

14/02275
14 augustus 2015

mr. G.R.B. van Peurseem

Conclusie inzake:

Anti-Infringement Bureau for Intellectual
Property-Rights On Plant Material,
(hierna: AIB),
eiseres tot cassatie, verweerster in het
voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

tegen

Novisem B.V.
(hierna: Novisem),
verweerster in cassatie, eiseres in het
voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep,

AIB stelt dat Novisem kwekersrechtinbreuk pleegt op de knolselderij-rassen Diamant, Brilliant en Prinz en heeft bewijsbeslag laten leggen op onder meer digitale bestanden en documenten uit Novisems administratie en verder monsters laten nemen van planten. Daar vorderde zij in eerste aanleg inzage in, terwijl Novisem in reconventie opheffing vorderde van het bewijsbeslag en rectificatie van mededelingen over het beslag op AIB's website. Deze kortgedingzaak ging zodoende aanvankelijk over *exhibitie van IE-bewijsbeslag* en in de slipstream daarvan over de reikwijdte van kwekersrechtelijk "te koop aanbieden".

Door een eiswijziging in appel van AIB en het door haar berusten in de opheffing van het beslag in eerste aanleg en de met instemming van partijen vernietigde beslagen bescheiden, foto's en monsters¹, resteert vanaf dat moment een *andere exhibitievordering* van AIB, namelijk tot inzage en afgifte van bescheiden uit Novisems administratie over verhandeling van de drie knolselderij-rassen². Deze exhibitievordering is door AIB specifiek beperkt tot "die bescheiden waarvan reeds door middel van concrete feiten en omstandigheden vaststaat dat daaruit direct informatie over de gestelde inbreuk valt te deduceren"³. Dat maakt het verloop van deze exhibitiezaak a-typisch.

¹ MvA/MvG inc. 46.

² Vgl. gewijzigd petitum MvA/MvG inc. onder 1: "Om aan het AIB met onmiddellijke ingang inzage in en afschrift te verschaffen van alle (schriftelijk en/of elektronische) gegevens uit de administratie/boekhouding van Novisem, vervoersdocumenten, pakbonnen, (e-mail) correspondentie en advertentiemateriaal ten aanzien van het onder de naam "Diamant", Brilliant" en "Prinz" door Novisem verhandelde zaden, pillen en plantmateriaal, maar pas nadat deze door een door het AIB aan te wijzen onafhankelijke IT-deskundige zijn geselecteerd op relevantie."

³ MvA/MvG inc. 46, waar AIB op deze plaats aan toevoegt: "(...) Inzage en afschrift van overige relevante bescheiden alsmede de Monsters en Foto's wordt in hoger beroep niet langer gevorderd. (...)".

Het hof heeft deze gewijzigde exhibitievordering afgewezen.

In cassatie gaat het in het principaal beroep om de maatstaf voor exhibitie en de reikwijdte van het kwekersrechtelijk voorbehouden “te koop aanbieden” in de zin van art. 57 lid 1 jo art. 1 sub g Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 (hierna ook: ZZP of ZPW).

Dat laatste lijkt mij voor deze zaak beslissend. Ik heb geen aarzeling dat het toesturen van een prijslijst aan een kweker met de mondelinge mededeling dat de kwekersrechtelijk beschermde gewassen nog niet beschikbaar zijn voor Nederland, maar waarbij interesse is gewekt voor levering na afloop, inbreuk vormt. Datzelfde geldt voor het eerst ongeclausuleerd aanbieden, gevolgd door de beperking enkele weken later dat dat nog niet voor Nederland kan gelden vanwege kwekersrechtrestricties. Het hof taxeert dat anders en laat de zaak stranden op het niet zijn aangetoond van een redelijk vermoeden van inbreuk. Dat lijkt mij geen stand kunnen houden.

Het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep omvat drie motiveringsklachten tegen mogelijke lezingen van een aantal deelloverwegingen uit het arrest van het hof.

1. Feiten⁴ en procesverloop

1.1 AIB is een vereniging die de belangen van zaad- en plantveredelaars behartigt, en is door Bejo Zaden B.V. te Warmenhuizen (hierna: Bejo) en Nunhems B.V. te Haelen (hierna: Nunhems) gevolmachtigd om namens hen op te treden jegens Novisem.

1.2 Bejo was rechthebbende op de kwekersrechten:

-Rvp-nummer SLD30, NRR-nummer 8331, rasbenaming “Diamant”, gewasnaam knolselderij, verleend op 28 maart 1988;

-Rvp-nummer SLD28, NRR-nummer 8330, rasbenaming “Brilliant”, gewasnaam knolselderij, verleend op 28 maart 1988.

Beide kwekersrechten zijn geëxpireerd op 28 maart 2013.

1.3 Nunhem is rechthebbende op het kwekersrecht:

-Rvp-nummer SLD33, NRR-nummer 15621, rasbenaming “Prinz”, gewasnaam knolselderij, verleend op 9 november 1995.

1.4 Novisem is een zaadveredelingsbedrijf dat zich bezig houdt met ontwikkeling, productie en verkoop van zaden van knolselderij, witlof, tuin- en stokbonen.

⁴ Ontleend aan rov. 4.1 van het arrest van gerechtshof ‘s-Hertogenbosch van 25 februari 2014 deels in verbinding met rov. 2.1-2.1.3 van het vonnis van de voorzieningenrechter van rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, van 25 april 2013.

1.5 Op 7 maart 2013 is door AIB een verzoekschrift ingediend tot het leggen van conservatoire (bewijs)beslagen en gerechtelijke bewaring. Verlof is verleend op 12 maart 2013.

1.6 Op 18 en 26 maart 2013 zijn in conservatoir bewijsbeslag genomen mogelijk relevante digitale bestanden zich bevindende op het in het bedrijfspand van Novisem aanwezige computersysteem, welke data zijn gekopieerd op twee USB-sticks en één DVD+R diskette alsmede mogelijk relevante documenten uit de administratie, welke zijn gedigitaliseerd en zijn geplaatst op genoemde sticks en diskettes. Voorts is opgetekend de aanwezigheid van 600 kleine kiemplanten en 20 middelgrote planten "Prinz"; 300 kleine kiemplanten en 20 middelgrote planten "Diamant"; 300 kleine kiemplanten en 20 middelgrote planten "Briljant"⁵. Voorts zijn monsters en foto's genomen van het relevante plantenmateriaal van die rassen. Al deze gegevens (hierna: bescheiden) bevinden zich thans bij de gerechtelijk bewaarder.

1.7 Nu het kwekersrecht op de rassen Diamant en Brilliant, dat alleen in Nederland gold, is vervallen per 28 maart 2013, kunnen er nadien geen inbreuken plaatsgevonden hebben. Voor het kwekersrecht op het ras Prinz is dit anders, dat geldt in Nederland tot 2020 en in Duitsland tot 2019.

1.8 AIB heeft Novisem op 4 april 2013 gedagvaard en inzage gevorderd in en afschrift van de inbeslaggenomen bescheiden en de door de deurwaarder gemaakte foto's en in eerste aanleg ook nog een onderzoek naar de rasechtheid van de ten tijde van de (bewijs)beslaglegging genomen monsters.

Aan die vordering heeft AIB drie inbreuken ten grondslag gelegd: Novisem biedt vanuit Nederland onder de kwekersrechten vallend plantmateriaal (al dan niet toekomstig) te koop aan, vermeerdert dan wel brengt dat plantmateriaal voort in Nederland en voert dat plantmateriaal vanuit Nederland in en uit⁶.

1.9 Novisem heeft een schriftelijke conclusie van antwoord in kort geding genomen en in reconventie opheffing van het beslag en teruggave van de inbeslaggenomen zaken gevorderd, verwijdering van een bericht over vermeende inbreuk op de internetsites van AIB, Bejo en Nunhems en plaatsing van rectificaties. Partijen vorderden over en weer volledige procekkostenvergoedingen op de voet van art. 1019h Rv.

1.10 Na de mondelinge behandeling op 16 april 2013 heeft de voorzieningenrechter bij vonnis van 25 april 2013 de vordering in conventie afgewezen en die in reconventie goeddeels

⁵ Bedoeld moet zijn: "Brilliant", vgl. prod. 8 en 9 bij de inleidende dagvaarding. In andere overwegingen van het hof wordt soms ook Brilliant bedoeld waar Briljant geschreven staat.

⁶ Vgl. rov. 5.2 van het rechtbankvonnis.

toegewezen. Volgens de voorzieningenrechter blijkt niet van een redelijk vermoeden van de gestelde inbreuken. Voor het (nog langer handhaven van het) (bewijs)beslag is daarom geen grondslag.

1.11 Novisem is onder aanvoering van één grief tegen de matiging van de proceskostenveroordeling bij hof Den Bosch van dit vonnis in hoger beroep gekomen. AIB heeft de grieven gemotiveerd bestreden en incidenteel geappelleerd. Zij heeft berust in het opgeheven beslag en de teruggegeven bescheiden. Onder aanvoering van drie grieven en met vermindering van haar oorspronkelijke eis⁷ vordert zij in appel nog Novisem te veroordelen:

1. aan AIB met onmiddellijke ingang inzage in en afschrift te verschaffen van alle (schriftelijke en/of elektronische) gegevens uit de administratie/boekhouding van Novisem, vervoersdocumenten, pakbonnen, (e-mail)correspondentie en advertentiemateriaal ten aanzien van het onder de naam 'Diamant', 'Brilliant' en 'Prinz' door Novisem verhandelde zaken, pillen en plantmateriaal, maar pas nadat deze door een door het AIB aan te wijzen onafhankelijke IT-deskundige zijn geselecteerd op relevantie,
2. haar volledige medewerking te verlenen aan het onderzoek van de onder 1. genoemde IT-deskundige gedurende normale kantooruren alsmede aan de uiteindelijke inzage en afschrift van de door deze IT-deskundige op relevantie geselecteerde bescheiden.
3. betaling van de volledige proceskosten in beide instanties met wettelijke rente.

1.12 Nadat op 15 januari 2014 is gepleit, heeft het hof bij arrest van 25 februari 2014⁸ het rechtbankvonnis bekrachtigd voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen en het meer of anders gevorderde afgewezen.

1.13 AIB heeft tijdig⁹ beroep in cassatie ingesteld. Novisem heeft verweer gevoerd, geconcludeerd tot verwerping en voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld, waarop AIB in het incidenteel cassatieberoep heeft geconcludeerd tot verwerping. Beide partijen hebben de zaak schriftelijk doen toelichten, waarna is gere- en gedupliceerd.

2. **Beoordeling van het principaal cassatieberoep**

bevoegdheid

2.1 Een enkel woord over de bevoegdheid van de rechtbank Limburg (zittingsplaats Roermond) en het hof 's-Hertogenbosch in onze zaak. Rechtbank en hof Den Haag zijn exclusief

⁷ Zie rov. 4.3 en 4.4.2 van het bestreden arrest en ook MvA/MvG inc. 46.

⁸ ECLI:NL:GHSHE:2014:511.

⁹ De cassatiedagvaarding is op 22 april 2014 uitgebracht.

bevoegd voor inhoudelijke kwekersrechtzaken¹⁰. Bij dagvaarding van 3 april 2013 heeft AIB dan ook een *bodemzaak* aanhangig gemaakt bij de Haagse rechtbank¹¹.

2.2 In dit geding heeft het Bossche hof in rov. 4.5.1-4.5.3 zijn bevoegdheid met betrekking tot het *bewijsbeslag* gegrond op art. 705 Rv. Ten aanzien van de *exhibitievordering* neemt het hof bevoegdheid aan, omdat deze vordering zelfstandig kan worden ingesteld, ook in kort geding, en niet dient te worden aangemerkt als een vordering tot handhaving van kwekersrecht¹². Daar is weinig tussen te krijgen. Een art. 843a Rv-vordering kan zelfstandig of bij wijze van incident worden ingesteld¹³. Voor een uitzondering hierop bij de toepassing van art. 1019a Rv zie ik geen aanleiding. De exhibitievordering in dit geding staat op zichzelf, al vormt dit een voorfase van de – praktisch tegelijkertijd (respectievelijk 3 en 4 april 2013) – ingestelde kwekersrechtelijke handhavingsvordering bij de Haagse rechtbank. Het hof heeft zich dus terecht bevoegd geacht.

2.3 AIB heeft één cassatiemiddel aangevoerd. Onderdeel 1 klaagt dat het hof toewijzing van de exhibitievordering niet heeft mogen laten afhangen van beoordeling van de merites van kwekersrechtelijke inbreukvordering. Het tweede onderdeel bestrijdt de te eng geachte opvatting van het hof van “te koop aanbieden” van beschermd teeltmateriaal met rechts- en motiveringsklachten.

onderdeel 1: maatstaf voor toewijzing exhibitievorderingen in IE-zaken

2.4 Dit onderdeel richt zich met twee subonderdelen tegen rov. 4.7.4, 4.8.2-4.8.7 en 4.9.2:

“4.7.4 Tussen partijen is niet in geschil dat als er een redelijk vermoeden van een (dreigende) inbreuk bestaat, AIB recht heeft op inzage in de op die inbreuk betrekking hebbende bescheiden. Naar het oordeel van het hof mist de grief feitelijke grondslag. De door de voorzieningenrechter aangelegde maatstaf verschilt niet van die aangelegd door het hof Den Haag¹⁴. Aan het slot van

¹⁰ Zie art. 55a RO en art. 78 ZZP. Volgens art. 78 ZZP is de Haagse rechtbank exclusief bevoegd voor kwekersrechtelijke geldigheid (vernietigings- en opeisingszaken, art. 75 en 76 ZZP) en handhaving (inbreuk en negatief declaratoir, art. 70 en 71 ZZP). In hoger beroep is het Haagse hof exclusief bevoegd (art. 78 lid 3 ZZP).

¹¹ Zie rov. 4.5.1 van het bestreden arrest. Deze zaak ligt stil hangende de uitkomst van het onderhavige geschil.

¹² Zie kamerstukken II 2003/04, 29 650, nr. 3, p. 40. Vlg. ook HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8510, NJ 2013/286, m.nt. Krans onder NJ 2013/288.

¹³ Zie art. 843a Rv en HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW3264, NJ 2013/288, m.nt. Krans en HR 8 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV8510, NJ 2013/286, m.nt. Krans onder NJ 2013/288 onder verwijzing naar HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:AX7774, NJ 2006/547.

¹⁴ Gedoeld wordt op Hof Den Haag 29 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3941, NJF 2014/14 (Real Networks), waarin dit hof uitvoerig heeft gemotiveerd dat de drempel voor art. 843a inzage in ieder geval is genomen bij zodanig verschaft concrete feiten en omstandigheden dat daaruit een gerechtvaardigd vermoeden van (dreigende) inbreuk kan worden afgeleid. Dat is lager dan de drempel voor toewijzing van een inbreukverbod in kort geding, zo hof Den Haag. Het Bossche hof citeert rov. 13 t/m 17 van dit Haagse arrest in rov. 4.7.2 van het bestreden arrest. De Real Networks-maatstaf is in rov. 16 van het Haagse arrest als volgt verwoord: “(...) Naar het oordeel van het hof is in ieder geval voldoende voor toewijzing dat eiser zodanige concrete feiten en omstandigheden heeft aangevoerd dat

rov. 16 overweegt het hof immers dat van de eiser kan worden verlangd zodanige concrete feiten en omstandigheden aan te voeren dat daaruit 'een redelijk vermoeden van (dreigende) inbreuk kan volgen'. Dat hof komt daarmee tot dezelfde conclusie als de voorzieningenrechter. De voorzieningenrechter overwoog immers evenzeer, als weergegeven hiervoor in 4.7.1, dat AIB concrete feiten en omstandigheden moet aanvoeren waaruit een redelijk vermoeden van (de dreiging van) de inbreuk kan volgen.

Daarbij komt dat dit hof geen wezenlijk inhoudelijk verschil ziet tussen de maatstaf 'het voldoende aannemelijk maken van een (dreigende) inbreuk' of 'het blijken van een redelijk vermoeden van een (dreigende) inbreuk'. Door AIB wordt het verschil ook niet uiteengezet. Wat daarvan ook zij, het hof is van oordeel dat het in gevallen als de onderhavige, waarin de gestelde rechtsbetrekking/het rechtmatig belang ligt in het voorkomen/stoppen van een (dreigende) inbreuk op een recht van intellectuele eigendom, in de rede ligt aansluiting te zoeken bij de maatstaf die ingevolge artikel 1019b lid 1 Rv geldt voor het leggen van het bewijsbeslag, te weten het voldoende aannemelijk maken van een (dreigende) inbreuk (vgl., in het kader van het bewijsbeslag, HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, rov. 3.7.1).

Waar het thans op aankomt is of er door AIB voldoende concrete feiten en omstandigheden zijn aangevoerd die – mede bezien in het licht van de betwisting, het partijdebat en de overige omstandigheden van het geval – exhibitie van de in hoger beroep door AIB beoogde stukken uit de administratie van Novisem rechtvaardigt. Ten aanzien van deze overige omstandigheden van het geval merkt het hof op dat het kwekersrecht ten aanzien van de rassen Diamant en Brilliant zijn vervallen zodat een vordering strekkende (lees: tot, A-G) het verbieden daarop een (verdere) inbreuk te maken niet meer kan worden toegewezen. De exhibitie kan echter van belang zijn voor een schadevergoedingsvordering van AIB (partijen hebben de inleidende dagvaarding in de bodemzaak overigens niet overgelegd). Voorts moet in aanmerking worden genomen dat een eventuele inbreuk op de rassen Diamant en Brilliant van Bejo nog geen exhibitie ter zake van administratie met betrekking tot het ras Prinz van Nunhems rechtvaardigt, en omgekeerd. Het hof begrijpt de grief overigens mede zo dat AIB meent, daargelaten de exacte formulering van de maatstaf, dat hetgeen zij heeft aangevoerd toereikend is voor de verlangde exhibitie en dat de voorzieningenrechter te streng heeft geoordeeld. Het hof overweegt daaromtrent als volgt.

(...)

4.8.2. AIB stelt dat (er een gerechtvaardigd vermoeden bestaat dat) Novisem in strijd handelt met de kwekersrechten van Bejo en Nunhems doordat zij vanuit Nederland zaadpillen knolselderij aanbiedt en levert door heel Europa. Zij verwijst daartoe onder meer naar een e-mail van Novisem van 8 februari 2013 (prod. 3 incl. dagv.). Daarin staat :

According Bejo Netherlands Diamant is protected.

But it is only protected in the Netherlands!! Diamant is completely free in Poland.

Conclusion is that Novisem is free to sell you original high quality primed pills of:

Diamant

Prinz

(...)

As mentioned we have Diamant/Prinz orders throughtout Europa with plantrisers, except the Netherlands. (...)

daaruit, ook gelet op de betwisting door de wederpartij en de reactie daarop van eiser, een redelijk vermoeden van (dreigende) inbreuk kan volgen en dat de bescheiden waarvan afgifte of inzage wordt gevorderd van belang zijn voor het (nader) onderbouwen van de gestelde (dreigende) inbreuk en toewijzing van een daarop gebaseerde inbreukvordering.”

Novisem betwist niet dat zij in Europa handelt in de betreffende zaadpillen. Zij stelt dat zij vanuit Nederland de bestellingen en verzendingen 'coördineert en aanstuurt' (punt 3 CvA/E). Zij stelt dat de handel verloopt via in het buitenland gevestigde ondernemingen (levering door een buitenlandse onderneming aan een buitenlandse onderneming). Zij betwist teeltmateriaal in Nederland (te koop) aan te bieden of te produceren of naar Nederland in te voeren of vanuit Nederland uit te voeren. Zij beroept zich wel op de 'breeders exemption' (als neergelegd in artikel 57 lid 3, onder c, ZPW, geciteerd hiervoor in 4.8.1).

Naar het oordeel van het hof kan noch uit het feit dat Novisem in Europa, buiten Nederland handelt in zaden die in Nederland kwekersrechtelijk zijn beschermd, noch uit de e-mail worden afgeleid dat Novisem het kwekersrecht schendt. Uit de e-mail blijkt veeleer het tegendeel, namelijk dat Novisem zich bewust is van het kwekersrecht, en dat beoogt te respecteren.

4.8.3. AIB beroept zich mede op een pakbon van 25 februari 2013 (prod. 4 inl. dagv.), waarop wordt vermeld een order gedateerd 24 januari 2013. Het product is Diamant. De adressant van de pakbon is Novisem (Nederland). Het adres aan wie zaden zijn geleverd (Ship to) en het adres waarnaar de factuur moet worden gezonden (Bill to) blijkt niet uit de pakbon. Overigens lijkt de verzender Novisem te zijn, wat kan blijken uit het logo van de pakbon. Voorts zijn overgelegd (eveneens als prod. 4 bij inl. dagv.) twee pakbonnen van Atlas s.r.l. (een Italiaanse onderneming) aan (destinatario) Novisem in Nederland betreffende Prinz en Diamant. Het hof merkt op dat op deze laatste twee pakbonnen tevens staat 'Luogo di destinazione' - plaats van bestemming (vertaling hof) - Poland resp. Belgium.

AIB beroept zich voorts op twee facturen (prod. 7 inl. dagv.) betreffende leveringen van Prinz- en Diamantzaden, beide gedateerd 25 februari 2013. Aan welk bedrijf de zaden zijn geleverd valt uit de overgelegde producties niet af te leiden. Dat geldt niet voor het land van aflevering: resp. België en Duitsland. Op de factuur staat Novisem (Nederland) als afzender. Uit de facturen blijkt niet vanaf welke plaats de zaden zijn verzonden.

De voorzieningenrechter heeft (in rov. 5.2.5) overwogen dat Novisem heeft uiteengezet op welke wijze zij haar zaken drijft: productie van de in Nederland beschermde rassen vindt plaats in België en Frankrijk, behandeling van die zaden (van de honderdduizend zaadjes die elke plant geeft worden pillen gemaakt) vindt plaats in Italië en van daaruit worden die behandelde zaden verstuurd en geleverd aan afnemers in het buitenland. Deze (algemene) werkwijze is door AIB niet bestreden.

Naar het voorlopig oordeel van het hof kan uit de vermelding van het adres van Novisem in Nederland op de pakbonnen en facturen (in onderling verband gezien), mede gelet op de onderbouwing van de betwisting en gelet op hetgeen niet uit de pakbon en facturen blijkt, niet worden afgeleid dat Novisem zaden (of pillen van zaden), die in Nederland onder het kwekersrecht vallen, in Nederland heeft ingevoerd of vanuit Nederland heeft uitgevoerd. Evenmin kan uit deze gegevens worden afgeleid dat Novisem de zaden vanuit Nederland in het buitenland heeft aangeboden. Hooguit kan uit deze schriftelijke stukken worden afgeleid dat Novisem bij de administratieve afhandeling gebruik maakt van haar adres in Nederland. Dit feit alleen acht het hof onvoldoende om daarop de verplichting tot exhibitie te gronden, ook waar de gevorderde exhibitie is beperkt als omschreven in rov. 4.4.2. Het hof wijst erop dat in het kader van dit kort geding geen plaats is voor nadere bewijslevering.

4.8.4. AIB beroept zich verder op het aanbieden van een prijslijst (prod. 6 inl. dagv.), met daarop onder meer de zaden Diamant, Brilliant en Prinz aan Hans Grootsholten van Grow Group,

volgens AIB een Nederlandse kweker. Volgens Novisem heeft de Grow Group internationale vestigingen. Overgelegd is een verklaring van Hans Grootsholten (prod. 10 cva) waarin hij verklaart dat hem nooit aanbiedingen zijn gedaan voor de rassen Diamant, Brilliant en Prinz voor de Nederlandse markt. Overgelegd is een mail van Hans Grootsholten (prod. 20 mva/mvg) waarin hij verklaart dat de heer Dings van Novisem geen Brillant kon en wilde leveren, maar dat dit wel kon nadat het kwekersrecht in 2013 was vervallen. Hetzelfde gold voor Diamant. Voorts is een verklaring van hem, Hans Grootsholten, overgelegd (prod. 24 bij akte van 15 oktober 2013) waarin onder meer staat:

Grow ontving van Novisem ongeveer augustus 2012, (...) een prijslijst met daarop enkele knolselderij rassen, waaronder Briljant en Diamant. Mondeling was daarbij aangegeven dat deze rassen nog niet voor Nederland beschikbaar waren.

Op 21 december daarna had ik een gesprek met de heer Dings, waarin hij ook mij aangaf de beschermde rassen, waaronder Briljant en Diamant in Nederland nog niet te kunnen aanbieden. Dat zou pas in de loop van het volgende jaar kunnen.

(...)

Formeel is mijn eerdere verklaring dus juist, er is niet direct aangeboden, maar wel gepoogd interesse op termijn te wekken. Daarnaast is uiteraard ook gewezen op mogelijkheden voor sommige rassen in het buitenland, waar bescherming niet (meer) geldt.

Naar het oordeel van het hof rechtvaardigt deze gang van zaken de gevorderde (beperkte) exhibitie niet. Onvoldoende staat vast dat sprake is van een (dreigende) inbreuk bestaande uit een aanbieden in de zin van artikelen 57 jo 1 ZPW. Het hof is er vooralsnog niet - in een voor het treffen van de verlangde voorlopige voorziening voldoende mate - van overtuigd geraakt dat het toesturen van een prijslijst (vanuit Nederland) of het opwekken van interesse (in een gesprek in Nederland), mede gelet op de overige omstandigheden - zoals het feit dat Novisem in en vanuit het buitenland (geoorloofd) handelt en het feit dat Novisem heeft gewezen op het bestaan van het kwekersrecht in Nederland - door de bodemrechter zal worden gekwalificeerd als een inbreuk als bedoeld in de ZPW. Er zullen naar het oordeel van het hof bijkomende omstandigheden moeten zijn (en bij betwisting moeten worden bewezen) die deze kwalificatie rechtvaardigen. Het enkele feit dat in gesprekken tussen Novisem en potentiële kopers de door het kwekersrecht beschermde rassen ter sprake komen, levert naar het oordeel van het hof nog geen inbreuk op. Hetzelfde geldt ten aanzien van de eerder geciteerde e-mail van 8 februari 2013. Bovendien staat hetgeen is gebeurd toereikend vast, exhibitie brengt daarin geen verandering. Voor een ingrijpende actie als exhibitie, ook als die wordt beperkt als in rov. 4.4.2 weergegeven (en dus niet betreft andere transacties met andere afnemers), is onder deze omstandigheden, waarin als al sprake is van een inbreuk, dit een heel zwakke inbreuk is, geen plaats.

AIB heeft zich voorts beroepen op een email van de heer Dings van Novisem aan de heer Rutten van Gipmans Planten (prod. 12 eerste aanleg). Uit de mailwisseling blijkt dat Novisem om een prijsopgave wordt gevraagd, die vervolgens wordt gegeven. De lijst bestaat uit zes aangeboden rassen waaronder Diamant, Brilliant en Prinz.

Daar is door Novisem tegenovergesteld de verklaring van de heer Gipmans (prod. 18 bij brief van 15 april 2013) waarin staat:

Voorts wil ik middels dit schrijven benadrukken dat Novisem ons voortdurend correct geïnformeerd heeft over zaden die onder kwekersrecht beschermd zijn.

Bovendien is er de verklaring van E. Rutten, vertegenwoordiger van Gipmans Planten (prod. 27 mva in inc. appel) waarin staat dat de prijsopgave is gedaan ten behoeve van de buitenlandse partners van Gipmans Planten waaraan de zaden vanuit Italië konden worden geleverd. Daarmee heeft, naar het oordeel van het hof te gelden hetgeen ook geldt ten aanzien van Grow Group. Het

hof kan in het kader van dit kort geding niet met voldoende mate van zekerheid vaststellen dat voldoende aannemelijk is dat sprake is van inbreukmakende handelingen.

AIB beroept zich mede op een verklaring van Frank Vriends (prod. 19 bij de brief van Novisem van 15 april 2013) waarin onder meer staat:

Wij hebben tijdens ons gesprek kort de mogelijkheid besproken dat Novisem eventueel de rassen Diamant en Brilliant zou kunnen leveren. Na het gesprek heeft Charl Dings laten weten dat Novisem deze rassen om juridische redenen niet voor de Nederlandse markt kon leveren. (...) Uiteindelijk zijn de rassen Briljant, Diamant en Prinz niet aangeboden. Wij hebben nooit een bestelling gedaan bij Novisem voor de rassen Diamant, Briljant en Prinz. (...)

Ook voor dit contact geldt hetzelfde als werd overwogen ten aanzien van het contact met de Grow Group en Gipmans Planten. In het bijzonder neemt het hof in aanmerking dat zelfs als sprake zou zijn van een inbreukmakend aanbod, dit aanbod door Novisem zelf is ingetrokken. Aan een eventuele inbreuk kan aldus geen grote betekenis worden toegekend.

De overige verklaringen die door partijen in het geding zijn gebracht, in het bijzonder die welke zijn genoemd door de voorzieningenrechter in rov. 5.2.1 en 5.2.2, brengen het hof niet tot een ander oordeel.

4.8.5. Tot slot beroept AIB zich op de omvang van het plantmateriaal dat bij Novisem is aangetroffen ten tijde van de inbeslagneming, te weten (zoals volgt uit het proces-verbaal van de beslaglegging van 18 maart 2013, prod. 8 inl. dagv.)

opkweek jonge planten:

ca 600 kleine kiemplanten Prinz

ca 300 kleine kiemplanten Diamant

ca 300 kleine kiemplanten Brilliant

middelgrote planten:

ca 20 planten Prinz

ca 20 planten Diamant

ca 20 planten Brilliant.

Tevens is van de rassen Prinz, Diamant en Brilliant een volle bak met kiemplanten aangetroffen, waarvan ca. 50% is aan te duiden als afval.

Overigens vermeldt het proces-verbaal:

Van de aangeduide plantenrassen zijn geen zaden en/of pillen aangetroffen.

AIB stelt dat het aantal kiemplanten fors meer is dan benodigd voor veredelingsdoeleinden Tien planten zouden voldoende zijn. Ter onderbouwing van die stelling beroept AIB zich op verklaringen van mevrouw Stam en de heer Dijkstra (producties 14 en 15 bij brief van 12 april 2013), resp. verbonden aan Bejo en Nunhems, de partijen voor wie AIB optreedt.

4.8.6. Hier tegenover staan, zoals de voorzieningenrechter overwoog, verklaringen van de heer Neele (van Novisem), ir. W.A. Blom en prof. dr. R Visser.

Het hof kan, zonder nader getuigen- of deskundigenbewijs, niet vaststellen aan wiens zijde het gelijk is noch welke gevolgen en/of conclusies aan een eventuele overschrijding verbonden kunnen worden. Voor bewijsvoering is in het kader van dit kort geding geen plaats. Voor een (dreigende) schending heeft het hof onvoldoende aanknopingspunten, terwijl, zelfs als de aanwezigheid van teveel planten als een inbreuk kan worden aangemerkt, daarmee nog niet een exhibitie gerechtvaardigd is, temeer niet omdat AIB voor deze situatie niet aangeeft van welke bepaalde bescheiden, als bedoeld in artikel 843a Rv, zij inzage en afgifte verlangt. De beoordeling zal bovendien afhangen van de aard en omvang van de inbreuk en de overige omstandigheden van het geval, die het hof nu nog niet kan vaststellen.

Ter gelegenheid van het pleidooi heeft de advocaat van AIB nog aangevoerd dat de aangetroffen hoeveelheid planten duidt op een uitstalling ten behoeve van potentiële kopers. Voor deze opvatting heeft het hof geen grond gevonden. Uit geen van de overgelegde verklaringen blijkt dat potentiële kopers een bezoek aan de onderneming van Novisem hebben gebracht.

4.8.7. Het hof is van oordeel dat de stellingen van AIB, ook als deze in samenhang en onderling verband worden beschouwd, geen exhibitie rechtvaardigen, ook niet als ervan moet worden uitgegaan dat de voorzieningenrechter een te zware maatstaf heeft aangelegd en een lichte maatstaf voor toewijzing van de vordering heeft te gelden.

(...)

4.9.2. De opvatting van AIB miskent dat het hebben van een (zwaarwegender) belang (zonder rechtsgrond) niet toereikend is voor toewijzing van haar vordering. Het belang bij exhibitie moet ook een rechtmatig belang zijn. Daartoe is vereist dat AIB voldoende stelt, en feiten en omstandigheden die wijzen op een (dreigende) inbreuk van het kwekersrecht aannemelijk maakt, om een exhibitie (of een deskundigenonderzoek naar de administratie van Novisem) te rechtvaardigen. Novisem heeft er immers een gerechtvaardigd belang bij niet in rechte te worden betrokken door concurrenten en zich te verzetten tegen een fishing expedition. Van zulke feiten en omstandigheden is het hof niet gebleken.

In dit verband wijst het hof nog naar artikel 6 van de Handhavingsrichtlijn, hiervoor aangehaald. Eerst als AIB zodanig bewijsmateriaal heeft overgelegd 'dat voldoende is om haar vordering te onderbouwen', bestaat er een exhibitieplicht. Vooralsnog, op de hiervoor uiteen gezette gronden, is het hof van oordeel dat het gepresenteerde materiaal ontoereikend is voor die onderbouwing. "

2.5 Na een inleiding in 1.1-1.2 met een samenvatting van deze rechtsoverwegingen, klaagt *onderdeel 1.3* dat het voor exhibitie eisen dat (dreigende) inbreuk voldoende aannemelijk wordt gemaakt, een te strenge maatstaf is. De rechtmatig belang-vraag hangt niet af van de merites van de gepretendeerde vordering in de bodemzaak. Ook "staving van haar vordering" is voor de eisende partij zo'n rechtmatig belang, terwijl een art. 843a Rv-vordering er ook toe kan strekken om opheldering te krijgen over de voor een te starten inbreukzaak van belang zijnde feiten en om de beoogde eiser in staat te stellen zijn positie beter te beoordelen. Voor toewijzing van een vordering op de voet van art. 843a Rv volstaat volgens dit onderdeel dat de *rechtsbetrekking voldoende onderbouwd is gesteld*.

Voor zover het oordeel van het hof niet zo moet worden begrepen dat exhibitie is afgewezen wegens gebrek aan rechtmatig belang doordat (dreigende) inbreuk niet voldoende aannemelijk is gemaakt (vgl. onderdeel 1.3), maar dat om gewichtige redenen in de zin van art. 843a lid 4 Rv is afgewezen, is dat volgens *onderdeel 1.4* onjuist, omdat dit lid 4 door art. 1019a lid 3 Rv is uitgeschakeld. Bovendien is dat dan onbegrijpelijk, omdat het hof niet kenbaar heeft gemaakt welke gewichtige redenen in de weg zouden staan aan toewijzing van de vordering van AIB. De enkele omstandigheid dat exhibitie een ingrijpende actie zou zijn, kan niet gelden als zo'n ingrijpende reden volgens deze klacht.

2.6 Ik denk dat deze klachten niet opgaan. Onderdeel 1.3 bepleit een te lage drempel voor exhibitie in deze kwekersrechtzaak. Althans in IE-context, vanwege de verwevenheid met art. 1019a Rv, een regeling die teruggaat op de Handhavingsrichtlijn en het TRIPs-verdrag, zoals we zullen zien, volstaat de door AIB bepleite laagste drempel van louter *onderbouwd stellen* hier niet. Het hof heeft volgens mij het in het voetspoor van het Haagse hof (en net als het Amsterdamse hof eerder al deed) de juiste drempel van *gerechtvaardigd vermoeden van (dreigende) inbreuk* aangelegd. Dat is een lichtere maatstaf dan het *kort geding inbreukverbod-criterium (prognose uitkomst bodemzaak)* en komt in de buurt van de maatstaf voor toestaan van IE-bewijsbeslag uit art. 1019b lid 1 Rv van *voldoende aannemelijk maken van dreigende inbreuk*, maar ligt daar volgens mij weer net iets boven (omdat anders de maatstaf voor IE-bewijsbeslagverlof gelijk zou zijn aan die voor *exhibitie* in een IE-zaak en strikt genomen een nadere exhibitietrap nauwelijks nodig zou zijn, althans niet zou verschillen met de beslagverloftoets, een stelsel dat zou doen denken aan het Franse *saisie contrefaçon*, als ik dat goed taxeer¹⁵).

rechtmatig belang

2.7 Voor een exhibitievordering is onder meer een rechtmatig belang vereist. Met het vereiste van een rechtmatig belang worden de (buiten)grenzen aan de verplichting tot het produceren van stukken aangegeven. Voorkomen moet worden dat een partij nodeloos wordt lastig gevallen. Het komt in beginsel erop aan of een partij een onredelijk voordeel geniet, of haar wederpartij een dito nadeel lijdt doordat een bepaald stuk niet beschikbaar komt. Startpunt bij een nadere beschouwing is art. 6 Handhavingsrichtlijn¹⁶:

“1. De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties op verzoek van de partij die redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal heeft overgelegd dat voldoende is om haar vorderingen te onderbouwen, en voor de staving van haar vorderingen bewijsmateriaal heeft genoemd dat zich in de macht van de wederpartij bevindt, overlegging van dit bewijsmateriaal door de wederpartij kunnen gelasten, behoudens bescherming van vertrouwelijke informatie. Voor de toepassing van dit lid kunnen de lidstaten bepalen dat een redelijk monster van een belangrijk aantal exemplaren van een werk of enig ander beschermd voorwerp, door de bevoegde rechterlijke instanties als aanvaardbaar bewijsmateriaal moet worden beschouwd.
2. (...)”

Uitgangspunt is hier dat een (dreigende) inbreuk voorshands voldoende handen en voeten heeft gekregen, maar dat de precieze aard en omvang daarvan niet kan worden vastgesteld zonder

¹⁵ Pierre Véron (red.), *Saisie-contrefaçon 2013-2014*, 3rd ed (trilingual edition, 2015) 134.32: “In the absence of specific contrary provisions in the order, the bailiff can hand the seized documents over to the claimant.”

¹⁶ Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 betreffende de handhaving van intellectuele-eigendomsrechten, Pb. L. 30 april 2004, 157, p. 45 e.v.

aanvullend bewijsmateriaal. Art. 43 lid 1 TRIPs-verdrag¹⁷ is praktisch gelijklopend. De verzoekende partij moet in dit stelsel inbreukbewijs aandragen dat “redelijkerwijs beschikbaar” is en “voldoende” om “haar vorderingen” te onderbouwen. Met “haar vorderingen” wordt, onder verwijzing naar art. 7 lid 1 Handhavingsrichtlijn¹⁸, de inbreukvordering bedoeld.

2.8 Art. 1019a Rv vormt de implementatie van art. 6 Handhavingsrichtlijn, zodat een rechtsplicht bestaat dit artikel richtlijnconform uit te leggen. Volgens lid 1 van die bepaling geldt een verbintenis uit onrechtmatige daad als een “rechtsbetrekking” bedoeld in art. 843a Rv, het artikel dat het dichtst bij de bedoeling van art. 6 Handhavingsrichtlijn komt. Er is dan ook uitdrukkelijk aansluiting gezocht bij art. 843a Rv, door in art. 1019a Rv aan te geven op welke punten in IE-zaken art. 843a Rv wordt aangevuld. In de procedure op de voet van art. 843a Rv kan ook overlegging gevorderd worden van ander bewijsmateriaal dat zich in de macht van de wederpartij bevindt, aldus lid 2. De rechter wijst volgens lid 3 de vordering af voor zover de bescherming van vertrouwelijke informatie niet is gewaarborgd, waartegenover art. 843a lid 4 Rv wordt uitgeschakeld in art. 1019a lid 3 Rv. Er moet volgens de wetgever sprake zijn van een *reële vordering*, waarbij een inbreuk voorshands voldoende aannemelijk is gemaakt, maar waarbij de precieze aard of omvang van de inbreuk niet kan worden vastgesteld zonder aanvullend bewijsmateriaal. Voorkomen moet worden dat deze vordering uitmondt in zogenaamde “fishing expeditions” die eiser in de gelegenheid zouden stellen rond te neuzen in de onderneming van zijn concurrent onder het mom van het opvragen van allerlei “bewijs”¹⁹.

2.9 Wat behelst rechtmatig belang uit art. 843a Rv? Daaronder valt volgens de wetgever ook “staving van haar vordering” bedoeld in art. 6 lid 1 Handhavingsrichtlijn²⁰. Uit de wetsgeschiedenis van het oude art. 843a Rv blijkt dat rechtmatig belang aanwezig werd geacht wanneer de exhibitie van bescheiden nodig is voor het bepalen van de rechtspositie van eiser²¹. Naderhand is in de toelichting op de wijziging van art. 843a Rv onder verwijzing naar rechtspraak²² opgemerkt dat een belang om (tegen)bewijs te leveren ook een rechtmatig belang

¹⁷ “De rechterlijke autoriteiten hebben de bevoegdheid, wanneer een partij redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal heeft overgelegd dat voldoende is om haar vorderingen te onderbouwen en voor de staving van haar vorderingen van belang zijnd bewijsmateriaal heeft genoemd dat zich in de macht van de wederpartij bevindt, om te gelasten dat dit bewijsmateriaal door de wederpartij wordt overgelegd, in passende gevallen met inachtneming van voorwaarden die de bescherming van vertrouwelijke informatie verzekeren.”

¹⁸ “De lidstaten dragen er zorg voor dat de bevoegde rechterlijke instanties, reeds voordat een bodemprocedure is begonnen, op verzoek van een partij die redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal heeft overgelegd tot staving van haar beweringen dat er inbreuk op haar intellectuele eigendomsrecht is gemaakt of zal worden gemaakt, onmiddellijk afdoende voorlopige maatregelen kunnen gelasten om het relevante bewijsmateriaal in verband met de vermeende inbreuk te beschermen, mits de bescherming van vertrouwelijke informatie wordt gewaarborgd.”

¹⁹ Zie ook Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, 2002, p. 553 (MvT).

²⁰ Kamerstukken II 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 19-20.

²¹ Parl. Gesch. Nieuw Bewijsrecht, 1988, p. 415-416.

²² HR 30 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2561, NJ 1998/459, m.nt. JBMV.

kan zijn. De enkele interesse van een partij zal geen rechtmatig belang volgens art. 843a Rv opleveren²³. Een verdere uitwerking van rechtmatig belang heb ik in de parlementaire geschiedenis van art. 843a Rv niet aangetroffen²⁴. Een aanwijzing voor de betekenis ervan kan mogelijk nog gezien worden in de toelichting op het nog niet ingevoerde nieuwe art. 162a Rv, dat beoogt art. 843a Rv te vervangen²⁵ (het hof wijst daar in onze zaak ook op):

“Het bestaan van een rechtsbetrekking hoeft nog niet in rechte vast te staan. Het al dan niet bestaan van een rechtsbetrekking en/of de inhoud en omvang daarvan kunnen juist de inzet van het (ophanden zijnde) geding zijn. De uitkomst daarvan is mede afhankelijk van de feiten die op dat moment vaak nog niet geheel helder zijn. Dat is precies de reden dat afschrift van bescheiden wordt verlangd. In voorkomend geval kan een gerechtelijke procedure zelfs geheel worden vermeden als de feiten helder zijn.”²⁶

Dit voorstel is nog niet door de Tweede Kamer; het laatste kamerstuk dateert van 21 februari 2014²⁷.

2.10 In de literatuur zijn twee stromingen zichtbaar. De hoofdstroom bepleit een lage drempel, waartegenover schrijvers staan die menen dat voor “rechtmatig belang” is vereist dat toewijzing van de achterliggende hoofdvordering voldoende aannemelijk kan worden gemaakt.

Ik noem een paar varianten.

Hoyng heeft bepleit dat van rechtmatig belang sprake is als een partij de betreffende stukken nodig heeft ter bepaling van feiten op grond waarvan een rechtsbetrekking kan worden vastgesteld²⁸.

Volgens Ekelmans moet het rechtmatig belang op dezelfde wijze worden getoetst als een verzoek tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor of voorlopig deskundigenbericht: dergelijke verzoeken kunnen slechts worden afgewezen wegens misbruik van recht, strijd met de goede procesorde of wegens een ander zwaarwichtig belang²⁹.

Ook Asser deelt die mening. Volgens hem is van een rechtmatig belang sprake als de vordering op grond van art. 843a Rv wordt gedaan met het oog op bewijslevering door middel van de opgevraagde bescheiden: de vordering van art. 843a Rv staat wat dit betreft op één lijn met de voorlopige bewijsverrichtingen zoals het voorlopig getuigenverhoor en het voorlopig deskundigenbericht³⁰.

²³ Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, 2002, p. 553-554 (MvT).

²⁴ Zie ook Ekelmans, De exhibitieplicht, 2010, par. 6.2.1 e.v.

²⁵ Zie voor een samenvatting van deze regeling: Bosch-Boesjes, T&C Rv, 2014, art. 843a, aant. 17.

²⁶ Kamerstukken II 2011/12, 33079, nr. 3, p. 9.

²⁷ Kamerstukken II 2013/14, 33 079, nr. 6.

²⁸ Hoyng, Vier procesrechtelijke wensen, in: In het nu, wat worden zal (Schoordijk-bundel), p. 105-118, i.h.b. p. 108..

²⁹ Ekelmans, De exhibitieplicht, 2010, p. par. 6.2.4.

³⁰ Asser Procesrecht/Asser 3 2013/198.

Ook De Bock ziet dat zo. De Bock meent dat art. 843a Rv moet worden gelezen in samenhang met art. 21 Rv. Dit betekent volgens haar dat de rechter niet te hoge eisen moet stellen aan de toewijsbaarheid van een vordering op grond van art. 843a Rv. Een partij kan ermee volstaan te vermelden dat en waarom de gegevens relevant zouden kunnen zijn. De Bock trekt hierbij een parallel met de eisen die gelden voor het honoreren van een bewijsaanbod. Het niet te hoge eisen stellen aan de toewijsbaarheid van een 843a-vordering houdt ook in dat niet als afwijzingsgrond moet worden gehanteerd dat een vordering erop is gericht bescheiden te verkrijgen ter onderbouwing van een vorderingsrecht waarvan überhaupt niet of niet met zekerheid duidelijk is of men dit geldend kan maken. Het past niet bij art. 843a Rv om hoge drempels voor de waarheidsvinding op te werpen, evenmin als dat het geval is bij een verzoek om een voorlopig getuigenverhoor of een voorlopig deskundigenbericht. Eigen aan die preprocesuele fase is nu juist dat partijen nog opheldering nodig hebben, aldus De Bock³¹.

Thoe Schwartzberg meent dat een partij zal moeten stellen en aannemelijk maken dat en waarom zij de bescheiden in dit stadium (pre-processueel of tijdens een geding) nodig heeft. Het is de vraag of in geval van vermoedens dat de wederpartij bepaalde bescheiden onterecht achterhoudt, art. 843a Rv ingezet zou kunnen worden³².

Tjong Tjin Tai meent dat de Handhavingsrichtlijn verder gaat dan art. 1019a Rv voorschrijft, omdat de richtlijn verlangt dat de partij die de vordering instelt, zelf al het nodige (en beschikbare) bewijs heeft overgelegd om haar vordering te onderbouwen. Deze eis ontbreekt volgens hem in art. 1019a Rv en 843a Rv. Volgens hem kan deze voorwaarde mogelijk wel via richtlijnconforme uitleg in het wettelijk vereiste van "rechtmatig belang" worden gelezen³³.

Kalsbeek & Malanczuk menen, op basis van lagere rechtspraak, dat de eiser die inzage verzoekt voldoende concrete feiten en omstandigheden moet stellen, waaruit kan worden afgeleid dat een rechtmatig belang aanwezig is; als de eiser de gevraagde bescheiden nodig heeft voor zijn vordering uit onrechtmatige daad, dan dient hij het bestaan van die vordering voldoende aannemelijk te maken³⁴.

2.11 Bij deze literatuur past de aantekening dat deze dateert van vóór het arrest uit 2013 op prejudiciële vragen over bewijsbeslag in niet-IE-zaken³⁵. Ekelmans meent dat ook na dat arrest voor de hand ligt om bij de invulling van het begrip "rechtmatig belang" aansluiting te zoeken bij de eisen die gelden voor toelating tot andere bewijsmiddelen, in het bijzonder bij de eisen die art. 165 Rv stelt voor toelating tot getuigenbewijs: het aangeboden bewijs moet betrekking hebben op betwiste feiten die tot de beslissing van de zaak kunnen leiden en dat een bewijsaanbod niet

³¹ De Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure*, 2011, par. 4.7.4.

³² Thoe Schwartzberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraak*, 2013, p. 56 e.v.

³³ Tjong Tjin Tai, *Burgerlijke Rechtsvordering* (losbl.), art. 1019a Rv, aant. 1.

³⁴ Kalsbeek & Malanczuk, *Mogelijkheden van bewijsgaring; recente ontwikkelingen, Onderneming en Financiering* 2011 (19) 2, p. 42-62, i.h.b. p. 52- 53.

³⁵ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. Krans.

gepasseerd mag worden op de grond van de verwachting dat bewijs toch niet valt te leveren³⁶. Een lage drempel dus, de hoofdstroom in de besproken literatuur.

2.12 Over de betekenis van “*rechtmatig belang*” uit art. 1019a Rv, dus in IE-zaken, heeft Uw Raad zich nog niet kunnen uitlaten.

Aan de rechtspraak over “*rechtmatig belang*” uit art. 843a Rv valt het volgende te ontleen. Die is kritischer dan de hoofdstroom in de literatuur.

Een louter rechtens relevant belang is onvoldoende voor een art. 843a Rv-vordering³⁷.

Van rechtmatig belang is pas sprake bij een materiële aanspraak op exhibitie jegens de wederpartij³⁸. Wanneer de wet voorziet in een bijzondere aanspraak op bescheiden, behoeft geen verdere toetsing plaats te vinden of er sprake is van een rechtmatig belang³⁹ (bij wijze van voorbeeld: art. 3:15j⁴⁰ BW en 7:619⁴¹ BW⁴²).

Recent heeft Uw Raad in genoemde prejudiciële zaak over bewijsbeslag in niet-IE-zaken⁴³ overwogen dat in het inleidend verzoekschrift de verzoeker (ook) zijn belang bij de beslaglegging voldoende aannemelijk dient te maken, net als feiten en omstandigheden waaruit volgt dat de beslaglegging met het oog daarop noodzakelijk is. Krans schrijft in zijn annotatie dat anders dan de formulering van art. 843a lid 1 Rv, waarin de exhibitieplicht wordt toegekend aan hem met een “rechtmatig belang”, opvalt dat dit belang hier *slechts aannemelijk* behoeft te worden gemaakt. Of dit impliceert dat de eisen aan de stelplicht in dit verband wezenlijk anders zijn, is volgens hem maar zeer de vraag, omdat het door art. 843a Rv vereiste “rechtmatig belang” mogelijk wordt ingevuld met de aannemelijkheidseis⁴⁴.

Sijmonsma betoogt in zijn behandeling van de art. 843a-jurisprudentie (tot 1 december 2009) dat de rechtbanken Amsterdam, Rotterdam en Alkmaar van oordeel zijn dat er geen sprake is van een “rechtmatig belang” indien de achterliggende hoofdvordering voorshands niet aannemelijk is, maar ook wanneer een stelling te zeer berust op vermoedens of hypothesen of dat bij de voorshands vastgestelde gang van zaken er een gerede kans is dat het gestelde niet bewezen kan worden⁴⁵.

³⁶ Ekemans, Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), art. 843a Rv, aant. 4.2.

³⁷ HR 18 februari 2000, ECLI:NL:HR: 2000:AA4877, NJ 2001/259, m.nt. PV.

³⁸ HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7774, NJ 2006/547, zie ook HR 29 januari 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK2007, NJ 2011/270, m.nt. Snijders.

³⁹ Opnieuw HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7774, NJ 2006/547, zie ook HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS3534, NJ 2005/249, m.nt. PvS.

⁴⁰ Andermaal HR 21 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS3534, NJ 2005/249, m.nt. PvS.

⁴¹ Andermaal HR 6 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7774, NJ 2006/547.

⁴² Zie ook Ekemans, a.w, par. 6.2.2.

⁴³ HR 13 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9958, NJ 2014/455, m.nt. Krans.

⁴⁴ Onder 21.

⁴⁵ Zijmonsma, Het inzagerecht, Artikel 843a van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, 2010, p. 124 e.v.

Voor het Arnhemse hof en de rechtbank Zwolle kan een vordering tot inzage echter worden toegewezen indien eiser voldoende heeft gesteld⁴⁶.

Ekelmans beschrijft de art. 843a-jurisprudentie (tot aan 2010) aldus dat met regelmaat in verschillende bewoordingen tot uitdrukking wordt gebracht dat rechtmatig belang aanwezig is, wanneer de bescheiden relevant kunnen zijn voor de vaststelling van relevante feiten⁴⁷.

2.13 De lagere *art. 1019a-jurisprudentie* (dus in IE-context) over “rechtmatig belang” kan als volgt worden samengevat. Er is sprake van een “rechtmatig belang” als er concrete feiten en omstandigheden worden aangevoerd die *een redelijk vermoeden van inbreuk* kunnen dragen, waarbij de aangevoerde feiten en omstandigheden worden onderbouwd met redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal⁴⁸. De drempel voor een exhibitievordering is lager dan die voor toewijzing van een inbreukverbod in kort geding.

Een paar voorbeelden.

Het Amsterdamse hof heeft bij arrest van 24 april 2012⁴⁹ geoordeeld dat het door art. 843a Rv vereiste “rechtmatig belang” slechts aanwezig kan worden geacht als ten minste kan worden geoordeeld dat de eiser voldoende aannemelijk heeft gemaakt, of anderszins voldoende aannemelijk is geworden, dat er inbreuk op een recht van intellectuele eigendom van de eiser is gemaakt of dreigt te worden gemaakt:

“3.21 (...) Aan de artikelen 1019 e.v. Rv ligt de zogenoemde IE-Handhavingsrichtlijn (Richtlijn 2004/48/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004) ten grondslag. Deze artikelen strekken er dan ook, in samenhang met artikel 843a Rv, mede toe bewijsmateriaal voor veronderstelde inbreuk op intellectuele-eigendomsrechten veilig te stellen. Een inbreukmaking of de dreiging ervan mag dus in elk geval niet pas dan voldoende aannemelijk (in de hier relevante zin) worden geacht, als zij reeds met andere bewijsmiddelen bewezen is, immers dan zou het veiliggestelde bewijsmateriaal overbodig zijn. Evenmin mag worden gevegd dat de (dreiging van de) inbreuk reeds zó aannemelijk is geworden als nodig zou zijn voor het verkrijgen van bijv. een gebod tot staking of onthouding van inbreuk in een inbreukprocedure in kort geding. Maar ook mag niet de eis worden gesteld dat reeds in hoge mate waarschijnlijk is dat de (dreiging van de) inbreuk in een bodemprocedure bewezen zal kunnen worden. Dat alles zou niet stroken met de genoemde strekking van de artikelen.

Vanzelfsprekend moet de eiser wél concrete feiten en omstandigheden aanvoeren waaruit een redelijk vermoeden van de (dreiging van de) inbreuk kan volgen, en de stellingen van de wederpartij, voor zover deze een deugdelijke betwisting kunnen opleveren, naar behoren pareren. Daarbij moet dan worden verlangd – mede gelet op artikel 6, eerste lid, van de evengenoemde richtlijn – dat de eiser voldoende bewijsmateriaal dat redelijkerwijs al beschikbaar is, overlegt om de beweerde inbreuk (ter zake waarvan hij een vordering wil instellen) toe te lichten, alsmede dat hij stelt dat de monsters en kopieën die respectievelijk zijn genomen en in conservatoir

⁴⁶ Zie vorige voetnoot.

⁴⁷ De exhibitieplicht, 2010, p. par. 6.2.4 (p. 91).

⁴⁸ Zie ook zo Maas/Shannon/De Boer, De handhavingsrichtlijn, Handhaving van IE-rechten in Nederland, 2013, par. 4.3.1.

⁴⁹ ECLI:NL:GHAMS:2012:BW4100, IER 2012/45, m.nt. Eijsvogels onder IER 2012/46.

bewijsbeslag zijn genomen, (aanvullend) bewijsmateriaal vormen om die beweerde inbreuk te staven.”

Rechtbank Oost-Nederland heeft in haar vonnis van 1 februari 2013, BIE 2013/39 overwogen dat het bij beoordeling van “rechtmatig belang” gaat om een afweging van belangen met communicerende vaten. Naarmate de informatie waarvan inzage wordt gevorderd vertrouwelijker is en daarop door de wederpartij een beroep wordt gedaan, zal van degene die inzage vordert ten aanzien van het aannemelijk maken van de inbreuk meer mogen worden verwacht. Niet mag echter worden gevegd dat (de dreiging van de) inbreuk reeds zo aannemelijk is geworden als nodig zou zijn voor het verkrijgen van een inbreukverbod in kort geding of bodemprocedure. Het Haagse hof heeft bij uitspraak van 29 oktober 2013⁵⁰ geoordeeld dat voor toewijzing van een art. 843a-vordering niet vereist is dat de inbreuk in die mate aannemelijk is dat in kort geding een verbodsvordering zou kunnen worden toegewezen, omdat dit niet verenigbaar zou zijn met het uitgangspunt dat een vordering tot afgifte/inzage van bescheiden ook kan worden gesteld ter vaststelling van inbreuk⁵¹. De dragende motivering is ook door het Bossche hof in onze zaak geciteerd en overgenomen (zie rov. 4.7.2; vgl hiervoor voetnoot 14). Die spoort met de hiervoor weergegeven uitspraak van het Amsterdamse hof.

2.14 Ik meen dat gelet op deze context onderdeel 1.3 blijkt geeft van een te beperkte rechtsopvatting over het begrip “rechtmatig belang” voor zover het klaagt dat voor het bepalen van dat belang de merites van de gepretendeerde vordering ten gronde *niet* van belang zijn. Zowel uit art. 6 Handhavingsrichtlijn als uit de parlementaire geschiedenis, de hoofdstroom van de (lagere⁵²) rechtspraak en het minderheidsstandpunt in de literatuur volgt juist het tegenovergestelde. Vereist is ook volgens mij een voldoende onderbouwing om een exhibitie volgens art. 1019a Rv te rechtvaardigen. Belangrijk gezichtspunt is dat men naar Duits recht ook zo oordeelt⁵³. Het moet gaan om een reële vordering ter voorkoming van *fishing expeditions*. Het

⁵⁰ Zie voetnoot 4.

⁵¹ Zie in dezelfde zin o.a. Rb. Den Haag 25 juli 2007, ECLI:NL:RBSGR:2007:BB2652.

⁵² Zie o.a. Maas/Shannon/De Boer, De handhavingsrichtlijn, Handhaving van IE-rechten in Nederland, 2013, par. 4.3.1 (“Er is volgens deze jurisprudentie sprake van een rechtmatig belang, indien er concrete feiten en omstandigheden worden aangevoerd die een redelijk vermoeden van een inbreuk kunnen dragen en dat de aangevoerde feiten en omstandigheden worden onderbouwd met redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal.”).

⁵³ Vgl. o.a. de volgende uitspraken van het BGH over de exhibitievordering: BGH 18 december 2012, X ZR 7/12, GRUR 2013, 316 (Rohrmuffe): “Der Senat hat bereits entschieden, dass im Patentverletzungsprozess gem. § 142 ZPO die Vorlegung einer Urkunde angeordnet werden darf, wenn ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit für eine Patentverletzung spricht und wenn die Vorlegung zur Aufklärung des Sachverhalts geeignet und erforderlich sowie auch unter Berücksichtigung der rechtlich geschützten Interessen des zur Vorlage Verpflichteten verhältnismäßig und angemessen ist (...)” en BGH 1 augustus 2006, X ZR 114/03, NJW-RR 2007, 106 (Restschadstoffentfernung): “Bei Rechtsstreitigkeiten über technische Schutzrechte kann eine Vorlegung von Urkunden oder sonstigen Unterlagen nach § 142 ZPO n.F. demnach jedenfalls dann angeordnet werden, wenn diese zur Aufklärung des Sachverhalts geeignet und erforderlich, weiter verhältnismäßig und angemessen, d.h. dem zur Vorlage Verpflichteten bei Berücksichtigung seiner rechtlich geschützten Interessen nach Abwägung der kollidierenden Interessen zumutbar ist. (...)”. Zie hierover o.m. Stadler in Musielak/Voit, ZPO, § 142 Rn. 1, Wöstmann in Saenger,

hof heeft dat uitdrukkelijk onderkend. Aan de enkele passage uit de toelichting op het aanhangige wetsvoorstel dat art. 843a Rv beoogt te vervangen, komt wat mij betreft onvoldoende tegenwicht toe – alleen al omdat het voorstel nog niet door de Tweede Kamer is. Uit de prejudiciële zaak over bewijsbeslag in niet-IE-zaken volgt dat in dat soort zaken de (hoofd)vordering voldoende aannemelijk moet zijn. Als dit bij IE-zaken anders zou zijn, zou voor een exhibitievordering in IE-zaken een lichtere maatstaf gelden dan voor exhibitie van niet-IE-bewijsbeslag en daar ontbreekt een aansprekende ratio voor. De literatuurstroming die een lichtere maatstaf bepleit, lijkt door Uw Raad in genoemd arrest achterhaald; althans kan de bepleite lagere drempel vanwege de duidelijke echo van de Handhavingsrichtlijn niet overstemmen bij exhibitie in een IE-zaak als de onze.

2.15 Vanwege het ontbreken van het rechtmatig belang heeft het hof de exhibitievordering afgewezen in rov. 4.9.2:

“(…) Het belang bij exhibitie moet ook een rechtmatig belang zijn. Daartoe is vereist dat AIB voldoende stelt, en feiten en omstandigheden die wijzen op een (dreigende) inbreuk van het kwekersrecht aannemelijk maakt, om een exhibitie (of een deskundigenonderzoek naar de administratie van Novisem) te rechtvaardigen. Novisem heeft immers een gerechtvaardigd belang bij niet in rechte te worden betrokken door concurrenten en zich te verzetten tegen een fishing expedition. Van zulke feiten en omstandigheden is het hof niet gebleken. In dit verband wijst het hof nog naar artikel 6 van de Handhavingsrichtlijn, hiervoor aangehaald. Eerst als AIB zodanig bewijsmateriaal heeft overlegd ‘dat voldoende is om haar vordering te onderbouwen’, bestaat er een exhibitieplicht. Vooralsnog, op de hiervoor uiteen gezette gronden, is het hof van oordeel dat het gepresenteerde materiaal ontoereikend is voor die onderbouwing.”

Het hof heeft, anders dan het onderdeel betoogt, in (o.a. in rov. 4.8.4 en 4.9.2) onderkend dat de exhibitievordering ook kan worden ingesteld ter staving van een in te stellen/ingestelde vordering, maar dat laat onverlet dat voor “rechtmatig belang” bij exhibitie van bepaalde bescheiden mede is vereist dat een gerechtvaardigd vermoeden van (dreigende) inbreuk kan worden vastgesteld. Onderdeel 1.3 komt daar tevergeefs tegen op.

2.16 Onderdeel 1.4 mist volgens mij feitelijke grondslag. Het hof heeft niet aangenomen dat gewichtige redenen in de weg staan aan toewijzing van de exhibitievordering. Daarbij merk ik nog op – onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis⁵⁴ – dat het buiten toepassing verklaren van art. 843a lid 4 in art. 1019a lid 3 Rv slechts ziet op het verschillende bereik van genoemde regelingen. Art. 843a Rv beschrijft een weigeringsgrond die zowel in als buiten rechte van toepassing is, terwijl de op de Handhavingsrichtlijn gebaseerde regeling alleen gericht is op een

Zivilprozessordnung § 142 Rn. 2, Wolff in Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht § 97 Rn. 50, Busse, Patentgesetz § 140c Rn. 5-9, Mes, Patentgesetz Gebrauchmuster-gesetz § 139 Rn. 414-415 en § 140c Rn. 10 en 12 en een noot op de Restschadstoffentfernungsuitspraak van Stefan Maassen in FD-GewRS 2006, 196776.

⁵⁴ Kamerstukken II 2005/06, 30 392, nr. 3, p. 19-20, zie ook Parl. Gesch. Burg. Procesrecht, 2002, p. 553 (MvT).

weigeringsgrond in rechte. Ook bij toepassing van art. 1019a Rv kunnen dus gewichtige redenen tot afwijzing van de exhibitievordering leiden.

onderdeel 2: te koop aanbieden in de ZZP

2.17 Het onderdeel, met twee subonderdelen en een veegklacht, richt zich tegen rov. 4.8.4, hiervoor al geciteerd in 2.4, waarin het hof onder meer oordeelt dat onvoldoende aanwijzingen bestaan dat Novisem de kwekersrechtelijk voorbehouden handeling “te koop aanbieden” van teeltmateriaal heeft verricht. Het onderdeel concentreert zich op het te koop aanbieden aan respectievelijk Hans Grootsholten van Grow Group (onderdeel 2.1) en Frank Vriens (onderdeel 2.2).

te koop aanbieden aan Hans Grootsholten van Grow Group

2.18 *Onderdeel 2.1.3* klaagt, na een inleiding in 2.1.1-2.1.2 zonder klachten, dat het hof kwekersrechtelijk “te koop aanbieden” te beperkt heeft opgevat, omdat daar ook onder valt toezending van een prijslijst waarop door kwekersrecht beschermde rassen worden vermeld. Dat wordt niet anders, als daarbij (mondeling) wordt aangegeven dat deze rassen tijdens de looptijd van het kwekersrecht nog niet beschikbaar zijn/nog niet kunnen worden aangeboden (maar wel na afloop daarvan). Ook het aanbod pas na expiratie van kwekersrechten te leveren, is de voorbehouden handeling “te koop aanbieden.” Daaraan doet niet af de door het hof genoemde andere omstandigheden, te weten dat Novisem in en vanuit het buitenland geoorloofd handelt en heeft gewezen op het bestaan van het kwekersrecht in Nederland. Er zijn ook geen bijkomende omstandigheden vereist voor kwalificatie als inbreuk.

Althans is volgens *onderdeel 2.1.4* het oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd in het licht van de door het hof in rov. 4.8.4 aangegeven door AIB ingeroepen omstandigheden, te weten het aanbieden van een prijslijst met de beschermde rassen en de verklaringen daarover van Hans Grootsholten in prods. 20 en 24: verkoopmanager Sonneveld van Grow Group ontvangt in augustus 2012 een prijslijst met onder meer knolselderijrassen Brilliant en Diamant, waarbij mondeling was aangegeven dat deze rassen nog niet voor Nederland beschikbaar waren, op 21 december 2012 heeft Grootsholten een gesprek gehad met directeur Dings van Novisem, die hem aangaf de beschermde rassen nog niet in Nederland te kunnen aanbieden, dat zou pas in de loop van het volgende jaar kunnen na expiratie van de kwekersrechten.

Ook is volgens *onderdeel 2.1.5* de afwijzing van de exhibitievordering in rov. 4.8.4 op de grond dat het enkele feit dat in gesprekken tussen Novisem en potentiële kopers kwekersrechten ter sprake komen, omdat dat nog geen inbreuk oplevert, onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Het is immers niet gebleven bij gesprekken waarin de door het kwekersrecht beschermde rassen ter

sprake kwamen, maar er is ook een prijslijst door Novisem aan Grow Group toegezonden waarop de kwekersrechtelijk beschermde knolselderijrassen zijn vermeld.

Onderdeel 2.1.6 klaagt over de passage in rov. 4.8.4 dat hetgeen gebeurd is, toereikend vaststaat, zodat exhibitie daar geen verandering in zou brengen. Daarmee het hof heeft miskend dat de door AIB gevorderde exhibitie van bescheiden inzicht kunnen bieden in de omvang van de inbreuk en van belang kan zijn voor een schadevergoedingsvordering van AIB.

Indien het betreffende oordeel van het hof in rov. 4.8.4 zo moet worden verstaan dat AIB alleen aanspraak zou hebben of maken op bewijsmateriaal dat betrekking heeft op het aanbieden door Novisem van een prijslijst aan Hans Grootsholten van Grow Group, geeft dat volgens *onderdeel 2.1.7* blijkt van een onjuiste rechtsopvatting en/of is dat onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd. Het hof heeft dan miskend dat AIB inzage in en afschrift heeft gevorderd van *alle* gegevens uit de administratie etc. van Novisem die zien op verhandeling van de kwekersrechtelijk beschermde knolselderij. Verder heeft het hof miskend dat AIB bij inbreuk door Novisem in de vorm van te koop aanbieden aan Grow Group ook rechtmatig belang heeft bij exhibitie die andere transacties met andere afnemers betreft, zodat AIB kan verifiëren of Novisem niet ook aan andere partijen te koop heeft aangeboden.

Het oordeel van het hof in rov. 4.8.4 geeft volgens *onderdeel 2.1.8* verder blijkt van een onjuiste rechtsopvatting, omdat het hof, veronderstellenderwijs aannemende dat wel sprake is van kwekersrechtinbreuk, meent dat dat een minimale vorm zou betreffen die geen exhibitie rechtvaardigt. Kwekersrecht kent geen onderscheid naar “sterke” of “zwakke” inbreuken. Gedogen van “zwakke” inbreuk door de rechter kan niet, aldus deze klacht. Althans heeft het hof miskend dat óók in geval van een “heel zwakke inbreuk” kan en moet worden aangenomen dat (dreigende) inbreuk voldoende aannemelijk is en/of een redelijk vermoeden van (dreigende) inbreuk bestaat (en/of “redelijkerwijs beschikbaar bewijsmateriaal is overgelegd” als bedoeld in art. 6 lid 1 Handhavingsrichtlijn), zodat “rechtmatig belang” uit art. 843a Rv aanwezig is. Daarmee is het hof dan buiten de grenzen van de rechtsstrijd getreden, omdat – zoals het hof heeft vastgesteld in rov. 4.7.4 – tussen partijen niet in geschil is dat als er een redelijk vermoeden van een (dreigende) inbreuk bestaat, AIB recht heeft op inzage in de op die inbreuk betrekking hebbende bescheiden.

Onderdeel 2.1.9 bestrijdt het oordeel van het hof dat het toesturen van een prijslijst vanuit Nederland en/of het opwekken van interesse in een gesprek in Nederland slechts een “heel zwakke” inbreuk is, met de rechts- en motiveringsklacht dat het hof heeft miskend dat Novisems handelwijze houders van kwekersrecht wezenlijk kan benadelen doordat afbreuk wordt gedaan aan de exclusieve positie van de houder van kwekersrecht, althans heeft het hof niet kenbaar gemaakt waarom de inbreuk “heel zwak” zou zijn.

Onderdeel 2.1.10 betoogt dat als rov. 4.8.7 aldus moet worden verstaan dat toewijzing van AIB’s exhibitievordering een onevenredige of disproportionele maatregel zou zijn gelet op de geringe ernst van de (veronderstellenderwijs aangenomen) inbreuk en het ingrijpende karakter van

exhibitie, dit oordeel rechtens onjuist is. Als aan de vereisten van art. 843a lid 1 Rv is voldaan, behoort het niet tot de discretionaire bevoegdheid van de rechter om die vordering toch af te wijzen. Dat kan alleen bij misbruik van recht, toewijzing in strijd is met de goede procesorde of bij gewichtige redenen voor afwijzing, aldus de klacht. Althans heeft het hof niet kenbaar gemaakt welke gewichtige redenen in de weg zouden staan aan toewijzing van AIB's exhibitievordering, waarom AIB met haar exhibitievordering misbruik van recht zou maken of waarom toewijzing daarvan in strijd zou zijn met de goede procesorde.

Ik denk dat deze klachten goeddeels opgaan.

2.19 Te koop aanbieden is een kwekersrechtelijk voorbehouden handeling, omdat het onderdeel vormt van "in de handel brengen" als gedefinieerd in art. 57 ZZP in verband met art. 1 onder g ZZP.

2.20 Dient te koop aanbieden in ruime of beperkte zin te worden opgevat? Valt daar ook aanbieden tijdens de looptijd met uitgestelde levering of voor na expiratie van het kwekersrecht onder? Twee in deze procedure overgelegde opinies van IE-specialisten spreken elkaar hier tegen.

Van Nispen⁵⁵ huldigt een ruime opvatting. Hij trekt bij gebreke van (gepubliceerde) kwekersrechtelijke jurisprudentie een parallel met octrooirechtelijk voorbehouden handelingen. Volgens vaste rechtspraak wordt octrooirechtelijk te koop aanbieden ruim opgevat. In *Pharmachemie/Glaxo*⁵⁶ is overwogen dat van aanbieden niet alleen sprake is bij een uiting gericht op een concrete transactie, zodat het een concurrent niet vrij staat om voor expiratie van het octrooi bekend te maken dat hij op afzienbare termijn op de markt komt met een generieke variant in dat geval. Van Nispen verwijst voor de ratio daarvan naar deze passage uit de conclusie van A-G Huydecoper voor deze zaak:

"20. Het rangschikken van (het loutere) "aanbieden" onder de als inbreuk te kwalificeren handelingen, ontleent zijn zin er aan dat de enkele wetenschap, onder gegadigden(16) voor de door het octrooi bestreken voorzieningen, dat anderen dan de octrooihouder en de door deze geautoriseerde gebruikers van het uitgevondene, bereid zijn dezelfde voorzieningen (zij het misschien: op termijn) te leveren, de geneigdheid om met de octrooihouder of met de door deze geautoriseerden zaken te doen, kan benadelen. Dan moet een zinvolle uitleg van het begrip "aanbieden" inderdaad zien op datgene wat het hof in rov. 10 heeft omschreven: het bekendheid geven aan "de wetenschap dat er op afzienbare termijn een generieke variant van een geneesmiddel met eenzelfde werkzame stof op de markt komt" (uiteraard: gekoppeld aan bekendmaking dat de partij die dit bekend maakt, als leverancier van het beoogde middel wil optreden). Dát is de factor die de verstoring van de aan de octrooihouder voorbehouden exclusiviteit teweeg brengt. Verdere bijzonderheden, zoals de twee bijzonderheden waar ik in

⁵⁵ Prod. 22 MvA/MvG inc.

⁵⁶ HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4006, NJ 2012/472, m.nt. Gielen (*Pharmachemie/Glaxo*), vgl. in dezelfde zin HR 18 december 1992, ECLI:NL:HR:NJ:1992:ZC0801, NJ 1993/735 (*ICI/Medicopharma*).

alinea 18 naar verwees, zijn daarvoor niet nodig. Het wél vereisen van nadere bijzonderheden als deze, zou de effectiviteit van wat met het verbod op “aanbieden” wordt beoogd, wezenlijk kunnen aantasten. (...).”

Volgens Van Nispen is het te koop aanbieden van teeltmateriaal gedurende de beschermingstermijn met het oog op levering na afloop daarvan een kwekersrechtelijk voorbehouden handeling.

In reactie daarop kwam Novisem met een tegengestelde opinie van Van der Kooij⁵⁷. Ingevolge het huidige art. 49 lid 2 ZZP is volgens hem nog slechts *schadelijk voor de nieuwhed* van het ras het ongeautoriseerd verkopen of anderszins ter beschikking stellen van het ras aan derden, met het oog op exploitatie van het ras. De wetgever overwoog in dit kader dat schending van de nieuwhed niet zozeer volgt uit de commercialisatie van het ras als zodanig, maar uit het feit dat (delen van) planten voor derden vrij beschikbaar komen. Het begrip “met het oog op exploitatie” beoogt buiten twijfel te stellen dat zelfs *vermeerderingscontracten, gesloten voorafgaand aan de introductie van een ras op de markt, geen invloed hebben op de nieuwhed*, aangezien ook in die gevallen geen sprake is van vrije beschikbaarheid van het rasmateriaal bij de vermeerderaar in kwestie⁵⁸. Tegen deze achtergrond acht Van der Kooij het verdedigbaar dat *ook het te koop aanbieden in het kader van de inbreukvraag in het kwekersrecht beperkt* moet worden uitgelegd en wel in de zin dat daar alleen sprake van is bij “ondubbelzinnig te koop aanbieden van teeltmateriaal voor Nederland gedurende de looptijd van het kwekersrecht, ten einde dit aanstonds na het einde van het kwekersrecht te leveren”. De opsomming in art. 1 onder g ZZP wijst volgens hem in die richting. Voor deze interpretatie pleit volgens hem ook het gegeven dat het “voor een of ander aan te bieden” in art. 53 lid 1 ROW terminologisch en grammaticaal gezien ruimer zou zijn dan het specifiekere “te koop aanbieden” in art. 1 onder g ZZP, omdat dit naar verschillende handelingen verwijst. Het ondubbelzinnig te koop aanbieden van teeltmateriaal gedurende de looptijd van het kwekersrecht, om dit aanstonds na het einde van het kwekersrecht te leveren valt dus wel onder “te koop aanbieden”, omdat men dan kennelijk de verwachting of de overtuiging heeft dat men op het moment van afloop van de bescherming al over het voor de verkoop benodigde teeltmateriaal zal kunnen beschikken. De mededeling van Novisem aan Grow Group kan volgens Van der Kooij niet worden beschouwd als het aanbieden van teeltmateriaal gedurende de beschermingstermijn met het oog op levering na afloop daarvan.

⁵⁷ Prod. 30 akte overlegging nadere producties in incidenteel appel van 15 januari 2014.

⁵⁸ Kamerstukken II 1994/1995 24 129, nr. 3, p. 9 (“Een belangrijke wijziging betreft de invulling van het nieuwhedscriterium, opgenomen in artikel 29, derde lid. Tot nu toe was het in Nederland in het verkeer brengen van rasmateriaal met toestemming van de kweker, voorafgaand aan een aanvraag tot verlening van kwekersrecht, schadelijk voor de nieuwhed van het ras: een eenmaal gecommercialiseerd ras kwam niet meer in aanmerking voor verlening van kwekersrecht. Artikel 6 UPOV 1991 verplicht de aangesloten staten tot het opnemen van een zogenoemde «period of grace» van een jaar, welke thans in artikel 29, derde lid, onderdeel a, is terug te vinden.”).

Dat is alleen een neutrale kennisgeving van het feit dat het kwekersrecht op een bepaald moment teneinde zal komen.

te koop aanbieden – ruime uitleg

2.21 Ik kom hierna tot een uitleg die aansluit bij octrooirechtelijk te koop aanbieden, een ruime uitleg dus.

2.22 Bij eerste beschouwing van het aangevallen oordeel van het hof bestaat de neiging om die cassatietechnisch te benaderen. De vraag of sprake is van een gerechtvaardigd vermoeden van (dreigende) inbreuk – de drempel om binnen te komen in het exhibitiehuis, zoals we zagen bij de behandeling van onderdeel 1 die door het hof naar mijn mening op zich op de juiste hoogte is gelegd – is in hoge mate feitelijk en aan de motivering van dat oordeel behoeven in dit kort geding geen hoge eisen te worden gesteld.

Een meer inhoudelijke kijk is deze: gewaakt moet worden voor uitholling van kwekersrechtelijk voorbehouden handelingen. Te koop aanbieden mag niet. Daar moet niet van kunnen worden “afgeknabbeld” met gewiekst opereren in de vorm van gemodereerd aanbieden voor de toekomst, opereren met prijslijsten (mede) voor Nederland, later voor Nederland intrekken van een aanvankelijk ongeclausuleerd aanbod en dergelijke. Voor het verwante octrooirecht is al lang uitgemaakt dat te koop aanbieden ruim moet worden opgevat en dat dat soort praktijken inbreuk opleveren. Dat is in de met Nederland belangrijkste Europese octrooilanden Duitsland en Engeland ook het geval⁵⁹. Daar valt ook aanbieden op termijn onder. Waarom zou dat in het kwekersrecht opeens anders zijn? Ik zie niet in waarom de ratio voor een ruime uitleg van octrooirechtelijk voorbehouden handelingen (vgl. de hiervoor geciteerde passage uit de conclusie van Huydecoper voor Pharmachemie/Glaxo, nr. 2.20) niet evengoed op zou moeten gaan voor het kwekersrecht. Het wekken van belangstelling voor verkoop van beschermd teeltmateriaal na einde kwekersrecht maakt immers dat niet is uitgesloten dat geïnteresseerden wachten met de aanschaf waardoor de kwekersrechthebbende (potentieel) schade lijdt. Het aanbieden (mogelijk) voor de toekomst leidt dan wel niet tot directe vrije beschikbaarheid van het teeltmateriaal in het verkeer, maar maakt wel dat de bereidheid om teeltmateriaal van de kwekersrechthebbende af te nemen, kan afnemen, met verstoring van de uitoefening van dit kwekersrecht tot gevolg. Dat is een volgens mij niet te rechtvaardigen uitholling van de rechten van de kwekersrechthebbende op

⁵⁹ Voor Duits recht bijv. BGH 5 december 2006 X ZR 76/05 (Simvastatin), waarover nader Krasser, *Patentrecht* 2009 II § 33 d) Anbieten Rn. 2, Mes, *Patentgesetz Gebrauchsmustergesetz* 2015 § 9 Rn 37, Scharen in Benkard, *Patentgesetz* 2006 § 9 Rn 40-42, Schulte, *Patentgesetz mit Europäischen Patentübereinkommen* 2014 § 9 Rn 52, Busse, *Patentgesetz* 2012 § 9 Rn 71-72.

Voor Engels recht: *Gerber Garment v Lectra* [1995] R.P.C. 383 at 411, waarover Cornish, *Intellectual Property* 2010 6-12 (mede onder verwijzing naar *Tanglass v Luowang North Glass (No. 2)* [2006] F.S.R. 32) en *Terrell on the Law of Patents* 2011 14-36.

dezelfde manier als dergelijk gedrag in het octrooirecht is aangemerkt aan inbreukmakend. Dat bepaalde handelingen met het oog op exploitatie van het ras van een kweker geen schadelijke invloed uitoefenen op de *nieuwheid* is van een andere orde; dat argument uit de opinie van Van der Kooij acht ik niet overtuigend. Bij navolging van deze ruime leer is dan sprake van een gerechtvaardigd vermoeden van inbreuk en gaat de deur van het exhibitiehuis open. Er is in deze zaak voldoende twijfel om je gerechtvaardigd af te kunnen vragen of hier geen sprake is van aanbieden op termijn, zodat een gerechtvaardigd vermoeden van (dreigende) inbreuk aanwezig is. Dan kan je wel zeggen: dat is het domein van de feitenrechter, maar die moet wel een faire maatstaf hanteren. Dat lijkt hier niet te zijn gebeurd, zodat de klachten in essentie slagen.

2.23 Hoewel dus (recente) jurisprudentie over de invulling van het begrip "te koop aanbieden" in de ZZP ontbreekt, is de uitspraak van de Afdeling van Beroep van de Raad voor het Kwekersrecht van 19 maart 1981 (KLN 12, gepubliceerd in het "Publikatieblad van de Raad voor het Kwekersrecht" 1981, p. 12 e.v.) wel interessant (en een verdere aanwijzing dat de opvatting van Van der Kooij voor een voorzichtig beperkte uitleg niet de juiste is). Het gaat in die zaak *niet over inbreuk, maar over geldigheid*, maar het bevat een uitleg van wat kwekersrechtelijk *in die sleutel* onder "te koop aanbieden" werd verstaan. De zaak betreft een beroep tegen de beschikking van de Raad voor het Kwekersrecht waarin de aanvraag tot verlening van kwekersrecht was afgewezen omdat vóór de aanvraag in folders en prijslijsten teeltmateriaal te koop was aangeboden en dus geen sprake was van een nieuw ras in de zin van art. 29 ZZP (oud)⁶⁰. De Afdeling van Beroep heeft het beroep onder meer hierop afgewezen:

"Overwegende dat onweersproken vaststaat dat bij schrijven (...) door Y een lijst van door deze firma geteelde kalanchoë-rassen, waarin onder meer het onderhavige ras is vermeld, aan in ieder geval een negental personen of firma's is toegezonden tezamen met een prijslijst betreffende teeltmateriaal van die rassen zulks met de vraag of men voor een of meer van deze rassen belangstelling heeft ;

Overwegende dat dit niet anders gezien kan worden dan als het te koop aanbieden van teeltmateriaal van onder meer het onderhavige ras.

Overwegende dat derhalve moet worden onderzocht of het te koop aanbieden van teeltmateriaal van het ras vóór de datum van indiening van de kwekersrecht aanvraag van invloed is op die aanvraag ;

(...)

Overwegende dat de interpretatie van appellant, als zou er pas sprake zijn van verhandelen indien alle handelingen van de omschrijving zijn uitgevoerd, voorts ertoe zou leiden dat noch de kwekerswetgeving noch de regelingen betreffende het verkeer met teeltmateriaal en de

⁶⁰ Zie ook Gielen, Kwekersrecht (Studiepockets privaatrecht Nr. 27), 1983, p. 15 e.v. voor meer uitspraken in deze zin.

keuringsdiensten betrekking zouden hebben op verhandeling op grond van een andere rechtstitel dan koop en verkoop; dat een dergelijke interpretatie van het begrip verhandelen niet strookt met de bedoeling van de wetgever om door middel van die regeling uitvoering te geven aan het Internationale Verdrag tot bescherming van kweekproducten en de regelingen van de Europese Gemeenschappen betreffende het zaaizaadverkeer, die allen, blijkens hun bewoordingen geenszins uitsluitend betrekking hebben op de verhandeling onder de titel van koop en verkoop ;”.

Onder ZZP (oud) viel het toezenden van een folder en een prijslijst dus onder het begrip “te koop aanbieden”.

2.24 Wel blijft staan dat het oordeel van de feitenrechter of inzage in de zin van art. 1019a Rv verleend moet worden in beginsel afhankelijk is van de omstandigheden van het geval; de feitelijke en juridische grondslag van de in te stellen/ingestelde vordering en het daartegen gevoerde verweer⁶¹.

2.25 Het hof komt in rov. 4.8.4 tot een onvoldoende gerechtvaardigd vermoeden van (dreigende) inbreuk. Het enkele toesturen van een prijslijst (vanuit Nederland) of het opwekken van interesse (in een gesprek in Nederland), acht het hof mede gelet op de omstandigheid dat Novisem in en vanuit het buitenland (geoorloofd) handelt en door Novisem is geweest op het bestaan van het kwekersrecht in Nederland, onvoldoende. Volgens het hof moeten er bijkomende omstandigheden zijn (die bij betwisting moeten worden bewezen) die deze kwalificatie rechtvaardigen. Bovendien staat het voorgevallene toereikend vast en brengt exhibitie daarin geen verandering. Ten slotte overweegt het hof dat geen plaats is voor een ingrijpende vordering als exhibitie, ook al is die in dit geval beperkt, onder omstandigheden waarin – als al sprake is van een inbreuk – sprake is van een heel zwakke inbreuk.

2.26 Het is een beetje de vraag hoe je dit nu moet zien. Ik houd het er primair op dat het hof een verkeerde maatstaf voor kwekersrechtelijk te koop aanbieden heeft gehanteerd, namelijk een beperkte in plaats van ruime uitleg. Dan slaagt de rechtsklacht van 2.1.3 en behoeft de motiveringsklacht van 2.1.4 geen behandeling meer. Het kan ook zijn dat dit zo moet worden opgevat: het hof heeft niet miskend dat het toezenden van een prijslijst als “te koop aanbieden” wordt gekwalificeerd, maar heeft op grond van het partijdebat overwogen dat onvoldoende aannemelijk is dat in dit geval sprake is van “te koop aanbieden” van teeltmateriaal van de door de kwekersrechten beschermde rassen voor verhandeling in Nederland. Het hof heeft daarmee dan (indirect) geen blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting over “te koop aanbieden”. Dan zou onderdeel 2.1.3 falen, maar slaagt de motiveringsklacht van 2.1.4. De conclusie van het hof dat het aanbieden van een prijslijst in de gegeven omstandigheden niet een exhibitievordering rechtvaardigt omdat onvoldoende vaststaat dat sprake is van een (dreigende) inbreuk, is dan

⁶¹ Vgl. Ekelmans, Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), art. 843a Rv, aant. 4.4.

zonder nadere toelichting, die ontbreekt, onbegrijpelijk. Uit het door het hof geschetste feitencomplex volgt immers dat voldoende aannemelijk is dat de prijslijst is aangeboden voor de verkoop van beschermd teeltmateriaal in Nederland waardoor toewijzing van de exhibitievordering in beginsel in de rede ligt. Ik acht het in de gegeven omstandigheden ook moeilijk voorstelbaar wat AIB nog meer zou hebben moeten stellen om een toewijzing van de exhibitievordering door het hof in deze zaak te rechtvaardigen.

2.27 Iets soortgelijks geldt voor het “opwekken van interesse” voor de verkoop van het teeltmateriaal in Nederland. Primair denk ik dat het hof ook hier een te eng begrip “te koop aanbieden” hanteert, maar ook hiervoor kan gelden dat het hof onder ogen heeft gezien dat het opwekken van interesse onder de reikwijdte van het begrip “te koop aanbieden” valt, maar dat voor toewijzing van de ingestelde exhibitievordering daarvan onvoldoende is gebleken. Het hof is in die secundaire visie dan weliswaar niet uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, maar dan acht ik het oordeel van het hof (wederom) onbegrijpelijk. Uit de overgelegde verklaring volgt immers duidelijk dat vóór afloop van de kwekersrechten de beschermde rassen zijn aangeboden met het doel om belangstelling te wekken; dat die partij daarop niet is ingegaan, maakt dat niet anders.

2.28 Onderdelen 2.1.5 en 2.1.6 zijn terecht voorgesteld op de in het middel aangegeven gronden, die meen ik voor zichzelf spreken. Onderdeel 2.1.7 mist volgens mij feitelijke grondslag, omdat ik de in het onderdeel veronderstelde opvatting van het hof niet lees in rov. 4.8.4 en 4.7.4. Onderdeel 2.1.8 is op zichzelf terecht voorgesteld (er bestaat geen “beetje inbreuk” op kwekersrechten, er bestaat geen onderscheid in sterke of zwakke IE-inbreuk), maar ik taxeer de gewraakte passage uit rov 4.8.4 als een overweging ten overvloede, zodat AIB geen belang heeft bij cassatie op dit punt. Hetzelfde gaat op voor het voortbordurende onderdeel 2.1.9. De variant van onderdeel 2.1.10 ontbeert ook belang in cassatie, indien de eerdere gronden voor vernietiging opgaan als hiervoor bepleit. Mocht dat anders zijn, dan slaagt dit onderdeel ook. Zonder nadere motivering valt niet te begrijpen waarom in de omstandigheden van dit geval voor een ingrijpende actie als exhibitie geen plaats zou zijn. Voor zover het oordeel van het hof ziet op gewichtige redenen of de goede procesorde die toewijzing van de exhibitievordering blokkeert, is zijn oordeel evenzeer, bij gebreke van enige (nadere) motivering daarover, onbegrijpelijk⁶².

⁶² Zie Ekelmans, Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), art. 843a Rv, aant. 6.2, onder verwijzing naar (o.a.) HR 11 juli 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC8421, NJ 2009, 451, m.nt. Dommering: “3.4.6 (...) Gewichtige redenen kunnen een weigering van een partij om aan die verplichting te voldoen rechtvaardigen. Voor dit laatste is het bestaan van een wettelijke verplichting van deze partij tot geheimhouding van de van haar verlangde inlichtingen of stukken, op zichzelf niet voldoende, omdat slechts van gewichtige redenen sprake kan zijn indien in de concrete omstandigheden van het geval de belangen waarop de geheimhoudingsplicht ten aanzien van de verlangde inlichtingen of stukken zich in het bijzonder richt, zwaarder wegen dan het zwaarwegende maatschappelijk belang dat in rechte de waarheid aan het licht komt.”.

onderdeel 2.2: te koop aanbieden aan Frank Vriends

2.29 Dit is in wezen een herhaling van zetten voor het tweede geval van gesteld te koop aanbieden door Novisem en daar kunnen we na het voorgaande wat korter over zijn.

Onderdeel 2.2.3 klaagt, na een inleiding van 2.2.1-2.2.2 zonder klachten en onder verwijzing naar onderdeel 2.1.3, dat het hof is uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting, althans zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) heeft gemotiveerd, omdat de door AIB gestelde feiten en omstandigheden geen andere conclusie toelaten, dan dat Novisem aan Frank Vriends van Beekenkamp Plants teeltmateriaal van de door kwekersrecht beschermde rassen Diamant en Brilliant te koop heeft aangeboden en aldus inbreuk heeft gemaakt. Volgens het onderdeel heeft AIB gesteld en Frank Vriends verklaard (niet gebaseerd op de door het hof geciteerde verklaring maar een eerdere verklaring (prod. 17 bij de brief van 15 april 2013)), dat Novisem aan Frank Vriends “een aanbod met prijzen [heeft] gedaan voor de knolselderij variëteiten Diamant en Brilliant”, waaraan niet afdoet dat dit aanbod later door Novisem zelf is ingetrokken.

Volgens *subonderdeel 2.2.4* is het oordeel van het hof dat aan een eventuele inbreuk geen grote betekenis kan worden toegekend rechtens onjuist, althans is dat oordeel onvoldoende (begrijpelijk) gemotiveerd op de gronden als vermeld in de onderdelen 2.1.8-2.1.10.

2.30 Door Vriends zijn twee verklaringen afgelegd. De eerste verklaring van Vriends is door AIB overgelegd als prod. 17 bij brief van 15 april 2013. Deze e-mail (van 12 april 2013) luidt zo:

“Naar aanleiding van jouw vraag verklaar ik dat het bedrijf Novisem mij in november 2012 in Nederland een aanbod met prijzen gedaan heeft voor knolselderij pillen (variëteiten Diamant, Brilliant, Monarch).

Enkele weken later hebben ze deze aanbieding ingetrokken vanwege de juridische onduidelijkheid, alleen Monarch zou nog mogelijk zijn.”

De andere verklaring is door Novisem als prod. 19 bij brief van 15 april 2013 in het geding gebracht en door het hof in rov. 4.8.4 (deels) geciteerd. De eerstgenoemde verklaring strookt goeddeels met de verklaring van Vriends die door Novisem in het geding is gebracht, behoudens “een aanbod met prijzen”. De verklaring van Vriends manoeuvreert dus tussen het gedaan hebben van een aanbod met prijzen voor de rassen Diamant en Brilliant door Novisem en het bespreken van de mogelijkheid om eventueel de rassen Diamant en Brilliant te leveren. De voorzieningenrechter heeft overwogen dat de verklaring van Vriends die door AIB is overgelegd door de verklaring van Vriends die door Novisem is overgelegd voldoende is weerlegd. Ook het hof heeft deze insteek genomen.

2.31 Ook hier is weer, net als bij de aanbodkwestie aan Grow Group, de vraag hoe de afwijzing van het hof moet worden begrepen. Ofwel het hof heeft een onjuiste maatstaf

gehanteerd, dan slaagt de rechtsklacht. Danwel is sprake van onbegrijpelijkheid en slaagt de motiveringsklacht. Uit de verklaringen van Vriends is voldoende aannemelijk dat de beschermde Rassen Diamant en Prinz aan hem te koop zijn aangeboden wat een toewijzing van de exhibitievordering zou rechtvaardigen. De omstandigheid dat het aanbod door Novisem zou zijn ingetrokken, laat onverlet dat onbegrijpelijk is waarom de achterliggende vordering niet voldoende aannemelijk is geworden. Voor onderdeel 2.2.4, dat teruggrijpt op de onderdelen 2.1.8-2.1.10, heeft te gelden wat ik daarover bij de behandeling van onderdeel 2.1 heb opgemerkt.

onderdeel 2.3: voortbouwende klachten

2.32 *Onderdeel 2.3.1* betoogt dat gegrondbevinding van enig subonderdeel van onderdeel 2.1 en/of 2.2 ook rov. 4.8.7, 4.9.2, 4.10.2 en 4.12.1 en het dictum aantast. Dat lijkt mij juist.

3. Beoordeling van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

3.1 Novisem heeft onder de voorwaarde dat het principaal cassatieberoep tot cassatie leidt, incidenteel beroep ingesteld, waar wij dus aan toekomen. Het incidentele beroep is vervat in één middel. Het zijn volgens Novisem kort gezegd drie motiveringsklachten tegen *mogelijke* lezingen van enkele deelloverwegingen van het hof⁶³. Ik denk dat deze klachten niet opgaan, omdat zij gericht zijn tegen overwegingen ten overvloede of uitgaan van een voor Novisem gunstige opvatting over exhibitie, die ik blijkens mijn beschouwingen over het principaal beroep niet deel.

3.2 *Onderdeel 1*, dat twee subonderdelen omvat, is gericht tegen het oordeel van het hof dat “[v]oor een ingrijpende actie als exhibitie, (...), is onder deze omstandigheden, waarin als al sprake is van een inbreuk, dit een heel zwakke inbreuk is, geen plaats.”

Onderdeel 1.a klaagt dat als genoemde passage moet worden gelezen dat het hof, *anders dan bij wege van een overweging ten overvloede*, heeft overwogen dat sprake is van een inbreuk op de door AIB ingeroepen kwekersrechten, zijn oordeel onbegrijpelijk is, omdat uit de beslissingen van het hof juist de conclusie voortvloeit dat geen sprake is van inbreuk op de betrokken kwekersrechten.

Onderdeel 1.b vervolgt dat het hof *in de veronderstelde lezing van meergenoemde passage* uitgaat van een onjuiste rechtsopvatting van de kwekersrechtelijk voorbehouden handeling “te koop aanbieden”. Daarvoor dient de beweerdelijk inbreukmaker beschermde rassen immers ondubbelzinnig te koop aan te bieden gedurende de looptijd van het kwekersrecht met het oog op de exploitatie van het ras. Daarvoor is de enkele vermelding van beschermde rassen op een prijslijst onvoldoende.

⁶³ Zie s.t. Novisem (onder 1).

3.3 De veronderstelde lezing gaat volgens mij niet op nu het een overweging ten overvloede betreft, maar inhoudelijk gaat dit onderdeel uit van onjuiste rechtsopvattingen, zoals uitvoerig aangegeven bij de behandeling van het principaal beroep. Er is inbreukmakend te koop aangeboden. De hier bepleite visie is die uit de opinie van Van der Kooij, die volgens mij niet klopt.

3.4 *Onderdeel 2* is met twee subonderdelen gericht tegen de beslissing van het hof dat zelfs als sprake zou zijn van een inbreukmakend aanbieden, dit aanbod door Novisem zelf is ingetrokken, zodat aan een eventuele inbreuk geen grote betekenis kan worden toegekend. *Onderdeel 2.a* meent dat *als de passage niet moet worden gelezen als een overweging ten overvloede*, het oordeel van het hof dat sprake is van inbreuk op de door AIB ingeroepen kwekersrechten in het licht van zijn overige beslissingen onbegrijpelijk is. Verder heeft het hof volgens *onderdeel 2.b* de betekenis van “te koop aanbieden” miskend.

3.5 Hier geldt hetzelfde voor als opgemerkt bij de verwerping van onderdeel 1.

3.6 *Onderdeel 3* richt zich tegen de passage uit rov. 4.8.4 waarin wordt geoordeeld over het interesse wekken door Novisem bij Grootcholten voor nog beschermde rassen. Het onderdeel betoogt dat voor zover deze passage aldus moet worden gelezen dat het hof heeft vastgesteld dat Novisem bij Grow Group interesse zou hebben opgewekt voor de afname van teeltmateriaal van (toen nog) beschermde rassen in Nederland na afloop van de kwekersrechten, en aldus beschermd teeltmateriaal toekomstig te koop heeft aangeboden, zijn oordeel onvoldoende (begrijpelijk) is gemotiveerd. Dat is wel degelijk gebeurd, zoals blijkt uit prod. 24, de herziene verklaring van Grootcholten:

“(...) Formeel is mijn eerdere verklaring dus juist, er is niet direct aangeboden, maar wel gepoogd interesse op termijn te wekken. (...)”

Van onbegrijpelijkheid is geen sprake, dit kwalificeert, zoals eerder besproken, als kwekersrechtinbreuk, het onderdeel faalt.

4. De proceskosten in het principale en het incidentele cassatieberoep

4.1 Beide partijen hebben zowel in het principale als in het incidentele cassatieberoep aanspraak gemaakt op veroordeling van de ander in de proceskosten met toepassing van art. 1019h Rv. Nu vóór 1 januari 2015 de schriftelijke toelichting is gegeven, zijn de “Indicatietarieven in IE-zaken Hoge Raad” niet van toepassing op deze procedure.

4.2 Twistpunt in cassatie hierover is het volgende: de door de advocaat van AIB mede gevorderde “succes fee bij vernietiging van ’s hofs arrest” van € 4.200 (inclusief 5% kantoorkosten) als onderdeel van de volledige proceskostenveroordeling (van € 31.966 exclusief griffierecht waarvan € 27.766 wordt toegeschat aan het principaal beroep en € 4.200 aan het verweer in het incidenteel beroep). De “succes fee” betreft een bonus voor een succesvolle cassatie-instantie, zoals uitdrukkelijk schriftelijk overeengekomen. AIB meent dat deze kosten dienen te worden aangemerkt als redelijke en evenredige kosten in de zin van art. 1019h Rv⁶⁴. Ter onderbouwing wordt gesteld dat 1019h Rv evenals art. 6:96 lid 2 BW geen eisen stelt aan de wijze van berekening van die kosten, onder verwijzing naar HR 26 september 2014, ECLI:NL:HR:2014:2797, NJ 2015/84, m.nt. Lindenbergh (over het niet uitsluiten van no-cure-no-pay-afspraken van vergoeding op de voet van art. 6:96 lid 2 BW).

4.3 De fee is door Novisem bestreden⁶⁵. Volgens Novisem verdraagt een dergelijke bonus zich niet met het “alles-of-omgekeerd-alles-karakter” van het volledige proceskostenveroordelingssysteem van art. 1019h Rv (vgl. art. 10 van voornoemde indicatietarieven⁶⁶). Novisem meent dat het thans geldende proceskostensysteem, althans de billijkheid zich ertegen verzet dat de winnaar in een IE-zaak “meer dan alles” – een bonus – op de vergoeding van de *volledige* proceskosten zou toekomen. Bij de verwijzing naar voornoemd arrest van 26 september 2014 miskent AIB volgens Novisem ook dat een proceskostenveroordeling niet vergelijkbaar is met een aanspraak van de benadeelde op kosten ter verkrijging van voldoening *buiten rechte* volgens art. 6:96 lid 2 BW. Deze buitengerechtigde kosten komen immers niet voor vergoeding in aanmerking, voor zover de regels betreffende de proceskosten van toepassing zijn. Ten slotte komt de fee niet voor vergoeding in aanmerking omdat AIB de omvang van deze extra vergoeding niet heeft toegelicht of gespecificeerd.

4.4 De succes fee vormt een extra beloning voor de ingehuurde cassatie-advocaat voor het nemen van een zeker kostenrisico; het is afhankelijk van de vraag of de zaak wordt gewonnen. Deze kosten worden door de cliënt van de advocaat bij winst in cassatie gedragen en vormen zodoende kosten die de in het gelijk gestelde partij heeft gemaakt. Een dergelijke beloningsvorm is niet onbekend in de advocatuur en ik zie niet waarom voor IE-zaken deze fee strijdig met art. 1019h Rv zou zijn. In die zin is een parallel met het no-cure-no-pay-geval wel te maken. Voor zover deze fee redelijk en evenredig is en de billijkheid zich er niet tegen verzet, valt deze onder art. 1019h Rv. De fee is volgens mij voldoende toegelicht en vormt onderdeel van de gemaakte afspraken (zie voor de bevestigingse-mail de bijlage bij de s.t. van AIB). Een verdere specificatie

⁶⁴ Zie s.t. AIB onder 5.2.

⁶⁵ Zie dupliek onder 3.

⁶⁶ Dit artikel luidt: “In beginsel geldt “winner takes all” tenzij de billijkheid zich daartegen verzet.”

hiervan lijkt mij lastig. Verder komt de fee mij niet bovenmatig of buitenproportioneel voor in het licht van de totale door AIB gevorderde proceskosten. Zij lijkt mij toewijsbaar.

5. Conclusie

Ik concludeer tot vernietiging en verwijzing in het principale beroep en tot verwerping van het (voorwaardelijk) incidentele cassatieberoep.

De Procureur-Generaal bij de
Hoge Raad der Nederlanden,

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'J.R.B.v.L.', written over a horizontal line.

Advocaat-Generaal