

vonnis

IX

RECHTBANK DEN HAAG

Team handel
Zittingsplaats Den Haag

Kamer voor het kwekersrecht

zaaknummer / rolnummer: C/09/439370 / HA ZA 13-312

Vonnis van 24 juni 2015

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
ENZA ZADEN BEHEER B.V.,
gevestigd te Enkhuizen,
eiseres,
advocaat: mr. F.S.G. Tuinzing-Westerhuis te Amsterdam,

tegen

2. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
WESTLAND SEEDS B.V.,
gevestigd te Honselersdijk,

gedaagden,
advocaat mr. J.P. Heering te Den Haag.

Eiseres zal hierna Enza worden genoemd. Gedaagden zullen hierna gezamenlijk (in mannelijk enkelvoud) c.s. worden genoemd, en afzonderlijk Westland

De zaak is voor Enza behandeld door mr. H.W. Wefers Bettink, advocaat te Amsterdam en de advocaat voornoemd, en voor Van der Heiden c.s. door mr. T.F.W. Overdijk, advocaat te Amsterdam.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 1 maart 2013 met de producties 1 tot en met 25;
- de conclusie van antwoord van 12 juni 2013 met de producties 1 tot en met 3;
- het tussenvonnis van 10 juli 2013 waarbij een comparitie van partijen is gelast;
- de akte houdende overlegging producties, tevens akte houdende wijziging althans vermeerdering c.q. aanvulling van de (gronden van) eis van 9 februari 2015, met de producties 26 tot en met 29;
- de akte houdende overlegging aanvullende producties namens c.s. van 9 februari 2015, met de producties 4 tot en met 19;

- de aanvullende proceskostenopgave namens Enza (productie 30);
- de aanvullende proceskostenopgave namens c.s. (productie 20);
- het proces-verbaal van comparitie van 9 februari 2015, met daaraan gehecht de pleitnotities van partijen waarin de niet-gepleite delen zijn doorgehaald.

1.2. Ten slotte is de datum voor vonnis nader bepaald op heden.

2. De feiten

2.1. Enza is een zaadveredelingsbedrijf. Zij is houdster van het communautaire kwekersrecht met betrekking tot het paprikaras met aanduiding OP 0802, verleend op 18 april 2011 op grond van Verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht (GKVo).

2.2. OP 0802 is de vaderlijn van de door Enza op de markt gebrachte F1-hybride rode blokpaprikarassen Spider, Cupra en Ferrari. Zaad- en/of plantmateriaal van het ras OP 0802 is niet in de markt verkrijgbaar.

2.3. is op 1 augustus 1990 onder een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd als assistent-veredelaar in dienst getreden bij de rechtsvoorganger van Enza (hierna: de arbeidsovereenkomst). Vervolgens heeft hij de functies veredelaar, senior veredelaar en uiteindelijk Crop Breeding Manager Paprika bekleed. heeft in die hoedanigheid bijgedragen aan de ontwikkeling van F1-hybride paprikarassen van Enza en de ouderlijnen daarvan, waaronder OP 0802. had uit hoofde van zijn functie toegang tot de ouderlijnen van Enza. Op 14 februari 2007 is het dienstverband van op zijn eigen verzoek beëindigd.

2.4. Artikel 5 van de arbeidsovereenkomst (hierna: het geheimhoudingsbeding) luidt als volgt:

“De werkne(e)m(st)er is verplicht tot geheimhouding - ook na beëindiging van het dienstverband - van alle bedrijfsaangelegenheden in de ruimste zin, welke hem/haar inzake Enza Zaden, De Enkhuizer Zaadhandel B.V., alsmede zakelijke relaties van Enza Zaden, De Enkhuizer Zaadhandel B.V., ter kennis komen. Onder bedrijfsaangelegenheden worden onder andere verstaan bijzonderheden omtrent producten, werkwijzen, verdelingslijnen, namen en/of adressen van leveranciers en afnemers, alsmede alle zaken, waarvan hij/zij redelijkerwijs kan begrijpen, dat geheimhouding van belang is.”

Artikel 6 lid 1 van de arbeidsovereenkomst (hierna: het concurrentiebeding) luidt als volgt:

“Het is de werkne(e)m(st)er verboden om binnen een periode van één jaar na beëindiging van de arbeidsovereenkomst een dienstbetrekking te aanvaarden bij een bedrijf of instelling gericht op de veredeling en selectie en/of verkoop van groentezaden. Het is de werkne(e)m(st)er gedurende deze periode tevens verboden om de door hem/haar bij de werkgever opgedane specialistische kennis, hetzij direct of indirect, hetzij voor zichzelf of voor derden aan te wenden.”

2.5. Op 16 februari 2007 heeft zich als eenmanszaak ingeschreven bij de Kamer van Koophandel. Hij heeft vervolgens als consultant werkzaamheden voor derden verricht, onder meer voor Enza. De werkzaamheden voor Enza heeft hij tot 1 januari 2009 verricht onder twee aansluitende overeenkomsten van opdracht.

2.6. Westland is opgericht op 16 september 2008 en legt zich toe op het ontwikkelen, produceren en verhandelen van zaden, in het bijzonder van paprika. Enig aandeelhouder en bestuurder van Westland is Westland Seeds Holding B.V. Enig aandeelhouder en bestuurder van Westland Seeds Holding is

2.7. Van der Heiden is op enig moment na beëindiging van zijn dienstverband bij Enza veredelingswerkzaamheden voor Westland en/of () gaan verrichten. Momenteel werkt hij nog steeds samen met Westland.

2.8. Op 29 september 2008, 12 december 2008, respectievelijk 31 december 2008 heeft Westland zeventien aanvragen voor een Nederlands kwekersrecht bij de Raad voor plantensoorten (hierna: de Raad) ingediend. Deze aanvragen, nummers PPS 1057 t/m 1063, 1085 t/m 1091 en 1095 t/m 1097, hebben alle betrekking op F1-hybride paprikarassen, waaronder de rassen WT 8106 en WT 0007.

2.9. Westland heeft in oktober 2008 zaden van het ras WT 8106 geleverd aan Kwekerij de Wieringermeer en biedt de zaden thans wereldwijd te koop aan, onder meer op haar website www.westlandseeds.nl.

2.10. Bij beschikking van 22 juni 2010 (zaaknummer/ rekestnummer 360243 / HA RK 10-96) heeft de rechtbank Den Haag een voorlopig getuigenverhoor gelast. Het getuigenverhoor was door Enza verzocht om bewijs te verzamelen over onder meer het gebruik door Van der Heiden van geheime bedrijfsinformatie van Enza na afloop van zijn dienstverband. Op 22 november 2010 en 19 april 2011 heeft het verhoor van de getuigen () plaatsgevonden ten overstaan van de rechter-commissaris.

2.11. Op de kwekersrechtenaanvraag van Westland met betrekking tot het ras WT 8106, ingediend op 29 september 2008 (aanvraagnummer PPS 1058), is kwekersrecht verleend bij beslissing van de Raad van 21 februari 2013. Op de door Enza in de verleningsprocedure opgeworpen bedenkingen met betrekking tot de vraag of WT 8106 door eigen kweekeerij van Van der Heiden is verkregen, overwoog de Raad als volgt:

"a.) zijn de betreffende ouderlijnen gebruikt door Westland Seeds B.V. (in dat geval is sprake van inbreuk op het kwekersrecht van Enza Zaden B.V.), of is een hiervan afgeleide variant gebruikt (in dit geval is geen inbreuk gemaakt op het kwekersrecht van Enza Zaden B.V.).

De Raad overweegt dat deze vraag niet met voldoende zekerheid kan worden beantwoord. Het gebruik van de ouderlijn(en) van Enza Zaden B.V. kan in ieder geval niet zonder meer gesteld en/of ontkend worden, te meer daar de hybride zich onderscheidt van de rassen van Enza Zaden B.V.

b) het (vermeende) gebruik van de ouderlijnen van Enza Zaden B.V. door Westland Seeds B.V. kon ook tijdens de hoorzitting op 18 januari jl. niet met voldoende zekerheid aangetoond worden door het onderzoeksstation Naktuinbouw."

2.12. Op de kwekersrechtenaanvraag van Westland met betrekking tot het ras WT 0007, ingediend op 31 december 2008 (aanvraagnummer PPS 1097), is kwekersrecht verleend bij beslissing van de Raad van 12 februari 2014. Enza heeft hiertegen bezwaar gemaakt. Bij besluit, kennelijk bij vergissing gedateerd 31 oktober 2015 en aan Enza toegezonden bij brief van 3 november 2014, heeft de Raad zijn besluit heroverwogen en de verlening ingetrokken omdat niet langer aannemelijk was dat het ras WT 0007 door eigen kweekeerij van Westland was verkregen.

2.13. Enza heeft in 2011 Naktuinbouw opdracht gegeven een onderzoek uit te voeren waarbij het ras WT 8106 en sibs (inteeplanten) van dat ras in morfologisch en genotypisch opzicht zijn vergeleken met onder meer rassen en ouderlijnen van Enza. In de "Project Rapportage VT11-003" gedateerd 6 februari 2013 (productie 19 Enza, hierna: het WT 8106-rapport) is het volgende vermeld:

"Bijgaande rapportage bevat een onderzoeksverslag van een genotypische en morfologische vergelijking van een aantal paprika rassen, waaronder het ras 'Spider', 'Cupra' en 'Ferrari' van ENZA Zaden Beheer B.V., het ras in aanvraag 'WT 8106' van Westland Seeds, alsmede een viertal kwekersrechtelijk beschermde ouderlijnen van ENZA (OP 0802, OP 0961, OP 0633 en OP 1076) en sibs (inteeplanten) van het paprikaras 'WT8106' van Westland Seeds.

(...)

De onderzoeksvraag is of genotypische en/of fenotypisch kan worden vastgesteld dat één van de beschermde ouderlijnen van ENZA is gebruikt voor de productie van het ras in aanvraag 'WT8106'."

Onder "Eindconclusie en Discussie" is vermeld:

"• Uit het genotypische onderzoek volgt dat de 3 inteeplanten uit 'WT8106' (monster afkomstig uit Korea, PPS 511-330, PPS 511-378 en PPS 511-385) een zeer nauwe verwantschap vertonen met het identiteitsmonster van de ouderlijn OP 0802. Daarnaast zijn deze drie inteeplanten, in de uitgevoerde proef, morfologisch niet voldoende onderscheidbaar van het identiteitsmonster van OP 0802 (monster geleverd door Naktuinbouw).

• Uit het genotypische onderzoek en de morfologische vergelijking kunnen we concluderen dat bovengenoemde inteeplanten uit 'WT8106' (PPS 511-330, PPS 511-378 en PPS 511-385) voldoende onderscheidbaar zijn van alle andere ouderlijnen (OP 0961, OP 0633 en OP 1076) en referentierassen waaronder het ras 'Spider', 'Cupra' en 'Ferrari' van ENZA en het ras 'WT8106' die zijn gebruikt in dit onderzoek.

(...)

Beantwoording onderzoeksvraag:

Op basis van de in dit rapport beschreven resultaten van zowel morfologisch als genotypisch onderzoek is het hoogst waarschijnlijk dat de beschermde ouderlijn OP 0802 van ENZA is gebruikt voor de productie van het ras in aanvraag 'WT8106'."

3. Het geschil

3.1. Enza vordert, na eiswijziging - zakelijk en verkort weergegeven - bij vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

op grond van kwekersrechtinbreuk

primair:

1. te verklaren voor recht dat Westland en/of door het voortbrengen of vermenigvuldigen (vermeerdering), het conditioneren ten behoeve van de vermeerdering, te koop aanbieden, verkopen of op andere wijze in de handel brengen, uitvoeren uit de Europese Unie, invoeren in de Europese Unie en/of opslaan voor één van deze doeleinden van componenten of oogstmateriaal (hierna: voorbehouden handelingen) van het ras OP 0802 (WT 8106 sib), waaronder onder meer het herhaald gebruik voor de productie van

24 juni 2015

het hybride ras WT 8106, inbreuk maken op het communautaire kwekersrecht van Enza met betrekking tot het ras OP 0802;

2. te verklaren voor recht dat Westland en/of [] door het verrichten van voorbehouden handelingen met het hybride ras WT 8106 (voor de productie waarvan herhaald gebruik van het ras OP 0802 vereist is), inbreuk maken op het communautaire kwekersrecht van Enza met betrekking tot het ras OP 0802;
3. Westland en/of [] te verbieden inbreuk te maken op het communautaire kwekersrecht van Enza met betrekking tot het ras OP 0802, in het bijzonder door voorbehouden handelingen te verrichten met componenten of oogstmateriaal van het beschermde ras OP 0802 en/of van het hybride ras WT 8106, waaronder onder meer het herhaald gebruik van het ras OP 0802 voor de productie van het hybride ras WT 8106;

subsidiair:

4. te verklaren voor recht dat Westland en/of [] door het verrichten van voorbehouden handelingen met het niet van OP 0802 te onderscheiden ras WT 0007 (WT 8106 sib), waaronder onder meer het herhaald gebruik voor de productie van het hybride ras WT 8106, inbreuk maken op het communautaire kwekersrecht van Enza met betrekking tot het ras OP 0802;
5. te verklaren voor recht dat Westland en/of [] door het verrichten van voorbehouden handelingen met het hybride ras WT 8106 (voor de productie waarvan herhaald gebruik van het niet van het ras OP 0802 te onderscheiden ras WT 0007 vereist is), inbreuk maken op het communautaire kwekersrecht van Enza met betrekking tot het ras OP 0802;
6. Westland en/of [] te verbieden inbreuk te maken op het communautaire kwekersrecht van Enza met betrekking tot het ras OP 0802, in het bijzonder door voorbehouden handelingen te verrichten met componenten of oogstmateriaal van het niet van OP 0802 te onderscheiden ras WT 0007 en/of van het hybride ras WT 8106, waaronder onder meer het herhaald gebruik van het niet van OP 0802 te onderscheiden ras WT 0007 voor de productie van het hybride ras WT 8106;

meer subsidiair:

7. te verklaren voor recht dat Westland en/of [] door het verrichten van voorbehouden handelingen met het van OP 0802 afgeleide ras WT 0007 (WT 8106 sib), waaronder onder meer het herhaald gebruik voor de productie van het hybride ras WT 8106, inbreuk maken op het communautaire kwekersrecht van Enza met betrekking tot het ras OP 0802;
8. te verklaren voor recht dat Westland en/of [] door het verrichten van voorbehouden handelingen met het hybride ras WT 8106 (voor de productie waarvan herhaald gebruik van het van OP 0802 afgeleide ras WT 0007 vereist is), inbreuk maken op het communautaire kwekersrecht van Enza met betrekking tot het ras OP 0802;
9. Westland en/of [] te verbieden inbreuk te maken op het communautaire kwekersrecht van Enza met betrekking tot het ras OP 0802, in het bijzonder door voorbehouden handelingen te verrichten met componenten of oogstmateriaal van het van OP 0802 afgeleide ras WT 0007 (WT 8106 sib) en/of van het hybride ras WT 8106, waaronder onder meer het herhaald gebruik van het van OP 0802 afgeleide ras WT 0007 voor de productie van het hybride ras WT 8106;

op grond van wanprestatie / onrechtmatige daad

10. te verklaren voor recht dat [] tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst met Enza, door overtreding van

zijn geheimhoudingsverplichtingen, door zich bedrijfsvertrouwelijke materialen van Enza (waaronder materiaal van het ras OP 0802, althans materiaal van rassen en/of lijnen die afgeleid zijn van, althans verwant zijn aan het ras OP 0802) toe te eigenen en deze materialen te gebruiken bij de ontwikkeling en/of productie van rassen en/of lijnen voor Westland en door bedrijfsvertrouwelijke informatie van Enza, waaronder mede begrepen de wetenschap dat het ras OP 0802 de vaderlijn van het ras Spider is en informatie omtrent de combinatiegeschiktheid van het ras OP 0802, althans van rassen en/of lijnen die afgeleid zijn van, althans verwant zijn aan OP 0802, te gebruiken bij de ontwikkeling en productie van rassen voor Westland, waaronder onder meer het ras WT 8106;

11. te verklaren voor recht dat _____ tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst met Enza, door overtreding van zijn non-concurrentiebeding, door binnen één jaar na beëindiging van zijn dienstbetrekking een dienstbetrekking te aanvaarden bij een bedrijf of instelling gericht op veredeling en selectie en/of verkoop van groentezaden en door gedurende deze periode de door hem bij Enza opgedane specialistische kennis, hetzij direct of indirect, voor zichzelf of voor derden, waaronder _____, aan te wenden;
12. te verklaren voor recht dat _____ onrechtmatig heeft gehandeld en nog handelt door zich bedrijfsvertrouwelijke materialen van Enza (materiaal van het ras OP 0802, althans materiaal van rassen en/of lijnen die afgeleid zijn van, althans rassen en/of lijnen die verwant zijn aan het ras OP 0802) toe te eigenen en deze materialen te gebruiken bij de ontwikkeling en productie van rassen en/of lijnen voor Westland en door bedrijfsvertrouwelijke informatie van Enza, waaronder mede begrepen de wetenschap dat het ras OP 0802 de vaderlijn van het ras Spider is en informatie omtrent de combinatiegeschiktheid van het ras OP 0802, althans van rassen en/of lijnen die afgeleid zijn van, althans verwant zijn aan OP 0802, te gebruiken bij de ontwikkeling en/of productie van rassen en/of lijnen voor Westland, waaronder onder meer het ras WT 8106;
13. te verklaren voor recht dat Westland en/of _____ onrechtmatig hebben gehandeld en nog handelen door bewust te profiteren van de wanprestatie van _____ en door bedrijfsvertrouwelijke materialen en bedrijfsvertrouwelijke informatie van Enza (met betrekking tot het ras OP 0802, althans van rassen en/of lijnen die afgeleid zijn van, althans rassen en/of lijnen die verwant zijn aan OP 0802) te gebruiken bij de ontwikkeling en/of productie van haar eigen rassen en/of lijnen, waaronder onder meer het ras WT 8106;
14. _____ te bevelen zijn geheimhoudingsverplichting op grond van zijn arbeidsovereenkomst met Enza na te komen;
15. _____, Westland en/of _____ te bevelen ieder onrechtmatig handelen jegens Enza, waaronder begrepen gebruik van materiaal van het ras OP 0802, althans van rassen en/of lijnen die afgeleid zijn van, althans materiaal van rassen en/of lijnen die verwant zijn aan OP 0802 en/of enige andere bedrijfsvertrouwelijke informatie en materialen van Enza, respectievelijk profiteren van wanprestatie van Van der Heiden, te staken en gestaakt te houden;

op grond van zowel kwekersrechtinbreuk als wanprestatie / onrechtmatige daad:

16. _____, Westland en/of _____ te bevelen om binnen zeven dagen na betekening van het te dezen te wijzen vonnis aan de raadvrouw van Enza, Mr. F.S.G. Tuinzing-Westerhuis, te doen toekomen een schriftelijke, door een registeraccountant gewaarmerkte en gecontroleerde opgave van de volgende informatie:
 - a. de namen en adressen van degenen, zowel in Nederland als daarbuiten, aan wie gedaagden in of via Nederland plant- en/of oogstmateriaal van de rassen OP 0802 en

- WT 8106, althans WT 0007 en WT 8106, rechtstreeks of via een derde hebben verkocht, afgeleverd en/of op enigerlei andere wijze ter beschikking hebben gesteld;
- b. de hoeveelheid van het aan iedere onder (a) bedoelde afnemer verkochte plant- en/of oogstmateriaal van de rassen OP 0802 en WT 8106, althans WT 0007 en WT 8106, met vermelding van de prijzen en overige verkoopvoorwaarden en onder overlegging van kopieën van de daarop betrekking hebbende facturen;
- c. de nog bij gedaagden en derden aanwezige voorraad plant- en/of oogstmateriaal van de rassen OP 0802 en WT 8106, althans WT 0007 en WT 8106, onder vermelding van de hoeveelheden en de locatie waar deze zaken zich bevinden;
- d. de met het plant- en/of oogstmateriaal van de rassen OP 0802 en WT 8106, althans WT 0007 en WT 8106, behaalde omzet en winst, alsmede de verschillende ter berekening van de winst op de omzet in mindering gebrachte kostenposten, voorzien van duidelijke en gedetailleerde schriftelijke bewijsstukken;
17. _____, Westland en/of _____, ieder afzonderlijk, te bevelen binnen uiterlijk 10 (tien) werkdagen na betekening van het vonnis de bij ieder van hen aanwezige voorraad, waaronder mede begrepen de door afnemers geretourneerde voorraad, van plant- en/of oogstmateriaal van de rassen OP 0802 en WT 8106, althans WT 0007 en WT 8106, te (laten) vernietigen onder toezicht van een door _____ en Westland te betalen deurwaarder en binnen twee dagen na deze vernietiging een op kosten van Van der Heiden en Westland, opgesteld proces-verbaal van constatering van de vernietiging toe te zenden aan de raadvrouw van Enza, voornoemd;
18. _____, Westland en/of _____ te bevelen om binnen uiterlijk zeven dagen na betekening van het vonnis aan alle onder 16 bedoelde afnemers een brief te zenden met uitsluitend de volgende inhoud:
- "Dear Sirs,*
By judgment of [date judgment] the Court of The Hague has ruled that the plant and/or harvest material of the variety WT 8106 that has been supplied to you infringes the Community Plant Variety Rights of Enza Zaden relating to the variety OP 0802. Therefore, we request you to return to us the plant and/or harvest material of the variety WT 8106 present at your premises or under your control, together with a written statement that there is no remaining plant or harvest material of WT 8106 present at your premises or under your control. We will fully reimburse the costs made by you in this respect, including without limitation the shipment costs of the material. It is noted that stocking and selling or other marketing of plant and/or harvest material of WT 8106 infringes the Community Plant Variety Rights of Enza Zaden.
Kind regards Westland Seeds (resp. T van der Heiden)"
19. _____, Westland en/of _____, ieder afzonderlijk, te veroordelen tot betaling van een dwangsom van € 10.000,-, althans een door de rechter te bepalen dwangsom, voor iedere overtreding van de onder 3, 6, 9 en 14 t/m 18 gegeven verboden en bevelen, of, naar keuze van eiseressen, van € 5.000,- voor iedere dag of deel daarvan dat _____ en/of Westland een of meer van de onder 3, 6, 9 en 14 t/m 18 gegeven verboden en bevelen overtreden, waarbij iedere vermeerdering of verhandeling van plant- of oogstmateriaal van WT 8106 en ieder gebruik van het ras OP 0802, althans het niet van OP 0802 te onderscheiden van ras WT 0007, althans het van OP 0802 afgeleide ras WT 0007, althans een aan OP 0802 verwant ras en/of verwante lijn, geldt als een afzonderlijke overtreding;
20. _____, Westland en/of _____ hoofdelijk, des dat de een betaalt de ander zal zijn gekweten, te veroordelen tot betaling van de kosten van de onderzoeken van NAKt en KBioScience, vermeerderd met wettelijke rente vanaf datum van dagvaarding

24 juni 2015

- tot aan de dag van betaling, voor zover deze kosten niet in aanmerking komen als proceskosten als bedoeld in artikel 1019h Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv);
21. *[naam]*, Westland en/of *[naam]* hoofdelijk, des dat de een betaalt de ander zal zijn gekweten, te veroordelen tot betaling van een passende vergoeding als bedoeld in artikel 95 GKVo over de periode 15 december 2008 tot 18 april 2011 (datum verlening kwekersrecht OP 0802), nader op te maken bij staat;
22. *[naam]*, Westland en/of *[naam]* hoofdelijk, des dat de een betaalt de ander zal zijn gekweten, te veroordelen tot vergoeding van alle overige door Enza geleden schade wegens inbreuk op het communautaire kwekersrecht van Enza met betrekking tot OP 0802, onrechtmatig handelen jegens Enza en, ten aanzien van Van der Heiden, toerekenbaar tekortschieten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van zijn arbeidsovereenkomst met Enza, een en ander nader op te maken bij staat;
23. *[naam]* te veroordelen tot betaling van de verbeurde boetes wegens schending van zijn arbeidsovereenkomst met Enza (inclusief wettelijke rente tot de datum van dagvaarding) ten bedrage van € 227 per dag, vanaf november 2007 althans vanaf 14 februari 2008, althans een door de rechtbank in goede justitie te betalen bedrag, vermeerderd met wettelijke rente over dit bedrag vanaf datum van dagvaarding tot aan de dag van betaling;
24. *[naam]*, Westland en/of *[naam]* hoofdelijk, des dat de een betaalt de ander zal zijn gekweten, te veroordelen in de redelijke en evenredige gerechtskosten en andere kosten ingevolge artikel 1019h Rv, alsmede voor zover op deze vorderingen artikel 1019h Rv niet van toepassing is, in de kosten overeenkomstig artikel 237 Rv, waaronder mede begrepen de kosten van de voorlopige getuigenverhoren van de heren *[naam]* te vermeerderen met de nakosten ten belope van € 131 zonder betekening, dan wel € 199 in het geval van betekening, een en ander te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het vonnis, en - voor het geval voldoening van de (na)kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de (na)kosten te rekenen vanaf bedoelde termijn voor voldoening.

3.2. Enza legt aan haar vorderingen ten grondslag dat *[naam]* en/of Westland voor de productie van zaden van het ras WT 8106 herhaald gebruik heeft/hebben gemaakt en nog steeds maakt/maken van het beschermde ras OP 0802, althans van het niet daarvan te onderscheiden ras WT 0007, althans van WT 0007 als een van OP 0802 afgeleid ras. Daarmee heeft hij/hebben zij componenten of oogstmateriaal van OP 0802 (WT 8106 sib) dan wel WT 0007 en van het hybride ras WT 8106, voortgebracht, vermenigvuldigd (vermeerderd), geconditioneerd ten behoeve van de vermeerdering, te koop aangeboden, verkocht of op andere wijze in de handel gebracht, uitgevoerd uit en ingevoerd in de Europese Unie, en/of opgeslagen voor één van deze doeleinden. Een en ander is een inbreuk op het kwekersrecht in de zin van artikel 94 lid 1 onder (a) jo artikel 13 lid 2 jo 13 lid 5 onder (a), (b) en (c) GKVo. Naar de rechtbank begrijpt stelt Enza dat het herhaald gebruik van de hiervoor genoemde rassen noodzakelijk betekent dat deze rassen zijn vermeerderd.

3.3. Volgens Enza heeft *[naam]* met deze handelingen zijn arbeidsovereenkomst geschonden en daardoor contractuele boetes verbeurd. *[naam]* heeft het geheimhoudingsbeding geschonden door gebruik te maken van de bedrijfsvertrouwelijke informatie dat OP 0802 de vaderlijn is van het ras Spider, door gebruik van de ouderlijn OP 0802 en door gebruik van de bedrijfsvertrouwelijke informatie omtrent de combinatiegeschiktheid van de ouderlijn OP 0802. Voorts heeft *[naam]* al vóór februari 2008 - mogelijk al vanaf november 2007 - veredelingswerkzaamheden verricht voor

of een van diens vennootschappen. heeft daarnaast onrechtmatig gehandeld door plantmateriaal van ouderlijnen, meer in het bijzonder OP 0802 te ontvreemden en te gebruiken als ouderlijnen van rassen van Westland, aldus Enza.

3.4. en - na haar oprichting - Westland hebben volgens Enza onrechtmatig gehandeld jegens Enza door bewust te profiteren van de wanprestatie van nu zij op de hoogte waren van het concurrentiebeding van i. De onrechtmatigheid bestaat voorts uit het gebruik van bedrijfsvertrouwelijk plantmateriaal van ouderlijnen van Enza, meer in het bijzonder OP 0802, bij de ontwikkeling en de productie van WT 8106.

3.5. Door de inbreukmakende handelingen, dit tekortschieten en onrechtmatig handelen heeft Enza schade geleden waarvoor en/of Westland en/of aansprakelijk zijn, welke schade zij dienen te vergoeden. Tevens zijn de gedaagden aan Enza een redelijke vergoeding verschuldigd voor de voorbehouden handelingen die zij hebben verricht tussen de bekendmaking van de aanvraag voor OP 0802 en de dag van verleening van het kwekersrecht.

3.6. c.s. heeft zich verzet tegen de gewijzigde grondslag van de vorderingen die na eiswijziging subsidiair berusten op de stelling dat c.s. voor de productie van WT 8106 herhaald gebruik maakt van een niet van OP 0802 te onderscheiden ras, dan wel (meer subsidiair) een in wezen van OP 0802 afgeleid ras. c.s. meent onvoldoende in de gelegenheid te zijn geweest zich daartegen te verweren. Nu de eiswijziging op voorhand aan Van der Heijden c.s. is kenbaar gemaakt en hij daarop in zijn pleitnota schriftelijk heeft gereageerd is dat zonder nadere motivering echter niet in te zien. De wijziging wordt daarom toegestaan.

3.7. c.s. voert verweer.

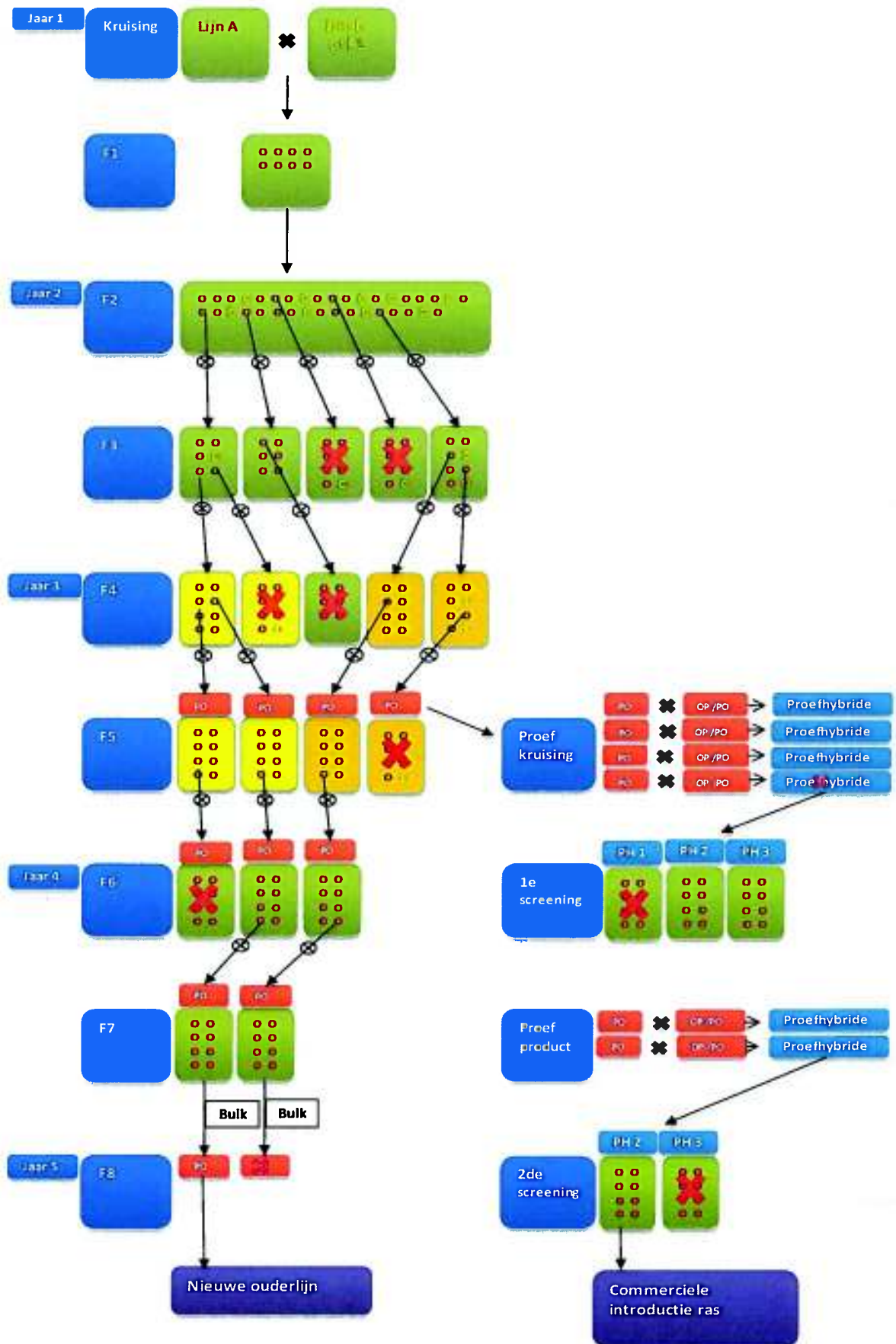
3.8. Op de stellingen en verweren van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Inleiding

Veredelingsstechniek en gebruik van DNA-merkers bij genotypische vergelijking

4.1. Alvorens tot een inhoudelijke beoordeling van het geschil over te gaan, geeft de rechtbank voor een beter begrip van die beoordeling een korte samenvatting van het klassieke veredelingsproces voor paprika en de door Naktuinbouw voor bepaling van de genotypische verwantschap gebruikte onderzoeksmethode. Deze samenvatting is ontleend aan niet in geschil zijnde delen van de dagvaarding en het WT 8106-rapport.

4.2. Paprika (*Capsicum annuum L.*) behoort tot de nachtschadefamilie. Paprika is een 'zelfbestuiver': de bevruchting vindt plaats doordat stuifmeel in contact wordt gebracht met de stempel van dezelfde bloem. Het klassieke veredelingsproces volgens kruising en selectie van een nieuw F1-hybride paprikaras kan met de volgende afbeelding van een vijfjarige cyclus geïllustreerd worden (ontleend aan het diagram dat door Enza ter zitting is gehanteerd).



4.3. Het ontwikkelen van een nieuw hybride ras volgens het klassieke veredelingsproces van kruising en selectie begint met de ontwikkeling van de ouderlijnen. In dat selectieproces worden normaliter planten van verschillende herkomst uitgeplant en vervolgens geselecteerd op gewenste eigenschappen. Geselecteerde planten worden vervolgens kruisbestoven met als doel de gewenste eigenschappen van de vader- en moederplant te combineren. De zaden van de kruisbestoven plant worden geoogst en worden aangeduid als de eerste generatie (F1). Het zaad van deze generatie (F1-zaad) wordt uitgezaaid, en individuele planten worden zelfbestoven en geselecteerd op gewenste (gecombineerde) eigenschappen. De zaden van de geselecteerde zelfbestoven planten worden geoogst en aangeduid als tweede generatie (F2). Dit proces van zelfbestuiving en selectie wordt voortgezet in de derde generatie aangeduid als F3, de vierde generatie als F4, enzovoort, totdat een (genetisch) uniforme lijn, bestaande uit uniforme planten die de gewenste eigenschappen hebben, is ontstaan. Die uniforme lijn kan vervolgens worden gebruikt als ouderlijn voor het maken van een nieuw F1-hybride ras.

4.4. Bij de klassieke veredeling door middel van kruising en selectie worden de geselecteerde vader- en moederlijnen handmatig gekruist tot de F1-hybride. De paprika's die groeien aan de plant van de moederlijn bevatten het zaad van de F1-hybride (hierna: F1 hybride zaad). Het F1-hybride zaad wordt uitgezaaid voor een eerste screening waarbij wordt beoordeeld of de F1-hybride de gewenste eigenschappen heeft. Als de F1-hybride in de eerste screening voldoet aan de gewenste criteria, wordt het F1-hybride zaad in het daaropvolgende teeltseizoen in grotere hoeveelheden wederom uitgezaaid om te beoordelen of het nieuwe ras over de jaren stabiel blijft (tweede screening). In de praktijk vindt deze tweede screening bij tuinders op locatie plaats. Als de F1-hybride voldoet aan de criteria in de tweede screening, wordt vervolgens het F1-hybride zaad door veredelaars op de markt gebracht voor commerciële teelt.

4.5. Het zaad in de paprika's zoals die in de handel komen voor consumptie is niet geschikt voor commerciële teelt. Indien deze zaden zouden worden gebruikt vindt uitsplitsing plaats en ontstaat een grote verscheidenheid aan planten. Deze zaden kunnen dus niet doorvermeerderd worden. Voor de commerciële paprikateelt is steeds nieuw F1-hybride zaad nodig, dat met behulp van handmatige kruising van de ouderlijnen wordt geproduceerd.

4.6. In een verpakking F1-hybride zaad dat voor commerciële teelt wordt aangeboden kunnen zich enkele zaden bevinden die door zelfbevruchting (en niet door kruising) zijn ontstaan. Deze zaden zijn in feite het (zelfbevruchtings)zaad van de moederlijn, omdat alleen de vruchten van de moederlijnplanten worden geoogst (want alleen deze bevatten het F1-hybride zaad). Op die manier kan onbedoeld zaad van de moederlijn (sib) circuleren op de markt. Voor een ervaren paprikaveredelaar is een sib herkenbaar, omdat deze planten duidelijk afwijken van de hybride planten. Deze sib kan vervolgens worden gebruikt als ouderlijn voor nieuwe hybride rassen. Materiaal van een vaderlijn komt in een commerciële teelt niet voor omdat alleen de vruchten van de moederlijnplanten worden geoogst.

Vaststellen van genotypische verwantschap met DNA-merkers

4.7. Onderzoek naar genotypische verwantschap tussen (individuen van) soorten, inclusief plantenrassen, kan plaatsvinden aan de hand van (de aanwezigheid van) genetische merkers in het genoom. Genetische merkers zijn afwijkingen/varianties in het genoom van een soort/ras (ook wel polymorfismen genoemd) waarvan de positie op het chromosoom bekend is. Vaak wordt gebruik gemaakt van DNA-sequenties gekoppeld aan een afwijking in één

enkel basenpaar, zogenaamde 'single nucleotide polymorphisms' (SNPs). In het genoom van paprika komen SNPs met relatief hoge frequentie voor.

4.8. Het paprikagenoom bestaat uit twaalf chromosomenparen. Paprika is een diploid gewas. In een diploid gewas kunnen per positie in het DNA (locus) twee typen SNPs voorkomen (allelen): SNP-1 en SNP-2. Het voorkomen van precies twee typen SNPs noemt men ook wel bi-allellisch (twee mogelijke varianten/allelen). Aangezien er van elk chromosoom twee exemplaren aanwezig zijn, kunnen in totaal drie genotypen (combinaties van allelen) worden onderscheiden:

A: homozygoot SNP-1;
B: homozygoot SNP-2; en
C: heterozygoot SNP-1 & -2.

4.9. De SNP-merkers die worden gedetecteerd met de door Naktuinbouw gebruikte methodes (HRM, High Resolution Melting, en KASP, Kompetitive Allele Specific PCR) zijn bi-allellisch en worden co-dominant gescoord. Co-dominant scores van merkers houdt in dat niet alleen wordt gedetecteerd of een SNP aanwezig is, maar ook welke van de twee mogelijke allelen aanwezig is. Daardoor is het mogelijk de drie genotypen (A: homozygoot SNP-1; B: homozygoot SNP-2; en C: heterozygoot SNP-1 & -2) van elkaar te onderscheiden.

4.10. Door Naktuinbouw is in het WT 8106-onderzoek de aanwezigheid en hoedanigheid van 334 door Enza geselecteerde SNPs in monsters van WT 8106, WT 8106 sib, enkele commercieel verkrijgbare Enza-hybriden (Spider, Cupra, Viper, Ferrari) en een aantal ouderlijnen van Enza (waaronder OP 0802) getest. Van de 268 betrouwbare testuitslagen hadden er 198 betrekking op polymorfe merkers. Op basis van deze 198 uitslagen heeft Naktuinbouw de genotypische verwantschap tussen genoemde rassen in kaart gebracht.

5. De beoordeling

Bevoegdheid

5.1. Deze rechtbank is met betrekking tot de vorderingen gebaseerd op het communautaire kwekersrecht (bij uitsluiting) relatief bevoegd op grond van artikel 101 lid 4 en artikel 103 GKVo en artikel 78 lid 2 aanhef onder a Zaaizaad- en Plantgoedwet 2005. De relatieve bevoegdheid van deze rechtbank ten aanzien van de overige vorderingen is niet bestreden.

Verwijzing

Voor zover deze zaak betrekking heeft op arbeidsovereenkomst of vorderingen als bedoeld in artikel 94 lid 2 Rv is zij ter zitting op basis van artikel 93 aanhef onder c juncto artikel 71 Rv door de kamer - met instemming van partijen - verwezen naar haar voorzitter in zijn hoedanigheid van plaatsvervangend kantonrechter. De plaatsvervangend kantonrechter heeft de zaak vervolgens - met instemming van partijen - ter zitting op grond van artikel 98 juncto artikel 15 lid 2 Rv verwezen naar de kamer voor het kwekersrecht.

De door Enza gestelde inbreukmakende handelingen

5.2. Enza stelt dat c.s. het beschermde ras OP 0802 herhaald (heeft) gebruikt om zaden van het hybride ras WT 8106 voort te brengen en met dat gebruik en met de verhandeling van het ras WT 8106 inbreuk (heeft ge)maakt op haar kwekersrecht op het ras OP 0802. Enza onderbouwt deze stelling met het WT 8106-rapport. De in het rapport geconstateerde genotypische en morfologische verwantschap c.q. niet-onderscheidbaarheid (vergelijk r.o. 2.13) leiden Naktuinbouw tot de conclusie dat het beschermde ras OP 0802 'hoogst waarschijnlijk' is gebruikt voor de productie van WT 8106. Die conclusie wordt volgens Enza versterkt door de verklaring van c.s. dat hij het ras WT 8106 in een periode van ongeveer zeven maanden heeft ontwikkeld, hetgeen volgens Enza onwaarschijnlijk is nu de normale ontwikkelingstijd van een stabiel F1-hybride paprikaras tenminste zes jaar bedraagt. De conclusies van het rapport en de stellingen van Enza omtrent het ontwikkelingstraject worden onderschreven door verklaringen van de veredelingsdeskundige T. Ph. Schotte (hierna: Schotte) en de moleculair genetisch veredelingsdeskundige dr. Ir. J. W. van Ooijen (hierna: Van Ooijen).

5.3. c.s. betwist de gestelde inbreuk op het kwekersrecht en voert daartoe primair aan dat hij OP 0802 niet heeft gebruikt om het ras WT 8106 te produceren. Van der Heiden c.s. bestrijdt in dat kader gemotiveerd de geldigheid en de conclusies van het WT 8106-rapport en de rapportage van Schotte en Van Ooijen. c.s. heeft daarnaast middels diverse mondelinge en schriftelijke verklaringen uiteengezet hoe hij het ras WT 8106 in de genoemde korte tijd heeft kunnen verkrijgen zonder gebruik te maken van OP 0802. Subsidiair voert c.s. aan dat ook geen sprake is van inbreuk als hij OP 0802 slechts zou hebben gebruikt om het ras WT 0007, de moederlijn van WT 8106, te produceren. Genoemd eenmalig gebruik valt onder de kwekersvrijstelling en vond bovendien plaats voordat de aanvraag voor kwekersrecht met betrekking tot OP 0802 was ingediend, zodat geen sprake is van inbreuk.

Het WT 8106-rapport

5.4. c.s. bestrijdt primair dat het WT 8106-rapport het resultaat is van onderzoek aan WT 8106 (sib) zaden van Westland. De zaden die Naktuinbouw heeft onderzocht, afkomstig van Kooij Korea Seeds Co. Ltd. ("KKS"), zijn volgens c.s. zogenaamde *geprimeerde* zaden. Zij zijn, blijkens het opschrift op het zakje, verpakt in 2009 en door Naktuinbouw in 2011 tot ontkiemen gebracht voor het WT 8106-onderzoek. Volgens c.s. kunnen geprimeerde zaden reeds na zes à zeven maanden al niet meer ontkiemen en is 80% ontkieming de norm in plaats van 98% zoals Naktuinbouw deze rapporteert. c.s. veronderstelt daarom dat het zaad is verwisseld. Het zakje kan geopend zijn geweest en opnieuw gesloten op een wijze die de deurwaarder niet heeft kunnen waarnemen, aldus c.s..

5.5. Het verweer van c.s. slaagt vooralsnog niet. In het WT 8106-onderzoek is door Naktuinbouw blijkens de rapportage ook het identiteitsmonster van WT 8106 uit haar eigen zaadbank meegenomen. Dat identiteitsmonster is door Westland aan Naktuinbouw geleverd in het kader van haar kwekersrecht aanvraag voor WT 8106. Aanmerkelijk is dat verwisseling van het te onderzoeken zaad zou zijn opgemerkt door Naktuinbouw aangezien duidelijke verschillen waarneembaar zouden zijn tussen planten opgekomen uit dat zaad, respectievelijk het (zaad van het) identiteitsmonster. Daarbij komt dat c.s. niet heeft bestreden dat het zakje van KKS niet vermeldt dat het geprimeerde

zaden bevat. Het hoge kiemingspercentage is verklaarbaar aangezien Naktuinbouw, zoals Enza ter zitting onweersproken heeft gesteld, op een ander substraat heeft geteeld dan gebruikelijk of omdat het zakje - zoals in het algemeen gebruikelijk - meer zaden bevatte dan het vermelde aantal (in dit geval 500). Nu dit verweer van c.s. strandt staat in deze procedure, behoudens door c.s. te leveren bewijs in het kader van na te melden tegenbewijs, vast dat Naktuinbouw WT 8106 (sib) zaden van Westland heeft onderzocht.

5.6. Daarnaast betwist c.s. de constatering van het WT 8106-rapport omtrent de (morfologische) niet voldoende onderscheidbaarheid van WT 8106 sib en OP 0802. Hij wijst daarbij op het feit dat kwekersrecht is verleend op WT 0007 - waarvan c.s. stelt dat dit de moederlijn is van WT 8106 - hetgeen inhoudt dat WT 0007 (morfologisch) voldoende onderscheidbaar is van OP 0802 aangezien onderscheidbaarheid een vereiste is voor verlening van het kwekersrecht. Nu de Raad, ook na bezwaar van Enza, zijn oordeel over de onderscheidbaarheid van het ras WT 0007 heeft gehandhaafd, zou volgens c.s. de rechtbank dit eveneens tot uitgangspunt moeten nemen en zich moeten onthouden van een oordeel over het voldoen van WT 0007 aan het vereiste van onderscheidbaarheid.

5.7. De rechtbank overweegt dat vooralsnog geenszins vaststaat dat WT 0007 de moeder is van WT 8106. Zolang dit niet vast staat, is het door de Raad geconstateerde onderscheid niet relevant voor de conclusies van Naktuinbouw. Zou dit echter wel vast komen te staan, dan moet gelet op het hierna te bespreken genotypisch onderzoek vooralsnog worden aangenomen dat de in het kader van de verlening geconstateerde morfologische verschillen met OP 0802 niet voortvloeien uit het genotype, zoals artikel 7 lid 1 GKVo vereist.

Genotypische verwantschap als bewijs

5.8. c.s. betwist niet de door Naktuinbouw geconstateerde nauwe genotypische verwantschap tussen WT 8106 sib en OP 0802, maar betwist wel dat die nauwe verwantschap de conclusie kan dragen dat voor het produceren van WT 8106 'hoogst waarschijnlijk' gebruik is gemaakt van OP 0802. De argumenten die Van der Heiden c.s. voor deze betwisting aanvoert, worden hieronder achtereenvolgens behandeld.

- vergelijking gehele genoom nodig?

5.9. Allereerst betoogt c.s. dat de geconstateerde nauwe genotypische verwantschap geen bewijs kan vormen voor het gebruik van OP 0802 omdat niet het gehele genoom van de relevante monsters is vergeleken.

5.10. Niet in geschil is dat het gebruik van DNA-merkers een algemeen aanvaarde en betrouwbare techniek is om verwantschap tussen genotypen van organismen, waaronder individuen van rassen, op DNA-niveau te bepalen. Van der Heiden c.s. heeft niet concreet aangegeven waarom het gebruik van DNA-merkers in casu een ongeschikte methode zou zijn. Van der Heiden c.s. heeft weliswaar (impliciet) aangegeven dat bij het selecteren van een andere set DNA-merkers de door Naktuinbouw geconstateerde nauwe genotypische verwantschap wellicht *niet* zou zijn gevonden, maar nu Van der Heiden c.s. geen onderzoek heeft overgelegd waaruit blijkt dat met andere merkers daadwerkelijk minder verwantschap wordt vastgesteld, moet de rechtbank vooralsnog uitgaan van het WT 8106-rapport.

5.11. Verder heeft [c.s.] erop gewezen dat de genotypische verwantschap wat betreft de gebruikte merkers niet 100% is, zoals Enza stelt. Voor zover [c.s.] zich daarbij beroept op verschillen in score tussen OP 0802 en WT 8106 sib wat betreft de merkers CAM0005889 en CAM0006195, is de rechtbank van oordeel dat deze afwijkingen geen afbreuk doen aan de conclusie van Naktuinbouw. Zelfs als genoemde afwijkingen in score consistent zouden zijn (dat wil zeggen: alle monsters van OP 0802 zouden betreffen), hetgeen niet het geval is, gaat het om slechts twee merkerscores op de 198 valide scores van het genotypisch onderzoek. Dat met 196 identieke merkerscores de respectievelijke genomen van WT 8106 sib en OP 0802 genotypisch nog steeds zeer nauw verwant zijn is door Van der Heiden c.s. ook niet bestreden.

- *representatieve bemonstering van het genoom?*

5.12. [c.s.] heeft voorts aangevoerd dat de conclusie van het WT 8106-rapport niet valide is omdat mogelijk geen representatieve bemonstering van het genoom heeft plaatsgevonden. Enza heeft die merkers namelijk zelf geselecteerd.

5.13. Enza heeft in dit verband gesteld dat in het WT 8106 genotypische onderzoek gebruik is gemaakt van 198 polymorfe SNP-merkers die gelijkmatig zijn verdeeld over het gehele genoom, en die representatief zijn voor het genoom van OP 0802 en de commercieel beschikbare rode blok paprikarassen uit de periode 2006-2009. Het betoog van Van der Heiden c.s. dat dit niet een representatieve set van merkers zou zijn, is niet met concrete feiten of omstandigheden onderbouwd. De enkele omstandigheid dat Enza de merkers heeft geselecteerd en aan Naktuinbouw ter beschikking heeft gesteld, en dat daardoor niet zou zijn uit te sluiten dat Enza een voor haar voordelige selectie heeft gemaakt, is onvoldoende om aan de conclusies van het WT 8106-rapport te twifelen nu er vooralsnog geen aanwijzingen zijn dat bij toepassing van een door [c.s.] gewenste set merkers de uitkomst anders zou zijn. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat in het rapport de rode blok paprika-referentierassen uit de periode 2006-2009 niet met name worden genoemd, zodat volgens Van der Heiden c.s. niet controleerbaar is of Enza representatieve merkers heeft gebruikt.

- *multi-allelische merkers gebruikt?*

5.14. [c.s.] heeft ter zitting nog betoogd dat de door Naktuinbouw gebruikte KASP-SNP merkers, omdat zij bi-allelisch zijn, ongeschikt zijn voor een betrouwbare genotypische vergelijking. [c.s.] heeft daarbij uitdrukkelijk verwezen naar een arrest van het gerechtshof Den Haag van 29 december 2009 (inzake Danziger / Astée, IER 2010,52). In dat arrest heeft het gerechtshof overwogen dat aan het gebruik van AFLP-merkers bezwaren kleven omdat zij niet multi-allelisch en dominant zijn. Omdat zij niet multi-allelisch zijn hebben zij geringer onderscheidend vermogen, en omdat zij dominant zijn kan daarmee eventuele onderliggende heterozygotie niet zichtbaar worden gemaakt, aldus het gerechtshof.

5.15. Enza heeft hier onweersproken tegenover gesteld dat de door Naktuinbouw gebruikte KASP-SNP merkers, omdat deze co-dominant zijn, geschikt zijn om onderliggende heterozygotie te detecteren. In dat opzicht is de aangehaalde beslissing van het gerechtshof dus niet relevant. Voorts overweegt de rechtbank dat [c.s.], afgezien van het kunnen detecteren van onderliggende heterozygotie, in het voorliggende geval niet heeft aangegeven welke functie of toegevoegde waarde een multi-allelische merker ten opzichte

van een bi-allelische merker zou hebben. c.s. heeft ten aanzien van het onderscheidend vermogen van de gebruikte merkers niets gesteld. Aangenomen derhalve dat in dit kader slechts relevant is dat de onderliggende heterozygotie kan worden gedetecteerd, wordt het bezwaar van c.s. tegen het gebruik van de KASP-SNP merkers gepasseerd.

- *F2-planten van Enza-hybriden van OP 0802 / afstand tussen ouderlijnen*

5.16. c.s. betwist de conclusies van het WT 8106-rapport ook omdat de door Naktuinbouw gevonden nauwe genotypische verwantschap volgens hem (geheel) verklaard kan worden in het licht van het feit dat voor de productie van WT 8106 planten een F2-populatie van de rassen Spider, Cupra en Ferrari als ouderlijn heeft gebruikt, welke rassen alle OP 0802 als vader hebben en waarvan de moederlijnen genotypisch zeer nauw verwant zijn aan OP 0802, zodat de resulterende kruisingen ook alle genotypisch nauw verwant zijn aan de ouderlijnen.

5.17. Enza bestrijdt het betoog van c.s. en heeft ter onderbouwing daarvan onder meer naar de verklaring van verwezen. heeft de kans berekend dat een OP 0802-genotype voorkomt in een F2-populatie van de Enza-hybriden die zegt te hebben gebruikt als ouderlijn voor de WT 8106. Uitgaande van een versimpelde kansberekening, waarbij geen rekening wordt gehouden met overkruisingen van de chromosomen tijdens de celdeling, is volgens de berekening van Van Ooijen de kans dat een nakomeling van de F1-hybride (bijvoorbeeld een F2 van Spider) een genotype heeft dat identiek is aan het genotype van één van beide ouders (OP 0802) één op zestien miljoen.

5.18. De kansberekening van is door c.s. bestreden. Hij meent dat de kans aanzienlijk groter is dan door Van Ooijen is berekend, maar een alternatieve en beredeneerde berekening van die kans ontbreekt.

5.19. Ook zou volgens c.s. de kansberekening van niet correct zijn omdat hij daarbij ten onrechte zou zijn uitgaan van een F3-populatie. Het zaad dat door Naktuinbouw is onderzocht is, naar Van der Heiden c.s. aanvoert, uit 2009 en is daarom waarschijnlijk een F6 (in 2008 was het wellicht een F3) die anders is (meer homozygoot) dan de F3 die als basis voor de kwekersrechtenaanvraag heeft gediend. Ook voor dit bezwaar geldt dat niet inzichtelijk heeft gemaakt waarom dit leidt tot een significant hogere kans dan door is berekend. De rechtbank houdt het er daarom op dat de berekening van juist is.

5.20. De ouderlijnen van de rassen van Enza die stelt te hebben gebruikt bij het verkrijgen van WT 8106 (Spider, Cupra en Ferrari) zijn volgens Enza OP 0802, OP 961, OP 633 en OP 1076. Dit is door c.s. niet weersproken, zodat de rechtbank daarvan uitgaat. De ouderlijnen OP 961, OP 633 en OP 1076 zijn door Naktuinbouw meegenomen als referentie in het genotypische WT 8106-onderzoek. Daarbij is gebleken, in tegenstelling tot wat Van der Heiden c.s. heeft betoogd, dat er juist grote genotypische verschillen bestaan tussen deze ouderlijnen enerzijds en de (gemeenschappelijke) vaderlijn OP 0802.

5.21. De verklaring die door c.s. wordt aangevoerd voor de door Naktuinbouw geconstateerde nauwe genotypische verwantschap is daarmee naar het oordeel van de rechtbank onwaarschijnlijk.

- overige bezwaren tegen het WT 8106-onderzoek

5.22. De overige verweren van ' c.s. ten aanzien van de conclusies van Naktuinbouw zijn dat het WT 8106-onderzoek niet voor alle deelnemers daaraan een blind onderzoek was en dat kan worden getwijfeld of in het onderzoek niet ook andere paprikarassen van Westland zijn meegenomen. Genoemde verweren zijn weinig concreet en doen naar het oordeel van de rechtbank niet af aan de overtuigingskracht van het WT 8106-rapport met betrekking tot de genotypische verwantschap, mede gelet op het feit dat er vooralsnog geen concrete aanwijzingen voor minder verwantschap in het geding zijn.

De verklaring van c.s. omtrent het ontwikkelingstraject

5.23. heeft omtrent de ontwikkeling van de hybride rassen van Westland verklaard dat hij, in tegenstelling tot wat gebruikelijk is bij de selectie van de ouderlijnen, te weten eerst 6 à 10 inteeltlijnen maken (vergelijk ook de illustratie en uitleg bij r.o. 4.2. e.v.), reeds direct de bij Westland beschikbare ouderlijnen, dan wel F2-generaties van bestaande ouderlijnen en/of hybride rassen ging selecteren zodat hij veel tijd kon winnen. Ook stelt Van der Heiden c.s. dat de eerste generaties meteen breder zijn uitgezet dan gebruikelijk om de kans te vergroten om geschikte lijnen te selecteren.

5.24. Bij het ras WT 8106 is een en ander volgens ' c.s. als volgt gegaan (schematisch weergegeven):

Genera- tie	Zaaien	Planten	Selecteren en/of kruisen	Oogsten
F2	Half februari	Half maart	1 tot half juni	Half juni
F3	Half juni	Half juli	Eind juli tot begin september	Eind september

5.25. Enza heeft bij monde van haar deskundige Schotte ten aanzien van dit ontwikkel-scenario verklaard dat de kans zeer klein is een geschikte ouderlijn in een F2-generatie aan te treffen, dat wil zeggen een plant die op de gewenste eigenschappen homozygoot is. Als op bijvoorbeeld tien eigenschappen wordt geselecteerd (zoals naar eigen zeggen ten hoogste doet), is volgens Schotte de kans om een dergelijke plant te vinden één op een miljoen. Of deze tien eigenschappen aanwezig zijn wordt bovendien pas duidelijk in daaropvolgende generaties als de nakomelingen van deze plant zijn uitgezet. Voorts moet het volgens Schotte überhaupt een enorme operatie zijn geweest om zeventien rassen te ontwikkelen, wat volgens hem in zeven maanden praktisch onmogelijk is.

5.26. c.s. heeft de bevindingen van Schotte gemotiveerd bestreden. c.s. heeft daarbij gewezen op het feit dat Schotte slechts ervaring heeft met veredeling van tomaten, en aangevoerd dat de geschikte ouderlijnen in een F3-populatie op het oog heeft uitgezocht op morfologische uniformiteit, waarbij hij uitging van commercieel verkrijgbare hybriden waarvan hij naar eigen zeggen wist dat de ouderlijnen genotypisch dicht bij elkaar lagen.

5.27. Wat er ook zij van het betoog van c.s., vooralsnog is uitgangspunt dat de kans dat Van der Heiden een moederlijn met de door Naktuinbouw gevonden nauwe genotypische verwantschap met OP 0802 kon verkrijgen op de door c.s. aangegeven wijze één op zestien miljoen is.

Conclusie ten aanzien van het gebruik van OP 0802

5.28. De door c.s. aangevoerde kritiek op (de conclusies van) het WT 8106-rapport overtuigt de rechtbank niet en de rechtbank acht de door Van der Heiden c.s. voor de nauwe genotypische verwantschap gegeven verklaring dermate onwaarschijnlijk dat zij, behoudens tegenbewijs, overtuigd is dat c.s. het beschermde ras heeft gebruikt om de door Naktuinbouw geteste zaden te produceren. c.s. heeft voor het geval het eenmalig gebruik van OP 0802 voor de productie van de geteste WT 8106-zaden (voorshands) zou komen vast te staan, niet aangevoerd dat, en waarom, iets anders zou gelden voor andere (commercieel verkrijgbare) WT 8106-zaden. De rechtbank acht derhalve voorshands bewezen de stelling van Enza dat c.s. voor de productie van WT 8106-zaden het beschermde ras OP 0802 herhaald (heeft) gebruikt.

5.29. Omdat genoemde stelling van Enza bepalend is voor het oordeel van de rechtbank over de gestelde kwekersrechtinbreuk, c.s. deze stelling gemotiveerd heeft betwist, en c.s. bewijs heeft aangeboden mede omvattende tegenbewijs, zal Van der Heiden c.s. tot dit tegenbewijs worden toegelaten, als in het dictum verwoord.

5.30. Indien c.s. slaagt in zijn tegenbewijs, komen de subsidiaire vorderingen van Enza op basis van haar kwekersrecht aan de orde (herhaald gebruik van een niet van OP 0802 te onderscheiden ras, dan wel van een in wezen van OP 0802 afgeleid ras). Daarbij zal de toewijsbaarheid van de subsidiaire vorderingen mede kunnen afhangen van de resultaten van de bewijslevering (en eventuele contra-enquête en/of conclusiewisseling daarna) in het kader van de primaire vordering van Enza op basis van het kwekersrecht.

Schending van geheimhoudingsbeding en concurrentiebeding door

5.31. Ten aanzien van de tekortkoming in de nakoming van de arbeidsovereenkomst stelt Enza, zoals hiervoor overwogen, dat c.s. het geheimhoudingsbeding heeft geschonden door gebruik te maken van materiaal en informatie betreffende de ouderlijn OP 0802, zoals het feit dat die lijn de vader is van het ras Spider, en dat OP 0802 geschikte combinaties kan vormen met bepaalde andere lijnen om een goede hybride te krijgen.

5.32. c.s. heeft een en ander betwist. Hij heeft daartoe aangevoerd dat hij informatie over OP 0802 niet met derden (zoals Westland) heeft gedeeld en dat hij OP 0802 niet heeft gebruikt of door anderen heeft doen gebruiken. Daarnaast heeft hij aangevoerd dat

het geheimhoudingsbeding alleen de verspreiding van informatie en niet het (enkele) gebruik daarvan verbiedt, en dat hem niet kan worden verboden gebruik te maken van zijn kennis en ervaring.

5.33. Naar het oordeel van de rechtbank dient het geheimhoudingsbeding redelijkerwijs zo te worden uitgelegd dat het slechts verplicht tot geheimhouding en niet een verbod op het enkele gebruik van vertrouwelijke informatie inhoudt. Nu Enza niet heeft gesteld dat [] bedrijfsvertrouwelijke informatie aan Westland en/of [] heeft *verschafft* (maar enkel - eventueel ten behoeve van Westland en [] - heeft *gebruikt*) heeft zij ten aanzien van deze grondslag van haar vorderingen onvoldoende gesteld, zodat de vorderingen voor zover gebaseerd op overtreding van het geheimhoudingsbeding niet toewijsbaar zijn.

5.34. Enza stelt verder dat het zeer aannemelijk is dat [] al vóór afloop van zijn concurrentiebeding werkzaamheden heeft verricht voor Westland, althans [] c.s. heeft dit gemotiveerd bestreden, zodat Enza die stelling dient te bewijzen. Aangezien Enza in algemene zin bewijs heeft aangeboden, zal de rechtbank Enza opdragen bewijs te leveren na de bewijslevering door [] c.s..

Onrechtmatige daad [], Westland en []

5.35. De stelling dat [] onrechtmatig heeft gehandeld door plantmateriaal van ouderlijnen, meer in het bijzonder OP 0802, van Enza te ontvreemden en te gebruiken als ouderlijnen van rassen van Westland is door [] evenzeer bestreden. Enza zal ook hiervan bewijs dienen te leveren. Het voorshands geleverde bewijs van herhaald gebruik van het ras OP 0802 leidt er niet toe tevens voorshands te oordelen dat [] materiaal van het ras OP 0802 heeft ontvreemd omdat materiaal van dit ras op andere manieren in bezit van [] c.s. kan zijn gekomen. Voor zover het ontvreemden van het materiaal niet zou komen vast te staan, kan de hier besproken grondslag niet leiden tot toewijzing van vorderingen nu het enkele gebruik van dat materiaal niet onrechtmatig is voor zover daarmee geen inbreuk wordt gemaakt op het kwekersrecht van Enza.

5.36. Het bewust profiteren van overtreding van het concurrentiebeding, wat Enza en Westland verwijt, hangt allereerst af van de vraag of [] het concurrentiebeding heeft geschonden, waarop het in r.o. 5.34. gestelde van toepassing is. De bewijsopdracht zal daarom eveneens worden gegeven in de zaak van Enza tegen []. Westland is in dit opzicht geen verwijt te maken aangezien zij pas in september 2008 is opgericht en het concurrentiebeding van [] eindigde in februari 2008. Voor zover de vorderingen tegen [] en Westland zijn gebaseerd op de stelling dat het enkele gebruik door [] en Westland van plantmateriaal van ouderlijnen van Enza, meer in het bijzonder OP 0802, bij de ontwikkeling en de productie van WT 8106, nog afgezien van inbreuk op kwekersrechten van Enza, onrechtmatig jegens Enza is, wordt die stelling verworpen. Indien daarmee geen inbreuk wordt gemaakt op het kwekersrecht van Enza is dat gebruik niet anderszins onrechtmatig.

5.37. In het licht van het voorgaande zal de rechtbank alle verdere beslissingen aanhouden.

6. De beslissing

De rechtbank:

- 6.1. laat c.s. toe tot het leveren van tegenbewijs tegen het voorhandse oordeel van de rechtbank dat het beschermde ras OP 0802 herhaald (heeft) gebruikt voor het voortbrengen van zaden van het ras WT 8106;
- 6.2. bepaalt dat, indien c.s. het (tegen)bewijs wil leveren door overlegging van bewijsstukken, hij daartoe een akte kan nemen op de rolzitting van 22 juli 2015;
- 6.3. bepaalt dat c.s., indien hij het bewijs niet (uitsluitend) door overlegging van bewijsstukken wil leveren maar (tevens) door het horen van getuigen en/of door een ander bewijsmiddel, dit gelijktijdig met de in 6.2 bedoelde akte aan de rechtbank dient te verzoeken met opgave van de namen van de te horen getuigen en opgave van verhinderdata van deze getuigen en beide partijen voor de drie daarop volgende maanden;
- 6.4. bepaalt dat Enza in de gelegenheid zal worden gesteld een antwoordakte te nemen indien c.s. uitsluitend bewijs levert door overlegging van stukken;
- 6.5. draagt Enza op, aansluitend te bewijzen:
- in de procedure tegen en : dat al vóór afloop van zijn concurrentiebeding op 14 februari 2008 werkzaamheden heeft verricht voor Grootsholten;
 - in de procedure tegen : dat plantmateriaal van ouderlijnen, meer in het bijzonder OP 0802, van Enza heeft ontvreemd en gebruikt als ouderlijnen voor rassen van Westland;
- 6.6. bepaalt dat datum en tijdstip voor het door Enza te leveren bewijs zullen worden vastgesteld na de bewijislevering door c.s.;
- 6.7. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.G.J. de Heij, mr. P. Burgers en dr. ir. A.J.P. van Wijk en in het openbaar uitgesproken op 24 juni 2015.

