

# Afgeleide rassen in het kwekersrecht: Rechtsvinding in de woestijn (of de kwalijke effecten van vage wetgeving)

Tjeerd Overdijk\*

In 2002 had ik de eer betrokken te raken bij de eerste rechtszaak ter wereld over het nieuwe afgeleide rasbegrip in het kwekersrecht.<sup>1</sup> Na ruim zeven jaar verder procederen is de operatie geslaagd (zaak gewonnen)<sup>2</sup> maar de patiënt overleden (cliënt failliet)<sup>3</sup>. Een belangrijke oorzaak van het faillissement is dat de financiële reserves van het bedrijf waren uitgehold door de kosten en onzekerheid 'boven de markt' die een langdurige procedure met zich mee brachten. Nu de stofwolven rond deze langdurige rechtsstrijd zijn opgetrokken, is er aanleiding om stil te staan bij enkele onduidelijkheden waarmee het afgeleide rasbegrip is omgeven.<sup>4</sup>

## 1. Enkele inleidende opmerkingen

In de openingszin hierboven introduceer ik het 'afgeleide rasbegrip' als een 'nieuw' begrip. De nieuwheid van het begrip is betrekkelijk. De uitbreiding van de bescherming van het kwekersrecht tot afgeleide rassen (ook wel aangeduid met de Engelse afkorting EDVs – Essentially Derived Varieties) is opgenomen in het UPOV-verdrag<sup>5</sup> van 1991 (art. 14 lid 5 UPOV 1991). Daaraan is jarenlange discussie vooraf gegaan, teruggaand tot de jaren '50 van de vorige eeuw. Vervolgens zijn afgeleide rasbepalingen opgenomen in de Verordening inzake het Communautaire Kwekersrecht (art. 13 leden 5 en 6 VCK) (1994) en in verschillende nationale wetgevingen. In Nederland is de eerste bepa-

ling over afgeleide rassen opgenomen in de Zaaizaad- en Plantgoedwet (ZPW) van 1996<sup>6</sup> (art. 41 ZPW 1996). Hoewel er volgens de voorstanders van deze uitbreiding van de bescherming een dringende behoefte was aan extra bescherming, heeft het tot 2002 geduurd voordat een eerste procedure werd aangespannen waarbij de inzet was of één ras was afgeleid van een ander ras. Naast het feit dat kwekers niet bekend staan als erg proceslustige mensen moeten de redenen hiervoor waarschijnlijk vooral worden gezocht bij de moeilijk toegankelijke tekst van de bepaling.

Tegenwoordig is er in de meeste gevallen een communautair kwekersrecht in het geding. Om die reden wordt in deze bijdrage uitgegaan van de tekst van de Verordening (art. 13 leden 5, 6 en 7):

5. De leden 1 tot en met 4 zijn eveneens van toepassing met betrekking tot:

- a) rassen die in wezen afgeleid zijn van het ras waarvoor een communautair kwekersrecht is verleend, wanneer dit ras niet zelf een in wezen afgeleid ras is,
- b) (...)
- c) (...)

6. Voor de toepassing van lid 5, onder a), wordt een ras aangemerkt als in wezen afgeleid van een ander ras, hierna "oorspronkelijke ras" te noemen, wanneer:

- a) het hoofdzakelijk is afgeleid van het oorspronkelijke ras of van een ras dat zelf hoofdzakelijk is afgeleid van het oorspronkelijke ras,
- b) het op grond van het bepaalde in artikel 7 te onderscheiden is van het oorspronkelijke ras, en
- c) het, afgezien van de afwijkingen die voortvloeien uit de afleidingshandeling, het in wezen overeenkomt met het oorspronkelijke ras voor wat betreft de expressie van de eigenschappen, die voortvloeit uit het genotype of combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras.

7. In de krachtens artikel 114 op te stellen uitvoeringsbepalingen kunnen de afleidingsvormen die in elk geval onder de bepalingen van lid 6 vallen, nader worden omschreven.

Kwekersrechthouders gaven aan niet te weten wat men met deze bepaling aan moest. Zelfs kwekersrechtdeskundigen vinden de verdragstekst en daarop gebaseerde bepalingen moeilijk te hanteren. Dr. P.A.C.E. van der Kooij van de Universiteit Leiden<sup>7</sup> meent: "Deze bepaling<sup>8</sup> lijkt niet alleen ingewikkeld, maar is het ook."<sup>9</sup>

Voor een advocaat is het altijd interessant om een zaak te behandelen over een niet al te gemakkelijke wettekst. Als over die tekst ook nog eens geen rechtspraak

\* Tjeerd Overdijk is advocaat te Amsterdam (Vondst Advocaten)

1 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 18 okt. 2002, BIE 2003, nr. 28, blz. 185 (Astée Flowers/Danziger 'Dan' Flower Farm)  
 2 Rechtbank 's-Gravenhage 13 juli 2005, BIE 2006, nr. 60, B9 686 (Astée Flowers/Danziger 'Dan' Flower Farm); Hof 's-Gravenhage 29 december 2009, B9 8487 Danziger / Astée Flowers B.V. (inz. de gipskruidrassen Dangypmini (P) Million Stars® en Blancanieves)  
 3 Astée Flowers B.V. werd failliet verklaard bij vonnis van de Rb 's-Gravenhage d.d. 28 juli 2009  
 4 Hoewel ik in voormelde zaak de raadsman van Astée Flowers was, probeer ik mij in deze bijdrage zoveel mogelijk los te maken van partijstandpunten. Daartoe denk ik ook in staat te zijn, o.a. omdat ik in andere procedures niet alleen standpunten van kwekers van (veronderstelde) afgeleide rassen heb verdedigd, maar ook ben opgetreden voor eisende houders van 'oorspronkelijke rassen'.  
 5 UPOV: Union internationale pour la Protection des Obtentions Végétales - internationale unie voor de bescherming van nieuwe plantenrassen.

6 Uitvoeringswet UPOV 1991, Kamerstukken II 1994/95, 24 129, nr 3.

7 In 1990 gepromoveerd op het proefschrift "Kwekersrecht in ontwikkeling"

8 Bedoeld is art. 14 lid 5 UPOV

9 P.A.C.E. van der Kooij, *Afgeleide rassen Anno 2008*, Agrarisch Recht, nr. 7/8, juli augustus 2008, p.311-317, ook gepubliceerd op www.boek9.nl, nr B9 7442

bestaat wordt het helemaal een uitdaging. In de tijd dat ik de eerste zaak ter behandeling kreeg waren er bijzonder weinig bronnen voor nadere uitleg van verdrag en wet. Afgezien van de wetsgeschiedenis<sup>10</sup> was er een enkele monografie over kwekersrecht die niet meer dan summierlijk aandacht besteedde aan afgeleide rassen. Er waren enkele publicaties van Paul Van der Kooij.<sup>11</sup> Dan was er nog Assinsel, de internationale organisatie van veredelaars die ijverden voor de bescherming van plantenrassen, die op hun website een stuk hadden getiteld "Essential Derivation and Dependence; Practical Information".<sup>12</sup> Verder was in een enkele lezing aandacht besteed aan één of twee voor de hand liggende kwesties, zoals de vraag of een kleurmutant als een afgeleid ras moet worden beschouwd<sup>13</sup>. In de meeste gevallen waren die lezingen overigens niet van juristen maar van technici (biologen en plantenveredelaars). In dergelijke bronnen was informatie te vinden over de achtergronden van de introductie van het begrip, een beschrijving van de regeling, het (on)belang van tekstuele verschillen tussen UPOV-verdrag enerzijds en VCK en nationale wetten anderzijds, het feit dat zowel genetische oorsprong als de expressie van eigenschappen een rol spelen, de wijze waarop bewijs van genetische oorsprong kan worden geleverd of de reden dat invulling van concrete criteria aan de praktijk ('de kwekersrechthouders') werd overgelaten. Die bronnen fungeerden weliswaar als oases in een woestijn waar verder niets was, maar die waren ruimschoots onvoldoende om de grote dorst te lessen (informatiehonger te stillen). Niets was er te vinden over belangrijke kwesties als de vereiste *mate van* genetische verwantschap (wanneer is er 'hoofdzakelijk' afgeleid?), de vereiste *mate van* fenotypische overeenkomst tussen afgeleid ras en oorspronkelijk ras (wanneer is er overeenkomst qua wezenlijke eigenschappen?), de vraag welke eigenschappen als wezenlijk worden beschouwd.

## 2. Achtergronden & ontwikkeling

Voor vragen van uitleg is uiteraard van belang wat de redenen waren voor introductie van de regeling. Waarom vond men het nodig de bescherming van het kwekersrecht uit te breiden tot rassen die in wezen zijn afgeleid van een ander beschermd ras?

.....  
 10 Records of the 1991 Diplomatic Conference (UPOV). Voor Nederland: Kamerstukken 24 129: Goedkeuring van de op 19 maart 1991 te Genève tot stand gekomen herziening van het Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekprodukten (Trb. 1992, 52), alsmede wijziging van de Zaaizaad- en Plantgoedwet (Uitvoeringswet UPOV 1991);

11 Een nieuwe lente, een nieuw geluid: de Zaaizaad- en Plantgoedwet gewijzigd. IER 1999, 1, pp. 8-14; Enkele aspecten van de regeling voor afgeleide rassen in de nieuwe Zaaizaad- en Plantgoedwet. Pb. RvHK, 381, pp. 31-36; Afgeleide rassen (I en II), Agrarisch recht 1996-10 en 1996-11, p. 480-537;

12 Assinsel is acronyme voor Association Internationale des Sélectionneurs pour la Protection de Obtentions Végétales. Deze organisatie is in 2002 met een andere organisatie van veredelaars van groentezaden opgegaan in de ISF (International Seed Federation). Het stuk over EDVs heeft zich doorontwikkeld tot de hierna nog te vermelden ISF View on Intellectual Property.

13 B. Kiewiet, Kwekersrecht in Europees perspectief, lezing voor de Vereniging voor Agrarisch Recht van 11 september 2002

De voornaamste reden was onvrede over het feit dat het steeds vaker voorkwam dat er 'mutanten'<sup>14</sup> van beschermde rassen op de markt kwamen. De houder van het kwekersrecht voor het ras waar zo'n mutant uit voortkwam kon niet optreden tegen het in het verkeer brengen van mutanten, omdat een mutant niet op één lijn was te stellen met het kwekersrechtelijk beschermde ras. Als een mutant zich duidelijk onderscheidde van het ras waaruit het was gemuteerd, kon er zelfs kwekersrecht voor worden verleend. Onder UPOV 1978 was onderscheidbaarheid van een ander ras in slechts één opzicht al voldoende voor de verlening van kwekersrecht. Zo kon het voorkomen dat de rechthebbende van een succesvol ras lijdzaam moest toezien dat (de vinder van) een mutant zich kon ontpoppen tot een geduchte concurrent van zijn succesvolle ras en de vinder van de mutant commercieel kon meeliften op het succes van het ras waar zijn mutant uit was ontstaan.

Daarnaast werd het door de opkomst van de moderne biotechnologie ook nog eens steeds eenvoudiger om met behulp van genetische manipulatie mutanten op te wekken. Ook daar kon niet tegen worden opgetreden op basis van het kwekersrecht.

Dit alles werd door velen in de kwekerswereld als onbillijk ervaren. Een mutant heeft immers in veel gevallen op één of enkele na alle eigenschappen van het ras waaruit het is gemuteerd.

Om die redenen gingen in de jaren '80 steeds meer stemmen op dat de kwekers ook bescherming verdienen voor mutanten van hun rassen.

Van der Kooij meldt daarnaast dat er in die tijd een zekere scheefgroei werd gezien tussen de relatief zwak beoordeelde kwekersrechtelijke bescherming en de als sterker beschouwde octrooirechtelijke bescherming. De introductie van een afhankelijk kwekersrecht werd gezien als een mogelijkheid die scheefgroei recht te trekken.<sup>15</sup>

Om al deze redenen is in 1991 in UPOV verband het concept 'afhankelijk kwekersrecht' geïntroduceerd. Dit hield in dat de kwekersrechtelijke bescherming van een ras werd uitgebreid tot rassen die 'in wezen' van een ander ras zijn afgeleid.

Het hield o.a. in dat degene die een afgeleid ras in het verkeer wil brengen, daarvoor toestemming nodig heeft van degene die het kwekersrecht heeft op het ras waarvan het afgeleide ras is afgeleid ('het oorspronkelijke ras').

Was de gedachte achter het afhankelijk kwekersrecht vrij duidelijk, de uitwerking ervan in een verdrag was bepaald problematisch. Want als de bescherming voor kwekersrechtelijk beschermde rassen moet worden uitgebreid tot materiaal dat niet het ras is, waar leg je dan de grens?

.....  
 14 Mutanten: al dan niet toevallige afwijkingen of variaties in het materiaal van een bepaald ras.

15 Zie hierover nader Van der Kooij, *Afgeleide rassen Anno 2008 en Afgeleide rassen*, Agrarisch recht 1996 (voetnoot 12)

In UPOV-verband is dan ook hevig gedebatteerd over de juiste formulering van het afhankelijk kwekersrecht. Bij de totstandkoming van de Verordening op het communautaire kwekersrecht is dat nog eens dunnetjes over gedaan.

Dit verklaart waarom de definitie van een 'afgeleid ras' in geen enkele verdrags- of wettekst een toonbeeld van toegankelijkheid is.

Bovendien roepen de definities allerlei vragen op. Reeds ten tijde van de totstandkoming van UPOV 1991 werd daarom afgesproken dat UPOV richtlijnen zou gaan opstellen om te kunnen vaststellen of rassen zich tot elkaar verhouden als hoofdras (moederras) en afgeleid ras.

### 3. Wat is een afgeleid ras?

Die richtlijnen zijn er nog steeds niet, althans niet in de zin van andere algemene door UPOV gepropageerde richtlijnen. Ook in Europa zijn er nog geen richtlijnen in de vorm van de in art. 13 lid 7 bedoelde 'uitvoeringsbepalingen' op de voet van art. 114 VCK. De praktijk moet zich daarom tot nu toe behelpen met verdrags- en wetsteksten (en toelichtingen daarop). Eerst maar eens de wetteksten zelf.

Er zijn twee opvallende verschillen tussen de tekst van art. 14 lid 5 UPOV en art. 13 leden 5 en 6 VCK:

Art. 14 lid 5 onder b sub i UPOV bevat een zinsdeel dat niet is opgenomen in art. 13 lid 6 sub a VCK:

*"(...), met behoud van de expressie van de wezenlijke eigenschappen die het resultaat is van een bepaald genotype of combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras;"*

De Verordening bevat in art. 13 lid 6 sub c de eis dat een (afgeleid) ras "in wezen overeenkomt met het oorspronkelijke ras voor wat betreft de expressie van de eigenschappen (...)" terwijl het UPOV verdrag bepaalt dat het afgeleide ras "qua wezenlijke eigenschappen" moet overeenkomen met (het genotype of de combinatie van genotypen van) het oorspronkelijke ras.

Het zinsdeel " , met behoud van (etc.)" in art. 14 lid 5 onder b sub i UPOV werd door de Communautaire wetgever gezien als een onduidelijke doublure met de overeenkomstige passage in art. 14 lid 5 onder b sub iii. Daarom werd het in art. 13 lid 6 onder a weggelaten. Voor het verschil tussen "in wezen overeenkomen met de eigenschappen" enerzijds en "overeenkomen met de wezenlijke eigenschappen" wordt geen verklaring geboden. De heersende mening is dat het bij deze tekstuele verschillen gaat om pogingen tot redactionele verduidelijking van de Communautaire wetgever en dat hiermee niet is beoogd een van het UPOV verdrag afwijkend EDV-begrip of daarvan afwijkende criteria te introduceren.

In de ZPW 1996 werd in het nieuwe art. 41 de UPOV-tekst en de tekst in de VCK nog verder ingekort (waarbij o.a. de eis dat het afgeleide ras onderscheidbaar is van het oorspronkelijke ras geheel werd weggelaten

omdat deze eis impliciet uit de wettekst zou voortvloeien). Bij de wetswijziging in 2005 heeft de Nederlandse wetgever deze eigengereidheid laten varen. In het nieuwe art. 58 lid 2 ZPW 2005 is sub a de hiervoor bedoelde doublure eveneens weggelaten. In onderdeel c is de UPOV-tekst aangehouden en heeft de Nederlandse wetgever niet de gewijzigde communautaire variant gevolgd, maar het geheel van de onderdelen a, b en c sluit nu beter aan op de verdragstekst en de Communautaire tekst.

Dit brengt mee dat wij voor de uitleg van art. 13 lid 6 Vo en art. 58 ZPW 2005 ook te rade mogen gaan bij toelichtende UPOV-teksten.<sup>16</sup>

Uit de verdragstekst, VCK-tekst en ZPW-tekst kan worden afgeleid dat een ras kan worden aangemerkt als 'afgeleid' als het:

- (a) hoofdzakelijk is afgeleid van een ander (oorspronkelijk) ras;
- (b) onderscheidbaar is van het oorspronkelijke ras;
- (c) 'in wezen' overeenkomt met het oorspronkelijke ras, waarbij de overeenstemming moet worden beoordeeld op basis van de expressie van eigenschappen die voortvloeien uit de genetische kenmerken van het oorspronkelijke ras.

Er is wijdverbreide overeenstemming over het feit dat de drie hiervoor bedoelde eisen cumulatief hebben te gelden.<sup>17</sup>

Deze herschrijving van aan EDVs te stellen eisen lijkt een versimpeling van de verdrags- en wetteksten, maar het brengt ons nog niet veel verder. Wat betekent 'afgeleid'? Wanneer is een ras 'hoofdzakelijk' afgeleid? Wanneer is er overeenkomst 'in wezen'? Hoe weten we of de expressie van eigenschappen voortvloeit uit genetische kenmerken?

### 4. Thema's

Zoals hiervoor aangegeven bestond er lange tijd onzekerheid over de betekenis van enkele belangrijke onderdelen van de EDV-regeling. Voor een deel bestaat die onduidelijkheid nog steeds, of is de discussie hierover nog verre van afgerond.

De belangrijke discussiethema's raken zonder uitzondering kernpunten van de EDV-bepalingen:

- Hoe kan worden vastgesteld of bewezen dat een ras is afgeleid van een ander ras?
- Wat is de vereiste *mate van* genetische verwantschap (wanneer is er 'hoofdzakelijk' afgeleid?);
- Welke *mate van* fenotypische overeenkomst tussen twee rassen kan (moet) leiden tot de vaststelling dat het jongere ras van het oudere is afgeleid? Wanneer is er overeenkomst qua wezenlijke eigenschappen en welke eigenschappen moeten daarbij als wezenlijk worden beschouwd?

16 In dezelfde zin Hof 's-Gravenhage 29 december 2009, inz. Danziger / Astée Flowers (r.o. 10, p. 5 en 6).

17 Min of meer ten overvloede bevestigd door Hof 's-Gravenhage 29 december 2009 inz. Danziger / Astée Flowers (zie noot 17), r.o. 11 en 12.

## 5. Hoe stelt men vast of een ras is afgeleid?

De toelichtende teksten zijn hier kort over, kennelijk vanuit een idee dat het eenvoudig moet zijn. In MvT bij de Uitvoeringswet UPOV 1991<sup>18</sup> wordt bijvoorbeeld opgemerkt:

“Dit vereiste is van feitelijke aard en zal vooral kunnen worden geïllustreerd door verklaringen van degenen die bij het kweken van het afgeleide ras waren betrokken, verslagen van laboratorium- en veldproeven, biochemische proeven en dergelijke.”

De MvT en andere toelichtende teksten geven op dit punt blijk van weinig besef van de praktijk van EDV-geschillen. De informatie waar de MvT op doelt zal doorgaans van bedrijfsvertrouwelijke aard zijn en die zal daarom door betrokkenen niet graag worden geproduceerd, zeker niet op enkel verzoek van een eisende gerechtigde tot een beweerd oorspronkelijk ras.

Een hoofdregel van ons bewijsrecht is nog steeds dat wie stelt ook bewijs moet leveren. In een EDV-geschil is dit in beginsel de partij die stelt dat het ras van een ander is afgeleid van zijn eigen oorspronkelijke ras (de eiser) en die zal niet of slechts zeer zelden beschikken over informatie aangaande de totstandkoming van een veronderstelde EDV.

In het hiervoor vermelde praktische stuk van Assinseel en ook in de latere Views on Intellectual Property van de International Seed Federation (ISF)<sup>19</sup> wordt iets concreter aangegeven hoe van een ras moet worden vastgesteld dat het is afgeleid van een ander ras.

De ISF brengt een andere volgorde aan in de vereisten:

- 1) Eerst moet worden vastgesteld of sprake is van een (onderscheidbaar) ras. Dat is de makkelijkste eis. Als hieraan niet wordt voldaan komen we aan de moeilijker eisen niet toe.
- 2) Dan moet worden gekeken naar de fenotypische overeenstemming. Bewijs hiervan moet zijn gebaseerd op betrouwbare fenotypische eigenschappen. Dat wordt door de ISF View betrekkelijk ruim benaderd:
 

“either close relationship in general which could lead to a “conformity threshold” parallel to the minimum distance threshold used for distinctness or only small differences in some simply inherited characteristics.”<sup>20</sup>
- 3) Tenslotte kijkt ISF naar het onderdeel dat in verdrag en wet(ten) als eerste is vermeld: de ‘predominant derivation from the initial variety’ – het hoofdzakelijk afgeleid zijn van het oorspronkelijke ras.

Hierover zegt de ISF View:

“Predominant derivation from the initial variety implies that the initial variety or products essentially de-

rived therefrom have been used in the breeding process. In order to prove that use, various criteria or a combination thereof may be used:

- combining ability
- phenotypic characteristics
- molecular characteristics
- breeding records.”

Deze passage bevat twee elementen die van buitengewoon belangrijke betekenis kunnen zijn:

*De eerste* is dat er volgens ISF alleen sprake kan zijn van ‘essential derivation’ als kan worden vastgesteld dat het gestelde oorspronkelijke ras (of materiaal dat daarvan hoofdzakelijk is afgeleid) daadwerkelijk fysiek is gebruikt bij de totstandbrenging van de (veronderstelde) EDV. Er is wel gesuggereerd dat reeds sprake zou kunnen zijn van afleiding in hoofdzaak als er genetische informatie is gebruikt bij de totstandbrenging van de EDV, zónder dat het oorspronkelijke ras (of materiaal daarvan) daadwerkelijk in het veredelingsproces van de EDV is gebruikt. Een andere belangrijke organisatie in de branche, CIOFORA<sup>21</sup>, is daar een voorstander van.

*De tweede* is dat genotypische verwantschap niet alleen kan worden aangetoond door genetische analyse, maar in beginsel (als dat relevante betekenis kan hebben) ook door grote fenotypische verwantschap.

### Genetisch onderzoek

Een belangrijk middel voor bewijs van genetische verwantschap is vanzelfsprekend DNA-analyse. Van bijna geen enkel gewas is op dit moment een volledige - of bijna volledige - genetische kaart beschikbaar<sup>22</sup>, zodat men voor het aantonen van genetische verwantschap zijn toevlucht moet zoeken tot zgn. moleculaire merkertechnieken, waarmee inzicht kan worden verkregen in de genetische samenstelling van een plant (of ander organisme). Moleculaire merkers zijn kleine specifieke stukjes DNA die gerelateerd zijn aan een bepaalde eigenschap. Heeft een plant dit bepaalde stukje DNA dan zal hij hoogstwaarschijnlijk ook de gewenste of gezochte eigenschap hebben. De merkertechnieken hebben ten doel om zoveel mogelijk en zo relevant mogelijke gedeelten van het DNA van organismen (waaronder planten) waarneembaar te maken, om met behulp van de merkers conclusies te kunnen trekken over mogelijke of veronderstelde genetische verwantschappen of relaties. Er zijn allerlei verschillende merkertechnieken (bijv. SSRs, RAPD, CAPS, RFLP, AFLP, SNPs, DarT) die elk zo hun voor- en nadelen hebben (benodigde voorbereiding, benodigde tijd, kosten, betrouwbaarheid etc.). De te gebruiken merkertechniek en de concrete toepassing ervan kan gemakkelijk een bron van eindeloze discussie zijn.

18 Tweede Kamer, vergaderjaar 1994–1995, 24 129, nr. 3

19 De meest recente versie 2009 is gepubliceerd op <[http://www.worldseed.org/cms/medias/file/PositionPapers/OnIntellectualProperty/View\\_on\\_Intellectual\\_Property\\_2009.pdf](http://www.worldseed.org/cms/medias/file/PositionPapers/OnIntellectualProperty/View_on_Intellectual_Property_2009.pdf)>

20 ISF View (voetnoot 20), paragraaf 1.4.4

21 CIOFORA: internationale organisatie van veredelaars van vegetatief vermeerderde sierteelt- en fruitrassen.

22 Alleen van tomaat en aardappel bestaat een min of meer volledige genetische kaart. Vereenvoudigde genetische kaarten zijn gemaakt van roos, lelie, tulp en petunia.

Vandaar dat ISF en haar voorlopers Assinsel en FIS al sinds lange tijd propageren dat veredelaars van door zaad vermeerderde gewassen met elkaar in overleg treden en proberen te komen tot afspraken over algemeen geaccepteerde methodieken om de genotypische verwantschap tussen verschillende rassen binnen een bepaald gewas te kunnen analyseren. Dat is bij verschillende groentegewassen en niet-sierteeltgewassen ook daadwerkelijk gebeurd, o.a. voor maïs, sla, katoen, koolzaad en tweejarig raaigras. Voor al deze gewassen zijn er, vaak onder begeleiding van ISF, door de desbetreffende gewassecties protocollen ontwikkeld waarin allerlei zaken die van belang zijn bij dergelijk onderzoek tot in detail worden geregeld.<sup>23</sup> Daarbij moet worden gedacht aan onderwerpen als samenstelling van monstercollectie, de wijze waarop monsters moeten worden verzameld en bewaard, de keuze van moleculaire merkersystemen, de voorwaarden voor optimalisering van zgn. PCRs (polymerasekettingreacties), de voorwaarden en instellingen voor het maken van gels van bandpatronen, de analyse, de verwerking en opslag van onderzoeksgegevens alsmede het meten en weergeven van genetische afstanden.

Als dergelijke protocollen er niet zijn, heeft degene die bewijs van hoofdzakelijke afleiding van het ras van een ander moet leveren een potentieel groot probleem. Hij moet zijn concurrent van wie hij meent dat die een EDV heeft overhalen om in overleg te treden en afspraken te maken over alle hiervoor vermelde onderwerpen om een gezamenlijke onderzoeksopzet te ontwikkelen. Als die ander dat niet wil moet hij zelf een onderzoeksopzet maken en dan bestaat er een grote kans dat over elk van de hiervoor vermelde onderwerpen discussie ontstaat over de vraag of het onderzoek voldoet aan daaraan te stellen eisen.

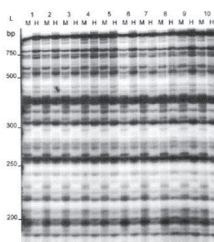
Dat laatste gebeurt met grote regelmaat in EDV-geschillen over sierteeltgewassen, want hoewel er steeds vaker EDV-discussies ontstaan met betrekking tot sierteeltproducten, heeft men in de sierteeltsector nog nauwelijks een begin gemaakt met het maken van onderzoeksprotocollen voor de verschillende gewassen.

Een voorbeeld hiervan is de gipskruid-zaak die al enige keren werd aangehaald (Dangypmini / Blancanieves). In deze zaak baseerde de eigenaar van Dangypmini (Danziger) zich op een zgn. AFLP-fingerprintingonderzoek van de Nederlandse onderzoeksorganisatie Keygene. De AFLP-methode<sup>24</sup> is een beproefde onderzoeksmethode waarmee doorgaans betrouwbare onderzoeksresultaten met hoge reproduceerbaarheid worden verkregen, zonder dat er specifieke kennis van het genoom beschikbaar is.

Kort samengevat houdt de AFLP-methode in dat het genomisch DNA met enzymen in stukken wordt ge-

knipt, waarna de verkregen stukken selectief worden vermeerderd met behulp van PCR-amplificatie (DNA-merkers).

Door middel van elektroforese kan zichtbaar worden gemaakt of de merkers wel of niet aanwezig zijn, waarmee kan worden vastgesteld of geselecteerde gedeelten uit het genoom een overeenkomstig DNA-patroon hebben of niet. Dit gebeurt in de vorm van een bandpatroon van onder elkaar liggende lijnen die ieder een bepaald DNA-fragment in de onderzochte samples weergeven.



Willekeurige afbeelding van een foto van gel met DNA-bandpatronen

De merker-scores (op basis van de aan- of afwezigheid van een DNA-fragment) voor alle monsters worden vervolgens in een datatabel opgenomen. Deze scores worden door middel van statistische coëfficiënten met elkaar vergeleken om de onderlinge genetische afstanden vast te stellen. Doorgaans worden honderd tot enkele honderden merkers, die bij elkaar opgeteld slechts een miniem gedeelte van het genoom representeren, al voldoende geacht voor het trekken van statistisch betrouwbare conclusies over genetische verwantschap van onderzochte monsters. De gelijkheid tussen monsters van verschillende rassen kan vervolgens worden weergegeven met behulp van één of meer gelijkheidsindices, waarvan de zgn. Jaccard-index en Dice-coëfficiënt veel worden gebruikt. Uitgangspunt daarbij is dat hoe dichter de score bij 1.00 ligt, hoe nauwer de genetische verwantschap is.

Danziger stelde dat Keygene op basis van het door haar verrichte AFLP-onderzoek had vastgesteld dat er “een hoge mate van verwantschap” bestaat tussen Blancanieves en Dangypmini en dat “de genotypische verschillen die er gevonden zijn tussen Lenras (Blancanieves) en Dangypmini te klein zijn om door kruising en selectie (uitsplitsing en recombinatie) teweeg te zijn gebracht”, zodat Blancanieves door Keygene beschouwd wordt “als een mutant van Million Stars”. Keygene rapporteerde een Jaccard-similariteit tussen de beide rassen van +/- 0.94. Astée heeft de onderzoeksresultaten van Keygene bestreden met diverse punten van kritiek. De belangrijkste hiervan waren:

- geen representatieve monstercollectie;
- voor de selectie van DNA-merkers zijn door Keygene geen goede primercombinaties (selectie-enzymen en primers) gebruikt, waardoor niet voldoende polymorfe delen van het totale DNA konden worden geselecteerd;
- AFLP is a priori niet geschikt voor het bepalen van genetische verwantschap vanwege het zgn. dominante en bi-allelische karakter van deze techniek.

<sup>23</sup> Deze Guidelines for Handling a Dispute on Essential Derivation zijn gepubliceerd op de website van ISF. Links naar de verschillende Guidelines zijn te vinden op <<http://www.worldseed.org/isf/edv.html>>

<sup>24</sup> AFLP: Amplified Fragment Length Polymorphism

Dat was volgens Astée in haar geval des te belangrijker omdat Danziger stelde dat sprake was van eenvoudige chromosoomverdubbeling (polyploidisatie).

De rechtbank omzeilde de discussie over de bruikbaarheid van de onderzoeken, omdat zij vond dat op grond van de aanzienlijke morfologische verschillen tussen de beide rassen hoe dan ook geen sprake was van een EDV. Het Hof, voor deze zaak aangevuld met twee externe deskundigen op het gebied van moleculaire biologie en plantenveredeling, ging wel fundamenteel in op de kritiek en oordeelde dat aan het vaststellen van genetische conformiteit tussen plantenrassen met behulp van AFLP-merkers “bezwaren kleven”. Volgens het Hof gelden “voor het (op betrouwbare wijze) vaststellen van genetische conformiteit met behulp van DNA-merkers het gebruik van multi-allelische merkers en een betrouwbare bemonstering van het gehele genoom als belangrijkste voorwaarden”. AFLP is een dominante en bi-allelische merker. In dit verband overweegt het Hof dat dominante merkers, zoals AFLP-merkers, de werkelijke mate van identiteit tussen genotypen overschatten aangezien zij eventuele onderliggende heterozygotie (in AFLP-termen: het in enkelvoud aanwezig zijn van een DNA-fragment) niet zichtbaar maken. Dit bezwaar is in sommige gevallen met AFLP te ondervangen, maar uit de rapportages van Keygene bleek niet of men had geprobeerd dit te doen. Bovendien overwoog het Hof dat de door Keygene gebruikte 230 à 260 merkers geen zekerheid bieden dat de bemonstering van het Gypsophila-genoom voldoende representatief is. Daarnaast had Keygene volgens het Hof fouten gemaakt bij haar statistische analyses door bepaalde controles op de betrouwbaarheid van de berekende Jaccard-indices achterwege te laten.

Nu het Hof zich zo kritisch heeft uitgelaten over het gebruik van AFLP is het de vraag of AFLP nog wel bruikbaar is voor het bepalen van genetische verwantschap in EDV-kwesties. In kringen van gebruikers van AFLP (en natuurlijk door Keygene) is kritisch gereageerd op de beoordeling door het Hof en houdt men vol dat AFLP ondanks de geuite bezwaren wel geschikt is. In een ander EDV-geschil, waarin Danziger vanwege een EDV-verdenking op basis van een vergelijkbaar AFLP-onderzoek optreedt tegen een ander gipskruidras, heeft de rechtbank vanzelfsprekend vraagtekens gezet bij de bruikbaarheid van dat onderzoek en moet nu worden beslist wat voor aanvullend onderzoek moet worden gedaan.<sup>25</sup> Het laatste woord hierover is nog niet gesproken.

De gipskruidzaken leveren een goed voorbeeld van het soort discussies dat wordt gevoerd als er van tevoren geen afspraken worden gemaakt over opzet en voorwaarden van te verrichten DNA-onderzoek.

## 6. Vereiste mate van genotypische verwantschap

Als de horde van het geschikte en voor beide partijen (of de rechter) aanvaardbare onderzoek is genomen, is daar direct de volgende: bij welke mate van genotypi-

sche verwantschap (conformiteit) wordt aangenomen dat er sprake is van ‘hoofdzakelijk afgeleid’? Als DNA-onderzoek 100% of bijna 100% conformiteit laat zien, is het niet moeilijk.<sup>26</sup> Maar als het minder dan 100% is, kunnen al snel discussies ontstaan. Bij de al eerder aangestipte ISF Guidelines voor bepaalde gewassen zien we dat voor ieder gewas similariteitsdrempels zijn afgesproken. Als de overeenstemming in DNA-profielen onder die drempel zit, wordt geen afleiding in hoofdzaak aangenomen. Als de gemeten conformiteit boven de drempel zit, wordt afleiding in hoofdzaak aannemelijk geacht en koppelt men daar in de meeste gevallen aan dat de bewijslast wordt omgedraaid.

In ISF-verband zijn voor verschillende door zaad vermeerderde gewassen zeer uiteenlopende similariteitsdrempels vastgesteld:

- maïs                    twee trappen: homologie gebaseerd op ‘Rogers distance’ 82% resp. 90%
- katoen                “coefficient of parentage value” of 87,5%
- 3 slasoorten (boter-, veld, ijsberg) Jaccard 0,96
- oilseed rape        Dice distance 0,85

Binnen ISF is de visie ontwikkeld dat EDV-geschillen in beginsel het best via arbitrage kunnen worden beslist. ISF heeft daarom een uitvoerige regeling ontworpen, de Regulation for the Arbitration of Disputes concerning Essential Derivation (RED), waarin vrij gedetailleerde aanwijzingen voor geschiloplossing zijn neergelegd.<sup>27</sup>

Art. 2 onder e van deze regeling definieert de “EDV Threshold”: “The value of the genetic conformity or distance point that forms, according to a code of conduct or a guideline as adopted by ISF or by another agreement between parties, the trigger point for the reversal of the burden of proof.”

In de sierteeltsector heeft men een achterstand op dit gebied, want er bestaan niet of nauwelijks richtlijnen of protocollen voor de oplossing van EDV-disputen. Wel is er al langer een discussie gaande over het zogenoemde ‘easy breeding’ of ‘cosmetic breeding’. Dit is het fenomeen dat men door geringe veredelingsinspanningen probeert mutanten van succesvolle rassen te creëren. Het actueel worden van deze discussie viel enige jaren geleden samen met de eerste gipskruidvonnissen, die als onbevredigend voor de sector werden beschouwd. Naar aanleiding daarvan is men binnen CIOPORA gaan werken aan een standpuntbepaling over de uitleg van de EDV-bepalingen in UPOV-verdrag, Europese verordening en nationale wetten over kwekersrechten (“Position Paper”). Dit Position Paper is door CIOPORA niet bedoeld als een genuanceerde en evenwichtige standpuntbepaling, maar eerder als een

<sup>26</sup> Zie bijvoorbeeld Vزر Rb ’s-Gravenhage 6 augustus 2008 inz. Van Zanten Plants / Hofland (fresiarassen), BIE 2009, nr 77, B9 6574.

<sup>27</sup> Zie ISF “Regulation for the Arbitration of Disputes concerning Essential Derivation (RED)” met bijbehorende “Explanatory Notes” op <<http://www.worldseed.org/isf/edv.html>>.

<sup>25</sup> Rechtbank ’s-Gravenhage 17 februari 2010, inz. Danziger / Biological Industries e.a. (B9 8605)

richtinggevend actiedocument waarin een zeer vooruitstrevende visie op het EDV-concept is neergelegd.<sup>28</sup> Het Position Paper propageert een sterk verruimde toepassing van de EDV-bepalingen. Voor een samenvatting en bespreking van het CIOFORA Paper verwijs ik de lezer graag naar een al eerder vermelde publicatie van Van der Kooij<sup>29</sup>.

Wat betreft de mate van genotypische conformiteit bevestigt CIOFORA terdege dat het in beginsel aan de kwekers zelf is om te bepalen wanneer er sprake is van een EDV. Omdat de praktijk echter leert dat kwekers dat niet doen en omdat het doorgaans moeilijk is voor een rechthebbende om bewijs van afleiding te leveren, heeft CIOFORA het van belang geacht om een algemeen geldende drempelwaarde neer te zetten. Op basis van onderzoek en rondvraging in de sector is CIOFORA tot de conclusie gekomen dat het bij genetische conformiteit van boven 0.90 Jaccard-similariteit aannemelijk is dat er sprake is van hoofdzakelijke afleiding. Net als bij ISF geeft een similariteit boven de drempel aanleiding tot omkering van de bewijslast. CIOFORA voegt eraan toe dat het niet zo is dat 0.90 een onderdrempel voor het aannemen van afleiding in hoofdzaak is. Ook bij similariteiten onder 0.90 kan er nog steeds sprake zijn van een EDV, maar dan is er geen reden om de gedaagde te belasten met het bewijs van die stelling.

Bij dit alles moet worden bedacht dat CIOFORA uitgaat van een zeer ruim EDV-begrip. Het CIOFORA Paper vestigt de aandacht op het feit dat er in de veredeling steeds vaker en ruimer gebruik wordt gemaakt van nieuwe methoden, waaronder chemische behandeling (introdunctie van mutagenen) en bestraling. Met dit soort veredelingsmethoden kunnen afgeleide planten worden ontwikkeld die fenotypisch aanzienlijk verschillen van de moederplant, zonder dat het genotype en de structuur van de planten in kwestie wezenlijk verandert. Om die reden is CIOFORA de mening toegedaan dat een ras óók een EDV kan zijn als er sprake is van betrekkelijk grote morfologische en fysiologische verschillen met een ander (oorspronkelijk) ras.

Niet alleen wat betreft de fenotypische overeenkomsten streeft CIOFORA een ruime benadering na, maar ook wat betreft de begrippen 'hoofdzakelijk' en 'afleiding(shandeling)' lijkt CIOFORA alle sluisen open te willen zetten.

Op basis van verdrags- en wetteksten gaat CIOFORA er vanuit dat een ras alleen hoofdzakelijk kan zijn afgeleid van één ander ras. Dat betekent echter niet dat het EDV-begrip is beperkt tot één-ouderplanten (zgn. 'mono-parentals'). In de visie van CIOFORA zijn mutanten, GMOs en zgn. apomicten<sup>30</sup> niet hoofdzakelijk, maar *geheel* afgeleid van een ander ras. Daarnaast is er

in de ogen van CIOFORA een aparte categorie, de zgn. 'me-too-varieties' (door Van der Kooij 'plagiaatrasen' genoemd), die (ook) het resultaat kunnen zijn van kruising en selectie en die hoofdzakelijk zijn afgeleid van één van hun beide ouders.

Dit is een opmerkelijke visie, want in beginsel heeft men de traditionele kweekmethoden van kruising en selectie buiten de regeling willen houden. Gebruik van beschermde rassen in veredelingsprogramma's blijft dus zonder meer toegestaan.<sup>31</sup> Een uitzondering wordt in het UPOV-verdrag alleen gemaakt voor de zogenoemde herhaalde terugkruisingen, die in art. 14 lid 5 sub c UPOV worden vermeld als één van de manieren waarop in wezen afgeleide rassen kunnen worden verkregen. Op die manier kan men immers trachten de eigenschappen van één van beide kruisingsouders van een eerste kruising 'eruit te kruisen'. Door dit maar lang genoeg te herhalen<sup>32</sup> kan men weer heel dicht uitkomen bij het genotype van één van de ouders van de betrokken eerste kruising.

Met de invulling van wat 'hoofdzakelijk' is komt het CIOFORA Paper niet veel verder dan de opmerking dat het 'unclear' is en dat het moet worden beantwoord aan de hand van het genoom van de rassen die bij het conflict zijn betrokken. Als partijen dat zelf niet kunnen, is het aan de rechter om het te bepalen op basis van deskundigenrapporten. Met het onder de EDV-paraplu brengen van 'me-too-varieties' gaat CIOFORA verder dan wie ook. Vanuit die optiek is het ook wel begrijpelijk dat CIOFORA geen invulling wil geven aan het element 'hoofdzakelijk'. Hoe vager het is, hoe meer er wellicht onder de EDV-paraplu kan worden gebracht, zal wellicht de gedachte zijn. De vraag is of dit uiteindelijk in het belang van de sector is. Een probleem is namelijk dat vrijwel alle publicaties over afgeleide rassen ervan uit gaan dat kruising en selectie vrij moeten blijven. Als ook rassen die het resultaat zijn van een kruising kunnen worden aangemerkt als 'hoofdzakelijk afgeleid' wordt het des te belangrijker om een duidelijke ondergrens voor genetische similariteit te hebben, anders kan het hek licht van de dam raken: zonder ondergrens kan hoofdzakelijk immers ook betekenen "voor meer dan de helft". Het zal zelden voorkomen dat het resultaat van een kruising precies 50% van de genen van de vader en 50% van de genen van de moeder heeft. Als hoofdzakelijk ook "meer dan de helft" kan betekenen zal de houder van een oorspronkelijk ras vrijwel altijd kunnen betogen dat een kruisingsresultaat hoofdzakelijk van één van beide ouders is afgeleid. CIOFORA zag zelf ook wel in dat dit niet de bedoeling kan zijn en stelt om die reden voor de 'me-too-varieties' een afwijkende benadering voor waar het betreft de vaststelling of is voldaan aan de derde eis voor een EDV (in wezen overeenkomen wat betreft de expressie van eigenschappen). Hierop kom ik terug in de paragraaf hierna.

28 Schrijver dezes is lid geweest van de EDV Working Group van CIOFORA, die het Position Paper heeft voorbereid, maar dat betekent niet dat alle standpunten en aanbevelingen van CIOFORA door hem worden onderschreven.

29 Afgeleide Rassen Anno 2008 (voetnoot 12)

30 Een 'apomict' is een plant die zich ongeslachtelijk kan voortplanten door zaadvorming zonder bevruchting, i.e. zonder fusie van de mannelijke en vrouwelijke gameet.

31 In dezelfde zin P.A.C.E. van der Kooij, *Een nieuwe lente, een nieuw geluid: de Zaaizaad- en Plantgoedwet gewijzigd*, IER 1999-1

32 Door Ghijsen een volledig terugkruisingsprogramma genoemd (zie H. Ghijsen, "A remarkable perspective", in *Prophyta Annual* 2008, p. 33).

De visie die door CIOPORA is ontwikkeld wordt niet breed gedragen. Het EDV Position Paper heeft veel tegenstand opgeroepen, ook onder de leden van CIOPORA zelf. Plantum NL, de brancheorganisatie voor bedrijven die actief zijn in de sector plantaardig uitgangsmateriaal heeft zich zeer kritisch uitgelaten over de voorgestelde algemene drempel van 0,90 Jaccard, die zij kwalificeert als een “unrealistic approach”. Plantum wijst erop dat het gevolg van deze drempel, omkering van de bewijslast in een vroeg stadium in EDV-geschillen, vaak een onaanvaardbare last zal leggen op de schouders van een veredelaar die te goeder trouw heeft gekruist en geselecteerd.

Met betrekking tot de toepassing van EDV-regelgeving op ‘me-too-varieties’ kan Plantum NL zich niet in het standpunt van CIOPORA vinden, omdat dit met zich mee zou brengen dat kwekers beperkt worden in de toepassing van normale kruising- en selectiemethoden, hetgeen in strijd is met de ‘Breeders’ Exemption’ (cf. art. 15 onder c VCK; art. 57 lid 3 onder c ZPW 2005).

Het getal 0,90 is niet gebaseerd op breed onderzoek en daarmee vrij willekeurig en arbitrair. Het getal gaat uit van een normale genetische variatie binnen een gewas. Het zou best kunnen dat bij de meerderheid van de gewassen een drempel van 0,90 een goede scheidslijn is, maar er zijn allerlei gewassen waar 0,90 veel te laag is. Dit is door veredelaars in onderlinge samenwerking en/of door wetenschappelijk onderzoek reeds vastgesteld voor snijrozen en voor struikheide (*Calluna vulgaris*) (resp. 0,95 Jaccard<sup>33</sup> en 0,98 Dice<sup>34</sup>).

Het is niet voor niets dat men in de zadenwereld vasthoudt aan specifieke drempels per gewas, vast te stellen in overleg tussen marktpartijen.

Wat goed is voor het ene gewas is dus niet perse goed voor een ander gewas. Daarop richt zich de kritiek van de Nederlandse veredelaars bij monde van Plantum NL<sup>35</sup> en H. Ghijsen<sup>36</sup>.

Naar de mening van Ghijsen is de door CIOPORA voorgestelde drempel veel te ruim. Hij legt uit dat “a point mutation, with a genetic difference close to zero, was taken as the EDV archetype by the drafters of the UPOV Convention.”

Een algemene drempel van Jaccard 0,90 is grof en gebaseerd op een algemeen idee van wat ‘meestal’ wel goed zal zijn. Er zijn echter allerlei situaties denkbaar waarin het niet goed is. Net als bij sla kan er sprake zijn van een beperkte uitgangspopulatie met een relatief smalle genetische basis. Als een aantal veredelaars met een beperkte uitgangspopulatie in een bepaalde rich-

ting gaan ontwikkelen is een logisch gevolg hiervan dat de genetische afstanden binnen het gewas (of tussen bepaalde soorten binnen een gewas) naar elkaar toe gaan kruipen. Dat fenomeen doet zich bij allerlei gewassen voor. Bekende voorbeelden zijn kropsla en ijsbergsla. In de sierteeltsector is breed bekend dat het fenomeen zich heeft voorgedaan bij Chrysanten, waar de genetische variatie binnen het gewas als geheel groot is, maar zich genetische clusters hebben gevormd rond tros-chrysanten en zgn. Santini’s. Iets dergelijks kan ook aan de hand zijn in de gipskruidzaken, maar hieromtrent heeft het Hof in de Blancanieves-zaak niets vastgesteld.

Een afzonderlijke benadering per gewas is derhalve om meerdere redenen aangewezen. In de wereld van zaadveredeling wordt met verwondering gekeken naar de aanbevelingen van CIOPORA om met een algemene drempel te gaan werken. Tijdens een bijeenkomst van de UPOV BMT (Working Group on Biochemical and Molecular Techniques and DNA profiling in particular) in september 2008 heeft CIOPORA een presentatie gegeven van haar EDV Position Paper. Naar aanleiding hiervan werd in de ISF Info (nieuwsbrief van ISF) als volgt verslag gedaan:

“A big difference between the approaches taken by ISF and CIOPORA was that ISF based its threshold for reversing the burden of proof on an analysis of the genealogy of varieties studied and genetic distance between varieties measured using a fixed set of molecular markers. The crops studied had individual thresholds. CIOPORA, on the other hand, set the threshold for reversing the burden of proof at 0,90 Jaccard similarity for all crops and did not specify the type of markers used. This difference between the approaches spurred a lot of questions and was heavily debated.”

Ook Van der Kooij in zijn al vaker vermelde publicatie Afgeleide Rassen Anno 2008 merkt met betrekking tot de drempel van 0,90 Jaccard op dat CIOPORA er niet in slaagt duidelijk te maken waarom dit een goede “general separator” zou zijn.

Feitelijk biedt de wettelijk verankerde eis ‘hoofdzakelijk’ dus ruimte om er alle kanten mee uit te zwaaien. De tot nu toe gewezen rechterlijke uitspraken leveren op dit punt geen enkele houvast. Dat biedt ruime mogelijkheden voor houders van succesvolle rassen die concurrentie krijgen van goede kruisingen om tegen deze nieuwe introducties EDV-claims neer te leggen. Zo lang niemand ook maar bij benadering weet wat met ‘hoofdzakelijk’ is bedoeld creëert zo’n bepaling een verlamrende onduidelijkheid en zorgt deze in plaats van een betere bescherming voor een remmende werking op innovatie bij de ontwikkeling van nieuwe rassen.

**7. Vereiste mate van fenotypische overeenkomst**  
Bij afgeleide rassen gaat het niet, althans zeker niet aléén om genetische conformiteit. Genetische overeenstemming is belangrijk, maar niet beslissend. Als de

33 Vosman, B. Visser D., Voort J.R., Smulders M.J.M. en Eeuwijk, F van, “Detection of mutants and the Establishment of Essential Derivation among Rose Varieties using AFLP”, gepubl. Theoretical and Applied Genetics 109:1718-1725 (2004).

34 Th. Borchert e.a. Implementation of a model for identifying Essentially Derived Varieties in vegetatively propagated *Calluna vulgaris* varieties, online gepubl. In BMC Genetics, v.9, 2008.

35 Verwoord door Ir A. van Elsen, Algemeen Directeur van Plantum NL in “An unacceptable burden”, in *Prophyta Annual 2008*, p 35.

36 Zie H. Ghijsen, “A remarkable perspective”, in *Prophyta Annual 2008*, p. 33.

genetische conformiteit niet tot uitdrukking komt in het fenotype van de plant, kan niet worden geconcludeerd dat een ras in wezen is afgeleid van een ander ras waarvan wordt vastgesteld dat daarmee genetische overeenstemming bestaat.

‘Expressie’ van eigenschappen is een sleutelwoord voor de derde van de cumulatieve vereisten om een ras de kwalificatie EDV te geven.

Naast grote verwarring over het genetisch georiënteerde ‘hoofdzakelijk afgeleid’ bestaat er zeker zoveel onduidelijkheid over de vereiste mate van overeenkomst in expressie van eigenschappen tussen EDV en oorspronkelijk ras.

Voor een goed begrip eerst een enkele terminologische opmerking.

In verdrag en wet vinden we niet de term fenotype, maar ‘expressie’. In verband met ‘expressie’ van eigenschappen is het zinvol kort stil te staan bij het onderscheid tussen de termen ‘fenotypisch’ en ‘morfologisch’.

*Fenotypische eigenschappen* zijn de planteneigenschappen die betrekking hebben op kenmerkende verschillen, zoals zijn uiterlijke kenmerken, maar ook andere waarneembare kenmerken, zoals de houdbaarheid van de bloem, de weerstand tegen ziekten en schimmels, bloeitijd en lichtbehoefte voor de bloei.

*Morfologische eigenschappen* zijn alle uiterlijke kenmerken van een plant die bepalen hoe de plant eruit ziet en die herkend en onmiddellijk waargenomen kunnen worden bij vergelijking van de plant met een andere plant, zoals kleur, bladvorm, aantal bloemen per steel, steeldichtheid, bloemdoorsnede en -vorm, enz.

De morfologie maakt dus onderdeel uit van het fenotype. De expressie van eigenschappen hoeft niet alleen betrokken te zijn op de uiterlijke kenmerken van de plant (zijn morfologie), maar kan ook betrekking hebben op andere fenotypische eigenschappen.

Ook op dit punt zien we een scheidslijn tussen de enigszins behoudende wereld van producenten van door zaad vermeerderd gewas (verenigd in ISF) en representanten uit de sierteeltsector die (bij monde van CIOPOORA) ijveren voor een ruim EDV-begrip.

Eerder kwam de ISF Regulation for the Arbitration of Disputes concerning Essential Derivation (RED) al ter sprake.<sup>37</sup>

Art. 3 lid 1 RED geeft aan dat de aanlegger een verzoek tot arbitrage vergezeld moet laten gaan van:

“phenotypic and molecular data of his variety compared to the PEDV (de “Putative EDV” (TFWO)) showing that the PEDV and the INV (de “Initial Variety”(TFWO)) are genetically and phenotypically very similar so that the PEDV differs from the

INV by only one or a few simply inherited characteristics”.

Dat het bij EDVs moet gaan om rassen die in fenotypisch opzicht slechts weinig verschil vertonen met het ras waarvan de EDV is afgeleid is terug te vinden in een aantal publicaties. CIOPOORA huldigt daarentegen het standpunt dat het aantal fenotypische verschillen tussen het oorspronkelijke ras en een EDV daarvan onbeperkt kan zijn (o.a. vanwege het bestaan van veredelingsmethoden die wel ingrijpende gevolgen voor het fenotype hebben, maar het fenotype ongemoeid laten).

Ghijsen<sup>38</sup> wijst erop dat dit standpunt van CIOPOORA duidelijk in strijd komt met de bedoeling van de EDV-bepaling in het UPOV 1991 Verdrag. In dit verband wijst Ghijsen op een passage in de notulen van de Diplomatieke conferentie van 1991 waarin duidelijk is vermeld:

“The derived variety must retain almost the totality of the genotype of the mother variety and be distinguishable from that variety by a very limited number of characteristics (typically by one)”  
(Vgl. UPOV Document nr IOM/IV/2 d.d. 22 juni 1989, UPOV, Genève, p. 12)

De MvT (TK, 1994-1995, 24 129, nr. 3, p. 3 en p. 14-16) bevat de volgende toelichting op de introductie van het afhankelijk kwekersrecht:

“Het concept ‘afhankelijk kwekersrecht’ komt erop neer dat voor de exploitatie van een ras, dat slechts een gering verschil vertoont ten opzichte van een kwekersrechtelijk beschermd ras waaruit het is ontwikkeld, het zogenaamd “moederras”, de toestemming van de kwekersrechthouder van het moederras vereist is.”

Gering verschil is hier dus het kernwoord, maar dat is wellicht nog voor meerdere uitleg vatbaar.

Verderop in de MvT is de Minister meer specifiek over de derde eis:

“Het derde vereiste waaraan een afgeleid ras dient te voldoen is dat in het ras alle relevante eigenschappen van het beweerd moederras tot expressie komen, uitgezonderd de verschillen welke uit het feit van de afleiding voortvloeien. Het afgeleide ras dient derhalve het oorspronkelijke ras in overwegende mate te weerspiegelen.”

Van der Kooij, in één van zijn publicaties<sup>39</sup> in IER formuleert het als volgt:

“Tracht men deze volzin (art. 41 lid 2 ZPW, TFWO) tot de kern terug te brengen, en negeert men daarbij en passant de lelijke tautologie (‘wordt ... beschouwd

37 Voetnoot 28

38 in zijn artikel in Prophyta Annual 2008 (voetnoot 37)

39 Van der Kooij in IER, 1996, zie voetnoot 12

als afgeleid ... indien het ... is afgeleid'), dan komt het erop neer, dat een afgeleid ras slechts één, althans een zeer klein aantal verschillen vertoont ten opzichte van het oorspronkelijke of moederras, waaruit het is voortgekomen: de belangrijke eigenschappen van laatstbedoeld ras, voortvloeiend uit het genotype daarvan (kort gezegd: de totale, genetisch bepaalde verschijningsvorm) moeten in het afgeleide ras nog steeds tot uitdrukking komen. Het afgeleide ras moet dus wel aan de voorwaarde van onderscheidbaarheid voldoen (...), maar zal voor het overige zeer sterk lijken op zijn voorganger."

Naar de mening van Van der Kooij is het overduidelijk, wanneer wij kijken naar de tekst van artikel 14 lid 5 van het UPOV verdrag en de documenten die bij de officiële introductie daarvan uitgebracht zijn, dat de wetgever bij EDV's een product voor ogen had "dat sterke gelijkennis vertoont, zowel in fenotypisch als genetisch opzicht". Ter ondersteuning van dit standpunt verwijst hij naar ten minste twee UPOV documenten, namelijk:

- Doc. nr. CAJ/29/2 d.d. 10 september 1991, UPOV, Geneva ("Guidelines relating to essentially derived varieties");
- Doc. nr. IOM/6/2 d.d. 17 augustus 1992, UPOV, Geneva, p. 1-2, dat op p. 4 vermeldt: "... that the differences which result from the act of derivation should be one or very few".

In de discussie over de uitleg van de derde eis heeft het Hof 's-Gravenhage in zijn *Blancanieves*-arrest een duidelijke punt gezet en daarmee *CIOPORA* en haar medestanders tot een roepende in de woestijn gemaakt. Ook het Hof geeft aan van oordeel te zijn dat "het afgeleide ras en het oorspronkelijke ras ook fenotypisch zo sterk op elkaar moeten lijken dat het ene ras slechts in één of een paar overerfbare kenmerken van het andere ras verschilt."<sup>40</sup> Het Hof baseert die visie in het bijzonder op de hiervoor reeds aangehaalde UPOV documenten (die overigens niet voor een breed publiek toegankelijk waren), alsmede op de *Regulation for Arbitration* van ISF.

Op één punt plaats ik echter een vraagteken bij de overwegingen van het Hof. In overweging 11 zegt het Hof dat de expressie-eis zou impliceren dat het hier gaat om eigenschappen die uniek zijn voor het oorspronkelijke ras. De reden hiervoor is, volgens het Hof, dat slechts voor eigenschappen die uniek zijn voor het oorspronkelijke ras 'in redelijkheid' zou kunnen worden aangenomen dat zij hun basis vinden in het genotype van het oorspronkelijke ras. In overweging 21 maakt het Hof vervolgens een koppeling tussen de criteria voor onderscheidbaarheid en de criteria voor het vaststellen van 'afleiding'. Voor beide overweegt het Hof dat het daarbij zou gaan om verschillen (onderscheidbaarheid) of overeenkomsten (afleiding) in, c.q. van wezenlijke eigenschappen. Volgens het Hof zou het op de weg van de kweker van het oorspronkelijke ras liggen om te stellen wat de wezenlijke eigenschappen

zijn en dat dit nauw zou samenhangen met de cultuur- en gebruikswaarde van het oorspronkelijke ras. Het Hof verwijst hierbij naar art. 3 lid 2 van de *ISF Regulation for Arbitration* (RED), maar die zegt alleen maar dat de fenotypische analyse bij voorkeur moet aanknopen bij de toepasselijke UPOV Technical Guideline voor het betrokken ras; niet dat hierbij een onderscheid moet worden gemaakt tussen wezenlijke en niet-wezenlijke eigenschappen. De ISF benadering, aanknopen bij de complete UPOV-lijst van eigenschappen die in het kader van het zgn. DUS-onderzoek<sup>41</sup> voor onderscheidbaarheid in aanmerking worden genomen, lijkt mij beter en meer op zijn plaats. Die lijst bevat immers eigenschappen die voor de soort in kwestie ten opzichte van rassen van hetzelfde soort een verschil kunnen opleveren dat voor de vaststelling van onderscheidbaarheid kennelijk relevant kan zijn. Ik zou dus zeggen: als een eigenschap vermeld is op de UPOV-lijst, dan is de eigenschap per definitie relevant, c.q. wezenlijk in de zin van art. 14 lid 5 sub b onder iii UPOV. Een vaag, onbepaald en sterk casuïstisch begrip als cultuur- of gebruikswaarde hebben we daarbij niet nodig.

Overigens is de UPOV-lijst met relevante eigenschappen wat mij betreft niet de bovengrens. Het is best denkbaar dat door middel van kruising van twee rassen een kruisingsresultaat wordt verkregen dat alle eigenschappen heeft die door de houder van het oorspronkelijke ras als essentieel voor de commerciële (gebruiks) waarde worden gezien, maar afwijkt op een behoorlijk aantal eigenschappen die door de houder van het oorspronkelijke ras niet als wezenlijk worden beschouwd (maar wel zijn vermeld op de UPOV-lijst met relevante eigenschappen voor het DUS-onderzoek) en die in aanvulling daarop beschikt over een fenotypische eigenschap die niet op de UPOV-lijst is vermeld. Als op het geheel gezien de beide rassen dan voldoende fenotypische verschillen tonen, ben ik van mening dat het nieuwe ras niet kan kwalificeren als een EDV.

Hiervoor gaf ik al aan dat *CIOPORA* voor de 'me-too-varieties' een speciale additionele eis wil stellen, t.w. dat de me-too-variety alle essentiële eigenschappen van het oorspronkelijke ras heeft behouden en slechts verschil laat zien in onbelangrijke eigenschappen. Deze eis is enerzijds nodig om een begripsbepaling te hebben van de me-too-variety (hij kopieert alle essentiële eigenschappen van een ander ras). Anderzijds is de eis nodig om de sluizen naar een ruimer EDV-bereik niet te wijd open te zetten, want anders zou ook overeenstemming met betrekking tot onbelangrijke eigenschappen een nieuw ras onder het EDV-dak kunnen brengen.

De reeds eerder aangehaalde Ghijzen staat zeer kritisch tegenover het idee van *CIOPORA* om ook de zogenaamde 'me-too-varieties' (plagiaatrasen) binnen het bereik van de EDV-regelgeving te brengen. Ik sluit me daarbij aan. De wens om de EDV-paraplu uit te breiden

.....  
<sup>41</sup> DUS-onderzoek: onderzoek of het ras waarvoor een aanvraag tot verlening van kwekersrecht is ingediend voldoet aan daaraan te stellen eisen van **D**istinctness, **U**niformity en **S**tability.

.....  
<sup>40</sup> *Blancanieves*-arrest (voetnoot 3)

met een claim op ‘me-too-varieties’ kan niet worden gezien als een uitvloeisel van het doel van de introductie van de EDV-bepalingen. Het EDV-concept is eerst en vooral bedoeld om zgn. ‘easy breeding’ tegen te gaan. Het is echter geenszins de bedoeling van de EDV-regelgevers geweest dat “degene die probeert het succes van een ras te imiteren, dat niet kan doen zonder de kweker van dat ras te laten meeprofiteren”, zoals door voorstanders is gesteld. In de zaadveredelings- en sier- teeltsector gunt men elkaar heel veel, maar er is ook stevige concurrentie. Als een nieuw groenten- of bloemenras succes heeft op de markt, zullen concurrenten proberen een ras te ontwikkelen dat daar dicht bij komt. Zolang dit geschiedt met algemeen aanvaarde veredelings technieken, mogen concurrenten dat doen. Het EDV-concept is nimmer bedoeld geweest om hierin verandering te brengen. Het feit dat CIO-PORA het nodig oordeelt om voor de ‘me-too-varieties’ een additionele eis te introduceren die in verdrag noch verordening worden vermeld, zegt naar mijn idee genoeg: de ‘me-too-varieties’ horen niet thuis in het EDV-huis.

Ook Van der Kooij is sterk tegen het voorstel van CIO-PORA een onderscheid te maken tussen belangrijke en onbelangrijke eigenschappen. Hij meent dat dit zou indruisen tegen de huidige regels omtrent onderscheidbaarheid:

“(…) de suggestie van Ciopora om in een aantal gevallen (weer) een onderscheid te gaan maken tussen belangrijke en onbelangrijke raskenmerken geheel en al haaks staat op de regeling die tegenwoordig met betrekking tot onderscheidbaarheid geldt (art. 7 UPOV 1991; art. 7 Vo. 2100/94; art. 49 lid 4 ZPW 2005) en de wijze waarop deze regeling sinds vele jaren wordt toegepast.”

Bij het afhankelijk kwekersrecht gaat het niet om zoiets als overeenstemming in het merkenrecht, of om vergelijking van de totaalindruk bij auteursrechtelijke inbreukvragen. In het kwekersrecht geldt de hoofdregel van onafhankelijkheid tussen verschillende beschermde rassen. Als er geen sprake is van een afleidingshandeling, maar een nieuw ras komt niettemin fenotypisch heel dicht bij een bestaand ras, zal de houder van dat bestaande ras de nieuwe dichtbij komende maar onderscheidbaar geachte variant naast zich moeten dulden. Dat nieuwe ras is onafhankelijk van het andere, tenzij het nieuwe ras als in wezen afgeleid moet worden beschouwd. Alleen via de weg van afleiding in hoofdzaak kan een claim worden gelegd op een al dan niet unieke eigenschap of combinatie van eigenschappen. Als aan de voorwaarden van afleiding niet is voldaan, wordt de houder van het eerdere ras niet beschermd tegen de aanwezigheid van dezelfde (combinatie van) eigenschappen bij een ander ras, als dat in één of meer andere opzichten ten opzichten van dat oudere ras onderscheidbaar wordt geacht. Ook om die reden hebben wij een onderscheid tussen wezenlijke en niet-wezenlijke eigenschappen niet nodig en zou introductie hiervan zelfs zand betekenen in de raderen van het kwekersrechtelijke systeem.

## 8. Tot besluit

Met de voorgaande paragrafen hoop ik de lezer overzicht en inzicht te hebben geboden in een interessant deelgebied van het kwekersrecht, dat de laatste jaren een flinke ontwikkeling doormaakt als het gaat om de invulling van begrippen die door de verdrag- en wetgever aan de praktijk zijn overgelaten. In de woestijn die er was is stevig gezaaid (vooral door wetenschappers) en begint langzamerhand wat te groeien. Ondertussen blijft het de vraag of het niet beter en sneller had gekund en gemoeten. Het is begrijpelijk dat de wetgever zich niet in laat met de vraag hoe bewijs moet worden geleverd. Welke soort DNA-onderzoek geschikt is voor een bepaald doel moet inderdaad worden uitgezocht door partijen die menen iets te vorderen te hebben en, als die er onderling niet uitkomen, moet uiteindelijk door de rechter worden beslist welk bewijs toelaatbaar en voldoende overtuigend is. Waar het echter gaat om de vraag wát moet worden bewezen was het zeer behulpzaam geweest als in verdrag of lagere regelgeving meer handreiking was geboden voor de uitleg van begrippen als ‘hoofdzakelijk afgeleid’ en ‘overeenkomt (...) qua wezenlijke eigenschappen’. Bij de totstandkoming van de 1991 versie van het UPOV zag men reeds dat dit nodig was en werden richtlijnen in het vooruitzicht gesteld. Het komt enigszins wonderlijk voor dat die richtlijnen er nog steeds niet zijn. Eerst in oktober 2009 zijn op de website van UPOV zgn. Explanatory Notes on Essentially Derived Varieties gepubliceerd<sup>42</sup>, maar in deze notes is over de begrippen ‘hoofdzakelijk afgeleid’ en ‘overeenkomt (...) qua wezenlijke eigenschappen’ niets anders te vinden dan de constatering dat het verdrag hierover geen opheldering verschaft en een verwijzing naar de voorbeelden van art. 14 lid 5 onder c UPOV. Voor dergelijke ingewikkelde materie is dit bepaald mager te noemen. Onduidelijkheid over het recht heeft kan een verlamdend effect hebben op de praktijk. Niet alleen in de vorm van het faillissement van een enkeling die genoodzaakt wordt lang te procederen, maar ook is er een wat minder concreet gevaar dat innovatie wordt geremd omdat weinigen weten waar zij aan toe zijn. Onduidelijkheid biedt de financiële sterke partijen in de markt de mogelijkheid om de zwakkeren jarenlang in een houdgreep te houden. Wellicht dat het in UPOV-verband moeilijk is tot nadere regels of verduidelijking te komen, maar zal de komende evaluatie van de Verordening inzake het Communautair Kwekersrecht de verduidelijking kunnen brengen waar de praktijk overduidelijk behoefte aan heeft.

*Amsterdam, augustus 2010*

.....  
42 Zie < [http://www.upov.org/export/sites/upov/en/publications/pdf/upov\\_exn\\_edv\\_1.pdf](http://www.upov.org/export/sites/upov/en/publications/pdf/upov_exn_edv_1.pdf) >