CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
J. MAZÁK
van 3 december 2009[1]

I — Inleiding

1. Met de onderhavige hogere voorziening verzoekt R. Schräder 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 Schräder/Communautair Bureau voor plantenrassen (CBP) (hierna: „bestreden arrest")[2], houdende verwerping van het beroep van Schräder 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: „kandidaatras") 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 kandidaatras 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

1 — Oorspronkelijke taal: Engels.
2 — Jurispr. blz. I-3151.
3 — PB L 227, blz. 1.

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 opneming 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 appellant 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 procedures 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. Schräder, 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

4 — PB L 121, blz. 37.

SUMCOL 01 (hierna: ‚ras SUMCOL 01' of ‚kandidaatras'). 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 kandidaatras 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 kandidaatras 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 kandidaatras 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 privétuinen.'

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 kandidaatras 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 privétuin. 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 kandidaatras SUMCOL 01. Na dit onderzoek is gebleken dat het kandidaatras 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 privétuin 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 kandidaatras 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 uitingsvorm 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 privétuinen zoals die van Van Jaarsveld te vinden is. Aangezien dit ras op de markt te verkrijgen is en in privétuinen 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 onderzoekingen 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 privétuin (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 plantentuin 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.'

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.

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.

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.

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

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.

[…] 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.'

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 kandidaatras 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 kandidaatras 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 kandidaatras 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 ‚verkenningsreis' 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

Schräder 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 Schräder verwezen in de kosten.

V — Conclusies van partijen voor het Hof

13. Schräder 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;

— Schräder verwijst in de kosten van de procedures voor het Gerecht en het Hof.

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 kandidaatras algemeen bekend is.

VI — Hogere voorziening

A — *Opmerkingen vooraf*

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 Schräder aangevoerde argumenten en stelt dat de middelen van rekwirant ongegrond moeten worden verklaard.

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

16. Met zijn eerste middel, dat uit zes onderdelen bestaat, stelt Schräder 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.

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 in 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]

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).

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.

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 (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 Farmaceuitici 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-5491, punt 82).

10 — Zie ter zake arresten van 22 november 2007, Spanje/Commissie (C-525/04 P, „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).

27. Nu dit vaststaat en aangezien de verschillende onderdelen van de door Schräder 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 kandidaatras in feite hetzelfde ras waren

i) Voornaamste argumenten

28. Met het eerste onderdeel van zijn eerste middel komt Schräder 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 kandidaatras SUMCOL 01 in feite identiek waren. Schräder 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 procesverbaal 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 procesverbaal 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 kandidaatras in werkelijkheid niet identiek waren. Volgens Schräder 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 kandidaatras SUMCOL 01 vastgestelde verschillen niet aan milieufactoren konden worden toegeschreven.

30. In dit verband stelt Schräder 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. Schräder 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 Schräder 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 Schräder om te worden gehoord geschonden.

31. In de tweede plaats voert Schräder 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 Schräder 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 verkregen 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 Schräder 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 Schräder 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 Schräder 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 Schräder op basis van de verklaringen van

11 — Zie in dit verband met name arresten van 18 december 2008, Coop de France bétail et viande e.a./ Commissie (C-101/07 P en C-110/07 P, Jurispr. blz. I-10193, 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).

Heine ter terechtzitting voor de kamer van beroep en in een e-mailbericht aan het CBP had aangevoerd.

38. Voor zover Schräder 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 Schräder 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 kandidaatras 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. Schräder 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 het bewijsmateriaal anders had kunnen — of, volgens Schräder, had moeten — beoordelen en een andere bewijswaarde aan deze feiten had kunnen toekennen, niet hetzelfde is als bewijzen dat de beoordeling van het Gerecht van deze feiten en bewijselementen kennelijk onjuist was.

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), en 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).

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 Schräder stelt, het proces-verbaal 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 Schräder 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

15 — Zie de punten 25, 26 en 36 supra.

16 — Met name zij opgemerkt dat Schräder 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.

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 Schräder 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 instructiemaatregelen 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

17 — Zie in dit verband arresten van 16 december 2008, Masdar/Commissie (C-47/07 P, Jurispr. blz. I-9761, punt 99); 10 juli 2001, Ismeri Europa/Rekenkamer (C-315/99 P, Jurispr. blz. I-5281, punt 19), en 11 september 2008, Duitsland e.a./Kronofrance (C-75/05 P en C-80/05 P, Jurispr. blz. I-6619, punt 78).

18 — Zie de punten 41-45 supra.

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 exclusieve distributielicentie te verkrijgen." Volgens Schräder is deze vaststelling onjuist, aangezien hij ook had aangetoond dat planten van het kandidaatras 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 privétuin van Van Jaarsveld groeide, een plant van het kandidaatras was, en niet een specimen van het ras dat vaak bij boomkwekerijen in Zuid-Afrika kon worden gekocht. Bovendien betoogt Schräder 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 Schräder erop had gewezen — zonder op dit punt te zijn weersproken — dat een Zuid-Afrikaanse onderneming interesse had om een exclusieve distributielicentie te verkrijgen voor dit ras.

49. Met het vierde onderdeel van het eerste middel laakt Schräder 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 kandidaatras 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 Schräder geen bewijselementen had aangedragen op basis waarvan de geloofwaardigheid van de verklaringen van Van Jaarsveld ernstig in twijfel kon worden getrokken. Schräder 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 Schräder 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 privétuin 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 Schräder 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 deze 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 rekwirant beoogde aan te tonen dat de verklaringen van Van Jaarsveld niet geloofwaardig waren. Door deze vaststellingen te betwisten, stelt Schräder 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.

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.

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 Schräder 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 Schräder 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 Schräder 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. Schräder betoogde met name dat het

enige wat kon worden bewezen, het bestaan was van een alleenstaande plant die in de privétuin van Van Jaarsveld groeide. [22]

61. Het Gerecht heeft in punt 91 van het bestreden arrest daarop geantwoord dat Schräder 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]

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 referenti*eras* 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 (C-403/04 P en C-405/04 P, Jurispr. blz. I-729, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

66. Uit de door Schräder 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 Schräder 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 Schräder 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 planten„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 Schräder 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 kandidaatras.

74. Met het derde onderdeel van het tweede middel betoogt Schräder 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 Schräder naar de UPOV-verdragen van 1978 en 1991, naar het Duitse recht en naar het octrooirecht.

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.

25 — Zie de punten 66 en 67 supra.

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 kandidaatras.

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 Schräder 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 Schräder betreffende schending van artikel 62 van verordening nr. 2100/94

i) Voornaamste argumenten

85. Met het vierde onderdeel van het tweede middel voert Schräder 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 tegenspraak was met de door hem geponeerde stelling dat het kandidaatras 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 Schräder betoogt — tot het ras SUMCOL 01 behoorden.

ii) Beoordeling

86. In de eerste plaats wijs ik erop dat Schräder in het kader van het derde onderdeel van het eerste 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 Schräder met het eerste onderdeel van dat middel had proberen aan te tonen dat het kandidaatras 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 Schräder 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 Schräder 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 Schräder 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 Schräder 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

26 — In de Duitse taalversie van het bestreden arrest „Bedienstete", dat wil zeggen (overheids)ambtenaar.

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. Schräder 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 gevorderd. Aangezien Schräder 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) Schräder te verwijzen in de kosten.