten uitstellen, zo betogen Radder c.s. Voorts klagen Radder c.s. dat de rechtbank ten onrechte hun bewijsaanbod ten aanzien van de hoogte van aan andere licentiehouders in rekening gebrachte vergoedingen heeft gepasseerd.

6. Grief 3 is gericht tegen de overweging van de rechtbank (onder 4.7) dat het betoog van Radder c.s. dat Noack hun vermeerdering en verkoop in de tussenliggende periode heeft gedoogd, evenmin slaagt. Volgens de toelichting betekende de opzegging van de licentieovereenkomst tegen 30 juni 2001 dat Radder-van der Stam per die datum geen enkele vermeerderings- dan wel handelsactiviteit met betrekking tot de Flower Carpetrozen mocht uitvoeren. Noack heeft dat echter wel toegestaan. Zij was volledig op de hoogte van de activiteiten van Radder-van der Stam betreffende de Flower Carpetrozen. Zo heeft Radder-van der Stam ook na de opzegging opgave gedaan van vermeerderingsaantallen van sublicentiehouders en van haarzelf, licentiegelden van sublicentiehouders geïnd tot en met juni 2004 en aan Noack afgedragen, etiketbestelling van licentiehouders in Nederland aan Noack doorgegeven en vervolgens etiketten van Noack ontvangen. Radder c.s. wijzen er nog op dat Radder-van der Stam tot en met juni 2004 gemachtigde van Noack is geweest (gebleven) bij de Raad voor het Kwekersrecht.

Radder c.s. benadrukken in dit verband dat haar eigen vermeerderings- en groeiproces niet ongeveer twee jaar in beslag neemt, maar slechts ongeveer zes maanden. Noack was volgens Radder c.s. op de hoogte van dit korte vermeerderings- en groeiproces. Dat volgt onder meer uit artikel XII van de hoofdlicentieovereenkomst, waarin de opzegtermijn is vastgesteld op twaalf maanden. Deze termijn houdt verband met het feit dat

gedurende één jaar na de opzegging nog een vermeerderingscyclus kan plaatsvinden en binnen dat jaar de handelsactiviteiten (eveneens) kunnen worden afgebouwd. Indien, zoals Noack stelt, Radder-van der Stam een groeiproces van ongeveer twee jaar had, dan zouden partijen dienovereenkomstig ook een opzegtermijn van twee jaar hebben gekozen. Dit is echter niet gebeurd. Dat Noack op de hoogte was van de wijze van vermeerdering blijkt voorts uit de bestelling die Noack op 17 januari 2003 bij Radder-van der Stam plaatste voor de levering van 5.000 stuks Loredo-rozen in mei 2003. Noack eiste in 2003 dat de stamrozen met twee veredelings, in plaats van één veredeling, zoals tot dan toe gebruikelijk, werden geproduceerd, ten bewijze waarvan Radder-van der Stam een foto diende te sturen aan Noack. Radder-van der Stam heeft reeds op 8 juli 2004 - en niet pas twee jaar nadat de eis werd gesteld - de desbetreffende foto gestuurd. De conclusie moet dan ook zijn dat Noack wist dat Radder-van der Stam ook na 30 juni 2001 rozen vermeerderde en wel degelijk wist op welke wijze zulks plaatsvond, aldus Radder c.s.

7. Grief 4 is gericht tegen de overweging van de rechtbank (onder 4.8) dat zodoende niet kan worden aangenomen dat Radder c.s. de Flower Carpetrozen, voor zover deze niet door de per 30 juni 2001 opgezegde licentieovereenkomst werden bestreken, met expliciete dan wel impliciete toestemming van Noack hebben vermeerderd en verkocht.

In de toelichting wordt verwezen naar de toelichting op grief - naar het hof begrijpt - 3. Nu wel sprake was van expliciete toestemming van Noack, kan geen sprake zijn van enige inbreuk op merk- en/of kwekersrechten, aldus de toelichting.

8. Tegen grief 2 voert Noack primair aan dat deze uitsluitend betrekking heeft op de reconventie en reeds om die reden niet kan slagen. Zij wijst erop dat Radder c.s. blijkens de memorie van grieven (onder 4 en in de conclusie) het hoger beroep uitdrukkelijk hebben beperkt tot de procedure in conventie (memorie van antwoord onder 3).

9. Het hof merkt op dat op zichzelf juist is dat Radder c.s. in dit verband hebben betoogd dat zij door de opstelling van Noack het vertrouwen in een mogelijke samenwerking met Noack geheel hebben verloren en dat zij om die reden niet zullen persisteren bij hun vordering in reconventie. Dit neemt niet weg dat de hoogte van de licentievergoeding ook in de conventie van belang is, nu immers de verhoging van de licentievergoeding een belangrijk geschilpunt tussen partijen is en Noack ook voor het verleden aanspraak maakt op een hogere licentievergoeding. In zoverre heeft Noack wel belang bij deze grief. In dat verband ziet het hof aanleiding het volgende te overwegen.

10. Het hof is, anders dan de rechtbank, van oordeel dat Noack in redelijkheid niet van Radder-van der Stam mocht eisen dat zij een licentievergoeding zou betalen die hoger was dan de licentievergoeding die zij aan andere Nederlandse licentienemers in rekening bracht. De verhouding tussen Noack en Radder-van der Stam, zowel als gewezen contractspartijen als in de hoedanigheid van onderhandelende partijen, wordt be-

heerst door de redelijkheid en billijkheid. Indien, zoals Noack stelt, zij voornemens was ook aan andere licentienemers een hogere vergoeding op te leggen, maar dit pas mogelijk zou zijn na afloop van de looptijd van de desbetreffende licentieovereenkomsten, was zij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gehouden de hogere licentievergoeding voor Radder-van der Stam op een later tijdstip, na 16 februari 2004, zoals hierna zal worden overwogen, dan wel - indien dit later zou zijn - gelijktijdig met die voor de andere licentienemers te laten ingaan. Het bewijsaanbod van Radder c.s. dat de licentievergoedingen die Noack aan Nederlandse licentiehouders in rekening bracht, verschilden, heeft de rechtbank evenwel terecht gepasseerd, nu dit door Noack niet wordt betwist. De stelling van Radder c.s. dat Noack in strijd met het mededingingsrecht heeft gehandeld, wordt verworpen, nu daarvoor onvoldoende concrete feiten en omstandigheden zijn gesteld.

In dit verband merkt het hof voorts op dat, naar Radder c.s. stellen, Noack in januari 2004 te kennen gaf dat Radder-van der Stam per 1 juli 2004 geen hoofdlicentiehouders voor Nederland meer zou zijn. In het Gesprächsprotokoll van 16 februari 2004 (productie N2 van Noack bij nadere conclusie in prima d.d. 21 juni 2006) is evenwel vermeld dat Radder-van der Stam sinds 1 juli 2001 geen hoofdlicentiehouders voor Nederland meer is.

Naar het oordeel van het hof heeft Radder-van der Stam pas na kennisneming van het Gesprächsprotokoll hoeven begrijpen dat Noack door de opzegging van de licentieovereenkomst heeft beoogd het hoofdlicentiehouderschap te beëindigen. Noack kan dan ook niet met terugwerkende kracht reeds vanaf 1 juli 2001 aanspraak maken op een hogere licentievergoeding van € 0,68 per plant (de vergoeding die sublicentiehouders betaalden).

11. De grieven 2 (voor het overige), 3 en 4 lenen zich voor gezamenlijke behandeling.

12. Noack betwist niet dat de door Radder c.s. gestelde activiteiten - opgave aan Noack van vermeerderingsaantallen van sublicentiehouders en van Radder-van der Stam zelf, inning van licentiegelden van sublicentiehouders tot en met juni 2004 en afdracht aan Noack, bestelling door Radder-van der Stam en levering door Noack van etiketten ten behoeve van licentiehouders in Nederland - ook na afloop van de opzegtermijn hebben plaatsgevonden. Zij stelt zich evenwel op het standpunt dat deze niet kunnen dienen ter onderbouwing van de stelling van Radder c.s. Het ging hier immers om activiteiten waartoe Radder-van der Stam jegens Noack gehouden was door naderwerking van de inmiddels beëindigde licentieovereenkomst, althans voor zover voor haar kenbaar, aldus Noack.

13. Het hof overweegt als volgt. Vast staat dat partijen na de opzegging van de hoofdlicentieovereenkomst bij brief van 26 juni 2000 met elkaar in onderhandeling zijn getreden over de voorwaarden van een nieuwe licentieovereenkomst. De besprekingen zijn ook na afloop van de opzegtermijn voortgezet. In het door Noack naar aanleiding van een gesprek op 23 januari

2004 opgestelde 'Gesprächsprotokoll', gedateerd 16 februari 2004, wordt op pagina 2, onderaan, vermeld:

*'Lizenzvertrag*

*- es werden neue Lizenzverträge erstellt (zur Vorlage dient der Flower Carpet Vertrag in Deutschland)*

*(...)*

*- es wird in den Niederlanden in Zukunft kein Generalvertreter geben. Seit dem 01.07.2001 gibt es in den Niederlanden keinen Hauptlizenznehmer/Vertreter mehr.*

*(...)*

*- es können Vorschläge unterbreitet werden, was der Vertrag zusätzlich an Inhalten enthalten könnte '*

en op pagina 3, laatste zin:

*'Kommt es zu keiner natürlichen Vereinbarung, wird die Zusammenarbeit aufgekündigt'*

Bij faxbrief van 13 oktober 2004 (productie 8 bij eis in prima) heeft Noack Radder-van der Stam als volgt bericht:

*'wir beziehen uns auf Ihr Schreiben vom 11.10. und dem Thema Flower Carpet ® Lizenz in den Niederlanden. Da bis zu dem genannten Schreiben trotz der langen Vorlaufzeit kein schriftlicher Vorschlag Ihrerseits bei ons eingegangen war, werden wir Ihnen heute unseren Vorschlag unterbreiten. Die Flower Carpet ® Lizenz in den Niederlanden wird im Zuge der Harmonisierung des europäischen Marktes der deutschen Lizenz angeglichen: für jede verkaufte Pflanzen bei Flower Carpet ® wird bei den Büschen eine Lizenz von 0,90 € und bei den Stammrosen von 1,- € erhoben.*

*Gerne erwarten wir Ihre offizielle Stellungnahme.'*

Bij brief van 22 oktober 2004 (productie 9 bij eis in prima) heeft Radder-van der Stam een tegenvoorstel gedaan, inhoudende dat zij een hogere licentievergoeding maar minder reclamebijdrage zou gaan betalen, waardoor de vergoeding van € 0,68 per saldo hetzelfde zou blijven. Daarmee heeft zij het voorstel van Noack tot betaling van een hogere vergoeding (impliciet) verworpen. Nadien hebben tussen partijen nog besprekingen plaatsgevonden. Op 11 oktober 2005 heeft Noack de inleidende dagvaarding aan Radder c.s. doen betekenen.

14. Het hof is van oordeel dat in het licht van de onderhandelingen die tussen partijen zijn gevoerd over een nieuwe licentieovereenkomst, Radder-van der Stam uit de opzegging van de oude licentieovereenkomst niet hoeft te begrijpen dat zij per 1 juli 2001 – en wel totdat overeenstemming zou zijn bereikt over de voorwaarden van een nieuwe licentieovereenkomst - niet meer gerechtigd was Flower Carpetrozen te vermeerderen en te verhandelen. Gelet op de hierboven onder 13 weergegeven correspondentie had zij ook niet op een later tijdstip, in de loop van het onderhandelingsproces, tot een ander inzicht hoeven komen.

Met name uit de geciteerde passage op bladzijde 3 van het 'Gesprächsprotokoll' van 16 februari 2004 mocht zij afleiden dat indien partijen niet tot overeenstemming zouden komen, de samenwerking dan pas verbroken zou worden.

Gesteld noch gebleken is dat Noack de samenwerking heeft verbroken. Ook in de impliciete verwerping door

Radder-van der Stam in oktober 2004 van het voorstel van Noack om € 0,90 respectievelijk € 1,-- licentievergoeding te gaan betalen, heeft Noack geen aanleiding gezien de samenwerking te verbreken. Dat is anders geworden vanaf de dag der inleidende dagvaarding, waarin Noack voor het eerst stelt dat Radder-van der Stam inbreuk maakt op haar kwekers- en merkrechten. Vanaf die datum heeft Radder-van der Stam redelijkerwijs moeten begrijpen dat zij haar vermeerderings- en handelsactiviteiten met betrekking tot de Flower Carpetrozen niet meer met instemming van Noack verrichtte.

15. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor onder 14 is overwogen, heeft Radder-van der Stam in de gegeven omstandigheden uit de gedragingen en verklaringen van Noack begrepen en ook redelijkerwijs mogen begrijpen dat zij hangende de onderhandelingen over een nieuwe licentieovereenkomst haar vermeerderings- en handelsactiviteiten met betrekking tot Flower Carpetrozen mocht voortzetten. Het was onder die omstandigheden aan Noack om haar expliciet te verbieden gedurende de onderhandelingen deze activiteiten te verrichten. Of voor Noack kenbaar was dat Radder-van der Stam haar activiteiten voortzette, doet dan niet ter zake. In het midden kan dus blijven of Noack op de hoogte was van het korte vermeerderings- en groeiproces van Radder-van der Stam, te weten van een half jaar, zoals Radder c.s. stellen en Noack betwist. In dat verband merkt het hof op dat het standpunt van Noack, dat zij ervan uitging dat het vermeerderings- en groeiproces bij Radder-van der Stam twee jaar duurde, in het licht van de omstandigheden weinig aannemelijk voorkomt, in het bijzonder nu de 5.000 Loredorozen die Noack in januari 2003 zelf bij Radder-van der Stam bestelde, in mei 2003 geleverd dienden te worden. Daaraan doet niet af dat Radder-van der Stam mogelijk daarnaast rozen vermeerderde door (langer durende) zomerveredeling (enting).

16. Nu Radder-van der Stam uit de verklaringen en gedragingen van Noack heeft begrepen en ook redelijke mocht begrijpen dat zij althans tot 11 oktober 2005 (de dag waarop de inleidende dagvaarding is uitgebracht) Flower Carpetrozen vermeerderde en verhandelde met toestemming van de kwekersrechthebbende en merkhouder, kan Noack op het ontbreken van die toestemming geen beroep doen. Dit brengt mee dat Radder-van der Stam tot die datum geen inbreuk op de kwekersrechten en merkrechten van Noack heeft gemaakt.

17. Uit het voorgaande volgt dat de grieven 2 tot en met 4 in zoverre gegrond zijn.

18. De grieven 5 tot en met 9 zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank (onder 4.10, 4.11, 4.12, 4.13 en 4.14) dat de vorderingen toewijsbaar zijn jegens alle gedaagden. In de toelichting op deze grieven stellen Radder c.s. dat de licentieovereenkomst destijds is gesloten met (Baumschule) Radder-Van der Stam B.V. (hierna: Radder-van der Stam B.V. (I)) In 1995 is deze vennootschap een pensioen-B.V. van Radder sr. geworden en is de naam van deze vennootschap gewijzigd in G. Radder holding B.V. De bedrijfsactivi-

teiten van Radder-van der Stam B.V. (I) zijn overgenomen door Radder-van der Stam v.o.f. (hierna: de v.o.f.). Vennoten van de v.o.f. waren een nieuw opgerichte vennootschap met de naam Radder-van der Stam B.V. (hierna: Radder-van der Stam B.V. (II)) en E. Radder B.V. Op 6 mei 2004 is de v.o.f. ontbonden en zijn de bedrijfsactiviteiten overgenomen door de voormalig vennoot Radder-van der Stam B.V. (II). Slechts Radder-van der Stam B.V. II en E. Radder B.V. zijn als voormalig vennoten van de v.o.f. betrokken geweest bij de vermeerdering en verhandeling van de Flower Carpetrozen. Toen deze procedure aanhangig werd gemaakt, was uitsluitend Radder-van der Stam B.V. II nog actief met Flower Carpetrozen. Na vonniswijzing is zij hier onmiddellijk mee gestopt. Alle overige oorspronkelijk gedaagden zijn ten onrechte in rechte betrokken, aldus de toelichting.

19. Het hof overweegt als volgt. Uit het hiervoor onder 15 overwogene volgt dat vóór de dag der dagvaarding geen inbreuk is gemaakt op kwekers- en merkrechten van Noack, dus door geen van de oorspronkelijk gedaagden. Pas vanaf de dag der dagvaarding, waardoor aan Radder-van der Stam bekend werd dat zij zonder toestemming van Noack handelde, wordt wel inbreuk daarop gemaakt. Radder c.s. hebben voldoende aannemelijk gemaakt dat op die datum alleen Radder-van der Stam B.V. (II) -dat is appellante sub 2 - nog actief was. Weliswaar heeft op de website [www.radder-vanderstam.com](http://www.radder-vanderstam.com) tot 2006 - abusievelijk - vermeld gestaan dat Radder-van der Stam v.o.f. licentiehouder voor Nederland is van de Flower Carpetrozen, maar nu gesteld noch gebleken is dat de vermelding op de website nadien is gehandhaafd, ziet het hof geen aanleiding voor toewijzing van de vorderingen tegen de v.o.f.

20. Hieruit volgt dat de grieven 5 tot en met 9 gegrond zijn. De gegrondheid van deze grieven brengt mee dat het vonnis moet worden vernietigd voor zover gewezen tegen appellanten sub 1 en 3 tot en met 8.

21. Wat betreft de veroordeling van appellante sub 2 (Radder-van der Stam B.V.) oordeelt het hof als volgt. De in het dictum onder 5.1 en 5.2 toegewezen verboden zijn terecht toegewezen tegen Radder-van der Stam B.V., nu aangenomen moet worden dat Radder-van der Stam B.V. vanaf de dag der dagvaarding - naar zij immers zelf stelt: tot aan de datum van vonniswijzing - onrechtmatig heeft gehandeld.

22. Grief 10 is gericht tegen de toewijzing van de vordering tot schadevergoeding, op te maken bij staat. Volgens de toelichting heeft de rechtbank ten onrechte inbreuk op de rechten van Noack aangenomen, zodat reeds om die reden van enige schade van Noack geen sprake kan zijn. Daarbij komt dat Noack geenszins aannemelijk heeft gemaakt dat zij enige schade zou hebben geleden als gevolg van het beweerdelijk onrechtmatig handelen van Radder c.s. Eveneens zijn de overige nevenvorderingen ten onrechte toegewezen, aldus de toelichting.

23. Het hof overweegt dat voor toewijzing van een vordering tot vergoeding van schade, op te maken bij staat, reeds voldoende is dat de mogelijkheid van schade aannemelijk is. Nu het hof heeft geoordeeld dat de door

Radder-van der Stam B.V. verrichte vermeerderings- en handelsactiviteiten met betrekking tot Flower Carpetrozen vanaf de dag der dagvaarding zonder toestemming van Noack zijn verricht, handelt Radder-van der Stam B.V. vanaf die datum onrechtmatig. De mogelijkheid dat Noack daardoor schade heeft geleden is voldoende aannemelijk gemaakt. De rechtbank heeft de vordering tot vergoeding van schade, op te maken bij staat, dan ook terecht heeft toegewezen.

24. Wat betreft de door de rechtbank toegewezen nevenvordering oordeelt het hof als volgt.

25. De bevelen gegeven onder 5.3 en 5.4 van het dictum - kort gezegd: tot opgave van aantallen op de kwekersrechten van Noack inbreukmakend teeltmateriaal en inbreukmakende handelingen alsmede van aantallen op de merkrechten van Noack inbreukmakende handelingen en inbreukmakend promotiemateriaal etcetera - zijn op zichzelf terecht toegewezen, nu immers ook de vordering tot schadevergoeding op te maken bij staat toewijsbaar is geacht. In het licht van het oordeel van het hof dat Radder-van der Stam eerst vanaf 11 oktober 2005 onrechtmatig heeft gehandeld, moeten de bevelen tot opgave van genoemde gegevens aldus worden verstaan dat deze betrekking hebben op na 11 oktober 2005 voortgebracht of vermeerderd teeltmateriaal.

26. Voor het bevel gegeven onder 5.5 van het dictum, te weten tot het rooien en vernietigen van inbreukmakend teeltmateriaal, geldt evenzeer dat dit aldus moet worden verstaan dat het betrekking heeft op na 11 oktober 2005 voortgebracht of vermeerderd teeltmateriaal.

27. Het bevel gegeven onder 5.6 van het dictum tot het sturen van een brief met terughaalverzoek aan de afnemers van Radder-van der Stam B.V. acht het hof in het licht van zijn oordeel dat Radder-van der Stam eerst vanaf 11 oktober 2005 (de dag waarop de inleidende dagvaarding is uitgebracht) onrechtmatig heeft gehandeld, te ver strekkend.

Het vonnis zal ook ten aanzien van dit bevel worden vernietigd. Voor een nieuwe brief acht het hof, gezien het tijdsverloop, geen termen aanwezig.

28. Grief 11, die klaagt dat de rechtbank Radder c.s. ten onrechte heeft veroordeeld in de proceskosten, is eveneens gegrond. Het hof ziet aanleiding de kosten van de eerste aanleg te compenseren. De proceskostenveroordeling in eerste aanleg zal dan ook worden vernietigd.

29. Noack zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het hoger beroep worden veroordeeld.

### 3. Beslissing

Het hof:

- vernietigt het vonnis waarvan beroep, voor zover in conventie gewezen tegen appellanten sub 1 en 3 tot en met 8 gewezen en,

- verklaart Noack niet-ontvankelijk in haar vordering voor zover tegen hen ingesteld;

- veroordeelt Noack in de kosten van het geding in eerste aanleg, aan de zijde van appellanten sub 1 en 3 tot en met 8 begroot op nihil;

voorts:

- vernietigt het vonnis voor zover in conventie gewezen tegen Radder-van der Stam B.V. (appellante sub 2) ten aanzien van het bevel om aan afnemers van Radder-van der Stam B.V. een brief met terughaalverzoek te sturen (dictum onder 5.6) alsmede de proceskostenveroordeling (dictum onder 5.9), en opnieuw rechtdoende,
- compenseert de kosten van het geding in eerste aanleg aldus, dat iedere partij de eigen kosten draagt;
- bekrachtigt het vonnis waarvan beroep voor het overige;
- veroordeelt Noack in de kosten van het hoger beroep, welke kosten tot op heden aan de zijde van Radder-van der Stam worden bepaald op € 384,31 aan verschotten en € 2.682,- aan salaris voor de advocaat.

Dit arrest is gewezen door mrs. J.C. Fasseur, C.J. Verduyn en S.U. Ottevangers, prof. ir. dr. P. Stam en dr. ir. O. Dolstra en is uitgesproken ter openbare terechtzitting van 28 april 2009 in aanwezigheid van de griffier.

---