



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Te zien of niet te zien. Over onderscheidbaarheid in het kwekersrecht

Kooij, P.A.C.E. van der

Citation

Kooij, P. A. C. E. van der. (2016). Te zien of niet te zien. Over onderscheidbaarheid in het kwekersrecht. *Berichten Industriële Eigendom*, 7(10), 266-273. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/45687>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/45687>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Te zien of niet te zien.

Over onderscheidbaarheid in het kwekersrecht

Paul van der Kooij*

1. Inleiding

Eén van de voorwaarden om voor kwekersrechtelijke bescherming in aanmerking te komen, en in zekere zin de belangrijkste, is die van de onderscheidbaarheid van het kandidaat-ras ten opzichte van oudere rassen. Ingevolge art. 35, lid 2 Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 (ZPW) wordt een ras 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 art. 7 van het Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekprodukten (hierna ook: UPOV 1991)¹ staat het precies zo. Art. 7 van Verordening nr. 2100/94 inzake het communautaire kwekersrecht² geeft aan de voorwaarde wat meer reliëf, door te verlangen dat dat duidelijke onderscheid het gevolg is van de uitingvorm van de eigenschappen, die voortvloeit uit een bijzonder genotype³ of een combinatie van genotypen.

Het begrip 'onderscheidbaarheid' is niet altijd op de zojuist weergegeven wijze gedefinieerd. Aanvankelijk, in de ZPW uit 1966 en in het UPOV-verdrag uit 1961 en 1978, werd bepaald dat het ras zich 'door een of meer van belang zijnde eigenschappen' duidelijk moest onderscheiden.⁴ Over die terminologie is veel te doen geweest, zoals hierna uitvoerig aan de orde zal komen. Uiteindelijk zijn de woorden 'van belang zijnde eigenschappen' geschrapt, maar de discussie over het nut van deze woorden voor het criterium van onderscheidbaarheid is sindsdien blijven doorsmeulen als na een niet afdoende gebluste brand. Recentelijk is die discussie opnieuw opgelaaaid. Daarbij is ook het element van de van belang zijnde eigenschappen weer van stal gehaald.

In dit artikel ga ik nader op dit alles in.

2. Belangrijke eigenschappen

Hoe omschrijf je het verschil dat tussen een kandidaat-ras en reeds bestaande andere rassen aanwezig moet zijn om voor eerstbedoeld ras bescherming te kunnen verkrijgen? Vanaf de beginjaren van het kwekersrecht heeft deze vraag de wetgever heel wat hoofdbreken kost. En eigenlijk draagt de regelgeving anno 2016 daar nog steeds de sporen van: dat voor 'onderscheidbaarheid' een 'duidelijk onderscheid' nodig is, is nauwelijks meer dan een tautologie.

Dit zal aanvankelijk een reden geweest zijn voor de wetgever om aan het vereiste van onderscheidbaarheid een extra voorwaarde te verbinden: de van belang zijnde eigenschappen. Wie op zoek gaat naar de betekenis van de woorden 'van belang zijnde' in de hiervoor genoemde bepalingen, komt enerzijds terecht bij de ZPW-kamerstukken van 1958 tot 1966 en anderzijds bij de 'Actes' van de UPOV-discussies tussen 1957 en 1961.⁵ Ik heb daarvan lang geleden vrij uitvoerig verslag gedaan,⁶ en beperk mij daarom nu tot een paar saillante punten. Het spreekt daarbij haast vanzelf, dat doordat de zojuist genoemde perioden deels samenvielen, er een zekere wisselwerking is geweest tussen wat in Den Haag ter tafel werd gebracht en wat in Parijs zoal onderwerp van gesprek was. De steeds opnieuw in de discussies terugkerende vraag was: moet de zinsnede 'van belang zijnde' in functioneel/economische zin worden opgevat, zodat alleen indien er in dat opzicht een duidelijk verschil aanwezig is, van onderscheidbaarheid kan worden gesproken (de zogenoemde 'functioneleer'), óf gaat het in casu slechts om voor de identificatie van het kandidaat-ras belangrijke verschillen (de zogenoemde 'identificatieleer')? In het laatste geval kon aan de eis van onderscheidbaarheid relatief eenvoudig worden voldaan.

In de Memorie van Toelichting bij het ontwerp-ZPW⁷ stond te lezen dat de vraag of een kandidaat-ras zich in voldoende mate van andere rassen onderscheidde beantwoord moest worden naar land- of tuinbouwkundige maatstaven. Rassen die uitsluitend in botanisch opzicht van elkaar verschilden, moesten daarom als één en hetzelfde ras gezien worden. Kennelijk was de gedachte dat voor de praktijk van de plantenveredeling onbeduidende verschillen voor de onderscheidbaarheid in de zin van de wet irrelevant waren. Ook in

* Mr. P.A.C.E. van der Kooij is werkzaam bij de afdeling Ondernemingsrecht van de Universiteit Leiden en redacteur van dit blad.

1 Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekprodukten d.d. 19 maart 1991, *Trb.* 1992, 52; Nederlandse vertaling in *Trb.* 1993, 153. UPOV staat voor Union Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales.
2 Verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht, laatstelijk *Pb.* EG d.d. 11 januari 2008, L 8/2.
3 Genotype staat voor het totaal van overgeërfde planteigenschappen. Hierna sub 5 komt ook de term fenotype voorbij: het totaal van de waarneembare planteigenschappen.
4 Art. 29, lid 1 onder a (oud) ZPW; art. 6, lid 1 onder a (oud) UPOV 1961/1978.

5 Kamerstukken onder nummer 5332; *Actes des Conférences internationales pour la protection des obtentions végétales, 1957-1961, 1972*, UPOV, Genève 1974.

6 P.A.C.E. van der Kooij, *Kwekersrecht in ontwikkeling*, diss. Leiden 1990, hoofdstuk V.

7 *Kamerstukken II 1958/59, 5332, 3, p. 18.*

UPOV-verband⁸ kwam men tot de conclusie dat met het belang van plantkenmerken voor diezelfde praktijk rekening gehouden diende te worden, maar dan vooral vanuit de optiek dat het niet de bedoeling was om een kandidaat-ras dat slechts ondergeschikte verschillen vertoonde ten opzichte van andere rassen voor bescherming in aanmerking te laten komen. De woorden ‘van belang zijnde’ zouden voorts, zo werd gesteld, aan duidelijkheid winnen als men bij de beoordeling van de onderscheidbaarheid mede zou betrekken op welke wijze in de praktijk gebruik werd gemaakt van het ras in kwestie, waarbij de (commercieel relevante) bloemkleur van de roos werd geplaatst tegenover de (voor de commerciële praktijk onbelangrijke) bloemkleur van een aardappelplant.

Het element ‘van belang zijnde’ werd, nadat de tekst van het UPOV-verdrag van 1961 definitief was geworden, ook in de ZPW geïntroduceerd. In de Tweede Kamer kwam vervolgens de vraag aan de orde, of die woorden al dan niet in economische zin mochten worden uitgelegd. De bewindspersonen antwoordden dat alleen maar was beoogd om duidelijk te maken, “... dat niet elke afwijking van bestaande eigenschappen, in botanische zin, hoe gering ook, tot [kwekersrechtelijke] bescherming behoeft te leiden”.⁹ Tijdens de daaropvolgende openbare behandeling in de Tweede Kamer legde de minister van Landbouw en Visserij, de heer Biesheuvel, een verklaring af die bepaald ongelukkig te noemen was en ingewijden in de land- en tuinbouwsector in verwarring moet hebben achtergelaten.

Hij zei het volgende:

“Van belang zijnde’ betekent beslist niet, dat de cultuurwaarde van een ras een rol moet spelen bij de vraag, of het ras al dan niet voor bescherming in aanmerking komt. De aanspraak op bescherming wordt gegeven terzake van het feit, dat men iets nieuws heeft gecreëerd, ongeacht wat de waarde van het nieuwe ras voor de praktijk zal zijn. Trouwens, wat die waarde voor de praktijk zal zijn, zal de praktijk later moeten uitwijzen. Het gaat er veeleer om, dat er sprake moet zijn van een eigenschap, die van belang is, gelet op de aard en de functie van het gewas. Het is bij voorbeeld duidelijk, dat de kleur van een bloem voor siergewassen een van belang zijnde eigenschap is. Voor andere dan siergewassen speelt die kleur natuurlijk op zich zelf geen rol. Ik geef dit alles slechts als een indicatie van waar het hier in wezen om gaat. Ik moet er echter aan toevoegen – ik zie dat zelf ook levensgroot – dat nog zeer veel overleg tussen de deskundigen van de verschillende landen nodig zal zijn om mede aan de hand van de ervaringen in de praktijk tot een bepaalde omlijning en een zo uniform mogelijke toepassing ervan te komen”.¹⁰

⁸ Actes, p. 25 e.v.

⁹ Kamerstukken II 1965/66, 5332, 18 (Nota naar aanleiding van het Eindverslag), p. 4.

¹⁰ Handelingen II 1965/66, p. 1984.

Deze verklaring was naar mijn mening innerlijk tegenstrijdig. Immers, de minister stelde enerzijds dat ‘van belang zijnde’ niet op de *cultuurwaarde* van het ras betrekking had, maar anderzijds dat die woorden wel aan *de aard en de functie* van het gewas (als overkoepelend begrip van de daaronder vallende rassen) moesten worden gerelateerd. Tussen de gecursiveerde begrippen werd aldus een tegenstelling gecreëerd terwijl in feite van een overlapping sprake was. Deze begripsverwarring sijnpelde een aantal jaren nadien door, in de enige zaak over de zinsnede ‘van belang zijnde’ die het tot de Hoge Raad gebracht heeft.¹¹

Hoe dit ook zij, er zijn voldoende aanwijzingen om te verdedigen, dat reeds de opstellers van het UPOV-verdrag van 1961 de identificatieleer aanhingen. In art. 6, lid 1 onder a UPOV 1961 leek tekstueel uitsluitend een verband te bestaan tussen het belang van de eigenschappen en de onderscheidbaarheid. In art. 6, lid 2 en art. 14 UPOV 1961¹² werd voorts uitdrukkelijk verschil gemaakt tussen de verlening van kwekersrecht aan de ene kant en het toepassen van nadere, publiekrechtelijke regels met betrekking tot het in het verkeer brengen van (voor de cultuur belangrijke) gewassen aan de andere kant. En noch de sinds 1961 tot stand gekomen (nog nader te bespreken) UPOV-richtlijnen voor de beoordeling van onderscheidbaarheid, homogeniteit en bestendigheid,¹³ noch de Algemene Inleiding op die richtlijnen¹⁴ maken onderscheid tussen al dan niet in commercieel opzicht belangrijke plantkenmerken.

3. Twee leren

In de literatuur van vóór, maar vooral van (kort) ná de totstandkoming van UPOV 1961 is de controverse tussen de functie- en de identificatieleer uitvoerig besproken, op basis van de toen geldende (en zoals gezegd voor meer dan één uitleg vatbare) regels. Het zou te ver voeren deze gedachtewisseling hier compleet weer te geven. Ik volsta met een samenvatting.¹⁵

Vóór de functieleer zou pleiten, dat de teksten van verdrag en wet naast elkaar de woorden ‘van belang zijnde’ en ‘duidelijk’ bevatten, en het niet voor de hand lag dat de wetgever twee keer precies hetzelfde had willen zeggen. Ook de definitie van het object van bescherming,

.....
¹¹ HR 19 april 1974, ECLI:NL:HR:1974:AB5286, NJ 1974, 498 m.nt. L. Wichers Hoeth (*Preresco/Prelubel*). In dit arrest heeft de Hoge Raad zich niet over de betekenis van de term ‘cultuurwaarde’ uitgelaten, maar de beslissing van het hof daarover in stand gehouden. Het Hof was van mening dat bij de beoordeling van het plantkenmerk in kwestie weliswaar niet de cultuurwaarde, maar wel de ‘functie van het gewas’ een rol speelde. Zie over deze zaak ook Ch. Gielen, *Kwekersrecht*, 1983, p. 26 e.v.; *Kwekersrecht in ontwikkeling*, p. 111 e.v.

¹² Zie tegenwoordig art. 18 UPOV 1991.

¹³ Hierna ook: DUS-onderzoek, naar de Engelse afkorting *distinctness, uniformity, stability*.

¹⁴ *General introduction to the examination of distinctness, uniformity and stability and the development of harmonized descriptions of new varieties of plants*, tegenwoordig doc. nr. TG/1/3, UPOV, Geneva, d.d. 19 april 2002 (www.upov.int onder UPOV System → DUS Guidance).

¹⁵ Vgl. *Kwekersrecht in ontwikkeling*, p. 107 e.v., met verdere verwijzingen naar binnen- en buitenlandse literatuur.

het ras, vormde een aanwijzing, nu die repte van een voor cultuurdoeleinden zelfstandige eenheid. Een ander argument vóór deze leer werd ontleend aan het feit dat tijdens de UPOV-onderhandelingen was opgemerkt, dat de kleur van de bloem belangrijker is voor rozen dan voor aardappelen. Nog een ander argument dat in de zestiger jaren opgeld deed, was vervat in de stelling dat in het kwekersrecht, enigszins vergelijkbaar met de situatie in het octrooirecht, steeds opnieuw sprake zou moeten zijn van verbetering van het bestaande sortiment ('Fortschritt der Sorte'), getuige ook de Franse taalversie van UPOV 1961 waarin 'caractères essentiels' op enig moment was vervangen door 'caractères importants'.

Vóór de identificatieleer pleitte de gedachte, dat elke wijziging in het genetisch patroon een nieuwe creatie oplevert, waarvan nadien wel zal blijken wat de waarde voor de praktijk is (ook minister Biesheuvel had daarop gewezen). Het vereisen van een verschil in een functioneel belangrijke karaktertrek zou aanleiding kunnen geven tot verwarring en talrijke conflicten, alleen al doordat de term 'functioneel' per gewas verschilt. De rechter zou niet of nauwelijks in staat zijn (en volgens een enkeling zelfs niet bevoegd) om een afweging tussen al dan niet functioneel belangrijke eigenschappen te maken; het eisen van een 'Fortschritt' (zie hiervoor) zou aanzienlijke problemen van bewijsrechtelijke aard meebrengen. Voorts pleitte vóór deze leer het gegeven dat ook inteeltlijnen die doorgaans zelf geen gebruikswaarde hebben, maar voor het creëren van hybride rassen dienen,¹⁶ desalniettemin als zodanig beschermd kunnen worden. Daarnaast werd als argument aangevoerd dat een toetsing van rassen op cultuurwaarde niet in het kwekersrecht thuishoort, maar in publiekrechtelijke regels zoals met betrekking tot het verkeer met teeltmateriaal (waarover de ZPW aparte bepalingen bevatte).¹⁷ Terzijde valt nog als markant detail te vermelden dat de V.S. destijds UPOV 1978 alleen wilden ratificeren als UPOV de identificatieleer zou omhelzen; de Plant Variety Protection Act kon volgens de Amerikanen niet in andere zin worden geïnterpreteerd.

4. Duidelijk onderscheid

Alles bijeen genomen was het merendeel van de schrijvers voorstander van de identificatie-gedachte, hoewel die ook een keerzijde had, waarover aanstonds meer. Zoals al uit de Inleiding kon worden opgemaakt, heeft UPOV 1991 (voorlopig) aan alle gerezen twijfels een einde gemaakt door de zinsnede 'van belang zijnde eigenschappen' in art. 7 te schrappen en daarmee duidelijk te maken dat de functieleer internationaal ten

grave kon worden gedragen.¹⁸ In een toelichting bij een voorontwerp voor de nieuwe verdragstekst werd het verwijderen van die woorden (nogal gebrekkig) gemotiveerd met de opmerking dat het aldus niet langer noodzakelijk zou zijn om het element steeds opnieuw aan niet-deskundigen uit te leggen en te rechtvaardigen dat op het gebied van het kwekersrecht ook andere dan uitsluitend functionele kenmerken voor de onderscheidbaarheid van belang kunnen zijn.¹⁹ In de daarna tot stand gebrachte Verordening nr. 2100/94 is, zoals eerder vermeld, voor dezelfde weg gekozen; de considerans zegt in dit verband, "dat voor het verlenen van [communautair] kwekersrecht de belangrijkste eigenschappen van het ras moeten worden geëvalueerd; dat deze eigenschappen evenwel niet noodzakelijkerwijze verband moeten houden met het economisch belang ervan".

Het doorhakken van de knoop ten gunste van de identificatieleer had ook een keerzijde. Het gegeven dat een duidelijk verschil in slechts één voor de identificatie van het ras belangrijk kenmerk voldoende was (en is) om voor bescherming in aanmerking te komen, maakte de voorwaarde van onderscheidbaarheid laagdrempelig. En volgens sommigen té laagdrempelig. In het bijzonder in de sierteeltsector had men er moeite mee dat het kwekersrecht in een aantal gevallen wel erg gemakkelijk te verkrijgen was. De in het kwekersrecht bestaande veredelingsvrijstelling (*breeder's exemption*) die kwekers toestaat vrijelijk gebruik te maken van (zelfs beschermd) plantmateriaal voor veredelingsdoeleinden,²⁰ gecombineerd met een betrekkelijk eenvoudig te realiseren onderscheidbaarheid, zorgde in die sector in toenemende mate voor scheve gezichten. Het begrip 'plagiaatras' deed zijn intrede: het ras dat volop profiteerde van de commercieel interessante eigenschappen van zijn voorganger, maar

.....
18 Dat in casu de identificatieleer moet worden toegepast, wordt dan ook sindsdien in de ons omringende landen niet meer serieus betwist. Vgl. bijv. H. Neumeier, *Sortenschutz und/oder Patentschutz für Pflanzenzüchtungen*, 1990, p. 88; B. Bergmans, *La protection des innovations biologiques*, 1991, p. 212-213; G. van Overwalle, *Octrooierbaarheid van plantenbiotechnologische uitvindingen – Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een rechtvaardiging van een uitbreiding van het octrooirecht tot planten*, diss. Leuven 1996, p. 184-185; A. Chavanne/J.-J. Burst/J. Azéma/J.-C. Galloux, *Droit de la propriété industrielle*, 2006, p. 578; M. Llewelyn en M. Adcock, *European Plant Intellectual Property*, 2006, p. 163 e.v.; L. Bently en B. Sherman, *Intellectual Property Law*, 2009, p. 596; H. Leßmann en G. Würtenberger, *Deutsches und europäisches Sortenschutzrecht*, 2009, § 2, randnr. 78; J. Passa, *Droit de la propriété industrielle*, tome 2, 2013, p. 925-926.

19 Doc. nr. CAJ/XXIII/2, UPOV, Geneva, d.d. 13 juli 1988. Tijdens de diplomatieke conferentie in 1991 waren de 'important characteristics' kennelijk geen 'issue' meer: in de *Records of the Diplomatic Conference for the Revision of the International Convention for the Protection of New Varieties of Plants*, UPOV, Geneva 1992 (UPOV publicatie nr. 346 (E)), kwam het onderwerp nog slechts ter sprake in één alinea, waarin de International Association of Horticultural Producers (AIPH) haar teleurstelling over het verdwijnen van het genoemde element verwoordde (*Summary minutes*, p. 246-247, nr. 471).

20 Vgl. art. 15, lid 1 onder iii UPOV 1991, art. 15 onder c en d Verordening nr. 2100/94 en art. 57, lid 3 onder c ZPW. Zie over dit onderwerp P.A.C.E. van der Kooij, 'De kwekersvrijstelling anno 2016', *Tijdschrift voor Agrarisch recht* 2016, p. 348 e.v.

.....
16 Zie *Kwekersrecht in ontwikkeling*, p. 168-169 en daarbij de 'bijzondere vermeerderingscyclus' in art. 35, lid 4 ZPW.

17 In zoverre geldt dus voor het kwekersrecht in feite hetzelfde als voor het octrooirecht, vgl. Huydecoper/Van der Kooij/Van Nispen/Cohen Jehoram, *Industriële eigendom*, deel 1, *Bescherming van technische innovatie*, 2016, nrs. 3.5.4.5 en 3.5.5.2. Zie ook voetnoot 21.

zich daarvan (net) voldoende onderscheidde door een enkel, slechts voor identificatie nuttig kenmerk, om ook zelf beschermd te kunnen worden.

De keuze voor de identificatieleer had dus in het bijzonder (ongewenste) gevolgen voor de sierteeltsector. In andere sectoren van de land- en tuinbouw dan die van de siergewassen speelde deze problematiek niet of in veel mindere mate een rol, omdat aldaar het in het verkeer mogen brengen van nieuwe kweekproducten dikwijls afhankelijk werd gesteld (en dat is nog altijd zo) van de positieve uitkomsten van (aanvullend) VCU-onderzoek (*value for cultivation and use*, bijv. met het oog op de (voedsel)veiligheid), doorgaans op basis van EU-richtlijnen op dit terrein.²¹ De extra eisen gesteld in een VCU-procedure maken dus in de regel het initiëren van een veredelingstraject waarbij getracht wordt om een resultaat te bereiken dat zoveel mogelijk aanhaakt bij een eerder tot stand gebracht (en inmiddels succesvol) kweekproduct, en waarbij de toegevoegde waarde van het nieuwe ras voor de cultuur (vrijwel) nihil is, een stuk minder aantrekkelijk.

5. Afgeleide rassen

In het UPOV-verdrag van 1991 werd de omvang van de kwekersrechtelijke bescherming op diverse punten uitgebreid. Eén van de wijzigingen was er speciaal op gericht om aan de hiervoor besproken onvrede over het oneigenlijk profiteren van de bestaande regels tegemoet te komen: de regeling voor afgeleide rassen (*essentially derived varieties, edv*).

Uit art. 14, lid 5 onder a jo. leden 1 tot en met 4 UPOV 1991 vloeide vanaf toen voort, dat de commerciële exploitatie van een ras (B) dat in wezen was afgeleid van een ander ras (A) afhankelijk werd gesteld van voorafgaande toestemming van de houder van het kwekersrecht, verleend voor dat andere ras (A).²² Men spreekt in dit verband wel van moederras (A) versus dochterras (B). Hoewel dus voor (het op zichzelf ten opzichte van ras (A) duidelijk onderscheidbare) ras (B) eveneens kwekersrecht kon worden verkregen, zorgden de nieuwe bepalingen voor een tot dan toe op dit terrein niet bestaande afhankelijkheidsrelatie tussen achtereenvolgende kwekersrechthouders. Als ‘in wezen afgeleid’ moet sindsdien worden aangemerkt een ras dat onder een ingewikkelde definitie valt, neergelegd in art. 14, lid 5 onder b UPOV 1991. Kort gezegd komt het erop neer, dat er om als afgeleid ras te worden beschouwd sprake van moet zijn dat ras (B) hoofdzakelijk van ras (A) is afgeleid, “met behoud van de expressie van de wezenlijke eigenschappen die het resultaat is van een bepaald genotype of een combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras”, maar met slechts één of zeer weinig verschillen ten opzichte van dat oorspronkelijke ras.

21 Zie bijv. art. 19-24 en art. 35-48b ZPW; vgl. voorts bijv. www.naktuinbouw.nl; www.ilvo.vlaanderen.be.

22 Zie ook art. 13, lid 5 onder a en lid 6 Verordening nr. 2100/94 en art. 58, lid 1 onder a en lid 2 ZPW.

UPOV kondigde in 1991 bovendien aan, met nadere richtlijnen voor de toepassing van de nieuwe *edv*-regeling te zullen komen.²³ Die hebben echter niet alleen lang op zich laten wachten, maar boden belanghebbenden uiteindelijk ook maar weinig houvast.²⁴ Enkele organisaties, zoals ISF en Ciopora,²⁵ hebben toen zelf aan hun achterban voorstellen gepresenteerd om de *edv*-regeling wat meer handen en voeten te geven.

Daarnaast laat de tot op heden schaarse rechtspraak over dit onderwerp zien, dat de toepassing van de *edv*-regeling kan leiden tot lange en kostbare procedures, waarin de bewijsproblemen niet van de lucht zijn. In die jurisprudentie komt bijvoorbeeld naar voren of, en zo ja in hoeverre, moderne technieken geschikt moeten worden geacht om overeenkomsten en verschillen tussen rassen aan het licht te brengen. Het mag inmiddels als algemeen bekend worden verondersteld (en het komt ook in de rechtspraak over afgeleide rassen steeds aan de orde) dat men zelfs de kleinste verschillen tegenwoordig in kaart weet te brengen. Maar de hamvraag is uiteraard of aan alles wat ‘te zien’ is, ook juridische consequenties (onderscheidbaarheid, afhankelijkheid) verbonden moeten worden.

Vooralsnog geldt in ieder geval met betrekking tot de *onderscheidbaarheid*, dat verschillen tussen rassen die alleen op DNA-niveau waarneembaar zijn, maar niet (ook) tot uiting komen in morfologische of fysiologische karaktertrekken,²⁶ die zich lenen om onderkend en beschreven te worden, niet tot bescherming van het kandidaat-ras leiden. En ten aanzien van een beoogd *afgeleid ras* moet er momenteel van worden uitgegaan, dat er tussen dat ras en het oorspronkelijke ras een vrij hoge (maar van het gewas in kwestie enigszins afhankelijke) mate van genetische conformiteit zal moeten bestaan, en bovendien een zeer grote mate van fenotypische overeenstemming (zie voor dit begrip voetnoot 3). Voor het vaststellen van een afleiding als hier bedoeld zal dus zowel zichtbaarheid op DNA-niveau als zichtbaarheid met het blote oog vereist zijn.

23 Zie de *Records*, p. 63 (Resolution on Article 14(5)).

24 Zie doc. nr. UPOV/EXN/EDV/1, *Explanatory notes on essentially derived varieties under the 1991 Act of the UPOV Convention*, UPOV, Geneva, d.d. 22 oktober 2009. In eerdere documenten (doc. nr. CAJ/29/2 d.d. 10 september 1991 en doc. nr. IOM/6/2 d.d. 17 augustus 1992) liet de concrete uitwerking nog aanzienlijk meer te wensen over.

25 De ISF (international Seed Federation) is in 2002 ontstaan uit een fusie tussen FIS (Fédération Internationale du Commerce des Semences) en Assinsel (Association Internationale des Sélectionneurs pour la protection des obtentions végétales); zie www.worldseed.org. Ciopora, opgericht in 1961, was oorspronkelijk het acroniem voor Communauté Internationale des Obtenteurs de Plantes Ornamentales de Reproduction Asexuée en opereert tegenwoordig onder de naam Community of Breeders of Asexually Reproduced Ornamental and Fruit Varieties; zie www.ciopora.org.

26 Morfologische kenmerken hebben op het uiterlijk van de plant betrekking (zoals de kleur van de bloem, de lengte van de wortels of de vorm van het blad); fysiologische kenmerken houden verband met processen die zich in het inwendige van de plant afspelen (en bijvoorbeeld winterhardheid of ziekteresistentie tot gevolg hebben, of ervoor zorgen dat het ras eerder dan andere rassen geoogst kan worden).

Mocht er een grote discrepantie tussen beide bestaan (dus bijvoorbeeld een hoge genetische conformiteit maar tegelijkertijd een vrij groot aantal verschillen op fenotypisch niveau²⁷), dan zal er bij de huidige stand van zaken geen sprake kunnen zijn van een afgeleid ras, met als gevolg dat het hiervoor genoemde ras (B) geheel onafhankelijk van de toestemming van de houder van het kwekersrecht voor ras (A) gecommmercialiseerd zal kunnen worden.²⁸

6. Minimale verschillen

Over kwekersrechtelijke aangelegenheden wordt maar weinig geprocedeerd. Daar zijn uiteenlopende redenen voor. Veredelaars zijn vaak kleine en middelgrote ondernemingen, die zich in de regel geen hoge proceskosten kunnen veroorloven. Bovendien leveren veel nieuwe rassen nauwelijks voldoende op om de ontwikkelingskosten terug te verdienen. Bij de wel rendabele rassen is de terugverdienperiode dikwijls vrij kort. Mede om die reden wordt van verleende kwekersrechten dikwijls al na enkele jaren afstand gedaan. Kwekers vormen daarnaast een betrekkelijk klein wereldje; echt 'grote' rozenveredelaars bijvoorbeeld zijn er wereldwijd maar een stuk of twintig. En al is de beroepsgroep relatief klein, er heerst toch een vrij hoge organisatiegraad; men kent elkaar goed.²⁹

Dit maakt wellicht begrijpelijk, dat kwekersorganisaties steeds op zoek zijn naar mogelijkheden om met en voor hun leden te komen tot eigen regels, die helder zijn en rechtszekerheid bieden, en die advocaten en rechters buiten de deur houden. Voorbeelden hiervan zijn de al genoemde initiatieven met betrekking tot de richtlijnen voor afgeleide rassen door de brancheorganisaties ISF en Ciopora, en – al waren daarbij niet alleen veredelaars betrokken – het *International Licensing Platform Vegetable*.³⁰

De nieuwste loot aan deze stam wordt gevormd door het voorstel van Ciopora,³¹ om nadere regels op te stellen over de onderlinge afstanden tussen rassen en daarmee dus een aanscherping van de voorwaarde van onderscheidbaarheid te realiseren. Afgaande op hetgeen deze organisatie er zelf over publiceert (want, zoals gezegd, geprocedéerd wordt er niet vaak) zou het eerder genoemde probleem van de 'plagiaatrassen', in weerwil van de regeling voor afgeleide rassen, nog steeds aanzienlijk zijn.³² Het vraagstuk van de minimale verschillen (*minimum distances*) is daarmee weer helemaal terug van weggeweest.³³

Ciopora stelt onder meer het volgende voor (samengevat en vrij vertaald):

- een duidelijk onderscheid tussen twee rassen mag niet uitsluitend worden gevormd door een enkel voor de identificatie belangrijk (botanisch) verschil;
- er moet voortaan een onderscheid worden gemaakt tussen belangrijke en onbelangrijke eigenschappen, waarbij de vraag of een eigenschap (on)belangrijk is afhankelijk moet worden gesteld van het gewas in kwestie;
- een duidelijk verschil dat uitsluitend wordt gevormd door onbelangrijke eigenschappen zou niet mogen leiden tot de conclusie dat het bewuste ras onderscheidbaar is;
- het verschil tussen twee rassen moet voldoende groot zijn; een verschil in één 'note' als bedoeld in de testrichtlijnen (dat wil zeggen één expressiestadium, zie nader sub 9) zou in een aantal situaties als onvoldoende beschouwd moeten worden; hierbij speelt een rol dat een veredelaar geacht wordt ervoor te zorgen dat zijn beschermde ras blijft beantwoorden aan de daarvan opgemaakte beschrijving (*true to type*): als daarbij geen enkele variatie (bandbreedte) is toegestaan, zouden reeds zeer kleine verschillen tot (overlapping met) een ander ras kunnen leiden;³⁴

27 Zoals bijv. aan de orde was in Rb. Den Haag 13 juli 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AU4537, *IER* 2005, nr. 79, p. 333 m.nt. Ch. Gielen, *BIE* 2006, nr. 60, p. 306 (*Astée/Danziger*). In het hoger beroep in deze zaak werd overwogen dat de vraag "welke eigenschappen voor een ras wezenlijk (essential) zijn, nauw samenhangt met de cultuur- en gebruikswaarde van dat ras", aldus Hof Den Haag 29 december 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BN4061, *IER* 2010, nr. 52, p. 361 m.nt. Ch. Gielen (*Danziger/Astée*), r.o. 21. Zoals hierna nog zal blijken vind ik dat geen gelukkige ontwikkeling. Een voorbeeld van een zaak waarin sprake was van een grote mate van genotypische gelijkenis, gecombineerd met zeer weinig fenotypische verschillen is Vzv. Rb. Den Haag 7 september 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB5769, *IER* 2007, nr. 104, p. 410 m.nt. S. de Wit (*Danziger/Biological Industries e.a.*).

28 Zie over dit onderwerp voorts P.A.C.E. van der Kooij, 'Afgeleide rassen anno 2008', *Tijdschrift voor Agrarisch recht* 2008, p. 311 e.v.; T.F.W. Overdijk, 'Afgeleide rassen in het kwekersrecht: Rechtsvinding in de woestijn (of de kwalijke effecten van vage wetgeving)', *BIE* 2010, p. 246 e.v.

29 Zie voor enige nadere gegevens bijv. www.plantum.nl.

30 Zie www.ilp-vegetable.org en daarover M. Suelmann en P. van der Kooij, 'Het International Licensing Platform: een mijlpaal', *BIE* 2014, p. 260-263.

31 Zie www.ciopora.org, onder Publications → Ciopora papers on IP → Ciopora position papers on PBR. Voor enige achtergronden zie E. Krieger, 'PBR topsy-turvy – how UPOV and its members turn the system upside down', *Ciopora Chronicle* 2013, p. 26 e.v.

32 Overigens kan, terzijde, worden opgemerkt dat het ook in het kwekersrecht geregeld voorkomt dat een veredelaar gedurende de verleningsprocedure verdedigt dat zijn ras duidelijk verschilt van andere rassen, al is dat verschil nog zo gering, maar zich naderhand, in het kader van een inbreukprocedure, op het standpunt stelt dat zijn ras een ruime bescherming verdient. Zie over dit fenomeen W.A. Hoyng, 'De dood van de angorakat?', *BIE* 2007, p. 628 e.v.; G. Würtenberger/P. van der Kooij/B. Kiewiet/M. Ekvad, *European Union Plant Variety Protection*, 2015, nr. 3.43.

33 Er zijn aan dit onderwerp de afgelopen decennia vele vergaderingen en discussies gewijd; zie op www.upov.int in het zoekscherm 'minimal distances' invoert krijgt ruim 1000 hits voorgeschoteld.

34 H. Leßmann en G. Würtenberger, a.w., § 2, randnr. 104 wijzen in deze context op een risico, dat nauw verband houdt met het bijzondere karakter van levende materie. Indien een ras slechts gering (maar op zichzelf voldoende) van andere rassen afwijkt, zou dat onderscheid kunnen vervagen onder invloed van verschillende teeltomstandigheden op verschillende plaatsen, waardoor de onderscheidbaarheid nog verder zou afnemen, met als gevolg dat de beschermingsomvang van het ras niet of nauwelijks meer valt vast te stellen.

– een panel, samengesteld uit deskundigen en vertegenwoordigers van de kwekers zou van gewas tot gewas moeten beslissen welke karaktertrekken van belang zijn voor de onderscheidbaarheid en hoe groot het verschil tussen het kandidaat-ras en andere rassen zou moeten zijn.

7. Case study

De zojuist genoemde voorstellen zijn de uitkomst van discussies die in Ciopora-verband gedurende een aantal jaren zijn gevoerd. Het Communautair Bureau voor Plantenrassen (CBP) is vervolgens benaderd met de vraag of het een *case study* zou willen financieren, waarin nader zou worden onderzocht of en in hoeverre Ciopora's voorstellen in de praktijk haalbaar zouden zijn. Het CBP heeft dit project in november 2015 goedgekeurd.³⁵ Het is uitgevoerd door een vijftal door het CBP geautoriseerde onderzoeksinstanties (vgl. art. 55 Verordening nr. 2100/94); de coördinatie was in handen van Naktuinbouw. Het onderzoek is uitgevoerd met betrekking tot de gewassen appel, roos en pelargonium (in de volksmond: geranium). De bestaande EU-testrichtlijnen zijn hierbij als uitgangspunt gebruikt, maar Ciopora heeft voor elk van de drie gewassen een voorstel gedaan met betrekking tot een *reductie van het aantal te beoordelen karaktertrekken*. Er zijn dus dit keer bepaalde eigenschappen bewust niet in het onderzoek meegenomen, hetgeen ook geldt voor een aantal stadia van expressie.

Het onderzoek heeft zich uitgestrekt over een vijftigtal rassen van alle drie de gewassen, waarvoor recentelijk kwekersrecht is verleend, om na te gaan wat de mogelijke gevolgen zouden zijn voor de beschermwaardigheid c.q. de onderscheidbaarheid. Het onderzoek is overigens alleen op papier uitgevoerd, niet (ook) door middel van veldproeven.³⁶ Het ligt in de bedoeling dat de resultaten aan het eind van dit jaar voor alle onderzoeksbureaus van het CBP beschikbaar zullen komen. Een verzoek van mijn kant om deze gegevens eerder te mogen inzien leed schipbreuk.

8. Enkele bezwaren

Welke uitkomsten het eindrapport van de *case study* ook te zien zal geven, er zijn mijns inziens voldoende bedenkingen tegen de voorstellen van Ciopora in te brengen. Deze bedenkingen zijn uiteenlopend van aard.

Een principiële bezwaar (en daarmee vermoedelijk het belangrijkste), is dat invoering van een systeem als hiervoor omschreven het einde zou betekenen van het internationaal altijd gehanteerde uitgangspunt dat er bij de beoordeling van de onderscheidbaarheid a) geen verschil werd gemaakt tussen het ene en het andere

gewas, en b) geen verschil werd gemaakt tussen 'belangrijke' en 'onbelangrijke' eigenschappen. Het zou mij niet verbazen als de voorgestelde ommezwaai voor veel UPOV-lidstaten³⁷ alleen al daarom een brug te ver zou zijn.

In het verlengde hiervan kan de vraag gesteld worden of de bepalingen van het UPOV-verdrag (en in het kielzog daarvan de teksten van de EU-verordening en nationale wetgeving zoals de ZPW) een en ander überhaupt toelaten.³⁸

Ook zijn diverse tegenwerpingen van praktische aard te maken. Een aantal daarvan kwam hiervoor sub 3 al impliciet naar voren, bij de bespreking van wat zoal vóór de identificatieleer pleit.

Wat ikzelf altijd een zwak punt in de verdediging van de functieleer heb gevonden, is dat aanhangers daarvan nooit overtuigend hebben kunnen aangeven (en Ciopora thans evenmin) vanuit welk (of wiens) *perspectief* men naar het belang van een planteigenschap zou moeten kijken. Is dat het perspectief van de producent of dat van de consument, of van beiden?³⁹ Of moet het belang vanuit nog weer een andere invalshoek bepaald worden, bijvoorbeeld door te kijken naar het nut van het kenmerk voor zaken als: oogst, opslag, vervoer, geschiktheid als veevoeder, industriële verwerkbaarheid?⁴⁰ Of zal men uiteindelijk op een combinatie van het bovenstaande moeten uitkomen (en zo ja, zullen er dan eigenlijk wel zoveel eigenschappen afvallen)?

Ik maak mij sterk dat dit alles een bron voor taaie, om niet te zeggen oeverloze discussies kan zijn.

9. Eigen voorkeur

Het bovenstaande betekent niet dat de Ciopora-voorstellen naar mijn mening in hun geheel verworpen moeten worden. Wat mij wél aanspreekt is namelijk de gedachte dat verschillen tussen rassen voldoende groot moeten zijn en dat hieraan bij de beoordeling van de onderscheidbaarheid aandacht besteed moet worden. Daarmee wil ik niet suggereren, dat dat niet al tot op zekere hoogte gebeurt. Wie kennis neemt van de hier toepasselijke UPOV-richtlijnen komt al gauw tot de conclusie dat daarin aan de onderzoeksinstanties een

³⁵ CPVO Annual report 2015, p. 26-27.

³⁶ Zie over dit onderzoek K. van Ettehoven, 'Should Plant Breeders' Rights influence the minimum distances between varieties?', *Ciopora Chronicle* 2015, p. 12-13.

³⁷ Momenteel zijn 74 landen en organisaties bij UPOV aangesloten, waarvan 1 bij UPOV 1961/1972 (België), 17 bij UPOV 1978 en 56 bij UPOV 1991; de EU is op 29 juli 2005 als zodanig toegetreden tot UPOV 1991.

³⁸ Zie voor een op dit punt principiële stellingname Huydecoper/Van der Kooij/Van Nispen/Cohen Jehoram, a.w., nr. 6.3.10 (eerste druk, 2002: VI.3.10), inhoudende dat de huidige wettelijke regeling *discussie* over het belang der onderscheidende eigenschappen *uitsluit*.

³⁹ Een stukje zelfplagiaat: De winterhardheid van een boerenkoolras zal voor een kweker of vermeerderaar van groot belang zijn, maar de doorsnee consument 'koud' laten (*Kwekersrecht in ontwikkeling*, p. 138).

⁴⁰ Zie voor dit laatste ook G. van Overwalle, a.w., p. 186.

grote mate van vrijheid bij hun dagelijkse werk is toebedeeld.⁴¹

Die speelruimte is met name groot bij de beoordeling van die eigenschappen, die Ciopora in belangrijke en onbelangrijke eigenschappen onderverdeeld zou willen zien, te weten de zogenoemde kwantitatieve en de quasi-kwalitatieve.⁴² De eerste groep betreft kenmerken waarvan de expressie lineair verloopt, dus zonder 'hiaten', tussen twee uitersten (aldus bijvoorbeeld bij de lengte van de stengel of het aantal kroonbladeren). In de richtlijnen wordt dit doorgaans tot uitdrukking gebracht door een vijftal stadia van expressie, zoals 'zeer kort – kort – middelmatig – lang – zeer lang', of met (meestal alleen oneven) cijfers op een schaal van 1 tot en met 9. Bij de tweede groep moet gedacht worden aan karaktertrekken die deels 'continu' van aard zijn, maar deels toch ook in meer dan één dimensie variatie vertonen (zo bijvoorbeeld bij de eigenschap 'vorm': ovaal – elliptisch – rond – langwerpig – omgekeerd eivormig, of bij de kleur van het vruchtvlees: wit – roomachtig – geelachtig – groenachtig – roodachtig).⁴³

Waar Ciopora de stelling betreft dat een verschil in één 'note' (dus één stadium van expressie) in een aantal situaties niet tot het oordeel van voldoende onderscheidbaarheid zou moeten leiden, kan ik het daarmee in beginsel eens zijn. Ciopora vermeldt hierbij echter niet dat de onderzoeksbureaus in de praktijk van alledag al met enige regelmaat tot die conclusie komen en dat dat ook conform de richtlijnen is.

Desalniettemin komt het mij voor, dat een relatief geringe aanscherping van de richtlijnen, ten einde de verschillen tussen rassen waar nodig (iets) groter te maken, al veel kou uit de lucht zou kunnen halen. De lastige problematiek omtrent de (on)belangrijke eigenschappen kan daarmee omzeild worden. Ten aanzien van de kwantitatieve en quasi-kwalitatieve eigenschappen zou dit tot uitdrukking gebracht kunnen worden door (wat 'dwingender' geformuleerd dan tot nu toe) in een aantal gevallen de onderzoeksinstanties aan te sporen *in beginsel een verschil van meer dan één expressiestadium te verlangen voor onderscheidbaarheid*.

.....
41 Zie in het bijzonder (naast de al in voetnoot 14 genoemde Algemene Inleiding in TG/1/3): doc. nr. TGP/8/2, *Trial Design and Techniques Used in the Examination of Distinctness, Uniformity and Stability*, UPOV, Geneva, d.d. 16 oktober 2014 en doc. nr. TGP/9/2, *Examining Distinctness*, UPOV, Geneva, d.d. 29 oktober 2015 (zie www.upov.int onder UPOV System → DUS Guidance).

42 Zie bijv. in TG/1/3: p. 13 e.v.; in TGP/8/2: p. 50 e.v. en in TGP/9/2: p. 22 e.v.

43 De derde grote categorie is die van de kwalitatieve kenmerken, waarbij sprake is van niet-continue expressie, zoals bij het onderscheid tussen winter- en zomertarwe, of bij het onderscheid tussen 'enkele' en 'dubbele' bloemen bij rassen van het gewas anjer. Bij deze categorie speelt de in dit artikel besproken problematiek geen rol. Overigens is in de onderzoeksrichtlijn voor het gewas roos (CPVO - TP 011/2) het kenmerk 'bloemtype' onderverdeeld in enkel, semi-dubbel en dubbel, en wordt het aldaar behandeld als een kwantitatieve eigenschap. Dit enkele voorbeeld geeft al aan, dat de richtlijnen óók (indien nodig voor het onderzoek) rekening houden met gewasspecifieke bijzonderheden.

Men denke hierbij dus bijvoorbeeld aan dikte-, lengte-, breedte- en hoogtematen, de bladdichtheid, de mate van insnijding van het bloemblad, het aantal internodiën (leden) van de stengel, de bloemkleur en -geur, de mate van beharing, de hoeveelheid doorns, de groeiwijze van de plant, de mate van anthocyaankleuring, het tijdstip van oogstrijpheid, de aanvang van de bloei-periode, enzovoort.

Om dit voor een enkel zojuist gegeven voorbeeld wat nader uit te werken: bij het kenmerk 'bloemkleur' (een pseudo-kwalitatieve eigenschap, omdat er binnen elke kleur een grote variatie aan kleurtinten bestaat) wordt in de praktijk sinds jaar en dag gewerkt met een door de Royal Horticultural Society (RHS) samengestelde kleurenkaart,⁴⁴ voorzien van kleurcodes en dus vergelijkbaar met die van bijvoorbeeld Pantone.⁴⁵ Aangezien de bloemkleur voor siergewassen een zeer belangrijke karaktertrek is, wordt in de toepasselijke gewasrichtlijnen meestal expliciet naar deze kleurenkaart verwezen. Ook de eerder genoemde UPOV-richtlijn TGP/9/2 maakt er melding van.⁴⁶ Om nu het verschil in bloemkleur tussen een kandidaat-ras en alle andere reeds bestaande rassen wat groter te maken zou het denkbaar zijn om in de richtlijnen vast te leggen dat in beginsel een verschil van meer dan één kleurnummer/code vereist is. De constatering van al te dicht tegen elkaar aanliggende tinten (in opeenvolgende kleurnummers/codes) zal er dan – uiteraard bij afwezigheid van een of meer andere verschillen – toe moeten leiden dat de aanvraag om bescherming wordt afgewezen. Overigens, gezien de vrijheid die aan de onderzoeksinstanties wordt geboden, zou het mij niet verbazen als het hier geschetste scenario zich in de praktijk al wel van tijd tot tijd zal voordoen. Dit is dan meteen een aardig voorbeeld van een planteigenschap waarvan de mate van duidelijkheid niet alleen de producent maar zeker ook de consument ten goede komt. Uiteindelijk zijn zij geen van beiden gebaat bij 'nieuwe' rassen die zonder vergrootglas niet van 'oude' rassen te onderscheiden zijn.

Voor een aanscherping van de voorwaarden zouden de eerder genoemde algemene UPOV-richtlijnen het beste in aanmerking komen.⁴⁷ De EU kent zelf uitsluitend specifieke gewasrichtlijnen,⁴⁸ maar de door het CBP goedgekeurde onderzoeksbureaus maken bij de uitvoering van de hun opgedragen taken ook stevast gebruik van de UPOV-richtlijnen, daar die nu eenmaal als enige de vraag uitwerken hoe het DUS-onderzoek zo optimaal mogelijk kan worden opgezet en uitgevoerd, onder zeer uiteenlopende omstandigheden, en rekening houdend met allerlei bijzonderheden en eigenaardigheden van levende materie. Ondanks het feit dat het 'slechts' richtlijnen zijn, vervullen zij dus in de praktijk

.....
44 Zie www.rhsshop.co.uk, onder Colour Chart.

45 Zie www.pantone.com, onder Colour Chart.

46 Zie voetnoot 41 en in deze richtlijn p. 15, nr. 4.3.2.2. en p. 22, nr. 5.2.3.1.1.

47 Zie voetnoten 14 en 41.

48 Zie www.cpvo.europa.eu, onder 'Technical protocols'.

een essentiële rol en zijn de EU-richtlijnen er vanouds op geënt.⁴⁹

Ik zou menen dat aanpassing van de richtlijnen in bovenbedoelde zin aanzienlijk minder gecompliceerd hoeft te zijn en internationaal op heel wat meer sympathie zal kunnen rekenen dan hetgeen Ciopora (verder) voorstelt. Ook dit is vanzelfsprekend geen exercitie die van de ene op de andere dag kan worden uitgevoerd. Ook hier zal veel overleg nodig zijn tussen bij het DUS-onderzoek nauw betrokken deskundigen, en dan waarschijnlijk niet alleen op hoofdzaken maar ook nog per technisch protocol afzonderlijk. Maar het lijkt mij een tweede *case study* waard.

Een aldus (zij het enigszins ‘kunstmatig’) verwezenlijkte grotere bandbreedte van elk individueel ras zou wellicht tevens kunnen bijdragen aan het voorkomen van de sub 4 en 6 gesignaleerde problemen van elkaar soms ‘overlappende’ rassen en zou de kans op ‘plagiaatrasen’ kunnen verkleinen. Een en ander zou tevens aansluiten bij het ook elders in het intellectuele eigendomsrecht gehuldigde uitgangspunt dat wie met zijn product of onderscheidingsteken een groter verschil ten opzichte van zijn voorganger creëert navenant meer bescherming verdient. Uiteindelijk is het ook Ciopora natuurlijk daarom begonnen.

Ik realiseer mij, dat ik met het bovenstaande in de kern tot dezelfde conclusie ben gekomen als destijds.⁵⁰ Het is echter naar mijn mening nog steeds de beste (of zo men wil de minst slechte) oplossing.

10. Conclusie

Eén van de voorwaarden voor het verkrijgen van kwekersrechtelijke bescherming is dat het kandidaat-ras zich duidelijk van andere, algemeen bekende rassen moet onderscheiden. Internationaal wordt dit vereiste aldus uitgelegd, dat het ras duidelijk moet verschillen in ten minste één eigenschap, die van belang is voor de identificatie van het ras, en die dus niet economisch van belang hoeft te zijn.

De internationale kwekersorganisatie Ciopora heeft voorgesteld om bij het onderzoek naar onderscheidbaarheid een schifting te gaan aanbrengen tussen belangrijke en onbelangrijke eigenschappen. Dit voorstel dient om diverse redenen te worden afgewezen. Wél bruikbaar lijkt de – eveneens door Ciopora naar voren gebrachte – suggestie om de afstanden tussen rassen waar mogelijk te vergroten. Dit voorstel zal op het internationale toneel de handen wellicht wat eerder op elkaar weten te krijgen. Het lijkt ook eenvoudiger uit te werken. Dit zou althans door middel van aanscherping van de door de onderzoeksbureaus gehanteerde richtlijnen denkbaar zijn. Een aldus ‘kunstmatig’

gerealiseerde grotere bandbreedte van individuele rassen zou als potentieel bijkomend voordeel hebben dat ‘plagiaatrasen’ minder kans maken.

Naschrift

Aan het eind van dit jaar zal ik de universiteit gedag zeggen. Zo ook de redactie van dit mooie blad. Tijd om de bakens nog eens te verzetten en, wie weet, nieuwe uitdagingen aan te gaan.

Ik spreek op deze plaats de hoop uit, dat er zich jonge juristen zullen aandienen met belangstelling voor het kwekersrecht. Aan diegene die de moed heeft om aan een dissertatie op dit gebied te beginnen, stel ik graag al hetgeen ik in de afgelopen 35 jaar verzameld heb ter beschikking. Maar zo nu en dan een doorwrocht artikel of een kritische noot is natuurlijk ook prima. Het kwekersrecht is interessant en belangrijk genoeg.

Leiden, september 2016.

49 Zie voor de onderlinge verhouding tussen de UPOV- en de EU-richtlijnen ook doc. nr. TG/1/3 sub 1.3 (voetnoot 14) en Würtenberger/Van der Kooij/ Kiewiet/Ekivad, a.w., nrs. 3.22, 3.26 en 4.56.

50 *Kwekersrecht in ontwikkeling*, p. 138 e.v.