

PATENT ELLER VÄXTFÖRÄDLARRÄTT?

Immaterialrättsligt skydd för växter med avseende på undantaget för "växsorter" i europeisk patenträtt och i praxis inom EPO

Av Åsa Hellstadius

Examensarbete i Civilrätt/Immaterialrätt 20 p

Handledare: Professor Marianne Levin

Förkortningar	1
1 Introduktion	2
2 Bioteknik/Genteknik.....	3
2.1 Allmänt	3
2.2 Vad är en gen?	3
2.3 Genteknik.....	4
2.4 Hybrid-DNA-teknik	4
3 Växtförädling	5
3.1 Allmänt	5
3.2 Traditionell växtförädling	6
3.3 Modern växtförädling.....	8
3.4 Behov av rättsligt skydd	9
4 Växtförädlarrätt	10
4.1 Allmänt	10
4.2 Skyddets uppkomst.....	11
4.3 Ensamrättens omfattning.....	16
4.3.1 Väsentligen avledda växtsorter	17
5 Patenträtt.....	18
5.1 Det europeiska patentsamarbetet.....	18
5.2 Allmän patenträtt.....	20
5.2.1 Det patenterbara området	20
5.2.2 Lagreglerade undantag	23
5.2.3 Ensamrättens omfattning.....	24
5.3 Patent och bioteknik.....	25
5.3.1 Patent och bioteknik – en bakgrund	25
5.3.2 Patentförbudet mot växtsorter	27
5.4 Direktiv 98/44/EG om rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar.....	29
5.5 Förhållandet mellan direktiv 98/44/EG och EPC.....	30
6 Fördelar med patentskydd respektive växtsortskydd	31
7 Immaterialrättsligt skydd för växter – patent och växtförädlarrätt	32

7.1	<i>Växter, patent och växtförädlarrätt</i>	32
7.1.1	Betydelsen av begreppet "växtsort"	32
7.1.2	Historisk bakgrund till art 53(b) EPC	33
7.1.3	Begreppet "växtsort" i art 53(b) EPC.....	34
7.1.4	Begreppet "växtsort" inom växtförädlarrätten	35
7.2	<i>Tolkning av begreppet "växtsort" i EPO-praxis</i>	37
7.2.1	Problem vid tolkning av begreppet "växtsort"	37
7.2.2	T 49/83 "Ciba Geigy"	38
7.2.3	T 320/87 "Lubrizol"	39
7.2.4	T 356/93 "Plant Genetic Systems" (PGS).....	40
7.2.5	G 3/95	41
7.3	<i>Direktiv 99/44/EG och dess inverkan på praxis</i>	44
7.4	<i>Praxis efter direktiv 98/44/EG – G 1/98 "Novartis"</i>	45
8	Analys	49
8.1	<i>Patent på växter</i>	49
8.2	<i>Omfattningen av patent på växter</i>	52
9	Slutsats	53
	Källor och litteratur	57

Förkortningar

BA	Board of Appeal
EBA	Enlarged Board of Appeal
EIPR	European Intellectual Property Review
EPC	European Patent Convention/Europeiska Patentkonventionen
EPO	European Patent Office/Europeiska patentverket
IIC	International Review of Industrial Property and Copyright
NIR	Nordiskt Immateriellt Rättsskydd
O.J. EPO	Official Journal of the European Patent Office
PBR	Patentbesvärsrätten
PCT	Patent Cooperation Treaty
PL	Patentlag (1967:837)
Prop	Regeringens proposition
PRV	Patent- och registreringsverket
RegR	Regeringsrätten
RÅ	Regeringsrättens Årsbok
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SPC	Strasbourg Patent Convention
TBA	Technical Board of Appeal
UPOV	l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales
VäxtfL	Växtförädlarrättslag (1997:306)

1 Introduktion

Växtförädling är en stor och viktig industri. Sedan tusentals år tillbaks har växter tagits till vara, odlats och förädlats. Sedan genteknikens utveckling från 1970-talet och framåt har förutsättningarna för växtförädlingen förändrats. Numera kan önskvärda egenskaper förlänas växter genom överflyttningar av gener, i stället för de traditionella metoderna med korsning och urval.

För växter har det sedan 1961 funnits en speciell immaterialrättslig skyddsform, växtförädlarrätt. Skydd kan ges åt en växtsort som odlats fram av en förädlare, som får ensamrätt att utnyttja sorten under viss tid.

Patent är en ensamrätt som tillkommer den som framställt en uppfinning. Ensamrätten består i yrkesmässigt utnyttjande av uppfinningen. Patent har historiskt sett beviljats för uppfinningar inom den tekniska ämnessfären, mekanik och elektronik. Med bioteknikens framsteg har dock patentsystemet sett sig nödsakat att tänja på gränserna för uppfinningar. Numera meddelas patent på många biotekniska uppfinningar, bland dessa uppfinningar som rör växter och växtmaterial.

Systemen med patent och växtförädlarrätt syftar till att stimulera forskning genom att ge forskaren ekonomiskt utbyte av hans/hennes framsteg. Allmänheten skall kunna ta del av framstegen genom att uppfinningar offentliggörs. Det finns starka principiella överväganden bakom skyddsformer av detta slag.

Gränsdragningen mellan patent och växtförädlarrätt har aktualiserats i och med gentekniken som helt förändrat utgångspunkten för det tänkande som ligger till grund för existerande lagstiftning. Enligt svensk och europeisk patenträtt är växtsorter undantagna från patent enligt ett stadgande i svenska patentlagen och europeiska patentkonventionen. Växtsorter skall i stället skyddas enligt växtförädlarrätten. Frågan är dock vad som skall räknas som en växtsort. Hur har gränsdragningen mellan dessa båda skyddsformer skett i praxis rörande växter och växtuppfinningar?

2 Bioteknik/Genteknik

2.1 Allmänt¹

Bioteknik är ett samlingsbegrepp för användning av mikro-, cell- och molekylärbiologiska metoder för tekniska ändamål. Biotekniken arbetar med levande organismer; växter, djur och mikroorganismer, men även med icke levande biologiskt material; frön, celler, enzymer mm. Det är en av de äldsta teknikerna och en del av vår vardag. Exempel på klassiska biotekniska produkter är öl, vin, ost, filmjolk och antibiotika. Därtill kommer traditionell växtförädling och djuravel som är mycket gamla företeelser. Bioteknikindustrin har växt enormt det senaste decenniet. Sedan början av 1970-talet har de internationella satsningarna på bioteknikrelaterad forskning ökat, främst inom det biomedicinska området. Den moderna biotekniken bygger på ett antal genombrott inom den naturvetenskapliga forskningen under 1900-talets senare del. Genteknik ("genetic engineering") har haft stor betydelse inom den moderna biotekniken.

2.2 Vad är en gen?

Alla levande organismer är uppbyggda av celler. Bakterier består av en cell medan högre organismer, däribland växter, djur och människor, är uppbyggda av ett stort antal celler. I cellkärnan finns cellens arvs massa, som består av en substans kallad deoxiribonukleinsyra (förkortat DNA). DNA bildar en molekyl, som organiserar sig i kromosomer.² DNA-molekylen består av två långa kedjor som är spiralvridna och via vätebindningar sammanbundna till en dubbelspiral. Varje kedja är uppbyggd av fyra olika byggstenar, s k nukleotider. Nukleotiderna är kopplade i rad efter varandra och bildar olika kombinationer på DNA-molekylen. Kombinationerna av nukleotiderna utgör den genetiska informationen.

En gen är en bit av DNA-molekylen, innehållande ett antal nukleotider ordnade i en bestämd kombination, typisk för just den genen. Den genetiska informationen bestämmer vilka proteiner cellen skall producera, och därmed cellens egenskaper. Man säger ofta att en viss gen kodar för ett visst protein. Alla celler hos en organism innehåller samma uppsättning

¹ Nationalencyklopedin, 1992, Fjärde bandet, s 28-30, SOU 2000:103, s 48-51

² Människans celler har 46 (23 par) kromosomer.

gener, men olika gener är aktiva i olika celler och bestämmer cellernas olika funktioner. Detta kallas celldifferentiering. Det finns många olika sorters celler, bl a nervceller, hudceller och blodceller (blodkroppar). Den totala uppsättningen gener hos en organism kallas för **genom**. Generna i arvsmassan hos människor och däggdjur upptar bara 10% av den totala arvsmassan. Resten av arvsmassan saknar känd funktion.

2.3 *Genteknik*³

Med genteknik avses en rad tekniker för att isolera, studera och hantera gener och gendata. Med traditionella genetiska metoder kan förändringar åstadkommas i generna hos levande organismer genom att man framkallar mutationer i arvsmassan på ett slumpmässigt sätt, t ex genom bestrålning. Därefter isoleras genetiskt förändrade organismer genom urval ur hela den strålningsbehandlade populationen.

Med hjälp av modern genteknik kan ingrepp i arvsmassan göras på ett preciserat sätt. De viktigaste teknikerna inom detta område är att syntetisera gener eller genfragment med kemisk metodik, avläsa den genetiska koden (sekvenseringsteknik), masskopiera genfragment med PCR-teknik ("Polymerase Chain Reaction"), överföra genetiskt material mellan organismer (hybrid-DNA-teknik) och hantera gendata (bioinformatik).

Den gentekniska förädlingen av växter och djur kan beskrivas som ett tekniskt och vetenskapligt språng men också som ett steg i en kontinuerlig utveckling av förädlingsmetodiken. Organismer som mottagit och besitter främmande genetisk information kallas för **transgena organismer**.

2.4 *Hybrid-DNA-teknik*⁴

Ett av de viktigaste sätten att gentekniskt förändra arvsmassan och det som har störst betydelse inom växtförädlingen är den s k hybrid-DNA-tekniken.⁵ Gentekniken utvecklades

³ Framställningen baseras på SOU 2001:103, s 50 ff och Nationalencyklopedin,

"http://www.ne.se/jsp/search/article.jsp?i_art_id=181278" 2001-07-31

⁴ Framställningen baseras på Nationalencyklopedin, 1992, Sjunde bandet, s 397-400

⁵ Kallas även rekombinant-DNA-teknik.

ur grundforskning rörande speciella enzymer, så kallade restriktionsenzymer, som har egenskapen att kunna klyva DNA-molekyler på ett specifikt sätt. Genom att andra enzymer kan användas för att ”klistra” in nya DNA-fragment (dvs gener) på de platser där klyvningen skett, är det i princip möjligt att föra över på förhand bestämda gener från en organism till vilken annan organism som helst. Tekniken gör det möjligt att överföra gener som mottagaren normalt saknar. Den gör det möjligt att fritt flytta (transplantera) gener mellan olika organismer. I princip är det möjligt att flytta gener mellan arter eller individer på ett sätt som inte kan ske på naturlig väg. Man kan tillföra, förstärka, hämma eller eliminera växters egenskaper.

Vid tillämpning av hybrid-DNA-tekniken används en rad olika tekniska redskap. Ett av de viktigaste är restriktionsenzymerna, som är ett slags biokemiska saxar som används för att klippa sönder DNA-molekylen i mindre bitar. Fragmenten kan sedan överföras till mottagaren. DNA-fragmentet sammankopplas i allmänhet med en vektor (bärr-DNA). Vektorer är DNA-molekyler som har en naturlig förmåga att flytta mellan olika individer. Mottagarcellerna måste dock först behandlas så att de släpper igenom främmande DNA.

3 Växtförädling⁶

3.1 Allmänt

Med växtförädling avses åtgärder i syfte att förbättra egenskaperna hos jordbruks- och skogsväxter samt prydnads-, köks-, frukt- och bärväxter avsedda för inomhus- eller utomhusodling. Växtförädlingen strävar efter förbättrad kvalitet i olika avseenden, höjd avkastning, ökad motståndskraft mot växtsjukdomar och skadeinsekter samt ökad hårdighet mot torka och köld. Växtförädlingen bygger på två tillvägagångssätt, traditionell respektive modern växtförädling. Den traditionella växtförädlingen utnyttjar urval och korsning, den moderna växtförädlingen tillämpar genteknik.

Införandet av främmande gener i växters arvs massa skapade från början problem. Växtceller har en fast yttre cellvägg av cellulosa, och för att kunna införa genetiskt material i cellkärnan

⁶ Framställningen i detta kapitel baseras på Nationalencyklopedin,

”http://www.ne.se/jsp/search/article.jsp?i_art_id=348222” 2001-07-31 samt SOU 2000:103, s 49 ff

måste den hårda cellväggen först penetreras.⁷ Dessutom består växtcellers inre av olika vätskefyllda hålrum, i stället för en vattenaktig miljö⁸ (i vilken vektorer och molekyler kan förflytta sig fritt). Likväl har man utvecklat tekniker som möjliggör överföring av gener till växtceller. Inom den moderna växtförädlingen sker numera förädlingen av egenskaper direkt i växternas celler. Traditionell växtförädling används ofta i kombination för att odla vidare genförändrade växter vilka för vidare den modifierade genuppsättningen till nästkommande generationer. Den moderna växtförädlingen har fått allt större betydelse, men de gamla metoderna tillämpas alltså fortfarande och har stort inflytande.

3.2 *Traditionell växtförädling*

Traditionell växtförädling innebär ett urval genom yttre påverkan av vilka gener som skall finnas i arvsmassan och i vilka kombinationer. De odlade växter som finns idag är mycket olika sina vilda förfäder. Det är resultatet av en lång process, som började redan när de först togs i odling. Då utsattes dessa växter för en väsentligt annorlunda miljö. Genom naturligt urval gynnades en rad egenskaper hos de odlade växterna som är till förfång för växter som växer vilt.

Ny genetisk variation, som uppkommit genom spontana förändringar i generna (till exempel genom kosmisk strålning), har tagits tillvara och bidragit till att förädlingen varit framgångsrik. För de växter som tidigt togs i bruk, till exempel vete, har sådana förändringsprocesser pågått under 10 000–12 000 år. Till en början var förädlingen antagligen omedveten; människan sparade och sådde de frön som överlevt torkan, frosten eller angreppen från parasiter eller sjukdomar. På så sätt eliminerades en del gener medan frekvensen av andra ökades. Senare blev urvalet mer medvetet.

I Sverige blev växtförädlingen mer organiserad först under 1800-talet. Exempelvis grundades Sveriges utsädesförening i Svalöv 1886, och växtförädlingen vid Weibullsholm påbörjades vid samma tid. Vid denna tid odlades sk lantsorter med stor genetisk variation, och de första förädlingsinsatserna bestod i att prova sorter av olika ursprung samt att ur dessa försöka välja ut de bästa typerna. Då genetikens lagar ännu inte var kända var emellertid urvalet

⁷ Grubb, s 251

⁸ Som i celler hos däggdjur.

jämförelsevis ineffektivt. Linné och Kölreuter undersökte på 1760-talet korsningar av växtarter, dvs hybrider, och fann att avkommorna (hybriderna) utgjorde mellanting mellan föräldraväxterna. Under 1800-talet utfördes otaliga försök med hybrider. Den österrikiske munken Gregor Mendel såg mönstren i försöksresultaten och formulerade lagar för ärftlighet utifrån dessa. Mendel publicerade sina rön år 1866. Ingen av hans samtida förstod dock betydelsen av ärftlighetsläran.

Mendels verk om modern ärftlighetslära ”återupptäcktes” år 1900 av flera av varandra oberoende personer. Nu anammades genetikens lagar snart av växtförädlingen. Med utgångspunkt från dem blev det möjligt att utforma effektiva förädlingsmetoder. Ett problem som tidigt uppstod var att man uttömde lantsorternas genetiska variation. Flera sorter som gav högre avkastning än ursprungssorterna hade framställts, men nu gick det inte att komma längre. Det var nödvändigt att finna nya varianter av växter för de önskade egenskaperna. Lösningen på problemet blev att man började korsa olika sorter med varandra och sedan selektera för önskade typer i senare generationer. Korsning kompletterade alltså urvalsmetoden.⁹

En praktiskt viktig variant av korsningsmetoden är den s k hybridförädlingen som Linné och Kölreuter experimenterade med redan på 1700-talet, dock utan att inse de lagbundna sambanden mellan arvsanlagens överföring. Hybridförädlingen är den metod som ökar avkastningen genom korsning mellan individer med olika arvsanlag, vanligen olika arter. Hybridkorsningar kan även ske mellan olika släkten.¹⁰ När föräldraväxterna inte hör till samma art är hybriden dock ofta steril, dvs den kan inte reproducera sig, och har låg livsduglighet. Hybrider som resulterar från korsningar mellan olika linjer inom samma art kan dock ha större livsduglighet än föräldrarna, s k hybridvigör. Många arthybrider har avsiktligt framställts; detta gäller prydnadsväxter som spireor, tulpaner och rosor, men också nyttoväxter som raps och rågvete, som båda har hybridursprung. Troligen har i naturen många växtarter uppstått genom korsningar mellan närstående arter.

⁹ SOU 1978:23, s 22

¹⁰ Inom det hierarkiska systemet klassificeras växter i olika kategorier. Besläktade arter sammanförs till släkten, besläktade släkten till en familj, osv.

Kombinationen av korsningar och de nya selektionsmetoderna som växte fram under 1900-talets första årtionden utgör än i dag grunden för all växtförädling. Växtförädlingen i Sverige har varit och är inriktad huvudsakligen på produktion, dvs lantbrukets och trädgårdsnäringens behov av intäkter. Detta yttrar sig i valet av arter och sorter för odling samt val av odlingsteknik.¹¹ I Sverige bedrivs kommersiell växtförädling vid Svalöf Weibull AB i Svalöv och Landskrona samt vid Hilleleshög AB i Landskrona. Statligt finansierad förädling bedrivs av Sveriges lantbruksuniversitet, av frukt och bär vid Alnarp och på Balsgård samt av skogsträd i bl a Umeå.

3.3 *Modern växtförädling*

Det långsiktiga målet inom den gentekniska växtförädlingen är att få fram växter som inte bara besitter önskvärda egenskaper som normalt kan tas fram genom traditionell förädling, utan även besitter extra egenskaper såsom högre avkastningsgrad eller motståndskraft mot kyla eller torka.¹² Dessa egenskaper kan erhållas genom införande av främmande genetiskt material i växternas arvs massa. Det finns fyra huvudsakliga användningsområden för sådana genmodifierade växter:¹³

- Förbättra konsumentvärdet av växter och deras slutprodukter. Exempelvis tomater med längre hållbarhet och sojabönor med högre proteinvärden.
- Öka skördars avkastning. Genetiskt modifierat vete och ris sägs ge upp till 30 procent högre avkastning än ”normala” skördar.
- Utveckla växter som är resistent mot insektsangrepp.
- Utveckla växter som är resistent mot bekämpningsmedel.

Storskalig odling av genetiskt förändrade grödor har förekommit sedan mitten av 1990-talet. De sorter som finns på marknaden är i de flesta fall växter som gjorts toleranta mot vissa ogräsbekämpningsmedel eller resistent mot vissa insektsangrepp. Det pågår utveckling av växter som är resistent mot torka, frost, mögelsvampar och virus. Det utvecklas även växter

¹¹ SOU 1995:88, s 19

¹² Grubb, s 251

¹³ Schatz, s 3

som har bättre näringsvärden, minskad halt allergener¹⁴ och naturliga gifter, ökad tillväxthastighet, avkastning och hållbarhet samt ändrad smak, form, och utseende. Över 90 procent av de genförändrade växterna i kommersiell odling är dock utvecklade för att öka arealavkastningen. Produkter som har bättre kvalitet och saluvärde väntas emellertid få allt större betydelse i framtiden.

För många växter pågår ett arbete med att kartlägga arvsmassan och identifiera gener som är kopplade till viktiga egenskaper eller sjukdomar. För flera kulturväxter finns redan sådana genkartor. Dessa kartor väntas få stor betydelse inom växtförädlingen, såväl den traditionella som den gentekniska.

Odling av genetiskt förändrade växter upptar endast en begränsad del av jordens odlade areal som totalt är cirka 1,5 miljarder hektar. Tendensen är dock stigande. Odlingen av gentekniskt förändrade växter ökade från 1,7 miljoner hektar år 1996 till 27,8 miljoner hektar år 1998 och 39,9 miljoner hektar år 1999.

3.4 Behov av rättsligt skydd

Liksom hos andra teknologier finns det ett behov av rättsligt skydd för framsteg inom bioteknisk och genteknik. Uppfinningar inom detta område är resultatet av forskning och insatser, även om de avser biologiskt material som från början finns naturligt. Rättsligt skydd är ett incitament för utveckling. Företag investerar och engagerar sig i forskning enbart om det är möjligt att erhålla skydd för resultaten, och därmed garanteras ekonomisk ersättning för investeringarna. Rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar är alltså nödvändigt för att stimulera forskning, utveckling och kommersialisering av framsteg. Det behövs en balans mellan forskarnas/företagens/uppfinnarnas intressen av att få tillbaks investeringar i forskning och utveckling och det allmännas intresse att säkra tillgången av något som inte skulle funnits utan de förras insatser.¹⁵

¹⁴ Kroppsfremmande, normalt harmlösa ämnen, som kan ge upphov till allergi. Exempelvis pollen och vissa födoämnen. (Norstedts Uppslagsbok, s 28)

¹⁵ National Council for Agricultural Research, s 7

Växtförädlingen är ett viktigt område som inbegriper såväl jordbruk som skogsbruk. Det finns stora ekonomiska intressen och möjligheter inom det området. Framstegen inom gentekniken har medfört att växtindustrin förlänats effektivare verktyg och resulterat i många tillämpningar främst för jordbruksväxter. Sammanfattningsvis kan sägas att växtförädlingsindustrin befinner sig i en utvecklingsfas som genererar betydande kunskaper och ekonomiska intressen. Behovet av rättsligt skydd för framstegen är avgörande för den fortsatta utvecklingen inom området.

Samtidigt är rättsligt skydd för biologiskt material ett omdiskuterat område. Det finns en stark opinion som är emot varje form av "monopolisering" av biologiskt material. Det befaras att rättslig skydd för växter kommer att leda till en ojämlik situation mellan i-länder och u-länder, vars jordbruk kommer att bli än mer beroende av multinationella företag om sådana ges möjlighet till rättsligt skydd för exempelvis jordbruksgrödor. Många fler argument förs fram i debatten. De kommer inte att redovisas här. Det konstateras enbart att teknikens framsteg har medfört att man idag kan göra ingrepp i organismers innersta byggstenar på ett sätt som man tidigare inte trott varit möjligt. Utvecklingen har gått väldigt snabbt. Det är viktigt att diskutera de faror som tekniken kan medföra, vilken slags forskning och utveckling som är önskvärd inom området samt skydd för forskningsresultat och uppfinningar. Det leder till svåra och i många fall kontroversiella ställningstaganden.

Idag finns två immateriella skyddsformer för växter och växtuppfinningar. Det är växtförädlarrätt och patent.

4 Växtförädlarrätt

4.1 Allmänt

För nya växtsorter finns en särskild civilrättslig skyddsform, växtförädlarrätt. Skyddet regleras i växtförädlarrättslagen (1997:306) (VäxtfL) och växtförädlarrättsförordningen (1997:383). Växtförädlarrätten innebär en viss ensamrätt att yrkesmässigt utnyttja en växtsort. Skyddet är ett rent produktskydd.

Syftet med lagstiftningen är att stimulera utveckling av nya växtsorter genom att tillförsäkra växtförädlarna ett visst ekonomiskt utbyte av sitt förädlingsarbete.¹⁶ Lagstiftningen bygger på 1961 års internationella konvention för skydd av växtförädlingsprodukter (Convention Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales), som kallas UPOV-konventionen. De stater som tillträtt konventionen bildar en union för skydd för växtförädlingsprodukter, vilken betecknas UPOV (l'Union Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales). UPOV-konventionen har reviderats år 1978 och år 1991. Svensk lagstiftning har anpassats till revideringarna.

Inom Europeiska Unionen finns en EG-förordning, Rådets Förordning nr 2100/94 av den 27 juli 1994 om gemenskapens växtförädlarrätt (förordning nr EG 2100/94). Genom förordningen infördes en gemensam europeisk växtförädlarrätt som är gällande i alla unionens medlemsländer parallellt med de olika staternas nationella skydd för växtsorter. Svensk rätt är koordinerad i enlighet med förordningen. Gemenskapens växtförädlarrätt ersätter inte de nationella systemen och det går inte heller att erhålla dubbelt skydd enligt de båda systemen.¹⁷ Det är alltså inte möjligt att få en och samma växtsort skyddad både på nationell nivå och inom EG-systemet. Förordningen är utformad i nära anslutning till 1991 års UPOV-konvention. Vissa skillnader och preciseringar finns dock.

Växtförädlarrättens system har visat sig fungera väl. Växtförädlarrätt erhålls genom ett relativt enkelt och billigt förfarande. Skyddsobjektet är en konkret växtsort.

4.2 Skyddets uppkomst

Växtförädlarrätt kan förvärfvas till växtsorter oberoende av art eller släkte, dock kan inte den vilda floran bli föremål för växtförädlarrätt.¹⁸ Art 1 förordning nr EG 2100/94 lyder:

”Varieties of all botanical genera and species, including, *inter alia*, hybrids between genera or species, may form the object of Community plant variety rights.”

¹⁶ SOU 2000:103, s 162

¹⁷ 3 kap 7§ VäxtfL

¹⁸ 1 kap 1 § VäxtfL, Prop 1996/97:128, s 78-79

Enligt UPOV-konventionen skall alla växtsorter i princip kunna skyddas enligt växtförädlarrätt. Innan 1991 års revidering fanns det visserligen ett krav för staterna som tillträtt konventionen att i nationell lag skydda så stort antal växtsorter som möjligt. Men i många länder kunde enbart växtsorter av ett begränsat antal släkten och arter skyddas.¹⁹ Efter 1991 års revidering av konventionen inträder förpliktelsen att skydda alla växtsorter successivt för medlemsstaterna genom övergångsbestämmelser.²⁰

Definitionen på en växtsort i den svenska lagstiftningen följer den fastslagna definitionen i UPOV-konventionen och överensstämmer även med förordning nr EG 2100/94. Med en ”växtsort” avses enligt 1 kap 3 § VäxtfL ”en samling växter inom en och samma botaniskt systematiska enhet av lägsta kända nivå, om denna samling kan

1. definieras genom kännetecknen som har sitt ursprung i en viss genotyp²¹ eller kombination av genotyper
2. särskiljas från varje annan grupp av växter genom åtminstone ett av dessa kännetecken, och
3. betraktas som en enhet när det gäller dess lämplighet att förökas i oförändrat skick.”

Bestämmelsen i UPOV-konventionen²² och EG-förordningen²³ lyder:

”’Variety’ means a plant grouping within a single botanical taxon of the lowest known rank, which grouping, irrespective of whether the conditions for the grant of a breeder’s right are fully met, can be

- defined by the expressions of characteristics resulting from a given genotype or combinations of genotypes
- distinguished from any other plant grouping by the expression of at least one of the said characteristics and
- considered as a unit with regard to its suitability for being propagated unchanged.”

¹⁹ Kooij, s 12

²⁰ Prop 1996/97:128, s 54

²¹ en växts totala genetiska konstitution eller en samling genetisk information (Kooij, s 12)

²² Art 1(iv)

²³ Art 5

I 3 kap VäxtfL anges under vilka förutsättningar en växtsort kan registreras. Enligt 3 kap 1 § VäxtfL²⁴ får en växtsort registreras endast om den är ny, särskiljbar, enhetlig och stabil. Trots att en växt kan definieras som en växtsort enligt 1 kap 3 § VäxtfL, måste den alltså även uppfylla kriterierna ovan för att vara skyddsvärd. Likaså gör EG-förordningen i art 5 skillnad mellan allmänna och skyddsvärda växtsorter. De allmänna sorterna är de som enligt art 1 kan skyddas enligt växtförädlarrätten och som överensstämmer med definitionen på en sort i art 5. Skyddsvärda är de som i det konkreta fallet uppfyller kraven för skydd enligt art 7 till och med art 10. Det ställs alltså vissa krav på särskiljning och stabilitet för att en samling växter över huvud taget skall utgöra en växtsort, men nivån på dessa krav är inte lika hög som för kriterierna för beviljande av växtförädlarrätt.²⁵ Det kan även utläsas av lagtexten. Den svenska texten anger att en växtsort är en samling växter som ”kan” uppfylla kriterierna. UPOV-konventionen och EG-förordningen anger uttryckligen att definitionen gäller ”irrespective of whether the conditions for the grant of a breeder’s right are fully met”. I flera länder registreras inte bara skyddade växtsorter utan även växtsorter som inte uppfyller kriterierna för beviljande av en växtförädlarrätt i det konkreta fallet. De senare kan vara t ex viktiga jordbruksväxter som tidigare varit föremål för växtförädlarrätt och därför inte uppfyller nyhetskriteriet.²⁶

Kriterierna för beviljande av växtförädlarrätt kallas för DUS-kriterierna²⁷ och är följande:

- **Särskiljnad.** En växtsort måste vara särskiljbar från andra växtsorter. Särskiljningskravet avser alla andra sorter som är allmänt kända vid tidpunkten för registreringsansökan.²⁸ Sorter jämförs alltså med varandra. Skillnaden skall vara tydlig och tar sikte på samtliga kännetecken hos växten. Vad som skall anses som känt anges i VäxtfL 3 kap 3 § 2 st. och innefattar bl a växtsorter som utbjudits till försäljning, sålts eller på något annat sätt tillhandahållits.

I EG-förordningen preciseras särskiljningskravet så, att sorten skall skilja sig tydligt från kända sorter med avseende på kännetecken som är resultat av en viss genotyp eller

²⁴ Överensstämmer med art 5(1) UPOV

²⁵ Prop 1996/97:128, s 53

²⁶ Kooij, s 12

²⁷ DUS = Distinctness, Uniformity, Stability (Särskiljnad, Enhetlighet, Stabilitet)

²⁸ Prop 1996/96:128, s 75

kombination av genotyper.²⁹ Vid undersökning av en växtsort enligt EG-förordningen skall den odlas hos "Examining Office". "Test Guidelines" används för utförandet av undersökningen. Även "UPOV-guidelines" används.³⁰

Växter kan variera morfologiskt, dvs med avseende på yttre kännetecken, eller fysiologiskt, dvs med avseende på den kemiska eller biologiska strukturen. Morfologiska skillnader utgörs t ex av skillnader i färg eller form hos blommor eller blad, stammens tjocklek eller växtens höjd. Fysiologiska skillnader avser kännetecken såsom motståndskraft mot frost eller sjukdomar. Alla relevanta kännetecken har delats in i "klasser" för att skilja möjliga variationer inom varje kännetecken från varandra. Särskillnadskriteriet är uppfyllt då det föreligger minst en skillnad i "klass", dvs mellan den aktuella växtsorten jämförd med en annan med avseende på minst ett kännetecken. Eftersom särskillnadskriteriet avser uttrycket av kännetecken, kan en genetisk strukturförändring vara särskiljbar. Detta förutsätter att förändringen leder till en morfologiskt eller fysiologiskt kännetecken vilket kan identifieras och beskrivas på ett precist sätt.³¹

- Enhetlighet. I 3 kap 4 § VäxtfL behandlas kravet på enhetlighet. Det innebär att växtsorten måste vara tillräckligt enhetlig beträffande uttrycken av dess väsentliga kännetecken.³² Kriteriet rör med andra ord hur stora variationer mellan enskilda individer inom en växtsort som kan accepteras. Kravet är inte absolut, eftersom det skall bortses från de variationer som kan förväntas med hänsyn till särskilda förhållanden vid sorters förökning. Av särskild betydelse är frågan om sorten förökas sexuellt eller vegetativt. Vegetativ förökning medför i allmänhet mindre variationer hos nästkommande generationer växter än sexuell förökning. Fler variationer godtas därför i allmänhet med avseende på en sexuellt förökad växt än en vegetativt förökad sådan.³³

Formuleringen i EG-förordningen innebär en nyansskillnad i förhållande till UPOV-konventionen och svensk lagtext. Enligt förordningen skall en sort vara tillräckligt

²⁹ art 7(1), förordning nr EG 2100/94

³⁰ Kooij, s 15

³¹ A a, s 15

³² 3 kap 1 § 3 p VäxtfL

³³ Prop 1996/97:128, s 31

enhetlig med avseende på de kännetecken som används vid fastställande av särskiljbarhet men också med avseende på andra kännetecken som används i sortbeskrivningen.³⁴

- Stabilitet. Kravet på stabilitet är uppfyllt om en växtsorts väsentliga kännetecken förblir oförändrade efter upprepad förökning eller, när sorten har en särskild förökningscykel, vid slutet av varje sådan cykel, 3 kap 5 § VäxtfL. En sort måste behålla sina särskiljande kännetecken efter förökning. Nästkommande generation växter måste alltså besitta samma kännetecken som växten hade när rättsskydd beviljades.³⁵

Enligt EG-förordningen är de relevanta kännetecknen de som används vid fastställande av särskiljbarhet samt alla andra kännetecken som används vid beskrivning av sorten. De skall alltså bestå oförändrade efter upprepad förökning.³⁶

Förutom DUS-kriterierna ovan, måste även ett fjärde kriterium uppfyllas för beviljande av växtförädlarrätt:

- Nyhet. Från nyhetssynpunkt kan växtsorter registreras så länge de inte tidigare försålts eller på annat sätt avyttrats (med förädlarens samtycke), och om detta har skett för att utnyttja sorten. Även då gäller en ettårig nyhetsfrist.³⁷ Försäljning och annat tillhandahållande här i Sverige inom ett år från ansökningsdagen skall inte vara nyhetsförstörande.³⁸ Nyhetskravet skiljer sig väsentligt från det absoluta och objektiva nyhetskravet i patenträtten, men överensstämmer med reglerna i EG-förordningen.

Det finns alltså en viktig skillnad mellan nyhetskravet i patenträtten och nyhetskravet samt särskiljningskravet i växtförädlarrätten. Vid särskiljningsbedömningen jämförs växtsorter med varandra. Vid nyhetsbedömningen undersöks enbart om växtsorten marknadsförts eller sålts före ansökningsdagen för växtförädlarrätt. Nyhetskravet i patenträtten

³⁴ Art 8, förordning nr EG 2100/94.

³⁵ Prop 1996/97:128, s 32

³⁶ Art 9, förordning nr EG 2100/94

³⁷ 3 kap 1 § VäxtfL

³⁸ Prop 1996/97:128, s 75

motsvaras alltså närmast av särskiltnadskravet i växtförädlarrätten, dvs jämförelse med existerande teknik/växtsorter.³⁹ (Se avsnitt 5.2.1).

Statens Växsortsnämnd prövar om kriterierna är uppfyllda. Växsortsnämndens beslut överprövas av Patentbesvärslagen (PBR), vars beslut kan överklagas till Regeringsrätten (RegR), om prövningstillstånd meddelas. En växtsort som svarar mot förutsättningarna förs in i växtsortregistret.⁴⁰ Växtförädlarrättens giltighetstid är 25 år, för potatis, vin och träd 30 år.⁴¹

För växtförädlarrätt enligt EG-förordningen ställs ansökan till Gemenskapens växtsortmyndighet för prövning.⁴² De för ett centralt register över registrerade växtsorter. Växsortsmyndighetens beslut kan överklagas hos myndighetens överprövningsenhet, Överklagandenämnden. EG-domstolen är sista instans.⁴³ Växtförädlarrättens giltighetstid är även här 25 år, för druvsorter och trädslag 30 år.⁴⁴

4.3 Ensamrättens omfattning

Växtförädlarrätt innebär att sortinnehavarens tillstånd krävs för yrkesmässig tillverkning, bearbetning, försäljning, export, import och lagerhållning av växtsorten, 2 kap 2 § VäxtfL. Växtförädlarrätten omfattar dock inte privat och icke-kommersiellt utnyttjande, inte heller utnyttjande för experiment eller framställning av nya sorter, 2 kap 3 § VäxtfL.

Enligt 2 kap 5 § VäxtfL gäller det s k jordbruksundantaget ("farmer's privilege") i EG-förordningen även i svensk rätt.⁴⁵ I syfte att skydda jordbruksproduktionen är det tillåtet för jordbrukare att för förökning på mark i sina egna jordbruksföretag använda den skördeprodukt som de har erhållit genom att i sina egna företag använda förökningsmaterial av en sort som omfattas av växtförädlarrätt. Bestämmelsen gäller endast vissa arter av foderväxter, spannmål, potatis samt olje- och fiberväxter.

³⁹ Kooij, s 15

⁴⁰ 5 kap 1 § VäxtfL

⁴¹ 6 kap 1 § VäxtfL

⁴² Art 52, förordning nr EG 2100/94

⁴³ Dock enbart vid påstående om rättegångsfel eller att det överklagade beslutet strider mot EG-rätten.

⁴⁴ Art 19 förordning nr EG 2100/94

⁴⁵ Art 14 förordning nr EG 2100/94

Skyddet för växtsorter sträcker sig även till växtsorter som är väsentligen avledda från en registrerad sort, 2 kap 1 § VäxtfL. Den nya sorten är beroende av den registrerade sorten, och tillstånd från sortinnehavaren krävs för utnyttjande av den väsentligen avledda växtsorten.

4.3.1 Väsentligen avledda växtsorter

Vid 1991 års revidering av UPOV-konventionen utökades ensamrätten att omfatta även växter som inte uppfyller kriterierna för skydd i det enskilda fallet. De anses dock som växtsorter enligt den allmänna definitionen, men de står för nära en registrerad växtsort för att beviljas självständigt skydd.

Bakgrunden till bestämmelsen är följande. Enligt 1978 års konventionstext fick en skyddad växtsort fritt användas som en källa för genetiskt utgångsmaterial till fortsatt förädling. Den växtsort som blev resultatet av sådan vidareförädling kunde i sig erhålla ensamrätt och utnyttjas utan att förädlaren av den ursprungliga sorten blev kompenserad. Det resulterade i orättvisa effekter som blev större i takt med bioteknikens utveckling. Det är numera möjligt att föra in en främmande gen i en känd växtsort och få fram en ny växtsort. Den kända växtsorten som modifieras kan ha tagit många år att odla fram. För att inte gynna biotekniskt laboratoriearbete på den klassiska växtförädlingens bekostnad utvidgades därför ensamrätten i 1991 års UPOV-konvention till att omfatta även väsentligen avledda växtsorter. En sådan kan erhålla skydd, men den får inte utnyttjas utan tillstånd av förädlaren av den ursprungliga sorten. Ensamrätten utsträcktes även till att omfatta sorter som är så lika en skyddad sort att de i förhållande till denna inte uppfyller särskillnadskravet. Dessutom omfattas även sorter vars framställning kräver upprepad användning av en skyddad sort.

Det är fritt att använda kända växtsorter för ytterligare förädling, men det är inte säkert att självständigt skydd beviljas för den färdiga produkten. Det finns alltså exempel på växtsorter som inte kvalificerar sig för självständigt skydd i det enskilda fallet, men som ändå hör hemma under definitionen på en växtsort och alltså är en sådan.⁴⁶

⁴⁶ Prop 1996/97:128, s 60

5 Patenträtt

5.1 *Det europeiska patentsamarbetet*⁴⁷

Patent är en tidsbegränsad ensamrätt att yrkesmässigt utnyttja en uppfinning. Ensamrätten tillkommer uppfinnaren. Det är ett formbundet skydd som uppkommer efter ett ansökningsförfarande. Det internationella samarbetet inom området är väl utvecklat. I Sverige regleras patenträtten av Patentlagen (1967:837) (PL) och Patentkungörelsen (1967:838). Patentkungörelsen kompletteras i sin tur av Patentbestämmelserna (1986:4) utfärdade av Patent- och Registreringsverket (PRV). Sedan tillkomsten av PL har betydande lagändringar genomförts. Det beror bl a på den internationella utvecklingen.

Sverige är sedan 1978 medlem av Patent Cooperation Treaty (PCT). Denna konvention omfattar drygt 100 länder. Konventionen har etablerat ett internationellt ansökningsförfarande för patentansökningar.

Sedan 1978 har Sverige också deltagit i det europeiska patentsamarbetet genom European Patent Convention (EPC). Utöver de 15 EU-länderna omfattas även Lichtenstein, Monaco och Schweiz. Ytterligare ett antal länder är för närvarande associerade och skall bli medlemmar av EPC år 2002 (Bulgarien, Estland, Polen, Rumänien, Slovenien, Slovakien, Tjeckien och Ungern). Medlemsländerna är skyldiga att implementera konventionens bestämmelser i sina nationella lagar.

Meningen med EPC är att skapa en centraliserad organisation för utfärdandet av patent i Europa, och därmed även förbilliga processen. Man har upprättat den Europeiska patentorganisationen med det Europeiska Patentverket (European Patent Office, EPO), som har sitt säte i München. Med en ansökan till EPO kan patent erhållas i så många av de anslutna länderna som sökanden önskar. Efter ett enhetligt prövningsförfarande meddelar EPO patent i de länder som designerats i ansökan. Ett europeiskt patent är dock inte ett enhetligt patent, utan ett knippe nationella patent med ett samordnat ansöknings- och prövningsförfarande.

⁴⁷ Framställningen baseras på Koktvedgaard, s 179-183, samt Domeij, s 9-17

När ett patent meddelats av EPO, har det rättsverkningar enbart för de enskilda länderna. Patent med giltighet för Sverige meddelas sålunda inte enbart av det svenska PRV, utan också av EPO. Oavsett vilket av dessa två patentverk som meddelar patentet, är det alltid underkastat enbart svensk rätt. EPC berör sålunda själva meddelandet av patentet, men inte patentets rättsverkningar.

EPC finns i en fransk, en engelsk och en tysk version. De olika språkversionerna har alla samma auktoritet.⁴⁸ EPC innehåller tillämpningsföreskrifter, s k ”Implementing Regulations”. Till EPC hör också vissa protokoll. Vidare finns ”Guidelines” utfärdade av EPO i syfte att reglera hur granskningen av ansökningar sker.

År 2000 lade EG-kommissionen fram ett förslag till en förordning för ett EG-patent. Enligt förslaget skall EPO bevilja EG-patent på grundval av EPC. Ett sådant patent skall vara giltigt i hela EG. Patentets rättsverkningar skall regleras enligt EG-rätten, dvs förordningen. De nationella och europeiska patentsystemen skall finnas kvar. Uppfinnare kan då välja det system som passar dem bäst.⁴⁹

Kommissionens förslag mottogs väl av företag och uppfinnare. Medlemsländerna har däremot inte enats kring förslaget och diskussioner pågår. Arbetet med skapande av ett EG-patent har pågått i nästan 30 år. Det första förslaget lades fram redan 1975 genom Luxembourg Convention. Konventionen ratificerades emellertid inte av tillräckligt många stater. Än idag återstår fortfarande flera politiska och rättsliga hinder innan ett EG-patent kan bli verklighet.⁵⁰

Patenträttens huvudbestämmelser finns alltså i EPC och PL. Till dem anknyter de viktiga administrativa reglerna, nämnda ovan. En annan viktig rättskälla inom patenträtten är praxis. Även om lagregleringen är detaljerad, sker utfyllnad på basis av den internationella patenttraditionen. Svensk administrativ patenträttslig praxis utformas till stor del av PBR. RegR är överinstans till PBR. Det krävs dock prövningstillstånd för att RegR skall ta upp mål.

⁴⁸ Art 177 EPC

⁴⁹ Report on the 83rd meeting of the Administrative Council of the European Patent Organisation (5-7 December 2000), O.J. EPO 2/2001, s 51 ff

⁵⁰ A a, s 51 ff

En viktig rättskälla vid tolkning av EPC är avgörandena från besvärskamrarna (Boards of Appeal) i EPO. Anslutningen till EPC har inneburit att den svenska patenträtten anpassats till denna praxis. Det är inte meningsfullt för PRV att inte meddela patent på uppfinningar som kan patenteras i EPO, och på så sätt även bli gällande i Sverige. Omvänt finns ingen anledning att i Sverige ha en mer generös patenterbarhetsprövning, eftersom ett effektivt patentskydd som regel kräver skydd i mer än ett land. Regeringsrätten har även slagit fast att EPO:s praxis bör beaktas i vår interna rättstillämpning.⁵¹ Konsekvensen har blivit att det finns knappast några skillnader mellan patenteringen av uppfinningar i Sverige och EPO. Svensk rätt upprätthåller inte några nationella patenträttsliga principer.

5.2 Allmän patenträtt

5.2.1 Det patenterbara området

Patent erhålls genom ett strängt formbundet system efter en ingående prövning. Skälet till detta ligger i säkerheten, både för uppfinnaren själv och för samhället. Att ta ut patent är komplicerat, dyrt och tidskrävande. Men när ett patent väl meddelats skall det vara ett starkt skydd som både patentinnehavare och konkurrenter skall kunna lita på. Den genomsnittliga behandlingstiden av patentansökningar i EPO och i Sverige är ungefär fyra år.⁵²

Det patenterbara området bestäms enligt 1 och 2 §§ PL, vilket svarar mot art 52-54 EPC. För att en innovation skall anses utgöra en uppfinning, måste den uppfylla vissa i lagtexten uppställda krav. I lagtexten syftar ”uppfinning” på det speciella begrepp som efter hand har utvecklats i nationell och internationell patentpraxis. Det är snävare än det allmänna uppfinningsbegreppet.⁵³ Kriterierna för en uppfinning är följande:

- Teknisk ämnessfär. Enligt en lång och internationell tradition skall patenterbara uppfinningar avse den tekniska ämnessfären. Enligt 1 § 2 st PL⁵⁴ skall såsom uppfinning aldrig anses en upptäckt, vetenskaplig teori eller matematisk metod, en konstnärlig skapelse, en plan, regel eller metod för intellektuell verksamhet, för spel eller för

⁵¹ RÅ 1990 ref 84

⁵² Koktvedgaard, s 184

⁵³ A a, s 202

⁵⁴ Art 52(2) EPC

affärsverksamhet eller ett datorprogram. Inte heller ett framläggande av information räknas som uppfinning enligt PL. Det går alltså inte att få patent på något sådant, men kanske skydd enligt andra regler.

Såsom uppfinning anses ej heller sådant förfarande för kirurgisk eller terapeutisk behandling eller för diagnostisering som skall utövas på människor eller djur, 1 kap 1 § 3 st PL.⁵⁵ Dock utgör det ej hinder för att patent meddelas på alster, däribland ämnen och blandningar av ämnen, för användning vid förfarande av detta slag.

Anledningarna till undantagen från uppfinningsbegreppet är delvis historiska men även av principiell art. Konstnärliga skapelser och datorprogram har sedan länge ansetts bättre skyddade enligt upphovsrätten. Enligt en allmän uppfattning skall framsteg inom läkarvetenskapen göras tillgängliga för alla och envar. Planer, regler och metoder för verksamheter angivna ovan, samt framläggandet av information skall inte anses som uppfinningar eftersom det inte anses gagna det allmännas bästa att skapa monopolskydd för sådant.

- Nyskapelse. Uppfinning är inte detsamma som upptäckt. Skiljelinjen går mellan vad som är människans verk och vad som existerar naturligt. En uppfinning betecknas som något konstruktivt, en nyskapelse, utan tidigare existens. En upptäckt är ett konstaterande av något som redan existerar.⁵⁶ En upptäckt som ges en praktisk användning kan dock utgöra en uppfinning.⁵⁷

Upptäckter, vetenskapliga teorier och matematiska metoder är helt enkelt inte uppfinningar, vare sig enligt det allmänna eller rättsliga uppfinningsbegreppet. De är företeelser som existerar i naturen, som är färdigformulerade och som kan upptäckas genom en slump eller idog forskning. Sådana företeelser berör dessutom ofta människans existens och därför anses det inte lämpligt att bevilja ensamrätt på sådana viktiga ting.

⁵⁵Art 52(4) EPC

⁵⁶ Kocktvedgaard, s 205

⁵⁷ Domeij, s 18

För att en uppfinning skall kunna erhålla patent måste ytterligare villkor vara uppfyllda. Kriterierna för patenterbarhet är följande:

- Industriell tillämpning. Det kan endast meddelas patent på en uppfinning, som kan tillgodogöras industriellt, 1 kap 1 § 1 st PL.⁵⁸ Med detta menas att uppfinningen måste föreligga som en praktisk realitet.⁵⁹ Det skall kunna anges minst ett möjligt användningsområde för uppfinningen. ”Industri” tolkas i vid mening, tillgodogörandet kan ske inom exempelvis den traditionella industrin, men även inom andra näringar som hantverk, fiske, jordbruk och offentlig förvaltning.⁶⁰
- Nyhet. I själva uppfinningsbegreppet ligger även att uppfinningen skall vara ny, men nyhetskriteriet definieras även närmare i lagen, 1 kap 2 § PL. Det innebär att uppfinningen inte får ha blivit känd någonstans i världen före dagen då patent söks, 2 § 1 st PL.⁶¹ Vad som menas med känt förtydligas i 2 § 2 st PL. Som känt anses allt som blivit allmänt tillgängligt, vare sig detta skett genom skrift, föredrag, utnyttjande eller på annat sätt. Även innehållet i patentansökan som före nämnda dag gjorts här i riket anses som känt, om ansökan blivit allmänt tillgänglig.

Nyhetskravet är objektivt och absolut. Med objektivt menas att uppfinningen skall vara okänd för alla människor utom uppfinnaren själv (inklusive dennes osjälvständiga anställda) dagen före ansökans inlämning. Med absolut avses att uppfinningen måste vara okänd oberoende av plats och offentligt sammanhang. (Jfr med nyhetskravet i växtförädlarrätten, avsnitt 4.2).

Känt är alltså detsamma som allmänt tillgängligt. Det spelar ingen roll om någon praktiskt sett tillgodogjort sig uppfinningen. Det avgörande är om det funnits möjlighet till det. Dessutom måste så mycket avslöjats av uppfinningen, att en fackman kan utöva uppfinningen med utgångspunkt från det som avslöjats. Det finns dock två undantag från det strikta nyhetskravet. I 2 § 5 st PL⁶² stadgas att det inte skall anses som

⁵⁸ Art 57 EPC

⁵⁹ Koktvedgaard, s 208

⁶⁰ SOU 2000:103, s 157

⁶¹ Art 54 EPC

⁶² Art 55 EPC

nyhetsförstörande om en uppfinning visats på vissa speciella internationella utställningar eller avslöjats på ett otillbörligt sätt.

- Uppfinningshöjd. Det ställs också ett krav på uppfinningshöjd, att uppfinningen skall väsentligen skilja sig från vad som tidigare är känt.⁶³ Bedömningen utgår från en fiktiv fackman med genomsnittliga tekniska kunskaper inom uppfinningens specifika område. För att uppfinningen skall uppnå uppfinningshöjd får den inte vara näraliggande för fackmannen utifrån det som är allmänt känt inom tekniken vid tiden för ansökans inlämnande.

Nyhet och uppfinningshöjd bedöms separat. I princip kan sägas, att nyhetskravet påbjuder en nyskapande insats hos uppfinningen, men kravet på uppfinningshöjd anger att storleken på den nyskapande insatsen måste nå upp till en viss nivå.

- Reproducerbarhet. Utöver de i 1 kap 1 § 1 st PL uppräknade kriterierna för patenterbarhet gäller att uppfinningen skall kunna beskrivas och att det som upfunnits skall vara reproducerbart, dvs kunna upprepas med identiskt resultat.⁶⁴ Med det avses fungerande och reproducerande tekniska lösningar av praktiska problem. Utövandet av uppfinningen skall kunna företas med utgångspunkt i den beskrivning som måste ingå i patentansökningen.⁶⁵

5.2.2 Lagreglerade undantag

Även om något betecknas som en uppfinning och uppfyller patenterbarhetskriterierna ovan, är det inte säkert att det går att erhålla patentskydd i alla fall. Såväl PL som EPC innehåller undantag från den generella regeln om patenterbarhet. Lagen urskiljer ett antal företeelser, som skall anses för icke patenterbara uppfinningar eller som det ändå inte kan erhållas patent på. Enligt 1 kap 1 § 4 st PL ”meddelas patent icke på:

- 1) uppfinning vars utnyttjande skulle strida mot goda seder eller allmän ordning

⁶³ Art 56 EPC, Koktvedgaard, s 201

⁶⁴ Koktvedgaard, s 209

⁶⁵ Domeij, s 18

- 2) växtsorter eller djurraser eller väsentligen biologiskt förfarande för framställning av växter eller djur; patent må dock meddelas på mikrobiologiskt förfarande och alster av sådant förfarande.”

Förlagan till bestämmelsen i PL finns i artikel 53(b) EPC och lyder:

”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 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 plant and animals; this provision does not apply to microbiological processes or the products thereof.”

Ordalydelsen i de båda bestämmelserna överensstämmer inte exakt. Trots det får man förmoda att svensk domstol tolkar den svenska regeln i ljuset av innehållet i art 53(b) EPC. Som nämnts ovan är svensk rätt anpassad till EPC och upprätthåller heller inga nationella patenträttsliga principer.

(Se vidare avsnitt 5.3.2)

5.2.3 Ensamrättens omfattning

Patentskyddets omfattning bestäms av patentkraven. Patentets giltighetstid är 20 år från dagen för patentansökan.⁶⁶ Patentets ensamrätt innebär allmänt sett en ensamrätt att yrkesmässigt utnyttja uppfinningen, 1 § 1 st PL.⁶⁷ I lagen finns en uppräknning av olika användningssätt för uppfinningen, tillverkning, användning, import osv, som är förbehållna patenthavaren. Uppräknningen i 1 kap 3 § PL är avsedd att vara uttömmande.⁶⁸ Dock innebär patentet inte någon automatisk rätt att utnyttja uppfinningen. Det kan finnas annan lagstiftning som

⁶⁶ 39-40 §§ PL

⁶⁷ Art 64(1) EPC

⁶⁸ Koktvedgaard, s 240

tillämpas på uppfinningen. Exempelvis måste läkemedelssubstanser godkännas enligt läkemedelslagstiftningen innan de får användas som läkemedel.⁶⁹

Undantag från ensamrätten regleras även dessa i 3 § PL. Det viktigaste undantaget utgörs av utnyttjanden som inte sker yrkesmässigt. Patent utgör inte något hinder för forskning och utveckling med utgångspunkt från ett patent. Vidare får uppfinningen användas i experimentsyfte. Det finns även bestämmelser om för användarrätt och tvångslicens.

5.3 Patent och bioteknik

5.3.1 Patent och bioteknik – en bakgrund

Den klassiska patenttraditionen har ansett uppfinningar som något livlöst inom det tekniska och mekaniska området. Den internationella och nationella lagstiftningen utvecklades i enlighet med denna tradition. Attityden till patent på levande organismer har alltid varit restriktiv.⁷⁰ Det beror delvis på det allmänna kravet på reproducerbarhet, dvs att uppfinningen skall kunna upprepas med identiskt resultat.⁷¹ Ett sådant krav är inte anpassat till levande organismer. Det måste visas att förfarandet är reproducerbart, resultatet får inte huvudsakligen bero på slumpmässiga biologiska processer.⁷²

Patenträtten och patentpraxis har haft svårt att hålla jämna steg med den snabba utvecklingen inom bioteknisk forskning. Den moderna biotekniken har på många sätt utmanat det traditionella uppfinningsbegreppet. Diskussioner rörande bl a uppfinningshöjd och gränsdragningen mellan upptäckt och uppfinning har präglat debatten. Det går inte att få patent på upptäckter, dvs företeelser som förekommer i naturen. Skiljelinjen mellan en uppfinning och en upptäckt är inte svår att dra, så länge man befinner sig inom områdena mekanik och elektronik. Men när det gäller biotekniska uppfinningar, blir gränsdragningen mer problematisk. Det har förts fram synpunkter från olika intressegrupper, att biotekniska produkter inte skulle kunna patenteras, därför att de redan förekommer i naturen.⁷³

⁶⁹ SOU 2000:103, s 156

⁷⁰ Westerlund, s 2

⁷¹ Koktvedgaard, s 217

⁷² Domeij, s 21

⁷³ Grubb, s 225 f

Kemiska föreningar har länge ansetts vara patenterbara i de flesta länder, trots att många kemiska föreningar redan existerar på naturlig väg. Kemiska föreningar och även mikrobiologiska produkter kan patenteras på olika sätt. Patenterar man den kemiska föreningen som sådan, talar man om ett produktpatent. Patenteras tillverkningssättet, talar man om ett förfarande- eller metodpatent. Patenterar man användningen av en kemisk förening, talar man om ett användningspatent.

Från början meddelades patent på nya framställningsmetoder eller användningsområden.⁷⁴ Idag är det dock möjligt att erhålla produktpatent på kemiska föreningar. Det patenterbara består i att man för första gången och i väl definierad form ställer en kemisk förening till samhällets förfogande. Det är tillgängliggörandet som är det viktiga. I de länder som är anslutna till EPC är patentskydd möjligt både för biologiskt material framställt med genteknik och material från naturen.⁷⁵ Numera anses sådana produkter patenterbara förutsatt att patentkraven inte gäller produkten i sin naturliga miljö. Det krävs någon form av rening eller isolering av materialet. Problemet har alltså lösts genom att dra en gräns mellan icke patenterbara upptäckter av produkter i deras naturliga miljö och patenterbara uppfinningar till vilka den mänskliga faktorn måste ha tillfört något väsentligt.

För biotekniska produkter är det ofta enklare att bevilja ett processpatent än ett produktpatent, som ju lättare tangerar området upptäckter, dvs produkten i sitt naturliga tillstånd. Produkten är ju oftast ett resultat av en process.⁷⁶ Utvecklingen inom biotekniken har också gjort det lättare att beskriva och kontrollera förfaranden för att framställa biologiska produkter.

Diskussionerna har även rört patentering av gener och mänskliga sådana i synnerhet. EPO meddelar sådana patent, eftersom det rör sig om en sorts kemisk förening (DNA-segment). Patent beviljas idag för gener, celler och proteiner från olika organismer, mikroorganismer samt vissa uppfinningar rörande växter och djur.⁷⁷ Sedan början av 1980-talet har ca 15 000 europeiska patentansökningar inkommit under rubriken ”bioteknik”. Av dessa avser 1 500 st

⁷⁴ Kockvedgaard, s 205

⁷⁵ Westerlund, s 7

⁷⁶ A a, s 35

⁷⁷ A a, s 7

transgena växter, 600 st transgena djur och 2 000 st DNA-patent. År 1999 hade ca 3000 patent hittills beviljats för biotekniska uppfinningar i EPO.⁷⁸

Av direktiv 98/44/EG om rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar framgår att biologiskt material kan bli föremål för en uppfinning, även om det tidigare återfanns i naturen.⁷⁹

5.3.2 Patentförbudet mot växtsorter

Undantagen från patent för växtsorter, djurraser och väsentligen biologiska förfaranden för framställning av växter eller djur i 1 kap 1 § 4 st p 2 PL är direkt hämtade från artikel 53(b) EPC, vilken i sin tur härrör från artikel 2(b) Strasbourg Patent Convention (SPC) från 1963. Vid tillkomsten av EPC baserades konventionen på bestämmelserna i SPC.⁸⁰ Ungefär samtidigt skapades det särskilda skyddet för växtsorter genom UPOV-konventionen och den svenska växtförädlarrättslagen. Många av de begrepp som idag används för att fastställa patenterbarhet hos bioteknologiska uppfinningar formulerades för mer än 30 år sedan.⁸¹ Att komplexa levande organismer såsom växter eller djur skulle kunna beskrivas i en patentansökan, och på ett sådant sätt att en fackman med ledning av beskrivningen skulle kunna utöva uppfinningen, hade ingen vid den tiden kunnat förutse. Utvecklingen inom biotekniken har dock medfört att bestämmelsen idag är mycket betydelsefull.

Av bestämmelsens ordalydelse framgår att lagen gör en skillnad mellan mikro- och makrobiologi. Mikrobiologiskt förfarande och alster av sådant förfarande är patenterbart. Vid lagens tillkomst var detta något helt naturligt. Jäsningsprocesser hade länge varit kända och utnyttjats industriellt. Man hade även kunskap om andra mikrobiologiska processer och produkter såsom exempelvis antibiotika.⁸² Växtsorter odlades fram med traditionella förädlingsmetoder, såsom korsning och urval. Däremot visste man ännu inget om genteknik och de ingrepp i cellkärnan och manipulationer med arvsmassan som idag är möjligt.

⁷⁸ Notice dated 1 July 1999 concerning the amendment of the Implementing Regulations to the European Patent Convention, O.J. EPO 8-9/1999, s 574

⁷⁹ Art 3(2). Se även art 5 (om gener).

⁸⁰ Westerlund, s 6

⁸¹ Bestämmelsen i den svenska patentlagen formulerades 1967.

⁸² Kuktvedgaard, s 218

Växter som då odlades fram genom traditionell förädling kan idag tas fram med genteknik. Utvecklingen inom biotekniken visar att det i praktiken inte längre går att göra någon åtskillnad mellan mikro- och makrobiologi, såsom är gjort i lagtexten.⁸³ Förutsättningarna för bestämmelsen har alltså förändrats på ett grundläggande sätt. Från början var det meningen att produkter av traditionellt förädlingsarbete inte skulle kunna skyddas av patent. Idag går det dock att erhålla samma produkter men med användning av tekniska lösningar och förfaranden, t ex inom gentekniken. Det är fortfarande så att växter skall skyddas enligt växtförädlarrätten, men gränsdragningen mellan sorter och andra växtprodukter har blivit allt mer problematisk, i och med att förfaranden för deras framställning har förändrats från det att bestämmelsen formulerades. Problemet består även i de kriterier som tillämpas inom patenträtten för att avgöra om en uppfinning utgörs av en växtsort. Kriterierna är hämtade från växtförädlarrätten, och avser huruvida en växt utgör en växtsort enligt den lagstiftningen. Det avgörs emellertid utifrån objektiv granskning av en växt, och dess tillkomstmetod är alltså utan betydelse i sammanhanget. Om ett historiskt skäl för undantaget i art 53(b) var att utesluta produkter av traditionellt förädlingsarbete, har detta skäl nu förlorat sin grund.

Enligt art 53(b) och 1 kap 1 § 4 st p 2 PL skall patent inte meddelas på växter, inte heller på väsentligen biologiska förfaranden för framställning av växter; dock tillämpas bestämmelsen inte på mikrobiologiska förfaranden och produkter av sådana förfaranden.

Av bestämmelsen kan alltså med viss tveksamhet följande slutsatser dras.

Patenterbart är:

- Växter i allmänhet?
- Växter som produkter av mikrobiologiska förfaranden?
- Växter som produkter av mikrobiologiska förfaranden?
- Mikrobiologiska förfaranden som involverar växter?
- Mikrobiologiska förfaranden som involverar växtdelar?
- Mikrobiologiska förfaranden som involverar växtsorter?

Följande material är undantaget från patent:

- Växter som sådana?

⁸³ Westerlund, s 6

- Växtsorter som produkter av väsentligen biologiska förfaranden?
- Väsentligen biologiska förfaranden som involverar växter?
- Väsentligen biologiska förfaranden som involverar växtdelar?
- Väsentligen biologiska förfaranden som involverar växtsorter?

5.4 *Direktiv 98/44/EG om rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar*⁸⁴

För att klargöra rättsläget och genomföra nödvändiga harmoniseringar på området antogs inom EU 1998 direktivet 98/44/EG om rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar. I direktivet stadgas att biotekniska uppfinningar skall erhålla skydd enligt nationell patenträtt, förutsatt att de uppfyller kraven på nyhet, uppfinningshöjd och industriell tillämpning.⁸⁵ Växtsorter är uteslutna från patentskydd enligt direktivet, men det innehåller vissa stadganden som syftar till att klargöra rättsläget och tolkningen av begreppen i art 53(b) EPC.

Inledningsvis framgår att en harmonisering av begreppet ”växtsort” är nödvändig för att undanröja osäkerhet gällande patentskydd.⁸⁶ Direktivet hänvisar i art 2.3 till definitionen i förordningen nr EG 2100/94 om gemenskapens växtförädlarrätt. Definitionen av begreppet ”växtsort” i direktivet stämmer alltså överens med definitionen i förordningen, UPOV och svensk rätt.

Enligt art 4.1 är växtsorter och djurraser icke patenterbara. Dock begränsas undantaget genom art 4.2, vilken fastställer att uppfinningar som avser växter eller djur är patenterbara om uppfinningens genomförbarhet inte är tekniskt begränsad till en viss växtsort eller djurras.

Ytterligare klargöranden kan hämtas från direktivets inledning. I p 29 fastslås att direktivet inte berör uteslutning från patenterbarhet för växtsorter eller djurraser, men uppfinningar som avser växter eller djur är däremot i princip patenterbara, om deras tillämpning inte är tekniskt begränsad till en växtsort eller djurras. I p 30 fastställs att begreppet växtsort definieras enligt lagstiftningen om sortskydd.⁸⁷ Enligt denna rätt kännetecknas en sort av sitt samlade genom,

⁸⁴Europaparlamentets och rådets direktiv 98/44/EG av den 6 juli 1998 om rättsligt skydd för biotekniska uppfinningar

⁸⁵Art 1 direktiv 98/44/EG

⁸⁶p 9 inledningen, direktiv 98/44/EG

⁸⁷Förordning nr EG 2100/94

har därför individualitet och skiljer sig tydligt från andra sorter. Enligt p 31 gäller att en växtgrupp som kännetecknas av en särskild gen (och inte av sitt samlade genom) omfattas inte av sortskyddet. Den är därför inte utesluten från patenterbarhet, även om den omfattar växtsorter. Fortsättning i p 32; om en uppfinning begränsar sig till att genetiskt ändra en bestämd växtsort och om en ny växtsort erhålls, bör den vara utesluten från patenterbarhet även om den genetiska ändringen inte är ett resultat av ett väsentligen biologiskt förfaringssätt utan av ett biotekniskt förfaringssätt.

Direktivet innehåller ytterligare stadganden om ersättning vid utnyttjande av jordbruksundantaget (farmer's privilege) i förordning nr EG 2100/94 om växtförädlarrätt, samt förordnande om tillgång genom tvångslicens till nya växtegenskaper som är resultat av genteknik, om det innebär ett viktigt tekniskt framsteg av betydande ekonomiskt intresse i förhållande till den uppfinning som patentet skyddar.

Direktivet kommer att genomföras i svensk rätt under 2001. Det kommer inte att leda till några större förändringar i lagtexten.

5.5 Förhållandet mellan direktiv 98/44/EG och EPC⁸⁸

EPO är inte medlem av EG och det finns inget formellt krav för organisationen att följa gemenskapens lagstiftning.⁸⁹ Trots detta har EG:s rättsakter inom detta område stort inflytande inom EPO. EPC:s medlemsstater måste implementera direktiven i sina nationella lagar, och förordningarna är ju direkt tillämpliga.

Den 16 juni 1999 antogs direktiv 98/44/EG i europeisk patenträtt, genom att bestämmelserna från direktivet insattes i ett nytt kapitel i EPC:s tillämpningsföreskrifter ("Implementing Regulations"). Kravet på en enhetlig rättstillämpning medförde att det var nödvändigt att anpassa den europeiska patenträtten till EG-direktivets bestämmelser. EPO ansåg att den enda möjliga och acceptabla vägen var att implementera direktivet inom ramen för EPC.

Direktivets bestämmelser skall bidra till tolkningen av bestämmelserna i EPC rörande

⁸⁸ Framställningen baseras på Notice dated 1 July 1999 concerning the amendment of the Implementing Regulations to the European Patent Convention, O.J. EPO 8-9/1999, s 573-582

⁸⁸ Däremot har det diskuterats om EU skulle kunna tillträda EPC i samband med skapandet av ett EG-patent.

biotekniska uppfinningar. Tillämpningsföreskrifterna är en väsentlig del av EPC och är likaså bindande för EPO:s besvärskammare.⁹⁰ Vid konflikt mellan föreskrifterna och konventionen har den senare dock företräde.⁹¹

Principerna för patenterbarhet av biotekniska uppfinningar i direktiv 98/44 baseras på EPC:s bestämmelser och även rådande praxis inom EPO. Dock behövdes det vissa klargöranden inom detta område, ansåg Administrativa Rådet, för att kunna säkerställa att bestämmelserna i EPC fortsättningsvis tolkas i enlighet med direktiv 98/44/EG. Därför infördes direktivets bestämmelser i tillämpningsföreskrifterna. Sedan direktivet antogs 1998 har ett beslut avkunnats i EPO, G 1/98 (Novartis), där EBA⁹² tolkade EPC i enlighet med direktivets bestämmelser.

6 Fördelar med patentskydd respektive växsortskydd

Fördelarna med patent är flera. Förfarandet eller metoden för utveckling av en ny växt eller nytt växtmaterial kan skyddas, men växtförädlarrätt skyddar endast produkten, dvs växtsorten. En uppfinnare kan skydda olika former och kombinationer av växter, t ex frön, växtdelar eller hela växter. Det är även möjligt att skydda flera sorter med ett gemensamt kännetecken.⁹³

Fördelarna med växtförädlarrätt är att nyhetskravet och särskilnadskravet inte är lika stränga som i patenträtten. Man får använda sig av en skyddad sort för att odla fram en ny växsort. Systemet med växtförädlarrätt skyddar produkterna av traditionellt förädlingsförfarande.

Exklusiva rättigheter kan - och skall - aldrig beviljas för något som redan är allmänt tillgängligt. Därför finns kravet på nyhet. Definitionen på nyhet är avsevärt strängare i patenträtten än i växtförädlarrätten. Det som skyddas måste även vara tillgängligt för allmänheten. För patentskydd måste det publiceras en fullständig beskrivning av uppfinningen. Ibland krävs deposition av material för biotekniska uppfinningar. Skyddade växsorter måste finnas tillgängliga för allmänheten. Dessutom fordras uppfinningshöjd i patentsystemet. Ett patent kan endast beviljas för något som inte skulle kunnat uppnås genom

⁹⁰ Art 23(3) EPC

⁹¹ Art 164(2)EPC

⁹² Enlarged Board of Appeal (Stora Besvärskammaren)

självklar utveckling av ”state of the art”, dvs teknikens ståndpunkt vid ansökningstillfället. För beviljande av växtförädlarrätt räcker det med särskild, ett enklare krav än uppfinningshöjd.⁹⁴ De flesta växtsorter som beviljas växtförädlarrätt kan inte kvalificeras för patentskydd på grund av svårighet att uppnå uppfinningshöjd och kravet på (identisk) reproducerbarhet och industriell applicerbarhet.⁹⁵

Växtförädlarrätten ger skydd för bestämda individuella växtsorter. Patentskydd kan behövas för uppfinningar som är allmänt tillämpliga på ett stort antal växter.

7 Immaterialrättsligt skydd för växter – patent och växtförädlarrätt

7.1 Växter, patent och växtförädlarrätt

Ur ett historiskt perspektiv har växtförädlingen inte alltid varit skild från patenträtten. Patent beviljas på växter i många länder. I USA kan växter antingen skyddas enligt ”Plant Variety Protection Act” eller som ”utility patents” enligt ”Patent Act”. Det är alltså möjligt att välja det skydd som önskas, förutsatt att uppfinningen/växten uppfyller kriterierna för respektive skyddsform. I Australien och Japan kan växter patenteras. För många år sedan beviljades patent på förädlade växter även i Europa. Idag omfattas sådana patent av speciella undantagsbestämmelser. Växtsorter är undantagna från patent enligt art 53(b) EPC. Därför är situationen för patent och växtuppfinningar i Europa komplicerad. Det är dock viktigt att veta att historiskt och internationellt sett är patentskydd för växter varken något nytt eller ovanligt.⁹⁶

7.1.1 Betydelsen av begreppet ”växtsort”

Begreppet ”växtsort” är problematiskt. Det är en juridisk term utan vetenskaplig motsvarighet inom biologin. I vardagsspråk betyder ”sort” detsamma som ”art” eller ”slag”. Inom vetenskapen finns inte begreppet ”sort” i det hierarkiska system som används för

⁹³ Curry, s 27 f

⁹⁴ National Council for Agricultural Research, s 7

⁹⁵ Crespi, s 178

⁹⁶ Moufang, s 329

klassificering av organismer (taxonomi). Inom taxonomin klassificeras organismer (däribland växter) i olika grupper, taxon.⁹⁷ Systemet bygger på att man sammanför dessa taxa enligt en hierarkisk klassificering. Varje högre taxon omfattar samtliga lägre taxa. Olika taxa kan vara underarter, arter, släkten, familjer, ordningar, klasser eller divisioner. Besläktade arter sammanförs till ett släkte, besläktade släkten till en familj, besläktade familjer till en ordning, osv. Begreppet sort existerar inte som ett taxon enligt denna biologiska klassificering. Det saknar därför vetenskaplig precision. I Nationalencyklopedin definieras en ”sort” som ”en form av en art bland kulturväxter, som förekommer i odling och som fått särskilt sortnamn”.⁹⁸ Enligt denna definition borde ”sort” stå lägre än ”art”, som är den lägst kända gruppen inom det hierarkiska systemet. Slutsatsen får stöd i definitionen av ”växtsort” inom växtförädlarrätten. En växtsort utgörs där av ”en samling växter inom en och samma botaniskt systematiska enhet av lägst kända nivå.” Således måste en ”sort” vara en undergrupp till en ”art”.

7.1.2 Historisk bakgrund till art 53(b) EPC

Art 53(b) EPC härrör från art 2(b) SPC. Bestämmelsen hade följande lydelse:

”The Contracting States shall not be bound to provide for the grant of patents in respect of plant varieties.”

SPC lämnade åt medlemsländerna att besluta om patent på växtsorter i sina nationella rättsordningar. Det berodde på att det genom 1961 års UPOV-konvention utvecklats ett separat skyddssystem för växtsorter. Konventionen förbjöd dubbelt skydd i form av både patent och växtförädlarrätt för samma växtsort. Förbudet medförde att medlemsstaterna var tvungna att undanta från patentskydd de växtsorter för vilka växtförädlarrätt var möjligt. Inget i SPC talade emellertid för att växtsorter inte kunde beviljas patent. Snarare syftade bestämmelsen att garantera att medlemsstaterna inte skulle vara bundna att bevilja patent på uppfinningar för vilka patent var uteslutet enligt förbudet mot dubbelt skydd i UPOV-konventionen.⁹⁹

⁹⁷ Nationalencyklopedin, ”http://www.ne.se/jsp/search/article.jsp?i_art_id=311913” 2001-06-25

⁹⁸ Nationalencyklopedin, ”http://www.ne.se/jsp/search/article.jsp?i_art_id=202726” 2001-06-25

⁹⁹ Förbudet togs bort vid 1991 års revidering av UPOV-konventionen.

De flesta av bestämmelserna i SPC kunde överföras direkt till EPC vid dess tillkomst 1967. Rörande förbudet mot patentsorter måste det dock träffas ett val. Vid den tiden fanns ingen gemensam europeisk växtförädlarrätt och på nationell nivå skilde sig möjligheterna med växtförädlarrätt åt. För att undvika att bryta mot principen om nationell likabehandling beslutades därför att helt undanta beviljande av patent på växter i EPC.

7.1.3 Begreppet ”växtsort” i art 53(b) EPC

Semantiskt sett är bestämmelsen i art 53(b) uppbyggd så att undantaget för väsentligen biologiska förfaranden gäller framställning av **växter**, medan undantaget för produkter gäller **växtsorter**. EBA fastställde i G 1/98 (*Novartis*) att valet av ordalydelse har betydelse. Om det varit menat att undantaga växter som en hel grupp skulle det mer allmänna begreppet ”växter” i stället för ”växtsorter” använts.¹⁰⁰ Målet för bestämmelsen är alltså att undanta ”växtsorter” men inte ”växter” från patentskydd.

Patentsystemet avskiljdes från växtförädlarrätten genom förbudet mot dubbelt skydd i art 2.1 i 1978 års UPOV-konvention. Förbudet förstärktes ytterligare genom undantaget för patent på växtsorter i art 53(b) EPC. I flera nationella lagar har undantaget en mindre sträng form. I Belgien, Frankrike, Tyskland och Spanien är det endast tillämpligt på sorter som kan skyddas av växtförädlarrätt.¹⁰¹ Att sådana förändringar av bestämmelsen genomförts på nationell nivå visar att en av principerna bakom bestämmelsens existens är förbudet mot dubbelt skydd i UPOV.¹⁰² De växtsorter som inte kan beviljas växtförädlarrätt borde komma i fråga för patent för att inte vara utan skydd. Det skulle därmed finnas ett heltäckande system för rättsligt skydd för olika växter. Växtsorter skulle skyddas enligt växtförädlarrätten och övriga växtuppfindingar enligt patenträtten.

¹⁰⁰ G 1/98, p 3.3.1

¹⁰¹ Innan 1991 års revidering av UPOV-konventionen kunde enbart växtsorter från vissa utvalda växtarter och växtsläkten skyddas. Efter 1991 års revidering av UPOV-konventionen är dock staterna skyldiga att skydda växtsorter av alla slags arter och släkten i sina nationella system. Det medför att fler växtsorter kommer att kunna bli aktuella för växtförädlarrätt.

¹⁰² Moufang, s 345

I 1991 års UPOV-konvention har förbudet mot dubbelt skydd tagits bort. Det beror främst på att det ansågs olämpligt att i en konvention som reglerar växtförädlarrätten begränsa tillämpningsområdet för patent. Medlemsstaterna är alltså i fortsättningen oförhindrade att bevilja skydd för växtsorter i form av patent. Flera stater tillhörande EPC har dock förklarat att växtsorter alljämt bör ha en särskild skyddsform och att de inte kommer att godta någon ändring av bestämmelsen om förbud mot patent på växtsorter i art 53(b) EPC.¹⁰³ Förbudet i patenträtten finns därför kvar. Om det blir aktuellt att ta bort eller förändra bestämmelsen återstår att se. Klart är att en av principerna bakom bestämmelsens existens inte längre finns kvar, nämligen förbudet mot dubbelt skydd i UPOV-konventionen.

7.1.4 Begreppet ”växtsort” inom växtförädlarrätten

Inom växtförädlingen har termen ”växtsort” använts praktiskt i flera decennier. Enbart de växter som är ”växtsorter” kan få skydd enligt växtförädlarrätten. Det utvecklades därför ett pragmatiskt sortbegrepp inom växtförädlingen som först på senare år definierats mer exakt.

UPOV-konventionen antogs år 1961 och reviderades år 1978 och 1991. I de tidigare versionerna fanns ingen exakt definition av begreppet och dess omfattning. Det är först vid den senaste revideringen som en utförlig och precis definition av termen ”växtsort” har tagits in i konventionstexten. UPOV:s vicesekreterare uttalade att:

”The variety was an abstract concept which had been developed by users of plant varieties such as agriculturalists and researchers such as botanists and taxonomists to assist in the classification of plant material. The concept was not a concise one. It had no existence on its own [...] Many rules had been established to define the unit of plant material that would be considered as a variety, mainly in terms of the mechanism used for reproduction or propagation.”¹⁰⁴

Systemet hade fungerat väl i 30 år utan en exakt definition. För beviljande av växtförädlarrätt var uppfyllande av DUS-kriterierna avgörande. Förfarandet byggde på en pragmatisk

¹⁰³ Prop 1996/97:128, s 54

¹⁰⁴ Crespi, s 170

inställning och det verkar inte funnits problem att avgöra vilka växter som berättigade till skydd eller ej.

Gränsdragningsproblem mellan patent och växtförädlarrätt kan vara en orsak till att det uppstod behov av en tydlig definition av begreppet ”växsort”. Enligt praxis inom EPO skall undantaget för patent på växsorter motsvara det som är skyddsbart enligt UPOV och nationella lagar, dvs ”växsorter”. Så länge förbudet mot dubbelt skydd fanns var det ett enkelt sätt att anpassa patenträtten till det rådande systemet. UPOV:s medlemsstater ansåg emellertid inte att det var en tillfredsställande lösning. En växsort på ett begynnande växtstadium som ännu inte uppfyller DUS-kraven kan inte skyddas enligt UPOV. Enligt tidigare definitioner inom växtförädlarrätten var den inte en växsort. Den kunde därför blivit aktuell för patentskydd, om den uppfyllde villkoren för patent. Det ansågs dock olämpligt att bevilja patentskydd för material i ett förstadium till en slutlig produkt (växsort) som är undantagen från patentskydd. Exempelvis så är produkter av hybrid-DNA-teknik oftast ett växtmaterial som inte är utvecklad till sortnivå, men från vilket växsorter eventuellt kan tas fram.¹⁰⁵ Patentskydd för sådana produkter kunde hindra vidareförädling och utveckling av nya växsorter.

Enligt definitionen på en växsort i 1991 års UPOV-konvention hör nu även sådana ”sämre” eller ”ofullständiga” växsorter till begreppet ”växsort”, även om de inte ännu uppfyller kriterierna för beviljande av växtförädlarrätt i det enskilda fallet. För att en växt skall kunna erhålla skydd enligt växtförädlarrätten måste den först och främst definieras som en sådan. Förutom detta måste den även i det konkreta fallet uppfylla DUS-kriterierna; särskiljbarhet, enhetlighet och stabilitet, samt även nyhetskriteriet. Som redan fastställts i avsnitt 4.2 ovan existerar en nyansskillnad mellan vad som i allmänhet avses med en växsort och vilka växsorter som skyddas i det enskilda fallet. Detta får till följd att det finns växter som anses utgöra sorter i lagens mening, men som inte uppfyller DUS-kriterierna och därför inte kan beviljas skydd enligt växtförädlarrätten i det enskilda fallet. Sådant växtmaterial (”sämre” växsorter) står idag utan möjlighet till vare sig patentskydd eller skydd enligt växtförädlarrätten, förutsatt att praxis inom patenträtten vidhåller att uppdelningen mellan systemen skall grundas på definitionen av en växsort. Det är inte heller en bra lösning. Åsikterna går isär om sådant material borde kunna skyddas av patent eller inte.

¹⁰⁵ Crespi, s 177 ff

7.2 *Tolkning av begreppet "växtsort" i EPO-praxis*

Det får inte beviljas patent på växtsorter, enligt art 53(b) EPC. Utgångspunkten för praxis i EPO är att begreppet "växtsort" skall ha samma betydelse som motsvarande begrepp inom växtförädlarrätten. Man har velat skapa ett sammanhängande system för rättsligt skydd för växter, utan luckor eller överlappningar. Det som inte kan skyddas enligt växtförädlarrätten skall kunna skyddas med patent och tvärtom.

7.2.1 **Problem vid tolkning av begreppet "växtsort"**

Varje växt hör egentligen taxonomiskt sett till en växtsort, eftersom "sort" har ansetts vara en undergrupp till "art", som är den lägsta kända taxonomiska nivån i det hierarkiska systemet. Om begreppet "växtsort" tolkas på detta sätt, borde alla växter eller växtgrupper med ett stabilt genom uteslutas från patent. Högre rankade växter omfattar alla lägre rankade växter i den gruppen. Alla växter kan i grunden hänföras till en bestämd växtsort enligt detta resonemang.

Om ett patentkrav som avser en bestämd växtsort är undantaget från patent måste ett patentkrav som avser flera växtsorter undantagas *a fortiori*. Det hävdas dock att det inte kan argumenteras på detta sätt inom patenträtten. Allmänna patentkrav som omfattar en stor grupp växter preciserar uppfinningens väsentliga egenskap som är gemensam för alla enheter som omfattas av patentkravet. Det går inte att göra en godtycklig uppdelning av ett sådant patentkrav i växtsorter och övrigt material.¹⁰⁶ Det är dock ett grundläggande problem vid formulering och tolkning av patentkrav inom detta område att högre rankade växter omfattar alla lägre rankade växter inom samma grupp.

Svårigheterna med att fastställa omfattningen för definitionen av "växtsorter" och dess tillämpning på transgena växter beror på att ny teknik möter äldre lagstiftning. Praxis inom EPO har tolkat begreppet "växtsort" utifrån växtförädlarrätten. En sådan tolkning rättfärdigas av att skälet till att växtförädlarrätten finns som ett separat system är detsamma som grunden

¹⁰⁶ Crespi, s 173 f

till undantaget för patent på växtsorter, nämligen att de är resultat av traditionella biologiska förädlingsmetoder som inte ansetts patenterbara.¹⁰⁷ Villkoren för växtförädlarrätt, och därmed undantaget för patent på växtsorter, är dock inte utformade utifrån sorternas ursprung utan beroende av växternas objektiva egenskaper.¹⁰⁸ Tillverkningsmetoden är egal. Tidigare kunde växtsorter med speciella egenskaper tas fram enbart med biologiska förädlingsmetoder. Tack vare den tekniska utvecklingen kan sådana egenskaper numera finnas hos en växt som är resultatet av ett genetiskt, tekniskt förfarande. Vilken skyddsform skall användas för dessa växter?

Besvärskamrarna i EPO har i några fall tolkat bestämmelsen med avseende på om visst växtmaterial skall anses utgöra en sådan växtsort eller ej. Eftersom det inte finns så många fall, är det svårt att dra några enhetliga slutsatser. Vad som egentligen avgörs är ju beroende av innehållet i patentkraven och deras utformning i det enskilda fallet. De beslut inom EPO som rör begreppet ”växtsort” och dess tillämpning är följande: T 49/83 *Ciba-Geigy*, T 320/87 *Lubrizol*, T 356/93 *Plant Genetic Systems (PGS)*, G 3/95 och G 1/98 *Novartis*.

7.2.2 T 49/83 ”Ciba Geigy”

I beslut T 49/83 avsåg patentkraven en kemisk behandling av förökningsmaterial för odlade växter. Förökningsmaterialet bestod av frön. Syftet med behandlingen var att göra växterna resistent mot bekämpningsmedel. TBA fastslog att behandlingen i och för sig utförts på olika växtsorter, men att ”the claims relate to any cultivated plants in the form of their propagating material which have been chemically treated in a certain way.”¹⁰⁹

Vidare uttalade TBA att ”the innovation claimed does not lie within the sphere of plant breeding, which is concerned with the genetic modification of plants”. Uppfinningen i detta fall gällde en kemisk behandling på och inte genetisk modifiering av växterna. Det avgörande var att växtsortskyddet inte skapats för en sådan uppfinning som var aktuell här, nämligen en kemisk behandling.¹¹⁰ TBA ansåg alltså att uppfinningen inte kunde få skydd enligt

¹⁰⁷ Schatz, s 8

¹⁰⁸ DUS-kriterierna; särskilnad, enhetlighet, stabilitet.

¹⁰⁹ T 49/83, p 3

¹¹⁰ Se Holtz, s 30

växtförädlarrätten på grund av att den inte hörde till växtförädlingsområdet. Patentskydd var den enda möjligheten. Art 53(b) EPC blir alltså tillämplig främst i fall med genetiska uppfinningar.¹¹¹

7.2.3 T 320/87 "Lubrizol"

Patentansökan gällde dels ett förfarande för att snabbt utveckla hybrider och kommersiell tillverkning av hybridfrön, dels själva produkterna; hybridfrön och växter producerade av dessa frön. Patentkraven i detta fall var formulerade som "product-by-process"-krav. De avsåg resultatet av ett allmänt tillämpligt förädlingsförfarande för växter.

TBA undersökte om de aktuella växterna kunde utgöra en växtsort, och fann att så inte var fallet. "The present hybrid seeds and plants from such seed, lacking stability in some trait of the whole generation population, cannot be classified as plant varieties within the meaning of Article 53(b) EPC" uttalade TBA. Begreppet "växtsort" i art 53(b) EPC definierades i överensstämmelse med UPOV-konventionens definition.¹¹² Växterna var hybrider som inte var stabila i enlighet med UPOV-konventionen och DUS-kriterierna. Eftersom de inte uppfyllde villkoren för en sådan växtsort ansågs inte undantaget i art 53(b) EPC tillämpligt på växterna.

Grunden för beslutet *Lubrizol* har ifrågasatts. Det har ansetts att växtuppfinningen inte kunde skyddas enligt växtförädlarrätten därför att den var för abstrakt. Uppfinningar som berör större växtgrupper än sorter borde få patentskydd eftersom en sådan grupp inte kan erhålla växtförädlarrätt. Den aktuella uppfinningen avsåg just en sådan större växtgrupp. Att hybriderna saknade stabilitet var inget avgörande eftersom det finns speciella bestämmelser för hybridgenerationer i UPOV-konventionen just med avseende på stabilitet.¹¹³

Uttalandet har mött kritik. Hybriderna var inte stabila överhuvudtaget enligt UPOV-konventionens bestämmelser och de kunde därför inte kvalificeras som en växtsort. Det var skälet till att uppfinningen (dvs hybriderna) kunde patenteras. Växtsorter är ju inte

¹¹¹ Moufang, s 346

¹¹² Liksom i T 49/83.

¹¹³ Se Teschemacher, s 49 och Moufang, s 348

patenterbara enligt art 53(b) EPC. Att uppfinningen eventuellt skulle sakna skydd om den inte beviljades patent diskuterades inte i fallet *Lubrizol*.¹¹⁴

7.2.4 T 356/93 "Plant Genetic Systems" (PGS)

Beslutet i fråga skapade mycket diskussion. Patentkraven avsåg växter och frön från genetiskt modifierade celler. Uppfinningen bestod i införandet av en DNA-sekvens i en växts genom. Växterna hade blivit motståndskraftiga mot ett speciellt växtgift genom den genetiska förändringen. Patentkrav nr 21 avsåg den genmodifierade växten som sådan.

TBA fann att patentkravet inte utformats som en sortbeskrivning, därför att "there is no reference to a single botanical taxon of the lowest known rank." Uppfinningen kunde tillämpas på ett stort antal växter av vilket slag som helst. Trots det utgjorde resultatet av uppfinningen en växtsort. Avseende denna slutsats uttalade TBA att:

"While Claim 21 defines the distinctive feature common to all plants covered by this claim, the working examples of the patent in suit show that the practical forms of realisation of the invention according to Claim 21 are 'genetically transformed' plant varieties. Consequently, the subject-matter of Claim 21 encompasses genetically transformed plant varieties showing said single distinctive feature, even though this claim is not drafted in terms of a variety description".

Trots att patentkravet inte utformats som en sortbeskrivning omfattade det genetiskt förändrade växtsorter. De praktiska formerna av uppfinningen var i själva verket växtsorter i UPOV-konventionens betydelse. TBA ansåg att ett patentkrav som avsåg växter i allmänhet men som omfattade växtsorter var ett kringgående från undantaget i art 53(b) EPC. Ett sådant patentkrav kunde inte tillåtas.

Dessutom uttalade TBA med avseende på växterna i patentkravet att "these exemplified varieties may be construed as 'essentially derived varieties' being obtained from known varieties by transformation by genetic engineering techniques." Uttalandet avser omfattningen

¹¹⁴ Westerlund, s 341

av växtsortskyddet och inte klassificeringen av växtmaterialet. 1991 års UPOV-konvention har utökat ensamrätten till att omfatta även vissa andra växtsorter än dem för vilka skydd har beviljats. Sådana ”väsentligen avledda” sorter kan inte beviljas ett självständigt skydd enligt växtförädlarrätten, men de kvalificeras ändå som sorter. (Se avsnitt 4.3.1)

7.2.5 G 3/95

Beslutet *Plant Genetic Systems* gav upphov till många frågor och stor debatt om omfattningen av undantaget i art 53(b). För att bringa klarhet i rättsläget hänsköt presidenten för EPO följande fråga till EBA:¹¹⁵

”Does a claim which relates to plant or animals but wherein specific plant or animal varieties are not individually claimed contravene the prohibition on patenting in Article 53(b) EPC if it embraces plant or animal varieties?”.

Presidenten ansåg att det hade avkunnats olika beslut i T 49/83 (*Ciba Geigy*) och T 19/90 (*Onko*) jämfört med T 356/93 (*PGS*) med avseende på denna rättsfråga. EBA fann dock i beslut G 3/95 att:

”Claim 21 was held contrary to Article 53(b) EPC, not because the claim embraces known plant varieties, but because the claimed genetic modification of a plant itself makes the modified or transformed plant a new ’plant variety’ within the meaning of the revised UPOV Convention, 1991, and Article 53(b)”. Rättsfrågan i *PGS* var alltså inte om patentkraven omfattade växtsorter, utan i beslutet fastställdes enbart att resultatet av uppfinningen var en växtsort som sådan. EBA fann därför att det inte avkunnats olika beslut i *Ciba Geigy* och *Onko* jämfört med *PGS*.¹¹⁶ Hänvisningen av den aktuella rättsfrågan från presidenten till EBA var således inte godtagbar. Beslutet i fallet *PGS* står alltså fast.

¹¹⁵ Enligt art 112(1)(b) EPC kan presidenten för EPO hänskjuta en rättsfråga till EBA, om två olika Besvärskammare har avkunnat olikartade beslut i samma rättsfråga. På så sätt garanteras en enhetlig rättstillämpning inom EPO.

¹¹⁶ Angående *Ciba Geigy* fann EBA att det fastställdes att uppfinningen i fråga, den kemiska behandlingen, inte hörde till växtförädlingsområdet. I *Onko-fallet* ansåg EBA att det enda som fastställdes var att djur ”som sådana” inte kunde uteslutas från patentskydd. Frågan i det fallet var om patentkraven avsåg djur som sådana eller ej.

Grunden till utfallet i *PGS* som utrett i G 3/95 är att förändring av växtmaterial av en känd växtsort genom införande av en gen som reproduceras stabilt gör växterna till nya ”växtsorter” i UPOV-konventionens betydelse. Den slutsatsen har kritiserats från olika håll. Det anses att en växtsort i UPOV-konventionens betydelse inte kan karakteriseras av enbart en enda stabil gen. En sådan sort karakteriseras av alla sina gener, eller åtminstone de som uttrycker växtens fenotyp. En växtgrupp som karakteriseras av en enda ny gen är en allmän uppfinning (”generic invention”). Den kan inte vara en växtsort och kan inte heller skyddas som en sådan.¹¹⁷

Denna ståndpunkt har i sin tur mötts av kritik. Då en växt granskas enligt växtförädlarrätten är det växtmaterialet som sådant och om det förökas stabilt som är intressant. Eftersom det fastställts i praxis att begreppet växtsort inom patenträtten motsvarar det inom växtförädlarrätten, granskas växten enligt växtförädlarrättens begrepp. Det är växten som sådan som granskas. Tillverkningssättet är irrelevant för en växts status som växtsort enligt växtförädlarrätten.¹¹⁸

En växtsort kan inte definieras av ett enda nytt kännetecken utan enbart av alla dess kännetecken i kombination. För att en växt skall anses utgöra en växtsort i UPOV-konventionens betydelse måste därför alla dess kännetecken granskas med avseende på kriterierna särskildhet, enhetlighet och stabilitet. I G 3/95 skilde EBA på situationen då en känd växtsort förändras genetiskt och situationen då en växt som inte tidigare definierats som en växtsort förändras. Om förändring sker av en känd växtsort behöver endast det nya kännetecknet granskas, eftersom resten av egenskaperna redan uppfyller DUS-kriterierna. En ny växt däremot måste granskas med avseende på alla kännetecken för att kvalificeras som en växtsort.¹¹⁹

Här ser man tydligt olikheterna i de båda systemen. En växtsort som karakteriseras av en särskild gen kan faktiskt vara en växtsort enligt växtförädlarrätten. Bedömningen sker dock med hänsyn till samtliga kännetecken och det är ointressant att en viss teknik tillämpats för att

¹¹⁷ Roberts, s 535

¹¹⁸ Westerlund, s 342 f

¹¹⁷ Roberts, s 535

ge växten ett speciellt kännetecken. Patentskyddet avser uppfinningen, dvs tekniken som består av införandet av den speciella genen. Uppfinningen kan vara allmänt tillämplig på ett stort antal växter. Då den utförs på växtmaterial som är en växtsort blir resultatet emellertid även en växtsort i växtförädlarrättens betydelse (förutsatt att den nya växtsorten kan uppfylla definitionen på en växtsort). De båda skyddsformerna skyddar helt enkelt olika saker och därför kan de inte utgöra ett enhetligt system.

En växtsort är en samling växter inom en och samma botaniskt systematiska enhet av lägst kända nivå, som kan uppfylla vissa villkor (DUS-kriterierna). En uppfinning för genetisk förändring kan ofta tillämpas på ett stort antal olika växter. Om ett patentkrav avser de transgena växter som förändrats av uppfinningen, måste som sagt växterna granskas för att avgöra om de är en växtsort eller ej. Granskningen tar sikte på de kännetecken som är relevanta för bedömningen av en växtsort enligt växtförädlarrätten. Växten i fråga måste vara särskiljbar, enhetlig och stabil. Särskiltnadskravet tar sikte på samtliga kännetecken och jämför dem med existerande sorter. Antagligen kan de aktuella växterna särskiljas åtminstone med avseende på det nya kännetecknet. De måste också förökas stabilt. Det tredje kriteriet är enhetlighet. Växterna inom gruppen måste vara enhetliga med vissa tillåtna variationer som beror på förökningssättet. Men kan en stor växtgrupp som består av olika arter, släkten eller ännu större grupperingar verkligen vara enhetlig? Enhetlighetskriteriet avser ju samtliga kännetecken hos växten. I *PGS* utfördes den gentekniska förändringen på växter av en bestämd växtsort. *TBA* avgränsade uppfinningens tillämpning till växtsorterna i beskrivningen. Om uppfinningen befunnits tillämplig på en större grupp växter än de i beskrivningen skulle den vara tekniskt tillämplig på en stor grupp växter. Skulle en sådan grupp kunna uppfylla kravet på enhetlighet för att betraktas som en växtsort enligt växtförädlarrätten? Den frågan undersöktes tyvärr inte i det aktuella fallet.

Kan ett skäl till tolkningen i *PGS* vara att det stod klart från beskrivningen att uppfinningen var ämnad för tobaksodling? Tobak odlas uteslutande i form av växtsorter. I praktiken kan alltså beslutet medföra att transgena växter inte är patenterbara, om de växter som anges i patentkraven alltid är från kända sorter. Genteknik tillämpas i de allra flesta fall på nytto- och prydnadsväxter. De växterna odlas nästan enbart i form av växtsorter.¹²⁰

¹²⁰ Schatz, s 9

Av *Plant Genetic Systems* kan alltså utläsas att införandet av en främmande gen i en känd växtsort medför att den blir en ny växtsort i UPOV-konventionens betydelse, om de kännetecken som den nya genen skapar uppfyller kriterierna för en växtsort; särskildhet, enhetlighet, stabilitet.¹²¹

7.3 *Direktiv 99/44/EG och dess inverkan på praxis*

Bioteknikdirektivet försökte komma till rätta med den svåra skiljelinjen mellan patenterbara växter och icke patenterbara växtsorter. Direktivet fastställer i art 4.1 att växtsorter inte är patenterbara. Enligt art 4.2 tillåts patent på uppfinningar vars genomförbarhet inte är tekniskt begränsad till en viss växtsort. Det fastslås i inledningen p 31 att en växtgrupp som kännetecknas av en särskild gen (och inte av sitt samlade genom) inte faller under sortskyddet. Den är därför inte utesluten från patenterbarhet, även om den omfattar växtsorter. Vad innebär detta?

Det måste innebära att en uppfinning som består i införandet av en främmande gen i en grupp växter större än en sort inte medför att man framställer en ny växtsort.¹²² Gentekniska uppfinningar berör inte en växts samlade genom, utan en avsiktlig förändring av en enstaka minimal sektion av genom.¹²³ Sådana uppfinningar kan ofta tillämpas på hela släkten eller än större grupper, dvs grupper utöver enstaka växtsorter. Dessutom måste det innebära att om man experimenterar med en bestämd växtsort, dvs en känd sådan, och förändrar den genetiskt, blir det en ny växtsort som inte kan patenteras. Bioteknikdirektivet fastställer även i inledningen p 32 att om en uppfinning begränsar sig till att genetiskt ändra en bestämd växtsort och om en ny växtsort erhålls, bör den vara utesluten från patenterbarhet även om denna genetiska ändring inte är ett resultat av ett väsentligen biologiskt förfaringssätt utan av ett biotekniskt förfaringssätt.

Bioteknikdirektivet verkar alltså tillåta patentkrav som omfattar växtsorter, men inte krav till en bestämd växtsort för vilken ett separat skyddssystem finns. Införande av en främmande gen i en grupp växter på högre nivå än sort resulterar inte i en växtsort. Däremot om en

¹²¹ Westerlund, s 342 f

¹²² Schatz, s 9

¹²³ Dvs en gen.

bestämd (känd) växtsort ändras genetiskt och en ny växtsort erhålls, är den utesluten från patentskydd. En sådan ny växtsort erhålls enligt *PGS* om det nya kännetecknet kan uppfylla DUS-kriterierna.

7.4 Praxis efter direktiv 98/44/EG – G 1/98 ”Novartis”

I beslut avgjorde EBA för första gången ett fall med transgena växter efter *Plant Genetic Systems* och bioteknikdirektivet. TBA hänsköt i fallet T 1054/96 flera rättsfrågor till EBA angående växtsorter. De aktuella patentkraven avsåg metoder att framställa transgena växter samt växterna som sådana. De innehöll främmande gener som medförde att växterna producerade antipatogena substanser.¹²⁴ Växterna var därmed motståndskraftiga mot vissa sjukdomar i och med att de kunde döda eller förhindra tillväxten av patogener.

Den första frågan från TBA löd:

”Does a claim which relates to plants but wherein specific plant varieties are not individually claimed ipso facto avoid the prohibition on patenting in Article 53(b) EPC even though it embraces plant varieties?”¹²⁵

EBA fastställde (precis som i *PGS*) att det inte är patentkravets formulering som är avgörande, utan vad det egentligen avser att skydda. Patentkraven måste alltså tolkas. ”In assessing the subject matter of a claim, the underlying invention has to be identified” uttalade EBA.

Beslut T 1054/96 avsåg en uppfinning som kunde utföras på vilka växter som helst, inklusive växtsorter. Det huvudsakliga tillämpningsområdet för uppfinningen var dock växtsorter. Men EBA fastställde att ”the referring decision does not give any indication that carrying out the invention is restricted to individual varieties to be modified. Nor does the decision suggest that the result of the modification by genetic transformation is necessarily a plant variety.”

Här verkar EBA skilja på den aktuella uppfinningen och uppfinningen i beslut *PGS*. Resultatet av uppfinningen i föreliggande fall var inte en bestämd växtsort. EBA fortsatte och

¹²⁴ Patogen = ett ämne som framkallar sjukdom.

¹²⁵ G 1/98, ”Reasons for the decision”, p 3

fastställde att vare sig den taxonomiska kategorin som växterna tillhörde eller ytterligare kännetecken var angivna, som kunde leda till att de aktuella växterna ansågs som växtsorter. Följaktligen ansåg EBA att "it would appear that the claimed invention neither expressly nor implicitly defines a single variety. This also means that it does not define a multiplicity of varieties which necessarily consists of several individual varieties."

EBA fastställde alltså genom granskning av det aktuella växtmaterialet att uppfinningen i fråga varken begränsades till enstaka växtsorter eller resulterade i en växtsort. Tolkning av patentkraven visade att de inte avsåg en bestämd eller flera bestämda växtsorter. Det var emellertid inte tillräckligt för att besvara frågan om undantaget i art 53(b) EPC var tillämpligt eller ej. Bestämmelsen "European patents shall not be granted in respect of plant varieties" måste även den tolkas, ansåg EBA.

EBA granskade argumenten för ställningstagandet i T 1054/96 att en uppfinning inte skulle kunna vara patenterbar därför att den omfattar något inom sitt tillämpningsområde som inte är patenterbart. EBA uttalade att: "the examples show that the rule assumed by the referring board that an invention is not patentable because it covers an embodiment which does not fulfil the requirements for patentability is not without exception".

Sedan fortsatte EBA med den historiska bakgrunden till bestämmelsen och gränsdragningen mellan patent och växtförädlarrätt. EBA uttalade i denna fråga:

"It has already been stated that the subject-matter of a claim covering but not identifying plant varieties is not a claim to a variety or varieties. It follows that such an invention cannot be protected by a plant breeder's right which is concerned with plant groupings defined by their whole genome but not by individual characteristics."

När det gäller en växtsort så måste förädlaren utveckla en växtgrupp som uppfyller (i synnerhet) kraven på enhetlighet och stabilitet. Detta är inte fallet med en typisk genteknisk uppfinning, såsom i det aktuella patentkravet. Uppfinnaren i det senare fallet strävar efter att åstadkomma att tillhandahålla medel så att en önskad egenskap kan förlänas växter genom införandet av en gen i växternas totala genom. Tillhandahållande av dessa medel är en åtgärd som kommer före nästa steg, att introducera genen i en speciell växt. Att välja ut en växt för ett sådant ändamål och ta fram en specifik, säljbar produkt som i de flesta fall kommer att vara en växtsort kräver rutinartade förädlingsåtgärder som kan belönas med en

växtförädlarrätt. Uppfinnaren inom det gentekniska området skulle inte kunna få ett passande skydd om han begränsades till speciella sorter. För det första är utveckling av sorter ofta inte hans område, och för det andra skulle han alltid vara begränsad till några få sorter, även om han skulle ha tillhandahållit medlen för att införa genen i alla passande växter. De båda systemen avser alltså att skydda olika ting. Det är viktigt att inte lämna uppfinningar som avser växter utan skydd, även om de tillämpas på växtsorter.

Sammanfattningsvis ansåg EBA att "according to Article 53(b) EPC, a patent is 'in respect of plant varieties' and shall not be granted if the claimed subject-matter is directed to plant varieties. In the absence of the identification of a specific plant variety in a product claim, the subject-matter of the claimed invention is not directed to a plant variety or varieties within the meaning of Article 53(b) EPC."

Därför **skall** patent inte meddelas för en enstaka växtsort men **kan** meddelas om växtsorter omfattas av patentkravet. TBA:s slutsats baserades på att ett patentkrav nödvändigtvis avser ett speciellt föremål, om det omfattar detta föremål. En sådan tolkning står i strid med syftet med art 53(b) EPC, ansåg EBA. "The extent of the exclusion for patents is the obverse of the availability of plant variety rights. The latter are only granted for specific plant varieties and not for technical teachings which can be implemented in an indefinite number of plant varieties."

EBA fastställde alltså att växtförädlarrätt och patentskydd skall utgöra en helhet. Det som kan skyddas enligt UPOV skall inte beviljas patent. Observera att avgörande för en växts status som växtsort är förmågan att uppfylla villkoren för växtförädlarrätt, inte beviljandet av skydd i det enskilda fallet.

Nästa fråga behandlade art 64(2) EPC:

"Should the provisions of Article 64(2) EPC be taken into account when considering what claims are allowable?"

Bestämmelsen i art 64(2) EPC lyder:

"If the subject-matter of a European patent is a process, the protection conferred by the patent shall extend to the products directly obtained by such process."

EBA ansåg att eftersom att växtsorter faktiskt kan omfattas av produktkrav enligt resonemanget ovan var frågan inte längre relevant. Skydd för ett förfarande kan alltså utsträckas till produkterna av förfarandet, dvs växtsorter, även om de inte är patenterbara som sådana.

Den sista frågan löd:

”Does a plant variety, in which each individual plant of that variety contains at least one specific gene introduced into an ancestral plant by recombinant gene technology, fall outside the provision of Article 53(b) EPC [...]?”¹²⁶

EBA fastställde att syftet med undantaget i art 53(b) EPC var att utesluta från patent sådant som kunde erhålla skydd enligt systemet med växtförädlarrätt. EBA uttalade:

”it does not make any difference for the requirements under the UPOV Convention or under the Regulation on Plant Variety Rights, how a variety was obtained.”

Sammanfattningsvis ansåg EBA att ”the mere fact of being obtained by means of genetic engineering does not give the producers of such plant varieties a privileged position relative to breeders of plant varieties resulting from traditional breeding only.”. EBA hänvisade även till bioteknikdirektivet. En växtsort framtagen med hjälp av genteknik är fortfarande undantagen från patentskydd, om den är en växtsort enligt växtförädlarrätten.

I *Novartis* begränsades således undantaget i art 53(b) EPC till patentkrav avseende bestämda växtsorter. Ett patentkrav som avser växter men omfattar växtsorter kan alltså godtas. I dessa fall är uppfinningens tillämpning inte tekniskt begränsad till en speciell växtsort. Vidare kan alltså patentskyddet för processer utsträckas till de resulterande produkterna. Dessutom har det ingen betydelse för bedömningen hur växten i fråga tillverkats. Det är i linje med bioteknikdirektivet, som i inledningen p 31 fastställer att förfarandet för genetisk ändring av en bestämd växtsort inte är avgörande för dess status som en ny växtsort.

EBA har i sin tolkning tagit hänsyn till bestämmelserna i bioteknikdirektivet. Men har beslutet *Novartis* ändrat praxis sedan *Plant Genetic Systems* med avseende på transgena växter? Antagligen inte, eftersom utfallet i *Novartis* inte går emot den rättsfråga som EBA i G

¹²⁶ G 1/98, p 5

3/95 fastställde som slutsats i *PGS*, nämligen att uppfinningens resultat var en konkret växtsort. Inget av det som EBA uttalar går emot slutsatsen i *PGS*. I *PGS* var uppfinningens tillämpning tekniskt begränsad till en viss växtsort. I *Novartis* var däremot uppfinningens tillämpning inte tekniskt begränsad till en viss växtsort. Att en uppfinning resulterar i en växtsort måste antas ha samma betydelse som att uppfinningens tillämpning är tekniskt begränsad till en viss växtsort.

Rättsläget är fortfarande osäkert för patent på växter, därför att det verkar avgöras i det enskilda fallet om en uppfinning resulterar i en växtsort eller ej. EBA har inte lyckats klargöra rättsläget i *Novartis*. Det som kan utläsas är att art 53(b) skall tolkas restriktivt.

I *Novartis* uttalade EBA att formuleringarna i patentkraven inte är avgörande för hur uppfinningen kommer att uppfattas. Trots det verkar EBA ändå lägga vikt vid patentkravens utformning. Frågan om ett uppfinning är en växtsort eller inte kommer i det enskilda fallet antagligen att avgöras av formuleringarna i patentkraven.

8 Analys

8.1 Patent på växter

Inom växtförädlingsteknologin finns det många möjligheter att patentera uppfinningar. De främsta uppfinningarna är produkter som kan vara resultat av eller användas i ett förfarande; DNA-sekvenser, celler, växtdelar och växter. Patent kan även beviljas på förfarandet för att tillverka produkterna och användningen av dessa produkter. För att erhålla patent måste de tre patenterbarhetskriterierna uppfyllas: nyhet, uppfinningshöjd och industriell tillämpning.¹²⁷

Patent på gener eller DNA-sekvenser är sedan tidigare godkänt inom EPO. Ett patent kan beviljas för en gen som sådan om den är en uppfinning.

I *Plant Genetic Systems* fastställde TBA att växtceller som sådana är att anse som mikrobiologiska produkter och därmed patenterbara enligt art 53(b) EPC, andra meningen.

¹²⁷ Farm Animal Industrial Platform, s 31

En växtgrupp kan enligt förordning nr EG 2100/94 bestå av hela växter eller delar av växter, om dessa delar är i stånd att ge upphov till hela växter.¹²⁸ Växtdelar kan därmed utgöra en växtsort. Om så är fallet, kan de inte patenteras.

Genetiska uppfinningar kan även producera nya växtdelar som inte hör till en växtsort, exempelvis stora DNA-sekvenser och konstgjorda kromosomer. Sådana uppfinningar omfattas inte av art 53(b) och bör därför var patenterbara.¹²⁹

Undantaget i art 53(b) EPC gäller endast ”växtsorter”. I praxis har det fastställts att undantaget avser gentekniska uppfinningar. Andra växtbiotekniska uppfinningar är inte undantagna från patent. Beslutet i *Ciba Geigy* visade att en uppfinning som behandlar växter kemiskt utan att ändra dess genetiska struktur inte hör hemma under art 53(b).

Av de uppfinningar som ändrar växters genom omfattas inte alla av undantaget i art 53(b) EPC. En genteknisk förändring av en växt som resulterar i en växt som inte är en växtsort är godtagbar. Avgörande för begreppets tillämpning är en växts biologiska kapacitet att uppfylla DUS-kriterierna. Har den möjlighet att uppfylla dessa är den en växtsort. Det följer av definitionen av begreppet ”växtsort” i EG-förordningen och UPOV-konventionen samt av praxis. (Se avsnitt 4.2 och 6.4.1). Om kriterierna sedan uppfylls eller ej i det konkreta fallet är av underordnad betydelse.¹³⁰ De växter som har biologisk kapacitet att uppfylla DUS-kriterierna men misslyckas i det enskilda fallet är ”sämre” eller ”ofullständiga” växtsorter, men fortfarande sorter. Växterna i *Ciba Geigy* och *Lubrizol* hade inte möjlighet att uppfylla kriterierna, och därför ansågs de inte som växtsorter och kunde patenteras. Uppfinningen i *Plant Genetic Systems* ansågs vara en växtsort. Vid granskning av det växtmaterialet fann TBA att det uppfyllde definitionen på en växtsort enligt växtförädlarrätten med avseende på särskilnad, enhetlighet och stabilitet. Det hade betydelse i det fallet att det var en känd växtsort som förändrats. Om uppfinningen tillämpas på ett ”okänt” växtmaterial på sortnivå måste det granskas noggrannare.

¹²⁸ Art 5.3, förordning nr EG 2100/94

¹²⁹ Moufang, s 348

¹³⁰ Westerlund, s 350

Växtsorter som sådana är alltså undantagna från patent. Traditionell korsning av hela genomer kan inte heller patenteras, men transgena växter är i princip patenterbara så länge de inte är en växtsort som sådan.

Begreppets tillämpning har medfört problem inom patentpraxis. Det har varit svårt att fastställa vad som skall anses som en växtsort. Det beror på att de olika systemen skyddar olika ting. Patent avser att ge skydd åt tekniska idéer. Växter med en viss biologisk kvalitet kan beviljas växtförädlarrätt. När de två systemen möts uppstår problem. Inom växtförädlarrätten bedöms växten utifrån objektiva kriterier som särskilnad, enhetlighet och stabilitet. Patent skyddar en teknisk idé. En genetiskt förändrad växtsort kan skyddas enligt båda systemen. Växten kan skyddas enligt växtförädlarrätten om den uppfyller definitionen på en ”växtsort”. På samma gång kan den gentekniska förändringen vara en uppfinning som kan skyddas enligt patenträtten. Den aktuella växten besitter alltså både en viss biologisk kvalitet samtidigt som den är föremål för en teknisk idé. Hur har gränsdragningen mellan de båda skyddsformerna utformats?

Förändring av en stor grupp växter genom införandet av främmande gener eller andra delar av främmande genom kan skyddas av patent. Om den utförs på en bestämd växtsort är uppfinningens tillämpning tekniskt begränsad till den växtsorten. Den avser då en växtsort och undantaget i art 53(b) EPC blir tillämpligt. Det kan t o m vara så att resultatet av uppfinningen i själva verket är en växtsort. En sådan uppfinning kan alltså inte patenteras. Det följer av *PGS* och bioteknikdirektivet art 4.2.

Om uppfinningen i stället utförs på en grupp växter på högre nivå än ”sort” anses inte uppfinningens tillämpning tekniskt begränsad till en viss växtsort. En sådan uppfinning kan patenteras, även om den inom sitt tillämpningsområde omfattar växtsorter. Det följer av beslutet i *Novartis* att ett patentkrav som inte är tillåtet måste avse en bestämd växtsort som sådan eller flera bestämda växtsorter som sådana. Ett allmänt krav till växter kan godtas.

Problemet med den tolkningen är att varje växtgrupp av högre rank än ”sort” består i sin tur av mindre växtgrupper, växtsorter. Det har ansetts att sådana större växtgrupper inte är växtsorter därför att växterna inom gruppen skiljer sig så mycket åt sinsemellan att de har

svårt att uppfylla kravet på ”enhetlighet” inom växtförädlarrätten.¹³¹ Det är emellertid oklart hur högre rankade växtgrupper skall betraktas i sammanhanget.

Det stod klart från *PGS* att den aktuella uppfinningen kunde utföras på vilka växter som helst, men var avsedd att användas på växtsorter. TBA utgick från patentets arbetsexempel, som utfördes på växtsorter av tobak. Frågan är om det är avgörande för tolkning av patentkraven att uppfinningens tillämpning är ämnad för en viss växtsort, trots att uppfinningen faktiskt kan tillämpas på fler växter än växtsorten i arbetsexemplet. Från det perspektivet verkar *PGS* och *Novartis* endast skilja sig åt genom att EBA ansåg att uppfinningens tillämpningsområde var vidare i det senare beslutet. Patentkravet i *PGS* var ju inte formulerat som en sortbeskrivning, men ändå fann TBA att uppfinningens konkreta form var en växtsort. Tolkning av patentkraven avgjorde i båda fallen. EBA har definierat omfattningen av begreppet ”växtsorter” och fastställt att patent kan beviljas om en uppfinning omfattar växtsorter men inte definierar individuella sådana. I det konkreta fallet kommer emellertid tolkning av patentkraven att avgöra frågan om patentet avser en växtsort eller ej. Om odlingssättet för en växt i patentansökningens arbetsexempel är avgörande blir konsekvenserna av *PGS* väldigt långtgående, då de flesta växter som förändras med genteknik endast odlas i form av växtsorter. Osäkerheten om vad som avses med att en uppfinnings tillämpning är begränsad till en viss växtsort består.

Gentekniska förfaranden som används för tillverkning av nya växter kan patenteras. De är ofta tillräckligt tekniska för att undvika undantaget för ”väsentligen biologiska förfaranden för tillverkning av växter” i art 53(b) EPC. Om en växtsort blir en direkt produkt av ett sådant förfarande, ges skydd även för denna produkt enligt art 64(2) EPC.¹³² Det gäller även om produkterna som sådana är undantagna från patent.

8.2 *Omfattningen av patent på växter*

Patent på växter skyddar först och främst växten med den patenterade specifika och begränsade förändringen i växtens genom. Det omfattar kommersiellt utnyttjande av vilken växtsort som helst med den patenterade genen. Den förändrade växten med den specifika

¹³¹ Moufang, s 347

patenterade genen är skyddad, men inte det totala genomet, därför att ett patent på en växtsort inte är möjligt. Det medför problem med patentets skyddsomfång.¹³³ Patentet omfattar otvivelaktigt växtsorter med den främmande genen inom sitt skyddsområde.

Patent kan endast ges på uppfinningar som är nya. Nyheten i en genetiskt förändrad växt finns antingen i den främmande, tillagda DNA-sekvensen eller sekvenserna, eller i kombinationen av den nya genen eller de nya generna med växtens genetiska helhet (växtens genom innan förändringen). Ett patent kan inte monopolisera det kända genomiska materialet som sådant och inte heller det genomiska materialet i kombination med andra (dvs icke krävda) DNA-tillägg.¹³⁴

Ett patent enligt art 64(2) EPC ger exklusivt skydd endast för den direkta produkten av förfarandet. Innehavaren av patent på ett förfarande för genetisk modifiering är inte berättigad till exklusiva rättigheter vare sig på ytterligare mångfaldiganden av det ursprungliga växtmaterialet eller på växtmaterial av andra sorter som utvecklats från det ursprungliga materialet. Det materialet kan beviljas växtförädlarskydd.¹³⁵

Omfattningen av ett genpatent kan inte innefatta en växt eller växtdel som karakteriseras av de kännetecken som genen uttrycker. Ett genpatent skyddar inte växten som genen sitter i. Patenthavaren kan använda genen själv eller erbjuda andra att använda den genom ett licensförfarande. Växtförädlare som vill använda genen i syfte att ”bygga in” den i en ny växtsort måste få tillstånd från patenthavaren.¹³⁶

9 Slutsats

Undantaget i art 53(b) EPC för patentskydd för växtsorter har på grund av framstegen inom biotekniken och gentekniken blivit mycket betydelsefullt. Vid bestämmelsens tillkomst kunde

¹³² Art 64(2) EPC: ”If the subject-matter of the European Patent is a process, the protection conferred by the patent shall extend to the products directly obtained by such process”.

¹³³ Farm Animal Industrial Platform, s 31-32

¹³⁴ Crespi, s 182

¹³⁵ National Council for Agricultural Research, s 4 f

¹³⁶ A a, s 19

man inte förutse den utveckling som skulle komma. Ny teknik möter idag äldre lagstiftning. Det har medfört problem vid tillämpning av bestämmelsen.

Praxis inom patenträtten har fastställt att begreppet ”växsort” i art 53(b) EPC skall motsvara begreppet inom växtförädlarrätten. Man har på så sätt försökt skapa ett enhetligt system utan luckor. Förändringar i växtförädlarrättens bestämmelser har dock medfört att systemet idag inte är ”heltäckande”. Det finns växtmaterial inte kan skyddas vare sig enligt patenträtten eller växtförädlarrätten.

Problemet med att bestämma vilket sorts växtmaterial som skall patenteras eller ej kvarstår. Praxis har inte lyckats att klargöra fördelningen mellan patenterbara växter och icke patenterbara växsorter. Det beror på att det faktiskt inte går att skilja de två systemen åt då de skyddar olika ting. Det får konsekvenser i praktiken.

Det finns en stor efterfrågan för patentskydd för växtupppfinningar. Växtförädlarrätten skyddar bara växsorter. Patent kan skydda många olika former av växter och växtmaterial. Idag avgörs om ett växtmaterial anses vara en växsort och därmed undantagen från patent genom tolkning av patentkraven. En uppfinning vars tillämpning är tekniskt begränsad till en viss växsort är inte patenterbar. Motsatsvis är en uppfinning vars tillämpning inte är tekniskt begränsad till en viss växsort patenterbar. Inom EPO har patentkraven tolkats för att avgöra om de aktuella uppfinningarna är växsorter eller ej. Patentkraven får därmed stor betydelse och det kommer att vara mycket viktigt att formulera sig ”rätt” för att undvika patentkrav på en bestämd växsort. Det är inte önskvärt att patentombudens verbala skicklighet blir avgörande för om patentkrav på växter godtas i det enskilda fallet. Som situationen ser ut idag upprätthålls undantaget i art 53(b) EPC genom en artificiell uppdelning av växtmaterial i växsorter och annat.¹³⁷ Det finns ingen naturlig biologisk grund för en uppdelning av det slaget.

Det har förts fram förslag på förändring av systemet. Ett förslag är att patent blir tillåtet för alla sorters växter och växtmaterial (däribland växsorter) som uppfyller kriterierna för patenterbarhet. 1991 års UPOV-konvention hindrar inte längre dubbelt skydd för växsorter. Situationen skulle närma sig den i USA. De som arbetar med växter och växtupppfinningar kan

¹³⁷ Se Llewelyn, s 194

välja den skyddsform som passar bäst. Det skulle krävas ändringar i direktiv 98/44/EG och EPC, men det skulle kanske vara möjligt att genomföra i samband med skapandet av ett EG-patent. Ett annat förslag är att förbjuda patent på allt växtmaterial. Sådant skulle i stället skyddas enligt växtförädlarrätten. Det skulle dock krävas en genomgripande förändring av den skyddsformen. Patent och växtförädlarrätt skyddar ju olika saker och växtförädlarrätten kan som situationen är idag inte nå upp till patenträttens krav på nyhet och uppfinningshöjd.¹³⁸

Sammanfattningsvis har undantaget för patent på växter i art 53(b) EPC tolkats restriktivt inom EPO. Växter som sådana är inte patenterbara. En uppfinning är godtagbar om uppfinningens tillämpning inte är tekniskt begränsad till en växtsort. Om den är tillämplig på en grupp växter av högre rank än sort är den patenterbar.

Den praxis som skapats inom EPO med avseende på begreppet "växtsort" i art 53(b) EPC kan sammanfattas på följande sätt:

- En växt är patenterbar om den inte är en växtsort tekniskt sett, dvs en växt som inte kan uppfylla kriterierna i definitionen på en växtsort enligt växtförädlarrätten.
- En växt är skyddbar i egenskap av produkt av ett förfarande som är patenterbart.
- En transgen växtsort kan på samma gång skyddas enligt växtförädlarrätten och som resultat av ett skyddbart förfarande. (Förfarandet får dock inte begränsas till att genetiskt ändra en bestämd växtsort.)
- En uppfinning för växter kan patenteras, om den är tekniskt tillämplig på en grupp växter större än en sort.

I det enskilda fallet avgör myndighetens tolkning av patentkraven om en uppfinning utgör en växtsort eller ej. Det återstår att se om situationen kommer att förändras i och med arbetet med ett EG-patent. Efter UPOV-konventionens revidering 1991 har ett av skälen till uppdelning i patenterbart och ej patenterbart växtmaterial försvunnit. Det är inte längre förbjudet att skydda växtsorter enligt två system. Det öppnar för en förändring av uppdelningen i patent och växtförädlarrätt som skydd för växter och växtmaterial.

¹³⁸ Llewelyn, s 196

Området är mycket spännande och intressant. Etiska överväganden har stor betydelse. Behovet av immaterialrättsligt skydd för växter är idag mycket stort, tack vare utvecklingen inom biotekniken och växtförädlingen. Rättsläget idag är emellertid oklart och därmed otillfredsställande. Det återstår därför ännu många diskussioner om lämpliga skyddsformer för växter och annat biologiskt material.

Källor och litteratur

Offentligt Tryck

Prop 1996/97:128 Ny växtförädlarrättslag

SOU 1978:23 Växtförädling, Betänkande av 1975 års växtförädlingsutredning

SOU 1995:88 Den brukade mångfalden, Betänkande av Utredningen om Jordbrukets tillgång på växtgenetiska resurser – en landsstudie, Del 1

SOU 2000:103 Att spränga gränser – Bioteknikens möjligheter och risker: Slutbetänkande av Bioteknikkommittén

Rättsfall

RÅ 1990 ref 84

EPO

T 49/83 1984 O.J. EPO, s 112 (Ciba Geigy)
 T 320/87 1990 O.J. EPO, s 71 (Lubrizol)
 T 19/90 1990 O.J. EPO, s 476 (Onko)
 T 356/93 1995 O.J. EPO, s 545 (Plant Genetics System, PGS)
 G 3/95 1996 O.J. EPO, s 167 (Inadmissible referral)
 T 1054/96 1998 O.J. EPO, s 509
 G 1/98 2000 O.J. EPO, s 111 (Novartis)

Övrigt EPO

Notice dated 1 July 1999 concerning the amendment of the Implementing Regulations to the European Patent Convention, O.J. EPO 1999, s 573

Report on the 83rd meeting of the Administrative Council of the European Patent Organisation (5 to 7 December 2000), O.J. EPO 2/2001, s 51

Litteratur

Crespi, Stephen R., *Patents and Plant Variety Rights: Is There an Interface Problem?*, IIC, Vol 23, nr 2 1992 (cit Crespi)

Curry, Judith R, *The Patentability of Genetically Engineered Plants and Animals in the US and Europe – A Comparative Study*, London 1987 (cit Curry)

Domeij, Bengt, *Fokus på Patenträtten – En introduktion till patenträtten*, 1 u, Stockholm 1997 (cit Domeij)

Farm Animal Industrial Platform, *Workshop EU patent directive for farm animal production sector*, fredag 29 maj 1998, Proceedings Köpenhamn Danmark, 1998 (cit Farm Animal Industrial Platform)

Grubb, Philip W, *Patents for chemicals, pharmaceuticals and biotechnology: fundamentals of global law, practice and strategy*, 3 u, Oxford 1999 (cit Grubb)

Holtz, Catarina, *The Outer Limits of Patentability – Biotechnology*, NIR 1996, s 22-34 (cit Holz)

Koktvedgaard, Mogens & Levin, Marianne, *Lärobok i immaterialrätt*, 6 u, Stockholm 2000 (cit Koktvedgaard)

Kooij, P.A.C.E. van der, *Introduction to the EC regulation on plant variety protection*, London 1997 (cit Kooij)

Llewelyn, Margaret, *The Patentability of Biological Material: Continuing Contradiction and Confusion*, EIPR, Vol 5, 2000 (cit Llewelyn)

Moufang, Rainer, *Protection for Plant Breeding and Plant Varieties – A Frontier of Patent Law*, IIC, Vol 23, nr 3 1992 (cit Moufang)

National Council for Agricultural Research, *Plant Breeder's Rights and Patent Rights in Relation to Plant Genetic Engineering, Second Report*, Hague 1989 (cit National Council for Agricultural Research)

Nationalencyklopedin, "http://www.ne.se/jsp/search/article.jsp?i_art_id=311913" 2001-06-25

Nationalencyklopedin, "http://www.ne.se/jsp/search/article.jsp?i_art_id=202726" 2001-06-25

Nationalencyklopedin, "http://www.ne.se/jsp/search/article.jsp?i_art_id=181278" 2001-07-31

Nationalencyklopedin, "http://www.ne.se/jsp/search/article.jsp?i_art_id=348222" 2001-07-31

Nationalencyklopedin, Stockholm 1992 (cit Nationalencyklopedin 1992)

Norstedts Uppslagsbok, 9 u, Stockholm 1992 (cit Norstedts Uppslagsbok)

Roberts, Tim, *Patenting Plants Around the World*, EIPR, Vol 10, 1996 (cit Roberts)

Schatz, Ulrich, *Patentability of Genetic Engineering Inventions in European Patent Office Practice*, IIC, Vol 28, nr 1 1998 (cit Schatz)

Teschemacher, Rudolf, *The patentability of living matter – The Practice of the European Patent Office, with a Comparative Look at the Situation in the United States and Japan*, NIR 1994, s 46-54 (cit Teschemacher)

Westerlund, Li, *Biotech patents: equivalency and exclusions under European and U.S. patent law*, Stockholm 2001 (cit Westerlund)