

IN NAAM DER KONINGIN**arrest****GERECHTSHOF 's-GRAVENHAGE**

Sector handel

Zaaknummer : 105.003.932/01

Rolnummer (oud) : 05/1577

Rolnummer rechtbank : 03/1054

arrest van de zevende civiele kamer d.d. 29 december 2009

inzake

de vennootschap naar vreemd recht **DANZIGER "DAN" FLOWER FARM**,
gevestigd te Mishmar Hashiva, Israël,
appellante,
geïntimeerde in het incidenteel appel,
hierna te noemen: Danziger,
procesadvocaat: mr P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,

tegen

ASTÉE FLOWERS B.V.,
gevestigd te ter Aar,
geïntimeerde,
appellante in het incidenteel appel,
hierna te noemen: Astée,
→ procesadvocaat: mr L.M. Bruins.

Het geding

Bij tussenarrest van 20 september 2007 heeft het hof de zaak naar de rol verwezen voor akte aan beide zijden.

Beide partijen hebben gelijktijdig bij akte houdende overlegging producties stukken in het geding gebracht.

Beide partijen hebben vervolgens gelijktijdig bij akte houdende uitlating producties gereageerd. Danziger heeft bij genoemde akte nog producties in het geding gebracht, waarop weer bij akte houdende uitlating producties heeft gereageerd.

Partijen hebben hun standpunten andermaal voor het hof doen bepleiten, Danziger door mr H.W. Wefers Bettink en Astée door mr T.W.F. Overdijk, beiden advocaat te Amsterdam. Namens Danziger is tevens het woord gevoerd door dr.ir. A. Sørensen.

Partijen hebben wederom hun procesdossiers overgelegd en arrest gevraagd.

Beoordeling van het hoger beroep

In het principaal en in het incidenteel appel

1. Het hof blijft bij hetgeen in zijn tussenarrest is overwogen en beslist.
2. De door de rechtbank in haar vonnis onder 1 vastgestelde feiten zijn in hoger beroep niet bestreden, zodat ook het hof van die feiten uitgaat.
3. Het gaat in deze zaak, kort gezegd, om het volgende. Danziger is houdster van het op 13 juli 1998 verleende communautair kwekersrecht voor de gipskruidvariëteit 'Dangypmini'. Zij verhandelt de Dangypmini onder de naam Million Stars. Astée is sinds oktober 2001 betrokken bij de distributie van de gipskruidvariëteiten 'Blancanieves' en 'Summer Snow', voor welke haar op 9 februari 2004 communautaire kwekersrechten zijn verleend. Danziger heeft aan derden, waaronder (potentiële) afnemers van Astée, zowel mondeling als schriftelijk mededelingen gedaan of laten doen, inhoudende dat Blancanieves en Summer Snow zijn afgeleid van Dangypmini en dat het verhandelen en vermeerderen van Blancanieves en Summer Snow inbreuk oplevert op het kwekersrecht van Danziger.
4. Astée vordert in deze procedure:
 - (1) een verbod aan Danziger om aan afnemers, leveranciers, agenten en andere (potentiële) relaties van Astée of derden mededelingen te (laten) doen dat de variëteiten 'Blancanieves' en/of 'Summer Snow' zijn afgeleid van het ras 'Dangypmini' of dat (teeltmateriaal van) deze variëteiten anderszins inbreuk maakt/maken op het kwekersrecht van Danziger voor 'Dangypmini',
 - (2) een bevel om schriftelijke opgave te doen van namen en adressen van alle derden aan wie zij dergelijke mededelingen heeft gedaan of laten doen,
 - (3) een bevel om aan diegenen een rectificatiebrief te sturen,
 - (4) verbeurte van een dwangsom bij niet-nakoming van een van deze bevelen,
 - (5) een verklaring voor recht dat Danziger onrechtmatig heeft gehandeld en jegens haar schadeplichtig is geworden,
 - (6) betaling van een voorschot op schadevergoeding,
 - (7) vergoeding van schade, op te maken bij staat, en
 - (8) veroordeling van Danziger in de proceskosten.In reconventie vordert Danziger een verklaring voor recht dat Blancanieves en Summer Snow in wezen zijn afgeleid van Dangypmini en dat Astée inbreuk maakt op het kwekersrecht van Danziger en als zodanig onrechtmatig jegens haar handelt, een bevel om het voortbrengen of (conditioneren ten behoeve van het) vermeerderen, het te koop aanbieden, het verkopen, het uitvoeren uit en invoeren in de Gemeenschap of het opslaan voor een van deze doeleinden te staken en gestaakt te houden, een en ander met nevenvorderingen, op straffe van een dwangsom, betaling van een voorschot op schadevergoeding en vergoeding van schade, op te maken bij staat.
5. Bij het bestreden vonnis van 13 juli 2005 heeft de rechtbank overwogen dat Blancanieves en Summer Snow niet kunnen worden gezien als van Million Stars afgeleide rassen. Zij heeft evenwel geoordeeld dat Danziger in het verleden niet

onrechtmatig heeft gehandeld door aan derden mede te delen dat Astée inbreuk maakt op haar kwekersrecht omdat Danziger tot de datum van het rechtbankvonnis, in het licht van de bevindingen van Keygene en IdQ, wel een ernstig vermoeden van inbreuk mocht hebben. De rechtbank heeft in verband daarmee in conventie de vorderingen van Astée sub 2, 3, 4 en 8 toegewezen en de overige vorderingen afgewezen. In reconventie heeft zij de vorderingen van Danziger afgewezen. Danziger is van deze uitspraak in hoger beroep gekomen. Astée heeft incidenteel geappelleerd.

In het principaal appel

6. Grief I, die Danziger aanduidt als een algemene grief, luidt dat de rechtbank haar oordeel heeft gebaseerd op een onjuiste interpretatie van artikel 13 lid 6 sub a en c van de Verordening juncto artikel 14 lid 5 sub b (i) en (iii) van het UPOV-Verdrag. Volgens de grief heeft de rechtbank in strijd met de tekst en het doel van deze bepalingen louter en alleen op basis van de morfologische verschillen tussen Blancanieves en Million Stars, zoals geconstateerd door het Communautair Bureau voor Plantenrassen, geoordeeld dat Blancanieves geen in wezen afgeleid ras van Million Stars is. De rechtbank heeft ten onrechte de eerste deelvraag (stap 1), te weten of er genetische conformiteit bestaat, niet beantwoord, althans niet relevant geoordeeld. Danziger wijst in dit verband op een verschil tussen artikel 13 lid 6 sub a en c van de Verordening en artikel 14 lid 5 sub b (iii) van het UPOV-Verdrag. In artikel 13 lid 6 sub a van de Verordening komt de zinsnede '*met behoud van de expressie van de wezenlijke eigenschappen die het resultaat is van een bepaald genotype of een combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras*' uit artikel 14 lid 5 sub b (i) niet voor. Daaruit blijkt volgens Danziger dat het bij stap 1 gaat om genetische conformiteit en niet om morfologische conformiteit. Genetische conformiteit kan slechts worden aangetoond door een DNA-test. Wat betreft stap 2 heeft de rechtbank over het hoofd gezien dat morfologische eigenschappen op zichzelf niet beslissend zijn voor de beoordeling in hoeverre het ras overeenkomt met het oorspronkelijke ras qua expressie van eigenschappen, die voortvloeit uit het genotype of de combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras. Kleine genetische verschillen kunnen grote morfologische verschillen teweeg brengen, aldus Danziger. Voorts wordt geklaagd dat de rechtbank niet heeft vastgesteld of en in hoeverre morfologische verschillen tussen Blancanieves en Million Stars zijn voortgevloeid uit de afleidingshandeling. Tot slot verwijt Danziger de rechtbank dat zij over het hoofd heeft gezien dat afhankelijkheid van in wezen afgeleide rassen moet worden vastgesteld op basis van de overeenkomsten tussen rassen, en niet op basis van verschillen. Deze klachten worden nader uitgewerkt in de 'specifieke' grieven II (met subgrieven IIA, IIB en IIC) en III (met subgrieven IIIA, IIIB en IIIC).
7. Grief IV valt uiteen in subgrieven IVA, IVB en IVC. Subgrief IVA klaagt dat de rechtbank in rov. 9 ten onrechte Danzigers genetische bewijs heeft genegeerd. In dit verband wijst zij op de DNA-analyses van Keygene (productie 1 en 16 bij conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie) en de ploïdietetest van Plant Cytometry Services (productie 20 bij conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie). Subgrief IVB klaagt dat de rechtbank in rov. 14 ten onrechte het morfologisch onderzoek van prof. Halevy (productie 13 bij conclusie van antwoord in conventie/eis in reconventie) als onvoldoende relevant heeft aangemerkt. Subgrief

IVC verwijt de rechtbank dat zij het tegenbewijs van Astée niet als onvoldoende toereikend gemotiveerd heeft verworpen. Grief V luidt dat de rechtbank Astée had moeten belasten met het bewijs (althans: had moeten toelaten tot tegenbewijs) dat Blancanieves geen in wezen afgeleid ras van Million Stars is. Gelet op het door Danziger aangedragen bewijs van genetische conformiteit tussen Blancanieves en Million Stars en het overige bewijs had de rechtbank de bewijslast moeten omkeren, althans Danziger voorshands geslaagd moeten achten in haar bewijs, aldus Danziger. Subsidiair, voor het geval het hof zich niet in staat acht het door Danziger geleverde bewijs te waarderen, verzoekt Danziger het hof een deskundige te benoemen.

8. Deze grieven lenen zich voor een gezamenlijke behandeling.
9. In deze procedure is de eerste plaats in geschil hoe moet worden vastgesteld of sprake is van een in wezen afgeleid ras, hierna ook te noemen EDV (de afkorting van de Engelse aanduiding 'essentially derived variety') als bedoeld in artikel 13 lid 6 van de Verordening en artikel 14 lid 5 onder b UPOV-verdrag. Binnen de beroepsgroep bestaat hierover geen eenstemmigheid. De internationale kwekersorganisaties CIOFORA (Communauté Internationale des Obtenteurs de Plantes Ornamentales et fruitières de Reproduction Asexuée) en ISF (International Seed Federation) hebben over dit onderwerp een standpunt ingenomen, CIOFORA in haar 'Position Paper' van januari 2008, door Danziger overgelegd (productie 14, aangekondigd als 13, bij akte van 8 januari 2009), en ISF in haar 'View on Intellectual Property' van juni 2003 (productie 38 bij conclusie van dupliek in reconventie), waarnaar beide partijen hebben verwezen. Danziger heeft nog een brief van CIOFORA van 8 december 2005 overgelegd (productie 4 bij memorie van grieven). Astée heeft een lezing van mr B. Kiewiet, president van het Communautair Bureau voor Plantenrassen, overgelegd (productie A1 bij memorie van antwoord in principaal appel, tevens memorie van grieven in incidenteel appel). In de tweede plaats moet in deze procedure worden beoordeeld of in het licht van deze vereisten, gelet op het door partijen overgelegde (tegen)bewijsmateriaal, is komen vast te staan dat Blancanieves is afgeleid van Million Stars.
10. Artikel 13 van de Verordening (EG) 2100/94 van de Raad inzake het communautaire kwekersrecht van 27 juli 1994 (Pb. EG 1 september 1994, L 227/1, in werking getreden op 27 april 1995) bepaalt, voor zover hier van belang:
 1. *Een communautair kwekersrecht heeft als rechtsgevolg dat de houder of houders ervan, hierna "de houder" genoemd, bevoegd is, respectievelijk zijn, om de in lid 2 genoemde handelingen te verrichten.*
 2. *Onverminderd het bepaalde in de artikelen 15 en 16, is de toestemming van de houder vereist voor de volgende handelingen met betrekking tot componenten, of oogstmateriaal van het beschermde ras, welke componenten of oogstmateriaal hierna alle "materiaal" worden genoemd:*
 - a) *voortbrengen of vermenigvuldigen (vermeerdering),*
 - b) *het conditioneren ten behoeve van de vermeerdering,*
 - c) *te koop aanbieden,*
 - d) *verkopen of op andere wijze in de handel brengen,*
 - e) *uitvoeren uit de Gemeenschap,*
 - f) *invoeren in de Gemeenschap,*
 - g) *opslaan voor een van de hierboven onder a) tot en met f) genoemde*

doeleinden.

(...)

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,

(...).

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 (...) 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.'

In de considerans van de Verordening is overwogen 'dat deze verordening rekening houdt met de bestaande internationale verdragen zoals het Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekproducten (UPOV-verdrag) (...)' en voorts 'dat deze verordening zo nodig zal moeten worden herzien in het licht van de verdere ontwikkeling van de bovengenoemde verdragen'. In het Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekproducten, zoals herzien te Genève op 19 maart 1991, voor Nederland in werking getreden op 24 april 1998, Stb. 234, hierna: UPOV-verdrag, is de regeling van de afgeleide rassen geïntroduceerd. Artikel 14 lid 5 UPOV-verdrag, dat model heeft gestaan voor artikel leden 5 en 6 van de Verordening, luidt (in de Nederlandse vertaling), voor zover hier van belang, als volgt:

'a. De bepalingen van het eerste tot en met het vierde lid zijn ook van toepassing op

i. rassen die in wezen zijn afgeleid van het beschermde ras, wanneer het beschermde ras zelf niet een in wezen afgeleid ras is,

(...).

b. Voor de toepassing van het bepaalde in letter a, punt i, wordt een ras aangemerkt als in wezen afgeleid van een ander ras ("het oorspronkelijke ras") wanneer

i. het hoofdzakelijk is afgeleid van het oorspronkelijke ras of van een ras dat zelf hoofdzakelijk is afgeleid van het oorspronkelijke ras, met behoud van de expressie van de wezenlijke eigenschappen die het resultaat is van een bepaald genotype of een combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras,

ii. het duidelijk te onderscheiden is van het oorspronkelijke ras,

iii. het, afgezien van de afwijkingen die voortvloeien uit de afleidingshandeling, overeenkomt met het oorspronkelijke ras qua wezenlijke eigenschappen waarin het genotype of de combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras tot uitdrukking komt.

c. In wezen afgeleide rassen kunnen bijvoorbeeld zijn verkregen door middel van de selectie van een natuurlijke of teweeggebrachte mutant, of van een somaklonale variant, de selectie van een individu dat afwijkt van planten van het oorspronkelijke ras, terugkruisingen of transformatie door middel van genetische modificatie.'

Ondanks de door Danziger gesignaleerde tekstuele verschillen tussen artikel 13 leden 5 en 6 van de Verordening en artikel 14 lid 5 onder b van het UPOV-verdrag, is er geen aanleiding aan te nemen dat met artikel 13 leden 5 en 6 is beoogd om andere eisen te stellen aan de vaststelling van EDV dan artikel 14 lid 5 onder b UPOV-Verdrag. Ook de Nederlandse wetgever gaat daarvan uit, gelet op de memorie van toelichting op artikel 58 van de Zaaizaad- en Plantgoedwet 2005 (TK 2003-2004, 29 650, nr 3, p. 38):

'In de formulering van wanneer een ras kan worden beschouwd te zijn afgeleid van een ander ras, is in het voorgestelde artikel 58, tweede lid, aangesloten bij de formulering artikel 13, zesde lid, van verordening 2100/94 betreffende het communautaire kwekersrecht. Deze bepaling is naar de inhoud vergelijkbaar, maar in formulering wat preciezer dan artikel 14, vijfde lid van het UPOV Verdrag 1991. Met de gekozen formulering moeten bijvoorbeeld de zogenoemde kleurmutanten als een afgeleid ras worden beschouwd.'

Bij de uitleg van artikel 13 leden 5 en 6 van de Verordening is de betekenis van artikel 14 lid 5 onder b van het UPOV-verdrag in dit opzicht dus relevant. In document IOM/6/2 van 17 augustus 1992 (blz. 4) van het UPOV-bureau wordt over die bepaling de volgende beschouwing gegeven:

'13. Article 14(5)(b) lays down those conditions that must be satisfied in order that a later variety shall be deemed to be essentially derived from another variety ("the initial variety"). The second of those conditions (established in Article 14 (5)(b)(ii)) requires only that the later variety be clearly distinguishable from the initial variety and requires no further comment. The first such condition (established in Article 14(5)(b)(i)) requires that the later variety be derived from the initial variety which in turn requires that genetic materials of the initial variety have been used in the creation of the later variety. The first condition is accordingly concerned with the genetic origin of the later variety. The third such condition (established in Article 14(5)(b)(iii)) requires that the later variety conforms to ("is made similar to") the initial variety in the expression of the inherited essential characteristics of the initial variety apart from the differences which result from the act of derivation. The third condition is accordingly concerned with the degree of similarity of the later variety to the initial variety. Whilst the first condition also makes reference to the degree of similarity, the primary function of the first condition is to establish a requirement relating to the genetic origin of the variety.

14. The question of the genetic origin of the later variety posed by Article 14(b)(i) is primarily a question of fact to be established using all available evidence including the personal testimony of individual witnesses, laboratory and field record books, knowledge concerning the inheritance of particular characteristics, the result of bio-chemical tests and so on. The question of the degree of similarity of the later variety to the initial variety primarily calls for a value judgement whether the later variety does or does not conform the initial variety in the expression of its essential, inheritable characteristics.'

Over the zinsnede '*met behoud van de expressie van de wezenlijke eigenschappen die het resultaat is van een bepaald genotype of een combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras*' in het bepaalde in lid 5 onder b (i) wordt opgemerkt:

'9. "while retaining the expression of the essential characteristics": *The essential characteristics are those which are indispensable or fundamental to the variety. "Characteristics" would seem to embrace all features of a variety including, for example, morphological, physiological, agronomic, industrial and biochemical characteristics. It is suggested that the result of a biochemical test conducted on a variety, for instance, a screening test using a genetic probe, is a characteristic of the variety. "while retaining" requires that the expression of the essential characteristics be derived from the initial variety.*

10. "that result from the genotype": *These words make clear that only characteristics of a variety which are heritable genetically should be taken into account. Any descriptive features of plant material that represent environmental effects should be disregarded. It has been questioned whether the test result arising from the use of a genetic probe, e.g. an RFLP, is a characteristic that "results from the genotype". It has been suggested that the test result of using such a probe "results from the genotype".*

11. Het hof overweegt dat de vereisten waaraan een ras moet voldoen om te kunnen worden aangemerkt als een in wezen afgeleid ras zoals bepaald in artikel 13 lid 6 van de Verordening onder a) tot en met c), cumulatief gelden. Dit brengt mee dat indien aan één van die vereisten niet is voldaan, reeds geen sprake kan zijn van een in wezen afgeleid ras. Dat neemt niet weg dat er wel een (logische) volgorde in de beoordeling van de vereisten kan worden aangebracht. In dat verband moet eerst de vraag worden beantwoord of het beweerdelijk afgeleide ras is te onderscheiden van het oorspronkelijke ras (artikel 13 lid 6 sub b Vo); indien het beweerdelijk afgeleide ras niet onderscheidbaar is van het oorspronkelijke ras, is de afleidingsregeling niet van toepassing. Nu in dit geval voor Blancanieves kwekersrecht is verleend, is die vraag daarmee positief beantwoord. De volgende vraag is of sprake is van (hoofdzakelijke) afleiding van het oorspronkelijke ras (artikel 13 lid 6 sub a Vo). Uit UPOV-document IOM 6/2, zoals hiervoor geciteerd, blijkt dat het bepaalde in artikel 14 lid 5 onder b (i) van het UPOV-verdrag – het equivalent van artikel 13 lid 6 onder a van de Verordening – betrekking heeft op genetische conformiteit. Genetische overeenkomst kan op verschillende wijzen worden aangetoond, dus niet alleen door een DNA-test. Ook fenotypische overeenkomst kan daartoe bijdragen. Indien is vastgesteld dat een ras is afgeleid van het oorspronkelijke ras, moet tot slot nog worden voldaan aan het vereiste dat het afgeleide ras in wezen overeenkomt met het oorspronkelijke ras wat betreft de expressie van de eigenschappen, die voortvloeit uit het genotype of de combinatie van genotypen. Daarbij moeten afwijkingen die voortvloeien uit de afleidingshandeling buiten beschouwing blijven (artikel 13 lid 6 sub c Vo). Het gaat hier dus om de graad van fenotypische overeenkomst. Dit is een afzonderlijke eis.

Met betrekking tot de interpretatie van de zinsnede '*met behoud van de expressie van de wezenlijke eigenschappen die het resultaat is van het genotype of combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras*' overweegt het hof als volgt. De eis dat de

expressie van deze eigenschappen (waarin het oorspronkelijke en het (beweerdelijk) afgeleide ras overeenkomen) moet voortvloeien uit het genotype of de combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras impliceert dat het eigenschappen betreft die uniek zijn voor het oorspronkelijke ras. Immers, slechts voor de eigenschappen die uniek zijn voor het oorspronkelijke ras en die 'terugkomen' in het (beweerdelijk) afgeleide ras kan in redelijkheid worden aangenomen dat zij hun basis vinden in het genotype van het oorspronkelijke ras. Overeenkomst in eigenschappen die niet karakteristiek zijn voor het oorspronkelijke ras, maar die bijvoorbeeld kenmerkend zijn voor een bepaalde groep van rassen, dient buiten beschouwing te blijven.

12. Wat betreft de bewijslast overweegt het hof dat op de kweker van het oorspronkelijke ras in beginsel de bewijslast rust overeenkomstig de hoofdregel van artikel 150 Rv. Zowel CIOPORA als ISF stelt een omkering van de bewijslast voor indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Danziger schaaft zich achter het standpunt van CIOPORA. Volgens CIOPORA is daarvoor aanleiding indien de eiser – dit is de kweker van het oorspronkelijke ras – op grond van een betrouwbare DNA-analyse een 'Jaccard Similarity Coefficient' van tussen de 0,90 en 1,00 aantoot tussen het oorspronkelijke ras en de beweerdelijke EDV (Position Paper onder III.1, p. 5). ISF is voorstander van omkering van de bewijslast in het geval dat de eigenaar van het oorspronkelijke ras *prima facie* bewijs levert van wezenlijke afleiding; voor *prima facie* bewijs is volgens haar een van de volgende omstandigheden voldoende: sterke fenotypische overeenkomst, slechts zeer weinig of kleine verschillen in overerfbare eigenschappen of sterke genetische overeenkomst (ISF View on Intellectual Property onder 1.4.5). Het ISF-document noemt het gebruik van afstandcoëfficiënten om de drempel te bepalen waarbij de bewijslast moet worden omgekeerd een interessante benadering. ISF heeft zich tot nu voornamelijk beziggehouden met drempelwaarden gebaseerd op afstanden gemeten door moleculaire merkers. Over deze drempelwaarden merkt zij op (onder 1.4.6, p. 13): *'The threshold will certainly vary from species to species, depending on the existing genetic variability within the species and the established breeding procedures'*. UPOV heeft deze voorstellen onder ogen gezien maar geen aanleiding gevonden om deze over te nemen bij de herziening van het Verdrag. Volgens UPOV-document IOM/6/2 (onder 18) heeft het UPOV-Verdrag de kwestie van omkering van de bewijslast aan de lidstaten willen overlaten. Het hof is van oordeel dat naar Nederlands procesrecht in voorkomend geval (bijna) hetzelfde als met omkering van de bewijslast kan worden bereikt door op grond van door de kweker van het oorspronkelijke ras ingebracht bewijsmateriaal het bewijs dat sprake is van een EDV voorshands geleverd te achten en de wederpartij tot tegenbewijs toe te laten. Het verschil met omkering van de bewijslast is dat het bewijsrisico blijft rusten op de kweker van het oorspronkelijke ras, hetgeen slechts van belang is in het geval dat over de afleiding onduidelijkheid blijft bestaan.
13. Het hof komt thans toe aan de beoordeling of Danziger met het door haar overgelegde bewijsmateriaal, mede in aanmerking genomen het door Astée geproduceerde 'tegenbewijs', (voorshands) heeft bewezen dat Blancanieves een EDV van Million Stars is.
14. Danziger heeft in dit verband DNA-onderzoek laten verrichten door Keygene N.V. (rapporten van 19 december 2001 en 13 november 2002, productie 1 respectievelijk 16, bij conclusie in het bevoegdheidsincident, alsmede conclusie van antwoord in

conventie, tevens conclusie van eis in reconventie). Volgens het eerste rapport is de Jaccard-similariteit tussen Blancanieves en Million Stars 0,944; volgens het tweede rapport 0,937.

15. Astée heeft de onderzoeksresultaten van Keygene bestreden. Haar kritiekpunten heeft zij als volgt samengevat:
- het is niet duidelijk of het door Keygene onderzochte materiaal wel Blancanieves betreft;
 - er is geen gebruik gemaakt van een representatieve monstercollectie (niet meer dan 19 monsters, terwijl Keygene over meer – in ieder geval 33 – gipskruidmonsters beschikt);
 - Keygene beschikt niet over primercombinaties (selectie-enzymen en primers) die geschikt zijn om polymorfe gedeelten van het DNA te selecteren;
 - er is sprake van een groot aantal ‘missing observations’ hetgeen van invloed kan zijn op de schattingen van genetische conformiteit;
 - AFLP is niet een a priori geschikte techniek om genetische verwantschap tussen plantenrassen te bepalen vanwege het dominante en bi-allelische karakter van deze merker, waardoor relevante verschillen onopgemerkt kunnen blijven, terwijl andere moleculaire merkersystemen bestaan die wel in staat zijn rijkere genetische informatie ten aanzien van erfelijke factoren goed te representeren. Dit is eens te meer van belang in geval van chromosoomverdubbeling.

Astée heeft een tegenonderzoek laten verrichten door IdQ en het analyserapport van 17 september 2002 overgelegd (productie 21 bij conclusie van repliek in conventie, tevens repliek in reconventie), dat uitkomt op 82% genetische conformiteit volgens de Jaccard-index. Zij heeft voorts het rapport van een in opdracht van Biological Industries gedaan onderzoek door Hy-Labs overgelegd (productie 15 bij akte van 22 januari 2009) waarin (tevens) de genetische afstand tussen Blancanieves en Million Stars is bepaald. Uit dat rapport blijkt volgens haar dat Blancanieves en Million Stars ten opzichte van elkaar een Jaccard-similariteit hebben van 0,87. Deze beide onderzoeken duiden op een similariteit die lager is dan de door CIOPORA aanbevolen drempelsimilariteit. Zij wijst erop dat er nu drie DNA-onderzoeken zijn – alle drie gebaseerd op AFLP – die een verschillend resultaat geven van de genotypische overeenkomsten tussen Blancanieves en Million Stars.

16. Het hof overweegt ten aanzien van deze DNA-onderzoeken als volgt. Keygene heeft bij haar onderzoeken gebruik gemaakt van AFLP-fingerprinttechnologie, die door haar is ontwikkeld en geïmplementeerd. Overigens hebben ook IdQ en Hy-labs bij hun DNA-onderzoeken gebruik gemaakt van AFLP-techniek; hetgeen hierna wordt overwogen geldt dus evenzeer voor die onderzoeken. Anders dan Danziger, die betoogt dat deze techniek daartoe zeer geschikt is, is het hof met Astée van oordeel dat aan het vaststellen van genetische conformiteit tussen plantenrassen met behulp van AFLP-merkers bezwaren kleven. Naar het oordeel van 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 hele genoom als belangrijkste voorwaarden. AFLP-merkers zijn door hun aard niet aan te merken als multi-allelische merkers. Voorts is onbekend in hoeverre de door Keygene gebruikte merkers het *Gypsophila*-genoom representeren. In

aanmerking genomen dat AFLP-merkers bij veel plantensoorten sterk geclusterd in het genoom voorkomen, geeft een aantal van 230 à 260 merkers naar het oordeel van het hof onvoldoende zekerheid over de gewenste representatieve bemonstering van het Gypsophila-genoom. Voorts geldt dat dominante merkers, zoals AFLP-merkers, de werkelijke mate van identiteit tussen genotypen overschatten aangezien zij eventuele onderliggende heterozygotie (in AFLP-terminen: het in enkelvoud aanwezig zijn van een DNA-fragment) niet zichtbaar maken. Hoewel heterozygotie voor bepaalde populatiestructuren met behulp van Keygene's technologie kan worden gedetecteerd, blijkt uit haar rapportages niet dat dit in de voorliggende AFLP-analyse is toegepast. Ten opzichte van multi-allelische merkers, zoals die worden gebruikt in forensisch DNA-onderzoek, hebben AFLP-merkers een gering onderscheidingsvermogen. De mate waarin dit wordt gecompenseerd door een groot aantal AFLP-merkers te scoren is echter beperkt, zoals blijkt uit de hieronder (sub 18) geconstateerde onnauwkeurigheid van Jaccard-indices. De Jaccard-index wordt berekend tussen twee variëteiten door het aantal keer dat een merker voorkomt in beide variëteiten te delen door het aantal keer dat een merker in een van beide variëteiten voorkomt. Bij een gegeven graad van verwantschap (bijvoorbeeld volle broer/zus, ouder/nakomeling) kan de Jaccard-index voor similariteit uiteenlopende waarden aannemen. Dit vindt primair zijn oorzaak in het feit dat, een tweetal nauw aan elkaar verwante individuen vergelijkend, identieke en niet-identieke genomsegmenten elkaar afwisselen volgens een (onvoorspelbaar) toevalsproces. Dit 'broksgewijs' voorkomen van identieke en niet-identieke delen van het genoom is, ook bij gebruik van zeer grote aantallen merkers, een bron van variatie in de similariteitsindex tussen nauwe verwanten. De uiteindelijke spreiding die optreedt in Jaccard-indices wordt bepaald door (a) het chromosoomaantal van de desbetreffende soort, (b) het aantal gebruikte merkers en (c) de mate waarin deze het genoom 'afdekken'. Naarmate de clustering van merkers op het genoom sterker is, zal de variatie in waargenomen similariteit van tweetallen individuen met dezelfde graad van verwantschap groter zijn. De consequentie van dit alles is dat similariteit, gemeten met de Jaccard-index, en verwantschap weliswaar gecorreleerd zijn, maar dat een individuele indexwaarde niet de mate van zekerheid over verwantschap verschaft, die vereist is om het bewijs van afleiding (voorshands) geleverd te achten.

17. Wat betreft het gebruik van Jaccard-indices als maatstaf voor het bepalen van similariteit tussen genotypen overweegt het hof nog het volgende. Aangezien de Jaccard-index de grootte is op grond waarvan in het onderzoek van Keygene de 'genetische conformiteit' wordt benaderd, is het van belang dat een indruk wordt verkregen van de betrouwbaarheid van de berekende Jaccard-indices. In dit verband wijst het hof op enkele door de ISF uitgebrachte richtlijnen voor het intern beslechten van EDV-geschillen met behulp van DNA-merkers. De ISF-richtlijn voor sla, door Danziger overgelegd als productie 32 bij akte 13 mei 2005, beschrijft niet alleen welke primercombinaties gebruikt dienen te worden in een AFLP-analyse, zij geeft ook aan hoe de 'standaardfout' voor een Jaccard-index moet worden berekend. In de rapportages van Keygene ontbreekt evenwel zodanige 'standaardfout'. In dit verband merkt het hof op dat een 'bootstrap' (10.000 herhalingen) herbemonstering van de merkergegevens voor de Jaccard-index tussen Million Stars en Blancanieves 95% betrouwbaarheidsintervallen van 0,86 – 0,98 en 0,73 – 0,91 voor de gegevens van Keygene (MO2C_2), respectievelijk IdQ oplevert. De omvang van deze intervallen overschrijdt ruimschoots de waarde die in de genoemde ISF-richtlijn aanvaardbaar wordt geacht, daargelaten dat de ondergrenzen van deze

intervallen beneden de door Danziger en CIOPORA als aanvaardbaar geachte grens van 0,90 liggen.

Het hof merkt voorts op dat voorshands onduidelijk is in welke mate bij *Gypsophila* het ploëdieniveau de genetische conformiteit, gemeten met de Jaccard-index uit AFLP-gegevens, beïnvloedt. Nu het ploëdieniveau in de referentieset van rassen buiten beschouwing is gelaten, kan daardoor een vertekend beeld zijn ontstaan van de genetische similariteiten. Dit geldt eens te meer nu, naar Danziger stelt en Astée niet (langer) betwist, Blancanieves is verkregen is door toepassing van polyploëdisatie met behulp van colchicine.

18. Het hof heeft bovendien geconstateerd dat in de Keygene-rapportage MO2C_2 ten aanzien van het gewraakte genotype ('Lenras', ofwel Blancanieves) maar liefst 20% van de waarnemingen ontbreekt, terwijl voor de overige genotypen 7% van de waarnemingen ontbreekt. In de Keygene-dataset MO2H, waarin naast Million Stars en Blancanieves, niet 17 maar 31 genotypen zijn opgenomen, zijn deze percentages 17,5 respectievelijk 3,6 weliswaar minder dan in MO2C_2, maar waar het het gewraakte ras betreft niettemin aanzienlijk meer dan redelijkerwijs mag worden verwacht. Dit klemt des te meer daar door het ontbreken van zoveel waarnemingen de betrouwbaarheid van de berekende Jaccard-coëfficiënt ernstig wordt aangetast.
19. Het voorgaande in aanmerking genomen is het hof van oordeel dat door de Keygene in haar rapporten gevonden similariteiten, mede in aanmerking genomen de analyse van IdQ en het Hy-labsrapport, niet kunnen dienen als (voorshands) bewijs voor afleiding. Zoals hiervoor overwogen, kan ook fenotypische overeenkomst tot dat bewijs van afleiding bijdragen. Het hof zal thans onderzoeken of daarvan in dit geval sprake is.
20. Anders dan Danziger is het hof van oordeel het beweerdelijk 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. Danziger baseert haar andersluidende standpunt op de Position Paper van CIOPORA, volgens welke de afgeleide rassenregeling ook van toepassing kan zijn indien sprake is van een betrekkelijk groot aantal fenotypische verschillen tussen het afgeleide ras en het oorspronkelijke ras. Zij gaat daarmee voorbij aan hetgeen in het UPOV-document IOM/6/2 (onder 12) over de zinsnede '*afgezien van de afwijkingen die voortvloeien uit de afleidingshandeling*' wordt opgemerkt: '*The examples of essential derivation given in Article 14(5)(c) make clear that the differences which result from the act of derivation should be one or very few.*' Nu UPOV-document IOM/6/2 dateert uit 1992 – dus na de totstandkoming van het UPOV-verdrag 1991 – verwerpt het hof het standpunt van Danziger (pleitnota 22 januari 2009 onder 6) dat de rechtbank zich heeft gebaseerd op een werkdocument uit 1989 (IOM/IV/2) dat naderhand is verworpen. Danziger verwijst in dit verband nog naar de opinie van R. Royon (productie 15 bij akte van 22 januari 2009, ingediend 7 januari 2009), maar daaruit blijkt niet waarop Royon zijn standpunt stoelt (p. 6: '*In fact, nothing in the 1991 UPOV Act can be interpreted as meaning that an EDV should differ from a given variety of origin by only one or very few distinct characteristics*'). Ook blijkt niet dat hij UPOV-document IOM/6/2 in zijn opinie heeft betrokken. Het standpunt van Royon is overigens genuanceerder dan Danziger doet voorkomen. Dat volgt uit zijn samenvatting van de vereisten voor de erkenning van afleiding (p. 8): '*in plant variety protection (under UPOV 1991), dependency exists where the second variety*

is predominantly derived from the first variety and conforms to that first variety in the expression of the essential characteristics (not necessarily all of them!) resulting from the genome of said first variety. Ook uit de opzet van artikel 13 leden 5 en 6 Verordening en artikel 14 lid 5 UPOV-verdrag volgt dat het afgeleide ras zowel genetisch als morfologisch sterk moet lijken op het oorspronkelijke ras. Tot slot wijst het hof op artikel 3 lid 1 van de door ISF opgestelde en op haar website gepubliceerde 'Regulation for the Arbitration of Disputes concerning Essential Derivation' dat bepaalt: *'(...) the application shall contain phenotypic and molecular data of his variety compared to the PEDV [putative essentially derived variety; hof] showing that the PEDV and the INV [initial variety; hof] are genetically and phenotypically very similar so that the PEDV differs from the INV by only one or a few simply inherited characteristics.'*

21. Het hof overweegt dat, zoals Danziger op zichzelf terecht betoogt, waar het bij het vaststellen van onderscheidbaarheid gaat om de verschillen in wezenlijke eigenschappen, het bij het vaststellen van afleiding gaat om de overeenkomsten van wezenlijke eigenschappen waarin het genoom tot uitdrukking komt. Het is aan de kweker van het oorspronkelijke ras, i.c. dus aan Danziger, om die overeenkomsten in wezenlijke eigenschappen te stellen (vergelijk artikel 3 lid 2 van de 'Regulation for the Arbitration of Disputes concerning Essential Derivation' van ISF (<http://www.worldseed.org>), dat bepaalt: *'The phenotypic analysis or description should preferably meet the requirements of the appropriate UPOV Technical Guideline for the crop concerned and may include additional characteristics. The molecular analysis must be performed by using the agreed methods, as mentioned in the crop specific scheme of this RED. If there is no agreed-upon molecular marker method available for the crop concerned, the method to be used and the EDV threshold as mentioned in Article 2e may be decided upon between the parties.'*) Het hof merkt in dit verband op dat welke eigenschappen voor een ras wezenlijk ('essential') zijn, nauw samenhangt met de cultuur- en gebruikswaarde van dat ras. Wezenlijk voor een ras zijn (is) die unieke (combinatie van) eigenschappen die de cultuur- en gebruikswaarde bepalen en waaraan het ras zijn raswaardigheid ontleent. De kenmerken waarop onderscheidbaarheid van andere rassen berust, kunnen morfologische kenmerken zijn die voor de cultuur- en gebruikswaarde niet relevant zijn. Bij akkerbouwgewassen is dit vaak het geval. Echter, bij siergewassen zijn het, geheel in lijn met het doel waarvoor ze geteeld worden, morfologische eigenschappen die voor een groot deel de cultuur- en gebruikswaarde bepalen. In het geval van Blancanieves heeft Communair Bureau voor Plantenrassen (hierna: CPVO) 17 morfologische verschillen met Million Stars geconstateerd op grond waarvan Blancanieves onderscheidbaar is van elk ander ras (weergegeven in het vonnis van de rechtbank onder 13). Hieronder zijn negen kenmerken die betrekking hebben op plantarchitectuur en bloemmorfolgie; dit zijn bij uitstek kenmerken die, naast eigenschappen als resistentie tegen ziekten en plagen, vaasleven en dergelijke, van belang zijn voor de cultuur- en gebruikswaarde van een snijbloem als Gypsophila. De genoemde morfologische verschillen tussen Blancanieves en Million Stars moeten derhalve wel degelijk als relevant worden aangemerkt.
22. Het hof is van oordeel dat, gelet op het aantal morfologische verschillen zoals geconstateerd door het CVPO bij de verlening van het kwekersrecht voor Blancanieves, niet geoordeeld kan worden dat Blancanieves slechts in één of een paar overerfbare kenmerken van Million Stars verschilt. Het bewijs dat Blancanieves

een EDV van Million Stars is, is dus niet geleverd. Danziger verzoekt voor dit geval subsidiair dat het hof een onafhankelijk deskundige benoemt die zelf genetisch en/of morfologische onderzoek uitvoert met betrekking tot Blancanieves en Million Stars. Het hof ziet hiertoe geen aanleiding. Nu immers niet geoordeeld kan worden dat Blancanieves slechts in één of een paar overerfbare kenmerken van Million Stars verschilt, staat hiermee tevens vast dat niet voldaan is aan het vereiste van artikel 13 lid 6 onder c Verordening respectievelijk artikel 14 lid 5 (iii) UPOV-verdrag. Hieruit volgt dat Blancanieves niet kan worden aangemerkt als in wezen afgeleid van Million Stars. Mede onder verwijzing naar hetgeen sub 11 is overwogen, gaat het hof aan het bewijsaanbod van Danziger als niet terzake dienend voorbij.

23. Grief VI klaagt dat de rechtbank ten onrechte het afhankelijk kwekersrecht heeft aangemerkt als een uitzondering op de hoofdregel van onafhankelijkheid. Volgens de toelichting is het begrip 'in wezen afgeleid ras' in feite een nieuwe hoofdregel op zichzelf. Dit begrip is geïntroduceerd om de reikwijdte van de beschermingsomvang voor oorspronkelijke rassen uit te breiden, door daar ook de van dat ras afgeleide rassen onder te begrijpen. De idee was de investeringen van de kweker van het oorspronkelijke ras te beschermen door hem in staat te stellen (financieel) profijt te trekken van zijn klassiek kwekersactiviteiten. Er is daarom geen reden voor een restrictieve uitleg en toepassing van het afhankelijk kwekersrecht en van het beginsel van in wezen afgeleide rassen, aldus Danziger.
24. Het hof overweegt dat, in het licht van de hiervoor gegeven uitleg van artikel 13 leden 5 en 6 Verordening juncto artikel 14 lid 6 UPOV-verdrag en het begrip EDV, in het midden kan blijven of het afhankelijk kwekersrecht een uitzondering op de hoofdregel van onafhankelijkheid, dan wel een nieuwe hoofdregel betreft. Danziger heeft dan ook geen belang bij deze grief.
25. Grief VII is gericht tegen de overweging van de rechtbank dat Danziger Astée nimmer heeft gevraagd om een monster van Summer Snow. Danziger stelt dat zij Astée en Van der Kraan vanaf november 2001 herhaaldelijk heeft benaderd, zowel rechtstreeks als via de respectieve advocaten, met het verzoek onmiddellijke medewerking te verlenen aan een DNA-test met zowel Blancanieves als Summer Snow teneinde de genetische relatie tussen deze beide rassen en Million Stars te kunnen vaststellen. Zij verwijst naar een aantal overgelegde e-mails en brieven. Astée heeft die verzoeken aanvankelijk genegeerd en later heeft zij uitdrukkelijk geweigerd medewerking te verlenen. Bovendien heeft Astée, die daar wel toe in de gelegenheid was, verzuimd Summer Snow in de IdQ-test te betrekken, aldus Danziger. Zij biedt aan alsnog een DNA-test terzake te laten uitvoeren. Omdat dit volgens haar wederom zal leiden tot discussie over de betrouwbaarheid van de onderzoeksmethode van Keygene, verzoekt zij het hof een onafhankelijk deskundige te benoemen teneinde deze een DNA-test te laten uitvoeren, waartoe Astée de deskundige een monster van Summer Snow zal moeten verstrekken.
26. Astée erkent dat Danziger bij herhaling heeft verzocht om medewerking aan een nieuw, gezamenlijk DNA-onderzoek en dat zij die medewerking heeft geweigerd omdat partijen het niet eens konden worden over de randvoorwaarden waaraan dit onderzoek zou moeten voldoen, waaronder de 'scale of proximity', de samenstelling van de monstercollectie, de te gebruiken primercombinaties en de uitvoerder van het DNA-fingerprintonderzoek. Volgens Astée stelde Danziger zich op het standpunt dat

het DNA-onderzoek slechts kon worden uitgevoerd volgens de uitgangspunten van Keygene onder terzijdestelling van alle morfologische gegevens. Zij heeft niet begrepen dat Danziger 'subsidiar' heeft verzocht om terbeschikkingstelling van Summer Snow voor het doen van een onderzoek in eigen beheer. Daartoe zou zij zonder meer bereid zijn geweest, aldus Astée.

27. Wat er zij van deze grief, nu in deze zaak door Danziger geen bewijs van genetische conformiteit, noch van fenotypische conformiteit tussen Summer Snow en Million Stars is geleverd, kan het hof geen positief oordeel geven over de beweerdelijke afleiding van Summer Snow van Million Stars. Indien Danziger alsnog zelfstandig onderzoek wil doen, verstaat het hof dat Astée haar daartoe in de gelegenheid zal stellen door plantmateriaal van Summer Snow aan Danziger ter beschikking te stellen. Dat valt evenwel buiten het bestek van deze procedure.
28. Grief VIII verwijt de rechtbank dat zij heeft geconcludeerd dat de verhandeling van Blancanieves en Summer Snow geen inbreuk maakt op het kwekersrecht van Danziger. Danziger verwijst in dit verband naar hetgeen zij hiervoor in de memorie van grieven heeft betoogd. Grief IX is een 'veeggrief' en luidt dat de rechtbank ten onrechte (een belangrijk deel van) de vordering in conventie heeft toegewezen en de reconventionele vorderingen heeft afgewezen.
29. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat deze grieven, die geen zelfstandige betekenis hebben, falen.
30. De grieven in het principaal appel zijn dus ongegrond, althans kunnen niet tot vernietiging van het bestreden vonnis leiden. Danziger zal worden veroordeeld in de kosten van het principaal appel.

In het incidenteel appel

31. Grief I in het incidenteel appel is gericht tegen de overweging van de rechtbank dat een octrooihouder pas dan onrechtmatig handelt indien hij zijn recht handhaaft terwijl hij weet of ernstige redenen heeft om te vermoeden dat het octrooi ongeldig is of dat daarop geen inbreuk wordt gemaakt en dat in beginsel hetzelfde geldt bij een beroep op een kwekersrecht. In haar toelichting op deze grief stelt Astée dat voor mededelingen aan (potentiële) afnemers van de beweerdelijke inbreukmaker een ander criterium moet worden aangelegd dan voor mededelingen aan de beweerdelijk inbreukmaker zelf. In het eerste geval wordt immers door het enkele feit van de waarschuwing grote schade toegebracht aan de belangen van de beweerdelijk inbreukmaker. Volgens Astée moet in dat geval dan ook als criterium gelden dat de mededeling van de rechthebbende terecht wordt gedaan, hetgeen (terecht) neerkomt op een risicoansprakelijkheid van de rechthebbende. Subsidiar bepleit zij als criterium dat de rechthebbende met een redelijke mate van zekerheid mag aannemen dat zijn inbreukbeschuldiging terecht is.
32. Grief II in het incidenteel appel bestrijdt het oordeel dat Danziger voorafgaand aan de uitspraak van de rechtbank niet het ernstige vermoeden diende te hebben dat van inbreuk op haar kwekersrecht geen sprake kon zijn, nu de bevindingen van Keygene en IdQ duiden op een aanzienlijke verwantschap tussen Blancanieves en Million Stars. In haar toelichting wijst Astée erop dat het bestaan van enkel (aanzienlijke)

verwantschap onvoldoende is voor het veronderstellen van inbreuk op kwekersrecht. Zij stelt dat Keygene ernstig is tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen die zij als onderzoekslaboratorium had en dat deze nalatigheid voor rekening en risico komt van Danziger.

33. Grief III in het incidenteel appel is gericht tegen de verwerping door de rechtbank van het standpunt van Astée dat Danziger klanten heeft aangeschreven, hoewel die geen inbreuk zouden kunnen maken omdat zij geen teeltmateriaal verhandelen maar slechts bloemen of planten produceren en tegen de overweging dat Astée daarbij uitgaat van een onjuiste lezing van lid 2 van artikel 13 van de Verordening. Volgens de toelichting heeft Astée gesteld dat de bloemen en planten die door de telers worden verhandeld oogstmateriaal zijn en dat niet is voldaan aan de voorwaarden (van lid 3) voor de bescherming van oogstmateriaal omdat Danziger de mogelijkheid heeft gehad, c.q. heeft om te voorkomen dat de teler bloemen en planten teelt door (in rechte) op te treden tegen de verkoper van stekken (Astée), maar heeft nagelaten dit te doen. De enige vraag die derhalve te beantwoorden is, is of onder 'redelijke mogelijkheid' in lid 3 moet worden verstaan dat de rechthebbende actie in rechte neemt tegen de leverancier van de stekken, aldus Astée.

34. Grief IV is gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat van onrechtmatig handelen door Danziger met betrekking tot uitlatingen ter zake de Blancanieves in het verleden geen sprake is geweest en dat van misleidende mededelingen in de zin van artikel 6:194 BW evenmin sprake kan zijn (mede) gelet op het feit dat het hier aan specifieke personen of bedrijven gerichte brieven betreft en Danziger wat betreft Summer Snow zelf heeft aangegeven dat de inbreuk nog niet is onderbouwd. Grief IV en grief V zijn voorts gericht tegen de afwijzing van het gevorderde verbod van onrechtmatig handelen in de toekomst omdat Astée onvoldoende heeft gesteld om de dreiging daarvan aanwezig te achten. Volgens de toelichting:

- is de mededeling dat de teler inbreuk maakt onjuist, dus onrechtmatig,
- moeten de desbetreffende brieven van Danziger worden gelijkgesteld met een algemene circulaire, die volgens de memorie van antwoord wel een openbare mededeling is,
- maakt de nuancering die de rechtbank voor Summer Snow aanbrengt weinig of geen verschil voor de dreigende werking van een dergelijke brief, en
- heeft Astée de dreiging van onrechtmatig handeling wel degelijk onderbouwd, nu zij heeft aangegeven dat Danziger de gewraakte mededelingen nog steeds verspreidt.

Grief VI is gericht tegen de afwijzing van de vorderingen tot verklaring voor recht, betaling van schadevergoeding op te maken bij staat en de betaling van een voorschot hierop. Grief VII is in het algemeen gericht tegen de afwijzing van de vorderingen van Astée, voor zover gebaseerd op onrechtmatig handelen van Danziger.

35. Ten aanzien van deze grieven oordeelt het hof als volgt. Danziger heeft haar standpunt dat Astée inbreuk maakte op haar kwekersrecht voor Million Stars primair gebaseerd op de rapporten van Keygene die bij haar onderzoek gebruik heeft gemaakt van AFLP-technologie. Volgens deze rapporten was sprake van 94% genetische similariteit tussen Blancanieves en Million Stars. Het hof heeft in hoger beroep geoordeeld dat de AFLP-technologie, zoals beschreven in de Keygene-rapporten, niet geschikt is voor DNA-onderzoek van plantmateriaal teneinde de

genetische conformiteit met de daarvoor vereiste nauwkeurigheid vast te stellen. Het heeft daarom die rapporten buiten beschouwing gelaten. Naar het oordeel van het hof is aan Danziger niet verwijtbaar dat zij op de rapporten van Keygene heeft vertrouwd. Daarbij neemt het hof in aanmerking dat Astée zelf onderzoek heeft laten verrichten door IdQ en dat IdQ eveneens gebruik heeft gemaakt van AFLP-technologie. Nu Danziger gegronde redenen had voor haar vermoeden dat Astée inbreuk op haar kwekersrecht maakte, valt niet in te zien waarom wat betreft haar handelwijze een onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen mededelingen aan Astée zelf en die aan haar (potentiële) afnemers. Immers, indien haar vermoeden juist was, zouden deze afnemers eerst onrechtmatig jegens haar handelen indien zij zouden weten dat (ook) zij door de handel in Million Stars inbreuk maken op het kwekersrecht van Danziger. Deze mededelingen aan (potentiële) afnemers dienden dus een redelijk doel. De rechtbank heeft in zoverre terecht aansluiting gezocht bij de rechtspraak over (achteraf) ten onrechte gepretendeerde octrooi-inbreuk. Nu het hier gaat om aansprakelijkheid gebaseerd op artikel 6:162 BW, waarvoor schuld in de zin van verwijtbaarheid vereist is, valt niet in te zien dat voor een ten onrechte gepretendeerde inbreuk op kwekersrecht anders zou moeten worden geoordeeld. Onder deze omstandigheden ziet het hof voor het aannemen van risicoaansprakelijkheid, zoals door Astée bepleit, geen aanknopingspunten. In dit verband merkt het hof op dat de wetgever geen risicoaansprakelijkheid heeft willen aanvaarden voor schade ten gevolge van het ten onrechte handhaven van een octrooi. Deze klachten falen dus.

36. Ten aanzien van de stelling van Astée dat haar afnemers handelen in oogstmateriaal en dat zij geen inbreuk hadden kunnen maken op het kwekersrecht van Danziger omdat Danziger een redelijke mogelijkheid heeft gehad om haar kwekersrecht uit te oefenen als bedoeld in artikel 13 lid 3 Verordening door (in rechte) op te treden tegen Astée als verkoper van stekken, overweegt het hof als volgt. Danziger betwist niet (gemotiveerd) dat de aangeschreven afnemers van Astée oogstmateriaal voortbrengen en verhandelen. Ingevolge artikel 13 lid 3 Verordening is de bescherming ten aanzien van oogstmateriaal beperkt tot oogstmateriaal dat door ongeoorloofd gebruik van het ras is verkregen. Hierop is evenwel een uitzondering aanvaard in het geval dat de houder van het kwekersrecht een redelijke mogelijkheid heeft gehad om zijn rechten met betrekking tot de componenten waaruit het oogstmateriaal is verkregen, uit te oefenen. Het komt het hof voor dat deze bepaling in de eerste plaats strekt ter bescherming van het belang van degene die het oogstmateriaal verkoopt, invoert, uitvoert en dergelijke – in dit geval de telers – voor het geval zij zelf door de houder van het kwekersrecht – in dit geval Danziger – worden aangesproken. Het is dan ook de vraag of Astée zich tegenover Danziger op deze bepaling kan beroepen. Verder rijst de vraag wat onder deze uitzonderingsbepaling moet worden verstaan. Artikel 13 lid 3 Verordening is ontleend aan artikel 14 lid 2 UPOV-verdrag, dat een vrijwel gelijkkluidende uitzonderingsbepaling inhoudt (*'tenzij de kweker met betrekking tot bedoeld teeltmateriaal een redelijke mogelijkheid tot uitoefening van zijn recht heeft gehad'*). Ter implementatie van artikel 14 lid 2 UPOV-verdrag is in artikel 57 lid 4 van de Zaaizaad- en Plantgoedwet 2005 bepaald:

'4. Het uitsluitend recht is tevens van toepassing op handelingen met betrekking tot geoogst materiaal van het ras, planten en plantendelen daaronder begrepen, dat is verkregen door gebruik van teeltmateriaal waarvoor geen toestemming is

verleend, tenzij de houder van het kwekersrecht redelijkerwijs zijn recht met betrekking tot het teeltmateriaal had kunnen uitoefenen.'

In de memorie van toelichting (TK 2003-2004, 29 650, nr 3, p. 38) wordt een voorbeeld gegeven:

'Op basis hiervan kan de kweker bijvoorbeeld optreden tegen het in Nederland in de handel brengen van in een ander land geproduceerde bloemen van zijn beschermde ras. Dit is echter niet mogelijk als van de kweker redelijkerwijs verlangd kan worden dat hij in een eerder stadium actie had moeten ondernemen of indien door eigen toedoen van de kweker zaaigoed in de handel is gebracht in het desbetreffende land.'

Naar het hof begrijpt, ziet de uitzonderingsbepaling op de situatie dat de kweker redelijkerwijze had kunnen en dus ook moeten voorkomen dat inbreukmakend oogstmateriaal werd verkregen door middel van gebruik van teeltmateriaal van het beschermde ras waarvoor geen toestemming was verkregen. Daarvan zou in dit geval sprake kunnen zijn indien Danziger reeds het vermoeden had dat Astée inbreuk maakte op haar kwekersrecht voordat Astée stekken aan de telers had geleverd en pas nadat de telers het oogstmateriaal (de bloemen) te koop aanbieden actie (jegens die telers) onderneemt. Nu Astée zodanige omstandigheden niet stelt, valt niet in te zien dat Danziger een redelijke mogelijkheid heeft gehad om haar recht met betrekking tot het (beweerdelijk) ongeoorloofde gebruik van componenten waaruit het oogstmateriaal is verkregen, uit te oefenen, zoals bedoeld in artikel 13 lid 3 van de Verordening. Deze klacht faalt daarom evenzeer.

37. Astée heeft zich in dit verband tevens beroepen op het bepaalde in artikel 6:194 BW. Naar het oordeel van het hof is deze bepaling niet van toepassing nu deze ziet op misleidende mededelingen over goederen of diensten die door degene die de mededelingen doet worden aangeboden. In dit geval gaat het echter om zaken – Blancanieves – die door een ander – Astée – worden aangeboden. Of voorts voldaan aan het vereiste dat de mededeling in het openbaar is gedaan, kan dan in het midden blijven.
38. De grieven in het incidenteel appel zijn dus ongegrond. Astée zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de kosten van het incidenteel appel worden veroordeeld.

Beslissing

Het hof:

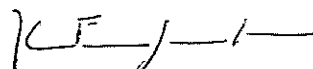
in het principaal en in het incidenteel appel

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank 's-Gravenhage van 13 juli 2005;

veroordeelt Danziger in de kosten van het principaal appel, tot op heden aan de zijde van Astée begroot op € 291,-- aan verschotten en € 2.682,-- aan salaris van de advocaat;

veroordeelt Astée in de kosten van het incidenteel appel, tot op heden aan de zijde van Danziger begroot op € 1.341,-- aan salaris van de advocaat.

Dit arrest is gewezen door mrs J.C. Fasseur-Van Santen, C.J. Verduyn, S.U. Ottevangers en de raden prof. dr ir P. Stam en dr ir O. Dolstra en uitgesproken ter openbare terechtzitting van 29 december 2009 in tegenwoordigheid van de griffier.



Voor grosse aan:
Uitgegeven aan mr. R.M. Bruins
advocaat. app. geint.
De griffier van het Gerechtshof
te's-Gravenhage

