

**Openbare terechtzitting van 20 januari 2011.
Zesde kamer**

Nr. A/09/02830

Rep. nr. 478

De rechtbank van koophandel te Gent, Zesde Kamer, heeft volgend vonnis verleend inzake van:

BVBA WILLEMS BISCUITERIE, met ondernemingsnummer 0401.006.413, met zetel te 9900 Eeklo, Nieuwendorpe 33/C, voor wie als raadsman optreedt, Mr. Filip Petillion en Mr. Jan-Diederik Lindemans, beiden advocaat te Brussel;

eiseres;

tegen :

NV LOTUS BAKERIES, met ondernemingsnummer 0401.030.860, met zetel te 9971 Kaprijke-Lembeke, Gentstraat 52, voor wie als raadsman optreedt, Mr. Louis Puts, advocaat te Brussel;

verweerster;

En inzake:

NV 'T BOERINNEKE, met ondernemingsnummer 0412.757.764, met zetel te 2890 St Amands, Kuitegemstraat 33, voor wie als raadsman optreedt, Mr. Peter Van Aerschot loco Mr. Hugo Lamon, advocaat te Hasselt;

eerste vrijwillig tussenkomende partij;

NV BISCUITERIE JULES DESTROOPER, met ondernemingsnummer 0426.191.967, met zetel te 8647 Lo-Reninge, Gravestraat 5, voor wie als raadsman optreedt, Mr. Pieter Van Aerschot loco Mr. Marc D'hoore, advocaat te Brugge;

tweede vrijwillig tussenkomende partij;

Gelet op de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken.

Gezien het geboekt exploit van rechtsingang dd. 16 juli 2009, de verzoekschriften tot vrijwillige tussenkomst dd. 12 november 2009 enerzijds, en 10 mei 2010 anderzijds, en de andere stukken.

Partijen werden gehoord in hun middelen en conclusies voorgedragen op de openbare terechtzitting van donderdag, 21 oktober 2010.

1. Voorwerp van de vordering

Bij dagvaarding dd. 16.7.2009 vordert de eiseres (hierna: Willems):

- het Belgisch octrooi BE1016009 van de verweerster (hierna: Lotus) nietig te verklaren;
- Lotus te veroordelen tot de nader begrote kosten van het geding;
- de uitvoerbaarheid bij voorraad van het tussen te komen vonnis, niettegenstaande de aanwending van een rechtsmiddel en zonder de mogelijkheid tot borgstelling of kantonnement.

Bij verzoekschrift dd. 12.11.2009 komt de eerste vrijwillig tussenkomende partij (hierna: 't Boerinneke) vrijwillig tussen in het geding tussen Willems en Lotus, en vordert zij dat de vordering van Willems jegens Lotus ontvankelijk en gegrond zou worden verklaard, meer de veroordeling van Lotus tot de nader begrote kosten van het geding;

Bij verzoekschrift dd. 10.5.2010 komt de tweede vrijwillig tussenkomende partij (hierna: Destrooper) vrijwillig tussen in het geding tussen Willems, Lotus en 't Boerinneke, en vordert zij dat de vordering van Willems jegens Lotus ontvankelijk en gegrond zou worden verklaard.

Bij synthesebesluiten vordert Willems:

- het Belgisch octrooi BE1016009 van Lotus nietig te verklaren;
- de veroordeling van Lotus tot het betalen van een provisionele vergoeding voor de kosten en schade veroorzaakt door onrechtmatige daad ten belope van een bedrag van 360.000 EUR;
- met het oog op het vaststellen van de precieze schade, de zaak naar de rol te verzenden en op kosten van Lotus een gerechtsdeskundige aan te stellen met een nader omschreven opdracht;
- *ondergeschikt* : indien de rechtbank het vaststaand karakter van de *ex aequo et bono* en/of provisioneel begrote schadeposten niet bewezen zou achten, de aanstelling op kosten van Lotus van een boekhoudkundig deskundige met een nader omschreven opdracht;
- de veroordeling van Lotus tot de nader begrote kosten van het geding.

Bij synthesebesluiten formuleert Lotus een tegeneis en vordert zij:

- vast te stellen dat de door Willems vervaardigde speculaaspasta's vallen onder de bescherming van het octrooi BE1016009 van Lotus;
- vast te stellen dat Willems door het vervaardigen, aanbieden en leveren van de speculaaspasta's aan minstens twee Belgische supermarktketens, een inbreuk heeft gepleegd op het octrooi BE1016009 van Lotus in de zin van art. 27 al. 1, a) van de Belgische Octrooiwet van 28.3.1984;
- Willems het bevel op te leggen tot staking van elke verdere inbreuk op voormeld octrooi BE1016009 van Lotus, op straffe van een nader omschreven dwangsom;
- Willems het bevel op te leggen alle inbreukmakende producten en alle inbreukmakende materialen te vernietigen binnen een termijn van 48u na de betekening van het tussen te komen vonnis, onder verbeurte van een nader omschreven dwangsom;
- Lotus te machtigen om ieder inbreukmakend product of voorwerp dat zij na betekening van het tussen te komen vonnis nog zou aantreffen in de

kleinhandel of elders, door onverschillig welke daartoe aangezochte gerechtsdeurwaarder te laten wegnemen teneinde het te laten bewaren en vervolgens te vernietigen, dit alles op kosten van Willems;

- Willems te veroordelen tot betaling aan Lotus van een schadevergoeding, provisioneel begroot op 1 EUR;
- de publicatie te bevelen van het vonnis in twee vaktijdschriften en/of dagbladen naar keuze van Lotus, binnen de maand na betekening van het te wijze vonnis en te horen zeggen voor recht dat de kosten invorderbaar zullen zijn lastens Willems op eenvoudige voorlegging van de factuur;
- Willems, 't Boerinneke en Destrooper solidair, *in solidum*, minstens de ene bij gebrek aan de andere te veroordelen tot de nader begrote kosten van de procedure;
- de uitvoerbaarheid bij voorraad van het tussen te komen vonnis, met uitsluiting van de mogelijkheid tot borgstelling of kantonnement;
- *uiterst ondergeschikt*: indien de rechtbank het octrooi BE1016009 nietig zou willen verklaren, de debatten te heropenen teneinde aan Lotus de gelegenheid te geven om de octrooiconclusies aan te passen in toepassing van art. 49, al. 2 van de Octrooiwet.

2. De feiten

Op 10.5.2004 dienden de heren Daniel De Maeyer en Dirk De Smet (hierna De Maeyer-De Smet) een aanvraag in tot het bekomen van een Belgisch octrooi voor een product, genaamd: "*Speculaasproduct*".

Op 10.1.2006 werd hen onder nummer BE 1016009 en voor de duur van 20 jaar, een Belgisch uitvindingsoctrooi (hierna: het octrooi '009) toegekend voor: "*Speculaasproduct*" volgens de bijhorende beschrijving en conclusies.

Artikel 2 van het octrooi '009 vermeldt dat het "*is toegekend zonder voorafgaand onderzoek van zijn octrooieerbaarheid, zonder waarborg voor zijn waarde of van de juistheid van de beschrijving der uitvinding en op eigen risico van de aanvrager(s)*".

Bij dagvaarding dd. 3.10.2008 ging Lotus over tot dagvaarding van De Maeyer-De Smet tot nietigverklaring van het octrooi '009 wegens gebrek aan nieuwheid van de geoctrooieerde uitvinding/niet berustend op uitvinderwerkzaamheid.

Op een niet nader gekende datum verwierf Lotus de eigendomsrechten over het octrooi '009 vanwege De Maeyer-De Smet.

Per schrijven van haar raadsman dd. 20.5.2009 stelde Lotus Willems in gebreke wegens de inbreuk door Willems van de octrooirechten van Lotus uit hoofde van het octrooi '009, en verzocht zij Willems om te verklaren dat zij zich zou onthouden van elke verdere inbreuk.

Per schrijven van haar raadsman dd. 28.5.2009 weigerde Willems de haar door Lotus voorgelegde onthoudingsverklaring te ondertekenen en formuleerde zij voorbehoud van alle rechten.

Per schrijven van haar raadsman dd. 10.6.2009 handhaafde Lotus haar eerder ingenomen standpunt.

Op 16.7.2009 ging Willems in het kader van de huidige procedure over tot dagvaarding van Lotus met het oog op de nietigverklaring van het octrooi '009.

Per schrijven van haar raadsman dd. 23.9.2009 stelde Lotus Vermeiren Princeps NV in gebreke om alle inbreuken op het octrooi '009 stop te zetten.

Per verzoekschrift van 8.10.2009 vroeg Lotus de voorzitter van de rechtbank van koophandel van Gent o.m. om toegelaten te worden om bij/lastens Willems over te gaan tot beschrijving van de beweerde inbreukmakende producten van het speculaasproduct en de productiewijze ervan.

Per verzoekschrift van 9.10.2009 vroeg Lotus de voorzitter van de rechtbank van koophandel van Antwerpen o.m. om toegelaten te worden om bij/lastens Vermeiren Princeps NV over te gaan tot beschrijving van de beweerde inbreukmakende producten van het speculaasproduct en de productiewijze ervan.

Bij beschikking van resp. de voorzitter van de rechtbank van koophandel van Antwerpen dd. 7.10.2009 enerzijds, en de voorzitter van de rechtbank van koophandel van Gent dd. 9.10.2009 anderzijds, werd Lotus toegelaten om bij/lastens haar concurrenten Vermeiren Princeps NV enerzijds en Willems anderzijds, over te gaan tot beschrijving (...) van alle in de beschikking aangeduide goederen en/of voorwerpen die een inbreuk op het octrooi '009 van Lotus zouden uitmaken.

Op 21.1.2010 ging Lotus over tot dagvaarding van 't Boerinneke met het oog op o.m. de stopzetting van de productie en hun veroordeling tot het betalen van een schadevergoeding.

3. Beoordeling

3.1 De hoofdeis :

3.1.1 De procedure

3.1.1.1 Deloyale procesvoering

Bij synthesebesluiten voert Willems aan dat Lotus zich als een deloyale procespartij zou hebben gemanifesteerd door:

- haar nieuwhedsverweer uit te stellen tot na de kennisname en neerlegging door Willems van haar laatste synthesebesluiten;
- de niet-transparantie mededeling van stukken (meer bepaald betreffende (buitenlandse) rechtsleer en rechtspraak).

In haar eigen synthesebesluiten werpt Lotus op dat Willems zich zelf schuldig zou hebben gemaakt aan deloyale procesvoering.

Op de voor pleidooien vastgestelde zitting gingen de partijen akkoord om de zaak te behandelen, en werden geen procedureincidenten geacteerd.

De rechtbank mag derhalve aannemen dat de partijen op het ogenblik van de pleidooien voldaan waren in hun rechten van verdediging wat betreft het schriftelijk stadium van de procedure – m.n. in het kader van het stadium van de redactie en mededeling van conclusies.

Bij gebrek aan excepties in dit verband dient de rechtbank dan ook geen uitspraak te doen over de wederzijdse grieven van deloyale procesvoering.

3.1.1.2 *Art. 877 Ger.W.*

1.

Willems vordert de voorlegging door Lotus van de overeenkomst tussen Lotus en De Maeyer-De Smet, minstens de mededeling van de prijs die Lotus aan De Maeyer-De Smet betaalde voor de verwerving van het octrooi '009.

Lotus betwist de relevantie van de gevraagde stukken in het kader van de huidige procedure.

2.

De huidige procedure betreft de geldigheid dan wel de gebeurlijke nietigheid van het octrooi '009.

De geldigheid/gebeurlijke nietigheid is een door de rechtbank te beoordelen gegeven dat inherent is aan het te beoordelen octrooi.

De wijze waarop Lotus het octrooi '009 vanwege De Maeyer-De Smet bekwaam noch de prijs die zij gebeurlijk voor het octrooi betaalde aan De Maeyer-De Smet, kunnen enige impact hebben op de geldigheid/gebeurlijke nietigheid van het octrooi '009.

Hoogstens kunnen de wijze van verwerven van het octrooi '009 en de voor het octrooi betaalde prijs relevant zijn om enig inzicht te krijgen in de waardering van het octrooi '009 door Lotus op het moment van de verwerving ervan, dan wel over de onderhandelings technieken die Lotus hanteerde bij de verwerving van het octrooi.

De vordering van Willems in toepassing van art. 877 Ger.W. is derhalve ongegrond.

3.1.2 *Ten gronde: De geldigheid van het octrooi '009*

3.1.2.1 *Probleemstelling*

Willems is van oordeel dat het octrooi '009 zowel de test van de nieuwheid als deze van de uitvinderswerkzaamheid zoals opgelegd door art. 2, al. 1 Belgische Octrooiwet (hierna: BOW) niet doorstaat, op grond van de volgende overwegingen:

- speculaaspasta bestond reeds vóór 10.5.2004, hetzij de datum van indiening van de octrooiaanvraag;
- het geoctrooieerde product vloeit op een voor de vakman evidente wijze voort uit de stand van de techniek.

Lotus houdt voor dat het octrooi '009 wel degelijk een geldig octrooi betreft.

3.1.2.2 *Essentiële kenmerken van het octrooi '009*

a. *Beginnelsen*

De beschermingsomvang van het octrooi '009 dient te worden bepaald op grond van de essentiële kenmerken van de uitvinding, zoals beschreven in de octrooi-conclusies.

Conform art. 17 BOW en 26 BOW beschrijven de conclusies van het octrooi immers *“het onderwerp waarvoor bescherming wordt gevraagd”*, en wordt *“de beschermingsomvang van het octrooi bepaald door de inhoud van de conclusies”*, waarbij *“de beschrijving en de tekening [dienen] tot uitleg van de conclusies”*.

Krachtens artikel 26 BOW kan de beschermingsomvang van een octrooi derhalve enkel bepaald worden door haar conclusies, waarbij de beschrijving en de tekeningen worden gebruikt om de conclusies nader uit te leggen.

Bij het bepalen van de essentiële kenmerken van de uitvinding dient de rechter een interpretatie voorop te stellen die zowel een redelijke bescherming aan de octrooihouder als een redelijke mate van zekerheid voor derden biedt.

Hierbij dient het midden gehouden te worden tussen een al te strikte, letterlijke interpretatie van de relevante conclusie(s) en het uitbreiden van de beschermingsomvang tot elementen die niet als dusdanig in de conclusie(s) worden vermeld doch die naar de mening van de vakman wel vallen onder hetgeen de uitvinder had beoogd.

(C. Ronse, Beschermingsomvang van een octrooi, I.R. D.I. 2009, 260 ev)

b. *Beschrijving en conclusies*

De beschrijving van het octrooi '009 kan worden samengevat als volgt:

- speculaas bestaat *“op heden”* onder de vorm van *“een droge koek”*;
- nadeel:
 - speculaas kan *“relatief moeilijk”* als beleg worden gebruikt;
 - speculaas kan *“relatief moeilijk”* worden gegeten door mensen met kauwproblemen;
- doel van de uitvinding:
 - een oplossing bieden aan de genoemde nadelen;
- concept van de uitvinding:
 - smeerpasta die *“hoofdzakelijk”* een mengsel bevat van gemalen speculaas en een vetstof;
- voordeel van de uitvinding:
 - smeerbaar;
 - kan gemakkelijk als beleg worden gebruikt;
 - een boterham die belegd is met zulk speculaasproduct kan *“relatief gemakkelijk”* worden versneden en gekauwd.

De conclusies van het octrooi '009 kunnen worden samengevat als volgt:

- een speculaasproduct
- *concl 1*:
 - o dat bestaat uit een smeerpasta
 - o die hoofdzakelijk een mengsel bevat van:
 - gemalen speculaas;
 - en vetstof;
- *concl 2 volgens concl 1*:
 - o de vetstof is van plantaardige oorsprong;
- *concl 3 volgens concl 1*:
 - o de gemalen speculaas bevindt zich onder de vorm van speculaaskorrels;
- *concl 4 volgens concl 1*:
 - o bevat een anti-oxidant;
- *concl 5 volgens concl 1*:
 - o bevat speculaaskruiden;
- *concl 6 volgens concl 1*:
 - o bevat kandijsiroop;
- *concl 7 volgens concl 1*:
 - o bevat bruine kleurstof;
- *concl 8 volgens concl 1*:
 - o bevat vruchten;
- *concl 9 volgens concl 8*:
 - voornoemde vruchten zijn noten;
- *concl 10 volgens concl 1*:
 - o bevat chocolade;
- *concl 11 volgens concl 1*:
 - o massaverhouding vetstof/speculaas is vervat tussen 0,7 en 7,5;
- *concl 12 volgens concl 11*:
 - voornoemde massaverhouding vetstof/speculaas is gelijk aan 2.

c. *Technische kenmerken van het octrooi '009*

c.1 *Standpunt van de partijen*

1.

Bij besluiten bepaalt Willems de technische kenmerken van het octrooi '009 als volgt:

"speculaasproduct, daardoor gekenmerkt dat:

(1) het bestaat uit een smeerpasta die

(2) hoofdzakelijk een mengsel bevat van gemalen speculaas en vetstof"

Verder erkent Willems dat de overige afhankelijke conclusies de uitvoeringsvarianten beschrijven van de enige onafhankelijke conclusie 1 en *"duidelijk niet nieuw zijn"*.

Lotus weerhoudt de volgende kenmerken als *"bepalend (...) voor de uitvinding"*:

- kenmerk 1 : speculaasproduct
- kenmerk 2 : dat bestaat uit een smeerpasta
- kenmerk 3 : die hoofdzakelijk
- kenmerk 4 : een mengsel bevat van gemalen speculaas en een vetstof.

Verder meent ook Lotus dat *“de overige conclusies 2 tot en met 12 alle afhankelijke conclusies”* zijn.

2.

De rechtbank neemt akte van de consensus tussen partijen over het feit dat het octrooi '009 één onafhankelijke conclusie bevat, m.n. conclusie 1, alsook dat de conclusies 2 tem. 12 afhankelijke conclusies betreffen.

c.2 *“Speculaasproduct”*

1.

De onafhankelijke conclusie van het octrooi '009 luidt letterlijk als volgt:
“Speculaasproduct daardoor gekenmerkt dat het bestaat uit een smeerpasta die hoofdzakelijk een mengsel bevat van gemalen speculaas en een vetstof”.

2.

Het in de onafhankelijke conclusie 1 gebruikte woord *“speculaasproduct”* betreft een algemene omschrijving bij wijze van *“soortnaam”*.

Elk product waarin speculaas voorkomt – in de eerste plaats speculaas zelf, doch bijvoorbeeld ook vlaai op basis van o.m. speculaas – is immers een *“speculaasproduct”*.

Bij gebrek aan specificiteit van de term *“speculaasproduct”* geldt het in de onafhankelijke conclusie 1 gebruikte woord *“speculaasproduct”* derhalve niet als een afzonderlijk te toetsen essentieel technisch kenmerk van het octrooi '009 .

3.

Omwille van haar algemeenheid en niet-specificiteit weerhoudt de rechtbank niet de - overigens niet-gestaafde - stelling van Lotus (synthesebesluiten p. 24), m.n. dat onder *“speculaasproduct”* zoals vermeld in de onafhankelijke conclusie 1, dient begrepen worden: *“een product dat duidelijk naar speculaas moet smaken” “en dat dus niet door andere smaken wordt overheerst”*.

c.3 *“Smeerpasta”*

1.

Gelet op de beschrijving van het doel en de voordelen van het octrooi '009 – m.n. door de smeerbaarheid verhelpen aan het probleem van relatieve moeilijkheid om speculaas als beleg te gebruiken en/of gegeten te worden door mensen met kauwproblemen – betreft de consistentie van de uitvinding als een *“smeerpasta”* – hetzij een massa die gemakkelijk uitsmeerbaar is – een essentieel kenmerk van het octrooi '009.

2.

Uit de beschrijving van het octrooi '009 kan worden begrepen dat de “smeerpasta” zoals bedoeld in het octrooi '009 een “*boterhamsmeerpasta*” betreft.

Het geoctrooieerde speculaasproduct werd immers beschreven als alternatief voor het op een boterham moeilijk te versnijden en voor mensen met kauwproblemen te kauwen broodbeleg:

“(…)

*Een nadeel van zulke koek is dat hij relatief moeilijk als beleg kan worden gebruikt, door dat bijvoorbeeld **boterhammen** met speculaaskoek moeilijk kan worden versneden.*

Bovendien kan een dergelijke koek relatief moeilijk worden gegeten door mensen met kauwproblemen;

Een voordeel van een speculaasproduct volgens de huidige uitvinding is dat het smeerbaar is en gemakkelijk als beleg kan worden gebruikt.

*Nog een voordeel is dat **een boterham** die belegd is met zulk speculaasproduct relatief gemakkelijk kan worden **versneden en gekauwd**.”*

Bovendien wordt onder *beleg* – in de context van voeding althans (cfr. Van Dale) – gangbaar begrepen: broodbelegsel.

Aangezien de bestemming van het geoctrooieerde speculaasproduct echter niet werd opgenomen als een specifiek kenmerk in de conclusies, en broodbeleg in de keuken gangbaar ook andere toepassingen kent (cfr. confituur wordt ook gebruikt als beleg voor pannenkoeken, taarten, ... alsook de verwerking in bv. sauzen) geldt als tweede essentieel kenmerk van het octrooi '009 :

- het feit dat het betrokken product smeerbaar is;
- *doch niet*: dat het product bedoeld is als broodbeleg.

c.4 “Hoofdzakelijk”

1.

Lotus meent dat het in de onafhankelijke conclusie opgenomen bijwoord “*hoofdzakelijk*” geldt als een afzonderlijk essentieel kenmerk.

2.

Het bijwoord “*hoofdzakelijk*” heeft betrekking op de samenstelling van de smeerpasta, m.n. als een mengsel van “*hoofdzakelijk*” speculaas en een vetstof.

Aangezien een mengsel van speculaas en vetstof niet noodzakelijk “*hoofdzakelijk*” bestaat uit speculaas en vetstof, doch ook kan samengesteld zijn uit 1) speculaas, 2) vetstof en 3) “*hoofdzakelijk*” (een) andere substantie(s) – bijvoorbeeld melk [voor de bereiding van vlaai] – geldt het bijwoord “*hoofdzakelijk*” als een essentieel kenmerk van het octrooi '009.

3.

De beschrijving noch de conclusies van het octrooi '009 laten echter toe de inhoudelijke draagwijdte van de in de onafhankelijke conclusie gebruikte term “*hoofdzakelijk*” te kwantificeren.

De gemiddelde vakman zal onder de aanduiding “*hoofdzakelijk*” in de onafhankelijke conclusie 1 evenwel spontaan uitgaan van de overtuiging dat het door speculaas enerzijds en vetstof anderzijds gevormde mengsel onder de

totaliteit van alle samenstellende bestanddelen (*in casu*: speculaas, vetstof, anti-oxidant, speculaaskruiden, kandijsiroop, bruine kleurstof, vruchten,...) het belangrijkste aandeel vormt van de smeerpasta.

Waar "*het grootste aandeel*" in een totaliteit niet noodzakelijk mèèr dan 50% van de totale massa veronderstelt, wordt onder "*hoofdzakelijk*" toch begrepen dat het overwicht van het relevante bestanddeel op de andere bestanddelen significant dient te zijn.

Aldus weerhoudt de rechtbank als een afzonderlijk essentieel kenmerk van het octrooi '009 : de aanwezigheid in de smeerpasta van een "*mengsel van speculaas en vetstof*" ten belope van "*het grootste aandeel*", met dien verstande dat het overwicht van het mengsel speculaas/vetstof op de andere bestanddelen "*significant*" dient te zijn.

c.5 "*Mengsel van gemalen speculaas en vetstof*"

De aanwezigheid in het speculaasproduct van een "*mengsel van gemalen speculaas en een vetstof*" betreft de essentie van het octrooi '009 .

Het "*mengsel van gemalen speculaas en vetstof*" geldt derhalve als een essentieel kenmerk van het octrooi '009 .

c.6 Conclusie

Op grond van de hierboven uiteengezette overwegingen worden de volgende kenmerken als essentiële kenmerken van het octrooi '009 weerhouden:

- kenmerk 1 : "*smeerpasta*"
- kenmerk 2 : die "*hoofdzakelijk*"
- kenmerk 3 : bevat : een "*mengsel van gemalen speculaas en een vetstof*"

3.1.2.3 Nieuwheid van het octrooi '009

a. Principes

1.

Een uitvinding wordt als nieuw beschouwd indien zij geen deel uitmaakt van de stand van de techniek.

Onder stand van de techniek wordt begrepen: al hetgeen vóór de datum van de indiening van de octrooiaanvraag openbaar toegankelijk werd gemaakt door schriftelijke of mondelinge beschrijving, door toepassing of op enige andere wijze (art. 5 al. 1 en 2 BOW).

De ijkdatum voor de beoordeling van de nieuwheid is de datum van neerlegging van de octrooi-aanvraag of, indien er sprake is van een prioriteitsdatum, deze laatste datum (art. 5 BOW).

In casu geldt als ijkdatum voor de beoordeling van de nieuwheid van het octrooi '009 , de datum van de neerlegging van de octrooi-aanvraag door De Maeyer-De Smet, hetzij **10.5.2004**.

2.

Om nieuwheidschadelijk te zijn moet de anterioriteit waarop men zich steunt *compact* zijn, t.t.z. ze moet alle relevante technische kenmerken van de uitvinding bevatten, en niet slechts een aantal van deze kenmerken.

Alle kenmerken moeten erin vermeld worden en hetzelfde technische effect moet er het resultaat van zijn.

Terwijl bij de beoordeling van de nieuwheidsvereiste rekening mag gehouden worden met de *kenmerken die op impliciete (doch rechtstreekse en ondubbelzinnige) wijze voortvloeien uit de ingeroepen anterioriteiten*, mogen *technische equivalenten* niet in acht genomen worden.

Een document uit de stand van de techniek waarin middelen die niet allemaal identiek zijn, maar technisch equivalent aan diegene waarvan gewag gemaakt wordt in het litigieuze octrooi, kan dus niet als nieuwheidschadelijk worden beschouwd. (...)

(DE JONG, P., VRINS, O., RONSE, C., Evoluties in het octrooirecht. Overzicht van rechtspraak 2003-2006 TBH 2007, afl. 5, 423-480 en <http://www.rdc-tbh.be> (12 september 2008))

b. De te onderzoeken anterioriteiten

b.1 Ingeroepen anterioriteiten

1.

Willems verwijst naar het nieuwheidsrapport van het EOB bij het octrooi '009 , en de documenten die in het betrokken nieuwheidsrapport met een "X" werden aangeduid, m.n.

- Speculaastaart 2 zoals opgenomen in de website <http://www.omawapsie.nl/sint/Speculaastaart%202.html>
- Europese octrooiaanvraag EP1302112A1
- Speculoosmousse, waarvan het recept reeds online beschikbaar was in 2003.

Verder beroept Willems zich op de anterioriteit van de volgende producten:

- Speculaaspasta van Calvé,
- Speculaaspasta van Duo Penotti.

Lotus replikeert dat het nieuwheidsrapport van het EOB bij het octrooi '009 niet bindend is voor deze rechtbank, en zij meent dat Willems in het kader van de haar toekomende bewijslast dient aan te tonen dat de in het nieuwheidsrapport weerhouden eventueel nieuwheidschadelijke producten ook effectief nieuwheidschadelijk zijn.

2.

Willems betwist (terecht) niet dat het nieuwheidsrapport van het EOB dd. 31.1.2005 niet bindend is, waarvan akte.

In toepassing van art. 870 Ger.W. draagt Willems derhalve de bewijslast omtrent de nieuwheidschadelijkheid van de ingeroepen anterioriteiten.

b.2 Bespreking van de ingeroepen anterioriteiten

b.2.1 Speculaastaart 2

b.2.1.1 Beschikbaarheid van speculaastaart 2 op het internet voor de prioriteitsdatum

1) Het internet en de stand van de techniek

1.

Alvorens kan worden ingegaan op de eventuele nieuwheidschadelijkheid van Speculaastaart 2 voor het octrooi '009 dient te worden onderzocht of de betrokken receptuur online beschikbaar was op/vóór de prioriteitsdatum van 10.5.2004.

Immers: indien dit niet het geval zou zijn, maakte de Speculaastaart 2 geen deel uit van de stand van de techniek op 10.5.2004 en kan zij niet nieuwheidschadelijk zijn voor het octrooi '009.

2.

Lotus erkent op p. 34 van haar synthesebesluiten de vanzelfsprekendheid van het feit dat het EOB de internetpublicatie <http://www.omawapsie.nl/sint/Speculaastaart%202.html> pas vond na de prioriteitsdatum, waarvan akte:

Het EOB kon de bestaande website immers pas opsporen en aantreffen nadat haar een verzoek tot nieuwheidsonderzoek werd gericht, hetzij uiteraard na de prioriteitsdatum.

3.

Lotus betwist dat Speculaastaart 2 reeds op de prioriteitsdatum online beschikbaar was, en zij argumenteert haar stelling als volgt:

- Volgens de gegevens van Internet Archive was de Speculaastaart 2 op www.omawapsie.nl pas voor het eerst online op 21.10.2004, hetzij na de prioriteitsdatum;
- De copyright vermelding "C 2002 Wapsie" kan niet worden aanzien als een publicatiedatum van het recept Speculaastaart 2, omdat de inhoud van de website variabel is en regelmatig wordt aangevuld/bijgewerkt;
- Webistes www.BIZinformatie.nl en www.COMjuice.com geven aan dat de website www.omawapsie.nl pas van start is gegaan op 14.5.2003.

Willems repliceert als volgt:

- Het EOB erkent het belang van internetpublicaties voor de beoordeling van de stand van de techniek en hanteert welbepaalde richtlijnen (cfr. beslissing Kamer van Beroep EOB T1134/06);

- Terzake is voldaan aan de richtlijnen van de Kamer van Beroep van het EOB:
 - o Internet Archive heeft aan Willems bevestigd dat de inhoud van www.omawapsie.nl zoals deze kan worden geraadpleegd door op de URL <http://www.omawapsie.nl/sint/Speculaastaart%202.html> door Internet Archive werd gekopieerd op 21.11.2003 om 08.37u en 3 seconden (stuk 3.5.10 bundel Willems)
 - o De uitbater van de website www.omawapsie.nl, m.n. mevrouw Rita Jongman bevestigde spontaan en schriftelijk dat het recept van de Speculaastaart 2 op haar website werd geplaatst in 2002 naar aanleiding van sinterklaas 2002 (stuk 3.5.6 bundel Willems)
 - o Mevrouw Jongman legde de betrokken verklaring af ten aanzien van Lotus op 9.10.2008, hetzij vóór de verwerving door Lotus van het octrooi '009 (stuk 4.1.1 bundel Willems)

4.

Onder verwijzing naar het *Bundesgericht* (BPatG 17W (pat) 1/02, GRUR 2003 Boek 04, pp. 323-325) betwist Lotus dat het internet een betrouwbare bron zou zijn om de stand van de techniek te bepalen, hetgeen tevens het geval zou zijn voor webarchieven zoals het Internet Archive.

Waar uit de nochtans door Lotus aangehaalde beslissing van de Kamer van Beroep van het EOB T 1134/06 inderdaad blijkt dat het *Bundesgericht* in de beslissing BPatG 17W (pat) 1/02 (GRUR 2003 Boek 04, pp. 323-325) oordeelde dat het internet (vert.) "geen betrouwbare bron [was] om de stand van de techniek te bepalen", maakt Lotus een beperkte lezing van EOB T 1134/06:

aandachtige lezing van EOB T 1134/06 geeft immers te kennen dat de door Lotus geciteerde uitspraak van het Bundesgericht niets meer betreft dan een genuanceerde *voorafgaandelijke* overweging (onder 3.3.1), die de Kamer van Beroep van het EOB evenwel niet weerhield om betreffende de waarde van een internetopenbaring in functie van de beoordeling van de stand van de techniek de concluderen als volgt :

"(vert. en eigen benadrukking)

3.6 Kortom, het internet is een steeds vaker gebruikte en populaire bron van technische informatie, en zal daardoor **een groeiend belang krijgen bij het bepalen van de stand van de techniek** zoals bedoeld in art. 54 (2) EOv. Het gebruik ervan gaat gepaard met **ernstige bekommernissen betreffende de betrouwbaarheid**. (...)

4.1 Op grond van de bovenstaande discussie weerhoudt [het EOB] de volgende conclusies : **een openbaring op het internet kan gelden als de stand van de techniek zoals bedoeld in art. 54 (2) EOv.**

Wanneer een internet openbaring moet gebruikt worden als een anterioriteit moet een **strikte bewijsvoering** gehanteerd worden.

Dus, het feit dat een internet openbaring geldt als de stand van de techniek onder art. 54 EOv moet **"buiten elke redelijke twijfel" worden aangetoond**. (...)

Wanneer een openbaring werd opgehaald via een bron zoals *Internet Archive*, zal **verder bewijs moeten geleverd worden betreffende de geschiedenis van de openbaring**, m.n. of en hoe ze werd gewijzigd sinds ze voor het eerst op de website verscheen.

Dit zou kunnen onder de vorm van een **authenticiteitsverklaring van de archivist**.

Anderzijds zou een **passende verklaring betreffende de inhoud van hetzij de eigenaar hetzij de auteur van de gearchiveerde website** waarin de open baring voorkwam, **kunnen volstaan**."

Conform de redenering en de conclusie van de Kamer van Beroep van het EOB in de beslissing T 1134/06 (stuk 12 bundel Willems) weerhoudt de rechtbank derhalve:

- dat een openbaring op het internet kan gelden als de stand van de techniek zoals bedoeld in - *in casu* - art. 5 BOW (54 (2) EOv);
- dat Willems "*buiten elke redelijke twijfel*" moet aantonen dat Speculaastaart 2 op het internet voorkwam op / vóór de prioriteitsdatum;
- dat dit bewijs kan geleverd worden door èn als bewijs volstaat:
 - o *hetzij* : door een authenticiteitsverklaring van de archivist;
 - o *hetzij*: door een passende verklaring betreffende de inhoud van hetzij de eigenaar hetzij de auteur van de gearchiveerde website waarin de openbaring voorkwam.

2) Verklaring van de archivist

1.

Willems toont aan dat de "*website*" www.omawapsie.nl op minstens 25.6.2003 bestond (stuk 3.5.3 bundel Willems).

Willems slaagt er echter niet in aan te tonen dat het "*recept van Speculaastaart 2*" reeds op / vóór de prioriteitsdatum van 10.5.2004 voorkwam op de website www.omawapsie.nl:

Uit de door Lotus voorgelegde notariële verklaring van de Office Manager van Internet Archive, de heer Christopher Butler dd. 30.6.2010 (stuk 13 bundel Lotus) blijkt immers dat de finale uitprint ("*final outprint*") van de website www.omawapsie.nl zoals deze bestond op 21.11.2003, klaarblijkelijk inhoud bevat - m.n. het recept van de Speculaastaart 2 - die zou dateren van 10.10.2004:

"The final printout of <http://web.archive.org/web/20031121083703/http://www.omawapsie.nl> (..) displays content in the right-side frame from the file <http://web.archive.org/web/20041021053359/http://www.omawapsie.nl/sint/Speculaastaart+2.html> The date assigned to that content (...) is October 10, 2004, not November 21, 2003"

2.

De verklaring van de heer Butler dd. 30.6.2010 kan echter *niet* zó gelezen worden dat het recept Speculaastaart 2 *niet* online was op / vóór 10.10.2004, laat staan niet op / vóór 10.5.2004:

De verklaring van de heer Butler – die omwille van de wilsautonomie van de auteur èn het risico dat een ruime interpretatie de auteur mèèr in de mond zou leggen dan door deze zelf beoogd, uiteraard strikt geïnterpreteerd dient te worden – laat enkel toe:

- met zekerheid vast te stellen dat de (materiële) uitprint van <http://web.archive.org/web/20031121083703/http://www.omawapsie.nl> – die verondersteld wordt (enkel) data te bevatten van 21.11.2003 - tevens data bevat die dateren van (o.m.) 10.10.2004;

doch laat *niet* toe:

- met zekerheid **uit te sluiten** dat het recept van Speculaastaart 2 **niet** voorkwam op het internet / de website www.omawapsie.nl vóór 10.10.2004, laat staan op/vóór 10.5.2004.

Lotus doet de draagwijdte van de heer Butler derhalve geweld aan door op p. 42 van haar synthesebesluiten voor te houden dat op basis van de verklaring van de heer Butler kan vastgesteld worden dat *“de vroegste datum die kon worden teruggevonden in de bestanden van archive.org voor het betrokken recept, is 21 oktober 2004, zoals toegelicht in de nieuwe verklaring van dhr. Butler, stuk 13”*:

Omtrent de vroegste datum waarop het recept van de Speculaastaart 2 kon worden teruggevonden deed de heer Butler immers eenvoudigweg geen uitspraak.

3.

Op grond van bovenstaande vaststellingen en overwegingen neemt de rechtbank met betrekking tot de opzoeken via Internet Archive aan:

- dat de website www.omawapsie.nl openbaar was op het internet op (minstens) 25.6.2003 (cfr. stuk 3.5.3 bundel Willems);
- dat opzoeken door Internet Archive geen sluitend bewijs konden opleveren van de effectieve aanwezigheid van het *recept van Speculaastaart 2* op de website www.omawapsie.nl vóór 10.10.2004, laat staan op / vóór 10.5.2004;
- dat opzoeken door Internet Archive *niet* op sluitende wijze konden *uitsluiten* dat het *recept van Speculaastaart 2* *niet* voorkwam op de website www.omawapsie.nl vóór 10.10.2004, laat staan vóór 10.5.2004;

3) Verklaring van de eigenaar of de auteur van de gearcheerde website waarin de openbaring voorkwam

1.

Willems beroept zich op een verklaring van een Nederlandse mevrouw Rita Jongman dd. 9.10.2008, welke verklaring werd afgelegd ten aanzien van de secretaris-generaal van Lotus, de heer Standaert, en waaruit zou blijken dat het recept Speculaastaart 2 reeds in 2002 online was.

Lotus betwist de relevantie - hetzij de bewijskracht - van de verklaring van mevrouw Jongman, die zich immers zou vergissen *“omdat wat zij zegt onmogelijk is (...)”* gelet op het feit dat de website www.omawapsie.nl pas ten vroegste op 25.7.2003 online beschikbaar was.

2.

De verklaring van mevrouw Jongman dd. 9.10.2008 luidt als volgt:

“Ik ondergetekende, mevrouw Rita Jongman, (...), verklaar hierbij dat de webpagina “Sinterklaas avond gezellig bij elkaar Speculaastaart 2”, waarvan kopie in bijlage, door mij werd opgemaakt in 2002 naar aanleiding van sinterklaas en in 2002 door mij op de website www.omawapsie.nl werd

geplaatst en voor het publiek toegankelijk was via de link <http://www.omawapsie.nl/sint/Speculaastaart%2.html>
Ik heb deze verklaring in eer en geweten afgelegd.”

(stuk 3.5.6 bundel Willems)

3.

De verklaring van mevrouw Jongman is een “akte”, in de betekenis van “een ondertekend geschrift, opgemaakt om tot bewijs te dienen, ter beschikking gesteld van hem ten gerieve van wie het stuk is opgemaakt”.

(Wagner, K., Actualia Burgerlijk Bewijsrecht, P&B / RDJP 2009, 153)

Een akte heeft een formele en een materiële bewijskracht:

De *formele bewijskracht* betreft de vraag of wat in de akte te lezen staat, wel degelijk door de ondertekenaar werd verklaard.

Op dit stuk is de bewijskracht van de authentieke en de erkende onderhandse akte principieel gelijk: beide soorten van akten bewijzen, tot bewijs van het tegendeel, dat de ondertekenaar verklaard heeft wat boven zijn handtekening staat (is het waar *dat* er is verklaard?).

De *materiële bewijskracht* beantwoordt de vraag of wat verklaard is, ook waar is (is het waar *wat* er is verklaard?).

(Wagner, K., o.c. Actualia Burgerlijk Bewijsrecht, P&B / RDJP 2009, 158)

4.

De rechtbank neemt akte van het feit dat geen van de partijen betwist:

- dat mevrouw Jongman de auteur is van het online-recept Speculaastaart 2;
- dat mevrouw Jongman de auteur is van de verklaring dd. 9.10.2008.

Aldus heeft de verklaring van mevrouw Jongman dd. 9.10.2008 formele bewijskracht zoals hierboven gedefinieerd.

5.

Volgens vaste cassatierechtspraak, miskent de rechter die aan een akte een uitlegging geeft die niet verenigbaar is met de bewoordingen ervan, de bewijskracht ervan.

(Wagner, K., o.c. Actualia Burgerlijk Bewijsrecht, P&B / RDJP 2009, 158)

Met betrekking tot de materiële bewijskracht van de verklaring van mevrouw Jongman betekent dit dat de rechtbank de waarheid van deze verklaring op straffe van schending van de bewijskracht ervan principieel als waar dient aan te nemen.

Behoudens het door Lotus te leveren tegenbewijs omtrent de valsheid van de verklaring van mevrouw Jongman (cfr. art. 1320 B.W.; Cass. 19 november 1934, Pas. 1935, I, 57; Cass. 4.2.1954, Arr.Cass. 1954, 391; Cass. 28.2.1956, Arr.Cass. 1956, 526), neemt de rechtbank derhalve aan dat de verklaring van mevrouw Jongman “waar” is, hetzij strookt met de werkelijkheid.

6.

Lotus poogt het bewijs van de valsheid van de verklaring van mevrouw Jongman ("Het is duidelijk dat deze dame zich vergist omdat wat zij zegt onmogelijk is (...)") te leveren door de volgende overwegingen:

- volgens de gegevens op www.archive.org geldt als vroegste opnamedatum van de website www.omawapsie.be de datum van 25.7.2003;
- volgens de gegevens op www.BIZinformatie.nl en www.COMjuice.com geldt als vroegste opnamedatum van de website www.omawapsie.be de datum van 14.5.2003;
- volgens de in stukkenbundel Willems nr. 12 opgenomen beslissing van de Kamer van Beroep van het EOB zouden *"affidavits en verklaringen ook niet geacht [worden] de datum van beschikbaarheid met de vereiste mate van zekerheid te bewijzen"*; (p. 8 van de betrokken beslissing)

7.

Het door Lotus aangeleverde tegenbewijs kan niet weerhouden worden:

- mevrouw Jongman heeft de ten aanzien van Lotus afgelegde verklaring dd. 9.10.2008 niet herroepen;
- internetarchieven - en a fortiori private internetarchieven, zoals o.m. Internet Archive - zijn niet onfeilbaar en kunnen niet garanderen dat *alle* ooit op het net beschikbare informatie, werd gearchiveerd enerzijds, en kan worden opgehaald anderzijds.

Eén en ander blijkt trouwens uit de vaststelling dat Internet Archive als vroegste datum voor www.omawapsie.nl de datum van 25.7.2003 zou weerhouden, terwijl andere internetarchieven zoals www.BIZinformatie.nl en www.COMjuice.com de datum van 14.5.2003 als vroegste datum voor www.omawapsie.nl zouden weerhouden.

Het feit dat bepaalde informatie niet kan worden teruggevonden op een internetarchief geldt derhalve niet als sluitend bewijs *de iure* dat deze informatie nooit / niet eerder bestond / online was dan de vroegste via de internetarchieven opgespoorde datum;

- de eventuele creatie van de website www.omawapsie.nl in (pas) 2003 sluit de mogelijkheid niet uit dat de op www.omawapsie.nl geplaatste informatie reeds eerder - mogelijkerwijze op een andere website/URL - online beschikbaar was ;
- de door Lotus als stuk 12 van de stukkenbundel van Willems aangehaalde beslissing van de Kamer van Beroep van het EOB betreft de eerder in dit vonnis besproken beslissing T 1134/06 van de Kamer van Beroep van het EOB:
de door Lotus geciteerde overweging *"Affidavits and declarations were also not found to establish the date of availability with the required degree of certainty"* betreft een voorafgaandelijke overweging die de Kamer van Beroep niet weerhield om onder randnummer 4.2 (p. 12) van de beslissing T1134/06 te besluiten (zie hoger) dat het bewijs van online beschikbaarheid van informatie ook

“alternatively” op afdoende wijze kon geleverd worden door een verklaring van de auteur: “(...) an appropriate statement as to the content, either from the owner or author of the archived web site which included the disclosure may suffice.”

Het door Lotus uit de beslissing T1134/06 geput tegenbewijs betreft derhalve een onnauwkeurige / verkeerde lezing van de betrokken beslissing van de Kamer van Beroep van het EOB.

8.

Betreffende de relevantie en de bewijswaarde van de verklaring van mevrouw Jongman dd. 9.10.2008 mag evenmin uit het oog verloren worden dat mevrouw Jongman de betrokken verklaring aflegde *op aansturen van en ten aanzien van Lotus zelf*.

Willems wijst er bij besluiten immers terecht op dat de secretaris-generaal van Lotus, de heer Standaert, de door mevrouw Jongman op 9.10.2008 gecertificeerde informatie – m.n. de online beschikbaarheid van Speculaastaart 2 in 2002 - *in tempore non suspecto* en met zoveel woorden erkende als een *“krachtig bewijsmiddel”* om de nieuwheid van het octrooi '009 te weerleggen (cfr. o.m. e-mail van de heer Standaert aan mevrouw Jongman dd. 1.10.2008).

De verklaringen van Lotus (in de persoon van haar secretaris-generaal) *in tempore non suspecto* betreffende de determinerende relevantie van de door mevrouw Jongman op 9.10.2008 effectief gecertificeerde informatie betreffende de online-opnamedatum van Speculaastaart 2, betreffen een buitengerechtelijke bekentenis van Lotus, die Lotus niet zonder meer - omwille van een uit opportunistische overwegingen gewijzigde bedrijfsstrategie - kan herroepen.

(cfr. Cass. (1e k.) AR C.07.0161.N, 20 december 2007 (M.J. / Immo Jorissen) <http://www.cass.be> (9 januari 2008); Pas. 2007, afl. 12, 2418; RW 2009-10, afl. 23, 955 en <http://www.rw.be> (15 februari 2010); TBBR 2008, afl. 8, 452, noot VAN VALCKENBORGH, L.)

Een bekentenis - zoals bedoeld in art. 1354 en 1355 B.W. - is immers de erkenning door een partij van de juistheid van een feit dat tegen haar wordt aangevoerd, of de instemming met het bestaan van een rechtshandeling en van de eruit volgende verbintenissen, ofschoon men er belang bij heeft te ontkennen.

Omdat de verklaring tot nadelige rechtsgevolgen voor de auteur kan leiden, wordt aan haar initiatief bijzondere bewijswaarde gehecht.

De wetgever ging er immers van uit dat, indien iemand een feit of het bestaan van een rechtshandeling bekend, ofschoon hij er belang bij heeft dit te ontkennen, dit met een grote waarschijnlijkheid aan de werkelijkheid zal beantwoorden.

(VAN VALCKENBORGH, L., noot onder Cass. AR C.07.0161.N, 20 december 2007 (M.J. / Immo Jorissen), TBBR 2008, afl. 8, 452)

9.

Aangezien:

- mevrouw Jongman op 9.10.2008 schriftelijk ten aanzien van Lotus bevestigde dat Speculaastaart 2 reeds voor de prioriteitsdatum online beschikbaar was;
- Lotus de valsheid van de verklaring van mevrouw Jongman dd. 9.10.2008 niet ten genoegen van recht bewijst;

- Lotus een buitengerechtelijke bekentenis deed betreffende de determinerende relevantie van de op 9.10.2008 door mevrouw Jongman gecertificeerde informatie;

aanvaardt de rechtbank de verklaring van mevrouw Jongman als bewijs in rechte van het feit dat Speculaastaart 2 reeds in 2002, hetzij vóór de prioriteitsdatum van 10.5.2004 beschikbaar was op het internet.

b.2.1.2 Nieuwheidschadelijkheid van Speculaastaart 2

1.

De Speculaastaart 2 is samengesteld uit de volgende bestanddelen:

- 4 eieren
- 125 g suiker
- 1 mespunt zout
- 75 g bloem
- poedersuiker (25 g + 200 g)
- 25 g maizena
- 250 g boter
- 4 eetlepels amandellikeur
- 150 g speculaasjes
- 3 eetlepels geschaafde amandels
- 3 eetlepels warm water (45 g) (cfr. bereidingswijze)

Gangbaar vertegenwoordigt de inhoud van een eetlepel 15 g. (ter illustratie: <http://eten-en-drinken.infonu.nl/bereiding/11862-keuken-koken-maten-gewichten.html#2>)

De inhoud van een ei (eigeel en eiwit) vertegenwoordigt gangbaar een gewicht van ongeveer 60 g. (ter illustratie : <http://www.xquis.com/xquis/warenkennis/133/ei.html>)

2.

Aangezien Speculaastaart 2 getoetst moet worden aan het octrooi '009, hetzij een “smeerpasta” die “hoofdzakelijk” een “mengsel van speculaas en vetstof” bevat, komen enkel de ingrediënten voor de bereiding van het mengsel om de diverse lagen van de taart mee te bestrijken in aanmerking voor toetsing.

De ingrediënten van de Speculaastaart 2 die enkel betrekking hebben op de bereiding van de “taart” enerzijds, en de “garnering van de taart” anderzijds, komen daarentegen niet in aanmerking voor toetsing.

Aldus wordt op basis van de in Speculaastaart 2 opgenomen “bereidingswijze” bij de toetsing van Speculaastaart 2 aan het octrooi '009, abstractie gemaakt van de volgende ingrediënten:

- Taart:
 - o Eieren (ongeveer 240 g)
 - o Suiker (125 g)
 - o Zout (verwaarloosbaar)
 - o Bloem (75 g)
 - o Maizena (25 g)
 - o Poedersuiker om vorm mee te bestuiven (25g)
 - o Boter om vorm in te vetten (10 g)

- *Garnering:*
 - o 3 eetlepels geschaafde amandels (45 g)
 - o 150 g / 2 speculaasjes (75 g)

De aan het octrooi '009 te toetsen ingrediënten (hierna: het mengsel om de diverse lagen van de taart mee te bestrijken) zijn derhalve de volgende:

- 240 g boter
- 200 g poedersuiker
- 4 eetlepels amandellikeur (60 g)
- 3 eetlepels warm water (45 g)
- 150 g : 2 speculaasjes (75 g)

3.

Hoger werden de essentiële kenmerken van het octrooi '009 gedefinieerd als volgt:

- kenmerk 1 : *“smeerpasta”*
- kenmerk 2 : die *“hoofdzakelijk”*
- kenmerk 3 : bevat : een *“mengsel van gemalen speculaas en een vetstof”*

4.

Het in Speculaastaart 2 beschreven mengsel om de diverse lagen van de taart mee te bestrijken betreft zonder enige twijfel een *“smeerpasta”*:

In het recept moeten immers de ingrediënten van het mengsel waarmee de diverse lagen van de taart moeten bestreken worden, geroerd worden *“tot een vrij egaal mengsel is verkregen”*, en dient de kok de diverse plakken van de taart *“zo gelijkmatig mogelijk”* te *“bestrijk[en]”* *“met [een bepaald] deel van de speculaasboter”*.

Aldus betreft het in Speculaastaart 2 beschreven *“mengsel om de diverse lagen van de taart mee te bestrijken”* een *“smeerpasta”*, en voldoet Speculaastaart 2 aan het eerste essentiële kenmerk van het octrooi '009.

5.

In de totale ingrediëntenmassa van het op de diverse lagen van de eerder gebakken taart te smeren mengsel (ongeveer 620 g) vertegenwoordigt het mengsel speculaas (75 g) / vetstof (250 g) een massa van 325 g, hetzij meer dan 50%.

Bovendien betreft het mengsel speculaas (75g)/vetstof (240g) in *“het mengsel waarmee de diverse lagen van de taart moeten bestreken worden”* op significante wijze het grootste aandeel onder de diverse ingrediënten van het te smeren mengsel.

Aldus voldoet Speculaastaart 2 aan het tweede essentiële kenmerk van het octrooi '009.

6.

Aangezien het in Speculaastaart 2 beschreven mengsel om de diverse lagen van de taart mee te bestrijken hoofdzakelijk samengesteld is uit een mengsel van gemalen speculaas enerzijds, en vetstof anderzijds, voldoet Speculaastaart 2 ook aan het derde essentiële kenmerk van het octrooi '009.

7.

Hoger werd onder verwijzing naar rechtsleer vastgesteld dat “om nieuwheidschadelijk te zijn, de anterioriteit waarop men zich steunt compact [moet] zijn, t.t.z. ze moet alle relevante technische kenmerken van de uitvinding bevatten, en niet slechts een aantal van deze kenmerken.

Alle kenmerken moeten erin vermeld worden en hetzelfde technische effect moet er het resultaat van zijn”.

De Speculaastaart 2 bevat alle relevante kenmerken van het octrooi '009.

Aldus is Speculaastaart 2 nieuwheidschadelijk voor het octrooi '009.

b.2.2 Overige ingeroepen anterioriteiten

Nu Speculaastaart 2 nieuwheidschadelijk werd bevonden voor het octrooi '009, dient de rechtbank niet in te gaan op de nieuwheidschadelijkheid van de overige door Willems ingeroepen anterioriteiten.

c. Nieuwheid : Conclusie

Gelet op de hoger weerhouden nieuwheidschadelijkheid van Speculaastaart 2, beantwoordt het octrooi '009 niet aan de vereisten van nieuwheid zoals bepaald in art. 2 – 5 §1 BOW.

3.1.3 De vordering

3.1.3.1 Nietigverklaring van het octrooi '009

Willems vordert de nietigverklaring van het octrooi '009.

Conform art. 49 BOW wordt een octrooi o.m. nietig verklaard indien het voorwerp van het octrooi onder toepassing valt van de artikelen 3 of 4 of niet beantwoordt aan de voorschriften van de artikelen 2, 5, 6 en 7.

Hoger werd vastgesteld dat het octrooi '009 omwille van de nieuwheidschadelijkheid van Speculaastaart 2, niet nieuw is zoals bedoeld in art. 2 5 §1 BOW.

Conform art. 49 §1 BOW is het octrooi '009 derhalve nietig, en is de vordering tot nietigverklaring van het octrooi '009 ontvankelijk en gegrond.

3.1.3.2 Schadevergoeding wegens rechtsmisbruik

1.

Willems breidde haar vordering in de loop van het geding uit met een vordering tot het bekomen van een schadevergoeding wegens rechtsmisbruik op grond van de volgende overwegingen:

- uitbuiting door Lotus van de kansen om de speculaaspasta-markt te domineren;
- handhaven door Lotus van haar quasi-monopolie op de speculaaspasta-markt via gerechtelijke procedures, veeleer dan de vrije concurrentie te laten spelen.

De door het aangevoerde rechtsmisbruik geleden schade begroot Willems als volgt:

- onbenutte werkkraft die speciaal werd aangeworven voor de productie van Willems' speculaaspasta: 25.000 EUR;
- vertraging van de normale commercialisering van Willems' speculaaspasta: 120.000 EUR;
- onbenutte opslagruimte, bestemd voor Willems' speculaaspasta: 50.000 EUR;
- weigering in hoofde van Lotus om in dialoog te gaan en daardoor genoodzaakte gespecialiseerde juridische bijstand: 40.000 EUR;
- opvolging van het door Lotus aangestookte geschil: 25.000 EUR;
- gederfde winst door dat de handelingen van Lotus een normale commercialisering van de speculaaspasta van Willems beletten: 100.000 EUR.

Lotus betwist enige onrechtmatige daad te hebben gesteld alsook de door Willems voorgehouden schade.

2.

Willems draagt de bewijslast omtrent het aan Lotus ten laste gelegde onrechtmatig handelen, alsook omtrent de voorgehouden schade.

3.

Lotus kan niet ontkennen dat zij in de loop van de geschiedenis van de speculaaspasta een (minstens) opmerkelijke en merkwaardige koerswijziging aan de dag heeft gelegd:

Waar zij aanvankelijk zowel in de pers (cfr. stukken in dit verband in de bundel van Willems) als in het kader van de door haar tegen De Maeyer-De Smet geïnitieerde procedure voor de rechtbank van koophandel van Antwerpen in nietigverklaring van het octrooi '009, het toen in handen van De Maeyer-De Smet zijnde octrooi '009 met de grootst mogelijke overtuiging ridiculiseerde en banaliseerde, verwerpt zij thans de geldigheid van hetzelfde octrooi '009 met evenveel brio en verve, en dit o.m. door de nochtans door haarzelf uitgelokte en bekomen verklaring van mevrouw Jongman dd. 9.10.2008 onderuit te halen.

Deze - klaarblijkelijk enkel door opportunistische overwegingen - ingegeven koerswijziging is in geen geval een toonbeeld van een duurzame ethiek noch van beginselvastheid in hoofde van Lotus.

Nochtans behoort het tot de vrijheid van een handelaar om zijn handelsactiviteiten en strategieën op die wijze te organiseren die hijzelf het meest geschikt acht, hetgeen meteen inhoudt dat een handelaar er zonder enig probleem voor kan opteren om eerdere strategieën desgevallend te verlaten of te wijzigen.

De betrokken handelingsvrijheid wordt enkel beperkt door het verbod om andere marktdeelnemers te schaden, hetzij door de schending van wetten en reglementeringen, hetzij door onrechtmatig handelen.

4.

De rechtbank deelt de mening van Willems niet dat Lotus door de hoger beschreven strategische koerswijzigingen en de in functie daarvan gestelde handelingen onrechtmatig handelde, noch dat zij Willems schade toebracht door de speculaaspasta-markt op een al dan niet agressieve wijze op te eisen.

Aangezien Lotus er tot op heden niet in was geslaagd om andere marktspelers te verbieden speculaaspasta te produceren en te verhandelen, belette niets o.m. Willems om - ondanks de dominante aanwezigheid van Lotus speculaaspasta op de markt - toch te opteren voor de lancering en commercialisering van haar eigen speculaaspasta.

Het feit dat Willems het omwille van de dominantie / houding van Lotus niet aandurfde om haar eigen speculaaspasta te lanceren en/of commercialiseren, en het eventueel daardoor geleden (winst)nadeel heeft derhalve meer te maken met de eigen strategieën en terughoudendheden van o.m. Willems, dan met schadeverwekkende handelingen in hoofde van Lotus.

De vordering tot het bekomen van een schadevergoeding wegens rechtsmisbruik is derhalve ongegrond.

3.1.4 Uitvoerbaarheid bij voorraad

Willems vordert de uitvoerbaarheid bij voorraad van dit vonnis, niettegenstaande de aanwending van een rechtsmiddel en zonder de mogelijkheid tot borgstelling en kantonnement.

Aangezien de uitvoerbaarheid bij voorraad van een gerechtelijke uitspraak een uitzondering vormt op de algemene regel dat de aanwending van een rechtsmiddel de uitvoerbaarheid opschort (art. 1397 Ger.W.), en Willems haar verzoek tot voorlopige tenuitvoerlegging niet staft met concrete gegevens, wordt de vordering tot voorlopige tenuitvoerlegging als ongegrond afgewezen.

3.2 De tegeneis

3.2.1 In hoofddorde

Bij wijze van tegeneis vordert Lotus:

- vast te stellen dat de door Willems vervaardigde speculaaspasta's vallen onder de bescherming van het octrooi BE1016009 van Lotus;
- vast te stellen dat Willems door het vervaardigen, aanbieden en leveren van de speculaaspasta's aan minstens twee Belgische supermarktketens, een inbreuk heeft gepleegd op het octrooi BE1016009 van Lotus in de zin van art. 27 al. 1, a) van de Belgische Octrooiwet van 28.3.1984;

- Willems het bevel op te leggen tot staking van elke verdere inbreuk op voormeld octrooi BE1016009 van Lotus, op straffe van een nader omschreven dwangsom;
- Willems het bevel op te leggen alle inbreukmakende producten en alle inbreukmakende materialen te vernietigen binnen een termijn van 48u na de betekening van het tussen te komen vonnis, onder verbeurte van een nader omschreven dwangsom;
- Lotus te machtigen om ieder inbreukmakend product of voorwerp dat zij na betekening van het tussen te komen vonnis nog zou aantreffen in de kleinhandel of elders, door onverschillig welke daartoe aangezochte gerechtsdeurwaarder te laten wegnemen teneinde het te laten bewaren en vervolgens te vernietigen, dit alles op kosten van Willems;
- Willems te veroordelen tot betaling aan Lotus van een schadevergoeding, provisioneel begroot op 1 EUR;
- de publicatie te bevelen van het vonnis in twee vaktijdschriften en/of dagbladen naar keuze van Lotus, binnen de maand na betekening van het te wijze vonnis en te horen zeggen voor recht dat de kosten invorderbaar zullen zijn lastens Willems op eenvoudige voorlegging van de factuur;
- Willems, 't Boerinneke en Destrooper solidair, *in solidum*, minstens de ene bij gebrek aan de andere te veroordelen tot de nader begrote kosten van de procedure;
- de uitvoerbaarheid bij voorraad van het tussen te komen vonnis, met uitsluiting van de mogelijkheid tot borgstelling of kantonnement.

Aangezien het octrooi '009 nietig werd verklaard, is de tegeneis die betrekking heeft op de geldigheid van het octrooi '009, ontvankelijk doch ongegrond.

3.2.2 In ondergeschikte orde

1.

In ondergeschikte orde vordert Lotus dat, indien het octrooi '009 nietig zou willen verklaren, de debatten zouden heropend worden teneinde haar de gelegenheid te geven om de octrooi-conclusies aan te passen in toepassing van art. 49, al. 2 van de Octrooiwet.

2.

Conform art. 49 BOW wordt een octrooi o.m. nietig verklaard indien het voorwerp van het octrooi onder toepassing valt van de artikelen 3 of 4 of niet beantwoordt aan de voorschriften van de artikelen 2, 5, 6 en 7.

Enkel indien “*de nietigheidsgronden het octrooi slechts gedeeltelijk aantasten, wordt het octrooi dienovereenkomstig beperkt*” door o.m. de beperking in de vorm van een wijziging van de conclusies, van de beschrijving of van de tekeningen.

Aangezien het octrooi '009 werd nietigverklaard wegens nieuwheidschadelijkheid van Speculaastaart 2 op alle essentiële kenmerken van het octrooi '009, is de vordering ex art. 49 §2 BOW ongegrond.

4. De kosten

1.

Elk van de partijen vordert de veroordeling van de andere partij tot het betalen van de kosten, inclusief een rechtsplegingsvergoeding.

Aangezien de hoofdeis (hoofdzakelijk) werd toegekend, en de tegeneis werd afgewezen, geldt Willems zowel in het kader van de hoofd- als de tegeneis als de in het gelijk gestelde partij zoals bedoeld in art. 1022 Ger.W.

Bovendien gelden 't Boerinneke en Destrooper in het kader van hun respectievelijke vorderingen in tussenkomst als de in het gelijk gestelde partijen zoals bedoeld in art. 1022 Ger.W., nu zij door hun tussenkomst de vorderingen van Willems jegens Lotus beoogden te ondersteunen.

Aldus is Lotus gehouden tot het dragen van alle kosten van het geding, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoedingen in het kader van de hoofd-, de tegen-, en de tusseneisen.

2.

Conform art. 2 van het K.B. van 26.10.2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in art. 1022 Ger.W. (..) wordt de rechtsplegingsvergoeding bepaald op basis van de waarde van de relevante vordering zoals gevorderd in de laatste besluiten van de relevante eiser.

Aldus is Lotus gehouden tot het betalen van de volgende rechtsplegingsvergoedingen:

- in het kader van de hoofdeis: 7.000 EUR,
- in het kader van de tegeneis: niet begroot,
- in het kader van de tusseneis van 't Boerinneke: 1.200 EUR,
- in het kader van de tusseneis van Destrooper: niet begroot.

OM DEZE REDENEN

DE RECHTBANK

Rechtdoende op tegenspraak;

Alle andere en meeromvattende conclusies van de hand wijzend als terzake niet dienend;

Verklaart de hoofdeis ontvankelijk en deels gegrond;

Verklaart de vordering tot nietigverklaring van het Belgisch octrooi BE1016009 ontvankelijk en gegrond;

Verklaart de vordering tot het bekomen van een schadevergoeding wegens rechtsmisbruik ontvankelijk doch ongegrond;

Verklaart de tegeneis ontvankelijk doch ongegrond;

Verklaart de tussenkomst van 't Boerinneke en Destrooper ontvankelijk en gegrond;

Veroordeelt Lotus tot de kosten van het geding, begroot als volgt:

- door Lotus te betalen aan Willems:
 - dagvaarding en rolstelling: 281,27 EUR;
 - rechtsplegingsvergoeding: 7.000,00 EUR;
 - rechtsplegingsvergoeding tegeneis: niet begroot;
- door Lotus te betalen aan 't Boerinneke:
 - rechtsplegingsvergoeding: 1.200,00 EUR;
- door Lotus te betalen aan Destrooper:
 - rechtsplegingsvergoeding: niet begroot

registratie- en expeditierechten niet inbegrepen.

Aldus het vonnis uitgesproken ter gewone en openbare terechtzitting van donderdag, twintig januari tweeduizend en elf.

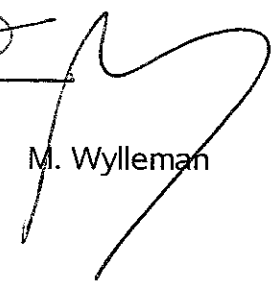
Hebben over de zaak geoordeeld: mevrouw M. Nuytinck, rechter in de rechtbank, Voorzitter; de heren M. Wylleman en M. Van den Dorpe, rechters in handelszaken; bij de uitspraak bijgestaan door de heer J. De Paepe, griffier.



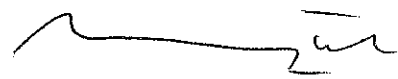
J. De Paepe



M. Van den Dorpe



M. Wylleman



M. Nuytinck