

arrest

GERECHTSHOF DEN HAAG

Afdeling Civiel recht

Zaaknummer hof : 200.308.556/01
Zaaknummer rechtbank : C/09/574501/HA ZA 19-585

Arrest van 3 oktober 2023

in de zaak van

Holland Bolroy Markt B.V.,
gevestigd in Heiloo,
appellante,
advocaat: mr. I.N.A. Denninger, kantoorhoudend in Haarlem,

tegen

Kaagman-Schooneman B.V.,
gevestigd in Andijk (gemeente Medemblik),
verweerster,
advocaat: mr. H.J. Koenraad, kantoorhoudend in Amsterdam.

Het hof zal partijen hierna noemen HBM en Kaagman.

1. De zaak in het kort

- 1.1 Kaagman heeft in 2011 een tulpenras onder de naam 'Strong Energy' laten inschrijven in het register van de Koninklijke Algemeene Vereeniging voor Bloembollencultuur (hierna: KAVB). In 2013 heeft HBM kwekersrecht aangevraagd voor het tulpenras 'Strong Strike', dat in 2014 is verleend. Kaagman heeft vernietiging van dat kwekersrecht gevorderd. Volgens Kaagman is het ras Strong Strike niet duidelijk onderscheidbaar van het ras Strong Energy dat ten tijde van de verlening van het kwekersrecht een 'algemeen bekend' ras was als bedoeld in art. 49 lid 4 van Zaaigoed en Plantenwet 2005. De rechtbank heeft de vordering van Kaagman toegewezen en het kwekersrecht van HBM vernietigd.
- 1.2 In hoger beroep is aan de orde of het tulpenras 'Strong Energy' algemeen bekend was ten tijde van de verlening van het kwekersrecht voor het ras Strong Strike en of de vernietiging van het kwekersrecht terugwerkende kracht heeft. Het hof komt tot een bekrachtiging van het vonnis van de rechtbank.

2. Procesverloop in hoger beroep

- 2.1 Het verloop van de procedure in hoger beroep blijkt uit de volgende stukken:
 - de dagvaarding van 9 maart 2022, waarmee HBM in hoger beroep is gekomen van het vonnis van de rechtbank Den Haag van 23 februari 2022;

- de memorie van grieven van HBM, met bijlagen;
- de memorie van antwoord van Kaagman, met bijlagen;
- de bijlagen 44 tot en met 47 van Kaagman en bijlage G11 van HBM, die ter gelegenheid van de hierna te noemen mondelinge behandeling zijn overgelegd.

2.2 Op 4 juli 2023 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. De advocaten hebben de zaak toegelicht aan de hand van pleitaantekeningen die zij hebben overgelegd.

3. Feitelijke achtergrond

- 3.1 Kaagman is een bedrijf dat is gespecialiseerd in het telen en broeien van bloembollen, in het bijzonder van het gewas tulp.
- 3.2 HBM houdt zich bezig met de (groot)handel in bloembollen, het veredelen van nieuwe rassen en het verkrijgen en exploiteren van kwekersrechten met betrekking tot – voornamelijk – tulpen.
- 3.3 Op 19 december 2011 werd op verzoek van Kaagman, althans haar rechtsvoorganger VOF Kaagman-Schooneman, het tulpenras met de benaming ‘Strong Energy’ (hierna: Strong Energy), een door Kaagman, althans haar rechtsvoorganger, ontdekte mutant van het (onbeschermd) ras ‘Strong Gold’ (hierna: Strong Gold), in het register van de KAVB ingeschreven. De gegevens uit de registratie werden vervolgens ongeveer binnen één maand na registratie in het online register van de KAVB opgenomen. Later is een foto van het ras toegevoegd.
- 3.4 De KAVB had ten tijde van het aanhangig maken van deze procedure ongeveer 1200 leden. De meeste leden betroffen, en betreffen ook thans nog, veredelaars, bloembollenkwekerijen, -opslagbedrijven en -groothandels. Ook Kaagman en HBM zijn lid. De KAVB werkt onder meer nauw samen met de Bloembollenkeuringsdienst, Naktuinbouw en de Raad voor plantenrassen. Zo maken de Bloembollenkeuringsdienst, Naktuinbouw en de Raad voor plantenrassen gebruik van de proeftuin van de KAVB, nu hier een uitgebreide referentiecollectie staat van diverse bolgewassen waaronder tulp.
- 3.5 De KAVB is onder meer voor het gewas tulp de aangewezen Internationale Cultivar Registratie Autoriteit (ICRA). ICRA’s kennen géén rechten toe, maar beogen er enkel voor zorg te dragen dat de naamgeving (‘nomenclatuur’) van gecultiveerde planten consequent is ten behoeve van het handelsverkeer. Elke ICRA maakt de door haar geregistreerde cultivarnaam openbaar conform de International Code of Nomenclature for Cultivated Plants. De KAVB doet dat in Bloembollen Visie, een vakblad voor de bloembollen- en vasteplantensector, tegenwoordig Greenity genaamd.
- 3.6 De reservering van de naam en, daarna, de registratie van het ras Strong Energy werden vermeld in Bloembollen Visie, editie 20 oktober 2011 respectievelijk in de Bijlage ‘KAVB Registraties’ in Bloembollen Visie, editie 27 januari 2012. Laatstgenoemde vermelding ziet er als volgt uit:

“Tulipa ‘Strong Energy (Triumpf Groep)
Edibulbcode: 82285
Mutant van: ‘Strong Gold’

Registrant: VOF Kaagman-Schooneman, Andijk.

Samenvatting: bruinpaars 1858.

Winner: VOF Kaagman-Schooneman, Andijk.”

- 3.7 In een eerdere editie van Bloembollenvisie, de editie van 25 maart 2010, wordt voor zover hier van belang, het volgende vermeld over een tulpenkeuring van de KAVB: “(...) terwijl Kaagman een vaas toonde met een rode, fijn geel gerande mutant van ‘Strong Gold’.”
- 3.8 Voorts is het ras Strong Energy sinds 2011 opgenomen in de proef- en monstertuin van de KAVB, mede voor gebruik als referentieras door Naktuinbouw en de Raad voor plantenrassen.
- 3.9 HBM heeft op 13 juni 2013 bij de Raad voor plantenrassen nationaal kwekersrecht aangevraagd voor het tulpenras Strong Strike, eveneens een mutant van Strong Gold (aanmeldingsnummer TLP 2276). Kwekersrecht is verleend op 28 november 2014.
- 3.10 Kaagman, althans haar rechtsvoorganger, heeft op 26 februari 2015 bij de Raad voor plantenrassen nationaal kwekersrecht aangevraagd voor het ras Strong Energy (aanmeldingsnummer TLP 2445).
- 3.11 In het kader van de beoordeling van een aanvraag voor kwekersrecht wordt een zogenaamd D.U.S. onderzoek uitgevoerd door Naktuinbouw. Bij dit onderzoek worden het nieuwe ras en vergelijkingsrassen opgeplant om vast te stellen of het kandidaat-ras zich onderscheidt van alle reeds bestaande rassen binnen het betreffende gewas (Distinctness), of het kandidaat-ras uniform is (Uniformity) en of het kandidaat-ras bestendig blijft tijdens de vermeerdering (Stability).
- 3.12 Bij het D.U.S. onderzoek dat naar aanleiding van de kwekersrechtenaanvraag van Kaagman is uitgevoerd door Naktuinbouw ten aanzien van het kandidaat-ras Strong Energy, is geconcludeerd dat dit ras niet duidelijk onderscheidbaar is van het in het D.U.S. onderzoek gebruikte referentieras Strong Strike van HBM.
- 3.13 Bij brief van 7 juli 2016 is die bevinding door de Raad voor plantenrassen aan Kaagman medegedeeld. Verder is in genoemde brief onder meer het volgende opgenomen:

“Ook is gebleken dat het ras Strong Energy op het tijdstip van de aanmelding van het ras Strong Strike al tot de “algemeen bekende” rassen behoorde (de KAVB registratie van het ras Strong Energy vond plaats op 19 december 2011). In onderstaande tabel zijn de feiten rond de aanmelding en registratie(s) van de rassen Strong Strike en Strong Energy weergegeven.

Schematische weergave van de feiten

Rasnaam	Strong Strike	Strong Energy
Aanmelder	Holland Bolroy	VOF Kaagman-Schooneman
KAVB registratie	20-8-2015	19-12-2011
Aanmeldingsnummer	TLP 2276	TLP 2445
Datum kwekersrecht	28-11-2014	in onderzoek
Aanmeldingsdatum	13-06-2013	26-02-2015

Uit dit schema blijkt het volgende. Op 28 november 2014 is Nederlands kwekersrecht

verleend voor het ras Strong Strike, terwijl het niet onderscheidbare ras Strong Energy toen al tot de "algemeen bekende" rassen behoorde (KAVB registratie op 19 december 2011). Bij het DUS onderzoek van de Strong Strike in 2013/2014 is helaas niet het ras Strong Energy in de DUS proef opgenomen als vergelijker. Indien dit wel gebeurd was dan zou destijds zijn gebleken dat het ras Strong Strike niet onderscheidbaar was van het toen al "algemeen bekende" ras Strong Energy en zou geen kwekersrecht verleend zijn voor het ras Strong Strike.

Kwekersrecht voor het ras Strong Strike onterecht verleend

Gezien het bovenstaande is het kwekersrecht voor het ras Strong Strike op 28 november 2014 onterecht verleend en moet de bevoegde autoriteit (de rechtbank Den Haag) het kwekersrecht vernietigen op grond van artikel 75 van de Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 (hierna: ZPW 2005). Het kwekersrecht komt toe aan – uw aanmelding – het ras "Strong Energy"."

- 3.14 De Raad voor plantenrassen heeft vervolgens zowel Kaagman als HBM per brief uitgenodigd om te bezien of een onderlinge oplossing van deze kwestie mogelijk was. Partijen hebben daarop medegedeeld dat zij beide tulpenrassen opnieuw wilden laten opplanten door middel van een zogenaamde 'side by side' vergelijking om te bekijken in hoeverre de twee rassen nu inderdaad duidelijk onderscheidbaar zijn of niet.
- 3.15 Op 25 oktober 2016 zijn zowel het oorspronkelijke D.U.S. plantmateriaal van de rassen Strong Energy en Strong Strike als nieuw plantmateriaal van die rassen naast elkaar, in de tuin van Naktuinbouw, opgeplant in een reguliere kwekersrechtproef. De van deze opplant opgestelde rapportage door Naktuinbouw (die is gedateerd op 9 mei 2017) bevat de volgende conclusie:
- "Op basis van deze side by side opplant kan de conclusie worden getrokken dat de rassen 'Strong Energy' en 'Strong Strike' onvoldoende onderscheidbaar van elkaar zijn. Het kwekersrecht op het ras 'Strong Strike' (HBM) is ten onrechte verleend."*
- In de rapportage wordt ook het volgende vermeld:
- "Holland Bolroy Markt (HBM), de eigenaar van het ras Strong Strike, heeft op 4 mei 2017 de proef bezocht en ook vastgesteld dat er geen onderscheid tussen de rassen is waar te nemen."*
- 3.16 Vanwege vermeende inbreuk op haar kwekersrecht voor het ras Strong Strike heeft HBM, onder meer per brief van 20 december 2017 van haar advocaat, Kaagman gesommeerd om royalty's te voldoen, opgave te doen van het areaal beplant met het ras Strong Energy en een licentiecontract te ondertekenen. In genoemde correspondentie stelt HBM zich op het standpunt dat zelfs al zou haar kwekersrecht in rechte worden vernietigd, die vernietiging geen terugwerkende kracht heeft, zodat zij tot het moment van die vernietiging rechtsgeldig kwekersrecht houder was, met alle rechten die daarbij horen.
- 3.17 Toen bleek dat partijen niet tot een minnelijke regeling konden komen, heeft de Raad voor plantenrassen bij besluit van 24 februari 2018 zijn eerdere besluit van 28 november 2014, waarmee hij aan HBM kwekersrecht had verleend voor het ras Strong Strike, ingetrokken en dat kwekersrecht uitgeschreven uit het rassenregister. De Raad voor

plantenrassen heeft, in het kader van de besluitvorming, over het begrip ‘algemene bekendheid’ in art. 49 lid 4 ZPW 2005 extern advies ingewonnen bij mr. dr. P.A.C.E. van der Kooij (hierna: Van der Kooij).

- 3.18 HBM heeft genoemd intrekingsbesluit met succes in rechte bestreden. Bij uitspraak van 13 maart 2019 (ECLI:NL:CBB:2019:106) heeft het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) dat besluit vernietigd, omdat, aldus het CBB, de Raad voor plantenrassen niet over de bevoegdheid beschikt een door hem verleend kwekersrecht in te trekken. Daartoe overwoog het CBB dat uit de artt. 75 en verder ZPW 2005 voortvloeit dat (uitsluitend) de civiele rechter bevoegd is een reeds verleend en in rechte onaantastbaar geworden kwekersrecht te vernietigen.
- 3.19 HBM heeft bij brief van 17 februari 2020 aan Kaagman meegedeeld zich alle rechten voor te behouden inzake het ras Strong Strike en verjaring van haar aanspraak op royalty's, schadevergoeding plus rente en kosten te stuiten.
- 3.20 HBM heeft op grond van het in deze zaak door de rechtbank gewezen vonnis de Raad voor de plantenrassen op 1 maart 2022 verzocht het kwekersrecht te beëindigen.
- 3.21 De Raad voor plantenrassen heeft de behandeling van de aanvraag tot verlening van kwekersrecht aan Kaagman voor het ras Strong Energy aanvankelijk aangehouden, maar heeft na het vonnis van de rechtbank, op 1 mei 2022 aan Kaagman kwekersrecht verleend voor het ras Strong Energy en dit recht in het Rassenregister ingeschreven.

4. Procedure bij de rechtbank

- 4.1 Kaagman heeft HBM gedagvaard voor de rechtbank Den Haag en gevorderd dat de rechtbank het kwekersrecht van HBM voor haar tulpenras met benaming Strong Strike zal vernietigen en HBM zal bevelen daarvan aantekening te doen in het rassenregister. Daarnaast vorderde Kaagman – na wijziging van eis – dat voor recht wordt verklaard: a) dat het woord ‘verdere’ in art. 75 lid 4 en art. 77 lid 2 ZPW 2005 in dit geval buiten toepassing dient te worden verklaard, b) dat het kwekersrecht voor Strong Strike van aanvang af wordt geacht niet de in de ZPW 2005 omschreven rechtsgevolgen heeft gehad, c) dat het tulpenras Strong Energy een algemeen bekend ras is ten opzichte van het tulpenras Strong Strike in de zin van de ZPW 2005 en d) dat de verlening en inschrijving van het kwekersrecht voor Strong Strike niet in de weg kan staan aan de geldige verlening en inschrijving van het kwekersrecht voor Strong Energy. Subsidiair vorderde Kaagman een verklaring voor recht dat zij geen inbreuk maakt of heeft gemaakt op het kwekersrecht voor Strong Strike, een en ander met veroordeling van HBM in de (volledige) proceskosten.
- 4.2 De rechtbank heeft de vorderingen gedeeltelijk toegewezen en HBM in de (volledige) kosten veroordeeld. De rechtbank overwoog daartoe, samengevat, als volgt. Kaagman is belanghebbende in de zin van art. 75 lid 2 ZPW en daarmee bevoegd tot het instellen van een vordering tot vernietiging van het voor het ras Strong Strike verleende kwekersrecht (4.3). Strong Energy voldoet aan definitie van ras in (art. 1 sub c) van de ZPW 2005 (4.5). Het ras Strong Strike is niet (duidelijk) onderscheidbaar van het ras Strong Energy (4.6 - 4.8). Het ras Strong Energy moet worden aangemerkt als algemeen bekend op de datum van indiening van de kwekersrechtenaanvraag van HBM (4.13), gezien: de registratie van

het ras per 19 december 2011 bij de KAVB, de daarmee gemoeide vakpublicaties in Bloembollen Visie waaruit blijkt dat de inschrijving een mutant van ras Strong Gold was, de KAVB keuring op 15 maart 2010 waarbij het ras gedurende vijf dagen is getoond, de opname van het ras Strong Energy sinds 2011 in de proef- en monstertuin van de KAVB en het feit dat het ras Strong Energy sindsdien deel uitmaakt van de referentierassencollectie, die door de Bloembollenkeuringsdienst, Naktuinbouw en de Raad voor de plantenrassen wordt benut (4.9 - 4.10). Dat HBM het ras in de proef- en monstertuin, waar zich enkele duizenden tulpenrassen bevinden, niet heeft opgemerkt is niet van belang. Het gaat in het kader van de vaststelling of het tulpenras algemene bekendheid genoot niet om of specifiek HBM kennis had van het bestaan van Strong Energy, maar of die kennis onder vakgenoten beschikbaar was (4.11). De proef- en monstertuin was voldoende toegankelijk voor het algemene publiek. De tulpen stonden goed aangegeven in de groep mutanten van de populaire tulp Strong Gold, met een bordje met de naam Strong Energy (4.12). Het kwekersrecht op het ras Strong Strike komt dan ook voor vernietiging in aanmerking (4.14). Het begrip “vernietiging” als bedoeld in art. 75 ZPW kan niet anders worden uitgelegd dan dat het kwekersrecht waarop die vernietiging betrekking heeft, in ieder geval voor de vraag of daarop inbreuk is gemaakt en of de wettelijke fictie van art. 49 lid 4 ZPW opgeld doet, dient te worden geacht van aanvang af niet de in de ZPW 2005 omschreven rechtsgevolgen te hebben gehad. Art. 21 UPOV-verdrag prevaleert boven een daarmee strijdige wettelijke bepaling, zoals art. 77 lid 2 ZPW 2005, dat daarom buiten beschouwing moet worden gelaten. Kaagman kan met de exploitatie van het ras Strong Energy dan ook geen inbreuk maken of hebben gemaakt op een niet bestaand recht van HBM (4.16 - 4.24). Of, zoals HBM heeft betoogd, het ras Strong Strike mogelijk vóór de datum van de aanvraag van Kaagman algemene bekendheid in feitelijke zin zou kunnen hebben verkregen, zal door de Raad voor plantenrassen moeten worden onderzocht (4.28). De vorderingen van Kaagman tot vernietiging en de verklaringen voor recht a en b zijn toewijsbaar (4.29). De door Kaagman gevorderde verklaringen voor recht c en d worden afgewezen (4.30). HBM zal worden veroordeeld in de kosten, waarbij Kaagman aanspraak heeft op een kostenveroordeling ex art. 1019h Rv. Gelet op de sommaties van HBM aan Kaagman moet deze procedure worden aangemerkt als een vooruitgeschoven verweer tegen dreigend handhavend optreden (4.31 - 4.32).

5. Vorderingen in hoger beroep

- 5.1 HBM is in hoger beroep gekomen omdat zij het niet eens is met het vonnis. Zij heeft verschillende grieven tegen het vonnis aangevoerd. HBM wil dat het hof de vorderingen van Kaagman alsnog afwijst en Kaagman veroordeelt in de kosten van beide instanties.

6. Beoordeling in hoger beroep

Bevoegdheid

- 6.1 Het hof is krachtens art. 78 lid 3 ZPW 2005 bevoegd kennis te nemen van (de vorderingen in) dit hoger beroep.

Omvang van het hoger beroep

- 6.2 HBM heeft geen grieven gericht tegen de oordelen van de rechtbank dat Kaagman belanghebbende is in de zin van art. 75 lid 2 ZPW 2005, dat Strong Energy voldoet aan definitie van "ras" in art. 1 sub c van de ZPW 2005 en dat het ras Strong Strike niet (duidelijk) onderscheidbaar van het ras Strong Energy is. Deze oordelen staan daarmee tussen partijen vast.
- 6.3 Het hoger beroep beperkt zich daarmee tot de vragen of het ras Strong Energy algemeen bekend was ten tijde van de aanvraag van het kwekersrecht door HBM (grief I), welke rechtsgevolgen de vernietiging heeft (grieven II en III) en hoe de proceskostenveroordeling dient te luiden (grief IV).

Algemene bekendheid

- 6.4 **Grief I** stelt aan de orde aan welke eisen moet zijn voldaan voordat van algemene bekendheid in de zin van art. 49 ZPW 2005 sprake is en of in dit geval aan die eisen is voldaan.
- 6.5 Het hof stelt bij de beoordeling van de grief het volgende voorop. Op grond van art. 49 lid 1 ZPW 2005 kan kwekersrecht worden verleend voor rassen die nieuw, onderscheidbaar, homogeen en bestendig zijn. Volgens lid 4 van dit artikel wordt een ras als onderscheidbaar aangemerkt indien dit duidelijk is te onderscheiden van elk ander ras waarvan het bestaan op het tijdstip van indiening van de aanvraag algemeen bekend is, waarbij in ieder geval als algemeen bekend worden beschouwd rassen waarvoor in enig land een aanvraag tot verlening van kwekersrecht of tot inschrijving van dat ras in een officieel rassenregister is ingediend, vanaf de datum van aanvraag, mits de aanvraag heeft geleid tot verlening van kwekersrecht of inschrijving in het rassenregister.
- 6.6 Voor de uitleg van het begrip algemene bekendheid is van belang wat hierover in (opeenvolgende versies van) het Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekproducten (hierna: het UPOV-verdrag) en de daarbij horende 'explanatory notes' is opgenomen.
- 6.7 Art. 6 lid 1 onder a van het UPOV-verdrag van 1978 (art. 6 lid 1 onder a) luidde:

"Deze algemene bekendheid kan worden gestaafd door bijvoorbeeld te verwijzen naar: teelt of handel, die reeds plaatsvindt, inschrijving in een officieel rassenregister of in het in behandeling zijn van de inschrijving, het aanwezig zijn in een vergelijkingscollectie of een nauwkeurige beschrijving in een publikatie".

- 6.8 Ingevolge de herziening van het verdrag is deze bepaling vervolgens (als art. 7 van het herziene UPOV-verdrag 1991) als volgt komen te luiden:

"het ras wordt als onderscheidbaar aangemerkt indien het duidelijk te onderscheiden is van elk ander ras waarvan het bestaan op het tijdstip van indiening van de aanvraag algemeen bekend is. In het bijzonder wordt de indiening van een aanvraag tot het verlenen van kwekersrecht voor een ander ras of de inschrijving van een ander ras in een officieel rassenregister, in welk land ook, geacht dat andere ras algemene bekendheid te geven vanaf de datum van de aanvraag, mits de aanvraag leidt tot de verlening van kwekersrecht of tot de inschrijving van dat andere ras in het officiële rassenregister, naar

gelang het geval."

- 6.9 In het UPOV-document TG/1/3 van 19 april 2002 ('General introduction to the examination of distinctness, uniformity and stability and the development of harmonized descriptions of new varieties of plants') staat onder meer het volgende:

"5.2 Varieties of Common Knowledge

Key aspects for determining whether a potential variety is, in fact, a variety and moreover whether its existence is a matter of common knowledge are set out below. These considerations apply equally to all types of variety, whether protected or not, and include plant material, such as ecotypes and landraces. (...)

5.2.1 Criteria for a Variety

A variety whose existence is a matter of common knowledge must satisfy the definition of a variety set out in Article 1(vi) of the 1991 Act of the UPOV Convention, but this does not necessarily require fulfillment of the DUS criteria required for grant of a breeder's right under the UPOV Convention.

5.2.2 Common Knowledge

5.2.2.1 Specific aspects which should be considered to establish common knowledge include, among others:

(a) commercialization of propagating or harvested material of the variety, or publishing a detailed description;

(b) the filing of an application for the grant of a breeder's right or for the entering of a variety in an official register of varieties, in any country, which is deemed to render that variety a matter of common knowledge from the date of the application, provided that the application leads to the grant of a breeder's right or to the entering of the variety in the official register of varieties, as the case may be;

(c) existence of living plant material in publicly accessible plant collections.

5.2.2.2 Common knowledge is not restricted to national or geographical borders."

- 6.10 UPOV-document nr. C (Extr.)/19/2 Rev. van 9 augustus 2002 ('the notion of breeder and common knowledge') luidt onder meer als volgt:

"22. Article 6(1)(a) of the 1978 Act (...) did not define "common knowledge" but provided a nonexhaustive list of examples of how a variety could become a matter of common knowledge. When the Convention was revised in 1991, it was noted that the list of examples included events which would not necessarily be known to the public, for example, the addition of a variety to a reference collection. Accordingly, the 1991 Act leaves "common knowledge" undefined and specifies only that certain acts (which are not likely to be known to the general public) shall be deemed to render varieties a matter of common knowledge. "Common knowledge" has its natural meaning. It is a worldwide test. A variety that is a candidate for protection must be clearly distinguishable from any variety whose existence is a matter of common knowledge at the date of the application for protection anywhere in the world.

23. In applying the notion of common knowledge in cases of dispute and particularly applications for a declaration of nullity, UPOV members are recommended to be prepared to take into account not only knowledge that exists in documented form, but also the knowledge of relevant communities around the world provided that this knowledge can be credibly substantiated so as to satisfy the standard of proof of the civil law courts."

-
- 6.11 In de (summiere) rechtspraak over het begrip 'algemene bekendheid in het kwekersrecht is geoordeeld dat van algemene bekendheid sprake was in een geval waarin een ras gedurende zes jaar vanuit een kas was verhandeld en tevens in een voor het publiek toegankelijke botanische tuin stond (kamer van beroep van het Communautair Bureau voor Plantenrassen van 8 oktober 2003 (zaak A023/2002, Genplant/CPVO, BCT9916BEG). Ook is geoordeeld dat de publicatie van een gedetailleerde omschrijving van een plantenras in een aantal publicaties een factor is die in aanmerking kan worden genomen om de algemene bekendheid ervan aan te tonen (Gerecht van de EU van 19 november 2008, zaak T-187/06, Schröder/CBP, punt 97).
- 6.12 Voor het onderhavige geval leidt het hof hieruit het volgende af. Vast staat dat het KAVB-register waarin Strong Energy sinds 2011 is opgenomen geen officieel rassenregister is zodat Strong Energy niet al op grond van de desbetreffende fictie van art. 49 lid 4 ZPW 2005 als algemeen bekend kan worden aangemerkt. Algemene bekendheid is bekendheid bij vakgenoten ('relevant communities'). In dit geval zijn dat kwekers (bollenproducenten), telers (producenten van snijbloemen) en handelaren, zoals partijen ter zitting ook hebben onderschreven. Niet vereist is dat deze bekendheid overal ter wereld een gegeven is, maar daar in de wereld waar dit relevant is. Deze voor tulpen relevante vakkringen bevinden zich voor het overgrote deel in Nederland. Naast kennis die is vastgelegd in documenten, is bekendheid in vakkringen van belang. Het hof verwerpt het standpunt van HBM dat (steeds) zou moeten worden bewezen dat vakgenoten zich in het relevante tijdvak feitelijk bewust waren van het bestaan van het ras. De algemene bekendheid kan worden bewezen door het vaststellen van de aanwezigheid van (een combinatie van) relevante feiten ('factors') waaruit bekendheid in de relevante vakkringen redelijkerwijs kan worden afgeleid.
- 6.13 Toepassing van deze maatstaf leidt tot het volgende. Beoordeeld moet worden of Strong Energy een algemeen bekend ras was op 13 juni 2013, toen HBM een aanvraag voor verlening van een kwekersrecht indiende voor Strong Strike. In dit geval is het ras Strong Energy na registratie op 19 december 2011 in het online raadpleegbare register van de KAVB opgenomen op basis van een daartoe verricht identiteitsonderzoek op door Kaagman aangeleverd plantmateriaal. Het onderzoek leverde een beschrijving van het ras op (prod. EP3), die eveneens in het KAVB-register is opgenomen. De KAVB is een specifiek op de bloembollensector gerichte instelling en is voor het gewas tulp de aangewezen Internationale Cultivar Registratie Autoriteit (ICRA). De ongeveer 1200 aangesloten leden bestaan uit kwekers, telers en handelaren en vormen de voor de beoordeling van algemene bekendheid van een tulpenras 'relevant communities'. Dat samenstelling van het ledenbestand in 2011 (significant) anders was, is gesteld noch gebleken. De voor de onderhavige beoordeling relevante vakkringen bevonden en bevinden zich vrijwel uitsluitend in Nederland. Het KAVB-register was voor haar leden online raadpleegbaar. Kaagman heeft met de als productie EP 23 overgelegde screenshots van de KAVB-database en de verklaring van Johan van Scheepen (hierna: Van Scheepen) van de KAVB (productie EP 24) voldoende onderbouwd weerlegd dat, naar HBM had aangevoerd, de database vanaf 2012 tot 8 augustus 2014 (onafgebroken) onbereikbaar zou zijn geweest. Het hof houdt het er dan ook voor dat – zoals ook Van Scheepen heeft verklaard – slechts van incidentele onbereikbaarheid door werkzaamheden sprake is geweest. Verder is door overlegging van productie EP 22 genoegzaam komen vast te staan dat het ras Strong Energy op 9 mei 2012 via de KAVB ook in de openbare Plantscope-databank is opgenomen. Gesteld noch gebleken is dat die database in de relevante periode uit de lucht is geweest. De KAVB-registratie van het ras

Strong Energy is tevens opgenomen in het door de KAVB uitgegeven blad Bloembollenvisie, waarbij is vermeld dat het om een mutant van het ras Strong Gold gaat en ook een aantal uiterlijke kenmerken is vermeld (zie hiervoor, onder 3.6 en 3.7). Van alleen een vermelding van de naam van Strong Energy in Bloembollenvisie is, anders dan HBM heeft betoogd, dus geen sprake. Verder is het ras Strong Energy als bloeiende tulp in maart 2010 gedurende vijf dagen in de voor eenieder toegankelijke KAVB-keuringszaal getoond. Daarnaast was vanaf 2011 in de proeftuin plantmateriaal – 30 bollen – van het ras Strong Energy aanwezig. De dertig planten stonden met een 15-tal andere Strong Gold-mutanten opgesteld in een daarvoor bestemd deel van de proeftuin, waarbij zoals door Van Scheepen is verklaard vanaf 2012 de naam Strong Energy was vermeld. De proeftuin is toegankelijk voor leden van de KAVB, alsmede – op verzoek – voor niet-leden. Dat tulpen slechts gedurende een bepaalde periode in bloei zijn is, zoals ook de rechtbank heeft overwogen, nu eenmaal eigen aan deze plantsoort en onder de (geïnteresseerde) vakgenoten (vanzelfsprekend) bekend. Ook indien, zoals HBM heeft betoogd, Strong Energy in het register (destijds) niet eenvoudig kon worden gevonden, staat vast dat dit bij bekendheid met de rasnaam, zoals op grond van genoemde publicaties in Bloembollenvisie of een bezoek aan de proeftuin, zonder meer mogelijk was.

- 6.14 Naar het oordeel van het hof was het ras Strong Energy op grond van deze feiten en omstandigheden op de datum van aanvraag van het kwekersrecht door HBM ‘algemeen bekend’ in de onder 6.12 bedoelde zin.
- 6.15 Hieraan doet niet af dat de bij de kwekersrechtenaanvraag van HBM betrokkenen in 2014 het ras Strong Energy over het hoofd hebben gezien. Ter zitting zijn verschillende verklaringen gegeven waarom deze onderzoekers het ras Strong Energy over het hoofd hebben gezien. Zo heeft Van der Velden, algemeen directeur van HBM, (onweersproken) verklaard dat het D.U.S.-onderzoek voor de beoordeling van de kwekersrechtenaanvraag voor Strong Strike bij Naktuinbouw plaatsvond op 700 m afstand van de referentiecollectie in de proeftuin van de KAVB waarin het plantmateriaal van het ras Strong Energy stond. Het materiaal is (daardoor) ook niet (geheel) onder gelijke omstandigheden opgeplant, hetgeen tot (kleine) verschillen kan leiden, zoals de kleur of het tijdstip van bloei.. Ook het verschil in herkomst van de bollen kan tot dergelijke verschillen leiden. Maar ook indien bij de toenmalige betrokkenen het ras Strong Energy niet op het netvlies stond, kan daaruit reeds gezien het geringe aantal bij de beoordeling van de aanvraag betrokkenen nog niet worden geconcludeerd dat de combinatie van de hiervoor in 6.13 genoemde factoren (toch) niet heeft geleid tot algemene bekendheid in de zin van art. 49 lid 4 ZPW 2005. Hetzelfde geldt voor zover HBM heeft aangevoerd dat in 2015 een aanvraag voor de registratie van een door de firma Wijnker ingezonden tulp afstuitte op het kwekersrecht voor Strong Strike zonder dat Strong Energy bij die afwijzing een rol speelde. Kaagman heeft ter zitting verklaard dat onderzoekers in de praktijk ophouden met verder zoeken zodra blijkt van een bestaand kwekersrecht. HBM heeft dit niet (voldoende) weersproken. De door HBM ter zitting tegen die praktijk geuite kritiek laat onverlet dat (dus) niet zonder meer kan worden geconcludeerd dat Strong Energy niet algemeen bekend was in de onder 6.12 bedoelde zin.
- 6.16 De slotsom is dat grief I faalt.

Terugwerkende kracht vernietiging?

- 6.17 Volgens **grief II** heeft de rechtbank ten onrechte art. 75 en 77 lid 2 ZPW 2005 aldus uitgelegd dat het kwekersrecht na de vernietiging, van aanvang af geen rechtsgevolgen heeft gehad. Volgens het (hierna onder 6.21 weergegeven) toelichtend document uit 2015 heeft de (nationale) wetgever onder het UPOV-verdrag beleidsvrijheid waar het gaat om de retroactieve gevolgen van de vernietiging. Ingrijpen in de keuze van de wetgever was ook niet nodig, gelet op de mogelijkheden voor de rechter om in een concreet geval eventuele ongewenste gevolgen te vermijden op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid of misbruik van recht, aldus de grief.
- 6.18 Het hof overweegt als volgt. Op grond van art. 75 lid 1 sub b ZPW 2005 kan een kwekersrecht door de rechter worden vernietigd indien blijkt dat het ras op het tijdstip van verlening van het kwekersrecht niet onderscheidbaar was als bedoeld in art. 49 ZPW 2005. De vernietiging van een kwekersrecht ontnemt aan het kwekersrecht “alle verdere rechtsgevolgen” (art. 75 lid 4 ZPW 2005). Verder bepalen art. 77 lid 1 en 2 ZPW 2005 dat van de toewijzing van een vordering tot vernietiging aantekening wordt gedaan in het rassenregister en de vernietiging terugwerkt tot de dagtekening van die aantekening in het rassenregister. Vernietiging van een kwekersrecht heeft volgens de regeling in de ZPW 2005 dus geen terugwerkende kracht tot de dag waarop het recht was verleend.
- 6.19 In het voorlopig verslag van de vaste commissie voor landbouw, natuurbeheer en visserij (Eerste Kamer 1995-1996, 24 129 (Uitvoeringswet UPOV 1991), nr. 212a) hebben de leden van de SGP-RPF- en GPV fractie opgemerkt dat hen was opgevallen dat het voorstel niet voorziet in een bepaling dat vernietiging van een kwekersrecht terugwerkende kracht heeft tot de dag waarop het recht werd verleend, waarop zij de vraag stelden waarom het voorstel niet uitdrukkelijk bepaalt dat nietigheid ex tunc werkt. In de memorie van antwoord (EK 1995-1996, 24129, nr. 212b) antwoordden de betrokken ministers hierop “*de nietigverklaring – die in het voorgestelde artikel wordt gewijzigd in een vernietiging – werkt daarentegen ingevolge het bepaalde in art. 56 vierde lid, ZPW terug tot het moment waarop van het verzoek aantekening in het Nederlandse rassenregister wordt gedaan. Er is in dit geval sprake van een – zij het beperkte – “ex tunc” werking.*” Waarom hiervoor is gekozen, is in de parlementaire geschiedenis niet nader toegelicht.
- 6.20 Art. 21 van het UPOV verdrag bepaalt: “*Each Contracting Party shall declare a breeder’s right granted by it null and void when it is established (i) that the conditions laid down in article 7 were not complied with at the time of the grant of the breeder’s right. (...)*”. De bewoordingen van deze bepalingen duiden zonder meer erop dat vernietiging meebrengt dat het kwekersrecht wordt geacht nooit te hebben bestaan en dus terugwerkende kracht heeft. Dit wordt onderstreept door het feit dat het UPOV-verdrag, naast vernietiging, ook voorziet in vervallenverklaring (*cancellation*) van het kwekersrecht, dat géén gevolgen heeft voor de geldigheid van het kwekersrecht over de periode tussen de verlening en de vervallenverklaring.
- 6.21 Dat vernietiging van het kwekersrecht in het UPOV-verdrag terugwerkende kracht heeft, vindt verder bevestiging in de ‘Explanatory Notes on the nullity of the Breeder’s Right’ (UPOV/EXN/NUL/2 van 29 oktober 2015), waarin is vermeld “*When a breeder’s right is declared null and void, it is equivalent to pronouncing that it was an invalid right and should not have been granted in the first instance. By contrast, a breeder’s right which is*

cancelled was valid until the date of cancellation and was, in particular, valid at the time of granting (...)”.

- 6.22 Hieraan doet niet af dat in diezelfde notes is vermeld dat de gevolgen van de nietigheid kunnen variëren (“*Therefore, nullity has, in principle, retroactive effects. The retroactive effects of nullity may vary in practice. The remedies concerning the retroactive effects of nullity will depend on the relevant legislation of the member of the Union concerned and may also depend on contractual arrangements. In some cases, such as in cases of fraud or wilful abusive acts by the holder of the breeder’s right, reimbursement of royalties paid and/or other remedies may apply. In some other cases, reimbursement of royalties received by the holder of the breeder’s right may not be applicable*”). Blijkens de genoemde voorbeelden gaat het daarbij om de mogelijke bescherming van contractuele wederpartijen (licentienemers) en de vraag naar de bestemming van de licentievergoedingen die de houder van het vernietigde kwekersrecht in de tussentijd heeft ontvangen. Art. 21 UPOV biedt mede gezien deze toelichting geen ruimte voor een zodanige variatie op de effecten van de principieel terugwerkende kracht, dat daarvan categorisch wordt afgezien en de houder het vernietigde recht over de periode van verlening tot de vernietiging jegens derden kan handhaven. Dat de preambule van de ‘explanatory notes’ vermeldt dat “*these Explanatory Notes must not be interpreted in a way that is inconsistent with the relevant Act for the member of the Union concerned*” maakt nog niet dat aan die toelichting, waaruit de bedoeling van de opstellers blijkt, in dit geval geen betekenis toekomt, temeer nu die toelichting overeenkomt met art. 21 van het UPOV-verdrag waarin ook los van de toelichting voldoende duidelijk is bepaald dat vernietiging van kwekersrecht terugwerkende kracht heeft (zie hiervoor, 6.20).
- 6.23 De regeling van art. 75 lid 4 en 77 lid 2 ZPW 2005 waarin de vernietiging van het kwekersrecht pas werkt vanaf de datum van vernietiging en deze (in het geheel) geen terugwerkende kracht heeft, is gezien het voorgaande in strijd met het bepaalde in art. 21 UPOV verdrag. Omdat art. 75 en 77 ZPW 2005 uitdrukkelijk van werking ex nunc uitgaan, kunnen deze bepalingen niet door verdragsconforme uitleg met art. 21 UPOV-verdrag in overeenstemming worden gebracht.
- 6.24 Voor de vraag of in die situatie, zoals Kaagman heeft bepleit, art. 21 UPOV-verdrag rechtstreeks kan worden toegepast, is van belang hetgeen de Hoge Raad in het Rookverbod-arrest (HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928) heeft overwogen:
- “indien noch uit de tekst, noch uit de totstandkomingsgeschiedenis volgt dat geen rechtstreekse werking van de verdragsbepaling is beoogd, is de inhoud van die bepaling beslissend. Het gaat erom of deze onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is om in de nationale rechtsorde zonder meer als objectief recht te worden toegepast (...). Indien het op grond van een verdragsbepaling in de nationale rechtsorde te bewerkstelligen resultaat onvoorwaardelijk is en voldoende nauwkeurig is omschreven, belet de enkele omstandigheid dat de wetgever of overheid keuze- of beleidsvrijheid toekomt wat betreft de te nemen maatregelen ter verwezenlijking van dat resultaat, niet dat de bepaling rechtstreekse werking heeft. Of van die werking sprake is hangt af van het antwoord op de vraag of de bepaling in de context waarin zij wordt ingeroepen, als objectief recht kan functioneren.”*
- 6.25 In het onderhavige geval blijkt uit de tekst noch uit de totstandkomingsgeschiedenis dat geen rechtstreekse werking is beoogd van art. 21 UPOV-verdrag. Naar het oordeel van het hof is de inhoud van deze bepaling onvoorwaardelijk (“*shall declare a breeder’s right*

granted by it *null and void [curs. Hof]* when it is established (...)” en voldoende nauwkeurig om in de Nederlandse rechtsorde als objectief recht te worden toegepast. De bepaling is ingeroepen in de context van de vraag of een vernietigd kwekersrecht over de periode van verlening tot vernietiging als geldig verleend recht kan worden gehandhaafd tegen een partij wiens kwekersrechtenaanvraag in die periode wel aan de daarvoor geldende vereisten voldoet. In die verhouding kan de bepaling als objectief recht functioneren omdat daaruit voldoende duidelijk volgt dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Het UPOV-verdrag geeft geen ruimte voor een nationale regeling waarin de houder van het vernietigde kwekersrecht – buiten een eventuele contractuele context – jegens derden rechtshandhavend zou kunnen optreden over de periode voorafgaand aan de vernietiging, op grond van een recht dat op basis van art. 21 UPOV-verdrag moet worden geacht van aanvang af niet te hebben bestaan.

- 6.26 Het hof komt op grond van het voorgaande daarom tot dezelfde slotsom als de rechtbank, namelijk dat art. 21 UPOV-verdrag een ieder verbindende verdragsbepaling is die prevaleert boven het daarmee strijdige art. 75 lid 4 en 77 lid 2 ZPW 2005. HBM kan zich ten opzichte van Kaagman dan ook niet beroepen op het (vernietigde) kwekersrecht. De vorderingen sub a en b zijn dan ook toewijsbaar. Grief II faalt.

Rechtsgevolgen voor aanvraag kwekersrecht door Kaagman

- 6.27 Met **grief III** bestrijdt HBM de rechtsoverwegingen 4.25 tot en met 4.28 van het vonnis. Daarin oordeelde de rechtbank dat de (onterechte) verlening en inschrijving in het rassenregister van het kwekersrecht van HBM niet (op grond van de in art. 49 lid 4, tweede volzin, ZPW 2005 neergelegde wettelijke fictie) in de weg kan staan aan verlening van een kwekersrecht voor het ras Strong Energy aan Kaagman, terwijl eventuele algemene bekendheid in feitelijke zin van Strong Strike vóór de aanvraag van Kaagman daaraan wel in de weg zou kunnen staan. Of dat laatste het geval is, zal door de Raad voor de plantenrassen moeten worden onderzocht, aldus de rechtbank.
- 6.28 Volgens de grief mocht de rechtbank zich niet over het bestuursrechtelijke traject uitlaten. Uit de wet volgt dat op grond van het destijds aan HBM verleende kwekersrecht sprake is van algemene bekendheid in feitelijke zin die in de weg staat aan een latere verlening van kwekersrecht aan Kaagman, aldus de grief.
- 6.29 De grief faalt bij gebrek aan belang. De (hiervoor onder 4.1 weergegeven) deelvorderingen c) en d), waarop de bestreden overwegingen betrekking hebben, zijn immers door de rechtbank afgewezen en Kaagman heeft tegen die afwijzing geen incidenteel hoger beroep ingesteld. Voor het overige gaat het om ten overvloede gegeven overwegingen die voor de (overige) beslissingen van de rechtbank niet dragend zijn.

Proceskostenveroordeling ex art. 1019h Rv?

- 6.30 **Grief IV** keert zich – tevergeefs – tegen het oordeel van de rechtbank dat de onderhavige procedure moet worden beschouwd als betrekking hebbend op de handhaving van een intellectueel-eigendomsrecht in de zin van art. 1019h Rv. Naar het oordeel van het hof mocht Kaagman het handelen van HBM redelijkerwijs opvatten als een (dreiging van) tegen haar gerichte rechtsmaatregelen tot handhaving van het kwekersrecht van HBM. Zo is in de (hiervoor onder 3.16 bedoelde) sommatiebrief van 20 december 2017 vermeld dat Kaagman, zelfs als het kwekersrecht van HBM zou worden vernietigd, inbreuk op dat kwekersrecht maakt. De brief bevat een sommatie tot het ondertekenen van een

licentieovereenkomst en het betalen van licentievergoedingen en vermeldt dat als hieraan niet wordt voldaan, reeds opdracht is gegeven Kaagman in rechte aan te spreken wegens inbreuk op kwekersrecht. Daarbij heeft HBM Kaagman tevens een veroordeling in de volledige kosten in het vooruitzicht gesteld.

- 6.31 Het instellen van de onderhavige vorderingen door Kaagman kan daarom worden aangemerkt als een vooruitgeschoven verweer tegen dreigende rechtshandhaving, dat valt onder het toepassingsbereik van art. 1019h Rv. Het hof zal ook op dit punt het oordeel van de rechtbank bekrachtigen en ook in hoger beroep zal HBM op de voet van art. 1019h Rv worden veroordeeld in de volledige kosten. Het hof zal hierbij de indicatietarieven hanteren, waarbij het hof uitgaat van het tarief voor een complexe bodenzaak.

Conclusie en proceskosten

- 6.32 De conclusie is dat het hoger beroep van HBM niet slaagt. Daarom zal het hof het vonnis bekrachtigen. Het hof zal HBM als de in het ongelijk gestelde partij veroordelen in de proceskosten van het hoger beroep.

7. Beslissing

Het hof:

- bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Den Haag van 23 februari 2022;
- veroordeelt HBM in de kosten van het hoger beroep, aan de zijde van Kaagman begroot op € 783,- voor griffierecht en € 40.000,- voor salaris overeenkomstig het indicatietarief, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na de datum van dit arrest tot de dag van algehele voldoening;
- verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door de raadsheren mrs. B.J. Lenselink, J.I. de Vreese-Rood en R.S. Le Poole en de raden R. Haegens en mr. J.M.A. de Roos-Blokland en in het openbaar uitgesproken op 3 oktober 2023 in aanwezigheid van de griffier.

Voor grosse aan:
Bijgegeven aan mr.
Advocaat van: app./geint.
De Griffier van het Gerechtshof
te Den Haag

H. J. Woenraad