WOORD VOORAF
AVANT-PROPOS

Of plants and patents

Ellen Crabbe en Christian Dekoninck

Terwijl de hele wereld schijnbaar al enkele maanden alle aandacht richt op de COVID-19-pandemie die rondwaart en de gevolgen die hiermee gepaard gaan, was het een kort persbericht van het Europees Octrooibureau dat op 14 mei 2020 stof deed opwaaien in octrooimiddens: de Grote Kamer van Beroep van het Europees Octrooibureau besloot in beslissing G 3/19 (de *Pepper*-beslissing) dat planten verkregen via veredeling niet langer octrooieerbaar zijn[1]. Daarmee komt de Grote Kamer van Beroep verrassend terug op haar eigen eerdere beslissingen van 25 maart 2015 over dit onderwerp (de *Broccoli/Tomato II*-beslissingen), waarin geoordeeld werd dat octrooien op via verdeling verkregen planten wél konden, op voorwaarde dat deze planten nieuw en inventief waren[2]. Als verklaring voor deze U-bocht, stelt de Grote Kamer van Beroep dat de interpretatie van wetgevende teksten niet gehouwen is in steen ("*not carved in stone*", zo staat er letterlijk) en dat de betekenis van een bepaalde tekst kan veranderen of evolueren in de tijd. De interpretatie van een tekst maakt dus het voorwerp uit van een voortschrijdend en dynamisch inzicht. Hiermee voegt de Grote Kamer van Beroep een nieuw hoofdstuk toe aan de saga omtrent de octrooieerbaarheid van planten.

Aan de grondslag van de discussie die nu al ettelijke jaren woedt, ligt artikel 53, b) van het Europees Octrooiverdrag ("EOV"), waarin zowel planten- als dierenrassen op zich als veredelingsprocessen (= werkwijzen van wezenlijk biologische aard) worden uitgesloten van octrooieerbaarheid:

"*Europese octrooien worden niet verleend voor:*
(...)

b) planten- of dierenrassen of werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van planten of dieren; deze bepaling is niet van toepassing op microbiologische werkwijzen of hierdoor verkregen voortbrengselen;
(...)"

Reeds in 2010 boog de Grote Kamer van Beroep zich een eerste maal over de betekenis vlan artikel 53, b) EOV in wat bekend staat als de *Tomato & Broccoli I*-beslissing[3]. In 2010 betrof de beslissing echter nog louter de interpretatie van het begrip *werkwijzen van wezenlijk biologische aard*. Veredelingsprocessen die hoofdzakelijk bestaan uit kruisen en selecteren van planten, zo werd geoordeeld, zijn niet voor octrooieerbaarheid vatbaar daar deze processen als werkwijzen van wezenlijk biologische aard in de zin van artikel 53, b) EOV werden beschouwd.

Maar wat dan met planten die uit deze niet-octrooieerbare processen voortvloeien? Zijn deze dan wél octrooieerbaar? Artikel 53, b) EOV noch regel 28 van het uitvoeringsreglement, dat artikel 53, b) EPC verder verklaart, laten zich hier expliciet over uit en ze lieten niet toe om een éénduidige conclusie te trekken.

In 2012 oordeelde een Nederlandse rechter in kort geding dat de uitzondering van artikel 53, b) EOV tevens diende te worden doorgetrokken naar planten die via veredeling werden verkregen[4]. Immers, zo oordeelde de Haagse kortgedingrechter, het toelaten van dergelijke octrooien zou een uitholling van de wetgeving en met name artikel 53, b) EOV betekenen. In de bodemprocedure oordeelde de rechtbank echter dat de geclaimde materie (een plant met bijzondere kenmerken) niet viel onder de uitzondering op de octrooieerbaarheid van "*werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van planten*" in de zin van artikel 53, b) EOV[5]. Deze uitzondering zou volgens de Nederlandse bodemrechter immers beperkt zijn tot de *werkwijzen* op zich en dus niet tot de specifieke planten die het resultaat zijn van de van bescherming uitgesloten werkwijzen.

Ook voor het EOB werd deze discussie gevoerd en de vraag kwam uiteindelijk bij de Grote Kamer van Beroep terecht. De zienswijze van de Nederlandse bodemrechter werd

1. G 3/19, gepubliceerd op de website van het EOB, www.epo.org. Op het moment van publicatie was enkel de Engelse versie van deze beslissing beschikbaar. Een ingekorte versie van de beslissing vindt u verder in dit nummer.
2. G 2/12 en G 2/13, gepubliceerd op de website van het EOB, www.epo.org.
3. G 1/08 en G 2/07, gepubliceerd op de website van het EOB, www.epo.org.
4. Rb. s-Gravenhage 31 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV2291, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.
5. Rb. s-Gravenhage 8 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19677, gepubliceerd op www.rechtspraak.nl.

gevolgd door de Grote Kamer van Beroep in de zogenaamde *Tomato & Broccoli II*-beslissingen van 25 maart 2015[6]. Zij oordeelde dat de uitzondering zoals beschreven in artikel 53, b) EOV uitsluitend betrekking had op werkwijzen en dus niet kon worden uitgebreid naar planten op zich. Octrooien op planten die het resultaat waren van werkwijzen van wezenlijk biologische aard waren dus wél toegestaan[7]. Hiermee leek de kous af, en de discussie beslecht.

Dit was echter buiten de Europese Commissie gerekend. In 2016 stelde die in een verklarende nota dat het nooit de bedoeling was geweest om octrooien te verlenen op natuurlijke eigenschappen die via natuurlijke weg worden ingekruist in planten. De zienswijze van de Europese Commissie werd gevolgd door de meeste lidstaten, en als respons hierop paste de Raad van Bestuur van het EOB in juli 2017 regel 28 van het uitvoeringsreglement aan. Hieraan werd een tweede paragraaf toegevoegd waarin uitdrukkelijk wordt bepaald dat planten (of dieren) die exclusief verkregen werden via werkwijzen van wezenlijk biologische aard niet octrooieerbaar zijn. Via een wijziging van het uitvoeringsreglement door de Raad van Bestuur van het EOB, en dus niet via een wijziging van het verdrag zelf, wat de instemming van alle lidstaten zou vereisen en alle bijhorende ratificatieprocedures, dacht men de zaak snel te kunnen oplossen.

Dat was echter buiten de onafhankelijke rechters van de Kamers van Beroep van het EOB gerekend. In een zaak aangespannen door Syngenta, dat een octrooi op een peperplant afgewezen zag op grond van de aangepaste spelregels, gooide een Kamer van Beroep opnieuw de knuppel in het hoenderhok. Bij de *Pepper*-beslissing van 5 december 2018 oordeelde deze dat de aanpassingen aan regel 28 van het uitvoeringsreglement niet rechtsgeldig waren en in strijd met de eerdere uitspraken van de Grote Kamer van Beroep in G 2/12 en G 2/13[8]. Volgens de Kamer van Beroep prevaleerde de interpretatie die in deze uitspraken door de Grote Kamer van Beroep gegeven werd aan artikel 53, b) EOV boven de aangepaste regel 28 van het uitvoeringsreglement. De redenering van de Kamer van Beroep steunde op artikel 164, (2) EOV dat uitdrukkelijk bepaalt dat de bepalingen van het verdrag voorrang hebben op die van het uitvoeringsreglement. Octrooien op planten waren volgens de Kamer van Beroep met andere woorden wél rechtsgeldig, en konden niet worden afgewezen op basis van het uitvoeringsreglement, dat werd aangepast door de Raad van Bestuur nadat de Grote Kamer van Beroep een uitspraak in andere zin had gedaan.

Deze uitspraak van de Kamer van Beroep in de *Pepper*-zaak stortte de wereld van de plantenoctrooien opnieuw in een impasse. Alle lopende zaken werden met onmiddellijke ingang opgeschort. Om een einde te maken aan de juridische onzekerheid vroeg de voorzitter van het EOB in april 2019 opnieuw uitleg aan de Grote Kamer van Beroep. Op grond van artikel 112 EOV kan de voorzitter inderdaad een rechtsvraag voorleggen aan de Grote Kamer van Beroep "*wanneer twee kamers van beroep uiteenlopende beslissingen over deze vraag hebben genomen*". De voorzitter stelde hierbij twee vragen:

– in de eerste plaats vroeg hij of artikel 53 EOV verduidelijkt kon worden in het uitvoeringsreglement zonder hierbij gebonden te zijn door eerdere uitspraken van de Kamers van Beroep of de Grote Kamer van Beroep; en
– indien het antwoord op de eerste vraag ja was, vroeg hij of de aangepaste regel 28, volgens dewelke planten (of dieren) die exclusief verkregen worden via werkwijzen van wezenlijk biologische aard niet octrooieerbaar zijn, in overeenstemming was met artikel 53, b) EOV dat deze materie niet uitdrukkelijk uitsluit of toelaat.

In haar beslissing van 14 mei 2020 moest de Grote Kamer van Beroep allereerst oordelen over de ontvankelijkheid van deze vragen. Velen wezen er immers op dat er geen sprake was van uiteenlopende beslissingen, waardoor de ontvankelijkheid van de vragen van de voorzitter in twijfel kon worden getrokken. De Grote Kamer van Beroep was van oordeel dat de eerste vraag hoe dan ook veel te ruim was geformuleerd: indien hier ja op werd geantwoord, zou aan de raad van bestuur van het EOB *de facto* een carte blanche worden gegeven om af te wijken van de vaste rechtspraak van de Kamers van Beroep. Dit zou erop neerkomen dat de raad van bestuur de mogelijkheid zou krijgen om aldus het verdrag zelf te wijzigen buiten de voorziene procedures om. Ook de tweede vraag werd te suggestief geacht in de zin dat al wordt aangegeven dat artikel 53, b) EOV deze materie niet uitdrukkelijk zou uitsluiten of toelaten. De Grote Kamer van Beroep besloot om beide vragen van de voorzitter te herformuleren en stelde in essentie de vraag of de uitzondering voorzien in artikel 53, b) EOV alsnog anders geïnterpreteerd kan worden gelet op ontwikkelingen die zich hebben voorgedaan na eerdere uitspraken van de Grote Kamer van Beroep over dit artikel 53, b) EOV. Het is de ontvankelijkheid van deze geherfomuleerde vraag die werd beoordeeld. Deze vraag werd ontvankelijk geacht omdat hier inderdaad uiteenlopende beslissingen over bestonden.

Wat betreft de grond van de zaak, oordeelde de Grote Kamer van Beroep verder dat octrooien op planten verkregen via verdeling wel degelijk niet langer toegelaten kunnen worden. Het verbod is evenwel enkel van toepassing op aanvragen van ná 1 juli 2017 (datum van aanpassingen van de richtlijnen) en heeft geen impact op octrooien die vóór deze datum werd verleend of aanvragen die werden ingediend vóór 1 juli 2017.

De uitspraak van de Grote Kamer van Beroep komt als een verrassing voor velen, niet in het minst omdat deze lijnrecht

6. G 2/12 en G 2/13, gepubliceerd op de website van het EOB, www.epo.org.
7. G 2/12 en G 2/13, gepubliceerd op de website van het EOB, www.epo.org.
8. T 1063/18, gepubliceerd op de website van het EOB, www.epo.org.

ingaat tegen de eerdere *Tomato & Broccoli II*-beslissing. Als verklaring voor deze schijnbare tegenstelling in de juridische interpretatie van artikel 53, b) EOV door één en dezelfde instantie stelt de Grote Kamer van Beroep dat interpretaties van de wet kunnen veranderen. Nog volgens de Grote Kamer van Beroep zijn er in dit geval voldoende redenen om aan te nemen dat een grammaticaal restrictieve interpretatie van artikel 53, b) EOV, zoals eerder werd aanvaard, conflicteert met de werkelijke intenties van de wetgever, die blijken uit latere evoluties. Om het met de exacte woorden van de Grote Kamer van Beroep te zeggen:

a grammatical and restrictive interpretation of the wording of Article 53(b) EPC conflicts with the legislator's aims, whereas a dynamic interpretation may bring a result that diverges from the wording of the law.

Wat de Grote Kamer van Beroep in wezen zegt, is dat de tijdsgeest sinds het ontstaan van het Europees octrooiverdrag en sedert eerdere beslissingen G 2/12 en G 2/13 veranderd is. Inderdaad, de stemmen om wat men "monopolies op de natuur" noemt een halt toe te roepen, werden almaar luider. In haar motivering verwijst de Grote Kamer van Beroep onder meer naar de lidstaten, waarbij de meerderheid van de lidstaten in de vergadering van de administratieve raad in juni 2017 vóór een inperking van plantenoctrooien ijverde middels een aanpassing van regel 28 van het uitvoeringsreglement (35 stemden voor; 1 onthouding; 1 afwezige). Ook het feit dat vele lidstaten al bepalingen in hun nationale wetgeving hebben opgenomen die octrooien op planten verbieden (onder andere in Frankrijk en Nederland), illustreert volgens de Grote Kamer van Beroep hoezeer de visie van de lidstaten sedert G 2/12 en G 2/13 veranderd is.

Aangezien de aanpassing van regel 28 van het uitvoeringsreglement bovendien niet in strijd is met de exacte bewoording van artikel 53, b) EOV, oordeelde de Grote Kamer van Beroep dan ook dat een dynamische invulling van artikel 53, b) EOV aan de orde is. De eerdere interpretatie van artikel 53, b) EOV zoals gegeven in G 2/12 en G 2/13 werd dan ook expliciet verlaten en in het licht van de in juli 2017 aangepaste regel 28 van het uitvoeringsreglement werd geoordeeld dat de uitzondering betreffende "*werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van planten*" tevens van toepassing is op de producten die exclusief verkregen worden via dergelijke werkwijzen.

Hiermee komt schijnbaar een einde aan een jarenlange discussie over een uiterst gevoelig en sterk gemediatiseerd onderwerp. De beslissing van de Grote Kamer van Beroep zal uiteraard een onmiddellijke impact hebben op de agrosector, en op de manier hoe deze sector met intellectuele eigendom zal moeten omgaan in de komende jaren. Misschien zal dit de populariteit van het kwekersrecht ten goede komen, al valt dit nog af te wachten. De uitspraak heeft echter ook een grotere maatschappelijke impact, omdat het één van de eerste keren is dat de Grote Kamer van Beroep van het EOB de interpretatie van de wetgeving expliciet laat beïnvloeden door de heersende tijdsgeest en de wil van de verschillende lidstaten. Hoewel dit niet noodzakelijk een slechte evolutie is, laat heel deze zaak toch een beetje een wrange nasmaak. Het lijkt er immers sterk op dat de onafhankelijke rechters van het EOB zwaar onder druk zijn gezet geweest om een eerdere beslissing te herzien om een aanpassing van het verdrag, wat veel meer tijd en moeite zou kosten, zelf te vermijden.

In een tijd waarin de wereld door een minuscuul virus verplicht wordt om de tot nu toe gehanteerde principes te gaan hertekenen, valt niet uit te sluiten dat deze beslissing een precedent schept voor andere maatschappelijke debatten omtrent intellectuele eigendom. Wij denken hierbij aan mogelijke debatten rond dwanglicenties of rond de zogenaamde patent pools en kunnen alleen maar hopen dat de rechtbanken niet zullen zwichten voor de eventuele druk om tot (beweerde) maatschappelijk gewenste resultaten te komen in plaats van waar nodig de wetgeving aan te passen of te verduidelijken. Dat middel lijkt ons veel erger dan de kwaal …