Derde middel, sub B — Toepassing van artikel 85 EEG-Verdrag op uitsluitende licenties 2065

Vierde middel — Verlening van ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, EEG-Verdrag . . . 2071

Vijfde middel — De dading tussen de firma David en Eisele 2074

Kosten 2076

Dictum 2077

CONCLUSIE VAN DE ADVOCAAT-GENERAAL S. ROZÈS VAN 3 FEBRUARI 1982 [1]

Samenvatting

I — Ontstaansgeschiedenis van de zaak 2081

Definities: a) kruising 2081
b) kweekprodukt 2082
c) basiszaad en gecertificeerd zaad 2083
d) vermeerdering 2083
e) open rassen 2084

Het INRA 2084

De SSBM 2085

De Inra-rassen in de BRD 2085

Kurt Eisele en L. C. Nungesser 2086

Overeenkomst van 12-14 december 1960 en aanvullend akkoord van 19 januari-8 februari 1961 2086

Duitse Inra-benamingen 2086

Nationale en internationale regelingen 2086

Duitse wet van 1953 2087

Verdrag van Parijs van 1961 2088

Andere nationale wetten 2088

Duitse wetgeving van 1968 2089

Overeenkomst van 5 oktober 1965 2090

De CGLV 2091

De Frasema 2092

Aanmelding en verzoek om ontheffing 2092

Gemeenschapsregelingen 2093

Richtlijn nr. 66/402 2093

1 — Vertaald uit het Frans.

Richtlijn nr. 70/457: gemeenschappelijke rassenlijst en nationale rassenlijst . . 2094
Verordening nr. 2358/71 2095
Protocol van 23 september 1971 2096
De problemen van Eisele/L. C. Nungesser 2097
Zaak L. David 2097
Episode R. Bomberault 2098
Punten van bezwaar 2099
Beschikking nr. 78/823 van 21 september 1978 2099
Het beroep tot nietigverklaring 2101
II — Onderzoek ten gronde 2101
Voorafgaande opmerkingen 2101
1. De betrokken rassen en hun benaming 2101
2. De clausule twee derde/een derde en de clausule inzake de verkoop van concurrerende rassen 2103
3. Uitvoer naar Frankrijk 2103
4. Aanvullend akkoord van 19 januari-8 februari 1961 2104
5. De dading van 14 november 1973 2104
Aangevoerde middelen en argumenten 2104
Verordening nr. 26 2104
Buitengedingstelling van het INRA (artikel 90, lid 2) 2105
Kern van de beschikking 2106
— Artikel 36 en de theorie van de uitputting van rechten 2107
— Tegenstrijdig karakter van de beschikking 2108
— Rechtspositie van Eisele 2108
— Rechtspraak van het Hof inzake uitputting van rechten 2110
— Niet-toepasselijkheid in het onderhavige geval 2111
— specifieke kenmerken van kweekprodukten 2112
— Argumenten ontleend aan gemeenschapsoctrooiverdrag 2114
— de overdracht van een uitsluitende licentie staat gelijk met een afsplitsing van het eigendomsrecht 2115
— het verbod ervan vormt een inbreuk op de regeling van de eigendom . 2115
— de beschikking loopt vooruit op de regeling voor bepaalde groepen octrooilicentieovereenkomsten 2116
— en op de vaststelling van een communautaire regeling voor kweekprodukten 2116
Onderzoek in het licht van de verdragsregels inzake mededinging 2117
— Artikel 86 2117
— Artikelen 85, lid 3, en 39 2117
— Commerciële rechtvaardiging van de exclusiviteit van de distributie in de BRD van in Frankrijk voortgebrachte Inra-rassen 2117
— Prijzen 2119

— Prestaties van Eisele 2120
kiemkracht en vitaliteit 2120
kalibreren 2122
fytosanitaire behandeling 2122
etikettering 2123
veilig stellen van de voorziening 2125
— Evolutie van het handelsverkeer 2126
vermindering van het aandeel van de Inra-rassen en toename van het aandeel van de uit Inra-rassen ontstane, gesloten rassen 2126
toename van de invoer uit derde landen 2128
gevolgen voor de organisatie van de voortbrenging en distributie in de gemeenschappelijke markt 2128
positie van de rassen van buitenlandse oorsprong in de gemeenschappelijke markt in 1978 en 1979 2129
vereiste van concurrentie binnen het ras overdreven 2129

Slotopmerkingen 2130
Advies van het Economisch en Sociaal Comité 2130
Resolutie van het Europese Parlement 2130
Vertraging bij de vaststelling van de beschikking 2130

III — Conclusie 2130

Mijnheer de President,
mijne heren Rechters,

I — Bij beroep van 27 november 1978 verzoeken de firma L. C. Nungesser en Kurt Eisele het Hof om gedeeltelijke nietigverklaring van beschikking nr. 78/823 van de Commissie „inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag — IV/28.824: Kwekersrecht, zaaimaïs".

Deze bijzonder ingewikkelde zaak stelt de toepassing van talrijke overwegingen en beginselen op het zeer specifieke gebied van het kwekersrecht aan de orde. Zij vergt een wellicht wat lange voorafgaande uitleg, die ik echter onontbeerlijk acht, zowel voor het begrip van de feiten van de zaak als voor de door mij aan het Hof in overweging te geven oplossing.

Bij de aanvang van deze zaak wil ik enkele door de nationale of communautaire wetgever op het gebied van het zaaigoed gebezigde termen definiëren, met name voor wat de industriële en commerciële eigendom, de consumentenbescherming, het veilig stellen van de voorziening en de organisatie van de handel betreft.

a) Eerst moet worden gesproken over de hybridisatie, niet om over dit procédé een waardeoordeel uit te spreken, maar ter belichting van een aantal punten die rechtens van belang zijn. Hybridisatie is de kruising tussen twee individuen (lijnen) van verschillende rassen of verschillende soorten. In de vaktaal zijn de „lijnen" het eerste genetisch basismateriaal:

het is volkomen zuiver zaad, verkregen na vijftien jaar kruising. Men noemt het ook wel „pre-basiszaad". Bij de rassen van de *soort* Zea *Maïs* L. onderscheidt men de vrij bestoven rassen en de *hybridische* rassen. In de tweede generatie bestaan er *enkele* hybriden (kruising van twee lijnen), en in de derde generatie *dubbele* hybriden (kruising van twee enkele hybriden). Men is er zelfs in geslaagd drieweg-hybriden te ontwikkelen (kruising van een enkele hybride en een ingeteelde stam) en inteelt rassen-hybriden (topkruising van een ingeteelde stam of van een enkele hybride en van een vrij bestoven ras).

Het procédé van de hybridisatie is reeds lang bekend. Het daardoor verkregen produkt is in het algemeen superieur aan de ouderplanten voor wat betreft bepaalde kenmerken: sterkte, grootte, rendement.

Het heeft echter enkele nadelen: enerzijds vereist het hybridische ras meer irrigatie, bemesting en fytosanitaire behandeling dan het ras waaruit het is ontstaan. Anderzijds ontkomt de landbouwer die een deel van zijn oogst van hybriden gebruikt om het volgend jaar te zaaien, er niet aan, dat de volgende generatie volgens de wetten van Mendel heterogeen wordt, zodat het gemiddeld rendement reeds bij de eerste generatie ten minste 20 % en nadien nog meer afneemt.

Door de hybridisatie ontstaat dus een verschil tussen het maïs*zaad* dat voor zaaidoeleinden is bestemd, en de maïs*korrel* die wordt geconsumeerd. Dit heeft twee gevolgen: elk jaar zal de landbouwer bij de kwekers zaad moeten kopen, terwijl hij vroeger een deel van zijn oogst als zaad kon behouden. Voor maïs gebruikt de landbouwer praktisch geen zelf gewonnen zaad meer, want wanneer hij zaait wil hij dat iedere zaadkorrel een nieuwe plant oplevert.

Bovenal heeft degene die de hybride heeft gewonnen (als kweker), wanneer hij erin slaagt de zuivere ouderlijnen geheim te houden (zogenoemde „gesloten" formule), geen behoefte aan een wet ter bescherming van zijn commerciële rassen, want het is onmogelijk zaad te vermeerderen met een commerciële hybride als uitgangspunt. De genealogische bestanddelen zijn dan ook alleen aan de kweker en de controledienst bekend.

Deze mogelijkheid om de kweekwijze geheim te houden, is met zoveel woorden vermeld in richtlijn nr. 66/402 van de Raad van 14 juni 1966 betreffende het in de handel brengen van zaaigranen:

„De Lid-Staten schrijven voor, dat de eventueel vereiste beschrijving van de genealogische bestanddelen op verzoek van de kweker geheim wordt gehouden" (artikel 6, lid 3, oorspronkelijke versie),

en in artikel 7, lid 3, van 's Raads richtlijn van 29 september 1970 betreffende de gemeenschappelijke rassenlijst voor landbouwgewassen:

„Indien een onderzoek van de genealogische bestanddelen noodzakelijk is voor de studie van hybriden en kunstmatig verkregen rassen, dragen de Lid-Staten er zorg voor, dat de resultaten van dit onderzoek en de beschrijving van de genealogische bestanddelen, indien de kweker zulks verzoekt, een vertrouwelijk karakter dragen."

Dit noemt men „werken met gesloten formule".

b) De term *„kweekprodukt"* is synoniem met nieuwe kweek. Een *nieuw* ras

wordt officieel erkend, ingeschreven en kweekprodukt genoemd wanneer het niet enkel nieuw is, maar ook aan drie wettelijk omschreven criteria voldoet: onderscheidbaarheid, homogeniteit en bestendigheid. Ook wordt rekening gehouden met zijn cultuur- en gebruikswaarde.

Bij een kweekprodukt met gesloten formule gaat de met de rechtspositie van kweker verbonden bescherming gepaard met die welke reeds uit het vertrouwelijke karakter van het kweekprodukt voortvloeit, doch om het te kunnen verhandelen blijft het nodig het op de nationale rassenlijst in te schrijven. In dit geval wordt het „gesloten" ras enkel voortgebracht en verkocht door de kweker of zijn vertegenwoordiger.

De termijn van de bescherming is beperkt (20 jaar voor eenjarige rassen). Schending van het kwekersrecht vormt een strafbaar feit. In Frankrijk worden kweekcertificaten afgegeven door het Comité de Protection des Obtentions Végétales na kennisneming van de analyses die een dienst van het Institut National de la Recherche Agronomique (INRA) uitvoert voor rekening van het Comité Technique Permanent de Sélection (CTPS), de instelling die is belast met de inschrijving van nieuwe rassen op de officiële Franse rassenlijst.

c) De woorden „basiszaad", „ouder", of „basisinteeltlijnen" duiden zaad aan, dat is voortgebracht onder de rechtstreekse verantwoordelijkheid van een kweker, volgens de regels voor de stelselmatige instandhouding met betrekking tot het ras. Het wordt ook „zaad bestemd voor voortbrenging" genoemd (artikel 2, D, van richtlijn nr. 66/402). Dit zaad is bestemd voor de ondernemingen die het vermeerderen en die door die inteeltlijnen onderling te combineren en te vermeerderen gecertificeerd zaad winnen dat voor handelsdoeleinden en niet voor de voortbrenging van zaaigraan bestemd is en dat dus wordt gebruikt voor de produktie van voor consumptie bestemd graan. Tussen winning en verspreiding verlopen in de regel acht jaren.

d) Het door de kweker gewonnen ras (basiszaad) wordt vervolgens dus vermeerderd, hetzij door de kweker zelf, als dit zijn beroep is, hetzij door een „vermeerderaar", dat wil zeggen een teler die op basis van door de kweker gewonnen en geleverd zaad door vermeerdering nieuw zaad teelt en voortbrengt, dat het gecertificeerde zaad zal opleveren. Heeft de kweker niet de hoedanigheid van vermeerderaar, dan worden in de regel tussen kweker en vermeerderaar overeenkomsten gesloten tot vaststelling van het produktievolume voor een bepaald ras en van de vergoeding die de vermeerderaar aan de kweker zal moeten betalen.

De hoedanigheid van kweker en vermeerderaar verleent niet alleen rechten, zij legt ook verplichtingen op: de omstandigheden waaronder het zaad wordt vermeerderd, worden met het oog op de toelating zeer streng gecontroleerd (artikel 6, lid 4, van de oorspronkelijke versie van richtlijn nr. 66/402). De toelating is per ras geregeld en in Frankrijk wordt deze verleend door de Service Officiel de Contrôle (SOC), de technische dienst van de Groupement National Interpro-

fessionnel des Semences et Plants (GNIS). De teelttechnieken worden neergelegd in een nauwkeurig protocol, en het zaad moet voldoen aan bepaalde normen (zuiverheid, kiemkracht, vochtigheid).

Zoals gezegd heeft de kweker die met gesloten rassen werkt door de hybridisatie de garantie dat de opbrengst van zijn inspanningen in zijn privévermogen zal blijven. Daardoor heeft hij ook de zekerheid dat zijn kweekprodukten in elk geval (behoudens bij dwanglicenties of onteigening) zullen worden beschermd, ook al zou een wettelijke regeling inzake kwekersrechten ontbreken. Het is dan ook begrijpelijk dat dit procédé de zaadproduktie grondig heeft gewijzigd, en dat het zowel voorwaarde als oorzaak is geweest van de particuliere investeringen in deze sector.

e) Daarentegen zijn bij de rassen met „open" formule de genealogische bestanddelen in de regel bekend en voor alle belanghebbenden toegankelijk. In een dergelijk geval wordt dat zaad voor de wetgeving inzake het verhandelen van zaaigoed (in Duitsland het Saatgutverkehrsgesetz van 20 mei 1968) als gecertificeerd zaad erkend en ingeschreven op de lijst van plantenrassen, maar de producent (kweker) kan aan de wetgeving inzake het kwekersrecht (in Duitsland het Sortenschutzgesetz van 20 mei 1968) geen enkele absolute privaatrechtelijke bescherming ontlenen. Deze situatie doet zich in het algemeen voor, wanneer een ras is gekweekt door publiekrechtelijke onderzoeksinstellingen (universiteiten of andere), die het resultaat van hun inspanningen aan het publiek of de nationale gemeenschap ter beschikking stellen tegen betaling van een financiële vergoeding die gewoonlijk lager ligt dan die welke door een particuliere kweker kan worden verlangd (eenvoudige machtiging, licentie van rechtswege, Jedermannserlaubnis, § 21 Sortenschutzgesetz).

Tot het einde van de jaren vijftig werd in Frankrijk maïs geteeld met plaatselijke rassen afkomstig van uit de Nieuwe Wereld stammende lijnen.

Nadat de onderzoekers van het INRA in Frankrijk het eerste hybridische maïszaad hadden ingevoerd, slaagden zij er in de jaren 1957 en 1958 in hybridische maïs van het vroege type te winnen. Het ras Inra 200 werd in 1957 en het ras Inra 258 in 1958 op de officiële Franse rassenlijst ingeschreven. Zo heeft het INRA het mogelijk gemaakt dat de maïsteelt zich verbreidde naar noordelijker gebieden, hetgeen ongetwijfeld één der doelstellingen van het EEG-Verdrag is (artikelen 39, lid 1, sub a, en 85, lid 3). Twintig jaar later werd hybridische maïs verbouwd op bijna drie miljoen hectaren, met een opbrengst van vijf ton per hectare. Ondanks deze vooruitgang heeft de Gemeenschap nog altijd een deficit van ongeveer twaalf miljoen ton per jaar.

Tot in het begin van de jaren zeventig werkte het INRA met open formule: de teeltwijze van de hybriden die het had ontwikkeld, was bekend, en iedereen kon ervan gebruik maken. Zijn rassen Inra 200 en 258 behoorden tot de goedkoopste, hetgeen beantwoordde aan zijn taak als wetenschappelijk onderzoeksinstituut, opererend als een „autonome nationale overheidsinstelling". Opgericht bij wet van 18 mei 1946 en gefinancierd door de Franse staat, heeft het INRA alles in het werk gesteld om de particuliere instellingen en de Franse coöperaties aan de teelt en voortbrenging van zijn hybri-

den te laten meewerken. Het is immers zelf niet een producent (vermeerderaar) of zaadhandelaar; wel is de kweker als zodanig verantwoordelijk voor de stelselmatige instandhouding; het brengt slechts „pre-basiszaad" voort.

Ofschoon het INRA dus het absoluut noodzakelijke zaaizaad heeft gewonnen, hebben de particuliere ondernemingen snel voordeel getrokken uit zijn onderzoek. Deze ondernemingen (coöperaties of particuliere bedrijven), die in hun winststreven niet worden gehinderd door een taak als openbare dienst, zagen zeer vlug het belang van deze sector in en hebben met het INRA-materiaal als uitgangspunt hun eigen „particuliere" rassen ontwikkeld. Vandaag nog zijn de Inra-lijnen terug te vinden in 90 % van het commerciële zaad van hybridische maïs. Aldus hebben deze bedrijven langzamerhand de rol van het INRA overgenomen. Terwijl in het begin van de jaren zestig de verkoop van zaaimaïs in Frankrijk nagenoeg geheel uit Inra-rassen bestond, hebben deze rassen sindsdien voortdurend terrein verloren en bedroeg hun aandeel in 1981 nog slechts ongeveer 10 % van die markt.

In Frankrijk geschiedt het op grote schaal voortbrengen en verkopen van Franse en buitenlandse rassen door personen of vennootschappen die door het Franse ministerie van Landbouw zijn erkend en die in het bezit zijn van een GNIS-beroepskaart. Gezien de louter administratieve aard van het INRA, bleek in 1960 behoefte te bestaan aan de oprichting van een privaatrechtelijke vennootschap die zich diende te wijden aan de problemen van vermeerdering, instandhouding en verhandeling van basiszaad en gecertificeerd zaad van de hybridische Inra-rassen. Deze taken werden toevertrouwd aan de Société des Semences de Base de Maïs (SSBM), s.a.r.l., een beroepsorganisatie ter overkoepeling van de particuliere bedrijven (verenigd in het Syndicat National des Etablissements de Semences Agréés pour le Maïs, SNESAM) en de coöperaties (verenigd in Synco-Maïs). De SSBM was overigens op hetzelfde adres gevestigd als het SNESAM.

Vanaf de jaren zeventig ontstond er kritiek op de wijze waarop de door het INRA ontwikkelde rassen werden verhandeld, en werd deze taak toevertrouwd aan de SA „Française des Semences de Maïs (Frasema) die op 13 juni 1973 in de plaats kwam van de SSBM. Alle Franse bedrijven die Inra-maïs voortbrengen, zijn dus aandeelhouder van de Frasema die openstaat voor elk erkend kweker die om toetreding verzoekt. Zowel in Frankrijk als mundiaal heeft zij het uitsluitend recht basisinteeltlijnen, gewonnen uit uitgangsstammen van Inra-stations voort te brengen en te verhandelen. De raad van beheer van de Frasema wordt gevormd door de belangrijkste particuliere kwekers van zaaimaïs, die dus zowel de eerste begunstigden van de resultaten van deze openbare instelling, als haar belangrijkste concurrenten zijn.

Evenzeer als het INRA de belangstellende Franse bedrijven de rassen die het had ontwikkeld, had laten vermeerderen, evenzeer zette het zich op verzoek van de Franse handel die vermeerderd zaad van die rassen naar Duitsland wilde uitvoeren, in om deze rassen overeenkomstig de Duitse wetgeving inzake kweekprodukten op de Duitse rassenlijst te laten inschrijven. Dit is een absolute voorwaarde om ze in dat land te kunnen verhandelen.

Als zijn vertegenwoorder bij het Bundessortenamt koos het Kurt Eisele, te Darmstadt.

Eisele is een persoonlijk aansprakelijk vennoot van de commanditaire vennootschap L. C. Nungesser, te Darmstadt. Deze in 1775 opgerichte vennootschap had in 1977 192 personen in dienst. Datzelfde jaar had zij een omzet van DM 80 miljoen. Haar enige commanditaire vennoot was Christoph Eisele junior.

De firma Nungesser heeft ook een volledig afhankelijk dochterbedrijf te Straatsburg, dat in het oosten van Frankrijk het zaad verhandelt, dat de moedermaatschappij uit Denemarken, Nederland en derde landen invoert. Zij verhandelt vooral gras- en klaverzaad en voederzaad voor vogels. Zij verkoopt ook aan handelaars in landbouwprodukten in het oosten van Frankrijk een kleine hoeveelheid zaaimaïs (minder dan 5 % van haar omzet), die zij inkoopt bij coöperaties in die streek. Zij heeft nooit uit de Bondsrepubliek Duitsland afkomstige zaaimaïs verkocht.

Overeenkomstig een op 14 december 1960 te Parijs en 16 december daaropvolgende te Darmstadt ondertekende, in het Frans gestelde overeenkomst belastte Eisele zich ermee, alle nodige stappen te ondernemen voor de inschrijving van de rassen Inra 200, 244, 258 en 321 bij de autoriteiten van de Bondsrepubliek Duitsland. Het INRA verbond zich ertoe, aan Eisele alle bij de inschrijving van zijn rassen gemaakte kosten te vergoeden. Eisele van zijn kant verbond zich ertoe, het INRA op de hoogte te stellen van alle vraagstukken in verband met het in de handel brengen van die rassen in de Bondsrepubliek.

Bij vier identieke verklaringen, opgesteld in het Duits en ondertekend te Darmstadt op 19 januari 1961 en te Parijs op 8 februari daaropvolgende droeg het INRA het kwekersrecht op deze vier hybridische maïsrassen van het type „Darmstadt" over aan Eisele, die per 14 december 1960 het kwekersrecht op die rassen en de daaruit voortvloeiende rechten overnam.

De benaming „Darmstadt" (zetel van de vennootschap Nungesser) werd gebruikt omdat voor de duur van de procedure voor het Bundessortenamt een voorlopige benaming kan worden gebezigd, die niet hoeft te voldoen aan de vereisten inzake de benaming van rassen.

De definitieve benamingen „Inrafrüh", „Inrakorn", „Inraweiß" lijken ingegeven door artikel 13, lid 8, van het Verdrag tot bescherming van kweekprodukten, ondertekend te Parijs op 2 december 1961, dat bepaalt:

„Wanneer een ras ten verkoop wordt aangeboden of wordt verhandeld, is het toegestaan een fabrieks- of handelsmerk, een handelsnaam of een soortgelijke aanduiding toe te voegen aan de ingeschreven rasbenaming. Indien een dergelijke aanduiding wordt toegevoegd, dient de benaming niettemin gemakkelijk herkenbaar te zijn."

Het verschil met de Franse benamingen is ook te verklaren doordat het gewoonweg overnemen van deze benamingen verwarring had kunnen scheppen: de nummers 200, 244, 258, 321 corresponderen deels met de rijpheidsindex in Frankrijk, die in Duitsland echter anders is. Tenslotte heb ik vernomen dat volgens de Duitse wettelijke regeling een ras in Duitsland niet kon worden toegelaten met een naam en een cijfer en dat de benaming een volledige naam moest zijn.

Op de keerzijde droeg elk van die verklaringen een andere, in het Duits gestelde verklaring, op 19 januari 1961 te

Darmstadt ondertekend door Kurt Eisele als „rechtverkrijgende" en op 8 februari 1961 te Parijs door de vertegenwoordiger van het INRA als „vorige rechthebbende". Daarin verklaarden partijen bij de overeenkomst dat het INRA (vorige rechthebbende) het teeltmateriaal en het voor de teelt of vermeerdering noodzakelijk zaaizaad (basisinteeltlijnen) alsook de teeltregisters en andere aantekeningen betreffende die vier rassen had overgedragen, zulks overeenkomstig § 9, lid 3, van het Duitse Saatgutgesetz van 27 juni 1953; dat Eisele (als rechtverkrijgende van de rechthebbende) daarvan in het bezit was gesteld; en dat deze laatste verklaring, voor zover zij van de overeenkomst van 14-16 december 1960 afweek, als wijziging hiervan gold.

Deze Duitse wet, die dient te worden onderzocht, bracht de bepalingen inzake de bescherming van rassen krachtens het privaatrecht (Eerste deel), en de regels van publiek recht of „economisch beleid" inzake de homologatie van rassen en de handel in graan (Tweede deel) onder in één wetstekst. Wij zullen zien dat de Duitse wetgever beide reeksen bepalingen later weer heeft gescheiden.

Naast de voor de verlening van deze bescherming gestelde vereisten, bepaalt de wet dat de toekenning van het kwekersrecht inhoudt dat het zaad kan worden toegelaten en verhandeld en dat enkel de houder van het recht het zaad van het ras voor handelsdoeleinden mag voortbrengen, en dat hij ook als enige het recht heeft het te verkopen.

Onder de titel „overdracht van een ras" (Übertragung einer Sorte), bepaalt § 9 van die wet:

„1. De overeenkomst waarbij het kwekersrecht op een ras en de daaruit voortvloeiende bescherming, alsmede de aldus aangegane verbintenissen worden overgedragen, moet schriftelijk worden gesloten.

2. De rechtverkrijgende treedt in de rechten en verplichtingen die uit de onderhavige wet voortvloeien.

3. In geval van twijfel is de eerste rechthebbende verplicht het teeltmateriaal en het voor de teelt of vermeerdering noodzakelijke zaad, alsmede de teeltregisters en andere aantekeningen betreffende het ras aan zijn rechtsopvolger over te dragen en de „Sortenschutzrolle" (register van kwekersrechten) te wijzigen."

Onder de titel „buitenlandse rassen", bepaalt § 14:

„1. Buitenlandse rassen kunnen onder de bij deze wet gestelde voorwaarden, desgevraagd de wettelijke bescherming genieten, wanneer de wederkerigheid is gewaarborgd. Bij publikatie in het Bundesgesetzblatt stelt de bondsminister vast of de wederkerigheid is gewaarborgd.

2. Een buitenlands ras kan ook worden beschermd zonder dat de wederkerigheid is gewaarborgd, wanneer het verlenen van de bescherming een cultuur- en gebruikswaarde heeft voor het nationale grondgebied.

3. Wie niet op het grondgebied waar de onderhavige wet van toepassing is, woont of is gevestigd, kan slechts om bescherming verzoeken, deelnemen aan een in het eerste deel van onderhavige wet geregelde procedure, en zich op de aan een ras verleende bescherming beroepen, wanneer hij in het land een vertegenwoordiger (Vertreter) aanwijst.

Deze is bevoegd hem te vertegenwoordigen in de procedure voor het Bundessortenamt en, onverminderd het bepaalde in § 78 Zivilprozeßordnung, in de burgerlijke geschillen inzake de bescherming van kweekprodukten . . ."

Ingevolge § 23 is het Bundessortenamt belast met de bewaring van de „Sortenschutzrolle"; deze paragraaf bepaalt ook hoe zij moet worden bijgehouden.

In casu waren de onderhandelingen dus duidelijk bedoeld om de voortbrenging en het verhandelen van de vier Inra-rassen in de Bondsrepubliek Duitsland mogelijk te maken, en ook om Eisele in staat te stellen te voldoen aan de eis die het Duitse Saatgutgesetz van 27 juni 1953 te dien aanzien stelt. Zij waren volledig in overeenstemming met de stand van het recht op dat ogenblik, toen er nog geen gemeenschappelijke landbouwmarkt, geen verordening nr. 17, geen „gemeenschappelijke" rassenlijst voor landbouwgewassen en geen communautaire rechtspraak inzake de uitputting van industriële en commerciële eigendomsrechten bestond. Alleen door Eisele de vertegenwoordiging op te dragen, kon het INRA de door deze instelling ontwikkelde rassen in Duitsland verhandelen, ongeacht of zij nu in Frankrijk door coöperatieve of particuliere bedrijven, dan wel in Duitsland door Eisele waren vermeerderd.

Internationaal is de bescherming van kweekprodukten geregeld in het Verdrag van Parijs van 1961, nadien herzien te Genève op 10 november 1972 en 23 oktober 1978.

Indien ik mij niet vergis, zijn, met uitzondering van Luxemburg en Griekenland, alle Lid-Staten tot het Verdrag toegetreden. Zij hebben de Internationale Unie tot bescherming van kweekprodukten (IUBK) opgericht.

Naar aanleiding van dit Verdrag hebben de Unie-Staten een nieuwe wettelijke regeling vastgesteld of, waar nodig, hun wetgeving gewijzigd.

Volgens dit Verdrag houdt het aan de kweker van een beschermd ras in de zin van het Verdrag verleende recht in, dat het voortbrengen voor handelsdoeleinden, het te koop aanbieden en het verhandelen van geslachtelijk of ongeslachtelijk teeltmateriaal als zodanig van het ras aan zijn voorafgaande toestemming zijn onderworpen (artikel 5, lid 1).

Onder de titel „beperking van de uitoefening van de beschermde rechten", bepaalt artikel 9:

„1. De vrije uitoefening van het aan de kweker of zijn rechtverkrijgende verleende uitsluitende recht kan slechts beperkt worden om redenen van algemeen belang.

2. Indien een zodanige beperking plaatsvindt ten einde verbreiding van de nieuwe rassen te verzekeren, is de Unie-Staat die deze beperking oplegt, gehouden alle noodzakelijke maatregelen te nemen, opdat de kweker of zijn rechtverkrijgende een billijke vergoeding ontvangt."

De bescherming, gevraagd in verschillende Unie-Staten door natuurlijke of rechtspersonen die de voordelen van het Verdrag deelachtig kunnen worden, is onafhankelijk van de bescherming die voor hetzelfde nieuwe ras is verkregen in andere Staten, al dan niet behorende tot de Unie (artikel 11, lid 3).

Krachtens het Verdrag stelde Italië op 25 november 1971 wet nr. 1096 vast, België op 10 mei 1975 de wet inzake de be-

scherming van kweekprodukten, en het Verenigd Koninkrijk de „Plant Varieties and Seeds Act 1964".

In Frankrijk bepaalt artikel 3, eerste alinea, van wet nr. 70/489 van 11 juni 1970 inzake de bescherming van kweekprodukten:

„Voor elk kweekprodukt kan een document worden afgegeven, genaamd ‚certificat d'obtention végétale', dat de houder ervan een uitsluitend recht verleent om *op het grondgebied* waar de onderhavige wet van toepassing is, de gehele plant, een gedeelte van de plant of al het materiaal voor de geslachtelijke of ongeslachtelijke vermeerdering van het betrokken ras, en wanneer het oorspronkelijke ras bij de vermeerdering herhaaldelijk moet worden gebruikt, van de rassen die door hybridisatie daaruit zijn ontstaan, voort te brengen, te verkopen of te koop aan te bieden."

De Bondsrepubliek Duitsland heeft het Verdrag in 1968 geratificeerd. Om de Duitse wetgeving aan de beginselen van het Verdrag aan te passen, werden op 20 mei 1968 het Sortenschutzgesetz (gewijzigd op 4 januari 1977) afgekondigd, dat enkel het privaatrechtelijke kwekersrecht regelt, en het Saatgutverkehrsgesetz (gewijzigd op 23 juni 1975) dat de publiekrechtelijke regels voor de toelating en het verhandelen van het zaaizaad bevat.

Zo kan, zowel in Frankrijk als in de Bondsrepubliek Duitsland, alsmede, in het algemeen, in de Lid-Staten met een wettelijke regeling inzake kweekprodukten een ras slechts worden verhandeld, indien het is ingeschreven op de officiële nationale rassenlijst. Het is verboden zaai- en plantgoed te verkopen, wanneer de verplicht op het etiket aan te brengen identiteit van het ras niet overeenkomt met de door de ingeschreven kweker gegeven naam. Deze kweker deponeert een „voortbrengingstitel" („titre de production") voor zijn ras en controleert de voortbrenging ervan, aangezien elke verpakking (zak) van een etiket met de naam van het ras moet zijn voorzien en alle andere vermeerderaars voor de voortbrenging van dat ras een licentie moeten aanvragen. Zelfs zonder contractuele bepaling heeft de kweker of zijn rechtverkrijgende enkel op grond van de wet reeds het monopolie, om het zaad van het betrokken ras te verhandelen.

De voor de inschrijving van een ras in de Bondsrepubliek Duitsland noodzakelijke keuringen en formaliteiten nemen ongeveer vijf jaar. Verwachtend dat de inschrijving van de aan Eisele toevertrouwde rassen eind 1965 beëindigd zou zijn, wendde het INRA zich in oktober 1964 tot de SSBM met het verzoek om voor 1965 de lijnen, enkele en dubbele hybriden, te leveren die nodig waren om de inschrijvingsformaliteiten af te ronden en om aan te tonen dat in Duitsland zaad van de Inra-hybriden kon worden voortgebracht, opdat de Duitse controle-instantie zich ervan zou kunnen vergewissen dat zij konden worden vermeerderd, zonder dat afwijkingen zouden optreden.

In die correspondentie werd vermeld dat het INRA met Eisele was overeengekomen, dat hij van de totale hoeveelheid zaad die hij in Duitsland zou verkopen, ten hoogste $^1/_3$ zou mogen produceren, mits tenminste $^2/_3$ uit Frankrijk zou worden ingevoerd. Derhalve verzocht het INRA de SSBM aan Eisele de hybriden te leveren die nodig waren om op 51 hectare zaad van vier rassen te produceren.

Toen de door Eisele aangevraagde kwekersrechten op het punt stonden te worden verleend, werd op 5 oktober 1965 te Parijs tussen het INRA en Eisele een overeenkomst gesloten waarin de verschillende verbintenissen werden herhaald en gepreciseerd en de erkenning van Eisele als officieel vertregenwoordiger werd bevestigd. Ik zal de tekst in zijn geheel aanhalen, want het zijn tenslotte deze clausules waar het om draait:

„Artikel 1

Het INRA verleent de heer Eisele het uitsluitend recht tot verhandeling in Duitsland van zijn maïsrassen Inra 200, Inra 244, Inra 258, Inra 270, Inra 300 en Inra 321, ten aanzien waarvan de inschrijvingsprocedure thans bij de autoriteiten van de Bondsrepubliek Duitsland aanhangig is (het INRA is kweker van deze rassen).

Er wordt gepreciseerd dat het aan Eisele verleende uitsluitend recht enkel *de verhandeling* en geen *alleenverkooprecht* meebrengt.

Zijnerzijds verbindt Eisele zich geen andere maïsrassen dan van het INRA te verhandelen.

Artikel 2

Eisele verbindt zich, zaaizaad van elk in de onderhavige overeenkomst bedoeld ras te verstrekken aan alle Duitse bedrijven en coöperaties die daarom verzoeken en die op het punt van techniek en betrouwbaarheid voldoende garanties bieden.

Hij verbindt zich ertoe de verkoop van het betrokken zaad niet zelf te beperken.

Ingeval bij gebrek aan zaad of om enige andere reden niet alle bestellingen kunnen worden uitgevoerd, zal Eisele zijn distributieplan ter goedkeuring aan het INRA meedelen.

De prijs voor de levering van de betrokken rassen aan de op de hiervoor beschreven wijze gekozen bedrijven zal bij overeenkomst tussen het INRA en Eisele worden vastgesteld; deze laatste verbindt zich ertoe deze prijs na te leven. Bij de vaststelling van deze prijs moet enerzijds de verkoopprijs van de Franse exporteurs, en anderzijds de normale Duitse marktsituatie in aanmerking worden genomen.

Aanvullend wordt verklaard dat bij de vaststelling van deze prijs rekening zal worden gehouden met de door Eisele gemaakte kosten voor de verbreiding van bedoelde rassen; voor deze verbreiding mag Eisele alle middelen aanwenden, mits hij de terzake geldende regeling en gebruiken in acht neemt.

Artikel 3

Eisele verbindt zich ertoe, ten minste twee derde van de ter dekking van de Duitse behoeften benodigde hoeveelheid zaad uit Frankrijk in te voeren. De aankoop in Frankrijk zal geschieden door tussenkomst van de Franse instelling die belast is met de centralisatie en coördinatie van de maïsuitvoer.

Eisele is gerechtigd tot het onder zijn verantwoordelijkheid voortbrengen of doen voortbrengen van het overige, dat wil zeggen van ten hoogste één derde van het voor de Duitse behoeften benodigde zaaizaad.

Eisele verbindt zich ertoe, voor het rechtstreeks onder zijn toezicht voortgebrachte en in Duitsland verhandelde zaaizaad aan het INRA een licentierecht te betalen, volgens hetzelfde tarief en dezelfde voorwaarden als de vergoedingen welke in Frankrijk worden toegepast door de Caisse de gestion de licences vé-

gétales. Eisele zal deze rechten betalen aan het einde van elk kalenderjaar.

Artikel 4

Eisele verbindt zich tot het doen naleven van INRA's rechten van industriële eigendom op de betrokken rassen, met name wat mogelijke nabootsingen betreft, en op het merk „INRA" dat door bedoeld instituut in Frankrijk en Genève is gedeponeerd en waarvan Eisele gerechtigd is gebruik te maken.

Eisele heeft alle bevoegdheden om de nodige rechtsvorderingen in te stellen teneinde de rechten van het INRA te doen naleven.

Artikel 5

Het INRA belast zich ermee, de voorziene instelling te verbinden om elke uitvoer naar Duitsland van de in artikel 1 genoemde Inra-maïsrassen buiten de regeling met Eisele om te verhinderen.

Artikel 6

Voor al hetgeen in de onderhavige overeenkomst niet is geregeld, behoeft Eisele de voorafgaande toestemming van het INRA.

Artikel 7

De onderhavige overeenkomst heeft een looptijd van vijf jaar en treedt in werking op 1 september 1965. Zij zal, telkens voor een even lange periode, stilzwijgend kunnen worden verlengd. De partij die ze wil beëindigen, stelt de wederpartij bij aangetekend schrijven, één jaar voor het einde van elke periode, hiervan in kennis.

Artikel 8

Voor elk geschil dat naar aanleiding van de onderhavige overeenkomst zou kunnen rijzen, is bij uitsluiting het Tribunal de Commerce de la Seine bevoegd.

De in artikel 3 bedoelde Caisse de gestion des licences végétales (CGLV) was op hetzelfde adres gevestigd als de voormelde SSBM en SNESAM. Het is een burgerlijke vennootschap, met een kapitaal waaraan onder meer het INRA deelneemt. Zij heeft tot taak de kwekersrechten te beheren, tenzij de kwekers hun rechten zelf willen uitoefenen. Zij verleent jaarlijkse licenties voor de vermeerdering, onder haar toezicht, van de haar toevertrouwde rassen. Voor de verkoop moeten de ondernemingen waaraan licenties voor de voortbrenging van de aldus aan haar overgedragen rassen werden verleend, een „licentierecht" betalen aan de Caisse, die het, na aftrek van haar administratiekosten, weer aan de kweker overmaakt. Zij beheert onder meer alle INRA-maïsrassen en de rassen op basis van de INRA-lijnen, en int voor eigen rekening het recht dat de vergoeding vormt voor de aan de Franse producenten verleende licentie, terwijl het INRA het recht als vergoeding voor de aan Eisele verleende licentie zelf int.

Hoewel niet met name genoemd, was de SSBM ook de in artikel 3 bedoelde instelling, belast met de centralisatie en coördinatie van de uitvoer van Franse maïs naar alle andere landen waarmee het INRA een overeenkomst had gesloten of zou sluiten. Deze vennootschap had tot taak, wat ik zou willen noemen het Eisele-contingent te verdelen tussen de particuliere sector (de bedrijven die lid zijn van het SNESAM) en de coöperatieve sector (de coöperaties die lid zijn van Synco-Maïs), Eisele's bestellingen

voor zaad te laten uitvoeren en de voor hem bestemde exporten te centraliseren, waarbij de SSBM deze verrichtingen factureerde.

In werkelijkheid wordt met deze overeenkomst de in Frankrijk bestaande organisatie voor de voortbrenging en verkoop van de zich in de handel bevindende Inra-hybriden overgeplaatst naar de Duitse markt, met dit belangrijk verschil, dat de organisatie van de voortbrenging en verkoop in de Bondsrepubliek uitsluitend is toevertrouwd aan Eisele, die echter als enige verkoper tegenover een groot aantal leveranciers staat. Overigens verleent de overeenkomst op zichzelf Eisele geen uitsluitend recht tot aankoop voor het Inra-*basis* zaad. Het gecertificeerde zaad wordt uitsluitend door de Frasema verhandeld, maar elke koper in Europa en dus ook in de Bondsrepubliek kan basiszaad kopen. Zo verkocht de Frasema in 1976 grote hoeveelheden Inra-*basis* zaad aan de Duitse firma's Kleinwanzlebener Saatzucht (KWS) en Nordsaat.

Na Eisele's eerste bestelling van 24 augustus 1966, uitgevoerd in februari 1967, volgden voor de producenten en verkopers van Inra-rassen een aantal voorspoedige jaren. Terwijl in 1970 op de Duitse markt nog slechts één enkel „gesloten" Frans ras verkrijgbaar was, stonden de Duitse maïskwekers die Frans zaad wilden gebruiken, en dat wil zeggen de meerderheid van hen, sinds 1967 de Inra-rassen, onder meer Inra 200, ter beschikking.

Overeenkomstig de artikelen 4 en 5 van 's Raads verordening nr. 17 van 6 februari 1962 (eerste verordening over de toepassing van de artikelen 85 en 86 van het Verdrag, zoals gewijzigd bij verordening nr. 118/63) meldde Eisele op 1 november 1965 uit voorzorg de op 5 oktober 1965 met het INRA gesloten overeenkomst met een looptijd tot 1 september 1970 aan bij het directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie te Brussel.

Onder de rubriek „inhoud van de overeenkomst" vermeldde hij: „overdracht van kwekersrechten voor hybridische Inra-maïsrassen volgens overeenkomst in bijlage."

Hij preciseerde dat de overeenkomst leveringen tussen Frankrijk en de Bondsrepubliek betrof.

Tot staving van zijn mening dat artikel 85, lid 1, EEG-Verdrag niet toepasselijk was, voerde hij de volgende argumenten aan:

„De aanmelding geschiedt voorzichtigheidshalve en ter voorkoming van verlies van rechten; mijns inziens is artikel 85 niet van toepassing, gezien:

— 's Raads verordening nr. 26 van 4 april 1962 inzake de toepassing van bepaalde regels betreffende de mededinging op de voortbrenging van en de handel in landbouwprodukten,

— verordening nr. 17 zelf, en

— verordening nr. 27 van de Commissie van 3 mei 1962, eerste uitvoeringsverordening van verordening nr. 17 (vorm, inhoud en overige bijzonderheden van verzoeken en aanmeldingen)."

De bijdrage tot verbetering van de produktie of van de verdeling, en tot verbetering van de technische of economische vooruitgang, omschreef hij als volgt:

„Inschrijving van nieuwe rassen bij het Bundessortenamt ten gunste van de Duitse landbouw."

Bijna tien jaren verstreken alvorens het directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie officieel op deze aanmelding reageerde.

Inmiddels waren belangrijke gemeenschapsregelingen tot stand gekomen, betreffende het in de handel brengen van zaad, de gemeenschappelijke rassenlijst voor landbouwgewassen en de gemeenschappelijke ordening der markten in de sector zaaizaad.

Het in de handel brengen van zaaigranen op de gemeenschappelijke markt wordt geregeld door 's Raads richtlijn nr. 66/402 van 14 juni 1966 betreffende gegevens van technische aard (een gecodificeerde versie van deze richtlijn is verschenen in PB C 66 van 1974, blz. 24 en verwerkt de wijzigingen tot op die datum).

Deze op de artikelen 43 en 100 EEG-Verdrag berustende richtlijn beoogt de produktiviteit in de graanteelt te verhogen door toepassing van eenvormige en zo streng mogelijke regels bij de keuze van de tot de handel toegelaten rassen. Daartoe beperkt zij de handel tot bepaalde rassen.

Anderzijds wil de richtlijn de landbouwer de waarborg bieden dat het zaad van die rassen werkelijk wordt geleverd. Daartoe voert zij, zowel voor de handel tussen de Lid-Staten als voor het in de handel brengen op de nationale markten, een eenvormige communautaire keuringsregeling in, gesteund op minimumnormen (mechanische zuiverheid, kiemkracht en gezondheidstoestand) en gebaseerd op ervaringen, opgedaan bij de toepassing van de reeds op international vlak bestaande regelingen (Voedsel en Landbouworganisatie van de Verenigde Naties).

Ter waarborging van de identiteit van het betrokken zaad („basiszaad" of „gecertificeerd zaad") bevat de richtlijn een aantal regels inzake verpakking, bemonstering, sluiting en aanduiding (etikettering). Ter zake van dit laatste punt zijn de regels herhaaldelijk gewijzigd en aangevuld. De voorschriften inzake de „datum van sluiting van de verpakkingen" waren laatstelijk het onderwerp van 's Raads richtlijn nr. 78/692 van 25 juli 1978.

Het in de handel brengen van zaad dat aan deze voorwaarden voldoet, kan slechts worden onderworpen aan de beperkingen, voorzien in de gemeenschapsvoorschriften, *onverminderd de toepassing van artikel 36 EEG-Verdrag.*

In een eerste fase, tot aan de opstelling van een *gemeenschappelijke rassenlijst,* omvatten die beperkingen onder meer het recht van de Lid-Staten om het in de handel brengen van zaad te beperken tot rassen met een cultuur- en gebruikswaarde voor hun grondgebied.

De Lid-Staten hadden tot 1 juli 1968 de tijd om, door het vaststellen van de nodige bepalingen, hun wetgeving in overeenstemming te brengen met de bepalingen van artikel 14, lid 1, en tot 1 juli 1969 om de andere bepalingen van de richtlijn en haar bijlagen ten uitvoer te leggen.

Bijgevolg verzekert de richtlijn van 1966 tussen Lid-Staten het vrije verkeer van officieel gecertificeerd zaad dat in één van die staten op een nationale lijst is ingeschreven, en de gelijkwaardigheid van zaaigraan dat in een Lid-Staat rechtstreeks is voortgebracht uit in een andere Lid-Staat gecertificeerd basiszaad. Voor het overige doet zij geen afbreuk aan de nationale bepalingen die gerechtvaardigd zijn uit hoofde van de bescherming van de industriële en commerciële eigendom (artikel 22).

Behoudens enkele latere aanpassingen bleef deze regeling van kracht tot 29 september 1970, toen 's Raads richtlijn nr. 70/457 werd vastgesteld. Zij legde de eerste grondslagen voor een gemeenschappelijke rassenlijst voor landbouwgewassen en bracht de bepalingen bijeen, die tot dan toe verspreid waren in 's Raads richtlijnen van 14 juni 1966 en 10 juni 1969 betreffende het in de handel brengen van bietenzaad, zaaizaad en groenvoedergewassen, zaaigranen, pootaardappelen, alsook van oliehoudende planten en vezelgewassen (een gecodificeerde versie is opgenomen in PB C 66 van 1974, blz. 56).

In deze richtlijn wordt opgemerkt, dat een gemeenschappelijke rassenlijst voorshands slechts kan worden opgesteld op basis van de *nationale* lijsten; terzake schrijft zij voor dat alle Lid-Staten één of meer nationale lijsten opstellen van de rassen die op hun grondgebied tot de goedkeuring en in de handel zijn toegelaten. Verder bepaalt de richtlijn dat het zaaizaad en al het pootgoed van rassen die na 1 juli 1967 in tenminste één Lid-Staat overeenkomstig de daarin vastgestelde beginselen zijn toegelaten, na een zekere termijn in de Gemeenschap aan geen enkele beperking betreffende het ras mogen zijn onderworpen, en dat deze rassen in de *gemeenschappelijke* rassenlijst moeten worden opgenomen, en gelast zij de Commissie deze lijst in het Publikatieblad van de Europese Gemeenschappen te publiceren.

Artikel 9 bepaalt:

„1. De Lid-Staten dragen zorg voor de officiële bekendmaking van de lijst van de op hun grondgebied toegelaten rassen met daarbij de naam van de in hun land voor de instandhouding verantwoordelijke persoon of personen . . .

2. Bij toelating van een ras dragen de Lid-Staten er zorg voor dat dit ras, voor zover mogelijk, in alle Lid-Staten dezelfde naam draagt.

Indien bekend is dat zaaizaad of pootgoed van een ras in een ander land onder een andere naam in de handel wordt gebracht, wordt deze naam eveneens in de lijst vermeld."

Lid 3 van dit artikel luidt in de versie van 's Raads richtlijn van 24 juli 1979 als volgt:

„De Lid-Staten zien er, rekening houdend met de beschikbare informaties, bovendien op toe dat een ras dat zich niet duidelijk onderscheidt

— van een ras dat voorheen in de betrokken Lid-Staat of in een andere Lid-Staat was toegelaten,

of

— van een ander ras dat inzake het onderscheid, de bestendigheid en de homogeniteit is beoordeeld volgens regels die overeenkomen met die van deze richtlijn, zonder evenwel een in de Gemeenschap bekend ras in de zin van artikel 5, lid 1, te zijn,

de naam van dat ras draagt. Deze bepaling is niet van toepassing indien deze naam misleidend of verwarrend kan worden voor wat het ras betreft, of indien andere feiten krachtens de gezamenlijke voorschriften van de betrokken Lid-Staat inzake de rasbenamingen het gebruik ervan beletten, of indien een recht van een derde het vrije gebruik van deze benaming voor het betrokken ras in de weg staat."

Deze bepalingen lijken mij belangrijk: in 1979 geeft de Raad zo immers toe dat een derde die „krachtens de gezamenlijke voorschriften van de betrokken Lid-Staat inzake de rasbenamingen" rechten heeft verworven, het vrije gebruik van een rasbenaming kan belemmeren.

De toelating op de lijst geldt tot aan het einde van het tiende kalenderjaar na de datum van de toelating. De voor 1 juli 1972 in een Lid-Staat verleende toelatingen zijn geldig tot uiterlijk 30 juni 1982 (artikel 12, lid 1, in de versie van richtlijn nr. 72/418). De toelating van een ras kan telkens voor een bepaalde termijn worden verlengd (artikel 12, lid 2).

Artikel 14, lid 2, van richtlijn nr. 66/402 bepaalde dat de toepassing van de gemeenschappelijke rassenlijst uiterlijk op 1 januari 1970 moest plaatsvinden. In artikel 25 van richtlijn nr. 70/457 werd echter gepreciseerd dat de Lid-Staten uiterlijk op 1 juli 1972 de nodige bepalingen voor het opstellen van een nationale rassenlijst overeenkomstig de in die richtlijn neergelegde beginselen in werking moesten doen treden. Mitsdien kon de gemeenschappelijke rassenlijst, die slechts een mozaïek van de verschillende nationale lijsten is, op zijn vroegst op 1 juli 1972 worden toegepast. In werkelijkheid heeft de eerste volledige uitgave van de gemeenschappelijke rassenlijst op zich laten wachten tot 21 juli 1975 (PB C 164 van 1975). Deze uitgave werd herhaaldelijk aangevuld op basis van de door de Lid-Staten verstrekte gegevens. De gemeenschappelijke lijst somt de rassen op, die *per 31 december 1974* op het grondgebied van de Gemeenschap in haar oorspronkelijke samenstelling niet meer aan handelsbeperkingen *ten aanzien van het ras* zijn onderworpen (artikel 18 van richtlijnen nr. 70/457). Per 31 december 1975 (2e uitgave van de lijst van 20 maart 1976) heeft de lijst voor het eerst dezelfde werking in zowel de oorspronkelijke als de nieuwe Lid-Staten.

Er dient echter onderscheiden te worden tussen de begrippen „vrij verkeer" enerzijds en „vrije toelating" of „vrije voortbrenging" anderzijds; zaad afkomstig uit de Lid-Staten waar het is toegelaten, kan weliswaar in alle andere Lid-Staten worden verhandeld, maar kan er slechts worden voortgebracht na een beslissing terzake van elke Lid-Staat.

De gemeenschappelijke ordening der markten in de sector zaaizaad, ingesteld bij verordening nr. 2358/71 van de Raad van 26 oktober 1971 en van toepassing per 1 juli 1972, omvat in hoofdzaak gemeenschappelijke regels inzake het handelsverkeer met derde landen, en de voorwaarden voor de toekenning van communautaire steun voor de produktie in de sector zaaizaad (compenserende heffingen, vrijwaringsclausule, stelsel van invoercertificaten dat is gewijzigd bij verordeningen nrs. 1117, 1118 en 1119/79 van 6 juni 1979).

In de considerans van de verordening wordt zonder dat de verordening zelf er een bijzondere bepaling aan wijdt, in herinnering gebracht dat in de interne handel van de Gemeenschap het toepassen van douanerechten of van heffingen van gelijke werking, alsmede van kwantitatieve beperkingen of *maatregelen van gelijke werking* krachtens het Verdrag met ingang van 1 januari 1970 verboden is. Verder wordt (in artikel 13) bepaald, dat de verordening „zodanig moet worden toegepast dat gelijkelijk en op passende wijze rekening wordt gehouden

met de in de artikelen 39 en 110 van het Verdrag gestelde doeleinden."

Tot 1971 werden de tussen Eisele, het INRA en de SSBM aangegane betrekkingen nader uitgewerkt in koopcontracten tussend de firma Nungesser en de Franse bedrijven die lid zijn van de SSBM.

De betrekkingen inzake het zaaizaad van de Inra-rassen werden geregeld in een op 23 september 1971 te Parijs ondertekend protocol tussen de firma Nungesser, vertegenwoordigd door Eisele, en de SSBM. Het protocol moet door het INRA worden medeondertekend; zulks is echter niet gebeurd. Evenmin werd het bij de Commissie aangemeld en in de bestreden beschikking wordt het niet genoemd. Het is evenwel nuttig de bepalingen ervan samen te vatten, daar zij een beeld geven van de situatie op dat ogenblik.

Daarin werd nogmaals verklaard dat Eisele van het INRA het uitsluitend recht had verkregen om in de Bondsrepubliek Duitsland zaaimaïs van Inra-rassen te verkopen.

Onder verwijzing naar dit uitsluitend recht verbond Eisele zich, los van de verkoop in de Bondsrepubliek van de Inra-zaaimaïs die hij gerechtigd was aldaar voort te brengen, slechts Inra-zaaimaïs te kopen in Frankrijk, en dan nog uitsluitend bij de op een lijst vermelde bedrijven: particuliere bedrijven, verenigd in het SNESAM, en coöperaties, verenigd in Synco-Maïs. Eisele verklaarde zich bereid met de op deze lijst vermelde Franse bedrijven waaraan de SSBM het Inra-basismateriaal leverde, een overeenkomst voor drie jaar te sluiten, die stilzwijgend kon worden verlengd.

Eisele aanvaardde daarin dat de door hemzelf en bedoelde bedrijven ondertekende overeenkomsten zouden overeenstemmen met het model van de aan het protocol gehechte standaard-overeenkomst.

Van haar kant verbond de SSBM zich om, in de mate van het mogelijke, de firma Nungesser, in het kader van Eisele's overeenkomst van 5 oktober 1965 met het INRA, het basiszaad van de enkele hybriden en de ouders te leveren voor de voortbrenging van voor de handel bestemde Inrahybriden op het grondgebied van de Bondsrepubliek Duitsland.

Eisele kon zelf bepalen hoeveel hij van elk bedrijf zou afnemen; daarbij moest hij evenwel rekening houden met de leveringen tijdens de laatste twee jaren voor de ondertekening van bedoeld protocol.

De SSBM kreeg tot taak, elk jaar met de firma Nungesser te onderhandelen over de in de overeenkomst vermelde prijs. Deze prijs, die zou zijn afgestemd op het op de jaarvergadering van de Franse producenten in september vastgestelde tarief, zou voor 1 oktober voorafgaand aan de zaaitijd worden besproken en vastgesteld.

In verband met het meerjarige karakter van de overeenkomsten en hun totale volume alsmede met de reclame die de firma Nungesser reeds eerder had gemaakt en zich verbond voor de duur van de overeenkomst te blijven maken, zou op deze prijs een bijzondere korting worden toegepast.

De SSBM zou de Franse exportbedrijven, in overeenstemming met het INRA, het nodige basismateriaal leveren.

Het standaardcontract voor de verkoopcampagnes 1971/1974 bevatte onder meer de volgende bijzonderheden:

Het stelde voor elk bedrijf de hoeveelheden Inra-zaaimaïs vast die Eisele jaarlijks zou kopen. De als S.O.C. gecertificeerde waar moest voldoen aan een aantal normen (waaronder een kiempercentage van 92 %, verplichte behandeling met captan) en aan de kalibers van Nungessers lijst, waarbij de koper zich het recht voorbehield om kaliber nr. 6 te weigeren. In feite blijkt uit de overgelegde geleidebrieven bij de zakken van de firma Nungesser, dat deze slechts zaadkorrels van een hoger kaliber dan nr. 6 verhandelde. De door de koper geleverde verpakkingen zouden van zijn merk en eventueel ook van dat van de verkoper worden voorzien.

De prijs moest overeenkomstig haar protocol met de firma Nungesser worden vastgesteld door bemiddeling van de SSBM. De verkoper zou zijn levering rechtstreeks aan de koper factureren.

De Frasema die, zoals gezegd, op 18 juni 1973 in de plaats is getreden van de SSBM, nam de verplichtingen van deze laatste ongewijzigd over.

Vanaf september 1972 begonnen Eisele en de firma L. C. Nungesser bepaalde problemen te ondervinden.

Eisele bemerkte dat als gevolg van de instorting van de prijzen op de Franse markt door wederverkopers van Inramaïs zaaizaad uit Frankrijk tegen lage prijzen rechtstreeks in Duitsland werd verkocht. Bovendien waren in Duitsland nieuwe Franse maïsrassen met gesloten formule ingeschreven, die de Inra-rassen scherpe concurrentie aandeden.

Op 1 maart *1973* ontdekten de Duitse autoriteiten belast met het toezicht op de zaadhandel, in een entrepot van de landbouwcoöperatie te Schrozberg 56 zakken maïs met etiketten in het Frans, voorzien van de rasbenaming „Inra 258" en niet „Inrakorn" ten aanzien waarvan Eisele in de Bondsrepubliek Duitsland het kwekersrecht heeft.

Dit zaad was aan de betrokken coöperatie geleverd door een firma in Bamberg; deze had het in november 1971 gekocht bij een firma in Neurenberg, die het zelf weer had gekocht bij de firma Louis David te Meisenheim.

De in 1861 opgerichte firma Louis David is sinds 1955 een commanditaire vennootschap met Otto David als persoonlijk aansprakelijk vennoot. Zij had in 1977 25 personen in dienst en is gespecialiseerd in de *zaadhandel.*

Deze firma had in *mei 1971* inderdaad via Kehl 15 ton „Inra 258" uit Frankrijk ingevoerd. De levering was voorzien voor maart 1971, doch vond slechts plaats in mei daaropvolgende, zodat de ingevoerde 15 ton niet voor de zaaitijd van de lente 1971 konden worden afgezet. Om onbekend gebleven redenen konden ze blijkbaar evenmin in de lente van 1972 worden ingezaaid. Het was dus zaad dat in Frankrijk was geoogst in de *herfst van 1970* en dat op het ogenblik dat het in Duitsland had kunnen worden gebruikt twee en een half jaar oud was.

Om te voorkomen dat zij zouden worden doorverkocht en gebruikt, namen de autoriteiten de 56 zakken vervolgens in beslag, en wel om de volgende redenen:

— zowel ingevolge het Sortenschutzgesetz van 1968 als het Saatgutverkehrsgesetz uit hetzelfde jaar mogen de op de Duitse lijst van beschermde rassen ingeschreven rassen slechts

worden verhandeld onder de benaming waaronder zij op die lijst voorkomen (Inrakorn). Eisele nu was houder van de kwekersrechten op het ras Inrakorn en verhandelde het ras „Inra 258" slechts onder de benaming „Inrakorn" en in speciale zakken. Volgens § 15 van het Sortenschutzgesetz was Eisele dus als enige gemachtigd, om binnen het geldingsgebied van deze wet voor bedrijfsmatige of commerciële doeleinden zaaigoed van Inra-rassen voort te brengen of te verkopen. Bovendien was hij als enige gemachtigd om buiten dat grondgebied geproduceerd zaad van bedoeld ras op dat grondgebied te verhandelen of de verhandeling ervan afhankelijk te stellen van zijn goedkeuring;

— de Duitse Getreidesaatgutverordnung (versie van 31 mei 1968) bepaalt in § 21, lid 4, dat de verpakkingen van ingevoerd zaad, die geen Duitse opschriften dragen, onmiddellijk na hun aankomst binnen het geldingsgebied van het Saatgutverkehrsgesetz van een aanvullend etiket moeten worden voorzien, dat de gegevens van het oorspronkelijke etiket in het Duits moet bevatten. Op de verpakkingen van het betrokken zaad ontbraken deze Duitse gegevens echter.

Daarop vorderde Eisele op 17 september 1973 voor het Landgericht Bad-Kreuznach vergoeding van de schade veroorzaakt door de schending van zijn kwekersrechten (§ 15, lid 1, jo. § 47, lid 1, Sortenschutzgesetz), daar de firma David had getracht als „Inra *258*" geëtiketteerd zaad voor „Inra*korn*"-zaad te laten doorgaan.

Te harer verdediging betoogde de firma David in wezen dat het recht waarop Eisele zich als houder van het kwekersrecht kon beroepen, moest worden geacht te zijn uitgeput en verbruikt, daar de vergoeding voor de ingevoerde produkten in Frankrijk was betaald. Wanneer de produkten na betaling van deze vergoeding regelmatig in de handel zijn gebracht, behoeft, wanneer zij opnieuw op de markt worden gebracht, geen nieuwe vergoeding te worden betaald. De rechten van de houder van het kwerkersrecht (Eisele) in het land van invoer waren „uitgeput" door betaling van de vergoeding aan het INRA in Frankrijk, en voor de invoer in Duitsland was zijn goedkeuring niet meer vereist.

Voor het Landgericht Bad Kreuznach sloten partijen een dading, waarbij de firma Louis David, op straffe van een voor elke inbreuk door de rechtbank vast te stellen boete, zich ertoe verbond het door haar uit Frankrijk ingevoerde zaaimaïsras niet zonder toestemming van Eisele op de Duitse markt aan te bieden of in de handel te brengen; hiermee kwam een einde aan het geschil.

Op 19 februari 1974 bood echter een Frans zaadhandelaar, Robert Bomerault, in de Duitse pers de rassen „Inra *190*" — „Inra*expreß*", „Inra *200*" — Inra*früh*", „Inra *258*" — „Inra*korn*" en het (enkel in Frankrijk ingeschreven) „Inra *260*" te koop aan.

Naar aanleiding van deze advertentie ontving de firma Robert Bomberault nog dezelfde dag een telex van de Frasema, waarin zij erop werd gewezen dat „de handelsbetrekkingen tussen Frankrijk en Duitsland, wat de Inrarassen betreft, werden beheerst door een exclusiviteitsovereenkomst tussen de firma Nungesser, het INRA en de Française des Semences de Maïs", in deze telex werd

Bomberault met gerechtelijke stappen bedreigd.

De firma Robert Bomberault signaleerde dit op 20 februari 1974 aan de directeur-generaal Concurrentie van de Commissie.

Omstreeks die tijd zond Eisele het Duitse tijdschrift dat de advertentie van de firma Robert Bomberault had opgenomen, een telex met de mededeling dat „de in zijn advertentie vermelde maïsrassen in Duitsland niet onder benaming „Inra 190" — „Inraexpreß" mochten worden verhandeld." Op 23 februari 1974 plaatste de firma Nungesser in het betrokken Duitse tijdschrift een advertentie volgens welke de rechtstreekse invoer uit Lid-Staten van Inra zaaimaïs van de hybriderassen „Inra-expreß", Inrafrüh", „Inrasil" en „Inrakorn" in strijd was met het Sortenschutzgesetz en het Saatgutverkehrsgesetz, maar dat de handel en de coöperaties in Duitsland over voldoende zaaizaad van uitstekende kwaliteit beschikten.

Na deze gebeurtenissen heeft het directoraat-generaal Concurrentie van de Commissie op 11 november 1975 eindelijk het dossier van de in 1965 door Eisele aangemelde overeenkomst ter hand genomen, en heeft het contact opgenomen met de onderneming Servant, waarvan de directeur president van de Frasema was.

Dit belette het „Bureau de gestion des variétés" (het bureau voor het beheer van de rassen) van het INRA evenwel niet om de Frasema nogmaals erop te wijzen dat haar leden verplicht waren om voor elke verkoop van Inra-zaaimaïs „naar het buitenland" de toestemming van het INRA of van zijn alleenvertegenwoordiger Frasema te verkrijgen (deze brief was ook geadresseerd aan de CGLV).

Op 2 maart 1976 richtte de directeur-generaal Concurrentie zich in het kader van het onderzoek van dit dossier tot de heer Ehkirch, president van de Frasema.

Op 3 november daaropvolgende deelde de Commissie aan Eisele/L. C. Nungesser, het INRA, de zaadhandel Bomberault te Argent-sur-Sauldre (Cher), alsook aan de Frasema haar „punten van bezwaar" mee.

Blijkens deze mededeling verweet de Commissie de betrokkenen de navolgende feiten:

— het optreden tegen de firma Bomberault, om te beletten dat zij naar Duitsland zou uitvoeren, en tegen de Duitse uitgeverij Strothe, om te beletten dat zij de advertentie van deze firma in Duitsland zou publiceren, was een inbreuk op artikel 85, lid 1;

— de dading van 14 november 1973 tussen Eisele en de vennootschap Louis David was eveneens een inbreuk op dat artikel.

De Commissie was mitsdien voornemens:

— betrokkenen te verplichten aan die inbreuken een einde te maken,

— artikel 85, lid 3, niet toe te passen.

Na op 11 maart 1977 de betrokken ondernemingen te hebben gehoord en op 7 december 1977 het advies van het Raadgevend Comité voor mededingingsregelingen en economische machtsposities te hebben ingewonnen, gaf de Commissie op 21 september 1978 beschikking nr. 78/823 „inzake een procedure op grond van artikel 85 van het EEG-Verdrag —

IV/28.824: Kwekersrecht — zaaimaïs" (PB L 286 van 1978, blz. 23).

Na een uiteenzetting van de feiten stelt de bestreden beschikking vast dat artikel 85, lid 1, wel, doch artikel 85, lid 3, niet toepasselijk is. Zij bepaalt:

„Artikel 1

Inhoud en toepassing van de navolgende bepalingen:

a) van de overeenkomst van 14 en 16 december 1960 betreffende de overdracht door het INRA aan de heer K. Eisele van de Duitse kwekersrechten,

b) van de exclusiviteitsovereenkomst voor de vermeerdering en de verkoop van INRA-maïsrassen van 5 oktober 1965 tussen het INRA en de heer K. Eisele, en

c) de dading welke op 14 november 1973 tussen de heer K. Eisele en de onderneming Louis David KG is aangegaan, ten einde deze te beletten INRA-zaad zonder goedkeuring in Duitsland in te voeren en te verkopen,

vormen een inbreuk op artikel 85, lid 1, van het EEG-Verdrag:

a) de overeenkomst van 14 en 16 december 1960, voor zover zij door de heer K. Eisele wordt gebruikt voor een beroep op zijn eigen kwekersrechten op de INRA-rassen ten einde zich te verzetten tegen elke invoer in Duitsland of uitvoer naar een andere Lid-Staat van de Gemeenschap van officieel gecertificeerde zaaimaïs van INRA-rassen;

b) in de overeenkomst van 5 oktober 1965

artikel 1:

de exclusieve licentie voor de voortbrenging door vermeerdering en de verkoop van officieel gecertificeerd maïszaad van zijn rassen, die door het INRA is verleend, voor zover deze exclusiviteit wordt uitgelegd en toegepast in die zin dat zij inhoudt:

— de verplichting voor het INRA of zijn rechtverkrijgenden niet door andere licentiehouders het betrokken zaad in Duitsland te doen voortbrengen of te verkopen;

— de verplichting voor het INRA of zijn rechtverkrijgenden niet zelf dit zaad in Duitsland voort te brengen of te verkopen;

— de verplichting voor het INRA of zijn rechtverkrijgenden derden te beletten de betrokken produkten zonder goedkeuring van de licentiehouder voor gebruik of verkoop naar Duitsland in te voeren;

— de gebruikmaking door de heer Eisele van zowel zijn exclusief contractueel recht als van zijn eigen kwekersrechten voor zijn verzet tegen elke invoer in Duitsland, of tegen elke uitvoer naar een andere Lid-Staat, van de betrokken produkten;

artikel 1

de verplichting voor de licentiehouder, gedurende de jaren waarin zij gevolgen heeft gesorteerd, om geen zaad van andere maïsrassen dan die van het INRA voort te brengen of te verkopen;

artikel 2

de verplichting voor de licentiehouder alleen te verkopen aan bepaalde wederverkopers;

artikel 3

de verplichting voor de licentiehouder niet meer dan een derde van het voor de behoeften van zijn grondgebied noodzakelijke zaad voort te brengen en het resterende deel uit Frankrijk in te voeren;

artikel 5

de verplichting voor het INRA zodanig te handelen dat elke uitvoer van deze rassen naar Duitsland wordt belet, voor zover deze verplichting betrekking heeft op officieel gecertificeerd zaad;

c) in de dading van 14 november 1973

artikel 1

verplichting voor Louis David KG niet meer in Duitsland zonder goedkeuring van de Duitse licentiehouder zaad van INRA-rassen te verkopen of in het verkeer te brengen.

Artikel 2

Het verzoek van de heer K. Eisele, om van het verbod van mededingingsregeling overeenkomstig artikel 85, lid 3, vrijgesteld te worden, wordt verworpen.

..."

De eerste twee artikelen van het dispositief van deze beschikking betroffen enkel het INRA en Eisele, maar artikel 3 gelastte de partijen INRA, *Frasema*, Eisele en *L. C. Nungesser* „onverwijld een einde te maken aan de in artikel 1 vastgestelde inbreuken; met name dienen zij zich onmiddellijk te onthouden van elke rechtshandeling of zuiver feitelijke maatregel die erop is gericht of ten gevolge heeft, dat de invoer of uitvoer van officieel gecertificeerd zaad tussen de Lid-Staten van de Gemeenschap wordt verhinderd of bemoeilijkt." Daarenboven was de beschikking ook gericht tot de firma Louis David, maar niet tot Robert Bomberault.

Deze beschikking is aangevochten door de firma L. C. Nungesser en door Eisele, ondersteund door de interveniënten: de regering van het Verenigd Koninkrijk, de Franse regering, de CGLV en de Duitse regering. Het INRA noch de Frasema heeft van zich laten horen; wel was het INRA vertegenwoordigd bij de mondelinge behandeling.

Verzoekers vorderen nietigverklaring van de beschikking met uitzondering van het bepaalde in artikel 1, sub b, inzake de verplichting van de licentiehouder, gedurende de geldigheidsduur van de licentie geen zaad van andere maïsrassen dan die van het INRA voort te brengen of te verkopen (artikel 1 van de overeenkomst van 5 oktober 1965), alleen te verkopen aan bepaalde wederverkopers (artikel 2 van die overeenkomst) en niet meer dan een derde van het voor de behoeften van zijn grondgebied noodzakelijke zaaizaad voort te brengen en het resterende deel uit Frankrijk in te voeren (artikel 3 van de overeenkomst).

II — De ontvankelijkheid van het beroep levert geen enkel probleem op en tegen de procedure zelf, volgens welke de beschikking is vastgesteld, is geen bijzonder bezwaar ingebracht; dit kan echter niet worden gezegd van het beroep ten principale.

Alvorens de middelen en argumenten van partijen nader te onderzoeken, wil ik het volgende opmerken:

1. Terwijl de mededeling van de punten van bezwaar benevens de rassen „Inra 200" en „Inra 258", ook de rassen „Inra 300" — „Inraspät" en „Inra 321" — „Inraweiß" betrof, worden deze laatste in de beschikking niet meer genoemd.

Tijdens de „informele bijeenkomst" van 19 januari 1981 verklaarde de Commissie dat die rassen weliswaar onder de overeenkomsten vielen, doch voor het handelsverkeer tussen Frankrijk en Duitsland niet zo belangrijk waren dat zij in de beschikking moesten worden opgenomen.

Anderzijds erkennen verzoekers dat de beschikking betrekking kan hebben op het ras „Inra 190" — „Inraexpreß". Weliswaar kwam dit ras niet in de overeenkomsten voor, doch het werd wel in de beschikking vermeld. Het kwekersrecht op dit ras was door het INRA immers reeds eerder overgedragen en bijgevolg kon het worden geacht deel uit te maken van de reeds tussen hen en het INRA bestaande betrekkingen.

Volgens de descriptieve rassenlijst die in 1975 door het Bundessortenamt en in de gemeenschappelijke rassenlijst werd gepubliceerd, zijn in casu dus de volgende rassen in het geding:

— „Inraexpreß": houder van het kwekersrecht (Züchter) is Kurt Eisele uit Darmstadt; de inschrijving in Duitsland dateert uit 1971; dit ras is ook ingeschreven in Frankrijk, waar het „Inra 190" wordt genoemd. Het is een dubbele hybride (FAO-index 230 voor Duitsland en 190 voor Frankrijk);

— „Inrafrüh": houder van het kwekersrecht is Kurt Eisele uit Darmstadt. De inschrijving in Duitsland dateert uit 1966; dit ras is ook ingeschreven in België en Frankrijk (waar de inschrijving dateert uit 1957) en in het Verenigd Koninkrijk, waar het „Inra 200" wordt genoemd. Het is een dubbele hybride (FAO-index 240 voor Duitsland en 200 voor Frankrijk), dus ook hier gewonnen in de derde generatie (kruising van twee enkele hybriden);

— „Inrakorn": houder van het kwekersrecht is Kurt Eisele; de inschrijving in Duitsland dateert uit 1966; dit ras is ook ingeschreven in België, in Frankrijk (waar de inschrijving dateert uit 1958), in het Verenigd Koninkrijk en in Luxemburg, waar het „Inra 258" wordt genoemd. Het is een dubbele hybride (FAO-index 280 voor Duitsland en 260 voor Frankrijk).

De „FAO-indices" voor deze rassen vormen een rijpheidsschaal; voor eenzelfde ras verschillen zij naar gelang van het klimaat. In de regel ligt de FAO-index voor Duitsland 40 punten lager dan de in Frankrijk voor hetzelfde ras vastgestelde index. Maïsrassen die buiten Duitsland een FAO-index van meer dan 400 hebben (late rijpheid), mogen in Duitsland niet worden verhandeld. Voor de onderhavige zaak zijn deze verschillen verder niet van belang.

Tijdens de instructie is gebleken dat een van Eisele's rassen, „Inra 190" — „Inraexpreß", nog voor de beschikking werd gegeven van de lijst was geschrapt, daar zowel de geldigheidsduur van de inschrijving ervan op de Duitse lijst als van die in Frankrijk was verstreken. Meer bepaald, in de Bondsrepubliek verklaarden Nungesser en Eisele in 1975 afstand te doen van de inschrijving uit 1971 „daar het ras achterhaald is door rassen van betere kwaliteit". Vervolgens is het ras geschrapt op 31 december 1976. De geldigheidsduur van de inschrijving van het ras is op 4 januari 1977 ook in Frankrijk verstreken. Ingevolge artikel 1, lid 2, van richtlijn nr. 70/457 komt het niet meer voor op de gemeenschappelijke rassenlijst, gepubliceerd op 27 februari 1978.

Zoals verzoekers terecht opmerken, „wilde de beschikkingen van de Commissie (gegeven in september 1978) dus iets verbieden, dat hoe dan ook krachtens andere bepalingen niet meer was toegestaan."

Het is duidelijk dat de Commissie niet tot taak kan hebben, een einde te maken aan in het verleden gepleegde inbreuken. Voor dergelijke inbreuken kunnen hooguit boeten worden opgelegd. Willen de beschikkingen van de Commissie, waarbij een ontheffing wordt geweigerd, een praktisch effect hebben, dan mogen zij mijns inziens slechts overeenkomsten betreffen, die op het tijdstip waarop de beschikking wordt gegeven, *nog effect sorteren;* aldus heeft de zin „de betrokken partijen zijn gehouden onverwijld een einde te maken aan de ... vastgestelde inbreuken; met name dienen zij zich onmiddellijk te onthouden van elke rechtsbehandeling of zuiver feitelijke maatregel ..." geen enkele praktische betekenis. Alleen daarom al zou de beschikking moeten worden nietigverklaard, voor zover zij het ras „Inra 190" — „Inraexpreß" betreft.

2. In de beschikking zelf wordt erkend dat de firma Nungesser vanaf de campagne 1977/1978 nagenoeg al het door haar in Duitsland verkochte Inra-zaad zelf voortbracht, en dat bijgevolg de in artikel 3 van de overeenkomst vervatte verplichting vanaf die campagne niet meer werd nagekomen.

De beschikking erkent ook dat Eisele vanaf de campagne 1973/1974 het „eigen" ras „LG 11" verhandelde; bijgevolg kan zij niet de clausule (artikel 1 van de overeenkomst) betreffen, waarbij de licentiehouder zich ertoe verbond geen concurrerende produkten voort te brengen of te verkopen.

De in de beschikking genoemde brief van het „Bureau de gestion des variétés" van het INRA bewijst voorts dat de clausule „geen enkele in- of uitvoer van het ras waarvoor de licentie werd verleend mag worden verricht zonder uitdrukkelijke toestemming van de houders van het kwekersrecht" reeds vóór eind december 1975 niet meer werd toegepast.

3. In de beschikking wordt de firma L. C. Nungesser verweten de „Eisele"-rassen niet *naar Frankrijk* te hebben uitgevoerd. In dit verband wordt gewezen op de van 4 tot 19 april 1977 tussen BayWa AG te München en Nungesser gewisselde brieven. Verzoekers verklaren echter dat zij nooit zaaigoed naar Frankrijk hebben uitgevoerd dat was gewonnen uit in Duitsland ingevoerd Inra-zaad, omdat het voor hen niet interessant was. Uitvoer vanuit de *Bondsrepubliek Duitsland,* een deficitair land, naar andere landen van de Gemeenschap — met name naar Frankrijk, een exportland — kon normaal gesproken voor de Duitse producenten of handelaars economisch niet interessant zijn. Afgezien van deze korte vermelding in de beschikking blijkt uit het dossier niet dat Eisele zich tegen enige uitvoer of wederuitvoer van Inra-zaad uit Duitsland heeft moeten verzetten. Aangenomen dat zulke verrichtingen economisch rendabel waren, dan zou daarmee zijn aangetoond dat de prijzen van Nungesser beneden de Franse prijzen lagen; anders zouden deze transacties niet winstgevend zijn geweest. Volgens mij heeft de Commissie dit uitvoerverbod dan ook vermeld om haar betoog te completeren, maar houdt dit punt van bezwaar geen steek.

4. Verzoeksters voeren aan, dat de beschikking van de Commissie (artikel 1, sub a) ten onrechte gericht is tegen de overeenkomst van 14-16 december 1960; deze overeenkomst zou in grote trekken zijn opgeheven door de verklaringen van 19 januari-8 februari 1961. Het uitsluitend recht waarop Eisele zich beroept, volgt huns inziens uit zijn rechtspositie als houder van het kwekersrecht naar Duits recht, die voortvloeit uit het feit dat het kwekersrecht bij bedoelde verklaringen uit 1961 aan hem is overgedragen. Hiervan wordt — aldus verzoekers — echter niet gerept in de beschikking, die zo als het ware een slag in de lucht is.

Met de Commissie ben ik evenwel van oordeel dat de verklaringen van januari en februari 1961 voor wat artikel 85 betreft één geheel vormen met de overeenkomst van december 1960.

5. Wat de dading van 14 november 1973 tussen de firma Louis David en Kurt Eisele betreft, vermag ik niet in te zien hoe een dergelijke handeling onder artikel 85 zou kunnen vallen. Het is geen scheidsrechterlijke uitspraak, waarvan artikel 4 van het ontwerp voor een verordening van de Commissie inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen octrooilicentieovereenkomsten bepaalt dat zij haar onverwijld moet worden meegedeeld „omdat de artikelen 85 en 86 deel uitmaken van de openbare orde van de Gemeenschap en scheidsrechterlijke procedures het gevaar inhouden dat de octrooiovereenkomst wordt uitgelegd op een wijze die de grenzen van deze verordening te buiten gaat." Zou een dergelijke bepaling worden vastgesteld, dan zou zij het beroep op arbitrage en dading op een belangrijk gebied veel in de weg kunnen leggen. Wanneer het een dading *in rechte* betreft, lijken de Commissie en haar raadslieden mij in elk geval over andere middelen te beschikken dan een beroep op artikel 85 om de rechtmatigheid ervan te toetsen.

Tegen de beschikking brengen verzoekers en interventiënten in dat zij ten onrechte weigert toepassing te geven aan:

— verordening nr. 26,

— artikel 90, lid 2, ten aanzien van het INRA,

— artikel 36 (bescherming van de industriële en commerciële eigendom), in zoverre zij geheel geen acht slaat op de nationale wettelijke regelingen, het Verdrag tot bescherming van kweekprodukten en het Gemeenschapsoctrooiverdrag,

— en, tenslotte, artikel 85, lid 3.

Ontegenzeglijk is het betrokken zaaizaad een landbouwprodukt en is de voortbrenging daarvan en de handel daarin het onderwerp van in artikel 85, lid 1, of artikel 86 bedoelde overeenkomsten, besluiten en gedragingen, in de zin van artikel 1 van verordening nr. 26.

Volgens de beschikking waren de bij artikel 2, leden 1 en 2, van deze verordening gestelde voorwaarden voor de weigering van de niettoepasselijkverklaring van artikel 85, lid 1, op die overeenkomsten vervuld, en waren deze overeenkomsten met name niet „noodzakelijk ... voor de verwezenlijking van de doelstellingen van artikel 39". De toetsing van de gegrondheid van deze vaststelling valt grotendeels samen met de toetsing van weigering van een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3. Ik zal op dit pro-

bleem nog terugkomen naar aanleiding van de middelen ontleend aan de niet-toepassing van de artikelen 36 en 85, lid 3. Gezien de landbouwkundige implicaties van de bestreden beschikking was het mijns inziens verstandig geweest, vooraf het bij besluit van de Raad van 14 juni 1966 opgerichte Permanent Comité Teeltmateriaal voor land-, tuin- en bosbouw te raadplegen.

In de beschikking (blz. 31, II, 1) wordt vastgesteld dat het *INRA* en de Frasema ondernemingen zijn in de zin van artikel 85. Het lijkt mij echter vooral nodig eerst te bepalen of het *INRA* een onderneming is in de zin van dat artikel, dan wel of het specifieke karakter van Inrazaaizaad niet zodanig is, dat de markt van dit produkt kan worden onderscheiden van die van zaaimaïs met gesloten formule. Voor de toepasselijkheid van de mededingingsregels is in casu deze kwalificatie van het INRA van fundamenteel belang.

Het INRA is een publiekrechtelijke instelling onder toezicht van het ministerie van Landbouw. Zijn taak is niet enkel het verrichten van wetenschappelijk onderzoek, teeltwerkzaamheden en het ontwikkelen van het voor de kweekproeven bestemde teeltmateriaal; ook moet het voor zijn ontdekkingen octrooi aanvragen, en dus moet het, voor zover verenigbaar met de aan het INRA in het algemeen belang gegeven opdracht, trachten zijn kwekersrechten in het kader van overeenkomsten te exploiteren in de commerciële betekenis van het woord. Dit brengt noodzakelijk mee dat het belang moet blijven stellen in de toepassing van zijn onderzoeksresultaten en de verhandeling van het zaad dat het heeft helpen ontwikkelen. Deze taak is nog in belang toegenomen sinds de hervorming, ingevoerd bij het decreet van 5 september 1980, dat deze publiekrechtelijke instelling van administratieve aard heeft omgezet in een publiekrechtelijke instelling van industriële en commerciële aard. Het INRA moet thans zijn betrekkingen met de gebruikers van zijn onderzoek, landbouwers en industriëlen, ontwikkelen en actiever deelnemen aan de exploitatie van de door het INRA bereikte resultaten.

In 1979 neemt het INRA, met zijn meer dan 7 000 personeelsleden (waarvan 1 170 wetenschappelijk personeel en 770 ingenieurs), een jaarlijkse toewijzing van FF 800 miljoen (ofwel 94 % van het onderzoeksbudget van het ministerie van Landbouw) en FF 100 miljoen aan eigen inkomsten, in het landbouw- en voedselonderzoek een bevoorrechte plaats in naast andere instellingen zoals de universiteiten, de technische instituten en het Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS).

De inkomsten van het INRA omvatten onder meer:

— op de begroting van het ministerie van Landbouw geopende kredieten,

— staatssubsidies, en

— de opbrengsten van de vergoedingen voor de nieuwe produkten en nieuwe procédés.

In de beschikking wordt melding gemaakt van een overeenkomst van 13 augustus 1973, waarbij het INRA aan de Frasema tegen vergoeding een uitsluitende licentie voor de commerciële exploitatie van zijn rassen in alle landen zou hebben verleend, doch wordt erop gewezen dat zij geen betrekking heeft op deze overeenkomst „waarvan de eventuele beoordeling uit het oogpunt van het gemeenschapsrecht voorbehouden

blijft aan een latere procedure" (blz. 26-27, punt 1). Evenwel wordt in de beschikking overwogen dat deze overeenkomst tussen het INRA en de Frasema „geen nationale marktordening voor zaaimaïs kan vormen" aangezien er in deze sector een gemeenschappelijke ordening der markten bestaat, die wordt beheerst door de bepalingen van verordening nr. 2358/71 (beschikking blz. 32, punt 5).

Opgemerkt zij dat het INRA geen gecertificeerd zaad vermeerdert of verkoopt; het ontwikkelt slechts „basisinteeltlijnen". Het was voor deze, uit staatsmiddelen gefinancierde openbare instelling dus geoorloofd uit haar werk economisch voordeel te halen door de overdracht van kwekersrechten in een andere Lid-Staat. Een kweekprodukt, waarvoor in Frankrijk overigens een niet-uitsluitende licentie was verleend, kon in Duitsland enkel ten nutte worden gemaakt indien de Duitse houder van het kwekersrecht een uitsluitend recht had.

Het is evident dat de hoogte van het licentierecht afhangt van het aantal licentiehouders en de afzetmogelijkheden van het ras. Had een Franse particuliere kweker destijds geweten dat het door hemzelf of zijn licentiehouder in Frankrijk voortgebrachte zaad in de andere Lid-Staten vrij mocht worden verhandeld, dan had hij die Franse licentiehouder onmiddellijk een hoger licentierecht gevraagd. Als publiekrechtelijke onderzoeksinstelling kon het INRA zulks niet doen. Voor het licentierecht voor een „open" ras dat is gewonnen door een instelling die niet in de eerste plaats een winstoogmerk heeft en wordt geproduceerd door een groot aantal vermeerderaars, kan niet zo'n hoog bedrag worden gevraagd als voor een licentierecht voor een „gesloten" ras dat door een enkele kweker of particuliere licentiehouder is voortgebracht.

Het lijkt mij heel normaal en in overeenstemming met de bevoegdheid van het INRA om buiten Frankrijk naar eigen goeddunken over zijn uitvindingen te beschikken voor wat de exploitatie en de verzekering van het goede beheer ervan betreft, dat het de produktie van zijn rassen in een andere Lid-Staat kon verbieden. Dit heeft in beginsel geen invloed op het vrije verkeer van zaaizaad dat met goedkeuring van het INRA in Frankrijk in grote hoeveelheden wordt voortgebracht.

Het feit dat het INRA voor zijn kwekersrechten een licentie heeft verleend om zijn uitvinding enigermate te exploiteren, is geen reden om het als onderneming in de zin van artikel 85 te beschouwen. Integendeel, het Inra is belast met het beheer van een dienst van algemeen economisch belang in de zin van artikel 90, lid 2, EEG-Verdrag. Het is een instelling waaraan een bijzondere taak is toevertrouwd. De mededingingsregels die voor particuliere ondernemingen gelden, kunnen niet zonder meer op zijn activiteiten worden toegepast, omdat het INRA daardoor onmogelijk zijn taak zou kunnen vervullen. Artikel 90, lid 2, stelt als enige beperking dat „de ontwikkeling van het handelsverkeer niet mag worden beïnvloed in een mate die strijdig is met het belang van de Gemeenschap."

In de beschikking wordt vastgesteld dat gedurende de jaren waarin de overeenkomst werd toegepast, het „vrije verkeer" van officieel gecertificeerd Inrazaaizaad niet geheel werd geëerbiedigd doch door de overeenkomsten werd belemmerd. Door van de betrokkenen te

verlangen dat zij een einde maken aan de vastgestelde „inbreuken" wil zij de invoer (of uitvoer) van officieel gecertificeerd zaaizaad tussen Lid-Staten *vergemakkelijken.*

Daarom veroordeelt de beschikking de overeenkomst van 14 december 1960 en het daaropvolgende akkoord, omdat het INRA en zijn rechtverkrijgenden (dit kan slechts op de Frasema slaan) zich hadden verplicht, *zelf* (ook hier kan het slechts om de Frasema gaan) geen Inra-rassen in Duitsland voort te brengen of te verkopen en zich hadden verbonden, die rassen in Duitsland niet door *anderen* dan Eisele te laten voortbrengen of verkopen.

De Frasema kan niet worden verweten, dat zij niet zelf naar Duitsland exporteerde: zij heeft zich juist ertoe verbonden, te zorgen voor de regelmatige bevoorrading van de Duitse markt, en wel voor twee derde van de vraag naar de betrokken rassen op die markt. De Commissie verwijt de Frasema echter dat zij *rechtstreeks* enkel naar Eisele heeft uitgevoerd.

Het INRA noch de Frasema kon rechtens beletten dat bedrijven die door Franse producenten op de markt gebracht zaaizaad hadden gekocht, het in de Bondsrepubliek verhandelden. Had een koopovereenkomst zulk een voorwaarde bevat, dan zou de verkoop van Inra-rassen door de Frasema naar Frans recht verboden zijn geweest. Ingevolge de regel dat overeenkomsten te goeder trouw moeten worden uitgevoerd, was de Frasema weliswaar verplicht haar leden aan te sporen het Inra-zaad in de Bondsrepubliek Duitsland enkel door de firma Nungesser te laten verkopen. Een dergelijke verplichting is normaal niet alleen in het belang van de producent, die zijn produktie kan vergroten, maar ook in dat van de verkoper, die zijn verkoop maximaal kan ontwikkelen. Uit de tekst van de overeenkomst van 1961 (artikel 1, tweede alinea, artikel 5) blijkt niet dat de Frasema zich ooit heeft verbonden, Eisele een absoluut uitsluitend recht voor een bepaald gebied te *waarborgen.*

Weliswaar heeft de Frasema getracht handelaars te beletten of te ontraden (episode Bomberault) in Frankrijk in het verkeer gebracht zaaizaad in Duitsland te verhandelen; hiermee werd echter enkel een morele verbintenis uitgevoerd, en uit de stukken blijkt niet dat de Frasema daadwerkelijk rechtsvorderingen heeft ingesteld tegen handelaars die wel zulke transacties zouden hebben verricht, noch dat zij tegen hen represailles zou hebben genomen. Ondanks deze intimidatiepogingen is Frans zaaizaad van de Inra-rassen wel degelijk via Franse wederverkopers in Duitsland terechtgekomen (episode Louis David).

In werkelijkheid kon aan deze verbintenis rechtens slechts uitvoering worden gegeven doordat Eisele zich met een beroep op zijn hoedanigheid van houder van het kwekersrecht tegen elke invoer door derden verzette.

Dit was voor de Commissie de aanleiding om de overeenkomst van 14 december 1960 (en de overeenkomst van 1961) te veroordelen, immers, zij verschafte Eisele *het middel* om zich in de Bondsrepubliek Duitsland met een beroep op zijn eigen kwekersrecht met succes tegen de invoer van Inra-zaad buiten hem om te verzetten, ofschoon het verhandelen van dat zaad krachtens de richtlijn inzake de gemeenschappelijke rassenlijst aan geen enkele beperking ten aanzien van het ras mocht worden onderworpen en het zaad, na in Frankrijk in het verkeer te zijn gebracht, geheel vrij in Duitsland moest

kunnen worden ingevoerd op grond van een analoge toepassing van de theorie van de uitputting van het recht.

Inderdaad acht de beschikking de door het INRA aan Eisele verleende uitsluitende licentie voor de voortbrenging en verkoop van in Frankrijk ontwikkelde rassen ongeoorloofd.

Dit blijkt wel uit de volgende overweging:

„dat deze procedure, ingeleid op grond van artikel *85* van het Verdrag, niet beoogt bestaan of wezen van door een nationale wettelijke regeling of door de interne grondwettelijke ordening van Lid-Staten bekrachtigde rechten in het geding te brengen; dat zij *alleen,* zoals in artikel *36* van het Verdrag is voorzien, grenzen wil stellen aan de uitoefening van dergelijke rechten opdat zij verenigbaar worden met de beginselen van het Verdrag."

In de beschikking wordt de ontheffing geweigerd omdat „het alleenverkooprecht *met name slechts* voor ontheffing in aanmerking komt wanneer neveninvoer mogelijk blijft"; „het alleenverkooprecht en de uitvoerverboden die daarmee samengaan voldoen niet aan de voor de ontheffing gestelde voorwaarden, *voornamelijk* wegens de absolute gebiedsbescherming die de licentiehouder op zijn nationale grondgebied geniet."

Niet alleen Eisele, maar ook het INRA, dat door zijn overdracht Eisele in staat stelde zich tegen de parallelle invoer te verzetten, heeft dus *inbreuk* gemaakt op artikel 85, lid 1.

Het is aannemelijk dat de beschikking bedoeld was om Eisele te kapittelen omdat hij zich met een beroep op zijn nationale recht tegen indirecte of neveninporten had verzet.

De Commissie zou dus dit uitsluitend recht *als zodanig* willen doen verbieden en zij onderzoekt slechts uit voorzorg of voor dit uitsluitend recht, gesteld dat dit wettelijk geoorloofd was, een ontheffing krachtens artikel 85, lid 1, kon worden verleend. Duidelijk blijkt dat voor de Commissie de regel van het vrije verkeer samenvalt met die van de vrije mededinging: zodra het vrije verkeer is gewaarborgd, is de vrijheid van mededinging verzekerd; omgekeerd wordt wanneer het vrije verkeer, dat wil zeggen de mogelijkheid van indirecte invoer door derden, niet is verzekerd, automatisch de vrije mededinging bedreigd.

Zoals de regering van het Verenigd Koninkrijk heeft uiteengezet, bevat dit optreden van de Commissie iets tegenstrijdigs.

Er zijn twee elkaar wederzijds uitsluitende alternatieven: ofwel is de theorie van de uitputting van de bescherming van het industriële en commerciële eigendomsrecht op het kwekersrecht van toepassing; in dat geval hebben de contractuele beperkingen op het verhandelen van Inra-zaad in Duitsland geen rechtsgevolg en was het niet nodig daarnaast nog te onderzoeken of dit uitsluitend recht, voor zover dit uit de overeenkomst voortvloeit, geoorloofd kan zijn, ofwel is de theorie van de uitputting niet ter zake dienend, en moeten deze overeenkomsten aan artikel 85 worden getoetst. De beschikking spreekt zich op beide gebieden uit: zij verbiedt het uitsluitend recht als zodanig en zij weigert daarvoor een ontheffing krachtens artikel 85, lid 3, te verlenen, hetgeen het enige oogmerk was van de aanmelding meer dan 13 jaar eerder.

Zoals gezegd, hadden de overeenkomsten van 1960-1961 weliswaar ten doel om Eisele een uitsluitende licentie voor

de voortbrenging en het verhandelen van de betrokken rassen te verlenen, doch hadden zij op zichzelf niet tot gevolg dat dit uitsluitend recht een territoriaal karakter kreeg; dit laatste vloeit voort uit de overeenkomstig het Verdrag van 1961 aangepaste Duitse wettelijke regeling. De aan het kwekersrecht verbonden rechten vloeiden voort uit de inschrijving bij het Bundessortenamt en niet uit de overeenkomst die daaraan voorafging. Eisele heeft niet enkel een *contractueel* recht op grond van de licentieverlening, maar hij is houder van het privaatrechtelijke kwekersrecht. Niemand heeft ooit de geldigheid van zijn verzoek om toelating of van zijn inschrijving betwist. Evenmin als tegen de wettelijke regelingen van de andere Lid-Staten is door de Commissie tegen de Duitse bezwaar gemaakt krachtens artikel 169.

Zo gezien moet duidelijker dan in de beschikking onderscheid worden gemaakt tussen het begrip houder van het kwekersrecht (Züchter) en het begrip „verantwoordelijke voor de stelselmatige instandhouding" (Verantwortlicher für die Erhaltungszüchtung).

Het eerste houdt verband met de bepalingen inzake het kwekersrecht (artikelen 12 en 15 Sortenschutzgesetz); de houder van een kwekersrecht heeft het uitsluitend privaatrechtelijke recht om het teeltmateriaal van het beschermde ras voor handelsdoeleinden te vermeerderen of te verhandelen.

Het tweede heeft te maken met de publiekrechtelijke regeling inzake het in de handel brengen van zaad.

Zaaizaad kan in Duitsland slechts zonder beperkingen *ten aanzien van het ras* worden verhandeld, wanneer het als basiszaad of gecertificeerd zaad is toegelaten (§ 4, eerste alinea, sub 1, Saatgutverkehrsgesetz).

Deze toelating onderstelt dat het ras is *ingeschreven* op de rassenlijst (Sortenliste, § 7, eerste alinea). Het is echter niet nodig dat de persoon die om inschrijving verzoekt, zelf het ras heeft gewonnen of rechtverkrijgende van de kweker is. Het volstaat dat hij het ras behandelt volgens de regels van de stelselmatige instandhouding (§ 55, tweede alinea). De inschrijving verleent degenen die verantwoordelijk zijn voor de stelselmatige instandhouding geen uitsluitend recht op het ras: ook andere personen die zich met die instandhouding bezighouden, kunnen zich op de lijst laten inschrijven voor hetzelfde ras (§ 63, eerste alinea) — uiteraard mits de genealogische bestanddelen van het ras aan hen zijn bekendgemaakt — en zaaizaad voortbrengen dat voor toelating in aanmerking komt (§ 5). Het toegelaten zaaizaad van het ras kan zelfs worden verhandeld zonder toestemming van degene die op de lijst staat ingeschreven als verantwoordelijk voor de stelselmatige instandhouding.

Dit beginsel kent echter een uitzondering, die in de praktijk regel is geworden, wanneer het ingevolge het Saatgutverkehrsgesetz ingeschreven ras *tegelijkertijd* de door het Sortenschutzgesetz aan de houder van een kwekersrecht verleende bescherming geniet.

De mogelijkheid om de inschrijving voor voortbrengings- of handelsdoeleinden aan te vragen (publiekrechtelijk voorschrift) zou immers in strijd komen met het uit het Sortenschutzgesetz voortvloeiende, aan de houder van een kwekersrecht verleende privaatrechtelijke uitsluitend recht. In dit geval — ook Eisele verkeert in deze positie — geeft § 55, tweede alinea, sub 3, Saatgutverkehrsgesetz *alleen degene die verantwoordelijk is voor de stelselmatige instandhouding* het recht de procedure tot toelating — voortbrenging van een ras in Duitsland en, eventueel, tot verlenging van de

toelating in de zin van de artikelen 12, lid 2, en 13, lid 1, sub b, van richtlijn nr. 70/457 in te stellen. In § 63 wordt inschrijving door ieder ander dan degene die verantwoordelijk is voor de stelselmatige instandhouding verboden. Bijgevolg kan alleen de houder van het kwekersrecht — Eisele — om inschrijving op de rassenlijst verzoeken. Daar staat tegenover, dat hij alleen verantwoordelijk is voor de stelselmatige instandhouding. Hij alleen kan dus niet enkel het toegelaten zaaizaad voortbrengen, maar ook gebruik maken van de door het Saatgutverkehrsgesetz verleende voordelen; dat wil zeggen dat hij alleen dit zaaizaad kan verhandelen.

Dit is dus de normale situatie; daarop bestaat enkel een uitzondering in het geval van een ras dat is gekweekt door een publiekrechtelijke instelling die het resultaat van haar inspanningen voor een billijke vergoeding ter beschikking stelt van het publiek (§ 21 Sortenschutzgesetz, Jedermannserlaubnis) of in het geval van een dwanglicentie (§ 22 Sortenschutzgesetz, Zwangserlaubnis): het ras wordt dan voor voortbrengings- en handelsdoeleinden op de rassenlijst (Sortenliste) ingeschreven, zonder dat de kweker zich op het kwekersrecht krachtens het Sortenschutzgesetz kan beroepen. Ingevolge de bepalingen van het Duitse recht heeft Eisele dus een in Frankrijk „open" ras, in Duitsland als het ware „geprivatiseerd", dankzij de overdracht van wat in Frankrijk een „licentie van rechtswege" van het INRA was. Door deze situatie kon hij met een beroep op het privaatrechtelijke kwekersrecht uit het Sortenschutzgesetz, zich tegen de neveninvoer van zaaizaad van het ras „Inra 190" verzetten, omdat enkel de houder van het kwekersrecht (Züchter) van dit ras *in de zin van het Duitse recht* gerechtigd is, dit zaaizaad in Duitsland te verhandelen. Daar de Commissie het absolute vrije verkeer als een grondbeginsel van de gemeenschappelijke markt beschouwt, is de mogelijkheid van nevenimporten een *conditio sine qua non* voor de verlening van een ontheffing. De tegen de firma Louis David ingestelde vordering en de aan het adres van de firma Robert Bomberault en zijn uitgever gerichte waarschuwingen volstaan om de voordelen die de overeenkomsten zouden hebben (technische vooruitgang, kwaliteit van het zaad, regelmatige bevoorrading), ongedaan te maken en om zowel de overdracht van de uitsluitende licentie voor de voortbrenging als van de uitsluitende licentie voor het verhandelen te veroordelen.

Hoe moet deze situatie worden beoordeeld in het licht van 's Hofs rechtspraak?

Volgens het arrest van 13 juli 1966 (gevoegde zaken 56 en 58/64, Consten e.a., Jurispr. 1966, blz. 454) is het in strijd met het gemeenschapsrecht wanneer degene die bij overeenkomst de *vertegenwoordiging* kreeg toevertrouwd in een bepaalde Lid-Staat die hij door importen bevoorraadt, met een beroep op zijn eigen *merkrecht* de invoer verbiedt van produkten die zijn buitenlandse leverancier in een andere Lid-Staat heeft vervaardigd en in de handel gebracht.

In het geval van parallelle overdracht van het *merkrecht* op een zelfde produkt heeft het Hof geoordeeld (arrest van 18 februari 1971, zaak 40/70, Sirena, Jurispr. 1971, blz. 69) dat de uitoefening van het merkrecht dat aan ondernemers in één of meer Lid-Staten is overgedragen, tot een onder de verboden van artikel 85 vallende situatie kan leiden, telkens wanneer zij voorwerp, middel of gevolg van een ondernemersafspraak

blijkt te zijn (r.o. 9); dat een dergelijke situatie met name kan ontstaan als gevolg van een ondernemersafspraak tussen merkgerechtigden of hun rechtverkrijgenden, door middel waarvan dezen invoer uit andere Lid-Staten kunnen verhinderen (r.o. 10).

Het Hof heeft deze vaststelling echter beperkt tot het merkenrecht; het preciseerde namelijk „dat de uitoefening van een merkrecht ten zeerste tot verdeling der markten kan bijdragen met als gevolg dat op het — immers voor de gemeenschappelijke markt wezenlijke — vrije goederenverkeer tussen de staten inbreuk wordt gemaakt" (r.o. 7), „temeer daar het" — aldus het Hof in het arrest van 3 juli 1974 (Zaak 192/73, Van Zuylen, Jurispr. 1974, blz. 731) — „in tegenstelling tot andere industriële en commerciële eigendomsrechten, niet onderhevig is aan beperkingen in de tijd".

Volgens het arrest van 8 juni 1971 (zaak 78/70, Deutsche Grammophon, Jurispr. 1971, blz. 487) is het in strijd met de regels betreffende het vrije verkeer van goederen (artikelen 30, 34, 36) dat de houder van een auteursrecht of een met een auteursrecht verwant recht in een bepaalde staat zich op zijn recht beroept om de invoer te verbieden van produkten die *bij zelf* in een andere Lid-Staat in het verkeer heeft gebracht, zodat tussen identieke produkten afkomstig van *dezelfde* producent een prijsverschil blijft bestaan.

Deze rechtspraak is bevestigd bij het arrest van 31 oktober 1974 (zaak 16/74, Centrafarm, Jurispr. 1974, blz. 1147) waarin het Hof oordeelde dat indien de octrooihouder het hem bij de wetgeving van een Lid-Staat verleende recht gebruikt om het in deze staat in het verkeer brengen van een geoctrooieerd produkt dat in een andere Lid-Staat *door de octrooihouder zelf* of met *diens toestemming* in het verkeer is gebracht, te verbieden, zulks onverenigbaar is met de regels van het Verdrag inzake het vrije verkeer van goederen binnen de gemeenschappelijke markt.

Op het gebied van kwekersrechten heeft zich, bij mijn weten in Duitsland tweemaal een overeenkomstig geval voorgedaan.

In een zaak betreffende de invoer van pootaardappelen in de Bondsrepubliek Duitsland, waarvoor de verzoeker in die zaak, in zijn hoedanigheid van houder van een kwekersrecht krachtens een parallel industrieel eigendomsrecht in Nederland reeds rechten had geïnd, heeft het Bundesgerichtshof, de hoogste Duitse civielrechtelijke instantie, op 29 februari 1968 beslist dat het kwekersrecht — evenals het octrooi — een territoriaal begrensd recht is, dat onafhankelijk van de parallelle industriële eigendomsrechten in andere Lid-Staten bestaat. De toepassing van het territorialiteitsbeginsel was bovendien gerechtvaardigd omdat de teelt van kweekprodukten bijzonder afhankelijk is van de bodemgesteldheid.

Op 17 oktober 1979 heeft het Landgericht Düsseldorf zich in een gelijkaardige zaak tot het Hof van Justitie gewend. Evenals in de zaak voor het Bundesgerichtshof wilde de houder van een Duits industrieel eigendomsrecht op een ras van rode klaver, die tevens houder was van een parallel industrieel eigendomsrecht in Frankrijk, zich verzetten tegen de invoer in de Bondsrepubliek van in Frankrijk te koop aangeboden teeltmateriaal. Het Hof heeft geen uitspraak hoeven te doen, daar bedoelde rechter het Hof ervan in kennis stelde dat verzoeker zijn beroep had ingetrokken.

Toch bestaat er tussen die zaken en de zaak Eisele/firma Louis David een wezenlijk verschil: Eisele is in Duitsland houder van een industrieel eigendomsrecht, in Frankrijk echter niet, en voor de introductie van zijn produkten op de Franse markt heeft hij geen enkele vergoeding ontvangen. Ook de Frasema heeft voor de introductie op deze markt geen enkele vergoeding gekregen. Enkel het INRA heeft in Frankrijk een vergoeding geïnd. Sinds de overeenkomst van 1965 (artikel 3) betaalt Eisele voor het door hem vermeerderde of in de Bondsrepubliek ingevoerde zaaizaad het INRA een vergoeding die even hoog is als die welke de CGLV aan de Franse vermeerderaar van Inra-rassen vraagt. Deze door Eisele betaalde vergoeding lijkt een zekere tegenprestatie voor het door het INRA betaalde inschrijvingsrecht van de rassen in Duitsland (artikel 3 van de overeenkomst van 1960).

Bovendien wordt het Inra-teeltmateriaal in Frankrijk niet door de houder van het Duitse recht (Eisele) verhandeld en is zijn toestemming voor dit verhandelen niet nodig en wordt het ook zonder zijn goedkeuring verhandeld. Men kan dan ook niet zeggen dat het eerste, door *Eisele* of *met zijn toestemming* in het verkeer brengen van de Inra-rassen in Frankrijk het door Eisele aan het Duitse recht ontleende industriële eigendomsrecht heeft uitgeput, zoals in de zaak-Centrafarm.

De situatie ligt reeds anders, wanneer een octrooigerechtigde of een licentiehouder, die in zijn eigen land produkten *vervaardigt*, met een beroep op zijn octrooirecht de invoer verbiedt van produkten die in een andere Lid-Staat zijn vervaardigd door de octrooigerechtigde zelf, door een onderneming waarmee hij economische banden heeft of door een andere licentiehouder. Het valt niet zonder meer aan te nemen dat de uitputting van het recht in een Lid-Staat ook tot uitputting van dat recht in een andere Lid-Staat leidt, wanneer de rechthebbenden niet dezelfde personen zijn of zij juridisch onafhankelijk zijn.

's Hofs rechtspraak prejudicieert dus niet op „de uitputting van de uitoefening van het industriële eigendomsrecht op kweekprodukten."

De opvatting van de Commissie kan slechts juist zijn onder de volgende voorwaarden:

1. een kwekersrecht moet precies op één lijn met een octrooi kunnen worden gesteld en de territoriale werking van de aan die vorm van uitvinding verleende bescherming moet naar het voorbeeld van het merk en het octrooi zijn uitgeput door het voor het eerst in het verkeer brengen van dat produkt;

2. de hier bedoelde beperking van deze bescherming moet ook blijven gelden wanneer een kwekersrecht na afsplitsing of overdracht zelfstandig wordt geëxploiteerd, en een beroep op de in dat geval door het nationale recht verleende bescherming moet op zichzelf een misbruik vormen.

Ook al acht men het kwekersrecht in beginsel wettig, dan moet toch worden erkend dat een stelsel van bescherming dat is bedoeld voor levende organismen (landbouwprodukten) die aan bederf en verandering onderhevig zijn, heel andere problemen stelt dan de toepassing van een dergelijk stelsel op technische uitvindingen (industriële produkten).

Het kwekersrecht is een zeer bijzonder geaard octrooi op grond van het actieve aandeel van de natuur in de totstandkoming van de uitvinding. Zaaigoed (zaad of niet gerede produkten) kan niet zonder meer worden gelijkgesteld met voor consumptie bestemd graan (afgewerkte produkten). Ook al zijn het goederen in de zin van het Verdrag, zij verdienen duidelijk een andere bescherming dan industriële produkten.

Deze bijzondere aard wordt bevestigd door het feit dat voor kweekprodukten in talrijke landen een bijzondere wettelijke regeling geldt. In de loop van het geding is het „ontwerp voor een verordening van de Commissie inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen octrooilicentieovereenkomsten" (PB C 58 van 1979, blz. 12), dat al meer dan vier jaar bij de Raad ligt en op 1 januari 1980 in werking had moeten treden, ter sprake gekomen. Welnu, luidens artikel 5, punt 4, van dit ontwerp geldt de verordening niet voor licentieovereenkomsten over het kweken van planten, zulks „bij gebreke van voldoende ervaring op grond van individuele beschikkingen". De Commissie erkent dus zelf dat overeenkomsten waarbij partijen elkaar geheime fabricageprocédés of andere geheime kennis inzake kweekprodukten meedelen, een bijzondere regeling vereisen, die rekening houdt met de specifieke aard van kweekprodukten. Ik zelf ben van mening dat deze eerste beschikking van de Commissie lang niet alle problemen behandelt die de opname van deze overeenkomsten in of hun uitsluiting uit het ontwerp van verordening oplevert.

Anders dan de bescherming van gebruiksmodellen die ontstaat door het enkele feit van de kennisgeving en inschrijving, vloeit de bescherming voor een kweekprodukt in Duitsland voort uit een *administratieve beslissing* van het comité inzake rassen van het Bundessortenamt (§ 67 Saatgutverkehrsgesetz).

De kosten van verbetering of winning van een nieuw ras moeten normaal over 4-10 jaar worden gespreid, alvorens men mag hopen het in de handel te brengen. Wil men een ras laten inschrijven, dan is alvorens het wordt gecertificeerd, een verplichte periode van verscheidene jaren vereist, gedurende welke het wordt beproefd (vijf jaar in het geval van de Inrarassen); dit brengt kosten met zich.

Ter zake van kwekersrechten worden rechten geheven:

— voor het onderzoek van de aanvraag (dossierkosten),

— bij de afgifte van het certificaat voor een kweekprodukt (keuringsrecht),

— bovendien moet de houder van een kwekersrecht (of degene die verantwoordelijk is voor de stelselmatige instandhouding (20 of 25 jaar lang) een jaarlijkse taks betalen voor het behoud van de geldigheid van de certificaten.

Meer algemeen wordt bij elke inschrijving of doorhaling in het nationale register van kweekprodukten een recht geheven. Volgens de stukken moet Eisele als verantwoordelijke voor de stelselmatige instandhouding DM 80 000 betalen.

Voor het behoud van het kwekersrecht volstaat het niet dat een procédé — zoals bij het octrooi — voor eens en voor altijd wordt beschreven, het gekweekte zaad moet voortdurend door een biologisch proces worden gereproduceerd om zijn kenmerken te behouden (stelselmatige instandhouding). Het gewas wordt op de velden van de kweker geïnspecteerd.

Voor de opslag en instandhouding van de lijnen, de enkele hybriden en het basiszaad zijn koelkamers nodig. Door deze conserveringswijze kunnen de voorraden zaad een volgend jaar worden gebruikt, met behoud van voldoende kiemeigenschappen.

In ruil voor de voordelen van het kwekersrecht moet de rechthebbende garanderen dat het ras voor de duur van de genoten bescherming *in stand zal worden gehouden.* De bescherming houdt op, zodra dit niet meer wordt gegarandeerd (artikel 11 van richtlijn nr. 70/457; § 16 Sortenschutzgesetz).

Anderzijds kan het gecertificeerde produkt, ondanks een exclusiviteitsclausule, voor de teelt van nieuwe rassen worden gebruikt. Aangezien de „genetische erosie" de levensduur van de nieuwheden beperkt, is de afschrijvingsduur vaak tot 5 of 6 jaar beperkt, terwijl de investeringen wegens de complexe installaties en methodes hoog blijven. Tenslotte valt het ras na een zekere tijd in het publieke domein (20 of 25 jaar naar gelang van de Lid-Staat; in Frankrijk artikel 6 van de wet van 11 juni 1970).

Tevens moet worden rekening gehouden met de bijzondere problemen die bij voortbrenging van een zelfde ras onder verschillende benamingen in twee Lid-Staten worden veroorzaakt door het naast elkaar bestaan van twee kwekersrechten en de daarmee samenhangende bescherming voor het verhandelen van zaaizaad met een bepaalde benaming in het land waar het een andere naam draagt.

Immers, weliswaar mag volgens de richtlijnen uit 1966 en 1970 het in de handel brengen van in een Lid-Staat en op de gemeenschappelijke rassenlijst ingeschreven zaad aan geen enkele andere beperking *ten aanzien van het ras* worden onderworpen dan de in bepaalde richtlijnen vastgestelde, doch het probleem van de samenhang tussen de parallelle kwekersrechten en de uitoefening van de uit deze rechten voortvloeiende bescherming blijft daarin onbesproken.

Dit probleem heeft de communautaire wetgever en de Lid-Staten beziggehouden. Zij hebben dit voor octrooien proberen op te lossen in het Verdrag van Luxemburg van 15 december 1975 betreffende het Europees octrooi voor de gemeenschappelijke markt, het zogenoemde Gemeenschapsoctrooiverdrag.

In de loop van de administratieve procedure die aan de beschikking voorafging, beriep Eisele zich op artikel 43 van dat Verdrag, dat bepaalt:

„1. Een Gemeenschapsoctrooi kan geheel of gedeeltelijk het onderwerp zijn van licenties voor *alle* of voor een deel van de *grondgebieden* waarop het octrooi rechtsgevolgen heeft. Een licentie kan al dan niet *uitsluitend* zijn;

2. De uit het Gemeenschapsoctrooi voortvloeiende rechten kunnen worden ingeroepen tegen een licentiehouder die een van de in het eerste lid bedoelde grenzen van zijn licentie overschrijdt;

3. . . ."

De beschikking spreekt zich over dit argument helemaal niet uit. In de loop van de hoorzitting tijdens de administratieve procedure en tijdens de mondelinge behandeling beriep de Commissie zich echter op artikel 2, lid 2:

„Het Gemeenschapsoctrooi vormt een eenheid. Het heeft dezelfde rechtsgevolgen op de gezamenlijke grondgebieden waarop dit Verdrag van toepassing is en kan slechts *voor die gezamenlijke grondgebieden* worden verleend, overgedragen of nietig verklaard, of eindigen . . ."

Deze bepaling laat echter de mogelijkheid onverlet, één of meer licenties te verlenen voor een deel of het geheel van het grondgebied, waar het octrooi zijn rechtsgevolgen ontplooit.

De Commissie beriep zich ook op artikel 93 Gemeenschapsoctrooiverdrag, luidens hetwelk geen bepaling van dat Verdrag kan worden ingeroepen om toepassing van een bepaling van het *EEG-Verdrag* te beletten.

In het *EEG-Verdrag* is echter nergens uitdrukkelijk sprake van de uitputting van de uit het Gemeenschapsoctrooi voortvloeiende rechten. Dit probleem wordt behandeld in artikel 32 Gemeenschapsoctrooiverdrag, terwijl de uitputting van de uit nationale octrooien voortvloeiende rechten wordt geregeld in artikel 81.

Het is bekend dat er bij het opstellen van de tekst diepgaande meningsverschillen aan het licht traden tussen de Hoge Verdragsluitende Partijen bij dit Verdrag enerzijds en de Commissie anderzijds. Dit blijkt uit het advies van de Commissie „inzake het ontwerp-verdrag betreffende het Europees octrooi voor de gemeenschappelijke markt" (PB L 261 van 1975, blz. 26). De Commissie heeft in verband met het sluiten van dit Verdrag echter nooit de procedure wegens nietnakoming van uit het EEG-Verdrag voortvloeiende verplichtingen ingeleid, ofschoon zij zulks aan het einde van haar advies wel in het vooruitzicht stelde.

In dit advies verklaarde de Commissie: „Er valt geen reden te ontdekken om degene die via vervreemding een nationaal octrooi heeft verkregen anders te behandelen dan de houder van een exclusieve licentie, *die een vervreemding* in economisch opzicht *zeer nabij komt.*"

De regering van het Verenigd Koninkrijk merkt op, dat ofschoon de vervreemding van een uitsluitende licentie zeer verwant is met de vervreemding van de door het kwekersrecht gevormde eigendom, een dergelijke vervreemding in beginsel voor wat artikel 85 betreft geen problemen kan doen rijzen, omdat zij haar rechtstreekse rechtsgevolgen uitput door het juridisch en economisch statuut van rechthebbende over te dragen aan de licentiehouder. Als zodanig beperkt zij niet de handelingsvrijheid van de rechthebbende. Zij valt dus onder de regeling van het eigendomsrecht, die door het EEG-Verdrag onverlet wordt gelaten (artikel 222).

Overigens is het enigszins paradoxaal om het INRA te verwijten dat het zijn eigen handelingsvrijheid heeft beperkt, waar de rassen die het ontwikkelde in Frankrijk praktisch tot het publieke domein behoorden en de overdracht van de rechten aan Eisele absoluut noodzakelijk was om op de Duitse markt door te dringen.

De Commissie verklaart dat „de beschikking zich in artikel 1, sub a, beperkt tot de vaststelling dat een bepaalde uitoefening (Ausübung) van de kwekersrechten onverenigbaar is met artikel 85, lid 1, doch zonder verzoeker welke rechtstitel dan ook te ontnemen. Het ging erom verzoeker ook voor de toekomst het in de beschikking gewraakte gebruik (Gebrauch) van het kwekersrecht te verbieden."

Op te beletten dat Eisele een laakbaar gebruik van de hem krachtens zijn natio-

nale recht toekomende voorrechten zou maken, verbiedt de beschikking het INRA ook, voor de toekomst een licentie voor de *voortbrenging* over te dragen, en verbiedt zij Eisele een dergelijke licentie te verwerven. Dit lijkt het voorwerp van het eigendomsrecht zelf te betreffen en heeft niet veel meer te maken met artikel 85. Mocht de beschikking op dit punt worden bevestigd, dan zou zij kunnen neerkomen op *een soort terugwerkende onteigening van Eisele.*

Een parallel kwekersrecht met een andere benaming is bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht formeel mogelijk; een „communautair" kwekersrecht is niet mogelijk. De theorie van de uitputting kan dus volgens mij niet zonder meer worden toegepast wanneer, zoals in casu, het kweekprodukt werd gewonnen door een nationale publiekrechtelijke onderzoeksinstelling en in een Lid-Staat het voorwerp is geweest van wat in het Octrooiverdrag (artikel 44) wordt genoemd een „licentie van rechtswege", in tegenstelling tot een „contractuele licentie".

Voor de „beloning" van de kweker van een dergelijk ras gelden niet dezelfde modaliteiten als voor de „beloning" voor het kwekersrecht voor een „gesloten" ras, dat in vrije concurrentie wordt overgedragen tussen een houder van een kwekersrecht en een vermeerderaar, die onafhankelijk van elkaar zijn. Artikel 81, lid 3, van het Octrooiverdrag bepaalt:

„Het eerste en het tweede lid (betreffende de uitputting van uit een nationaal octrooi voortvloeiende rechten) zijn niet van toepassing indien het voortbrengsel onder een *gedwongen licentie* (bedoeld in artikel 46) in het verkeer is gebracht."

Het is dus zeker niet mogelijk met een beroep op de bepalingen van het Octrooiverdrag of op die van het *ontwerp* voor een verordening van de Commissie „inzake de toepassing van artikel 85, lid 3, van het Verdrag op groepen octrooilicentieovereenkomsten", *uitsluitende territoriale octrooilicenties* te verbieden, te meer niet, waar het niet uitgesloten lijkt dat op het gebied van kwekersrechten voor een andere oplossing zal worden gekozen. Zolang er geen „communautair verdrag inzake kweekprodukten" bestaat, blijft terzake een uitsluitende territoriale licentieovereenkomst mogelijk, mits zij geoorloofd is krachtens artikel 85, lid 3; anders is zij alleen al door haar territoriale karakter zodanig gebrekkig dat zij nietig is, hoe gunstig de economische gevolgen van de overdracht van een dergelijke licentie overigens ook mogen zijn; in dat geval zou zelfs geen communautair verdrag meer behoeven te worden uitgewerkt.

Ik wil niet op de instelling van een „communautaire" regeling voor kwekersrechten vooruitlopen door met de Commissie te stellen, dat het specifieke voorwerp van het kwekersrecht is, de rechthebbende het recht voor te behouden om teeltmateriaal van het beschermde ras voort te brengen en het als eerste in het verkeer te brengen; of dat de exclusieve aard van dat recht slechts bedoeld is om de identiteit van het ras te waarborgen en dat „de bescherming van een licentiehouder tegen de concurrentie van de licentiegever of van andere medelicentiehouders of derden *niet* onder het wezen van het kwekersrecht valt (beschikking blz. 33, punt 7).

De door het kwekersrecht geboden bescherming, met name voor zover dit recht commercieel wordt geëxploiteerd in de vorm van licenties die de verbreiding van rassen waarin het beschermde

kweekprodukt is „verwerkt", in de verschillende Lid-Staten nadelig kunnen beïnvloeden, valt onder de werkingssfeer van het voorbehoud van artikel 36 EEG-Verdrag (arrest van 20 januari 1981, gevoegde zaken 55 en 57/80, Musik-Vertrieb membran, Jurispr. 1981, blz. 147, r.o. 9, inzake auteursrechten). De uitoefening van rechten, verbonden aan een overeenkomstig de wetgeving van een Lid-Staat verleend kwekersrecht, maakt op zichzelf geen inbreuk op de door het Verdrag vastgestelde mededingingsregels. Het kwekersrecht is op zichzelf genomen en los van iedere overeenkomst waarvan het voorwerp kan zijn, niet verwant aan een der in artikel 85, lid 1, limitatief opgesomde categorieën van mededingingsregelingen, doch vindt zijn grondslag in een van overheidswege toegekende wettelijke status (arrest van 29 februari 1968, zaak 24/67, Parke Davis, Jurispr. 1968, blz. 82, inz. blz. 106).

Niettemin bestond er, zo de theorie van de uitputting niet gold gedurende de jaren waarin de overeenkomsten gevolgen sorteerden, ten gevolge van de door het INRA toegestane overdracht en de bepalingen van de Duitse wetgeving een monopoliesituatie voor de voortbrenging en verkoop van zaad van bepaalde INRA-rassen door tussenkomst van Eisele. Bij de toenmalige stand van het recht (1965) waren er dus *rechtstreekse* importen nodig van Frankrijk naar Duitsland, dat een tekort aan maïszaad had. Dit was ook de strekking van de clausule dat Eisele twee derde van het in Duitsland verhandelde zaaizaad van INRA-rassen moest kopen; in feite beperkte deze clausule zijn handelingsvrijheid. Inmiddels komt hij deze clausule niet meer na en vecht hij het verbod ervan niet aan.

Nu rest enkel nog de vraag of de clausules waarbij deze rechtstreekse verkopen worden geregeld, de mededinging merkbaar hebben beperkt en of zij de handel tussen Lid-Staten eveneens merkbaar hebben beïnvloed (arrest van 9 juli 1969, zaak 5/69, Völk, Jurispr. 1969, blz. 295; arrest van 6 mei 1971, zaak 1/71, Cadillon, Jurispr. 1971, blz. 351). Of de onderhavige overeenkomsten uiteindelijk onder de werkingssfeer van artikel 85, lid 1, vallen, hangt dus minder af van hun rechtskarakter dan van hun invloed op de mededinging en de handel tussen Lid-Staten (arrest van 6 oktober 1980, zaak 99/79, Lancôme, Jurispr. 1980, blz. 2536). Verzoekers en interveniënten merken terecht op, dat ingeval de firma Nungesser op dit gebied een machtspositie had en daarvan misbruik had gemaakt, veeleer de bepalingen van artikel 86 hadden moeten worden toegepast. Aangezien de beschikking echter niet op dit artikel is gebaseerd, moet nog de economische balans van de overeenkomsten worden opgemaakt in het licht van de artikelen 39 en 85, lid 3. Dit wordt ons gemakkelijker gemaakt, omdat de waarneming zich over een voldoende lange tijdruimte kan uitstrekken.

Zoals gezegd heeft de inschrijving van een ras op de gemeenschappelijke rassenlijst tot gevolg dat dit ras in een andere Lid-Staat dan de staat van oorsprong kan worden *ingevoerd,* zelfs zonder dat het voor wat de invoerende staat betreft, is toegelaten (§ 23, lid 2, tweede zin, Saatgutverkehrsgesetz). Om in een andere staat dan die van oorsprong te kunnen worden *geproduceerd* met het oog op de latere verhandeling aldaar, moet een op de gemeenschappelijke rassenlijst ingeschreven ras evenwel worden ingeschreven op de nationale rassenlijst van de producerende staat (§ 4, lid 1, Saatgutverkehrsgesetz).

De door Eisele verkregen opneming op de nationale rassenlijst had het karakter van een dubbele toelating:

— de toelating voor *handelsdoeleinden,* die ten tijde van haar verkrijging noodzakelijk was om Inra-zaad in Duitsland te verkopen; sinds de vaststelling van de gemeenschappelijke rassenlijst is zij echter niet meer nodig;

— de toelating *met het oog op de certificering,* die noodzakelijk blijft om, met door de Frasema geleverd „basiszaad" als uitgangspunt, „gecertificeerd zaad" te vermeerderen, dat hij nadien verhandelt.

De Duitse regering verklaart dat het ras enkel bij parallelle toelating met het oog op de voortbrenging op zijn cultuur- en gebruikswaarde wordt onderzocht voor de op het nationale grondgebied heersende omstandigheden (§ 38, eerste alinea, lid 4, Saatgutverkehrsgesetz; artikel 4, lid 2, sub b, en artikel 5, lid 4, van richtlijn nr. 70/457).

Zaaizaad van een bepaald ras is echter beter te verkopen wanneer zijn cultuurwaarde voor de betrokken Lid-Staat officieel is geattesteerd. Inschrijving vergemakkelijkt de reclame en het verhandelen van het ras; de instanties die de landbouwers adviseren (onder meer landbouwvoorlichtingsdiensten) bevelen bij voorkeur nationaal toegelaten rassen aan.

Terwijl de gemeenschappelijke rassenlijst voor 1981 ongeveer 180 maïsrassen noemt die theoretisch in de Bondsrepubliek Duitsland kunnen worden ingevoerd, vermeldde de Duitse rassenlijst er slechts 48 (in 1978 zo'n honderd). Het in de Bondsrepubliek gebruikte zaad is voor 99,5 % afkomstig van op de Duitse rassenlijst ingeschreven rassen. Slechts een klein aantal rassen (zo'n twintig) wordt in grote hoeveelheden verkocht. Meer dan 99 % van de in 1978 voor zaaigoed verleende licenties waren uitsluitende licenties.

De parallelle inschrijving van een ras op de Duitse lijst — die vooronderstelt dat dit ras in de Bondsrepubliek wordt voortgebracht — vergemakkelijkt de verspreiding van dit ras onder zijn Duitse benaming; als „gangmaker" begunstigt dit dan weer het zaad van hetzelfde ras dat in Frankrijk wordt voortgebracht en onder de Duitse benaming wordt verspreid. Commercieel gesproken is dit slechts mogelijk indien het Franse zaad wordt „gegermaniseerd". Daar Eisele voor het door hemzelf voortgebrachte zaaizaad stellig rechtmatig een alleenverkooprecht bezit, moet hij commercieel gesproken voor het in Frankrijk voortgebrachte zaad van dezelfde rassen noodzakelijk hetzelfde alleenverkooprecht bezitten. Anders zou hij er geen enkel belang bij hebben zijn kwekersrecht in stand te houden en de daaraan verbonden kosten te dragen. Uiteindelijk zou dat zijn weerslag hebben op de verspreiding van het in Frankrijk voortgebrachte zaad. De opheffing van het alleenverkooprecht voor het ingevoerde zaad dreigt het wettelijk uitsluitend recht om in Duitsland Inra-zaad te vermeerderen en het voortgebrachte zaad te verhandelen waardeloos te maken, en zou op termijn leiden tot verdwijning van deze Duitse produktie; zoals wij zullen zien, is dit ook al gebeurd.

Het is duidelijk dat Eisele slechts bereid was het INRA een vergoeding te betalen, zich voor de verkoopbevordering van de INRA-rassen in te zetten en de financiële en juridische aansprakelijkheid voor de stelselmatige instandhouding als bedoeld in het Duitse recht op zich te

nemen, wanneer hij daarvoor een uitsluitende licentie zou ontvangen. De territoriale dimensie is echter op zichzelf een onontbeerlijk kenmerk van een overeenkomst waarbij een dergelijke uitsluitende licentie wordt verleend.

In de beschikking wordt (op blz. 28, punt 2) erkend dat, in weerwil van de overeenkomst van 1965 (artikel 2), de door de firma Nungesser in Duitsland toegepaste verkoopprijzen steeds zonder tussenkomst van het INRA zijn vastgesteld. Het is denkbaar dat deze clausule het INRA in staat moest stellen, een zekere controle op Eisele uit te oefenen en hem te beletten misbruik te maken van de positie die hij dankzij de andere clausules op de Duitse markt innam.

Niettemin werd de beschikking (blz. 29-30, punt I, D, 4) met name gegeven, omdat de door de firma Nungesser in Duitsland toegepaste prijzen ten opzichte van de Franse overdreven hoog waren („aan beide zijden van de Rijn ... meer dan 70 % verschil in de lente van 1974"; „alleen voor de Inra-zaaimaïs, die in 1974 door Eisele werd afgezet, beliepen de door de Duitse consument gedragen extra handelsmarges meerdere miljoenen rekeneenheden"), waardoor voor de overeenkomst duidelijk geen ontheffing kan worden verleend.

De beschikking is dus bedoeld om te verhinderen dat de Duitse landbouwers niet een billijk aandeel van de eventuele uit de onderhavige overeenkomsten voortvloeiende voordelen ten goede zou komen en dat zij door dergelijke prijsverschillen zouden worden benadeeld.

Tijdens de „informele bijeenkomst" van 19 januari 1981 erkenden partijen, dat de verschillen tussen hun respectieve cijfers inzake de prijzen op de *Duitse* markt niet van belang waren. Zij zijn er echter niet in geslaagd hun standpunten inzake de prijzen op de *Franse* markt, waarvoor zij sterk uiteenlopende cijfers vermeldden, nader tot elkaar te brengen.

Vooral voor 1972 (en niet meer voor 1974, dat de beschikking met name in het licht stelde) blijven die verschillen niet te overbruggen. In 1972 was de prijs van „Inra 258" volgens verzoekers (wegens een tekort aan zaad van dat ras) gestegen tot FF 7 000 per ton, terwijl de Commissie uitgaat van een prijs van FF 3 000. Als ik het goed heb begrepen, gaat het om in 1971 geoogst zaad, dat in de lente van 1972 moest worden gezaaid; na de herfstoogst zakten de prijzen voor de rest van 1972 echter in.

Tijdens die bijeenkomst bleken de Franse prijzen in 1972 lang niet zo laag te zijn als de Commissie beweerde. Naar aanleiding daarvan relativeerde deze laatste het belang dat zij aan dit prijsaspect hechtte. Haars inziens betreft het onderhavige geding namelijk geen prijsovertreding, maar de exclusiviteit van een licentie. Indien de exclusiviteit van de licentie niet uitmondt in ongerechtvaardigde prijsverschillen, is zij volgens mij niet schadelijk voor de „werkzame mededinging" in de zin van 's Hofs rechtspraak (arrest van 25 oktober 1977, zaak 26/76, Metro, Jurispr. 1977, blz. 1875, r. o. 20), en brengt het verbod van de exclusiviteit voor de gebruiker geen merkbaar voordeel mee. Daarom is de vergelijking tussen de

Franse en Duitse prijzen van belang voor de beoordeling van de gegrondheid van het beroep.

Na een nadere instructie van de zaak is gebleken dat de Commissie zich uitsluitend heeft gebaseerd op de prijzen die haar waren meegedeeld door tien coöperaties die in de belangrijkste Franse produktiegebieden waren gevestigd, en bijzonder aantrekkelijke prijzen toepasten. Het aandeel van de Franse coöperaties op de Franse markt bedroeg echter slechts ongeveer 30 of 35 % van de omzet voor alle produktiestadia, die echter niet is uitgesplitst naar verkoopperiode. In de loop van een en hetzelfde jaar kunnen de prijzen echter sterk uiteenlopen; dit hangt ervan af of zij betrekking hebben op zaad bestemd voor één campagne, dan wel op zaad geoogst tijdens de volgende. Anderzijds zijn de zelfstandige handelaars een belangrijke factor op die markt en is deze handelssector zeer gevoelig voor speculatieve bewegingen, zulks in tegenstelling tot de coöperaties, die zich in de eerste plaats bezighouden met de regelmatige bevoorrading van hun klanten. Dit houdt verband met het feit dat voor de „open" Inra-rassen die zeer gevoelig zijn voor koersschommelingen, een ingewikkeld distributie- en verkoopnet bestaat.

Ik begrijp wel dat de Commissie ten behoeve van haar betoog het belang van de niet-coöperatieve sector in Frankrijk minimaliseert. Dit lijkt mij echter in tegenspraak met het belang dat zij hecht aan de onafhankelijke handel en de tussenpersonen (de firma's Robert Bomberault en Louis David) en aan het behoud van deze „onontbeerlijke" branche.

In 1972 lijkt het gemiddelde dat de werkelijkheid het dichtst benadert, te liggen tussen FF 4 000 en 4 500 per ton. Over het geheel genomen bedroeg het gemiddelde verschil tussen de Franse en de Duitse prijzen in hetzelfde handelsstadium niet meer dan 25 %. In hun laatste memorie van 12 mei 1981 stelden verzoeksters zelf dat het prijsverschil schommelde tussen 14 en 15 %. Deze verklaring is niet geheel onwaarschijnlijk, want dit percentage is de winstmarge welke Eisele voor het Landgericht Bad Kreuznach noemde toen hij vroeg om vergoeding van de schade die werd veroorzaakt door de „wilde" invoer van de firma Louis David. Eisele had er echter belang bij, zijn handelsmarge zo hoog mogelijk te stellen om de grootst mogelijke schadevergoeding te krijgen.

Enkel een deskundigenonderzoek zou partijen misschien nader tot elkaar kunnen brengen, maar na zoveel jaren zou een dergelijk onderzoek zeer moeilijk zijn. Ik stel enkel vast dat de in de beschikking vermelde prijsverschillen onjuist zijn.

Gezien deze prijsverschillen waren Eisele's prestaties (artikel 39, lid 1, sub a, EEG-Verdrag) misschien niet zo uitzonderlijk als hij beweert, maar waren zij desondanks niet zonder waarde. Tussen partijen is verhit gediscussieerd over de vraag of die prestaties van zuiver commerciële aard waren, zoals de Commissie stelt, dan wel of zij door de Duitse wetgeving waren voorgeschreven, zoals verzoekers verklaren.

Specialisten onderscheiden tussen de kiemkracht (Keimfähigkeit, Keimkraft) en de vitaliteit (Triebkraft). De in de ge-

meenschapsregeling voorgeschreven minimum kiemkracht bedraagt voor maïszaad 85 % (artikel 4, lid 2, van richtlijn nr. 66/402). De vitaliteit van een partij zaaimaïs, dit is haar geschiktheid om in vochtige en koude omstandigheden te ontkiemen, wordt beoordeeld aan de hand van een koudetest. De koudetest is tot dusverre echter nog niet een van de internationaal erkende methodes; overigens passen de meeste grote Franse bedrijven voor hun eigen produktie dit soort controle toe en wordt de vitaliteit bij de teeltcriteria in aanmerking genomen.

Volgens de bepalingen van de Duitse „Saatgutwirtschaftsverordnung" van 3 juli 1975, zoals gewijzigd bij de zevende Verordnung van 23 juni 1978 houdende wijziging van de bepalingen van het Saatgutverkehrsgesetz en van de Saatgutverordnung van 2 juli 1975, zoals gewijzigd op 23 mei 1977, kan zaaimaïs in Duitsland slechts worden verhandeld wanneer hij een kiemkracht van tenminste 90 % en een vitaliteit van tenminste 85 % bezit. De aanvullende eis van een minimum vitaliteit lijkt eerst met ingang van juli 1980 te zijn ingetrokken.

Het zaad van de dubbele hybriden „Inra 200" en „258", dat Eisele in Duitsland verkocht, had, ongeacht of het door hem was voortgebracht, dan wel speciaal voor hem in Frankrijk was verpakt, een kiemkracht van meer dan 92 %; deze lag volgens hem hoger dan die van het zaad dat gewoonlijk op de Franse markt wordt verdeeld. Bovendien had het een vitaliteit van meer dan 95 %. Mij is niet geheel duidelijk of de Duitse regeling zich ten tijde van de importen van de firma Louis David tegen de verhandeling van het Inra-zaad verzette wegens de kiemeigenschappen van dit zaad. Eerst per 1 juli 1975 lijkt § 23, lid 2, Saatgutverkehrsgesetz formeel in overeenstemming te zijn gebracht met de communautaire bepalingen, doordat daarin werd verklaard dat het voor de *invoer* van zaad in Duitsland voldoende was dat het in een andere Lid-Staat was gecertificeerd of toegelaten.

Blijkens de beschikking (blz. 25, noot 3) wordt algemeen aangenomen dat boven een bepaalde drempel elke verhoging van de kiemkracht leidt tot een meer dan evenredige verhoging van de vitaliteit en dientengevolge van het aantal werkelijke ontkiemingen op het veld. In de beschikking wordt voorts uiteengezet dat de vitaliteit niet is genormaliseerd, dat zij als reclameargument wordt gebruikt en alleen van belang is bij zaaimaïs (blz. 25, noot 4); de totale Duitse maïsproduktie bestaat echter voor 80 % uit voedermaïs.

Het valt echter op dat de richtlijn dit onderscheid niet maakt; maïs wordt ingedeeld bij de granen en niet bij de voedergewassen (waarvan het zaad het onderwerp is van een andere richtlijn, te weten nr. 66/401).

Overigens worden voor zowel voedermaïs als voor zaaimaïs vrijwel steeds dezelfde rassen gebruikt, hoewel beide categorieën een verschillende gebruiksbestemming hebben.

In elk geval mag niet uit het oog worden verloren dat artikel 5 van richtlijn nr. 66/402 slechts *minimumeisen* wilde stellen:

„De Lid-Staten mogen, voor wat de in de bijlagen I en II opgesomde voorwaarden betreft, aanvullende voorwaarden of strengere voorwaarden voor de goedkeuring van hun eigen produktie vaststellen."

Het stond Eisele dan ook vrij, hogere eisen te stellen dan de communautaire en een beleid gericht op kwaliteit te voeren. de door hem vermelde kiemkracht en vitaliteit van het door hem voortgebrachte zaad droegen bij tot hun beter kiemgedrag, ook al kon dit slechts voor maximaal 20 % van de totale Duitse produktie op basis van Inra-rassen van belang zijn.

Er bestaan twaalf tot vijftien verschillende maïskalibers. Eisele bood acht verschillende kalibers aan voor het zaaizaad dat hij zelf voortbracht, en zeven voor het zaad dat hij uit Frankrijk invoerde. Op de verpakking van beide produkten werd vermeld welke zaaischijf moest worden gebruikt „in verband met de in Duitsland voorkomende specifieke omstandigheden". Deze vermelding was volgens verzoekers nodig, omdat in Frankrijk pneumatische, en in Duitsland mechanische zaaimachines worden gebruikt.

In de praktijk wordt elke zaaimachine geleverd met een stel schijven van verschillend kaliber, waarmee andere zaden dan maïs kunnen worden gezaaid: erwten, bonen, enz. . . . Maar ook al kan de landbouwer zijn zaaimachine aan de grootte van het zaad aanpassen, het kaliber ervan zal hij nooit kunnen vergroten; het kaliber kan de oogst echter beslissend beïnvloeden. Het kaliber van het door de firma Louis David verkochte of door de vennootschap Robert Bomberault aangeboden zaad is mij echter niet bekend. Het is niet uitgesloten dat het „doorval" was.

Wel staat vast, dat het zaad dat de firma Louis David aan het eind van de lente van 1971 in Frankrijk heeft ingevoerd, meermaals in andere handen is overgegaan, doch in de lente van 1973 nog steeds niet was gebruikt. De ouderdom van het zaad is nochtans van wezenlijk belang, en de zaadhandelaars wordt wel verweten dat zij zaad verkopen dat te oud is. Het feit dat tot elke prijs een sector van „onafhankelijke handelaars" in stand moet worden gehouden, die enkel bij gelegenheid wat verkopen, bergt het risico van teleurstellingen voor de gebruikers in zich. Vaak verdient het de voorkeur het zaad uit te zaaien onder omstandigheden die door de eerste verkoper kunnen worden gecontroleerd; anders lopen de gebruikers, van mening dat het om een buitenkansje gaat, het risico partijen waardeloos geworden zaad te kopen, of „doorval" (kaliber nr. 6) die Eisele, blijkens de briefwisseling in het dossier, juist weigerde te leveren.

Het door de vennootschap Nungesser verkochte zaad — zowel het door haarzelf voortgebrachte als het voor haar verpakte zaad — verschilde tenslotte van het door de firma Louis David verkochte of door de vennootschap Bomberault aangeboden zaad op het punt van de fytosanitaire behandeling en de etikettering. Hoewel dit eigenlijk enkel zuiver commerciële prestaties zijn, die nauwelijks een verbetering kunnen worden genoemd, zijn zij toch van belang uit het oogpunt van het vrije verkeer.

Verzoekers stellen dat ingevolge de Duitse wetgeving maïszaad slechts met captan mocht worden behandeld en het gebruik van bepaalde chemische stoffen (anthraquinon) was verboden; in Frankrijk worden deze stoffen echter wel voor de ontsmetting van maïs gebruikt, het-

geen reeds voldoende is om op wettige wijze de invoer te verbieden van zaad dat niet speciaal voor hen was verpakt. Het door hen voortgebrachte en ingevoerde zaaizaad beantwoordde, blijkens de overeenkomsten in het dossier, wel aan de Duitse voorschriften (behandeling met captan).

Ik denk dat die ene reden niet voldoende was om te beletten dat Frans zaad langs indirecte weg op de Duitse markt werd gebracht. Sinds juli 1975 wordt in Duitsland ingevoerd maïszaad niet meer gecontroleerd op een eventuele chemische behandeling, zulks krachtens de regeling betreffende het in de handel brengen van zaad. Overigens kon de Duitse fytosanitaire wetgeving, evenals ter zake van het kiemgedrag, aan het in Duitsland voortgebrachte zaaizaad strengere eisen stellen dan de eisen van de richtlijn betreffende het uit Frankrijk ingevoerde zaad.

In haar memorie van 28 september 1981 antwoordde de Commissie op de haar door het Hof op 20 juli 1981 gestelde vraag, dat ingevolge § 20 van de Duitse Saatgutverordnung van 2 juli 1975 de *etikettering* in verschillende talen is toegestaan, en volgens § 22, het zaad waarvan de certificering krachtens de gemeenschapsregels is gelijkgesteld met certificering in Duitsland, geen apart Duits etiket behoeft.

In antwoord op dezelfde vraag voeren verzoekers in hun memorie van 23 september 1981 aan, dat volgens § 19 van die „Verordnung", zoals gewijzigd op 14 juli 1981 (die overeenkomt met § 20 van de oude versie) elke verpakte partij zaad dat is erkend als basiszaad of als gecertificeerd zaad, of als zaad dat bestemd is om op de markt te worden toegelaten, van een etiket moet zijn voorzien. Dit etiket moet corresponderen met het model in bijlage 5, dat natuurlijk in het *Duits* is gesteld. In § 19 wordt daaraan toegevoegd, dat de in dat model vermelde gegevens bovendien „in andere talen" mogen zijn gesteld.

Hoewel de uiteenzetting van de Commissie een oudere versie van de Saatgutverordnung betreft, lijken verzoekers gelijk te hebben, wanneer zij stellen dat in elk geval een *Duitstalig* etiket was vereist.

Zij voegen daaraan toe dat § 22 van de „Verordnung" op deze verplichting geen uitzondering maakt voor de invoer uit Lid-Staten. Immers, bedoelde bepaling heeft slechts betrekking op ingevoerd zaad waarvan de erkenning of toelating krachtens § 24 Saatgutverkehrsgesetz op één lijn is gesteld met de nationale erkenning of toelating. Deze bepaling betreft de gelijkstelling van bepaalde rassen, bij verordening van de bondsminister van Landbouw; zij geldt niet voor de invoer van uit de Lid-Staten van de Gemeenschap afkomstig zaaizaad, dat aldaar is erkend en aan de criteria van de gemeenschapsrichtlijnen beantwoordt; over dit „communautaire" zaad handelt § 23, lid 2, Saatgutverkehrsgesetz.

Artikel 10, lid 1, van 's Raads richtlijn van 14 juni 1966 bepaalt in feite hetzelfde wanneer het stelt dat de Lid-Staten voorschrijven dat de verpakkingen worden voorzien van een etiket „gesteld in *een* van de officiële talen van de Gemeenschap": het is duidelijk dat deze bepaling niet wil verbieden dat dit de officiële taal van die Lid-Staat is. De etikettering blijft bedoeld ter informatie van de landbouwers die het zaad gebruiken; door inlichtingen die slechts in een vreemde taal zouden zijn gesteld, zouden zij fouten kunnen maken.

Enkel vanuit het oogpunt van de etikettering beantwoordde het door de firma Louis David in 1973 verhandelde zaad dus aan de Duitse, noch aan de Communautaire regeling. De Commissie erkent overigens (blz. 8) dat het door deze firma ingevoerde zaad van een enkel in het Frans gesteld etiket was voorzien, en leidt daar paradoxaal genoeg uit af dat er geen enkel gevaar voor verwarring met het „Eisele"-zaad zou hebben bestaan.

Het feit dat de door de firma Louis David ingevoerde partijen uitsluitend van Franse etikettering waren voorzien, nam niet weg dat die invoer het merkbeeld van de door de vennootschap L. C. Nungesser verkochte rassen kon schaden; integendeel. Er is geen enkele reden waarom het door de firma Robert Bomberault aangeboden of door de firma Louis David verkochte zaad van de handelsreputatie van het „Eisele"-Inra-zaad zou moeten profiteren en het als een parasiet concurrentie zou aandoen. Zo gezien dreigde de ongecontroleerde invoer van zaad voor Inra-rassen de reputatie van deze rassen in Duitsland te schaden, en kon dit, anders dan de beschikking stelt (blz. 33-34, punt 7, en blz. 35, sub c), een bijzondere niet-toepasselijkheid van de artikelen 30 of 85 wel degelijk rechtvaardigen. De eis dat het zaad van Eisele op een lijn moet worden gesteld met dat van Louis David of Bomerault zou erop neerkomen dat Eisele niet meer houder van een kwekersrecht zou zijn en voor hem enkel nog de rol van eenvoudig vertegenwoordiger zou zijn weggelegd.

Al deze bijzondere factoren lijken mij in elk geval het prijsverschil van het door Eisele voortgebrachte zaaizaad te rechtvaardigen. Het feit dat de vennootschap L. C. Nungesser het in Frankrijk voor haar voortgebrachte en verpakte zaad voor dezelfde prijs verkoopt als het in Duitsland voortgebrachte zaad, is geen gevolg van de gewraakte overeenkomsten, maar enkel van het feit dat voor een produkt met hetzelfde etiket niet twee verschillende prijzen kunnen gelden; bij gelijke kwaliteit verdringt het goedkope zaad noodzakelijk het duurdere.

In dit verband begrijp ik niet geheel de passage op blz. 34, sub b, van de beschikking volgens welke de Commissie de toetsing van het aan Eisele verleende exclusieve recht van *voortbrenging* door vermeerdering aan artikel 85, lid 3, buiten beschouwing laat, *aangezien* de voor de ontheffing gestelde voorwaarden in ieder geval niet worden vervuld door het alleen*verkoop*recht en de uitvoerverboden die daarmee samengaan.

Er is nochtans een verschil tussen een „voortbrengingslicentie" en een „distributielicentie": de voortbrengingslicentie kan nuttig zijn, ook al is de daarmee samengaande distributielicentie vatbaar voor kritiek. De theorie van de uitputting van de uit een distributielicentie voortvloeiende bescherming doet bijzondere problemen rijzen, wanneer zij, zoals in casu, samengaat met een voortbrengingslicentie. De verlening van een distributielicentie kan vaak voorwaarde zijn voor de verlening van een voortbrengingslicentie. De beschikking wekt de indruk dat Eisele enkel een distributeur is of iemand die verantwoordelijk is voor de stelselmatige instandhouding, die zich zou verzetten tegen het vrije verkeer in zijn land van zaad dat in een ander land *door hem* of met zijn *toestemming* is voortgebracht. Dit is niet het geval:

Eisele is een echte houder van een kwekersrecht, die zich met geldige redenen ertegen verzet, dat derden rassen in het verkeer brengen ten aanzien waarvan hij houder is van een recht: in bepaalde opzichten is het weliswaar een afgeleid recht, maar niettemin is het gerechtvaardigd op grond van het nationale recht waaronder het werd verkregen en de eisen van de handel.

De beschikking maakt geen onderscheid tussen het door de vennootschap Nungesser (⅕) en het in Frankrijk (⅘) voortgebrachte zaad; de verbintenis tot inachtneming van deze verhouding is niet nagekomen; Eisele is bereid ervan af te zien en hij bestrijdt de beschikking op dit punt niet. Zij zou dan ook in elk geval moeten worden nietigverklaard, voor zover daarin besloten ligt dat het door Eisele voortgebrachte zaaizaad tegen een veel te hoge prijs zou zijn verhandeld.

Het in het verkeer brengen in een land (Frankrijk) zou leiden tot uitputting van de in een ander land (Bondsrepubliek) aan de hoedanigheid van kweker verbonden voordelen, hoewel de uit de hoedanigheid voortvloeiende verplichtingen daarmee niet te niet gaan. Wanneer twee personen of ondernemingen verantwoordelijk zijn (INRA in Frankrijk, Eisele in de Bondsrepubliek) voor de stelselmatige instandhouding van een zelfde ras dat in een zelfde land (Bondsrepubliek) onder deels verschillende benamingen („Inra *190*", „Inra*expreß*") wordt verhandeld, bestaat er een kans op onoverkomelijke moeilijkheden ingeval een partij van dat ras niet meer aan de wettelijke eis voldoet.

Gesteld al, dat kan worden onderscheiden of de betrokken partij bestaat uit in de Bondsrepubliek voortgebracht zaaizaad („Inraexpreß") dan wel uit in Frankrijk geteeld zaad („Inra 190") en dat bijgevolg het kwekersrecht slechts wordt doorgehaald in het land van degene die verantwoordelijk is voor de stelselmatige instandhouding en van wie de betrokken partij afkomstig is, dan zou deze doorhaling onvermijdelijk gevolgen hebben voor de handelsreputatie van het ras waarvoor het parallelle kwekersrecht werd verkregen.

Eisele is de Inra-rassen in Duitsland gaan voortbrengen; deze produktie dreigt te verdwijnen zodra hij wel de door de Commissie toegestane exclusieve bescherming bij het verhandelen van het door hem voortgebrachte zaaizaad behoudt, doch zich niet meer op dezelfde exclusiviteit zou kunnen beroepen voor het zaad van dezelfde rassen — met een deels verschillende benaming — dat in Frankrijk is voortgebracht, maar buiten zijn controle om in Duitsland wordt verhandeld.

Deze controle is onder meer nodig voor een rationele beslissing over de voortbrenging van basiszaad (artikel 2, lid 1, D, 1, a, van richtlijn nr. 66/402) en van pre-basiszaad (artikel 2, lid 1, E, a en b).

Naast de kwaliteit en de prijs van het zaad is ook het veilig stellen van de voorziening (artikel 39, lid 1, sub d, EEG-Verdrag) voor de gebruiker van fundamenteel belang.

Voor de meeste soorten of rassen is het kenmerkende dat de zaadproduktie meerdere jaren vergt. Het volume van de landbouwproduktie wordt bepaald door de gedistribueerde hoeveelheid basiszaad, vooral wanneer, zoals voor maïs-

hybriden, elk jaar een beroep moet worden gedaan op vermeerderaars. De vermeerdering van deze hybriden is vrij speciaal. Het zaaien is aan strikte regels gebonden (afwisseling van mannelijke en vrouwelijke rijen), vereist de isolatie van de velden en bijzondere zorg bij de oogst (schonen, sorteren). Het gebeurt dan ook meestal bij overeenkomst, vaak met de hulp van tijdelijke werknemers (bijvoorbeeld om de pluimen te castreren). Om aan de toekomstige behoeften van de landbouwers te voldoen, moet ten aanzien van de rassen dus jaren tevoren een programma worden opgesteld; zo kan de produktie worden geregeld door het aanbod aan te passen aan de vraag. De kweker en de vermeerderaar zijn dus zeer nauw betrokken bij de verwezenlijking van de doelstellingen van het gemeenschappelijke landbouwbeleid.

In nauw contract met het INRA en het ministerie van Landbouw ontwerpt de Frasema voor al haar leden een zaadproduktieprogramma, dat zowel de hoeveelheid als de bezaaide oppervlakte betreft. Zij is met de verkoop van deze produktie belast om te voorkomen dat een ongecontroleerde distributie de technische kwaliteiten van het zaad zal aantasten, en om het juiste gebruik ervan te verzekeren. Overeenkomsten tussen kwekers en vermeerderaars bevatten voor deze laatsten prijs- en afzetgaranties.

Deze eisen liggen aan de betrokken overeenkomsten ten grondslag. De in de beschikking vermelde cijfers tonen aan dat Eisele's „rassenmonopolie" de regelmatige voorziening van de Duitse markt met kwaliteitszaad niet belemmerde, maar integendeel tot stabilisatie van de prijzen leidde. De in het dossier opgenomen, telkenjare in september gesloten overeenkomsten tussen de vennootschap Nungesser en de leden van de Frasema waarborgden hen een bepaalde hoeveelheid en kwaliteit tegen een bepaalde prijs.

Toen in 1972 de prijs van „Inra 258" op de Franse markt tot FF 7 000 per ton was gestegen, bleef de Frasema verzoekers, naar eigen zeggen, volgens de letter van de overeenkomst, maïs leveren voor DM 2 900.

Het feit dat Eisele als licentiehouder de mogelijkheid heeft om slechts te verkopen aan bedrijven die volgens hem de nodige garanties bieden, vloeit niet voort uit de overeenkomst van 1965, waarvan artikel 2 het tegenovergestelde bepaalde. Zou hij hebben geweigerd zijn rassen in voldoende hoeveelheid te produceren of te verhandelen, dan zou het Bundessortenamt § 22 van het Sortenschutzgesetz op hem hebben kunnen toepassen, en hem dus hebben kunnen dwingen om tegen een billijke vergoeding een dwanglicentie te verlenen.

De instructie heeft aan het licht gebracht, dat de betrokken overeenkomsten niet alleen de Frans-Duitse handel en de voortbrenging van de Inra-rassen in de Bondsrepubliek Duitsland niet hebben beperkt, maar dat deze juist daardoor mogelijk zijn geworden, en dat Eisele's „rassenmonopolie" evenmin de ontwikkeling van nieuwe rassen heeft belet die zijn exclusiviteit sterk hebben verzwakt.

Nog vóór de bestreden beschikking werd gegeven, maar in elk geval sinds september 1978 is het volume van die handel en produktie voortdurend afgenomen ten gunste van de zogenoemde „gesloten"

rassen, voortgebracht in de Gemeenschap of in derde landen.

In het onderhavige gebied treden snelle veranderingen op, zodat de gegevens waarnaar de beschikking verwijst, sterk zijn verouderd. Het is niet juist, dat de onder licentie van de grote Amerikaanse kwekers (Pioneer, Dekalb, Funk's Cargill, Northrup, King, Asgrow) voortgebrachte rassen sinds 1958 en ook thans (september 1978) grotendeels door de Inra-rassen zijn overvleugeld (beschikking blz. 27, punt 2).

Het tegendeel is waar, behoudens dat de *uit Inra ontstane* rassen (met name LG 11) inderdaad sterk tot deze achteruitgang hebben bijgedragen; maar dit zijn juist concurrerende rassen met gesloten formule.

Van de bijna 750 maïsrassen in de wereld konden er in Frankrijk bijna 200 en in Duitsland ruim 100 worden verhandeld, zodat eigenlijk van een „rassenchaos" kon worden gesproken. Ook moet echter rekening worden gehouden met „genetische erosie" en het feit dat de markt door slechts enkele rassen wordt beheerst.

Uit de overgelegde grafieken blijkt dat de verkoop van de Inra-rassen tussen 1973 en 1979 zeer spectaculair is gedaald. De Frasema, die in 1973 nog 54 % van de 80 belangrijkste rassen in Frankrijk had voortgebracht en verhandeld, haalde in 1979 nog slechts een aandeel van 10 %.

De meeste grote Franse bedrijven die, zoals Limagrain, deel uitmaakten van de Frasema, zijn rechtstreekse concurrenten van het INRA geworden door, vaak met Inra-inteeltlijnen als uitgangspunt, rassen met een eigen formule te ontwikkelen. Zij hebben hun eigen alleenvertegenwoordigers in Duitsland.

Tot 1973-1974 vertegenwoordigde het door de vennootschap Nungesser verkochte Inra-zaad (ongeveer 20 % van haar totale verkoop in de Bondsrepubliek) tussen 50 en 70 % van de Duitse markt en in 1973/1974 nog bijna 40 % (beschikking, blz. 27, punt 4). Sinds 1974 spelen de Inra-rassen een ondergeschikte rol; de belangstelling van producenten en gebruikers richtte zich op andere rassen met gesloten formule. Van de 10 000 ton maïszaad die jaarlijks in Duitsland worden gebruikt, wordt een steeds groter deel ingevoerd uit derde landen en het aandeel van het Inra-zaad in het uit Frankrijk ingevoerde zaad is onafgebroken gedaald.

Wordt bij de verkopen van de vennootschap L. C. Nungesser onderscheid gemaakt tussen het door deze firma ingevoerde en het door haar voortgebrachte zaaizaad, dan kan worden vastgesteld dat, waar tot 1974 ongeveer drie vierde of twee derde van het verkochte zaad uit Frankrijk werd ingevoerd (5 000 van de 6 000 ton in 1973, 6 000 van de 8 000 ton in 1974, beschikking blz. 28, punt 2), het door de vennootschap L. C. Nungesser tijdens de campagne 1977/1978 in Duitsland verkochte Inra-zaad vrijwel geheel uit het door deze firma voortgebrachte zaaizaad bestond.

Terwijl Eisele tot de campagne 1973/1974 in de Bondsrepubliek Duitsland slechts Inra-rassen voortbracht en verkocht, verhandelde hij vanaf deze campagne het ras „LG 11". In maart 1976 werd het ras „Inra 200" vrijwel niet

meer verkocht, en de Commissie lijkt niet te hebben opgemerkt dat één van de drie betrokken rassen („Inra 190" — „Inraexpress") nog vóór de beschikking werd gegeven zowel van de Duitse als van de gemeenschappelijke rassenlijst is verdwenen.

Vergelijkt men nu het aandeel van uit derde landen in de Bondsrepubliek Duitsland ingevoerde zaaimaïs met de aldaar gebruikte hoeveelheid, dan blijkt in 1976 ongeveer 52 % afkomstig te zijn geweest uit derde landen; 4,71 % werd voortgebracht in de Bondsrepubliek; 43 % kwam uit Frankrijk (waarvan ongeveer 17 % van de door de beschikking getroffen rassen en 18 % van het ras „LG 11").

In 1977 werd 28 % van de Duitse behoefte aan zaaimaïs gedekt door invoer uit Frankrijk (waarvan 18 % Inra-rassen en 4 % van het ras LG 11); 64 % werd gedekt door invoer uit derde landen, 6 % door inheems zaad.

In 1978 was de in Duitsland gebruikte zaaimaïs voor ongeveer 10 % afkomstig uit eigen land, voor 70 % uit derde landen en voor ongeveer 20 % uit Frankrijk, waarvan 4 % van het ras „LG 11" en 0,05 % van Inra-zaad; de in de beschikking bedoelde rassen ontbraken geheel.

Wel is de Franse uitvoer van zaaimaïs naar de Bondsrepubliek van 1971 tot 1977 in relatieve cijfers voortdurend gestegen. Terwijl de betrokken Inra-rassen in 1971 nog bijna 58 % van die uitvoer uitmaakten, vertegenwoordigden zij in 1977 echter nog nauwelijks 14 % en werden zij in 1978 en 1979 niet meer uitgevoerd.

In deze evolutie moet de rol van de zaadinvoer uit derde landen worden beklemtoond, en is het niet juist te spreken van weinig handelsverkeer met deze landen. Weliswaar regelt de gemeenschappelijke ordening der markten in de sector zaaigoed de afgifte van invoercertificaten, de toekenning van communautaire steun en de toepassing van heffingen ter compensatie van de prijsverschillen, maar deze heffingen worden door de GATT beperkt tot 4 % van de waarde van het produkt. Zo kunnen bepaalde bedrijven hun zaad laten vermeerderen in derde landen, om zo de verkoopprijs van het concurrerende, in Europa voortgebrachte zaad te „breken". Daardoor zou het onderzoek bij gebrek aan financiële middelen geleidelijk uit Europa kunnen verdwijnen.

De grote particuliere ondernemingen die eigen kweekprodukten hebben ontwikkeld, kunnen tot de gemeenschappelijke markt toegang krijgen door filialen op te richten in plaats van door licenties voor de voortbrenging te verlenen. Dit volstaat om aan de toepassing van artikel 85 te ontsnappen. Deze filialen behoeven zelfs niet het zaad zelf te vermeerderen; het volstaat dat zij de moedermaatschappij vertegenwoordigen bij het Bundessortenamt, in welk geval enkel artikel 86 van toepassing is. Zoals bekend beroept de Commissie zich slechts met enige aarzeling op dit artikel. Daarentegen maakt de overdracht van uitsluitende voortbrengings- en verhandelingslicenties op dit gebied het mogelijk de concentratie een halt toe te roepen, het bestaan van onafhankelijke ondernemingen te verzekeren en de gemeenschapspreferentie te garanderen.

In de beschikking wordt overigens erkend dat tussen 1958-1959 en 1973-1974 het zaaien van vroege maïs voor drie vierde gebeurde met Inra-rassen — „of uit Inra ontstane rassen" — hetgeen niet hetzelfde is.

In haar pleidooi heeft de CGLV onweersproken verklaard dat in 1978 91 % van de Franse uitvoer naar de Bondsrepubliek bestond uit drie rassen:

— Dekalb 202 (kweker Dekalb, U.S.A.),

— Cargill Primeur (kweker Cargill, U.S.A.),

— Blizzard (Ciba-Geigy).

Het aandeel van Ciba-Geigy op de Duitse markt bedraagt thans meer dan 40 %. Het op deze markt verkochte zaad wordt hetzij in Frankrijk, hetzij in derde landen voortgebracht en wordt in de Bondsrepubliek gedistribueerd, hetzij door een filiaal van de kweker (het geval bij Ciba-Geigy), hetzij door alleenvertegenwoordigers.

In 1979 waren er nog dertien dominerende rassen in de Bondsrepubliek, waarvan er echter drie 72 % van de markt voor hun rekening namen:

— Forla, ingeschreven in 1975 (verantwoordelijk voor de stelselmatige instandhouding is Kleinwanzlebener Saatzucht, KWS, die vier rassen bezit; KWS heeft Intersaat overgenomen);

— Edo, ingeschreven in 1974 (zelfde verantwoordelijke);

— Limagold, ingeschreven in 1973 (houder van het kwekersrecht en verantwoordelijk in Duitsland is „Nordsaat" Saatzuchtgesellschaft; in Frankrijk is verantwoordelijk voor de export Maïs-Angevin-Hodée).

In de jaren waarin de door Eisele aangegane verplichtingen golden, waren de Inra-rassen in het licentiegebied dus onderworpen aan een „werkzame" concurrentie van produkten die grotendeels gelijksoortig waren op grond van het gebruik waarvoor zij waren bestemd. Het vereiste van mededinging „binnen het ras", dat de Commissie voor de met open formule gewonnen Inra-rassen zo absoluut stelt, lijkt mij dus niet realistisch.

De invloed van de betrokken overeenkomsten op de intracommunautaire handel is sinds 1975 veel minder merkbaar, en is na de vaststelling van de beschikking nog afgenomen. Daarmee wil ik niet zeggen dat deze evolutie door de bestreden beschikking is versneld, maar het verbod van parallelle importen is daaraan in elk geval geheel vreemd.

Dat de betrokken overeenkomsten gunstig zijn, blijkt uit het volgende bewijs a contrario: het ontbreken van licenties voor de voortbrenging van Inra-zaad in België heeft geleid tot een ongecontroleerde handel in dit zaad, zonder garantie; het is snel van de Belgische markt verdwenen: dit benadeelde zowel de Belgische landbouw als het landbouwkundig onderzoek in het algemeen, doch begunstigde de concurrerende, niet-Europese gesloten rassen die dank zij de aanwezigheid van een alleenvertegenwoordiger zijn ingeburgerd.

De betrokken overeenkomsten hebben bijgedragen tot de verbetering van de technische vooruitgang en van de produktie, en daarbij de verbruikers billijke prijzen en een regelmatige voorziening verzekerd, en de in deze overeenkomsten vervatte en werkelijk nagekomen exclusiviteitsverplichtingen waren onmisbaar voor het bereiken van dat gunstige resultaat.

Tenslotte zou ik het volgende willen opmerken:

De Commissie, bepaalde particuliere groeperingen en de nationale deskundigen verschillen van mening omtrent het ontwerp van verordening betreffende het verlenen van een generieke vrijstelling voor octrooilicentieovereenkomsten.

De Commissie maakt er geen geheim van, dat zij 's Hofs beslissing afwacht om op dit gebied enkele algemene beginselen te kunnen vaststellen. Ik acht het echter niet opportuun naar aanleiding van deze eerste zaak ter zake van kwekersrechten een principieel standpunt in te nemen, dat op de toekomst vooruit dreigt te lopen.

De exclusiviteit en de selectiviteit moeten worden beoordeeld naar hun positieve invloed op de sectoren waar een bijzonder georganiseerde structuur van de distributie gerechtvaardigd is om objectieve redenen, onder meer verband houdend met de kenmerken van het produkt in de zin van 's Hofs rechtspraak (voormelde zaak-Metro) en de verantwoordelijkheden van de producent, zoals het Economisch en Sociaal Comité als zijn mening heeft gegeven in zijn advies van 10 december 1981 (PB C 322 van 1981, blz. 11).

Dit correspondeert met de door het Europees Parlement op 17 december 1981 goedgekeurde resolutie, welke terzake luidt als volgt:

„het Parlement is van mening dat de uitwerking over de hele linie van distributieovereenkomsten op het concurrentievermogen *niet zozeer juridisch* als *wel economisch meer in bijzonderheden* dient te worden onderzocht;

vindt met name dat de problemen in verband met de parallelle invoer *nauwkeurig* dienen te worden bestudeerd;

meent in dit verband dat er een evenwicht dient te zijn tussen het zoveel mogelijk openstellen van de interne markt en het te gelijker tijd beveiligen van het geïnvesteerde kapitaal en de geïnvesteerde arbeid tegen *speculerende* importeurs."

Tenslotte wil ik opmerken dat bij een te lange termijn tussen de aanmelding van een overeenkomst en de beschikking waarbij wordt geweigerd daarvoor een ontheffing te verlenen (in casu 13 jaar), niet enkel de investeringen van de economische subjecten gevaar lopen, maar ook de beschikking geheel achterhaald dreigt te zijn.

III — Om al deze redenen concludeer ik:

— tot nietigverklaring van beschikking nr. 78/823 van de Commissie van 21 september 1978, met uitzondering van de bepalingen van artikel 1, sub b, betreffende de verplichting van de licentiehouder, gedurende de jaren waarin de licentie gevolgen heeft gesorteerd, geen zaaizaad van an-

dere maïsrassen dan die van het INRA voort te brengen of te verkopen, de verplichting van de licentiehouder, alleen te verkopen aan bepaalde wederverkopers, en de verplichting van de licentiehouder, niet meer dan een derde van het voor de behoeften van zijn grondgebied noodzakelijke zaaizaad voort te brengen en het resterende deel uit Frankrijk in te voeren,

— en tot veroordeling van de Commissie in de kosten, met inbegrip van die door interveniënten gemaakt.