

Hidde Koenraad*

* Mr. H.J. Koenraad is advocaat te Amsterdam. Met dank aan Mr. N.T. Weessies, advocaat te Amsterdam.

- 1 Concl. A-G HvJ EU 27 oktober 2022, C-522/21, ECLI:EU:C:2022:847, IEF 21065 (MS/Saatgut-Treuhandverwaltungs GmbH).
- 2 Guidelines on variety denominations with explanatory notes adopted by the Administrative Council on 10.12.2021.
- 3 Rb. Den Haag 21 februari 2021, ECLI:NL:RBDHA:2022:1342, IEF 20557 (Kaagman-Schooneman B.V./Holland Bolroy Markt B.V.). De schrijver van deze Terugblik trad op als advocaat van eiseres in deze procedure.
- 4 Naktuinbouw stelt in het technisch DUS-onderzoek vast of het nieuwe ras zich onderscheidt van alle reeds bestaande rassen binnen het betreffende gewas (*Distinct*), of het ras uniform is (*Uniform*) en of het ras bestendig blijft tijdens de vermeerdering (*Stable*). Naktuinbouw onderzoekt in veld- en kasproeven individuele planten van het ras en van vergelijkingsrassen. Voor het bepalen van het onderscheid maakt Naktuinbouw gebruik van commissies van deskundigen, ook wel gewascommissies of *walking reference collections* genoemd. Naktuinbouw onderzoekt zowel aanvragen Nederlands kwekersrecht (voor de Raad voor plantenrassen) als aanvragen Europees kwekersrecht (voor het CPVO).

Inleiding

Deze terugblik kwekersrecht bestrijkt de periode tussen november 2021 tot en met oktober 2022 en behandelt (gepubliceerde) nationale rechtspraak.

Afgezien van een conclusie A-G in een procedure bij het Europese Hof van Justitie (“HvJ”) over de (on)mogelijkheid tot het opleggen van een forfaitaire toeslag wegens kwekersrechtinbreuk¹, zijn er in de afgelopen periode geen (gepubliceerde) kwekersrechtuitspraken van het HvJ en/of het Gerecht van Eerste Aanleg te melden.

Op het gebied van regelgeving is vermeldenswaardig dat het CPVO de richtlijnen met betrekking tot rasbenamingen en de bijbehorende toelichting heeft aangepast en samengevoegd². Naast de toepasselijke regels en vereisten omvat het nieuwe document een overvloed aan voorbeelden van zowel geschikte als niet-geschikte rasbenamingen. De aangepaste regeling is per 1 januari 2022 van kracht.

Algemene bekendheid en rechtsgevolgen vernietiging kwekersrecht

Op 23 februari 2022 wees de Rechtbank Den Haag vonnis in een zaak tussen Kaagman-Schooneman B.V. (“Kaagman”) en Holland Bolroy Markt B.V. (“HBM”)³. Kaagman is gespecialiseerd in het telen en broeien van bloembollen, in het bijzonder van het gewas tulp. Eind 2011 werd op verzoek van de rechtsvoorganger van Kaagman een tulpenras met de benaming ‘Strong Energy’ in het (online) register van de Koninklijke Algemeene Vereeniging voor Bloembollencultuur (“KAVB”) ingeschreven. Het gaat om een mutant van het in de branche bekende, maar onbeschermd tulpenras Strong Gold.

De KAVB is onder meer voor het gewas tulp de aangegeven Internationale Cultivar Registratie Autoriteit (ICRA). ICRA’s kennen geen (IE-)rechten toe, maar zorgen ervoor dat de naamgeving (ook wel: ‘nomenclatuur’) van gecultiveerde planten consequent is ten behoeve van het handelsverkeer. Elke ICRA maakt de

door haar geregistreerde cultivarnaam openbaar conform de *International Code of Nomenclature for Cultivated Plants*. De KAVB doet dat in Bloembollen Visie, een vakblad voor de bloembollen- en vasteplantensector, tegenwoordig Greenity genaamd. De reservering van de naam ‘Strong Energy’ en, daarna, de registratie van het ras Strong Energy werden vermeld in een tweetal edities van de Bloembollen Visie in 2011 en 2012.

Verder werd Strong Energy sinds 2011 opgenomen in de proef- en monstertuin van de KAVB, mede voor gebruik als referentieras bij DUS-onderzoeken⁴ door de Naktuinbouw en de Raad voor plantenrassen.

Gedaagde HBM is gespecialiseerd in de (groot)handel in bloembollen, het veredelen van nieuwe rassen en het verkrijgen en exploiteren van kwekersrechten voor met name tulpen. HBM had op 13 juni 2013 bij de Raad voor plantenrassen nationaal kwekersrecht aangevraagd voor het tulpenras ‘Strong Strike’, eveneens een mutant van Strong Gold. Het kwekersrecht werd verleend op 28 november 2014.

Op 26 februari 2015 vroeg Kaagman vervolgens (en dus vier jaar ná inschrijving van Strong Energy bij de KAVB) nationaal kwekersrecht aan voor dit ras bij de Raad voor plantenrassen. In het kader van het DUS-onderzoek voor dit ras concludeerde Naktuinbouw dat Strong Energy niet duidelijk onderscheidbaar was van het in het DUS-onderzoek gebruikte referentieras Strong Strike van HBM.

De Raad voor plantenrassen heeft vervolgens zowel Kaagman als HBM hierover geïnformeerd. De Raad gaf daarbij aan dat bij het DUS-onderzoek van Strong Strike in 2013/2014 per abuis het ras Strong Energy niet in de DUS-proef was opgenomen als vergelijker. Indien dit wel gebeurd zou zijn dan zou volgens de Raad destijds zijn gebleken dat het ras Strong Strike niet onderscheidbaar was van het toen al algemeen bekende ras Strong Energy en zou dus geen kwekersrecht verleend zijn voor het ras Strong Strike. Na een mislukte poging om tot een minnelijke oplossing te

komen met partijen heeft de Raad voor plantenrassen zijn eerdere besluit tot verlening van kwekersrecht voor het ras Strong Strike ingetrokken en dat kwekersrecht uitgeschreven uit het rassenregister.

HBM heeft dit intrekingsbesluit vervolgens met succes bestreden. Bij uitspraak van 13 maart 2019⁵ vernietigde het College van Beroep voor het bedrijfsleven ("CBB") het intrekingsbesluit, aangezien de Raad voor plantenrassen volgens het CBB helemaal niet over de bevoegdheid beschikt een door hem eenmaal verleend kwekersrecht weer in te trekken. Daartoe overwoog het CBB dat uit de artikelen 75 en verder ZPW 2005 voortvloeit dat (uitsluitend) de civiele rechter bevoegd is een reeds verleend en in rechte onaanastbaar geworden kwekersrecht te vernietigen.

Kaagman dagvaardde HBM vervolgens voor de rechtbank Den Haag en vorderde onder meer vernietiging (*ex tunc*, dus met terugwerkende kracht) van het kwekersrecht voor Strong Strike. De kern van het geschil betrof de vraag of het ras Strong Strike bij de verlening van het kwekersrecht aan HBM al dan niet terecht als onderscheidbaar was aangemerkt, gelet op de beschikbaarheid van Strong Energy op dat moment.

Een ras wordt volgens art. 49 lid 4 ZPW 2005 als onderscheidbaar aangemerkt indien het duidelijk te onderscheiden is van elk ander ras waarvan het bestaan op het tijdstip van indiening van de kwekersrecht aanvraag algemeen bekend is.

Zowel bij het DUS-onderzoek voor het ras Strong Energy als een tweede keer in het kader van een met instemming van beide partijen uitgevoerde 'side by side' opplant, luidde de conclusie dat de rassen Strong Energy en Strong Strike niet onderscheidbaar waren ten opzichte van elkaar. Vervolgens lag de vraag voor of het ras Strong Energy op 13 juni 2013, het tijdstip van indiening van de kwekersrecht aanvraag voor Strong Strike, al dan niet algemeen bekend was.

De rechtbank overweegt dat voor de conclusie dat (het bestaan van) een ras algemeen bekend is:

'[...] voldoende [is] dat (het bestaan van) het betreffende ras bij het relevante publiek bekend is. Zoals in de literatuur wordt opgemerkt, is daarbij in beginsel voldoende dat van het ras/de rasbeschrijving in vakkringen in meer dan verwaarloosbare mate kennis wordt genomen. Deze gedachte congrueert met het standpunt dat zowel [A] in de procedure ten overstaan van de Raad voor plantenrassen als de Raad voor plantenrassen zelf in zijn brief van 25 februari 2016 in hebben genomen, inhoudende dat in UPOV-kringen niet zwaar lijkt te worden getild aan de algemene bekendheid van het ras en dat dus relatief snel kan worden aangenomen.'

Onder verwijzing naar diverse UPOV-documenten waarin nader staat uitgewerkt hoe de algemene bekendheid bewezen kan worden, concludeert de rechtbank dat het ras Strong Energy vanwege diverse omstandigheden, in onderlinge samenhang bezien, moet worden aangemerkt als algemeen bekend op de datum van indiening van de aanvraag voor Strong Strike van HBM.

Ten eerste noemt de rechtbank de registratie van Strong Strike in 2011 bij de KAVB en de daarmee gemoeide (vak)publicaties in Bloembollen Visie, waaruit blijkt dat die inschrijving een nieuwe mutant van het ras Strong Gold betrof. Ook was een bloeiende tulp getoond van het ras Strong Energy, namelijk tijdens een door de KAVB georganiseerde keuring in 2010 in de KAVB-Keuringszaal. Het ging daarbij om een openbaar toegankelijke tentoonstelling die 5 dagen duurde. Daarnaast acht de rechtbank het van belang dat het ras Strong Energy al sinds 2011 is opgenomen in de proef- en monstertuin van de KAVB en daarmee sindsdien ook onderdeel uitmaakt van de vaste referentierassencollectie die door onder meer de Bloembollenkeuringsdienst, Naktuinbouw en de Raad voor plantenrassen wordt benut. Volgens de rechtbank maakt de omstandigheid dat Strong Energy niet in het DUS-onderzoek voor de verlening van het kwekersrecht aan Strong Strike als referentieras is meegenomen, dit niet anders. De Raad voor plantenrassen had aangegeven dat dit "abusievelijk" niet was gebeurd.

Vervolgens kwam de vraag aan de orde welke rechtsgevolgen aan de vernietiging van het kwekersrecht voor Strong Strike dienen te worden verbonden. Ingevolge de artt. 75 lid 2 en 77 lid 2 ZPW 2005 ontnemt de vernietiging aan het kwekersrecht alle verdere rechtsgevolgen en werkt de vernietiging terug tot de dagtekening van de aantekening daarvan in het rassenregister (*ex nunc*). Uit de parlementaire geschiedenis bij de ZPW (oud) blijkt volgens de rechtbank niet wat de precieze achtergrond is van de keuze om aan de vernietiging van een kwekersrecht slechts beperkt terugwerkende kracht te geven.

Volgens de rechtbank vloeit uit artikel 21 UPOV-verdrag voort dat het kwekersrecht in geval van vernietiging moet worden geacht van aanvang af niet te hebben bestaan (*ex tunc*). Daarbij wijst de rechtbank er verder op dat in diverse andere IE-wetten, waaronder de Rijkssoctrooiwet 1995, het BVIE, GMoV en UMVo, maar ook de Gemeenschapskwekersrechtverordening, aan vernietiging van een verleend IE-recht wèl volledig terugwerkende kracht wordt toegekend, waardoor dat recht wordt geacht nooit te hebben bestaan⁶.

De rechtbank stelt verder vast dat het ontbreken van volledige terugwerkende kracht van de vernietiging ook tot allerlei (juridisch) ongerijmde resultaten en willekeur kan leiden. Vervolgens concludeert de

- 5 Uitspraak College van Beroep voor het bedrijfsleven 12 maart 2019, ECLI:NL:CBB:2019:106 (*Holland Bolroy Markt B.V./Raad voor plantenrassen*).
- 6 De rechtbank merkt daarbij op dat in enkele van die IE-wetten weliswaar specifieke uitzonderingen zijn opgenomen om de gevolgen van de terugwerkende kracht ten aanzien van bepaalde rechtsverhoudingen (die vóór de vernietiging zijn ontstaan) – met het oog op de rechtszekerheid – te beperken, maar achtte die uitzonderingen hier niet van belang.

7 Arrest Hof Den Haag, 24 augustus 2021 (datum publicatie 4 januari 2022), ECLI:NL:GHDHA:2021:2407, IEF 20436.

8 Rb. Den Haag, 30 maart 2022, ECLI:NL:RBDHA:2022:4612 (*Flowerbulbs VOF/Coöperatieve kwekersvereniging Dutch Tulip Selections U.A.*)

rechtbank dat het begrip “vernietiging” als bedoeld in art. 75 ZPW 2005 in deze zaak niet anders kan worden uitgelegd dan dat het kwekersrecht waarop de vernietiging betrekking heeft dient te worden geacht van aanvang af niet de in de ZPW 2005 omschreven rechtsgevolgen te hebben gehad.

Artikel 77 lid 2 ZPW 2005 dient wegens strijd met art. 21 UPOV-verdrag volgens de rechtbank daarom buiten toepassing te worden gelaten. Laatstgenoemd artikel heeft rechtstreekse werking en dient volgens de rechtbank als een ieder verbindende verdragsbepaling, ingevolge de artt. 93 en 94 van de Grondwet, in deze zaak te prevaleren boven de daarmee strijdige nationale wettelijke bepaling van art. 77 lid 2 ZPW 2005.

Tegen dit vonnis is hoger beroep ingesteld.

‘Waarde moederplant’ als onderdeel van schadevergoeding bij inbreuk

Ten aanzien van de begroting van de schadevergoeding bij kwekersrechtinbreuk is vermeldenswaardig het arrest van het Gerechtshof Den Haag van 24 augustus 2021⁷. In die zaak vorderde de houder van een communautair kwekersrecht voor een ras van het gewas *Lysimachia* (Wederik) schadevergoeding van een licentienemer in verband met de ongeautoriseerde vermeerdering van planten van het ras en het overschrijden van het maximaal toegestane areaal.

De vraag lag voor of de door de accountant van de kwekersrechthouder aangeduide post ‘Waarde moederplant’ kon worden meegenomen als onderdeel van de schadebegroting. De licentienemer stelde zich op het standpunt dat dit kosten waren die de kwekersrechthouder had bespaard door geen planten aan de licentienemer te hoeven leveren en daarom niet als schade konden worden aangemerkt.

Volgens het hof had de licentienemer echter onvoldoende gemotiveerd bestreden dat in de verkoopprijs een vergoeding was verdisconteerd voor kosten die niet direct samenhangen met het produceren van individuele planten en die bij het achterwege blijven van die productie derhalve ook niet worden bespaard.

De kwekersrechthouder beargumenteerde dat in de verkoopprijs van de planten een vergoeding was verdisconteerd voor kosten die hij had gemaakt om het ras te veredelen en – door middel van het telen van moederplanten van voldoende kwaliteit – in stand te houden en daarvoor kwekersrecht aan te vragen en te behouden. Deze kosten moesten volgens de kwekersrechthouder daarom door de licentienemer worden vergoed.

Het hof neemt in aanmerking dat het voor de continuïteit van de bedrijfsvoering noodzakelijk is voor de kwekersrechthouder om – met het oog op de verwachte omzet – een voldoende hoeveelheid moederplanten in voorraad te hebben om daarvan stekken te kunnen steken om aan de vraag naar planten te kunnen voldoen. Volgens het hof gaan de daarmee gemoeide kosten aan de daadwerkelijke (toekomstige) verkoop en het met het oog op die verkoop steken van stekken vooraf en staan deze dus los van de daadwerkelijke verkopen. De als ‘waarde moederplant’ opgenomen kosten zijn volgens het hof daarom aan te merken als vaste kosten, waarvoor in de verkoopprijs een vergoeding is verdisconteerd en die bij het achterwege blijven van de verkoop van planten niet wordt bespaard.

Hoewel het in deze zaak om een relatief laag schadebedrag ging kan het onder bepaalde omstandigheden dus lonen om de waarde van (of investeringen in) de moederplanten van het beschermde ras mee te nemen als onderdeel van de ‘passende vergoeding’ bij inbreuk ingevolge artikel 94 Verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht.

Maatman ‘Goed veredelaar’

In het vonnis van de rechtbank Den Haag van 30 maart 2022⁸ tussen Flowerbulbs V.O.F. en Coöperatieve kwekersvereniging Dutch Tulip Selections U.A. (“DTS”), kwam onder meer de vraag aan de orde wat partijen mochten verstaan onder het begrip ‘goed veredelaar’, opgenomen in een overeenkomst ter zake de exploitatie van door Flowerbulbs veredelde tulpenrassen.

In de overeenkomst stond dat de veredelaar bij de veredelingswerkzaamheden diende te handelen ‘zoals een goed veredelaar betaamt’. DTS stelde dat Flowerbulbs niet aan deze maatstaf had voldaan en daardoor tekort was geschoten in de nakoming van de overeenkomst. Flowerbulbs zou het areaal hebben laten overwoekeren met onkruid, de tulpenkraam hebben bespoten met niet toegestane bestrijdingsmiddelen en de bollen te laat hebben gerooid.

De rechtbank overweegt in dit verband ten eerste dat partijen terecht als uitgangspunt hebben genomen dat de verplichting om als een goed veredelaar te handelen een inspanningsverbintenis is en geen resultaatsverbintenis. Volgens de rechtbank dient voor het beoordelen van een eventueel tekortschieten in de uitvoering van die inspanningsverplichting een geobjectieerde maatstaf te worden aangehouden. In dit kader verwijst de overeenkomst tussen partijen volgens de rechtbank naar een maatman, te weten een ‘goed veredelaar’. De rechtbank overweegt dat het recht in de wet en jurisprudentie een dergelijke maatstaf op een veelheid van terreinen

kent, zoals op het gebied van aansprakelijkheid van de advocaat, accountant en opdrachtnemer. Hierbij dient volgens de rechtbank steeds het gedrag van de contractspartij te worden vergeleken met dat van een (hypothetische) zorgvuldig, redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar. De rechtbank concludeert dat diezelfde maatstaf ook gebruikt kan worden om het handelen van Flowerbulbs ten aanzien van de teeltwerkzaamheden te beoordelen.

De rechtbank oordeelt vervolgens dat de veredelaar niet aan deze maatstaf had voldaan, met name omdat hij de gestelde hevige onkruidgroei, ook na een dringend verzoek om tot bestrijding over te gaan, onvoldoende had bestreden. Daarbij werd meegewogen dat de veredelaar zelf had toegegeven dat sprake was van een 'extreme' onkruidsituatie.

De vraag of bij de bestrijding van (een deel van) het onkruid al dan niet verboden bestrijdingsmiddelen waren gebruikt laat de rechtbank in het midden, omdat de overmatige aanwezigheid van onkruid op zichzelf reeds een tekortkoming in de nakoming aan de zijde van Flowerbulbs vormt.

De rechtbank overweegt verder dat het geen oordeel kan of zal vellen over de wenselijkheid van het vroeger of later in het jaar rooien van tulpenbollen. Het is volgens de rechtbank niet vast te stellen op welk moment een goed veredelaar in algemene zin zijn tulpenbollen dient te rooien. Volgens de rechtbank heeft Flowerbulbs in dit verband terecht verwezen naar de 'artistieke vrijheid van een veredelaar', die haar enige bewegingsvrijheid ten aanzien van de algemene normen gunt.