

House" naar buiten zijn getreden.

4. Gedaagden verweren zich met te stellen dat zij, tezamen met Wim Vonk en Bill Karsten, de vier disciplines benodigd voor het vervaardigen van films, commercials en documentaires in het pand Prinsengracht 771-773 hebben ondergebracht en dat de naam Film House niet hun handelsnaam is, doch slechts de aanduiding in de in deze branche gebruikelijke Engelse taal van het pand, waarin deze activiteiten worden ontwikkeld.

5. Hoezeer deze stelling op zich als juist kan worden aanvaard achten wij voorshands, in het bijzonder door het door eiseres in het geding gebrachte visitekaartje met als opschrift: "With compliments Film House" aannemelijk dat de aanduiding "Film House" tevens wordt gebruikt als aanduiding voor het samenwerkingsverband van de gedaagden met Wim Vonk en Bill Karsten. In zoverre moet de aanduiding "Film House" tevens als handelsnaam worden beschouwd.

6. Gedaagden hebben zich voorts verweerd met te stellen dat de aanduiding "Film House" van beschrijvende aard is en zich niet leent voor handelsnaamrechtelijke bescherming. Dit verweer wordt terecht voorgedragen nu eiseres niet heeft weersproken en gedaagden met produkties aannemelijk hebben gemaakt, dat aanduidingen als "Art House", "Optical House" en "Film House" in de onderhavige branche een beschrijvende betekenis hebben.

7. Voorts heeft eiseres tegenover de gemotiveerde ontkentenis van gedaagden onvoldoende aannemelijk kunnen maken, dat bij het publiek verwarring tussen beide ondernemingen is te duchten, nu gedaagden onweersproken hebben aangevoerd, dat hun bedrijf slechts wordt gezocht door een zeer kleine groep deskundige cliënten.

8. De consequentie van een en ander is dat de voorzieningen behoren te worden geweigerd.

Rechtdoende:

1. Weigert de gevraagde voorzieningen.
2. Veroordeelt eiseres in de kosten van het geding aan de zijde van gedaagden begroot op f 1.000,- (. . .) wegens procureur salaris. Enz.

¹⁾ Lenen beschrijvende aanduidingen zich niet voor handelsnaamrechtelijke bescherming?

De president accepteert zonder enige reserve het voorgedragen verweer, dat de aanduiding van beschrijvende aard is en zich niet leent voor handelsnaamrechtelijke bescherming. Dat gaat mij te ver. De Handelsnaamwet stelt het vereiste van onderscheidend vermogen niet en namen van beschrijvende aard worden tal van malen, terecht, beschermd. Zo bijvoorbeeld "Vervoer-risico" (Hof 's-Gravenhage, 18 oktober 1967, *BIE* 1968, nr 76, blz. 279), N.V. Het Jagershuis (Pres. Rb. Haarlem, 24 december 1968, *BIE* 1969, nr 140, blz. 371), Rotterdam Air N.V. (Hoge Raad, 26 juni 1970, *NJ* 1971, 264), De Vleeshop (Pres. Rb. Breda, 19 maart 1974, *BIE* 1975, nr 14, blz. 73).

De enige grens die ik daarbij zou willen stellen is dat niet, via het handelsnaamrecht, iemand een monopolie mag krijgen op een algemeen gebruikelijke uitdrukking, zodanig dat anderen die niet meer zouden kunnen gebruiken als aanduiding van hun onderneming. Dus: fotohandel kan niet als handelsnaam beschermd worden (wel als onderdeel van een handelsnaam), maar Film House wel.

Dat een dergelijke, in de branche als beschrijvend ervaren, aanduiding slechts weinig onderscheidende kracht heeft, zal gevolgen hebben bij de beoordeling van het verwarringsgevaar, maar het stelt de aanduiding niet buiten de bescherming van de Handelsnaamwet.

S. B.

Nr 40. Hoge Raad der Nederlanden, Eerste Kamer, 17 september 1982. *)

(ras Hoblanche)

Voorzitter: Mr H. E. Ras;
Vice-President: Mr H. Drion en Raadsheren:
Mr W. L. Haardt, Mr A. C. van den Blink en
Mr M. J. P. Verburgh.

Art. 29, lid 3, aanhef Zaaizaad- en Plantgoedwet luidt: "Een ras wordt niet als nieuw aangemerkt, indien daarvan op het tijdstip van indiening van de aanvraag tot verlening van kwekersrecht reeds teeltmateriaal in het verkeer is gebracht, tenzij"

Met "teeltmateriaal" is hier - mede gezien het Verdrag bescherming kweekprodukten, art. 6, lid 1 - bedoeld: "teeltmateriaal, afkomstig van het door de kweker gewonnen produkt".

Het Hof heeft ten onrechte niet vastgesteld, of Durieux in Frankrijk zodanig teeltmateriaal in het verkeer heeft gebracht.

Art. 29, lid 1, aanhef en onder a Zaaizaad- en Plantgoedwet luidt: ". . . . Het kwekersrecht wordt verleend, indien het ras: a) zich op het tijdstip van de indiening van de aanvraag tot verlening van kwekersrecht door een of meer van belang zijnde eigenschappen duidelijk onderscheidt van elk ander ras waarvan het bestaan op dat tijdstip algemeen bekend is,"

Wanneer niet kan worden vastgesteld, dat het door Durieux in Frankrijk in het verkeer gebrachte teeltmateriaal afkomstig is van het door Hofstede gewonnen produkt, komt de vraag aan de orde, of het andere ras van Durieux hetzij in Frankrijk aldus in het verkeer was gebracht, dat het algemeen bekend was geworden, hetzij die algemene bekendheid op andere gronden had verkregen.

Jacobus Gerardus Hofstede te Huissen, eiseres tot cassatie, advocaat Mr A. H. J. Wolf, tegen

B.V. Handelskwekerijen Klaas Visser te Aalsmeer c.s., verweersters in cassatie, advocaat Mr G. J. Schuurman.

a) Gerechtshof te 's-Gravenhage, 26 juni 1981 (Mr S. H. Sieperda, vice-president, Mr J. Post en Mr P. J. Bijleveld, raadsheren, Prof. Dr Ir G. J. Vervelde, eerste raad en Ir H. B. Goettsch, plv. raad).

Overwegende ten aanzien van het recht:

Blijkens de grieven [van Visser c.s., *Red.*], tezamen bezien, gaat het geschil in hoger beroep over de vraag of het ras Hoblanche als in de stukken omschreven moet worden aangemerkt als nieuw in de zin van artikel 29 van de Zaaizaad- en Plantgoedwet, nader aan te duiden als de Z.P.W.

Tussen partijen staan, voorzover in dit stadium van belang, de volgende feiten vast:

a) de aanvraag van geïntimeerde tot het verlenen van kwekersrecht werd ingediend op 21 maart 1975;

b) vanaf een tijdstip minder dan vier jaren voor de sub a) genoemde datum heeft de Franse kweker Durieux teeltmateriaal van een ras, dat zich niet door één of meer van belang zijnde kenmerken onderscheidt van het ras waarvoor het kwekersrecht werd aangevraagd, in Frankrijk in het verkeer gebracht, zonder zijnerzijds verklaring van kwekersrecht aan te vragen.

Niet is gesteld of gebleken dat Durieux, toen hij aldus dat teeltmateriaal in het verkeer bracht, enige bin-

*) Zie tevens *NJ* 1983, 44 (L.W.H.) (*Red.*).

ding of contact heeft gehad met geïntimeerde.

Nu partijen het over dat zich niet onderscheiden eens zijn, is aan het oordeel van het Hof onttrokken de beantwoording van de vraag of partijen en dientengevolge ook de Raad voor het Kwekersrecht in feite terecht van dat zich niet onderscheiden zijn uitgegaan.

Op grond van artikel 29 lid 3 aanhef van de Z.P.W. geldt als algemene regel dat een ras niet als nieuw wordt aangemerkt in de zin van de Z.P.W., indien daarvan op het tijdstip van de indiening van de aanvraag tot verlening van kwekersrecht reeds teeltmateriaal in het verkeer is gebracht. Deze regel is in het onderhavige geval in beginsel relevant gezien het hierboven sub b) gerelateerde feit. Vervolgens moet worden nagegaan of de uitzondering op deze regel als genoemd in artikel 29 lid 3 sub a) van de Z.P.W. van toepassing is. Laatstgenoemde bepaling is blijkens de vermelding in de tekst van het eraan voorafgaande woord "tenzij" duidelijk als uitzondering op de regel geformuleerd. De uitzondering houdt in dat een ras wel als nieuw wordt aangemerkt als het materiaal niet langer dan vier jaren geleden met toestemming van de aanvrager of zijn rechtverkrijgenden buiten Nederland in het verkeer werd gebracht.

Nu niet is gebleken dat tussen Durieux, toen hij het teeltmateriaal in het verkeer bracht, en geïntimeerde of diens rechtverkrijgende (zo die er mocht zijn geweest) enige binding of contact heeft bestaan, kan niet met recht gezegd worden dat Durieux met toestemming van geïntimeerde heeft gehandeld. Ook als men het begrip toestemming in artikel 29 lid 3 sub a) van de Z.P.W. ruim wil uitleggen in de zin van gedogen, geen bezwaar maken enz., dan moet er toch tenminste een direct of indirect contact hebben bestaan tussen geïntimeerde en Durieux waarbinnen die toestemming aan de orde is geweest.

Bij gebrek aan enig contact blijkt van "toestemming" in de zin van deze bepaling niet. De uitzondering is niet van toepassing zodat de hoofdregel geldt en derhalve het ras Hoblanche niet nieuw was.

Ook op grond van de parlementaire geschiedenis van de wet komt het Hof niet tot een ander oordeel.

De wetgever heeft bij het aanbrengen van de wijzigingen, die tot de huidige redactie van artikel 29 van de Z.P.W. hebben geleid, bedoeld het Verdrag tot bescherming van kweekprodukten d.d. 2 december 1961 te volgen. Voorzover van belang houdt het Verdrag onder meer de bepaling in, dat op het tijdstip waarop in een Unie-Staat bescherming wordt gevraagd, het nieuwe ras niet met toestemming van de kweker of zijn rechtverkrijgende, op het grondgebied van die Staat of, langer dan vier jaar geleden, op het grondgebied van enige andere Staat, ten verkoop mag zijn aangeboden of in de handel zijn gebracht.

Ook de Franse tekst van het Verdrag spreekt van "l'accord de l'obteneur ou de son ayant cause".

De bepaling van de Wet, zoals het Hof die opvat, is met tekst en strekking van het Verdrag geenszins in strijd. Het komt daarop neer, dat in beginsel teeltmateriaal van het ras niet eerder in het verkeer mag zijn gebracht, behoudens dat een kweker zonder zijn rechten te verliezen het materiaal gedurende een beperkte tijd in het buitenland mag beproeven.

Aan de tekst van artikel 33 van de Z.P.W. kan geen argument voor de opvatting van geïntimeerde worden ontleend. Immers dat artikel regelt de vraag wat er moet gebeuren als twee of meer personen onafhankelijk van elkaar op kwekersrecht aanspraak maken. Wordt de oudste aanvraag afgewezen, omdat de aanvrager niet gerechtigd is, dan staat genoemd artikel niet in de weg de aanvraag van de op een na oudste aanvrager na te gaan en zonodig te honoreren.

Uit het bovenstaande volgt dat het ras Hoblanche op 21 maart 1975 niet als nieuw kon worden aangemerkt.

Nu appellanten onbetwist hebben gesteld dat zij destijds van Durieux uitgangsmateriaal hebben gekregen en met de vermeerdering daarvan zijn begonnen en partijen het er over eens zijn dat dat teeltmateriaal was van een ras dat zich niet door één of meer van belang zijnde kenmerken onderscheidde van het ras Hoblanche, kunnen appellanten als belanghebbenden worden aangemerkt. Het vorenstaande brengt mee dat het inleidend verzoek had dienen te zijn toegewezen. De elfde grief, welke inhoudt dat dit verzoek ten onrechte werd afgewezen, is derhalve gegrond zodat de beschikking waarvan beroep moet worden vernietigd.

Rechtdoende in hoger beroep:

Vernietigt de beschikking waarvan beroep; en opnieuw rechtdoende:

Vernietigt het kwekersrecht verleend aan geïntimeerde bij beschikking van 21 december 1977;

Veroordeelt geïntimeerde in de kosten van het geding in eerste aanleg aan de zijde van appellanten begroot op f 2.500,- (. . .), en in hoger beroep tot op deze uitspraak aan de zijde van appellanten begroot op f 1.252,05 (. . .). Enz.

b) Cassatiemiddelen van B.V. Handelskwekerijen
Klaas Visser c.s.

I. Schending van het Nederlands Recht en/of verzuim van vormen, waarvan de niet-inachtneming uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of ten aanzien waarvan zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm, doordat het Gerechtshof heeft overwogen:

"Op grond van artikel 29 lid 3 aanhef van de Z.P.W. geldt als algemene regel dat een ras niet als nieuw wordt aangemerkt in de zin van de Z.P.W., indien daarvan op het tijdstip van de indiening van de aanvraag tot verlening van kwekersrecht reeds teeltmateriaal in het verkeer is gebracht. Deze regel is in het onderhavige geval in beginsel relevant gezien het hierboven sub b) gerelateerde feit. Vervolgens moet worden nagegaan of de uitzondering op deze regel als genoemd in artikel 29 lid 3 sub a) van de Z.P.W. van toepassing is. Laatstgenoemde bepaling is blijkens de vermelding in de tekst van het eraan voorafgaande woord "tenzij" duidelijk als uitzondering op de regel geformuleerd. De uitzondering houdt in dat een ras wel als nieuw wordt aangemerkt als het materiaal niet langer dan vier jaren geleden met toestemming van de aanvrager of zijn rechtverkrijgenden buiten Nederland in het verkeer werd gebracht.

Nu niet is gebleken dat tussen Durieux, toen hij het teeltmateriaal in het verkeer bracht, en geïntimeerde of diens rechtverkrijgende (zo die er mocht zijn geweest) enige binding of contact heeft bestaan, kan niet met recht gezegd worden dat Durieux met toestemming van geïntimeerde heeft gehandeld. Ook als men het begrip toestemming in artikel 29 lid 3 sub a) van de Z.P.W. ruim wil uitleggen in de zin van gedogen, geen bezwaar maken enz., dan moet er toch tenminste een direct of indirect contact hebben bestaan tussen geïntimeerde en Durieux waarbinnen die toestemming aan de orde is geweest.

Bij gebrek aan enig contact blijkt van "toestemming" in de zin van deze bepaling niet. De uitzondering is niet van toepassing zodat de hoofdregel geldt en derhalve het ras Hoblanche niet nieuw was".

Zulks ten onrechte en in strijd met het Nederlands Recht en met name met: Artikel 29 lid 3 aanhef en artikel 29 lid 3 sub a der Zaaizaad- en Plantgoedwet, omdat het Gerechtshof aan de betekenis van het bestanddeel c.q. zinsnede "met toestemming van de aanvrager" gekoppeld aan de in artikel 29 lid 3 sub a gestelde termijn c.q. zinsnede "niet langer dan 4 jaren geleden" een onjuiste interpretatie geeft.

Toelichting

Zowel de Raad voor het Kwekersrecht, als het Gerechtshof te 's-Gravenhage, zijn, gezien de overwegingen, met partijen van mening, dat artikel 29 lid 3 aanhef, en artikel 29 lid 3 sub a der Zaaizaad- en Plantgoedwet strekken ter uitvoering van artikel 6 lid 1 sub b, tweede zin van het Internationaal Verdrag tot Bescherming van Kweekprodukten d.d. 2 december 1961 (zgn. U.P.O.V.-Verdrag), en dat de Wetgever heeft bedoeld dit Verdrag te volgen.

Voor de goede orde zij nog vermeld, dat de Rijkswet tot goedkeuring van het Verdrag dateert van 6 oktober 1966, Stb. 422, en de Zaaizaad- en Plantgoedwet eveneens van 6 oktober 1966, Stb. 455, zodat, de data in aanmerking nemende, moet worden aangenomen, dat de Wetgever heeft beoogd te bepalen, hetgeen is neergelegd in artikel 6 lid 1, sub b, tweede zin, van het U.P.O.V.-Verdrag.

Zoals bovenstaand aangegeven is artikel 29 lid 3 aanhef en artikel 29 lid 3 sub a in overeenstemming met, althans heeft de Wetgever beoogd te bepalen, hetgeen is neergelegd in artikel 6 lid 1, sub b, tweede zin van het U.P.O.V.-Verdrag, hetwelk zegt:

“La nouvelle variété ne doit pas, au moment de la demande de protection dans un Etat de l'Union, avoir été offerte à la vente ou commercialisée, avec l'accord de l'obtenteur ou de son ayant cause, sur le territoire de cet Etat ni depuis plus de quatre ans sur le territoire de tout autre Etat”.

Taalkundig deze bepaling beschouwende, dan is de hoofdzin:

“La nouvelle variété ne doit pas avoir été offerte à la vente ou commercialisée sur le territoire de cet Etat, ni depuis plus de quatre ans sur le territoire de tout autre Etat”.

waarvan de Nederlandse vertaling luidt:

“Het nieuwe ras mag niet ten verkoop zijn aangeboden of in de handel zijn gebracht op het grondgebied van die Staat, noch sinds meer dan vier jaar op het grondgebied van enig andere Staat”.

“Die Staat” (cet Etat) heeft betrekking op “Un Etat de l'Union” in de bijzin:

“au moment de la demande de protection dans un Etat de l'Union”.

derhalve op de Unie-Staat, alwaar de aanvraag wordt c.q. is ingediend.

In die Staat (alwaar de aanvraag wordt c.q. is ingediend) mag, op het moment der aanvraag, geen teeltmateriaal in het verkeer zijn gebracht, noch sinds meer (d.i. LANGER GELEDEN) dan 4 jaar op het grondgebied van enig andere Staat.

Hieruit blijkt, dat de nieuwheid van een ras, waarvan geen teeltmateriaal in het verkeer is gebracht in het land van aanvraag, niet wordt geschaad, indien teeltmateriaal van het betreffende ras binnen de termijn van 4 jaar voor de datum van de indiening der aanvraag in enig andere Staat dan de Staat, alwaar de aanvraag heeft plaatsgevonden, in het verkeer is gebracht.

Een en ander wordt taalkundig duidelijk indien wij de bijzin:

“avec l'accord de l'obtenteur ou de son ayant cause” d.i. “met toestemming van de kweker of zijn rechtverkrigende” aan het begin van de Nederlandse tekst vermelden.

Alsdan luidt de Nederlandse vertaling:

“Met toestemming van de kweker of zijn rechtverkrigende mag het nieuwe ras, op het tijdstip waarop in een Unie-Staat de bescherming wordt aangevraagd, niet ten verkoop zijn aangeboden of in de handel zijn gebracht op het grondgebied van die Staat, noch sinds meer dan vier jaar op het grondgebied van enig andere Staat”.

A contrario geredeneerd kan deze bepaling ook als volgt worden gelezen:

“Zonder toestemming van de kweker of zijn rechtver-

krijgende mag het nieuwe ras, op het tijdstip waarop in een Unie-Staat de bescherming wordt gevraagd, wel ten verkoop zijn aangeboden of in de handel zijn gebracht op het grondgebied van die Staat dan wel binnen een periode van vier jaar op het grondgebied van enig andere Staat”.

Indien teeltmateriaal van het ras niet in het verkeer is gebracht in de Staat der aanvraag, doch wel binnen een periode van vier jaar op het grondgebied van enig andere Staat, wordt het ras als nieuw beschouwd, ongeacht of het in het verkeer brengen in die andere Staat geschiedt met of zonder toestemming van de aanvrager/kweker. Indien binnen 4 jaar zonder toestemming van de aanvrager/kweker teeltmateriaal in het verkeer is gebracht in enig andere Staat, dan de Staat der aanvraag, wil dit niet zeggen, dat dit nieuweheidschadend is, nog afgezien van de vraag, zoals in casu of er überhaupt al dan niet toestemming gegeven had kunnen worden.

De zinsnede (bijzin) “avec l'accord de l'obtenteur ou de son ayant cause” (TOESTEMMING) is derhalve uitsluitend van belang in die gevallen waarin blijkt, dat teeltmateriaal van een ras vóór de datum der aanvraag in de Staat der aanvraag in het verkeer is gebracht, dan wel langer dan 4 jaar geleden vóór de datum der aanvraag in enig andere Staat.

De nieuwheid van een ras wordt wel geschaad, indien teeltmateriaal met toestemming van de aanvrager/kweker vóór de datum van de indiening der aanvraag in het verkeer is gebracht, hetzij in het land van de aanvraag hetzij langer dan vier jaar geleden in enig ander land. De aanvrager/kweker heeft alsdan bewust zijn rechten met betrekking tot dat ras verspeeld c.q. verwerkt.

De Conventie geeft geen regeling voor het geval, dat zonder toestemming van de kweker/aanvrager van het kwekersrecht teeltmateriaal in het verkeer is gebracht. Zoals de Raad voor het Kwekersrecht dan ook terecht overweegt, spreekt de Conventie zich slechts uit over de gevolgen voor de nieuwheid, indien het ras met toestemming van de kweker of zijn rechtverkrigende vóór de indiening van de aanvraag ten verkoop aangeboden of in de handel is gebracht. Eiser in cassatie is het eens met het oordeel van de Raad, dat de ratio van deze bepaling is, dat een ras, dat door toedoen van de rechtmatige bezitter ervan in het land van de aanvraag, resp. langer dan 4 jaar in het buitenland is gecommercialiseerd voordat kwekersrecht ervoor is aangevraagd, niet meer voor kwekersrechtverlening in aanmerking komt.

Indien het in het verkeer brengen voor de datum van de indiening der aanvraag in het land der aanvraag, hetzij langer dan vier jaar geleden in enig ander land, zonder toestemming van de aanvrager/kweker wil dit echter niet zeggen, dat alsdan de aanvrager/kweker zijn rechten met betrekking tot dat ras zou hebben verspeeld.

De Conventie laat zich niet uit over specifieke gevallen, terwijl de Nederlandse Wetgever dit wel heeft gedaan, overigens zich richtende op één specifiek geval. De enige afwijking in artikel 29 lid 3 van artikel 6 lid 1 sub b van de Conventie, welke afwijking de Wetgever overigens niet in strijd achtte met de bepaling in de Conventie, is vervat in artikel 29 lid 3 sub b, welke bepaling blijkens de Memorie van Antwoord betrekking heeft op het geval van diefstal. In dit geval gaat het om een onrechtmatig handelen jegens de aanvrager, welk onrechtmatig handelen vanzelfsprekend uitdrukkelijk het ontbreken van toestemming zijdens de aanvrager impliceert. In dat geval heeft de Nederlandse Wetgever gemeend, dat het in het verkeer brengen van teeltmateriaal van het ras binnen een periode van vijf jaar vóór de datum van aanvraag mag hebben plaatsgevonden, ongeacht of dit is geschied in het land van de aanvraag, of in het buitenland.

Door de toevoeging van artikel 29 lid 3 sub b is de tekst van het gehele artikel 29 door de voortdurende dubbele ontkenningen niet helder geredigeerd.

In ieder geval dient geconcludeerd te worden, dat de

artt. 29 lid 3 aanhef en 29 lid 3 sub a in overeenstemming zijn met artikel 6 lid 1 sub b, tweede zin van het U.P.O.V.-Verdrag, en dat de artt. 29 lid 3 aanhef en 29 lid 3 sub a in samenhang met elkander dienen te worden beschouwd, en dat artikel 29 lid 3 sub b een afzonderlijke regeling inhoudt.

Artikel 29 lid 3 aanhef en artikel 29 lid 3 sub a zeggen:

“Een ras wordt niet als nieuw aangemerkt, indien daarvan op het tijdstip van de indiening van de aanvraag tot verlening van kwekersrecht reeds teeltmateriaal in het verkeer is gebracht,

tenzij:

(a) het in het verkeer brengen niet langer dan vier jaren geleden met toestemming van de aanvrager of zijn rechtverkrijgenden buiten Nederland plaatsvond”;

Indien men uit artikel 29 lid 3 sub a de zinsnede, in de Franse tekst van het U.P.O.V.-Verdrag de bijzin: “met toestemming van de aanvrager of zijn rechtverkrijgenden”, licht, dan wordt de uitzondering c.q. nuancering duidelijk. Zoals hierboven bij de bespreking van artikel 6 lid 1 sub b tweede zin van het U.P.O.V.-Verdrag reeds aangegeven is de zinsnede “met toestemming van de aanvrager of zijn rechtverkrijgenden” slechts van belang in die gevallen, waarin blijkt, dat teeltmateriaal van een ras vóór de datum der aanvraag in het verkeer is gebracht, dan wel langer dan 4 jaar geleden vóór de datum der aanvraag in enig andere Staat. Door plaatsing van de zinsnede “met toestemming van de aanvrager of zijn rechtverkrijgenden” in artikel 29 lid 3 sub a is omtrent de betekenis van deze zinsnede verwarring ontstaan, doch gezien het hierboven gerelateerde met betrekking tot artikel 6 lid 1 sub b, tweede zin, kan geen twijfel mogelijk zijn omtrent de betekenis hiervan, nu bedoelde zinsnede evenzeer betrekking heeft op het gestelde in artikel 29 lid 3 aanhef.

Niet logisch is de conclusie, dat, met inachtneming van verdere vereisten, het in het verkeer brengen “zonder toestemming” wel nieuwheidschadend zou zijn, en “met toestemming” niet.

II. Schending van het Nederlands Recht en/of verzuim van vormen, waarvan de niet-inachtneming met nietigheid is bedreigd of ten aanzien waarvan zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm, doordat het Gerechtshof heeft overwogen:

“Ook op grond van parlementaire geschiedenis van de Wet komt het Hof niet tot een ander oordeel”.

Zulks ten onrechte en in strijd met het Nederlands Recht en met name met: Artikel 29 lid 3 der Zaaizaad- en Plantgoedwet.

Toelichting

De Wetsgeschiedenis is duidelijk blijkens de Memorie van Antwoord blz. 11 l. en r. (door appellanten bij pleitnota in eerste aanleg overgelegd; Gecit. Ed. S & J, 3e druk, blz. 36 en 37).

“Het derde en vierde lid geven *nadere* inhoud aan het begrip nieuwheid zodat dit tot dusverre in art. 38 (nieuw art. 29) en voor in het buitenland gekweekte rassen in art. 124 (nieuw art. 29) was geregeld, echter aangepast aan hetgeen de Conventie daaromtrent bepaalt.

Het samenvoegen van de artt. 38 en 124 is nodig geworden omdat de Conventie toelaat voor het eerst kwekersrecht te vragen in een ander land dan waar het ras is gewonnen. Hoofddregel blijft, dat op het moment van de aanvraag geen teeltmateriaal in het verkeer mag zijn gebracht. Art. 124 bevatte een uitzondering op deze hoofdregel voor in het buitenland gekweekte rassen, die hier te lande nog geacht werden nieuw te zijn, indien daarvan niet langer dan 3 jaar geleden reeds teeltmateriaal in het land van oorsprong in het verkeer was gebracht.

Ingevolge de Conventie dient deze uitzondering nu ook te gelden voor in Nederland gekweekte rassen, waarvan in het buitenland reeds teeltmateriaal in het verkeer is gebracht, terwijl de driejarige termijn door de Conventie op 4 jaar is bepaald. Aldus kan voor een hier te lande gewonnen ras, waarvoor in Nederland geen, doch elders wel belangstelling blijkt te bestaan, ook al is elders reeds teeltmateriaal in het verkeer gebracht, in Nederland alsnog kwekersrecht worden verkregen”.

Uitdrukkelijk wordt verwezen naar de hierboven geciteerde en onderstreepte [hier: cursieve, Red.] tekst van de Memorie van Antwoord. Praktisch impliceert datgene wat aldaar gesteld wordt het volgende:

Door de hier voorgestelde wijziging werd de mogelijkheid geopend voor in Nederland gekweekte rassen reeds elders binnen een termijn van 4 jaar voor datum aanvraag tot verlening van kwekersrecht in Nederland teeltmateriaal in het verkeer te brengen zonder dat dit nieuwheidschadend is. Ingevolge art. 124 Oorspronkelijk Ontwerp gold dit reeds voor in het buitenland gekweekte rassen, waarvoor in Nederland kwekersrecht wordt aangevraagd.

III. Schending van het Nederlands Recht en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming uitdrukkelijk met nietigheid is bedreigd of ten aanzien waarvan zodanige nietigheid voortvloeit uit de aard van de niet in acht genomen vorm, doordat het Gerechtshof heeft overwogen:

“De bepaling van de Wet, zoals het Hof die opvat, is met tekst en strekking van het Verdrag geenszins in strijd. Het komt daarop neer, dat in beginsel teeltmateriaal van het ras niet eerder in het verkeer mag zijn gebracht, behoudens dat een kweker zonder zijn rechten te verliezen het materiaal gedurende een beperkte tijd in het buitenland mag beproeven”.

Zulks ten onrechte en in strijd met het Nederlands Recht en met name met: Artikel 29 lid 3, en artikel 29 lid 4 der Zaaizaad- en Plantgoedwet.

Toelichting

Het Gerechtshof stelt dat het in het buitenland in het verkeer brengen van teeltmateriaal binnen de termijn als bedoeld in artikel 29 lid 3 sub a slechts mag geschieden ter beproeving, terwijl beproeving in de Staat der aanvraag (c.q. Nederland) nieuwheidschadend zou zijn.

Het Gerechtshof geeft hier blijk van een opvatting, welke onjuist is, want deze opvatting is niet in overeenstemming met de tekst en strekking van zowel het Verdrag als de Wet.

Immers uit artikel 29 lid 3 blijkt, dat de nieuwigheid van een ras niet geschaad wordt indien teeltmateriaal van het ras in het buitenland in het verkeer wordt gebracht met inachtneming van de in dat artikel gestelde vereisten.

Daarentegen geeft artikel 29 lid 4 een afzonderlijke regeling, waarin wordt bepaald, dat de nieuwigheid van een ras niet wordt aangetast door het verstrekt zijn van (teeltmateriaal van) een ras ter beproeving.

Artikel 29 lid 4 der Zaaizaad- en Plantgoedwet zegt: “Het feit, dat een ras reeds aan anderen ter beproeving is verstrekt, ter inschrijving is aangeboden of reeds is ingeschreven in een officieel register kan niet aan de kweker van dat ras of zijn rechtverkrijgende worden tegengeworpen”.

De Wetgever heeft in deze bepaling aan het “ter beproeving verstrekken van (teeltmateriaal van) een ras” géén beperkingen verbonden ten aanzien van de termijn, waarin zulks geschiedt, of het land, waarin zulks geschiedt, dan wel door wie deze beproeving geschiedt.

In artikel 29 lid 4 is dan ook geen sprake van een “in het verkeer brengen” als bedoeld in artikel 29 lid 3, en omgekeerd in artikel 29 lid 3 is geen sprake van het “ter beproeving verstrekken” als bedoeld in artikel 29 lid 4.

Ook het U.P.O.V.-Verdrag is in deze duidelijk. In artikel 6 lid 1 sub b 1e zin wordt gezegd: "Le fait pour une variété d'avoir figuré dans les essais, d'avoir été présentée à l'inscription ou inscrite à un registre officiel, ne peut pas être opposé à l'obtenteur de cette variété ou à son ayant cause",

waarvan de vertaling luidt:

"Het feit, dat een ras reeds opgenomen is geweest in proeven, of is aangeboden ter inschrijving of reeds is ingeschreven in een officieel register, kan niet worden tegenovergesteld aan de kweker van dit ras of zijn rechtverkriggende".

Er is hier evenmin bedoeld een "avoir été offerte à la vente ou commercialisée", als bedoeld in artikel 6 lid 1 sub b, tweede zin van het Verdrag. Enz.

c) Conclusie van de Advocaat-Generaal Mr A. M. Biegan-Hartogh.

Op grond van art. 35 van de Zaaizaad- en Plantgoedwet (ZPW, uitgave Schuurman en Jordens no 163-I, 1980) heeft eiser tot cassatie Hofstede op 21 maart 1975 een aanvraag ingediend tot verkrijging van kwekersrecht op het ras "Hoblanche" van het gewas begonia Eliator hybriden (een enkelvoudige witte begonia), welk recht hem op 21 december 1977 werd verleend. Verweerders in cassatie beschikten toen over eenzelfde witte begonia, waarvan zij echter het uitgangsmateriaal hadden betrokken van de Franse kweker Durieux, die dit materiaal had gekweekt en sinds 1974 in het verkeer gebracht. Toen Hofstede verweerders attent maakte op het hem verleende kwekersrecht, dienden zij een verzoek in tot nietigverklaring daarvan op grond van art. 54 ZPW, welk verzoek door de Raad voor het Kwekersrecht te Wageningen werd afgewezen, maar door het Gerechtshof te 's-Gravenhage, Kamer voor het Kwekersrecht, werd ingewilligd.

Tegen 's Hof's beslissing worden drie cassatiemiddelen aangevoerd die alle opkomen tegen 's Hof's interpretatie van art. 29 lid 3 aanhef en sub a ZPW: middel I op grond van taalkundige betogen, middel II op grond van de wetsgeschiedenis, en middel III op grond van het verband van art. 29 lid 3 ZPW met art. 6 lid 1 aanhef en sub b, tweede zin, van het Internationaal verdrag tot bescherming van kweekprodukten (Schuurman en Jordens no 163-II).

De Zaaizaad- en Plantgoedwet (hierna aan te duiden met ZPW, wet van 6 oktober 1966 S. 455, kamerstukken 5332, zie Dorhout Mees-Van Nieuwenhoven Helbach II, 1974 nrs 270 e.v., Drucker-Bodenhausen-Wichers Hoeth 1976 p. 66 e.v.) verving het Kwekersbesluit 1941, en is blijkens de M.v.A. p. 3 voor zover nog nodig aangepast aan het Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekprodukten (opgesteld door l'Union pour la protection des obtentions végétales, afgekort: UPOV), nader te noemen het Verdrag (Parijs, 2 december 1961, *Trb.* 1962, 21, Nederlandse tekst in *Trb.* 1962, 117, nadere gegevens in *Trb.* 1968, 122, goedgekeurd bij Rijkswet van 6 oktober 1966 S. 442, kamerstukken 7160 (R 340), in Nederland op 10 augustus 1968 in werking getreden). Het Verdrag is gewijzigd bij Aanvullende Akte van 10 november 1972 (S & J 163-II p. 59 e.v.) en bij Herzienne Akte, Genève, 23 oktober 1978, Franse en Engelse tekst te vinden in *Trb.* 1979, 75, Engelse tekst in S & J 163-II p. 76 e.v., Nederlandse vertaling in *Trb.* 1979, 158, welke wijzigingen m.i. echter voor ons onderwerp niet van belang zijn. Ter uitvoering van het Verdrag hebben de aangesloten landen hun wetgeving aangevuld of aangepast; zo Nederland bij de ZPW, het Verenigd Koninkrijk bij The Plant Varieties and Seeds Act 1964, nader te noemen de Act 1964, *Halsbury's Statutes of England*, 3rd ed. vol. 1 p. 630 e.v. (waarover P. W. Murphy in (1979) *EIPR* 236 en Gerald Dworkin in (1982) 1 *EIPR* 11), Frankrijk bij wet no 70-489 van 11 juni 1970 (waarover Manfred Groszhauser in *Gewerblicher Rechtsschutz und*

Urheberrecht (GRUR) Int. 1972 S. 15-17), de Bondsrepubliek Duitsland bij het "Sortenschutzgesetz" en het "Saatgutverkehrsgesetz", beide wetten van 20 mei 1968, resp. *BGBI.* 1.429 en *BGBI.* 1.444 (waarover H. Leszmann in *Der Betrieb*, 1980 S. 577-580), de Verenigde Staten bij wet van 24 december 1970 Public Law 91-577 - 84 Stat. 1542, ook gepubliceerd in *La Propriété industrielle* 1972 p. 166 e.v. (waarover S. F. Rollin op p. 176 e.v. van genoemd tijdschrift), en zie nog over het Italiaans recht Lodo Lodi in hetzelfde blad 1976 p. 189-204.

Met de vermelding van deze gegevens is uiteraard geen volledigheid beoogd; ik heb slechts even wat nadruk willen leggen op het internationale aspect van de litigieuze materie.

Het kwekersrecht is één van de industriële eigendomsrechten (zie Van Nieuwenhoven Helbach a.w. nrs 1-6, 9 en 10, en vergelijk de preambule van de Engelse wet: "An Act to provide for the granting of proprietary rights to persons who breed or discover plant varieties . . ."); het vertoont nauwe verwantschap met het octrooirecht, maar men heeft aan een afzonderlijke regeling de voorkeur gegeven boven het octrooierbaar maken van kweekprodukten, onder meer vanwege de verschillen in de aard van de te beschermen voorwerpen (ZPW M.v.T. p. 17 l.k., S & J no 163-I p. XXII e.v., Van Nieuwenhoven Helbach nrs 270, 271).

Uit de aard van het kwekersrecht vloeit voort dat de wettelijke bescherming alleen toekomt aan degene die door eigen kweekarbeid een nieuw ras heeft gewonnen (zie art. 30 ZPW, de artikelen 1 en 6 Verdrag, waarover Rijkswet M.v.T. p. 3 ad art. 6, vergelijk ook van bovengenoemde Act s. 2 (2)).

Het viel mij op dat de term "nieuw ras" soms in tweeërlei zin wordt gebruikt, en wel in de betekenis van: een ras dat anders is dan, zich onderscheidt van, reeds bestaande rassen (art. 29 lid 1 sub a ZPW en art. 6 lid 1 sub a Verdrag, verg. *Plant Varieties and Seeds Tribunal* 25 september 1975, *Fleet Street Patent Law Reports (FSR)* (1976) 95), alsook in de zin van: een ras dat voor het eerst is gewonnen (art. 29 lid 3 aanhef ZPW en art. 6 lid 1 sub b, 2de zin Verdrag). De M.v.T. (p. 22 l.k. midden) echter acht het zich onderscheiden van andere rassen alleen bepalend voor de vraag, of een groep van planten als zelfstandig ras kan worden aangemerkt, en niet voor de nieuwigheid ervan, en ik zal dan ook de term "nieuw ras" uitsluitend in laatstgenoemde betekenis gebruiken. Aan de door art. 29 lid 1 en 2 ZPW aan het ras gestelde eisen kan ik voorbijgaan (zie omtrent het vereiste van voldoende onderscheid HR 19 april 1974, *NJ* 1974, 498 L.W.H. [*Bijblad I.E.* 1975, nr 28, blz. 160. *Red.*]), nu hierover tussen partijen geen verschil van mening bestaat. Het criterium voor de nieuwigheid van een ras geeft art. 29 lid 3 aanhef: een ras wordt niet als nieuw aangemerkt indien daarvan op het tijdstip van de indiening van de aanvraag tot verlening van kwekersrecht reeds teeltmateriaal in het verkeer is gebracht, en dit ongeacht of dit in het verkeer brengen in Nederland of elders plaatsvond (M.v.T. p. 22 l.k. en p. 35 r.k. ad art. 124).

Uit de aard van het te beschermen kweekprodukt vloeit voort dat op de hoofdregel van art. 29 lid 3 aanhef enkele uitzonderingen moesten worden toegelaten. In het oorspronkelijke wetsontwerp waren dat er drie. In de eerste plaats schijnt het makkelijker te zijn teeltmateriaal van een te velde staand gewas te bemachtigen dan een voorwerp uit een fabriek; ter bescherming van de kweker tegen diefstal of verduistering is dan ook bepaald (wetsontwerp art. 38 lid 2, zie M.v.T. p. 22 l.k., thans art. 29 lid 3 aanhef en sub b) dat indien een ander dan de kweker zonder diens toestemming teeltmateriaal in het verkeer heeft gebracht minder dan 5 jaar voor de aanvraag, dit aan de "nieuwigheid" van het ras niet kan afdoen. Ten tweede is het noodzakelijk dat een kweker in staat wordt gesteld praktijkervaring op te doen met

het nieuwe ras alvorens kwekersrecht aan te vragen (vergelijk de "test or trials" in Schedule 2 Part 2, para 2 (4) en (5) (b) Act a.w. p. 676). Daarom bepaalde art. 38 lid 3 ontwerp dat onder "in het verkeer brengen" niet wordt verstaan het ter beproeving aan anderen verstrekken van teeltmateriaal, zodat deze handeling evenmin aan de "nieuwheid" in de weg kon staan. Nu de huidige wet (art. 2) "in het verkeer brengen" omschrijft als "voor de eerste maal verhandelen", dat is "te koop aanbieden, verkopen en afleveren", behoeft het ter beproeving verstrekken (thans art. 29 lid 4 ZPW) m.i. niet meer als een uitzondering op de regel van art. 29 lid 3 aanhef te worden beschouwd.

De derde uitzondering was in het oorspronkelijk ontwerp neergelegd in art. 124 (zie M.v.T. p. 35 r.k.): ook buitenlandse kwekers mogen eerst enige ervaring met hun rassen opdoen, en dit zelfs door "in het verkeer brengen", mits in hun eigen land en niet langer dan drie jaar vóór de aanvraag, zonder dat dit een in Nederland aan hen te verlenen kwekersrecht kan schaden. Dit artikel 124 is ter gelegenheid van de aanpassing van het wetsontwerp aan de bepalingen van het Verdrag ingevoegd in art. 37, thans art. 29 ZPW (zie M.v.A. 5332 p. 11 ad art. 37, tweede alinea). "Hoofregel blijft, dat op het moment van de aanvraag geen teeltmateriaal van het ras in het verkeer mag zijn gebracht", maar de uitzonderingsbepaling van art. 124 heeft een ruimer bereik gekregen: niet alleen kunnen buitenlandse kwekers voor in hun eigen land gewonnen, en aldaar reeds (minder dan drie, thans vier, jaar tevoren) in het verkeer gebracht teeltmateriaal in Nederland kwekersrecht krijgen, maar nu geldt deze uitzondering ook voor in Nederland gekweekte rassen, waarvan in het buitenland reeds teeltmateriaal in het verkeer is gebracht (vergl. mutatis mutandis, de Act 1964 Sch. 2 Part II para 2 (2)). "Aldus kan voor een hier te lande gewonnen ras, waarvoor in Nederland geen, doch elders wel belangstelling blijkt te bestaan, ook al is elders reeds teeltmateriaal in het verkeer gebracht, in Nederland alsnog kwekersrecht worden verkregen" (M.v.A. p. 11 r.k. bovenaan). Het Nader V.V. (5332 no 11 p. 2 ad art. 29 lid 3) geeft blijk van enige onvrede hieromtrent, welke door de M.v.A. op dit Nader V.V. (no 12 p. 2 r.k. ad art. 29 lid 3) wellicht niet geheel is weggenomen. De betekenis van deze, thans in art. 29 lid 3 sub a ZPW neergelegde en zowel voor buitenlandse als voor Nederlandse kwekers geldende, uitzondering is naar mijn mening deze, dat aan het verlenen van kwekersrecht níét in de weg kan staan het feit, dat door de kweker of met zijn toestemming op het tijdstip van de aanvraag reeds teeltmateriaal in het verkeer is gebracht, mits dit plaatsvond in het buitenland en minder dan vier jaar tevoren.

En daarmee zijn wij beland bij het verschil van mening tussen partijen, en ook tussen Rechtbank [lees: Raad voor het Kwekersrecht, *Red.*] en Hof, betreffende de juiste betekenis van art. 29 lid 3 aanhef en sub a ZPW. Het Hof is er van uitgegaan dat de Nederlandse kweker Hofstede voor zijn in Nederland gewonnen ras kwekersrecht heeft aangevraagd op een tijdstip dat teeltmateriaal van eenzelfde witte begonia reeds in Frankrijk in het verkeer was gebracht, echter niet door of met toestemming van Hofstede, maar door de Franse kweker Durieux die geen binding of contact met Hofstede heeft gehad. Het Hof beschouwt – terecht m.i. gezien de aard van het kwekersrecht – art. 29 lid 3 aanhef als algemene regel, waarop het in lid 3 sub a vermelde een uitzondering vormt. Aangezien het elders in het verkeer brengen, anders dan lid 3 sub a eist, niet met toestemming van de aanvrager geschiedde, acht het Hof de uitzondering niet van toepassing, zodat de hoofregel gelding behoudt en derhalve het ras Hoblanche niet als nieuw kan worden aangemerkt.

Zoals boven vermeld komt de bescherming van de ZPW slechts toe aan de winner van een *nieuw* ras, en niet aan degene die ongelukkigerwijs een ras kweekt

soortgelijk aan een ras dat een ander vóór hem heeft gewonnen, waarbij het nieuw-zijn wordt getoetst aan het, op het tijdstip van de aanvraag, in het verkeer zijn van teeltmateriaal. Op deze regel bestaan (thans nog slechts) twee uitzonderingen die men nodig achtte met het oog op de bijzondere aard van het te beschermen voortbrengsel en in verband met de aanpassing aan het Verdrag.

In *middel I* wordt naar het mij voorkomt dan ook miskend, dat de eis van toestemming van de kweker tot het buiten Nederland in het verkeer brengen van teeltmateriaal dient om het geval dat de kweker (zelf, of door middel van anderen) aldaar de nodige ervaring met het door hem gekweekte ras wil opdoen, te kunnen onderscheiden van het geval dat een ander dan degene die aanspraak maakt op het kwekersrecht reeds buiten Nederland teeltmateriaal in het verkeer heeft gebracht. In het laatste geval kan het exclusieve recht naar het mij voorkomt niet worden verleend, omdat het ras dan niet als nieuw kan worden aangemerkt; althans indien men het kwekersrecht – zoals m.i. behoort – uit internationaal oogpunt beziet (vergl. echter de boven geciteerde beslissing Plant Trib. 25 september 1975 *FSR* (1976) 98 en 101).

(De Afdeling van Beroep van de Raad voor het Kwekersrecht beschouwt een ras – in casu van het gewas kalanchoë – evenmin als nieuw in de zin van art. 29 lid 3 aanhef ZPW, indien enkele maanden vóór het indienen van de aanvraag tot verlenen van kwekersrecht door de aanvrager zelf teeltmateriaal van die kalanchoë in Nederland te koop is aangeboden, zie de beschikking van 19 maart 1981, *Publikatieblad van de Raad voor het Kwekersrecht* 16 mei 1981 no 168 p. 12 e.v., waarover K. A. Fikkert in *Zaadbelangen* jrg. 35, 1981, p. 166 e.v.).

Art. 33 ZPW, waarop door eiser tot cassatie eveneens een beroep wordt gedaan, regelt de situatie dat twee kwekers min of meer terzelfdertijd maar onafhankelijk van elkaar een zelfde nieuw ras hebben gewonnen, en beiden aanspraak op verlening van kwekersrecht kunnen maken, hetgeen betekent, naar ik meen, dat door geen van beide kwekers nog teeltmateriaal in het verkeer is gebracht, behoudens de uitzonderingen genoemd in art. 29 lid 3 sub a en b. Ook voor een beroep op art. 33 ZPW moet, dunkt mij, voldaan zijn aan het vereiste van art. 29 lid 3, en nu dit in casu niet het geval is, kan ook art. 33 ZPW eiser niet baten.

's Hof's overwegingen op p. 6 en p. 7, eerste twee alinea's, van zijn arrest lijken mij dan ook juist, en middel I derhalve ongegrond.

Middel II richt zich tegen 's Hof's overweging (p. 7, derde alinea) betreffende de parlementaire geschiedenis van de wet, en citeert daarbij de M.v.A. p. 11 r.k. bovenaan (S & J no 163-I p. 36/37). De zinsnede "ook al is elders reeds teeltmateriaal in het verkeer gebracht", mag echter naar mijn mening niet anders worden gelezen dan aangevuld met de woorden "door of met toestemming van de aanvrager", zoals ook in de tekst van art. 29 lid 3 sub a staat. Het Verdrag, waarop de ZPW is geënt, heeft immers de strekking de internationale bescherming van het recht van de kweker op door hem gekweekte nieuwe plantensoorten te regelen (S & J 163-II p. 7), en met deze strekking lijkt het mij bepaald niet in overeenstemming, indien een Nederlander kwekersrecht zou kunnen krijgen op een ras dat reeds door een andere kweker in het buitenland is gewonnen en in het verkeer gebracht.

Daarmede is tevens aangegeven dat naar mijn inzicht ook *middel III* vergeefs wordt voorgesteld, voor zover het 's Hof's opvatting omtrent art. 29 lid 3 ZPW in strijd met het Verdrag acht.

Voor zover het middel nog stelt dat het Hof beproeving in de Staat der aanvraag nieuwheidschadend zou oordelen, gaat het m.i. uit van een verkeerde lezing van de betreffende rechtsoverweging (arrest p. 7, één na

laatste alinea). Het schijnt mij toe dat deze overweging slechts is toegesneden op de feiten van het onderhavige geval, en dat het Hof daarmee niet in het algemeen te kennen heeft willen geven dat een kweker zonder zijn rechten te verliezen het materiaal *uitsluitend* in het buitenland mag beproeven. Mogelijk is ook dat het Hof met het woord "beproeven" doelde op "ervaring opdoen met het ras" welke term werd gebezigd in de M.v.T. p. 35 r.k., in welk verband het Nader Voorlopig Verslag, no 11 p. 2 l.k. ad art. 29 lid 3, eveneens van "beproeving" spreekt. Dit ervaring opdoen vormde immers de ratio van art. 124 oorspronkelijk ontwerp, dat later met art. 38 (oud) werd samengevoegd tot thans art. 29 (zie M.v.A. p. 11 l.k.). Overigens heeft eiser bij dit middel geen belang, nu 's Hof's oordeel voldoende wordt gestaafd door de overwegingen die vergeefs — naar mijn mening — in de middelen I en II worden aangevallen.

Daar ik geen van de drie middelen gegrond acht, moge ik concluderen tot verwerping van het beroep, met veroordeling van eiser tot cassatie in de kosten. Enz.

d) Aanvullende conclusie van de Advocaat-Generaal Mr A. M. Biegman-Hartogh.

Nu inmiddels te mijner beschikking zijn gekomen de "Actes des Conférences internationales pour la protection des obtentions végétales 1957-1961 en 1972", de "Records of the Geneva diplomatic conference on the revision of the international convention for the protection of new varieties of plants 1978", beide uitgaven van de UPOV te Genève, resp. van 1974 en 1981, en het op 30 juni 1982 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal ingediende wetsontwerp no 17483 tot Goedkeuring van de herziening van het Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekproducten (*Trb.* 1981, 205) en wijziging van de Zaaizaad- en Plantgoedwet, zou ik in deze zaak nog enkele aanvullende opmerkingen willen maken.

Uit de beraadslagingen voorafgaande aan het tot stand komen van bovenbedoeld Verdrag blijkt, dat de bescherming alleen toekomt aan degene die een nieuw ras heeft gekweekt, zie Actes p. 25 l.k. Points 4° en 5°: "Les délégations se mettent d'accord sur le fait que, pour qu'une variété puisse être protégée, elle doit répondre aux critères suivants: — possibilité d'être distinguée, par des caractères précis, de toute autre variété;", zie ook p. 27 r.k. sub 5. Het Comité van Experts (zie p. 32 r.k.) acht dan ook een goede definitie van "nieuwheid" onontbeerlijk, en daarbij moet tot uitdrukking komen zowel het verschil tussen de nieuwe variëteit en reeds bestaande variëteiten, als de mogelijkheid om dit verschil exact te definiëren. Daartoe stelt men zich verschillende vragen (p. 33 l.k.): "Par rapport à quoi une variété sera-t-elle nouvelle? Par rapport à n'importe quelle variété du monde entier ou seulement à celles qui sont connues dans les pays de l'Union, ou même dans le pays dans lequel la nouveauté a été obtenue? Le tout est de fixer un principe permettant de dire par rapport à quoi une obtention sera nouvelle et qui permette de faire des comparaisons avec des variétés existantes Faut-il parler de variétés "connues", mais que signifie le mot connu? Faut-il parler de variétés existantes? Le terme "connu" pourrait être admis s'il était assorti de commentaires explicatifs: une variété connue est une variété dont l'existence est notoire dans quelque pays que ce soit". Het voorontwerp, voor zover hier van belang, luidt (zie artikel 4 (1) op p. 41 l.k.): "L'obtenteur d'une nouveauté végétale peut obtenir la protection prévue par la présente Convention lorsque les conditions suivantes sont remplies: b) La nouveauté doit pouvoir être distinguée nettement de toute variété dont l'existence est notoirement connue. Cette notoriété peut être établi par diverses références telles que: inscription sur un registre officiel".

Of een kweekprodukt nieuw is, wordt dus beoordeeld aan de hand van de vraag of het anders is dan bestaande variëteiten, en vervolgens wordt een criterium gezocht, niet voor het nieuw zijn van de "nouveauté", maar voor het bekend zijn van reeds bestaande rassen (vergl. deze conclusie p. 3/4). Zie ook het Rapport du Président du Comité d'experts (p. 70 r.k.): "Les experts ont entendu poser le principe de la nouveauté absolue, c'est-à-dire que toute nouvelle variété doit pouvoir être distinguée d'une variété existant déjà en tant que telle". Toutefois, reconnaissant la difficulté pratique que pourrait rencontrer dans certains cas l'application de ce principe, ils se sont limités au critère de notoriété". Het bekend zijn van een variëteit kan op verschillende wijzen worden aangetoond, onder meer door het ingeschreven zijn in een rassenregister. Echter, aan de nieuwheid van een kweekprodukt mag de inschrijving ervan niet in de weg staan, zolang er maar geen commercialisering (Nederlands: in het verkeer gebracht zijn) heeft plaats gehad (zie p. 58 l.k.). Vervolgens krijgt het nog niet in het verkeer gebracht zijn aandacht in de commentaren (zie p. 78 r.k., p. 80 r.k. en p. 109 r.k.); dit vereiste wordt ook in het Verdrag neergelegd (zie p. 135/136), en wel als een uitzondering op een uitzondering. Art. 6 (1) noemt de voorwaarden waarop de kweker van een nieuwe variëteit van de bescherming van het Verdrag kan genieten, te weten, dat zijn produkt moet kunnen worden onderscheiden van alle andere variëteiten waarvan het bestaan bekend is; deze bekendheid kan worden gestaafd door o.m. het reeds plaats hebben van handel of de inschrijving in een rassenregister. Uitzondering sub b): het feit van de inschrijving in een register van zijn eigen ras kan aan de kweker niet worden tegengeworpen, echter, uitzondering op de uitzondering, wèl het in de handel gebracht zijn van zijn ras.

Ter gelegenheid van de op 23-10-1978 tot stand gekomen wijziging van het Verdrag is als criterium ter onderscheiding van het nieuwe ras van reeds bestaande rassen het reeds in het verkeer gebracht zijn van uitzondering-op-uitzondering geworden tot hoofdregel (vergelijk p. 6/7 van deze conclusie), op welke hoofdregel weer bepaalde uitzonderingen voor proefnemingen e.d. worden toegelaten, zie *Records UPOV* 1981 p. 23 ontwerp art. 6 met de Explanatory Notes, welk artikel na beraadslagingen (p. 150 e.v.) onveranderd in het gewijzigd Verdrag is opgenomen.

Gezien het bovenstaande ben ik thans, anders dan — in navolging van de MvT — in deze conclusie op p. 3/4 werd vermeld, van mening dat het verschillend zijn van reeds bestaande rassen wel degelijk (mede) bepalend is voor het nieuw zijn van het ras, vereist voor het verkrijgen van kwekersrecht. Uitgangspunt bij het tot stand brengen van het Verdrag was immers het verschil tussen het nieuwe produkt en reeds bestaande rassen, waarna men op zoek ging naar mogelijkheden en maatstaven om dit verschil te kunnen vaststellen.

Ten aanzien van het wetsontwerp Zaaizaad- en Plantgoedwet nog het volgende. De tekst van art. 29 lid 3 ZPW ontwerp luidt, voor zover thans van belang: "Een ras wordt niet als nieuw aangemerkt, indien op het tijdstip van de indiening van de aanvraag tot verlening van het kwekersrecht: a. het ras met toestemming van hem, die het ras door eigen kweekarbeid heeft gewonnen in Nederland reeds in het verkeer is gebracht; c. het ras langer dan vier jaar geleden met toestemming van hem die het ras door eigen kweekarbeid heeft gewonnen buiten Nederland in het verkeer is gebracht". De MvT (17483 no 3 p. 9/10) vermeldt hieromtrent o.m.: ". . . . beoogt het wetsontwerp een wijziging aan te brengen, opdat artikel 29, derde lid, duidelijker dan thans het geval is, tot uitdrukking brengt dat het in het verkeer brengen van een ras met toestemming van de kweker ervan bepalend is voor de nieuwheid van het ras.

Het verdrag stelt in art. 6, eerste lid, sub b, als voor-

waarde voor de kwekersrechtverlening dat het ras niet met toestemming van de kweker in het land van de aanvraag of langer dan een bepaalde periode in het buitenland mag zijn verhandeld (In de MvT op de ZPW) staat voorop het beginsel "dat het ras slechts geacht wordt nieuw te zijn, indien daarvan noch in Nederland, noch elders teeltmateriaal in het verkeer is gebracht op het tijdstip van de indiening der aanvraag". . . . Hoewel de toelichtingen op de wet in overeenstemming zijn met het in het verdrag vervatte beginsel, kan de formulering van art. 29, derde lid, aanleiding geven tot twijfel omtrent de overeenstemming met het verdrag in dezen. Met name indien het ras waarop de aanvraag betrekking heeft ook door een andere kweker dan de aanvrager is ontwikkeld en door laatstbedoelde niet langer dan vier jaren, voorafgaande aan de aanvraagdatum, in het buitenland in het verkeer is gebracht, lijkt deze bepaling te kunnen inhouden dat het ras, in verband met de Nederlandse aanvraag, niet meer als nieuw kan worden aangemerkt. In het onderhavige wetsontwerp wordt derhalve voorgesteld in art. 29, derde lid, het in het verkeer brengen van het ras in het buitenland te relateren aan de toestemming van hem, die het ras door eigen kweekarbeid heeft gewonnen, in plaats van aan die van de aanvrager. Hiermee wordt bereikt dat, voor de beoordeling van de nieuwheid, ook de gevolgen van de verhandeling van het ras door een kweker, niet zijnde de aanvrager, duidelijk omschreven zijn".

Wellicht had men bij het schrijven van deze toelichting reeds het oog op het thans door Uw Raad te be-rechten geschil. Ik moet echter bekennen, dat in het licht van de boven summier weergegeven geschiedenis van het Verdrag op dit punt een en ander voor mij niet duidelijker is geworden. De voorgestelde wijziging immers zou, naar ik meen, kunnen betekenen dat de omstandigheid dat het ras reeds bekendheid heeft doordat een andere kweker dan de aanvrager het (minder dan 4 jaar tevoren) in het buitenland in het verkeer heeft gebracht, geen beletsel is voor het in Nederland verlenen van kwekersrecht; maar komt men dan niet in strijd met het in art. 29 lid 1 aanhef en sub a. ZPW gestelde vereiste dat het ras zich moet onderscheiden van elk ander ras, waarvan het bestaan op het tijdstip van de aanvraag algemeen bekend is? Mij schijnt het toe dat niet het derde, maar het eerste lid van art. 29 ZPW verduidelijking behoeft zolang aldaar niet is overgenomen de in art. 6(1)a van het Verdrag voorkomende zinsnede: "Deze algemene bekendheid kan worden gestaafd door bijvoorbeeld te verwijzen naar: teelt of handel die reeds plaats vindt".

Wat zou het anders ook voor zin hebben zoveel aandacht te wijden aan de criteria voor de "onderscheidbaarheid" van andere rassen, wanneer uitsluitend de vraag of de kweker/aanvrager zijn produkt al eerder in het verkeer heeft gebracht, aan het hem verlenen van kwekersrecht in de weg zou kunnen staan? Zie ook de overweging omtrent onderdeel 3 in HR 19-4-1974 NJ 1974, 498 L.W.H.

Ter vergelijking laat ik hier volgen wetsteksten (voor zover i.c. van belang) van drie eveneens bij de UPOV aangesloten landen:

1. Bondsrepubliek Duitsland, "Sortenschutzgesetz" van 20-5-1968 BGB1 I.429, "Par. 2 Neuheit. (1) Eine Sorte ist neu, wenn sie sich durch wenigstens ein Merkmal von jeder anderen Sorte deutlich unterscheidet, die im Zeitpunkt der Anmeldung zum Sortenschutz vorhanden und allgemein bekannt ist. (2) Eine andere Sorte wird insbesondere dann als allgemein bekannt angesehen, wenn sie bereits in einem öffentlichen Register eingetragen oder wenn Vermehrungsgut der Sorte bereits gewerbsmässig vertrieben worden ist (3) Der Neuheit einer Sorte steht nicht entgegen, dass sie selbst allgemein bekannt ist, es sei denn, dass im Zeitpunkt der Anmeldung zum

Sortenschutz Vermehrungsgut mit Zustimmung des Sorteninhabers bereits im Geltungsbereich dieses Gesetzes oder seit mehr als vier Jahren ausserhalb dieses Gebiets gewerbsmässig vertrieben worden ist".

2. Frankrijk, Loi no 70-489 du 11 juin 1970 *Journal Officiel* 5435, "Art. 1^{er}. - Pour l'application de la présente loi, est appelée "obtention végétale" la variété nouvelle: Qui se différencie des variétés analogues déjà connues Art. 7. - N'est pas réputée nouvelle l'obtention qui, en France ou à l'étranger, et antérieurement à la date du dépôt de la demande, a reçu une publicité suffisante pour être exploitée Toutefois ne constitue en aucun cas une divulgation de nature à détruire la nouveauté de la variété, son utilisation par l'obteneur dans des essais ou expérimentations 3. België, Loi sur la protection des obtentions végétales, 20 mai 1975, (*Moniteur*, 5 septembre), "Art. 4 § 1^{er}. Une variété est nouvelle lorsque elle se distingue nettement de toute autre variété dont l'existence, au moment où la protection est demandée, est notoirement connue. Cette notoriété peut être établie par diverses références telles que: culture ou commercialisation déjà en cours § 2. Le fait pour une variété d'avoir figuré dans des essais ne peut être opposé à l'obteneur de cette variété § 3. . . . une variété n'est pas considérée comme nouvelle si, au moment de la demande, elle se trouve, avec l'accord de l'obteneur dans le commerce en Belgique ou, depuis plus de quatre ans, dans le commerce à l'étranger".

Gelet op bovenvermelde gegevens meen ik, dat het onderhavige geschil niet alleen aan de hand van lid 3 van art. 29 ZPW (art. 6(1)b van het Verdrag) maar met name eveneens van lid 1 van art. 29 aanhef en sub a. (art. 6(1)a van het op dit punt in 1978 ongewijzigd gebleven Verdrag) moet worden beoordeeld. Ook in deze opvatting echter heeft het Hof het verzoek van verweerders in cassatie tot vernietiging van het aan eiser verleende kwekersrecht terecht ingewilligd, zodat ik blijf bij mijn conclusie tot verwerping van het beroep.

e) De Hoge Raad, enz.

1. Het geding in feitelijke instanties

Verweersters (Klaas Visser c.s.) hebben zich op 5 november 1979 gewend tot de Raad voor het Kwekersrecht met het verzoek een in het verzoekschrift nader omschreven kwekersrecht, verleend aan eiser tot cassatie (Hofstede), nietig te verklaren.

Nadat Hofstede tegen dat verzoek verweer had gevoerd, heeft de Raad voor het Kwekersrecht bij uitspraak van 25 augustus 1980 het verzoek afgewezen.

Tegen deze uitspraak hebben Klaas Visser c.s. hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage.

Bij arrest van 26 juni 1981 heeft het Hof de uitspraak van de Raad voor het Kwekersrecht vernietigd en het verzoek alsnog toegewezen.

Het arrest van het Hof, waarin zijn opgenomen de overwegingen van de Raad voor het Kwekersrecht, is aan dit arrest gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het Hof heeft Hofstede beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Klaas Visser c.s. hebben geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen bepleit door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal Biegman-Hartogh strekt tot verwerping van het beroep. De conclusie is aan dit arrest gehecht.

3. Beoordeling van de middelen

3.1 Het gaat in deze zaak om een verzoek tot nietigverklaring als bedoeld in artikel 54 leden 1 en 2 van de Zaaizaad- en Plantgoedwet (de wet) van een kwekersrecht, verleend aan Hofstede voor een ras, genaamd

Hoblanche, zijnde – kort gezegd – een wit begonia ras. Het Hof heeft de nietigverklaring uitgesproken op de grond dat het desbetreffende ras niet nieuw was.

In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan. De aanvraag van Hofstede tot het verlenen van kwekersrecht werd ingediend op 21 maart 1975. Vanaf een tijdstip minder dan vier jaren voor genoemde datum heeft de Franse kweker Durieux in Frankrijk teeltmateriaal in het verkeer gebracht van een ras waarvan het ras waarvoor het kwekersrecht door Hofstede werd aangevraagd zich niet door een of meer van belang zijnde eigenschappen duidelijk onderscheidde (een en ander in de zin van artikel 29 lid 1, onder a, van de wet). Het Hof, te dezen artikel 29 lid 3, aanhef, toepasselijk oordelend, stelt vast dat bedoeld in het verkeer brengen niet plaatsvond met "toestemming" van Hofstede als bedoeld in artikel 29 lid 3, onder a.

3.2 De cassatiemiddelen richten zich met verschillende klachten tegen 's Hof's uitleg van artikel 29 van genoemde wet. Deze wet is tegelijk aangenomen met de Rijkswet tot goedkeuring van het Verdrag tot bescherming van kweekprodukten van 1961. Blijkens de memorie van antwoord betreffende de Zaaizaad- en Plantgoedwet heeft de wetgever in wat het huidige artikel 29 is geworden, het wetsontwerp aangepast aan artikel 6 van het Verdrag. Artikel 29 zal dan ook moeten worden gelezen tegen de achtergrond van dit verdragsartikel.

Het stelsel van artikel 6 van het Verdrag komt, voor zover thans van belang, op het volgende neer. Artikel 6 lid 1 onder a bepaalt dat het nieuwe ras zich duidelijk moet onderscheiden van elk ander ras (de toute autre variété), waarvan het bestaan op het tijdstip van de aanvraag tot bescherming algemeen bekend is (est notoirement connue). Het voorschrift vervolgt dan in de Franse tekst: "Cette notoriété peut être établie par diverses références telles que: (...) commercialisation déjà en cours (...)".

Een en ander betekent dat het door de kweker gewonnen ras moet worden vergeleken met alle andere ten tijde van de aanvraag bestaande rassen die algemeen bekend zijn en dat, als zich daaronder een ras bevindt waarvan, kort gezegd, het door de kweker gewonnen ras zich niet duidelijk onderscheidt, laatstbedoeld ras niet voor bescherming in aanmerking komt. Voorts: dat "commercialisation" kan meebrengen dat het bestaan van dat – in de vergelijking betrokken – andere ras "notoirement connue" is. Het Verdrag spreekt geheel in het algemeen van "commercialisation", zodat daaronder in beginsel ook begrepen is "commercialisation" die in een ander land dan het land waarin de bescherming wordt gevraagd, heeft plaatsgevonden.

3.3 Artikel 6 lid 1 onder b van het Verdrag geeft uitsluitend regels die betrekking hebben op de vraag wat de kweker of zijn rechtverkrijgende, wil hij zijn recht op het verkrijgen van een kwekersrecht niet verspelen, zich wel en niet kan permitteren met betrekking tot het door de kweker gewonnen ras. De tweede zin onder b betreft het ten verkoop aanbieden of in de handel brengen van het door de kweker gewonnen ras, een en ander voor zover deze handelingen worden verricht "avec l'accord de l'obtenteur ou de son ayant cause". De bepaling geeft aan wanneer zij hun recht verspelen: a) als met hun toestemming op het grondgebied van de Staat waar de aanvraag wordt gedaan, het ras ten verkoop is aangeboden of in de handel gebracht, en b) als dat met hun toestemming langer dan vier jaar geleden op het grondgebied van enige andere Staat heeft plaatsgevonden. In dit laatste ligt besloten dat dergelijke handelingen, op het grondgebied van een andere Staat verricht met toestemming van de kweker, aan deze laatste niet kunnen worden tegengeworpen zolang zij niet langer dan vier jaar geleden hebben plaatsgevonden.

3.4 In het licht van dit systeem moet artikel 29 van de wet worden bezien. Het eerste lid vermeldt de criteria

waaraan een nieuw ras moet voldoen, wil daarvoor kwekersrecht worden verleend. De bepaling onder a noopt tot vergelijking van het ras waarvoor kwekersrecht wordt aangevraagd met andere rassen, waarvan het bestaan op het van belang zijnde tijdstip "algemeen bekend" is. Deze bepaling komt overeen met de eerste alinea van artikel 6 lid 1 onder a van het Verdrag.

In het derde lid van artikel 29 van de wet gaat het niet om de vraag of het ras waarvoor bescherming wordt gevraagd, zich door een of meer eigenschappen duidelijk onderscheidt van elk ander ras waarvan het bestaan algemeen bekend is – die vraag wordt door artikel 29 lid 1 onder a aan de orde gesteld – maar om de vraag wat, kort gezegd, de gevolgen zijn voor de kweker als teeltmateriaal afkomstig van het door zijn kwekerwerk gewonnen produkt in het verkeer is gebracht. Het gaat daar dus uitsluitend om de materie, geregeld in artikel 6 lid 1 onder b, tweede zin, van het Verdrag. Daarvoor zijn ook, behalve de uitgesproken bedoeling van de wetgever om artikel 29 te doen aansluiten bij artikel 6 van het Verdrag, aanknopingspunten te vinden in de wetsgeschiedenis. In het bijzonder is hier van belang artikel 38 van het oorspronkelijk ontwerp, dat in zijn eerste lid bepaalde: "Een ras wordt als nieuw aangemerkt, indien (...) daarvan geen teeltmateriaal in Nederland of elders in het verkeer is gebracht". Deze bepaling had blijkens de memorie van toelichting de strekking dat de kweker ervoor moet zorgen dat teeltmateriaal van "zijn" ras niet in handen van derden komt. De uitzondering, vervat in het tweede lid van artikel 38, in essentie overeenkomend met het huidige artikel 29 lid 3 onder b, ziet blijkens de memorie van toelichting op het geval dat "ook bij de grootste mogelijke zorgvuldigheid van de kweker" derden teeltmateriaal "van zijn ras in handen krijgen en dit in het verkeer brengen. Men denke aan diefstal of aan het geval, dat degene, aan wie een kweker (...) uitsluitend voor beproefing teeltmateriaal heeft verstrekt, hiervan zonder diens toestemming aan derden aflevert" (5322, Nr 3, blz. 22, linker kolom).

Een en ander leidt tot de conclusie dat met de woorden "indien daarvan (...) reeds teeltmateriaal in het verkeer is gebracht" in artikel 29 lid 3, aanhef, is bedoeld: "indien reeds teeltmateriaal afkomstig van het door de kweker gewonnen produkt in het verkeer is gebracht".

3.5 Uit het vorenstaande volgt dat artikel 29 lid 3, aanhef, alleen dan op het in het verkeer brengen van teeltmateriaal door Durieux in Frankrijk toepasselijk zou zijn, indien het daarbij ging om teeltmateriaal afkomstig van het door de kwekerwerk van Hofstede gewonnen produkt. Dit is echter niet door het Hof vastgesteld.

Het Hof heeft kennelijk deze vaststelling voor de toepassing van artikel 29 lid 3, aanhef, onnodig geoordeeld. Dat betekent dat het Hof is uitgegaan van een onjuiste opvatting omtrent de betekenis van genoemde bepaling, zodat de middelen, voor zover zij daarover klagen, gegrond zijn.

's Hof's arrest kan dus niet in stand blijven. De Hoge Raad zal de zaak naar hetzelfde Hof verwijzen.

3.6 Partijen zullen na de verwijzing hun stellingen kunnen aanpassen aan het hierboven geschetste systeem. Wanneer niet kan worden vastgesteld dat het door Durieux in Frankrijk in het verkeer gebrachte teeltmateriaal afkomstig is van het door de teeltarbeid van Hofstede gewonnen produkt, is voor toepassing van artikel 29 lid 3, aanhef, geen plaats. In dat geval moet het ervoor worden gehouden dat het door Durieux in het verkeer gebracht teeltmateriaal betrekking heeft op een "ander ras" in de zin van artikel 29 lid 1, onder a. Dit brengt mee dat alsdan de vraag aan de orde komt, of dat "andere ras" hetzij in Frankrijk aldus in het verkeer was gebracht dat het daardoor op het tijdstip waarop Hofstede het omstreeden kwekersrecht aanvroeg "algemeen bekend" was geworden in de zin van laatstgenoemde wetsbepaling, hetzij die algemene bekendheid

op andere gronden had verkregen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de bestreden uitspraak;

verwijst de zaak naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage, zitting houdende en uitspraak doende als omschreven in artikel 61 lid 1 van de Zaaizaad- en Plantgoedwet, ter verdere behandeling en afdoening;

veroordeelt verweersters in de kosten van het geding in cassatie, tot aan deze uitspraak aan de zijde van Hofstede begroot op f 643,70 aan verschotten en f 2.000,— voor salaris. Enz.

Nr 41. United States Bankruptcy Court, District of New Jersey, te Trenton, 24 september 1982.

(Remington-US v. BSI)

Richard W. Hill, Bankruptcy Judge.

Know-how in een Nederlands faillissement.)*

(Amerikaans) internationaal privaatrecht.

Het bedrijf van de gefailleerde Remington(-Holland) BV is door de curatoren met toestemming van de rechter-commissaris als 'going concern' aan BSI verkocht. De verkoop omvat mede know-how, welke door Remington-US aan haar dochteronderneming Remington-Holland was gelicentieerd, onder het beding van beëindiging van de licentie (o.m.) in geval van faillissement. De vraag of deze verkoop door de curatoren rechtsgeldig kon plaats hebben, wordt beoordeeld naar Nederlands recht; de vraag of er sprake is van een onrechtmatige daad van BSI jegens Remington-US naar Amerikaans en Nederlands recht.

Art. 1401 Burgerlijk Wetboek.

Gesteld al dat er sprake zou zijn van onjuist handelen van de curatoren in het faillissement van Remington-Holland jegens Remington-US, dan zou onrechtmatig handelen van BSI jegens Remington-US tenminste nog veronderstellen dat BSI van zo'n wanprestatie wist. Deze wetenschap bij BSI is niet komen vast te staan. Zij is niet gegeven door het enkele feit dat de directeur van BSI ten tijde van de koopovereenkomst met de curatoren, dezelfde persoon is die voor Remington-Holland tevoren het licentiecontract met dier moeder-nootschap Remington-US tekende.

Artt. 20, 26 en 37 Faillissementswet.

Ervan uitgaande dat in Nederland op know-how geen rechten bestaan met eenzelfde absoluut karakter als octrooien of auteursrechten, en in aanmerking nemende dat het blindelings gevolg geven aan een beëindigingsbeding in ieder rechtstelsel afbreuk zou doen aan de strekking van het faillissement, is aanneemelijk dat de Nederlandse faillissementsrechter hieraan voorbijgaat ('ignores') en dat in casu de know-how deel uitmaakte van de boedel van Remington-Holland.

Art. 37 Faillissementswet doet hieraan niet af. Niet gebleken is dat Remington-US ten tijde van het faillissement van Remington-Holland deze bepaling heeft ingeroepen. Ook overigens mist art. 37 in casu toepassing,

**) De behandeling van deze zaak in het US Bankruptcy Court heeft niet te maken met het faillissement van Remington(-Holland) BV in Nederland, doch met de omstandigheid dat de Amerikaanse eiseres in deze procedure in de V.S. ten tijde van die procedure in surséance van betaling verkeerde (Red.).*

nu dit artikel betrekking heeft op overeenkomsten die door beide partijen niet ten volle zijn nagekomen. Remington-US had haar verplichtingen uit de licentie-overeenkomst echter geheel vervuld, nu Remington-Holland in feite over alle know-how beschikte.

Derhalve hebben de curatoren naar behoren gehandeld door mede de know-how aan BSI te verkopen.

Remington Rand Corporation, eiseres, attorney Richard C. Woodbridge, counsels James C. McConnon, Louis J. Virelli Jr., Frederic W. Neitzke, William H. Eilberg en William E. Ball te Philadelphia,

tegen

1) Business Systems Incorporated (BSI),

2) Frank Capodanno,

3) Arthur Barber,

verschenen gedaagden, attorney Murray J. Laulich, counsels Standish F. Medina Jr., Nicole A. Gordon, Steven Klugman, Alan M. Cohen, Jeffrey A. Jannuzzo en Arthur D. Gray te New York.

Opinion respecting plaintiff's application for a preliminary injunction.

I. Introduction to the opinion

On March 28, 1981 plaintiff Remington-Rand and three of its affiliate corporations filed petitions for relief under Chapter 11 of the Bankruptcy Code. (. . .) At or about the same time the Dutch and Italian affiliates of these debtors also filed proceedings under the bankruptcy laws in their respective countries.

Essentially, the Remington corporations located in the United States were involved with the sale of an electromechanical ball typewriter, the Remington SR-101 (hereinafter the typewriter). The Italian affiliate was involved in the assembly of this typewriter. The Dutch affiliate manufactured components and assembled the typewriter. There was, in a sense, a symbiotic relationship between the American and the foreign corporations. The Italian and Dutch affiliates substantially relied upon the American affiliates for sales. (. . .) The American corporations relied upon the Dutch and Italian affiliates for product.

The precipitating cause of this lawsuit was the destruction of this symbiotic relationship. Whereas the plaintiff and the three American affiliates filed a plan of reorganization which was ultimately confirmed on or about May 26, 1981, the Dutch subsidiary was adjudicated a bankrupt under Dutch law. On June 4, 1981, its means of production was sold to one of the defendants in this litigation, BSI, which now manufactures a typewriter identical to the Remington SR-101. With one exception, not here relevant, BSI has not sold typewriters to Remington, United States. Remington, United States, is for all intents and purposes out of product. BSI, by contrast, is attempting to develop a sales organization in the United States to sell and distribute typewriters identical to those formerly made and sold by Remington affiliates. Thus, the seeds for a lawsuit.

A. The players

Because of the complexity of this matter, it is necessary at the outset to provide a reference to the key players in this litigation.

Corporate entities

Business Systems Incorporated, (BSI) B.V., a Netherlands corporation, a defendant in this litigation

Cited as

BSI Office Equipment, Incorporated, a Delaware corporation, a nonparty and a wholly-owned subsidiary of BSI (. . .)

BSI or BSI-U.S. when a distinction is necessary

Remington Rand Corporation,

Remington or