

Huawei/ZTE; het Hof van Justitie herstelt de balans bij handhaving van standaard-essentiële octrooien

Mr. drs. D.P. Kuipers*

Op 16 juli 2015 heeft het Hof van Justitie de prejudiciële vragen van een Duitse rechtbank beantwoord in de zaak *Huawei/ZTE*. In die zaak lag de vraag voor of de houder van een zogenoemd Standaard Essentieel Octrooi (SEO) misbruik maakt van een economische machtspositie wanneer hij zich in rechte verzet tegen gebruik van zijn octrooi door een derde die de betreffende standaard toepast zonder daarvoor een licentie van de octrooihouder te hebben verkregen. Het arrest is gewezen naar aanleiding van prejudiciële vragen van het Landgericht Düsseldorf waar de twee Chinese producenten van (mobiele) telecomapparatuur, Huawei en ZTE, een octrooigeschil uitvechten.¹

HvJ 16 juli 2015, zaak C-170/13, Huawei Technologies Co. Ltd/ZTE Corp. en ZTE Deutschland GmbH, ECLI:EU:C:2015:477

Inleiding

In alle technologiegedreven sectoren waarin elektronica en IT een belangrijke rol spelen, is standaardisering aan de orde van de dag. Er zijn tal van standaardisatieorganisaties voor diverse sectoren en technische gebieden.² Standaardisering is een noodzakelijke voorwaarde om tot marktbrede innovatie te komen zonder dat eindgebruikers worden belast met systemen die niet op elkaar aansluiten. Standaardisering draagt – aldus de Commis-

sie in de Richtsnoeren Horizontale Overeenkomsten³ – bij aan verhoging van kwaliteit en technische ontwikkeling van producten.

Een bijzonder probleem bij standaardisatie is de licentiëring van intellectuele-eigendomsrechten – in de praktijk veelal octrooirechten – die worden toegepast in een standaard. Dat geldt met name voor octrooien die essentieel zijn voor de standaard. Immers, in dat geval geldt dat toepassing van de standaard tevens betekent dat de daarvoor essentiële octrooirechten worden gebruikt. Op basis van het exclusieve exploitatierecht van de octrooihouder betekent dit dat de gebruiker van de standaard ofwel toestemming moet hebben van de octrooihouder ofwel inbreuk maakt op diens exclusieve rechten. In het eerste geval zal die toestemming worden verleend in ruil voor betaling van een gebruiksvergoeding (licentie) en in het tweede geval kan de octrooihouder een verbod op het ongeoorloofd gebruik eisen en een schadevergoeding.

Indien de gebruiker van de standaard zonder licentie gebruik maakt van het octrooirecht van de rechthebbende zal deze octrooihouder zijn recht willen handhaven jegens de gebruiker annex inbreukmaker; dat is immers het wezen van het octrooirecht.⁴ Daarbij rijst echter de vraag of de octrooihouder beschikt over een machtspositie als gevolg van het feit dat zijn octrooi essentieel is om gebruik te kunnen maken van de standaard. Vervolgens rijst de vraag of het inroepen van het octrooi tegen de gebruiker van de standaard, die niet beschikt over een licentie, misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) oplevert.

Veel standaardisatieorganisaties proberen problemen omtrent de toepassing van de standaard-essentiële

* Mr. drs. D.P. (Pauline) Kuipers is advocaat bij Bird & Bird LLP te Den Haag.

1. Zie ook de annotatie bij dit arrest door P. van Ginneken en G. Béquet in *M&M* 2015/4.

2. Zie bijvoorbeeld de Standard Setting Organizations and Standards List op <www.consortiuminfo.org/links/>.

3. Commissie Richtsnoeren inzake de toepasselijkheid van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op horizontale samenwerkingsovereenkomsten, *PbEU* 2011, C11/1, zie met name hoofdstuk 7 over Standaardiseringsovereenkomsten.

4. Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie sinds zijn arrest van 14 juli 1981 in zaak C-187/80, *Merck/Stephar*, ECLI:EU:C:1981:180.

octrooien te voorkomen door van deelnemers aan de standaard te verlangen dat deze vooraf een zogenoemde FRAND-verklaring afgeven, dat wil zeggen een verklaring dat zij bereid zijn SEO's te licentiëren op Fair, Reasonable And Non-Discriminatory voorwaarden.

Zowel in de Richtsnoeren Horizontale Overeenkomsten⁵ als in de Richtsnoeren voor Technologieoverdracht⁶ heeft de Commissie ten aanzien van de toepassing van artikel 101 VWEU op standaarden en technologiepools benadrukt dat toegang tot de standaard en de licentiëring van daaraan verbonden rechten op basis van FRAND-voorwaarden dient plaats te vinden. Over de vraag wat FRAND-voorwaarden in een concreet geval inhouden, bestaat in de praktijk veel discussie, die geregeld bij een rechterlijke instantie of arbitragepanel wordt gevoerd.

Het verwijzingsgeding en de Duitse juridische context

Het arrest *Huawei/ZTE* moet niet alleen worden gezien tegen deze achtergrond maar bovendien binnen de specifieke juridische context die op grond van Duitse rechtspraak was ontstaan.

In Duitsland bestond sinds de spraakmakende uitspraak van het Bundesgerichtshof in de zogenoemde *Orange Book*-zaak, een specifieke – per saldo nogal octrooihoudervriendelijke – juridische doctrine met betrekking tot de voorwaarden waaronder een wegens inbreuk op een SEO gedaagde partij zich kan verweren met een beroep dat de octrooihouder misbruik van machtspositie maakt.⁷

Volgens deze *Orange Book*-doctrine maakte een houder van een SEO misbruik van zijn machtspositie indien de octrooihouder een verzoek van de inbreukmaker om een FRAND-licentie heeft afgewezen, mits (1) de verzoeker een onvoorwaardelijk aanbod onder FRAND-voorwaarden heeft gedaan en (2) de verzoeker een redelijke royalty heeft aangeboden en daadwerkelijk daarvoor een vergoeding heeft gereserveerd, bijvoorbeeld op een escrow-rekening, en de mate van gebruik bijhoudt.

Het Landgericht Düsseldorf was echter gaan twifelen aan de juistheid van de *Orange Book*-doctrine⁸ door een persbericht van de Europese Commissie in haar onder-

zoek naar misbruik van machtspositie door Samsung.⁹ Bij toezending van de punten van bezwaar leek de Commissie namelijk in een persbericht van 21 december 2012 te stellen dat volgens artikel 102 VWEU een vordering tot staken van octrooi-inbreuk ongeoorloofd is wanneer zij betrekking heeft op een SEO, waarvan de houder van dit SEO aan een standaardisatieorganisatie heeft laten weten dat hij bereid is voor dit octrooi licenties onder FRAND-voorwaarden te verlenen, en de inbreukmaker zelf bereid is om te onderhandelen over een dergelijke licentie. Het feit dat de betrokken partijen het niet eens worden over de inhoud van bepaalde bedingen van de licentieovereenkomst en met name niet over het bedrag van de te betalen royalty's zou aldus niet relevant zijn.¹⁰ Dit is een fundamenteel andere benadering dan de *Orange Book*-doctrine, en aanzienlijk vriendelijker voor de gebruiker van het SEO c.q. de inbreukmaker.

In de verwijzingszaak voor het Landgericht Düsseldorf was vastgesteld dat Huawei, een grote Chinese producent van onder meer mobiele handsets en netwerkapparatuur, houder was van een SEO voor 'Long Term Evolution' (LTE) software. Dit octrooi van Huawei was door de standaardiseringsorganisatie ETSI als SEO opgenomen in de LTE-standaard.¹¹ Conform de ETSI-procedureregels was Huawei daarbij de verbintenis aangegaan om aan derden licenties te verlenen onder FRAND-voorwaarden.

ZTE, eveneens een Chinese producent van mobiele telecomapparatuur, maakte gebruik van de LTE-standaard en daarmee van het SEO van Huawei. Dit werd ook niet ontkend, en ZTE was met Huawei in overleg getreden om tot een licentieovereenkomst te komen. Deze onderhandelingen hadden echter niet tot een overeenkomst geleid, waarna ZTE *zonder* toestemming van Huawei gebruik was gaan maken van de LTE-standaard inclusief het SEO van Huawei. Daarop sprak Huawei ZTE aan wegens octrooi-inbreuk voor het Landgericht Düsseldorf.

Het Landgericht Düsseldorf stelde het Hof van Justitie op basis van het bij hem aanhangige geding vijf prejudiciële vragen:¹²

1. Maakt de houder van een [SEO] die aan een standaardisatieorganisatie heeft verklaard bereid te zijn aan derden een licentie te verlenen onder [FRAND-voorwaarden], misbruik van zijn machtspositie wanneer hij tegen een inbreukmaker een vordering tot staken instelt, hoewel die inbreukmaker zich bereid heeft verklaard te onderhandelen over een dergelijke licentie, of is er pas sprake van misbruik van machtspositie wanneer de inbreukmaker de octrooihouder een aanvaardbaar onvoorwaardelijk voorstel voor het sluiten van een licentieovereenkomst heeft gedaan dat de octrooihouder niet kan afwijzen zonder de

5. Zie Richtsnoeren Horizontale Overeenkomsten, par. 287-291.

6. Richtsnoeren voor de toepassing van artikel 101 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie op overeenkomsten inzake technologieoverdracht, *PbEU* 2014, C 89/03, par. 261 en 268 waarin voor de invulling van het begrip FRAND wordt verwezen naar par. 287 e.v. van de Richtsnoeren Horizontale Overeenkomsten.

7. BGH 6 mei 2009 (KZR 39/06, b9 7036), zie de beschrijving van dit arrest in eerdere bijdragen in dit tijdschrift van mijzelf en Janneke Kohlen: 'Licenties en de toepassing van het mededingingsrecht', *NTER* 2010/10 en 'De titanenstrijd tussen Apple en Samsung', *NTER* 2012/10.

8. Zie Conclusie A-G Wathelet, randnr. 30-37 en arrest *Huawei/ZTE*, punten 29-38.

9. Commissie persberichten IP/12/1448 en MEMO/12/1021 van 21 december 2012.

10. Zie *Huawei/ZTE*, punt 34.

11. European Telecommunication Standards Institute (ETSI).

12. *Huawei/ZTE*, punt. 39.

inbreukmaker op onbillijke wijze te belemmeren of zonder het non-discriminatiebeginsel te schenden, en de inbreukmaker, vooruitlopend op de te verlenen licentie, voor reeds gemaakt gebruik de krachtens die overeenkomst op hem rustende verplichtingen nakomt?

2. Voor het geval dat misbruik van machtspositie reeds als gevolg van de bereidheid van de inbreukmaker tot onderhandelen dient te worden aangenomen: Stelt artikel 102 VWEU bijzondere kwalitatieve en/of temporele eisen aan de bereidheid tot onderhandelen? Kan een dergelijke bereidheid al worden aangenomen wanneer de inbreukmaker louter in algemene bewoordingen (mondeling) heeft verklaard bereid te zijn te onderhandelen, of moet de inbreukmaker al aan het onderhandelen zijn en bijvoorbeeld al de concrete voorwaarden hebben vermeld waaronder hij bereid is een licentieovereenkomst te sluiten?
3. Indien er slechts sprake is van misbruik van machtspositie wanneer een aanvaardbaar en onvoorwaardelijk voorstel voor het sluiten van een licentieovereenkomst is overgelegd: Stelt artikel 102 VWEU bijzondere kwalitatieve en/of temporele eisen aan dit voorstel? Moet het voorstel alle bepalingen bevatten die gewoonlijk in licentieovereenkomsten op het betrokken technische gebied worden opgenomen? In het bijzonder, kan het voorstel afhankelijk worden gesteld van de voorwaarde dat het betrokken octrooi daadwerkelijk wordt gebruikt en/of geldig blijkt te zijn?
4. Indien er slechts sprake is van misbruik van machtspositie wanneer de inbreukmaker de verplichtingen nakomt die voor hem voortvloeien uit de te verlenen licentie: Stelt artikel 102 VWEU bijzondere eisen met betrekking tot de handelingen die de inbreukmaker verricht ter nakoming van die verplichtingen? Is de inbreukmaker gehouden, een overzicht van de reeds verrichte exploitatiehandelingen te verstrekken en/of royalty's te betalen? Kan een verplichting tot betaling van royalty's in voorkomend geval ook worden nagekomen door middel van het stellen van een zekerheid?
5. Gelden de voorwaarden waaronder misbruik van machtspositie door de houder van een [SEO] dient te worden aangenomen, ook voor het instellen van andere vorderingen wegens inbreuk (verstrekking van boekhoudkundige gegevens, terugroeping van de producten, schadevergoeding)?

Opmerkelijk is dat in de verwijzingsprocedure noch het bestaan van een machtspositie noch het essentiële karakter van het Huawei-octrooi voor de LTE-standaard ter discussie stond.¹³ Het Hof van Justitie diende in zijn beoordeling van de zaak dan ook van deze uitgangspunten uit te gaan.¹⁴

13. Zie hierna in het commentaar op het arrest.

14. A-G Wathelet gaat hierop in in zijn Conclusie van 20 november 2014, par. 56 en het Hof van Justitie geeft dit zelf ook aan in punt van het *Huawei/ZTE*-arrest.

Bespreking van het arrest

Volgens het Hof van Justitie komen de vragen van de verwijzende rechter in feite neer op één vraag:¹⁵

‘In welke omstandigheden kan een onderneming met een machtspositie die houdster is van een SEO, waarvoor zij jegens de standaardisatieorganisatie de verbintenis is aangegaan aan derden licenties te verlenen onder FRAND-voorwaarden, door de instelling van een beroep wegens inbreuk worden geacht een door artikel 102 VWEU verboden misbruik te hebben gemaakt?’

Het Hof van Justitie maakt in de beantwoording van de prejudiciële vragen of het instellen van handhavingsvorderingen door de SEO-houder misbruik inhoudt, een onderscheid tussen vorderingen die het op de markt komen of blijven van door concurrenten geproduceerde producten uitsluiten (vordering strekkende tot staking of terughalen van producten) en overige vorderingen (bijvoorbeeld vorderingen strekkende tot inzien van de boekhoudkundige gegevens en schadevergoeding). Voor beide categorieën vorderingen onderzoekt het Hof van Justitie de vraag of deze misbruik kunnen opleveren indien ze worden ingesteld door een dominante SEO-houder tegen een partij die gebruikmaakt van de standaard waarvan het SEO deel uitmaakt.

Daarbij weegt het Hof van Justitie het belang van de bescherming van de vrije mededinging enerzijds af tegen het belang van de bescherming van intellectuele-eigendomsrechten van de octrooihouder en de uitoefening van dit recht anderzijds.

Het Hof van Justitie komt tot het oordeel dat het instellen door een dominante SEO-houder van vorderingen die strekken tot terugroeping van en een verbod op de verhandeling van de producten onder omstandigheden inderdaad misbruik kan opleveren. Het Hof van Justitie kent daarbij gewicht toe aan het feit dat Huawei met het afgeven van een FRAND-verklaring in het kader van de ETSI-standaardiseringsprocedure bij derden (ZTE) legitieme verwachtingen heeft gewekt dat de SEO-houder daadwerkelijk onder FRAND-voorwaarden een licentie zou verlenen.¹⁶

Het Hof van Justitie geeft echter een andere invulling aan de omstandigheden waarin sprake van misbruik van machtspositie zou kunnen zijn dan het Bundesgerichtshof in zijn *Orange Book*-arrest uit 2009 en dan de Commissie lijkt te doen in de persberichten omtrent het onderzoek naar Samsung.

Volgens het Hof van Justitie maakt een SEO-houder die zijn octrooi inroept tegen het gebruik daarvan door een derde misbruik van machtspositie in de zin van artikel 102 VWEU indien hij niet vooraf (dat wil zeggen voor het instellen van een inbreukprocedure):¹⁷

15. *Huawei/ZTE*, punt 44.

16. *Huawei/ZTE*, punten 51-53.

17. *Huawei/ZTE*, punten 60-64.

1. de vermeende inbreukmaker in kennis heeft gesteld van het bestaan van zijn SEO en het feit dat hij meent dat daarop inbreuk wordt gemaakt onder precisering van de wijze waarop inbreuk wordt gemaakt;
2. zich bereid heeft verklaard aan de vermeende inbreukmaker op FRAND-voorwaarden een licentie te verstrekken én een concreet en schriftelijk aanbod voor een licentie onder FRAND-voorwaarden heeft gedaan, waarbij met name de royalty en de wijze van berekening daarvan is uitgewerkt.

Tegelijkertijd stelt het Hof van Justitie ook voorwaarden aan de vermeende inbreukmaker, die zonder toestemming van de SEO-houder te hebben verkregen overgaat tot toepassing van de standaard en daarmee tot gebruik van het SEO. Deze moet te goeder trouw en met bekwaame spoed volgens de normale handelsgebruiken gevolg geven aan het FRAND-licentieaanbod. Daarmee mag met name geen sprake zijn van een vertragingstactiek. Het Hof van Justitie stelt dat de vermeende inbreukmaker slechts kan aanvoeren dat de inbreukvordering door de SEO-houder misbruik oplevert indien hij op korte termijn en schriftelijk een tegenbod doet dat (volgens hem) aan de FRAND-voorwaarden voldoet. In dat geval is er dus onenigheid over de vraag of het licentieaanbod voldoet aan de FRAND-criteria. Die vraag kan dan, aldus het Hof van Justitie, worden voorgelegd aan een onafhankelijke derde, die daarover op korte termijn uitspraak kan doen.¹⁸

Wat betreft andere vorderingen die de beschikbaarheid van door concurrenten (zonder toestemming van de SEO-houder en dus vermeend inbreukmakend) geproduceerde producten op de markt niet belemmeren, namelijk de vorderingen strekkende tot het overleggen van de boekhoudkundige gegevens en schadevergoeding, oordeelt het Hof van Justitie dat het instellen hiervan niet als misbruik van machtspositie van een SEO-houder kan worden aangezien.¹⁹ De reden hiervoor is dat het instellen van dergelijke vorderingen strekkende tot verstrekking van boekhoudkundige gegevens over de in het verleden verrichte handelingen van exploitatie c.q. inbreuk van dit SEO of tot schadevergoeding voor deze handelingen, geen rechtstreekse gevolgen heeft voor het op de markt komen of blijven van door concurrenten vervaardigde producten die aan de standaard voldoen.

Commentaar: meer balans maar niet minder onduidelijkheid?

Met zijn arrest beoogt het Hof van Justitie ongetwijfeld meer balans aan te brengen in de rechten en verantwoordelijkheden van enerzijds de SEO-houder die in staat moet zijn om zijn exclusieve gebruiksrecht te handhaven en anderzijds de (welwillende) concurrent

die gebruik wil maken van de standaard maar ondanks een FRAND-verklaring er niet in slaagt een licentie-overeenkomst te sluiten.

Om meer balans te bereiken tussen de SEO-houder-vriendelijke benadering van het Bundesgerichtshof in de *Orange Book*-doctrine en de gebruikersvriendelijke benadering van de Commissie in de zaak *Samsung* kent het Hof van Justitie belang toe aan het afleggen van een FRAND-verklaring en de betekenis daarvan voor een gebruiker van de standaard: de gebruiker van de standaard mocht verwachten dat de SEO-houder – met het afleggen van een FRAND-verklaring – bereid is hem op FRAND-voorwaarden een licentie te verlenen. Het afleggen van een FRAND-verklaring door een octrooihouder, die zijn octrooi opgenomen ziet worden als SEO in een standaard, schept dus verplichtingen. Indien de SEO-houder dominant is – waar het Hof van Justitie van uitgaat – kan hij zijn octrooi alleen inroepen tegen niet-geoorloofd gebruik in toepassing van de standaard, indien hij de gebruiker heeft gewaarschuwd en hem een schriftelijk en concreet FRAND-aanbod heeft gedaan. Doet hij dit niet, dan wordt het inroepen van zijn SEO tegen de gebruiker beschouwd als misbruik van machtspositie.

Zo legt het Hof van Justitie het initiatief bij de SEO-houder die de FRAND-verklaring heeft afgelegd. Die moet actie ondernemen indien hij meent dat met toepassing van de standaard ongeoorloofd gebruik van zijn SEO wordt gemaakt door die ondernemingen eerst te waarschuwen. De vorm waarin deze waarschuwing moet plaatsvinden wordt niet uitgewerkt, maar het moet wel schriftelijk met opgave van de relevante octrooien en de wijze waarop de vermeende inbreuk wordt gemaakt. Daarbij ligt het ook op de weg van de SEO-houder om een concreet FRAND-licentieaanbod te doen. Vervolgens verschuift de verplichting tot handelen naar de gebruiker van de standaard, oftewel de vermeende inbreukmaker. Die moet ofwel het bod accepteren ofwel een tegenbod doen dat naar zijn mening (wel) FRAND is.

Over de vraag wat FRAND inhoudt en of het door de SEO-houder gedane licentieaanbod inderdaad FRAND is, lijkt in de optiek van het Hof van Justitie ruimte te bestaan voor verschil van mening. Immers, de gebruiker/vermeende inbreukmaker kan een tegenbod doen indien hij meent dat het gedane licentieaanbod niet FRAND is. Doet hij niet binnen een korte termijn een concreet tegenbod, dan verliest hij het verweer dat de SEO-houder misbruik van machtspositie maakt. Doet hij wel een tegenbod, dan moet een onafhankelijke derde uitsluitsel geven omtrent de vraag wat FRAND in het concrete geval inhoudt. Dat zou een rechter kunnen zijn, maar partijen zouden ook kunnen kiezen voor arbitrage of deskundigen.²⁰ Hoewel het Hof van Justitie niet aangeeft wat de consequentie is als de vermeende inbreukmaker of de SEO-houder niet bereid is het FRAND-gehalte te laten toetsen, lijkt het mij logisch

18. *Huawei/ZTE*, punten 65-68.

19. *Huawei/ZTE*, punt 74.

20. Daar moeten partijen het dan wel over eens worden.

dat degene bij wie die bereidheid ontbreekt daarvan het nadeel ondervindt.²¹

Op het punt ‘Wat is FRAND?’ biedt het arrest *Huawei/ZTE* helaas geen verduidelijking, hoewel het Hof van Justitie kennelijk een ‘onafhankelijke derde’ wel in staat acht die beoordeling te maken. Daarvoor zijn ondernemingen in de praktijk echter aangewezen op de Richtsnoeren Horizontalen van de Commissie²² en nationale rechtspraak voor zover aanwezig. Dit lijkt echter onvoldoende om een dergelijke beoordeling te kunnen maken. In de Richtsnoeren Horizontalen geeft de Commissie weliswaar aan dat methoden waarbij wordt uitgegaan van de kosten niet erg geschikt zijn voor de bepaling van het FRAND-gehalte. De Commissie geeft echter weinig houvast met betrekking tot de vraag hoe dit dan wel moet worden afgestemd. Afgezien van de (onwarschijnlijk voorkomende) suggestie dat kan worden gekeken naar licentievergoedingen die de octrooihouder mogelijk voor invoering van de standaard voor het betreffende octrooi in een concurrerende omgeving verlangde, wijst de Commissie op de mogelijkheid van het aanstellen van een of meer deskundigen of het voorleggen van een FRAND-geschil aan de rechter.

De onduidelijkheid omtrent de vraag wanneer een licentievergoeding FRAND is, duurt derhalve onverminderd voort. En volgens het besproken arrest *Huawei/ZTE* kan deze vraag zich zowel doen gelden ten aanzien van de door de octrooihouder verlangde licentievergoeding als ten aanzien van het (tegen)aanbod door een gebruiker van een SEO. Dit beperkt wellicht de praktische toepasbaarheid van de nieuwe doctrine van het Hof van Justitie. Anderzijds zal die FRAND-discussie in de praktijk uiteindelijk toch gevoerd en beslecht moeten worden. Hoewel partijen er vaak voor terugschrikken die vraag door een rechter – dat wil zeggen in openbare rechtspraak – te laten beantwoorden en om die reden kiezen voor arbitrage of schikking, zal in de toekomst ongetwijfeld aanleiding tot jurisprudentie op dit punt zijn, wellicht zelfs van het Hof van Justitie. Ook Commissaris Mededinging Vestager heeft in een speech laten blijken dat de Commissie zich actief met deze discussie wil blijven bemoeien.²³ Hopelijk komt er op niet al te lange termijn toch meer duidelijkheid over de vraag hoe in een concreet octrooigeschil over een SEO moet worden beoordeeld of een gevraagde dan wel geboden licentievergoeding FRAND is.

Jammer is ook dat het Hof van Justitie in deze zaak uitgaat, of liever gezegd heeft moeten uitgaan, van de veronderstelling dat Huawei, de SEO-houder, een dominante positie heeft. Dit is in de praktijk echter niet per definitie het geval, zoals de Nederlandse regering blijkbaar heeft aangevoerd in de procedure bij het Hof van

Justitie. Advocaat-generaal Wathelet verwijst hiernaar in zijn conclusie. Wathelet benadrukt terecht dat deze vraag weliswaar in de *Huawei/ZTE*-casus niet ter discussie stond, maar dat per geval door de nationale rechter zal moeten worden beoordeeld of het feit dat een onderneming een SEO bezit, betekent dat sprake is van een dominante positie in de zin van artikel 102 VWEU. Het hebben van een SEO zou niet meer dan een weerlegbaar vermoeden van dominantie kunnen inhouden.²⁴ Dit lijkt mij een terecht voorbehoud door de advocaat-generaal, dat wellicht enige toelichting behoeft. Er moet met veel verschillende factoren rekening worden gehouden om te kunnen concluderen of er al dan niet sprake is van een dominante marktpositie in de zin van de definitie uit het standaardarrest *Hoffmann La Roche*. Het houden van een SEO-octrooi wil niet per se zeggen dat de octrooihouder zich onafhankelijk in de markt kan gedragen. Er zijn situaties waarin het octrooi niet per se markt-essentieel is, in de zin dat de relevante productmarkt meer producten omvat dan die waarin de standaard wordt toegepast. Bovendien zijn houders van een SEO die de standaard zelf implementeren veelal zelf ook afhankelijk van andere SEO-houders, omdat een standaard in de praktijk vrijwel altijd meer dan één essentieel octrooi omvat.

Sinds de bespreking van de *Apple/Samsung*-geschillen in dit tijdschrift in 2012²⁵ heeft de Nederlandse rechter één uitspraak gedaan waarin FRAND-voorwaarden aan de orde waren.²⁶ Dat was in een kortgedingprocedure tussen Vringo (SEO-houder) en ZTE.²⁷ In die zaak had Vringo (exploitant van Nokia-octrooien) een FRAND-licentiaanbod aan ZTE gedaan, maar ZTE betwistte het FRAND-karakter. ZTE had echter niet gereageerd op het aanbod van Vringo, noch door het te betwisten noch met een tegenaanbod. De voorzieningenrechter wees dan ook het argument van de hand dat de inbreukmaatregelen van Vringo een reactie zouden zijn geweest op een haar onwelgevallig aanbod van ZTE. De voorzieningenrechter zag eerder een verband met het uitblijven van enig aanbod of tegenaanbod van de zijde van ZTE en oordeelde: ‘Dat laatste is ZTE’s goed recht en die opstelling is kennelijk ingegeven door de overtuiging dat het octrooi of de gestelde inbreuk geen stand kan houden, maar dan kan zij zich er vervolgens niet over beklaagen dat Vringo haar octrooirecht tracht te handhaven.’²⁸ Overigens werd vervolgens in de bodemprocedure het octrooi van Vringo vernietigd,²⁹ zodat ook in die zaak

21. Dit is ook wat gebeurde bij de Nederlandse voorzieningenrechter in de zaak *Vringo/ZTE*, zie hierna.

22. Hetgeen in par. 289-290 Richtsnoeren Horizontalen wordt beschreven lijkt daarvoor echter niet voldoende.

23. Speech Commissaris Vestager tijdens de 19e IBA Competition Conference in Florence op 11 september 2015, <http://ec.europa.eu/competition/2014-2019/vestager/announcements/intellectual-property-and-competition_en>.

24. Conclusie A-G Wathelet, par. 56-57.

25. D.P. Kuipers en J.I. Kohlen, ‘De titanenstrijd tussen Apple en Samsung’, *NTER* 2012/10.

26. In een andere zaak (*Philips/Neolux*, ECLI:NL:RBDHA:2015:2069) werd wel een beroep gedaan op strijd met het mededingingsrecht en niet aanbieden van FRAND-voorwaarden, maar dit werd van de hand gewezen omdat geen sprake was van een standaard noch van een FRAND-verklaring of -verplichting.

27. V.zr. Rb. Den Haag 14 oktober 2014, *Vringo/ZTE*, ECLI:NL:RBDHA:2014:13639.

28. V.zr. Rb. Den Haag 14 oktober 2014, *Vringo/ZTE*, ECLI:NL:RBDHA:2014:13639, punt 4.10.

29. Rb. Den Haag 28 oktober 2015, *Vringo/ZTE*, ECLI:NL:RBDHA:2015:12320.

geen vervolg is gekomen in de discussie over FRAND-licentiëring. Voor meer duidelijkheid is het wachten op een nieuw geschil en een rechterlijke uitspraak omtrent de handhaving van SEO, of op meer verduidelijking door bijvoorbeeld de Europese Commissie.