

Vzr. Rb Den Haag, 7 september 2007, Danziger v Biological Industries*Million Stars***KWEKERSRECHT****Inbreuk – afgeleid ras**

- [Overeenstemming biologische markers](#)

Ten eerste hebben Biological Industries e.a. aangevoerd dat voor mutanten een “Jaccard similarity” van 1 of zeer dicht bij 1 zou moeten gelden, zodat de tussen Bambino en Million Stars overeenstemming van 0,91 onvoldoende zou zijn. De voorzieningenrechter acht die stelling niet aannemelijk geworden. Danziger heeft onweersproken, ondersteund door een verklaring van dr. Sørensen van Keygene, gesteld dat met bijvoorbeeld radioactieve straling (waarvan in confesso is dat dit als een afleidingshandeling moet worden beschouwd) een afwijking van 8 van de 229 (3.5%) genetische markers, zoals Keygene vond tussen de Million Stars en de Bambino, kan worden geïnduceerd. Die stelling strookt evenmin met het gegeven dat voor bijvoorbeeld maïs en katoen waarden van 82% respectievelijk 87.5% homologie als een drempelwaarde worden gezien voor aannemelijkheid dat sprake is een afgeleid ras (zie de als productie 80 door Danziger overgelegde guidelines van de International Seed Federation). De homologie in het DNA gevonden door Keygene in het onderhavige geval van 96.5% ligt derhalve (ruim) boven de drempelwaarden die voor maïs en katoen worden gehanteerd.

- [dat de lezing van Biological Industries e.a. over de ontstaansgeschiedenis van de Bambino als onvoldoende geloofwaardig terzijde moeten worden gelaten.](#)

- [Aannemelijk dat Bambino is ontstaan door afleidingshandeling van de Million Stars](#)

Bij deze stand van zaken moet er in dit kort geding van uit worden gedaan dat de lezing van Danziger de juiste is en dat de Bambino is ontstaan dankzij een afleidingshandeling van de Million Stars en aldus - zo er al sprake zou zijn van onderscheidbaarheid, hetgeen Danziger onderbouwd heeft betwist - moet worden beschouwd als een afgeleid ras als bedoeld in art. 13 leden 5 en 6 van de Verordening. Deze conclusie wordt

nog versterkt door de voorshandse inschatting dat de tussen beide rassen geconstateerde verschillen, zelfs als wordt uitgegaan van die zoals deze zijn gerapporteerd door de deskundigen ingeschakeld door Biological Industries e.a., tamelijk gering zijn. Misschien zijn deze morfologische verschillen voldoende om de rassen duidelijk onderscheidbaar te maken (vgl. Case A 018/2002 van de Board of Appeal van het CPVO, gedateerd 14 mei 2003), maar de voorzieningrechter is in ieder geval niet door Biological Industries e.a. overtuigd van hun stelling dat die verschillen dusdanig zouden zijn dat uitgesloten is te achten dat deze aan een afleidingshandeling (bijvoorbeeld door een behandeling met een mutageen middel of met radioactieve straling) zijn toe te schrijven. Anders dan in de zaak [Astée/Danziger](#) (IER 2005, 79 m. nt. ChG) ligt in deze procedure ook geen rapport voor waaruit zonder meer valt op te maken dat er op de relevant te achten kenmerken dusdanig substantiële verschillen zijn te constateren dat van afleiding niet langer sprake kan zijn. De door Biological Industries e.a. overgelegde rapporten van Houtman en Kleifeld maken niet inzichtelijk op welke van belang zijnde kenmerken er afstand zou zijn, laat staan dat deze afstand aanzienlijk zou zijn. In die rapporten worden immers tevens vele kenmerken betrokken die door het CPVO in ieder geval niet van belang worden geacht

PROCESRECHT**Dreiging inbreuk**[Serieuze dreiging inbreuk aannemelijk](#)

Biological Industries e.a. hebben tot slot nog gesteld dat niet zij allen betrokken zijn of waren bij de verhandeling van de Bambino in Nederland. Met name zouden de in persoon gedagvaarde gedaagden sub 4 en 6 daarbij geen betrokkenheid hebben gehad. Hetgeen Danziger hieromtrent evenwel heeft gesteld, vormt voldoende reden om een serieuze dreiging tot inbreuk door alle gedaagden aan te nemen. Het antwoord op de vraag of gedaagden sub 4 en 6 nu op eigen titel of als vertegenwoordiger van hun bedrijf de Bambino verhandeld hebben op de bloemenveilingen te Aalsmeer en/of Noordwijk in mei 2007, doet, voorshands oordelend, niet af aan de aanname van een serieuze dreiging tot inbreuk door henzelf in persoon

Proceskosten[Proceskosten gematigd van €95.000 naar €65.000](#)

Vindplaatsen: IER 2007, nr. 104, p. 401, m.nt. De Wit; BIE 2008, nr. 23, p. 275, m.nt. Huydecoper

Rb Den Haag, 7 september 2007

(E.F. Brinkman)

vonnis

RECHTBANK 'S-GRAVENHAGE

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 289390 / KG ZA 07-731

Vonnis in kort geding van 7 september 2007

in de zaak van

de rechtspersoon naar vreemd recht
DANZIGER "DAN" FLOWER FARM,
gevestigd te Beit Dagan, Israël,
eiseres,
procureur mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt,
advocaten mrs. H.W. Wefers Bettink en E. Tjon-En-Fa
te Amsterdam,
tegen

1. de rechtspersoon naar vreemd recht
BIOLOGICAL INDUSTRIES PLANT PROPAGATI-
ON LTD.,,

gevestigd te Kibbutz Beit Ha'emek, Israël,

2. de rechtspersoon naar vreemd recht
BIOLOGICAL INDUSTRIES BEIT HA'EMEK,
gevestigd te Kibbutz Beit Ha'emek, Israël,

3. de rechtspersoon naar vreemd recht
MESHEK PASKAL, OLESH LTD.,,
gevestigd te Moshav Olesh 42855, Israël,

4. AKIVA PASKAL,

wonende te Moshav Olesh 42855, Israël,

5. de rechtspersoon naar vreemd recht
MESHEK TZEMAUCH UVNOTAV LTD.,,
gevestigd te Moshav Olesh 64, Israël,

6. SHMUEL ZEMACH,

wonende te Moshav Olesh 42844, Israël,

7. de rechtspersoon naar vreemd recht
TAL FLOWERS PLC,

gevestigd te Addis Ababa, Ethiopië,
gedaagden,

procureur mr. W. Heemskerk,

advocaten mrs. T.F.W. Overdijk en H.J. Koenraad te
Amsterdam.

Partijen zullen hierna ook Danziger en Biological Indu-
stries e.a. genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding,
- de akte houdende overlegging producties van Biolo-
gical Industries e.a.,
- de conclusie van antwoord in kort geding,
- de mondelinge behandeling van 17 augustus 2007,
- de pleitnota tijdens Danziger met 87 producties als-
mede een kostenoverzicht,
- de pleitnota tijdens Biological Industries e.a. met 21
producties.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Danziger is houdster van het communautaire kwe-
kersrecht (aanvraagnummer 97/0047,
beslissingsnummer EU 3371) dat op 13 juli 1998 is
verleend voor de Gypsophila (gipskruid) variëteit
"Dangypmini". Deze plant wordt ook wel "Million
Stars" genoemd.

2.2. Biological Industries e.a., althans gedaagde sub 2,
brengt gipskruid op de markt in onder meer Nederland
onder de naam Bambino.

2.3. Gedaagde sub 1 heeft op 17 augustus 2004 een
aanvraag ingediend bij het Communautair Bureau Voor
Plantenrassen te Angiers, Frankrijk (hierna aangeduid
met het Engelse acroniem CPVO), voor verlening van
een communautair kwekersrecht met nummer

2004/1591 onder oproeping van de prioriteit van een
Israëlische aanvraag voor kwekersrecht gedateerd 17
november 2003 (3572/03).

2.4. Danziger heeft op 25 november 2005 bij de recht-
bank in Tel Aviv, Israël, een kort geding procedure
aanhangig gemaakt tegen gedaagde sub 2 ter zake in-
breuk op haar kwekersrechten met de Bambino. Tijdens
de mondelinge behandeling in die procedure stemden
partijen in met een beslechting op basis van een leu-
gendetectortest te ondergaan door de manager van
gedaagde sub 2, dhr. Sharon Levantar, aan wie één
vraag werd gesteld, namelijk of voor het kweken van
het Bambino ras gebruik was gemaakt van materiaal
van Million Stars of Hila. Dhr. Levantar beantwoordde
die vraag ontkennend en slaagde tevens voor de leu-
gendetectortest. Als gevolg hiervan werd het gevraagde
inbreukverbod afgewezen bij vonnis van 3 juli 2006.
Dit vonnis is in beroep op bevestigd.

2.5. Danziger heeft op 14 juni 2006 bij de rechtbank in
Tel Aviv, Israël, andermaal een kort geding procedure
aanhangig gemaakt tegen gedaagde sub 2 ter zake in-
breuk op haar kwekersrechten met de Bambino. Deze
vordering werd afgewezen bij vonnis van 26 juli 2007.

3. Het geschil

3.1. Danziger vordert - samengevat - een inbreukver-
bod met nevenvorderingen, zoals opgave van afnemers
en een rectificatiebrief, vermeerderd met (pro-
ces)kosten volgens artikel 1019h Rv.

3.2. Biological Industries e.a. voeren verweer. Op de
stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van be-
lang, nader ingegaan.

4. De beoordeling Ontvankelijkheid

4.1. Biological Industries e.a. hebben ten eerste opge-
worpen dat in een Israelisch kort geding reeds de
verbodsvordering van Danziger zou zijn geweigerd,
welke vordering tevens de uitoefening van het commu-
nautaire kwekersrecht ter zake Million Stars in
Nederland zou hebben betroffen. Tijdens het eerste kort
geding zou (mondeling) een 'procedural agreement'
zijn overeengekomen, waarbij Danziger uitdrukkelijk
afstand zou hebben gedaan van haar recht om in Neder-
land voorlopige voorzieningen te vragen. Danziger zou
volgens Biological Industries e.a. jegens hen wanpres-
tatie plegen door alsnog dit kort geding te initiëren. De
voorzieningenrechter overweegt dat dit verweer niet
opgaat om de volgende redenen.

4.2. Biological Industries e.a. hebben niet aannemelijk
gemaakt dat de mondelinge overeenkomst ter zitting
van 25 januari 2006 gesloten inderdaad een bepaling
inhiel waarin Danziger af zag van een procedure als
de onderhavige. Integendeel, voldoende duidelijk blijkt
uit de 'minutes' van die zitting alsmede het vonnis van
3 juli 2006 dat de 'procedural agreement' slechts zag
op de beslechting van dat kort geding (en nadrukkelijk
bijvoorbeeld ook niet op de beslechting van de proce-
dure ten principale) in Israël, derhalve niet elders.

Inbreuk kwekersrecht

4.3. In dit kort geding staan de vragen centraal of de
Bambino onvoldoende duidelijk te onderscheiden is
van de Million Stars of dat de Bambino weliswaar on-

derscheidbaar is, maar niettemin moet worden beschouwd als een daarvan afgeleid ras in de zin van artikel 13 leden 5 (onder a) en 6 van de Gemeenschapskwekers-rechtverordening (Vo. 2100/94/EG zoals nadien gewijzigd, hierna "de Verordening"), zodat Danziger de verhandeling van (materiaal van) de Bambino kan verbieden op basis van artikel 13 van de Verordening. Dit artikel, zoals thans geldend, luidt als volgt:

Artikel 13

Bevoegdheden van de houder van een recht op communautaire bescherming voor kweekprodukten en verboden handelingen

1. Een communautair kwekersrecht heeft als rechtsgevolg dat de houder of houders ervan, hierna "de houder" genoemd, bevoegd is, respectievelijk zijn, om de in lid 2 genoemde handelingen te verrichten.

2. Onverminderd het bepaalde in de artikelen 15 en 16, is de toestemming van de houder vereist voor de volgende handelingen met betrekking tot componenten, of oogstmateriaal van het beschermde ras, welke componenten of oogstmateriaal hierna alle "materiaal" worden genoemd:

- a) voortbrengen of vermenigvuldigen (vermeerdering),*
- b) het conditioneren ten behoeve van de vermeerdering,*
- c) te koop aanbieden,*
- d) verkopen of op andere wijze in de handel brengen,*
- e) uitvoeren uit de Gemeenschap,*
- f) invoeren in de Gemeenschap,*
- g) opslaan voor een van de hierboven onder a) tot en met f) genoemde doeleinden.*

De houder kan aan zijn toestemming voorwaarden en beperkingen verbinden.

3. Lid 2 is voor oogstmateriaal slechts van toepassing indien dit werd verkregen door het ongeoorloofde gebruik van componenten van het beschermde ras, tenzij de houder een redelijke mogelijkheid gehad heeft om zijn recht met betrekking tot genoemde componenten uit te oefenen.

4. In de krachtens artikel 114 op te stellen uitvoeringsbepalingen kan worden vastgesteld dat lid 2 van het onderhavige artikel in specifieke gevallen ook van toepassing is op produkten die rechtstreeks zijn verkregen uit materiaal van het beschermde ras. Dit lid kan alleen van toepassing zijn indien die produkten werden verkregen door het ongeoorloofde gebruik van materiaal van het beschermde ras, tenzij de houder een redelijke mogelijkheid heeft gehad om zijn recht met betrekking tot genoemd materiaal uit te oefenen. Voor zover lid 2 van toepassing is op rechtstreeks verkregen produkten, worden deze laatste ook als "materiaal" beschouwd.

5. De leden 1 tot en met 4 zijn eveneens van toepassing met betrekking tot: a) rassen die in wezen afgeleid zijn van het ras waarvoor een communautair kwekersrecht is verleend, wanneer dit ras niet zelf een in wezen afgeleid ras is, (...)

6. voor de toepassing van lid 5, onder a), wordt een ras aangemerkt als in wezen afgeleid van een ander ras, hierna "oorspronkelijke ras" te noemen, wanneer:

a) het hoofdzakelijk is afgeleid van het oorspronkelijke ras of van een ras dat zelf hoofdzakelijk is afgeleid van het oorspronkelijke ras,

b) het op grond van het bepaalde in artikel 7 te onderscheiden is van het oorspronkelijke ras, en

c) het, afgezien van de afwijkingen die voortvloeien uit de afleidingshandeling, het in wezen overeenkomt met het oorspronkelijke ras voor wat betreft de expressie van de eigenschappen, die voortvloeit uit het genotype of combinatie van genotypen van het oorspronkelijke ras.

In artikel 14 lid 5 (onder a, punt i, en onder b) van het UPOV-verdrag is een aantal voorbeelden gegeven van afleidingshandelingen:

c. In wezen afgeleide rassen kunnen bijvoorbeeld zijn verkregen door middel van de selectie van een natuurlijke of teweeggebrachte mutant, of van een somaklonale variant, de selectie van een individu dat afwijkt van planten van het oorspronkelijke ras, terugkruisingen of transformatie door middel van genetische modificatie.

4.4. De voorzieningenrechter kan de vraag in het midden laten of sprake is van duidelijk te onderscheiden rassen omdat voorshands wordt geoordeeld dat in ieder geval sprake is van een van de Million Stars afgeleid ras. Hiertoe is het volgende redengevend.

4.5. Danziger heeft onderzoeksbureau Keygene ingeschakeld om te onderzoeken of Bambino in genetisch opzicht overeenstemt met Million Stars. Dat onderzoeksbureau heeft aan de hand van de resultaten van DNA-fingerprinting volgens de zogenaamde AFLP methode in een rapport gedateerd 13 juli 2005 het volgende geconcludeerd:

5. CONCLUSIONS

The set of reference varieties included two clusters of (induced) mutant varieties:

1. Yukinko, Yukinko Crystal and Yukinko 360

2. Perfecta, Super Gyp and Bristol Fairy

The Jaccard similarity coefficient within these clusters is close to 1.00 where the largest genetic distance is observed between Bristol Fairy and Perfecta / Super Gyp (0.86). In comparison, the Jaccard similarity coefficient between the original non-mutant varieties included in this analysis is 0.63 at maximum, with 75% of the non-mutant similarities below 0.50. Assuming that these Jaccard similarity coefficients between mutant and non-mutant varieties (maximum values of 0.86 vs 0.63 respectively) are representative for the Gyp-sophila germplasm, it is highly likely that the varieties Million Stars and Paskal Bambino (Jaccard similarity coefficient value 0.91) belong to the same mutant group.

Op de deugdelijkheid van deze rapportage door Keygene hebben Biological Industries e.a. uitvoerig commentaar geleverd. Ten aanzien hiervan overweegt de voorzieningenrechter als volgt.

4.6. Ten eerste hebben Biological Industries e.a. aangevoerd dat voor mutanten een "Jaccard similarity" van 1 of zeer dicht bij 1 zou moeten gelden, zodat de tussen Bambino en Million Stars overeenstemming van 0,91 onvoldoende zou zijn. De voorzieningenrechter acht

die stelling niet aannemelijk geworden. Danziger heeft onweersproken, ondersteund door een verklaring van dr. Sørensen van Keygene, gesteld dat met bijvoorbeeld radioactieve straling (waarvan in confesso is dat dit als een afleidingshandeling moet worden beschouwd) een afwijking van 8 van de 229 (3.5%) genetische markers, zoals Keygene vond tussen de Million Stars en de Bambino, kan worden geïnduceerd. Die stelling strookt evenmin met het gegeven dat voor bijvoorbeeld maïs en katoen waarden van 82% respectievelijk 87.5% homologie als een drempelwaarde worden gezien voor aannemelijkheid dat sprake is van een afgeleid ras (zie de als productie 80 door Danziger overgelegde guidelines van de International Seed Federation). De homologie in het DNA gevonden door Keygene in het onderhavige geval van 96.5% ligt derhalve (ruim) boven de drempelwaarden die voor maïs en katoen worden gehanteerd.

4.7. Biological Industries e.a. wijzen er verder op dat er in de door Keygene gehanteerde AFLP methode ook markers in zogenaamd 'junk-DNA' worden gebruikt, welk DNA echter niet relevant is voor het uiterlijk van de plant. De voorzieningenrechter overweegt dat die observatie niet ter zake doet, omdat ook homologie in dergelijk junk-DNA (introns) een (sterke) aanwijzing vormt voor verwantschap. Integendeel, naar voorlopig oordeel zouden overeenkomsten in dat junk-DNA een nog sterkere aanwijzing zijn, omdat dergelijk DNA in de regel hypervariabel is, aangezien het voor het organisme niet nadelig is als daarin een mutatie zou voorkomen.

4.8. Over de onderzoeksmethodiek van Keygene klagen Biological Industries e.a. voorts dat de vergelijkende set van andere gypsophila soorten die door Keygene zijn onderzocht, onvoldoende representatief zou zijn. Hierdoor zou - zo begrijpt de voorzieningenrechter - de genetische overeenkomst tussen Bambino en Million Stars opvallender lijken dan zij in werkelijkheid is. Het feit dat in het onderzoek door Keygene relatief weinig gipskruidsoorten met kleine bloemen zijn opgenomen, acht de voorzieningenrechter op zichzelf niet bezwaarlijk. Ten eerste heeft Danziger onvoldoende weersproken gesteld dat in het onderzoek in ieder geval de 19 belangrijkste (waaronder een aantal kleinbloemige) gipskruidsoorten zijn meegenomen, zodat in beginsel van de representativiteit daarvan moet worden uitgegaan. Voorts is de voorzieningenrechter van oordeel dat Biological Industries e.a. hun stelling dat kleinbloemige gipskruidsoorten onderling genetisch dichter bij elkaar zouden liggen dan de overige gypsophila soorten niet aannemelijk hebben gemaakt. Enige onderbouwing van die stelling ontbreekt en hierbij wreekt zich dat Biological Industries e.a. geen tegenonderzoek hebben doen uitvoeren waaruit dit zou moeten blijken. Bovendien zou een zelfde effect dan ook verwacht mogen worden bij onderlinge vergelijking van de grootbloemige soorten, hetgeen de voorzieningenrechter evenwel niet in het onderzoek van Keygene heeft kunnen ontdekken. Van belang is ook nog dat dr. Sørensen heeft verklaard dat "er geen observaties bekend [zijn] die aannemelijk kunnen ma-

ken dat deze core set niet representatief zou zijn" en voorts "dat nader onderzoek heeft uitgewezen dat er geen sprake is van afzonderlijke genenpools [voor enerzijds groot en anderzijds kleinbloemig gipskruid, vzr]" (prod.82 Danziger, nr. 30). De voorzieningenrechter acht tot slot een dergelijke inherente verwantschap tussen kleinbloemige soorten bepaald niet zonder meer logisch. Het is een feit van algemene bekendheid dat het slechts één of enkele genen zullen zijn die de grootte van de bloem bepalen, waarmee derhalve hoogstens een zeer kleine toename in de homologie tussen soorten met dezelfde bloemgrootte te verwachten is.

4.9. Biological Industries e.a. hebben tevens kritiek op de samenstelling van de ter vergelijking meeonderzochte mutantengroepen, zoals deze in de hiervoor weergegeven conclusie van het Keygene rapport zijn weergegeven. Zij uiten evenwel niet meer dan twijfel over de vraag of de Perfecta inderdaad een mutant is van Bristol Fairy. Voor nader onderzoek op dit punt is in dit kort geding geen plaats. Daarbij merkt de voorzieningenrechter op dat voor de vraag of sprake is van een afgeleid ras geenszins doorslaggevend is dat de homologie vergelijkbaar is met die van bekende mutanten. Als die homologie vergelijkbaar is vormt dat mogelijk een aanwijzing dat van een mutant sprake is, maar het omgekeerde is bepaald niet zonder meer aan te nemen.

4.10. Terecht ook pareert dr. Sørensen de kritiek van prof. Hillel dat een afstand van 3.5% heel groot is als men de vergelijking trekt met slechts 1% verschil bij het DNA van mensen en chimpansees. Hillel verliest daarbij namelijk uit het oog dat volgens de door Keygene gehanteerde AFLP-methode wordt geselecteerd op genetische markers die een verschil opleveren in de controlegroep, kortom markers die in beginsel in de hypervariable (polymorfe) delen van het gipskruid DNA voorkomen. Dit betekent dat het werkelijke percentage homologie over het gehele DNA van Bambino en Million Stars niet ongeveer 96.5% bedraagt, maar veeleer dicht tegen de 100% zal aanliggen. Anders gezegd, de markers werden door Keygene specifiek geselecteerd om de genetische verschillen binnen het geslacht gipskruid aan te tonen, in feite zoals dat ook het geval is bij de markers die voor DNA-fingerprinting bij mensen gebruikelijk zijn.

4.11. Alle kritiek op het Keygene rapport overziende kan de conclusie van dat rapport niet ontzenuwd worden dat sprake is van een hoge mate van genetische verwantschap tussen Bambino en Million Stars, een verwantschap die aanmerkelijk groter is dan tussen de andere (niet-mutante) gipskruidsoorten.

4.12. Vervolgens is van belang dat die hoge mate van genetische verwantschap niet door Biological Industries e.a. op enigerlei wijze is verklaard, bijvoorbeeld door aan te geven dat de Million Stars weliswaar is gebruikt bij de ontwikkeling van Bambino, maar in het kader van een klassiek veredelingsproces. Integendeel, Biological Industries e.a. hebben juist gesteld dat de Million Stars op geen enkele wijze bij de verdeling betrokken zou zijn geweest. Namens hen is desgevraagd ter zitting namelijk aangegeven dat de Bambino

is ontstaan in een kas waarin weliswaar honderden gipskruidrassen respectievelijk -klonen stonden, maar in ieder geval niet de Million Stars. Deze visie op de ontstaansgeschiedenis die Biological Industries e.a. debiteert, valt niet te verenigen met het feit dat beide rassen in genetisch opzicht zoveel op elkaar lijken. Hierbij klemt te meer dat er geen enkel document of ander bewijs voorhanden is, behalve een verklaring van de heer Levantar, die als voormalig bestuurder van gedaagde sub 2 bezwaarlijk als onpartijdig kan worden aangemerkt, ter staving van de lezing van Biological Industries e.a.. De afwezigheid van journalen, logboeken of anderszins betreffende de ontstaansgeschiedenis van de Bambino in dit geding doet de geloofwaardigheid van Biological Industries e.a. in dit kader evenmin goed. Voorts weegt mee dat Biological Industries e.a. desgevraagd zelfs niet hebben kunnen aangeven van welk ras de moederplant was. Dit is opvallend omdat bij klassieke veredeling middels bestuiving in een kas mogelijk dan de vaderplant minder gemakkelijk te achterhalen kan zijn maar de identiteit van de moederplant in ieder geval bekend zal zijn omdat daarvan immers de bevrachte zaden zijn geoogst. Tot slot kan nog aangaande de (on)geloofwaardigheid van Biological Industries e.a. het volgende worden opgemerkt. Kennelijk heeft de Israëliische Openbare Aanklager voldoende reden/bewijs gezien om de heren Levantar en Perach van Biological Industries e.a. aan te klagen wegens "obtaining by fraud" van kweekmateriaal. Volgens de tenlastelegging van 27 maart 2007 (prod. 76 Danziger) had dhr. S. Mohr kweekmateriaal aangeduid met "B3" aan Perach en Levantar, destijds managers van gedaagde sub 2, (tijdelijk) in bewaring gegeven ter evaluatie van een samenwerkingsovereenkomst. Vervolgens is de stelling dat Perach en Levantar voor dat materiaal onder de naam Bambino een kwekersrecht aan hebben doen vragen zonder toestemming van Mohr. Dit is relevant omdat aan dhr. Mohr eerder een verbod was opgelegd vanwege inbreuk op het kwekersrecht van Danziger ter zake de Million Stars.

4.13. De conclusie luidt dat de lezing van Biological Industries e.a. over de ontstaansgeschiedenis van de Bambino als onvoldoende geloofwaardig terzijde moeten worden gelaten. Voor verdere bewijsvoering op dit punt door Biological Industries e.a. biedt dit kort geding geen plaats.

4.14. Bij deze stand van zaken moet er in dit kort geding van uit worden gedaan dat de lezing van Danziger de juiste is en dat de Bambino is ontstaan dankzij een afleidingshandeling van de Million Stars en aldus - zo er al sprake zou zijn van onderscheidbaarheid, hetgeen Danziger onderbouwd heeft betwist - moet worden beschouwd als een afgeleid ras als bedoeld in art. 13 leden 5 en 6 van de Verordening. Deze conclusie wordt nog versterkt door de voorshandse inschatting dat de tussen beide rassen geconstateerde verschillen, zelfs als wordt uitgegaan van die zoals deze zijn gerapporteerd door de deskundigen ingeschakeld door Biological Industries e.a., tamelijk gering zijn. Misschien zijn deze morfologische verschillen voldoende om de rassen duidelijk onderscheidbaar te maken (vgl. Case A 018/2002

van de Board of Appeal van het CPVO, gedateerd 14 mei 2003), maar de voorzieningrechter is in ieder geval niet door Biological Industries e.a. overtuigd van hun stelling dat die verschillen dusdanig zouden zijn dat uitgesloten is te achten dat deze aan een afleidingshandeling (bijvoorbeeld door een behandeling met een mutageen middel of met radioactieve straling) zijn toe te schrijven. Anders dan in de zaak [Astée/Danziger](#) (IER 2005, 79 m. nt. ChG) ligt in deze procedure ook geen rapport voor waaruit zonder meer valt op te maken dat er op de relevant te achten kenmerken dusdanig substantiële verschillen zijn te constateren dat van afleiding niet langer sprake kan zijn. De door Biological Industries e.a. overgelegde rapporten van Houtman en Kleifeld maken niet inzichtelijk op welke van belang zijnde kenmerken er afstand zou zijn, laat staan dat deze afstand aanzienlijk zou zijn. In die rapporten worden immers tevens vele kenmerken betrokken die door het CPVO in ieder geval niet van belang worden geacht.

Slotsom

4.15. De slotsom luidt dat de verhandeling van de Bambino in beginsel inbreuk maakt op de kwekersrechten van Danziger. Ten verweere hebben Biological Industries e.a. echter ook nog opgeworpen dat hun verhandeling van oogstmateriaal van de Bambino geen inbreuk kan vormen volgens lid 2 van artikel 13 van de Verordening, omdat Danziger een redelijke mogelijkheid gehad heeft om haar recht met betrekking tot genoemde componenten uit te oefenen. Danziger had in Israël de kweker/exporteur reeds kunnen en moeten aanspreken. Het feit dat de aldaar gevoerde procedure(s) niet tot het voor Danziger gewenste resultaat hebben geleid, doet hier niet aan af, aldus nog altijd Biological Industries e.a.. 4.16. Dit verweer wordt, voorshands oordelend, gepasseerd. Duidelijk is immers dat Danziger heeft gepoogd de verhandeling van de Bambino reeds in Israël tegen te houden, evenwel zonder succes. Voorts is hiervoor geconcludeerd dat in ieder geval naar het hier te lande geldende kwekersrecht (op basis van de Verordening) sprake is van inbreuk. Bij deze stand van zaken kan dan niet worden aangenomen dat Danziger een redelijke mogelijkheid gehad heeft om haar recht met betrekking tot genoemde componenten uit te oefenen. De lezing van Biological Industries e.a. zou bovendien tot het ongerijmde resultaat leiden dat de uitspraak van één (in dit geval: Israëliische) rechter over de vraag of sprake is van kwekersrechtinbreuk in dat land de houder in alle overige landen - indien die uitspraak voor hem negatief is - in de weg zou staan om op te treden tegen de verhandeling van oogstmateriaal van een ras, hoewel dat ras volgens het recht van die andere landen wel onder kwekersrechtelijke beschermingomvang valt. Dit strookt niet met het beginsel van territoriale beperking van de onderhavige kwekersrechten en van de rechterlijke uitspraken daarover. De voorzieningrechter laat nog daar dat Danziger onweersproken heeft gesteld dat in Ethiopië, vestigingsland van gedaagde sub 7, geen kwekersrechtelijke bescherming mogelijk is.

4.17. Biological Industries e.a. hebben tot slot nog gesteld dat niet zij allen betrokken zijn of waren bij de

verhandeling van de Bambino in Nederland. Met name zouden de in persoon gedagvaarde gedaagden sub 4 en 6 daarbij geen betrokkenheid hebben gehad. Hetgeen Danziger hieromtrent evenwel heeft gesteld, vormt voldoende reden om een serieuze dreiging tot inbreuk door alle gedaagden aan te nemen. Het antwoord op de vraag of gedaagden sub 4 en 6 nu op eigen titel of als vertegenwoordiger van hun bedrijf de Bambino verhandeld hebben op de bloemenveilingen te Aalsmeer en/of Noordwijk in mei 2007, doet, voorshands oordelend, niet af aan de aanname van een serieuze dreiging tot inbreuk door henzelf in persoon.

4.18. Gelet voorts op de voortschrijdende en nog recente inbreuk, kan het gevorderde inbreukverbod worden toegewezen. Uit de stellingen van Danziger maakt de voorzieningenrechter op dat het gaat om een inbreukverbod voor Nederland en niet daarbuiten, hetgeen in de beslissing voor de duidelijkheid nadrukkelijk zal worden opgenomen. Zoals door Biological Industries e.a. was gevraagd, zal dit verbod evenwel niet onmiddellijk ingang krijgen, maar eerst na verloop van dertig dagen. Daarbij heeft de voorzieningenrechter de tamelijk langdurige voorgeschiedenis (sedert in ieder geval eind november 2005 in Israël) in aanmerking genomen. De gevorderde dwangsom zal worden beperkt als na te melden. De redelijke termijn voor het aanspannen van een bodemprocedure zal worden bepaald op 6 maanden in verband met het in artikel 1019i Rv bepaalde.

4.19. Biological Industries e.a. zullen als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld conform 1019h Rv. Danziger heeft als kosten van juridische bijstand in totaal een bedrag van EUR 163.834,71 opgevoerd. Met Biological Industries e.a. acht de voorzieningenrechter die kosten evenwel buitenproportioneel hoog, waartoe als volgt wordt overwogen. Blijkens de urenstaten is tot aan het uitbrengen van de dagvaarding in totaal maar liefst 330 uren aan de zaak besteed (ter waarde van EUR 94.615,02 incl. kantoorkosten), waarvan het merendeel - zo maakt de voorzieningrechter op uit de gehanteerde uurtarieven - op medewerkers- of compagnonsniveau (ongeveer 290 uur). Niet ontkend kan worden dat het een behoorlijk gecompliceerde zaak betreft, maar een dergelijk aantal uren (bij elkaar meer dan 8 volledige werkweken) voor de dagvaarding acht de voorzieningrechter evenredig noch redelijk. In feite was immers enkel de inbreukvraag aan de orde en niet - zoals in bijvoorbeeld menig octrooizaak - tevens de vraag naar de geldigheid van het recht. Deze zaak is dan ook niet te vergelijken met een octrooizaak over bijvoorbeeld gecompliceerde schakelingen, data compressiemethoden, biotechnologische uitvindingen of met een gecompliceerd(gemaakte) farmaceutische of chemische octrooizaak. In ieder geval ontbreekt iedere toelichting waarom een dusdanig hoog uren aantal nodig zou zijn geweest. Gelijke overwegingen treffen het na de dagvaarding gemaakte urenantal van 231. Gelet op het feit dat Biological Industries e.a. kennelijk de door hen opgevoerde kosten van EUR 60.276,90 wel als redelijk en evenredig beschouwen, zal de voorzieningrechter uitgaan van een bedrag voor redelijke en evenredige

proceskosten aan de zijde van Danziger ter hoogte van (afgerond) EUR 65.000,-. De kosten aan de zijde van Danziger worden zodoende begroot op:

- dagvaarding EUR 189,31
- vast recht 251,00
- salaris procureur 65.000,00
Totaal EUR 65.440,31

5. De beslissing

De voorzieningenrechter

5.1. veroordeelt Biological Industries e.a. met ingang van dertig kalenderdagen na betekening van dit vonnis te staken en gestaakt te houden iedere inbreuk op het Europese kwekersrecht in Nederland ten aanzien van DANGYPMINI/Million Stars met betrekking tot componenten en/of oogstmateriaal van BAMBINO, te weten:

- het voortbrengen of vermenigvuldigen (vermeerdering);
- het conditioneren ten behoeve van de vermeerdering;
- het te koop aanbieden;
- het verkopen of op andere wijze in Nederland brengen;
- het uitvoeren uit Nederland;
- het invoeren in Nederland; en
- het opslaan voor één van de hierboven onder a tot en met f genoemde doeleinden;

5.2. veroordeelt Biological Industries e.a. te betalen een onmiddellijke opeisbare dwangsom van EUR 1.000,- (zegge: duizend euro) per overtreding van de hiervoor gegeven veroordeling, alsmede - ter keuze van Danziger - een dwangsom van EUR 10.000,- (zegge: tienduizend euro) voor iedere dag waarbij een gedeelte van een dag telt als gehele dag, dat de overtreding van de hiervoor gegeven veroordeling mocht voortduren;

5.3. bepaalt dat deze dwangsom vatbaar zal zijn voor matiging door de rechter, voorzover handhaving daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, in aanmerking genomen de mate waarin aan het vonnis is voldaan, de ernst van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van de overtreding;

5.4. veroordeelt Biological Industries e.a., hoofdelijk, in de proceskosten, aan de zijde van Danziger tot op heden begroot op EUR 65.440,31;

5.5. verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

5.6. bepaalt dat deze voorzieningen zonder rechterlijke tussenkomst hun kracht verliezen, indien Danziger niet binnen een termijn van zes maanden, te rekenen vanaf de dag van deze uitspraak, haar eis in de hoofdzaak heeft ingesteld en voorts Biological Industries e.a. een daartoe strekkende verklaring bij de griffie van deze rechtbank heeft ingediend;

5.7. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. E.F. Brinkman en in het openbaar uitgesproken op 7 september 2007.