

VARIÉTÉS VÉGÉTALES ET PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE

Nicole Bustin

Actuellement et sans doute par confluence d'une communication insuffisante et d'une sensibilité sociale nouvelle, les droits de propriété industrielle portant sur le vivant et notamment sur le règne végétal sont très largement débattus et controversés.

Il n'est jamais totalement inutile, même si cette évocation peut sembler superflue, de s'interroger sur les évolutions historiques qui ont conduit à la mise en place d'une «norme juridique». Ce rappel permettra au moins de constater que nos difficultés ne sont plustrès jeunes.

Un peu d'Histoire....

Le premier texte dont on a pu retrouver la trace date de la République de Venise République : la Parte Veneziana du 19 mars 1474 protégeait l'auteur d'une invention pendant 10 années contre la concurrence par imitation. Doit-on rappeler qu'à cette époque lointaine la différence entre «invention» et «découverte» n'existait pas et que tout le génie humain consistait à mettre en valeur les œuvres de la nature sans distinguer entre «agriculture» et «industrie».

L'Angleterre de 1626 voyait naître le «Statute of Monopolies» prévoyait une exclusivité stricte (monopole) en faveur des inventeurs pour la fabrication des produits de leurs inventions...alors que l'objet même du «statute» était de déclarer l'illicéité des monopoles !

Ces règles pionnières tombèrent rapidement en désuétude pour n'avoir plus aucun effet au cours du XVIIIe siècle. En France les encyclopédistes profitèrent des mouvements de la Révolution pour revendiquer une protection gouvernementale appuyée sur des privilèges pour les inventeurs.

Le 7 janvier 1791 d'une loi était promulguée conférant aux «inventeurs»un droit exclusif portant sur toute idée nouvelle dont la manifestation ou le développement peut devenir utile à la société (droit de l'homme résultant d'un contrat social).

En même temps que les encyclopédistes militaient en France, la Constitution des États-Unis d'Amérique incluait, le 10 avril 1790,

une disposition nouvelle par laquelle le Congrès se voyait conférer le pouvoir d'encourager les progrès des sciences et des arts utiles en assurant, pour des périodes limitées, aux auteurs et inventeurs, un droit exclusif sur leurs écrits et découvertes

Plusieurs pays européens rencontraient dans le même temps d'importantes difficultés pour mettre en place un système national de brevet : ainsi l'Allemagne, l'Autriche, en raison de leurs structures (autonomie provinciale ou par état) ; les Pays-Bas et la Suisse qui eurent à faire face aux doctrines libre-échangistes les conduisant à abroger leurs législations nationales.

1883 - Reconnaissance internationale du droit des inventeurs

Ainsi naquit sans doute l'idée d'un congrès international, pour l'examen de la question des brevets, mise en œuvre à l'occasion de l'Exposition universelle de Paris de 1878. Ce Congrès mondial de la propriété industrielle fut la première étape de l'adoption de la Convention de Paris du 20 Mars 1883 pour la protection de la propriété industrielle (signée par : Belgique, Brésil, Espagne, France, Guatemala, Italie, Pays-Bas, Portugal, Salvador, Serbie, Suisse). Cette Convention était destinée à protéger les inventions et le protocole de clôture précisait : «les mots propriété industrielle doivent être entendus dans leur acception la plus large en ce sens qu'ils s'appliquent non seulement aux produits de l'industrie proprement dite mais également aux produits de l'agriculture (vins, grains, fruits, bestiaux, etc..)». Les Etats signataires pouvaient cependant adopter des restrictions nationales.

Mais des doutes sur la protection des obtenteurs (créateurs de variétés végétales)

Sur la base de cette possibilité de restrictions, la plupart des Etats ont donné au mot industrie un sens très étroit souvent limité à la manufacture. Des exclusions touchaient généralement la chimie, la pharmacie et l'alimentation, donc les produits de l'agriculture qu'ils soient végétaux ou animaux. Sur ce dernier point, la crainte générale était que «la protection ne renchérisse des aliments... nécessaires à la grande masse du peuple et que la totalité ne souffre du privilège accordé à un seul.»

De nombreux analystes ont en outre rattaché le refus d'une protection accordée aux sélectionneurs de variétés nouvelles au caractère divin qu'aurait la dispensation des aliments de base à l'humanité (image du pain et du vin). Cependant, le premier droit spécifique ne pouvait ignorer cet aspect fondamental puisqu'il a été publié sous la forme d'un Edit pontifical du 3 septembre 1833 qui précisait notamment «nous devons maintenant nous préoccuper de garantir également la propriété des œuvres qui ont trait au progrès de l'agriculture et de ses techniques par

une méthode plus sûre et plus expéditive que la pratique en vigueur jusqu'à ce jour en matière de concession de privilèges privatifs particuliers.» Par cet Edit, la personne qui découvrait trouvait ou introduisait sur le territoire des Etats pontificaux un nouveau genre important de plante agricole, recevait un droit exclusif de propriété dont la contestation était interdite et dont la durée était de cinq à quinze ans.

Des années plus tard, aux États-Unis, Luther Burbank menait une campagne acharnée pour que ses droits de créateur soient reconnus : «un homme peut obtenir un brevet pour un piège à souris ou un droit d'auteur pour une vilaine chanson, mais s'il donne au monde un nouveau fruit qui ajoutera chaque année des millions à la valeur des récoltes mondiales, il pourra s'estimer heureux d'être récompensé par le simple fait d'avoir son nom associé au résultat qu'il a obtenu». Le Congrès, très réticent, n'accepta d'ouvrir la voie du brevet qu'aux variétés multipliées végétativement autrement que par tubercule. Le but essentiel était de ne protéger aucune variété indispensable au développement de l'agriculture alimentaire, base de la survie humaine ou animale, les plantes ornementales et les fruits étant considérés comme des agréments non indispensables à la survie humaine.

A la même époque, en Italie, la «bataille du blé» permit à Todaro de critiquer vigoureusement la notion de brevet de plante qui, selon lui, ne rendait pas justice à tous les obtenteurs, était inefficace car le constat des multiplications illicites était impossible à réaliser et retardait la sortie des variétés nouvelles.

Dans le même temps, le Bureau international de L'Union internationale pour la protection de la propriété industrielle publiait plusieurs études portant sur la difficulté de protéger les variétés végétales en raison de leur spécificité technique et de l'absence de références juridiques suffisantes.

Bernard Frey-Godet avait dès 1923, reconnu la légitimité de la revendication des obtenteurs et préconisait l'application de principes analogues à ceux des brevets d'invention tout en excluant, la protection par le système «classique» du brevet. L'idée qu'il retint finalement ne fut malheureusement pas à la hauteur de ses ambitions, puisqu'elle préservait l'exclusivité des obtenteurs uniquement sur la base d'une relation marque/nom de variété.

Pendant ce temps, certains Etats européens adoptaient des systèmes législatifs ambigus fondés le plus souvent sur une réglementation embryonnaire relative au contrôle de la qualité des semences à laquelle s'associait une exclusivité sur le nom de la variété. La France, l'Allemagne et la Belgique connaissaient des cas d'école de recours au brevet d'invention «classique» qui se révélait inefficace car non adapté à la matière biologique.

Les pays-Bas en 1941, puis l'Allemagne en 1953 furent les premiers à adopter des dispositions reconnaissant aux obtenteurs une exclusivité sur l'exploitation de leurs variétés, même si celle-ci était limitée aux premières générations (Pays-Bas) ou reposait notamment sur des conditions de valeur agronomique (Allemagne).

Ces textes furent à la base des évolutions internationales ultérieures.

Des revendications professionnelles structurées

Face aux hésitations gouvernementales dans plusieurs Etats, deux associations professionnelles internationales se sont créées : l'ASSINSEL, regroupant les sélectionneurs semenciers et la CIOFORA, regroupant les obtenteurs du secteur des plantes à multiplication végétative. De son côté, l'Association Internationale des Professionnels de la Propriété Industrielle (AIPPI) a adopté une motion à son Congrès de Vienne en 1952 : «Le Congrès est d'avis que, pour parvenir à une protection efficace des nouveautés végétales, il faudrait, dans les législations des pays de l'Union

1 - prévoir, dans la mesure où celle-ci n'est pas déjà accordée, une protection par brevet d'invention ou une protection équivalente, pour les végétaux qui possèdent des propriétés nouvelles et importantes pour leur exploitation, et pour autant que leur multiplication soit assurée ;

2 - mettre sur un pied d'égalité l'aptitude d'une invention à être utilisée en agriculture, sylviculture, culture maraîchère, et autres domaines analogues, et l'aptitude d'une invention à être utilisée industriellement telle qu'elle est réglée par les lois sur les brevets d'invention de nombreux pays.»

Ce vœu de l'AIPPI a été confirmé en 1954 à son Congrès de Bruxelles : « Le Congrès émet le vœu que, dans la législation de chaque pays de l'Union : 1) les inventions se rapportant au domaine végétal soient assimilées, du point de vue de la protection légale, aux inventions industrielles... 2) pour les végétaux qui possèdent des caractères définissables et nouveaux et pour autant que soit assurée leur reproductibilité fidèle, soit prévue, dans la mesure où elle n'est pas encore accordée, une protection par la loi du brevet d'invention, éventuellement amendée, ou par toute autre mesure législative ou réglementaire.»

A son congrès de 1956, l'ASSINSEL émit un vœu tendant à l'organisation d'une conférence internationale en vue d'étudier la question de la protection des obtentions végétales. Cette conférence s'est ouverte à Paris en 1957 et 10 Etats de l'Europe occidentale participèrent à ses travaux qui s'achevèrent le 2 décembre 1961 par l'adoption du texte de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (dite Convention UPOV).

1961 : Reconnaissance internationale du droit des obtenteurs

Le régime élaboré par cette Convention ne s'applique qu'aux variétés végétales en tant que telles, à l'exclusion de tout autre objet.

Sous le nom de brevet de plante ou de certificat d'obtention végétale, plus de 40 pays appliquent aujourd'hui ce système UPOV. Ces pays sont également répartis mais n'intègrent malheureusement que très marginalement l'Asie du sud-est et l'Afrique.

A quelles conditions une variété doit-elle répondre pour bénéficier d'une protection ?

A quelles conditions une variété est-elle protégeable ?

La variété doit être *nouvelle*, c'est à dire qu'elle ne doit jamais avoir été offerte à la vente ou commercialisée sur le territoire de la demande ni depuis plus de 4 ou 6 ans sur les autres territoires - à rapprocher du critère de non divulgation. (*certains pays accordent un «délai de grâce d'un an», c'est à dire que la variété peut avoir été commercialisée sur le territoire de la demande pendant les douze mois qui précèdent le dépôt*)

La variété doit être *distincte*, c'est à dire qu'elle doit se différencier par un caractère important ou plusieurs caractères dont la conjugaison équivaut à un caractère important, des variétés de la même espèce notoirement connues. Ces variétés notoirement connues constituent la collection de référence qui comprend toutes les variétés protégées ou inscrites à un catalogue officiel, toutes les variétés en cours d'instruction et toutes les variétés commercialisées ou librement cultivées dont les services officiels peuvent avoir connaissance. En particulier, les services officiels doivent coopérer entre eux pour mettre en commun toutes leurs connaissances disponibles afin de ne pas approprier un matériel qui était du domaine public bien que non officiellement enregistré. C'est ainsi que, dans toute la mesure de ses possibilités, tout service officiel doit tenir compte de la «flore naturelle» (au sens générique). Bien avant que ces thèmes soient à la mode, des demandes ont été présentées en France qui ont été rejetées parce qu'elles portaient sur des «variétés» représentant un type botanique naturel ; tels furent le cas d'une aubergine et de deux cardons qui ont pu être rattachés à des types naturels de Chine et du Pérou. Il faut honnêtement reconnaître que nos connaissances ne sont pas complètes et ne peuvent humainement être parfaites. En particulier, le secteur des plantes ornementales est porteur de nombreux risques car les évolutions de la sélection variétales y sont moins technologiques. Le travail des ingénieurs examinateurs serait sans doute facilité par une documentation bibliographique plus précise qui oriente mieux nos investigations.

La variété doit être suffisamment *homogène et stable* compte tenu des particularités de son système de reproduction ou de multiplication (identité des individus entre eux et des générations successives) - à rapprocher, pour ce domaine propre, du critère d'applicabilité industrielle. Les exigences d'homogénéité et de stabilité sont évidemment relatives ; cependant l'exigence d'homogénéité sera très importante pour tout caractère utilisé pour la distinction de la variété.

Le procédé d'obtention est indifférent et n'est pas pris en compte pour la délivrance du titre. (absence à la fois d'exigence d'activité inventive et d'obligation de décrire le processus inventif et donc absence de rôle d'enseignement).

La variété doit appartenir au règne végétal, ce qui pose la question de l'appartenance à ce règne d'organismes vivants tels que les champignons ou les algues microscopiques et les organismes unicellulaires.

La variété doit enfin recevoir une *dénomination variétale* qui est sa désignation générique. La dénomination est le nom de la variété et est attribuée, après un contrôle administratif des critères propres de recevabilité, sous la responsabilité du demandeur. Elle permet d'identifier la variété sans risque de confusion par rapport aux variétés voisines (qui appartiennent à la même espèce ou au même groupe d'espèces - ainsi les céréales à paille ne forment qu'un seul groupe -), sans risque d'erreur quant à l'origine génétique de la variété, ses caractéristiques ou la personne de son obtenteur.

L'absence d'exigence d'activité inventive a conduit à classer la protection des obtentions végétales dans la partie «protection des connaissances techniques» du Code de la Propriété Industrielle en France. Il ne semble pas que cette classification puisse être contestée.

Quels droits sont attachés à un certificat d'obtention végétale ?

S'il est octroyé, «le certificat d'obtention végétale «confère à son titulaire un droit exclusif à produire, à introduire sur le territoire..., à vendre ou à offrir en vente tout ou partie de la plante, ou tous éléments de reproduction ou de multiplication végétative de la variété considérée et des variétés qui en sont issues par hybridation lorsque leur reproduction exige l'emploi répété de la variété initiale.». Ce droit ne s'exerce que sur la variété identifiée par le certificat d'obtention végétale. Le droit est accordé pour une durée de 20 ou 25 ans (selon les espèces) à compter de la délivrance. La période comprise entre la demande de protection et la délivrance du titre est généralement couverte par une protection provisoire : le demandeur peut exercer tous les droits attachés au titre ; si le titre est finalement refusé ou la

procédure interrompue à l'initiative du demandeur, la responsabilité de ce dernier est engagée puisqu'il aura exercé abusivement un droit auquel il ne peut finalement pas prétendre. Pratiquement, cette responsabilité n'a que très rarement été mise en œuvre.

L'exclusivité s'exerce soit par une exploitation «personnelle» exclusive, soit par sa délégation sous forme juridique de contrats de licences donnant lieu à versements de redevances. Les nécessités d'exploitation des variétés végétales interdisent pratiquement la voie de l'exploitation exclusive personnelle.

La violation de cette exclusivité par des tiers est sanctionnée par une action en contrefaçon devant certains tribunaux de grande instance (un nombre limité de tribunaux a été fixé pour permettre à ceux-ci d'avoir une ou des chambre spécialisées). Si la contrefaçon est démontrée, une condamnation à dommages-intérêts est prononcée, souvent assortie de l'obligation de procéder à un certains nombre de publications dans les organes de presse spécialisée.

Les droits du titulaire d'un certificat sont soumis à une règle «d'épuisement». Très schématiquement, cette règle a pour but de limiter l'exercice des droits à une action par cycle : une autorisation et une redevance maximum pour un cycle de reproduction ou de multiplication végétative. Le droit est épuisé sur le territoire économique visé (pays ou union économique d'Etats). Les règles relatives à la licéité des produits importés étant complexes, on retiendra que la prudence s'impose (*notion d'importation parallèle*).

Le principe du libre accès à la variabilité génétique... protégée ou non

Toute variété protégée est librement utilisable comme source de variation génétique pour la création de nouvelles variétés et l'autorisation de l'obteneur protégé n'est pas nécessaire pour la commercialisation des variétés nouvelles ainsi obtenues. On voit que si une exclusivité d'exploitation commerciale est accordée à l'obteneur, celui-ci n'ayant pu travailler que sur la base de la variabilité existante, il lui est interdit de confisquer à son seul profit la variabilité à laquelle il a lui-même contribué. Cet élément est véritablement l'un des points fondamentaux de la protection des obtentions végétales et l'auteur conçoit avec difficulté que des restrictions plus sévères soient formulées quant au libre accès à la variabilité génétique naturelle. Dans tous les pays membres de l'UPOV à l'exception de la France, la reproduction d'une variété n'est interdite que si elle est réalisée à des fins de commercialisation des semences ou éléments de multiplication ainsi reproduits. Il s'agit d'une interprétation stricte de la Convention de 1961. En France, toute multiplication,

même pour les besoins propres de l'exploitation agricole, est théoriquement soumise à l'autorisation préalable du titulaire des droits. Cette situation juridique a donné lieu à un conflit judiciaire entre certains obtenteurs de céréales et les agriculteurs utilisateurs ; ce conflit a révélé un problème social important dont on verra qu'il a été pris en compte dans l'évolution du droit par l'édification d'une exemption spécifique en faveur des semences de ferme.

Il se peut qu'un droit ait été attribué à tort ou ne doive pas être maintenu.

Un droit qui peut être annulé et dont on peut être déchu

La nullité *ab initio* ne peut être prononcée que par décision judiciaire. Certains Etats attribuent cette compétence à l'administration qui avait le pouvoir initial d'octroyer le droit.

Est déclaré nul le certificat d'obtention végétale accordé pour une variété qui n'était pas nouvelle ou distincte au moment de l'enregistrement de la demande (*les éléments faisant obstacle à l'une ou l'autre de ces conditions n'avaient pas pu être mis en évidence au cours de l'instruction*).

Est déchu de son droit in futurum le titulaire d'un certificat d'obtention végétale qui n'a pas acquitté dans les délais la redevance annuelle de maintien en vigueur de son droit ou qui n'est pas en mesure de présenter à l'administration du matériel en état de végétation de sa variété protégée ou qui refuse de se soumettre aux inspections de l'administration destinées à contrôler la « maintenance » de la variété protégée, ou dont la variété n'a pas été maintenue conforme à la description telle qu'elle a été établie au moment de la délivrance de la protection.

La science avance... le Droit en prend note et évolue

Pour raisonnable qu'il paraisse, ce droit strictement défini n'est plus un outil efficace dans le contexte scientifique actuel.

La France avait dès 1983 demandé que soit étudié un système de dépendance propre aux obtentions végétales afin de renforcer la protection des obtenteurs contre les démarquages de leurs variétés protégées. Certains parlent alors quelquefois de façon excessive de « variétés pirates ». En effet, des revendications justifiées avaient été enregistrées de la part d'obteneurs de plantes à multiplication végétative (œillets, chrysanthèmes, bégonias) dont les espèces fortement mutagènes (voire chimériques) se prêtaient particulièrement à une sélection par isolement très rapide de mutations. Celles-ci

apparaissent dès la première année d'exploitation commerciale chez tous les producteurs. Certaines mutations, sélectionnées pour leur extrême proximité de couleur avec la variété protégée, violent manifestement l'exclusivité de l'obteneur «original», d'autres n'apportent que des modifications triviales. Le secteur des espèces à reproduction sexuée n'était pas exempt de possibilités de démarquage dont le but était simplement d'échapper à l'exclusivité de l'obteneur protégé : lignées de maïs désanthocyanées ou pour lesquelles la faiblesse de l'activité de sélection ne conduisait qu'à une modification servile (résistance à l'*helminthosporium tersicum* par exemple). Cette idée de dépendance avait été repoussée pour respecter l'intangibilité du principe de libre accès à la variabilité génétique.

Peu de temps après, la demande française a été puissamment relayée par l'ensemble des professionnels, y compris (voire surtout) les professionnels de l'industrie agissant dans le domaine des biotechnologies.

Il apparaissait en effet que les biotechnologies allaient devenir un élément essentiel de la sélection variétale (notamment). Or, les innovations de ce secteur seraient couvertes par le droit du brevet, qui connaît un régime de dépendance favorable au breveté. Elles pourraient être appliquées aux obtentions végétales protégées qui échappaient à un tel régime.

Un équilibre devait donc être trouvé entre les deux systèmes de protection sans pour autant renoncer au principe du libre accès à la variabilité génétique afin de ne pas freiner l'apparition de variétés nouvelles qui ne peuvent être créées qu'à partir des ressources pré-existantes.

Certaines autres questions devaient être résolues et l'Union internationale pour la Protection des Obtentions végétales a donc décidé la tenue d'une conférence diplomatique, précédée de nombreuses réunions d'experts de l'ensemble des secteurs gouvernementaux et non-gouvernementaux concernés tant par les industries de la biotechnologies que par la sélection variétale. L'acte révisé du 19 mars 1991 constitue le résultat de ces travaux.

Le Droit enregistre aussi les faits de société...

Les modifications apportées par ce texte représentent ce que devra être le droit des obtentions végétales au cours des prochaines années. Il est sans doute utile de préciser que ces nouvelles dispositions ne remplacent pas encore celles en vigueur en France ; un acte international de cette nature n'entre en vigueur, internationalement, qu'après qu'un certain nombre d'Etats l'aient ratifié (*l'acte de 1991 est entré en vigueur en avril 1998*). Il n'est applicable, nationalement, qu'après adoption par le Parlement d'une loi nouvelle conforme aux

dispositions internationales et d'une loi spécifique autorisant la ratification. La France n'a pas encore été en mesure de poursuivre l'ensemble de la procédure législative utile, malgré les avis conformes du Secrétariat Général du Gouvernement et du Conseil d'Etat. En effet, dans un souci de bonne gestion politique et sociale des rapports entre les différents acteurs de la filière «semences» (obtenteurs, producteurs-multiplieurs, agriculteurs), le ministère de l'agriculture souhaite qu'un accord consensuel intervienne entre les obtenteurs et les «utilisateurs» afin d'assurer la sérénité du débat parlementaire. Un tel consensus particulièrement délicat à obtenir pour des raisons diverses, nationales ou plus larges : campagnes céréalières difficiles certaines années, projets de révision des «aides communautaires» à certaines productions etc. Les motivations sociales de ce retard sont compréhensibles mais il est évident que les «techniciens» de la protection des obtentions végétales déplorent que la profession française ne puisse pas bénéficier des nombreux progrès réalisés par le texte de 1991 au motif de la négociation d'une seule de ses dispositions.

Les modifications plus techniques du texte de 1991

Le **texte de 1991** édicte que le régime de la protection des obtentions végétales doit s'appliquer à *toutes les variétés du règne végétal*. Il ne sera donc plus possible de maintenir une liste limitative d'espèces protégées (de ce point de vue, le décret du 28 décembre 1995 publié au Journal Officiel du 4 janvier 1996 est déjà en accord avec la version révisée de la Convention). Afin de définir son champ d'application, limité aux variétés végétales en tant que telles alors que le droit des brevets s'applique à toutes les autres innovations (y compris celles agissant dans le domaine végétal) ; le nouveau texte comprend une *définition absolue de la variété*, qui n'est bien entendu pas limité à la variété protégeable (article 1er). Les *conditions techniques* (distinction, homogénéité et stabilité) d'accès à la protection *n'ont pas été fondamentalement modifiées* mais la condition de *nouveauté* a été *aménagée* de manière à permettre un «test commercial» grandeur réelle : une variété est désormais nouvelle dès lors qu'elle n'a pas été commercialisée depuis plus d'un an sur le territoire où la protection est demandée («*délai de grâce d'un an*») ; les délais de commercialisation autorisés sur les autres territoires n'ont pas été modifiés. La notion de «territoire de la demande» a été précisée : ce peut être soit le territoire national, soit un territoire plus étendu si certains accords inter-gouvernementaux l'exigent (ce qui est le cas de l'Union européenne pour ses Etats membres). Les organisations inter-gouvernementales peuvent d'ailleurs devenir, en tant que telles, membres de l'UPOV ce qui permettra à l'Union Européenne de devenir membre de l'UPOV, sur la base du Règlement communautaire pour la protection des obtentions végétales de juillet 1994.

Certaines modifications de style ont été apportées aux conditions de contrôle des conditions techniques ; elles ont pour but de permettre aux États membres de procéder à l'examen préalable sous des formes très diverses : examen par des structures officielles, coopérations entre structures officielles et obtenteurs, examen par l'obtenteur lui-même sous contrôle officiel, examen par l'obtenteur et délivrance des droits sur cette seule base (les différentes méthodes sont déjà mises en œuvre, l'Europe utilisant l'examen par des structures officielles, l'Australie et la Nouvelle-Zélande la procédure de coopération et les États-Unis la procédure d'examen par l'obtenteur).

Les modifications les plus importantes interviennent cependant dans la définition des droits octroyés à l'obtenteur par un «certificat d'obtention végétale» (ou un brevet sui generis dans les pays mettant en œuvre le système UPOV sous couvert de leur droit de brevet, comme c'est le cas en Italie ou en Hongrie par exemple).

Un Droit économiquement plus fort

Les actes couverts par *l'exclusivité de l'obtenteur* ont été précisés : ils ne se limitent plus à la commercialisation stricte du matériel de reproduction ou de multiplication de la variété protégée, mais à une *série d'actes* qui peuvent être résumés comme *visant à l'exploitation commerciale de la variété* (article 14) (*sans atteindre totalement le niveau de droit consenti par le texte de 1991, le dernier décret français représente une avancée importante des droits des obtenteurs*). Les mêmes actes sont réservés à l'exclusivité de l'obtenteur lorsqu'ils sont effectués sur le matériel de récolte, sauf si l'obtenteur a pu faire valoir son droit sur le matériel de propagation. Le même principe est applicable, mais au choix des États, au produit directement fabriqué à partir du produit de la récolte. Le but de cette «cascade» qui n'en est pas une en fait puisque «un pion chasse l'autre» est d'assurer à l'obtenteur qu'il pourra faire valoir ses droits en repérant sur le marché une présence anormalement massive (au regard des licences qu'il a consenties) de produit consommable de sa variété (grain, fruit ou fleur) ou le cas échéant, une quantité de produit transformé (essences par exemple) tout en préservant la sécurité juridique liée à l'obligation d'exercer ses droits le plus précocement possible (on ne peut agir sur le produit transformé que si l'on n'a pu matériellement agir ni sur le matériel de récolte, ni sur le matériel de propagation ; il ne suffit donc pas de n'avoir pas répondu à une offre d'entrer en pourparlers à un stade précoce pour agir en contrefaçon à un stade plus tardif).

Le texte précise à présent que les *droits de l'obtenteur s'étendent aux variétés insuffisamment distinctes de sa variété protégée*. En effet, il semble que certains doutes existaient sur ce point dans l'esprit de

certains intervenants. Une variété peut être distincte d'une variété protégée sans pour autant l'être suffisamment pour mériter une protection. Dès lors qu'il n'y a pas identité absolue des deux matériels, y a-t-il ou non contrefaçon ? La logique juridique de gestion d'un droit économique tend à une réponse positive alors que la réalité technique (ce n'est pas rigoureusement la même chose) tend à faire douter. Ce qui, pour certains, allait sans dire va donc beaucoup mieux en le disant, à cette question la réponse est : oui, il y a contrefaçon.

Effets et limites de l'essentielle dérivation : une notion technique au service d'une recherche concertée

L'innovation réside surtout dans l'introduction d'un lien de dépendance entre certaines variétés puisque le texte précise maintenant que *le droit de l'obteneur s'étend aux variétés essentiellement dérivées de sa variété protégée*, à condition que celle-ci ne soit pas elle-même une variété essentiellement dérivée. Qu'est-ce qu'une variété non essentiellement dérivée ? C'est une variété initiale en ce qu'elle est «originale» au sens commun du terme, dans l'esprit des auteurs de l'acte de 1991. Une variété essentiellement dérivée est une variété qui reprend l'essentiel du génome de la variété initiale, sauf les modifications résultant du processus mis en œuvre pour obtenir la dérivation essentielle. Quelques exemples de procédés qui peuvent, mais n'aboutissent pas nécessairement, à une variété essentiellement dérivée, sont donnés dans le texte (mutation, introduction d'un gène, retro-croisements...). La rupture de cascade de dépendances en n'ouvrant cette extension qu'au profit des variétés «initiales» permet de préserver un courant de sélection, tout comme la définition restrictive de l'essentielle dérivation, qui ne doit pas être confondue avec le simple fait d'utiliser une variété protégée dans le pedigree d'une autre variété (programme d'hybridation traditionnel). Cette extension vise à protéger l'obteneur contre l'exploitation quasi directe de son travail de recherche par des tiers, sans qu'il puisse bénéficier d'une quelconque retombée économique. Ceci n'implique évidemment pas la valeur économique relative de la variété initiale par rapport à la variété essentiellement dérivée.

En contrepartie des exceptions plus précises

En compensation de l'extension forte des droits reconnus à l'obteneur, le texte renforce les **exceptions et exemptions** au profit des tiers.

Il est précisé que les *utilisations personnelles à des fins non commerciales* d'une variété protégée échappent au droit de l'obteneur, de même que *l'utilisation à des fins expérimentales ou de recherche y*

com pris la création d'autres variétés ; la commercialisation des variétés obtenues par l'utilisation d'une variété protégée comme source de variabilité génétique n'est pas soumise à l'autorisation préalable de l'obtenteur de la variété protégée, sauf si la variété ainsi obtenue est une variété essentiellement dérivée.

Il est également précisé que l'obtenteur a épuisé son droit dès lors qu'il l'a exercé une fois au cours d'un cycle de reproduction ou de multiplication et qu'il ne peut interdire l'exportation vers des territoires n'appliquant pas de régime de protection si cette exportation est réalisée à des fins alimentaires.

Enfin, le texte normalise ce qui a été longtemps désigné sous l'appellation maladroite de «privilege de l'agriculteur» en prévoyant que les Etats peuvent, sous réserve de préserver l'intérêt légitime de l'obtenteur, autoriser les agriculteurs à réserver une partie du produit de leur récolte d'une variété protégée pour le réensemencement de leur propre exploitation. Une telle utilisation ne peut pas être considérée comme à des fins personnelles puisqu'elle vise à la commercialisation du produit de la récolte future ; s'agissant d'un acte de reproduction, suivi d'un acte de production aux fins de commercialisation, l'absence d'une exemption exprès soumettrait cette activité de l'agriculteur à l'autorisation préalable de l'obtenteur, le défaut d'autorisation conduisant à la qualification de contrefaçon. Cette exception au droit de l'obtenteur est désormais connue sous la désignation d'*exception en faveur des semences de ferme*.

Un droit qui peut toujours être annulé....

Les conditions de **déchéance** n'ont pas été modifiées. Par contre, les conditions de **nullité** ont été complétées en conséquence de l'assouplissement éventuel des conditions d'examen technique. Dans le cas où le droit aura été octroyé sur la base d'un examen dont les résultats ont été fournis par l'obtenteur, est déclaré nul le droit relatif à une variété qui n'était pas homogène au moment de la demande.

Une première application européenne

La première application de ce nouveau texte est le Règlement publié au Journal officiel des Communautés Européennes du 1er septembre 1994, qui s'applique pratiquement depuis le 27 avril 1995.

Un Règlement est une loi à l'échelle de l'Union européenne ; il s'applique immédiatement sur tout le territoire de l'Union sans avoir besoin d'être retranscrit dans les législations nationales.

Ce règlement est mis en œuvre par l'Office communautaire des variétés végétales que la France a eu la chance d'accueillir à Angers. est chargé de sa mise en œuvre.

La durée des droits accordés est de 20 ou 25 ans selon les espèces ; des décisions ultérieures permettront de prolonger cette durée à 30 ans maximum pour certaines espèces (ainsi la pomme de terre, les arbres fruitiers et forestiers bénéficient d'une protection portée à 30 ans).

La possibilité d'étendre les droits de l'obtenteur aux produits directement fabriqués à partir du produit de la récolte est ouverte par le texte mais ne sera appliquée que sur décision ultérieure, espèce par espèce (aucune décision à ce jour).

Pour équilibrer les droits de l'obtenteur et prendre en compte l'intérêt général, le règlement prévoit un régime de licence obligatoire si une variété, d'intérêt public, n'est pas suffisamment développée dans l'intérêt général. Une licence obligatoire pourra également être demandée par l'obtenteur d'une variété essentiellement dérivée auquel le titulaire des droits sur la variété initiale refuserait une licence d'exploitation. (la condition d'intérêt public devra être précisée conformément à la condition similaire fixée en brevet biotechnologique : la condition serait désormais qu'il existe un progrès technique important d'un intérêt économique considérable). La démonstration de l'intérêt public d'exploiter cette variété essentiellement dérivée devra être faite. Il convient de noter que, conformément aux exigences formulées pour tout droit de propriété industrielle, une licence obligatoire ne pourra être demandée que si une tentative contractuelle a préalablement échoué.

Le texte prévoit la mise en œuvre de la notion de «semences de ferme». Seul est accordé le maintien de la pratique traditionnelle de réutilisation par les agriculteurs d'une partie de leur récolte aux fins de réensemencement : les semences de fermes ne concernent donc que les variétés autogames de certaines espèces de grande culture dont la liste limitative est fixée par le texte. L'obtenteur devra recevoir une rémunération, celle-ci étant sensiblement inférieure à la redevance normale pratiquée pour la variété. Un Règlement d'application fixe d'une manière très large les modalités d'établissement du montant de cette rémunération. Volontairement, le dispositif renvoie très largement à des négociations contractuelles entre les parties concernées. En effet, un «dialogue» avait été instauré entre les associations communautaires d'obtenteurs, d'une part, et d'agriculteurs multiplicateurs, d'autre part, la Commission ayant accepté d'animer ce dialogue, pour aboutir à un compromis d'application de cette notion. Cette tentative a échoué. On se doute

qu'il s'agit là d'un sujet de portée politique très importante puisqu'il faut à la fois permettre aux agriculteurs de poursuivre une pratique à laquelle ils sont très attachés, surtout dans un contexte économique difficile et d'assurer aux obtenteurs un retour sur investissements à la mesure de l'utilisation de leurs variétés nouvelles.

Les informations qui précèdent n'ont trait qu'à protection de leurs créations offerte aux obtenteurs de variétés végétales.

Un Droit qui s'intègre dans un système de gestion réglementaire

Au delà, il faut savoir que le secteur des variétés végétales est un secteur très réglementé et contrôlé.

Ainsi, les variétés appartenant aux espèces de grande culture ou potagères les plus importantes doivent être inscrites au **Catalogue Officiel** pour pouvoir être produites et commercialisées sur le territoire de l'Union Européenne. Pour être inscrites, toutes les variétés doivent satisfaire à une épreuve de distinction-homogénéité-stabilité identique à celle réalisée pour la protection des obtentions végétales. L'épreuve de distinction est réalisée, selon les textes, sur la base d'une collection de référence «limitée» aux variétés notoirement connues à l'intérieur de l'Union Européenne. Les variétés appartenant à des espèces de grande culture subissent en outre une épreuve de valeur agronomique et culturale où elles démontrent leur absence de défauts majeurs et des qualités au moins égales aux variétés les plus cultivées sur notre territoire. Ces mêmes variétés de grande culture circuleront ensuite sous forme de semences certifiées conformes au standard qui les représente dans les collections officielles. Cette **certification**, obligatoire, est délivré par un service officiel de contrôle et de certification. La certification est facultative pour les espèces potagères qui peuvent en outre échapper à l'ensemble de ce volet réglementaire si elles sont exclusivement commercialisées que sous forme de jeunes plants. Il existe également en France un catalogue officiel facultatif pour les espèces fruitières. Cependant, l'organisation en filière des pépiniéristes et arboriculteurs repose essentiellement sur la diffusion d'un matériel d'excellente qualité sanitaire ; l'assurance d'une excellente qualité sanitaire, d'un niveau nettement supérieur aux normes européennes, est assise sur un système de certification national auquel ne peuvent accéder que les variétés inscrites à notre catalogue. Il convient donc de considérer que toute variété fruitière susceptible d'un bon développement doit être inscrite au catalogue officiel pour répondre aux souhaits des arboriculteurs.

Les autres outils de maîtrise du progrès

En outre, selon le procédé d'obtention qui lui a donné naissance, une variété peut être soumise à la réglementation relative aux **organismes génétiquement modifiés**, c'est à dire que sa dissémination sera soumise à un avis favorable préalable de la **Commission du Génie Biomoléculaire** placée près le Ministre de l'Agriculture, qui réunit des personnalités scientifiques de diverses spécialités et des représentants du Ministère de l'Environnement. Cette Commission émet son avis après s'être assurée que la variété ne présente pas de danger pour l'environnement et la santé humaine ou animale. Pour valoir autorisation de mise sur le marché, cet avis favorable doit être confirmé par chacun des Etats membres de l'Union Européenne ; si un seul Etat émet un avis négatif, le dossier est soumis à une structure communautaire («Comité des 21», voire Conseil des Ministres) avant que la Commission rende la décision finale. La Commission du Génie Biomoléculaire est composée de personnalités scientifiques qualifiées pour émettre un avis sur les risques santé humaine (chercheurs, médecins), santé animale (chercheurs, vétérinaires), environnement (chercheurs, généticiens, agronomes...). Toutefois, l'acceptabilité sociale des «organismes génétiquement modifiés» destinés à l'alimentation animale ou humaine demeure délicate. Pour tenter de donner toutes garanties de sécurité, un débat «citoyen» a été organisé en 1998 d'où est ressortie la nécessité de créer une commission de **bio vigilance** et un système de contrôle de la dissémination des organismes génétiquement modifiés. Ce contrôle, en vigueur depuis cette année a été placé sous la compétence de la direction de la protection des végétaux dont 72 inspecteurs ont été assermentés. Les procès-verbaux d'infractions peuvent donner lieu à des condamnations pénales lourdes (incluant des peines d'emprisonnement) en cas de manquement aux précautions préconisées.

Depuis mai 1997, le Règlement relatif aux **aliments nouveaux** et aux nouveaux ingrédients alimentaires est applicable.; ceci signifie à tout le moins que les variétés consommées en frais (fruits, potagères, maïs épi....) doivent être soumises à une procédure nouvelle tendant à démontrer leur absence de dangerosité pour l'alimentation humaine. Il est actuellement très difficile d'être pédagogique dans la description des effets de ce règlement dont les règles d'application ne sont pas encore fixées. La lecture de ce règlement est en outre très ardue et la compréhension des critères fixés sans doute réservée à des spécialistes.

Il serait dans tous les cas illusoire de penser que la responsabilité civile des acteurs économiques du secteur (obteneurs, agriculteurs, industriels transformateurs) sera limitée par ces précautions réglementaires. Ils seront dans tous les cas responsables des dommages,

même imprévisibles, que leurs variétés causeraient par leurs caractéristiques propres. Le respect des procédures leur permet simplement d'échapper à la mise en cause de leur responsabilité pénale.

Tous les secteurs de l'industrie sont difficiles mais le métier de semencier est aujourd'hui au carrefour de bien des débats sociaux et cette situation ne doit pas conduire à empêcher une circulation fluide du progrès raisonné.

Nicole Bustin

**Comité de la protection
des obtentions végétales
11, rue Jean Nicot
75007 Paris**

