

AFGELEIDE RASSEN ANNO 2008

*mr P.A.C.E. van der Kooij**

1. Inleiding

De komst van een nieuw UPOV-Verdrag in 1991¹ zorgde voor een groot aantal veranderingen in het kwekersrechtelijke landschap. Wat in vergelijking met andere deelgebieden van de intellectuele eigendom detoneerde, werd geroid (bijv. de reciprociteitsregels uit art. 3 leden 2 en 3 UPOV 1978, zie thans voor het assimilatiebeginsel art. 4 UPOV 1991), wat op een aantal plaatsen te ver was doorgeschoten werd teruggesnoeid (zoals de regeling van het *farmer's privilege*, art. 5 lid 1 UPOV 1978 en art. 15 lid 2 UPOV 1991), en wat nog node werd gemist werd aangeplant (bijv. de *period of grace* in art. 6 lid 1 onder i UPOV 1991, en de uitbreiding van de uitputtingsregeling tot ander dan teeltmateriaal, art. 16 lid 2 UPOV 1991). Maar vooral ten aanzien van de beschermingsomvang bestond voorheen een tamelijk groot braakliggend terrein, dat dankzij UPOV 1991 grondig werd ingezaaid.² Wat dit laatste betreft was één van de meest in het oog springende noviteiten het zogenoemde afgeleide ras. Om de beeldspraak nog even voort te zetten: van het begin af aan had dit gewas met tal van groei problemen te kampen, en wat daarvan nu, zeventien jaar na dato, is opgekomen, vertoont kale plekken en vraagt om aandacht en zorg.

In deze bijdrage sta ik eerst kort stil bij de inhoud van de regeling voor afgeleide rassen en haar achtergrond (sub 2); daarna bespreek ik de huidige stand van zaken in het licht van recente publicaties met betrekking tot de toepassing van de regeling in de

* Werkzaam bij de afdeling Ondernemingsrecht, Universiteit Leiden.

¹ Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekproducten d.d. 19 maart 1991, Trb. 1992, 52; Nederlandse vertaling in Trb. 1993, 153.

² Uitvoerder hierover P.A.C.E. van der Kooij, Naar een nieuwe Zaaizaad- en Plantgoedwet, *Agrarisch recht* 1991, p. 581 e.v.; idem, Enkele opmerkingen over het Ontwerp-Uitvoeringswet UPOV 1991, *Agrarisch recht* 1995, p. 340 e.v.; G. Würtenberger/P. van der Kooij/B. Kiewiet/M. Ekvad, *European Community Plant Variety Protection*, Oxford 2006, p. 121 e.v.; F. Wuesthoff/H. Leßman/G. Würtenberger, *Handbuch zum deutschen und europäischen Sortenschutz*, Weinheim 1999, p. 189 e.v.

praktijk (sub 3), gevolgd door weergave van de kritiek die daarop is geleverd (sub 4) en mijn commentaar daarbij (sub 5). Ik sluit af met een conclusie (sub 6).

2. Het afgeleide ras: regeling en achtergrond

De achtergrond van de hier bedoelde regeling laat zich als volgt kort samenvatten. In het kwekersrecht heeft van oudsher gegolden, dat het materiaal van bestaande (ook beschermde) rassen vrij beschikbaar is voor veredelingsdoeleinden. Dit betekent dat ook nieuwe daaruit voortgekomen rassen door de winners daarvan (beschermde en) geëxploiteerd mogen worden, zonder dat de houders van kwekersrechten met betrekking tot die oudere rassen kunnen meeprofitieren van de uit de exploitatie van de nieuwe rassen voortvloeiende opbrengsten. Men spreekt in dit verband veelal over het beginsel van de onafhankelijkheid; een gangbare term is ook: kwekersvrijstelling, of *breeder's exemption* (vgl. tegenwoordig art. 15 lid 1 onder iii UPOV 1991; art. 15 onder c Vo. 2100/94³ en art. 57 lid 3 onder c Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 (ZPW 2005)).

Daarnaast geldt in het kwekersrecht sinds jaar en dag nog iets anders: een betrekkelijk lage drempel voor het vereiste van onderscheidbaarheid. Wie één duidelijk verschil in zijn ras weet aan te brengen ten opzichte van alle andere algemeen bekende rassen, ook als dit een verschil is dat slechts van belang is voor het kunnen identificeren van het ras (en dus niet: een economisch relevant verschil), verkrijgt het kwekersrecht. Hij kan dan dus – dankzij het onafhankelijkheidsbeginsel – meeliften op het eventuele commerciële succes van één of meer oudere rassen. Vóór de komst van UPOV 1991 waren deze zg. plagiaatrassen (in huidig Engelstalig jargon ook wel genoemd: *me-too-varieties*) de kwekers van met name sier- en fruitgewassen hoe langer hoe meer een doorn in het oog.

Los van het bovenstaande werd, als gevolg van de opkomst van de biotechnologie, geconstateerd dat de relatie kwekersrechthouder-octrooihouder in een aantal gevallen scheefgegroeid was (in het bijzonder doordat het octrooirecht géén

³ Verordening (EG) Nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht, laatstelijk Pb. EG d.d. 11 januari 2008, L8/2.

onafhankelijkheidsbeginsel kent) en dat het derhalve aanbeveling verdiende een en ander recht te trekken. Dit geschiedde enerzijds in de sfeer van de dwanglicentieregelingen (zie thans art. 61 leden 3 en 4 ZPW 2005 resp. art. 57 lid 5 Rijksoctrooiwet 1995), anderzijds in de context van de kwekersrechtelijke beschermingsomvang.⁴ In art. 14 lid 5 UPOV 1991 werd namelijk een geheel nieuwe bepaling geïntroduceerd die beoogde een oplossing te bieden voor de bovengenoemde problematiek.

Voor zover van belang luidt deze bepaling als volgt:

“5. [Afgeleide rassen en bepaalde andere rassen]

- a. De bepalingen van het eerste tot en met het vierde lid [m.b.t. aan de houder van het kwekersrecht voorbehouden handelingen, PvdK] zijn ook van toepassing op
 - i. rassen die in wezen zijn afgeleid van het beschermde ras, wanneer het beschermde ras zelf niet een in wezen afgeleid ras is,
 - ii. (...),
 - iii. (...).
- b. Voor de toepassing van het bepaalde in letter a, punt i, wordt een ras aangemerkt als in wezen afgeleid van een ander ras („het oorspronkelijke ras”) wanneer
 - i. het hoofdzakelijk is afgeleid van het oorspronkelijke ras of van een ras dat zelf hoofdzakelijk is afgeleid van het oorspronkelijke ras, 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,
 - ii. het duidelijk te onderscheiden is van het oorspronkelijke ras en
 - iii. het, afgezien van de afwijkingen die voortvloeien uit de afleidingshandeling, overeenkomt met het oorspronkelijke ras qua wezenlijke eigenschappen waarin het genotype of de combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras tot uitdrukking komt.
- c. In wezen afgeleide rassen kunnen bijvoorbeeld zijn verkregen door middel van de selectie van een natuurlijke of teweeggebrachte mutant, of van een somaklonale variant, de selectie van een individu dat afwijkt van planten van het oorspronkelijke ras, terugkruisingen of transformatie door middel van genetische modificatie.”

Deze bepaling lijkt niet alleen ingewikkeld, maar is het ook. Het zal niet verbazen dat de totstandkoming ervan heel wat voeten in de aarde heeft gehad.⁵ In de kern komt een en ander op het volgende neer: de kweker van een oorspronkelijk (en beschermd) ras heeft thans de volledige zeggenschap over de exploitatie van een ras dat in hoofdzaak van het zijne is afgeleid, óók als dit laatste ras op zijn beurt beschermd is; de kweker van het

⁴ Zie voor meer achtergrondinformatie P.A.C.E. van der Kooij, *Afgeleide rassen*, *Agrarisch recht* 1996, p. 480 e.v. en p. 530 e.v.

⁵ Zie voor (een deel van) deze discussie de Records of the diplomatic conference for the revision of the International convention for the protection of new varieties of plants, UPOV, Geneva 1992 (Doc. nr. 346 (E)), o.a. §§ 1054 e.v., 1115 e.v. en 1143 e.v.

afgeleide ras kan dus, zonder toestemming van de eerstbedoelde kweker, geen commerciële handelingen met zijn ras verrichten. Men zou kunnen zeggen: een “goedbedoelde” regeling die ten doel heeft enerzijds het creëren van plagiaatrassen (het zg. *cosmetic breeding*) te ontmoedigen, en anderzijds de houder van een kwekersrecht voor een oorspronkelijk ras een betere onderhandelingspositie te bieden indien hij te maken krijgt met een via genetische manipulatie in zijn ras aangebracht, geöctrooieerd ras: ook in dit laatste geval kan immers in principe van een afgeleid ras als hiervóór gedefinieerd gesproken worden.

Zonder hier al te zeer op de details van de bepaling in te gaan, kan nog het volgende worden opgemerkt:

- het is van meet af aan de bedoeling geweest de hiervóór genoemde *breeder's exemption* te behouden; uit art. 15 lid 1 onder iii UPOV 1991 blijkt, dat de regeling voor afgeleide rassen hierop slechts een uitzondering, een correctiemechanisme vormt;
- eveneens is ten tijde van de totstandkoming van de nieuwe regeling opgemerkt dat deze in principe niet van toepassing zou zijn op de klassieke veredelingsmethoden van kruising en selectie;
- de regeling gaat ervan uit, dat de kwekers die er een beroep op willen doen, met elkaar in overleg treden ten einde vast te stellen dat er inderdaad sprake is van een afgeleid ras en op basis daarvan nadere afspraken maken over de voorwaarden waaronder tot exploitatie van dat ras kan worden overgegaan.

Ter ondersteuning van dit laatste punt heeft UPOV destijds richtlijnen in het vooruitzicht gesteld, maar tot veel meer dan vrij algemeen luidende aanbevelingen is het niet gekomen; de nadere invulling van de regeling voor afgeleide rassen is daardoor van het begin af aan op het bordje van de kwekers zelf en hun organisaties gelegd.⁶ Die hebben dan ook de afgelopen jaren het voortouw genomen, om te proberen de verdragsbepaling (die tegenwoordig ook te vinden is in art. 13 leden 5 en 6 Vo. 2100/94 en in art. 58 leden 1 en 2 ZPW 2005) handen en voeten te geven. Los hiervan is de regeling voor afgeleide rassen vandaag de dag vanzelfsprekend ook – in allerlei variaties – in individuele teelt- en licentiecontracten opgenomen, maar voor zover mij bekend

⁶ Zie voor een en ander, naast de in de vorige noot genoemde Records, bijv. doc.nr. CAJ/29/2 d.d. 10 september 1991, UPOV, Geneva (“Guidelines relating to essentially derived varieties”), en doc.nr. IOM/6/2 d.d. 17 augustus 1992, UPOV, Geneva, p. 1-2.

zelden anders dan in algemene bewoordingen. Ik laat deze contracten daarom hierna buiten beschouwing.

3. Enkele recente voorstellen

Diverse organisaties die in het leven zijn geroepen ter behartiging van de belangen van veredelaars, hebben de afgelopen jaren pogingen ondernomen om art. 14 lid 5 UPOV 1991 nader uit te werken. Het ging daarbij dus in het bijzonder om de beantwoording van vragen als: wanneer kan van een afleidingshandeling gesproken worden; zijn er situaties te beschrijven waarin per definitie sprake is van een afgeleid ras (zie in dit verband ook de suggesties in art. 14 lid 5 onder c UPOV 1991); dient het afgeleid-zijn uitsluitend te worden bepaald aan de hand van (een zeer grote mate van) gelijkenis in het *genotype* (d.w.z. de door erfelijke aanleg bepaalde verschijningsvorm, dus de totale genetische informatie van het ras, anders gezegd: het ras op DNA-niveau), of (ook) op basis van (een zeer grote mate van) gelijkenis in het *fenotype* (dus door de rassen in kwestie in hun uiterlijke, morfologische en fysiologische karaktertrekken met elkaar te vergelijken); en last but not least: wat betekent *in hoofdzaak* afgeleid nu precies?

Eén van de eerste documenten die in dit verband vermeldenswaard is, is tot stand gekomen onder auspiciën van Ciopora.⁷ In de in november 2002 verschenen “*Ciopora green paper on plant variety protection – Policy Statement*” (auteur R. Royon) wordt (op p. 46-50) aandacht besteed aan het afgeleide ras. Ciopora stelt daarin voorop, dat waar het bij de verlening van kwekersrecht aankomt op de verschillen (“minimum distances”) tussen het kandidaat-ras en reeds bestaande andere rassen, het afgeleide ras juist wordt gekarakteriseerd door (een teveel aan) overeenkomsten (“similarities or resemblances”) ten opzichte van het oorspronkelijke ras. En omdat, aldus Ciopora, kwekers in toenemende mate hun bezorgdheid uitspreken over steeds geavanceerdere veredelingsmethoden om tot plagiaatrasen te geraken, verdient het aanbeveling niet alleen bij een daadwerkelijke (bewezen) afleiding, maar zelfs ook bij afwezigheid van

⁷ Het acroniem staat voor Communauté Internationale des Obtenteurs de Plantes Ornementales et fruitières de Reproduction Asexuée; de organisatie behartigt dus de belangen van kwekers van sier- en fruitgewassen; zie www.ciopora.org.

een afleidingshandeling, indien wel de wezenlijke kenmerken van het oorspronkelijke ras zijn overgenomen, de in art. 14 lid 5 UPOV 1991 neergelegde bepaling toe te passen. Met deze ferme stellingname legde de kwekersorganisatie de kiem voor de dit voorjaar tot stand gekomen “*Position paper*”, die aanstonds ter sprake komt.

Ongeveer in dezelfde periode (juni 2003) publiceerde een andere grote kwekersorganisatie, de International Seed Federation (ISF) haar “*View on Intellectual Property*”.⁸ Zij schetst daarin – voortbordurend op een in 1999 verschenen document – de contouren van een regeling ter vaststelling van het begrip “wezenlijke afleiding” (“essential derivation”, vandaar ook de vaak gebruikte afkorting EDV voor essentially derived variety). Zonder zich hierbij nu meteen op harde getallen en percentages vast te leggen, stelt zij voor (p. 10-14) eerst te onderzoeken of de rassen in kwestie fenotypisch gezien een zo nauwe verwantschap vertonen, dat (net) voldaan is aan het vereiste van onderscheidbaarheid (de zg. “conformity threshold”), althans dat slechts kleine verschillen in een klein aantal overerfbare kenmerken te ontdekken zijn. Als een ras immers niet van een ander ras te onderscheiden valt, leent het zich ook niet voor afzonderlijke bescherming en komt men aan toepassing van de regeling voor afgeleide rassen niet toe. Daarna zou dan de afleidingsvraag aan de orde moeten komen. Ten einde de afleiding te bewijzen, zou gebruik gemaakt kunnen worden van onder meer gegevens betreffende fenotypische en/of genetische overeenstemming en/of gegevens met betrekking tot het veredelingsproces. Ingeval van ofwel een sterke fenotypische gelijkenis, ofwel een grote genetische conformiteit, ofwel het bestaan van slechts zeer weinig en kleine verschillen in overerfbare karaktertrekken zou een *prima facie* bewijs geleverd zijn en zou de bewijslast moeten worden omgedraaid: de kweker van het beweerdelijk afgeleide ras zou dan moeten aantonen dat géén sprake is van een afgeleid ras, met andere woorden dat hij bij zijn verdelingswerk geen gebruik heeft gemaakt van het oorspronkelijke ras of van een ras dat dáárvan in hoofdzaak is afgeleid (vgl. art. 14 lid 5 onder b, i, UPOV 1991). Het ISF-document vermeldt ten slotte dat gewerkt wordt aan de opstelling van verschillende drempelwaarden voor een aantal uiteenlopende gewassen:

⁸ De ISF 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); zij behartigt dus de belangen van het zaadbedrijfsleven; zie www.worldseed.org.

zou de mate van gelijkenis tussen twee rassen boven een dergelijke drempelwaarde blijken te liggen, dan zou dit naar de mening van de organisatie voldoende aanleiding moeten zijn om de zojuist bedoelde bewijslast om te keren. Inmiddels zijn dergelijke specifieke richtlijnen tot stand gekomen voor onder meer maïs, koolzaad, katoen en sla. Deze zijn op de website van ISF gepubliceerd. Ik kom er straks nog even op terug, voor zover het de in deze richtlijnen gehanteerde drempelwaarden aangaat.

De ISF stelt zich sindsdien op het standpunt dat EDV-geschillen veelal het best via arbitrage beslecht kunnen worden. Zij heeft daarom een uitvoerige regeling ontworpen, waarin de zojuist genoemde opvattingen van de organisatie eveneens zijn terug te vinden.⁹ Zo definieert art. 2 onder e van deze regeling de “EDV Threshold” als volgt: “The value of the genetic conformity or distance point that forms, according to a code of conduct or a guideline as adopted by ISF or by another agreement between parties, the trigger point for the reversal of the burden of proof.” En zo bepaalt art. 3 lid 1, dat het beweerdelijk afgeleide ras en het oorspronkelijke ras zowel genetisch als fenotypisch zo sterk op elkaar moeten lijken dat het ene ras slechts in één of een paar overerfbare kenmerken van het andere ras verschilt.

Als gezegd, verscheen dit voorjaar een nieuw Ciopora-document. Het is getiteld “*Essentially derived varieties (EDV) – Position of Ciopora*”.¹⁰ In de inleiding roept Ciopora haar “*Green paper*” uit 2002 in herinnering, en stelt zij vast, dat een groeiend aantal zaken met betrekking tot afgeleide rassen en de niet-aflatende discussies over dit onderwerp een “comprehensive commentary” noodzakelijk maken. De organisatie erkent dat het de kwekers zélf zijn, die moeten besluiten wanneer er al dan niet sprake is van een afgeleid ras; zij spreekt vervolgens de hoop uit, dat de bij haar aangesloten veredelingsbedrijven in sier- en fruitgewassen – die naar zij stelt zo’n 70% van de voor deze gewassen verleende kwekersrechten vertegenwoordigen – én alle nog niet aangeslotenen de hierna te bespreken richtsnoeren zullen aanvaarden en aldus in onderling overleg tot “amicable solutions” zullen komen ten einde kostbare rechtszaken met een onvoorspelbare afloop te vermijden.

⁹ Zie de op haar website gepubliceerde “Regulation for the Arbitration of Disputes concerning Essential Derivation”, en de bijbehorende “Explanatory Notes”.

¹⁰ Het document is met een begeleidend schrijven – gedateerd april 2008 – te vinden op de website van Ciopora (www.ciopora.org/publications.html); het is ook, vrijwel woordelijk, opgenomen in *Prophyta Annual 2008*, p. 28 e.v.

Ciopora formuleert vervolgens eerst een aantal algemene uitgangspunten en achtergronden van de afgeleide rassen-regeling, die ook in het voorgaande al kort ter sprake kwamen. Opgemerkt wordt daarbij, met betrekking tot de in de verdragstekst vermelde *afleidingshandeling*, dat uit de tekst van de verdragsbepaling voortvloeit dat a) een ras alleen dan als afgeleid van een ander ras kan worden beschouwd indien materiaal van dit andere, oorspronkelijke ras ook daadwerkelijk bij de ontwikkeling van het eerstbedoelde ras is gebruikt, en b) de regeling alleen van toepassing is, indien een bepaald ras slechts in hoofdzaak van één ander ras afgeleid is. Daarnaast stelt de organisatie vast, dat ingeval van plagiaatrassen veelal onduidelijk zal zijn, wanneer een ras, dat weliswaar het resultaat is van kruising en selectie, toch in hoofdzaak van één van zijn ouders is afgeleid; dit laatste is namelijk mogelijk. Het antwoord op deze vraag zou dienen voort te vloeien uit een vergelijking van het genoom van de rassen in kwestie, waarbij het aan de kwekers zou zijn een drempelwaarde vast te stellen, waarboven van een in hoofdzaak afgeleid-zijn gesproken kan worden.¹¹

Ten aanzien van de in de verdragsbepaling gestelde eis dat de rassen in kwestie *in de wezenlijke eigenschappen met elkaar overeenkomen*, merkt Ciopora onder meer het volgende op.¹² Er bestaan tegenwoordig veredelingsmethoden, waarbij o.a. gebruik wordt gemaakt van chemische stoffen, waaronder zg. mutagenen, die het mogelijk maken planten tot ontwikkeling te brengen die fenotypisch aanzienlijk verschillen ten opzichte van de moederplant, zonder dat het genotype en de structuur van de planten in kwestie eveneens aanmerkelijk van elkaar verschillen. Daarom, aldus Ciopora, *kán* de afgeleide rassen-regeling ook van toepassing zijn als het aantal morfologische en fysiologische verschillen betrekkelijk groot is (“Thus, the balanced interpretation does not *per se* limit the number of phenotypic differences between the initial variety and an EDV thereof”). Hetzelfde zou moeten gelden met betrekking tot mutanten, genetisch gemodificeerde planten en zg. apomicten.¹³

¹¹ Zie achtereenvolgens § II,1,b), onder aa), bb) en dd).

¹² Zie achtereenvolgens § II,1,c), onder cc), dd) en ee).

¹³ Een mutant is het resultaat van mutatie: een plotseling in de natuur zich voordoende, spontane verandering bij een plant, bijv. tot uiting komend in een afwijkende bloemkleur. Apomicten zijn, kort gezegd, planten die ongeslachtelijk voortplantend zijn; zie voor een nadere technische beschrijving het hier besproken document, § I, 3, a), voetnoten 1 en 2.

Wat betreft de eerder genoemde categorie van de *plagiaatrassen* kan, aldus Ciopora, alleen van een afgeleid ras sprake zijn, indien er tussen het oorspronkelijke ras en het beweerdelijke plagiaatras uitsluitend verschillen te ontdekken zijn in *onbelangrijke* eigenschappen. Aangezien er tot nu toe geen duidelijk onderscheid tussen belangrijke en onbelangrijke karaktertrekken bestaat, moeten de bij eventuele geschillen betrokken partijen zelf met oplossingen komen (“on a crop-by-crop basis”), en anders de rechter, desgewenst na een verkregen deskundigenbericht, de knoop laten doorhakken.

De conclusie die uit dit alles te trekken valt, is volgens Ciopora, dat in de sector van de sier- en fruitgewassen in principe alle mutanten, genetisch gemodificeerde rassen, apomicten en plagiaatrassen als afgeleide rassen moeten worden beschouwd.¹⁴

Vervolgens komt aan de orde wat Ciopora als de “major challenge” van de kwekers van sier- en fruitrassen ziet: het vinden van een praktisch bruikbare oplossing voor de in deze context bestaande *bewijsproblematiek*. Als uitgangspunt heeft hierbij te gelden, dat de kweker van een oorspronkelijk ras moet bewijzen dat een ander ras in hoofdzaak van het zijne is afgeleid. Ciopora acht het leveren van zulk bewijs erg moeilijk, zo niet onmogelijk, omdat de kweker van het oorspronkelijke ras normaal gesproken geen toegang zal kunnen krijgen tot interne informatie uit het bedrijf van de gedaagde. De organisatie stelt daarom, evenals eerder de ISF, een omkering van de bewijslast voor indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan.¹⁵ In algemene termen geformuleerd, zou hieraan voldaan zijn indien de eiser feiten naar voren brengt die redelijkerwijs de aanwezigheid van een afgeleid ras indiceren. Volgens Ciopora zullen dergelijke aanwijzingen over het algemeen gebaseerd kunnen worden op een vergelijking van het genoom van de twee rassen in kwestie. En dan moet het hoge woord eruit: als de eiser aan de hand van een betrouwbare DNA-analyse¹⁶ kan aantonen dat het genoom van beide rassen voor tenminste 90% overeenstemt (een zg. *Jaccard Similarity Coefficient* tussen

¹⁴ Zie § II, 2.

¹⁵ Zie § III, 1. Overigens werd ook in het in voetnoot 6 vermelde UPOV-document IOM/6/2 al een dergelijke suggestie gedaan en kwam het idee – voor zover mij bekend – oorspronkelijk uit Assinsel-kringen (vgl. voetnoot 8).

¹⁶ Vaak wordt in dit verband met zg. moleculaire merkers gewerkt, waarmee o.a. DNA-sequenties kunnen worden geïdentificeerd. Zie over deze en andere methoden bijv. Wuesthoff/Leßmann/Würtenberger, a.w., p. 192. Illustratief is in dit verband ook het ISF-document, getiteld “Issues to be Addressed by Technical Experts to Define Molecular Sets for Establishing Thresholds for ISF EDV Arbitration”; www.worldseed.org.

0.90 en 1.00) is het *prima facie* bewijs geleverd en moet de gedaagde vervolgens aantonen dat zijn ras *niet* in hoofdzaak van het ras van eiser is afgeleid. Zoals hiervoor al opgemerkt, is derhalve voor Ciopora een eventueel groot aantal fenotypische verschillen tussen de onderzochte rassen in deze context niet doorslaggevend. Vanzelfsprekend, aldus vervolgt het document, betekent overschrijding van de drempel niet noodzakelijkerwijs dat van een afgeleid ras sprake is, en evenmin dat bij niet-overschrijding géén sprake kan zijn van een afgeleid ras. Het gaat hier louter om een drempelwaarde die de verschuiving van de bewijslast markeert. Het genoemde percentage is gekozen, omdat het in de sector van de sier- en fruitgewassen een goede “general separator” blijkt te zijn tussen mutanten e.d. aan de ene kant en via klassieke veredeling verkregen rassen aan de andere kant. Ciopora spoort echter de kwekers aan om, indien de drempelwaarde van 90% voor een bepaald gewas niet passend is (bijv. omdat de rassen binnen dat gewas van nature al heel dicht “bij elkaar liggen”), afspraken te maken over een andere (i.c. dus hogere) drempelwaarde.

Wat ten slotte de plagiaatrassen betreft, stelt Ciopora het volgende voor. Indien de eiser bewijst dat de genetische overeenstemming boven een – door de kwekers afgesproken – drempelwaarde ligt en er bovendien een grote fenotypische overeenstemming bestaat, verschuift ook hier de bewijslast.¹⁷

In het bij dit document gevoegde begeleidend schrijven stelt Ciopora voor, jaarlijks, te beginnen in april 2009, een lijst te publiceren van gewassen, ten aanzien waarvan de kwekers een van het bovenstaande afwijkende drempelwaarde zijn overeengekomen. Desgewenst zou op deze lijst tevens nadere informatie vermeld kunnen worden, bijv. met betrekking tot de uit te voeren DNA-proeven, de te gebruiken fingerprint techniek e.d., een en ander met de bedoeling een onafhankelijk deskundige in staat te stellen te beoordelen of de gebruikte methoden en technieken in de gegeven situatie geschikt zijn of niet.

4. De eerste commentaren

¹⁷ Zie § III, 2.

De voorstellen van Ciopora zijn in vakkringen inmiddels regelmatig onderwerp van gesprek; zij hebben ook vrijwel onmiddellijk tot reacties in de vakpers geleid. Een tweetal kritische commentaren, gepubliceerd in hetzelfde nummer van *Prophyta Annual* als waarin het Ciopora-document verscheen, wordt hier kort weergegeven.

Ghijsen stelt onder meer, dat de opvatting van Ciopora dat het aantal fenotypische verschillen tussen een oorspronkelijk en een afgeleid ras niet gelimiteerd is, omdat deze verschillen het gevolg van de afleidingshandeling zijn, in strijd is met de bedoeling van art. 14 lid 5 UPOV 1991. Dit valt o.a. af te leiden uit een UPOV-document uit 1989, waarin het volgende te lezen staat: “The derived variety must retain almost the totality of the genotype of the mother variety and be distinguishable from that variety by a very limited number of characteristics (typically by one).”¹⁸

In het verlengde hiervan, aldus dezelfde auteur, hoeft niet per definitie elke mutant een afgeleid ras te zijn; dat is alleen het geval indien aan de in art. 14 lid 5 opgesomde voorwaarden is voldaan, bijv. bij zg. puntmutaties, waarbij de genotypische overeenstemming met het moederras vrijwel 100% bedraagt. Anders gezegd: ook een mutant kán significante verschillen vertonen ten opzichte van het oorspronkelijke ras.¹⁹

Wat de “me-too-varieties” (de plagiaatrassen) betreft merkt de auteur op, dat deze categorie rassen het resultaat is van kruising en selectie. Het zojuist genoemde UPOV-document merkt in dit verband (t.a.p.) op: “The derived variety must have been obtained using a plant improvement method whose objective is the achievement of the requirement of (ii) above (mutation, gene transfer, full backcrossing scheme, selection of a variant within a variety, etc.); in other words, no varieties bred according to a classical or other scheme of crossing in which selection within the progeny is a major element would become the subject of dependence.” Dientengevolge kunnen, aldus Ghijsen, alleen rassen

¹⁸ Doc.nr. IOM/IV/2 d.d. 22 juni 1989, UPOV, Geneva, p. 12. Het in voetnoot 6 genoemde document uit 1992 merkt in dit verband op (op p. 4), “... that the differences which result from the act of derivation should be one or very few”. Zie ook de in voetnoot 5 genoemde Records, §§ 1080 en 1089.

¹⁹ Terzijde merk ik op, dat de *mate van inspanning* om een nieuw ras te creëren kwekersrechtelijk irrelevant is; *mutatis mutandis* geldt hetzelfde voor het octrooirecht. Het gaat uiteindelijk alleen om het bereikte resultaat, bijv. een mutant; een ras waarbij een bijzonder gen is geïmplanteerd; een ras dat na vele jaren van kruisen en selecteren tot stand komt. Illustratief voor dit laatste is de Ciopora-notitie “Why infringement of IP-rights should concern everybody” (gepubliceerd op www.ciopora.org/publications.html), p. 2: “... on average it needs 10,000 to 100,000 crosses in order to obtain a few hundred thousand seeds out of which one can develop in a period of 3 to 5 years between 5 and 10 new varieties which might possibly be successful in the market”.

gekweekt uit een volledige terugkruisingsprogramma die bovendien beantwoorden aan de strenge eisen van de UPOV-bepaling als afgeleide rassen beschouwd worden.²⁰

Een tweede kritische reactie is die van Plantum NL, de brancheorganisatie voor het bedrijfsleven actief in de sector plantaardig uitgangsmateriaal,²¹ bij monde van Van Elsen. Deze organisatie vindt een algemene drempelwaarde van 0.90, zoals hiervóór uiteengezet, niet realistisch. Een dergelijke drempel zou van gewas tot gewas vastgesteld moeten worden, nu er grote verschillen bestaan wat betreft de genetische afstanden tussen rassen, behorend tot het ene of tot het andere gewas. Plantum NL voelt meer voor een andere regeling. De houder van het kwekersrecht voor een oorspronkelijk ras zou altijd moeten bewijzen, dat de genotypische overeenstemming tussen zijn ras en het beweerdelijk afgeleide ras beduidend groter is dan de genotypische overeenstemming tussen zijn ras en een representatieve groep van andere rassen binnen hetzelfde gewas. Het al te snel omkeren van de bewijslast zou de kweker van het beweerdelijk afgeleide ras voor een bijzonder moeilijke opgave plaatsen.

Ten slotte is Plantum NL van oordeel, dat hetgeen Ciopora over plagiaatrassen te berde heeft gebracht, onaanvaardbaar is nu een en ander (zie hiervóór) in strijd is met de *breeder's exemption*: "Breeders should not be restricted in the use of one another's variety in their normal crossing and selection out of fear for an EDV claim".²²

5. Nadere analyse

Met de hiervoor geuite kritiek valt in grote lijnen in te stemmen. Het is m.i., afgaande op de tekst van art. 14 lid 5 UPOV 1991 in combinatie met de (min of meer officiële) documenten die de nieuwe regeling destijds begeleidden, voldoende duidelijk dat men bij het afgeleide ras een product voor ogen had dat zowel genotypisch als fenotypisch zeer sterk leek op het oorspronkelijke ras. De stelling van Ciopora dat de afgeleide rassenregeling ook van toepassing zou kunnen (en soms zelfs zou moeten) zijn ingeval van een betrekkelijk groot aantal geconstateerde (fenotypische) verschillen tussen de twee rassen

²⁰ H. Ghijsen, A remarkable perspective, *Prophyta Annual* 2008, p. 33.

²¹ Zie ook www.plantum.nl.

²² A. van Elsen, An unacceptable burden, *Prophyta Annual* 2008, p. 35.

in kwestie, gaat volledig aan dit UPOV-uitgangspunt voorbij. Het moge zo zijn, dat er tegenwoordig geavanceerde kweekmethoden bestaan die het genotype van het moederras vrijwel onaangetast laten en toch tot aanzienlijke fenotypische verschillen leiden (zie hiervoor sub 3), maar ook als men dergelijke methoden op zichzelf als (bewuste) afleidingshandelingen zou kunnen beschouwen, blijft staan dat niet voldaan is aan de eis van een kweekresultaat dat zeer sterk op het oorspronkelijke ras lijkt.²³

Men kan zich hierbij afvragen of het “erg” is als in dit soort gevallen geen afhankelijkheidsrelatie ontstaat; is het niet ook tot op zekere hoogte als een verdienste van de kweker te beschouwen als hij – met behulp van welke methode dan ook – een relatief grote afstand ten opzichte van het oorspronkelijke ras creëert? Men kan dan toch moeilijk nog van parasiteren op andermans succes spreken. En wat de ene kweker (van een vermeend afgeleid ras) mag, mag de andere (van een oorspronkelijk ras) uiteraard ook. Daarbij komt, dat ook de suggestie van Ciopora om in een aantal gevallen (weer) een onderscheid te gaan maken tussen belangrijke en onbelangrijke raskenmerken geheel en al haaks staat op de regeling die tegenwoordig met betrekking tot onderscheidbaarheid geldt (art. 7 UPOV 1991; art. 7 Vo. 2100/94; art. 49 lid 4 ZPW 2005) en de wijze waarop deze regeling sinds vele jaren wordt toegepast. Het wordt er allemaal niet eenvoudiger op als we – in het kader van een toch al buitengewoon ingewikkelde materie – ook het relatieve belang van bepaalde karaktertrekken ter discussie gaan stellen.²⁴

De door Ciopora voorgestelde algemene drempelwaarde van 0.90 op de Jaccard Index is, naar ik begrepen heb, na een aantal jaren discussie uit de bus gerold. Waarop de organisatie nu precies haar stelling baseert, dat het hier om een goede “general separator” zou gaan, wordt uit het document niet duidelijk. Evenmin blijkt uit het document hoe de interne besluitvorming in dit geval heeft plaatsgevonden. Plantum NL laat in ieder geval

²³ Zie bijv. ook Wuesthoff/Leßmann/Würtenberger, a.w., p. 192: “... während bei einer abgeleiteten Sorte das Wesentliche des Genotyps der Ursprungssorte beibehalten sein muß, diese also praktisch die Gesamtheit des Genotyps der Ursprungssorte *unter Beibehaltung* der Ausprägung der [w]esentlichen Merkmale aufweist.” (curs. toegevoegd). Van een dergelijke “Beibehaltung” was geen sprake in de procedure die leidde tot Rb. Den Haag 13 juli 2005, *IER* 2005, 79, m.nt. ChG; *BIE* 2006, 60 (Astée/Danziger). Een grote mate van genotypische gelijkenis, gecombineerd met zeer weinig fenotypische verschillen resulteerde in Vzr. Rb. Den Haag 7 september 2007, *IER* 2007, 104, m.nt. SdW (Danziger/Biological Industries e.a.).

²⁴ Zie voor enige achtergrondinformatie mijn bijdrage in *Agrarisch recht 1991* (voetnoot 2), p. 587 e.v. De hier bedoelde discussie speelde overigens al ver vóór de komst van UPOV 1991, zie mijn *Kwekersrecht in ontwikkeling* (1990), hoofdstuk V.

– als lid van Ciopora - een heel ander geluid horen, en mij spreekt deze andere benadering (met veel nadruk op de onderlinge verschillen tussen reeds bestaande rassen binnen een bepaald gewas) wel aan. Daar staat tegenover dat Ciopora slechts een vuistregel voor de omkering van de bewijslast heeft willen aanreiken, en dat ook Plantums voorstel de nodige vragen oproept c.q. zich van vage termen bedient (wat is een “beduidend hogere” genotypische overeenstemming; wanneer is sprake van een “representatieve groep van (andere) rassen”?). Bovendien is het de vraag of de kwekers zó goed georganiseerd zijn dat het realistisch is te veronderstellen dat men voor elk afzonderlijk gewas overeenstemming over EDV-drempelwaarden zou kunnen bereiken.

Intussen blijkt uit de eerder genoemde, onder auspiciën van de ISF opgestelde EDV-richtlijnen met betrekking tot een aantal gewassen, dat de daarin gehanteerde drempelwaarden nogal uiteenlopen: voor sla geldt momenteel een drempel van 0.96, voor maïs van 0.82; voor koolzaad van 0.85 en voor katoen van 0.875. Ook de ISF heeft bij een en ander rekening gehouden met “the present variability available on the market”, en dat ligt dus weer in de lijn van hetgeen Plantum NL voorstelt.

Wat de meergenoemde plagiaatrassen betreft, lijken de hiervoor sub 4 genoemde auteurs de afgeleide rassen-regeling geheel buiten beschouwing te willen laten. Of dat echter ook de bedoeling van de “founding fathers” van UPOV 1991 is geweest, lijkt mij discutabel. Eén van de redenen voor art. 14 lid 5 vormde nu juist, zoals hiervoor sub 2 vermeld, de constatering dat het betrekkelijk eenvoudig is om zo’n plagiaatras tot ontwikkeling te brengen. Kruising en selectie mogen dan wel, en terecht, als klassieke kweekwijzen in principe buiten de afgeleide rassen-regeling gehouden zijn, dat neemt niet weg dat het één het ander niet per definitie uitsluit. Indien, zoals Ghijsen stelt, een mutant niet noodzakelijkerwijs een afgeleid ras hoeft te zijn, dan kan men m.i. met evenveel recht van spreken volhouden dat niet elke vorm van selectie in het nageslacht in dit opzicht per se vrijuit dient te gaan. Illustratief is hier art. 14 lid 5 onder c UPOV 1991, dat niet alleen als mogelijk *voorbeeld* van een afgeleid ras de mutant noemt, maar ook tot twee keer toe de term *selectie* gebruikt.

Een rechtvaardige toepassing van de afgeleide rassen-regeling in de praktijk van alledag lijkt al met al nog lastiger dan de regeling zelf reeds doet vermoeden. Gebruik maken van andermans ras mág, maar afleiden niet; een mutant kán een afgeleid ras zijn,

maar dit hoeft niet; een via kruising en selectie gewonnen ras is in beginsel geen afgeleid ras, maar misschien soms toch weer wel; en hoe gemakkelijk is de regeling tegenwoordig te omzeilen? Zoals ook Ciopora aangeeft, is er in voorkomende gevallen altijd de gelegenheid tegenbewijs te leveren, maar indien, zoals Van Elsen suggereert, bona fide veredelaars (en dan in het bijzonder, voeg ik daaraan toe, de “kleinere”) door de regeling ontmoedigd worden en van bepaalde, wellicht veelbelovende veredelingstrajecten afzien, schiet zij in zoverre inderdaad haar doel voorbij. Over één ding lijkt iedereen het wel eens te zijn: de *breeder's exemption* moet blijven. Maar het naast elkaar bestaan van dit aloude en waardevolle beginsel enerzijds en het afgeleide ras anderzijds heeft sinds de komst van het laatste de kans op conflicten vergroot.

6. Conclusie; hoe nu verder?

Het afgeleide ras blijft de gemoederen bezig houden. Sedert de introductie van dit fenomeen in 1991 is bij diverse gelegenheden getracht de desbetreffende regeling met behulp van concrete richtlijnen te verduidelijken en voor de kwekerspraktijk hanteerbaar te maken.

In dit artikel heb ik eerst kort stilgestaan bij de inhoud en de achtergronden van de bepaling in kwestie, art. 14 lid 5 UPOV 1991 (sub 2). Daarna zijn in het bijzonder twee recente voorstellen uit de kwekerswereld ter sprake gebracht, één van de ISF, en één van Ciopora (sub 3). Met name het standpunt van Ciopora is opmerkelijk, doordat deze organisatie niet alleen de afgeleide rassen-regeling in méér gevallen toegepast wil zien dan men bij lezing van art. 14 lid 5 zou verwachten, maar bovendien een concrete, algemene drempelwaarde van genotypische overeenstemming voorstelt, waarboven de bewijslast zou dienen te worden omgekeerd. Het voorstel is kritisch ontvangen (sub 4). In grote lijnen kan ik mij in die kritiek vinden: de suggesties van de zijde van Ciopora staan in bepaalde opzichten haaks op de tekst van de verdragsbepaling en/of de achtergrond daarvan. Anderzijds is niet gezegd dat het drempelwaardevoorstel niet zou kunnen werken; het vormt per slot van rekening niet minder, maar ook niet meer dan een

handreiking, waarvan kwekers(organisaties) indien zij dit nodig achten kunnen afwijken (sub 5).

Uit de hierboven kort weergegeven discussie blijkt inmiddels wel, dat de materie gecompliceerd is.²⁵ Hierbij valt nog het volgende te bedenken. De regeling in kwestie kwam tot stand toen de Unie tot bescherming van kweekprodukten twintig leden telde. Anno 2008 zijn dit er ruim zestig. Alleen al dit gegeven lijkt voldoende om weer eens een herzieningsconferentie te organiseren, ten einde de verdragstekst opnieuw (in zijn geheel) tegen het licht te houden. In zeventien jaar tijd zijn er nogal wat onduidelijkheden in de verdragstekst aan het licht gekomen, en is er veel veranderd, niet alleen op het gebied van de biotechnologie in het algemeen, maar ook met betrekking tot veredelingsmethoden in het bijzonder.

Men zou tijdens zo'n conferentie wederom²⁶ uitgebreid kunnen debatteren over de vraag of (ook) art. 14 lid 5 nog aan de hedendaagse eisen beantwoordt en vervolgens ingrijpende wijzigingen kunnen voorstellen, mede in het licht van de (overigens: schaarse) in rechtspraak en arbitrage met de bepaling opgedane ervaringen. Bespreking van nieuwe tekstvoorstellen in één grote vergadering, met daarin aandacht voor de vele technische, economische en juridische aspecten van de afgeleide rassen-regeling (met inbegrip van de *breeder's exemption*, de onderscheidbaarheidseis, de verhouding tot het octrooirecht enz.) zou echter gemakkelijk in een Poolse landdag kunnen ontaarden.

Men zou er in elk geval verstandig aan doen, de nadere invulling van de bepaling buiten het verdrag te houden en in onderling overleg - desgewenst in UPOV-verband, al was het maar ter vergroting van het draagvlak - vorm te geven. De ontwikkelingen volgen elkaar ook hier in hoog tempo op, zodat bijstelling van details beter via (al dan niet door de overheid uitgevaardigde) uitvoeringsregelingen (versneld) kan worden doorgevoerd.²⁷

²⁵ Vanzelfsprekend beoogt dit artikel geen uitputtend overzicht te geven van de afgeleide rassenproblematiek; zie voor meer "haken en ogen" bijv. de in voetnoten 2 en 4 vermelde literatuur (die op zijn beurt ook naar andere literatuur verwijst). Zie voorts voor een (kritische) visie ten aanzien van de verdragsbepaling vanuit economisch perspectief W. Lesser en M.A. Mutschler, *Balancing Investment Incentives and Social Benefits when Protecting Plant Varieties: Implementing Initial Variety Systems*, *Crop Science* 2004, p. 1113 e.v.

²⁶ Ter vergelijking: tijdens de conferentie in 1991 kwamen alleen al 9 amendementsvoorstellen m.b.t. art. 14 lid 5 (toen nog lid 2) ter sprake.

²⁷ Ook de sub 5 genoemde ISF-richtlijnen worden eens in de vijf jaar herzien.

Voorlopig is er echter alleen art. 14 lid 5, en te hopen is dat meer rechtszaken en – naar het voorbeeld van ISF – vooral meer arbitragezaken de betekenis van de bepaling langzaam maar zeker zullen kunnen verduidelijken. In zoverre zijn en blijven het toch in de eerste plaats de kwekers en hun organisaties, die actie moeten ondernemen.