



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De mens is niet octrooieerbaar, ontdekte delen ervan evenmin. Of toch wel? De implementering van de Europese richtlijn op de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen: middel tot uniforme interpretatie van begrippen?

Gorkom-Meeuwsen, M.C.E. van

Citation

Gorkom-Meeuwsen, M. C. E. van. (2005). De mens is niet octrooieerbaar, ontdekte delen ervan evenmin. Of toch wel? De implementering van de Europese richtlijn op de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen: middel tot uniforme interpretatie van begrippen? *Bw-Krant Jaarboek*, 21, 261-284. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36698>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36698>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

14 | De mens is niet octrooieerbaar, ontdekte delen ervan evenmin. Of toch wel?

De implementering van de Europese richtlijn op de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen: middel tot uniforme interpretatie van begrippen?

M.C.E. van Gorkom-Meeuwsen[■]

‘Het doel van een harmonisatiemaatregel is immers de belemmeringen voor de werking van de interne markt die het gevolg zijn van uiteenlopende situaties in de lidstaten, waaraan deze ook zijn toe te schrijven, te verminderen. Wanneer er verschillen ontstaan of dreigen te ontstaan door een niet-eensluidende interpretatie van begrippen in volkenrechtelijke instrumenten waarbij de lidstaten partij zijn, is er in beginsel niets tegen vaststelling van een richtlijn als middel om een uniforme interpretatie van die begrippen door de lidstaten te verzekeren’.¹

1 BELANG BESCHERMING BIOTHECHNOLOGIE

In april 2002 meldt het tijdschrift *Science*² dat een Zwitsers bedrijf en een Chinees onderzoeksinstituut de genetische code voor rijst hebben ontdekt. Rijst is het belangrijkste dagelijkse voedselproduct in de wereld, vandaar dat de betekenis van die ontdekking uitermate groot is. Door deze genetische kennis te gebruiken kan de mens op ingrijpende wijze invloed uitoefenen op, en veranderingen aanbrengen bij rijst en andere granen.³ Met toepassing van de biotechnologie kan een betere bescherming tegen plantenziektes worden bereikt, evenals een betere weerstand tegen klimatologische omstandigheden en verbetering van de voedingswaarde.⁴ Planten met verbeterde eigenschappen kunnen nuttig zijn voor de hout- en groenvoorziening, voor de zuurstofproductie, voor de farmaceutische industrie en kledingindustrie.⁵ De productie kan worden verhoogd, nieuwe gewassen kunnen worden gerealiseerd en bestaande verbeterd.

■ M.C.E. van Gorkom-Meeuwsen is universitair docent, encyclopedie en filosofie van het recht, Universiteit Leiden.

1 HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-377/98 (Koninkrijk der Nederlanden, ondersteund door Italiaanse republiek en Koninkrijk Noorwegen tegen Europees Parlement en Raad van de Europese Unie ondersteund door Commissie van de Europese Gemeenschappen) r.o. 20.

2 Zie themanummer: The Rice Gnome, *Science*, vol. 296, 5 april 2002.

3 D. Kennedy, ‘The Importance of Rice’, *Science*, vol. 296, 5 april 2002, p. 13.

4 *Kamerstukken II* 1986/87, 19744 nr. 1. Brief van de Minister van Landbouw.

5 P.A.C.E. van der Kooij, ‘Een nieuwe lente, een nieuw geluid: de Zaaizaad- en Plantgoedwet gewijzigd’, *IER* 1999/1 p. 8.

Het economische belang van biotechnologie is tweërlei: vanwege de betekenis voor het voedselprobleem in de wereld en de betekenis bij tal van industriële activiteiten welke hogere opbrengsten tot gevolg hebben, waarvan indirect de hele samenleving profiteert. Onderzoek met betrekking tot ontwikkeling en veredeling van planten is een tijdrovend, moeizaam en kostbaar proces, met name werkzaamheden op het terrein van genetische modificatie, vergen zware risicodragende investeringen.⁶ Het lijkt dan ook niet rechtvaardig indien anderen van de gedane investeringen zonder meer mogen profiteren. Even cruciaal is de vraag of het juridisch en ethisch wel juist is dat personen en bedrijven geld kunnen verdienen met het toepassen van genetische kennis en daardoor de natuur voor eigen gewin mogen beïnvloeden. Vanuit Nederlandse wetgeving beschouwd is de wettelijke bescherming terzake terug te voeren tot het 'Kwekersbesluit', later vervangen door de 'Zaaizaaden Plantgoedwet', de ZPW.⁷ Op Europees niveau wordt met de 'Europese Verordening inzake het communautaire kwekersrecht' één kwekersrecht beoogd te verkrijgen voor de gehele Europese Unie.⁸

Aan de ene kant vindt bescherming van biotechnologische vindingen plaats via het *kwekersrecht*, aan de ander kant via het *octrooirecht*.⁹ Omdat de houder van een octrooi gaat boven een kweker met een recht, maakt het groot verschil of een rechthebbende onder de bescherming van het kwekersrecht valt dan wel onder die van de octrooiwetgeving. Voor bescherming van het kwekersrecht gelden de mogelijkheden die het algemeen vermogensrecht biedt, terwijl een octrooirecht een bijzondere rechtsbescherming kent. De octrooiwetgeving biedt een uitvinder bescherming om zijn uitvinding zelf commercieel te kunnen ontwikkelen tot een verkoopbaar product. Zodra de uitvinding in een octrooi is vastgelegd wordt dit het *intellectuele eigendom* van de uitvinder. Een octrooihouder heeft zodoende een voorsprong ten opzichte van de rechthebbende op een kwekersrecht waardoor inventieve burgers en ondernemingen worden gestimuleerd tot het doen van uitvindingen. Tot welke prijs? Bestaan er grenzen aan hetgeen een octrooihouder als zijn uitsluitende recht kan claimen? Het is de vraag of de EU-richtlijn betreffende de 'rechtsbescherming van bio-

6 Zie overweging 1 en 2 bij de preambule van Richtlijn 98/44/EG, Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998, *PbEG* 1998 L 213/13.

7 Het Kwekersbesluit is van 1941, de ZPW is tot stand gekomen bij Wet van 6 okt. 1966, *stb.* 1966, 455 en *stb.* 1966, 266. Deze wet vindt haar grondslag in het in 1961 te Parijs gesloten Verdrag tot Bescherming van Kweekproducten, het UPOV. Dit verdrag is diverse malen gewijzigd waardoor ook de ZPW gewijzigd en aangepast werd. Een van de belangrijkste wijzigingen van de ZPW is het gevolg van het UPOV 1991 (i.w.tr. 24 april 1998, *Trb.* 1993, 153). Zie: Van der Kooij, *IER* 1999, p. 8–15.

8 *PbEG* 1994 L227/1, 1 sept. 1994; *PbEG* 1995 L258/3, 28 okt. 1995; zie: *Stcrt.* 1998, 150 p. 4.

9 De woorden *octrooi* en *patent* worden door elkaar gebruikt; evenals EOV en EPC voor het Europees Octrooi-verdrag resp. European Patent Convention. en de afkortingen EOB en EPO voor het Europees Octrooibureau, resp. European Patent Office; voor dit essay gebruik is gemaakt van de Engelstalige versie van het verdrag: <www.european-patent-office.org/legal/epc>.

technologische uitvindingen met betrekking tot planten en dieren' uitwassen voorkomt.¹⁰ Een richtlijn die eerst na het nodige gelobby tussen de Europese Commissie en het Europees Parlement werd aangenomen en vervolgens naar de lidstaten is gestuurd voor implementatie in hun nationale wetgeving.

In dit essay wordt ingegaan op de vraag in hoeverre begrippen in de richtlijn strijdig zijn met het Nederlandse recht en in hoeverre implementering van de richtlijn botst met hier geldende ethische en privaatrechtelijke normen. Anders gezegd, leidt (implementering van) de EU-biotechnologische richtlijn 98/44/EG tot een coherenter rechtssysteem of ontstaat er gevaar voor divergentie ten gevolge van uiteenlopende interpretaties van overeenkomstige begrippen uit de richtlijn enerzijds en het algemene vermogensrecht anderzijds?

2 WETTELIJK REGELEN BIOTECHNOLOGIE: EEN HEET HANGIJZER

De problematiek over de relatie tussen biotechnologie, octrooi-, kwekersrecht en vermogensrecht, vormt al jaren een principiële discussie tussen regering, parlement en wetenschap. In Nederland komt de discussie in 1986 op gang, met de brief die de minister van landbouw aan de Kamer stuurt over het onderwerp 'plantenveredeling en de relatie met het octrooi- en kwekersrecht'.¹¹ De daaropvolgende jaren wordt in de Kamer diverse malen het onderwerp in verband met de Ontwerprichtlijn inzake biotechnologische uitvindingen, aan de orde gesteld.¹² De discussie wordt voortgezet tijdens de behandeling van het 'Wetsvoorstel wijziging van de Rijsoctrooiwet 1995 en de Zaaizaad- en Plantgoedwet ten behoeve van de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen'.¹³ Dit wetsontwerp diende ter implementering van richtlijn 98/44/EG op de octrooieerbaarheid van biotechnologische uitvindingen. Daartoe zijn in die richtlijn gepreciseerd, welke 'uitvindingen' met betrekking tot planten, dieren en het menselijk lichaam al dan niet octrooieerbaar zijn.

Op Europees niveau werd deze richtlijn in 1998 aangenomen en had door alle lidstaten in juli 2000 geïmplementeerd moeten zijn. De richtlijn draagt de lidstaten op, biotechnologische uitvindingen te beschermen door middel van hun nationale octrooirecht, met inachtneming van hun verplichtingen uit internationale verdragen. In Nederland is implementatie niet zonder slag of stoot gegaan vanwege het verzet van diverse parlementsleden. Dit was zo groot

10 Richtlijn 98/44/EG Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 6 juli 1998, *PbEG* 1998 L 213/13, 30 juli 1998.

11 *Kamerstukken II* 1986/87, 19744, nr. 1.

12 Volg de *Kamerstukken II* 1992/93, nr. 19 744, vooral *Kamerstukken II* 1992/93, 19 744.

13 *Kamerstukken II* en I 26 568 (R 1638).

dat pas begin november 2004 de vereiste Rijkswet¹⁴ door de Eerste Kamer werd aanvaard en de Europese Commissie uiteindelijk op 22 november 2004 op de hoogte kon worden gebracht van implementatie van de richtlijn.¹⁵ Daarmee ontkwam Nederland ternauwernood aan een veroordeling tot een hoge boete, wegens niet-nakoming van verplichtingen die krachtens art. 226 EG uit de richtlijn voortvloeien.¹⁶

Vernietigingsverzoek EU-Biotechnologische richtlijn: HvJ-EG, Zaak C-377/98

De implementatie is politiek een heet hangijzer geworden. Zo was in het parlement verzet gerezen tegen genetische manipulatie van dieren en planten en tegen de octrooieerbaarheid van producten van biotechnologische werkwijzen die zulke manipulaties kunnen bevorderen. Een meerderheid van de kamer, een 'getuigeniscoalitie' van PvdA, CDA, Christen Unie, SGP, Groen Links en SP, was tegen implementatie van deze richtlijn, zodat de regering het Hof van Justitie verzocht om de richtlijn in zijn geheel te vernietigen.¹⁷ Nederland voert zes middelen aan om haar verzoek te onderbouwen:

- 1 Onjuiste keuze voor art. 100 A EG-Verdrag [nu: art. 95] als *rechtsgrondslag* voor de richtlijn omdat deze geen maatregel betreft tot onderlinge aanpassing van wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen.
- 2 Schending van het *subsidiariteitsbeginsel* omdat de Gemeenschap op gebieden die niet onder haar exclusieve bevoegdheid vallen, slechts mag optreden indien en voorzover de doelstellingen van dat optreden niet voldoende door de lidstaten kunnen worden verwezenlijkt en derhalve vanwege de omvang of de gevolgen van dat optreden beter door de Gemeenschap kunnen worden verwezenlijkt.
- 3 Schending van het *rechtszekerheidsbeginsel* omdat de richtlijn aan de nationale autoriteiten discretionaire bevoegdheden verleent bij de uitvoering van algemeen en dubbelzinnig geformuleerde *begrippen* als de openbare orde en goede zeden, terwijl een richtlijn juist tot harmonisatie en grotere eenheid tussen de nationale wetgevingen zou moeten leiden bij de interpretatie en afbakening van begrippen. Het rechtszekerheidsbeginsel wordt

14 Rijkswet van 10 november 2004, houdende wijziging van de Rijsoctrooiwet 1995 en de Zaaizaad- en Plantgoedwet ten behoeve van de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen, *Stb.* 2004, 589, 590 en 592.

15 Zie bijlage bij de brief van de Staatssecretaris EZ aan de Vz van de Tweede Kamer 11 april 2005, *Kamerstukken II* 2004/05, 21 109, nr. 153. Nu is het wachten op de i.w.tr. van de Rijkswet en de aanpassingen van de ter zake doende wetten.

16 Beschikking Pres. 6^e Kamer HvJ 25 februari 2005, zaak C-395/03 (Commissie/Nederland) <www.curia.eu.int/jurisp>. Vgl. brieven van Minister en Staatssecretaris EZ resp. *kamerstukken II* 2003/04, 26 568 (R 1638), nr. 46 en *Kamerstukken II* 2004/05, 21 109, nr. 153.

17 HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-377/98 (Nederland/Europees Parlement en Raad van de Europese Unie) r.o. 20.

volgens Nederland ook geweld aangedaan doordat geen octrooi kan worden verleend voor een plantenras, maar weer wel voor een uitvinding waarvan de uitvoerbaarheid zich technisch gezien niet beperkt tot een bepaald plantenras.

- 4 Schending van volkenrechtelijke verplichtingen, in het bijzonder zou de richtlijn inbreuk maken op de Overeenkomst inzake handelsaspecten van de intellectuele eigendom (TRIP's verdrag), op de Overeenkomst inzake technische handelsbelemmeringen (OTH),¹⁸ op het Europees Octrooiverdrag (EPC) en op het Verdrag inzake biologische diversiteit (VBD). Zo zou de formulering die de richtlijn in art. 6 hanteert omtrent niet octrooieerbare uitvindingen, onverenigbaar zijn met de formulering van art. 53 EPC. Ook zou het doel van de richtlijn om biotechnologische uitvindingen in alle lidstaten octrooieerbaar te maken, ingaan tegen een van de doelstellingen van het VBD dat in art. 1 noemt: 'een eerlijke en billijke verdeling van de voordelen welke voortvloeien uit het gebruik van genetische rijkdommen, met inbegrip van passende toegang tot genetische rijkdommen en passende overdracht van desbetreffende technologieën'.
- 5 Schending van het fundamentele recht op eerbiediging van de menselijke waardigheid omdat art. 5 lid 2 van de richtlijn neerkomt op instrumentalisering van menselijke levende materie. Daardoor wordt de menselijke waardigheid aangetast en ook het zelfbeschikkingsrecht, omdat een bepaling ontbreekt die verificatie voorschrijft van de toestemming van donor of ontvanger van biotechnologisch verkregen producten.
- 6 Tot slot vreest Nederland voor schending van wezenlijke vormvoorschriften, daar nergens blijkt dat de richtlijn met collegiale beraadslaging is goedgekeurd.

Het gehele verzoek wordt door het Hof van Justitie van tafel geveegd, zodat Nederland moet overgaan tot implementatie. Volgens het Hof spoort de richtlijn met de diverse door Nederland aangevochten rechtsbeginselen en internationale verplichtingen. Verder geeft het Hof een extra toelichting bij de octrooieerbaarheid van planten en dieren en geïsoleerde delen van het menselijk lichaam.

3 DOELSTELLINGEN BIOTECHNOLOGISCHE RICHTLIJN

Aanvankelijk verstond men onder biotechnologie voornamelijk het 'toepassen van in de natuur aangetroffen micro-organismen voor het bewerken van chemische omzettingen'.¹⁹ Door de opkomst van nieuwe technieken, vooral

18 Het TRIP's verdrag en het OTH zijn respect. als bijlage 1C en 1A opgenomen bij de WTO-overeenkomst.

19 *Kamerstukken II 1998/99*, 26568 (R 1638), nr. 3, p. 1 (MvT).

op het terrein van genetische modificatie, één van de snelst groeiende technologieën van de laatste decennia, ontstonden problemen bij de toepassing van de octrooiwetgeving. Zo rees de vraag omtrent de reikwijdte van het in het Octrooiverdrag vastgelegde *beginsel van niet octrooieerbaarheid* van: ‘planten- en dierenrassen’ en ‘werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van dieren en planten’. Een ander cruciaal probleem betreft de vraag wanneer het exclusieve recht van de octrooihouder is uitgeput, gelet op het feit dat biologisch materiaal zichzelf kan repliceren of in een biologisch systeem kan worden gerepliceerd. Verder speelt de vraag of iets een *ontdekking* is, of een *uitvinding*. Bezinning heeft geleid tot herdefiniëring van het *begrip biotechnologie*:

‘de integratie van biochemie, microbiologie en procestechnologie, waarbij biologische systemen worden toegepast ten behoeve van industriële processen en milieubeheer. Genetische modificatie kan worden begrepen als het toevoegen, verwijderen, vervangen of recombineren van erfelijk materiaal. Deze technieken vormen tezamen de <<moderne biotechnologie>>, die een scala van technieken en processen omvat, zoals celfusie (...), r-DNA-technologie (...) en biokatalyse (...)’.²⁰

De richtlijn beoogt biotechnologische uitvindingen in alle lidstaten octrooieerbaar te maken door: het vrije verkeer van geoctrooieerde biotechnologische producten te waarborgen middels harmonisatie van de nationale wetgeving van de lidstaten, teneinde een duidelijker wettelijk kader voor deze producten te creëren en belemmeringen die een goede werking van de interne markt in de weg staan, weg te nemen.²¹ Daartoe is vereist dat duidelijker het onderscheid wordt aangegeven tussen hetgeen wel en niet octrooieerbaar is met betrekking tot uitvindingen op het terrein van de biotechnologie.²² Het probleem is echter dat daarover in de diverse EU lidstaten verschillend wordt gedacht en de beperkingen die in de nationale wetgevingen zijn neergelegd door de richtlijn worden opgerekt waardoor tegenstrijdige interpretatie van wetgeving kan ontstaan.

4 KRITIEK AANGAANDE OCTROOIERING LEVEND MATERIAAL

De verschillende sectoren van de industrie die van biotechnologie gebruik maken en hun financiers hebben een cruciaal belang bij een eenduidige uitleg

20 *Kamerstukken II* 1998/99, 26568 (R 1638), nr. 3, p. 2-3 (MvT).

21 Zie overweging 5 en 6 preambule Richtlijn 98/44/EG.

22 Zie overweging 7 en 8 preambule Richtlijn 98/44/EG en *Kamerstukken II* 1998/99, 26 568 (R 1638), nr. 3, p. 1 (MvT).

van begrippen op het terrein van de biotechnologie.²³ Zodra biotechnologische producten octrooieerbaar zijn betekent dat meer zekerheid om investeringen te kunnen terugverdienen, hetgeen van belang is voor het voortbestaan van de onderneming. Aanvankelijk werd het logisch geacht dat op levend materiaal geen octrooirecht kon worden aangevraagd. Octrooiwetgeving was immers bedoeld voor materiële uitvindingen op technisch vlak. Gentechnologen wilden echter vanwege de kostbare onderzoeken, hun ontdekkingen en uitvindingen eveneens kunnen beschermen. Zij benaderen levende organismen als iets technisch, vandaar dat inmiddels octrooien zijn verleend op planten, dieren, bacteriën, genen en cellen. De stap naar octrooiëring van (delen van) het menselijk lichaam lijkt slechts een kwestie van tijd.

Het Edinburgh patent

Wordt aan de ene kant gesteld dat transgene planten en dierenrassen geoctrooieerd moeten kunnen worden, omdat de 'uitvinder' de wereld verrijkt met een plant of dier dat in die vorm nog niet bestond zodat de uitvinder een verbodsrecht krijgt op de namaak van zijn 'uitvinding', aan de andere kant stuit het velen tegen de borst. Zo werd het zogenaamde *Edinburgh patent*, waarvan de universiteit van Edinburgh rechthebbende is, door veertien landen waaronder Nederland, aangevochten voor het European Patent Office (EPO) te München, wegens *strijdigheid met de heersende morele normen*. Dit octrooi beschrijft een techniek om genetisch gemanipuleerde stamcellen – cellen die tot elk weefsel kunnen uitgroeien – van 'all animals' te verkrijgen.²⁴ De kritiek richtte zich op het feit dat het patent 'all animals' omvatte, welke omschrijving werd gelezen als aanduiding voor 'dieren én mensen'. Dit betekende dat het mogelijk werd om genetisch gemanipuleerde stamcellen van de mens te verkrijgen en op te kweken tot complete mensen, waardoor het 'klonen' van mensen dat nu in veel landen verboden is, via een andere weg wel mogelijk zou zijn. Het zou ook betekenen dat de mens octrooieerbaar wordt.

De protesterende landen²⁵ beriepen zich op het uitvoeringsreglement bij het EPC en een eerdere uitspraak van het EPO waarin wordt bepaald dat een patent niet zal worden erkend als de uitvinding tegen de heersende morele normen is, tegen de 'ordre public'. Bovendien zou het octrooi in strijd zijn met art. 5 EU-biotechnologische richtlijn. Het EPO besloot in juli 2002 om het *Edinburgh patent* sterk te beperken. Alles wat met de mens te maken heeft werd uit het octrooi geschrapt, ook de passage over het verkrijgen van stamcellen

23 In Nederland blijken ongeveer 300 bedrijven gespecialiseerd te zijn in biotechnologische technologieën dan wel zich in een 'opbouwfase' te bevinden, voornamelijk bedrijven in de farmaceutische, de agrarische sector en de voedings- en chemiebranche. *Kamerstukken II* 1998/99, 26 568 (R 1638), nr. 3, p. 4 (MvT).

24 European Patent Office, 8 dec.1999, patent No. EP 0695351 B1 application number 94913174.2, *Bulletin* 1999/49; <<http://12espacenet.com/espacenet/bnsviewer>>.

25 Zie voor de tegen het octrooi aangespannen procedure: <www.european-patent-office.org>.

uit embryo's van mens en dier werd verwijderd. Het verkrijgen van stamcellen uit volwassen dieren was nog wel mogelijk. In de beslissing wijst het Octrooi Bureau erop dat de EU-richtlijn in deze doorslaggevend is en niet de nationale wetgevingen.

Angst voor biopiraterij, machtsconcentratie, octrooiering van menselijk materiaal

Het ministerie van Economische Zaken is steeds voorstander geweest en gebleven van octrooiering van biotechnologische uitvindingen. Het gevaar voor misbruik ligt echter op de loer, zo laat het proces aangaande de *Neem-boom*²⁶ zien. De kritiek aangaande octrooiering van levend organisme is samen te vatten in de volgende punten:²⁷

- het bevordert biopiraterij²⁸ en vroeg of laat zullen alle planten en dieren-rassen octrooieerbaar zijn omdat in de veredelingspraktijk nauwelijks nog planten of dieren voor honderd procent op natuurlijke wijze worden verkregen;
- het bevordert dat er machtsconcentratie ontstaat bij een paar grote bedrijven;
- er ontstaat stagnatie in onderzoek terzake;
- levende organismen worden als menselijke uitvindingen beschouwd;
- het bevordert een sterkere bescherming voor gentechnologische gewassen dan voor niet- gentech gewassen;
- menselijk materiaal wordt octrooieerbaar.

Jurisprudentie met betrekking tot de morele aanvaardbaarheid van bepaalde octrooien is er nog nauwelijks, evenmin is er in de Europese landen sprake van consistente nationale wetgeving aangaande het gebruik van humane embryonale stamcellen. Vandaar dat bescherming van biotechnologie een groot probleem is, te meer daar het een onderwerp is dat politiek, wetenschap én ethiek raakt. Het Britse *Nuffield Council on Bioethics*, een wetenschappelijke raad van genetici, juristen, sociologen en filosofen publiceerde in juli 2002 een rapport met als conclusie dat octrooien op DNA, cellen en organismen veel te gemakkelijk aan bedrijven worden verleend, waardoor het publieke onderzoek wordt geblokkeerd. Dit Britse instituut vindt dat in de toekomst 'het

26 Een voorbeeld van biopiraterij was een octrooi op de Indiase *Neem-boom* (of: *Nim-boom*) die insecticide en medische eigenschappen heeft. Het octrooi van het Amerikaanse bedrijf Thermo Triology (dochteronderneming van W.R.Grace) werd met succes aangeklaagd. Op 8 maart 2005 vernietigt het Europees Octrooibureau het gewraakte octrooi. Het is de allereerste zaak aangaande biopiraterij, te vinden op: <www.european-patent-office.org>. Zie hierna par. 7.

27 Zie mededelingen van het NPG april 2001: <www.platformgentechnologie.nl>.

28 Tweede Kamerleden hadden ter voorkoming van biopiraterij een amendement ingediend dat van de Raad van State echter niet mocht. Zie: Advies Raad van State, *Kamerstukken II* 2000/01, 26 568 (R 1638).

erkennen van patenten op stukken DNA eerder uitzondering dan regel zou moeten zijn'.²⁹

5 WAT TE DOEN MET COMMUNAUTAIR RECHT DAT BOTST MET NATIONALE INZICHTEN?

5.1 Conflicterende nationale en Europese rechten

Octrooien worden door de overheid verleend aan degenen die een nieuwe werkwijze of een nieuw voortbrengsel op het gebied van de nijverheid hebben uitgevonden. Werkwijze en voortbrengsel moeten iets verrassends hebben en voor een deskundige niet voor de hand liggend zijn. Kort gezegd: de *uitvinding* moet *nieuw, inventief en industrieel toepasbaar* zijn, zo bepalen de nationale wet en het Europese Verdrag.³⁰

Een Nederlandse uitvinder kan op grond van de rijsoctrooiwet een nationaal octrooi aanvragen, maar de meeste aanvragen lopen via het Europees Octrooibureau.³¹ Ingevolge art. 2 EPC³² heeft een Europees octrooi in elk van de aangesloten landen dezelfde rechtsgevolgen en is het onderworpen aan dezelfde bepalingen als een nationaal octrooi dat in dat land is verleend. De ROW geeft in het eerste lid van art. 53 een limitatieve opsomming van de handelingen die uitsluitend aan de rechthebbende zijn voorbehouden en die hij anderen zonder zijn toestemming kan verbieden te verrichten. Eigenlijk betekent een octrooi bescherming tegen commerciële exploitatie door derden: de octrooihouder heeft het recht 'met uitsluiting van anderen' het geoctrooieerde voortbrengsel te vervaardigen en heeft verder het recht om de uitvinding te gebruiken, in het verkeer te brengen of anderszins te verhandelen.

In de Nederlandse wetgeving is het verlenen van octrooien op planten en dieren tot nu toe uitgesloten in art. 3 ROW³³ evenals in haar Europese equivalent dat in art. 53 EPC bepaalt:

'European patents shall not be granted in respect of:
(a) inventions the publication or exploitation of which would be contrary to "ordre public" or morality, provided that the exploitation shall not be deemed to be so

²⁹ Zie daarover: *NRC Handelsblad* 23 juli 2002.

³⁰ zie art. 2, 4, 6 en 7 ROW 1995 en art. 52, 54, 56 en 57 EPC.

³¹ Gevestigd te München met een afdeling in Den Haag, zie art. 75 EPC.

³² *Trb.* 1975, 108 en 1976; voor Nederland i.w.tr. 7 okt. 1977.

³³ Art. 3 ROW 1995: 'Niet vatbaar voor octrooi zijn: a. uitvindingen waarvan de openbaarmaking of toepassing in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden; b. planten- of dierenrassen, alsmede werkwijzen van wezenlijk biologische aard voor de voortbrenging van planten of dieren en hierdoor verkregen voortbrengselen, met uitzondering van microbiologische werkwijzen tenzij die op grond van het bij of krachtens de Gezondheids- en welzijnswet voor dieren bepaalde niet zijn toegestaan'.

contrary merely because it is prohibited by law or regulation in some or all of the Contracting States;

(b) plant or animal varieties or essentially biological processes for the production of plants or animals; this provision does not apply to microbiological processes or the products thereof.'

Daar komt verandering in nu de biotechnologische richtlijn op Europees niveau de lidstaten *verplicht* om octrooien op leven mogelijk te maken in de nationale wetgeving en ook in Nederland de Rijkswet tot implementatie van deze richtlijn³⁴ is aanvaard. Totdat de wet in werking treedt zal de richtlijn maatgevend zijn. Intussen bestaat er wel een merkwaardige tegenstrijdigheid tussen het Octrooiverdrag en de EU-richtlijn. Dit moest wel voor problemen zorgen. Het EPO heeft een poging gedaan om deze tegenstrijdigheid voorlopig op te heffen door het uitvoeringsreglement te wijzigen. Het hoeft geen betoog dat dergelijke 'gelegenheidswetgeving' de rechtszekerheid ondermijnt en niet bevorderlijk is voor de rechtseenheid in rechtssystemen.

Een andere discrepantie ontstaat door de invulling van de begrippen 'openbare orde of goede zeden'. Wat mag niet in strijd zijn met openbare orde of goede zeden: de aanvraag tot, de verlening van een octrooi of de exploitatie daarvan?

Sluiten art. 3 ROW en art. 53 EPC uitvindingen waarvan *openbaarmaking* of de *toepassing* strijdig is met de openbare orde of goede zeden van octrooiering uit, art. 6 richtlijn sluit uitvindingen daarvan uit indien de *commerciële exploitatie* in strijd is met de openbare orde of de goede zeden. Hoewel het zo zal zijn dat een uitvinding waarvan de *exploitatie* strijdig is met de openbare orde of de goede zeden tevens de *openbaarmaking* of de *toepassing* daarvan daarmee strijdig zal zijn, zal het verschil in formulering toch gevolgen kunnen hebben voor de rechten en verplichtingen die de richtlijn lidstaten oplegt. Het zou kunnen betekenen dat wel een octrooi verleend kan worden op zaken die strijdig zijn met de openbare orde en goede zeden zolang het octrooi maar niet feitelijk commercieel geëxploiteerd wordt. Het is een kwestie van interpretatie: is *fictieve* vooronderstelde strijdigheid van commerciële exploitatie voldoende om de vinding van octrooieerbaarheid uit te sluiten, of kan een octrooi dan in beginsel toch verleend worden zolang de uitvinding maar niet commercieel geëxploiteerd wordt? Met andere woorden wanneer neemt het in strijd zijn met openbare orde of goede zeden een aanvang, welk moment is beslissend? Het probleem is bovendien dat veel zaken pas achteraf uitsluitel geven omtrent de morele acceptatie, blijkend uit de reacties die worden opgeroepen in de samenleving. Dit bleek ook het geval bij het Edinburgh patent

34 Rijkswet van 10 nov. 2004, houdende wijziging van de Rijksoctrooiwet, de Rijksoctrooiwet 1995 en de Zaaizaad- en Plantgoedwet ten behoeve van de rechtsbescherming van biotechnologische uitvindingen. *Stb.* 2004, 589.

waarop aanvankelijk enthousiast gereageerd werd, doch bij nadere bestudering van de consequenties werd aan de bel getrokken.

De richtlijn schrijft totale harmonisatie van wetgeving voor, lidstaten mogen er niet naar eigen inzicht van afwijken en aanpassingen zijn slechts mogelijk voorzover de richtlijn daarin voorziet. In feite is dat in strijd met het *TRIP's-verdrag* dat in art. 27 lid 2 onder meer bepaalt dat lidstaten uitvindingen van octrooieerbaarheid kunnen uitsluiten:

‘(...) waarvan het beletten van de commerciële toepassing op hun grondgebied noodzakelijk is ter bescherming van de openbare orde of de goede zeden, met inbegrip van de bescherming van leven of de gezondheid van mensen dieren of planten (...) mits deze uitsluiting niet slechts plaatsvindt omdat de exploitatie door de nationale wetgeving is verboden.’

In art. 27 lid 3 sub b biedt het *TRIP's-verdrag* de keuze om een aanzienlijk aantal onderwerpen van octrooieerbaarheid uit te sluiten. Daarin zit enige speelruimte om weer iets terug te nemen van de door de richtlijn gecreëerde verschuiving van de grenzen, omdat voor de beoordeling van biotechnologische uitvindingen rekening mag worden gehouden met ‘de in elk land bestaande ethische, sociologische of filosofische context’.³⁵

Zo lijkt het er op dat het Europese balletje voorlopig rond gespeeld wordt en blijft het de vraag of het octrooiwetgeving wel voldoende strak geregeld is in die zin dat, indien het gaat om levende materie van menselijke oorsprong, deze ervoor kan zorgen dat het menselijk lichaam niet ter beschikking staat en *onvervreemdbaar* blijft. Aldus wordt immers de menselijke waardigheid gewaarborgd. Het Hof van Justitie heeft op dit punt wel voldoende vertrouwen in de nieuwe octrooiwetgeving.³⁶ De vindingrijkheid van creatieve geesten met kwade bedoelingen kan dit vertrouwen echter makkelijk beschamen op een met de handel in menselijke organen vergelijkbare wijze.

5.2 Oprekking van begrippen: ‘uitvinding’ en ‘strijd met openbare orde en goede zeden’

Art. 4 richtlijn 98/44/EG

Door de richtlijn wordt een poging gedaan om onduidelijkheden omtrent de toepasselijkheid van het kwekersrecht dan wel het octrooirecht als beschermingsregime op biotechnologische vindingen op te lossen door het begrip ‘uitvinding’ op te rekken. Het betreft onder meer de vastlegging van de regel dat uitvindingen betreffende de toepassing van planten octrooieerbaar zijn,

³⁵ Zie daarover: *Kamerstukken I* 2003/04, 26 568 (R 1638), nr. B, p. 19 en 29 (MvA).

³⁶ HvJ 9 oktober 2001, zaak C-377/98, r.o. 77.

indien de toepassing ervan technisch niet beperkt is tot een plantenras (art. 4 lid 1 sub a richtlijn). Een plantengeheel dat niet door zijn gehele genoom wordt gekenmerkt maar door een bepaald gen, valt niet onder het kwekersrecht en kan dus onder octrooibeschermt vallen aldus art. 4 lid 2 richtlijn. Volgens het derde lid van art. 4 richtlijn, is octrooieerbaarheid van uitvindingen die betrekking hebben 'op een microbiologische of andere technische werkwijze of op een met behulp van deze werkwijzen verkregen voortbrengsel' mogelijk, in tegenstelling tot hetgeen nu art. 3 sub b ROW nog bepaalt. De huidige octrooiwet bepaalt dat microbiologische werkwijzen in wezen werkwijzen van 'wezenlijk biologische aard' zijn en daarom niet octrooieerbaar. De richtlijn maakt een onderscheid tussen *microbiologische werkwijzen* waarbij sprake is van menselijk ingrijpen op een bepaald moment in het proces en *werkwijzen van wezenlijk biologische aard*. De eerste zijn volgens de richtlijn van technische aard en daarom wél octrooieerbaar.

Art. 5 richtlijn 98/44/EG

Voor octrooieerbaarheid gaan wetgeving en richtlijn uit van twee typen uitvindingen: *voortbrengselen* (producten, stoffen, samenstellingen) en *werkwijzen* (toepassingen). Dit onderscheid is belangrijk vanwege de in artikel 5 lid 1 en lid 2 geformuleerde uitgangspunten die de kern van de discussie vormen:

- de mens is *niet* octrooieerbaar en *ontdekte* delen daarvan evenmin, ook ontdekking van menselijke genen komen niet voor octrooi in aanmerking.

De niet-octrooieerbaarheid van het menselijk lichaam geldt vanaf het vroegste embryonale stadium en verder voor elk stadium van zijn ontwikkeling. Dat betekent dat octrooiering van een bevruchte eicel niet mogelijk is tot en met een volgroeid menselijk lichaam. De adder onder het gras zit in het tweede lid van artikel 5 dat bepaalt dat

- van de mens geïsoleerde gedeelten, voorzover het *uitvindingen* betreffen, in beginsel *wél* octrooieerbaar zijn, met inbegrip van een sequentie of een partiële sequentie van een gen, zelfs indien de structuur van dat deel identiek is aan die van een natuurlijk deel.

Beide uitgangspunten beïnvloeden ons nationale vermogensrecht: direct het intellectuele eigendomsrecht en indirect het vermogensrecht. Na implementatie zijn deze regelingen terug te vinden in de nieuwe artikelen 2a en 3 ROW zoals hierna omschreven.

Daar waar art. 5 lid 1 richtlijn zegt dat het menselijk lichaam *in zijn geheel* in de verschillende stadia van zijn vorming en zijn ontwikkeling met inbegrip van een sequentie of partiële sequentie van een gen niet-octrooieerbaar zijn, geeft lid 2 daarentegen aan dat een *geïsoleerd deel* van het menselijk lichaam, of een menselijk lichaamsdeel dat anderszins met een technische werkwijze werd verkregen, wél octrooieerbaar kan zijn, mits het gaat om een *uitvinding*

en niet om een *ontdekking*. Het onderscheid tussen octrooieerbaar en niet-octrooieerbaar wordt flinterdun immers, via microbiologische werkwijzen geïsoleerd (bio)materiaal uit het menselijk lichaam of van een menselijk embryo wordt op basis van het tweede lid wél degelijk octrooieerbaar.

Art. 2a en 3 ROW nieuw

Naast art. 5 hebben ook de art. 2, 4 en 6 richtlijn gevolgen voor het vermogensrecht en de ROW ten gevolge van een ruimere en andere toepassing van begrippen als: 'uitvinding' en 'strijd met openbare orde en goede zeden'. Geeft art. 2 ROW aan dat het begrip uitvinding impliceert dat iets nieuw is, inventief en toepasbaar moet zijn in de nijverheid. Na de implementatie geeft het *nieuwe art. 2a*³⁷ een uitbreiding van het begrip uitvinding en ontbreekt het vereiste van industriële toepasbaarheid. De oprekking van het begrip uitvinding zit hem hierin dat een *voortbrengsel* dat uit biologisch materiaal bestaat of dit bevat, en een *werkwijze* waarmee biologisch materiaal wordt verkregen, bewerkt of gebruikt, als octrooieerbare uitvindingen worden beschouwd. In *art. 2a* is de essentie van art. 2, 3, 4 en 5 richtlijn opgenomen:

- '1. Onder uitvindingen (...) worden ook verstaan uitvindingen die betrekking hebben op een voortbrengsel dat uit biologisch materiaal bestaat of dit bevat, of die betrekking hebben op een werkwijze waarmee biologisch materiaal wordt verkregen, bewerkt of gebruikt. (vgl. art. 2 lid 1 sub a en b richtlijn)
2. Onder uitvindingen (...) in het eerste lid worden in ieder geval begrepen uitvindingen met betrekking tot:
 - a. biologisch materiaal dat met behulp van een technische werkwijze uit zijn natuurlijke milieu wordt geïsoleerd of wordt verkregen, ook indien dat materiaal in de natuur voorhanden is, (vgl. art. 3 lid 2 richtlijn)
 - b. een deel van het menselijk lichaam dat wordt geïsoleerd of dat anderszins met behulp van een technische werkwijze wordt verkregen, met inbegrip van een sequentie of een partiële sequentie van een gen, ook indien de structuur van dat deel identiek is aan die van een natuurlijk deel, (vgl. art. 5 lid 2 richtlijn)
 - c. planten of dieren, mits de uitvoerbaarheid van die uitvinding zich in technisch opzicht niet beperkt tot een bepaald planten- of dierenras, (vgl. art. 4 lid 2 richtlijn) of
 - d. een microbiologische of andere technische werkwijze waarmee biologisch materiaal wordt verkregen, verwerkt of gebruikt, of een hierdoor verkregen voortbrengsel. (Vgl. art. 4 lid 3 richtlijn)

Het *nieuwe art. 3 ROW*³⁸ dat aangeeft welke uitvindingen niet octrooieerbaar zijn geeft letterlijke fragmenten uit art. 2, 4, 5 en 6 van de richtlijn te zien:

³⁷ Zie: *Stb* 2004, 589.

³⁸ Zie: *Stb* 2004, 589.

- ‘1. Niet vatbaar voor octrooi zijn:
- a. uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden, (vgl. art. 6 lid 1 richtlijn)
 - b. het menselijk lichaam in de verschillende stadia van zijn vorming en zijn ontwikkeling, alsmede de loutere ontdekking van een van de delen ervan, met inbegrip van een sequentie of partiële sequentie van een gen, (vgl. art. 5 lid 1 richtlijn)
 - c. planten- of dierenrassen, (vgl. art. 4 lid 1 sub a richtlijn)
 - d. werkwijzen van wezenlijk biologische aard, geheel bestaand uit natuurlijke verschijnselen zoals kruisingen of selecties, voor de voortbrenging van planten of dieren alsmede de hierdoor verkregen voortbrengselen, (vgl. art. 2 en 4 lid 1 sub b richtlijn)
 - e. uitvindingen waardoor inbreuk wordt gemaakt op de artikelen 3, 8, onderdeel j, 15, vijfde lid, en 16, vijfde lid, van het Biodiversiteitsverdrag.
2. Onder uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden als bedoeld in het eerste lid, onderdeel a, worden in ieder geval verstaan:
- a. werkwijzen voor het klonen van mensen, (vgl. art. 6 lid 2 sub a richtlijn)
 - b. werkwijzen tot wijziging van de germinale genetische identiteit van de mens, (vgl. art. 6 lid 2 sub b richtlijn)
 - c. het gebruik van menselijke embryo's, (vgl. art. 6 lid 2 sub c richtlijn)
 - d. werkwijzen tot wijziging van de genetische identiteit van dieren die geëigend zijn deze te doen lijden zonder aanzienlijk medisch nut voor mens of dier op te leveren, alsmede de hierdoor verkregen voortbrengselen, (vgl. art. 6 lid 2 sub d richtlijn)
 - e. planten of dieren en
 - f. werkwijzen die het leven of de gezondheid van mensen, dieren of planten in gevaar brengen of die ernstige schade voor het milieu veroorzaken.
3. Commerciële exploitatie van een uitvinding is niet strijdig met de openbare orde of goede zeden op grond van het loutere feit dat de exploitatie bij of krachtens wettelijk voorschrift is verboden. (vgl. art. 6 lid 1 richtlijn)
4. Bij algemene maatregel van rijksbestuur kan de lijst, bedoeld in het tweede lid, worden aangevuld met andere uitvindingen waarvan de commerciële exploitatie in strijd wordt geacht met de openbare orde of de goede zeden.’

6 INTERPRETATIE VAN BEGRIPPEN: OPENBARE ORDE EN GOEDE ZEDEN

Art. 6 richtlijn 98/44 9 (art. 3 ROW nieuw) versus art. 3:40 BW

De weergegeven nieuwe bepaling art. 3 ROW is interessant vanwege de met art. 3:40 BW vergelijkbare criteria *openbare orde* en *goede zeden*. Maakt het verschil vanuit welk perspectief invulling wordt gegeven aan deze criteria?

In 1920 schreef Petit over de invulling van de goede zeden dat normen van ongeschreven recht zijn te beschouwen als normen van gerechtigheid, ‘inhoudende wat de volksovertuiging voor het concrete geval juist en recht-

vaardig acht'.³⁹ Deze volksovertuiging was naar zijn mening de ongeschreven goede zeden norm die in het bewustzijn van de rechter tot stand komt doordat de rechter die beslissing neemt die naar zijn overtuiging het rechtsbewustzijn zal bevredigen:

'De rechter anticipeert (...) de ontwikkeling van het rechtsgevoel. In het bewustzijn van de rechter komt dan de volksovertuiging tot stand'.⁴⁰

Anders gezegd, wat de goede zeden inhoudt is te herleiden tot fundamentele, morele opvattingen die in een samenleving overheersen. Ook de invulling van het criterium openbare orde is in beginsel terug te voeren op heersende morele opvattingen in een maatschappij. Ligt het accent bij goede zeden op *morele* normen, bij openbare orde staat de wijze waarop de maatschappij is ingericht centraal, in het bijzonder de betekenis van wettelijke normen en de handhaving daarvan als instrument voor maatschappelijke ordening.⁴¹ Het probleem bij beide criteria is echter om de inhoud daarvan zo zuiver mogelijk vast te stellen. Opvattingen daaromtrent zullen in Nederland anders zijn dan in mediterrane landen en verschillen van die van de onlangs tot de EU toegetreden Oost-Europese landen. Het kan dan ook niet anders dan dat toepassing van deze begrippen uit de EU-biotechnologische richtlijn niet op eenduidige wijze zal geschieden in de lidstaten. Het is zelfs de vraag of toepassing van deze begrippen in het Nederlandse rechtssysteem op eenduidige wijze zal plaatsvinden. Het gevaar van divergentie tussen toepassing van deze begrippen in het licht van het nieuwe octrooirecht na implementatie van de richtlijn enerzijds en invulling daarvan in het licht van art. 3:40 BW is niet denkbeeldig.

Strijd met de wet, openbare orde en goede zeden in de zin van art. 3:40 BW

Art. 3:40 BW geeft een algemene regel die bepaalt wanneer een rechtshandeling van rechtswege nietig is, maar geeft niet de normen die de nietigheid bewerkstelligen.⁴² De bepaling ziet op drie aspecten: het *verrichten*, de *strekking* en de *inhoud* van een rechtshandeling.⁴³ Het verrichten betreft de totstandkoming

39 C.J.J.M. Petit, *Overeenkomsten in strijd met de goede zeden* (diss. Leiden) 1920, p. 41; zie daarover V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 271.

40 Petit, diss. 1920, p. 39.

41 Vgl. Hijma, (T & C BW), art. 3:40 BW, aant. 2 sub a.

42 TM en MvA II, *Parl. Gesch. boek 3*, p. 190-192; M.W. Scheltema, *Onverschuldigde betaling* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1997, p. 227.

43 Meijers verwijst in zijn toelichting naar de onderscheidingen die het oude BW in art. 1373 j° 1371 'niet op duidelijke wijze' voor overeenkomsten maakt en merkt op dat zowel het verrichten van de rechtshandeling op zichzelf verboden kan zijn als ook de prestatie waartoe zij verplicht. *Parl. Gesch. boek 3*, TM p. 190 en 191. Vgl. E.M. Meijers, *De Algemene begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden: Universitaire Pers, 2^e druk 1958, p. 221-226 en p. 227-235. Cruciale uitspraken: HR 11 mei 1951, NJ 1952, 127 (Flora/Van der Kamp); HR 11 mei 1951,

van de rechtshandeling, de inhoud wordt gevormd door hetgeen partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaring en gedragingen hebben mogen afleiden.⁴⁴ De strekking wordt bepaald door de ook voor anderen kenbare motieven en voorzienbare gevolgen van de rechtshandeling.⁴⁵ Bij alle drie aspecten kan sprake zijn van strijd met de *wet*, de *openbare orde* of de *goede zeden*. Rechtshandelingen die in strijd zijn met een dwingende wetsbepaling worden geacht tevens in strijd te zijn met de openbare orde of de goede zeden. Bedoeld is een wet in formele zin; bij overtreding daarvan wordt met voorbijgegaan van lid 2 direct uitgegaan van 'strijd met openbare orde of goede zeden'.⁴⁶ In de regel is het gevolg dan ook hetzelfde, nietigheid van de rechtshandeling:

'Het in het tweede en derde lid bepaalde heeft op de rechtshandeling, de overeenkomst zelve, betrekking. Is een prestatie, waartoe de overeenkomst volgens haar inhoud of strekking een der partijen verplicht, door de wet verboden, dan zal de overeenkomst volgens het eerste lid nietig zijn. Het is immers als in strijd met de openbare orde te achten om zich tot prestaties te verplichten, die de wet verbiedt. Dit is zelfs het geval, wanneer de prestatie in het verrichten van een rechtshandeling bestaat, die wel verboden is, maar niet als sanctie haar nietigheid kent. Is bijv. een overeenkomst van borgtocht van een notaris, niettegenstaande de Notariswet haar verbiedt, als geldig te beschouwen, zo is desalniettemin een overeenkomst, waarbij een notaris zich zou verbinden zich borg te stellen, onverbindend of nietig'.⁴⁷

Indien de nietigheidssanctie uitsluitend het belang beschermt van één der partijen leidt overtreding van de wet slechts tot vernietigbaarheid (lid 2). Hoofregel is nietigheid, vernietigbaarheid is uitzondering. Doch zelfs een rechtshandeling die in strijd is met een dwingende wetsbepaling kan volgens lid 3 toch geldig zijn indien de nietigheidsnorm niet de strekking heeft de geldigheid van de rechtshandeling aan te tasten:

'Er bestaan immers nog steeds in het recht *leges imperfectae*, hetzij doordat iedere sanctie ontbreekt, hetzij doordat de overtreding enkel door een schadevergoedingsplicht of een straf gevolgd wordt, doch de handeling zelf rechtsgeldig blijft'.⁴⁸

NJ 1952, 128 (Burgman/Aviolanda), annotatie van beide arresten: J Drion, AA 1951, p. 29 e.v.; HR 16 nov. 1984, NJ 1985, 624 (Buena Vista) annotatie J. Nieuwenhuis, AA 1985, p. 214-218. Zie voorts: ASSER-HARTKAMP 4-II 2001, nr. 251 en Van den Brink, diss. Amsterdam UvA 2002, p. 14-25.

44 Vgl. Meijers, *Algemene begrippen* 1958, p. 223-226.

45 Vgl. Huydecoper, conclusie bij HR 7 mei 2004, L/N AO3868-C03/061HR (Samen-spanning/Allied Breweries).

46 Zie: TM, *Parl. Gesch. boek 3*, p. 190-191; Scheltema 1997, p. 228; Van den Brink 2002, p. 20-25.

47 TM, *Parl. Gesch. boek 3*, p. 191.

48 TM, *Parl. Gesch. boek 3*, p. 191.

De redenering van de wetgever is al te vinden in oude uitspraken⁴⁹ van de Hoge Raad, welke lijn het college in de 21^e eeuw voortzet onder meer inzake *Onderlinge ziektekostenfonds 1950/AZL en AZL/erven A.*⁵⁰

‘Weliswaar strookte de handelwijze van het AZL en OZF niet met het in de WTC neergelegde budgetstelsel, doch gelet op voormelde omstandigheden en in aanmerking genomen hetgeen het AZL en OZF daarmee beoogden, kan niet worden gezegd dat hun handelwijze een inbreuk opleverde op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde, dat op de voet van art. 3:40 BW strijd met de openbare orde moet worden aangenomen’.⁵¹

Doordat maatschappelijke opvattingen wijzigen kan een wetsbepaling, die wél de strekking heeft om de geldigheid van een ermee strijdige rechtshandeling aan te tasten, die strekking verliezen. In 1985 is het bordeelverbod⁵² nog van kracht. Lamet kocht in dat jaar van Sibelo de goodwill en inventaris van *Club 13*. De koopprijs was voornamelijk bepaald door de waarde waarop de goodwill werd getaxeerd. Toen hij werd aangesproken tot betaling van de koopprijs verweerde de koper zich met een beroep op het ontbreken van een geoorloofde oorzaak. De Hoge Raad besliste, anticiperend op een wetsontwerp dat voorziet in afschaffing van het bordeelverbod en gezien het gedoogbeleid, dat ‘in het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen’ de betreffende regeling niet meer tot nietigheid van dergelijke overeenkomsten kan leiden.⁵³

De inhoud van goede zeden en openbare orde is sterk afhankelijk van tijd en plaats. Gewoonte en cultuur dragen aan deze visie bij, zo laat de *Catoochi*⁵⁴ zaak zien. De Arubaanse loterij onder deze naam was bij verordening verboden, maar werd op Aruba ‘in brede lagen van de bevolking niet meer als onwenselijk, illegaal of strafwaardig ervaren’ en door de overheid gedoogd. Een beroep van de verkoper van loten, die verwijzend naar de nietigheid van de overeenkomst weigerde het bedrag uit te betalen aan de houdster van de winnende nummers, ging dan ook niet op.

49 Zie: HR 13 januari 1938, *NJ* 1938, 600 (Oppenoorth q.q./Amsterdamsche Bank) waarin de Hoge Raad de gevolgen van overtreding van art 73b sub 2 Wet op het Notarisambt onderzocht. Deze bepaling verbiedt de notaris zich borg te stellen voor schulden van anderen. In zijn annotatie zegt Meijers: ‘(...) dat het gevolg van een door de Notariswet verboden borgstelling op grond der geschiedenis en de strekking der bepaling moet worden vastgesteld’. Vgl. HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 127 (Flora/Van der Kamp); HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128 (Burgman/Aviolanda), annotatie: J Drion, *AA* 1951, p. 29 e.v.

50 HR 11 mei 2001, *LJN* AB1555, resp. zaaknr. C99/152HR en C99/186HR.

51 De Hoge Raad verwijst daarbij naar *Parl. Gesch. Boek 3 Inv.*, p. 1140 -1141.

52 Art. 250bis Sr (oud).

53 HR 2 febr 1990, *NJ* 1991, 265 (Club 13). De Hoge Raad verwijst naar wetsontwerp *Kamerstukken II* 18 202 waarin de minister onder meer als argument voor afschaffing van het bordeelverbod aangeeft dat art. 250bis SR nauwelijks wordt toegepast.

54 HR 7 sept. 1990, *NJ* 1991, 266 (Catoochi).

Sommige auteurs zien in de veranderende maatschappelijke opvattingen een reden om ongeoorloofde rechtshandelingen *in beginsel geldig* te verklaren tenzij het algemeen belang zich tegen geldigheid verzet. Zo stelt Hijma voor om de rechtshandeling in beginsel in stand te laten,⁵⁵ een ratio-onderzoek te doen naar het algemeen belang dat de geschonden norm beoogt te beschermen,⁵⁶ om op basis daarvan vervolgens te differentiëren naar ‘formele’ (wettelijke) en ‘materiële’ (concluderende) nietigheid.⁵⁷ Van Schaick komt tot hetzelfde resultaat via de ‘nietigheidsecartering’ waarbij ‘betrekkelijke geldigheid van de rechtshandeling resultaat maar niet ook aanknopingspunt’ is.⁵⁸ Wetgever en Hoge Raad hanteren voorts nog als hoofdregel: nietigheid, tenzij.

Strijd met de wet, openbare orde en goede zeden in de zin van richtlijn 98/44/EG

Is de interpretatie van openbare orde en goede zeden als communautaire begrippen gelijk aan de uitleg in het kader van art. 3:40 BW? In zijn advies terzake benadrukt de Raad van State dat de term openbare orde en goede zeden ‘een onderdeel vormt van de richtlijn en in die context moet worden uitgelegd’.⁵⁹ In die zin ziet de Raad dit begrippenpaar als een communautair begrip, waarvan invulling via nationale regelgeving dient te geschieden binnen het kader van de richtlijn. Enerzijds mogen de lidstaten zelf invulling geven aan de begrippen openbare orde en goede zeden. De richtlijn stelt daaromtrent in overweging 39:

‘dat de openbare orde en goede zeden (...) overeenstemmen met ethische en morele beginselen die in een lidstaat worden erkend en die in het bijzonder op het gebied van de biotechnologie moeten worden gerespecteerd’.

Anderzijds vormen deze termen onderdeel van de richtlijn en moeten zij in het licht daarvan worden geïnterpreteerd. Toetsing door het Hof van Justitie

55 Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 82. Hijma sluit zich aan bij Van Hamel die in zijn proefschrift *De leer der nulliteiten in het burgerlijk recht* (diss. Amsterdam UvA) 1902, de non-existentie van nietige rechtshandelingen bestrijdt. Zie daarover: Hijma, diss. Leiden, 1988, p. 54-56; p.72-110 en Hijma, ‘Nietigheden in het vermogensrecht’, *RMTh* 1992, p. 415-417. Instemmend: A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid* (diss. Tilburg) 1994, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 234-253, p. 261, 297-298; Van den Brink, diss. Amsterdam UvA 2002, p. 35-36 en 224-229. Anders: Brunner en Vranken in hun bespreking van diss. Hijma, respectievelijk in: *WPNR* 1989 (5941), p. 777-781 en *NJB* 1990, p. 485-489.

56 Gaat men uitsluitend af op de tekst van het wettelijk voorschrift, dan loopt men kans anders uit te komen dan wanneer via onderzoek wordt vastgesteld waarop het wettelijk verbod nu eigenlijk betrekking heeft, zo concludeert Hijma n.a.v. HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 127 (Flora/Van der Kamp) diss, p. 84-87; vergelijkbare conclusies n.a.v. HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 128 (Burgman/Aviolanda) p. 99-103; zie verder p. 76-80 en p. 92-110.

57 Hijma 1988, p. 110.

58 Van Schaick 1994, p. 297; vgl. p. 261.

59 *Kamerstukken II* 2000/01, 26 568, (R 1638) nr. 29, par. 3 C, p. 3 – 4.

zal nodig blijven om een te grote vrijheid van interpretatie en daardoor misbruik te voorkomen. De richtlijn geeft daartoe zelf een eerste aanzet door in art. 6 lid 2 (art. 3 lid 2 ROW nieuw) een opsomming te geven van uitvindingen die in ieder geval niet vatbaar zijn voor octrooi omdat de commerciële exploitatie daarvan in strijd zou zijn met de openbare orde of goede zeden. Hoewel het een niet limitatieve opsomming betreft gaat het toch om een afbakening waarvan gedacht wordt dat daarover in de gehele Europese Unie overeenstemming bestaat. In die zin is deze lijst van uitzonderingen als het ware een communautaire leidraad voor wat ethisch en moreel onwenselijk wordt geacht.⁶⁰ Het is dus niet zo, ook al lijkt uit de preambule bij de richtlijn het tegengestelde te volgen, dat de lidstaten op nationaal niveau een absolute discretionaire bevoegdheid hebben bij de invulling van deze begrippen. De lidstaten hebben wél enige speelruimte maar géén beoordelingsvrijheid, zo geeft het Hof van Justitie aan:

‘Bovendien houdt de aan de lidstaten gelaten speelruimte geen beoordelingsvrijheid in, aangezien de richtlijn die begrippen afbakt door enerzijds de precisering dat de commerciële exploitatie van een uitvinding reeds wegens een wettelijk of bestuursrechtelijk verbod in strijd is met de openbare orde of de goede zeden, en anderzijds vermelding van vier voorbeelden van werkwijzen en toepassingen die niet octrooieerbaar zijn. Aldus verschaft de gemeenschapswetgever voor de toepassing van die begrippen een leidraad die elders in het algemeen octrooirecht niet bestaat’.⁶¹

De nationale manoeuvreervrijheid om uitvindingen niet octrooieerbaar te achten wegens strijd met de openbare orde of goede zeden is dus begrensd. Dit betekent dat, ofschoon het octrooirecht een territoriaal recht is in die zin dat bij (nationale) toetsing van de vraag of sprake is van een uitvinding waarvan de commerciële exploitatie strijdig zal zijn met de openbare orde of goede zeden, de nationale opvattingen doorslaggevend zijn, doch met inachtneming van hetgeen de richtlijn daarover bepaalt. Dit moet voorkomen dat er situaties ontstaan waarbij de ene lidstaat bijvoorbeeld octooiëring van het gebruik van menselijke embryo's toelaat en een andere lidstaat niet.

Daar waar de wetgever probeert ethische normen in een juridisch kader te vatten, zijn het de veranderende maatschappelijke opvattingen die de interpretatie van terzake doende begrippen beïnvloeden en de grenzen verleggen zoals de zeewind de contouren van de duinen verandert. De verkoop van een bordeel werd lange tijd gezien als een inbreuk op de sexuele moraal⁶² en in die zin als een verstoring van de maatschappelijke orde. Veranderende maatschappelijke opvattingen hebben geleid tot andere inzichten daaromtrent. Het is niet denkbeeldig dat een grensverschuiving over wat ethisch toelaatbaar

60 *Kamerstukken I* 2003/04, 26568, (R 1638) B, p. 3-4 (MvA).

61 HvJ EG 9 oktober 2001, zaak C-377/98, r.o. 39.

62 HR 2 februari 1990, NJ 1991, 265 (Club 13).

is in het kader van biotechnologische uitvindingen, zich nog sneller zal voordoen, in die zin dat biotechnologische ontwikkelingen snel als uitvinding gekwalificeerd zullen worden en niet snel als in strijd met de goede zeden, openbare orde of de wet van octrooieerbaarheid zullen zijn uitgesloten.

Het gebruik van menselijke embryo's is in Nederland inmiddels geregeld in de Embryowet. Verder kunnen de bepalingen van de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst, de Wet op de Orgaandonatie, de Wet medisch- wetenschappelijk onderzoek met mensen en de Wet bijzondere medische verrichtingen mede van belang zijn bij het bepalen of, en zo ja onder welke voorwaarden en voor welke doeleinden, isoleren van delen van de mens is toegestaan. Deze wetten zullen mede bepalend zijn bij de ontwikkeling van in het geding zijnde waarden en normen voor biotechnologische ontwikkelingen. Het menselijk genoom bevat belangrijke informatie voor wetenschap en geneeskunde. Maar wie ziet er op toe dat deze wetenschap niet wordt misbruikt om het menselijk lichaam of delen daarvan tot voorwerp van toeëigening te maken? Wat is de waarde van deze wetten als in navolging van art. 6 lid 1 richtlijn art. 3 lid 3 ROW gaat bepalen:

‘Commerciële exploitatie van een uitvinding is niet strijdig met de openbare orde of goede zeden op grond van het loutere feit dat de exploitatie bij of krachtens wettelijk voorschrift is verboden.’

Hierdoor bestaat een gerede kans dat op nationaal niveau de rechtsonzekerheid toeneemt. Op basis van art. 3:40 BW is uitgangspunt dat met het overtreden van de wet, strijd met openbare orde of goede zeden gegeven is, en daarmee in beginsel de nietigheid van een rechtshandeling. In de nieuwe octrooiwet wordt het tegengestelde uitgangspunt neergelegd.

7 MEERVOUDIGE INTERPRETATIE LEIDT TOT DUBBELE MORAAL

De mens of delen daarvan, planten en dierenrassen blijven vooralsnog van octrooiëring uitgesloten. In zoverre lijkt de doelstelling van de richtlijn om tot harmonisatie te komen geslaagd. Lijkt, immers deze doelstelling is niet nieuw en was al geformuleerd in het EPC en diverse nationale wetgevingen. Door de implementatie van de biotechnologische richtlijn worden micro-organismen en cellen van mens, plant en dier wél octrooieerbaar. Zo worden onder de dekmantel van harmonisatie in feite mogelijkheden tot het verkrijgen van octrooien aanzienlijk uitgebreid. Nog afgezien van de vraag of er nog wel planten- en dierenrassen bestaan die voor 100% op natuurlijke wijze zijn verkregen daar gentech-bedrijven al jaren bezig zijn met het ‘uitvinden’ van transgene planten en dieren, is het probleem wat onder het begrip ‘op natuurlijke wijze verkregen’ moet worden verstaan om (een deel van) de mens, een plant of dier nog van octrooieerbaarheid uit te kunnen sluiten.

Aan het *Canadese* Hof van Justitie werd de vraag voorgelegd of een muis waarin een menselijk kankergen was ingebouwd als 'uitvinding' was te beschouwen en daardoor octrooieerbaar. Het Canadese Hof oordeelde hierover als volgt:

'het in te bouwen gen-construct kan beschouwd worden als een uitvinding en daarmee octrooieerbaar. De muis waar dit gen-construct wordt ingebouwd valt niet onder het octrooi omdat voor de vermenigvuldiging van de muis een aantal biologische stappen nodig zijn die niet als uitvindingen kunnen worden beschouwd.'⁶³

Dit lijkt een heel plausibele redenering, die de EU-richtlijn helaas niet toepast blijkens art. 5 lid 2 en art. 6 lid 2, zodat ook de landen die de richtlijn hebben geïmplementeerd een octrooiaanvraag op de muis als zodanig wel kunnen, misschien zelfs moeten honoreren. Voor Nederland volgt dit uit art. 2a en 3 ROW nieuw. Er zijn overigens al diverse onderzoeksinstituten die in het bezit zijn van een octrooi op de zogenaamde onco-muis.⁶⁴ De stap naar een octrooi op een mens met kunsthartkleppen, kunstbeen enzovoorts, ligt in het verlengde hiervan en is niet denkbeeldig. Een 'sequentie of een partiële sequentie van een gen' van een mens kan octrooieerbaar zijn. Dat industriële toepassing daarvan in bijvoorbeeld medicamenten octrooieerbaar is, is evident. Wat is het gevolg indien dit gen ingebracht wordt bij een ander mens, om een vergelijking met de onco-muis te maken? Hoe eenvoudig is het om onder art. 3 lid 1 sub d ROW (art. 2 en 4 lid 1 sub b richtlijn) uit te komen en octrooimogelijkheden verder op te rekken.

Het is algemeen bekend dat farmaceutische bedrijven reeds bloedmonsters verzamelen van inheemse volkeren vanwege hun grote zuiverheid. Daarom is dit bloed zo geschikt om er farmaceutische producten van te maken. Leg de bloedmonsters onder een microscoop en er kan octrooi op worden aangevraagd. Bij microbiologische werkwijzen is altijd sprake van menselijk ingrijpen op een bepaald moment in het ontwikkelingsproces, daardoor zijn het werkwijzen van technische aard en octrooieerbaar.

Wie mag profiteren van de 'vrije boom'?

Regelmatig worden octrooien aangevraagd en verleend op materialen en kennis die eigenlijk aan niet-Westerse volken toebehoren die daardoor uitgerangeerd raken. Sterker nog, mogelijk moeten zij gaan betalen voor kennis die hun voorvaderen al eeuwen toepasten, zo laat het proces aangaande de *Neem-boom*⁶⁵

63 Zie daarover: W. de Lange, 'Octrooi op leven?', *Ravage* 5 febr. 1999. Vgl. Supreme Court of Canada 21 mei 2002, (Harvard College/Canada, Commissioner of Patents), [2002]4 S.C.R.

64 Soms verdient de Engelse benaming voorkeur voor de Nederlandse terminologie.

65 De Indiase benaming *Azad-Darakth* betekent *vrije boom*. De *Neem-boom* is al 4000 jaar geleden beschreven.

zien. Deze boom is in India overal aanwezig en wordt als een wonderboom beschouwd vanwege zijn insecticide en medische eigenschappen.

Producten van deze boom waren in India goedkoop of zelfs gratis verkrijgbaar totdat Japanse en Amerikaanse bedrijven interesse in de Neem-boom kregen en octrooiaanvragen indienden voor substanties van de boom. Een aantal octrooien is toegekend, bijvoorbeeld in 1994 aan de Amerikaanse chemiegigant *W.R.Grace*. Zij verkopen 'hun' insecticide in Amerika maar betalen geen vergoedingen aan de Indiase boeren die nooit exclusieve rechten hebben opgeëist omdat in India vrij van de boom gebruik mag worden gemaakt.

Sinds 1995 is dit octrooi aangevochten door drie vrouwen: de Indiase Vandana Shiva, de Belgische Magda Aelvoet en de Duitse Linda Bullard.⁶⁶ Zij claimen dat de vele producten van de Neem-boom al eeuwen gebruikt worden en dat dit een schrijnend voorbeeld is van hoe het octrooisysteem misbruikt wordt om biologische rijkdom in handen te spelen van enkele grote bedrijven en wetenschappers. Op wereldvrouwendag 2005 krijgen de vrouwen gelijk en vernietigt het Europees Octrooibureau in hoger beroep het gewraakte octrooi.⁶⁷ De rechters erkennen dat de kennis van de schimmelwerende kracht van de olie gewonnen uit zaden van de Neem-boom al 'eeuwenlang is vergaard door de Indiase landbouwbevolking'. Inmiddels was het bedrijf begonnen met het produceren van pesticiden voor de Indiase markt. Als het octrooi niet was vernietigd, zou de situatie zijn ontstaan dat Indiase boeren een buitenlands bedrijf moeten betalen voor een geoctrooieerd product, dat uit hun eigen omgeving afkomstig is en dankzij hun eeuwenlange kennis beschikbaar is.⁶⁸

8 IMPLEMENTERING VAN RICHTLIJN 98/44/EG: GEVAAR VOOR TEGENSTRIJDIGHEDEN

'De mens is *niet* octrooieerbaar en *ontdekte* delen daarvan evenmin, maar van de mens geïsoleerde gedeelten zullen in beginsel *wél* octrooieerbaar zijn (voorzover het *uitvindingen* betreffen) zelfs indien de structuur van dat deel identiek is aan die van een natuurlijk deel'. Hoe vaker je deze formulering leest hoe duidelijker het wordt dat te eniger tijd toepassing daarvan tot verstoring van het rechtssysteem moet leiden, zeker als aan het begrip uitvindingen een steeds ruimere interpretatie wordt gegeven. Die verstoring vloeit noodzakelijker wijze voort uit het ontbreken van een eenduidige interpretatie van de begrippen: uitvinding, openbare orde en goede zeden, én het ontbreken van een regeling ten aanzien van

66 Resp. lid van het Indiase Research Foundation for Science, oud minister van milieu, gezondheid en consumentenzaken in België, lid van de International Federation of Organic Agriculture Movements (IFOAM). Zie hiervoor par. 5 en noot 26.

67 EPO 8 maart 2005 (Thermo Trilogy Corporation & United States Department of Agriculture), zie: <www.european-patent-office.org>.

68 Zie daarover: Background Paper on the Neem Patent Challenge, op: <www.ifoam.org>.

het verkrijgen van eigendom terzake. Althans, nergens wijst de richtlijn op vermogensrechtelijke consequenties die toch uit een octrooirecht voortvloeien.

Eigendomsrechten op planten en dieren zijn algemeen aanvaard, desalniettemin bleek uit de parlementaire discussie over de implementering van de biotechnologische richtlijn wel aversie te bestaan tegen octrooiëring van planten en dieren. Hoe zit het met geïsoleerde gedeelten van de mens die in beginsel octrooieerbaar zullen zijn? Worden menselijke harten en nieren daarmee ook zaken in de zin van art. 3:2 BW en daardoor handelswaren? Handelen in strijd met bijvoorbeeld de Wet op de Orgaandonatie impliceert immers niet strijd met de openbare orde.⁶⁹

Zoals onderzoeksinstituten en bedrijven nu reeds het ongestoorde genot⁷⁰ van de onco-muis hebben, kunnen zij naast een octrooirecht even goed de eigendom van geïsoleerde gedeelten van de mens verkrijgen. Vervolgens ontstaat een oncontroleerbare situatie, immers, volgens art. 5 BW is eigendom het *meest omvattende recht* dat een persoon op een *zaak* kan hebben (lid 1), staat het de eigenaar met uitsluiting van een ieder vrij van de zaak gebruik te maken (lid 2) en wordt de eigenaar van de zaak (...) eigenaar van de afgescheiden vruchten (lid 3).

Er zijn wel karakteristieke verschilpunten tussen het vermogensrechtelijke eigendomsrecht en het octrooirecht als intellectueel eigendomsrecht aan te wijzen.⁷¹ Zo is het *octrooirecht* primair een verbodsrecht terwijl het *eigendomsrecht* op een zaak een absoluut recht is. Het *octrooirecht* is territoriaal recht, het geldt slechts in de landen waarvoor het is verleend, het is een tijdelijk recht en het is uitgeput als het eenmaal in het verkeer is gebracht. Het *eigendomsrecht* daarentegen is niet gebonden aan een bepaald land of in duur beperkt, noch is het uitgeput als het eenmaal in het verkeer is gebracht.

Dit geeft aan dat een octrooirecht weliswaar een zwakker recht is dan het eigendomsrecht maar beide rechten zijn vermogensrechten in de zin van art. 3:6 BW: overdraagbaar en bedoeld om de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen. Art. 64 ROW geeft wel aan dat het octrooi een vermogensobject is maar laat verder de vermogensrechtelijke positie daarvan ongeregeld. Doch omdat het octrooi een *vermogensrecht* is, is het vatbaar voor overdracht of andere overgang zoals erfopvolging, kan het onderwerp zijn van een licentie-

69 Over de ethische begrenzing van het menselijk lichaam, embryo's en lichaamsmateriaal als rechtsoBJECTEN J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsoBJECTEN, een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, (diss. Leiden), Kluwer 2003, p. 211-237.

70 art 1 eerste protocol EVRM " (...) ieder natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op ongestoord genot van zijn eigendom (...)".

71 Zie J.C. van der Steur 2003, schema p. 15.

overeenkomst⁷² en kan de octrooihouder op het octrooi een beperkt recht vestigen zoals een pandrecht of een recht van vruchtgebruik.⁷³

Dit betekent dat, hoe je het ook wendt of keert, geïsoleerde gedeelten van de mens verhandelbaar zullen worden zoals nu planten en dieren. Biologisch materiaal, ook van de mens, wordt in laboratoria getransformeerd tot 'uitvindingen' en daarna de privé-eigendom van universiteiten of bedrijven. Het *Gen* is de nieuwe kip met de gouden eieren, vooral een monopolie daarop. Op effectieve wijze zal via de criteria strijd met openbare orde, goede zeden of de wet geen begrenzing aangebracht kunnen worden, vanwege het *ontbreken van coherentie* in betekenis en toekennen van gevolgen aan deze begrippen, vanuit vermogensrechtelijk perspectief in vergelijking met de nieuwe octrooi-wetgeving waarin deze criteria uit de biotechnologische richtlijn worden overgenomen.

72 art. 56 ROW 1995. Ingevolge de licentieovereenkomst verkrijgt de licentiehouder de bevoegdheid handelingen te verrichten die volgens het octrooi tot het uitsluitende recht van de octrooihouder behoren.

73 Voor zowel verpanding als voor het vestigen van een recht van vruchtgebruik is een akte vereist, zie art. 65 ROW 1995 j° 3:98 BW in samenhang met art. 3:236 lid 2 resp. 3:201 BW.