

Pittige kost

Donkere pepertjes leggen de zwaktes van het Europese octrooisysteem bloot

prof. mr. P.H. Blok¹

1. Inleiding

Terwijl de wereld tot stilstand kwam vanwege de eerste coronagolf, heeft de Grote Kamer van Beroep van het Europees Octrooibureau in mei 2020 een uitspraak gedaan die het Europese octrooistelsel heeft doen schudden op zijn grondvesten. In een zaak over een octrooi op extreem donkergroene pepertjes oordeelde de Grote Kamer dat geen octrooien kunnen worden verleend voor planten en dieren die uitsluitend met een wezenlijk biologische werkwijze zijn verkregen.² In dit artikel zal de achtergrond en betekenis van die uitspraak worden geschetst. Na een korte inleiding in het octrooirecht op biologisch materiaal en een beschrijving van de aanloop naar de pepertjes-uitspraak, zal worden ingegaan op de betekenis van de uitspraak zowel voor de agrarische praktijk, als voor het Europese octrooisysteem. Betoogd zal worden dat de impact van de uitspraak op agrarische sector minder groot is dan die op het eerste gezicht lijkt, maar dat de zaak een harde slag toebrengt aan het Europese octrooisysteem.

2. Octrooien op biologisch materiaal

Nederland kent twee soorten octrooien: Nederlandse octrooien en Europese octrooien. Het belangrijkste verschil tussen die twee soorten is de wijze van verlening. Octrooiencentrum Nederland (OCNL) verleent de Nederlandse octrooien en doet dat zonder te toetsen of de geclaimde uitvinding voldoet aan de materiële vereisten, zoals nieuwheid en inventiviteit. Het Europees octrooibureau (EOB) is verantwoordelijk voor de verlening van de Europese octrooien en verleent die alleen als een octrooiaanvraag aan alle vereisten van het Europees Octrooi-verdrag (EOV) voldoet. In de pepertjes-zaak gaat het om de aanvraag voor een Europees octrooi. Daarom richt de navolgende beschrijving zich op het juridisch kader voor Europese octrooien.

Een van de materiële eisen waaraan een Europese octrooiaanvraag moet voldoen, is dat het onderwerp van de aanvraag octrooieerbare materie is. Die eis houdt in i) dat de aanvraag betrekking heeft op een 'uitvinding' in de zin van art. 52 EO (in tegenstelling tot bijvoorbeeld esthetische vormgeving of een wetenschappelijke theorie), en ii) dat de uitvinding niet valt onder de uitzonderingen van art. 53 EO. Het geschil in de pepertjes-zaak gaat over een van die uitzonderingen. Die uitzondering staat in art. 53 sub b EO en luidt als volgt:

Europese octrooien worden niet verleend voor: [...] 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;

Ten tijde van de totstandkoming van het Europese octrooirecht in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw was deze uitzondering niet echt controversieel. Om verschillende redenen vond men het octrooisysteem toen minder geschikt voor de bescherming van biologisch materiaal.³ Zo leken de octrooirechtelijke vereisten van nieuwheid en nawerkbaarheid niet goed toepasbaar op innovaties op het gebied van planten en dieren. Bovendien bestond voor planten al een alternatief stelsel van bescherming dat wel is toegesneden op de eigenaardigheden van biologische innovaties, te weten het kwekersrecht.

Sinds de inwerkingtreding van het EO in 1977 is echter veel veranderd op het gebied van de ontwikkeling van biologisch materiaal.⁴ Vooral de mogelijkheden om door middel van genetische modi-

1. Peter Blok is hoogleraar octrooirecht en privacy aan de Universiteit Utrecht en raadsheer in het Gerechtshof Den Haag.
2. GKB 14 mei 2020, G 0003/19, ECLI:EP:BA:2020:G000319.20200514 (Pepertjes).

3. Zie daarover P.A.C.E. van der Kooij, 'Kwekersrecht, octrooirecht en de betekenis van de kwekersvrijstelling', *TvAR* 2010, nr. 10, p. 377-382; G. van Overwalle, 'Octrooien voor planten onder de EG-Biotechnologierichtlijn van 6 juli 1998', *TvAR* 1999, nr. 3, p. 111-127.
4. Zie over die ontwikkelingen: Vlaams Instituut voor Biotechnologie, *Van plant tot gewas: Het verleden, heden en de toekomst van planteneredeling*, Gent: VIB 2016 (online beschikbaar); European Commission, Scientific Advice Mechanism, *New Techniques in Agricultural Biotechnology*, April 2017 (online beschikbaar).

ficatie nieuw biologisch materiaal te ontwikkelen zijn razendsnel toegenomen. Die technologische revolutie riep de vraag op of de nieuwe productiemethoden en het daarmee voortgebracht biologisch materiaal in aanmerking kan komen voor octrooi-rechtelijke bescherming of dat de hiervoor genoemde uitzondering op octrooierbaarheid daaraan in de weg staat.

De Kamers van Beroep en de Grote Kamer van Beroep, die in beroep oordelen over beslissingen van het EOB, hebben de uitzondering van art. 53(b) EOZ zo uitgelegd dat verlening van octrooien onder bepaalde voorwaarden wel mogelijk is. In overeenstemming daarmee verleent het EOB jaarlijks vele octrooien op het gebied van biotechnologie, in 2015 bijvoorbeeld ongeveer 2.000.⁵ Aldus heeft het octrooirecht zich ontwikkeld tot een tweede systeem voor de bescherming van nieuw biologisch materiaal, naast het nog altijd bestaande kwekersrecht. De vereisten voor de verkrijging van een octrooi-recht op biologisch materiaal verschillen echter wel van de kwekersrechtelijke vereisten.⁶ Zo geldt in het octrooirecht een strenger nieuweidvereiste dan in het kwekersrecht⁷ en stelt alleen het kwekersrecht eisen op het gebied van homogeniteit en bestendigheid.⁸ Ook de beschermingsomvang van het octrooirecht is niet identiek aan die van het kwekersrecht. Een veelbesproken verschil betreft de zogeheten kwekersvrijstelling.⁹

De door het EOB toegestane opkomst van octrooi-rechtelijke bescherming voor biologisch materiaal kon ook steunen op de ontwikkelingen in het Unierecht. In 1998 heeft de Europese Unie de zogeheten Biotech-richtlijn aangenomen.¹⁰ Die richtlijn stelt de octrooierbaarheid van biologisch materiaal voorop en neemt de twijfels over de nieuweid en

nawerkbaarheid van biologisch materiaal weg. De richtlijn is niet rechtstreeks van toepassing op de organen van het EOB, omdat de Europese Octrooiorganisatie en de Europese Unie gescheiden internationale organisaties zijn.¹¹ Om strijd met de Biotech-richtlijn zoveel mogelijk te voorkomen zijn de regels van de richtlijn wel overgenomen in het Uitvoeringsreglement bij het EOZ.¹² Ook is dat reglement uitgebreid met een regel die voorschrijft dat de Biotech-richtlijn een aanvullend middel van uitleg van het EOZ vormt.¹³

De eerste stap die de Grote Kamer nam in het toelaten van octrooien met betrekking tot biologisch materiaal was dat de Grote Kamer de uitzondering voor planten- en dierenrassen niet van toepassing achtte als de uitvoerbaarheid van die uitvinding zich technisch gezien niet beperkte tot een of meer planten- of dierenrassen.¹⁴ Een aanvraag voor Europees octrooi op een sojaplant die dankzij een bepaald stukje DNA bijzonder goed bestand is tegen een specifiek onkruidbestrijdingsmiddel, strandt daarom niet op de uitzondering voor plantenrassen.¹⁵ Hoewel een op die manier gedefinieerde plant specifieke sojarassen omvat, leent de uitvinding zich voor een bredere toepassing.

De tweede stap betrof de uitleg van de uitzondering voor 'werkwijzen van wezenlijk biologische aard'. Die uitzondering stond naar het oordeel van de Grote Kamer niet in de weg te staan aan de verlening van octrooien op biotechnologische processen, dat wil zeggen 'technische' werkwijzen voor de voortbrenging van planten of dieren.¹⁶ Meer specifiek oordeelde de Grote Kamer dat de uitzondering niet van toepassing is op werkwijzen waarmee een eigenschap in het genoom van een plant of dier wordt geïntroduceerd of gewijzigd door een stap van technische aard, in tegenstelling tot de klasieke manier van veredeling: het kruisen van het gehele genoom.¹⁷ Uitvindingen op het gebied van genoombewerking, zoals de op CRISPR-Cas9 gebaseerde technieken waarvoor in 2020 de Nobelprijs is verleend, komen dus wel in aanmerking voor octrooiverlening. Werkwijzen voor kruising en selectie vallen echter buiten de boot, ook als daarbij gebruik wordt gemaakt van slimme hulpmiddelen, zoals genetische markers (*SMART breeding*).

5. European Patent Office, 'Biotechnology patents at the EPO', <https://www.epo.org/news-events/in-focus/biotechnology-patents.html>.

6. Zie voor een uitgebreidere vergelijking van de regimes: A. Metzger en H. Zech, 'A Comprehensive Approach to Plant Variety and Patents in the Field of Innovative Plants', in: C. Godt en M. Lamping (red.), *In honour of Hanns Ullrich*, Springer 2021; G. van Overwalle, 'Rethinking IP Protection for Plants? Revisiting the Exclusivity-Access Balance Through Type-Token Ontology', in: R. Sidorski en Z. Pacud, *Patents as an incentive for Innovation*, Kluwer Law International 2021, p. 148-155.

7. Art. 54 EOZ en art. 49 ZPW.

8. Art. 49(5) jo. 35(3) ZPW en 49(6) jo. 35(4) ZPW.

9. Zie P.A.C.E. van der Kooij, 'De kwekersvrijstelling anno 2016', *TvAR* 2016, nr. 7/8, p. 348-352; P.A.C.E. van der Kooij, 'Kwekersrecht, octrooirecht en de betekenis van de kwekersvrijstelling', *TvAR* 2010, nr. 10, p. 377-382; de verschillen tussen de regimes op dit punt zijn wel aanzienlijk beperkt door invoering van een beperking voor veredelingshandelingen in het octrooirecht (art. 53b, tweede lid, Rijksoctrooiwet) en de uitbreiding van de beschermingsomvang van het kwekersrecht tot afhankelijke rassen (art. 58 ZPW).

10. Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen (*PbEG* 1998, L 213/13).

11. Zie daarover paragraaf 5 van dit artikel.

12. Regels 26 tot en met 34 Uitvoeringsreglement.

13. Regel 26(1) Uitvoeringsreglement.

14. GKB 20 december 1999, G 0001/98, ECLI:EP:BA:1999:G000198.19991220 (*Transgenic plant/NOVARTIS II*); zie ook art. 4(2) Biotech-richtlijn.

15. Zie het octrooi EP 0 546 090, dat het onderwerp vormde van HvJ EU 6 juli 2010, C-428/08, ECLI:EU:C:2010:402 (*Monsanto/Cefetra*).

16. Art. 4, derde lid, Biotech-richtlijn.

17. GKB 9 december 2010, G 0002/07, ECLI:EP:BA:2010:G000207.20101209 (*Broccoli I*) en GKB 9 december 2010, G 0001/08, ECLI:EP:BA:2010:G000108.20101209 (*Tomaten I*).

3. De pepertjes-zaak

Nadat de hiervoor beschreven twee stappen waren gezet, stond nog één lastige vraag open en dat is de vraag die centraal staat in de pepertjes-zaak. Die vraag betreft de octrooierbaarheid van biologisch materiaal dat is geproduceerd met een wezenlijk biologische werkwijze. De uitzondering voor planten- en dierenrassen zou in de hiervoor beschreven uitleg daar niet op van toepassing zijn als de uitvoerbaarheid van de uitvinding niet beperkt is tot een of meer rassen, maar hoe zit dat met de uitzondering voor wezenlijk biologische werkwijzen? Geldt die uitzondering alleen voor octrooien die een werkwijze voor het produceren van planten of dieren claimen of ook voor octrooien die de producten van een dergelijke werkwijze als de geclaimde uitvinding presenteren?

Het octrooi in de pepertjes-zaak claimt het product: de extreem donkergroene pepertjes. De claims definiëren de pepertjes aan de hand van twee stukjes DNA die bepalend zouden zijn voor de extreem donkergroene kleur en voor de bijzondere voedingswaarde van de pepertjes. De uitvoerbaarheid van de aldus geclaimde uitvinding is niet beperkt tot een bepaald peperras. De uitzondering voor plantenrassen is dus niet van toepassing. De enige in het octrooischrift beschreven en bekende methode om die pepertjes te produceren is kruising en selectie met behulp van markers. Die werkwijze valt onmiskenbaar onder de uitzondering voor wezenlijke biologische werkwijzen zoals uitgelegd door de Grote Kamer. Geldt dat dan ook voor het geclaimde product daarvan?

Op het eerste gezicht lijkt dit een makkelijk te beantwoorden vraag. De Grote Kamer had die vraag namelijk al beantwoord in 2015. In twee samengevoegde zaken over extra gezonde broccoli en minder waterige tomaten had de Grote Kamer toen geoordeeld dat de uitzondering voor wezenlijk biologische werkwijzen *niet* van toepassing is op de producten van die werkwijzen.¹⁸ Die uitspraken staan bekend als de broccoli/tomaten II-uitspraak, omdat ze een vervolg zijn op de hiervoor besproken uitspraken van de Grote Kamer over de uitleg van het begrip 'wezenlijke biologische werkwijze' (de broccoli/tomaten I-uitspraken). Samengevat komt de motivering van het oordeel in de broccoli/tomaten II-uitspraken erop neer dat het EOV consistent een onderscheid maakt tussen producten en werkwijzen. Een uitzondering die betrekking heeft op een werkwijze kan in dat licht niet worden geacht ook producten te omvatten, aldus de Grote Kamer. Op basis van deze uitspraak heeft het EOB vele octrooien op producten van wezenlijk biologische werkwijzen verleend.

Het oordeel van de Grote Kamer was echter niet het einde van het verhaal. Een aantal belangengroepen

en politici was het niet eens met deze uitkomst. Zij kregen het Europees Parlement zover een resolutie aan te nemen waarin het zijn bezorgdheid uitsprak over de beslissing van de Grote Kamer en het de Europese Commissie verzocht te 'verduidelijken' dat via werkwijzen van wezenlijk biologische aard verkregen producten zijn uitgesloten van octrooiverlening.¹⁹ Aan dat verzoek heeft de Europese Commissie gehoor gegeven. Op 8 november 2016 publiceerde de Europese Commissie een mededeling over de kwestie. Daarin meldde de Commissie dat de beslissing van de Grote Kamer wel strookt met de bedoelingen van de opstellers van het EOV, maar dat het 'de vraag [is] of hetzelfde resultaat zou zijn bereikt in de context van de EU'.²⁰ De Europese Commissie presenteerde in de mededeling ook zijn eigen visie op de kwestie. Naar de mening van de Europese Commissie was het bij de goedkeuring van de Biotech-richtlijn de bedoeling van de EU-wetgever om voortbrengsels die zijn verkregen door middel van wezenlijk biologische werkwijzen, uit te sluiten van octrooierbaarheid. De Europese Raad sloot zich daar in een op 1 maart 2017 gepubliceerde verklaring uitdrukkelijk bij aan.²¹ Onder deze politieke druk verlegde het EOB zijn koers. De Raad van Bestuur (*Administrative Council*) introduceerde in juli 2017 de volgende nieuwe bepaling in het tweede lid van regel 28 van het Uitvoeringsreglement:

Ingevolge artikel 53, onderdeel b, worden Europese octrooien niet verleend voor uitsluitend door een wezenlijk biologische werkwijze verkregen planten of dieren.

De onderzoeksafdelingen van het EOB volgden deze nieuwe koers. Zij begonnen octrooiaanvragen voor producten van wezenlijk biologisch werkwijzen af te wijzen.

De aanvraag voor het pepertjes-octrooi was een van de slachtoffers. Bij besluit van 22 maart 2018 weigerde de onderzoeksafdeling van het EOB de aanvraag het Zwitserse biotechbedrijf Syngenta. Syngenta liet het er echter niet bij zitten. Het bedrijf stelde beroep in tegen het afwijzende besluit en de Technische Kamer van Beroep gaf Syngenta gelijk.²² Bij beslissing van 5 december 2018 oordeelde de Kamer dat uit de broccoli/tomaten II-beslis-

18. GKB 25 maart 2015, G 0002/13, ECLI:EP:BA:2015:G000213.20150325 (*Broccoli II*) en GKB 25 maart 2015, G 0002/12, ECLI:EP:BA:2015:G000212.20150325 (*Tomaten II*).

19. Resolutie van het Europees Parlement van 17 december 2015 over octrooien en kwekersrechten (2015/2981(RSP)) (*PbEU* 2017, C 399/188).

20. 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 (*PbEU* 2016, 411/3).

21. Conclusies van de Raad over de 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 (2017/C 65/02) (*PbEU* 2017, C-65/2).

22. TKB 5 december 2018, T 1063/18, ECLI:EP:BA:2018:T106318.20181205 (*Pepertjes*).

singen van de Grote Kamer volgt dat art. 53(b) EOv zich niet verzet tegen verlening van octrooien op producten van wezenlijk biologische werkwijzen en dus geen grond biedt voor weigering van de octrooiaanvraag. De nieuw geïntroduceerde Regel 28(2) Uitvoeringsreglement kon daarin geen verandering brengen, omdat bij strijdigheid tussen het EOv en het Uitvoeringsreglement, het EOv krachtens 164(2) EOv voorrang heeft.

De belangengroepen en politici die hadden geklaagd over de broccoli/tomaten II-uitspraken waren uiteraard niet tevreden met deze uitkomst en hernieuwden hun verzet. Naar aanleiding daarvan nam het Europese Parlement wederom een resolutie aan, waarin het zijn 'ernstige bezorgdheid' uitsprak over de beslissing van de Technische Kamer van Beroep en het herhaalde dat producten van wezenlijk biologische werkwijzen volgens de Biotech-richtlijn en de bedoeling van de Uniewetgever op geen enkele manier octrooieerbaar zouden moeten zijn.²³ Opnieuw volgde het EOB. Met instemming van de Raad van Bestuur besloot de president van het EOB de kwestie voor te leggen aan de Grote Kamer en schorste hij in afwachting van de uitkomst daarvan de behandeling van aanvragen van octrooien op producten van wezenlijk biologische werkwijzen.²⁴

Op 14 mei 2020 deed de Grote Kamer uitspraak.²⁵ De Kamer oordeelde nu dat de uitzondering van art. 53(b) EOv wel in de weg staat aan de verlening van octrooien op producten die uitsluitend zijn voortgebracht met een wezenlijk biologische werkwijze. De Kamer kwam dus terug op zijn oordeel in de broccoli/tomaten II-uitspraken. In de pepertjes-uitspraak volgt de Grote Kamer de door het Europese Parlement, de Europese Commissie, de Europese Raad, de Raad van Bestuur en de president van het Europees Octrooibureau voorgestane lijn. De pepertjes-uitspraak beperkt aldus de mogelijkheden tot het verkrijgen van een octrooi op biologisch materiaal. Planten en dieren die uitsluitend door middel van kruising en selectie zijn voortgebracht zijn nu uitgesloten van octrooiverlening.

4. De betekenis van de pepertjes-uitspraak voor de agrarische sector

De mogelijkheden en onmogelijkheden om octrooien te verkrijgen voor biologisch materiaal, zoals de gewassen die het onderwerp vormen van de pepertjes-zaak, kunnen een grote impact hebben

op de mate van innovatie in de agrarische sector.²⁶ Enerzijds kan het verlenen van octrooien innovaties stimuleren. De daarbij gebruikte technologieën kunnen namelijk heel kostbaar zijn. Bedrijven zullen eerder bereid zijn de vereiste investeringen te doen als de resultaten ervan kunnen rekenen op octrooibeschermt. Anderzijds kan de verlening van octrooien verdere innovaties belemmeren omdat de toegang tot geoctrooieerde technologie 20 jaar lang is voorbehouden aan één bedrijf. Veredelaars die een nieuwe soort op de markt willen brengen die is ontwikkeld op basis van geoctrooieerd materiaal, lopen immers in een octrooirechtelijk mijnenveld.²⁷

De mate van innovatie in de agrarische sector is op zijn beurt van invloed op de realisatie van belangrijke maatschappelijke doelen, zoals voedselzekerheid, duurzaamheid en bescherming van het milieu.²⁸ Dat verklaart waarom octrooirecht op biologisch materiaal zo'n politiek beladen onderwerp is en waarom het pepertjes-octrooi zoveel beroering heeft gewekt onder belangenorganisaties en politici. Belangenorganisaties van biotechnologische ondernemingen propageren uiteraard het belang van een ruime octrooibeschermt²⁹ en zijn kritisch op de pepertjes-uitspraak.³⁰ Veredelaars die (ook) werken met klassieke kweekmethoden keren zich begrijpelijkerwijs tegen dit onderdeel van het octrooirecht.³¹ Nederland heeft van oudsher een sterke positie op het gebied van plantenveredeling. De Nederlandse politiek is mede daarom bijzonder kritisch op octrooiverlening voor biologische materiaal. Nederland stemde als enige EU-lidstaat tegen de Biotech-richtlijn,³² vocht die zelfs (tevergeefs) aan bij het HvJ EG,³³ implementeerde de richtlijn

23. Resolutie van het Europees Parlement van 19 september 2019 over de octrooieerbaarheid van planten en werkwijzen van wezenlijk biologische aard (2019/2800(RSP)) (*PbEU* 2021, C 171/22).

24. 'Notice from the European Patent Office dated 9 April 2019 concerning the staying of proceedings due to the referral G 3/19 to the Enlarged Board of Appeal by the President of the European Patent Office', *OJ* 2019, A34.

25. GKB 14 mei 2020, G 0003/19, ECLI:EP:BA:2020:G000319.20200514 (*Pepertjes*).

26. A. Metzger en H. Zech, 'A Comprehensive Approach to Plant Variety and Patents in the Field of Innovative Plants', in: C. Godt en M. Lamping (red.), *In honour of Hanns Ullrich*, Springer 2021.

27. M.A. Kock, 'Open Intellectual Property Models for Plant Innovations in the Context of New Breeding Technologies', *Agronomy* 2021, afl. 11, p. 1218 e.v.

28. N. Louwaars e.a., *Veredelde Zaken. De toekomst van de plantenveredeling in het licht van de ontwikkelingen in het octrooirecht en het kwekersrecht*, Centrum voor Genetische Bronnen 2009, paragraaf 2.1.1.

29. Zie bijvoorbeeld de amicus curiae brief die de Europese vereniging van de bioindustrie, EuropaBio, heeft ingediend in de broccoli/tomaten II-zaken, gepubliceerd op de website van het EOB, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/number.html>.

30. A. Sandys, 'G 3/19 was a 100% political decision' – an interview with Bayer's in-house counsel', *JUVE Patent* 28 mei 2020.

31. Zie bijvoorbeeld de amicus curiae briefs die het Bundesverband Deutscher Pflanzenzüchter e.V. en Plantum hebben ingediend in de pepertjes-zaak, gepubliceerd op de website van het EOB, <https://www.epo.org/law-practice/case-law-appeals/eba/number.html>.

32. Zie *Kamerstukken II* 26 568, nr. 3, onder 5.

33. HvJ EG 9 oktober 2001, C-377/98, ECLI:EU:C:2001:523 (Koninkrijk der Nederlanden/Europees Parlement en Raad).

vervolgens met duidelijke tegenzin,³⁴ liep voorop in het verzet tegen de broccoli/tomaten II-uitspraak³⁵ en presenteert de uitkomst van de pepertjes-zaak als een geslaagde 'beleidsinterventie'.³⁶

De pepertjes-uitspraak lijkt op het eerste gezicht een overwinning voor de tegenstanders van octrooiën op biologisch materiaal en een klap voor de biotechbedrijven. Bij nadere beschouwing blijkt de praktische betekenis van de grote draai van Grote Kamer beperkt te zijn. Biologisch materiaal dat met een technische werkwijze is voortgebracht komt nog steeds in aanmerking voor octrooibescherming (als aan de overige octrooi-eisen is voldaan). De aanvrager van een octrooi kan de beperkingen die de pepertjes-uitspraak introduceert dus omzeilen door in de octrooi-conclusies een eigenschap toe te voegen die het resultaat is van een technische stap. Een dergelijke toevoeging is in zoverre eenvoudig dat de eigenschap en technische stap zelf niet nieuw en inventief hoeven te zijn. De toetsing van uitzonderingen op octrooierbaarheid zoals die voor wezenlijk biologische werkwijzen pleegt het EOB namelijk te scheiden van de beoordeling van nieuwheid en inventiviteit³⁷. Octrooigemachtigden lezen de pepertjes-uitspraak dan ook vooral als een 'reminder' dat de conclusies van octrooiaanvragen met betrekking tot biologisch materiaal niet uitsluitend aan de hand van wezenlijk biologische werkwijzen moeten worden geformuleerd.³⁸

Bovendien is het steeds gebruikelijker bij de ontwikkeling van nieuwe planten technische stappen toe te passen, in het bijzonder mutagenese.³⁹ Ongerichte mutagenese is een techniek die het ontstaan van mutanten stimuleert met straling of een chemisch middel. Ongerichte mutagenese is al bekend sinds de jaren dertig van de vorige eeuw, maar werkt als een schot hagel op het DNA.⁴⁰ Vooraf weet

de veredelaar niet welke mutaties ontstaan en of die leiden tot verbeteringen in het genoom. Met gerichte mutagenese-technologie zoals CRISPR-Cas9 is dat probleem opgelost.⁴¹ Die technieken maken het mogelijk het DNA heel precies en snel te wijzigen en aldus specifieke eigenschappen van het genoom aan te passen. Deze technologie is nog geen 10 jaar oud, maar nu al zo succesvol dat die de klassieke veredelingsmethode van (uitsluitend) kruising en selectie in rap tempo verdringt en een standaard instrument voor plantenverdelers aan het worden is.⁴² De resultaten daarvan zijn onder meer sojabonen met minder transvetten, champignons die niet bruin worden en virusresistente komkommers.⁴³ De opkomst van gerichte mutagenese is ook terug te zien in de octrooiaanvragen op het gebied van planten. Het aandeel daarin van aanvragen met betrekking tot natuurlijke eigenschappen van planten is de afgelopen vijf jaar substantieel gedaald,⁴⁴ terwijl het aantal voor planten relevante octrooiaanvragen met betrekking tot CRISPR-Cas die jaren juist aanzienlijk is gestegen.⁴⁵ Die laatstgenoemde aanvragen, zoals aanvragen op biologisch materiaal met eigenschappen die het resultaat zijn van mutagenese, worden niet geraakt door de pepertjes-uitspraak. Kock omschrijft het effect van de pepertjes-uitspraak daarom treffend als de invoering van een verbod op de stoomtrein op het moment dat de spoorwegen elektrisch worden.⁴⁶ Daar komt bij dat de pepertjes-uitspraak ook geen gevolgen heeft voor de octrooiaanvragen uit de tijd

-
34. P.A.C.E. van der Kooij, "Met onwillige honden ..." Over de implementatie van de EG-richtlijn biotechnologie', *TvAR* 2003, nr. 4, p. 215-228.
35. Nederland organiseerde als voorzitter van de EU in 2016 een symposium over de kwestie, zie https://ec.europa.eu/growth/content/finding-balance-exploring-solutions-debate-concerning-patents-and-plant-breeders-rights_en.
36. *Kamerstukken II* 2020/21, 30635, nr. 100 (24 juni 2021).
37. European Patent Office, *Guidelines for Examination*, maart 2021, G-II, 2.
38. Zie bijvoorbeeld T. Leonard, 'EPO Enlarged Board of Appeal Decision G 3/19 and the Patentability of plant and animal products in Europe', *Kilburnstrode.com* 20 mei 2020.
39. Volgens de richtlijnen van het EOB zijn zowel ongerichte als gerichte mutagenese technische stappen die meebrengen dat een werkwijze voor het voortbrengen van planten of dieren niet een wezenlijk biologische werkwijze is, zie European Patent Office, *Guidelines for Examination*, maart 2021, G-II, 5.4.
40. Vlaams Instituut voor Biotechnologie, *Van plant tot gewas: Het verleden, heden en de toekomst van plantenveredeling*, Gent: VIB 2016 (online beschikbaar), p. 16; C. Godt, 'Technology, Patents and Markets: The Implied Lessons of the EU Commission's Intervention in the Broccoli/Tomatoes Case of 2016 for Modern (Plant) Genome Editing', *International Review of Intellectual*

-
- Property and Competition Law* 2018 (49), afl. 5, p. 512-535.
41. A. Metzger en H. Zech, 'A Comprehensive Approach to Plant Variety and Patents in the Field of Innovative Plants', in: C. Godt en M. Lamping (red.), *In honour of Hanns Ullrich*, Springer 2021; M.A. Kock, 'G3/19 'Pepper' Patentability of plant obtained by breeding processes. Is this the End?', *Bio-Science Law Review* 2020, nr. 5, paragraaf 3.2.
42. C. Godt, 'Technology, Patents and Markets: The Implied Lessons of the EU Commission's Intervention in the Broccoli/Tomatoes Case of 2016 for Modern (Plant) Genome Editing', *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2018 (49), afl. 5, p. 512-535; A. Metzger en H. Zech, 'A Comprehensive Approach to Plant Variety and Patents in the Field of Innovative Plants', in: C. Godt en M. Lamping (red.), *In honour of Hanns Ullrich*, Springer 2021; M.A. Kock, 'G3/19 'Pepper' Patentability of plant obtained by breeding processes. Is this the End?', *Bio-Science Law Review* 2020, nr. 5, p. 191.
43. European Commission, Scientific Advice Mechanism, *New Techniques in Agricultural Biotechnology*, April 2017 (online beschikbaar), p. 57.
44. Zie de analyse van Kock van cijfers van het International Licensing Platform Vegetable in M.A. Kock, 'G3/19 'Pepper' Patentability of plant obtained by breeding processes. Is this the end?', *Bio-Science Law Review* 2020, nr. 5, p. 191.
45. M.A. Kock, 'Open Intellectual Property Models for Plant Innovations in the Context of New Breeding Technologies', *Agronomy* 2021, afl. 11, p. 1218 e.v.
46. M.A. Kock, 'G3/19 'Pepper' Patentability of plant obtained by breeding processes. Is this the End?', *Bio-Science Law Review* 2020, nr. 5, p. 191.

dat de toepassing van uitsluitend klassieke veredelingsmethoden nog gebruikelijker was. De Grote Kamer heeft het effect van zijn uitspraak namelijk beperkt tot octrooiaanvragen die zijn ingediend op of na de inwerkingtreding van Regel 28(2) per 1 juli 2017 (hoewel die regel zelf wel terugwerkende kracht had). De uitspraak geldt dus niet voor de octrooien op producten van wezenlijke biologische werkwijzen die voor die datum zijn verleend, de meer dan 250 aanvragen die nog bij het EOB aanhangig waren ten tijde van het wijzen van de pepertjes-uitspraak⁴⁷ en alle aanvragen die daarna nog binnenkomen bij het EOB met een prioriteitsdatum van voor 1 juli 2017. Ook de octrooien die het onderwerp waren van de broccoli-, tomaten- en pepertjes-zaken blijven dus in stand. De agrarische sector zal dus nog decennia te maken hebben met Europese octrooien op biologisch materiaal dat met wezenlijk biologische werkwijzen is voortgebracht. Het probleem dat voor veredelaars de aanleiding vormde zich te verzetten tegen de broccoli/tomaten II-uitspraak, te weten de noodzaak octrooirechten te onderzoeken en licenties te verkrijgen, is dus nog lang niet verdwenen met de pepertjes-uitspraak.

5. De betekenis van de pepertjes-uitspraak voor het Europees octrooisysteem

De impact van de pepertjes-uitspraak op de agrarische praktijk lijkt beperkt te zijn, maar de Grote Kamer geeft het Europees octrooisysteem met pepertjes-uitspraak wel een klap die nog lang kan nadreunen. Het Europees octrooisysteem kent fundamentele zwaktes, zowel op het gebied van de scheiding van machten als in de verhouding tussen de Europese octrooiorganisatie en de Europese Unie. De pepertjes-zaak vergroot die problemen. De eerste zwakte betreft de inrichting van de Europese Octrooiorganisatie. Die organisatie is gemodelleerd naar de inrichting van een moderne staat met een scheiding van machten.⁴⁸ Die machtscheiding is echter niet volledig gerealiseerd in het systeem van het EOV.⁴⁹ Vooral de onafhankelijkheid van de Kamers van Beroep, die worden geacht de rol van rechterlijke macht te vervullen,

is onderwerp van een continue zorg en kritiek.⁵⁰ Zo zijn de Kamers van Beroep en de Grote Kamer van Beroep volgens art. 15 EOV een onderdeel van het EOB. Het EOB onder leiding van de president vormt echter, samen met de Raad van Bestuur, de uitvoerende macht. Ook problematisch is dat de leden van de Kamers van Beroep en Grote Kamer voor Beroep niet voor het leven worden benoemd en voor herbenoeming volgens art. 11(3) EOV afhankelijk zijn van de Raad van Bestuur en de President. De zorgen over de onafhankelijkheid van de Kamers van Beroep liepen enkele jaren geleden, na onder meer een conflict over het ontslag van een lid van een Kamer van Beroep, zo hoog op de Raad van Bestuur besloot tot een hervorming. De rol van de president van het EOB bij benoeming en herbenoeming van leden van de Kamers van Beroep is nu gedelegeerd aan de president van de Kamers van Beroep.⁵¹ De pepertjes-zaak werd vooraf gezien als een test voor de onafhankelijkheid van de Grote Kamer van Beroep.⁵² De uitvoerende macht had de druk op de Grote Kamer om terug te komen op de broccoli/tomaten II-uitspraken immers maximaal opgevoerd met de mededeling van de Europese Commissie, de verklaring van de Europese Raad, het besluit van de Raad van Bestuur tot invoering van Regel 28(2) en de beslissing van de president van het EOB tot schorsing van de behandeling van aanvragen. De vraag was of de Grote Kamer in staat zou zijn die onverholven aanval van de uitvoerende macht op de rechterlijke macht af te slaan en het evenwicht tussen de machten te herstellen.

De Grote Kamer van Beroep heeft die test niet goed doorstaan. Op zich is al opmerkelijk hoe de Grote Kamer de zaak ontvankelijk verklaarde. De president van het EOB is alleen bevoegd een rechtsvraag voor te leggen aan de Grote Kamer wanneer twee Kamers van Beroep uiteenlopende beslissingen hebben genomen over een rechtsvraag.⁵³ Op het punt van de uitleg van art. 53(b) EOV, waarop de vraag die de president aan het Grote Kamer voorlegde was gericht, bestonden sinds de broccoli/tomaten II-uitspraken van de Grote Kamer echter geen tegengestelde uitspraken van de Kamers van

47. GKB 14 mei 2020, G 0003/19, ECLI:EP:BA:2020:G000319.20200514 (Pepertjes), r.o. II.15.

48. GKB 12 mei 2010, G 0003/08, ECLI:EP:BA:2010:G000308.20100512 (Computerprogramma's), paragraaf 7.2.1.

49. Zie daarover uitgebreider R.J. Aerts, 'The Legitimacy of Patent Law Making in Europe and the U.S. – A Tentative Comparison', *IIC* 2007, nr. 2, p. 165; I. Schneider, 'Governing the Patent System in Europe: The EPO's Supranational Autonomy and Its Need for a Regulatory Perspective', *Science and Public Policy* 2009, nr. 8, p. 619; S. Thambisetty, 'The Construction of Legitimacy in European Patent Law', *Intellectual Property Quarterly* 2017, p. 221; S. Borrás, 'The Governance of the European Patent System: Effective and Legitimate?', *Economy and Society* 2007, nr. 4, p. 594.

50. Zie onder meer H. Ulrich, 'The European Patent and Its Courts: An Uncertain Prospect and an Unfinished Agenda', *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2015, nr. 46, p. 1-9; D. Smyth, 'Something is rotten in the state of the EPO', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2016, nr. 6, p. 393; J.P. Frederiksen, 'Independence under pressure', *Managing Intellectual Property* 2015, nr. 247, p. 99; M. Haedicke, 'Das Verhältnis zwischen der Rechtsprechung der Beschwerdekammern unter nachträglich erlassenen Regeln der Ausführungsordnung zum EPÜ', *GRUR Int.* 2019, p. 885-896.

51. Regel 12a(2) Uitvoeringsreglement; zie ook het besluit van de president van 1 juli 2018, *OJ* 2018, A63.

52. E. Gambini, 'Settling the Patentability of Products Obtained from Essentially Biological Processes: The EPO President's Referral to the Enlarged Board of Appeal in the Aftermath of 'the Pepper Case'', *European Journal of Risk Regulation* 2019, p. 587-601.

53. Art. 112(1)a EOV.

Beroep. De Grote Kamer kon het beroep van de president alleen ontvankelijk verklaren door die vraag eigenhandig zodanig te herformuleren dat het ging om de relevantie van de regels van het Uitvoeringsreglement voor de uitleg van het EOV.

Zorgelijker is dat de Grote Kamer in de uitspraak de uitvoerende macht zijn zin geeft op basis van een motivering die niet overtuigt. De Grote Kamer verwierpt in de pepertjes-uitspraak *niet* de in de broccoli/tomaten II-uitspraken gegeven uitleg van het EOV en de Biotech-richtlijn. Integendeel, de Grote Kamer oordeelt uitdrukkelijk dat die uitleg juist was en dat de mededeling van de Europese Commissie en de verklaring van de Europese Raad daarin geen verandering kunnen brengen. Om toch tot een andere uitkomst te komen, hanteert de Grote Kamer het concept van 'dynamische uitleg'. Dat concept houdt in dat de uitleg van een bepaling in de loop der tijd kan en moet veranderen als gevolg van gewijzigde omstandigheden. Het feit dat de Raad van Bestuur Regel 28(2) heeft aangenomen ziet de Grote Kamer als een voldoende grond voor een gewijzigde uitleg van art. 53(b) EOV. Uit de aanneming van die regel blijkt volgens de Grote Kamer namelijk dat de wetgever die nieuwe uitleg heeft bedoeld.

Deze motivering staat op gespannen voet met het beginsel van machtscheiding. Op grond van dat beginsel is, zoals de Grote Kamer ook heeft onderkend in eerdere uitspraken,⁵⁴ de finale uitleg van wetsbepalingen voorbehouden aan de rechterlijke macht. Met de pepertjes-uitspraak geeft de Grote Kamer dat prerogatief deels uit handen aan de Raad van Bestuur. De Grote Kamer baseert de radicale wijziging van zijn uitleg van art. 53(b) EOV namelijk op het feit dat de Raad van Bestuur met de toevoeging van Regel 28(2) aan het Uitvoeringsreglement een besluit heeft genomen dat uitgaat van een tegengestelde uitleg. Dat enkele gegeven brengt volgens de Grote Kamer mee dat de uitleg van art. 53 EOV kan en moet worden gewijzigd. Als dat oordeel navolging vindt, krijgt de Raad van Bestuur de mogelijkheid om iedere hem onwelgevallige uitspraak van de Grote Kamer te *overrulen* door een regel toe te voegen aan het Uitvoeringsreglement. Dat verstoort het evenwicht tussen de machten dat het beginsel van machtscheiding beoogt, aanzienlijk. De Grote Kamer motiveert zijn oordeel met het argument dat uit de aanneming van Regel 28(2) van het Uitvoeringsreglement blijkt hoe de wetgever heeft bedoeld art. 53 EOV uit te leggen. Het probleem met die redenering is dat de aanneming van Regel 28(2) van het Uitvoeringsreglement een besluit is van de Raad van Bestuur. Het besluit van de Raad van Bestuur geeft echter niet de stem van de wetgever weer, althans niet de stem van de wetgevende macht die bevoegd is tot vaststelling of herziening van artikelen van het EOV. Op zich merkt de Grote Kamer terecht op dat het EOV niet voorziet in een parlementaire wetgever zoals gebruikelijk is in de

constitutionele inrichting van de Verdragsluitende Staten. Het EOV verschaft echter wel een procedure die waarborgt dat de vaststelling en wijziging van artikelen van het EOV democratisch is gelegitimeerd. De vaststelling van het EOV in 1973 vergde ondertekening en bekrachtiging door de deelnemende lidstaten. De herziening van de artikelen van het EOV vereist in beginsel een instemmend besluit van de Conferentie van Verdragsluitende Staten en bekrachtiging daarvan door een door die Conferentie vast te stellen aantal Staten.⁵⁵ Die procedure is echter niet doorlopen.

Bij de aanneming van Regel 28(2) van het Uitvoeringsreglement oefende de Raad van Bestuur zijn bevoegdheid uit om regels te stellen ter uitvoering van bepaalde onderdelen van het EOV. Art. 164(2) EOV maakt echter duidelijk dat bij strijdigheid tussen het Uitvoeringsreglement en het EOV, het EOV voor gaat. Gelet daarop kan de uitleg van een art. van het EOV in het Uitvoeringsreglement niet beslissend zijn voor die uitleg door de Grote Kamer. Evenmin kan het besluit van de Raad van Bestuur tot toevoeging van Regel 28(2) aan het Uitvoeringsreglement worden gezien als een uitdrukking van de wil van de hogere wetgever, dat wil zeggen de instantie die bevoegd is tot vaststelling en herziening van het EOV. Anders zou de voorrangsregel van 164(2) EOV zinledig zijn. Dat is niet slechts een formeel punt. Het verschil tussen de procedure tot wijziging van het Uitvoeringsreglement en de procedure tot wijziging van het EOV is dat alleen bij de laatstgenoemde procedure democratische legitimering is voorzien via de vereiste bekrachtiging. De Raad van Bestuur kan via aanpassing van het Uitvoeringsreglement niet ingaan tegen de wil van die democratische gelegitimeerde wetgever en omgekeerd kan de wil van die wetgever niet blijken uit een aanpassing van het Uitvoeringsreglement door de Raad van Bestuur.

De Raad van Bestuur heeft ook de bevoegdheid om artikelen van het EOV aan te passen teneinde deze op een lijn te brengen met het Unierecht.⁵⁶ Ook in die procedure is democratische legitimering verzekerd, zowel – voor de EU-lidstaten – via het wetgevingsproces van de Europese Unie, als – voor alle EOV-lidstaten – via de mogelijkheid te verklaren zich niet gebonden te achten aan de wijziging.⁵⁷ De Raad van Bestuur heeft echter geen gebruik gemaakt van die bevoegdheid. De Grote Kamer betoogt in de pepertjes-uitspraak ook niet dat de omwenteling in de uitleg nodig is om art. 53(b) EOV op een lijn te brengen met het Unierecht. Integendeel, de Grote Kamer herhaalt in overwegingen XV.1.2 en XV.1.3 van de pepertjes-uitspraak zijn oordeel uit de broccoli/tomaten II-uitspraken dat de Biotech-richtlijn *niet* direct leidt tot een uitleg van art. 53(b) EOV die de werkwijze-uitzondering uitbreidt tot producten van zo een werkwijze. Dat houdt minst genomen de mogelijkheid open dat niet de nieuwe pepertjes-uitspraak, maar de oude

54. GKB 12 mei 2010, G 0003/08, ECLI:EP:BA:2010:G000308.20100512 (*Computerprogramma's*), paragraaf 7.2.2.

55. Art. 172 EOV.

56. Art. 33(1)b EOV.

57. Art. 35(3) EOV.

broccoli/tomaten II-uitspraken in lijn zijn met het Unierecht.

Dat brengt ons bij de tweede zwakte van het Europees Octrooisysteem: de verhouding tussen de Europese Octrooiorganisatie en de Europese Unie.⁵⁸ De Europese Octrooiorganisatie en de Europese Unie zijn afzonderlijke internationale organisaties met verschillende lidstaten: alle lidstaten van de Europese Unie nemen weliswaar deel aan de Europese Octrooiorganisatie, maar omgekeerd zijn niet alle 38 landen die participeren in de Europese Octrooiorganisatie lidstaat van de Europese Unie. De organen van de Europese Octrooiorganisatie, waaronder de onderzoeksafdelingen, de Kamers van Beroep en de Grote Kamer van Beroep, zijn dan ook niet rechtstreeks gebonden aan Unierechtelijke regelgeving, zoals de Biotech-richtlijn. Bij twijfel over de uitleg van de Biotech-richtlijn of ander relevant Unierecht kunnen de Kamers van Beroep en Grote Kamer van Beroep ook geen prejudiciële vragen stellen aan het Hof van Justitie.⁵⁹ Er ontbreekt dus een middel om te waarborgen dat de rechtsontwikkeling in de EOB-kolom in de pas loopt met het Unierecht.

De scheiding tussen de Europese Octrooiorganisatie en de Europese Unie is niet onoverkomelijk als het EOB octrooien verleent op basis van een uitleg van de EOV-regels die niet overeenstemt met het Unierecht. In die situatie kunnen derden vorderingen tot nietigverklaring van de octrooien instellen bij de nationale rechters van de EU-lidstaten. Die nationale rechters zijn wel gebonden zijn aan het Unierecht en kunnen bij twijfel over de uitleg daarvan prejudiciële vragen voorleggen aan het HvJ EU. Partijen die vonden dat de broccoli/tomaten II-uitspraken van de Grote Kamer niet in overeenstemming waren met de Biotech-richtlijn, hadden dus een effectief instrument in handen om de juistheid van hun opvatting aan te tonen.

Geen van de belangenorganisaties die zich richten tegen octrooien op biologisch materiaal heeft gebruik gemaakt van die procedure.⁶⁰ In plaats daar-

van is de route gekozen via het Europees Parlement, de Europese Commissie, de Raad van Bestuur van de Europese Octrooiorganisatie en de Grote Kamer van Beroep. Die route kon niet leiden tot een definitief oordeel over de uitleg van de Biotech-richtlijn en heeft daar dus ook niet in geresulteerd. Dat finale oordeel is immers voorbehouden aan het HvJ EU. Op het punt van rechtszekerheid brengen de gekozen route en de pepertjes-uitspraak waarmee die is afgesloten, het octrooirecht dus geen stap verder. De mogelijkheid bestaat nog altijd dat niet de broccoli/tomaten II-uitspraak, maar de pepertjes-uitspraak botst met Unierecht (of dat beide daarmee onverenigbaar zijn, bijvoorbeeld omdat de door de Grote Kamer in de pepertjes-uitspraak aangebrachte temporele beperking tot octrooiaanvragen die op of na 1 juli 2017 zijn ingediend geen basis heeft in het Unierecht). Bovendien bestaat nu geen eenvoudige procedure om aan die rechtsonzekerheid een einde te maken. Binnen het stelsel van het EOV is het namelijk niet mogelijk om tegen beslissingen tot weigering van een octrooi in beroep bij de nationale rechter. Anders dan voor de tegenstanders van octrooien op biologisch materiaal, biedt het EOV voor de aanvragers van dergelijke octrooien geen procedure om de kwestie voor te leggen aan het HvJ EU. In die zin heeft de pepertjes-uitspraak de kloof tussen de Europese Octrooiorganisatie en de Europese Unie verder vergroot.

6. Conclusie

Octrooien op biologisch materiaal hebben invloed op de mate van innovatie in de agrarische sector en daarmee op de realisatie van maatschappelijke belangen zoals voedselzekerheid, voedselveiligheid en duurzaamheid. De recente pepertjes-uitspraak waarin de Grote Kamer terugkomt op zijn eerdere beslissingen over de regels voor het octrooieren van producten van wezenlijke biologische werkwijzen, moet daarom verplichte kost zijn voor de agrarische jurist. In dit artikel is betoogd dat de gevolgen van de grote draai die de Grote Kamer in de pepertjes-uitspraak maakt, minder groot zijn dan de tegenstanders van octrooien op biologisch materiaal beoogden, vanwege de datum waarop de Grote Kamer zijn nieuwe leer laat ingaan (1 juli 2017) en de snelle biotechnologische ontwikkelingen na die datum. Niettemin is de uitspraak pittige kost voor juristen in het algemeen en octrooijuristen in het bijzonder. De pepertjes-zaak legt de zwakheden van Europese octrooiestelsel pijnlijk bloot. De zaak doorkruist de problematische scheiding van machten in de Europese Octrooiorganisatie en vergroot de kloof tussen de Europese Octrooiorganisatie en de Europese Unie.

zijn van een wezenlijke biologische werkwijze. Uiteindelijk verklaarde de rechtbank en het hof het octrooi nietig op een andere grond, zie hof Den Haag 29 augustus 2017, IEF 17066.

58. Zie daarover F. Baldan, *Fostering Judicial Coherence in the European Patent System. Lessons from the United States and Japan* (diss. Universiteit Antwerpen), Universiteit Antwerpen 2019; R.J. Aerts, 'A switch on a switch on a switch: the status of harmonisation of biotech patent law in Europe', *European Intellectual Property Review* 2019, nr. 9, 541-545; R.J. Aerts, 'The European Commission's notice on Directive 98/44 and the European Patent Organisation's response: the unpredictable interaction of EU and EPC law', *Journal of Intellectual Property Law & Practice* 2018, nr. 10, p. 800-805.

59. GKB 25 november 2008, G 0002/08, ECLI:EP:BA:2008:G000206.20081125 (WARF).

60. Voor zover bekend is de enige rechtszaak waarin de kwestie aan de orde is gekomen het Nederlandse kort geding en de daarop volgende bodemzaak in een geschil tussen Taste of Nature en Cresco, zie Vzv. Den Haag 31 januari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV2291 en Rb Den Haag 8 mei 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:19677. Die zaak is gestart door de octrooihouder Taste of Nature. In reconventie vorderde Cresco nietigverklaring van het octrooi, onder meer op de grond dat de geclaimde paarse spruiten uitsluitend het product