

Hof van Justitie EU, 15 april 2010, Schröder v CBP

Plectranthus ornatus



KWEKERSRECHT

Soort bestaat enkel via zijn rassen

- Bovendien levert het enkele feit dat het Gerecht ten onrechte zou hebben gesuggereerd dat, zoals Schröder stelt, Codd in zijn werken een ras van Plectranthus ornatus in plaats van de overeenkomstige soort heeft beschreven, geen tegenstrijdigheid op. Zoals de advocaat-generaal in punt 67 van zijn conclusie heeft aangegeven, bestaat een „soort” per definitie enkel via zijn verschillende rassen en kan een plantensoort dus niet gedetailleerd worden beschreven, los van de rassen die tot deze soort behoren.

PROCESRECHT

Marginale toetsing oordeel Kamer van Beroep inzake onderscheidbaarheid ras

- dat het Gerecht [...] geen volledige toetsing hoefde te verrichten om uit te maken of het ras SUMCOL 01 al dan niet onderscheidbaar was in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2100/94, doch, gelet op de wetenschappelijke en technische ingewikkeldheid van die voorwaarde – [...] – het zich ertoe kon beperken, te toetsen of sprake was van een kennelijke beoordelingsfout.

78 Derhalve kon het Gerecht op goede gronden oordelen dat de in het dossier opgenomen gegevens volstonden opdat de kamer van beroep zich over de afwijzende beslissing kon uitspreken.

Vindplaatsen: curia.europa.eu

Hof van Justitie EU, 15 april 2010

(J.C. Bonichot, C. Toader, C. W. A. Timmermans, K. Schiemann, P. Kūris, J. Mazák)

ARREST VAN HET HOF (Tweede kamer)

15 april 2010 (*)

„Hogere voorziening – Toetsing door Hof – Verordeningen (EG) nrs. 2100/94 en 1239/95 – Landbouw – Communautair kwekersrecht – Onderscheidbaarheid van kandidaat-ras – Algemene bekendheid van ras

– Bewijs – Plantenras SUMCOL 01”

In zaak C-38/09 P,

betreffende een hogere voorziening krachtens artikel 56 van het Statuut van het Hof van Justitie, ingesteld op 28 januari 2009,

Ralf Schröder, wonende te Lüdinghausen (Duitsland), vertegenwoordigd door T. Leidereiter, Rechtsanwalt, rekwirant,

andere partij in de procedure:

Communautair Bureau voor plantenrassen (CBP), vertegenwoordigd door M. Ekvad en B. Kiewiet als gemachtigden,

bijgestaan door A. von Mühlendahl, Rechtsanwalt, verweerder in eerste aanleg,

wijst

HET HOF (Tweede kamer),

samengesteld als volgt: J.C. Bonichot, president van de Vierde kamer, waarnemend voor de president van de Tweede kamer, C. Toader, C. W. A. Timmermans, K. Schiemann en P. Kūris (rapporteur), rechters,

advocaat-generaal: J. Mazák,

griffier: K. Malacek, administrateur,

gezien de stukken en na de terechtzitting op 30 september 2009,

gehoord de conclusie van de advocaat-generaal ter terechtzitting van 3 december 2009,

het navolgende

Arrest

1 Met zijn hogere voorziening vordert Schröder vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg van de Europese Gemeenschappen van 19 november 2008, Schröder/CBP (SUMCOL 01) (T-187/06, Jurispr. blz. II-3151; hierna: „bestreden arrest”), houdende verwerping van zijn beroep tot vernietiging van de beslissing van de kamer van beroep van het Communautair Bureau voor plantenrassen (CBP) van 2 mei 2006 (zaak A 003/2004; hierna: „litigieuze beslissing”).

Rechtskader

2 Volgens artikel 6 van verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht (PB L 227, blz. 1), zoals gewijzigd bij verordening (EG) nr. 2506/95 van de Raad van 25 oktober 1995 (PB L 258, blz. 3; hierna: „verordening nr. 2100/94”), wordt de communautaire bescherming voor kweekproducten verleend voor rassen die onderscheidbaar, homogeen, bestendig en nieuw zijn.

3 Artikel 7 van verordening nr. 2100/94 luidt als volgt:

„1. Een ras wordt als onderscheidbaar aangemerkt, indien het door de uitingvorm van de eigenschappen, die voortvloeit uit een bijzonder genotype of een combinatie van genotypen, duidelijk te onderscheiden is van elk ander ras waarvan het bestaan op de [...] datum van indiening van de aanvraag algemeen bekend is.

2. Het bestaan van een ander ras wordt met name als algemeen bekend beschouwd, indien op de [...] datum van indiening van de aanvraag:

a) in de Gemeenschap, in een Staat of in een intergouvernementele organisatie die op dit gebied bevoegd is, voor dat ras reeds een kwekersrecht bestaat of het ras in een officieel rassenregister is opgenomen;

* Procestaal Duits

b) voor dat ras reeds een aanvraag voor het verlenen van een kwekersrecht of tot opname ervan in een officieel rassenregister is ingediend, mits de aanvraag intussen is ingewilligd.

In de [...] uitvoeringsbepalingen kunnen als voorbeelden andere gevallen worden genoemd voor wat als algemeen bekend moet worden beschouwd.”

4 Volgens artikel 54 van verordening nr. 2100/94 onderzoekt het Bureau met name of het ras het object van een communautair kwekersrecht kan vormen, of het ras nieuw is en of de aanvrager gerechtigd is tot het indienen van een aanvraag. Het Bureau onderzoekt of de voorgestelde rasbenaming geschikt is.

Het kan daarbij een beroep doen op de diensten van andere organen. De eerste aanvrager wordt geacht aanspraak te maken op het communautaire kwekersrecht.

5 Artikel 55, lid 1, van deze verordening bepaalt dat indien het CBP geen enkel beletsel voor het verlenen van een communautair kwekersrecht vaststelt, het ervoor zorgt dat het technisch onderzoek waaruit moet blijken of aan de gestelde voorwaarden is voldaan, in tenminste één lidstaat wordt uitgevoerd door het (de) bevoegde bureau(s) die door de raad van bestuur met het technisch onderzoek van rassen van het betrokken taxon is of zijn belast (onderzoekbureaus).

6 Volgens de artikelen 61 en 62 van verordening nr. 2100/94 verleent het CBP het communautaire kwekersrecht indien het van oordeel is dat de onderzoeksresultaten volstaan om een beslissing over de aanvraag te nemen, voor zover geen beletsels als bedoeld in de artikelen 59 en 61 van deze verordening aan die verlening in de weg staan. De aanvraag om een communautair kwekersrecht wordt daarentegen afgewezen indien dit onderzoeksresultaat niet concludent is. 7 Artikel 67, lid 2, van verordening nr. 2100/94 bepaalt dat het beroep dat tegen een beslissing van het CBP tot afwijzing van een communautair kwekersrecht wordt ingesteld, schorsende werking heeft. Is het CBP van oordeel dat de omstandigheden zulks vereisen, kan het evenwel bepalen dat de betwiste beslissing niet wordt geschorst.

8 Artikel 70, lid 2, van deze verordening bepaalt:

„Wordt de beslissing niet binnen een maand na ontvangst van de uiteenzetting van de beroepsgronden gecorrigeerd, dan:

- besluit het [CBP] onverwijld of het op grond van artikel 67, lid 2, tweede zin, maatregelen zal nemen
- legt het [CBP] het beroep onverwijld voor aan de kamer van beroep.”

9 Volgens de artikelen 71 tot en met 73 van verordening nr. 2100/94 beslist de kamer van beroep over het aan haar voorgelegde beroep door hetzij de bevoegdheden van het CBP uit te oefenen, hetzij de zaak voor verdere afdoening naar de bevoegde instantie van het CBP terug te verwijzen. Tegen de beslissingen van de kamer van beroep kan beroep worden ingesteld bij het Hof. Dit beroep kan worden ingesteld wegens onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van het Verdrag, overtreding van verordening nr. 2100/94 of van enige

uitvoeringsregeling daarvan, of wegens misbruik van bevoegdheid. Het Hof kan de beslissing van de kamer van beroep zowel vernietigen als herzien.

10 Artikel 75 van deze verordening, betreffende de motivering van de beslissingen en het recht om te worden gehoord, bepaalt:

„De beslissingen van het [CBP] worden met redenen omkleed. Ze kunnen slechts worden genomen op gronden en bewijselementen ten aanzien waarvan de partijen in de procedure mondeling of schriftelijk hun standpunt hebben kunnen bepalen.”

11 Artikel 76 van verordening nr. 2100/94 bepaalt dat het CBP ambtshalve een onderzoek instelt naar de feiten in de mate waarin zij het voorwerp zijn van onderzoek overeenkomstig de artikelen 54 en 55 van deze verordening. Het CBP houdt geen rekening met feiten en bewijsmiddelen die niet binnen de door hem gestelde termijn zijn aangevoerd.

12 Artikel 88 van verordening nr. 2100/94 regelt de openbare inzage.

13 Uit artikel 15, leden 1 en 2, van verordening (EG) nr. 1239/95 van de Commissie van 31 mei 1995 houdende voorschriften ter uitvoering van verordening nr. 2100/94 betreffende de procedures voor het Communautair Bureau voor plantenrassen (PB L 121, blz. 37), volgt dat ter uitvoering van de aanwijzing van een onderzoeksbureau een schriftelijke overeenkomst tussen dit onderzoeksbureau en het CBP moet worden gesloten. De sluiting van deze overeenkomst heeft tot gevolg dat de door de personeelsleden van het onderzoeksbureau ingevolge deze overeenkomst verrichte of te verrichten handelingen ten aanzien van derden als handelingen van het CBP worden beschouwd.

14 Artikel 60, lid 1, van verordening nr. 1239/95 bepaalt dat wanneer het CBP het noodzakelijk acht, partijen in de procedure, getuigen of deskundigen te horen of een inspectie te verrichten, het dienaangaande een beslissing neemt waarin het de te nemen maatregelen ter verkrijging van bewijs, de relevante feiten waarvan het bewijs moet worden geleverd en de dag, tijd en plaats van het verhoor of de inspectie vermeldt. Wanneer een partij in de procedure om het horen van getuigen of deskundigen verzoekt, stelt het CBP in zijn beslissing dienaangaande de termijn vast waarbinnen deze partij aan het Bureau de namen en adressen moet opgeven van de getuigen of deskundigen die zij wil doen horen.

15 Volgens artikel 62, lid 1, van deze verordening kan het CBP bepalen dat, wanneer een partij in de procedure om maatregelen ter verkrijging van bewijs verzoekt, zij eerst een waarborgsom moet overmaken.

16 Overeenkomstig artikel 63, lid 2, van diezelfde verordening wordt het verslag van de verklaringen van een partij in de procedure, een getuige of een deskundige die is gehoord, voorgelegd of ter kennisneming overhandigd. In het verslag wordt aangetekend dat deze formaliteit is vervuld en dat degene die de verklaringen heeft afgelegd, het verslag heeft goedgekeurd, of dat bezwaren tegen dit verslag zijn aangevoerd.

Feiten

17 Op 7 juni 2001 heeft Schröder bij het CBP een aanvraag voor een communautair kwekersrecht ingediend voor het plantenras SUMCOL 01, dat tot de soort *Plectranthus ornatus* behoort. Dit plantenras zou voortkomen uit een kruising tussen een plant van deze soort en een plant van de soort *Plectranthus* ssp., die afkomstig is uit Zuid-Amerika.

18 Op 1 juli 2001 heeft het CBP het Bundessortenamt (Duitse Federaal Bureau voor plantensoorten) overeenkomstig artikel 55, lid 1, van verordening nr. 2100/94 belast met het technische onderzoek.

19 De concurrenten van Schröder hebben tijdens het eerste jaar van de onderzoeksprocedure bezwaar gemaakt tegen de verlening van het aangevraagde communautaire kwekersrecht, op grond dat het kandidaat-ras geen nieuw kweekproduct was, maar een uit Zuid-Afrika afkomstig wild ras dat in dat land en ook in Duitsland al jarenlang werd verkocht.

20 Na een eerste vergelijking van het kandidaat-ras met een in Duitsland geleverd referentieras heeft het Bundessortenamt contact opgenomen met Van Jaarsveld, een medewerker van de plantentuin te Kirstenbosch (Zuid-Afrika), met verzoek om stekken of zaaigoed van de soorten *Plectranthus comosus* of *Plectranthus ornatus* toe te zenden.

21 Na briefwisseling van 25 maart en 16 oktober 2002 heeft het Bundessortenamt op 12 december 2002 van Van Jaarsveld stekken ontvangen, die naar zijn zeggen afkomstig waren uit diens privétuin.

22 Deze planten zijn in de loop van 2003 vermeerderd en onderzocht. Daarop is gebleken dat het kandidaat-ras slechts minieme verschillen vertoonde met de planten die op basis van de door Van Jaarsveld toegestuurde stekken waren verkregen. Volgens een e-mailbericht van 19 augustus 2003 van Heine, de onderzoekster van het Bundessortenamt die met het technische onderzoek was belast, waren de verschillen weliswaar „aanzienlijk”, doch nauwelijks zichtbaar.

23 Bij brief van 7 augustus 2003 heeft het CBP Schröder ervan in kennis gesteld dat, volgens het Bundessortenamt, „*er sprake [was] van een gebrek aan onderscheidbaarheid van de planten ten opzichte van de planten die waren getest in de plantentuin te Kirstenbosch*”. Tussen partijen is evenwel in confesso dat deze planten in feite afkomstig waren uit de privétuin van Van Jaarsveld. In deze brief werd er ook op gewezen dat volgens Heine verzoeker niet in staat was geweest zijn ras SUMCOL 01 te identificeren tijdens zijn bezoek aan het proefveld van het Bundessortenamt.

24 In september 2003 heeft Schröder opmerkingen over de resultaten van het technische onderzoek ingediend. Op basis van, ten eerste, de resultaten van zijn onderzoeksreis in Zuid-Afrika van 29 augustus tot en met 1 september 2003 en, ten tweede, de resultaten van zijn bezoek aan de plantentuin te Meise (België) op 15 september 2003 heeft hij verklaard dat hij ervan overtuigd was dat de planten uit de tuin van Van Jaarsveld, die als vergelijkingsmateriaal waren gebruikt, niet tot het referentieras behoorden, maar tot het ras SUMCOL 01 zelf. Bovendien heeft hij twijfels geuit over de algemene bekendheid van het referentieras.

25 Het eindrapport van het Bundessortenamt van 9 december 2003, dat conform de normen van de Internationale Unie voor de bescherming van kweekproducten (UPOV) is opgesteld, werd aan rekwalant voor opmerkingen voorgelegd, samen met een brief van het CBP van 15 december 2003. De conclusie van dit rapport luidt dat het kandidaat-ras SUMCOL 01 niet onderscheidbaar is van het door Van Jaarsveld bezorgde referentieras *Plectranthus ornatus* uit Zuid-Afrika.

26 Op 3 februari 2004 heeft Schröder zijn laatste opmerkingen over dat rapport ingediend.

27 Bij beslissing R 446 van 19 april 2004 (hierna: „afwijzende beslissing”) heeft het CBP de door Schröder ingediende aanvraag voor een communautair kwekersrecht afgewezen, op grond dat het ras SUMCOL 01 niet onderscheidbaar is in de zin van artikel 7 van verordening nr. 2100/94.

28 Op 11 juni 2004 heeft Schröder bij de kamer van beroep van het CBP beroep ingesteld tegen de afwijzende beslissing. Hij heeft daarbij om inzage van de processtukken verzocht. Dit verzoek werd geheel ingewilligd op 25 augustus 2004, dit is vijf dagen vóór het verstrijken van de in artikel 69 van verordening nr. 2100/94 gestelde termijn van vier maanden waarover Schröder beschikte voor indiening van een schriftelijke uiteenzetting van de beroepsgronden. Belanghebbende heeft op 30 augustus 2004 deze schriftelijke uiteenzetting ingediend.

29 Voor de afwijzende beslissing is er geen prejudiciële herziening geweest binnen de termijn van één maand na ontvangst van de uiteenzetting van de beroepsgronden. Bij brief van 30 september 2004 heeft het CBP rekwalant evenwel op de hoogte gebracht van zijn beslissing van diezelfde dag om „zijn beslissing uit te stellen” met twee weken op grond dat nieuwe onderzoeken hem nuttig leken.

30 Na nieuwe briefwisseling met Van Jaarsveld op 8 en 15 oktober 2004 en een contact met het Zuid-Afrikaanse ministerie van Landbouw heeft het CBP op 10 november 2004 beslist om de afwijzende beslissing niet te corrigeren en het beroep aan de kamer van beroep voorgelegd.

31 Onder verwijzing naar een e-mailbericht dat Heine op 20 juni 2005 aan het CBP had doen toekomen, waarin zij meldde dat het Bundessortenamt „de planten waarvoor de aanvraag is ingediend, niet heeft kunnen onderscheiden van die uit Zuid-Afrika en het daarom voor de hand kan liggen, te stellen dat alle planten afkomstig zijn van de planten waarvoor de aanvraag is ingediend”, heeft het CBP in zijn schriftelijk antwoord van 8 september 2005 op een vraag van de kamer van beroep erkend dat planten kunnen reageren op wijzigingen in het klimaat en de groeiplaats en dat het – zoals het Bundessortenamt had verklaard – dus niet geheel uitgesloten was dat rassen met zulke geringe verschillen als het kandidaat-ras en het referentieras hetzelfde ras vormden.

32 Partijen werden door de kamer van beroep gehoord ter terechtzitting van 30 september 2005. Uit het proces-verbaal van deze terechtzitting blijkt dat Heine daarop aanwezig was als vertegenwoordiger van het

CBP. Zij heeft met name verklaard dat van de zes stekken die Van Jaarsveld had opgestuurd, slechts vier de reis hadden overleefd. Om uit te sluiten dat de verschillen tussen het kandidaat-ras en het referentieras te wijten waren aan milieugebonden factoren, werden nieuwe stekken genomen en gebruikt als referentieras. Aangezien dit stekken van de tweede generatie waren, waren de vastgestelde verschillen volgens haar toe te schrijven aan genotypische factoren.

33 Uit het proces-verbaal van de terechtzitting blijkt ook dat de kamer van beroep na afloop van de terechtzitting niet stellig overtuigd was van de algemene bekendheid van het referentieras. Zonder de geloofwaardigheid en de technische deskundigheid van Van Jaarsveld in twijfel te trekken heeft zij gemeend dat een aantal van zijn verklaringen ontoereikend was gestaafd, zodat het de kamer noodzakelijk leek bij wijze van onderzoeksmaatregel in de zin van artikel 78 van verordening nr. 2100/94, een plaatsbezoek in Zuid-Afrika door een van haar leden te gelasten.

34 Op 27 december 2005 heeft de kamer van beroep bij beschikking de betrokken onderzoeksmaatregel gelast. Deze maatregel zou worden uitgevoerd op voorwaarde dat verzoeker een voorschot op de kosten van 6000 EUR betaalde overeenkomstig artikel 62 van verordening nr. 1239/95.

35 In een memorie van 6 januari 2006 heeft verzoeker gesteld dat hij niet verplicht was bewijzen aan te brengen en dat hij niet aan de oorsprong lag van de onderzoeksmaatregel die de kamer had bevolen.

Hij heeft benadrukt dat het de taak van het CBP was om uit te maken of het betrokken ras onderscheidbaar was in de zin van artikel 7 van verordening nr. 2100/94. Daarom was een „verkenningstreks” in Zuid-Afrika volgens hem enkel mogelijk in het kader van artikel 76 van verordening nr. 2100/94. Om deze reden was hij geen voorschot op kosten verschuldigd.

36 Bij de litigieuze beslissing heeft de kamer van beroep het beroep tegen de afwijzende beslissing verworpen. Zij heeft, zakelijk weergegeven, geoordeeld dat het ras SUMCOL 01 niet duidelijk kon worden onderscheiden van een referentieras dat op het tijdstip van indiening van de aanvraag algemeen bekend was. Verder heeft zij de beschikking houdende een onderzoeksmaatregel niet uitgevoerd omdat „zij [...] uiteindelijk ervan overtuigd was dat het als vergelijkingspunt gebruikte ras het referentieras was en niet het ras SUMCOL 01 en dat het referentieras algemeen bekend was op het tijdstip van indiening van de aanvraag”.

Beroep bij het Gerecht en bestreden arrest

37 Op 18 juli 2006 heeft Schröder bij het Gerecht beroep tot vernietiging van de litigieuze beslissing ingesteld, op basis van acht middelen.

38 Het eerste middel, dat drie onderdelen bevatte, betrof schending van artikel 62 juncto artikel 7, leden 1 en 2, van verordening nr. 2100/94. Het tweede en het derde middel waren respectievelijk gebaseerd op schending van artikel 76 van verordening nr. 2100/94, schending van artikel 75 van deze verordening en schending van „het algemene verbod, in een rechts-

staat, om bij verrassing beslissingen te nemen”. Het vierde en het vijfde middel waren respectievelijk ontleend aan schending van artikel 60, lid 1, van verordening nr. 1239/95 en schending van artikel 62, lid 1, van deze verordening. Het zesde tot en met het achtste middel waren respectievelijk ontleend aan schending van artikel 88 van verordening nr. 2100/94, schending van artikel 70, lid 2, van deze verordening, en schending van artikel 67, lid 2, eerste volzin, daarvan.

39 Na de omvang van zijn rechterlijk toezicht te hebben gedefinieerd, heeft het Gerecht de door de kamer van beroep uit hoofde van artikel 7, leden 1 en 2, van verordening nr. 2100/94 verrichte beoordelingen ten gronde getoetst. Met betrekking tot de vraag of de plant uit de privétuin van Van Jaarsveld een plant van het ras SUMCOL 01 was, heeft het Gerecht in punt 87 van het bestreden arrest geconcludeerd dat het kandidaat-ras en het referentieras uit de privétuin van Van Jaarsveld twee verschillende rassen vormden. Voorts heeft het in punt 92 van dat arrest geoordeeld dat de kamer van beroep terecht had geconcludeerd dat het referentieras algemeen bekend was, na te hebben geconstateerd, ten eerste, dat rekwirant geen specifieke argumenten of bijzondere bewijselementen had aangedragen ter betwisting van de gelijkstelling door de kamer van beroep van het uit de tuin van Van Jaarsveld afkomstige referentieras met het Zuid-Afrikaanse ras van de soort *Plectranthus ornatus*, en, ten tweede, dat de verklaringen van Van Jaarsveld door de Zuid-Afrikaanse instanties en door meerdere wetenschappelijke publicaties werden bevestigd.

40 Wat verder het aan schending van artikel 62 van verordening nr. 2100/94 ontleende betoog van rekwirant betreft, heeft het Gerecht, aangezien het ras SUMCOL 01 duidelijk onderscheidbaar was van het referentieras, in punt 104 van het bestreden arrest een tegenspraak in deze stelling geconstateerd en geoordeeld dat dit betoog op een onjuiste premisse was gebaseerd.

41 Het Gerecht heeft daarop het eerste aangevoerde middel afgewezen.

42 Met betrekking tot het tweede middel, gebaseerd op schending van artikel 76 van verordening nr. 2100/94, heeft het Gerecht in punt 127 van het bestreden arrest geoordeeld dat „de kamer van beroep uit de elementen waarover zij beschikte, op goede gronden [had kunnen] afleiden dat het ras SUMCOL 01 niet duidelijk kon worden onderscheiden van een referentieras dat op het tijdstip van indiening van de aanvraag algemeen bekend was” en dat „[z]ij [...] dus helemaal niet verplicht [was] een nieuw technisch onderzoek te gelasten”.

43 Het derde middel, ontleend aan schending van artikel 75 van verordening nr. 2100/94, is afgewezen op grond dat, hoewel de kamer van beroep ambtshalve een onderzoeksmaatregel kan bevelen, zij een dergelijke maatregel ook ambtshalve kan intrekken. Wat van belang is, is dat partijen hun standpunt over de door deze kamer gehanteerde gronden en bewijselementen hebben kunnen bepalen.

44 Wat het vierde middel betreft, ontleend aan schending van artikel 60, lid 1, van verordening nr. 1239/95, betreffende de omstandigheden waarin Heine aan de procedure voor de kamer van beroep heeft deelgenomen, heeft het Gerecht in punt 130 van het bestreden arrest geconstateerd dat „Heine [ter terechtzitting van de kamer van beroep] is verschenen als gemachtigde van het CBP, en niet als getuige of deskundige”.

45 Bij het onderzoek van het vijfde middel, ontleend aan schending van artikel 62 van verordening nr. 1239/95, doordat de kamer van beroep niet rechtmatig van Schröder kon eisen dat hij eerst een waarborgsom overmaakte alvorens een onderzoeksmaatregel werd bevolen, heeft het Gerecht in punt 116 van het bestreden arrest vastgesteld dat dit middel gegrond leek, zodat de beschikking houdende een onderzoeksmaatregel van 27 december 2005 onrechtmatig was. In het volgende punt van dat arrest heeft het evenwel verklaard dat dit middel niet kon slagen, gelet op de strekking van de litigieuze beslissing.

46 Wat het zesde middel betreft, ontleend aan schending van artikel 88 van verordening nr. 2100/94, op grond dat Schröder het dossier niet heeft kunnen inzien, heeft het Gerecht er in punt 134 van het bestreden arrest op gewezen dat „het volledige dossier aan verzoeker werd meegedeeld en dat hem de gelegenheid is geboden op gefundeerde wijze zijn standpunt te bepalen”.

47 Met betrekking tot het zevende middel, gebaseerd op schending van artikel 70, lid 2, van verordening nr. 2100/94, betreffende de termijnen die voor de beslissing van het CBP zijn gesteld, waardoor ernstig afbreuk aan de rechten van Schröder zou zijn gedaan, heeft het Gerecht in de punten 142 en 143 van het bestreden arrest het volgende gepreciseerd:

„142 Ook al werd de in artikel 70 van verordening nr. 2100/94 gestelde termijn met één maand en tien dagen overschreden, het Gerecht is van oordeel dat deze vertraging wordt gerechtvaardigd door de bijzondere omstandigheden van het concrete geval, inzonderheid door de noodzaak personen in een ver land te onderwerpen.

143 In geen geval kan het feit dat deze termijn werd overschreden, vernietiging van de [litigieuze] beslissing rechtvaardigen, doch hooguit toekenning van een schadevergoeding indien mocht blijken dat verzoeker schade heeft geleden.”

48 Wat het achtste middel betreft, ontleend aan schending van artikel 67, lid 2, eerste volzin, van verordening nr. 2100/94, aangaande de voorwaarden voor schrapping van de aanvraag voor het kwekersrecht, heeft het Gerecht in punt 148 van het bestreden arrest geoordeeld:

„Gesteld dat de aanvraag tot verlening van het communautaire kwekersrecht in het register van het CBP is geschrapt onmiddellijk nadat de afwijzende beslissing is genomen, dit in strijd met artikel 67, lid 2, eerste volzin, van verordening nr. 2100/94, dat bepaalt dat een beroep tegen een dergelijke beslissing schorsende werking heeft, is een dergelijke onwettigheid niet inherent aan de afwijzende beslissing zelf en kan zij de geldig-

heid van deze beslissing en bijgevolg ook de geldigheid van de [litigieuze] beslissing dus niet aantasten.”

49 Het Gerecht heeft het beroep van Schröder dan ook verworpen.

Conclusies van partijen

50 Schröder verzoekt het Hof, primair, het bestreden arrest en de litigieuze beslissing te vernietigen, subsidiair, de zaak terug te verwijzen naar het Gerecht, en hoe dan ook het CBP te verwijzen in alle kosten van de procedures voor het Gerecht en het Hof.

51 Het CBP concludeert dat het Hof de hogere voorziening afwijst en rekwirant verwijst in de kosten van de procedures voor het Gerecht en het Hof.

Hogere voorziening

52 Schröder voert ter onderbouwing van zijn hogere voorziening twee middelen aan. Het eerste middel is ontleend aan proceduregebreken en omvat zes onderdelen. Het tweede middel is ontleend aan schending van het gemeenschapsrecht en bestaat uit vijf onderdelen.

53 Het CBP concludeert primair tot de niet-ontvankelijkheid van de hogere voorziening, op grond dat deze enkel op de feiten en de beoordeling van de bewijselementen ziet, en subsidiair tot afwijzing van alle middelen, en dus van de hogere voorziening.

Eerste middel

54 Dit eerste middel valt uiteen in zes onderdelen.

Eerste en tweede onderdeel: schending van artikel 7 van verordening nr. 2100/94

– Argumenten van partijen

55 Met deze twee onderdelen van het eerste middel komt Schröder in wezen op tegen de vaststellingen van het Gerecht betreffende de vraag of de als referentieras gebruikte plant uit de privétuin van Van Jaarsveld en het kandidaat-ras SUMCOL 01 in feite hetzelfde ras waren.

56 Met het eerste onderdeel van dit middel verzet Schröder zich tegen de vaststellingen van het Gerecht in de punten 76, 79 en 131 van het bestreden arrest betreffende de verklaringen van Heine over de vraag of het kandidaat-ras SUMCOL 01 en het referentieras van Van Jaarsveld identiek zijn.

57 In dit verband betoogt hij in de eerste plaats dat het Gerecht in voornoemd punt 131 ten onrechte heeft verklaard dat hij geen bewijselementen had aangedragen tot staving van zijn stelling dat de verklaringen van Heine onvolledig waren opgenomen in de litigieuze beslissing.

58 In de tweede plaats vormt volgens Schröder het proces-verbaal van de terechtzitting van 30 september 2005 voor de kamer van beroep, waarnaar in punt 79 van het bestreden arrest wordt verwezen, geen doorslaggevend bewijs van de door partijen ter terechtzitting afgelegde verklaringen, aangezien dit proces-verbaal in strijd met artikel 63, lid 2, van verordening nr. 1239/95 is opgesteld.

59 In de derde plaats heeft het Gerecht zich in punt 79 van het bestreden arrest ten onrechte op bewijselementen gebaseerd die niet in het dossier waren opgenomen, en heeft het de bewijzen aldus onjuist opgevat. Bovendien heeft het zijn vaststellingen, wat het e-mailbericht

van Heine van 20 juni 2005 betreft, louter op speculatie gebaseerd.

60 Met het tweede onderdeel van dit middel, gebaseerd op proceduregebreken betreffende de vaststellingen van het Gerecht in de punten 36, 71, 73, 74, 79 en 131 van het bestreden arrest, volgens welke het referentieras en het kandidaat-ras in werkelijkheid niet identiek waren, betwist Schröder in wezen de conclusie van het Gerecht dat de door Van Jaarsveld toegestuurde planten niet tot het ras SUMCOL 01 behoorden.

61 Belanghebbende voert daarbij aan dat het Gerecht in tweërlei opzicht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

62 De eerste onjuiste rechtsopvatting vloeit voort uit het feit dat het Gerecht te strenge eisen aan zijn betoog heeft gesteld en aldus de beginselen inzake bewijsvoering heeft geschonden. Gelet op de tijd die sinds het onderzoek van de planten reeds was verstreken, kon Schröder met name geen bewijs meer overleggen ter weerlegging van de verklaringen van Heine ter terechtzitting voor de kamer van beroep.

Bovendien stelt Schröder dat het Gerecht in punt 130 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat Heine haar verklaringen als partij in de procedure en niet als getuige of deskundige had afgelegd.

Aangezien Schröder deze verklaringen betwistte, konden de kamer van beroep en het Gerecht niet méér geloof hechten aan het betoog van het CBP, zonder het bewijsmateriaal dat hij voorstelde over te leggen in aanmerking te nemen. Door zijn bewijsaanbiedingen over heel de lijn af te wijzen, heeft het Gerecht zijn recht om te worden gehoord geschonden.

63 De tweede onjuiste rechtsopvatting is het resultaat van verdraaiing van de feiten en de bewijzen.

Schröder voert aan dat het Gerecht, door in punt 74 van het bestreden arrest ten onrechte te hebben geconcludeerd dat zijn betoog niet voldoende concreet was, de feiten en bewijzen onjuist heeft opgevat.

Met name heeft het Gerecht geen rekening gehouden met het feit dat Schröder ter terechtzitting voor de kamer van beroep toelichting heeft verstrekt over de in de loop van 2003 vergeleken rassen, evenals in zijn schriftelijke opmerkingen van 14 oktober 2005 over de specifieke verschillen tussen deze plantensoorten. Ten slotte is het Gerecht voorbijgegaan aan zijn aanbod, in punt 43 van zijn verzoekschrift, om deskundigenbewijs over te leggen tot staving van zijn stelling dat deze verschillen te wijten waren aan de vermeerdering van het referentieras door het Bundessortenamt.

64 Het CBP stelt met betrekking tot het eerste onderdeel van dit middel om te beginnen dat uit het door Heine overgelegde rapport van 12 december 2003 drie minieme verschillen tussen de twee betrokken rassen naar voor komen. Een dergelijke vaststelling ter discussie stellen en beoordelen, behoort niet tot de bevoegdheid van het Hof, maar wel tot die van deskundigen.

65 Vervolgens merkt het CBP op dat Schröder dit rapport nooit heeft betwist. Het advies van Heine is wetenschappelijk gefundeerd, terwijl het e-mailbericht

van 20 juni 2005 duidelijk speculatief en niet definitief was.

66 Ten slotte wijst het CBP erop dat de geloofwaardigheid van Heine wordt bevestigd door de bevoegdheid waarover het Bundessortenamt beschikt op het gebied van de homologatie en de bescherming van plantensoorten.

67 Wat het tweede onderdeel van dit middel betreft, betoogt het CBP in wezen dat het Gerecht de bestaande verschillen tussen de twee betrokken planten en de oorsprong daarvan slechts in beperkte mate kon toetsen. Het voegt hieraan toe dat het Gerecht geen beroep op het advies van een deskundige hoefde te doen.

– **Beoordeling door het Hof**

68 Aangezien de eerste twee onderdelen van dit middel beide betrekking hebben op schending van artikel 7 van verordening nr. 2100/94, moeten zij samen worden onderzocht.

69 Overeenkomstig de artikelen 225, lid 1, EG en 58, eerste alinea, van het Statuut van het Hof van Justitie is hogere voorziening beperkt tot rechtsvragen. Het Gerecht is bij uitsluiting bevoegd om de relevante feiten vast te stellen en te beoordelen, alsook om de bewijselementen te beoordelen. De beoordeling van deze feiten en bewijselementen levert dus, behoudens het geval van een onjuiste opvatting daarvan, geen rechtsvraag op die als zodanig in hogere voorziening vatbaar is voor toetsing door het Hof (zie onder meer arresten van 19 september 2002, DKV/BHIM, C-104/00 P, Jurispr. blz. I-7561, punt 22, en [12 januari 2006, Deutsche SiSi-Werke/BHIM, C-173/04 P, Jurispr. blz. I-551](#), punt 35).

70 Er dient op te worden gewezen dat het Gerecht de stelling van Schröder dat het CBP en de kamer van beroep ten onrechte hadden geoordeeld dat het ras SUMCOL 01 niet onderscheidbaar was in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2100/94, ongegrond heeft verklaard.

71 In punt 73 van het bestreden arrest heeft het Gerecht verklaard dat de door Schröder aangevoerde gegevens niet volstonden als bewijs dat het Bundessortenamt en vervolgens het CBP, alsook de kamer van beroep van het CBP, op dit punt blijkt hadden gegeven van een kennelijke beoordelingsfout die een grond tot vernietiging van het litigieuze beslissing kan zijn.

72 Schröder verzet zich tegen deze conclusie voor zover, ten eerste, het Gerecht in punt 74 van het bestreden arrest heeft aangegeven dat de door hem met betrekking tot de invloed van milieufactoren aangevoerde gegevens niet volstonden om de tegengestelde conclusie van het Bundessortenamt te weerleggen en, ten tweede, het Gerecht in de punten 77 tot en met 79 van dat arrest de argumenten die Schröder had aangevoerd op basis van de verklaringen van Heine ter terechtzitting voor de kamer van beroep en in een e-mailbericht aan het CBP, niet heeft aanvaard.

73 Voor zover Schröder tracht aan te tonen dat het Gerecht niet redelijkerwijs kon concluderen dat de bovenvermelde feiten en omstandigheden niet volstonden ter weerlegging van de door het Bundessortenamt getrokken en door de kamer van beroep bevestigde

conclusie, beoogt hij, ofschoon hij formeel onjuiste rechtsopvattingen aanvoert, in wezen de door het Gerecht verrichte feitelijke beoordelingen ter discussie te stellen, inzonderheid door de bewijswaarde die het Gerecht aan deze feiten heeft toegekend te betwisten.

74 Het eerste en het tweede onderdeel van het eerste middel zijn dan ook niet-ontvankelijk.

75 Wat de stelling betreft dat het Gerecht bij zijn beoordeling van de argumenten die op de verklaringen van Heine en op de eventuele invloed van milieufactoren op de verschillen tussen het kandidaat-ras en het referentieras waren gebaseerd, de feiten en de bewijselementen onjuist heeft opgevat, moet eraan worden herinnerd dat het uitsluitend ter beoordeling van het Gerecht staat of de gegevens waarover het betreffende de aan hem voorgelegde zaken beschikt, eventueel aanvulling behoeven. De waardering van de bewijskracht van de processtukken maakt deel uit van de soevereine beoordeling van de feiten door het Gerecht, die door het Hof in hogere voorziening niet wordt getoetst, behoudens in geval van een onjuiste voorstelling van de aan het Gerecht voorgelegde bewijselementen of wanneer de materiële onjuistheid van hetgeen het Gerecht heeft vastgesteld, uit de processtukken volgt (arrest van 11 september 2008, Duitsland e.a./Kronofrance, C-75/05 P en C-80/05 P, Jurispr. blz. I-6619, punt 78 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

76 Feiten die de partijen niet voor de instanties van het CBP hebben aangevoerd, kunnen niet meer worden aangevoerd in het stadium van het beroep dat is ingesteld bij het Gerecht. Dit laatste moet immers de rechtmatigheid van de beslissing van de kamer van beroep toetsen door na te gaan of deze het recht van de Unie heeft nageleefd, gelet met name op de feitelijke gegevens die voor deze kamer zijn aangevoerd, doch het kan bij deze toetsing geen rekening houden met feitelijke gegevens die voor het eerst voor hem zijn aangevoerd (zie naar analogie [arrest van 13 maart 2007, BHIM/Kaul, C-29/05 P, Jurispr. blz. I-2213, punt 54](#)).

77 Bovendien zij eraan herinnerd dat het Gerecht, dat enkel binnen de grenzen van artikel 73, lid 2, van verordening nr. 2100/94 moet beslissen, geen volledige toetsing hoefde te verrichten om uit te maken of het ras SUMCOL 01 al dan niet onderscheidbaar was in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2100/94, doch, gelet op de wetenschappelijke en technische ingewikkeldheid van die voorwaarde – waarvan blijkens artikel 55 van verordening nr. 2100/94 overigens op basis van een technisch onderzoek dat aan een van de bevoegde nationale bureaus moet worden toevertrouwd dient te worden geverifieerd of daaraan voldaan is – het zich ertoe kon beperken, te toetsen of sprake was van een kennelijke beoordelingsfout.

78 Derhalve kon het Gerecht op goede gronden oordelen dat de in het dossier opgenomen gegevens volstonden opdat de kamer van beroep zich over de afwijzende beslissing kon uitspreken.

79 Zoals de advocaat-generaal in punt 45 van zijn conclusie heeft opgemerkt, heeft het Gerecht in punt 74 van het bestreden arrest bovendien simpelweg geoor-

deeld dat de door Schröder verstrekte uitleg en aangebrachte getuigenissen en deskundigenverslagen niet volstonden om de conclusie van het Bundessortenamt te weerleggen.

80 Door aldus de oordelen heeft het Gerecht geenszins blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

81 Wat de beoordeling van de verklaringen van Heine betreft, heeft het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest geoordeeld dat niet speciaal geloof diende te worden gehecht aan de verklaring van Heine in haar e-mailbericht van 20 juni 2005 en overigens vastgesteld dat deze verklaring ter terechtzitting van de kamer van beroep niet is gehandhaafd.

82 Dienaangaande moet worden benadrukt dat het Gerecht, door de bewijswaarde die aan deze verklaring diende te worden verleend soeverein te hebben bepaald, de regels betreffende de bewijsvoering of de bewijslast niet heeft geschonden.

83 Ook al zou worden aangenomen dat – zoals Schröder stelt – het proces-verbaal van deze terechtzitting in strijd met artikel 63, lid 2, van verordening nr. 1239/95 niet ter goedkeuring aan partijen is voorgelegd, moet voorts worden geoordeeld dat de vaststellingen van het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest tot diens soevereine beoordeling behoren en niet in het stadium van hogere voorziening opnieuw ter discussie kunnen worden gesteld.

84 Het staat immers enkel aan het Gerecht om uit te maken of de verklaringen van Heine in de afwijzende beslissing onvolledig waren opgenomen. Waar het Gerecht in punt 131 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat dit niet het geval was, heeft het in casu de betrokken feiten geenszins onjuist opgevat.

85 Bovendien zou deze onregelmatigheid, gesteld al dat zij zou zijn bewezen, geen invloed hebben op de inhoud van de verklaring van Heine zoals deze door het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest in aanmerking is genomen.

86 Bijgevolg moeten het eerste en het tweede onderdeel van het onderzochte middel in hun geheel worden afgewezen.

Derde, vierde en vijfde onderdeel: onjuiste rechtsopvattingen bij de beoordeling van de bewijswaarde van de verklaringen van Van Jaarsveld.

– **Argumenten van partijen**

87 Met deze drie onderdelen van het eerste middel betwist Schröder in wezen de redenering op basis waarvan het Gerecht in punt 81 van het bestreden arrest de stelling van de kamer van beroep heeft bevestigd dat „de ervaring ‚lijkt uit te sluiten‘ dat planten van het ras SUMCOL 01 in de privétuin van Van Jaarsveld zijn kunnen belanden”.

88 Met het derde onderdeel betoogt Schröder in dit verband dat de vaststellingen van het Gerecht in punt 82 van het bestreden arrest onjuist zijn, aangezien hij reeds op 19 augustus 2003 had aangetoond dat planten van het kandidaat-ras via postbestelling uit Duitsland konden worden verkregen en dat dit ras in Zuid-Afrika niet in tuinentra beschikbaar was, maar uitsluitend in de tuin van Van Jaarsveld voorkwam. Bovendien is Schröder van mening dat het Gerecht de door hem ver-

strekke bewijselementen onjuist heeft opgevat, voor zover het zijn beoordeling aldus heeft geformuleerd dat het de vaststelling van de kamer van beroep bevestigde dat het referentieras algemeen kon worden verkregen in boomkwekerijen in Zuid-Afrika.

89 Met het vierde onderdeel komt Schröder op tegen de wijze waarop het Gerecht in de punten 84, 93 en 95 van het bestreden arrest de geloofwaardigheid en de onpartijdigheid van Van Jaarsveld heeft beoordeeld, waarbij het Gerecht volgens hem voorbij is gegaan aan de door hem overgelegde bewijzen betreffende de motieven die Van Jaarsveld had om te beletten dat een communautair kwekersrecht zou worden verkregen voor het ras SUMCOL 01.

90 Met het vijfde onderdeel stelt hij dat het Gerecht in punt 85 van het bestreden arrest blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zijn betoog over de „geloofwaardigheid” van Van Jaarsveld en de waarschijnlijkheid van diens verklaringen buiten beschouwing te laten.

91 Volgens het CBP betwist Schröder louter feitelijke vaststellingen die het Hof niet kan toetsen. Met de bewering dat Van Jaarsveld een concurrent is, voert Schröder bovendien een argument aan dat voor het eerst in het stadium van de hogere voorziening wordt aangevoerd, hetgeen in strijd is met artikel 42 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

– Beoordeling door het Hof

92 Aangezien het derde, het vierde en het vijfde onderdeel van het eerste middel betrekking hebben op de beoordeling door het Gerecht van de aanwezigheid van de plant SUMCOL 01 in de privétuin van Van Jaarsveld, in Zuid-Afrika, moeten zij samen worden onderzocht.

93 In dit verband heeft het Gerecht in punt 86 van het bestreden arrest geoordeeld dat „het betoog van [Schröder] waarmee hij beoogt de stelling van de kamer van beroep te weerleggen dat de ervaring „lijkt uit te sluiten” dat planten van het ras SUMCOL 01 in de privétuin van Van Jaarsveld zijn kunnen belanden, in geen geval [kan] slagen”.

94 Dit antwoord op dat deel van het middel is niet aangetast door een onjuiste rechtsopvatting.

95 Gesteld al, zoals het Gerecht heeft geconstateerd, dat zou kunnen worden bewezen dat het ras SUMCOL 01 in de tuin van Van Jaarsveld in Zuid-Afrika voorkwam, heeft deze omstandigheid immers geen invloed op de wetenschappelijke vaststellingen dat er verschillen bestonden tussen het laatstgenoemde ras en de uit de privétuin van Van Jaarsveld afkomstige plant die als referentieras is gebruikt, op welke vaststellingen de litigieuze beslissing is gebaseerd.

96 Bijgevolg zijn het derde, het vierde en het vijfde onderdeel van het onderzochte middel irrelevant en moeten zij worden afgewezen.

Zesde onderdeel: de vaststelling dat het referentieras als algemeen bekend kon worden beschouwd.

– Argumenten van partijen

97 Met het zesde onderdeel van het onderhavige middel betwist Schröder in wezen de vaststellingen van het Gerecht in de punten 68, 80, 90, 91 en 96 van het

bestreden arrest, betreffende de algemene bekendheid – in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 2100/94 – van de planten uit de privétuin van Van Jaarsveld.

98 Hij stelt daartoe dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van verschillende onjuiste rechtsopvattingen.

99 In de eerste plaats betoogt Schröder dat het Gerecht blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en de bewijzen onjuist heeft opgevat door er ten onrechte van uit te gaan dat de kamer van beroep, het CBP en het Bundessortenamt het referentieras van Van Jaarsveld hadden gelijkgesteld met een „ras” dat is beschreven door Codd, een Zuid-Afrikaanse plantkundige.

100 In de tweede plaats is het bestreden arrest tegenstrijdig, voor zover in de punten 80 en 96 wordt verklaard dat Codd de botanische „soort” *Plectranthus ornatus* heeft beschreven, terwijl in punt 91 van dat arrest naar het „ras” *Plectranthus ornatus* wordt verwezen.

101 In de derde plaats heeft het Gerecht het voorwerp van het geding verruimd, hoewel het in punt 68 van het bestreden arrest heeft verklaard dat het CBP zich niet voor het eerst in het kader van de procedure voor het Gerecht op een door Codd beschreven „ras” kon beroepen, aangezien dit ras niet door de kamer van beroep in aanmerking was genomen.

102 Het CBP is van mening dat dit onderdeel van het aangevoerde middel onvoldoende nauwkeurig is en moet worden afgewezen uit hoofde van artikel 112 van het Reglement voor de procesvoering van het Hof.

103 Niettemin stelt het CBP dat het referentieras als algemeen bekend moet worden beschouwd, aangezien Van Jaarsveld bevestigt dat het op de datum van de indiening van de aanvraag voor een communautair kwekersrecht in Zuid-Afrika reeds werd verhandeld, dat de betrokken planten van een van zijn vrienden afkomstig waren, dat het Gerecht terecht heeft geverifieerd of het „ras” en niet de „soort” algemeen bekend was, en dat Schröder niet heeft aangetoond dat het dictum van het bestreden arrest anders zou zijn geweest indien het Gerecht de wetenschappelijke literatuur buiten beschouwing zou hebben gelaten.

– Beoordeling door het Hof

104 Met de drie ter onderbouwing van dit onderdeel van het eerste middel aangevoerde argumenten wordt opgekomen tegen de in punt 92 van het bestreden arrest geformuleerde conclusie van het Gerecht dat het referentieras algemeen bekend was.

105 Dienaangaande dient er in de eerste plaats op te worden gewezen dat, anders dan Schröder betoogt, het Gerecht in punt 91 van dat arrest heeft geconstateerd dat de kamer van beroep het referentieras van Van Jaarsveld niet met een door Codd beschreven ras heeft gelijkgesteld, maar dat deze kamer dit ras enkel heeft gelijkgesteld met het in Zuid-Afrika bekende ras dat tot de soort *Plectranthus ornatus* behoort. Het beoogde aldus de stelling van Schröder te weerleggen dat de door Van Jaarsveld toegestuurde plant een alleenstaande plant uit diens tuin was.

106 Wat in de tweede plaats de tegenstrijdigheid tussen de punten 80, 81 en 91 van het bestreden arrest betreft, wegens de beweerde verwarring tussen de begrippen „ras” en „soort”, moet worden vastgesteld dat uit deze punten niet blijkt dat het Gerecht niet naar behoren rekening heeft gehouden met het verschil tussen deze begrippen. In punt 80 van dat arrest heeft het Gerecht immers verklaard dat „vele rassen tot de soort *Plectranthus ornatus* behoren” en in punt 91 van dat arrest heeft het Gerecht naar „het Zuid-Afrikaanse ras van de soort *Plectranthus ornatus*” verwezen.

107 Bovendien levert het enkele feit dat het Gerecht ten onrechte zou hebben gesuggereerd dat, zoals Schröder stelt, Codd in zijn werken een ras van *Plectranthus ornatus* in plaats van de overeenkomstige soort heeft beschreven, geen tegenstrijdigheid op. Zoals de advocaat-generaal in punt 67 van zijn conclusie heeft aangegeven, bestaat een „soort” per definitie enkel via zijn verschillende rassen en kan een plantensoort dus niet gedetailleerd worden beschreven, los van de rassen die tot deze soort behoren.

108 In de derde plaats berust het argument dat op de verruiming van het voorwerp van de procedure is gebaseerd, op een onjuiste lezing van punt 91 van het bestreden arrest, en moet het derhalve ongegrond worden verklaard.

109 Bijgevolg moet het zesde onderdeel van het onderzochte middel worden afgewezen.

110 Uit een en ander volgt dat het eerste middel in zijn geheel dient te worden afgewezen.

Tweede middel

111 Dit tweede middel bestaat uit vijf onderdelen.

Eerste, tweede en derde onderdeel: tegenstrijdigheden, onjuiste rechtsopvattingen en schending van het gemeenschapsrecht, wat de inaanmerkingneming betreft van wetenschappelijke publicaties als bewijs van de algemene bekendheid van het referentieras.

– Argumenten van partijen

112 Met het eerste onderdeel van het onderhavige middel betoogt Schröder in wezen in de eerste plaats dat het Gerecht in de punten 66, 80 en 96 tot en met 100 van het bestreden arrest zichzelf heeft tegengesproken door te oordelen dat „zeer diverse rassen” tot de botanische soort *Plectranthus ornatus* kunnen behoren, en door uiteindelijk toe te geven dat de in de publicaties opgenomen beschrijvingen aan de beschrijving van een botanische „soort” beantwoorden. Document TG/1/3 van de UPOV van 19 april 2002 (hierna: „document TG/1/3”) gewaagt immers enkel van de beschrijving van „een ras” om de algemene bekendheid daarvan te beoordelen.

113 In de tweede plaats hoefde het Gerecht niet te verifiëren of de betrokken soort reeds bekend was door zich op een gedetailleerde beschrijving te baseren, gelet op de beperkte omvang van zijn toetsing zoals die in punt 66 van het bestreden arrest is omschreven.

114 Het CBP voert aan dat dit eerste onderdeel van het tweede middel het zesde onderdeel van het eerste middel louter herhaalt.

115 Met het tweede onderdeel van het tweede middel stelt Schröder zich op het standpunt dat het onderzoek van de feiten door zowel het CBP als de kamer van beroep en het Gerecht kennelijk onvolledig was, voor zover de verschijningsvorm van de in de publicatie van Codd beschreven kenmerken niet met die van het kandidaat-ras is vergeleken.

116 Het CBP wijst erop dat in het stadium van hogere voorziening niet meer kan worden opgekomen tegen het door hemzelf of door de kamer van beroep verrichte onderzoek van de feiten.

117 Met het derde onderdeel van dit middel betoogt Schröder dat artikel 7, lid 2, van verordening nr. 2100/94 in beginsel verbiedt een gedetailleerde beschrijving van een in een publicatie opgenomen ras in te roepen ter beoordeling van het feit of een kandidaat-ras als onderscheidbaar kan worden aangemerkt. Bovendien bevat het Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekproducten van 2 december 1961, in de herziene versie van 19 maart 1991 waartoe de Europese Gemeenschap is toegetreden, niet langer het voorbeeld van een gedetailleerde beschrijving van een ras om de algemene bekendheid ervan te bewijzen, hoewel deze vereiste uitdrukkelijk was vermeld in de op 23 oktober 1978 herziene versie van dit verdrag. Bijgevolg had noch de kamer van beroep noch het Gerecht zich op een in de publicatie van Codd opgenomen beschrijving mogen baseren.

118 Verder druipt de door het Gerecht aan artikel 7, lid 2, van verordening nr. 2100/94 gegeven uitlegging in tegen de Duitse wetgeving die op het gebied van de bescherming van kwekersrechten van toepassing is, gaat deze uitlegging voorbij aan de bijzonderheden van het te beschermen voorwerp, dat uit levende materie bestaat, en is zij in strijd met de doctrine.

119 Het CBP merkt op dat elk type bewijs mag worden overgelegd met het oog op het onderzoek van de algemene bekendheid van het kandidaat-ras en dat verordening nr. 2100/94 ter zake in geen enkele uitzondering voorziet.

– Beoordeling door het Hof

120 Met het eerste, het tweede en het derde onderdeel van het tweede middel betwist Schröder in wezen dat het Gerecht heeft aanvaard dat de in een wetenschappelijke publicatie opgenomen gedetailleerde beschrijving van een ras in aanmerking kan worden genomen als bewijs van de algemene bekendheid daarvan in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 2100/94.

121 In dit verband moet worden vastgesteld dat het Gerecht in punt 96 van het bestreden arrest – ten overvloede – naar de wetenschappelijke literatuur heeft verwezen als bevestiging van de verklaringen van Van Jaarsveld. In de punten 97 en 98 van dat arrest heeft het Gerecht gepreciseerd dat volgens de richtsnoeren van de UPOV en inzonderheid overeenkomstig punt 5.2.2.1, met als opschrift „Algemene bekendheid”, van document TG/1/3 van de UPOV van 19 april 2002, „de publicatie van een gedetailleerde beschrijving [met name] [immers] een van de factoren [is] waarmee rekening dient te worden gehouden bij het bewijzen van de algemene bekendheid”. In punt 99 van dat arrest

heeft het erkend dat met een dergelijke factor ook rekening kan worden gehouden in het kader van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 2100/94 en in punt 100 van datzelfde arrest heeft het geoordeeld dat de kamer van beroep op goede gronden rekening heeft gehouden met de gedetailleerde beschrijvingen in de werken van Codd, teneinde de algemene bekendheid van het referentieras aan te tonen.

122 Dienaangaande zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak het Hof grieven tegen ten overvloede aangevoerde overwegingen van een arrest van het Gerecht zonder meer afwijst, omdat zij niet tot vernietiging van dit arrest kunnen leiden en derhalve niet ter zake dienend zijn (zie arrest van 7 november 2002, Hirschfeldt/AEE, C-184/01 P, Jurispr. blz. I-10173, punt 48).

123 In casu moet worden geconstateerd dat de in de punten 96 tot en met 100 van het bestreden arrest opgenomen motivering van het Gerecht ten overvloede is geformuleerd ten opzichte van de motivering die in de punten 89 tot en met 95 van datzelfde arrest is ontwikkeld.

124 Bijgevolg zijn het eerste, het tweede en het derde onderdeel van het tweede middel irrelevant en dienen zij dus te worden afgewezen.

Vierde onderdeel: het Gerecht heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de argumenten van Schröder betreffende schending van artikel 62 van verordening nr. 2100/94 te miskennen.

– **Argumenten van partijen**

125 Schröder stelt dat het Gerecht blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door zijn op schending van artikel 62 van verordening nr. 2100/94 gebaseerd betoog af te wijzen. Volgens hem heeft het Gerecht in punt 104 van het bestreden arrest ten onrechte geoordeeld dat zijn in punt 103 van dat arrest aangehaalde stelling dat het CBP had moeten erkennen dat het ras SUMCOL 01 duidelijk onderscheidbaar was, kennelijk in tegenspraak was met de door hem geponeerde stelling dat het kandidaat-ras SUMCOL 01 en het referentieras een en hetzelfde ras vormden. Van dergelijke tegenspraak is geen sprake, aangezien, zo de door Van Jaarsveld toegezonden planten tot het ras SUMCOL 01 behoorden, er geen sprake is van een „referentieras” om het betrokken onderscheid aan te tonen.

126 Het CBP concludeert tot afwijzing van dit onderdeel van het tweede middel.

– **Beoordeling door het Hof**

127 Om te beginnen moet worden vastgesteld dat het Gerecht de premisse – waarop het betoog van Schröder is gebaseerd – dat het referentieras en het kandidaat-ras een en hetzelfde ras zijn, reeds in punt 87 van het bestreden arrest had afgewezen.

128 Zelfs indien zou worden aangenomen dat het Gerecht in punt 104 van het bestreden arrest ten onrechte zou hebben geoordeeld dat het betoog van Schröder tegenstrijdig was, hoewel deze in het kader van artikel 62 van verordening nr. 2100/94 een subsidiair middel had aangevoerd, moet evenwel worden vastgesteld dat het Gerecht dit middel heeft afgewezen op de gronden die

in punt 106 van het bestreden arrest zijn opgenomen, waartegen Schröder niet is opgekomen.

129 Bijgevolg moet het vierde onderdeel van het tweede middel worden afgewezen.

Vijfde onderdeel: onjuiste rechtsopvattingen bij de beoordeling van de deelneming van Heine aan de terechtzitting

– **Argumenten van partijen**

130 Schröder stelt dat het Gerecht bij zijn onderzoek – in de punten 129 tot en met 132 van het bestreden arrest – van de omstandigheden waarin Heine aan de terechtzitting voor de kamer van beroep heeft deelgenomen, de artikelen 60, lid 1, en 15, lid 2, van verordening nr. 1239/95 heeft geschonden.

131 In dit verband merkt hij in de eerste plaats op dat het Gerecht heeft miskend dat, om een partij in de procedure te horen, een onderzoeksmaatregel moet worden gelast. In de tweede plaats heeft het Gerecht ten onrechte verklaard dat Heine ambtenaar van het CBP was, terwijl zij ambtenaar van het Bundessortenamt was. In de derde plaats heeft het CBP noch de kamer van beroep aangetoond dat was voldaan aan de voorwaarden opdat dit Bureau door Heine geldig kon worden vertegenwoordigd.

132 Het CBP voert aan dat de oproepingen die met het oog op de mondelinge behandeling van 30 mei 2005 zijn verricht, regelmatig waren. Het stond enkel aan de voorzitter van het CBP om te beslissen over de samenstelling van zijn delegatie, en dus ook over de deelneming van Heine, die aan de voorbereiding van de afwijzende beslissing had deelgenomen.

– **Beoordeling door het Hof**

133 Vastgesteld moet worden dat het Gerecht er in punt 130 van het bestreden arrest op heeft gewezen dat uit het proces-verbaal ter terechtzitting van de kamer van beroep blijkt dat Heine als gemachtigde van het CBP voor deze kamer is verschenen, en niet als getuige of deskundige.

134 Aangezien Heine dus als gemachtigde [vertegenwoordigster] van het CBP moet worden beschouwd, kunnen de in de artikelen 60, lid 1, en 15, lid 1, van verordening nr. 1239/95 neergelegde verplichtingen niet dienstig worden ingeroepen.

135 Aangezien het CBP overeenkomstig artikel 68 van verordening nr. 2100/94 een partij in de beroepsprocedure is en Heine zijn gemachtigde is, heeft het Gerecht artikel 60, lid 1, van verordening nr. 1239/95 niet geschonden door in punt 130 van het bestreden arrest te oordelen dat voor haar verschijning ter terechtzitting geen onderzoeksmaatregel in de zin van deze bepaling hoefde te worden gelast.

136 Bovendien heeft het Gerecht er terecht op gewezen de handelingen die Heine op grond van de overeenkomst tussen het CBP en het Bundessortenamt in verband met het technische onderzoek had gesteld, ten aanzien van derden overeenkomstig artikel 15, lid 2, van verordening nr. 1239/95 als handelingen van het CBP worden beschouwd.

137 Bijgevolg moet het vijfde onderdeel van het onderzochte middel worden afgewezen.

138 Uit een en ander volgt dat het tweede middel in zijn geheel dient te worden afgewezen.

139 Uit alle bovenvermelde overwegingen volgt dat de hogere voorziening moet worden afgewezen.

Kosten

140 Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dit reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevorderd. Aangezien Schröder in het ongelijk is gesteld, moet hij overeenkomstig de vordering van het CBP worden verwezen in de kosten.

Het Hof (Tweede kamer) verklaart:

- 1) De hogere voorziening wordt afgewezen.
- 2) R. Schröder wordt verwezen in de kosten.

Conclusie Advocaat-Generaal J. Mazák

van 3 december 2009 (1)

Zaak C-38/09 P

Ralf Schröder

tegen

Communautair Bureau voor plantenrassen (CBP)

„Hogere voorziening – Communautair kwekersrecht – Verordeningen nrs. 2100/94 en 1239/95 – Beslissing van kamer van beroep van Communautair Bureau voor plantenrassen – Afwijzing van aanvraag voor communautair kwekersrecht voor plantenras „SUMCOL 01” – Onderscheidbaarheid van kandidaat-ras – Elementen die in aanmerking kunnen worden genomen om algemene bekendheid van ras vast te stellen”

I – Inleiding

1. Met de onderhavige hogere voorziening verzoekt R. Schröder het Hof van Justitie om vernietiging van het arrest van het Gerecht van eerste aanleg (Zevende kamer) van 19 november 2008 in zaak T-187/06, Ralf Schröder/Communautair Bureau voor plantenrassen (CBP) (hierna: „bestreden arrest”)(2), houdende verwerping van het beroep van Schröder tegen de beslissing van de kamer van beroep van het CBP (hierna: „kamer van beroep”) van 2 mei 2006 (hierna: „litigieuze beslissing”) tot afwijzing van zijn aanvraag voor een communautair kwekersrecht voor het plantenras SUMCOL 01 (hierna: „kandidaat-ras”) overeenkomstig verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht(3).

2. De hogere voorziening betreft in wezen de vraag of het Gerecht de litigieuze beslissing, volgens welke het kandidaat-ras niet duidelijk onderscheidbaar was van het referentieras dat als algemeen bekend diende te worden beschouwd, terecht heeft bevestigd.

II – Rechtskader

3. Volgens artikel 6 van verordening nr. 2100/94 wordt de communautaire bescherming voor kweekproducten verleend voor rassen die onderscheidbaar, homogeen, bestendig en nieuw zijn.

4. Artikel 7 van verordening nr. 2100/94 luidt:

„1. Een ras wordt als onderscheidbaar aangemerkt, indien het door de uitingsvorm van de eigenschappen, die voortvloeit uit een bijzonder genotype of een combinatie van genotypen, duidelijk te onderscheiden is van elk ander ras waarvan het bestaan op de overeenkomstig het bepaalde in artikel 51 vastgestelde datum van indiening van de aanvraag algemeen bekend is.

2. Het bestaan van een ander ras wordt met name als algemeen bekend beschouwd, indien op de overeenkomstig artikel 51 vastgestelde datum van indiening van de aanvraag:

- a) in de Gemeenschap, in een Staat of in een intergouvernementele organisatie die op dit gebied bevoegd is, voor dat ras reeds een kwekersrecht bestaat of het ras in een officieel rassenregister is opgenomen;
- b) voor dat ras reeds een aanvraag voor het verlenen van een kwekersrecht of tot opnemning ervan in een officieel rassenregister is ingediend, mits de aanvraag intussen is ingewilligd.

In de krachtens artikel 114 op te stellen uitvoeringsbepalingen kunnen als voorbeelden andere gevallen worden genoemd voor wat als algemeen bekend moet worden beschouwd.”

5. Overeenkomstig artikel 67 van verordening nr. 2100/94 kan beroep worden ingesteld tegen de beslissingen van het CBP genomen op grond van onder meer de artikelen 61 en 62.

6. Artikel 70 van verordening nr. 2100/94 bepaalt:

„1. Acht de instantie van het [CBP] die de beslissing heeft voorbereid, het beroep ontvankelijk en gegrond, dan moet het [CBP] die beslissing corrigeren. Dit geldt niet wanneer tegenover de appellatant een andere partij in de beroepsprocedure staat.

2. Wordt de beslissing niet binnen een maand na ontvangst van de uiteenzetting van de beroepsgronden gecorrigeerd, dan:

- besluit het [CBP] onverwijld of het op grond van artikel 67, lid 2, tweede zin, maatregelen zal nemen
- legt het [CBP] het beroep onverwijld voor aan de kamer van beroep.”

7. Artikel 75 van verordening nr. 2100/94 bepaalt met betrekking tot de motivering van de beslissingen en het recht om te worden gehoord:

„De beslissingen van het [CBP] worden met redenen omkleed. Ze kunnen slechts worden genomen op gronden en bewijselementen ten aanzien waarvan de partijen in de procedure mondeling of schriftelijk hun standpunt hebben kunnen bepalen.”

8. Artikel 76 van verordening nr. 2100/94 luidt als volgt:

„In de procedure stelt het [CBP] ambtshalve een onderzoek in naar de feiten in de mate waarin zij het voorwerp zijn van onderzoek overeenkomstig de artikelen 54 en 55. Het houdt geen rekening met feiten en bewijsmiddelen die niet binnen de door het [CBP] gestelde termijn zijn aangevoerd.”

9. De artikelen 60, 61, 62 en 63 van verordening (EG) nr. 1239/95 van de Commissie van 31 mei 1995 houdende voorschriften ter uitvoering van verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad, betreffende de procedure voor het Communautair Bureau voor

plantenrassen(4) stellen regels vast voor respectievelijk de bewijsvergaring door het CBP, de aanwijzing van deskundigen, de kosten van de bewijsvoering en het verslag van de mondelinge behandeling en de bewijsvoering.

III – Feiten

10. In het bestreden arrest zijn de feiten die tot het onderhavige geding aanleiding hebben gegeven, weergegeven als volgt:

„10 Op 7 juni 2001 heeft [rekwirant], R. Schröder, bij het CBP een aanvraag voor een communautair kwekersrecht ingediend krachtens verordening nr. 2100/94. Deze aanvraag werd ingeschreven onder nummer 2001/0905.

11 Het communautaire kwekersrecht werd aangevraagd voor het plantenras SUMCOL 01 (hierna: ‚ras SUMCOL 01’ of ‚kandidaat-ras’). Aanvankelijk werd gesteld dat dit ras behoorde tot de soort *Coleus canina*, *Katzenschreck*. Vervolgens zijn de partijen het erover eens geworden dat dit ras eerder tot de soort *Plectranthus ornatus* behoort.

12 In zijn aanvraag heeft [rekwirant] erop gewezen dat het kandidaat-ras reeds op de markt was gebracht op het grondgebied van de Europese Unie, aanvankelijk in januari 2001, onder de benaming ‚Verpiss dich’ (kattenschrik), maar niet buiten dit grondgebied. Het ras is een kruising tussen een plant van de soort *Plectranthus ornatus* en een plant van de soort *Plectranthus* ssp. (in het Duits de ‚Buntnessel’ uit Zuid-Amerika).

13 Op 1 juli 2001 heeft het CBP het Bundessortenamt (Federaal Bureau voor plantenrassen, Duitsland) overeenkomstig artikel 55, lid 1, van verordening nr. 2100/94 belast met het technische onderzoek.

14 Zowel uit het dossier en de uiteenzetting van de feiten in de [litigieuze] beslissing als uit het – door het CBP niet betwiste – feitelijke betoog in het verzoekschrift blijkt dat concurrenten van [rekwirant] tijdens het eerste jaar van de onderzoeksprocedure bezwaar hebben gemaakt tegen de verlening van het aangevraagde communautaire kwekersrecht. Deze concurrenten stelden dat het kandidaat-ras geen nieuw kweekproduct was, maar een uit Zuid-Afrika afkomstig wild ras dat al jarenlang in dat land en ook in Duitsland werd verkocht.

15 Het kandidaat-ras werd eerst vergeleken met een referentieras dat werd geleverd door de onderneming Unger, een concurrent van [rekwirant], en dat deze onderneming had ingedeeld bij de soort *Plectranthus comosus*, ‚gelijksoortig aan ornatus’. Deze twee rassen bleken inderdaad niet duidelijk te onderscheiden te zijn. Unger heeft echter niet kunnen bewijzen dat het referentieras reeds bekend was. In zijn tussenrapport van 28 november 2002, dat conform de normen van de UPOV (Internationale Unie voor de bescherming van kweekproducten) is opgesteld, heeft het Bundessortenamt bijgevolg opgemerkt:

‚[...] dit jaar was SUMCOL 01 niet onderscheidbaar van de planten *Plectranthus ornatus* van de vennootschap Unger. Unger kon evenwel niet bewijzen dat de planten sinds 1998 werden verkocht. In 2003 is een nieuw onderzoek nodig.’

16 Op 20 maart 2002 heeft Dr. Menne, namens Heine, onderzoeker bij het Bundessortenamt die met het technische onderzoek was belast, contact opgenomen met E. van Jaarsveld, een medewerker van de plantentuin te Kirstenbosch (Zuid-Afrika), met verzoek om stekken of zaaigoed van de soorten *Plectranthus comosus* of *Plectranthus ornatus* toe te zenden, omdat hij van plan was deze stekken of dat zaaigoed te gebruiken als referentierassen. Van Jaarsveld werd ook verzocht te melden of rassen van deze soorten in Zuid-Afrika op de markt te verkrijgen zijn.

17 Op 25 maart 2002 heeft van Jaarsveld het volgende geantwoord:

‚In ons land is de teelt van de soorten *Plectranthus comosus* en *P. ornatus* gebruikelijk. De eerste soort wordt voortaan beschouwd als een zich uitzaaiende adventieve plant en mag niet meer worden verkocht in boomkwekerijen. Er zijn veelkleurige cultivars beschikbaar en die worden vaak gekweekt; naar mijn mening is vermeerdering nog steeds wettig. De soort *P. ornatus* wordt nog altijd veel gebruikt en verkocht door boomkwekers. Nu is het herfst en ik zal zaaigoed van beide soorten zoeken. Omdat het geen inheemse planten van onze streek zijn, worden ze hier niet te Kirstenbosch gekweekt en moet ik op zoek gaan naar zaaigoed van planten uit privé-tuinen.’

18 In een brief van 15 mei 2002 heeft Miller, van de Royal Horticultural Society te Wisley (Verenigd Koninkrijk), aan Heine het volgende geschreven:

‚Jammer genoeg hebben wij geen zaaigoed van *Plectranthus*. Ik stel voor dat u contact opneemt met de Botanical Society of South Africa te Kirstenbosch [...], of met Silverhill Seeds [...], Kaapstad, Zuid-Afrika.

Wat *C. Canina* betreft, is het nagenoeg zeker dat het gaat om de soort *Plectranthus ornatus*, die vroeger verkeerdelijk werd aangeduid met de naam *P. comosus*. Van *C. Canina* heb ik enkele plantjes meegebracht om uit te planten en zij zijn min of meer gelijk aan die van de soort *P. Ornatus* die ik al jaren kweek, en aan een plant die ik begin vorig jaar voor identificatie heb gekregen van een boomkweker in Groot-Brittannië.’

19 In een brief van 16 oktober 2002 heeft van Jaarsveld zich betreffende een door Heine opgestuurde foto van het kandidaat-ras op het volgende standpunt gesteld:

‚Zonder enige twijfel is uw plant een *P. ornatus* Codd. Ik ken deze soort zeer goed. *P. comosus* is een grote struik met sterk verschillende harige bladeren.’

20 Op 12 december 2002 heeft het Bundessortenamt van van Jaarsveld stekken ontvangen, die naar hij stelde afkomstig waren uit zijn privé-tuin. Aangezien een aantal stekken wellicht wegens de koude de reis niet had overleefd, heeft het Bundessortenamt de stekken die de reis wel hadden overleefd, vermeerderd om extra stekken te hebben. De aldus verkregen planten werden gedurende het onderzoeksjaar 2003 gekweekt samen met de planten van het kandidaat-ras SUMCOL 01. Na dit onderzoek is gebleken dat het kandidaat-ras slechts in geringe mate onderscheidbaar was van de planten die waren verkregen uit de door van Jaarsveld opgestuurde stekken. Volgens een e-mailbericht van Heine van 19

augustus 2003 waren de verschillen weliswaar ‚aanzienlijk’, doch nauwelijks zichtbaar.

21 Bij brief van 7 augustus 2003 heeft het CBP [rekwirant] ervan in kennis gesteld dat, volgens het Bundessortenamt, ‚er sprake [was] van een gebrek aan onderscheidbaarheid van de planten ten opzichte van de planten die waren getest in de plantentuin te Kirstenbosch’. Tussen de partijen is in confesso dat deze planten in feite afkomstig waren uit de privé-tuin van van Jaarsveld. In deze brief werd er ook op gewezen dat volgens Heine [rekwirant] niet in staat was geweest zijn ras SUMCOL 01 te identificeren tijdens zijn bezoek aan het proefveld van het Bundessortenamt.

22 In september 2003 heeft [rekwirant] opmerkingen over de resultaten van het technische onderzoek ingediend. Op basis van, ten eerste, de resultaten van zijn onderzoeksreis in Zuid-Afrika van 29 augustus tot en met 1 september 2003 en, ten tweede, de resultaten van zijn bezoek aan de plantentuin te Meise (België) op 15 september 2003 heeft hij verklaard dat hij ervan overtuigd was dat de planten uit de tuin van van Jaarsveld, die als vergelijkingspunt waren gebruikt, niet tot het referentieras behoorden, maar tot het ras SUMCOL 01 zelf. Bovendien heeft hij twijfels geuit over de algemene bekendheid van het referentieras.

23 Het eindrapport van het Bundessortenamt van 9 december 2003, dat conform de normen van de UPOV is opgesteld, werd aan [rekwirant] voor opmerkingen voorgelegd, samen met een brief van het CBP van 15 december 2003. De conclusie van dit rapport luidt dat het kandidaat-ras SUMCOL 01 niet onderscheidbaar is van het referentieras *Plectranthus ornatus* uit Zuid-Afrika (van Jaarsveld).

24 Op 3 februari 2004 heeft [rekwirant] zijn laatste opmerkingen over dat rapport ingediend.

25 Bij beslissing R 446 van 19 april 2004 (hierna: ‚afwijzende beslissing’) heeft het CBP de aanvraag voor een communautair kwekersrecht afgewezen op grond dat het ras SUMCOL 01 niet onderscheidbaar is in de zin van artikel 7 van verordening nr. 2100/94.

26 Wat inzonderheid de voorwaarde van algemene bekendheid van het referentieras betreft, heeft het CBP in de afwijzende beslissing geoordeeld als volgt:

‚Tijdens het technische onderzoek is gebleken dat het ras „SUMCOL 01” door de uitingvorm van de geobserveerde eigenschappen niet duidelijk te onderscheiden was van het referentiemateriaal *Plectranthus ornatus* uit Zuid-Afrika, dat algemeen bekend was op de datum van indiening van de aanvraag (7 juni 2001).

[...]

Van Jaarsveld heeft verklaard dat in de plantentuin te Kirstenbosch hoofdzakelijk inheemse soorten worden gekweekt. *P. ornatus* is in Zuid-Afrika geen inheemse soort, hetgeen verklaart waarom deze soort niet in de plantentuin wordt gekweekt. Het [referentie]ras is nochtans op de markt en wordt verkocht in tuincentra in Zuid-Afrika, zodat dit ras in privé-tuinen zoals die van van Jaarsveld te vinden is. Aangezien dit ras op de markt te verkrijgen is en in privé-tuinen te vinden is,

moet het worden beschouwd als een algemeen bekend ras.

Het [CBP] heeft geen enkele reden om te twijfelen aan de herkomst van het plantenmateriaal zoals opgegeven door van Jaarsveld.’

27 Op 11 juni 2004 heeft [rekwirant] bij de kamer van beroep van het CBP beroep ingesteld tegen de afwijzende beslissing. Daarbij heeft hij verzocht om inzage van de processtukken. Dit verzoek werd geheel ingewilligd op 25 augustus 2004, dit is vijf dagen vóór het verstrijken van de in artikel 69 van verordening nr. 2100/94 gestelde termijn van vier maanden voor indiening van een schriftelijke uiteenzetting van de beroepsgronden. [Rekwirant] heeft niettemin op 30 augustus 2004 deze schriftelijke uiteenzetting ingediend.

28 Voor de afwijzende beslissing is er geen prejudiciële herziening op grond van artikel 70 van verordening nr. 2100/94 geweest binnen de in deze bepaling gestelde termijn van één maand na ontvangst van de uiteenzetting van de beroepsgronden. Bij brief van 30 september 2004 heeft het CBP evenwel [rekwirant] op de hoogte gebracht van zijn beslissing van diezelfde dag om ‚zijn beslissing uit te stellen’ met twee weken op grond dat nieuwe onderzoeken hem nuttig leken.

29 Op 8 oktober 2004 heeft van Jaarsveld het CBP de volgende toelichting gegeven:

‚*Plectranthus ornatus* werd door Dr. L. E. Codd beschreven in zijn werk „*Plectranthus and allied genera in southern Africa*” [Bothalia 11, 4: blz. 393-394 (1975)]. In zijn diagnose stelt Dr. Codd vast dat „deze plant op rotsen in halfschaduw groeit, op een hoogte van 1 000 tot 1 500 meter, in een gebied van Ethiopië tot Tanzania. De plant wordt gekweekt en is geseminaturaliseerd in Zuid-Afrika.” Ik kan dus stellen en samen met Dr. Codd bevestigen dat deze plant sinds meer dan 30 jaar in onze plaatselijke boomkwekerijen te verkrijgen is. Reeds in 1975 werd deze plant op grote schaal gebruikt en verkocht, maar onder de naam *P. neochilus*. Thans is *Plectranthus ornatus* overal in tuinen in Zuid-Afrika te vinden en een gangbare plant in tuincentra.’

30 Op 13 oktober 2004 heeft het CBP van Jaarsveld nieuwe vragen gesteld over de plaats waar en het tijdstip waarop stekken werden genomen, over het bewijs van de aankoop ervan, over mogelijke andere wijzen van verkrijging en de mogelijke herkomst van het Europese plantenmateriaal, alsmede over de verwijzing naar het werk van Dr. Codd.

31 Op 15 oktober 2004 heeft van Jaarsveld het volgende geantwoord:

‚De planten in kwestie werden niet aangekocht – het gaat om een gewone kloon die overal in Kaapstad en in de Republiek Zuid-Afrika (RZA) wordt aangeplant. De planten die ik heb opgestuurd, zijn afkomstig uit mijn privé-tuin (ik woon en werk in de plantentuin te Kirstenbosch); enkele jaren geleden heb ik uit de tuin van een vriend te Plumstead een stekje gekregen dat in tuincentra te verkrijgen is. Wij kweekten deze plant vroeger in onze plantentuin onder de naam *P. neochilus*, maar sinds wij hebben ontdekt dat het gaat om een uitheemse soort, hebben wij deze plant uit de planten-

tuin te Kirstenbosch verwijderd, want wij kweken uitsluitend planten uit de RZA. Deze kloon is overal in de RZA in boomkwekerijen verkrijgbaar en sinds de jaren zeventig is hij te vinden in ons tuincentrum. Reeds jaren werk ik op Plectr. en ik ben goed vertrouwd met deze kloon; hij wordt niet verkregen uit zaaigoed en heeft dus als unieke kloon dezelfde genetische oorsprong.

Ik stuur u een kopie van de relevante bladzijden uit het werk van Dr. Codd.⁷

32 Het CBP heeft ook contact opgenomen met het Zuid-Afrikaanse ministerie van Landbouw, onder verwijzing naar het standpunt van van Jaarsveld, en dit ministerie verzocht om meer informatie over de mate waarin de soort *Plectranthus ornatus* te verkrijgen is.

33 In haar antwoord van 2 november 2004 heeft J. Sadie, van dit ministerie, het volgende geschreven:

„Ik heb contact gehad met een andere deskundige inzake *Plectranthus*, Dr. Gert Brits, die eveneens houder is. Om te beginnen is *Plectranthus* een soort die sinds jaren het werkdomein van Ernst van Jaarsveld vormt; hij is dus werkelijk een deskundige inzake deze plantensoort en de informatie die hij u verschaft, kunt u voor waar aannemen.

Verder is *Plectranthus ornatus* een soort die afkomstig is uit tropisch Afrika (Tanzania en Kenia). Deze soort is nauw verwant met de Zuid-Afrikaanse soort *P. neochilus*, met als verschil dat laatstgenoemde soort een langere bloeiwijze heeft en het blad van *P. ornatus* een ronde punt heeft. Boomkwekers verwarren beide soorten blijkbaar. Aangezien de meeste boomkwekers geen plantkundigen met een opleiding zijn, vertrouwen zij op anderen voor de identificatie van planten en zeer weinigen onder hen kennen het subtiele onderscheid tussen soorten als deze twee soorten.

In het Pretoria Herbarium bevinden zich gedroogde exemplaren van *P. ornatus*, die in 1960 uit een tuin zijn geplukt. Een bevestiging van de gedroogde exemplaren, die werden geplukt onder genaturaliseerde planten en tuinplanten in Zuid-Afrika, is te vinden in het recente werk van Dr. H. F. Glen, „Cultivated Plants of southern Africa – names, common names, literature”, 2002, blz. 326.

In het werk van L. E. Codd van 1975, „*Plectranthus* (Labiataea) and allied genera in southern Africa”, *Bothalia* 11(4): 371-442, wordt *P. ornatus* vermeld als een kweekplant die in Zuid-Afrika geseminaturaliseerd is. Dit wordt door Andrew Hankey bevestigd in zijn artikel dat is verschenen in nr. 21 van *Plantlife*, september 1999, „The genus *Plectranthus* in South Africa: diagnostic characters and simple fields keys”, blz. 8-15.

Vaststaat dat deze soort uit Afrika afkomstig is en dat, zo planten ook al zijn zij afkomstig uit privé-tuinen, niet kunnen worden onderscheiden van een ras waarvoor een kwekersrecht wordt aangevraagd, dit betekent dat het „ras” niet uniek is.

[...] Wij kunnen productiebronnen van *P. ornatus* bepalen, maar dit vraagt tijd. Ik kan u echter wel doorverwijzen naar de boomkwekers van Rodene Wholesale Nursery te Port Elizabeth, die bezwaar hebben gemaakt tegen de inschrijving van een ras van *P.*

[n]eochilus in de Verenigde Staten, omdat zij op basis van beeldmateriaal dit ras niet kunnen onderscheiden van de gewone *P. neochilus*, die zij al bijna 15 jaar kweken.⁷

34 Op 10 november 2004 heeft het CBP beslist om de afwijzende beslissing niet te corrigeren volgens de in artikel 70 van verordening nr. 2100/94 bedoelde prejudiciële herziening en het beroep aan de kamer van beroep voorgelegd. Het CBP heeft opgemerkt dat de cruciale vraag was of het door van Jaarsveld aan het Bundessortenamt overgelegde plantenmateriaal van het referentieras – zoals [rekwirant] stelt – materiaal is van het ras SUMCOL 01, dat vanuit Duitsland naar Zuid-Afrika is geëxporteerd. Het CBP heeft deze vraag ontkennend beantwoord en zich daarbij gebaseerd op het technische onderzoek van het Bundessortenamt, dat had gewezen op verschillen tussen het kandidaat-ras en het referentieras wat de hoogte van de plant, de breedte van het blad en de lengte van de buis van de bloemkroon betreft.

35 In zijn schriftelijk antwoord van 8 september 2005 op een vraag van de kamer van beroep heeft het CBP erkend dat planten kunnen reageren op wijzigingen in het klimaat en de groeiplaats en dat het – zoals het Bundessortenamt had verklaard – dus niet geheel uitgesloten was dat rassen met zulke geringe verschillen als het kandidaat-ras en het referentieras hetzelfde ras vormden.

36 De partijen werden door de kamer van beroep gehoord ter terechtzitting van 30 september 2005. Uit het proces-verbaal van deze terechtzitting blijkt dat Heine daarop aanwezig was als vertegenwoordiger van het CBP. Zij heeft met name verklaard dat van de zes stekken die van Jaarsveld had opgestuurd, slechts vier de reis hadden overleefd. Om uit te sluiten dat de verschillen tussen het kandidaat-ras en het referentieras te wijten waren aan milieugebonden factoren, werden nieuwe stekken genomen en gebruikt als referentieras. Aangezien dit stekken van de tweede generatie waren, waren de vastgestelde verschillen volgens haar toe te schrijven aan genotypische factoren.

37 Uit het proces-verbaal van de terechtzitting blijkt ook dat de kamer van beroep na afloop van de terechtzitting niet stellig overtuigd was van de algemene bekendheid van het referentieras. Zonder de geloofwaardigheid en de technische deskundigheid van van Jaarsveld in twijfel te trekken heeft zij gemeend dat een aantal van zijn verklaringen ontoereikend was gestaafd, zodat het de kamer noodzakelijk leek een plaatsbezoek in Zuid-Afrika door een van haar leden te gelasten bij wijze van onderzoeksmaatregel in de zin van artikel 78 van verordening nr. 2100/94.

38 [...]

39 Op 27 december 2005 heeft de kamer van beroep bij beschikking de betrokken onderzoeksmaatregel gelast. Deze maatregel zou worden uitgevoerd op voorwaarde dat [rekwirant] een voorschot op kosten van 6 000 EUR betaalde overeenkomstig artikel 62 van verordening (EG) nr. 1239/95 [...]

40 In een memorie van 6 januari 2006 heeft [rekwirant] gesteld dat hij niet verplicht was bewijzen aan te

brengen en dat hij niet aan de oorsprong lag van de onderzoeksmaatregel die de kamer had bevolen. Hij heeft benadrukt dat het de taak van het CBP was om uit te maken of het betrokken ras onderscheidbaar was in de zin van artikel 7 van verordening nr. 2100/94. Daarom was een ‚verkenningreis’ in Zuid-Afrika volgens hem enkel mogelijk in het kader van artikel 76 van verordening nr. 2100/94. Om deze reden was hij geen voorschot op kosten verschuldigd.

41 Bij beslissing van 2 mei 2006 (zaak A 003/2004; hierna: ‚[litigieuze] beslissing’) heeft de kamer van beroep het beroep tegen de afwijzende beslissing verworpen. Zij heeft, zakelijk weergegeven, geoordeeld dat het ras SUMCOL 01 niet duidelijk kon worden onderscheiden van een referentieras dat op het tijdstip van indiening van de aanvraag algemeen bekend was.

42 Aangaande de niet-uitvoering van de bij beschikking bevolen onderzoeksmaatregel heeft de kamer van beroep op bladzijde 20 van deze beslissing het volgende verklaard:

‚De kamer heeft de beschikking houdende een onderzoeksmaatregel betreffende de identiteit en de algemene bekendheid van het referentieras afkomstig uit de tuin van van Jaarsveld niet gegeven omdat zij, na twijfels over voornoemde punten, uiteindelijk ervan overtuigd was dat het als vergelijkingspunt gebruikte ras het referentieras was en niet SUMCOL 01 en dat het referentieras algemeen bekend was op het tijdstip van indiening van de aanvraag.

Daarom ligt het feit dat [rekwirant] het voor de onderzoeksmaatregel gevraagde voorschot op kosten niet heeft betaald, niet ten grondslag aan de beslissing om de onderzoeksmaatregel niet uit te voeren.’ ”

IV – Procedure voor het Gerecht en bestreden arrest

11. Bij verzoekschrift, ingekomen ter griffie van het Gerecht op 18 juli 2006, heeft Schröder bij het Gerecht beroep tot vernietiging van de litigieuze beslissing ingesteld. Het beroep was in wezen gebaseerd op acht middelen inzake schending van verordening nr. 2100/94, meer bepaald artikel 62 juncto artikel 7, leden 1 en 2, artikel 67, lid 2, artikel 70, lid 2, artikel 75 en „het algemene verbod, in een rechtsstaat, om bij verrassing beslissingen te nemen”, artikel 76 en artikel 88, alsook schending van de artikelen 60, lid 1, en 62, lid 1, van verordening nr. 1239/95.

12. Het Gerecht heeft in het bestreden arrest, na te hebben verklaard dat elk van deze middelen ongegrond is, faalt dan wel irrelevant is, het beroep ongegrond verklaard en Schröder verwezen in de kosten.

V – Conclusies van partijen voor het Hof

13. Schröder concludeert dat het Hof:

- het arrest van het Gerecht (Zevende kamer) van 18 november 2008 in zaak T-187/06 vernietigt;
- de vordering in eerste aanleg van rekwirant, strekkende tot vernietiging van de beslissing van de kamer van beroep van het CBP van 2 mei 2006 (zaak A003/2004), toewijst.

Wat dit tweede punt betreft, subsidiair:

- de zaak terugwijst naar het Gerecht voor een nieuwe uitspraak;

- het CBP verwijst in alle kosten van de onderhavige procedure, van de procedure voor het Gerecht en van de procedure voor de kamer van beroep.

14. Het CBP concludeert dat het Hof:

- de hogere voorziening afwijst;
- Schröder verwijst in de kosten van de procedures voor het Gerecht en het Hof.

VI – Hogere voorziening

A – Opmerkingen vooraf

15. Ter onderbouwing van zijn hogere voorziening voert Schröder twee middelen aan, die elk in verschillende afzonderlijke onderdelen uiteenvallen.

16. Met zijn eerste middel, dat uit zes onderdelen bestaat, stelt Schröder in wezen dat het Gerecht bij de toetsing van de litigieuze beslissing een reeks procedurefouten heeft gemaakt, doordat het te strenge eisen aan zijn betoog heeft gesteld, een tegenstrijdige uitspraak heeft gedaan, het recht om te worden gehoord heeft geschonden, kennelijk onjuiste feitelijke vaststellingen heeft gedaan en de feiten en bewijselementen onjuist heeft opgevat.

17. Met het tweede middel, dat uit vijf onderdelen bestaat, stelt hij verdere schendingen van het gemeenschapsrecht, kennelijke tegenstrijdigheden en proceduregebreken, inzonderheid voor zover het Gerecht heeft bevestigd dat de gedetailleerde beschrijving van een plantenras in de wetenschappelijke literatuur in aanmerking kan worden genomen als een bewijs dat een kandidaat-ras algemeen bekend is.

18. Het CBP stelt zich op het standpunt dat de middelen waarop de onderhavige hogere voorziening is gebaseerd, niet-ontvankelijk moeten worden verklaard, aangezien zij rechtstreeks zijn gericht tegen de beoordeling door het Gerecht van de feiten en de bewijselementen. Het CBP betwist hoe dan ook alle door Schröder aangevoerde argumenten en stelt dat de middelen van rekwirant ongegrond moeten worden verklaard.

19. In dit verband lijkt het aangewezen, aangezien de onderhavige hogere voorziening inderdaad vragen van ontvankelijkheid aan de orde stelt en beide partijen in de onderhavige procedure opmerkingen hebben gemaakt over de omvang van de rechterlijke toetsing in zaken betreffende het verlenen van een communautair kwekersrecht overeenkomstig verordening nr. 2100/94, om een aantal algemene beschouwingen over de rol van de gemeenschapsrechter in dergelijke zaken en over de grenzen van de respectieve bevoegdheden te formuleren.

20. Allereerst zij opgemerkt dat de beslissingen van het CBP betreffende het verlenen of het weigeren van communautaire kwekersrechten – afgezien van de mogelijke prejudiciële herziening door de instantie van het CBP die de betrokken beslissing zelf heeft voorbereid – potentieel aan een drievoudige toetsing zijn onderworpen, waarbij het eerste „interne” beroep tot de bevoegdheid van de kamer van beroep behoort. Na deze administratieve beroepsprocedure is blijkens artikel 73, leden 1 en 2, van verordening nr. 2100/94 rechterlijke toetsing door het Gerecht mogelijk, alsook,

krachtens artikel 225 EG, toetsing door het Hof op hogere voorziening.

21. In dit verband zij eraan herinnerd dat het voorwerp van toetsing op elk van deze niveaus verschilt. Uit de artikelen 71 en 72 van verordening nr. 2100/94 volgt dat de kamer van beroep de zaak opnieuw kan onderzoeken en afdoen, en daarbij zelf alle aan het CBP toegekende bevoegdheden kan uitoefenen. Met betrekking tot de gegrondheid van het beroep kan de kamer van beroep dus een nieuw en volledig onderzoek verrichten, zowel rechtens als feitelijk.(5)

22. Het Gerecht heeft tot taak, de rechtmatigheid van de beslissing van de kamer van beroep waartegen beroep is ingesteld te toetsen. Het moet dus beoordelen of deze beslissing – op het tijdstip waarop de kamer van beroep die heeft vastgesteld(6) – gebrekkig was wegens een van de in artikel 73, lid 1, van verordening nr. 2100/94 genoemde gronden, te weten onbevoegdheid, schending van wezenlijke vormvoorschriften, schending van het Verdrag, overtreding van deze verordening of van enige uitvoeringsregeling daarvan, of wegens misbruik van bevoegdheid.

23. Een hogere voorziening voor het Hof krachtens artikel 225 EG ziet daarentegen op de rechtmatigheid van de beslissing of het arrest van het Gerecht. Het Hof is in de onderhavige hogere voorziening bijgevolg niet bevoegd om de beslissing van de kamer van beroep, laat staan de aanvankelijk door het CBP genomen beslissing, te toetsen. De procedure in hogere voorziening is evenmin bedoeld om het Hof een algemeen hernieuwd onderzoek te laten verrichten van het bij het Gerecht ingestelde beroep. Uit vaste rechtspraak volgt dat het Hof in hogere voorziening veeleer enkel bevoegd is om te oordelen over de rechtsbeslissing van de rechter in eerste aanleg op de middelen die voor hem zijn aangevoerd, in beginsel met uitsluiting van de beoordeling van de feiten.(7)

24. Bovendien is de gemeenschapsrechter bij de toetsing van bestuurlijke handelingen van de gemeenschapsinstellingen, zoals het Gerecht in zijn inleidende overwegingen in de punten 59 tot en met 62 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, ook aan een aantal beperkingen gehouden wat de „omvang” van de te verrichten rechterlijke toetsing betreft.

25. In dit verband volgt uit de rechtspraak van het Hof dat wanneer de communautaire instanties bij de uitoefening van hun bevoegdheden ingewikkelde beoordelingen van technische, wetenschappelijke, economische of sociale aard dienen te verrichten, deze instanties over een bepaalde beoordelingsmarge beschikken.(8) Uit de rechtspraak volgt eveneens dat de gemeenschapsrechter, wanneer hij een op een dergelijke beoordeling gebaseerde bestuurlijke beslissing toetst, zijn eigen beoordeling niet in de plaats van die van de bevoegde instantie mag stellen. Bijgevolg dient het rechterlijk toezicht in dergelijke zaken zich te beperken tot het onderzoek of bij de vaststelling van de betrokken maatregel geen kennelijke vergissing of misbruik van bevoegdheid is gemaakt, dan wel of het betrokken orgaan de grenzen van zijn beoordelingsbevoegdheid niet kennelijk heeft overschreden.(9) Zoals

het Gerecht in punt 61 van het bestreden arrest heeft aangegeven, moet de gemeenschapsrechter in dergelijke gevallen met name de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen en de betrouwbaarheid en samenhang ervan controleren, en ook of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van de complexe toestand in kwestie.(10)

26. Die rechtspraak is volgens mij ook van toepassing op het verlenen van communautaire kwekersrechten, althans voor zover een bestuurlijke beslissing in een dergelijke aangelegenheid het resultaat is van ingewikkelde beoordelingen van het type waarvan sprake is in voormelde rechtspraak, hetgeen ongetwijfeld het geval is, zoals het Gerecht in de punten 63 tot en met 66 van het bestreden arrest heeft geoordeeld, wanneer op basis van de criteria van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2100/94 moet worden beoordeeld of een plantenras onderscheidbaar is.

27. Nu dit vaststaat en aangezien de verschillende onderdelen van de door Schröder aangevoerde middelen elkaar deels overlappen en deels herhalen, is het aangewezen om (i) het eerste en het tweede onderdeel van het eerste middel en (ii) het derde, het vierde en het vijfde onderdeel van dat middel samen te onderzoeken. Evenzo zal ik het eerste, het tweede en het derde onderdeel van het tweede middel samen behandelen.

B – Middelen in hogere voorziening

1. Eerste middel

a) Eerste en tweede onderdeel van het eerste middel: de vaststellingen van het Gerecht over de vraag of het referentieras en het kandidaat-ras in feite hetzelfde ras waren

i) Voornaamste argumenten

28. Met het eerste onderdeel van zijn eerste middel komt Schröder op tegen de vaststellingen van het Gerecht in de punten 76, 79 en 131 van het bestreden arrest betreffende de verklaringen van Heine over de vraag of het referentieras van van Jaarsveld en het kandidaat-ras SUMCOL 01 in feite identiek waren. Schröder betoogt in de eerste plaats dat het Gerecht in punt 131 van het bestreden arrest ten onrechte heeft verklaard dat hij geen bewijselementen had aangedragen tot staving van zijn stelling dat de verklaringen van Heine onvolledig waren opgenomen in de litigieuze beslissing. In de tweede plaats kan volgens hem het proces-verbaal van de terechtzitting van 30 september 2005 voor de kamer van beroep, waarnaar in punt 79 van het bestreden arrest wordt verwezen, geen doorslaggevend bewijs van de door partijen ter terechtzitting afgelegde verklaringen vormen, aangezien dit proces-verbaal in strijd met artikel 63, lid 2, van verordening nr. 1239/95 is opgesteld. In de derde plaats heeft het Gerecht zich, eveneens in punt 79 van het bestreden arrest, op bewijselementen gebaseerd die niet in het dossier waren opgenomen en dus de bewijzen onjuist opgevat en zijn vaststellingen, wat het e-mailbericht van Heine betreft, louter gebaseerd op speculatie.

29. Het tweede onderdeel van het eerste middel stelt proceduregebreken betreffende de vaststellingen van het Gerecht in de punten 36, 71, 73, 74, 79 en 131 van

het bestreden arrest dat het referentieras van van Jaarsveld en het kandidaat-ras in werkelijkheid niet identiek waren. Volgens Schröder kon het Gerecht in punt 73 van het bestreden arrest niet redelijkerwijs concluderen dat de door hem tot staving van zijn betoog aangevoerde algemene gegevens niet volstonden tot weerlegging van de door het Bundessortenamt getrokken conclusie dat de tussen het referentieras van van Jaarsveld en het kandidaat-ras SUMCOL 01 vastgestelde verschillen niet aan milieufactoren konden worden toegeschreven.

30. In dit verband stelt Schröder in de eerste plaats dat het Gerecht te strenge eisen aan zijn betoog heeft gesteld en derhalve de beginselen inzake bewijsvoering heeft geschonden. Gelet op de tijd die sinds het onderzoek van de planten reeds was verstreken, kon hij met name geen concreter bewijs meer overleggen teneinde de verklaringen van Heine ter terechtzitting voor de kamer van beroep te weerleggen. Schröder stelt verder dat het Gerecht in punt 130 van het bestreden arrest heeft vastgesteld dat Heine haar verklaringen als partij in de procedure en niet als getuige of deskundige had afgelegd. Aangezien Schröder deze verklaringen betwistte, konden de kamer van beroep en het Gerecht niet méér geloof hechten aan het betoog van het CBP, zonder het bewijsmateriaal dat hij voorstelde over te leggen in aanmerking te nemen. Door zijn bewijsaanbiedingen over heel de lijn af te wijzen, heeft het Gerecht het recht van Schröder om te worden gehoord geschonden.

31. In de tweede plaats voert Schröder aan dat het Gerecht, door in punt 74 van het bestreden arrest volgens hem ten onrechte te hebben geconcludeerd dat zijn betoog niet voldoende concreet was, de feiten en bewijzen onjuist heeft opgevat. Met name heeft het Gerecht geen rekening gehouden met het feit dat Schröder ter terechtzitting voor de kamer van beroep toelichting over de in 2003 vergeleken rassen heeft verstrekt, evenals in zijn schriftelijke opmerkingen van 14 oktober 2005 over de specifieke verschillen tussen deze plantenrassen. Ten slotte is het Gerecht voorbijgegaan aan zijn aanbod, in punt 43 van zijn verzoekschrift, om deskundigenbewijs over te leggen tot staving van zijn stelling dat deze verschillen te wijten waren aan de vermeerdering van het referentieras door het Bundessortenamt.

ii) Beoordeling

32. Vooraf herinner ik eraan dat volgens vaste rechtspraak het Gerecht bij uitsluiting bevoegd is, enerzijds, om de feiten vast te stellen, behoudens het geval waarin de feitelijke onjuistheid van zijn vaststellingen blijkt uit de hem overgelegde processtukken en, anderzijds, om die feiten te beoordelen. Wanneer het Gerecht de feiten heeft vastgesteld of beoordeeld, is het Hof bevoegd om krachtens artikel 225 EG toezicht uit te oefenen op de wijze waarop het Gerecht de feiten juridisch heeft gekwalificeerd en op de rechtsgevolgen die het daaraan heeft verbonden.(11)

33. Het Hof is dus niet bevoegd om de feiten vast te stellen, noch in beginsel om de bewijzen te onderzoeken die het Gerecht daarvoor in aanmerking heeft genomen. Wanneer deze bewijzen regelmatig zijn ver-

kregen en de algemene rechtsbeginselen en de procedurevoorschriften inzake de bewijslast en de bewijsvoering zijn geëerbiedigd, staat het immers uitsluitend aan het Gerecht om te beoordelen, welke waarde moet worden gehecht aan de hem overgelegde bewijzen. Deze beoordeling levert dus geen rechtsvraag op die als zodanig vatbaar is voor toetsing door het Hof, behoudens in het geval van een onjuiste opvatting van deze bewijzen.(12)

34. Verder dienen de betrokken grieven te worden onderzocht in de context van het bestreden arrest.

35. In de delen van het bestreden arrest waarop deze grieven betrekking hebben, heeft het Gerecht het eerste onderdeel van het voor hem aangevoerde eerste middel ongegrond verklaard, waarbij Schröder stelde dat het CBP en de kamer van beroep ten onrechte hadden geoordeeld dat het ras SUMCOL 01 niet onderscheidbaar was in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2100/94.

36. Het Gerecht heeft in punt 73 van het bestreden arrest geoordeeld dat de door Schröder tot staving van zijn betoog aangevoerde elementen niet volstonden als bewijs dat het Bundessortenamt en – nadien – het CBP en de kamer van beroep ter zake een kennelijke beoordelingsfout hadden gemaakt die een grond tot vernietiging van de litigieuze beslissing kon zijn.

37. In de eerste twee onderdelen van het eerste middel in hogere voorziening wordt die vaststelling in wezen op tweeërlei wijze betwist: in de eerste plaats voor zover het Gerecht in punt 74 van het bestreden arrest heeft geoordeeld dat de gevolgen van de door Schröder ingeroepen milieufactoren niet volstonden ter ontkrachting van de andersluidende conclusie van het Bundessortenamt, en in de tweede plaats voor zover het Gerecht in de punten 77 tot en met 79 van het bestreden arrest niet instemde met de argumenten die Schröder op basis van de verklaringen van Heine ter terechtzitting voor de kamer van beroep en in een e-mailbericht aan het CBP had aangevoerd.

38. Voor zover Schröder in wezen dus beoogt aan te tonen dat het Gerecht niet redelijkerwijs kon concluderen dat de bovenvermelde feiten en omstandigheden niet volstonden tot weerlegging van de door het Bundessortenamt getrokken en door de kamer van beroep bevestigde conclusie, stelt hij, ofschoon hij formeel onjuiste rechtsopvattingen aanvoert, in feite de door het Gerecht op dit punt verrichte feitelijke beoordelingen ter discussie, en betwist hij de bewijswaarde die het Gerecht aan deze feiten heeft toegekend.

39. Binnen die perken dienen het eerste en het tweede onderdeel van het eerste middel, tegen de achtergrond van voormelde rechtspraak(13), niet-ontvankelijk te worden verklaard.

40. Voor zover Schröder aanvoert dat het Gerecht de feiten en de bewijzen onjuist heeft opgevat bij zijn beoordeling van de argumenten die op de verklaringen van Heine en op de mogelijke impact van milieufactoren op de verschillen tussen het referentieras en het kandidaat-ras waren gebaseerd, is er volgens vaste rechtspraak van het Hof sprake van een onjuiste opvatting van de bewijselementen wanneer, zonder dat

gebruik behoeft te worden gemaakt van nieuwe bewijselementen, de beoordeling van de bestaande bewijselementen kennelijk onjuist blijkt te zijn.(14)

41. Met het in het eerste en het tweede onderdeel van het eerste middel ontwikkelde betoog wordt evenwel – op verschillende punten – enkel tegen de beoordeling van de feiten door het Gerecht opgekomen, en inzonderheid, wat de conclusie in punt 74 van het bestreden arrest betreft, tegen de onvolledigheid van deze beoordeling. Schröder heeft echter niet aangetoond in welk opzicht het Gerecht de bewijselementen onjuist zou hebben opgevat in de zin van de bovenvermelde rechtspraak. In dit verband dient erop te worden gewezen dat bewijzen dat het Gerecht had kunnen – of, volgens Schröder, had moeten – het bewijsmateriaal anders beoordelen en een andere bewijswaarde aan deze feiten toekennen, niet hetzelfde is als bewijzen dat de beoordeling van het Gerecht van deze feiten en bewijselementen kennelijk onjuist was.

42. Los daarvan denk ik niet dat het Gerecht de procedurevoorschriften inzake de bewijslast en de bewijsvoering in de betrokken delen van het bestreden arrest heeft geschonden.

43. Om te beginnen zij eraan herinnerd dat het Gerecht niet zelf volledig moest beoordelen of het ras SUMCOL 01 niet onderscheidbaar was in de zin van artikel 7, lid 1, van verordening nr. 2100/94. Veeleer had het tot taak te onderzoeken of de kamer van beroep bij die beoordeling een kennelijke fout had gemaakt.(15)

44. Verder, wat meer specifiek de beoordeling van de verklaringen van Heine betreft, ook al zou worden aangenomen dat, zoals Schröder stelt, het procesverbaal van de terechtzitting in strijd met artikel 63, lid 2, van verordening nr. 1239/95 niet ter goedkeuring aan partijen is voorgelegd, deze procedurele tekortkoming volstaat op zichzelf niet om de verwijzing naar het proces-verbaal door het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest ter discussie te stellen. Bovendien dient niet het Hof in hogere voorziening maar het Gerecht uit te maken of de verklaringen van Heine in de litigieuze beslissing onvolledig zijn opgenomen, hetgeen volgens het Gerecht, zoals het in punt 131 van het bestreden arrest heeft geoordeeld zonder daarbij een kennelijke beoordelingsfout te maken(16), niet was bewezen. Ten slotte heeft het Gerecht in punt 79 van het bestreden arrest uiteengezet waarom volgens hem bij de globale beoordeling van de bewijselementen niet speciaal geloof diende te worden gehecht aan de verklaring van Heine in haar e-mailbericht van 20 juni 2005. Daarbij heeft het, in de uitoefening van zijn exclusieve bevoegdheid tot beoordeling van de bewijselementen, de bewijswaarde bepaald die aan deze verklaring moest worden verleend, zonder dat is aangetoond dat het Gerecht aldus de regels betreffende de bewijsvoering of de bewijslast zou hebben geschonden.

45. Hetzelfde geldt mijns inziens voor (i) de inaanmerkingneming door het Gerecht van de verklaringen die Heine ter terechtzitting voor de kamer van beroep heeft afgelegd en (ii) de conclusie die in punt 74 van het bestreden arrest is getrokken. Wat inzonderheid dit

laatste punt betreft, kan niet worden beweerd dat het Gerecht, zoals Schröder het arrest opvat, „te strenge eisen heeft gesteld” aan zijn betoog of hem „heeft verweten” geen concrete bewijzen te hebben overgelegd. Veeleer heeft het Gerecht bij de beoordeling van de waarde die aan dat bewijs diende te worden gehecht – en dus naar mijn mening zonder een procedurefout te maken – simpelweg geoordeeld dat de door hem verstrekte uitleg en aangebrachte getuigenis en deskundigenverslagen niet volstonden om de conclusie van het Bundessortenamt te ontkrachten.

46. In de laatste plaats, voor zover Schröder herhaaldelijk stelt – zoals hij doet in alle door hem in de onderhavige hogere voorziening aangevoerde middelen – dat de feiten onvolledig zijn beoordeeld en hij kritiseert dat het Gerecht niet is ingegaan op zijn aanbod tot het overleggen van aanvullende bewijzen, herinner ik eraan dat volgens vaste rechtspraak van het Hof met betrekking tot de beoordeling door de rechter in eerste aanleg van verzoeken om maatregelen tot organisatie van de procesgang of instructie maatregelen die door een partij bij een geschil worden gedaan, het uitsluitend aan het Gerecht staat te oordelen of de gegevens waarover het beschikt betreffende de aan hem voorgelegde zaken, eventueel aanvulling behoeven. De waardering van de bewijskracht van de processtukken maakt deel uit van de soevereine beoordeling van de feiten door het Gerecht, die door het Hof in hogere voorziening niet wordt getoetst, behoudens in geval van een onjuiste opvatting van de aan het Gerecht voorgelegde bewijselementen of wanneer de materiële onjuistheid van hetgeen het Gerecht heeft vastgesteld, uit de processtukken volgt.(17) Nu in casu geen dergelijke onjuiste opvatting van de feiten of inhoudelijke onjuistheid is aangetoond(18), dient de grief dat het Gerecht geen rekening met het bewijsaanbod heeft gehouden, mijns inziens te worden verworpen.

47. Gelet op wat voorafgaat lijken mij het eerste en het tweede onderdeel van het eerste middel te moeten worden afgewezen.

b) Derde, vierde en vijfde onderdeel van het eerste middel: onjuiste rechtsopvattingen bij de beoordeling van de geloofwaardigheid van de verklaring van van Jaarsveld

i) Voornaamste argumenten

48. Het derde onderdeel van het eerste middel betreft de vraag of SUMCOL 01 in Zuid-Afrika sinds 2002 op de markt was, en is gericht tegen de vaststelling van het Gerecht in punt 82 van het bestreden arrest dat „[rekwirant] [h]ooguit heeft [...] bewezen dat een Keniaanse onderneming, Florensis, eind 2001 een beperkt aantal exemplaren in bezit had voor productiviteitstests en dat een Zuid-Afrikaanse onderneming, Alba-Atlantis, begin 2002 enige tijd interesse heeft getoond om voor dit ras in Zuid-Afrika een exclusiegedistributielicentie te verkrijgen.” Volgens Schröder is deze vaststelling onjuist, aangezien hij ook had aangetoond dat planten van het kandidaat-ras in Afrika via postbestelling uit Duitsland konden worden verkregen. Voorts is het Gerecht voorbijgegaan aan zijn aanbod om bewijs over te leggen van het feit dat de

plant die in de privé-tuin van van Jaarsveld groeide, een plant van het kandidaat-ras was, en niet een specimen van het ras dat vaak bij boomkwekerijen in Zuid-Afrika kon worden gekocht. Bovendien betoogt Schröder dat de beoordeling van het Gerecht onlogisch was en op een onjuiste opvatting van de bewijselementen berustte, voor zover daarbij de vaststelling van de kamer van beroep werd bevestigd dat het referentieras algemeen kon worden verkregen in boomkwekerijen in Zuid-Afrika, ofschoon Schröder erop had gewezen – zonder op dit punt te zijn weersproken – dat een Zuid-Afrikaanse onderneming interesse had om een exclusiegedistributielicentie te verkrijgen voor dit ras.

49. Met het vierde onderdeel van het eerste middel laakt Schröder de wijze waarop het Gerecht – in de punten 84, 93 en 95 van het bestreden arrest – de geloofwaardigheid en de onpartijdigheid van van Jaarsveld als een deskundige getuige inzake de inschrijving van SUMCOL 01 heeft beoordeeld. Het Gerecht heeft ter zake delen van zijn betoog buiten beschouwing gelaten en is voorbijgegaan aan zijn aanbiedingen om te bewijzen dat van Jaarsveld er in feite belang bij had, te voorkomen dat het kandidaat-ras werd ingeschreven.

50. Het vijfde onderdeel van het eerste middel is meer specifiek gericht tegen de vaststelling van het Gerecht in punt 85 van het bestreden arrest dat Schröder geen bewijselementen had aangedragen op basis waarvan de geloofwaardigheid van de verklaringen van van Jaarsveld ernstig in twijfel kon worden getrokken. Schröder stelt dat het Gerecht verschillende door hem overgelegde elementen ten bewijze dat de geloofwaardigheid van van Jaarsveld twijfelachtig was, niet naar behoren in aanmerking heeft genomen.

ii) Beoordeling

51. Om te beginnen zij erop gewezen dat de in het derde, het vierde en het vijfde onderdeel van het eerste middel aangevoerde grieven in wezen rechtstreeks gericht zijn tegen de redenering van het Gerecht op basis waarvan het in punt 81 van het bestreden arrest de argumenten van Schröder heeft afgewezen waarmee deze de stelling van de kamer van beroep beoogde te weerleggen dat de ervaring leek uit te sluiten dat planten van het ras SUMCOL 01 in de privé-tuin van van Jaarsveld waren kunnen belanden.

52. In de punten 86 en 87 van het bestreden arrest heeft het Gerecht evenwel uiteengezet dat, gesteld al dat de kamer van beroep, zoals Schröder trachtte aan te tonen, zich ten onrechte op dat standpunt zou hebben gesteld, een dergelijke fout van geen invloed op de wettigheid van de litigieuze beslissing was, daar die beweerde mogelijkheid hoe dan ook geen afbreuk kon doen aan de op de resultaten van het technische onderzoek gegronde beoordeling van het CBP dat het ras SUMCOL 01 en het ras van van Jaarsveld twee verschillende rassen vormden.

53. Bijgevolg is het duidelijk dat de in het derde, het vierde en het vijfde onderdeel van het eerste middel aangevoerde grieven rechtstreeks zijn gericht tegen overwegingen die het Gerecht in het bestreden arrest louter ten overvloede heeft opgenomen. Aangezien de-

ze grieven, ook indien zij gegrond zouden zijn, dus niet tot vernietiging van dat arrest kunnen leiden, kunnen zij volgens vaste rechtspraak niet slagen.(19)

54. Naar mijn oordeel zijn deze grieven hoe dan ook niet-ontvankelijk, aangezien zij specifiek betrekking hebben op de vaststelling van het Gerecht dat niet was bewezen dat het ras SUMCOL 01 op het relevante tijdstip in Zuid-Afrika op de markt was, alsook op de repliek op andere argumenten waarmee rekwrant beoogde aan te tonen dat de verklaringen van van Jaarsveld niet geloofwaardig waren. Door deze vaststellingen te betwisten, stelt Schröder kennelijk de feitelijke beoordeling door het Gerecht aan de orde, waarbij hij het Hof verzoekt, op deze punten zijn eigen beoordeling in de plaats van die van het Gerecht te stellen.(20)

55. Bovendien heeft het Gerecht volgens mij in zijn motivering in het bestreden arrest noch de bewijselementen onjuist opgevat, noch zijn vaststellingen op ontoereikend bewijs gebaseerd.(21)

56. Hieruit volgt dat het derde, het vierde en het vijfde onderdeel van het eerste middel moeten worden afgewezen.

c) Zesde onderdeel van het eerste middel: onjuiste vaststellingen betreffende de vraag of het referentieras als algemeen bekend kon worden beschouwd

i) Voornaamste argumenten

57. Met het zesde onderdeel van het eerste middel, dat betrekking heeft op de punten 90, 91, 68, 80 en 96 van het bestreden arrest, stelt Schröder in wezen dat het Gerecht in verschillende opzichten blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting bij het onderzoek van de vraag of het ras van van Jaarsveld op goede gronden als algemeen bekend in de zin van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 2100/94 kon worden beschouwd. Deze onjuiste rechtsopvattingen zijn hieraan toe te schrijven dat het Gerecht geen duidelijk onderscheid tussen „ras” en „soort” heeft gemaakt en deze begrippen ten dele als synoniemen heeft gebruikt.

58. Volgens Schröder heeft het Gerecht in de eerste plaats blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en de bewijzen onjuist opgevat door ervan uit te gaan dat de kamer van beroep, het CBP en het Bundessortenamt het referentieras van van Jaarsveld hadden gelijkgesteld met een „ras” dat was beschreven door Dr Codd. In de tweede plaats is het bestreden arrest tegenstrijdig, voor zover in de punten 80 en 96 wordt verklaard dat Codd de botanische „soort” *Plectranthus ornatus* heeft beschreven, terwijl in punt 91 van dat arrest wordt verwezen naar het „ras” *Plectranthus ornatus*. In de derde plaats heeft het Gerecht het voorwerp van het geding verruimd, hoewel het in punt 68 van het bestreden arrest heeft verklaard dat het CBP zich niet voor het eerst in het kader van de procedure voor het Gerecht op een door Codd beschreven „ras” kon beroepen, aangezien dit ras niet in aanmerking was genomen door de kamer van beroep.

ii) Beoordeling

59. De eerste grief die in het kader van het zesde onderdeel van het eerste middel wordt aangevoerd, lijkt

te zijn gebaseerd op een enigszins verminkte lezing van punt 91 van het bestreden arrest.

60. In de betrokken overwegingen van het bestreden arrest is het Gerecht ingegaan op het tweede onderdeel van het eerste aan hem voorgelegde middel, waarmee Schröder aanvoerde dat het CBP ten onrechte had geoordeeld dat het referentieras algemeen bekend was en met name dat van Jaarsveld zich vergiste wanneer hij stelde dat de betrokken planten behoorden tot een ras dat sinds jaren in tuincentra in Zuid-Afrika te verkrijgen was. Schröder betoogde met name dat het enige wat kon worden bewezen, het bestaan was van een alleenstaande plant die in de privé-tuin van van Jaarsveld groeide.(22)

61. Het Gerecht heeft in punt 91 van het bestreden arrest daarop geantwoord dat Schröder geen specifieke argumenten of bijzondere bewijselementen tot staving van het tweede onderdeel van het middel had aangedragen, „ter betwisting”, zoals het Gerecht samenvatte, „van de gelijkstelling door de kamer van beroep van het uit de tuin van van Jaarsveld afkomstige referentieras met het Zuid-Afrikaanse ras van de soort *Plectranthus ornatus*, dat is beschreven in de betrokken wetenschappelijke publicaties en dat wordt bedoeld in de verklaringen van van Jaarsveld en van Sadie”. Het Gerecht concludeerde dat de kamer van beroep, uitgaande van de diverse verklaringen van van Jaarsveld, „op goede gronden deze rassen [had] gelijkgesteld”.

62. In voornoemde passage kwam het er dus niet op aan, „ras” en „soort” op één lijn te stellen(23), maar veeleer om de stelling te ontkrachten dat het als referentieras toegezonden specimen afkomstig was van een alleenstaande plant uit de tuin van van Jaarsveld en daarentegen de in punt 90 van het bestreden arrest opgenomen vaststelling van de kamer van beroep te bevestigen dat, gelet op verschillende elementen zoals de verklaringen van van Jaarsveld en Sadie (van het Zuid-Afrikaanse ministerie van Landbouw) en de beschrijving van Dr L.E. Codd, „de toegezonden stekken tot de soort *P. ornatus* [behoorden] zoals die in Zuid-Afrika wordt gekweekt”.

63. Volgens mij kan dus niet worden gesteld dat het Gerecht de litigieuze beslissing onjuist heeft opgevat.

64. De tweede grief betreft tegenstrijdigheid tussen de punten 80, 81 en 91 wegens de vermeende verwarring tussen de begrippen „ras” en „soort”.

65. In dit verband is de vraag of de motivering van een arrest van het Gerecht tegenstrijdig dan wel ontoereikend is, een rechtsvraag die als zodanig in het kader van een hogere voorziening kan worden opgeworpen.(24)

66. Uit de door Schröder genoemde passages van het bestreden arrest blijkt evenwel niet dat het Gerecht niet naar behoren rekening heeft gehouden met het onderscheid tussen de begrippen „ras” en „soort”. Veeleer heeft het Gerecht in punt 80 van het bestreden arrest erkend dat tot de soort *Plectranthus ornatus* vele rassen behoren en in punt 91 „het Zuid-Afrikaanse ras van de soort *Plectranthus ornatus*” vermeld.

67. Bovendien zij opgemerkt, voor zover Schröder aanvoert dat het Gerecht in punt 91 van het bestreden

arrest ten onrechte heeft gesuggereerd dat Dr Codd in zijn werken een ras van *Plectranthus ornatus* in plaats van de overeenkomstige soort heeft beschreven, dat er op dit punt in elk geval geen absolute tegenstrijdigheid bestaat, aangezien elke soort – per definitie – enkel via zijn verschillende rassen kan bestaan, en een plantensoort om die reden niet gemakkelijk gedetailleerd kan worden beschreven los van de rassen die tot de soort behoren.

68. Gelet op het voorgaande lijkt het Gerecht mij het onderscheid tussen de begrippen „ras” en „soort” niet op die wijze onjuist te hebben opgevat dat zijn redenering tegenstrijdig is of gebrekkig door onjuiste conclusies.

69. Aangezien de derde grief, inzake de vermeende verruiming van het voorwerp van het geding, op eenzelfde beperkende lezing van punt 91 van het bestreden arrest lijkt te zijn gebaseerd, dient ten slotte ook deze grief ongegrond te worden verklaard.

70. Ik ben dan ook van oordeel dat het zesde onderdeel van het eerste middel dient te worden afgewezen.

71. Uit het voorgaande volgt dat het eerste middel in zijn geheel moet worden afgewezen.

2. Tweede middel

a) Eerste, tweede en derde onderdeel van het tweede middel: het bestreden arrest is aangetast door kennelijke tegenstrijdigheden, onjuiste opvattingen betreffende de bewijsvoering en schending van het gemeenschapsrecht, voor zover daarbij is bevestigd dat gepubliceerde werken in aanmerking konden worden genomen als bewijs dat het referentieras algemeen bekend was

i) Voornaamste argumenten

72. Het eerste onderdeel van het tweede middel ziet op de punten 96 tot en met 100 van het bestreden arrest en betreft – ook nu weer – het onderscheid tussen plantkundige soorten en rassen. Omdat het Gerecht er zich geen rekenschap van heeft gegeven dat de wetenschappelijke literatuur beschrijvingen van plantkundige soorten, en niet van rassen, bevatte, is zijn betoog volgens Schröder andermaal kennelijk tegenstrijdig. In dit verband voert hij aan dat blijkens de punten 80 en 96 van het bestreden arrest het Gerecht *Plectranthus ornatus* aanmerkt als een soort waartoe verschillende rassen behoren, en de beschrijvingen in de betrokken werken derhalve als beschrijvingen van een plantkundige soort opvat, terwijl het door het Gerecht aangehaalde document TG/1/3 van de UPOV enkel melding maakt van gedetailleerde beschrijvingen van een plant, „ras”. Bovendien stroken de vaststellingen van het Gerecht in punt 80 van het bestreden arrest niet met de omvang van zijn onderzoek, zoals gedefinieerd in punt 66 van dat arrest.

73. Met het tweede onderdeel van het tweede middel stelt Schröder dat, zoals ook uit het eerste onderdeel van dit middel blijkt, de bewijsbeslissing door het CBP, de kamer van beroep en het Gerecht kennelijk ontoereikend was, aangezien geen vergelijking is gemaakt tussen de plantkundige kenmerken zoals deze in de in aanmerking genomen werken zijn beschreven en de kenmerken van het kandidaat-ras.

74. Met het derde onderdeel van het tweede middel betoogt Schröder dat, anders dan het Gerecht in de punten 97 tot en met 99 van het bestreden arrest heeft verklaard, de publicatie van een gedetailleerde beschrijving van een plantenras volgens het gemeenschapsrecht in beginsel niet in aanmerking kan worden genomen om de algemene bekendheid van een referentieras te bewijzen. Ter onderbouwing van deze stelling verwijst Schröder naar de UPOV-verdragen van 1978 en 1991, naar het Duitse recht en naar het octrooi-recht.

ii) Beoordeling

75. Net als het zesde onderdeel van het eerste middel, zijn het eerste, het tweede en het derde onderdeel van het tweede middel gericht tegen de vaststellingen op basis waarvan het Gerecht heeft bevestigd dat de kamer van beroep het referentieras als algemeen bekend kon beschouwen.

76. Voor zover het eerste onderdeel van het tweede middel het zesde onderdeel van het eerste middel overlapt, verwijs ik naar mijn uiteenzetting hierboven.⁽²⁵⁾ Wat meer bepaald punt 98 van het bestreden arrest betreft, daarin wordt louter verklaard dat overeenkomstig document TG/1/3 van de UPOV de publicatie van een gedetailleerde beschrijving een van de factoren is waarmee rekening dient te worden gehouden bij het bewijzen van de algemene bekendheid. Deze verklaring diende ter ondersteuning van de uitlegging door het Gerecht van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 2100/94 in punt 99 van het bestreden arrest, volgens welke de publicatie van een gedetailleerde beschrijving in aanmerking kan worden genomen volgens deze bepaling. Ook al verwijzen de bewoordingen van de richtsnoeren van de UPOV, zoals het Gerecht in punt 97 van het bestreden arrest zelf heeft opgemerkt, zelf naar de publicatie van een gedetailleerde beschrijving van een planten„ras”, deze omstandigheid volstaat op zich evenwel niet als bewijs dat het bestreden arrest, doordat daarin wordt aanvaard dat de in de betrokken werken opgenomen gedetailleerde beschrijvingen door de kamer van beroep in aanmerking konden worden genomen, door een kennelijke tegenstrijdigheid is aangetast.

77. Wat het tweede onderdeel van het tweede middel betreft, zij er allereerst aan herinnerd dat in het kader van de onderhavige hogere voorziening niet de rechtmatigheid van de procedure – of inzonderheid de rechtmatigheid van de bewijsvoering – voor het CBP en de kamer van beroep, maar wel de rechtmatigheid van de procedure voor het Gerecht wordt onderzocht.

78. Voorts heeft het Gerecht, in het gedeelte van het arrest waartegen de onderhavige grieven zijn gericht, enkel vastgesteld dat de kamer van beroep de betrokken wetenschappelijke literatuur in aanmerking kon nemen om te bepalen of het referentieras algemeen bekend was. Bijgevolg kan niet op goede gronden worden gesteld dat de bewijsbeslissing door het Gerecht kennelijk ontoereikend was, op grond dat geen vergelijking is gemaakt tussen de plantkundige kenmerken zoals deze in voornoemde literatuur waren beschreven, en de kenmerken van het kandidaat-ras.

79. Met betrekking tot het derde onderdeel van het tweede middel moet worden benadrukt dat, zoals het Gerecht in punt 99 van het bestreden arrest terecht heeft aangegeven, artikel 7, lid 2, van verordening nr. 2100/94 melding maakt van bepaalde gevallen waarin – „met name” – het bestaan van een ander ras algemeen bekend moet worden geacht, maar deze bepaling noch een exhaustieve lijst van factoren die in dit verband in aanmerking kunnen worden genomen, noch enig ander voorschrift ter beperking van de bewijsvoering bevat.

80. Dat het door Schröder in dit onderdeel van het middel ingeroepen artikel 7 van het UPOV-verdrag in de versie van 1991, in tegenstelling tot de versie van 1978 van dit verdrag, een gedetailleerde beschrijving in een publicatie niet uitdrukkelijk vermeldt als een factor die in aanmerking kan worden genomen, betekent bovendien niet dat het volgens dat verdrag – en bijgevolg ook volgens artikel 7, lid 2, van verordening nr. 2100/94 – niet is toegestaan om een dergelijk bewijs te gebruiken. Evenzo zijn de vergelijkingen met het Duitse recht en het octrooirecht niet van doorslaggevende betekenis voor de uitlegging van deze verordening.

81. Mijns inziens zijn er namelijk geen dwingende redenen om op algemene wijze uit te sluiten dat wetenschappelijke publicaties bij de toepassing van artikel 7, lid 2, van verordening nr. 2100/94 in aanmerking worden genomen. In welke mate een specifieke publicatie bewijst – of bijdraagt tot het bewijs – dat een bepaald referentieras algemeen bekend is, is een volstrekt andere vraag, die op basis van de omstandigheden van elk individueel geval en met name tegen de achtergrond van de concrete inhoud van de betrokken publicatie moet worden beoordeeld.

82. Volgens mij kon het Gerecht dan ook, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, concluderen dat de kamer van beroep de in de betrokken werken opgenomen gedetailleerde beschrijvingen in aanmerking kon nemen als bewijs dat het referentieras algemeen bekend was.

83. Ten slotte zij opgemerkt dat deze publicaties hoe dan ook slechts één van de verschillende factoren vormden die door de kamer van beroep in aanmerking zijn genomen ten bewijze dat het referentieras van van Jaarsveld algemeen bekend was.

84. Hieruit volgt dat het eerste, het tweede en het derde onderdeel van het tweede middel moeten worden afgewezen.

b) Vierde onderdeel van het tweede middel: onjuiste opvatting door het Gerecht van de argumenten van Schröder betreffende schending van artikel 62 van verordening nr. 2100/94

i) Voornaamste argumenten

85. Met het vierde onderdeel van het tweede middel voert Schröder aan dat het Gerecht in punt 104 van het bestreden arrest ten onrechte heeft geoordeeld dat zijn in punt 103 van dat arrest aangehaalde stelling, dat het CBP had moeten erkennen dat het ras SUMCOL 01 duidelijk onderscheidbaar was, kennelijk in tegenpraak was met de door hem geponeerde stelling dat het kandidaat-ras SUMCOL 01 en het referentieras van van Jaarsveld een en hetzelfde ras vormden. Er is geen

dergelijke tegenspraak daar niet kan worden gesproken van een „referentieras” waarvan SUMCOL 01 niet duidelijk onderscheidbaar was, zo de door van Jaarsveld toegezonden planten – zoals Schröder betoogt – tot het ras SUMCOL 01 behoorden.

ii) Beoordeling

86. In de eerste plaats wijs ik erop dat Schröder in het kader van het derde onderdeel van het derde voor het Gerecht aangevoerde middel heeft betoogd dat, zoals het Gerecht in punt 103 van het bestreden arrest heeft opgemerkt, het CBP had moeten vaststellen dat het ras SUMCOL 01 duidelijk onderscheidbaar was. Aangezien Schröder met het eerste onderdeel van dat middel had proberen aan te tonen dat het kandidaat-ras en het door van Jaarsveld toegezonden ras in feite hetzelfde ras waren, kon het Gerecht, zonder dienaangaande blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, in punt 104 oordelen dat deze twee stellingen kennelijk in tegenspraak waren.

87. In de tweede plaats bleek het feit dat het door Schröder in het kader van het derde onderdeel van het eerste middel aangevoerde betoog volgens het Gerecht op een onjuiste premisse berustte, zoals het in punt 105 van het bestreden arrest heeft aangegeven, in elk geval reeds uit het onderzoek van de eerste twee onderdelen van het eerste middel.

88. Derhalve treft de grief dat het Gerecht ten onrechte heeft geoordeeld dat de door Schröder aangevoerde stellingen in tegenspraak waren – gesteld al dat deze grief gegrond zou zijn – geen doel, en tast die grief de rechtmatigheid van het arrest niet aan.

89. Bijgevolg moet het vierde onderdeel van het tweede middel worden afgewezen.

c) Vijfde onderdeel van het tweede middel: onjuiste rechtsopvattingen bij de beoordeling van de deelneming van Heine aan de terechtzitting voor de kamer van beroep

i) Voornaamste argumenten

90. Met dit onderdeel van het tweede middel stelt Schröder dat het Gerecht bij zijn beoordeling – in de punten 129 tot en met 131 van het bestreden arrest – van de deelneming van Heine aan de terechtzitting voor de kamer van beroep de artikelen 60, lid 1, en 15, lid 2, van verordening nr. 1239/95 heeft geschonden. Ten eerste is het Gerecht eraan voorbijgaan dat volgens artikel 60, lid 1, van verordening nr. 1239/95 ook voor de deelneming van een partij aan een terechtzitting een onderzoeksmaatregel moet worden gelast. Zelfs indien Heine als „gemachtigde [ambtenaar]” van het CBP en niet als getuige of deskundige is verschenen, had zij dus formeel voor deze terechtzitting moeten worden opgeroepen. Ten tweede kon Heine niet als „ambtenaar”(26) van het CBP worden beschouwd, aangezien zij op dat tijdstip ambtenaar van het Bundessortenamt was. In de derde plaats heeft het CBP noch de kamer van beroep hun standpunt gemotiveerd dat Heine overeenkomstig de vereisten van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 1239/95 rechtsgeldig kon optreden namens het CBP.

ii) Beoordeling

91. In de eerste plaats moet met betrekking tot de grief van Schröder dat Heine, anders dan het Gerecht in punt 130 van het bestreden arrest heeft verklaard, ambtenaar van het Bundessortenamt en niet van het CBP was, worden vastgesteld dat dit verwijt klaarblijkelijk op een onnauwkeurigheid in de Duitse vertaling van het bestreden arrest is gebaseerd. Uit zowel de Franse als de Engelse taalversie van dat arrest blijkt evenwel duidelijk dat wanneer de betrokken passage in haar context wordt gelezen, het Gerecht in werkelijkheid verklaart dat Heine als „gemachtigde” („agent”) van het CBP, en dus als zijn vertegenwoordiger, is opgetreden.

92. In de tweede plaats heeft het Gerecht, daar Heine ter terechtzitting als gemachtigde van het CBP – overeenkomstig artikel 68 van verordening nr. 2100/94 zelf een partij in de beroepsprocedure – en dus niet als partij op eigen naam, laat staan als getuige of als deskundige handelde, artikel 60, lid 1, van verordening nr. 1239/95 niet geschonden door in punt 130 van het bestreden arrest te bevestigen dat voor haar verschijning ter terechtzitting geen onderzoeksmaatregel in de zin van deze bepaling diende te worden gelast.

93. In de derde plaats heeft het Gerecht er in deze context op gewezen dat het CBP eveneens terecht had opgemerkt dat krachtens artikel 15, lid 2, van verordening nr. 1239/95 de handelingen die Heine op grond van de overeenkomst tussen het CBP en het Bundessortenamt in verband met het technische onderzoek stelde, ten aanzien van derden als handelingen van het CBP worden beschouwd.

94. Schröder heeft niet aangetoond dat het Gerecht door deze vaststelling of door de toepassing van artikel 15, lid 2, van verordening nr. 1239/95 het gemeenschapsrecht heeft geschonden, doch stelt louter dat het CBP noch de kamer van beroep had aangetoond dat de vereisten voor de rechtsgeldige vertegenwoordiging van het CBP door Heine waren vervuld.

95. Hieruit volgt dat het vijfde onderdeel van het tweede middel ongegrond is.

96. Bijgevolg dient mijns inziens te worden geconcludeerd dat het tweede middel eveneens in zijn geheel moet worden afgewezen.

97. Gelet op het voorgaande ben ik van oordeel dat de hogere voorziening in haar geheel moet worden afgewezen.

VII – Kosten

98. Volgens artikel 69, lid 2, van het Reglement voor de procesvoering, dat krachtens artikel 118 van dat Reglement van toepassing is op de procedure in hogere voorziening, wordt de in het ongelijk gestelde partij verwezen in de kosten, voor zover dit is gevoerd. Aangezien Schröder in het ongelijk is gesteld, moet hij overeenkomstig de vordering van het CBP worden verwezen in de kosten.

VIII – Conclusie

99. Bijgevolg geef ik het Hof van Justitie in overweging:

- 1) de hogere voorziening af te wijzen;
- 2) Schröder te verwijzen in de kosten.

- 1 – Oorspronkelijke taal: Engels.
- 2 – Jurispr. blz. II-00000.
- 3 – PB L 227, blz. 1.
- 4 – PB L 121, blz. 37.
- 5 – Hier kan een parallel worden getrokken met de rechterlijke toetsing krachtens verordening nr. 40/94 van de Raad van 20 december 1993 inzake het gemeenschapsmerk (PB 1994, L 11, blz. 1): zie met name arrest van 13 maart 2007, BHIM/Kaul (C-29/05 P, Jurispr. blz. I-2213, punten 56 en 57).
- 6 – Zie dienaangaande arrest Kaul, aangehaald in voetnoot 5, punten 53 en 54; zie eveneens arrest van 11 mei 2006, Sunrider/BHIM (C-416/04 P, Jurispr. blz. I-4237, punt 55).
- 7 – Zie in dit verband arresten van 21 februari 2008, Commissie/Girardot (C-348/06 P, Jurispr. blz. I-833, punt 49), en 1 juni 1994, Commissie/ Brazzelli Lualdi e.a. (C-136/92 P, Jurispr. blz. I-1981, punt 59).
- 8 – Zie dienaangaande onder meer arresten van 14 december 2000, Italië/Commissie (C-99/99, Jurispr. blz. I-11535, punt 26); 19 november 1998, Verenigd Koninkrijk/Raad (C-150/94, Jurispr. blz. I-7235, punt 49); 12 maart 2002, Omega Air (gevoegde zaken C-27/00 en C-122/00, Jurispr. blz. I-2569, punt 65); 12 oktober 2004, Nicoli/Eridania (C-87/00, Jurispr. blz. I-9357, punt 37); 29 april 2004, Italië/Commissie (C-372/97, Jurispr. blz. I-3679, punt 83), en 14 januari 1997, Spanje/Commissie (C-169/95, Jurispr. blz. I-135, punt 34).
- 9 – Zie dienaangaande beschikking van de president van het Hof van 11 april 2001, Commissie/Bruno Farmaceutici e.a. (C-474/00 P, Jurispr. blz. I-2909, punt 90); arresten van 18 december 2007, Cementbouw/Commissie (C-202/06 P, Jurispr. blz. I-12129, punt 53), en 2 juli 2009, Bavaria en Bavaria Italia (C-343/07, Jurispr. blz. I-00000, punt 82).
- 10 – Zie ter zake arresten van 22 november 2007, Spanje/Commissie (C-525/04 P, zaak „Lenzing”), Jurispr. blz. I-9947, punt 57), en 18 juli 2007, Industrias Químicas del Vallés/Commissie (C-326/05 P, Jurispr. blz. I-6557, punten 76 en 77).
- 11 – Zie in dit verband met name arresten van 18 december 2008, Coop de France bétail et viande e.a./Commissie (gevoegde zaken C-101/07 P en C-110/07 P, Jurispr. blz. I-00000, punt 58); 6 april 2006, General Motors/Commissie (C-551/03 P, Jurispr. blz. I-3173, punt 51), en 22 mei 2008, Evonik Degussa/Commissie (C-266/06 P, Jurispr. blz. I-00081, punt 72).
- 12 – Zie dienaangaande arresten Coop de France bétail et viande e.a./Commissie (aangehaald in voetnoot 11, punt 59); General Motors/Commissie (aangehaald in voetnoot 11, punt 52), en Evonik Degussa/Commissie (aangehaald in voetnoot 11, punt 73).
- 13 – Zie de punten 32 en 33 supra.
- 14 – Zie in dit verband onder meer arresten van 8 mei 2008, Eurohypo/BHIM (C-304/06 P, Jurispr. blz. I-3297, punt 34); 18 januari 2007, PKK en KNK/Raad (C-229/05 P, Jurispr. blz. I-439, punt 37), en arrest Industrias Químicas del Vallés/Commissie (aangehaald in voetnoot 10, punt 60).
- 15 – Zie de punten 25, 26 en 36 supra.
- 16 – Met name zij opgemerkt dat Schröder in punt 41 van het verzoekschrift bij het Gerecht het bewijsaanbod had gedaan om Heine te horen als getuige, ter bevestiging van zijn betoog ter terechtzitting voor de kamer van beroep, en niet specifiek aangaande de volledigheid van het proces-verbaal.
- 17 – Zie in dit verband arresten van 16 december 2008, Masdar/Commissie (C-47/07 P, Jurispr. blz. I-00000, punt 99); 10 juli 2001, Iseri Europa/Rekenkamer (C-315/99 P, Jurispr. blz. I-5281, punt 19), en 11 september 2008, Duitsland e.a./Kronofrance (gevoegde zaken C-75/05 P en C-80/05 P, Jurispr. blz. I-6619, punt 78).
- 18 – Zie de punten 41-45 supra.
- 19 – Zie in dit verband onder meer arresten van 19 april 2007, BHIM/Celltech (C-273/05 P, Jurispr. blz. I-2883, punten 55 en 56); 8 mei 2003, T. Port/Commissie (C-122/01 P, Jurispr. blz. I-4261, punt 17), en 22 december 1993, Giorgio Pincherle/Commissie (C-244/91 P, Jurispr. blz. I-6965, punt 31).
- 20 – Zie ter zake de punten 33 en 34 supra en de aldaar aangehaalde rechtspraak.
- 21 – Ik verwijs dienaangaande ook naar punt 46 supra en de aldaar aangehaalde rechtspraak.
- 22 – Zie punt 55 van het bestreden arrest.
- 23 – Ik wijs erop dat het Gerecht in punt 91 van het bestreden arrest van de gelijkstelling van het referentieras met het Zuid-Afrikaanse ras van de soort *Plectranthus ornatus* gewaagt.
- 24 – Zie dienaangaande onder meer arrest van 25 januari 2007, Sumitomo Metal Industries en Nippon Steel/Commissie (gevoegde zaken C-403/04 P en C-405/04 P, Jurispr. blz. I-729, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).
- 25 – Zie de punten 66 en 67 supra.
- 26 – In de Duitse taalversie van het bestreden arrest „Bedienstete”, dat wil zeggen (overheids)ambtenaar.