

Vergaderjaar 2011–2012

**33 365 (R 1987)**

## **Wijziging van artikel 53b van de Rijksoctrooiwet 1995 in verband met de invoering van een beperkte veredelingsvrijstelling**

**Nr. 4**

### **ADVIES RAAD VAN STATE VAN HET KONINKRIJK EN NADER RAPPORT<sup>1</sup>**

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk d.d. 22 december 2011 en het nader rapport d.d. 5 september juni 2012, aangeboden aan de Koningin door de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk is cursief afgedrukt.

*Bij Kabinetsmissive van 2 september 2011, no. 11.002090, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk ter overweging ahangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van artikel 53b van de Rijksoctrooiwet 1995 in verband met de invoering van een beperkte veredelingsvrijstelling, met memorie van toelichting.*

*Het voorstel van rijkswet (hierna: wetsvoorstel) introduceert een beperkte veredelingsvrijstelling. Op grond van deze vrijstelling kunnen plantenveredelaars nieuwe plantenrassen kweken, ontdekken of ontwikkelen en daarbij zonder licentie gebruik maken van biologisch materiaal waarop een octrooi rust. De vrijstelling geldt alleen voor veredelingsdoeleinden. Indien een veredelaar een aldus gekweekt, ontdekt of ontwikkeld plantenras commercieel wil exploiteren en dit plantenras nog steeds beschikt over een eigenschap waarop een octrooi rust, is wel een licentie nodig van de octrooihouder.*

*De Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (hierna: de Minister van EL&I) heeft in de adviesaanvraag van onderhavig voorstel van rijkswet gevraagd of de Afdeling tevens aandacht wil schenken aan de aanwezig geachte strijdigheid van een uitgebreide verdelingsvrijstelling<sup>2</sup> met de TRIPs-Overeenkomst<sup>3</sup> en de Biotechnologierichtlijn.<sup>4</sup>*

*De Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk onderschrijft de strekking van het voorstel van rijkswet, maar maakt onder andere opmerkingen over de verhouding van het wetsvoorstel tot de*

<sup>1</sup> De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer

<sup>2</sup> Op grond van een uitgebreide veredelingsvrijstelling mag een veredelaar biologisch materiaal, waarop een octrooi rust, gebruiken voor het ontwikkelen van nieuwe plantenrassen en deze plantenrassen commercieel exploiteren zonder licentie van de octrooihouder.

<sup>3</sup> Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom, bijlage 1c bij het Wereldhandelsverdrag; Trb. 1995, 130.

<sup>4</sup> Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, Pb. 1998, L 213/13.

*TRIPs-Overeenkomst en de Biotechnologierichtlijn. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het voorstel wenselijk is.*

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van 2 september 2011, nr. 11.002090, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van rijkswet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 22 december 2011, nr. W15.11.0353/IV/K, bied ik U hierbij aan.

De Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk maakt een aantal opmerkingen die in het navolgende worden besproken.

### *1. Achtergrond van het wetsvoorstel*

*Het voorstel van rijkswet heeft betrekking op de plantenveredeling (kweken van nieuwe plantenrassen). Er zijn twee systemen van intellectuele eigendom op de plantenveredeling van toepassing, te weten het kwekersrecht en het octrooirecht. Deze systemen staan op gespannen voet met elkaar en het wetsvoorstel beoogt hiervoor een (gedeeltelijke) oplossing te bieden door middel van een beperkte veredelingsvrijstelling in het octrooirecht.<sup>1</sup>*

#### *a. Kwekersrecht*

*De selectie en beïnvloeding van planten kost veel tijd en vereist hoge investeringen.<sup>2</sup> Om deze investeringen terug te verdienen bestaat een apart intellectueel eigendomsregime, te weten het kwekersrecht.<sup>3</sup>*

*Artikel 49 van de Zaaizaad- en plantgoedwet 2005 bepaalt dat een kwekersrecht kan worden verleend voor rassen van alle tot het plantenrijk behorende gewassen, voor zover het rassen betreft die nieuw, onderscheidbaar, homogeen en bestendig zijn. De houder van een kwekersrecht heeft onder meer een exclusief recht om teeltmateriaal van een ras voort te brengen en in de handel te brengen.<sup>4</sup>*

*Een uitzondering op dit recht is de zogenoemde kwekersvrijstelling; veredelaars hebben het recht om onbelemmerd gebruik te maken van reeds bestaand plantenmateriaal (ook die rassen waarop al een kwekersrecht rust) ten einde nieuwe plantenrassen te ontwikkelen en commercieel te exploiteren.<sup>5</sup> Toestemming van de houder van het kwekersrecht is hiervoor niet nodig. Dit wordt het onafhankelijkheidsbeginsel genoemd. De door verschillende personen bereikte kweekresultaten staan juridisch gezien geheel los van elkaar, ondanks het gegeven dat zij biologisch gezien op elkaar voortborduren en daardoor voor een groot deel aan elkaar gelijk zijn.*

#### *b. Octrooirecht*

*Op grond van artikel 2 van de Rijsoctrooiwet 1995 (hierna: ROW1995) kan een octrooi worden verleend ten aanzien van uitvindingen op alle gebieden van de technologie die nieuw zijn, op uitvinderswerkzaamheid berusten en toegepast kunnen worden op het gebied van de nijverheid.*

*Artikel 3 ROW1995 bepaalt dat octrooien niet worden verleend voor plantenrassen, omdat het kwekersrecht in dit kader bescherming van de intellectuele eigendomsrechten biedt. De reikwijdte van artikel 3 ROW1995 is vandaag de dag echter relatief. Dit houdt onder meer verband met de komst van de Biotechnologierichtlijn.<sup>6</sup> Op grond van deze richtlijn kunnen biotechnologische uitvindingen die betrekking hebben op planten in*

<sup>1</sup> Zie paragraaf 1.4 waarin aandacht wordt geschonken aan andere mogelijke oplossingen voor de spanning tussen het kwekersrecht en het octrooirecht.

<sup>2</sup> Rapport «Veredelde zaken, de toekomst van de plantenveredeling in het licht van de ontwikkelingen in het octrooirecht en het kwekersrecht», Centrum voor Genetische Bronnen Nederland, paragraaf 2.1.4.

<sup>3</sup> Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekproducten (UPOV 1991), Verordening nr. 2100/94/EG van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht en Hoofdstuk 7 van de Zaaizaad- en Plantgoedwet 2005.

<sup>4</sup> Artikel 57, eerste lid van de Zaaizaad- en Plantgoedwet.

<sup>5</sup> Artikel 57, derde lid van de Zaaizaad- en Plantgoedwet, artikel 15 van het Verdrag inzake bescherming van kweekproducten (UPOV-Verdrag en artikel 15 van Verordening nr. 2100/94).

<sup>6</sup> Richtlijn 98/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998 betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen.

*aanmerking komen voor octrooirechtelijke bescherming, indien de uitvoerbaarheid van een uitvinding zich technisch gezien niet beperkt tot een bepaald plantenras.<sup>1</sup> Naar aanleiding van deze richtlijn worden steeds meer kweekmethoden en individuele eigenschappen van planten geoctrooieerd. Het octrooirecht op deze uitvindingen strekt zich uit tot ieder biologisch materiaal dat door de uitvinding verkregen eigenschappen vertoont, met andere woorden het octrooirecht gaat over van generatie op generatie.<sup>2</sup> Dit wordt het afhankelijkheidsbeginsel genoemd.*

*De octrooihouder kan anderen beletten dan wel toestemming verlenen om het octrooi toe te passen. Hij kan hieraan (financiële) voorwaarden verbinden, de zogenoemde licenties.<sup>3</sup>*

#### *c. Spanningsveld octrooirecht - kwekersrecht*

*Met de komst van biotechnologische uitvindingen heeft het octrooirecht zijn intrede gedaan in de veredelingssector. Er ontstond daarmee een spanningsveld tussen het onafhankelijkheidsbeginsel van het kwekersrecht<sup>4</sup> en het afhankelijkheidsbeginsel van het octrooirecht.<sup>5</sup>*

*Tegenover de octrooihouder die ruime bescherming geniet, neemt de plantenveredelaar een betrekkelijk zwakke positie in. Bedrijfseconomisch zijn kwekers tot op zekere hoogte afhankelijk van het vrij kunnen beschikken over beschermd plantenmateriaal ten behoeve van de veredeling. Het gedurende langere tijd in een periode van onderzoek moeten betalen aan de octrooihouders voor het gebruik van geoctrooieerd materiaal vermindert de winstmarges en kan uiteindelijk tot gevolg hebben dat de verdelingswerkzaamheden worden gestaakt.<sup>6</sup>*

*Tegenover de positie van de veredelaar staat de positie van de octrooihouder. De octrooihouder heeft doorgaans hoge onderzoekskosten die hij wil terugverdienen door middel van een octrooi. Indien de octrooibescherming sterk wordt verminderd (bijvoorbeeld door introductie van een verdelingsvrijstelling in het octrooirecht) zou het minder aantrekkelijk kunnen zijn om biotechnologisch onderzoek te doen, omdat er minder kans is om de investeringen in tijd en geld terug te verdienen. Daartegenover staat dat een octrooihouder bij een beperkte verdelingsvrijstelling wel de bevoegdheid behoudt een licentie, en dus een vergoeding, te vragen voor de commerciële exploitatie van een door de veredelaar gekweekt nieuw plantenras (zie hierna onder punt 2).*

#### *d. Voorgestelde oplossingen*

*De toenmalige Minister van Landbouw en de Minister van Economische Zaken hebben in een brief aan de Tweede Kamer aangegeven dat oplossingen voor bovenstaande problematiek op nationale schaal slechts beperkt of niet mogelijk zijn en dat de aard van de problematiek om een internationale oplossing vraagt.<sup>7</sup> Hiertoe zijn de volgende activiteiten geïnitieerd:*

- introductie van een beperkte verdelingsvrijstelling in het octrooirecht door middel van aanpassing van de ROW1995 (onderhavig voorstel van rijkswet);*
- op Europees niveau aandacht vragen voor de kwekersproblematiek;*
- verbeteren van de kwaliteit van octrooiverlening (voorkomen te ruimhartige octrooiverlening);*
- voorlichting over octrooirecht bevorderen, dit kan bijdragen aan een beter begrip van de economische meerwaarde die het octrooirecht voor de sector kan hebben;*
- kenbaarheid van rassen die vallen onder de reikwijdte van een octrooi verbeteren;*

<sup>1</sup> Zie artikel 4, tweede lid, van de Biotechnologierichtlijn en artikel 53a van de ROW1995.

<sup>2</sup> Artikel 8, eerste lid, van de Biotechnologierichtlijn en artikel 53a, eerste lid, van de Rijsoctrooiwet 1995.

<sup>3</sup> Artikel 53a van de Rijsoctrooiwet 1995 en artikel 4, tweede lid van richtlijn 98/44/EG.

<sup>4</sup> Het onafhankelijkheidsbeginsel houdt in dat door verschillende personen bereikte kweekresultaten *juridisch* gezien geheel los van elkaar staan, ondanks het gegeven dat zij *biologisch* gezien op elkaar voortborduren en daardoor voor een groot deel aan elkaar gelijk zijn.

<sup>5</sup> Er is sprake van een inbreuk op het octrooi zolang de beschermde uitvinding nog steeds aanwezig is in het nieuwe product.

<sup>6</sup> Van der Kooij, Kwekersrecht, octrooirecht en de betekenis van de kwekersvrijstelling, *Tijdschrift voor Agrarisch recht*, nr. 10, oktober 2010, blz. 380.

<sup>7</sup> Kamerstukken II 2009/10, 27 428, nr. 162, blz. 5.

- ontwikkelen van gedragscodes (voorkeur internationaal) voor het vergemakkelijken van het gebruik van octrooien en het verkrijgen van licenties.<sup>1</sup>

## 2. Beperkte veredelingsvrijstelling

Het wetsvoorstel introduceert een beperkte veredelingsvrijstelling waardoor het uitsluitende recht van de octrooihouder zich niet uitstrekt tot handelingen met biologisch materiaal die uitsluitend dienen tot het kweken, ontdekken of ontwikkelen van nieuwe plantenrassen.<sup>2</sup> Indien een veredelaar een door hem gekweekt nieuw plantenras commercieel wil exploiteren en dit plantenras nog steeds beschikt over een eigenschap waarop een octrooi rust, is daarentegen wel een licentie nodig van de octrooihouder. Hierna wordt gezien hoe een beperkte veredelingsvrijstelling zich verhoudt tot de TRIPs-Overeenkomst en de Biotechnologie-richtlijn.

### a. Verhouding tot de TRIPs-Overeenkomst

Artikel 28 van de TRIPs-Overeenkomst bepaalt dat een octrooi aan de eigenaar ervan de volgende uitsluitende rechten verleent: derden die daartoe geen toestemming van de octrooihouder hebben, te beletten dat product te vervaardigen, te gebruiken, ten verkoop aan te bieden, te verkopen of voor deze doeleinden in te voeren. Ingevolge artikel 30 van de TRIPs-Overeenkomst mogen verdragspartijen voorzien in beperkte uitzonderingen op de door een octrooi verleende uitsluitende rechten.<sup>3</sup>

Het WTO-panel heeft op 7 maart 2000 uitspraak gedaan over de interpretatie van artikel 30 van de TRIPs-Overeenkomst in een zaak van de Europese Gemeenschap tegen Canada.<sup>4</sup> Het WTO-panel overwoog:

«Article 30 establishes three criteria that must be met in order to qualify for an exception: (1) the exception must be «limited»; (2) the exception must not «unreasonably conflict with normal exploitation of the patent; (3) the exception must not «unreasonably prejudice the legitimate interests of the patent owner, taking account of the legitimate interests of third parties». The three conditions are cumulative, each being a separate and independent requirement that must be satisfied. Failure to comply with any one of the three conditions results in the Article 30 exception being disallowed.»<sup>5</sup>

In deze zaak oordeelde het panel dat een zogenoemde voorraaduitzondering voor concurrenten geen «beperkte» uitzondering was in de zin van artikel 30 van de TRIPs-overeenkomst. Op grond van de voorraaduitzondering mochten concurrenten geoctrooieerde goederen vervaardigen en in voorraad houden gedurende een bepaalde periode voordat het octrooirecht zou verlopen. Deze goederen mochten echter niet verkocht worden voordat de looptijd van het octrooirecht zou verlopen. Het WTO-panel was van oordeel dat deze uitzondering een substantiële beperking was van de rechten van de octrooihouder, toegekend op grond van artikel 28, eerste lid, van de TRIPs-Overeenkomst.<sup>6</sup>

In de toelichting wordt verwezen naar een analyse die op verzoek van de minister is gemaakt van de juridische mogelijkheden van een veredelingsvrijstelling in het octrooirecht in het licht van internationale regelingen.<sup>7</sup> In deze analyse wordt ten aanzien van artikel 30 van de TRIPs-Overeenkomst vermeld dat er ten tijde van de veredeling nog niet gesproken kan worden van commercieel bruikbaar plantenmateriaal en dat de toepassing van de geoctrooieerde uitvinding in dat stadium slechts een zeer beperkte

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2009/10, 27 428, nr. 162, blz. 8.

<sup>2</sup> Artikel 53b van het wetsvoorstel.

<sup>3</sup> Artikel 30 TRIPs-Overeenkomst luidt: De Leden kunnen voorzien in beperkte uitzonderingen op de door een octrooi verleende uitsluitende rechten, mits deze uitzonderingen niet op onredelijke wijze strijdig zijn met de normale exploitatie van het octrooi en niet op onredelijke wijze de legitieme belangen van de houder van het octrooi schaden, rekening houdend met de legitieme belangen van derden.

<sup>4</sup> Zaak DS 114, Panel report 17 maart 2000, Canada- Pharmaceutical Patents.

<sup>5</sup> *Idem*, r.o. 7.20.

<sup>6</sup> *Idem* r.o. 7.36.

<sup>7</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 2, Kamerstukken II 2010/11, nr. 27 428, nr. 182, bijlage, blz. 9.

waarde heeft. De octrooihouder houdt immers nog alle gelegenheid om op een later tijdstip onder zijn octrooi licenties te verlenen aan derden, in de fase waarin de uitvinding commercieel wordt toegepast. Op grond hiervan wordt in de juridische analyse die op verzoek van de Minister van EL&I is uitgevoerd (hierna: de juridische analyse), geconcludeerd dat een beperkte veredelingsvrijstelling slechts in zeer beperkte mate het recht van de octrooihouder aantast en daarmee in overeenstemming wordt geacht met de TRIPs-Overeenkomst.<sup>1</sup> De Afdeling merkt hierover het volgende op.

Op grond van artikel 28 van de TRIPs-Overeenkomst heeft de octrooihouder niet alleen het recht om licenties te verlenen, maar ook het recht om toestemming te weigeren en derden te beletten het geoctrooieerde product te vervaardigen en te gebruiken. Ingevolge het wetsvoorstel vervalt dit laatst genoemde recht indien het gaat om gebruik van het geoctrooieerde product ten behoeve van veredelingsdoeleinden. In de toelichting ontbreekt een beschouwing waaruit volgt dat deze beperkte veredelingsvrijstelling kan worden aangemerkt als een beperkte uitzondering in de zin van artikel 30 van de TRIPs-Overeenkomst, zoals geïnterpreteerd door het WTO-panel op 7 maart 2000, welke niet op ontoelaatbare wijze afbreuk doet aan de «normale» exploitatie van het octrooi.

De Afdeling adviseert de toelichting op dit punt aan te vullen en het wetsvoorstel te bezien in het licht van de hiervoor genoemde uitspraak van het WTO-panel over artikel 30 van de TRIPs-Overeenkomst.

#### *b. Verhouding tot de Biotechnologierichtlijn*

De TRIPs-Overeenkomst laat aan WTO-landen de ruimte om ten aanzien van enkele onderwerpen zelfstandig keuzes te maken. Het Hof van Justitie heeft echter geoordeeld dat de ruimte die de TRIPs-Overeenkomst aan zijn leden biedt, is ingeperkt door de harmoniserende werking van de Biotechnologierichtlijn.<sup>2</sup>

De Afdeling wijst erop dat de Biotechnologierichtlijn geen bepaling bevat die uitdrukkelijk voorziet in een beperkte veredelingsvrijstelling.

#### *b.1 Artikel 12 Biotechnologierichtlijn (dwanglicentie)*

De toelichting vermeldt dat de in artikel 12 van de Biotechnologierichtlijn opgenomen mogelijkheid van het verkrijgen van een dwanglicentie alleen dan zinvolle betekenis heeft indien een octrooirechtelijke veredelingsvrijstelling wordt voorondersteld.<sup>3</sup> Zoals reeds bij de implementatie van deze bepaling in de ROW1995 is opgemerkt, mag de voorwaarde van een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang, als bedoeld in artikel 12, derde lid, van de Biotechnologierichtlijn, naar het oordeel van de regering niet zo streng mag worden uitgelegd dat in geen enkel geval een dwanglicentie verleend zou kunnen worden.<sup>4</sup>

De Afdeling merkt op dat er tot op heden nog geen jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Unie bestaat over artikel 12 van de Biotechnologierichtlijn. In zoverre kan niet met zekerheid worden gesteld dat een vooronderstelde beperkte veredelingsvrijstelling in overeenstemming is met de richtlijn.

Betoogd kan worden dat artikel 12, derde lid, van de Biotechnologierichtlijn een beperkte veredelingsvrijstelling vooronderstelt, zoals in de toelichting en de juridische analyse wordt beargumenteerd. Volgens de toelichting en de analyse «biedt de richtlijn immers de mogelijkheid om biologisch materiaal dat valt onder een octrooirecht te gebruiken voor het

<sup>1</sup> De Minister van EL&I heeft in februari 2011 een onderzoek laten uitvoeren naar de juridische mogelijkheden van een veredelingsvrijstelling in het octrooirecht in het licht van internationale regelingen. Bijlage bij Kamerstukken II 2010/11, 27 428, nr. 182.

<sup>2</sup> Arrest van het Hof van Justitie EG van 9 oktober 2001 in zaak C-377/98, Nederland tegen Europees Parlement, Raad van de Europese Unie van 9 oktober 2001, Jur. 2001, blz. I-07079, r.o. 58. Het advies van de Raad over de beperkte veredelingsvrijstelling is van na dit arrest, te weten van 2 oktober 2000; zie Kamerstukken II 2000/01, 26 568, C.

<sup>3</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 2.

<sup>4</sup> Zie in dit verband de Memorie van toelichting bij de wijziging van de Rijsoctrooiwet 1995, Kamerstukken II 1998/99, 26 568, nr. 3, blz. 20.

*ontdekken en ontwikkelen van een nieuw plantenras, zodat voor de fase erna (het aanvragen en exploiteren van een kwekersrecht voor het nieuwe plantenras) inderdaad aangetoond kan worden dat het nieuwe plantenras, vergeleken met het biologisch materiaal waarop het octrooi rust, een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang vertegenwoordigt ten opzichte van de betrokken geoctrooieerde uitvinding.”<sup>1</sup> De redenering kan dan deze zijn, dat*

- a. nu de aanspraak op een dwanglicentie vereist dat bij de aanvraag daarvan wordt aangetoond dat er een nieuw plantenras geproduceerd kan worden waarin het geoctrooieerde materiaal is aangewend, dat een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang vertegenwoordigt,*
- b. de kweker de mogelijkheid moet hebben voorafgaande aan die aanvraag de geoctrooieerde uitvinding te gebruiken om het bewijs van het bestaan van dat nieuwe plantenras en de technische vooruitgang en het economisch belang van dat ras te leveren.*

*Dienaangaande merkt de Afdeling op dat er geen aanwijzingen zijn dat bij de totstandkoming van de Biotechnologierichtlijn is uitgegaan van een dergelijke vooronderstelde (beperkte) veredelingsvrijstelling. Ook blijkt uit de toelichting niet dat een vooronderstelde (beperkte) veredelingsvrijstelling past binnen het systeem van de richtlijn. Artikel 8 van de richtlijn bepaalt dat de octrooibeschermt voor biologisch materiaal zich uitstrekt tot ieder biologisch materiaal dat dezelfde eigenschappen heeft. Door de introductie van een (beperkte) veredelingsvrijstelling wordt de reikwijdte van deze bescherming beperkt. Een octrooihouder heeft dan immers niet meer het recht om derden te beletten om het geoctrooieerde product te gebruiken voor veredelingsdoelstellingen of de mogelijkheid om daarvoor licenties te verlenen. De richtlijn bevat een aantal expliciete uitzonderingsbepalingen ten aanzien van de reikwijdte van de octrooibeschermt.<sup>2</sup> Zo bepaalt artikel 11 dat de reikwijdte van de octrooibeschermt wordt beperkt ten behoeve van de zogenoemde «farmers privilege» (recht van een landbouwer om geoogst materiaal binnen het bedrijf voor vermeerderingsdoeleinden te gebruiken). Een dergelijke uitzondering is niet geformuleerd voor veredelaars. Van belang daarbij is dat blijkens jurisprudentie van het Hof van Justitie de richtlijn de materie van de octrooibeschermt van biotechnologische uitvindingen uitputtend harmoniseert.<sup>3</sup> Dit uitgangspunt staat eraan in de weg dat binnen het bereik van de richtlijn nationale wetgeving wordt vastgesteld die de octrooibeschermt van biotechnologische uitvindingen verruimt of beperkt ten opzichte van de Biotechnologierichtlijn.*

*In de toelichting ontbreekt een beschouwing over de verhouding tussen artikel 12 en het systeem van de richtlijn als geheel. In het bijzonder wordt uit de toelichting op het voorstel niet duidelijk waarom artikel 12 van de richtlijn noodzakelijkerwijs een dergelijke impliciete uitzondering op de octrooibeschermt in de vorm van een veredelingsvrijstelling vooronderstelt, waarvoor naast de elders in de richtlijn voorziene, expliciete uitzonderingen ruimte zou zijn. De toelichting geeft niet aan waarom uitsluitend onder de voorwaarde van een dergelijke vrijstelling zinvolle betekenis aan artikel 12 van de richtlijn gegeven kan worden. De Afdeling wijst daarbij op hetgeen hierover bij de implementatie van artikel 12 van de Biotechnologierichtlijn in de ROW1995 is opgemerkt, te weten dat een dwanglicentie ook noodzakelijk kan zijn als het nieuwe plantenras nog gekweekt moet worden.<sup>4</sup>*

*De Afdeling adviseert om in de toelichting nader op dit punt in te gaan.*

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2010/11, nr. 27 428, nr. 182, bijlage, blz. 12.

<sup>2</sup> Artikelen 10 en 11 van de Biotechnologierichtlijn.

<sup>3</sup> Arrest van het HvJ EU van 6 juli 2010 in zaak C-428/08, Monsanto Technology, r.o. 55–63, n.n.g.

<sup>4</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 568, nr. 3, blz. 20.

## *b.2 Artikel 13 Biotechnologierichtlijn (depot)*

*Ingevolge artikel 13 van de richtlijn moet een monster van het biologisch materiaal waarop de uitvinding betrekking heeft worden gedeponeerd bij een erkende depositaris indien een uitvinding niet openbaar toegankelijk is en in de octrooiaanvraag niet zodanig kan worden omschreven. Het monster wordt slechts ter beschikking gesteld indien de verzoeker zich ertoe verplicht voor de geldigheidsduur van het octrooi geen monster van het materiaal te gebruiken, behoudens voor experimentele doeleinden.*

*In de juridische analyse die op verzoek van de minister is uitgevoerd, wordt in dit verband het volgende gesteld: «Deze doeleinden zijn in de richtlijn echter niet nader gedefinieerd. Niet valt in te zien waarom daaronder niet het gebruik zou mogen vallen van dergelijk materiaal voor het ontdekken en ontwikkelen van nieuwe plantenrassen. Zou het anders zijn dan zou al sprake van inbreuk op het octrooirecht van de houder kunnen zijn zodra de kweker een verzoek richt aan de houder van een octrooi om een licentie te kunnen verkrijgen.»*

*De Raad was in 2000 van oordeel dat een beperkte veredelingsvrijstelling, zoals werd voorgesteld in het amendement, in strijd was met de Biotechnologierichtlijn. Het amendement vereiste anders dan de richtlijn geen octrooilicentie voor de veredelingsdoeleinden, terwijl, blijkens het advies van de Raad ingevolge artikel 13, derde lid, onderdeel b, van de Biotechnologierichtlijn alleen een uitzondering voor experimentele doeleinden mogelijk werd gemaakt (te weten geen licentieverplichting voor experimentele doeleinden).<sup>1</sup>*

*De Afdeling merkt op dat in de juridische analyse wordt vermeld dat niet valt in te zien waarom onder «experimentele doeleinden» niet het gebruik voor het ontdekken en ontwikkelen van nieuwe plantenrassen zou mogen vallen. Voorts wijst de Afdeling op Verordening nr. 2100/94 inzake het communautaire kwekersrecht.<sup>2</sup> In deze verordening wordt een expliciet onderscheid gemaakt tussen:*

- handelingen voor experimentele doeleinden en*
- handelingen met als doel het kweken of ontdekken en ontwikkelen van andere rassen.<sup>3</sup>*

*In de Biotechnologierichtlijn wordt in de artikelen 2 en 11 verwezen naar deze verordening. Gelet hierop is de Afdeling niet overtuigd dat het Hof van Justitie van de Europese Unie een uitleg zoals beschreven in de juridische analyse zal onderschrijven, nu in de Verordening inzake het communautaire kwekersrecht een onderscheid is gemaakt tussen experimentele doeleinden en de hierboven aangeduide veredelingsdoeleinden.*

*De Afdeling adviseert de beperkte veredelingsvrijstelling nader te bezien in verhouding tot artikel 13 van de Biotechnologierichtlijn, gelezen in samenhang met artikel 15 van de Verordening inzake het communautaire kwekersrecht.*

## *b.3 Frankrijk en Duitsland*

*De toelichting vermeldt dat de beperkte veredelingsvrijstelling in overeenstemming is met de vrijstelling zoals die is ingevoerd in de octrooiwetten van Frankrijk en Duitsland. Voorts wordt vermeld dat de Europese Commissie zal blijven toezien of de mogelijke verschillen tussen de wetgeving van de lidstaten economische consequenties hebben en dat de Europese Commissie geen bezwaar heeft geuit tegen de invoering van de beperkte veredelingsvrijstelling in de Franse en Duitse wetgeving.<sup>4</sup>*

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1999/00, 26 568, nr. 15.

<sup>2</sup> Verordening (EG) nr. 2100/94 van de Raad van 27 juli 1994 inzake het communautaire kwekersrecht.

<sup>3</sup> Artikel 15 van Verordening 2100/94: Een communautair kwekersrecht sterkt zich niet uit tot: b) handelingen voor experimentele doeleinden c) handelingen met als doel het kweken of ontdekken en ontwikkelen van andere rassen.

<sup>4</sup> Memorie van toelichting, paragraaf 5.

*In Duitsland is een beperkte verdelingsvrijstelling geïntroduceerd ten tijde van de implementatie van de Biotechnologierichtlijn.<sup>1</sup> Met de introductie werd aangesloten bij een verklaring die door de Duitse delegatie was afgelegd op de Interne Markt Raad op 27 november 1997: «Die Bundesregierung geht davon aus, dass [...] der Richtlinie über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen nach derer Umsetzung in nationales Recht die Züchtung von Pflanzensorten durch die Wirkung von Patenten für biologisches Material nicht unangemessen beeinträchtigt wird.»<sup>2</sup>*

*In Frankrijk is eveneens een beperkte veredelingsvrijstelling geïntroduceerd ten tijde van de implementatie van de biotechnologierichtlijn.<sup>3</sup>*

*Voor zover de Afdeling bekend is lag aan de introductie van de Franse en Duitse wetgeving niet de argumentatie ten grondslag die wordt gehanteerd in onderhavig wetsvoorstel, te weten dat de Biotechnologierichtlijn de mogelijkheid van een beperkte verdelingsvrijstelling vooronderstelt in de artikelen 12 en 13 van de richtlijn. De Afdeling adviseert om in de toelichting uiteen te zetten waarom in het wetsvoorstel wordt gekozen voor een andere benadering.*

#### *b.4 Europese Commissie*

*Gelet op de hierboven aangegeven vraagpunten omtrent de interpretatie van de Biotechnologierichtlijn (b.1 en b.2) alsmede de ontwikkelingen in Frankrijk en Duitsland (b.3) geeft de Afdeling de regering in overweging het wetsvoorstel over de beperkte verdelingsvrijstelling aan de Europese Commissie voor te leggen.<sup>4</sup>*

#### *c. Reikwijdte wetsvoorstel*

*Het voorgestelde artikel 53b van het wetsvoorstel bepaalt dat het uitsluitende recht, bedoeld in artikel 53a, zich niet uitstrekt over handelingen met biologisch materiaal die uitsluitend dienen tot het kweken, ontdekken of ontwikkelen van nieuwe plantenrassen. De toelichting vermeldt dat materiaal waarin de genetische informatie wordt opgenomen en haar functie uitoefent, in de zin van artikel 53a, derde lid, ROW1995 hiervan is uitgesloten. Blijkens de toelichting kan dit uitgesloten materiaal zich, in tegenstelling tot biologisch materiaal, niet repliceren of in een biologisch systeem worden gerepliceerd.*

*Uit de toelichting blijkt niet waarom de problematiek, te weten de beperkte toegang tot uitgangsmateriaal voor veredelingsdoeleinden, zich niet uitstrekt tot het materiaal genoemd in artikel 53a, derde lid, ROW1995. Onduidelijk is waarop de keuze is gebaseerd om de beperkte verdelingsvrijstelling niet toe te passen op artikel 53a, derde lid, ROW1995. Het feit dat het materiaal zich niet kan repliceren of in een biologisch systeem kan worden gerepliceerd, doet niet af aan het feit dat de toegang tot materiaal waarin genetische informatie is opgenomen en zijn functie uitoefent, van belang kan zijn voor de veredeling van plantenrassen.*

*De Afdeling adviseert om in de toelichting nader in te gaan op de doeltreffendheid van het wetsvoorstel nu de beperkte verdelingsvrijstelling niet geldt voor artikel 53a, derde lid, ROW 1995 en het wetsvoorstel zo nodig aan te passen.*

<sup>1</sup> Die Wirkung des Patents erstreckt sich nicht auf die Nutzung biologischen Materials zum Zweck der Züchtung, Entdeckung und Entwicklung einer neuen Pflanzensorte, Patent Gesetz art. 11, lid 2a (2005).

<sup>2</sup> Deutscher Bundestag, Drucksache 15/1709, blz. 9.

<sup>3</sup> Les droits conférés par les articles [...] ne s'étendent pas aux actes accomplis en vue de créer ou de découvrir et de développer d'autres variétés végétales. (2004) Code la propriété Intellectuelle Article. 613-5-3.

<sup>4</sup> Zie ook artikel 15, tweede lid, van de Biotechnologierichtlijn.

*d. Formulering beperking veredelingsvrijstelling*

*Op grond van het wetsvoorstel strekt de beperkte veredelingsvrijstelling zich uit tot handelingen met biologisch materiaal die uitsluitend dienen tot het kweken, ontdekken of ontwikkelen van nieuwe plantenrassen.*

*De Afdeling merkt op dat Verordening nr. 2100/94 inzake het communautaire kwekersrecht in dit verband bepaalt dat een communautair kwekersrecht zich niet uitstrekt tot: handelingen met als doel het kweken of ontdekken en ontwikkelen van andere rassen.*

*Uit de toelichting blijkt niet waarom in het wetsvoorstel op het punt van de formulering van de beperking van de veredelingsvrijstelling is afgeweken van de verordening. De Afdeling adviseert de tekst van het wetsvoorstel aan te passen.*

*1. tot en met 2a.*

De Afdeling beoordeelt het wetsvoorstel in het licht van de terzake geldende internationale regelgeving, zijnde de TRIPS-Overeenkomst<sup>1</sup> en de Biotechnologierichtlijn (hierna: de richtlijn)<sup>2</sup>. Bij de beoordeling in het licht van de TRIPS-Overeenkomst, betreft de Afdeling in het bijzonder de artikelen 28 en 30 van de TRIPS-Overeenkomst. De Afdeling adviseert de beperkte veredelingsvrijstelling nader te bezien in het licht van artikel 30 van de TRIPS-Overeenkomst en daarbij ook te betrekken een uitspraak van het WTO-panel van 7 maart 2000<sup>3</sup>, die een interpretatie geeft van artikel 30. De Afdeling adviseert de memorie van toelichting op dit punt aan te vullen.

In het navolgende zal nader uiteengezet worden hoe de in het wetsvoorstel geïntroduceerde beperkte veredelingsvrijstelling zich verhoudt tot de artikelen 28 en 30 van de TRIPS-Overeenkomst, mede in het licht van de uitspraak van het WTO-panel.

Artikel 28, eerste lid, van de TRIPS-Overeenkomst bepaalt de omvang van de met een octrooirecht verleende uitsluitende rechten. Daarbij wordt onderscheid gemaakt naar octrooien voor uitvindingen met betrekking tot producten (artikel 28, eerste lid, aanhef en onder a), respectievelijk werkwijzen (artikel 28, eerste lid, aanhef en onder b). De houder van het octrooi heeft op grond van artikel 28, eerste en tweede lid, het recht om derden die daartoe niet zijn toestemming hebben, te beletten om dat product te vervaardigen, te gebruiken, ten verkoop aan te bieden, te verkopen of voor deze doeleinden in te voeren, respectievelijk deze werkwijze te gebruiken en ten minste het rechtstreeks door middel van deze werkwijze verkregen product te gebruiken, ten verkoop aan te bieden, te verkopen of voor deze doeleinden in te voeren.

Artikel 30 van de TRIPS-Overeenkomst voorziet in de mogelijkheid voor verdragspartijen om uitzonderingen te maken op de door een octrooi verleende uitsluitende rechten. De vereisten die aan deze uitzonderingen worden gesteld zijn:

- (1) de uitzondering moet beperkt zijn;
- (2) de uitzondering mag niet op onredelijke wijze strijdig zijn met de normale exploitatie van het octrooi;
- (3) de uitzondering mag niet op onredelijke wijze de legitieme belangen van de octrooihouder schaden, rekening houdend met de legitieme belangen van derden.

<sup>1</sup> Overeenkomst inzake de handelsaspecten van de intellectuele eigendom, bijlage 1c bij het Wereldhandelsverdrag; Trb. 1995, 130.

<sup>2</sup> 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).

<sup>3</sup> Zaak DS 114, Panel report 17 maart 2000, Canada-Pharmaceutical Patents, [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/cases\\_e/ds114\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds114_e.htm)

In de genoemde uitspraak oordeelde het WTO-panel dat deze vereisten cumulatief zijn: elk vereiste is een afzonderlijk en onafhankelijk vereiste waaraan moet worden voldaan. Het niet voldoen aan een van deze voorwaarden leidt tot een niet toegestane uitzondering op artikel 30. In de betrokken zaak oordeelde het WTO-panel dat een zogenaamde voorraaduitzondering, op grond waarvan octrooirechtelijk beschermde producten vervaardigd en in voorraad gehouden mochten worden gedurende een bepaalde periode voordat het octrooi zou aflopen, niet aan de vereisten van artikel 30 voldeed.

Voor het WTO-panel was hierbij in de betrokken zaak van belang dat het vervaardigen en gebruiken van octrooirechtelijk beschermde producten zonder enige beperking, onder meer ten aanzien van de kwantiteit van de productie, plaatsvond. Het panel kwam dus tot deze conclusie niet zozeer vanwege de enkele inbreuk op de exclusieve rechten van de octrooihouder om deze producten te vervaardigen of te gebruiken, maar omdat het doel hiervan was om de aldus geproduceerde producten, direct na afloop van het desbetreffende octrooi, op de markt aan te bieden. Naar het oordeel van het panel brengt het exclusieve recht om octrooirechtelijk beschermde producten te vervaardigen of te gebruiken met zich dat de octrooihouder ook gedurende een korte tijd na afloop van het octrooi, marktexclusiviteit behoudt. In ieder geval gedurende de periode dat zijn concurrenten concurrerende producten kunnen produceren en op de markt kunnen brengen. Het vervaardigen en gebruiken van octrooirechtelijk beschermde producten, zonder enige kwantitatieve beperking, met als doel deze op de markt te brengen is daarmee in strijd, aldus het WTO-panel in de navolgende overwegingen:

*«7.34 In the Panel's view, the question of whether the stockpiling exception is a «limited» exception turns on the extent to which the patent owner's rights to exclude «making» and «using» the patented product have been curtailed. The right to exclude «making» and «using» provides protection, additional to that provided by the right to exclude sale, during the entire term of the patent by cutting off the supply of competing goods at the source and by preventing use of such products however obtained. With no limitations at all upon the quantity of production, the stockpiling exception removes that protection entirely during the last six months of the patent term, without regard to what other, subsequent, consequences it might have. By this effect alone, the stockpiling exception can be said to abrogate such rights entirely during the time it is in effect.*

*7.35 In view of Canada's emphasis on preserving commercial benefits before the expiration of the patent, the Panel also considered whether the market advantage gained by the patent owner in the months after expiration of the patent could also be considered a purpose of the patent owner's rights to exclude «making» and «using» during the term of the patent. In both theory and practice, the Panel concluded that such additional market benefits were within the purpose of these rights. In theory, the rights of the patent owner are generally viewed as a right to prevent competitive commercial activity by others, and manufacturing for commercial sale is a quintessential competitive commercial activity, whose character is not altered by a mere delay in the commercial reward. In practical terms, it must be recognized that enforcement of the right to exclude «making» and «using» during the patent term will necessarily give all patent owners, for all products, a short period of extended market exclusivity after the patent expires. The repeated enactment of such exclusionary rights with knowledge of their universal market effects can only be understood as an affirmation of the purpose to produce those market effects.»<sup>1</sup>*

---

<sup>1</sup> Idem, r.o. 7.34 en 7.35

In het licht van de artikelen 28 en 30 van de TRIPS-Overeenkomst, zoals uitgelegd door het WTO-panel, is de met het wetsvoorstel geïntroduceerde beperkte veredelingsvrijstelling een uitzondering die voldoet aan artikel 30. De beperkte veredelingsvrijstelling vormt slechts een beperkte uitzondering op de exclusieve rechten van de octrooihouder. Er wordt op geen enkele wijze inbreuk gemaakt op de uitsluitende rechten van de octrooihouder om de octrooirechtelijk beschermde producten ten verkoop aan te bieden, te verkopen of voor deze doeleinden in te voeren. Ook de inbreuk op de exclusieve rechten van de octrooihouder om het product te vervaardigen of te gebruiken heeft slechts een beperkte reikwijdte. Een dergelijke vervaardiging of gebruik is alleen toegestaan voor welbepaalde handelingen, te weten voor het kweken of ontdekken en ontwikkelen van nieuwe rassen. Er vindt – anders dan in de WTO-zaak – geen vervaardiging of gebruik plaats met het oog op het op de markt brengen van de aldus geproduceerde producten. Dit is op grond van de beperkte veredelingsvrijstelling niet toegestaan. De vrijstelling voldoet eveneens aan de overige vereisten die artikel 30 aan de uitzondering stelt. De beperkte veredelingsvrijstelling is niet in strijd met de normale exploitatie van het octrooi, noch worden de legitieme belangen van de octrooihouder geschaad. Ter nadere toelichting dient nog het volgende.

De beperkte veredelingsvrijstelling maakt het mogelijk dat een veredelaar biologisch materiaal waarop een octrooierecht rust, kan gebruiken voor veredeling, dat wil zeggen ontwikkelingswerk, om aldus nieuwe plantensoorten te kweken met de gewenste eigenschappen. De vrijstelling ziet dus op een ontwikkelingsfase die mogelijk zal leiden tot een of meer voor het beoogde doel geschikt geachte rassen. Aan de start van de veredeling is er bij het gebruik van biologisch materiaal waarop een octrooierecht rust dus geen sprake van een marktrijp teeltproduct dat een inbreuk zou kunnen vormen op de rechten van de octrooihouder. Het eind van de ontwikkelingsfase wordt bereikt op het moment dat de kweker die een plantensoort heeft ontwikkeld met de gewenste eigenschappen, besloten heeft dat zijn kweekproduct marktrijp is en wil overgaan tot commerciële exploitatie daarvan. Indien in dat stadium nog steeds sprake is van gebruik van biologisch materiaal dat door de geoctrooieerde uitvinding bepaalde eigenschappen heeft verkregen en het octrooi nog van kracht is, zal de kweker een licentie nodig hebben van de octrooihouder. De uitsluitende rechten van de octrooihouder in deze fase van commerciële exploitatie worden op geen enkele wijze beperkt door de beperkte veredelingsvrijstelling. De ontwikkelingsfase neemt overigens vele jaren in beslag, afhankelijk van het gewas, variërend van circa 5 tot 15 jaar. In voorkomend geval neemt ook de procedure voor het verkrijgen van kwekersrecht of van toelating voor het nieuwe ras enkele jaren in beslag. Zolang het plantensoort niet in concurrentie met het materiaal van de octrooihouder op de markt wordt gebracht, kan de marktexclusiviteit van de octrooihouder niet worden aangetast. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat, zoals ook in de memorie van toelichting is aangegeven, de beperkte veredelingsvrijstelling niet geldt voor de commerciële exploitatie van nieuwe plantensoorten, verworven met deze vrijstelling, waaronder ook wordt begrepen de aanmelding van het nieuwe plantensoort voor het verkrijgen van een kwekersrecht of toelating.

Op grond van de beperkte veredelingsvrijstelling is het de veredelaar niet toegestaan, in afwachting van het verloop van de geldigheid van een octrooi, een te sluiten licentieovereenkomst of het verkrijgen van een dwanglicentie, reeds een voorraad teeltmateriaal van het nieuwe ras op te bouwen, omdat dan immers geen sprake meer is van veredelingsactiviteiten. De octrooihouder behoudt de mogelijkheid in voorkomende gevallen licenties te verlenen en licentie-inkomsten te genieten voor andere doeleinden dan veredelingsdoeleinden, bijvoorbeeld voor het

telen van octrooirechtelijk beschermde planten, zonder dat dit het doel heeft nieuwe rassen te ontwikkelen.

In de «Analyse van de juridische mogelijkheden van een veredelingsvrijstelling in het octrooirecht in het licht van internationale regelingen»<sup>1</sup> is uiteengezet dat er reeds – internationaal erkende – beperkte uitzonderingen als bedoeld in artikel 30 van de TRIPS-Overeenkomst in het octrooirecht zijn opgenomen, zoals de regeling inzake dwanglicenties en vrijstellingen. Ook specifiek in verband met octrooi voor biologisch materiaal zijn dergelijke voorzieningen in de richtlijn opgenomen, zoals artikel 11 inzake het zogenaamde farmers» privilege en artikel 12 inzake dwanglicenties. Gelet op het bovenstaande, voldoet de beperkte veredelingsvrijstelling, net als deze reeds bestaande uitzonderingen, aan de voorwaarden van artikel 30 van de TRIPS-Overeenkomst, zoals deze nader door het WTO-panel zijn geïnterpreteerd.

De memorie van toelichting (paragraaf 4) is overeenkomstig het advies van de Afdeling, aangevuld.

#### *2b. 1.*

In de memorie van toelichting is aangegeven dat artikel 12, derde lid, van de richtlijn, waarin de mogelijkheid tot het verkrijgen van een dwanglicentie is opgenomen, alleen dan zinvolle betekenis heeft als een beperkte veredelingsvrijstelling wordt verondersteld. Immers, om een dwanglicentie te kunnen verkrijgen, is vereist dat de aanvrager aantoont dat er een nieuw plantenras geproduceerd kan worden, dat een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang vertegenwoordigt ten opzichte van de door het octrooi beschermde uitvinding. Om dat bewijs te kunnen leveren moet de veredelaar eerst de mogelijkheid hebben om voorafgaand aan die aanvraag de geoctrooierde uitvinding te gebruiken.

De Afdeling geeft onder meer aan dat het bovenstaande betoogd kan worden, maar dat – gelet op het systeem van de richtlijn en bij gebreke van jurisprudentie van het Hof van Justitie – niet met zekerheid gezegd kan worden dat de aldus vooronderstelde beperkte veredelingsvrijstelling in overeenstemming is met de richtlijn.

De regering is van oordeel dat artikel 12, zoals is aangegeven, een beperkte veredelingsvrijstelling vooronderstelt. Het feit dat zulks niet, naast de expliciet in de richtlijn opgenomen uitzonderingsbepalingen, in de richtlijn is opgenomen, doet daar niet aan af. Immers, bij de uitleg van een bepaling uit een richtlijn zal, naast de letterlijke tekst daarvan, ook gekeken moeten worden naar het doel daarvan. De regering is van oordeel dat het doel van de bepaling over dwanglicenties, te weten een gewaarborgde toegang tot het geoctrooierde plantenmateriaal om deze commercieel te exploiteren (r.o. 52 richtlijn) niet bereikt kan worden zonder deze vooronderstelde beperkte veredelingsvrijstelling. Een beroep op artikel 12 van de richtlijn zou dan slechts een theoretische mogelijkheid zijn. In het onderstaande wordt dit nader toegelicht.

Zonder beperkte veredelingsvrijstelling heeft een veredelaar toestemming nodig van een octrooihouder als hij biologisch materiaal waarop octrooirecht rust, wil gebruiken voor veredelingsdoeleinden. Als de octrooihouder die toestemming niet geeft, dus geen licentie wil verlenen, zou de veredelaar een dwanglicentie kunnen vragen, maar hij zal dan moeten aantonen dat het nieuwe plantenras waarbij gebruik wordt gemaakt van de geoctrooierde uitvinding een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang vertegenwoordigt ten opzichte van de geoctrooierde uitvinding. Dat zal niet goed mogelijk zijn

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2010/11, 27 428, nr. 182, bijlage

omdat het betrokken plantenras op dat moment immers nog niet ontwikkeld kan zijn.

Artikel 12 zou in dat geval alleen betekenis hebben voor het geval dat de octrooihouder uitsluitend toestemming geeft voor veredelingsactiviteiten, maar niet voor de fase daarna, de commerciële exploitatie van het nieuwe plantenras. Indien de octrooihouder na de veredelingsactiviteiten een licentie weigert, zou de veredelaar met succes een dwanglicentie kunnen vragen, omdat hij alleen in dat geval over het veredelde nieuwe plantenras beschikt waarvan hij kan aantonen dat deze een belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang vertegenwoordigt ten opzichte van de geoctrooieerde uitvinding. Daarmee zou de betekenis van artikel 12 afhankelijk worden gesteld van de vraag of de octrooihouder bereid is voor de verdelingsfase toestemming te verlenen. De octrooihouder zou dus zelf de mogelijkheid om dwanglicenties te verkrijgen teniet kunnen doen en daarmee artikel 12 zinledig kunnen maken. Een dergelijke afhankelijkheid past niet bij de strekking van artikel 12.

Verdere ondersteuning voor deze uitleg van de richtlijn blijkt uit de considerans (r.o. 49) van de richtlijn waarin is aangegeven dat de «octrooihouder zijn rechten kan doen gelden [...] tegen de kweker die het plantenras waarin de beschermde uitvinding verwerkt is, heeft ontwikkeld, indien deze niet aan zijn verbintenissen voldoet.» Hieruit volgt dat de octrooihouder recht heeft op een vergoeding van de kweker voor iedere licentie waarover de kweker dient te beschikken voor de commerciële exploitatie van een nieuw plantenras dat door hem is ontwikkeld (voor zover dat nieuwe plantenras het geoctrooieerde gen bevat dat reeds aanwezig was in het plantenras dat oorspronkelijk voor de kweker als basis voor de veredeling heeft gediend). Van commerciële exploitatie is bij bovengenoemde beperkte verdelingsvrijstelling, zoals hierboven is aangegeven, echter geen sprake. Veredelingsactiviteiten, die niet vallen onder de door de richtlijn beschermde fase van de commerciële exploitatie van het nieuwe plantenras, vallen derhalve niet onder de door de richtlijn beschermde rechten van de octrooihouder.

De Afdeling geeft aan dat bij de implementatie van de richtlijn in de ROW 1995 is opgemerkt dat de voorwaarde van een «belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang», als bedoeld in artikel 12, derde lid, van de richtlijn, niet zo streng mag worden uitgelegd dat in geen enkel geval een dwanglicentie zou kunnen worden verleend. De Afdeling leest in de betrokken memorie van toelichting eveneens dat een dwanglicentie ook noodzakelijk kan zijn als het nieuwe plantenras nog ontwikkeld moet worden.

De Afdeling doelt daarmee op de volgende passage uit de memorie van toelichting<sup>1</sup>:

*«Artikel 12, derde lid, van de richtlijn, waarin de criteria voor het verlenen van een dwanglicentie zijn neergelegd, is afgeleid van artikel 31, onderdeel I, van het TRIPs Verdrag. In dat verdrag gaat het evenwel om een dwanglicentie van een octrooi ter verkrijging van een ander octrooi, terwijl het hier gaat om een dwanglicentie van een octrooi ter verkrijging van een kwekersrecht.*

*Het is niet onmiddellijk duidelijk hoe een plantenras een belangrijke technische vooruitgang kan vertegenwoordigen ten opzichte van een geoctrooieerde uitvinding. De loutere toepassing van de uitvinding kan in ieder geval niet worden gezien als een «technische vooruitgang» ten opzichte van de uitvinding. Dat kan anders liggen als de kweker het gen*

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 568 (R 1638), nr. 3, blz. 19–20

*toepast in gevallen of op een wijze die niet is beschreven in het octrooi-schrift. Mogelijk kan het feit dat door toepassing van het geoctrooieerde gen een nieuw of een verbeterd plantenras zal ontstaan, op zichzelf voldoende zijn om te spreken van een technische vooruitgang die het verlenen van een dwanglicentie rechtvaardigt. Daarnaast is het nodig dat het te beschermen plantenras een aanzienlijk economisch belang vertegenwoordigt in vergelijking met de uitvinding. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als het plantenras een landbouwgewas is dat resistent is tegen een bepaalde ziekte. Betoogd kan worden dat dan niet alleen sprake is van een economisch belang van de kweker, maar ook van een algemeen economisch belang, doordat verbeterde landbouwgewassen verbouwd kunnen worden. Met nadruk merken wij op dat dit onze interpretatie is van de richtlijnbeplating. Zolang de (Europese) rechter geen uitspraak heeft gedaan over de betekenis ervan, is het moeilijk om met zekerheid te zeggen wat eronder verstaan moet worden. Evenwel is het duidelijk dat de voorwaarde niet zo streng mag worden uitgelegd dat in geen enkel geval een dwanglicentie verleend zou kunnen worden.»*

Deze passage heeft uitdrukkelijk betrekking op het in de derde zin verwoorde dilemma: hoe kan een plantenras een belangrijke technische vooruitgang vertegenwoordigen ten opzichte van een geoctrooieerde uitvinding. Met andere woorden, hoe vergelijkt men twee ongelijke grootheden: de geoctrooieerde uitvinding als zodanig en het nieuw ontwikkelde plantenras. Ten aanzien van de beantwoording van deze vraag kwam de regering destijds tot de conclusie dat die voorwaarde niet zo streng mag worden uitgelegd dat in geen enkel geval een dwanglicentie verleend zou kunnen worden. Ten aanzien van de vraag of een nieuw plantenras een belangrijke technische vooruitgang vertegenwoordigt ten opzichte van de uitvinding, moest de bewijslast niet te hoog zijn. Dit veronderstelt evenwel al wel het bestaan van het nieuwe plantenras, dat door middel van veredelingsarbeid is verkregen. De uit deze passage door de Afdeling getrokken conclusie dat de regering destijds van mening was dat ook voor het loutere veredelen al een dwanglicentie zou kunnen worden verleend, waarvoor – aldus de Afdeling – de bewijslast niet te hoog moest zijn, wordt door de regering niet gedeeld. Overigens was het bovenstaande dilemma destijds ook onderkend door de Raad van State in het advies naar aanleiding van het wetsvoorstel. De Raad overwoog:

*«In het hiervoor genoemde onderdeel van de memorie van toelichting wordt overigens naar de mening van de Raad terecht getwijfeld aan de eenvoud van een afweging op grond van dit artikellid. Het college vraagt zich – in aansluiting daarop – af in welke zin een plantenras een vooruitgang kan inhouden ten opzichte van bijvoorbeeld een geoctrooieerd gen, nu moeilijk voorstelbaar is dat de vooruitgang – in technische zin – en het economische belang van het plantenras hiertegen afgezet kunnen worden. Het verdient de voorkeur aan deze relatie in ieder geval in de toelichting aandacht te besteden.»<sup>1</sup>*

Naar aanleiding van dit advies is de hierboven weergegeven passage destijds in de memorie van toelichting opgenomen.

Naar het oordeel van de regering vormt het bovenstaande een redelijke uitleg van artikel 12 van de richtlijn, mede gelet op het doel van deze bepaling. Het past daarmee ook binnen het systeem van de richtlijn, waarover de Afdeling een nadere toelichting vraagt. De richtlijn voorziet in expliciete uitzonderingsgronden ten aanzien van de reikwijdte van de octrooibeschermt. Artikel 12 is één van die uitzonderingen, die echter geen zinvolle betekenis heeft zonder een vooronderstelde beperkte verdelingsvrijstelling. De beperkte verdelingsvrijstelling vormt derhalve

<sup>1</sup> Kamerstukken II 1998/99, 26 568 (R 1638), B, blz. 2.

geen extra (impliciete) uitzondering op de reikwijdte van de octrooibescherming, maar maakt onlosmakelijk onderdeel uit van één van de expliciet in de richtlijn opgenomen uitzonderingen, namelijk die inzake dwanglicenties.

In de memorie van toelichting (paragraaf 5) is het bovenstaande verduidelijkt, mede gelet op de opmerking van de Afdeling dat daarin niet is aangegeven waarom uitsluitend onder de voorwaarde van een dergelijke vrijstelling zinvolle betekenis aan artikel 12 van de richtlijn gegeven kan worden.

## 2b.2

Bij nadere beschouwing is de regering, met de Afdeling, van oordeel dat onder «experimentele doeleinden» als bedoeld in artikel 13, derde lid, onderdeel b, van de richtlijn, niet tevens het gebruik van octrooirechtelijk beschermd biologisch materiaal voor het kweken of ontdekken en ontwikkelen van nieuwe plantenrassen kan worden begrepen. Gelet op de gevolgen van een dergelijke uitleg voor de beschikbaarheid van niet openbaar toegankelijk materiaal en de daarmee toegestane handelingen is het, bij nadere beschouwing, niet aannemelijk dat deze richtlijnbevestiging aldus moet worden gelezen. Ter toelichting dient het volgende.

Ingevolge artikel 13 van de richtlijn moet een monster van het biologisch materiaal waarop de uitvinding betrekking heeft worden gedeponereerd bij een erkende depositaris indien een uitvinding betrekking heeft op materiaal dat niet openbaar toegankelijk is en in de octrooiaanvraag niet zodanig kan worden omschreven dat de uitvinding door een vakkundige kan worden toegepast, hetzij indien de uitvinding het gebruik van dergelijk materiaal impliceert. Het monster wordt slechts ter beschikking gesteld indien de verzoeker zich ertoe verplicht voor de geldigheidsduur van het octrooi geen monster van het materiaal te gebruiken, behoudens voor experimentele doeleinden. Indien onder experimentele doeleinden ook veredelen wordt verstaan, zou ook biologisch materiaal dat is gedeponereerd beschikbaar komen voor veredelingshandelingen. De strekking van artikel 13, derde lid, onderdeel b, is evenwel dat dergelijk materiaal alleen beschikbaar komt voor zuiver onderzoeksdoeleinden: de gedachte hierachter is dat dit zowel de belangen dient van de octrooihouder als van de potentiële licentienemer. De onderzoeksvrijstelling maakt het voor de potentiële licentienemer mogelijk zonder transactiekosten kennis te nemen van de geoctrooieerde uitvinding, om na te gaan of deze nawerkbaar is en wellicht bruikbaar is in of voor zijn bedrijf. Het gaat hier dus om onderzoek *van* het geoctrooieerde, niet onderzoek *met* het geoctrooieerde. Zo kunnen potentiële licentienemers vrijelijk, dus zonder licentie, nagaan of de uitvinding zodanig bruikbaar is dat zij licentie zouden willen vragen voor commerciële of industriële toepassing ervan. De onderzoeksvrijstelling verruimt dus voor de octrooihouder de mogelijkheid potentiële licentienemers te vinden, terwijl de potentiële licentienemer vrijelijk de geschiktheid voor commerciële toepassing van de geoctrooieerde uitvinding mag bestuderen.

Het is onwenselijk als met dergelijk, niet openbaar toegankelijk materiaal, andere dan deze onderzoekshandelingen kunnen worden verricht.

Overigens bestaat in het kwekersrecht evenmin de mogelijkheid met niet openbaar toegankelijk materiaal veredelingsactiviteiten te verrichten. Op grond daarvan behoeft immers geen materiaal te worden gedeponereerd, zodat dit materiaal eenvoudigweg voor derden niet beschikbaar is voor veredelen.

Voor de toelaatbaarheid van de beperkte verdelingsvrijstelling is het bovenstaande niet van belang. Immers, hetgeen hierboven in verband met artikel 12 over de dwanglicentie is aangegeven, blijft onverkort van kracht en is voldoende onderbouwing voor de toelaatbaarheid van de

bepaalde veredelingsvrijstelling. De memorie van toelichting (paragraaf 6) is op dit onderdeel aangepast.

### 2b.3

Nederland introduceert met dit wetsvoorstel, in navolging van Duitsland en Frankrijk, een beperkte veredelingsvrijstelling. In de memorie van toelichting is aangegeven dat de Europese Commissie tegen invoering van een beperkte veredelingsvrijstelling in Duitsland en Frankrijk geen bezwaren naar voren heeft gebracht. De Afdeling merkt op dat beide landen, voor zover bij de Afdeling bekend, niet de door de regering naar voren gebrachte argumentatie in verband met de artikelen 12 en 13 aan hun wetgeving ten grondslag leggen. Zoals hierboven is aangegeven, is de eerder gegeven uitleg aan artikel 13 inmiddels verlaten. De relevantie van de opmerking van de Afdeling beperkt zich derhalve tot artikel 12. De regering is van mening dat het niet noodzakelijk is de precieze juridische onderbouwing die beide landen hebben gegeven aan hun wetsvoorstel in de memorie van toelichting op te nemen, aangezien de memorie van toelichting al een zelfstandige onderbouwing van het wetsvoorstel bevat. Inzake de onderbouwing die Frankrijk en Duitsland aan hun wetsvoorstel hebben gegeven, merkt de regering het volgende op. De Afdeling stelt terecht dat ter gelegenheid van de introductie van de beperkte veredelingsvrijstelling in Duitse wetgeving<sup>1</sup> werd verwezen naar de verklaring van de Duitse delegatie tijdens de Interne Markt Raad op 27 november 1997. In deze verklaring werd, onder meer, verwezen naar artikel 12 van de richtlijn. In die zin is de Duitse onderbouwing op dit punt vergelijkbaar met die van het onderhavige wetsvoorstel. Ook de Franse wetgeving veronderstelt een veredelingsvrijstelling, die voorafgaat aan de fase van commercialisering van het aldus ontwikkelde product.<sup>2</sup> In de Franse parlementaire geschiedenis wordt in dit verband verwezen naar rechts-overweging 49 van de richtlijn (zie ook paragraaf 2b.1), dat die uitleg ondersteunt.

### 2b.4

Overeenkomstig het advies van de Afdeling is advies gevraagd aan de Europese Commissie over de toelaatbaarheid van een beperkte veredelingsvrijstelling vanuit Europeesrechtelijk perspectief. In reactie daarop heeft de Commissie aangegeven dat de door Nederland voorgelegde vraag verband houdt met de bredere discussie over de relatie tussen het octrooirecht en het kwekersrecht en dat de Commissie hierop terug zal komen in het eerst volgende verslag op grond van de Biotechnologie-richtlijn. De Europese Commissie heeft geen bezwaren tegen het wetsvoorstel naar voren gebracht.

### 2c.

Het voorgestelde artikel 53b van het wetsvoorstel bepaalt dat het uitsluitend recht, bedoeld in artikel 53a, zich niet uitstrekt over handelingen met biologisch materiaal die dienen tot het kweken of ontdekken en ontwikkelen van nieuwe plantenrassen.

Artikel 53a, eerste en tweede lid, heeft betrekking op biologisch materiaal. De reikwijdte van artikel 53a, derde lid, gaat verder en heeft betrekking op ieder materiaal (biologisch en niet-biologisch) waarin het voortbrengsel dat uit genetische informatie bestaat of dat zulke informatie bevat, wordt verwerkt en waarin de genetische informatie wordt opgenomen en haar functie uitoefent.

Anders dan de Afdeling kennelijk veronderstelt, geldt de beperking van de reikwijdte van artikel 53a, eerste en tweede lid, ook voor een voortbrengsel dat uit genetische informatie bestaat of dat zulke informatie

<sup>1</sup> <http://dipbt.bundestag.de/dip21/btd/15/017/1501709.pdf>

De vertaling daarvan luidt:

In dit verband zij verwezen naar de verklaring voor de notulen van de Duitse delegatie in de Interne Marktraad d.d. 27 november 1997. Deze verklaring luidt als volgt: «De Duitse federale regering veronderstelt dat – gezien de uitzondering voor kwekers conform het Duitse kwekersrecht (§ 10a Sortenschutzrecht), de uitzondering voor wetenschappelijk onderzoek conform het Duitse octrooirecht (§11 Patentgesetz) evenals artikel 12 van de EU-richtlijn betreffende de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen – het kweken van plantensoorten en dierenrassen geen buitenproportioneel nadeel ondervindt van geldende octrooien inzake biologisch materiaal. De Commissie wordt verzocht om in het verslag dat zij conform artikel 16 van genoemde richtlijn dient op te stellen, in het bijzonder rekening te houden met dit gegeven.»

<sup>2</sup> <http://www.senat.fr/rap/104-030/104-0302.html#toc137>; [http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1936.asp#P444\\_97053](http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r1936.asp#P444_97053);

bevat, in de zin van artikel 53a, derde lid, ROW 1995, maar alleen voor zover dit voortbrengsel is opgenomen in biologisch materiaal en daarmee biologisch materiaal vormt. De toegang tot dergelijk biologisch materiaal, welke toegang ook op grond van het kwekersrecht is verzekerd, is noodzakelijk voor veredeling. De memorie van toelichting (paragraaf 3) is op dit punt verduidelijkt.

2d.

In de nationale en internationale regelgeving zijn inzake de kwekersvrijstelling niet geheel eensluidende formuleringen opgenomen. Zoals de Afdeling terecht opmerkt spreekt verordening 2100/94 van: handelingen met als doel het kweken of ontdekken en ontwikkelen van andere rassen. Het UPOV-Verdrag<sup>1</sup> hanteert de formulering: het kweken van andere rassen. De nationale wettelijke regeling van het kwekersrecht (in de Zaaizaad- en plantgoedwet 2005) die op het UPOV is gebaseerd, spreekt in dit verband over: het kweken van nieuwe rassen (artikel 57, derde lid, onderdeel c). Overigens is ook verordening 2100/94 opgesteld met inachtneming van het UPOV. Bij de formulering van de beperkte veredelingsvrijstelling in het onderhavige wetsvoorstel wordt gesproken over kweken of ontdekken en ontwikkelen. Daarmee wordt maximale duidelijkheid geboden dat ook ontdekken en ontwikkelen onder de vrijstelling valt. Voor een veredelingsvrijstelling in het octrooirecht is dit van belang omdat het materiaal dat wordt ontdekt en ontwikkeld octrooirechtelijk beschermde eigenschappen kan bevatten.

Met de keuze voor de term *nieuwe rassen* (in plaats van andere rassen) wordt gekozen voor aansluiting bij de terminologie uit de Zaaizaad- en plantgoedwet 2005. Deze keuze is destijds gemaakt bij de implementatie van het UPOV en brengt beter tot uitdrukking waar de veredeling op gericht is, namelijk het ontwikkelen van nieuwe rassen.

Bij vergissing is in de tekst van het wetsvoorstel opgenomen dat het gaat om ontdekken *of* ontwikkelen van nieuwe plantenrassen, terwijl het moet gaan om het ontdekken *en* ontwikkelen van nieuwe plantenrassen. Immers om te kunnen spreken van een nieuw plantenras, waarvoor ook kwekersrecht kan worden verleend, is het enkele ontdekken van dat ras niet voldoende. Er moet tevens sprake zijn van het ontwikkelen van het aldus ontdekte ras. De vrijstelling heeft, gelet op het bovenstaande, logischerwijze ook betrekking op beide handelingen in onderlinge samenhang bezien. Deze vergissing is hersteld door aanpassing van het wetsvoorstel.

### 3. Uitgebreide veredelingsvrijstelling

*De Minister van EL&I heeft in de adviesaanvraag bij onderhavig voorstel van rijkswet gevraagd of de Afdeling tevens aandacht wil schenken aan de aanwezig geachte strijdigheid van een uitgebreide veredelingsvrijstelling met de TRIPs-Overeenkomst en de Biotechnologierichtlijn.*

*Blijkens de memorie van toelichting van onderhavig wetsvoorstel is een uitgebreide veredelingsvrijstelling in de ROW1995 niet mogelijk wegens strijd met de TRIPs-Overeenkomst en de Biotechnologierichtlijn.<sup>2</sup> Enkele leden van de Tweede Kamer blijken te twifelen aan de juistheid van deze analyse. Zij zijn van oordeel dat de introductie van een uitgebreide veredelingsvrijstelling niet strijdig is met de TRIPs-Overeenkomst en de Biotechnologierichtlijn. Naar aanleiding van dit meningsverschil heeft de minister de Kamer toegezegd om advies in te winnen bij de Raad van State over dit vraagstuk.<sup>2</sup>*

<sup>1</sup> het Internationaal Verdrag tot bescherming van kweekproducten, met bijlage en verklaring, dat op 2 december 1961 in Parijs tot stand gekomen is (Trb. 1962, nr. 121). Dit verdrag is nadien verschillende keren gewijzigd en op 19 maart 1991 voor het laatst herzien (Trb. 1993, 153).

<sup>2</sup> Kamerstukken II 2010/11, 27 428, nr. 202, blz. 4.

*Een uitgebreide veredelingsvrijstelling omvat naast het recht om biologisch materiaal waarop een octrooirecht rust te gebruiken voor het kweken, ontdekken en ontwikkelen van een nieuw plantenras (waarop de beperkte veredelingsvrijstelling ziet) tevens het recht om dit nieuwe plantenras commercieel te exploiteren, ook indien het nieuwe plantenras nog steeds beschikt over een eigenschap waarop een octrooi rust. Er is, in het geval dat sprake is van een uitgebreide veredelingsvrijstelling, geen licentie nodig van de octrooihouder.*

*a Verhouding uitgebreide veredelingsvrijstelling tot de TRIPs-Overeenkomst*

*Een uitgebreide veredelingsvrijstelling heeft tot gevolg dat de octrooihouder, in weerwil van artikel 28 van de TRIPs-Overeenkomst, derden die geen licentie hebben, niet meer kan beletten om een nieuw plantenras waarin echter nog steeds een geoctrooieerde eigenschap werkzaam is ten verkoop aan te bieden, te verkopen of voor deze doeleinden in te voeren.<sup>1</sup> Gelet hierop is niet aannemelijk dat de «normale» exploitatie van het octrooi nog wel mogelijk is, zoals vereist is op grond van artikel 30 van de TRIPs-Overeenkomst.<sup>2</sup>*

*Voorts is de Afdeling van oordeel dat een uitgebreide veredelingsvrijstelling niet kan worden gekwalificeerd als een beperkte uitzondering in de zin van artikel 30 van de TRIPs-Overeenkomst. Met de uitgebreide veredelingsvrijstelling wordt – naar de Afdeling begrijpt – beoogd dat de kweker zonder licentie en ongehinderd door nadere beperkende voorwaarden een door hem ontwikkeld nieuw plantenras commercieel kan exploiteren, waarin evenwel nog steeds geoctrooieerde eigenschappen werkzaam zijn.*

*Gelet op het vorenstaande acht de Afdeling het niet aannemelijk dat een uitgebreide veredelingsvrijstelling in overeenstemming is met de TRIPs-Overeenkomst.*

*b. Verhouding uitgebreide veredelingsvrijstelling tot de Biotechnologierichtlijn*

*Artikel 8 van de Biotechnologierichtlijn bepaalt dat de bescherming die wordt geboden door een octrooi voor biologisch materiaal zich uitstrekt tot ieder biologisch materiaal dat hieruit door middel van propagatie of vermeerdering in dezelfde of in gedifferentieerde vorm wordt gewonnen en diezelfde eigenschappen heeft.*

*Een uitgebreide veredelingsvrijstelling heeft tot gevolg dat de bescherming die wordt geboden door een octrooi op grond van artikel 8 van de richtlijn zich niet uitstrekt tot ieder biologisch materiaal dat diezelfde eigenschappen heeft. Derden mogen dan zonder licentie van de octrooihouder het geoctrooieerde biologisch materiaal gebruiken voor de ontwikkeling van nieuwe plantenrassen én voor de commerciële exploitatie van die nieuwe plantenrassen. De Biotechnologierichtlijn voorziet niet in een uitgebreide veredelingsvrijstelling als uitzondering op artikel 8 van de richtlijn.*

<sup>1</sup> Artikel 28 van de TRIPs-Overeenkomst luidt: 1. Een octrooi verleent aan de houder de volgende uitsluitende rechten: a. wanneer het onderwerp van een octrooi een produkt is, derden die daartoe niet zijn toestemming hebben te beletten; dat produkt te vervaardigen, te gebruiken, ten verkoop aan te bieden, te verkopen of voor deze doeleinden in te voeren.

*Wel voorziet de richtlijn in artikel 12 in de mogelijkheid van een dwanglicentie. Ingevolge deze bepaling kan een kweker een dwanglicentie voor niet-exclusieve exploitatie van de door een octrooi beschermde uitvinding verkrijgen, voor zover:*

- a. deze licentie voor de exploitatie van het door de kweker ontwikkelde plantenras noodzakelijk is;*
- b. de kweker de octrooihouder een redelijke vergoeding betaalt;*

- c. *de kweker de octrooihouder onder redelijke voorwaarden een wederkerige licentie verleent voor het gebruik van het plantenras;*
- d. *het plantenras moet een «belangrijke technische vooruitgang van aanzienlijk economisch belang» vertegenwoordigen ten opzichte van de door het octrooi beschermde uitvinding.*

*Een uitgebreide veredelingsvrijstelling zou met zich brengen dat met voorbijgaan aan de voorwaarden in artikel 12 van de richtlijn en zonder (dwang)licentie op basis van het geoctrooieerde materiaal ontwikkelde nieuwe plantenrassen commercieel geëxploiteerd zouden mogen worden zonder instemming van de octrooihouder. Dat zou met genoemde bepaling van de richtlijn niet te verenigen zijn.*

*Gelet op het bovenstaande is de Afdeling van oordeel dat een uitgebreide veredelingsvrijstelling niet te verenigen is met de TRIPS-overeenkomst en de Biotechnologierichtlijn.*

### *3. Uitgebreide veredelingsvrijstelling*

Desgevraagd heeft de Afdeling in de adviesaanvraag bij onderhavig voorstel van rijkswet tevens aandacht geschonken aan de door de regering aanwezig geachte strijdigheid van een uitgebreide veredelingsvrijstelling met de TRIPS-Overeenkomst en de richtlijn. De Afdeling onderschrijft het standpunt van de regering terzake<sup>1</sup>. Dit brengt met zich dat, nog afgezien van het antwoord op de vraag naar de de wenselijkheid en haalbaarheid ervan, de uitgebreide veredelingsvrijstelling alleen zou kunnen worden gerealiseerd na wijziging van de richtlijn en de TRIPS-Overeenkomst. Hiermee is tevens uitvoering gegeven aan de motie Van Gerven c.s. (Kamerstukken II, 2009/10, 27 428, nr. 165) en het verzoek van de vaste commissie voor Economische Zaken, Landbouw en Innovatie van 20 juni 2012 om in de voorbereiding van het wetgevingstraject ook aan de volledige veredelingsvrijstelling aandacht te besteden. Dit was reeds toegezegd bij brief van de Minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie (Kamerstukken II, 2011/12, 27 428, nr. 235).

### *4. Redactionele kanttekening*

*Voor een redactionele kanttekening verwijst de Afdeling naar de bij het advies behorende bijlage.*

### *4. Redactionele kanttekening*

De redactionele kanttekening van de Afdeling is overgenomen. Dit brengt met zich dat ook artikel 53b, eerste lid (nieuw), in dezelfde zin moet worden aangepast. Deze wijziging is, net als de wijziging in artikel 53b, tweede lid, uitsluitend van redactionele aard, gegeven de strekking van artikel 53a van de ROW 1995, waarnaar in artikel 53b van het wetsvoorstel wordt verwezen.

### *5.*

Van de gelegenheid is gebruik gemaakt om paragraaf 1 van de memorie van toelichting te actualiseren, in verband met de gevolgen van deze wetswijziging voor de openbare lichamen Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

---

<sup>1</sup> Kamerstukken II 2010/11, 27 428, nr. 182, bijlage

*De Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk geeft U in overweging het voorstel van rijkswet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal en aan de Staten van Curaçao en aan die van Sint Maarten, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.*

*De vice-president van de Raad van State van het Koninkrijk,  
H. D. Tjeenk Willink*

Ik moge U verzoeken het hierbij gevoegde gewijzigde voorstel van rijkswet en de gewijzigde memorie van toelichting aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal en aan de Staten van Curaçao en aan die van Sint Maarten te zenden.

De minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,  
M. J. M. Verhagen

**Bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van het Koninkrijk betreffende no. W15.11.0353/IV/K met een redactionele kanttekening die de Afdeling in overweging geeft.**

- Gegeven de strekking van artikel 53a van de ROW1995 waarnaar in artikel 53b van het wetsvoorstel wordt verwezen zinsnede «het uitsluitende recht» vervangen door: het recht.