

op art. 3, lid 1 van de Merkenwet voorzover het niet-gebruik betreffend:

„Het zou belemmerend voor den handel en dus verkeerd zijn den eersten gebruiker voortdurend in zijn recht tot uitsluitend gebruik te handhaven ook indien hij dat gebruik had gestaakt. Vandaar dat het uitsluitend recht niet meer erkend wordt indien meer dan drie jaar verlopen sedert hij het laatst gebruik maakte van het merk.”

Deze toelichting verzet zich naar de letter genomen niet tegen het resultaat waartoe VAN OVEN komt. Ik acht het echter vrijwel uitgesloten, dat bij de totstandkoming van de wet met de zinsneden „... indien hij dat gebruik had gestaakt ...” en „... sedert hij het laatst gebruik

maakte ...” is bedoeld niet alleen op handelingen van de merkgerechtigde doch mede op die van wederverkopers en dat men het niet voor de handel belemmerend en dus niet verkeerd zou hebben geoordeeld om — wonderlijk systeem — wel een vaste termijn van drie jaar te nemen, doch de aanvang van die termijn te stellen op een praktisch soms zeer moeilijk en meestal zelfs in het geheel niet te bepalen tijdstip, niet zelden gelegen — men denke aan de altijd wel aanwezige beperkte handel, ook tussen particulieren, in gebruikte enigszins duurzame goederen — tientallen jaren nadat het laatste onder het desbetreffende merk in de handel gebrachte goed de fabriek of handelsinrichting verliet.

's-Gravenhage, 9 februari 1961.

JURISPRUDENTIE

Nr 26. Arrondissements-Rechtbank te 's-Gravenhage, Derde Kamer, 11 oktober 1960.

President: Mr W. Th. D. A. van Eck; Rechters: Mrs J. J. M. Braun en A. B. van Hellemond.

Art. 2 Octrooiwet.

De Rechtbank sluit zich aan bij de constante praktijk van de Octrooiraad, ook litteratuur in talen die in Nederland niet algemeen worden gesproken en verstaan, zoals het Japans, te betrekken bij de beoordeling van de vraag of het onderwerp van een octrooiaanvraag nieuw is en op een octrooieerbare uitvinding berust.

De handelsvennootschap onder de firma Finofabrieken, te Harderwijk, c.s., eiseressen, procureur Mr G. H. C. Bodenhausen,

tegen

Prof. Dr Ir Pieter Schoorl, te Ede, gedaagde, procureur Mr J. M. Barents.

De Rechtbank, enz.

Overwegende, dat het verzoek aan de Octrooiraad in-hield de Rechtbank schiftelijk in te lichten en te adviseren omtrent de vraag, of de werkwijze, neergelegd in het ten processe bedoelde octrooi (het Nederlandse octrooi 56.165) op de aanvraagdatum nieuw was, dan wel van voldoende openbare bekendheid kon zijn om door een deskundige te kunnen worden toegepast, althans geen octrooieerbare uitvinding vertegenwoordigde, daar deze voor een deskundige voor de hand lag;

O., dat de Rechtbank eerst nog wil behandelen de door gedaagde opgeworpen en door eiseressen betwiste bewering, dat het Japanse Octrooischrift 100.698, waarop eiseressen zich beroepen, de nieuwigheid van de door zijn octrooi beschermde werkwijze niet kan schaden, omdat dit octrooischrift geen publicatie is, waarvan de Nederlandse deskundige kon kennis nemen, dat de Nederlandse Octrooiraad niet over Japanse octrooischriften van vóór 1945 beschikt en beschikte en dat het citaat in de „Chemical Abstracts”, vermeld in het negende aangezien der dagvaarding, niet aangeeft welke hoeveelheid natriumglutaminaat aan het zout wordt toegevoegd, zodat geen deskundige door de lezing van dat citaat op de gedachte zal worden gebracht om dit Japanse octrooischrift te raadplegen, wanneer hij zich op de hoogte wil stellen van werkwijzen ter bereiding van soepen en dergelijke en dat hij trouwens dat octrooischrift niet te zijner beschikking zou hebben kunnen krijgen;

O., dat de Octrooiraad op verzoek van eiseressen ook voornoemde bewering van gedaagde in zijn rapport heeft betrokken en deze onjuist acht, daartoe de raad wijst op de door hem gevolgde constante praktijk ook literatuur in talen, die in Nederland niet algemeen worden gesproken en verstaan, te betrekken bij de beoordeling

van de vraag, of het onderwerp van een octrooiaanvraag nieuw is en op een octrooieerbare uitvinding berust; welke praktijk volgens het rapport steunt op de overweging, dat uit de geschiedenis van de totstandkoming van de Octrooiwet blijkt, dat de wetgever niet gewild heeft, dat in Nederland geoctrooieerd zou worden hetgeen reeds bekend was in het buitenland en, tengevolge van zijn publicatie vóór de aanvraagdatum respectievelijk prioriteitsdatum in Nederland, hier te lande (en in de overzeese gebiedsdelen, waarover de werking van de Octrooiwet zich eveneens uitstrekt), van voldoende openbare bekendheid kon zijn om door een deskundige te kunnen worden toegepast (artikel 2 Octrooiwet), waaraan de Octrooiraad nog toevoegt, dat naar zijn oordeel er in het onderhavige geval voor een deskundige, die geen Japans kent, reden te meer bestond kennis te nemen van de inhoud van het Japanse Octrooischrift 100.698, gezien de omstandigheid, waarop door eiseressen is gewezen, dat in „Chemical Abstracts”, 28, kolom 3496, 1934, onder no. 9 een korte vermelding van het onderwerp van het Japanse octrooischrift is opgenomen;

O., dat de Rechtbank, dit standpunt en deze motivering van de Octrooiraad delende en tot de hare makende, voormelde bewering van gedaagde als onjuist verwerpt;

O., nu ten aanzien van het eigenlijke geschilpunt, dat de Octrooiraad in zijn voormelde rapport tot de conclusie komt, dat de door het litigieuze octrooi beschermde werkwijze op de indieningsdatum van de aanvraag, die tot het octrooi heeft geleid, niet nieuw was, van voldoende openbare bekendheid kon zijn om door een deskundige te kunnen worden toegepast en geen octrooieerbare uitvinding vertegenwoordigde;

O., dat de Rechtbank zich met deze conclusie en de gronden waarop zij steunt, welke door geen van partijen zijn bestreden, verenigt, hetgeen tot gevolg heeft dat het octrooi moet worden nietig verklaard; enz.

Nr 27. Hoge Raad der Nederlanden, 20 januari 1961. (Cherry Belle)

President: Mr Dr J. Donner; Raden: Mrs F. J. de Jong, Prof. Ph. A. N. Houwing, J. H. H. Hülsmann en Prof. Ch. J. J. M. Petit.

Kwekersbesluit 1941.

Verzoek tot nietigverklaring krachtens art. 19 lid 1 van de inschrijving van een radijsras in het Centraal Rasregister.

Bij de beoordeling van de vragen of het ras voldoende „onderscheidbaar” en voldoende „raszuiver” is (art. 5), dienen in aanmerking te komen 1e de bij de inschrijving gegeven beschrijving, en 2e de zintuigelijke beoordeling van het ras als geheel van levende organismen i.v.m. de uitkomsten van de botanische wetenschap.

Het Hof heeft niet blijk gegeven van een onjuiste opvatting van het begrip „in den handel brengen” (art. 5) door hieronder niet te brengen de verstrekking door den kweker vóór zijn aanvraag tot inschrijving van kleine hoeveelheden zaad van het later aangemelde ras aan handelaars-detailisten, weliswaar tegen betaling doch onder voorwaarde dat het zaad uitsluitend voor proefneming en niet voor handel of vermeerdering mocht worden bezigd.

N.V. Sluis en Groot's Koninklijke Zaadteelt en Zaadhandel, te Enkhuizen, verzoekster, in cassatie, advocaat Mr W. Blackstone,

tegen

A. R. Zwaan & Co. N.V., te Voorburg, verweerster in cassatie, advocaat Mr L. D. Pels Rijcken.

a) Verzoekschrift in cassatie.

Geeft eerbiedig te kennen

de naamloze vennootschap N.V. Sluis en Groot's Koninklijke Zaadteelt en Zaadhandel, gevestigd te Enkhuizen, te dezer zake domicilie kiezende te 's-Gravenhage aan de Koninginnegracht no. 26, ten kantore van den advocaat bij Uw Raad Mr W. Blackstone:

Requestrante heeft, overeenkomstig art. 19 van het Kwekersbesluit 1941, aan den Raad voor het Kwekersrecht de nietigverklaring verzocht van de inschrijving (onder volgnummer 129 in het Centraal Rassenregister) van het radijras „Cherry Belle” ten name van de naamloze vennootschap A. R. Zwaan & Zoon N.V., statutair gevestigd te Voorburg en aldaar kantoorhoudende aan de Prinses Mariannelaan no. 296.

Van de afwijzende eindbeslissing d.d. 10 juli 1959 van dien Raad is requestrante, overeenkomstig art. 24 van het Kwekersbesluit 1941, in hoger beroep gekomen bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage, dat echter bij beslissing d.d. 18 mei 1960 de beroepen beslissing heeft bekrachtigd.

Van voornoemde appèlbeslissing (waarvan zij hiervens een authentiek afschrift overlegt) stelt requestrante, overeenkomstig art. 28 van het Kwekersbesluit 1941, bij dit verzoekschrift beroep in cassatie in.

Als cassatiemiddelen — resp. gronden, waarop haar beroep steunt — draagt requestrante voor:

I. Schending of verkeerde toepassing van de artikelen 167, 168, 175 der Grondwet, 20 der Wet op de Rechtelijke Organisatie, 1, 48 en 59 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 7a, 9, 15, 19, 21, 23, 24, 25, 26, 29, 30, 52, 58, 59 en 60 van het Kwekersbesluit 1941, 1, 16, 18, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 41, 43, 44, 47, 48, 49, 50, 55, 59, 60, 61 en 70 van het Reglement van den Raad voor het Kwekersrecht,

doordien het Hof de beroepen beslissing van den Raad voor het Kwekersrecht heeft bekrachtigd, zulks op de gronden, welke in 's Hof's beslissing zijn vermeld en welke requestrante verzoekt hier als overgenomen te beschouwen, en in het bijzonder met verwerping van de tweede en derde appèlgrief op de rechtsoverwegingen 1-13, ten onrechte,

a. omdat het Hof tegenover de door requestrante opgeworpen tweede en derde appèlgrief niet voldoende duidelijk resp. begrijpelijk heeft gemaakt, welke betekenis ten deze — bij de beoordeling van de „nieuw”heid (in den zin van art. 5 Kwekersbesluit 1941) van het litigieuse ras in de onderhavige procedure tot nietigverklaring der aangevallen inschrijving — toekomt aan de beschrijving (t.w. van het radijras „Cherry Belle”) door den Raad voor het Kwekersrecht overeenkomstig artikelen 47 en 48 van het Reglement van dien Raad,

noch ook welke betekenis het Hof, met betrekking tot dit punt, toekent aan wat het (in rov. 3 e.v.) noemt: „het beeld dat de botanische wetenschap zich omtrent planten-

rassen heeft gevormd”, resp.: „het boven bedoelde wetenschappelijke standpunt”, resp. aan wat het (in rov. 6) aanduidt als: het „botanisch wetenschappelijk inzicht omtrent de beoordeelde en vergeleken rassen”,

waarbij bovendien geheel onduidelijk blijft, althans onvoldoende duidelijk wordt, wat het Hof onder dit een en ander precies verstaat en waarom dat zou (moeten) leiden tot de consequenties, welke het Hof daaraan heeft toegekend,

en mitsdien 's Hof's beslissing op dit punt, resp. op deze punten, niet naar den eis der Wet met redenen is omkleed;

b. omdat voor de beantwoording van de — de onderhavige procedure tot nietigverklaring van het radijras „Cherry Belle” beheersende — vraag of voornoemd ras al dan niet nieuw was (in den zin van art. 5 van het Kwekersbesluit 1941) beslissend, althans primair beslissend, behoort te zijn, althans als uitgangspunt behoort te worden genomen: de (tekst van de) door den Raad voor het Kwekersrecht vastgestelde en in het Centraal Rassenregister ingeschreven beschrijving van het bewuste ras,

althans en in elk geval daarbij niet (althans niet zonder meer) beslissend kan en mag zijn een, van (de tekst van) vorenbedoelde beschrijving los gemaakte, „visuele beoordeling van de combinatie van eigenschappen, op grond van het beeld dat de botanische wetenschap zich omtrent plantenrassen heeft gevormd, zo mogelijk gesteund door wegingen en metingen door personen zoals deze bij de Nederlandse rassenbeoordeling is georganiseerd”,

aan welk een en ander niet, althans niet zonder meer, afdoet hetgeen het Hof in de rov. 3 e.v. van zijn beslissing overweegt, hetgeen trouwens ook opzichzelf onjuist is en bij welk een en ander het Hof onder meer uit het oog verloren lijkt te hebben, dat irrelevant is of een beschrijving (ooit) „volledig” kan zijn, immers ten deze nodig en voldoende, en kennelijk door den wetgever van het Kwekersbesluit 1941 ook bedoeld, is, dat de beschrijving de (constant reproduceerbare) *karakteristieke eigenschappen opsomt waardoor het ingeschreven (pretenselijk nieuwe) ras afgebakend en onderscheiden wordt van de op den beslissenden datum reeds bestaande rassen* (hetgeen met name ook de aangevallen inschrijving van „Cherry Belle” klaarlijkelyk beoogt door, na een beschrijving van „kiemplant”, „wortel” en „blad” te besluiten met de woorden „Cherry Belle is van alle ons tot dusver bekende radijrasen en -selecties te onderscheiden door het gelijkmatig diep veerspletige tot veerdelige blad. Van overeenkomstige rassen en selecties bovendien door de rose tint in het helder scharlakenrood van de knol en door het witte vaste vlees”),

terwijl noch uit de artikelen 47 en 48 van het Reglement van den Raad voor het Kwekersrecht, noch uit art. 35 van dat Reglement of enige andere wetsbepaling een andere opvatting van den wetgever kan of mag worden afgeleid.

II. Schending of verkeerde toepassing van de sub I aangehaalde wetsartikelen,

doordien het Hof de beroepen beslissing van den Raad voor het Kwekersrecht heeft bekrachtigd, zulks op de gronden, welke in 's Hof's beslissing zijn vermeld en welke requestrante verzoekt hier als overgenomen te beschouwen, en in het bijzonder met verwerping van de eerste appèlgrief op de rechtsoverwegingen 14-26,

zulks ten onrechte,

omdat het Hof bij zijn beslissing op voormelde grief is uitgegaan van een onjuist begrip van de term „in den handel is gebracht” in art. 5 van het Kwekersbesluit,

immers voortkwekingsmateriaal in den zin van het gewone spraakgebruik en in elk geval in den zin van art. 5 Kwekersbesluit 1941 in den handel gebracht is, of kan zijn, óók indien het niet tegen betaling (maar bijv. als

gratis monster) in handen van een verkrijger is gekomen; óók indien de verkrijger er niet alles mede mag doen wat hij wil, immers hem daarbij een of meer contractuele beperkingen zijn opgelegd; en óók indien dergelijke transacties (nog) niet „min of meer geregeld” plaats vinden, terwijl evenmin relevant, laat staan beslissend, is waarvoor de verkrijger het voortkweekingsmateriaal bestemt, noch ook wat hij er in feite mee doet na het te hebben verkregen,

en mitsdien niet afdoende zijn de gronden waarop het Hof heeft geoordeeld, dat het ten processe bedoelde voortkweekingsmateriaal op 1 maart 1946 nog niet „in den handel was gebracht”, ondanks de leveranties van het zaad door Zwaan aan de firma Wed. H. Degen te Lent en aan de firma Jos Peters-Thijssen te Venlo in de jaren 1943 en 1944 en de verstrekking van een monster van dit zaad door Degen aan requestrante in januari 1944.

Requestrante behoudt zich uiteraard voor voormelde cassatiemiddelen nader te adstrueren en toe te lichten bij de behandeling ter terechtzitting, welke overeenkomstig art. 28 lid 3 jo. art. 24 leden 4 en 5 van het Kwekersbesluit 1941 voor Uw Raad zal moeten plaats vinden.

Op vorenstaande gronden doet requestrante Uw Raad eerbiedig verzoeken de beslissing waarvan beroep te vernietigen, met zodanige verdere beslissing als Uw Raad zal vermenen te behoren, kosten rechtens.

b) De Hoge Raad, enz.

Overwegende met betrekking tot het *eerste middel*:

dat op het verzoek van Sluis en Groot tot nietigverklaring van de inschrijving ten name van Zwaan van het radijras Cherry Belle in het Centraal Rassenregister, op den grond dat dit ras op het tijdstip waarop de aanvraag tot inschrijving is gedaan — 1 Maart 1946 — niet nieuw was in den zin van artikel 5 van het Kwekersbesluit 1941, de Raad voor het Kwekersrecht bij beslissing van 10 Juli 1959 heeft overwogen:

„dat Sluis en Groot met betrekking tot de onderscheidbaarheid van het ras Cherry Belle heeft gesteld, dat de blijkens de inschrijving in het Centraal Rassenregister als kenmerkend voor het ras Cherry Belle beschouwde eigenschappen, te weten het gelijkmatig diep veerspletig tot veerdelig blad, de rose tint in het helder scharlakenrood van de knol en het witte, vaste vlees, niet van zodanige aard zijn, dat zij het ras Cherry Belle (voldoende) van andere rassen onderscheiden, aangezien er vele radijrasen zijn, welke deze eigenschappen afzonderlijk dan wel gecombineerd bezitten;

„dat de Raad zich met het oordeel van de deskundigen verenigt, dat bij de beoordeling of een ras zich al dan niet voldoende onderscheid van andere rassen, de karakteristieke eigenschappen van het ras steeds tezamen dienen te worden beschouwd;

„dat deze beoordeling uiteraard dient te geschieden naar de toestand op het tijdstip van het indienen van de aanvraag tot inschrijving van het ras in het Centraal Rassenregister;

„dat derhalve beslissend is, of het ras Cherry Belle zich door de combinatie van de bij de inschrijving in het Centraal Rassenregister als kenmerkend vastgestelde eigenschappen voldoende onderscheidde van de op 1 Maart 1946 reeds in de handel gebrachte rassen”;

dat, hiervan uitgaande, de Raad heeft verworpen het betoog van Sluis en Groot, dat het ras Cherry Belle zich op 1 Maart 1946 niet (voldoende) onderscheidde van het ras Scarlet Globe Forcing zoals dat ras op dat tijdstip in den handel was of van de overige op dien datum in den handel zijnde rassen — waarbij de Raad zich heeft verenigd met het oordeel van deskundigen „dat niet alleen de op een bepaald moment vastgestelde beschrijving van het ras (die categorisch onvolledig is) maar

steeds ook de eigenschappen van het ras zelf als wettelijke basis moeten gelden” en dat, wegens het karakter van levend organisme van de plant en het verband tussen haar verschillende eigenschappen en dat tussen haar eigenschappen en haar omgeving, in de wetenschap van de plantensystematiek en die van de kenmerkanalyse der rassen „de visuele waarneming na de nodige oefening” een grotere rol speelt dan de door Sluis en Groot bepleite wiskundige methode van telling en meting van eigenschappen —, en de Raad vervolgens eveneens heeft verworpen het verweer van Sluis en Groot dat het ras Cherry Belle niet voldoende raszuiver en niet voldoende constant reproduceerbaar is gebleken;

dat in haar verzoekschrift in hoger beroep, gericht tegen 's Raads afwijzing van haar verzoek tot nietigverklaring van de inschrijving, Sluis en Groot in haar tweede en haar derde appelgrief er over heeft geklaagd: (II) dat de Raad, evenals deskundigen, bij de beantwoording van de vraag of de rassen Cherry Belle en Scarlet Globe Forcing op 1 Maart 1946 zich voldoende van elkander onderscheidden, er geen, althans onvoldoende, rekening mede heeft gehouden dat niet deze rassen als zodanig behoorden te worden vergeleken doch *uitsluitend* het laatstgenoemde ras met de ingeschreven *beschrijving* van het eerstgenoemde ras, en (III), wat betreft de kwestie van de raszuiverheid en constante reproduceerbaarheid van het ras Cherry Belle, ook hier geen, althans onvoldoende, toetsing aan de te dezen alléén van belang zijnde *beschrijving* van het ras heeft plaats gevonden;

dat het Hof, het hierboven weergegeven oordeel van deskundigen tot het zijne makend, beide grieven van Sluis en Groot heeft verworpen, daarbij onder meer overwegende:

„dat het Hof voor alles de vraag naar de betekenis van het begrip „*beschrijving*” bedoeld in de artikelen 47, 1e lid juncto 48, 2e lid sub 5e van het Reglement voor het Kwekersrecht zal beantwoorden, die in de grieven II en III is ter sprake gebracht, omdat zonder beantwoording van deze vraag de andere twistpunten in die grieven niet kunnen worden opgelost;

„dat Sluis en Groot volhoudt dat deze *beschrijving* de enige bron is waaruit het beschreven ras bekend kan en mag worden en met andere rassen mag worden vergeleken, terwijl Zwaan de stelling poneert dat voor vergelijkings- en beoordelingsdoeleinden beslissend is het standpunt dat de botanische wetenschap zich omtrent de te beoordelen en te vergelijken rassen heeft gevormd, waarbij de *beschrijving* slechts enkele belangrijke kenmerken weergeeft;

„dat het Hof uit eigen wetenschap — afkomstig van zijn terzake kundige toegevoegde leden — van oordeel is dat een *beschrijving* als bedoeld in deze voorschriften nooit volledig kan zijn en dat vele eigenschappen van een ras ook niet exact in woorden kunnen worden weergegeven, zodat niet de tekst van de *beschrijving* maar visuele beoordeling van de combinatie van eigenschappen, op grond van het beeld dat de botanische wetenschap zich omtrent plantenrassen heeft gevormd, zo mogelijk gesteund door wegingen en metingen door personen zoals deze bij de Nederlandse rassenbeoordeling is georganiseerd, hier beslissend is; dat uit bedoelde wettelijke voorschriften wel volgt dat de aanvrager ex artikel 47 1e lid en later de Raad voor het Kwekersrecht een *beschrijving* van het ras moeten geven, maar in die wettelijke voorschriften niet is vermeld of deze beoordeling globaal zal zijn of uitputtend alle kenmerken van het ras moet beschrijven, zodat moet worden aangenomen dat de wetgever die dit reglement uitvaardigde heeft beoogd dat daarin het bovenbedoelde wetenschappelijke standpunt zal worden in acht genomen;

„dat deze opvatting des te meer klemt nu bij vergelijking van twee plantenrassen het niet wel mogelijk is

met elkander te vergelijken het ene ras aan de hand van een wetenschappelijke opvatting die alle kenmerken van dat ras omvat, met het andere slechts aan de hand van een beschrijving die slechts enkele zij het ook belangrijke kenmerken van dat ras kan bevatten, — iets wat toch niet in de bedoeling van de wetgever kan hebben gelegen;

„dat deze opvatting nog steun vindt in de omstandigheid dat hij die inschrijving van een nieuw ras vraagt ingevolge artikel 35, 1e lid van dit reglement, daarbij een beschrijvingsblad moet inleveren, waarin hij dat ras beschrijft, dat ingevolge artikel 37 *tenminste* een zo *uitvoerig mogelijke* beschrijving van de eigenschappen van dat ras moet bevatten, waarbij het Reglement kennelijk uitgaat van de hierboven weergegeven wetenschappelijke opvatting dat zulk een beschrijving nooit volledig kan zijn;

„dat uit een en ander volgt, dat de deskundigen terecht de beschrijving door de Raad voor het Kwekersrecht ingevolge artikel 47, lid 1 juncto artikel 48 lid 2 sub 5° als slechts een globale beschrijving hebben opgevat, waarnaast zij terecht voor beoordeling van dit ras en vergelijking met andere rassen rekening hebben gehouden met hun botanisch wetenschappelijk inzicht omtrent de beoordeelde en vergeleken rassen;

„dat dus de grieven II en III voorzover zij op deze vraag betrekking hebben, falen;

„dat Sluis en Groot blijkens grief III voorts gegriefd is doordat de Raad voor het Kwekersrecht niet heeft aangenomen, dat het ras Cherry Belle niet voldoende raszuiver en niet voldoende constant reproduceerbaar is gebleken, waarbij zij erop wijst, dat de Raad in het voetspoor van de deskundigen is afgegaan niet uitsluitend op de beschrijving van het ras Cherry Belle die bij de inschrijving van dat ras gegeven was, maar op een vager botanisch begrip; dat echter, nu het Hof reeds heeft uitgemaakt dat plantenrassen beoordeeld moeten worden aan de hand van een botanisch begrip en niet alleen aan de hand van de bovenbedoelde beschrijving van het nieuwe ras, de deskundige rapporten van 11 October 1958 en 12 Maart 1959 — waarvan de inhoud hier door het Hof wordt overgenomen en tot zijn eigen oordeel wordt gemaakt — duidelijk aantonen, dat het ras Cherry Belle wel voldoende raszuiver en wel voldoende reproduceerbaar was en is; dat dus de derde grief in haar beide onderdelen faalt”;

dat, wat nu de door Sluis en Groot in haar eerste middel tegen deze overwegingen ontwikkelde bezwaren betreft, terecht het Hof er van is uitgegaan, dat in een geval als het onderhavige, waarin een inschrijving wordt aangetaast, bij de beoordeling van de in de bedoelde appalgrievan aan de orde gestelde vragen — betreffende de „onderscheidbaarheid” en de „raszuiverheid” van rassen — naast elkander in aanmerking dienen te worden genomen twee maatstaven: 1. die van de bij de inschrijving gegeven beschrijving en 2. die van de zintuiglijke beoordeling van een ras als geheel van levende organismen in verband met de uitkomsten van de botanische wetenschap;

dat hierbij allereerst opmerking verdient, dat de beslissing aangaande de al of niet „nieuwheid” van een ras welks inschrijving is verzocht, geschiedt op grond van de beoordeling van eigenschappen, die, wat het „nieuwe” ras betreft, nog slechts voorlopig — door den aanvrager —, en die, wat de „andere” rassen betreft, soms wel doch vaak in het geheel niet zijn beschreven; dat nu weinig aannemelijk is dat, terwijl dus in deze gevallen een „beschrijving” ontbreekt, het Kwekersbesluit bij een aantasting van de inschrijving aan de „beschrijving” een zo uitsluitende plaats zou geven;

dat echter ook op zich zelf de beoordeling naar den eersten maatstaf, namelijk dien der bij de inschrijving door den Raad voor het Kwekersrecht vastgestelde be-

schrijving van de kenmerkende eigenschappen van het ras, noodzakelijkerwijze aanvulling behoeft door een beoordeling naar den tweeden maatstaf; dat immers, onder meer wegens den invloed van de levensomstandigheden op den verschijningsvorm van het organisme, iedere beschrijving min of meer vaag moet zijn en ruimte moet laten voor afwijkingen, die alleen door den ervaren onderzoeker door middel van zintuiglijke waarneming op haar betekenis kunnen worden beoordeeld; dat voorts in dit verband nog kan worden opgemerkt dat het uitdrukkingsvermogen van de taal te kort schiet om onder alle omstandigheden alle als kenmerkend te beschouwen eigenschappen voldoende nauwkeurig te omschrijven, waartoe er slechts op behoeft te worden gewezen dat het kan aankomen, behalve op zichtbare eigenschappen van vorm en kleur, ook op eigenschappen van geur en smaak, nu immers bijvoorbeeld de afdeling „Tuinbouwgewassen” bij het Centraal Rassenregister omvat, behalve vele groentegewassen, specerijgewassen en geneeskrachtige en aromatische kruiden, fruitgewassen en de siergewassen roos, sering en anjer;

dat dan ook het Hof, door aan zijn beslissing ten grondslag te leggen het oordeel, dat beide hiervoren aangegeven maatstaven van beoordeling — uit den aard der zaak: voor zover ter beschikking staande — naast elkander in aanmerking dienen te komen, van een juiste opvatting van de betrokken wettelijke voorschriften blijk heeft gegeven;

dat over onvoldoende of onjuiste motivering van dit rechtskundige oordeel niet met vrucht in cassatie kan worden geklaagd, terwijl de vraag, of in het onderhavige geval het Hof de evenbedoelde maatstaven op de juiste wijze heeft aangelegd, alsmede van feitelijk aard, in cassatie niet ten toetse kan komen; dat tenslotte, voorzover het middel het verwijt inhoudt dat het Hof beslissend heeft geacht een „van de beschrijving los gemaakte visuele beoordeling” het feitelijke grondslag mist;

dat mitsdien het middel in geen zijner onderdelen tot cassatie kan leiden;

Overwegende met betrekking tot het *tweede middel*:

dat het Kwekersbesluit 1941 in de artikelen 3, 7-8, 35-38 en 45 regelen stelt met betrekking tot het „in het verkeer brengen” van voortkwekingsmateriaal van rassen die in het Centraal Rassenregister zijn ingeschreven, of wel zijn rassen van cultuurgewassen waarvoor een raslijst is ingesteld; dat ter wille van een juiste toepassing van deze regelen artikel 1, onder 6, van het Besluit het begrip „in het verkeer brengen” ruim omschrijft en met name mede daaronder het in of voor zijn bedrijf „te koop aanbieden” en „afleveren” begrijpt; dat, gezien de belangen van den kweker van een nieuw ras die, alvorens er toe over te gaan een aanvraag tot inschrijving van het ras bij den Raad voor het Kwekersrecht in te dienen, in de gelegenheid moet zijn geweest om, ten einde de waarde van het ras in de praktijk te toetsen, voortkwekingsmateriaal ervan ter beproeving aan anderen te verstrekken, zonder door die enkele daad zijn aanspraak op inschrijving verloren te zien gaan, onaannemelijk is dat de wetgever het begrip „in den handel brengen” in artikel 5 van het Besluit in denzelfden ruimen zin heeft gezegd;

dat dan ook het Hof niet van een onjuiste opvatting van het begrip „in den handel brengen” in den zin van genoemd artikel blijk heeft gegeven door te oordelen, dat niet als zodanig „in den handel brengen” mag worden beschouwd de verstrekking door Zwaan in de jaren 1943/1944 van partijen radijszaad van 3 en 5 kg — welke hoeveelheden, naar het Hof heeft vastgesteld, als normale hoeveelheden voor beproeving kunnen gelden — aan handelaars-detailisten, weliswaar tegen betaling van ongeveer den gewonen prijs van ordinair radijszaad, doch, naar het Hof heeft geconstateerd, onder de voorwaarde

dat het zaad uitsluitend voor proefneming en niet voor handel of vermeerdering mocht worden gebezigd, terwijl die partijen niet verder zijn verhandeld en de aflevering van een monster door een dier handelaars aan Sluis en Groot is geschied in het kader van onderlinge uitwisseling van monsters voor beproeving;

dat dus ook dit middel ondeugdelijk is;
Verwerpt het beroep. Enz.

c) Conclusie van de Advocaat-Generaal Mr P. EIJSSSEN.

Voor de beoordeling van beide cassatiemiddelen is van belang de verhouding van het Kwekersbesluit 1941 en het daarop stoelende Reglement van de Raad voor het Kwekersrecht, vooreerst tot de *Octrooiwet* en voorts tot het wetsontwerp — *Zaaizaad- en pootgoedwet* (Bijl. Hand. 2e Kamer, 1958—1959, 5332).

De literatuur ziet men wel een vergelijking trekken tussen het Kwekersbesluit en de *Octrooiwet*. (Zie *BODENHAUSEN in DRUCKER-BODENHAUSEN*, 3e druk, blz. 65 en in *MOLENGRAAFF, Leidraad*, 1e deel, 9e druk, blz. 106; *DORHOUT MEES, Kort begrip van het Ned. handelsrecht*, 2e druk, blz. 130, 132, 133 en 147; vide ook het genoemde wetsontwerp mem. v. toel., § 4, ad 1). Met name voert de literatuur aan, dat de *Octrooiwet* tot model heeft gediend voor de opstelling van het Kwekersbesluit.

In het algemeen past, naar het mij wil voorkomen, een vergelijking tussen beide regelingen niet, tenminste als men daaraan argumenten zou willen ontleen voor de vaststelling van de betekenis van bepalingen van het Kwekersbesluit en het ter uitvoering daarvan strekkende Reglement. Vooreerst doet mijns inziens de aanwending van een bepaalde regeling als model voor een andere regeling, de eigen aard van deze laatste niet te loor gaan. De laatste regeling behoeft daarom geenszins dezelfde of een analoge betekenis te hebben als de regeling, die tot model heeft gestaan. Te minder is voor analogie reden, wanneer, zoals in dit geval, het voorwerp der regelingen uitermate verschilt. Immers, kwekersrecht is verbonden aan levend materiaal, dat tot het voortkweken en verbeteren van het ras in staat stelt (het genoemde wetsontwerp, mem. v. toel., ad art. 5). Aan het Kwekersbesluit en het Reglement komt daarom naar mijn mening zelfstandige betekenis toe, in die zin dat men de interpretatie ervan niet kan afstemmen op de *Octrooiwet*, tenzij in een bijzonder geval de gelijkenis zo sterk in het oog zou springen, dat een gelijke of overeenkomstige betekenis moet worden geacht te zijn bedoeld. Een dergelijk uitzonderingsgeval zie ik niet voor zover de beide cassatiemiddelen reiken. Voor wat het bereik van die middelen betreft meen ik dus, dat men de betekenis van het Kwekersbesluit en van het Reglement aan de hand van hun strekking moet bepalen zonder acht te slaan op de bepalingen der *Octrooiwet*. Met name zie ik geen overeenkomst in betekenis tussen art. 9 *Octrooiwet* en art. 4, lid 2, *Kwekersbesluit*.

De parlementaire stukken betreffende de ontwerp-Zaaizaad- en pootgoedwet verschaffen niet in voldoende mate inzicht omtrent de vraag, in hoever het de bedoeling is, hetzij te bevestigen wat men voor reeds geldend recht houdt onder *vigueur* van het Kwekersbesluit en het Reglement, hetzij vast te stellen wat nog geen geldend recht is. Ter zijde kan dus blijven, welke betekenis zou moeten toekomen aan duidelijke uitlatingen in die parlementaire stukken, als die stukken dergelijke uitlatingen wel zouden bevatten. Het wetsontwerp kan dus ook niet tot richtsnoer dienen voor de bepaling van het geldende recht en met name komt het mij voor dat dit zo is ten aanzien van de bepalingen, die het wetsontwerp bevat omtrent de beschrijving van een ras (art. 22 e.v.) en omtrent de aanspraak op verlening van kwekersrecht (art. 37 e.v.). Het geldende recht dient daarom mijns inziens, althans voor zover het betreft de materie van de

beide cassatiemiddelen, los van het genoemde wetsontwerp zijn interpretatie te vinden.

Voor het *tweede middel* zal moeten beslissen, in welke mate het Kwekersbesluit er toe strekt de kweker in het door hem verkregen resultaat te beschermen.

Het Besluit verbindt de bescherming niet aan de eerste winning, doch aan de eerste aanvraag (art. 4, lid 1); uiterlijk is immers niet zichtbaar, wie het resultaat het eerste heeft verkregen. Het bewijs, dat een ander dan de eerste aanvrager het nieuwe resultaat heeft verkregen, wordt opgelaten (art. 4, lid 2).

De bedoeling om degeen te beschermen, die een nieuw resultaat heeft verkregen, sluit in, dat het resultaat nieuw moet zijn ten opzichte van hetgeen eerder bekend is (art. 5); althans zo zie ik dit artikel.

Kan nu kwekersrecht worden ingeschreven, indien de winning buiten of met toedoen van de kweker ter kennis van anderen is gekomen, voordat de inschrijving is gevraagd?

Voor het antwoord op deze vraag zou ik tot uitgangspunt willen nemen de bescherming, waarvoor de eerste definitie van het Besluit naar mijn mening de grondslag geeft: de bescherming van de kweker van een nieuw ras (art. 1, sub 1).

Het begrip nieuwheid versta ik zo, dat het ras afwijkt van bekende rassen (*ADDENS, Zaaizaad en pootgoed in de Nederlandse landbouw* [1952], blz. 195 en 196).

De stelling is geponeerd, dat het begrip nieuwheid vervalt zodra iemand wie dan ook voortkwekingsmateriaal in de handel heeft gebracht. Zou het materiaal zijn gestolen en zou de dief of een ander het in de handel hebben gebracht, dan zou de kweker geen kwekersrecht meer kunnen verkrijgen. Ook zou de kweker op geen enkele wijze voortkwekingsmateriaal aan een ander kunnen afstaan, wil hij daardoor niet de kans lopen dat zijn recht op inschrijving verloren gaat. (*VERHULST, Kwekersrecht*, blz. 206—209; wellicht ook zo: *BODENHAUSEN in DRUCKER-BODENHAUSEN*, blz. 67 en *VAN LEEUWEN in Econ.-Stat. Ber.* 1943, blz. 19).

Deze opvatting zou kwade praktijken van concurrerende ondernemers in de hand werken en aanmerkelijk beschermen en daarmee het Besluit in grote mate illusoir maken. De opvatting kan daarom niet aan de bedoeling van het Besluit beantwoorden.

Nieuw in het Besluit moet daarom naar mijn mening worden verstaan als: afwijkend van wat in een vrij ruime kring bekend is; nader als: afwijkend van wat algemeen bekend is in de betrokken takken van handel en bedrijf. En bovendien met het voorbehoud dat de nieuwheid blijft bestaan, als het nieuwe in de betrokken takken van handel en bedrijf bekend is geworden door handelingen, die tegenover de kweker als onoirbaar zijn aan te merken.

Het in de handel gebracht zijn van een ras als bedoeld in artikel 5 van het Besluit, waardoor de nieuwheid is weggevallen, meen ik zodoende ook te moeten verstaan met de beperkingen die ik aanleg bij het bekend worden van de nieuwheid van het ras. (Onduidelijk komt mij voor de mem. v. toel. op genoemd wetsontwerp, die ad art. 37—39 het in de handel brengen en het in het verkeer brengen op gelijke lijn schijnt te stellen).

Door de verkoop van enkele partijen door Zwaan met verbod tot vermeerdering en hetgeen met die partijen verder is geschied, is daarom naar mijn mening de nieuwheid van het ras niet verloren gegaan.

Meer bescherming voor de kweker ziende in het Kwekersbesluit dan het Hof heeft gezien, meen ik 's Hof's beslissing voor juist te moeten houden en het tweede middel voor ongegrond.

Het *eerste middel* richt zich tegen de overwegingen van het Hof aangaande de bron, waaruit men kan kennen,

wat een bepaald ras is en wat een bepaald ras onderscheidt van andere rassen.

's Hof's overwegingen dienaangaande versta ik als volgt.

Voor de aanduiding van een ras en voor de onderscheiding van een ras van andere rassen komt betekenis toe aan de beschrijving van het ras, zoals de Raad (voor het Kwekersrecht) die geeft bij de inschrijving in het register: Reglement, art. 47, eerste lid, j°. 48, tweede lid, onder 5°.

Een beschrijving, als in die voorschriften bedoeld, kan evenwel nooit volledig zijn.

Beide factoren, de aanduiding van het ras en de onderscheiding van andere rassen, zijn daarom mede afhankelijk van visuele beoordeling van de combinatie van eigenschappen, die het ras heeft.

Maatstaven voor visuele beoordeling zijn het beeld, dat de botanische wetenschap zich omtrent plantensoorten heeft gevormd, en zo mogelijk wegingen en metingen. De visuele beoordeling is van beslissende betekenis.

Het voorschrift voor de aanvrager om een beschrijving te geven (art. 37) en de eerder aangehaalde voorschriften voor de Raad zeggen ook niet, dat de beschrijving uitputtend alle kenmerken van het ras moet bevatten. Integendeel, de beschrijving van de aanvrager behoeft slechts te zijn een zo uitvoerig mogelijke beschrijving van de eigenschappen van het ras en dit sluit juist in, dat een beschrijving nooit volledig kan zijn.

Het Hof heeft vorenstaande overwegingen slechts in zover op de nieuwigheid betrokken, als een ras waarvan inschrijving gevraagd en/of verkregen is, zich onderscheidt van andere rassen.

Naar mijn mening zou het Hof nog een strengere maatstaf hebben aangelegd voor de beide bedoelde beschrijvingen, indien het Hof zou hebben aangenomen, dat die beschrijvingen ook moeten inhouden hetgeen waarin een ras zich van andere rassen onderscheidt. Een dergelijke eis valt naar het mij lijkt, in de aangehaalde voorschriften niet te lezen. Intussen zou, ook indien het Hof die strengere maatstaf zou hebben aangelegd, Sluis zich daarover niet kunnen beklagen, aangezien hij daarbij geen belang heeft.

De beschrijving nu is door het Hof gezien als een eerste middel tot identificatie van een ingeschreven ras en tot onderscheiding van het ras van andere rassen. Daarnaast heeft het Hof voor beide doeleinden beslissende betekenis toegekend aan visuele beoordeling van de combinatie van eigenschappen, terwijl het Hof heeft geëist dat die beoordeling gegrond is op wetenschappelijk inzicht.

Niet heeft het Hof gezegd, dat een ras zou kunnen worden ingeschreven met een beschrijving, die een ander beeld van het ras zou geven dan de visuele beoordeling zou geven.

Het Hof heeft op deze wijze oordelende, de wettelijke regeling van art. 19, lid 1 j° art. 3 en 5 van het Besluit in acht genomen, in het bijzonder doordat het Hof aan deskundige aanschouwing van het ras in overeenstemming met de procedure van inschrijving van een ras en van nietigverklaring van een dergelijke inschrijving (art. 41-43, alsmede art. 61, lid 2), betekenis heeft gehecht. (Men vergelijkte ADDENS, t.a.p. blz. 196 „morfologische kenmerken” en blz. 221 „waarneembare kenmerken”). Ook heeft het Hof door aan de factor van deskundige aanschouwing beslissende betekenis toe te kennen, evenvermelde bepalingen in hun juiste betekenis gezien zonder enig ander wettelijk voorschrift te miskennen.

In het bijzonder vindt geen steun in de wet de klacht van het middel, dat de beschrijving bij de inschrijving zou moeten bevatten, wat het ras onderscheidt van andere rassen. Men kan een ras aanduiden door de eigenschappen van het ras aan te geven (ADDENS, t.a.p. blz. 196). Een verder gaande verplichting valt te lezen in het Be-

sluit noch in het Reglement (art. 35, lid 1, j° art. 37 en art. 47, lid 1, j° art. 48, lid 2, onder 5°, en 49).

Tenslotte moge ik omtrent de *procedure* voor het Hof en voor Uw Raad opmerken, dat deze naar mijn mening, in het bijzonder gelet op de omstandigheid dat de kennisgeving ingevolge de art. 24, lid 5, en 26, lid 3, van het Besluit de kracht heeft van een dagvaarding, van contentieuze aard is, anders dan met name de procedure, bedoeld bij art. 6 Handelsnaamwet, zodat in casu de motiveringseis onverkort geldt. De Raad was overigens ook verplicht zijn beslissing met redenen te omkleden. (Reglement, art. 32, lid 2).

Beide middelen ongegrond achtende, heb ik de eer te concluderen, dat Uw Raad het ingestelde beroep in casu zal verwerpen, met veroordeling van Sluis in de daarop gevallen kosten.

Nr 28. Octrooiraad, Afdeling van Beroep, 22 maart 1961.

Voorzitter: Mr J. J. de Reede; Leden: Ir J. M. Op den Orth en Prof. Dr C. W. Kosten (b.l.).

Art. 1 Octrooiwet.

Het opnemen in de hoofdconclusie der aanvraag van een element dat niet met zoveel woorden in de oorspronkelijke stukken voorkomt, is niet toelaatbaar, indien het misschien te eniger tijd als een essentieel element van de uitvinding zou kunnen worden beschouwd, en overbodig, indien het nooit als zodanig zou kunnen worden beschouwd.

Beslissing nr 6565/art. 24A Octrooiwet inzake octrooiaanvraag nr 193.818 Ned.

De Octrooiraad, Afdeling van Beroep;

Gezien de stukken;

Gehoord aanvraagster-appellante bij monde van de octrooigemachtigde Ir H. Mensen, vergezeld door Ir B. Kleis;

Overwegende, dat aanvraagster tijdig bij een memorie van grieven in beroep is gekomen van de beschikking der Aanvraagafdeling van 5 augustus 1959, waarbij is besloten tot niet-openbaarmaking van de aanvraag;

dat aanvraagster de beschrijving met conclusies welke de Aanvraagafdeling bij die beschikking heeft beoordeeld, bij haar memorie van grieven heeft vervangen door een nieuwe beschrijving met een stel nieuwe conclusies enz.

dat de Afdeling van Beroep na de zitting bij brief van 29 juli 1960 aan aanvraagster heeft medegedeeld, dat zij voorlopig van oordeel was, dat aanvraagster in de nieuwe hoofdconclusie der aanvraag bestanddelen heeft opgenomen welke niet in de oorspronkelijke stukken der aanvraag zijn terug te vinden, namelijk; enz.

dat aanvraagster hierop bij brief van 19 september 1960 heeft geantwoord, dat het eerste en het derde bestanddeel weliswaar niet direct, onderscheidenlijk niet in deze bewoordingen, in de oorspronkelijke stukken der aanvraag zijn terug te vinden, maar toch in de hoofdconclusie gehandhaafd mogen worden, daar het opnemen van deze bestanddelen slechts betekent, dat telkens één van een aantal voor de vakman voor de hand liggende mogelijkheden wordt uitgekozen en een aantal andere mogelijkheden wordt uitgesloten;

dat de Afdeling van Beroep aanvraagster niet in dit betoeg vermag te volgen;

dat toch het eerste en het derde element van de nieuwe hoofdconclusie niet met zoveel woorden in de oorspronkelijke stukken voorkomen;

dat opnemng van deze elementen in de hoofdconclusie der aanvraag niet toelaatbaar is, indien zij misschien te eniger tijd als een essentieel element van de uitvinding