

Noot bij GvEA 18 november 2008: Schröder / Communautair Bureau voor plantenrassen¹.

Het aantal kwekersrechtelijke uitspraken afkomstig van het Gerecht van Eerste Aanleg van de Europese Gemeenschappen (GvEA) is op zijn zachts gezegd schaars. Maar niet alleen om die reden is deze zaak nootwaardig. In dit arrest laat het GvEA zich voor het eerst uit over de vereisten die gelden voor de verlening van communautaire kwekersrechten. Verder staan er een aantal interessante overwegingen in over het beperkte rechterlijke toetsingskader van de gemeenschapsrechter ten aanzien van technisch ingewikkelde beslissingen door overheidsinstanties. Dit beperkte toetsingskader geldt volgens het GvEA ook voor beslissingen van het Communautair Bureau voor Plantenrassen (CPVO) terzake de beoordeling van de onderscheidbaarheid van plantenrassen, een belangrijke vereiste voor het verkrijgen van kwekersrecht. Ten slotte toont dit arrest de noodzaak aan tot het invoeren van internationale regels voor de controle op de inzending van referentierassen aan onderzoeksinstanties belast met het DUS² onderzoek. Na een samenvatting van de omvangrijke voorgeschiedenis van de zaak, volgt een bespreking van het arrest van het GvEA.

Aanvraagprocedure communautair kwekersrecht voor SUMCOL 01

Op 7 juni 2001 dient de heer Schröder uit Duitsland een aanvraag in voor communautair kwekersrecht op een plantenras genaamd SUMCOL 01. Het ras is een kruising van planten van de soorten *Plectranthus ornatus* en *Plectranthus ssp.*

Tijdens de aanvraagprocedure maken diverse concurrenten van Schröder bezwaar tegen de verlening. Het kandidaatsras zou geen nieuw kweekproduct zijn, maar een uit Zuid-Afrika afkomstig wild ras dat aldaar reeds jarenlang werd verkocht. Als bewijs wordt een referentieras ingediend bij het Bundessortenamt, het Duitse Federaal Bureau voor Plantenrassen, belast met de uitvoering van het DUS onderzoek. Uit het onderzoek blijkt dat SUMCOL 01 inderdaad niet duidelijk te onderscheiden is van het referentieras. Echter kon niet worden aangetoond dat het referentieras ook reeds bekend was. Op grond van artikel 7 van de Verordening inzake het communautaire kwekersrecht nr. 2100/94 ("CKV") wordt een ras slechts als onderscheidbaar aangemerkt indien het, kort gezegd, duidelijk te onderscheiden is van elk ander ras waarvan het bestaan op de datum van indiening van de aanvraag algemeen bekend is. Het Bundessortenamt oordeelde daarom dat een nieuw onderzoek noodzakelijk was.

Op 12 december 2002 ontvangt het Bundessortenamt op haar verzoek stekken van de soorten *Plectranthus comosus* of *Plectranthus ornatus*, afkomstig van een medewerker van Kirstenbosch Botanical Gardens (Zuid-Afrika), de heer van Jaarsveld. Dit plantmateriaal was afkomstig uit de privé-tuin van van Jaarsveld en was volgens hem al geruime tijd op de Zuid-Afrikaanse markt verkrijgbaar. Van Jaarsveld verklaarde dat hij enkele jaren eerder uit de tuin van een vriend te Plumstead een stekje van dit referentieras had verkregen dat oorspronkelijk uit een tuincentra afkomstig was. Na verder vergelijkingsonderzoek blijkt dat het kandidaatsras SUMCOL 01 slechts in geringe mate onderscheidbaar is van de planten van van Jaarsveld. Volgens de onderzoeker van het Bundessortenamt waren de verschillen weliswaar „aanzienlijk”, doch nauwelijks zichtbaar. Verder bleek dat Schröder zelf niet in staat was zijn ras SUMCOL 01 te identificeren tijdens zijn bezoek aan het proefveld van het Bundessortenamt.

Schröder was er zelf echter van overtuigd dat de planten uit de privé-tuin van van Jaarsveld niet tot het referentieras behoorden, maar tot het ras SUMCOL 01 zelf. Bovendien uitte Schröder twijfels over de algemene bekendheid van het referentieras. De conclusie van het eindrapport van het Bundessortenamt luidde evenwel dat het kandidaatsras SUMCOL 01 niet onderscheidbaar is van het referentieras *Plectranthus ornatus* uit Zuid-Afrika, waarna het CPVO de aanvraag op 19 april 2004 afwees. Het CPVO

¹ Zaak T-187/06.

² DUS is een afkorting van *Distinctness, Uniformity and Stability*. Het technisch onderzoek naar de onderscheidbaarheid, de homogeniteit en de bestendigheid van een kandidaatsras wordt uitgevoerd door onderzoeksbureaus die door de raad van bestuur van het CPVO met deze taak worden belast.

hechte daarbij waarde aan de verklaringen van van Jaarsveld dat het [referentie]ras in Zuid-Afrika al op de markt was en werd verkocht in tuincentra, zodat het ras ook in privé-tuinen zoals die van van Jaarsveld te vinden zou zijn. Het CPVO gaf verder aan geen enkele reden te hebben om te twijfelen aan de herkomst van het plantenmateriaal zoals opgegeven door van Jaarsveld.

Beroep bij de kamer van beroep van het CPVO

Schräder stelt vervolgens beroep in bij de kamer van beroep van het CPVO. Ondanks de door het CPVO aangeleverde aanvullende informatie (waaronder reeds bestaande beschrijvingen van het ras) afkomstig van onder meer van Jaarsveld en het Zuid-Afrikaanse ministerie van Landbouw, bleek de kamer van beroep aanvankelijk niet overtuigd van de algemene bekendheid van het referentieras. De kamer vond dat een aantal van de verklaringen van van Jaarsveld ontoereikend was gestaafd. Verder bleken er allerlei onduidelijkheden te bestaan omtrent onder meer de herkomst en de ouderdom van het plantmateriaal uit de tuin van van Jaarsveld. De kamer achtte het daarom noodzakelijk een plaatsbezoek in Zuid-Afrika te gelasten³. Deze onderzoeksmaatregel zou worden uitgevoerd op voorwaarde dat Schräder een voorschot op kosten van € 6000 betaalde. Schräder weigerde dit echter. Hij achtte zich niet verplicht om bewijzen aan te brengen en vond dat hij niet aan de oorsprong lag van de (ambtshalve) onderzoeksmaatregel die de kamer had bevolen.

De kamer heeft het beroep van Schräder tegen de afwijzende beslissing vervolgens desalniettemin en zonder plaatsbezoek verworpen⁴. Nader onderzoek naar de identiteit en de algemene bekendheid van het referentieras van van Jaarsveld was niet nodig omdat de kamer van beroep "na twijfels over voornoemde punten, uiteindelijk ervan overtuigd was dat het als vergelijkingspunt gebruikte ras het referentieras was en niet SUMCOL 01 en dat het referentieras algemeen bekend was op het tijdstip van indiening van de aanvraag". Volgens de kamer lag het feit dat Schräder het voor de onderzoeksmaatregel gevraagde voorschot op kosten niet had betaald, niet ten grondslag aan de beslissing om de onderzoeksmaatregel niet uit te voeren.

Beroep bij het Gerecht van Eerste Aanleg

Op 18 juli 2006 stelt Schräder vervolgens beroep in bij het Gerecht van Eerste Aanleg onder aanvoering van een achttal middelen. Schräder verweet de kamer van beroep onder meer dat zij zich uitsluitend had gebaseerd op de aanwijzingen van van Jaarsveld – die volgens Schräder ten dele onjuist en globaal genomen tegenstrijdig waren.

Verder herhaalde Schräder zijn primaire stelling, die hij reeds voor het CPVO en voor de kamer van beroep had verdedigd, namelijk dat het referentieras eigenlijk het kandidaatsras zou betreffen. Volgens Schräder was het enige wat tot dan toe kon worden bewezen het bestaan van een alleenstaande plant uit de privé-tuin van van Jaarsveld.

Volgens Schräder zou verder de zienswijze van het CPVO, dat voor het kandidaatsras geen kwekersrecht mag worden verleend zodra niet onomstotelijk kan worden vastgesteld dat het duidelijk kan worden onderscheiden van elk ander algemeen bekend ras, fundamenteel onjuist zijn.

Beperkte omvang rechterlijke toezicht door het Gerecht

In enkele inleidende overwegingen zet het Gerecht eerst uiteen dat de beoordeling door de CPVO of een plantenras onderscheidbaar is, een wetenschappelijk en technisch ingewikkelde beoordeling betreft op het gebied van de plantkunde en de erfelijkheidsleer, zodat een beperking van de omvang van het rechterlijke

³ Bij wijze van onderzoeksmaatregel in de zin van artikel 78 van verordening nr. 2100/94.

⁴ Board of Appeal CPVO - Case A 003/2004.

toezicht daarop te rechtvaardigen is. Volgens het GvEA geldt daarbij dat de gemeenschapsrechter zijn beoordeling van de feiten niet in de plaats van die van het CPVO mag stellen. De gemeenschapsrechter moet zich derhalve beperken tot onderzoek van de feitelijke grondslag en de daarop door het CPVO toegepaste juridische kwalificatie, en dus met name tot de vraag of bij het optreden van die instantie geen sprake is geweest van een kennelijke dwaling of misbruik van bevoegdheid, dan wel een overschrijding van de grenzen van de beoordelingsvrijheid. Verder mag wèl onderzoek en controle plaatsvinden naar onder meer de materiële juistheid, betrouwbaarheid en samenhang van het feitenkader, de aangevoerde bewijselementen en de daaruit getrokken conclusies.

Het GvEA liet verder geen aanvullend bewijs toe van het CPVO met betrekking tot het bestaan een tweetal andere beweerdelijk algemeen bekende referentierassen die evenmin duidelijk te onderscheiden zouden zijn van het kandidaatsras SUMCOL 01. Schröder had in dit verband terecht aangevoerd dat het Bundessortenamt zich uitsluitend met betrekking tot het ras van van Jaarsveld had uitgesproken. Als gevolg hiervan en het beperkte toetsingskader dat het GvEA hanteert, zal het er voor aanvragers dus niet eenvoudiger op worden om succesvol beroep aan te tekenen tegen een afwijzende beslissing van het CPVO (of de kamer van beroep) door de resultaten van het technisch onderzoek aan te vechten. Aanvragers doen er dan ook goed aan om alle voor hen gunstige argumenten en bewijsmiddelen zoveel mogelijk al tijdens de verleningsprocedure te presenteren.

De beperking van het rechterlijk toezicht geldt volgens het GvEA overigens niet ten aanzien van de vraag of het gebruikte referentieras al dan niet algemeen bekend zou zijn, aangezien dit geen bijzondere deskundigheid of technische kennis vereist.

Beoordeling onderscheidbaarheid en algemene bekendheid

Volgens het GvEA is *in casu* de beoordeling of een plantenras onderscheidbaar is volgens de criteria van artikel 7, lid 1 CKV een wetenschappelijk en technisch ingewikkelde beoordeling, zodat een beperking van de omvang van het rechterlijke toezicht te rechtvaardigen is. Immers moet worden nagegaan of het kandidaatsras „door de uitingsvorm van de eigenschappen, die voortvloeit uit een bijzonder genotype of een combinatie van genotypen, duidelijk te onderscheiden is van elk ander ras”.

Aangaande de vraag of het referentieras van van Jaarsveld verschilt van het kandidaatsras SUMCOL 01, bleek uit het eindrapport van het Bundessortenamt dat tussen beide rassen verschillen werden vastgesteld volgens 3 van de 26 vergelijkingscriteria die bij het technische onderzoek in aanmerking zijn genomen, conform de normen van de UPOV: de hoogte van de planten, de breedte van het blad en de lengte van de buis van de bloemkroon. Volgens het eindrapport was er dus sprake van twee verschillende rassen, maar waren de verschillen kennelijk dusdanig triviaal dat de rassen desalniettemin als niet duidelijk onderscheidbaar zijn beoordeeld in de zin van artikel 7 lid 1 CVK. Schröder erkende weliswaar het bestaan van deze verschillen, maar volgens hem waren deze toe te schrijven aan milieufactoren, zoals klimaatsomstandigheden. Schröder wees verder op een email van een onderzoekster van het Bundessortenamt aan het CPVO. Hierin stond dat aangezien de onderzoekers de planten van SUMCOL 01 niet hadden kunnen onderscheiden van die afkomstig uit Zuid-Afrika (lees: van van Jaarsveld) het daarom voor de hand kon liggen *'te stellen dat alle planten afkomstig zijn van planten waarvoor de aanvraag is ingediend'*. Het Bundessortenamt kwam desalniettemin tot de eindconclusie dat de vastgestelde verschillen tussen de rassen, niet aan milieufactoren, doch aan genotypische factoren moeten worden toegeschreven. Opvallend is dat ook het CPVO op een vraag van de kamer van beroep had opgemerkt dat niet volledig kon worden uitgesloten dat rassen met zulke geringe verschillen als het kandidaatsras en het referentieras tot hetzelfde ras behoorde.

Het GvEA oordeelt op dit punt ten eerste dat het CPVO een ruime beoordelingsvrijheid toekomt bij ingewikkelde plantenkundige beoordelingen. De email, het antwoord van de CPVO en de overige door Schröder aangevoerde (algemene) gegevens volstonden volgens het GvEA niet als bewijs dat het

Bundessortenamt en vervolgens het CPVO alsmede de kamer van beroep van het CPVO blijken zouden hebben gegeven van een kennelijke beoordelingsfout. Volgens het GvEA kon uit een nadere toelichting van de onderzoekster van het Bundessortenamt tijdens de terechtzitting voor de kamer van beroep worden afgeleid dat de twee rassen in kwestie wél genetisch verschilden. Een verwijzing naar enig genetisch onderzoek ontbreekt echter en dit is ook overigens niet gebruikelijk bij DUS onderzoeken waarbij in beginsel uitsluitend naar fenotypische en/of morfologische verschillen wordt gekeken.

Verder achtte het GvEA dat Schröder geen overtuigend bewijs had aangevoerd ter weerlegging van de stelling van de kamer van beroep dat de ervaring „lijkt uit te sluiten” dat planten van het ras SUMCOL 01 in de privé-tuin van van Jaarsveld hebben kunnen belanden. Schröder's standpunt berust volgens het GvEA op de veronderstelling dat van Jaarsveld niet alleen erin geslaagd zou moeten zijn om aan zaaigoed of stekken van het ras SUMCOL 01 te komen toen dit ras nog niet in zuidelijk Afrika werd verkocht, dat hij meteen in zijn privé-tuin is beginnen te kweken, maar ook leugenachtige verklaringen aan het CPVO zou hebben afgelegd over de herkomst van de door hem aan het Bundessortenamt toegezonden stekken. Dit laatste met als enig doel te verhinderen dat het door Schröder aangevraagde communautaire kwekersrecht kon worden verleend. Hoewel in het arrest wordt vermeld dat een dergelijk scenario niet stellig kan worden ontkracht, lijkt dit volgens het GvEA zo weinig waarschijnlijk dat het - bij gebreke van bewijselementen - enkel kan worden afgewezen.

Los van het gegeven dat Schröder op enig moment tijdens de procedure heeft erkend dat de stekken van het ingezonden referentieras inderdaad afkomstig waren uit de privé-tuin van van Jaarsveld, is de uitkomst van dit arrest is niet geheel bevredigend. In rechtsoverweging 20 van het arrest staat: *‘op 12 december 2002 heeft het Bundessortenamt van van Jaarsveld stekken ontvangen, die naar hij stelde afkomstig waren uit zijn privé-tuin.* Dit duidt erop dat er in casu kennelijk geen controle heeft plaatsgevonden door (of in opdracht van) de onderzoeksinstelling of het CPVO op de verzameling en/of de toezending van plantmateriaal van het referentieras. Terwijl dit toch een basisvereiste voor deugdelijk en onafhankelijk plantkundig vergelijkingsonderzoek betreft, zeker ook waar het om de verlening van kwekersrechten gaat.

Na lezing van de uitspraak van de kamer van beroep⁵ worden de vraagtekens op dit punt alleen maar groter. Hieruit blijkt dat van Jaarsveld op 20 maart 2002 door het Bundessortenamt is verzocht om naar plantmateriaal van een referentieras op zoek te gaan. In reactie op dit verzoek antwoordde van Jaarsveld dat hij op zoek zou gaan naar zaden (het was toen herfst in Zuid-Afrika). Aangezien *Plectranthus ornatus* geen inheems ras is in Zuid-Afrika en hij dus geen plantmateriaal verwachtte aan te treffen in botanische tuinen, gaf van Jaarsveld aan op zoek te gaan in privé-tuinen. In oktober 2002 belooft van Jaarsveld aan de onderzoeker van het Bundessortenamt om foto's toe te zenden van het referentieras. Echter stuurt hij die uiteindelijk niet toe omdat zijn digitale camera gerepareerd moest worden (sic!). Vervolgens laat van Jaarsveld in december 2002 (acht maanden later) weten dat hij stekken afkomstig uit zijn eigen tuin per airmail zal opsturen. Schröder maakte tijdens de procedure nog gewag van contacten die van Jaarsveld zou hebben onderhouden met diverse concurrenten, zonder hem daarbij evenwel te willen beschuldigen. Volgens het GvEA volstonden deze insinuaties echter niet om de geloofwaardigheid van van Jaarsveld in twijfel te trekken.

Kennelijk voeren de onderzoeksinstellingen die het DUS onderzoek uitvoeren geen controle uit op het verzamelen en inzenden door derden van plantmateriaal van referentierassen. Zeker indien dergelijk referentiemateriaal niet afkomstig is van onafhankelijke (onderzoeks-)instellingen zijn ongeoorloofde acties van concurrenten niet uit te sluiten. Dit is een onwenselijke gang van zaken die aandacht behoeft. Aangezien in de onderhavige zaak niet met 100% zekerheid uitgesloten kon worden dat het referentieras hetzelfde was als het kandidaatsras, had het op de weg gelegen om eerst opnieuw een technisch onderzoek te gelasten naar de onderscheidbaarheid, omkleed met de noodzakelijke waarborgen voor de verzameling en inzending van het referentieras.

⁵ Zie noot 3.

Algemene bekendheid

Een ras wordt volgens artikel 7 CVK met name algemeen bekend veronderstelt indien op de vastgestelde datum van indiening van de kwekersrechaanvraag er voor dat ras reeds een kwekersrecht bestaat, of indien het ras al in een officieel rassenregister is opgenomen. Algemene bekendheid wordt daarnaast ook aangenomen indien op laatstgenoemd tijdstip reeds een aanvraag voor het verlenen van een kwekersrecht of tot opneming ervan in een officieel rassenregister is ingediend, mits die aanvraag intussen is ingewilligd. Het GvEA merkt terecht op dat deze bepaling geen uitputtende lijst van factoren geeft die het bewijs van de algemene bekendheid van een referentieras kunnen vormen, hetgeen wordt bevestigd door het gebruik van de woorden „met name”.

Het GvEA refereert verder aan de *General Introduction* van de UPOV⁶, waarin het begrip algemene bekendheid (*“common knowledge”*) nader staat uitgewerkt. Volgens dit document kunnen andere belangrijke factoren waarmee rekening dient te worden gehouden bij het bewijzen van de algemene bekendheid zijn⁷: het bestaan van een eerdere publicatie van een gedetailleerde beschrijving van het ras; het reeds in de handel zijn van teelt- of oogstmateriaal van het ras; de eerdere indiening van een aanvraag voor kwekersrecht of voor het opnemen van een ras tot een officiële rassenlijst, mits dit ook daadwerkelijk tot een inschrijving leidt; en ten slotte de omstandigheid dat levend plantmateriaal van het ras aanwezig is in een botanische tuin die publiekelijk toegankelijk is. Bovendien is bepaald dat algemene bekendheid zich niet beperkt tot nationale of geografische grenzen.

Volgens het GvEA heeft de kamer van beroep terecht geconcludeerd dat het referentieras algemeen bekend was ten tijde van de indiening van de aanvraag voor SUMCOL 01. Schröder had onvoldoende tegenbewijs geleverd ter betwisting van de (op een aantal punten weliswaar tegenstrijdige) verklaringen van van Jaarsveld. Hierin werd verwezen naar diverse wetenschappelijke publicaties waarin het kandidaatsras stond beschreven en waaruit bleek dat het ras al in 1975 resp. 1999 in Zuid-Afrika werd gekweekt. Volgens het GvEA had de kamer van beroep zich niet alleen op de verklaringen van van Jaarsveld gebaseerd, zoals Schröder stelde. De verklaringen van van Jaarsveld zijn volgens het GvEA ook bevestigd door de Zuid-Afrikaanse instanties en door meerdere wetenschappelijke publicaties.

Het GvEA merkt verder op dat een aantal tegenspraken de getuigenis van van Jaarsveld enigszins afzwakken. Het was in dat licht dan ook begrijpelijk volgens het GvEA dat de kamer van beroep in eerste instantie een onderzoeksmaatregel had bevolen om haar twijfels daarover weg te nemen. Volgens het GvEA was de kamer van beroep evenwel niet verplicht een nieuw technisch onderzoek te gelasten aangezien zij uit de elementen waarover zij beschikte, op goede gronden kon afleiden dat het ras SUMCOL 01 niet duidelijk kon worden onderscheiden van het referentieras dat op het tijdstip van indiening van de aanvraag algemeen bekend was.

Ten aanzien van het door de CPVO bevolen onderzoeksmaatregel oordeelt het GvEA dat nu deze onderzoeksmaatregel door het CPVO zelf was bevolen, de uitvoering daarvan niet afhankelijk mocht worden gesteld van de voorwaarde dat Schröder een voorschot betaalde. Dit enige gegronde onderdeel kan volgens het GvEA evenwel niet leiden tot vernietiging van de afwijzing van de bestreden beslissing.

Mr H.J. Koenraad
Advocaat te Amsterdam

⁶ General Introduction to the examination of distinctness, uniformity and stability and the development of harmonized descriptions of new varieties of plants, April 19, 2002.

⁷ Zie onderdeel 5.2.2. General Introduction.