

# OVER DE UITHOLLING VAN DE “BREEDER’S EXEMPTION” DOOR TOEDOEN VAN HET OCTROOIRECHT

mr. P.A.C.E. van der Kooij

## 1. Inleiding

De kwekersvrijstelling, ook wel de “breeder’s exemption” genoemd, vormt één van de meest actuele thema’s in het kwekersrecht. Het gaat daarbij, ten eerste, om het recht van iedere veredelaar om bij zijn kweekactiviteiten onbelemmerd gebruik te maken van al het bestaande plantaardige materiaal (misschien wat “modernier” uitgedrukt: de complete genenpool), óók als daar reeds op naam van een andere veredelaar beschermd materiaal tussen zit. Ten tweede behelst de vrijstelling tevens het recht om het uit het veredelingswerk voortkomende nieuwe kweekresultaat op de markt te brengen, zonder aan eerdere veredelaars daarvoor iets te hoeven betalen.

In toenemende mate worden tegenwoordig planten, delen van planten en veredelingsmethoden met behulp van het octrooirecht beschermd. In het octrooirecht bestaat echter een vrijstelling als zojuist bedoeld niet. Dit leidt (of kán in de nabije toekomst op zijn minst gaan leiden) tot problemen voor de veredelingssector.

In het onderstaande wordt deze problematiek nader uiteengezet, wordt besproken hoe een en ander zo ver heeft kunnen komen, en sta ik kort stil bij een paar recente initiatieven, en bij enkele mogelijke oplossingen.

## 2. In den beginne

Het octrooirecht is veel ouder dan het kwekersrecht. Het kwam in het eerste decennium van de twintigste eeuw tot stand (althans in ons land): de Octrooiwet (later: Rijsoctrooiwet (ROW)) dateert van 1910.<sup>1</sup> Deze wet had betrekking op de bescherming van industrieel vervaardigde voortbrengselen alsmede op in de nijverheid toegepaste werkwijzen. Van de mogelijke bescherming van plantaardig materiaal werd nog in het geheel niet gerept. De wet was er in de allereerste plaats voor niet-levende materie.

Wie als octrooihouder te boek stond, kon ingevolge art. 30 (oud) ROW aan in beginsel ieder ander niet alleen de vervaardiging en verhandeling van het beschermde voortbrengsel of de toepassing van de geoctrooierde werkwijze verbieden, maar ook het commercieel (‘in of voor zijn bedrijf’) *gebruik* van het beschermde voortbrengsel en van het voortbrengsel dat rechtstreeks uit een beschermde werkwijze voortvloeide.

Dientengevolge maakte dus degene die bijv. een reeds bestaande en beschermde nietmachine, gloeilamp of cv-ketel verder verbeterde, inbreuk op het oudere octrooi indien en voor zover de volgens dat octrooi beschermde technologie nog steeds in het nieuwere product aanwezig was, en dit óók indien voor deze innovatie eveneens een

---

<sup>1</sup> Wet van 7 november 1910, *Stb.* 1910, 313.

octrooi verkregen was. Anders gezegd: in het octrooirecht werd van het begin af aan gebruik gemaakt van een afhankelijkheidsregel. Op bestaande technische inzichten voortborduren mócht, was zelfs één van de grondslagen van het octrooirecht. Indien echter het onder het latere octrooi vallende product slechts kon worden gemaakt met behulp van (een deel van) de al onder het eerdere octrooi beschermde techniek leverde dit, zolang de beschermingsduur van het eerdere octrooi nog niet verstreken was, inbreuk op dit oudere recht op. Via licentieverlening over en weer viel hieraan natuurlijk wel een mouw te passen, en mocht de “oudere” octrooihouder hiertoe niet bereid zijn, dan bood de wet soms uitkomst via het instrument van de dwanglicentie.

Het voorgaande geldt anno 2009 nog steeds; zie voor de inbreukmakende handelingen tegenwoordig art. 53 lid 1 ROW 1995, en voor de dwanglicentie wegens afhankelijkheid art. 57 leden 4 en 5 ROW 1995.

### 3. De komst van het kwekersrecht

Het duurde tot in de Tweede Wereldoorlog voordat in ons land een eerste, nogal schetsmatige regeling voor de bescherming van kweekproducten werd gelanceerd: het Kwekersbesluit 1941. In de decennia daaraan voorafgaand was langzaam maar zeker het besef doorgebroken, dat kwekers van nieuwe plantenrassen evenzeer aanspraak op bescherming hadden als uitvinders, gezien de in hoge mate vergelijkbare inspanningen en investeringen, alsook de vruchten (letterlijk en figuurlijk) die hun werk voor de maatschappij als geheel opleveren. Die eerste regeling was, als aangegeven, nog erg rudimentair van opzet, en gold slechts voor een zeer beperkt aantal gewassen. Zij werd uiteindelijk, na jaren van puzzelen op en schaven aan de tekst en heel veel ambtelijk overleg met het bedrijfsleven, en bovendien nog vertraagd door internationale ontwikkelingen waarbij ons land evenzeer betrokken was (de komst van het UPOV-Verdrag in 1961), opgevolgd door de Zaaizaad- en Plantgoedwet (ZPW).<sup>2</sup>

De door de wet geboden bescherming was tamelijk bescheiden. Slechts het voor handelsdoeleinden voortbrengen van teeltmateriaal van het ras, en het op de markt brengen daarvan, kon de houder van het kwekersrecht aan anderen verbieden, plus dan nog de uitvoer, het in voorraad hebben en het doen verrichten van de eerder genoemde handelingen (art. 40 lid 1 (oud) ZPW). Het *gebruiken* van materiaal van het beschermde ras voor het daarmee creëren van nieuwe rassen werd *niet* als inbreukmakende handeling vermeld. Sterker nog, art. 41 lid 1 (oud) luidde: “Het verrichten van de in artikel 40, eerste lid, genoemde handelingen met betrekking tot een ras wordt niet geacht in strijd te zijn met het uitsluitend recht van de houder van het kwekersrecht voor enig ander ras.” Het beginsel van de onderlinge onafhankelijkheid van rassen was geboren. In de woorden van de wetgever: “Ook al moeten die rassen op grond van het verschil in eigenschappen als zelfstandige rassen worden aangemerkt, zonder uitdrukkelijke bepaling van het tegendeel, zou op grond van de gelijke eigenschappen kunnen worden verdedigd, dat het verrichten van bedoelde handelingen met betrekking tot het ene ras inbreuk oplevert op het kwekersrecht voor het andere ras.”<sup>3</sup> En dat was dus niet de bedoeling. Veredelen

<sup>2</sup> Wet van 6 oktober 1966, *Stb.* 1966, 455.

<sup>3</sup> Kamerstukken II, vergaderjaar 1958-1959, 5332, nr. 3 (M.v.T.), p. 23.

betekent altijd per definitie in hoge mate voortborduren op bestaand materiaal, en een afhankelijkheidsregel zoals in het octrooirecht zou het kruisings- en selectiewerk zo goed als onmogelijk maken: de veredelaar zou voor dat werk steeds opnieuw toestemming nodig hebben van alle voorgangers van wie nog een heel klein stukje beschermd materiaal in het ras in kwestie aanwezig was, zoals bijv. een eerder ingekruiste ziekteresistentie, de bloemkleur, de bladvorm of één van de vele andere eigenschappen die gezamenlijk aanwezig zijn in alle tot het ras behorende individuele planten (ook hier uiteraard alleen indien de eerder verleende kwekersrechten nog niet verstreken waren). Het zou leiden tot een enorme papieren rompslomp en daarbij het veredelen onbetaalbaar maken.

Het zojuist geschetste systeem van onafhankelijkheid geldt anno 2009 nog steeds; zie thans art. 57 lid 1 en lid 3 sub c ZPW 2005. Het inmiddels ingebouwde correctiemechanisme voor zg. afgeleide rassen laat ik hier verder buiten beschouwing (zie art. 58 ZPW 2005).<sup>4</sup>

#### 4. Vreedzame coëxistentie en de ommekeer

Gedurende een groot aantal jaren bestonden het octrooi- en het kwekersrecht zonder enig bezwaar naast elkaar. Voor problematische vormen van overlapping hoefde niet gevreesd te worden. Hoewel in sommige landen de (beperkte) mogelijkheid werd geschapen om plantenrassen via het octrooirecht te beschermen, was men het er – in elk geval in Europa - in overgrote meerderheid over eens, dat de producten van Moeder Natuur bij voorkeur op basis van een specifiek stel regels beschermd werden. Dit leidde er in 1963 toe, dat in het in dat jaar tot stand gekomen Verdrag van Straatsburg werd bepaald, dat de Verdragsluitende Staten “niet gehouden” waren octrooien te verlenen voor “plantaardige variëteiten en dierenrassen, alsmede werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van planten of dieren” (art. 2 sub b).<sup>5</sup> Deze bepaling werd vervolgens ook bijna letterlijk opgenomen in de octrooiwetgeving van vrijwel alle Europese landen (zie voor ons land tegenwoordig art. 3 lid 1 sub c ROW 1995), alsmede in art. 53 sub b van het Europees Octrooiverdrag.<sup>6</sup>

Achteraf is er in de juridische literatuur veel discussie geweest<sup>7</sup> over de vraag of die bepaling in 1963 eigenlijk wel opgenomen had moeten worden, voorts of men zich van de consequenties van dat artikel destijds geheel en al bewust is geweest, en ten slotte of het alsnog schrappen ervan niet verstandig zou zijn. Men zou kunnen zeggen dat die discussie met name gevoed werd door de opkomst van de biotechnologie. Stond het genetisch modificeren ten tijde van de totstandkoming van het Verdrag van Straatsburg nog volstrekt in de kinderschoenen, in de jaren daarna gingen de ontwikkelingen steeds

---

<sup>4</sup> Voor een “update” zie P.A.C.E. van der Kooij, ‘Afgeleide rassen anno 2008’, *Tijdschrift voor Agrarisch recht* 2008, p. 311 e.v.

<sup>5</sup> Verdrag betreffende de eenmaking van enige beginselen van het octrooirecht d.d. 27 november 1963, *Trb.* 1964, 173.

<sup>6</sup> Verdrag inzake de verlening van Europese octrooien d.d. 5 oktober 1973; zie voor de huidige versie *Trb.* 2000, 64.

<sup>7</sup> Zie voor een overzicht bijv. G. van Overwalle, *Octrooierbaarheid van plantenbiotechnologische uitvindingen*, Brussel 1996, p. 119 e.v.

sneller, en met de toename van de investeringen en de daaruit voortvloeiende resultaten, ook op het gebied van de plantenveredeling, werd ook de roep om adequate bescherming steeds sterker. Omdat, zoals hiervoor kort aangegeven, de omvang van de kwekersrechtelijke bescherming betrekkelijk gering was, werd het octrooirecht hoe langer hoe meer te hulp geroepen. De rechter bleek (met name in het buitenland) in een aantal gevallen bereid de uitsluiting van plantenrassen zo beperkt mogelijk uit te leggen, zodat octrooirechtelijke bescherming voor (delen van) planten én inventieve methoden om planten te verbeteren kon worden verkregen.<sup>8</sup>

## 5. De Richtlijn-biotechnologie

Een en ander ging echter naar het oordeel van de Europese wetgever nog niet ver genoeg. Men constateerde enerzijds grote verschillen tussen de lidstaten wat betreft de bestaande mogelijkheden om via het octrooirecht plantaardig (of ruimer: biologisch) materiaal te beschermen, en anderzijds zag men met lede ogen aan, dat vooral in de V.S. en Japan het ene na het andere octrooi op dit gebied werd verleend, hetgeen op termijn als een serieuze bedreiging van de concurrentiepositie van de Europese Gemeenschap als geheel werd gezien.

Een richtlijn moest hierin verandering brengen. Dat bleek gemakkelijker gezegd dan gedaan. Uiteindelijk heeft het tien jaar geduurd voordat er witte rook uit de Brusselse schoorstenen kwam. De komst van de richtlijn<sup>9</sup> werd met name vertraagd door de vele ethische vragen die de bescherming van levende materie opriep. In feite spitste de discussie zich toe op de mogelijke bescherming van delen van dieren en vooral mensen; de eventuele consequenties van de voorgestelde regels voor de plantenveredeling, en voor de verhouding op dat terrein tussen het octrooi- en het kwekersrecht, bleven relatief sterk onderbelicht.

Ik noem een paar bepalingen uit deze richtlijn. Ingevolge art. 1 zijn de lidstaten van de EG verplicht biotechnologische uitvindingen door middel van hun nationale octrooirecht te beschermen. De in de richtlijn dikwijls gebruikte term “biologisch materiaal” wordt in art. 2 lid 1 sub a gedefinieerd als: “materiaal dat genetische informatie bevat en zichzelf kan repliceren of in een biologisch systeem kan worden gerepliceerd.”

Art. 4 lid 1 sub a verklaart planten- en dierenrassen niet vatbaar voor octrooiering; hetzelfde geldt (sub b) voor werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van planten of dieren. Men heeft deze regels, die we hiervóór al tegenkwamen, dus gehandhaafd. Daarbij heeft met name een rol gespeeld dat men de totstandkoming van de richtlijn niet nog verder wilde vertragen. Het *niet* opnemen van deze regels (of liever gezegd, het opnemen van de tegenovergestelde bepaling, inhoudende dat planten- en dierenrassen als zodanig voor een octrooi in aanmerking

---

<sup>8</sup> Zie voor enkele voorbeelden bijv. E.A. van Nieuwenhoven Helbach/J.L.R.A. Huydecoper/C.J.J.C. van Nispen, *Industriële eigendom, deel 1, Bescherming van technische innovatie*, Deventer 2002, p. 108 e.v.

<sup>9</sup> Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, *Pb.EG* d.d. 30 juli 1998, L 213/13.

kunnen komen) zou immers betekend hebben, dat óók bijv. het Verdrag van Straatsburg en het Europees Octrooiverdrag op dit punt zouden moeten worden aangepast.

Ingevolge art. 4 lid 2 is voorts een uitvinding die op planten of dieren betrekking heeft octrooieerbaar, indien de uitvoerbaarheid van die uitvinding zich technisch gezien niet beperkt tot een bepaald plantenras of dierenras.

Voor het onderwerp van deze bijdrage is vooral van belang hetgeen de artt. 8 en 9 van de richtlijn bepalen. Art. 8 lid 1 luidt als volgt: “De bescherming die wordt geboden door een octrooi voor biologisch materiaal dat door de uitvinding bepaalde eigenschappen heeft verkregen, strekt zich uit tot ieder biologisch materiaal dat hieruit door middel van propagatie of vermeerdering in dezelfde of in gedifferentieerde vorm wordt gewonnen en diezelfde eigenschappen heeft.” Art. 8 lid 2 bespreekt de beschermingsomvang van een octrooi voor een werkwijze voor de voortbrenging van biologisch materiaal. En art. 9 zegt: “De bescherming die wordt geboden door een octrooi voor een voortbrengsel dat uit genetische informatie bestaat of dat zulke informatie bevat, strekt zich (...) uit tot ieder materiaal waarin dit voortbrengsel wordt verwerkt en waarin de genetische informatie wordt opgenomen en haar functie uitoefent.”

Als gevolg van de implementatie van de richtlijn in onze eigen wet<sup>10</sup> staat een en ander tegenwoordig ook resp. in de artt. 2a en 53a ROW 1995.

Het was van meet af aan duidelijk dat de richtlijnbepalingen erg ver gingen, met name ook indien men ze door de ogen van een traditionele veredelaar bekeek. Octrooirechtelijke bescherming van planten, om precies te zijn planten waarin met behulp van biotechnologie een bepaald gen was ingebracht (dat het gewas bijv. tegen een ziekte beschermd), was nu in de hele EG mogelijk geworden. Dit had tot gevolg dat gebruikmaking van die planten voor verdere veredeling niet meer was toegestaan, óók niet het gebruik van de nakomelingen daarvan, zonder toestemming van en betaling aan de octrooihouder die het bewuste gen (bijv. in een tomaat) had geïsoleerd, de functie ervan had achterhaald, en het weer in een ander organisme (bijv. een aardappel) had geïmplant. Was datzelfde gen ook “bruikbaar” bij allerlei andere gewassen, dan kon men het octrooi zo omschrijven dat het zich ook daarover uitstrekte.

In eerdere publicaties, verschenen kort na de totstandkoming van de richtlijn, heb ik op het voorgaande gewezen, en mij daarbij hardop afgevraagd, of op deze manier het kwekersrecht niet dreigde op een zijspoor gemanoeuvred te worden.<sup>11</sup> Want het leek een fluitje van een cent om een octrooischrift zó in te richten, dat het officieel niet op plantenrassen betrekking had (dat mocht immers niet van de wetgever) maar in wezen wél: als één plant een geoctrooieerd gen meedraagt, geldt dat evenzeer voor een groep

---

<sup>10</sup> Hetgeen bepaald niet zonder slag of stoot geschiedde, zie P.A.C.E. van der Kooij, ‘Met onwillige honden...’ Over de implementatie van de EG-richtlijn biotechnologie’, *Agrarisch recht* 2003, p. 215 e.v.

<sup>11</sup> Zie bijv. P.A.C.E. van der Kooij, ‘De EG-richtlijn inzake biotechnologie, of: de opoffering van het kwekersrecht aan het octrooirecht’, *Agrarisch recht* 1989, p. 403 e.v.; idem, ‘Octrooirecht, Kwekersrecht, Biotechnologie’, *CIEP-lezingen* 1991-1992, Bundel opstellen uitgebracht door het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht, Utrecht 1993, p. 37 e.v.

van dezelfde planten die samen het ras in kwestie vormen. En inderdaad, eind 1999 besliste de Grote Kamer van Beroep van het Europees Octrooibureau dat planten als zodanig octrooieerbaar zijn, zelfs als de desbetreffende octrooiconclusie, hoewel daarin geen specifiek plantenras wordt geïdentificeerd, wel één of meer plantenrassen omvat.<sup>12</sup>

Kortom, mede als gevolg van de bepalingen van de EG-richtlijn biotechnologie kreeg het kwekersrecht een zeer geduchte concurrent, die individuele eigenschappen van planten bescherming biedt en die geen “breeder’s exemption” kent.

## 6. Stand van zaken anno 2009; enkele initiatieven en suggesties

Na de introductie van de EG-richtlijn zijn intussen al weer twintig jaren verstreken, en langzaam maar zeker is –helaas- duidelijk geworden dat het bovenstaande een serieuze bedreiging voor de (“klassieke”, maar in feite ook de “geavanceerde”) plantenveredeling vormt. Steeds meer kweekmethoden en individuele karaktertrekken van planten worden geoctrooieerd, hetgeen deels ook een gevolg is van een andere ontwikkeling: schaalvergroting in een aantal sectoren van de land- en tuinbouw. Enkele grote internationale ondernemingen (met name op farmaceutisch terrein) hebben in de loop der jaren vele, vaak betrekkelijk kleine veredelingsbedrijven opgekocht; zij bezitten tevens de middelen om de kostbare technologie te benutten en daarin via hoge investeringen voortdurend verbeteringen aan te brengen.

Dit alles was onlangs onderwerp van discussie tijdens een door Plantum NL<sup>13</sup> georganiseerde themamiddag. Vanuit “de industrie” werd aldaar, kort gezegd, gepleit voor het huidige systeem, waarbij de kweker die gebruik wenst te maken van geoctrooieerd plantmateriaal, hetzij de beschermde eigenschap er eerst uit zou kunnen kruisen, hetzij een licentie zou kunnen aanvragen voor gebruik van het materiaal mét die eigenschap. Plantum NL maakte tijdens de bijeenkomst een kort daarvoor vastgesteld gemeenschappelijk standpunt openbaar. Mede geïnspireerd door buitenlandse octrooiwetgeving (in het bijzonder de Franse en Duitse)<sup>14</sup> stelde Plantum NL voor, in onze eigen octrooieregeling op te nemen dat het uitsluitend recht van de octrooihouder zich niet uitstrekt over het gebruik van geoctrooieerd plantmateriaal voor veredelingsdoeleinden, gevolgd door (en zo ver gaan Frankrijk en Duitsland dan weer niet) vrije commercialisatie van het daaruit resulterende ras. Invoering van een volledige “breeder’s exemption” in het octrooirecht dus.

Uit de discussie bleek dat het merendeel van de aanwezigen (vooral, maar niet uitsluitend, vertegenwoordigers uit de veredelingssector) dit laatste standpunt onderschreef. Maar ook het eerstgenoemde standpunt van “de industrie” vond enige weerklank. Pluspunt van de bijeenkomst was m.i. in elk geval, dat daarin zeer nadrukkelijk de aandacht op de

<sup>12</sup> GKvB EOB 20 december 1999, zaak nr. G 1/98, *OJ EPO* 2000, p.111 e.v. (Transgenic plant/Novartis II). Zie voor een bespreking S. Bostyn, ‘Witte rook boven het Europees Octrooibureau. De beslissing van de Grote Kamer van Beroep in de Novartis zaak en de octrooieerbaarheid van planten’, *BIE* 2000, p. 201 e.v.

<sup>13</sup> Dit is de brancheorganisatie voor bedrijven die in de sector plantaardig uitgangsmateriaal actief zijn; zie [www.plantum.nl](http://www.plantum.nl)

<sup>14</sup> Vgl. resp. art. L 613-5-3 Code de la Propriété Intellectuelle en § 11 Patentgesetz.

problematiek werd gevestigd, en dat de heldere standpunten over en weer een goede aanzet voor verdere discussie zijn.

Vanzelfsprekend kleven aan beide zienswijzen bezwaren, c.q. roepen zij vragen op. Bij het “industrie”-standpunt kan men zich afvragen, of en in hoeverre het uitkruisen van een bepaalde (geoctrooieerde) eigenschap een reële optie is: is het altijd technisch gezien mogelijk, leidt het niet tot (te hoge) extra kosten, en wat te doen als de plant in kwestie intussen, na vele achtereenvolgende verbeteringen (zoals in de plantenveredeling de gewoonste zaak van de wereld is), vijf of tien afzonderlijk beschermde karaktertrekken in zich draagt? Ook wat betreft de mogelijkheid van licentiëring rijzen lastige vragen: vallen de kosten daarvan door een individuele kweker te dragen, a fortiori als het om een veelheid aan af te sluiten licentieovereenkomsten (met verscheidene octrooihouders) zou gaan; kan de veredelaar altijd gemakkelijk achterhalen of er überhaupt (nog) één of meer octrooien op een plant rusten, en als hij dat al te weten is gekomen (al dan niet na inschakeling van een octrooigemachtigde), hoe moet hij zo’n octrooi dan interpreteren, en wat te doen als de octrooihouder daar een andere uitleg tegenover stelt? Over de alsdan eventueel noodzakelijke gang naar de rechter is dan nog niet eens gesproken. En daarvan moet men in dit verband –als gegadigde voor een licentie- niet al te hoge verwachtingen hebben. Het is al heel lang geldend recht, dat wie zich op een intellectueel eigendomsrecht beroept, onder omstandigheden veroordeeld kan worden wegens misbruik van een machtspositie (zie onder meer art. 82 EG-Verdrag), maar in beginsel valt het weigeren van een licentie, zelfs tegen billijke royalty’s, daar niet onder.<sup>15</sup>

Terzijde merk ik op, dat de EG-richtlijn wel voorziet in de verlening van gedwongen licenties over en weer (dus door octrooihouders aan kwekersrechthouders en vice versa).<sup>16</sup> Maar of een dergelijke regeling een echte oplossing voor het probleem vormt is de vraag. Niet uit te sluiten valt immers dat er ook in het geval van een gedwongen licentie nog altijd (te) veel geld op tafel moet komen, waar met name de “gewone” kweker sinds jaar en dag gewend is aan de vrije beschikbaarheid van het uitgangsmateriaal.

Ook op het Plantum-standpunt valt echter kritiek te leveren. Het houdt immers niet of nauwelijks rekening met de positie van de uitvinder/octrooihouder, die met behulp van zijn verworven uitsluitend recht de veelal hoge onderzoekskosten wil terugverdienen (al was hij dan natuurlijk wel in zoverre in het voordeel, dat hij bij de aanvang van zijn werkzaamheden vrij gebruik kon maken van kwekersrechtelijk beschermd plantmateriaal). Ook bij de politieke haalbaarheid van dit voorstel kan men wel vraagtekens zetten. Invoering daarvan zou immers een radicale verandering van het bestaande systeem betekenen, en moeten leiden tot wijziging van de nationale én internationale octrooieregelingen. En dat gaat ongetwijfeld heel lang duren; de in paragraaf 5 hiervóór gemaakte opmerkingen over de totstandkoming van de Richtlijn biotechnologie zeggen genoeg, dunkt mij.

---

<sup>15</sup> Vgl. HvJ EG 5 oktober 1988, *NJ* 1991, 106 (Renault/Maxicar); HvJ EG 5 oktober 1988, *NJ* 1991, 107 (Volvo/Veng).

<sup>16</sup> Zie art. 12 Richtlijn; zie voor het Nederlandse recht ook art. 57 leden 5 en 6 ROW 1995 en art. 61 leden 3 en 4 ZPW 2005.

Hoe nu verder? Voor alle duidelijkheid: investeringen moeten terugverdiend kunnen worden, en op zichzelf valt het m.i. te rechtvaardigen dat dat –óók als het om eigenschappen van planten zou gaan, of om verbeterde kweekmethoden- via het octrooirecht geschiedt, ervan uitgaande uiteraard dat aan de materiële vereisten voor octrooiverlening is voldaan (in het bijzonder die van nieuwheid, inventiviteit en nawerkbaarheid). Het zou dan echter niet zo moeten zijn, dat een en ander binnen een rigide systeem van eindeloze onderlinge afhankelijkheden zou plaatsvinden. Dat zou er immers, vroeger of later, toe leiden, het zij herhaald, dat het gebruik maken van bestaand (en beschermd) plantmateriaal (door een “traditionele” kweker of door “de industrie”) slechts na verkregen toestemming van een of meer (of zelfs heel veel) octrooihouders mogelijk zou zijn. En dat zou weleens het einde van de (klassieke, maar wie weet ook de “geavanceerde”) plantenveredeling kunnen betekenen. Ik heb daarom op zichzelf sympathie voor een voorstel zoals dat van Plantum NL. Maar het zal, vrees ik, op de een of andere manier aangepast moeten worden (bijv. naar Frans of Duits voorbeeld, zie hiervóór) om ooit (en liefst binnen afzienbare tijd) geldend recht te worden.

Wellicht dat op termijn, en als het niet anders kan buiten de wetgever om, internationale consensus kan worden bereikt over de een of andere, verdergaande “open source”-regeling. Het zou dan moeten gaan om afspraken binnen de sector van de plantenveredeling in de ruime zin van het woord, om vrij gebruik te kunnen maken van elkaars plantmateriaal, hoe dit ook beschermd is, eventueel tegen een (zeer geringe) standaardvergoeding, en dit vergezeld van afspraken over vrije commercialisering. Zeker indien het zo is, dat we hier spreken over een betrekkelijk klein aantal “spelers” (met name waar het “de industrie” aangaat) zou het het overwegen waard zijn te trachten iets dergelijks van de grond te krijgen. Ik ben mij ervan bewust dat ook dit geen eenvoudig traject is. De inmiddels opgedane ervaringen met het maken van afspraken over afgeleide rassen spreken boekdelen (zie voetnoot 4). Maar het lijkt mij het proberen waard. Overigens zien we ook op andere deelreinen van de intellectuele eigendom, zoals in het auteursrecht,<sup>17</sup> dat “open source”-regelingen steeds vaker onderwerp van gesprek zijn.

Ik vermeld hier nog een tweede initiatief. De minister van LNV heeft eerder dit jaar toegezegd een studie te laten uitvoeren naar, kort gezegd, de problemen die de overlapping tussen octrooi- en kwekersrecht meebrengt. Die studie is intussen opgestart. Komend najaar moet er een rapport liggen dat de minister vervolgens aan de Tweede Kamer zal sturen, opdat de discussie aldaar –en vanzelfsprekend ook internationaal- kan worden voortgezet.

Wordt dus vervolgd!

Leiden, juni 2009.

---

<sup>17</sup> Zie bijv. voor de mogelijkheden van “licentiëren onder prettige voorwaarden” (van met name auteursrechtelijk beschermd werk): <http://creativecommons.nl>, alsmede –toegespitst op plantaardig materiaal- het International Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, te vinden op: [http://www.planttreaty.org/texts\\_en.htm](http://www.planttreaty.org/texts_en.htm).



## Summary

As a result of the EC Directive on biotechnological inventions plants and parts of plants, as well as new and inventive breeding methods can be patented in all EC Member States. The patent system does not allow a patented plant to be used for further breeding and the commercialization of the varieties resulting from it, unless the breeder has obtained a license from the patentee.

Plant varieties as such cannot be protected by a patent, but only by plant breeder's rights. On the other hand, it has been decided by the Enlarged Board of Appeal of the European Patent Office, that a patent claim wherein specific plant varieties are not individually claimed is not excluded from patentability under Article 53(b) EPC, even though it may embrace plant varieties.

Unlike patent law, plant variety protection law allows the breeder to use existing (and even protected) planting material for breeding activities and also enables him (unless the new variety is an essentially derived variety) to put new varieties on the market without having to pay royalties to former breeders, the so-called "breeder's exemption".

This article discusses the problems that arise from the above-mentioned overlap. Should the legislator introduce a "breeder's exemption" in patent law as well, or would that harm the rights of patent holders too much?

The author expresses his sympathy with regard to implementation of a breeder's exemption in patent law, but also stresses the need for a fair remuneration for patentees, taking into account the high costs of their investments. Moreover, he wonders whether such a revolutionary amendment of existing legislation would be politically achievable within a reasonable term.

Therefore, perhaps in the not too distant future some kind of "open source"-system could be introduced by the breeders themselves (holders of patents and of plant breeder's rights) to solve the problems. The discussions on this topic have only just begun.