



HAUT CONSEIL DES BIOTECHNOLOGIES

COMITE ECONOMIQUE, ETHIQUE ET SOCIAL

PARIS LE 12 JUIN 2013

« Biotechnologies végétales et propriété industrielle »

* CETTE RECOMMANDATION A ETE ADOPTEE PAR LES MEMBRES PRESENTS ET REPRESENTES A LA SEANCE DU CEES DU 21 MAI 2013 (LISTE EN ANNEXE).

Introduction	3
I. État des lieux et questions posées.....	6
A. Évolution des règles de protection de l'innovation variétale	6
B. Stratégie des acteurs et cartographie de la PI.....	7
1) En ce qui concerne le brevet d'invention	7
Stratégie extensive des acteurs	7
Pratique et jurisprudence de l'OEB	8
Physionomie générale des brevets délivrés	9
2) En ce qui concerne le COV	10
Parer au risque d'appropriation du travail de sélection par les concurrents, notamment demandeurs de brevets.....	10
Mieux faire valoir les droits de PI à l'égard des agriculteurs	11
3) Structures industrielles et PI	11
C. Positionnement des acteurs socio-économiques	11
II. Analyses et pistes d'évolution.....	13
A. PI et risque de blocage de l'innovation végétale.....	13
1) COV et risque de blocage	13
La VED en pratique	13
La proposition d'embargo temporaire sur l'exception de sélection	14
Les Shrink Wrap Licences destinées à interdire la rétro-ingénierie.	14
2) Brevet et risque de blocage	15
Facteurs de blocage	15
Nouveaux facteurs de blocage	16
Limites des solutions légales et contractuelles actuelles	17
B. PI et risque de dépendance des agriculteurs envers l'industrie semencière.....	21
1) La question des semences de ferme	21
2) Le risque de contrefaçon de brevets.....	23
C) PI et diversité génétique des plantes cultivées	25
1) La conservation des ressources phytogénétiques dans le cadre du système multilatéral établi par le TIRPAA	25
2) La conservation <i>in situ</i> et le statut juridique des variétés populations issues de la sélection paysanne	26

Introduction

Ces dernières décennies, le développement des biotechnologies a entraîné de profondes évolutions de la protection juridique des innovations en matière de sélection végétale. Alors qu'en Europe, les variétés végétales¹ étaient traditionnellement protégeables par un mécanisme *sui generis* unique, le certificat d'obtention végétale (COV), c'est désormais un ensemble beaucoup plus vaste d'innovations qui sont aussi susceptibles d'être protégées, par le brevet d'invention.

Importé du modèle américain depuis les années 1980, ce choix a visé à assurer une protection solide aux entreprises investissant dans le domaine du génie génétique végétal, notamment celles qui sont issues du domaine de l'agrochimie². La directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques énonce ainsi que « dans le domaine du génie génétique, la recherche et le développement exigent une somme considérable d'investissements à haut risque [...] » (coûts de la recherche, coûts liés aux demandes d'autorisation de mise sur le marché des plantes GM, etc.) « [...] que seule une protection juridique efficace peut permettre de rentabiliser ». Le texte ajoute qu'il « convient de prendre en compte le potentiel de développement des biotechnologies pour l'environnement, l'utilité de ces technologies pour le développement de méthodes culturales moins polluantes et plus économes des sols ainsi que pour la lutte contre la faim dans le monde ». Ce choix d'offrir une protection par brevet aux inventions biotechnologiques a de fait contribué à stimuler fortement le développement du secteur du génie génétique végétal.

Parallèlement, la brevetabilité des innovations végétales (OGM mais aussi non OGM, comme on le verra) a conduit à rendre plus complexes les règles applicables à la protection des innovations dans ce domaine. Elle produit également des effets socio-économiques dénoncés ou redoutés par de nombreux acteurs – chercheurs, sélectionneurs, agriculteurs notamment. Les inquiétudes tiennent essentiellement à la *concentration* croissante du secteur semencier autour d'un puissant oligopole, concentration elle-même liée à la multiplication des « *exclusivismes* » dans ce domaine. Ce phénomène tient d'abord à un élargissement et à un renforcement de la protection de la propriété industrielle (PI) dans le champ de l'innovation végétale : outre les variétés végétales protégeables par COV, ce sont aussi des procédés, des ensembles de plantes – OGM ou non –, des gènes et caractères, y compris « natifs »³, qui sont désormais protégeables par brevet, ce qui peut contribuer à multiplier les verrous technologiques sur les ressources phytogénétiques, alors même que ces dernières constituent la « matière première » de l'innovation végétale. L'exclusivisme se caractérise ensuite par un renforcement des moyens à disposition pour la défense des droits de PI : textes encadrant l'utilisation de « semences de ferme » par les agriculteurs et contraignant ces derniers soit à renoncer au réensemencement de leur champ avec la récolte issue d'une variété protégée, soit à acquitter une redevance⁴ ; actions judiciaires facilitées par les évolutions législatives (par exemple, la loi du 29 octobre 2007 de lutte contre la contrefaçon) et crainte que les titulaires des droits de PI

¹ La variété végétale est « un ensemble végétal d'un taxon botanique du rang le plus bas connu qui (...) peut être défini par l'expression des caractères résultant d'un certain génotype ou d'une certaine combinaison de génotypes distingué de tout autre ensemble végétal par l'expression d'au moins un desdits caractères et considéré comme une entité eu égard à son aptitude à être reproduit conforme » (Convention UPOV 1991, art. 1).

² Ces entreprises (Monsanto, Syngenta, Pioneer, etc.) se sont principalement axées dès la fin des années 80, vers le développement de plantes transgéniques. On leur oppose souvent une autre catégorie d'entreprises regroupant des semenciers dits « conventionnels » (Limagrain, RAGT, Desprez, etc.) et prioritairement axés vers le développement de semences non génétiquement modifiées. Si la frontière entre ces deux catégories d'acteurs est à certains égards artificielle (v. rapport annexe, p. 13 et s.), elle n'en exprime pas moins un positionnement très différent quant à la manière d'envisager la protection des innovations dans le secteur de l'amélioration végétale, les premiers privilégiant le brevet d'invention, les seconds le COV. Sur les modes de protection de l'innovation végétale en droit américain, v. le rapport annexe du groupe de travail mis en place par le CEES (cf. *infra* note 6), p. 9.

³ Sur la notion de gène ou caractère natif (qui renvoie de manière générale à un gène ou caractère qui existe dans une espèce vivante ou à toute forme mutante ou allélique d'un gène qui peut être obtenue par l'effet de mutations spontanées ou provoquées par mutagenèse physique (rayonnement) ou chimique (agents mutagènes)), v. *infra*, p. 20, note 57, ainsi que le rapport annexe, spé. p. 50 et annexe 2.

⁴ Sur ce point, v. *infra*, p. 10.

soient plus facilement en mesure de menacer d'actions en contrefaçon les agriculteurs ou les sélectionneurs qui, dans le cadre de leur activité, utiliseraient, même sans le savoir, des éléments brevetés ; renforcement des conditions contractuelles liées à l'achat de certaines semences afin de prévenir diverses techniques comme la rétro-ingénierie génétique, etc.

C'est dans ce contexte que le Comité économique, éthique et social (CEES) du HCB s'est saisi de la question de l'évolution des droits de PI dans le domaine de la sélection végétale appliquée à la production de plantes supérieures en France et en Europe⁵. Il a mis en place un groupe de travail (GT) qui, en vue d'éclairer le CEES, s'est interrogé sur les effets de cette évolution sur la structure de l'industrie semencière, sur l'organisation de la production agricole et sur la satisfaction de la demande sociale – sans se limiter à la question des OGM et abordant la notion de biotechnologies végétales sous un angle large⁶.

Dans l'analyse qu'il a menée, le CEES, comme le GT, a considéré les éléments suivants comme centraux.

- La protection juridique de l'innovation. Le CEES rappelle que la PI est aujourd'hui l'instrument premier de protection de l'innovation. Quand elle est justement conçue, elle est de nature à garantir une rémunération efficace à l'inventeur et à assurer la divulgation des innovations, l'alternative étant, pour les acteurs économiques, de conserver les inventions secrètes, ce qui aurait pour conséquence d'entraver ou de ralentir les activités innovantes. La protection de l'innovation est également de nature à stimuler l'innovation⁷ dans un secteur stratégique où l'investissement en recherche est très significatif et où de nombreux défis sociaux sont encore à relever (sécurité alimentaire, adaptation de l'agriculture au changement climatique, etc.). Encore cette protection doit-elle être tenue dans de justes limites (conditions strictes de délivrance des droits, respect du droit de la concurrence, etc.). Plus spécifiquement, le CEES estime qu'elle doit être pensée au regard des impératifs suivants.

- La diversité de l'innovation. Pour le CEES, le respect des productions sans OGM affirmé par la loi de 2008⁸, l'indépendance des acteurs, la diversité des demandes sociales et celle des systèmes agraires supposent qu'aucun des modèles d'innovation (innovation biotechnologique protégée par

⁵ Les autres organismes - animaux, plantes, micro-organismes - utilisés dans des domaines très différents (médicament, bioproduction, etc.) ne soulèvent pas les mêmes problèmes et n'ont pas été abordés dans la recommandation.

⁶ Composition du groupe de travail : Ph. Gracien (CEES/GNIS), G. Kastler (CEES/Confédération paysanne), co-présidents du groupe ; G. Bariteau (INRA/Direction juridique), N. Bustin (CPOV), D. Evain (CEES/FNAB), M.-A. Hermitte (CEES), P.-B. Joly (INRA), N. Morcrette (INRA/Direction juridique), B. Remiche (UCL/ Sybarius Cabinet d'avocats), E. Ronco (Cleary Gottlieb Steen & Hamilton - Cabinet d'avocats), M. Vivant (École de droit, Sciences Po), B. Teyssendier de la Serve (ex INRA), F. Thomas (IRD), B. Verdier (CEES/ADF). Ont rédigé le présent rapport : Ch. Noiville (CEES) et F. Girard (Faculté de droit, Université Grenoble-Alpes). Ont été auditionnés par le groupe : F. COUTAND, Ingénieur Brevet, Groupe Limagrain (actuellement Responsable Brevet chez Vilmorin & Cie), F. DESPREZ, Président directeur général des Établissements Florimond Desprez, Président de l'UFS et de l'ESA, J. DONNENWIRTH, responsable propriété intellectuelle, Pioneer France, G. FREYSSINET, Direction Scientifique, Limagrain Services Holding, E. KOSSONAKOU, Département juridique, Office européen des brevets (OEB), N. LOUWAARS, Directeur, Plantum NL (association hollandaise des entreprises du secteur de la reproduction des plantes), F. MEIENBERG, « No patents on seeds », G. PELLETIER, Directeur de recherche, INRA Versailles, Académie des sciences, D. SEGONDS, président du directoire du groupe RAGT, président du GNIS, Christophe TERRAIN, FNSEA, S. YEATS, directeur, direction 2.4.0.3, OEB. Ont été parallèlement consultés : P. BESSIERE, Senior European Patent Attorney, Syngenta International Seeds & Biotech, S. BONNY, INRA-Economie publique, J. GAUTIER, Directeur Général Gautier Semences, Muriel LIGHTBOURNE (OCVV), C. TABEL, Directeur de la Recherche de la société RAGT, Président de la Commission Propriété Intellectuelle de l'UFS, F. TETAZ, Conseil en propriété industrielle, Cabinet Regimbeau. **Le rapport annexe du groupe de travail est téléchargeable sur www.hautconseildesbiotechnologies.fr**

⁷ Du moins lorsque cette dernière est envisagée comme appropriable.

⁸ La loi du 25 juin 2008 relative aux OGM énonce dans son art. 2 que les OGM « ne peuvent être cultivés, commercialisés ou utilisés *que dans le respect (...) des structures agricoles, des écosystèmes locaux et des filières de production et commerciales qualifiées* " sans OGM ", et en toute transparence ».

brevet, innovation variétale protégée par COV, innovation paysanne⁹ libre de droit de propriété) ne devienne hégémonique au point de mettre en péril la survie des autres. Les membres du CEES estiment en effet indispensable le respect de modèles d'innovation pluriels à travers un tissu dense et diversifié de sélectionneurs (grandes entreprises développant des semences commercialisées au plan mondial, PME ou micro-entreprises développant des variétés d'intérêt régional – Europe, Asie, etc. – ou local, « agriculteurs sélectionneurs »¹⁰, etc.) ; il leur semble que c'est la condition d'une production et d'une offre semencière variées, respectueuses des choix des agriculteurs et des consommateurs, et, *in fine*, du pluralisme technologique recommandé dans leurs travaux sur la coexistence des productions OGM et non OGM¹¹.

- La diversité génétique et l'accès à cette diversité. L'augmentation de la production agricole des soixante dernières années a reposé sur la sélection, chez un nombre d'espèces restreint, de variétés à fort rendement et adaptées à un environnement techniquement optimisé (recours aux engrais et produits phytosanitaires). Si le droit de la PI a été façonné pour soutenir ce modèle d'innovation, il n'en est qu'une des composantes (avec la réglementation de l'inscription au catalogue officiel des variétés, les normes pour la multiplication et la commercialisation de semences, la politique agricole, la logique de l'offre et de la demande, etc.). Il reste qu'une agriculture durable telle que visée par les lois « Grenelle » devra produire dans des environnements de plus en plus variables et qui ne peuvent être tous « optimisés » ou « artificialisés », ce qui nécessitera, entre autres choses, le développement d'une diversité génétique interspécifique et intraspécifique des plantes cultivées. Le CEES estime nécessaire de penser l'évolution de la PI au regard de cet enjeu. Il considère notamment indispensable de maintenir les accès nécessaires à la création variétale (variétés protégées des obtenteurs, variétés anciennes relevant du domaine public, accessions conservées dans les collections *ex situ* ou renouvelées *in situ* dans les systèmes semenciers paysans, espèces sauvages apparentées). Un tel impératif suppose de ménager des sphères de choses communes – inappropriables – ou de biens appropriés mais restant d'une manière ou d'une autre accessibles – à l'image des *creative commons* dans le domaine du logiciel – ou sujets à des droits d'usage et de gestion collectifs¹².

Les principes directeurs de la réflexion ainsi posés, la présente recommandation se divise en deux parties. S'appuyant sur le rapport du GT, elle dresse d'abord un état des lieux de la PI en matière de sélection végétale et liste les principales questions qu'elle soulève (I). Elle livre ensuite une analyse de ces questions et propose une série d'évolutions juridiques (II).

⁹ Cette forme d'innovation est développée par des paysans se désignant comme « agriculteurs sélectionneurs » et qui sélectionnent, multiplient et conservent leurs « variétés » dans leurs conditions d'utilisation finale, c'est-à-dire dans leurs champs de production agricole.

¹⁰ Voir note précédente.

¹¹ Voir cette recommandation majoritaire sur http://www.hautconseildesbiotechnologies.fr/IMG/pdf/120117_Coexistence_Recommandation_CEEES_HCB.pdf et, pour la liste des 8 organisations ayant pris le contre-pied de cette notion, la note 4. F. Jacquemart (pour *France Nature Environnement*) et Rachel Dujardin (pour *Greenpeace*) soulignent que la diversité de l'innovation ne constitue pas un argument suffisant pour accepter une technique ou un produit, rappelant par ailleurs que les considérations de la présente recommandation ne concernent que l'aspect commercial de la question. P. de Kochko (pour *Les amis de la terre*) estime quant à lui qu'au regard des inégalités criantes entre les acteurs de l'innovation visés dans cette recommandation, le pluralisme technologique est une illusion ; il ne permet ni de respecter le choix des agriculteurs et consommateurs, ni d'assurer une diversité de l'offre semencière. Au nom de ce pluralisme, ce qu'il observe au contraire aujourd'hui est une hégémonie des plus gros acteurs et une érosion dramatique de la biodiversité cultivée.

¹² V. rapport annexe, p. 69 et s.

I. État des lieux et questions posées

A. Évolution des règles de protection de l'innovation variétale

1-. Depuis les années 1970, la protection des variétés végétales a été assurée en droit français puis en droit européen par le *certificat d'obtention végétale* (COV), mécanisme institué pour tenir compte de la spécificité du processus d'innovation en amélioration des plantes. En Europe au moins, on admet en effet largement que les variétés végétales présentent de profondes spécificités par rapport aux autres produits industriels, notamment parce qu'elles constituent une matière première indispensable aux sélectionneurs. La Convention UPOV¹³ a donc mis en place un mécanisme *sui generis* combinant plusieurs impératifs : a. une situation de monopole d'exploitation au bénéfice de l'obteneur d'une variété lorsque cette dernière est nouvelle, distincte, homogène et stable ; b. une possibilité d'exception à ce monopole, appelée « exception de semences de ferme », permettant aux agriculteurs, à des conditions strictes (rémunération du titulaire du COV notamment), de garder une partie de leur récolte pour réensemencer leur champ sans racheter de semence protégée (*cf. infra*¹⁴) ; c. une autre exception au monopole – obligatoire cette fois –, qui permet à quiconque le souhaite d'accéder librement à la variété protégée en tant que ressource phytogénétique, et ce à des fins de recherche et de sélection (« accès intellectuel »), mais aussi de commercialisation des nouvelles variétés qui en découlent (« accès économique ») ; toute personne peut donc utiliser les variétés protégées pour en créer une nouvelle librement, gratuitement et sans le consentement du titulaire initial (sauf dans certains cas, *cf. infra* p. 11).

2-. La reconnaissance de la *brevetabilité des inventions biotechnologiques* a sensiblement changé la donne. Longtemps jugé inadapté à la particularité de l'amélioration des plantes cultivées, précisément parce qu'il ne prévoit pas d'exception de sélection, mais seulement une exception de recherche¹⁵, le brevet d'invention fait désormais partie des outils de protection des innovations issues de ce secteur (conséquence de la jurisprudence de l'Office Européen des brevets – OEB –, de l'article 27.3 b de l'accord Accord sur les droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce – ADPIC –, puis de la directive 98/44/CE du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques). Dans un objectif de compétitivité, la directive 98/44/CE a voulu encourager l'investissement en biotechnologie par une protection juridique forte. *Tout en affirmant que sont exclus de la brevetabilité les variétés végétales (protégeables par le COV) et les « procédés essentiellement biologiques pour l'obtention des végétaux »*, la directive a ainsi consacré la brevetabilité de toute une série d'innovations relevant de la sélection végétale (mouvement entériné par les directives d'examen de l'OEB qui l'avait lui-même initié dès les années 1980).

À condition qu'ils soient nouveaux, issus d'une activité inventive et applicables en industrie¹⁶, ont donc été reconnus brevetables par la directive européenne 98/44/CE : 1. les procédés microbiologiques et les procédés techniques ou non essentiellement biologiques (par ex. les procédés du génie génétique, comme la transgénèse, la mutagénèse, la fusion cellulaire)¹⁷ ; 2. les plantes, à condition

¹³ Dans ses différentes versions (en dernier lieu UPOV 1991), intégrées dans la législation française – lois du 11 juin 1970 et du 8 déc. 2011 – et dans le droit de l'Union européenne – règlement 2100/94/CE du 27 juil. 1994.

¹⁴ Sur l'historique juridique complexe de cette exception (nullement évoquée par les Conventions UPOV de 1961 et 1978, autorisée par la plupart des États signataires, interdite par la loi française du 11 juin 1970, puis consacrée comme une exception facultative sous condition par la Convention UPOV de 1991 – avant d'être reprise en droit européen – règlement 2100/94/CE du 27 juillet 1994 – et français – v. lois du 4 août 2008 et du 8 décembre 2011), *cf.* rapport annexe, p. 11.

¹⁵ Pour des précisions sur ce point, v. rapport annexe p. 12 et s. et, sur les facteurs techniques, économiques et politiques qui ont conduit à la brevetabilité des inventions biotechnologiques, p. 13 et s.

¹⁶ Sur ces critères de brevetabilité, v. rapport annexe p. 17 et s.

¹⁷ Directive 98/44/CE, art. 4.1.b) et 4.3. Il faut entendre par procédé microbiologique un « procédé faisant appel à des micro-organismes » (OEB, Gr. Ch. recours, 20 déc. 1999, Affaire Transgenic Plant/Novartis II, G 1/98, § 5.2) ce qui, au sens juridique, vise les bactéries, les cellules végétales, les plasmides, les champignons unicellulaires (dont levures), les algues et les protozoaires et parfois, les virus (v. Directives d'examen OEB, G-II, 5.5.1). Par procédé technique, il faut entendre par

que la « faisabilité technique » de l'invention ne soit pas limitée à une variété végétale déterminée, faute de quoi c'est la protection par COV qui devrait être recherchée (par ex. seront brevetables des plants de maïs GM résistants à la pyrale – le transgène pouvant être inséré dans toute variété de maïs– ou des populations végétales présentant un taux enrichi en protéines)¹⁸ ; 3. Les gènes et séquences de gènes, même si leur structure est identique à celle d'un élément naturel, à condition qu'ils soient isolés ou produits à l'aide d'un procédé technique et que leur fonction et leur application industrielle soient concrètement exposées dans la demande de brevet¹⁹.

Le brevet s'est alors progressivement installé dans la sphère de la sélection végétale, au regard de stratégies et selon des modalités qui, avec l'évolution des techniques, ont profondément changé ces dernières années, ce qui a entraîné une emprise croissante du brevet dans ce secteur. Si l'on pouvait croire, en 1998, que la directive 98/44/CE était réservée aux inventions proprement biotechnologiques –essentiellement transgénèse, transgènes et plantes transgéniques–, elle est en réalité rédigée dans des termes suffisamment larges pour que la protection par brevet ait pu s'étendre progressivement à une nouvelle génération d'inventions qui n'étaient pas expressément visées par la directive et qui relèvent pour certains de la sélection conventionnelle (plantes issues de procédés essentiellement biologiques, gènes et caractères « natifs », etc.)²⁰. C'est cette évolution qu'il convient à présent de mettre en relief.

B. Stratégie des acteurs et cartographie de la PI

Ayant choisi de faire protéger leurs variétés par COV, les sélectionneurs dits « conventionnels » continuent de solliciter prioritairement ce titre de protection (2). De leur côté, les entreprises issues du secteur de l'agrochimie ont davantage recouru à la protection par brevet, traditionnellement plus habituées à ce mécanisme²¹. Le champ du brevet s'est alors notablement élargi, surtout à la faveur de stratégies renouvelées de ces acteurs (1).

1) En ce qui concerne le brevet d'invention

Stratégie extensive des acteurs

Le brevet continue à être sollicité pour les inventions pour lesquelles la directive 98/44/CE avait été initialement adoptée dans ce domaine, à savoir : a. des plantes transgéniques (sachant que les opérateurs sollicitent une double protection, COV pour la variété, brevet pour le caractère inséré ainsi que la plante GM) ; b. des gènes isolés et dont une fonction et une application sont proposées (par exemple un gène epsps isolé d'un micro-organisme et modifié pour être inséré dans le génome d'une

exemple les procédés de génie génétique (OEB, Gr. ch. recours, 20 déc. 1999, Novartis II, G 01/98, ou OEB, ch. rec., 21 févr. 1995, Cellules de plantes/PLANT GENETIC SYSTEMS, T 356/93). Sur la distinction entre procédé microbiologique et procédé technique, v. OEB, Gr. Ch. recours, Novartis II, § 3.7. Un procédé "essentiellement biologique" (53(b) CBE), enfin, est un simple phénomène naturel sur lequel l'intervention humaine n'exerce aucun effet déterminant. Il en est ainsi d'un procédé non microbiologique de production de plantes qui consiste en des étapes de croisement sexuel de génomes complets de plantes et en la sélection subséquente au sein de la descendance. Peu importe que ledit procédé comprenne, comme étape supplémentaire ou comme partie de n'importe laquelle des étapes de croisement et de sélection, le recours à un procédé microbiologique qui assiste ou facilite la réalisation des étapes de croisement sexuel de génomes complets de plantes ou de sélection subséquente des plantes (par ex. le recours à des marqueurs génétiques) ; v. Gr. ch. recours, 9 déc. 2010, Plant Bioscience, G 2/07, Gr. ch. recours, 9 déc. 2010, State of Israel - Ministry of Agriculture/Tomatoes, G 1/0.

On notera que la frontière entre les 3 catégories (procédé microbiologique, technique et essentiellement biologique) reste floue et ne permet pas de dire avec certitude si des techniques comme le tilling, les méganucléases à doigts de zinc, etc... relèvent d'une catégorie ou d'une autre.

¹⁸ Dir. 98/44/CE, art. 4, § 2 ; v. aussi : OEB, Gr. ch. recours, 20 déc. 1999, Novartis II, G 01/98, § 3.1.

¹⁹ Directive 98/44/CE, art. 5, § 2 et 3.

²⁰ Sur l'élasticité des termes de la directive, v. rapport annexe p. 16 ainsi que 21 et s.

²¹ V. *supra* note 2.

plante pour la rendre tolérante à un herbicide) ; c. *des procédés* (par exemple insertion de gènes, etc.).

Parallèlement, depuis les années 2000, on constate la hausse d'une nouvelle catégorie de demandes portant sur une palette d'innovations plus larges : produits issus de procédés accompagnant la sélection conventionnelle, gènes et caractères dits « natifs », etc. En effet, à côté de la transgénèse, les méthodes modernes utilisées pour assister la sélection conventionnelle, pour l'accélérer et la rendre plus ciblée (sélection assistée par marqueurs, analyse à haut débit, etc.) permettent désormais d'identifier, *à l'intérieur des espèces végétales elles-mêmes*, les caractères d'intérêt recherchés (rendement, résistance, etc.), de les décrire, de repérer les allèles qui leur sont associés, puis d'*introgresser* ces caractères par une série de rétrocroisements²². À la faveur de ces évolutions technologiques, certains sélectionneurs ont cherché à faire protéger par brevet des gènes « natifs », c'est-à-dire présents naturellement dans un espèce considérée, mais aussi des plantes exprimant un caractère donné (melon au goût « aigre doux », tomate à teneur réduite en eau, laitue résistante à un puceron, tournesol enrichi en acides gras etc.), lequel caractère ne dépend pas de l'insertion d'un transgène mais est associé à l'expression d'allèle(s) d'un ou plusieurs gènes « natifs ». Il n'y a pourtant là rien de différent de la sélection variétale classique, qui a toujours reposé sur l'identification puis l'introgression de caractères natifs et pour laquelle les sélectionneurs conventionnels n'ont jamais sollicité de brevets.

Pratique et jurisprudence de l'OEB

Encore en construction, la pratique et la jurisprudence de l'OEB réservent un accueil relativement favorable à ces nouvelles stratégies de protection, ce qui contribue à déplacer la ligne de démarcation que l'on croyait initialement pouvoir identifier entre obtentions protégeables par COV – les variétés végétales – et inventions protégeables par brevet – PGM, transgènes et procédés microbiologiques.

S'agissant des procédés d'obtention des végétaux (exclus de la brevetabilité s'ils sont essentiellement biologiques, brevetables s'ils sont microbiologiques ou techniques), l'OEB se montre certes strict : il exige que ces procédés ne consistent pas en un simple phénomène naturel mais qu'ils impliquent *une intervention humaine exerçant un effet déterminant sur l'objet obtenu*, critère qui pourrait permettre de protéger des procédés comme la mutagenèse dirigée ou encore le *tilling*, mais qui exclut de la brevetabilité les procédés de croisement de génomes complets sur lesquels l'intervention de l'homme ne serait pas décisive (l'OEB a ainsi jugé non brevetable la sélection assistée par marqueurs, cf. affaires dites : « Brocoli », Gr. ch. recours, 9 déc. 2010, Plant Bioscience, G 2/07 et « Tomate ridée », Gr. ch. recours, 9 déc. 2010, State of Israel - Ministry of Agriculture/Tomatoes, G 1/08).

S'agissant des produits, l'OEB tend en revanche à se montrer plus souple. Ainsi, les plantes paraissaient initialement ne pouvoir être brevetées que lorsqu'elles étaient *transgéniques ou issues d'un procédé de sélection microbiologique/non essentiellement biologique* (et si la faisabilité technique de l'invention n'était pas limitée à une variété végétale déterminée) ; or elles semblent aussi l'être quelle que soit leur méthode de production, pourvu qu'elles ne soient pas une variété végétale (seules les variétés au sens de la Convention UPOV étant exclues de la brevetabilité, non les espèces, les variétés instables sur l'ensemble de la population d'une génération, etc.). La Grande Chambre de recours de l'OEB, récemment saisie de la question de la brevetabilité des plantes issues de procédés essentiellement biologiques, doit bientôt se prononcer sur ce point. Mais d'ores et déjà, on constate qu'ont été délivrés de nombreux brevets protégeant des plantes obtenues par croisement sexué classique (« essentiellement biologique » au sens du droit des brevets, même si des marqueurs

²²

L'introgression d'un caractère consiste à réaliser une série de croisements entre une lignée porteuse du caractère en question et une lignée élite receveuse. Les descendants sont croisés pendant plusieurs générations avec la lignée receveuse (c'est ce que l'on appelle « rétrocroisements »), les individus dépourvus du caractère désiré étant progressivement éliminés. Sur les facteurs ayant conduit à cette évolution, v. le rapport annexe p. 19 et s.

ont été utilisés pour faciliter le tri des plantes d'intérêt dans les descendance), exprimant tel ou tel caractère de résistance, de goût, etc.

Ce faisant, c'est aussi la brevetabilité de *gènes ou de caractères « natifs »* que ces brevets entérinent, à partir du moment où l'inventeur, sur le fondement d'un procédé technique, a mis en lumière le rapport entre d'une part tel gène ou tel allèle d'un gène dans la plante²³, d'autre part le caractère d'intérêt (ce que l'art. 3 al.2 de la directive 98/44/CE permettait en réalité dès l'origine en énonçant : « Une matière biologique isolée de son environnement naturel ou produite à l'aide d'un procédé technique peut faire l'objet d'une invention, même lorsqu'elle préexistait à l'état naturel »).

Physionomie générale des brevets délivrés

De fait, les statistiques 2012 de l'OEB montrent que, parmi les brevets les plus récents, *un nombre en forte hausse concerne des gènes et des caractères natifs (résistance au stress hydrique, à certains ravageurs, etc.) et des plantes non transgéniques, pour la plupart issues de procédés essentiellement biologiques*²⁴. Ces brevets portent sur un grand nombre de caractères dépendant de divers sites du génome végétal dans diverses espèces (melon, concombre, tomate, laitue, etc.) et qui sont depuis toujours l'objet de la sélection conventionnelle pour la création variétale. Ainsi l'entreprise néerlandaise *Rijk Zwaan* a-t-elle breveté des laitues résistantes au puceron *Nasanovia*²⁵. Le brevet ne protège pas le procédé (en l'occurrence, procédé de croisement usuel avec usage de marqueurs, donc essentiellement biologique) mais les plantes exprimant *in fine* le caractère de résistance, sans exprimer le caractère de nanisme propre à la plante de laquelle le sélectionneur a tiré le gène de résistance²⁶.

Plus généralement, la délivrance de brevets en biotechnologies fait l'objet d'une approche compréhensive de l'OEB qui a tendu à faire primer le caractère pionnier des techniques sur les critères classiques de brevetabilité. Les observateurs s'accordent ainsi à constater une interprétation souple de l'*activité inventive* ou encore l'acceptation de *revendications larges* (portant par ex. non seulement sur les séquences génétiques isolées et décrites par l'inventeur, mais également sur celles qui, dans d'autres espèces, auraient la même structure et les mêmes fonctions), même si ces dernières années, l'OEB a exigé la reformulation de revendications trop larges. Par exemple, l'entreprise BASF est titulaire d'un brevet européen couvrant des séquences génétiques codant des protéines qui confèrent aux plantes une résistance à la sécheresse, à la chaleur, au froid ou à la salinité, ainsi que de très nombreuses plantes dans lesquelles ces séquences pourraient être introduites (maïs, blé, seigle, avoine, triticales, riz, orge, soja, arachide, coton, colza, canola, manioc et bien d'autres encore), alors même qu'il est peu probable que le titulaire du brevet ait pu démontrer qu'il était en possession de l'invention dans tous les aspects revendiqués²⁷.

Le CEES observe en outre que, *dans le domaine des biotechnologies, certaines inventions font l'objet d'un enchevêtrement de brevets* ; même s'il ne s'agit pas nécessairement de « *buissons de brevets* » comme il en existe dans le domaine des technologies de l'information et de la communication (c'est-à-dire des agglomérations de titres déposés sur divers outils – procédés, éléments, constituants, etc. – nécessaires à la mise en œuvre d'une invention), cette réalité tend à compliquer le processus d'innovation, surtout pour les instituts de recherche publics et les PME qui doivent se doter d'une capacité à identifier les brevets potentiellement bloquants, d'une stratégie pour les contourner, et qui

²³ Au besoin sur la base d'une simple corrélation statistique (QTL).

²⁴ V. le rapport annexe p. 19-20 et 25.

²⁵ *Ibid*, p. 20 et 43.

²⁶ Pour d'autres exemples, v. le rapport annexe p. 20 et s, ainsi que p. 25.

²⁷ Dans ce sens, v. M. Lightbourne, (2013). « Génomique, ressources génétiques et droits de propriété industrielle », in S. Blondel, S. Lambert-Wiber, C. Maréchal (dir.), *La protection juridique du végétal et ses enjeux économiques*, Economica, Paris, p. 37. Sur ce brevet, v. rapport annexe p. 23 et 24.

se trouvent dans une position difficile lorsque leurs travaux se révèlent dépendants de brevets délivrés, du moins si elles n'ont pas elles-mêmes de brevets à offrir comme « monnaie d'échange ».

L'analyse des stratégies industrielles montre en effet que le brevet n'est pas seulement un droit assurant la réservation d'une innovation mais constitue de plus en plus un instrument stratégique de négociation (ce qui n'est pas spécifique au domaine de la sélection végétale mais pose des problèmes particuliers dans ce secteur²⁸). Il s'agit certes de s'assurer une position forte dans une réelle situation de négociation. Il est par ailleurs légitime que le titulaire de droits agisse en contrefaçon contre celui qui porte atteinte à ces droits et poursuit ses activités en dépit de l'offre qui peut être faite de lui concéder une licence. Cependant, ici comme ailleurs, l'usage légitime d'un droit peut dégénérer en abus. Or, si tel n'est pas le fait du plus grand nombre des acteurs, il faut bien observer que certains se servent de leurs droits de PI essentiellement dans un but d'intimidation pure et simple. Lorsqu'une grande entreprise bien connue fait procéder systématiquement à des retenues (ou saisies) en douane sans faire suivre ces opérations des procédures judiciaires susceptibles de les valider ou de les invalider, il s'agit bien d'intimider celui qui est ainsi visé et point d'autre chose. Même si les termes ont été récusés avec véhémence par certains membres du GT, il n'est donc pas étonnant que d'autres aient parlé de « terrorisme judiciaire »²⁹.

2) En ce qui concerne le COV

Parallèlement au brevet, la protection des innovations végétales par COV reste le moyen de protection privilégié des semenciers « conventionnels ». Toutefois, en réaction aux évolutions technologiques et à celles du droit des brevets, ces acteurs œuvrent depuis les années 90 au renforcement du COV, particulièrement sur deux fronts.

Parer au risque d'appropriation du travail de sélection par les concurrents, notamment demandeurs de brevets

Le développement de la transgénèse a fait craindre que des semenciers puissent se contenter d'intégrer un gène étranger à une variété issue de longs travaux de sélection et faire protéger leur nouvelle variété par COV, sans avoir eu à supporter les investissements qui pèsent sur l'obteneur pionnier. Pour contrecarrer ce phénomène, la Convention UPOV a introduit, dans sa version de 1991, le concept de « variété essentiellement dérivée » (VED) de la variété initialement protégée. L'obteneur d'une VED peut obtenir un titre de protection mais ne peut l'exploiter sans l'accord du titulaire du COV et sans lui payer des redevances. Dans une perspective comparable, certains sélectionneurs cherchent à se prémunir contre certaines techniques de rétro-ingénierie ; ces dernières permettent en effet d'identifier les caractéristiques génétiques des lignées parentales d'une variété protégée par COV et de développer ainsi beaucoup plus rapidement qu'auparavant des variétés concurrentes proches mais non essentiellement dérivées de la variété initiale ; par contrat, ils tentent d'interdire le recours à ces techniques.

Mieux faire valoir les droits de PI à l'égard des agriculteurs

Soucieux de mieux faire valoir leurs titres de PI, notamment face à la concurrence des plantes brevetées (réelle sur le marché mondial où le brevet interdit notamment toute semence de ferme dans de nombreux pays, encore hypothétique sur le marché européen), les obtenteurs ont plaidé pour le paiement de redevances dans le cas où l'agriculteur utilise l'exception dite des *semences de ferme*. Cette exception au droit de l'obteneur prévoit en effet que l'agriculteur qui a acheté des semences

²⁸ Cf. *infra* p. 17.

²⁹ V. rapport annexe p. 27.

d'une variété protégée par COV peut réensemencer son champ avec une partie de sa récolte (pratique répandue chez de nombreux agriculteurs, même si elle était interdite par la jurisprudence sur le fondement de la loi française du 11 juin 1970 relative à la protection des obtentions végétales³⁰) ; les obtenteurs entendent que cette pratique, désormais autorisée mais par exception, ne puisse être mise en œuvre qu'à la double condition prévue par les textes³¹, à savoir que la variété appartienne à l'une des 21 espèces pour laquelle elle est autorisée et que l'agriculteur acquitte une redevance à l'obtenteur (cette dernière n'étant pas due par les « petits agriculteurs » au sens du règlement 2100/94/CE).

3) Structures industrielles et PI

Historiquement, les transformations des structures de recherche et des structures industrielles sont en partie influencées par l'évolution des droits de propriété industrielle. L'évolution des règles de protection de l'innovation végétale s'inscrit dans un large mouvement de privatisation des recherches d'une part, de concentration de l'industrie des semences et des recherches en biotechnologie végétale au niveau mondial, d'autre part. Ce mouvement, qui avait démarré à la fin des années 70, s'est accéléré au milieu des années 1990. Aujourd'hui, la concentration est très élevée comme en attestent trois indicateurs complémentaires : les trois premiers groupes semenciers (Monsanto, DuPont-Pioneer, Syngenta) représentaient en 2009 plus de 34 % du marché mondial des semences, toutes espèces confondues ; les deux premiers de ces trois groupes ont déposé à l'office américain des brevets (USPTO) plus de 60 % des brevets concernant les plantes (entre 2004 et 2008) ; plus de 80 % des événements transgéniques actuellement utilisés dans le monde sont brevetés par la société Monsanto.

Une telle concentration de l'industrie semencière n'est pas exclusivement liée au développement des biotechnologies et à l'évolution parallèle de la propriété industrielle. Elle s'est faite aussi par nécessité, notamment, en Europe, du fait de l'augmentation considérable de l'ensemble des coûts de recherche.

Il reste que cette évolution structurelle amplifie la tendance longue à la concentration des recherches sur un faible nombre d'espèces par un petit nombre d'entreprises : le soja, le maïs et le coton bénéficient ainsi d'une large part des efforts de recherche fondamentale et appliquée ; de nombreuses espèces sont moins travaillées que précédemment (certains considérant qu'elles sont devenues « orphelines », d'autres rappelant tout de même que ces espèces précises permettent à un tissu de moyennes et petites entreprises de continuer à exercer leur métier de sélectionneur).

C. Positionnement des acteurs socio-économiques

Comme on peut s'en douter, ces évolutions sont diversement reçues par les acteurs socio-économiques. Accueillies favorablement par les entreprises issues de l'agrochimie (qui soulignent le retard de l'Europe en matière de biotechnologies végétales et prônent une large brevetabilité dans ce domaine), elles sont la source d'inquiétudes de la part des semenciers du secteur conventionnel, des agriculteurs et, à l'intersection de ces deux catégories, des « agriculteurs sélectionneurs ». Tous sont préoccupés par la multiplication des monopoles sur des segments de plus en plus étendus de la diversité génétique végétale.

Plus précisément :

³⁰ V. *supra* note 14.

³¹ Règlement 2100/94/CE et loi du 8 déc. 2011 (art. L. 623-4 du Code de la propriété intellectuelle, ci-après cité comme « CPI »).

. *les sélectionneurs issus du secteur de l'agrochimie*, dans l'ensemble, prônent tout à la fois un renforcement du COV et une large brevetabilité dans ce domaine. Ils font valoir que les techniques nouvelles d'amélioration des plantes exigent des investissements importants que seule une protection solide par brevet permet de rentabiliser, le COV ne conférant pas à leurs yeux de protection suffisante, notamment pour les « caractères » (« traits »). En effet, ils font valoir qu'une fois que des variétés contenant un caractère de ce type sont publiquement accessibles, le transfert d'un tel caractère à toute autre plante par simple croisement et sélection est aisé et rapide, y compris pour les tiers extérieurs à l'innovateur. Une protection efficace est donc fournie par le système de brevets qui est adapté à la protection des innovations technologiques modernes dans le domaine végétal ainsi qu'aux plantes qui en découlent. L'accès à la ressource génétique, sans être une question « secondaire » pour les sélectionneurs issus du secteur de l'agrochimie, ne constitue pas un problème pour eux. Ils recourent en effet très souvent à des licences croisées, ce qui leur permet de contourner les phénomènes d'appropriation potentiellement bloquants pour leur activité.

. *les sélectionneurs conventionnels* : 1. s'inquiètent quant à eux de ce qu'une *quantité croissante de gènes, notamment natifs, et de caractères associés à ces gènes soit brevetée ou revendiquée* alors même que la sélection par croisement de caractères – et donc de gènes – constitue depuis toujours le fondement de leur métier ; 2. s'inquiètent aussi de ce que, face à la multiplication de brevets, ils évoluent dans une situation d'incertitude juridique d'autant plus grande qu'ils ne sont pas toujours en mesure d'identifier les éléments brevetés ni de délimiter l'étendue exacte des brevets, ce qui les expose à un *risque difficilement prévisible de poursuite en contrefaçon* par des entreprises par ailleurs trop puissantes pour qu'ils puissent assumer le risque financier d'un procès (*cf. infra* le cas de l'entreprise Gautier semences) ; 3. redoutent que cela ne conforte le phénomène de concentration de l'industrie semencière autour de quelques grandes entreprises ; 4. Appellent à une *coexistence claire et harmonieuse* entre le COV et le brevet (voir Union française des semenciers – UFS–, European Seed Association – ESA – et International Seed Association –ISF).

. *De leur côté, les agriculteurs* (tous syndicats confondus) : 1. insistent sur le *risque de contrefaçon* inédit auquel ils sont eux aussi exposés dans le cas où les variétés qu'ils cultivent comportent, naturellement ou fortuitement, des gènes ou caractères brevetés ; 2. dans un contexte de concentration croissante du secteur semencier et face à certaines stratégies à leurs yeux « agressives » d'exploitation de la PI, ils sont par ailleurs préoccupés par les *dépendances économiques* qui peuvent en découler, surtout si ce sont quelques grands semenciers détenant de larges portefeuilles de brevets qui déterminent les variétés accédant au marché (ce qui conduirait à limiter encore la diversité des semences offertes à la vente).

. *Enfin, certaines catégories d'agriculteurs* s'inquiètent d'un durcissement de la PI dans son ensemble, qu'il s'agisse du brevet ou du COV, au détriment de pratiques qu'ils estiment pourtant indispensables à l'avenir de l'agriculture. À cet égard, certaines organisations sont préoccupées : 1. de ce qu'en l'état actuel de la PI, elles ne puissent pas utiliser librement et gratuitement des *semences de ferme de variétés nouvelles protégées* (position de la Confédération Paysanne, de la Coordination Rurale et du MODEF) ; 2. de ce que l'évolution des DPI renforce un marché de semences de *variétés industrielles homogènes et stables, au détriment de variétés s'écartant de ces critères* (variétés anciennes, variétés populations évolutives sélectionnées au champ par des « agriculteurs sélectionneurs », etc.) ; ils soulignent, comme des recherches agronomiques l'ont déjà montré³², que ces dernières variétés sont mieux adaptées à des modes d'exploitation moins intensifs et aux enjeux environnementaux de l'agriculture (conservation de la diversité génétique, adaptation à des environnements diversifiés et changeants, etc.) (position de la Confédération paysanne, de la FNAB, des agriculteurs « en circuit court de distribution »).

³²

Voir la littérature scientifique citée dans le rapport annexe.

Ces inquiétudes identifiées, le CEES a analysé les effets actuels ou à moyen terme de la PI sur l'innovation végétale, ses destinataires et la diversité des systèmes agricoles. S'appuyant sur les travaux du GT, il formule des recommandations en vue de garantir l'équilibre entre les enjeux privés et collectifs qui sous-tendent la matière.

II. Analyses et pistes d'évolution

On reprendra tour à tour les enjeux identifiés, qui sont de trois ordres : d'abord, l'état actuel de la PI bloque-t-il l'innovation végétale (A) ? ; ensuite, expose-t-il les agriculteurs à un risque de dépendance croissant envers l'industrie semencière (B) ? ; enfin, entraîne-t-il une uniformisation accrue des variétés mises sur le marché, nuisant ainsi à l'agro-biodiversité (C) ? Sur chacun de ces points, le CEES envisage divers scénarios et recommande une série d'évolutions (voir en annexe la liste des membres présents et représentés lors de la discussion et de l'adoption de cette recommandation).

A. PI et risque de blocage de l'innovation végétale

Sélectionneurs conventionnels de variétés et « agriculteurs sélectionneurs » redoutent que l'évolution des DPI n'entraîne un blocage de leur processus d'innovation. On examinera ce point à la lumière du droit applicable au COV d'abord (1), au brevet ensuite (2).

1) COV et risque de blocage

Si le COV a été spécialement construit pour laisser en accès libre les ressources phytogénétiques contenues dans les variétés protégées, que ce soit à des fins de sélection ou de commercialisation, deux évolutions interrogent quant à leurs incidences exactes sur le processus d'innovation : la notion de « variété essentiellement dérivée » (VED), d'une part ; la proposition aujourd'hui formulée par certains sélectionneurs de mettre en place un embargo temporaire sur l'exception de sélection, d'autre part.

La VED en pratique

Par souci de mieux protéger les titulaires de COV, la Convention UPOV a introduit la notion de « VED ». Lorsqu'une variété est qualifiée « essentiellement dérivée » d'une variété initiale protégée, celui qui l'a développée ne peut l'exploiter sans l'accord du titulaire du COV protégeant cette dernière. Le CEES a recherché si les modalités d'un tel accord étaient de nature à entraver l'exploitation de nouvelles variétés ainsi rendues « dépendantes ». Dans le flou des textes et faute de jurisprudence, le CEES s'est appuyé sur ce qu'il a pu connaître de la pratique professionnelle et, en cas de litige, des règlements d'arbitrage (notamment ceux de l'ISF). Il observe que les professionnels, pour apprécier la distance entre la VED et la variété initiale, recherchent si celle-ci excède un « seuil de dérivation » établi pour chaque espèce³³, ce qui peut avoir pour effet de renverser la charge de la preuve. Si aucun seuil n'a été établi pour l'espèce concernée et qu'aucun accord n'a pu être trouvé entre les parties, le tribunal arbitral décide discrétionnairement, sans qu'il soit possible de dire clairement si, pour juger de la nature essentielle ou non de la dérivation, c'est une approche génotypique ou phénotypique qui doit être utilisée (écart sur ce point entre les pratiques professionnelles observées et les rares décisions dont on dispose en la matière). Quoi qu'il en soit, le CEES remarque qu'ainsi mise en pratique, la notion est globalement bien acceptée par l'ensemble des obtenteurs qui jugent qu'elle a eu un effet dissuasif salubre, sans être source de blocage de l'innovation. Telle qu'elle est aujourd'hui mise en œuvre, la notion se révèle donc apte à satisfaire un bon équilibre entre la

³³

Sur l'établissement de ce seuil, voir le rapport annexe, p. 34 et s.

protection des sélectionneurs contre une prolifération croissante de variétés quasi-identiques aux leurs, d'une part, et une surprotection de ces mêmes sélectionneurs, qui aurait des effets bloquants pour l'innovation, d'autre part³⁴.

La proposition d'embargo temporaire sur l'exception de sélection

Une proposition actuellement formulée par certains sélectionneurs pose davantage question. Il s'agit de modifier le droit du COV pour mettre en place un embargo temporaire sur l'exception de sélection³⁵. La raison est la suivante : les techniques d'ingénierie inverse permettent désormais, à partir des hybrides, de remonter aux lignées parentales (jusqu'ici gardées secrètes par les détenteurs de COV) et de développer ainsi très rapidement des variétés concurrentes proches, mais non essentiellement dérivées de la variété initiale. Pour renforcer le COV face à ces évolutions techniques récentes, certains sélectionneurs proposent d'empêcher pendant 4 ou 5 ans l'accès à leurs variétés protégées, y compris pour la recherche. Le CEES est très réticent quant à cette proposition, à laquelle il préférerait la protection des lignées parentales par COV. Il estime en effet que, si un embargo était mis en œuvre, l'équilibre général du COV s'en trouverait substantiellement modifié, ce qui serait un facteur supplémentaire de réduction de l'accès à la variabilité génétique. Certains ajoutent qu'une telle évolution nécessiterait, pour assurer que les variétés « sous embargo » n'aient pas été utilisées par des concurrents, d'entériner le tournant vers le marquage génétique et/ou moléculaire des caractères distinctifs définissant les variétés protégées par COV, ce qui pourrait affaiblir encore les semenciers les moins outillés en biotechnologies moléculaires.

SOUCIEUX DE NE PAS RISQUER DE RENDRE INOPERANTE L'EXCEPTION DE SELECTION, LE CEES RECOMMANDE DE NE PAS INTRODUIRE, DANS LE DROIT D'OBTENTION VEGETALE, D'EMBARGO SUR L'EXCEPTION DE SELECTION.

Les Shrink Wrap Licences destinées à interdire la rétro-ingénierie

Parallèlement, le CEES s'est intéressé à des contrats dits "Shrink wrap" par lesquels certains titulaires de COV tentent de se prémunir contre les effets de ces mêmes techniques d'ingénierie inverse³⁶. Par le biais de ces licences répandues dans le domaine du logiciel (et dont les stipulations figurent sur l'emballage des semences, d'où leur nom), certains sélectionneurs détenteurs de COV ont en effet élaboré des clauses contractuelles interdisant à l'acheteur des semences (qui est réputé avoir accepté les stipulations par l'ouverture du sac) de remonter aux lignées parentales.

Après avoir analysé les éléments qui lui ont été soumis par le GT³⁷, le CEES estime ces licences très discutables du point de vue du droit de la concurrence et profondément contraires à l'équilibre général du droit d'obtention végétale. Les membres font valoir que les règles relatives à l'étendue du COV sont d'ordre public³⁸, ce qui signifie que l'on ne peut y déroger ; ils ajoutent que, comme toute exception au monopole, l'exception de sélection joue un rôle clé dans l'équilibre du dispositif voulu par le législateur, ce qui se comprend compte tenu de l'importance de l'accès à la variabilité génétique ; puisque tout aménagement contractuel de l'exception compromet cet équilibre, devraient être réputés

³⁴ Dans leur rapport, certains membres du GT observent néanmoins qu'à moyen terme, la description moléculaire de plus en plus précise des variétés pourrait changer la donne, du moins si elle conduit à réduire la distance entre variétés. Les professionnels devront anticiper cette éventuelle difficulté de sorte que toute nouvelle variété ne soit pas trop facilement considérée comme VED.

³⁵ Sachant que comme l'indique le rapport du GT, il n'y a pas de position commune des obtenteurs sur ce thème.

³⁶ Sur d'autres pratiques contractuelles susceptibles d'entraver le processus d'innovation, par exemple certains « accords de transfert de matériel », v. rapport annexe p. 49.

³⁷ V. rapport annexe p. 54 et s. les arguments des membres du groupe de travail, dont un soutenait la légalité de ces contrats.

³⁸ V. dans ce sens l'arrêt de la Cour de cassation du 1^{er} février 2001, n° 981958 (et rapport annexe, p. 47-48).

nuls les accords limitant ou annulant la liberté d'utiliser le matériel biologique à des fins de sélection et de développement, qu'il s'agisse des variétés protégées ou des lignées parentales.

SOUUCIEUX DE NE PAS RISQUER DE RENDRE INOPERANTE L'EXCEPTION DE SELECTION, LE CEES RECOMMANDE DE CONSIDERER COMME NULS LES CONTRATS QUI, COMME LES SHRINK WRAP LICENCES DESTINEES A INTERDIRE LA RETRO-INGENIERIE, REMETTENT EN CAUSE L'EQUILIBRE GENERAL DU DROIT D'OBTENTION VEGETALE.

2) Brevet et risque de blocage

De son côté, la protection des innovations végétales par le droit des brevets se révèle d'ores et déjà source de blocages de l'innovation et appelle une série de recommandations.

Facteurs de blocage

Les blocages tiennent aux facteurs suivants³⁹.

-Multiplication de brevets à la portée juridique incertaine : étant donné le nombre croissant de brevets et l'étendue parfois incertaine de l'objet protégé, il est difficile de déterminer avec certitude si certaines techniques ou produits peuvent être librement utilisés ; dès lors, les programmes de sélection ne peuvent être entrepris sans risque, pour le sélectionneur, d'intégrer à son insu des éléments brevetés.

-Manque d'information concernant les brevets déposés et/ou délivrés : le sélectionneur ne dispose que difficilement de l'information lui permettant de vérifier si des éléments brevetés sont présents dans les variétés qu'il manipule ou produit (les bases de données de brevets, par exemple celle de l'OEB, n'indiquant pas dans quelles variétés les éléments brevetés sont insérés) ; les sélectionneurs, qui ont dès lors le sentiment « d'avancer dans un champ de mines », ont des difficultés à déterminer leur « liberté d'exploitation »⁴⁰, même si certaines pratiques récentes peuvent les y aider (par exemple, Syngenta offre désormais, sur son site internet, la liste des brevets pour le marché européen, avec les modalités de licence d'exploitation de ces brevets).

- Importance des coûts de transaction dans un contexte où il convient de s'informer de l'existence et de la portée de multiples brevets qui, séparément, seraient supportables économiquement, mais additionnés les uns aux autres, tendent à renchérir à l'excès le coût d'un programme de sélection.

- Absence d'exception de sélection stricto sensu *en droit des brevets*. Le droit européen des brevets prévoit bien une exception de recherche ; à court terme, il pourrait également intégrer, comme le fait déjà le droit français (CPI, art. 613-5-3), une exception limitée de sélection (qui serait applicable au brevet unitaire européen, comme le prévoit l'Accord sur la Cour relative au brevet unitaire européen, en cours de ratification). Cette dernière permettrait au sélectionneur de multiplier librement une plante contenant ou un plusieurs éléments brevetés. Mais quoi qu'il arrive, si la variété contient encore ces éléments *in fine*, il ne pourra la commercialiser sans avoir sollicité de licence et sans payer des redevances, même s'il n'entend pas utiliser ni exciper de la fonction de ces éléments. Placé dans cette situation de dépendance, il pourrait éventuellement « retirer » le ou les éléments brevetés ; mais cela supposerait d'abord qu'il ait préalablement identifié leur présence, ensuite que ce retrait soit techniquement et financièrement possible, ce qui n'est pas toujours le cas. En affirmant le principe de brevetabilité des gènes en général, qu'ils soient d'origine humaine, microbienne ou animale comme d'origine végétale, la directive 98/44/CE omet de prendre en compte la spécificité des derniers et les

³⁹ Pour des développements plus approfondis, v. le rapport annexe p. 39 et s.

⁴⁰ Une grande entreprise comme Limagrain est capable d'analyser elle-même cette liberté d'opérer. Mais cela nécessite l'emploi de deux personnes qui vérifient, chaque mois, les demandes publiées (soit environ 1 000 demandes). Limagrain a également fait l'expérience d'un système de mutualisation au sein d'un GIE regroupant plusieurs entreprises, appelé Vigibio.

difficultés particulières auxquelles conduit, en ce qui les concerne, l'absence d'exception de sélection *stricto sensu* en droit des brevets.

- *Etendue du monopole du breveté*. 1. lorsque c'est un procédé qui est breveté, la protection s'étend à la matière biologique directement obtenue par le procédé, ainsi qu'à toute autre matière dérivée et obtenue par reproduction ou multiplication, à condition qu'elle soit *dotée des mêmes propriétés que la matière biologique initiale* (directive 98/44/CE, art. 8 § 2) ; 2. lorsque c'est un produit qui est breveté, la protection s'étend à toute matière biologique obtenue à partir de cette matière biologique par reproduction ou multiplication et *dotée de ces mêmes propriétés* (directive 98/44/CE, art. 8 § 1) ; 3. dans le cas d'un gène, elle s'étend à toute matière dans laquelle le gène est incorporé et dans laquelle *l'information génétique est contenue et exerce sa fonction* (directive 98/44/CE, art. 9) ; dans l'interprétation qu'elle a faite de cette disposition, la CJUE⁴¹ a rappelé que le breveté n'est dès lors protégé que lorsque la séquence d'ADN *est susceptible d'exercer effectivement sa fonction* (*Monsanto c/ Cefetra, gr. ch., 6 juil. 2010, aff. C-428-08*)⁴² ; mais cela ne suffit pas pour autant à assurer que le sélectionneur⁴³ exploitant un gène breveté ne sera pas contrefacteur (pensons aux gènes *cry* qui exercent d'eux-mêmes leur fonction insecticide, ou au cas du gène *epsps* qui serait *susceptible* de conférer la tolérance à un herbicide, même si le sélectionneur ou l'agriculteur ne se prévaut pas de cette propriété). En tout état de cause, lorsqu'il se trouve dans une situation de dépendance, le sélectionneur ne peut exploiter sa variété – ni l'agriculteur sélectionneur exploiter ses propres semences, – sans licence concédée sur l'objet du brevet, faute de quoi il est contrefacteur.

- *Dispositions relatives à la contrefaçon* : il faut en effet rappeler la situation du sélectionneur au regard des textes actuels (art. L. 613-3 et L. 615-1 al. 3 CPI). D'une part, certains de ses actes peuvent ne pas engager sa responsabilité (et donc ne pas entraîner le paiement de dommages intérêts) mais être néanmoins objectivement contrefaisants (et donc être interdits). D'autre part, peu importe que le sélectionneur ait été de bonne ou de mauvaise foi, qu'il ait agi ou non en connaissance de cause ; en sa qualité de « fabricant » du produit contrefaisant, il est reconnu contrefacteur dès lors qu'il reproduit un élément breveté, même à son insu⁴⁴.

Nouveaux facteurs de blocage

Le CEES observe que ces risques de blocage de l'innovation s'accroissent en même temps que le champ de la brevetabilité progresse. Il relève à cet égard les effets qu'entraîne la *multiplication de brevets sur des plantes et sur des gènes et/ou caractères natifs*. Ces brevets se révèlent en effet beaucoup plus bloquants que ne le sont les brevets sur les PGM ou sur des gènes isolés dont la structure et la fonction ont été modifiées par une opération d'ingénierie ; dans cette seconde hypothèse, le sélectionneur n'est en effet contrefacteur que s'il exploite le gène isolé ou si le gène est inséré dans le génome de sa variété (ce qui est rare en Europe où les sélectionneurs produisent peu d'OGM). À l'inverse, lorsque le gène ou le caractère breveté est *naturellement* présent (« natif ») dans une variété exploitée par le sélectionneur, cette dernière sera susceptible d'être considérée comme dépendante du brevet. Ainsi toute variété de laitue comportant le caractère de résistance à *Nasanovia* décrit par le brevet *Rijk Zwaan* se trouve-t-elle sous la dépendance de ce brevet, ce qui a conduit

⁴¹ Juridiction suprême siégeant à Luxembourg, la Cour de justice de l'Union européenne est avant tout chargée de l'interprétation de la législation européenne dont elle garantit l'application uniforme dans tous les États membres de l'UE.

⁴² Ce qui n'est pas le cas lorsque, par exemple, une plante transgénique comportant un gène de tolérance au glyphosate a été transformée en farine. Sur cet arrêt, v. le rapport annexe p. 28 et 40.

⁴³ Ou l'agriculteur. Voir en effet *infra*, p. 23 et s.

⁴⁴ Sur ces éléments, V. le rapport en annexe, p. 38 et s. Selon une lecture retenue par les membres du GT, l'art. L. 613-3 CPI définit les actes « objectivement contrefaisants », c'est-à-dire les actes qui, qu'ils soient commis de bonne ou mauvaise foi, portent atteinte au droit du breveté. L'art. L. 615-1, al. 3, CPI ne règle ensuite que la question de la responsabilité du contrefacteur, qui est écartée lorsque les faits n'ont pas été « commis en connaissance de cause ». En tout état de cause, cette règle ne s'applique pas au « fabricant » du produit contrefaisant – qualification sans doute inadaptée au sélectionneur, mais qui paraît devoir lui être appliquée dès lors qu'il *multiplie* et/ou *reproduit* la matière biologique protégée.

certaines entreprises, comme Gautier Semences en France, à acquitter des redevances pour continuer, comme elle le faisait de longue date, à commercialiser des laitues issues de ses propres sélections et contenant ce caractère⁴⁵.

Le CEES insiste sur les risques renouvelés qu'entraîne ainsi la brevetabilité de cette nouvelle génération d'inventions, qu'il s'agisse de brevets de produit (dont la protection s'étend à toute matière biologique obtenue à partir du produit par reproduction ou multiplication et *dotée des mêmes propriétés*) ou de brevets de procédé (tout produit *obtenu par ce procédé* est alors couvert par le brevet).

S'agissant des produits, breveter des descriptions de plantes existantes revient à empêcher d'utiliser librement ces dernières comme source d'innovation, y compris conventionnelle⁴⁶. D'autant que comme toutes les variétés d'une espèce donnée ont en commun les mêmes gènes (qui ne diffèrent entre eux que par des « variations alléliques »), comme des espèces différentes ont par ailleurs également en commun la plupart de leurs gènes (qui, outre les variations alléliques, diffèrent par leur organisation dans le génome), le ou les caractères associés à l'expression d'un allèle d'un gène donné peuvent faire l'objet d'une application concernant au moins toutes les variétés d'une espèce donnée, et éventuellement celles d'autres espèces. Un phénomène comparable de blocage pourrait se produire à moyen terme si, comme l'anticipent certains généticiens, la mutagenèse dirigée venait à remplacer l'introgression des gènes. En effet, avec une telle technique, il sera possible de créer, de façon précise et rapide, des mutations ponctuelles, des ajouts ou des remplacements de séquences au sein des plantes et en particulier de copier dans une variété des séquences de gènes connues dans d'autres variétés, voire dans d'autres espèces, ce qui évitera de procéder par rétrocroisements longs et onéreux. Certaines de ces mutations auront pu advenir spontanément (mutations et recombinaisons naturelles) ou être provoquées par mutagenèse aléatoire, ou bien seront de simples copies de séquences de gènes connues. Admettre la brevetabilité de tels produits – au motif qu'ils ne sont pas encore compris dans l'état de la technique au moment de la demande de protection – aurait dès lors un effet inévitablement bloquant : les variétés commerciales ainsi développées porteraient des mutations brevetées en divers endroits du génome et ne seraient donc pas librement réutilisables pour la création de variétés nouvelles ; et les variétés contenant de manière naturelle les mêmes séquences brevetées ne seraient plus non plus exploitables sans autorisation du titulaire du brevet.

S'agissant des brevets de procédés, la difficulté tient à ce que, en présence de deux produits identiques, c'est le sélectionneur qui supporte la charge de prouver que le procédé qu'il a utilisé pour obtenir son propre produit est différent du procédé breveté. Or le poids d'une telle règle peut s'avérer insupportable lorsque le procédé ne laisse aucune trace moléculaire dans le produit (du moins aucune trace permettant d'attester que le produit est issu du procédé breveté) ; ce sera le cas lorsque le sélectionneur aura utilisé la sélection massale ou toutes sortes de techniques comme la mutagenèse dirigée (il peut lui être bien difficile de prouver qu'il a utilisé ces procédés et non le procédé breveté).

Limites des solutions légales et contractuelles actuelles

Loin d'être propres à l'innovation végétale, de telles situations (brevets larges, enchevêtrement de brevets, dépendances, etc.) s'observent dans d'autres domaines comme ceux du médicament ou de la téléphonie mobile. Pour surmonter les difficultés, les opérateurs s'entendent par le biais de licences croisées ou *pools* de brevets. Ces pratiques opèrent bien sur de grands marchés occupés par de puissants opérateurs, tout en étant l'un des facteurs de la concentration économique. Mais elles

⁴⁵ V. rapport annexe p. 40.

⁴⁶ Car la sélection conventionnelle, si elle peut se passer de transgènes, ne peut se passer de gènes et traits natifs. Les brevets sur les gènes, les traits natifs et les plantes qui les contiennent font dès lors obstacle à la nature même de l'amélioration des plantes, qui implique de pouvoir librement brasser les gènes de l'espèce considérée, seul le résultat final pouvant être réservé par un DPI.

fonctionnent moins bien sur le marché des semences où les opérateurs sont de différentes tailles, les profits moindres et les conditions des licences souvent ressenties comme injustes par le partenaire le plus faible, même si une politique de licences est proposée par certaines entreprises comme *Syngenta* ou *EnzaZaden*⁴⁷ dans le but de trouver une solution interne au secteur⁴⁸. La directive 98/44/CE prévoit bien que, quand un sélectionneur ne peut obtenir ou exploiter un COV sans porter atteinte à un brevet, il puisse obtenir une « licence judiciaire pour dépendance », mais c'est à des conditions trop restrictives pour être praticables (le brevet doit être antérieur au COV, la licence doit être « nécessaire pour l'exploitation de la variété à protéger », la variété doit constituer « à l'égard de l'invention [...] un progrès technique important » et présenter « un intérêt économique considérable »). Quant aux tentatives de mutualisation de brevets entreprises dans les années 2000, pour éviter ou faciliter la négociation de licences, elles ont échoué ou peu prospéré (contrairement à ce qui peut être observé, par exemple, dans le domaine de la génomique humaine).

Dans ce contexte, le CEES observe que deux scénarios sont possibles. Ou bien accepter une telle évolution, ce qui ferait du brevet l'outil de protection prépondérant en matière d'innovation semencière et aurait pour effet de renforcer la concentration de l'industrie semencière autour de quelques grandes entreprises. Ou bien façonner les règles de PI en vue de préserver un tissu dense de sélectionneurs et, du même coup, une innovation plurielle et adaptée au particularisme pédo-climatique (voies de recherche plus diversifiées, ressources génétiques mieux protégées d'une trop forte homogénéisation, etc.).

SOUCIEUX DE PRESERVER UNE INNOVATION DIVERSIFIEE, LE CEES SUGGERE LES 5 EVOLUTIONS SUIVANTES.

Accès à l'information sur les brevets. Face au manque d'information, le CEES a mesuré les inconvénients du *statu quo*, qui consisterait à laisser les sélectionneurs rechercher les informations pertinentes, ce pour quoi ils n'ont aujourd'hui guère de temps et de moyens. Tout comme les auteurs du rapport « Semences et agriculture durable »⁴⁹, le CEES estime préférable que les sélectionneurs aient accès de façon précoce à l'information pertinente sur les brevets déposés et délivrés, afin de pouvoir vérifier si les éléments brevetés sont présents dans le matériel végétal qu'ils manipulent ou produisent et, ce faisant, de déterminer leur « liberté d'exploitation ». Le CEES propose ainsi : 1. que l'information soit accessible sur une base de données rendues publiques et comportant, pour chaque variété mise sur le marché, le lien avec les brevets s'y rapportant ; 2. qu'il revienne aux professionnels titulaires des brevets d'informer ainsi les sélectionneurs (et les agriculteurs, v. *infra*) ; le CEES constate les avancées entreprises en ce sens par l'European Seed Association (ESA) et l'Union française des semenciers (UFS)⁵⁰ ; 3. afin de garantir l'efficacité de ce dispositif, le CEES estime que l'absence d'une telle information devrait être sanctionnée par l'irrecevabilité de l'action en contrefaçon que le titulaire du brevet entendrait éventuellement mettre en œuvre (l'idée étant que tant qu'il n'a pas informé, il ne peut agir en contrefaçon).

⁴⁷ V. rapport annexe p. 45.

⁴⁸ Dans un certain nombre de cas, l'effet négatif est limité par une politique de licences très largement consentie, ce qui fut le cas de brevets de l'INRA permettant la réalisation de lignées hybrides de colza. Mais, outre le fait qu'une telle stratégie est loin d'être systématique, la multiplication des instruments de sélection ainsi brevetés, donc sans libre accès, a renchéri globalement les coûts de la recherche, participant du mouvement de concentration (V. rapport annexe, p. 42).

⁴⁹ P. Vialle, « Semences et agriculture durable », rapport au Ministre de l'agriculture, Paris, 2011.

⁵⁰ V. <http://www.euroseeds.org/patent-database>

Retour aux exigences du droit commun des brevets. La PI étant une exception au principe de liberté d'entreprise (et, du même coup, à la libre copie), les membres du CEES rappellent que ne doivent être brevetables que les *inventions*, décrites de manière complète et compréhensible, et qui satisfont strictement les *conditions de brevetabilité*, en particulier la nouveauté et l'activité inventive (cette dernière notion devant s'entendre comme la non-évidence pour l'homme du métier, donc en fonction des connaissances disponibles et sans que celle-ci puisse se déduire simplement des difficultés techniques surmontées). Doivent enfin être proscrites les revendications trop larges et poursuivi le mouvement que l'OEB semble avoir commencé à engager dans ce sens.

Approche stricte de la brevetabilité des procédés. Le CEES insiste sur l'importance de ne breveter les procédés que lorsque l'intervention humaine a un impact déterminant sur l'objet obtenu et lorsque le procédé intervient directement au niveau du génome (à condition que le titulaire du brevet, en cas d'action en contrefaçon, puisse prouver que c'est bien ce procédé breveté qui a été utilisé et non un autre). L'OEB devrait maintenir ce cap tracé dans les décisions *Brocoli* et *Tomate ridée*, de sorte que ne soit pas contournée l'exclusion des procédés essentiellement biologiques.

Approche stricte de la brevetabilité des produits. S'agissant de la brevetabilité des produits issus des biotechnologies végétales, le CEES a débattu des scénarios suivants, actuellement envisagés dans diverses enceintes.

1. *Introduire une pleine exception de sélection en droit des brevets, de sorte qu'à l'instar du COV*, les sélectionneurs puissent utiliser librement le matériel breveté à des fins de sélection et de commercialisation d'une nouvelle variété (l'étendue du monopole sur les procédés restant quant à elle inchangée). Cette proposition formulée par un récent rapport hollandais⁵¹ serait de nature à maintenir un large accès aux ressources génétiques. Mais elle requiert de lourdes modifications textuelles ; elle est par ailleurs de nature à rendre purement et simplement inopérants, et donc sans valeur, les brevets sur les produits, puisque deviendrait gratuitement exploitable non pas le matériel génétique à la base de l'innovation (cas du COV, l'innovation elle-même restant le monopole de son titulaire), mais l'innovation elle-même. Certains doutent par ailleurs de la pertinence économique de cette proposition lorsque le brevet porte sur un OGM pour lequel le breveté doit supporter d'importants coûts d'autorisation de mise sur le marché.

2. *Restreindre la sphère du brevetable en excluant de la brevetabilité :*

- a. *les plantes issues de procédés essentiellement biologiques* (même si ces plantes ne constituent pas des variétés végétales au sens de l'UPOV - variétés instables, espèces, etc.),

- b. *l'ensemble des gènes, y compris lorsqu'il s'agit de gènes isolés dont la structure et la fonction ont été modifiés* ; les acteurs défendant ce scénario estiment que la brevetabilité des gènes est fondamentalement choquante, car la reconnaître signifie s'approprier la connaissance même, sans avoir 'inventé' à proprement parler (au point que certains membres du CEES font le lien entre la colonisation de nouveaux territoires dès le XVIème siècle et l'appropriation du vivant par les multinationales)⁵². Dans ce contexte, observent-ils, les gènes devraient relever du patrimoine commun de l'humanité et donc échapper à toute protection par brevet, de sorte que soit respectée l'une des exigences fondamentales de la recherche, à savoir la libre circulation des connaissances. Cette voie

⁵¹ Louwaars N., Dons H., van Overwalle G., Raven H., Arundel A., Eaton D., Nelis A., (2009). *The future of plant breeding in the light of developments in patent rights and plant breeder's rights*, Centre for Genetic Resources/Foundation DLO, Wageningen.

⁵² V. rapport annexe p. 49.

requiert toutefois des modifications textuelles lourdes et politiquement extrêmement difficiles à mettre en œuvre à l'échelle internationale. Elle risque par ailleurs d'entraîner une rupture de concurrence entre les nouveaux demandeurs et ceux qui sont déjà détenteurs de brevets sur des gènes.

- c. *les gènes (allèles) et caractères natifs*⁵³. Ne serait pas brevetable un gène qui existe dans une espèce vivante ou toute forme mutante ou allélique d'un gène qui peut être obtenue par l'effet de mutations spontanées ou provoquées par mutagenèse physique (rayonnement) ou chimique (agents mutagènes)⁵⁴. Seuls échapperaient à l'exclusion les gènes résultant d'une activité d'ingénierie moléculaire, qui ne sont pas la copie d'un gène de la catégorie précédente et dont l'obtention par mutagenèse est improbable dans le cadre des activités de la sélection semencière.

Après avoir apprécié la plus ou moins grande pertinence de ces scénarios :

- la plupart des membres du CEES recommandent d'exclure de la brevetabilité l'ensemble des gènes, y compris lorsqu'ils ont été modifiés en laboratoire (seul scénario techniquement réalisable d'après eux, même s'il impose de lourdes modifications des textes⁵⁵) ;

- à défaut (c'est-à-dire si cette première recommandation n'était pas possible à mettre en œuvre) :

- ils soutiennent la proposition d'introduire une pleine exception de sélection en droit des brevets⁵⁶ ;

- ils estiment de toute façon nécessaire d'exclure de la brevetabilité les *gènes (allèles) et caractères natifs*⁵⁷ ainsi que les *plantes issues de procédés essentiellement biologiques* ; ils invitent la Grande Chambre de recours de l'OEB, appelée à se prononcer sur la brevetabilité de ces plantes, à répondre par la négative. **Tous les membres du CEES soutiennent cette solution a minima.**

Modification des textes pertinents en matière de contrefaçon. Enfin, par souci de justice, en cas de dépendance à l'égard de brevets déjà délivrés (**sachant que la recommandation première du CEES reste que les gènes natifs soient désormais exclus de la brevetabilité**), le CEES considère que les textes relatifs à la contrefaçon devraient être modifiés.

⁵³ Dans le prolongement de la proposition faite par l'UFS (UFS, (2011). *Protection des Innovations dans le domaine de l'amélioration des plantes.- Nécessité d'une protection forte et pistes en vue d'une coexistence harmonieuse des systèmes de protection*, Paris).

⁵⁴ Le CEES ne s'est pas prononcé sur la biologie synthétique. Mais il est **évident qu'une telle proposition ne saurait être interprétée comme postulant la brevetabilité de principe des gènes synthétiques.**

⁵⁵ G. Kastler, F. Jacquemart, R. Dujardin, D. Evain, P. de Kochko, P. Morin, A. Faucon, J.-M. Sirvins, M. Alles-Jardel, P. Gaudray.

⁵⁶ F. Jacquemart, G. Kastler, R. Dujardin, D. Evain. Sans être favorables à l'exclusion de la brevetabilité de l'ensemble des gènes, deux membres (S. Lemarié et J. Lechenet) pensent eux aussi qu'il peut être utile d'introduire une exception de sélection en droit des brevets. Les autres membres ne croient pas à son efficacité.

⁵⁷ Même s'ils conviennent qu'il peut être compliqué de définir précisément ce qu'est un gène "natif" et d'établir une frontière claire entre les notions de "gène natif" et de "gène modifié par une opération d'ingénierie" (notamment parce qu'il est impossible de distinguer les allèles natifs des allèles obtenus par mutagenèse dirigée).

Le CEES entend ici par **gène (allèle) natif** celui qui fait partie du pool génétique de l'espèce cible ou d'une espèce interféconde avec celle-ci (y compris grâce au sauvetage d'embryon) – incluant les écotypes sauvages et les variétés cultivées – et qui est susceptible d'être produit à partir d'un autre gène (allèle) natif par le fait d'événements de mutation aléatoire et peut être introduit (recombiné) dans une variété de l'espèce par croisement sexué (avec ou sans utilisation de marqueurs ADN). Il faut entendre par **caractère natif**, un caractère de toute nature, physique ou chimique dont l'expression est susceptible d'être observée dans toute plante, écotype sauvage ou variété cultivée d'une espèce végétale ou d'une espèce sexuellement compatible (y compris par sauvetage d'embryon), et pouvant être recombinaison par croisement sexué (avec ou sans utilisation de marqueurs ADN). Un caractère résultant ou pouvant résulter de mutation(s) aléatoire(s) – utilisant des agents chimiques ou des ionisants, y compris ceux sélectionnés par tilling, etc. – de gènes responsables de l'expression d'un caractère natif reste un caractère natif.

1. *Sur les conditions de poursuite pour contrefaçon* : sans préjudice du 2, les actes réalisés par le sélectionneur ou l'agriculteur sélectionneur avant la délivrance effective de l'information, ne devraient pouvoir donner lieu à poursuite pour contrefaçon ; en conséquence, la **recevabilité de l'action en contrefaçon** devrait être subordonnée à l'information préalable du sélectionneur ou de l'agriculteur-sélectionneur par le breveté, ses licenciés, sous-licenciés, distributeurs (l'idée étant qu'en paralysant ainsi son droit d'action, le breveté sera incité à informer le plus tôt possible);

2. *Sur le fond* :

- le sélectionneur ou l'agriculteur sélectionneur devrait être reconnu contrefacteur s'il est établi (la charge de la preuve incombant au titulaire du brevet) qu'il a exploité sciemment un élément breveté (cas où l'information avait été placée d'emblée sur la base de données ou elle avait été acquise par le sélectionneur par un autre moyen)⁵⁸ ;

- le sélectionneur ou l'agriculteur sélectionneur ne devrait pas être reconnu contrefacteur lorsque la variété a été développée et exploitée dans l'ignorance du ou des éléments brevetés (par exemple lorsque l'information n'a pas été placée ou a été placée tardivement sur la base de données) ; il devrait alors pouvoir :

- se prévaloir d'une « possession personnelle antérieure » à la délivrance du brevet, en faisant la démonstration de ce qu'il « possédait » l'invention antérieurement, ce qui lui permettrait de continuer à exploiter cette dernière à titre personnel (sans toutefois pouvoir donner de licence d'exploitation)⁵⁹ ;

- voire purement et simplement poursuivre librement l'exploitation entière de sa variété, à condition qu'il n'excipe pas de la caractéristique conférée par l'élément breveté dès lors que cette caractéristique est nouvelle et non « native »⁶⁰.

B. PI et risque de dépendance des agriculteurs envers l'industrie semencière

Le CEES s'est ensuite interrogé sur la question de savoir si l'état actuel de la PI est de nature à placer les agriculteurs dans une situation de dépendance accrue par rapport au secteur semencier. Il a envisagé deux questions : d'une part, celle des semences de ferme, avec deux revendications concurrentes – disposer d'un retour sur investissement, pour les semenciers, réensemencer librement leur champ pour les agriculteurs (1) ; d'autre part, le risque inédit de contrefaçon auquel les agriculteurs pourraient être exposés lorsque leurs cultures comportent, de manière fortuite ou naturelle, un élément breveté (2).

1) La question des semences de ferme

En droit français et européen, l'exception des semences de ferme est affirmée pour ce qui concerne tant le COV que le brevet. Que la semence tombe sous le coup d'un COV ou d'un brevet, l'agriculteur peut donc, pour 21 espèces et moyennant le paiement d'une rémunération à l'obteneur (dont sont exemptés les « petits agriculteurs »), reproduire sur son exploitation le matériel de reproduction protégé, ce qui le dispense de racheter chaque année des semences de ces variétés protégées.

Reste à savoir si l'encadrement actuel de l'exception des semences de ferme opère un juste équilibre entre les intérêts des obtenteurs et ceux des agriculteurs. D'un côté, les obtenteurs et producteurs de

⁵⁸ L'article L. 615-1 du CPI devrait préciser ce point.

⁵⁹ Une telle solution nécessiterait une réécriture de l'article L. 613-7 CPI afin qu'il soit précisé que « la possession de l'invention doit s'entendre également du [développement, par le sélectionneur, d'une variété, fût-ce un équivalent, obtenue au moyen d'un procédé conventionnel, dont le matériel biologique fait ultérieurement l'objet d'un brevet] ».

⁶⁰ Certains membres du CEES font en effet valoir qu'il est normal que le sélectionneur ne se prévale pas, par exemple, de ce que sa variété contient fortuitement un gène la rendant tolérante au glyphosate, mais qu'il doit pouvoir exciper d'une caractéristique que présente par ailleurs naturellement sa variété (résistance au puceron, absence de gluten, etc.).

semences soulignent l'importance que représentent pour eux ces rémunérations : ils font valoir que le secteur est de plus en plus concurrentiel, notamment face à des détenteurs de brevets qui disposent d'outils efficaces pour percevoir leurs droits de licences ; ils estiment juste, par ailleurs, que les agriculteurs participent au financement de la création variétale dont ils bénéficient ; ils insistent sur le coût de la recherche (12 à 15% du C.A.) et la nécessité de maintenir la diversité de cette recherche. D'un autre côté, si la FNSEA et le CNJA adhèrent à ces arguments, d'autres s'y opposent avec vigueur (Confédération paysanne, Coordination rurale, MODEF). Ils évoquent les avantages liés à la pratique des semences de ferme (sécurité et flexibilité du stock semencier, diminution des intrants, adaptation locale des semences). Ils estiment participer d'ores et déjà au financement de la création variétale, à la fois quand ils achètent des semences dans le circuit commercial et parce qu'ils « entretiennent la diversité cultivée » (par leurs sélections adaptatives, par les échanges informels de semences qu'ils pratiquent entre eux, etc.). Au titre de leur contribution historique et actuelle à cette création de la diversité cultivée et à son renouvellement, ils se prévalent d'un « droit inaliénable » à réensemencer gratuitement leurs champs avec leur récolte, quelle que soit l'espèce considérée (même s'il faut rappeler qu'en droit français, la pratique des semences de ferme a été interdite par les tribunaux avant d'être autorisée sous condition en 1994 pour le COV européen, en 2008 pour les brevets et 2011 pour le COV français). Ils ajoutent qu'il serait injuste qu'ils acquittent une redevance, alors que le droit international (Traité international sur les ressources génétiques pour l'agriculture et l'alimentation dit « TIRPAA », v. *infra* p. 25) prône un partage des avantages au bénéfice des agriculteurs qui ont contribué et continuent de contribuer à la conservation et à l'amélioration des ressources phytogénétiques (ce à quoi les obtenteurs répondent que le TIRPAA repose sur le principe selon lequel l'exception de sélection qui permet à chacun, y compris agriculteurs sélectionneurs ou agriculteurs, d'accéder à la variabilité génétique des variétés protégées par COV, constitue en soi une forme de partage non monétaire des avantages).

Dans ce contexte, le CEES s'est interrogé sur l'équilibre à trouver, observant que rien ne détermine une réponse dans un sens ou dans l'autre, seules des considérations socio-économiques pouvant guider la réflexion.

SANS PARVENIR A SURMONTER LES OPPOSITIONS ENTRE SES MEMBRES⁶¹, LE CEES PENSE QU'IL CONVIENT D'ATTIRER L'ATTENTION DES DECIDEURS ET DES PROFESSIONNELS QUI SERAIENT AMENES A NEGOCIER DES ACCORDS, SUR LES ELEMENTS SUIVANTS.

De même que la mise en œuvre de ses droits par le titulaire d'un DPI, l'exception de semences de ferme est inscrite dans le droit national et européen (ce qui se comprend ne serait-ce que pour des raisons de liberté de choix des méthodes de production agricole - sachant que pour certains, elle est également un facteur de stabilisation du prix des semences, de performance économique de l'exploitation, etc.).

Dans cette perspective, le montant de la rémunération doit opérer un juste équilibre entre les intérêts des semenciers et ceux des agriculteurs ; pourraient éventuellement être redéfinies, dans le sens d'une plus grande souplesse, l'assiette de l'exception (nombre d'espèces visées) et la notion de « petit agriculteur » exempté du paiement de redevances⁶².

Les agriculteurs qui ne cherchent pas à reproduire la semence à l'identique (sélection « conservatrice »), mais à l'employer comme départ de sélection, en champ, de variétés populations, devraient pouvoir le faire sans acquitter de rémunération (le réensemencement se faisant alors au titre de l'exception de sélection). Puisque c'est à celui qui invoque un droit de le prouver, ce devrait être au titulaire du droit de PI d'établir

⁶¹ Sont opposés à toute forme de rémunération : G. Kastler, D. Evain, P. de Kochko, J.-M. Sirvins, P. Gaudray. Sont favorables au dispositif mis en place par la loi de 2011 : M.-A. Hermitte, J. Lechenet, M. Alles-Jardel, S. Lemarié, M. Callon. S'abstiennent : F. Jacquemart, R. Dujardin, P. Morin, Ch. Pernin, S. Pradelle, A. Faucon.

⁶² Voir, sur les conditions de cette double suggestion, le rapport annexe p. 58.

qu'il y a « sélection conservatrice » (*par exemple* en montrant que l'agriculteur dispose d'une parcelle de multiplication de semences séparée de ses parcelles de culture agricole et/ou qu'il utilise la dénomination variétale).

2) Le risque de contrefaçon de brevets

La multiplication de variétés brevetées risque-t-elle de placer les agriculteurs dans une position inédite de contrefacteurs, soit parce qu'ils cultivent leurs champs avec des semences issues d'une variété contenant *un élément breveté dont ils ignorent la présence* (cas d'un gène ou d'un caractère natif brevetés)⁶³, soit parce qu'ils subissent une *présence fortuite d'un élément breveté dans leurs cultures* (contamination dans le sac de semence ou flux de gènes dans le champ), soit parce qu'ils tentent de profiter d'une telle présence sans avoir pour autant acheté les semences brevetées ? De telles hypothèses sont prises au sérieux depuis l'affaire *Schmeiser c. Monsanto Canada Inc.*, jugée par la Cour Suprême du Canada⁶⁴. Cette affaire n'est pourtant guère représentative, d'abord parce qu'elle fut jugée sur le fondement du droit canadien et non français, ensuite parce qu'en l'espèce, l'agriculteur avait *sciemment* récolté, conservé et semé dans certaines parcelles de son exploitation du colza Monsanto résistant au glyphosate. Même s'il n'avait pas traité ses cultures au glyphosate – son objectif étant d'utiliser le fonds génétique de la variété, ce qui explique qu'il n'ait pas été condamné à des dommages et intérêts punitifs (ou « remise de profits » qui tient compte des bénéfices réalisés par le contrefacteur et sanctionne la faute « lucrative ») –, il avait reproduit le transgène et était donc contrefacteur au sens du droit des brevets.

*L'affaire apporte toutefois un éclairage sur les nouvelles problématiques auxquelles l'agriculteur pourrait être confronté. En droit français, il pourrait en effet être jugé objectivement contrefacteur, qu'il ait ou non agi en connaissance de cause (la bonne foi ou mauvaise foi n'ayant d'incidence que sur les dommages intérêts)*⁶⁵. En cas de contentieux, on pourrait soutenir, pour le faire échapper à une condamnation, qu'il a agi non seulement sans intention, mais aussi sans maîtrise possible de la situation, laquelle lui est en quelque sorte imposée. Mais il n'est pas certain qu'un tel raisonnement soit retenu par le juge. De la même manière, il serait possible d'invoquer la jurisprudence *Monsanto c/ Cefetra* selon laquelle le breveté n'est protégé que lorsque le gène est *susceptible d'exercer sa fonction*. Mais tout gène breveté présent dans la production de l'agriculteur peut être considéré comme *susceptible* d'exercer sa fonction. Le risque est certes limité s'agissant d'un gène de tolérance à un herbicide, du moins lorsque l'agriculteur n'emploie pas l'herbicide associé ; mais un tribunal pourrait en juger autrement et considérer le gène néanmoins « susceptible d'exercer sa fonction ». Surtout, le risque est grand s'agissant d'un gène codant un insecticide ou d'un gène augmentant par exemple la teneur en acides gras omega 3, l'un et l'autre exerçant d'eux-mêmes leur fonction, indépendamment de toute volonté de l'agriculteur. Dès lors, il serait très difficile, dans la conception actuelle de la contrefaçon, de soutenir que l'agriculteur n'est pas contrefacteur, quand bien même il ignorerait la présence du gène breveté et/ou ne pourrait le supprimer de sa production. Probablement limité en pratique, du moins tant que les cultures de plantes protégées par brevets ne se généralisent pas en France, le risque de poursuites existe, ne serait-ce qu'à titre d'intimidation de la part des titulaires de brevets. Il est d'autant plus grand pour les agriculteurs utilisant des semences de ferme ou des variétés populations dans lesquelles les risque de se produire, année après année dans leurs champs, un phénomène d'accumulation de gènes ou caractères potentiellement brevetés.

⁶³ On est alors dans le cas où l'agriculteur n'a pas acheté les semences brevetées, car lorsqu'il les a achetées, il peut non seulement vendre sa production mais aussi en ressemer une partie (l'article L613-5-1 du CPI lui reconnaissant le bénéfice de l'exception des semences de ferme dans les conditions du règlement 2100/94/CE).

⁶⁴ V. les développements et références dans le rapport annexe p. 58 et s.

⁶⁵ CPI, art. L. 615-1 al. 3.

DANS CE CONTEXTE, LE CEES ESTIME SOUHAITABLES LES EVOLUTIONS SUIVANTES.

1. Information des agriculteurs : les agriculteurs devraient être informés de la présence d'éléments brevetés dans les semences qu'ils achètent. À ce jour, les semences GM sont obligatoirement étiquetées « OGM », mais cet étiquetage ne dit rien de l'éventuelle présence d'éléments brevetés. Par ailleurs, un nombre croissant de brevets porte sur des semences non GM. Dans ce contexte, une information additionnelle en direction des agriculteurs paraît nécessaire⁶⁶.

2. Conditions de poursuite pour contrefaçon : sans préjudice du 3, les actes réalisés avant la délivrance effective de l'information ne devraient pouvoir donner lieu à poursuite en contrefaçon ; en conséquence, la *recevabilité* de l'action en contrefaçon devrait être subordonnée à l'information préalable et dûment réalisée de l'agriculteur par le breveté, ses licenciés, sous-licenciés, distributeurs (l'idée étant que son droit d'action étant ainsi paralysé, le breveté sera incité à informer le plus tôt possible) ;

3. Critères de contrefaçon :

- l'agriculteur ne devrait être jugé contrefacteur que s'il est établi (*par le titulaire du brevet, qui supporte la charge de la preuve*) qu'il a utilisé *sciemment* une variété contenant le ou les éléments brevetés **et avec l'intention d'exploiter la ou les fonctions protégées par brevet**⁶⁷ ;

- l'agriculteur, dont il n'est pas établi qu'il a *utilisé sciemment* une plante contenant le ou les éléments brevetés **et avec l'intention d'exploiter la ou les fonctions protégées par le brevet** devrait pouvoir continuer d'exploiter librement le produit de sa récolte *et ce sans limite de temps s'il n'excipe pas de la fonction protégée, dès lors que cette dernière porte sur un caractère nouveau non natif*⁶⁸.

⁶⁶ Sur les sacs de semences, bordereaux de livraison et factures et/ou sur la future base de données évoquée *supra* p. 18. Voir sur ce point le rapport annexe p. 62.

⁶⁷ L'article L. 615-1 CPI devrait être modifié en ce sens.

⁶⁸ V. *supra* note 60. Par exemple, l'agriculteur devrait pouvoir continuer à exciper du caractère pauvre en gluten de sa variété si ce caractère est exprimé naturellement par cette dernière, indépendamment du caractère breveté.

C) PI et diversité génétique des plantes cultivées

Au cours des deux derniers siècles, la sélection végétale a reposé sur une base génétique de plus en plus restreinte. Si les DPI n'ont constitué qu'un des multiples facteurs de cette évolution, le GT a réfléchi aux adaptations qui, dans ce domaine, pourraient contribuer au redéploiement d'une diversité interspécifique et intraspécifique des plantes cultivées. Une première question porte sur la conservation des ressources phytogénétiques dans le cadre du réseau international mis en place par le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (TIRPAA) (1). Une seconde question concerne plus spécialement le renforcement de la place des « agriculteurs sélectionneurs » dans la conservation de la biodiversité cultivée *via* la détermination d'un statut juridique pour les variétés populations⁶⁹ (2).

1) La conservation des ressources phytogénétiques dans le cadre du système multilatéral établi par le TIRPAA

L'accès aux ressources génétiques est un point capital de l'activité des sélectionneurs. C'est cette donnée qui a conduit à adopter le traité dit « TIRPAA », en 2001, sous l'égide de la FAO⁷⁰. Ce Traité reconnaît « la nature spéciale des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture » et, en particulier, le fait qu'elles sont « la matière première indispensable à l'amélioration génétique des plantes cultivées » et la condition de « l'adaptation aux changements ». Il a donc cherché à inciter à la conservation de ces ressources, à leur mise en réseau pour en faciliter l'accès sous certaines conditions dans le cadre d'un « partage équitable des avantages », et à développer des coopérations : c'est le système multilatéral de ressources phytogénétiques pour l'agriculture et l'alimentation (RPGAA)⁷¹.

La conservation des ressources est envisagée sous deux formes complémentaires : *ex situ* et *in situ*

Le Traité promeut en premier lieu la conservation *ex situ* et, particulièrement, la qualité de la gestion des collections *ex situ*. Cela comprend ce qu'il est convenu d'appeler des banques de gènes - collections de graines ou de tissus végétaux conservées en conditions contrôlées, et collections de plantes en plein champ, constituant des réserves où l'on peut puiser des populations, des individus ou des caractères intéressants. Leur caractéristique commune est d'être rassemblées hors de leur milieu naturel. Elles relèvent des secteurs public ou privé, national ou international.

Le Traité promeut en second lieu la conservation *in situ* en demandant aux États d'encourager les « efforts des agriculteurs et communautés locales pour gérer et conserver à la ferme leurs ressources ». Au titre de l'utilisation durable de ces ressources, le Traité appelle les États à encourager la mise en œuvre de politiques et systèmes agricoles renforçant la diversité, ainsi que les efforts de sélection associant les agriculteurs.

Le système multilatéral mis en place englobe basiquement toutes les ressources « du domaine public ». S'il fait expressément référence aux collections *ex situ* des CGIAR, il est basé sur l'ouverture la plus large possible à des RPGAA de toute nature. Sans prévoir expressément que puissent y être placées des ressources cultivées *in situ*, le texte ne l'interdit pas. On dispose du reste d'un précédent intéressant à cet égard, celui du Pérou, même s'il est éloigné de la réalité européenne. Six communautés indiennes regroupées en Association au sein du Parc de conservation de la pomme de

⁶⁹ Du moins de plantes ne répondant pas aux normes de l'UPOV (distinction, homogénéité, stabilité).

⁷⁰ Adopté par la Conférence de l'ONU le 3 novembre 2001 et approuvé par le Parlement français le 11 juillet 2005, le TIRPAA a été partiellement intégré en droit interne (cf. loi du 8 déc. 2011 précitée).

⁷¹ Il englobe toutes les RPGAA des 64 espèces énumérées à son annexe 1 qui sont gérées par les Parties contractantes et relèvent du domaine public, ainsi que les collections *ex situ* des Centres internationaux de recherche agronomique du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale (CGIAR). Les États sont en outre priés d'inviter « tous les autres détenteurs de RPGAA » à verser ces dernières au système multilatéral, qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales.

terre au Pérou ont ainsi notifié en 2008 au Secrétariat du Traité le versement des ressources génétiques qu'elles conservent *in situ*, ce qui les rend facilement accessibles selon les règles du TIRPAA. Constatant qu'à ce jour, le SM est essentiellement alimenté par les collections internationales *ex situ* des CGIAR et que les efforts des États pour y inclure leurs collections nationales sont encore insuffisants, le CEES observe avec intérêt ce dernier type de versement qui peut être de nature à diversifier la manière d'abonder le système multilatéral et à inspirer des actions sur le territoire français.

LE CEES ENTEND ICI INSISTER SUR DEUX ELEMENTS :

Il constate qu'à ce jour, la participation de la France au système multilatéral n'est pas suffisamment active (avec seulement deux collections privées - Maïs et Blé - mises dans le système multilatéral) et qu'en vertu de l'art. L. 660-3 al. 2 du Code rural (loi du 8 décembre 2011), la collection française qui doit enrichir le système multilatéral relève d'une conception qui pourrait être élargie⁷². Il considère que cette collection devrait inclure l'ensemble des collections tenues par des organismes publics et que les collections privées devraient être incitées à en enrichir le contenu (sachant que dans leur rapport au CEES, quelques membres du GT estiment que la collection nationale devrait également intégrer les variétés populations et les variétés enregistrées au catalogue et/ou protégées par COV⁷³). Il appelle à ce que soient rapidement mobilisés les moyens nécessaires à cet effet.

Il considère que le Gouvernement français devrait se doter d'une politique publique de conservation des ressources phytogénétiques. Une telle politique exige : 1. la désignation d'une instance en charge de la coordonner et de la mettre en œuvre, qui soit reconnue aux plans national et international et qui soit ouverte à tous les acteurs, y compris les agriculteurs (art. 9 du TIRPAA) ; 2. l'allocation de moyens financiers et humains pour assurer l'accès aux collections des établissements publics.

2) La conservation *in situ* et le statut juridique des variétés populations issues de la sélection paysanne

L'espèce et la variété étant le résultat d'une interaction entre un génotype et un environnement, leur conservation *in situ* est indispensable parallèlement à la conservation statique *ex situ*. C'est pourquoi la FAO recommande de replacer les agriculteurs au centre des dispositifs de conservation, insistant sur leur rôle dans la circulation et l'adaptation du germoplasme des plantes cultivées aux évolutions économiques et écologiques des systèmes de culture. C'est dans cette perspective de gestion dynamique que les « agriculteurs sélectionneurs » disent s'inscrire. Ils ne se contentent pas de dupliquer des variétés commerciales mais cherchent à les adapter, en champ, à leurs objectifs de production et aux conditions écologiques actuelles de leur exploitation. Il en découle des variétés populations mieux adaptées aux conditions locales – c'est-à-dire des écotypes exprimant des caractères communs issus de recombinaisons variables de divers groupes de génotypes et ne répondant donc pas aux critères du catalogue et du COV.

Le CEES relève la relativité de ce modèle de sélection : même s'il est impossible de se fier à des chiffres vérifiables, on observe qu'en ce qui concerne le maïs, quelques centaines d'hectares (estimation du GNIS) ou milliers d'hectares (estimation de certaines organisations agricoles) seraient annuellement semés en variétés populations, tandis que 3 millions d'hectares le sont en maïs hybrides certifiés. Parallèlement, la contribution de ces variétés populations à la conservation de la

⁷² Voir le rapport annexe p. 67 et note 200.

⁷³ Bien que ces dernières soient d'ores et déjà accessibles sur le fondement de l'exception de sélection.

diversité génétique des plantes cultivées n'est pas aujourd'hui mesurée. Le CEES observe néanmoins que ces variétés (vieilles variétés disparues du marché, populations originales, etc.) sont un élément de diversité, en particulier en vue de l'adaptation des cultures à des environnements changeants. Elles contribuent par ailleurs à un élargissement de l'offre semencière réclamée par certains agriculteurs et consommateurs. Pour cette raison et parce que les agriculteurs sélectionneurs comptent parmi les acteurs socio-économiques, les questions qu'ils soulèvent doivent être prises en considération dans la réflexion sur l'évolution de la PI.

Leurs représentants (Confédération paysanne notamment) rappellent qu'au nom de leurs contributions à la conservation et à l'amélioration des RPGAA, le TIRPAA reconnaît des droits aux agriculteurs, notamment celui de participer à la prise de décision concernant l'utilisation des RPGAA et de participer équitablement au partage des avantages qui en découlent. Sur ce fondement : 1. les agriculteurs sélectionneurs demandent de pouvoir échanger et vendre librement les semences des variétés populations qu'ils cultivent ; ils rappellent la spécificité de leurs activités de sélection et de conservation dynamiques, qui se déroulent dans le champ de production agricole et non dans des parcelles spécifiques, ainsi que la qualité particulière des semences qui en découlent ; pour eux, interdire la reproduction et les échanges de leurs semences au motif que le reste de leurs récoltes est écoulé sur les marchés agricoles revient à rendre impossible toute sélection paysanne ; 2. ils souhaitent également pouvoir mener leur activité sans être considérés comme contrefacteurs des variétés qu'ils utilisent, puisque ces dernières – qui sont parfois protégées – leur servent de départ de sélection sans qu'ils cherchent à les reproduire à l'identique ; 3. enfin, parce qu'ils ont contribué à la conservation et à l'amélioration des RPGAA « de génération en génération » et parce que les variétés populations sont parfois utilisées comme départ de sélection de variétés protégées par un DPI, ils entendent obtenir un accès libre et gratuit aux semences issues de la culture de variétés protégées, et ce au titre du partage des avantages liés à la commercialisation des nouvelles variétés.

Le CEES a pris connaissance de l'analyse de ces arguments par le GT. Il observe qu'en l'état du droit :

- la possibilité, pour les agriculteurs sélectionneurs, de protéger les variétés populations par le COV est incertaine ; elle dépend de la distinction, de l'homogénéité, de stabilité de la population, mais aussi de la manière dont les textes sont interprétés (en particulier, la notion de « variété » définie par « les caractères issus d'un certain génotype ou d'une certaine combinaison de génotypes » et celle de « stabilité », définie comme l'« aptitude à être reproduite conforme » sont largement ouvertes à interprétation) ;
- pour la plupart, les variétés populations ne peuvent être inscrites au catalogue⁷⁴ ; dès lors, leurs semences ne peuvent pas non plus être commercialisées (CJUE, *Kokopelli*, 3^e ch., 12 juill. 2012, aff. C-59/11) ni échangées entre agriculteurs, sauf si les échanges ne visent pas à une « exploitation commerciale » (notion là encore sujette à interprétation).
- aucun retour d'avantages spécifique n'est prévu par les droits européen et français au bénéfice des « agriculteurs sélectionneurs » dont une population aurait été utilisée comme départ de sélection d'une variété protégée⁷⁵.

⁷⁴ Certaines variétés populations qui répondent à la définition UPOV de la variété étant inscrites.

⁷⁵ Le TIRPAA prévoit que lorsqu'une innovation développée à partir d'une ressource du système multilatéral est *in fine* protégée par un brevet, un pourcentage des avantages est versé à un fonds de partage des avantages. Au-delà, il rappelle que lorsque l'innovation est protégée par COV, l'exception de sélection est en elle-même une forme *non monétaire* de partage des avantages. Comme le font valoir certains membres, il s'agit toutefois d'un partage non monétaire dont ne bénéficient pas nécessairement les agriculteurs, le Traité ne le garantissant pas.

- les « agriculteurs sélectionneurs » sont potentiellement exposés à un risque spécifique de poursuites en contrefaçon (risque qui vient s'ajouter à ceux qui sont exposés plus haut et pour lesquels le GT a formulé des recommandations). Les variétés populations pourraient, en effet, être considérées comme « variétés essentiellement dérivées » des variétés protégées initialement utilisées (« VED »), du moins lors des premières multiplications. Les juristes du GT ont jugé néanmoins ce risque limité, car il supposerait d'abord que les variétés populations répondent à la définition de la « variété » posée par la Convention UPOV – ce qui n'est pas certain –, ensuite que, cultivées dans des parcelles spécifiques – séparées de celles qui servent à la production –, elles soient commercialisées, faute de quoi l'agriculteur sélectionneur bénéficie de l'exception de sélection. Il n'en demeure pas moins que, bien souvent, l'agriculteur sélectionneur sélectionne dans le champ de production, si bien qu'il pourrait être poursuivi pour réutilisation ou échange de semences de ferme.

COMME LES AUTEURS DU RAPPORT « SEMENCES ET AGRICULTURE DURABLE » (2011), LE CEES PENSE QU'AU NOM DE LA DIVERSITE, des pistes d'évolution devraient être recherchées pour que les agriculteurs sélectionneurs puissent exercer leur activité, sans déstabiliser le cadre actuellement applicable à la protection juridique des variétés végétales et à la réglementation des semences. Le CEES estime important que le groupe de travail mis en place par le Ministère de l'agriculture pour aborder spécifiquement ces questions parvienne à des solutions partagées par tous. À toutes fins utiles, il porte les éléments suivants à la connaissance de ce groupe.

- D'une part, il rappelle que l'agriculteur sélectionneur bénéficie de l'exception de sélection (en ayant préalablement arrêté les critères permettant de distinguer « sélection évolutive » et « sélection conservatrice », cf. *supra*)⁷⁶. Dans cette logique, les restrictions d'utilisation des semences de ferme ne devraient s'appliquer qu'aux agriculteurs qui effectuent une sélection conservatrice visant à reproduire sous forme de variété fixée l'ensemble des caractères distinctifs et uniquement les caractères distinctifs de la variété protégée.
- D'autre part, le CEES rappelle la nécessité, affirmée par la loi « Grenelle 1 » du 5 août 2009, d'ouvrir le catalogue (du moins une forme de catalogue) aux variétés populations, ce qui permettrait l'accès au marché de celles d'entre elles qui font l'objet d'une demande⁷⁷. Le CEES insiste sur le fait que des règles claires doivent encadrer cet accès au marché.
- Enfin, le CEES estime qu'il conviendrait de faire évoluer les règles d'échange de semences de variétés populations. Cet échange devrait être considéré comme légal dès lors que ne se crée pas un marché parallèle à celui des semences commerciales ; dans cette perspective, la remise directe, par le producteur à l'utilisateur final, de petites quantités de semences de variétés populations devrait être permise.

En revanche, le CEES ne prend pas position sur les questions suivantes :

- La redéfinition de la notion de « variété » issue de la Convention UPOV. Proposée par quelques membres du CEES⁷⁸, cette redéfinition vise à inclure expressément dans la notion de variété les variétés populations ; ces dernières pourraient alors servir de référence pour l'appréciation de la nouveauté des variétés pour lesquelles un COV est sollicité (dans cette perspective, constituerait une variété : article L. 623-1 du CPI « un ensemble végétal d'un taxon botanique du rang le plus bas connu. Génétiquement il convient de distinguer au moins deux grands types variétaux : 1°) « Les variétés populations » composées d'individus aux caractères phénotypiques proches mais

⁷⁶ On rappellera que dans son rapport, le GT était partagé sur l'utilité de modifier les textes relatifs à la contrefaçon pour assurer que seule la reproduction conforme de la variété protégée puisse être qualifiée de contrefaçon. Si la sûreté juridique l'imposait, il faudrait, estimait le GT, modifier l'article 623-4 du CPI comme suit : « les semences multipliées en pollinisation libre sans sélection conservatrice et/ou en sélection massale en vue d'une adaptation locale ne peuvent constituer une variété essentiellement dérivée d'une variété protégée par COV »). V. rapport annexe p. 75.

⁷⁷ Une double difficulté résidant toutefois dans le fait que : les variétés populations évoluent au cours des multiplications successives de populations en pollinisation libre et/ou sélection massale ; elles peuvent englober des ensembles très larges de plantes et ainsi antécédentiser toute nouvelle variété. V. rapport annexe p. 73.

⁷⁸ Et qui détermine les critères d'inscription au catalogue définis par les principes directeurs de l'OCVV ou de l'UPOV suivant les espèces.

présentant une grande variabilité leur permettant d'évoluer selon les conditions de culture. Elles sont définies par l'expression des caractères résultant de combinaisons variables de plusieurs groupes de génotypes. 2°) « Les variétés fixées ou combinaisons de variétés fixées » « 1° Définies par l'expression des caractères résultant d'un certain génotype ou d'une certaine combinaison de génotypes ; « 2° Distingué de tout autre ensemble végétal par l'expression d'au moins un desdits caractères ;« 3° Considéré comme une entité eu égard à son aptitude à être reproduit conforme ». Ils proposent d'ajouter à l'article L. 611-19 du CPI que « Ne sont pas brevetables : [...] 2° Les variétés végétales telles que définies à l'article L. 623-1 du même Code » (de façon à éviter la protection par brevet de variétés ne répondant pas aux critères de DHS)). Certains membres du GT se sont opposés à une telle évolution. Ils estiment, d'une part qu'elle bouleverserait le dispositif du COV sans véritable utilité à leurs yeux, d'autre part qu'elle compliquerait notablement l'appréciation du critère de distinction (ce dernier ne pourrait plus être mis en œuvre si toute variété nouvelle devait être distinguée de variétés populations antérieures, par définition évolutives)⁷⁹.

- Le « partage des avantages » en faveur des agriculteurs sélectionneurs. Au double titre de leur contribution à la conservation et à la mise en valeur des ressources phytogénétiques, d'une part, du principe de « partage des avantages » affirmé par le TIRPAA, d'autre part, certains membres du CEES appellent les sélectionneurs détenteurs de DPI à soutenir financièrement la gestion dynamique des semences par les agriculteurs sélectionneurs. Ils proposent que ce soutien prenne la forme ou bien d'une taxe sur les semences non reproductibles vendues en France (semences protégées par brevet, hybrides F1, variétés protégées par un COV interdisant ou restreignant l'utilisation des semences de ferme et donc l'accès des agriculteurs à la diversité génétique), ou bien d'un pourcentage des redevances versées au titre de l'exception de semences de ferme (actuellement utilisées pour des programmes collectifs de recherche sur le blé menés entre obtenteurs, INRA et instituts techniques). Certains membres du GT se sont montrés défavorables à une telle proposition et ce pour trois raisons. Ils font d'abord valoir qu'un partage des avantages est d'ores et déjà mis en place dans le cadre du TIRPAA via le fonds national de partage. Ils estiment ensuite que l'exception de sélection en elle-même est déjà une forme de partage des avantages, comme l'évoque le TIRPAA. Ils considèrent enfin que des règles supplémentaires de partage au plan national seraient illégitimes car les sélectionneurs conventionnels eux aussi ont contribué, à leur manière, à conserver les ressources phytogénétiques.

Annexe : Membres du CEES présents et représentés lors de l'adoption de cette recommandation

Monique Alles-Jardel (Haut Conseil de la Santé Publique), Michel Callon (personnalité qualifiée pour ses compétences en sociologie), Patrick de Kochko (Les Amis de la Terre), Rachel Dujardin (Greenpeace), Daniel Evain (Fédération Nationale d'Agriculture Biologique), Arnaud Faucon (Confédération Générale du Travail), Patrick Gaudray (Comité Consultatif National d'Ethique), Marie-Angèle Hermitte (personnalité qualifiée pour ses compétences en droit), Frédéric Jacquemart (France Nature Environnement), Guy Kastler (Confédération Paysanne), Jacques Lechenet (Les Entreprises du médicament), Stéphane Lemarié (personnalité qualifiée pour ses compétences en économie), Paulette Morin (Comité Interassociatif sur la Santé– Alliance Maladies rares), Charles Pernin (Consommation, Logement et Cadre de Vie), Sylvie Pradelle (UFC Que Choisir), Jean-Marie Sirvins (Union Nationale des Apiculteurs de France).

⁷⁹

V. rapport annexe p. 76.