

Geen vruchtbare bodem meer voor het plantoctrooi?

IER 2017/22

Kwekersrecht, doorgaans niet in het nieuws, is de afgelopen tijd een hot topic. Er is een maatschappelijke reuring ontstaan die echter niet voortkomt uit het kwekersrecht, maar uit het octrooirecht. Dit claimt een steeds sterkere positie in de plantenwereld, ten koste van het kwekersrecht. Het octrooirecht wordt daarbij geholpen door de snelle, technologische ontwikkelingen zoals genetische modificatie. In de sterk politiek ingestoken discussie die is ontstaan, spelen vraagstukken als voedselveiligheid, vrije toegang tot plantaardig uitgangsmateriaal (om nieuwe rassen te kunnen kweken), biodiversiteit en een mogelijke 'oligopolie' in de zaadveredelingssector, een rol.

Er bestaat verschil tussen bescherming van plantenmaterialen onder het kwekersrecht en het octrooirecht. Uit artikel 4 Biotechrichtlijn en artikel 52(b) Europees Octrooiverdrag (EOV) blijkt dat er geen octrooi kan worden verleend voor een plantenras; bescherming daarvan is het exclusieve domein van het kwekersrecht. Dit betekent niet dat een plantenras niet binnen de beschermingsomvang van een octrooi kan vallen. De Grote Kamer van Beroep van het Europees Octrooibureau (EOB) heeft reeds in 1997¹ beslist dat planten octrooieerbaar zijn, ook als ze plantenrassen omvatten, zolang de uitvinding maar *niet beperkt is tot plantenrassen*. Dezelfde artikelen bepalen verder dat werkwijzen van *wezenlijk biologische aard* voor de voortbrenging van planten van octrooiering zijn uitgesloten. Hieronder valt de traditionele kruising en selectie van planten. Deze regels zeggen echter niets over de *producten* die door dergelijke werkwijzen van *wezenlijk biologische aard* worden geproduceerd. Kunnen die wel worden geoctrooierd? In de veel besproken Broccoli- en Tomatozaken van het EOB speelden uitvindingen een rol waarbij op natuurlijke wijze een eigenschap in de plant is gebracht. Zo wordt in 2002 door EOB een octrooi verleend op broccoli met een hoger gehalte aan glucosinolaten (waarvan wordt aangenomen dat zij goed zijn voor de gezondheid). De geoctrooierde planten zijn afkomstig van kruisingen van wilde brocoliplanten met commerciële variëteiten. In de uitspraken² in deze plantenzaken had het EOB al in 2010 geoordeeld dat het teeltproces moet worden beschouwd als 'essentieel biologisch'. Het opnemen van een technische stap om de kruising en selectie te bevorderen – bijvoorbeeld het gebruik van genetische markers in de selectiefase – werd niet voldoende geacht om de uitsluiting van octrooiering ongedaan te maken. In 2015 oordeelde het EOB vervolgens dat het product van het teeltproces wél octrooieerbaar is: dus de plant zelf, de zaden en de geoogste groenteproducten.

Actiegroepen reageerden verontwaardigd op deze uitspraak. Deze ontwikkeling zou funest zijn voor de biodi-

versiteit. Grote zaadveredelaars zoals Monsanto konden nu onze voedselvoorziening monopoliseren door het octrooieren van plantaardig materiaal. Nederlandse zaadveredelaars vreesden dat door het octrooieren van plantmateriaal, zij hun werk niet meer konden doen, omdat de traditionele volledige kwekersvrijstelling in het kwekersrecht een dode letter zou worden. Zonder licentie van de octrooihouder zouden zij geen geoctrooierde planten meer kunnen gebruiken voor het veredelen van plantaardig materiaal. Dit druist in tegen het systeem van het kwekersrecht waarbij veredelaars vrijelijk elkaars plantmateriaal mogen gebruiken om zelf nieuwe verbeterde soorten te kweken.

Ook de Nederlandse regering toonde zich gekant tegen octrooiering van op dergelijke wijze verkregen planten. Dit uit vrees voor negatieve economische gevolgen voor met name de zaadveredelaars en de exporteurs van plantaardig uitgangsmateriaal. Als grootste exporteur ter wereld van plantaardig uitgangsmateriaal, zaden en jonge planten, was er werk aan de winkel voor de Nederlandse overheid. Tijdens het EU voorzitterschap organiseerde de Nederlandse regering daarom een Europees symposium over deze materie. Vanuit de grote zaadveredelingsbedrijven werd op de andere kant van de medaille gewezen: ontwikkeling van een nieuwe plant of planteigenschap kost snel 12 tot 15 jaar, wat de nodige incentives vereist.

De lobbyactiviteiten van actiegroepen, belangenorganisaties en de Nederlandse overheid bij de Europese Unie hadden effect. Het Europees Parlement sprak zijn zorg uit door het aannemen van een resolutie³, waarin het Parlement de Europese Commissie opriep om duidelijkheid te verschaffen over de reikwijdte en interpretatie van de Biotechrichtlijn. De Europese Commissie publiceerde vervolgens een Mededeling⁴ waarin zij het standpunt innam dat producten die zijn verkregen door middel van *wezenlijk biologische werkwijzen* uitgesloten moeten worden van octrooieerbaarheid. De Europese Raad onderschreef op 20 februari 2017 tijdens de Raad voor Concurrentievermogen in Brussel unaniem de conclusies van deze commissiemededeling.⁵

Aldus is een erg onduidelijk situatie ontstaan. Wat is de status van reeds op dit vlak verleende octrooien, van lopende en toekomstige octrooiaanvragen? De Mededeling van de Commissie en conclusies van de Raad zijn niet juridisch bindend voor het HvJ EU en het EOB. Toch zal deze ontwikkeling wel zijn effect hebben; het EOv streeft immers een gezamenlijk belang na om uiteenlopende praktijk tussen nationale octrooiverlenende instanties (IPO's) te voorko-

1 EOB 13 oktober 1997, 1054/96 (*Transgenic plants/Novartis*).

2 EOB 9 december 2010, G 0002/07 (*Broccoli*), EOB 9 december 2010, G 0001/08 (*Tomatoes*), EOB 25 maart 2015, geconsolideerde zaken G 2/12 en G 2/13 (*Tomatoes II* en *Broccoli II*).

3 European Parliament resolution of 17 December 2015 on patents and plant breeders' rights (2015/2981(RSP)).

4 Mededeling van de Commissie inzake bepaalde artikelen van Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, 8 november 2016 (C/2016/6997). Saillant detail is dat de Commissie haar (voorafgaand) onderzoek en mededeling heeft gedaan, zonder de "expert working group on biotech patents" vooraf te informeren.

5 Outcome of the 3519th Council meeting Competitiveness (Internal Market, Industry, Research and Space) Brussels, 20 February 2017.

men. De huidige situatie kan ertoe leiden dat een octrooi met conclusies die zien op planten verkregen door wezenlijk biologische werkwijzen wel via het EOB worden verleend maar niet via nationale IPO's. En de door het EOB verleende Europese octrooien kunnen mogelijk door nationale octrooirechtshouders nietig worden verklaard, met name in de landen (Duitsland, Frankrijk, Nederland) die hun nationale octrooiwetgeving hebben aangepast zodat ook de producten voortkomende uit werkwijzen van wezenlijk biologische aard, buiten het octrooirecht vallen. Nu de EOV lidstaten merendeels EU lidstaten zijn, is de kans groot dat de interpretatie van de Commissie en de Raad zal worden gevolgd, wat het einde betekent van diverse bestaande plantoctrooien en van (toekomstige) verlening van dergelijke octrooi-aanvragen. Dit zal schadelijk zijn voor de huidige door de sector zelf ontwikkelde initiatieven zoals het International Licensing Platform (ILP).⁶

Hoewel het EOV een verdrag is dat losstaat van de EU, is de Biotechrichtlijn wel 'geïmplementeerd' in het EOV bij wege van de "Implementing Regulations". Deze regels stellen dat de Biotechrichtlijn, hoewel niet direct werkend, als aanvullende uitleg dienen in het kader van beoordeling van octrooien en octrooiaanvragen. Daarnaast worden arresten van het HvJ EU die betrekking hebben op interpretatie van de Biotechrichtlijn gezien als "persuasive". Uiteindelijk zal het HvJ EU een uitleg moeten geven ten aanzien van de Biotechrichtlijn en zal (ook) het EOB een keuze moeten maken hoe om te gaan met dergelijke plantenoctrooien.

Als reactie op de Mededeling van de Europese Commissie heeft het EOB alle lopende aanvragen voor dergelijke plantenoctrooien opgeschort.⁷ Het is op dit moment onduidelijk hoe lang deze opschorting nog duurt. De verwachting is dat dit (nog) meerdere maanden zal duren. Het EOB overlegt op dit moment met zijn lidstaten over een oplossing voor dit vraagstuk. Het EOB heeft reeds aangegeven de interpretatie van zijn lidstaten te volgen.

De EOB heeft de mogelijkheid om de Implementing Regulations aan te passen tegen de achtergrond van de Mededeling van de Commissie en de Biotechrichtlijn (de administratieve raad van het EOB heeft de bevoegdheid om maatregelen hiertoe in gang te zetten). Voor de EU gelden onder meer als opties de aanpassing van de Biotechrichtlijn (door implementatie van de zienswijze van de Commissie en de Raad) of een verduidelijkende interpretatie van de Biotechrichtlijn door het HvJ EU.

Of de toenemende invloed van het octrooirecht op het kwekersrecht tot staan is gebracht moet nog blijken. Zeker is wel dat het kwekersrecht geen rustig bezit meer is.

⁶ Zie o.a. M.A. Kock & F. ten Have, *The 'International Licensing Platform – Vegetables': A prototype of a patent clearing house in the life science industry*, *JIPLR* 2016, vol. 11, no. 7, p. 496 et seq.

⁷ Notice from the EPO dated 24 November 2016 concerning the staying of proceedings due to the Commission Notice on certain articles of Directive 98/44/EC.