

Patent pålevende organismer – illustrert ved saken mellom Monsanto og Schmeiser

Av Morten Walløe Tvedt, forsker ved Fridtjof Nansens Institutt

I høst kom EU-domstolen til at Patentdirektivet er gyldig. Norge er bundet i følge EØS-avtalen til å bringe sitt lovverk i samsvar med direktivet. Erfaringer fra andre land viser at patent pålevende organismer reiser flere kontroversielle problemstillinger. En rettssak som har fått stor oppmerksomhet internasjonalt er saken mellom Monsanto og Percy Schmeiser. Denne saken er aktuell siden dommen tar stilling til flere rettslige og faktiske spørsmål i forbindelse med patent pålevende organismer. I et område i Canada tok noen bønder i bruk en genmanipulert og patentert variasjon av veksten raps, som brukes til dyrefôr. En bonde valgte å forsette å dyrke en tradisjonell variasjon av raps. Den genmanipulerte variasjonen spredde seg til hans åkre. Han ble saksøkt for brudd på patentet – og tapte. Dommen reiser flere problemstillinger som er aktuelle i Norge for gjennomføringen av Patentdirektivet.

Sakens faktum

Monsanto har genmodifisert og patentert en type raps, som kalles *Round-Up Ready Canola*. Denne varianten av raps er gjort motstandsdyktig mot det sterke ugressmiddelet *Round-Up*. Det dreper alle andre vekster enn de plantene som er gjort resistente ved hjelp av genmanipulering. Åkrene kan dermed sprayes med det aldrepende middelet – kun genmodifisert raps står tilbake. Jeg tar ikke opp de eventuelle miljømessige problemer ugressmiddelet kan gi. Det nye ved *Round-Up Ready Canola* er motstandsdyktigheten mot ugressmiddelet. Det er ikke raps generelt som oppfyller kravet til *nyhet og oppfinnelse*, men at den er resistent mot *Round-Up*.

Percy Schmeiser holdt frem med å dyrke tradisjonell (argentinsk) raps. I 1997 spredte patenterte raps fra nabogården seg til Schmeisers åkre ved naturlig formering. Monsanto hevdet at Schmeiser med dette hadde krenket patentet. I 1998 brukte Schmeiser av sin avling fra 1997 som såkorn. Monsanto hevdet at dette var en ny krenkelse fordi at han har *fremstilt* deres oppfinnelse. Schmeiser sprøytet ikke, i motsetning til sine naboer, åkrene sine med ugressmiddelet *Round-Up*. Han utnyttet ikke den spesielle og nye egenskapen ved *Round-Up Ready Canola*, som patentet var ment å beskytte. *MONSANTO CANADA INC.* gikk til søksmål mot *PERCY SCHMEISER* (<http://www.percyschmeiser.com>). Schmeiser tapte og ble dømt til å betale USD 120.450 i erstatning med tillegg av saksomkostninger.

Hvilke oppfinnelser skal kunne patenteres?

Et patent er en begrenset rettighet til å forhindre andre fra å utnytte en oppfinnelse for kommersielle formål. Det ikke gir noen umiddelbar rett til å sette oppfinnelsen ut i produksjon eller salg. Vilårene for å bli tildelt en slik enerett er at det som ønskes beskyttet er en *oppfinnelse* i motsetning til en oppdagelse, *den må være ny i forhold til det som var kjent* og endelig må den kunne *utnyttes industrielt*. Hva som kreves for at hvert av disse vilårene skal være oppfylt varierer mellom ulike kategorier av oppfinnelser og mellom forskjellige lands patentpraksis.

Historisk sett er det ingen selvfølge at noen kan gis enerett til utnyttelsen av levende organismer. Patentretten ble utformet med tanke på industrielle oppfinnelser. I den senere tid har noen land utvidet adgangen til å ta patent til å omfatte oppfinnelser som inneholder levende organismer. Utviklingen i noen nasjonale rettssystemer har blitt videreført på et internasjonalt plan ved TRIPs-avtalen (Avtalen om Trade-Related Intellectual Property Rights) under Verdens Handelsorganisasjon (WTO), og på et europeisk nivå med EU-direktivet om rettsbeskyttelse av bioteknologiske oppfinnelser (98/44/EF, Patentdirektivet). Patentdirektivet er en del av EØS-

avtalen. Norge er folkerettslig forpliktet til å gjennomføre direktivet. EØS-avtalen del VII gir Norge en såkalte 'vetoretten' mot nye rettsakter.

Regjeringspartiet Høyre ønsker ikke å nedlegge veto (<http://www.hoyre.no/2000/bibliotek/hbok/hbok-EUROPAP0.html>). Som leder for sentrumsregjeringen mente Bondevik at Patentdirektivet var uakseptabelt for KrF (<http://www.dagsavisen.no/innenriks/2001/01/538735.shtml>). I regjering med Høyre tar han ikke lengre til orde for bruk av vetoretten. Direktivet har blitt til gjennom den interne lovgivningsprosessen i EU, hvor Norge i liten grad deltar. Dette reiser problemstillinger om EØS-avtalens *demokratiske underskudd*. Ved at lovgivning som setter rammen for hva som skal kunne patenteres blir folkerettslig forpliktende må alle som er medlemmer av organisasjonen utvide kretsen av oppfinnelser som kan patenteres etter nasjonal rett.

I saken mellom Monsanto og Schmeiser var det første spørsmålet om det var adgang til å få patent på raps. Schmeiser argumenterte med patentstyrets praksis som rettslig grunnlag for at planten ikke kunne patenteres. Dommeren unngikk å ta stilling til om det var anledning til å gi et slikt patent – patentpraksis ble ikke ansett som noe relevant rettslig argument. Raps kunne patenteres i Canada, fordi det ikke var gjort noe uttrykkelig unntak i patentlovgivningen.

Spørsmålet blir om et tilsvarende patent på *Round-Up Ready Canola* kan gis etter EU-retten. Patentdirektivet artikkel 3 stiller opp som utgangspunkt at oppfinnelser som "består af eller inneholder biologisk materiale" skal kunne patenteres. Dette utgangspunktet begrenses ved at plantesorter og dyreraser unntas fra patenterbarhet. En embedsverksgruppe fra departementene har diskutert konsekvensen av å gjennomføre Patentdirektivet i norsk rett: "Norge må åpne for patentering av planter og dyr – bortsett fra pantesorter og dyreraser – og fremgangsmåter til fremstilling av planter og dyr, og at patentering av gener og celler vil gi patentvern også for planter og dyr som materialet er satt inn i"

(<http://odin.dep.no/jd/norsk/publ/rapporter/012001-220007/index-dok000-b-n-s.html>).

Patentdirektivet pålegger Norge å åpne for patentbeskyttelse for sammensetninger av molekyler (gener), celler hvor disse kodene befinner seg og for organismene hvor disse cellene finnes. Pantesorter og dyreraser skal imidlertid ikke kunne patenteres. Dette reiser en problemstilling i skjæringspunktet mellom jus og biologi: Hvor går grensen mellom henholdsvis et dyr og en dyrerase og mellom en plante og en plantesort? Biologer jeg har vært i kontakt med har ikke hatt klart svar på hvilke kriterier som må legges til grunn for denne sontringen. Det blir derfor en utfordring å etablere en hensiktsmessig og biologisk holdbar sontring. Hvorvidt *Round-Up Ready Canola* må sies å være en 'plante' (og dermed patenterbar) eller 'plantesort' (og dermed ikke patenterbar) er usikkert såvel etter norsk rett som etter EU-retten.

Betydning av at oppfinnelsen formerer seg på naturlig vis

Patentet gir Monsanto en eksklusiv rett til å fremstille, til tilblivelse, bruk og salg av *Round-Up Ready Canola*. Patentrettighet gir innehaveren en rett til å forhindre andre fra å fremstille kopier uten hans tillatelse. For patenterte planter og dyr, som formerer seg, vil imidlertid oppfinnelsen fremstille seg selv uten menneskelig initiativ. Genmodifisert raps spredte seg til Schmeisers åkre med naturlig formering. Han hadde ikke satt i gang noen aktivitet for å fremstille plantene. Han hevdet derfor at planten ikke var omfattet av patentet: Ved å introdusere genmodifisert raps i naturen hadde Monsanto tatt risikoen for naturlig spredning, med den konsekvens at de ikke hadde noen rett til slike eksemplarer. Han hevdet videre at Monsanto måtte ha ansvaret for at deres oppfinnelse ikke spredte seg.

Dommeren la til grunn at plantens naturlig formering ikke begrenset omfanget av patentet. Han avviste at introduksjonen i naturen begrenset Monsanto's rett, og mente at avtalen mellom Monsanto og brukerne av genmodifisert raps var tilstrekkelige forholdsregler for å hindre at raps ikke skal spre seg. Konsekvensen av dommen blir at innehaveren av patentet får en rett til hvert eksemplarene av planten, selv om eksemplarene har oppstått ved naturens egne forplantningsmekanismer. Innehaveren av et patent får rett til fritt voksende eksemplarer. Patentet gir dermed en videre rett enn kun å nekte andre å utnytte det kommersielt.

Dommen illustrerer en grunnleggende forskjell mellom patent på levende organismer og ikke-levende oppfinnelser. For å krenke et patent til en ikke-levende oppfinnelse må en person sette i gang en aktivitet, for eksempel starte produksjon av binders eller ostehøvl. For levende planter og dyr blir utgangspunktet motsatt: De formerer seg, slik at den som skal forhindre brudd på et slikt patent må foreta seg noe aktivt. Enhver kan komme til å krenke et slikt patent uten engang å vite det. Denne grunnleggende forskjellen kommer etter mitt syn ikke tilstrekkelig frem i debatten om patent på levende organismer.

Hva skal til for å krenke et patent?

Monsanto's patent omfatter følgende: I raps er innkodet et gen (del av et DNA), genet produserer et enzym, enzymet gjør planten resistent mot ugressmiddelet. Patentet omfatter genet selv, planten det er innkodet i og planter som inneholder resistente planteceller. Schmeiser hevdet at han ikke hadde krenket patentet, siden han ikke sprøytet med *Round-Up*, og dermed ikke benyttet egenskapen som enzymet produserte. Retten mente at det var uten betydning om plantene ble sprayet. Det at patentet beskrev hvordan oppfinnelsen skulle anvendes innebar ingen begrensning. Det ble krenket ved at plantene hadde utviklet motstandskraft mot *Round-Up*. Monsanto fikk en rettighet til eksemplarene av rapsen uten at de er fremstilt som en følge av oppfinnelsen. Patentet beskyttet altså ikke bare det som er nytt. Etter min mening bør omfanget av patent på levende organismer begrenses slik at det bare er utnyttelse av den eller de spesielle egenskapene som er nye ved oppfinnelsen som krenker patentet. En slik presisering av patentet vil gi rett til den beskyttelsesverdige innsatsen patenthaveren har investert i organismen – ikke mer.

Oppsummering

Dette er noen av problemstillingene som reiser seg som en følge av å anvende patentrettigheter på levende organismer. Patentsystemet hevdes ofte å være verdinøytralt, og at det er andre rettsregler som leder til eventuelle samfunnsmessige skjeve resultater (Embedsverksgruppens rapport side 7–8 og *Patenter og prinsipper* <http://www.forskningsradet.no/bibliotek/forskning/199905/1999050301.html>). Jeg tror ikke at det er grunnlag for en slik verdimessig nøytralisering av patentsystemet. I dommen i saken mellom Monsanto og Schmeiser er det nettopp bruddet på patentet – ikke andre regler – som danner grunnlag for erstatningen.

Hvis Norge skal utvide patentadgangen i tråd med Patentdirektivet, må lovendringen reflektere den grunnleggende forskjellen mellom levende organismer og ikke-levende oppfinnelser. Det at noen kan komme til å krenke et patent uten å foreta seg noe er en helt annen situasjon enn at noen setter i gang å piratkopiere en oppfinnelse.

Det er videre et behov for å etablere klare kriterier for hvilke oppfinnelser som kan patenteres, planter og dyr – og det som ikke skal kunne patenteres, plantesorter og dyreracer. Dette skillet bør komme klart frem av lovgivningen. Uten et slikt klart skille vil patenter lett kunne bli så vide at de forhindrer videreutvikling av planter og dyr.

Standardiseringen av patentreglene på et folkerettslig nivå etablerer en forpliktelse for utviklingslandene til å innføre patentrettigheter på levende organismer. Det er stor forskjell på patentrettslig kompetanse mellom bønder som driver selvbergningsjordbruk og multinasjonale selskaper som utvikler nye planter og dyr. Dette understreker viktigheten av avbalansert patentlovgivning, som tar hensyn til alle deltagere.

Ved en gjennomføring av Patentdirektivet bør Norge ta disse problemstillingene med i behandlingen, slik at vårt patentsystem åpner for det positive ved bruk av patenter. Patentlovgivningen må utarbeides slik at den forhindrer at det oppstår tilsvarende uheldige og utilsiktede virkninger som vi har sett at kan forekomme i dommen mot Schmeiser.

(Trykket i Klassekampen 8. februar 2002)