

AVIS

L'auteur a autorisé l'Université de Montréal à reproduire et diffuser, en totalité ou en partie, par quelque moyen que ce soit et sur quelque support que ce soit, et exclusivement à des fins non lucratives d'enseignement et de recherche, des copies de ce mémoire ou de cette thèse.

L'auteur et les coauteurs le cas échéant, conservent néanmoins la liberté reconnue au titulaire du droit d'auteur de diffuser, éditer et utiliser commercialement ou non ce travail. Les extraits substantiels de celui-ci ne peuvent être imprimés ou autrement reproduits sans autorisation de l'auteur.

L'Université ne sera aucunement responsable d'une utilisation commerciale, industrielle ou autre du mémoire ou de la thèse par un tiers, y compris les professeurs.

NOTICE

The author has given the Université de Montréal permission to partially or completely reproduce and diffuse copies of this report or thesis in any form or by any means whatsoever for strictly non profit educational and purposes.

The author and the co-authors, if applicable, nevertheless keep the acknowledged rights of a copyright holder to commercially diffuse, edit and use this work if they choose. Long excerpts from this work may not be printed or reproduced in another form without permission from the author.

The University is not responsible for commercial, industrial or other use of this report or thesis by a third party, including by professors.

Université de Montréal

Droits de propriété intellectuelle et protection des plantes : approches, limites et perspectives

par

HONVOU Dansou Rock Sèmako

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des études supérieures
en vue de l'obtention du grade de maître en droit LL.M.

Septembre 2008



Université de Montréal
Faculté des études supérieures

Ce mémoire intitulé :

**Droits de propriété intellectuelle et protection des
plantes : approches, limites et perspectives**

présenté par :

HONVOU Dansou Rock Sèmako

a été évalué par un jury composé des personnes suivantes :

Thérèse Leroux, président-rapporteur
Ysolde Gendreau, directrice de recherche
Konstantia Koutouki, membre du jury

Résumé

Le droit de la propriété intellectuelle présente, depuis quelques années, un intérêt particulier à l'évolution de la recherche sur les plantes. Ceci s'est traduit, au plan international, par l'adoption de plusieurs instruments visant à assurer une meilleure protection des investissements consentis dans ce domaine. Il s'agit notamment de la Convention de l'UPOV, qui s'inscrit dans une logique de protection par la voie sui generis avec la possibilité de délivrance de certificat d'obtention végétale aux sélectionneurs; de l'Accord ADPIC, qui, en plus de recommander un système sui generis efficace, ouvre l'option de protection par brevet ou en définitive par le cumul des deux systèmes; de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) et du Traité de la FAO portant sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, qui, favorables aux deux précédentes formes de protection, demandent que soient prises en compte des considérations relatives aux droits souverains des pays sur leurs ressources végétales, au partage des bénéfices, etc. Au plan régional, on distingue, entre autres, l'initiative de l'Afrique, visant à assurer la protection des plantes suivant une logique partagée entre l'alignement sur les normes internationales existantes (Accord de Bangui) ou l'institution d'une autre législation originale qui reflète les réalités et préoccupations du continent (Loi modèle).

Il apparaît donc qu'il existe plusieurs instruments pour cerner la même réalité. Ceci est forcément la source de quelques difficultés qui sont d'ordre conceptuel, socio-économique, environnemental et juridique. Pour les pallier, il est important que certaines conditions soient satisfaites afin d'harmoniser les points de vue entre les différents acteurs concernés par la question et d'assurer une appropriation conséquente des instruments adoptés.

Mots-clés : Propriété intellectuelle- Plantes- Certificat d'obtention végétale- Biotechnologies- Ressources génétiques- Brevet- Système sui generis.

Abstract

The intellectual property rights have showed increasing attention to the evolution of plant research in recent years. This has been reflected, at the international level through the adoption of several measures to ensure a fairly comprehensive protection of rights arising. These measures include the Convention of the Union for the protection of Plant breeder' Rights, which is part of a logic of protection through sui generis with the possibility of issue plant breeders' rights to breeders; the Agreement on Intellectual Property Rights Related to Trade, which, in addition to recommending an effective sui generis system gives the option of protection by patent or by the combination of the two systems of law to protect plant varieties; the Convention on Biological Diversity (CBD) and the Treaty on Plant Genetic Resources for Food and Agriculture, which supported both previous forms of protection, ask to be taken into account considerations on sovereign rights of nations over their plant resources, benefit sharing, and so on. At the regional level, there are the initiative of the Africa which aimed to ensure the protection of plants following a certain vision shared between alignment on existing international standards or the institution of another original legislation which reflects the realities and concerns of the continent.

It then appears that there are several tools to handle the same reality, which can be a source of difficulty. These are difficulties are conceptual, socio-economic, environmental and legal. To overcome these difficulties, it is important that certain conditions are met to harmonise points of view between different actors involved in the issue and ensure a consistent ownership of the instruments adopted.

Keywords : Intellectual Property, Plant, Plant breeders' rights Certificate -Biotechnology Genetic Resources, Patent, sui generis System.

Table des matières

Résumé.....	iii
Table des matières.....	v
Liste des abréviations	viii
Remerciements	xi
Introduction.....	1
Première partie : Les principaux enjeux de la protection des plantes et d'un régime de propriété étendu au vivant végétal.....	9
<i>Titre 1: Les principaux enjeux de la protection des plantes par des droits de propriété intellectuelle</i>	<i>10</i>
Chapitre 1 : Les enjeux socio-économiques et environnementaux.....	11
Chapitre 2 : Les enjeux juridiques et culturels.....	15
<i>Titre 2: Le régime de propriété étendu au vivant végétal.....</i>	<i>18</i>
Chapitre 1 : Le vivant végétal : un bien appropriable.....	18
Chapitre 2 : Le processus de généralisation des droits de propriété sur les végétaux ..	24
Deuxième partie : Les principaux instruments juridiques de protection des plantes au niveau international et en Afrique.....	28
<i>Titre 1: Les principaux mécanismes internationaux de protection des plantes.....</i>	<i>30</i>
Chapitre 1 : La protection des plantes par le certificat d'obtention végétale (COV) ...	31
Section 1 : Le domaine de la protection.....	33
Section 2 : Les conditions de fond et de forme de la protection.....	36
I- Les conditions de fond	36
A- La nouveauté.....	37
B- La distinction	40
C - L'homogénéité	44
D - La stabilité	45
II- Les Conditions de forme	46
A- La dénomination de la variété.....	46

B- Les formalités complémentaires dans les États parties.....	50
Section 3 : Les droits d'obteneur	53
I- L'étendue des droits de l'obteneur	53
A- Les actes à l'égard du matériel de reproduction ou de multiplication	54
B- Les actes à l'égard du produit de la récolte.....	55
C- Les actes à l'égard des variétés essentiellement dérivées	56
II- Les limites aux droits de l'obteneur.....	60
A- Les actes dérogeant à l'autorisation de l'obteneur	60
a- Les actes constituant une exception obligatoire aux droits de l'obteneur.....	60
b- Les actes constituant une exception facultative aux droits de l'obteneur : le privilège de l'agriculteur	64
B- Limitation quant à la durée de la protection	66
Chapitre 2 : La protection des plantes par brevet et ou système sui generis efficace dans l'Accord des Droits de Propriété Intellectuelle relatifs au Commerce (ADPIC) ..	70
Section 1 : La protection par brevet.....	72
Section 2 : La protection par système sui generis efficace	87
Section 3 : Le cumul des deux systèmes : brevet et système sui generis efficace	90
Chapitre 3 : La protection des plantes par la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) et le Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.....	93
Section 1 : La protection des plantes par la Convention sur la Diversité Biologique (CDB).....	96
Section 2 : La protection des plantes par le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture	100
<i>Titre 2: La protection des obtentions végétales en Afrique</i>	<i>103</i>
Chapitre 1 : La protection des obtentions végétales au niveau de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)	104
Section 1 : L'Accord de Bangui.....	107

Section 2 : La procédure de délivrance du certificat d'obtention végétale.....	111
Chapitre 2 : La protection des obtentions végétales au niveau de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA).....	114
Section 1 : La Législation modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour des règles d'accès aux ressources biologiques	116
Section 2 : Les règles d'accès aux ressources biologiques	120
Troisième partie : Les limites et perspectives de la protection internationale des plantes	124
<i>Titre 1 : Les limites à la protection des plantes.....</i>	<i>127</i>
Chapitre 1 : La disparité des objectifs et conflits d'intérêts.....	127
Chapitre 2 : L'appropriation du vivant végétal : Bio prospection ou bio piraterie? ...	133
Chapitre 3 : Les difficultés d'ordre socio-économique et environnemental.....	139
<i>Titre 2 : Quelques pistes de réflexion</i>	<i>143</i>
Chapitre 1 : La démocratisation des processus d'élaboration des instruments internationaux	144
Chapitre 2: La renégociation ou redéfinition des modalités de la protection des plantes	145
Chapitre 3 : Le transfert de technologie.....	147
Conclusion	150
Bibliographie	155
Annexe.....	165

Liste des abréviations

ADPIC : Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au Commerce.

AIPPI : Association internationale pour la protection de la propriété intellectuelle

ALENA : Accord de libre-échange nord-américain

ASSINSEL : Association internationale des sélectionneurs pour la protection des obtentions végétales

CDB : Convention sur la diversité biologique

CIJ : Cour internationale de justice

COV : Certificat d'obtentions végétales

CRDI : Centre de recherches pour le développement international

DPI : Droit de propriété intellectuelle

FAO : Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (Food and agriculture organization of united nations)

GATT : Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (General Agreement on Tariffs and Trade)

GRAIN : Action pour les ressources génétiques internationale (Genetic Resources Action International)

IIRP : Institut international des ressources phytogénétiques

OAPI : Organisation africaine de la propriété intellectuelle

OCVV : Office communautaire des variétés végétales

OEB : Office européen de brevets

OGM : Organisme génétiquement modifié

OMC : Organisation mondiale du commerce

OMPI : Organisation mondiale de la propriété intellectuelle

ONG : Organisation non gouvernementale

ORD : Organe de règlement des différends

OUA : Organisation de l'unité africaine

PCOV : Protection communautaire des obtentions végétales

PVD : Pays en voie de développement

UA : Union africaine

UNESCO : Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

UPOV : Union pour la protection des obtentions végétales

USC : United States Code, title 35 (loi sur les brevets)

Remerciements

J'exprime ma profonde gratitude à Madame Ysolde GENDREAU, Directrice de recherche qui, malgré ses multiples occupations, n'a ménagé aucun effort pour m'apporter son soutien. Ses conseils judicieux, sa disponibilité et son intérêt constants ont contribué à la finalisation du présent travail.

Ma reconnaissance s'adresse également à tout le corps professoral de la faculté de droit qui a enrichi ma connaissance en droit et m'a donné très tôt le goût de la recherche.

J'adresse aussi tous mes remerciements à Madame Mireille HAMELIN, tous les collègues et amis qui, de près ou de loin, m'ont soutenu dans ma démarche.

Je voudrais enfin exprimer ma profonde gratitude à Jacquy, Francèle, Oswald et Ronald pour le soutien moral et affectueux qu'ils m'ont témoigné tout au long de ce parcours.

Introduction

Depuis quelques décennies, la communauté internationale manifeste de plus en plus d'intérêt pour les questions de biodiversité¹, en général, et des droits de propriété intellectuelle sur les végétaux en particulier. Ce regain d'attention sur ces questions s'explique par la forte influence des considérations politiques, économiques, sociales et culturelles. Ceci s'inscrit dans une problématique classique du droit international qui secrète toujours davantage des conventions mues par des objectifs à priori antagonistes². La traduction de cette situation s'est faite à travers le foisonnement d'instruments internationaux, régionaux et nationaux qui ont pour but de cerner, non seulement les problèmes relatifs aux plantes, mais surtout d'identifier la meilleure forme possible de protection. Ainsi, en vingt ans, le paysage juridique international sur les ressources

¹ «L'avènement du concept de biodiversité, consacrant l'unité du vivant, des gènes aux écosystèmes, a radicalement changé la donne. Avec le développement du génie génétique, les gènes sont devenus une matière première utilisable par l'industrie. Les ressources génétiques apparaissent désormais comme une source de revenu potentiel qu'il convient d'exploiter et pour le contrôle de laquelle acteurs et institutions s'affrontent» Voir Valérie BOISVERT et Armelle CARON, « Biodiversité et appropriation : une mise en perspective du point de vue de l'économie », dans Franck-Dominique VIVIEN, (dir.), *Biodiversité et appropriation : Les droits de propriété en question*, Paris, Elsevier, 2002, p. 89 s.

² Christine NOIVILLE, «Biodiversité et propriété intellectuelle. L'impossible conciliation?» dans Franck-Dominique VIVIEN, (dir.), *Biodiversité et appropriation : Les droits de propriété en question*, Paris, Elsevier, 2002, p. 115.

génétiques³ a radicalement changé. L'essor des biotechnologies⁴ a cristallisé les conflits sur ces ressources qui sont devenues, de nos jours, «le nouvel or vert»⁵.

Parmi toutes les initiatives prises, il faut distinguer, entre autres, celles de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO)⁶, de l'Organisation des Nations-Unies (ONU)⁷ elle-même, de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV)⁸, et enfin celles de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)⁹.

Les initiatives de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO) portent d'abord sur l'Engagement relatif aux ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture de 1983. Cet Engagement devint par la suite le Traité sur les ressources phylogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture en 2001 qui est entré en

³ Selon l'article 2 de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB), «Les ressources génétiques peuvent être, entre autres, des gènes isolés, des graines, des boutures et des plantes entières».

⁴ Suivant la définition donnée à l'article 2 de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB), on entend par biotechnologie, « toute application technologique qui utilise des systèmes biologiques, des organismes vivants, ou des dérivés de ceux-ci, pour réaliser ou modifier des produits ou des procédés à usage spécifique ».

« Les biotechnologies sont des technologies utilisant des organismes vivants... » Concernant les plantes et les animaux, « il y a biotechnologie lorsque l'on sélectionne certains membres d'une espèce animale ou végétale pour leurs qualités, afin d'obtenir les meilleurs sujets possibles, que ce soit pour augmenter leur résistance à des virus ou pour accroître leurs qualités nutritives. Il est aussi possible de croiser les espèces entre elles pour obtenir des espèces avec des qualités n'existant que séparément dans la nature. Cependant, ce qui a modifié l'importance des biotechnologies, c'est la capacité pour l'homme à intervenir au niveau cellulaire et moléculaire pour modifier des organismes ou obtenir la production de protéines et d'autres corps par l'altération des informations génétiques que possède tout être vivant animal ou végétal, uni-ou pluricellulaires ». Stanislas ROUX-VAILLARD, *Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité*, Paris, PUF, 2003, p. 251-252.

⁵ Anne CHETAILLE, «Ressources phylogénétiques : la fin du libre- accès ?», dans Valérie PEUGEOT, (dir.), *Pouvoir savoir : Le développement face aux biens communs de l'information et à la propriété intellectuelle*, Caen, Éditions C&F, 2005, p.110-111.

⁶ Voir le texte du Traité de la FAO sur <http://www.fao.org/legal/treaties/033t-f.htm> (dernière visite 11/01/08)

⁷ Voir texte de la Convention des Nations- Unies sur <http://www.biodiv.org/doc/legal/cbd-un-fr.pdf> (dernière visite: 11/01/08).

⁸ Voir les textes de la Convention de l'Union pour la protection des obtentions végétales sur http://www.upov.int/fr/publications/list_publications.htm (dernière visite : 11/01/08).

⁹ Voir le texte de l'accord ADPIC sur http://www.wto.org/french/docs_f/legal_f/legal_f.htm#trips (dernière visite 16/01/08).

vigueur le 29 juin 2004. Ce Traité pose quelques principes importants, notamment «la conservation et l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'agriculture et l'alimentation; le partage juste et équitable des bénéfices liés à leur exploitation»¹⁰; la reconnaissance des «contributions ancestrales des agriculteurs et des communautés locales ainsi que leurs droits de participer et de jouir pleinement des fruits de l'évolution des connaissances»¹¹, etc. Reconnaisant un rôle accru aux acteurs publics, ce Traité fait l'objet de multiples critiques en ce qui concerne, entre autres, sa préférence pour l'octroi d'un statut de «patrimoine commun de l'humanité» aux ressources végétales : ce qui implique leur «libre accès»¹². Ces ressources ne peuvent donc faire l'objet de monopole, mais doivent au contraire circuler et être utilisées librement afin d'éviter l'érosion de la diversité génétique agricole¹³.

Les initiatives proprement dites de l'Organisation des Nations Unies portent sur un instrument dénommé Convention sur la Diversité Biologique adoptée le 5 Juin 1992 à Rio de Janeiro au Brésil. Cette convention intervint à une période où les pays en voie de développement dénonçaient le principe de libre accès aux ressources génétiques contenu dans l'Engagement de l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture. Elle reconnaît le «droit souverain» des États sur leurs ressources génétiques et leur pouvoir de déterminer «les modalités d'accès»¹⁴. L'objectif de cette convention est d'assurer «la

¹⁰ Dans le préambule du Traité de la FAO portant sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, il est mentionné ce qui suit : «*Affirmant également* que les droits reconnus par le présent Traité de conserver, utiliser, échanger et vendre des semences de ferme et d'autres matériels de multiplication et de participer à la prise de décisions concernant l'utilisation des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture ainsi qu'au partage juste et équitable des avantages en découlant sont un élément fondamental de la concrétisation des Droits des agriculteurs ainsi que de la promotion des Droits des agriculteurs aux niveaux national et international».

¹¹ Voir l'article 9 du traité portant sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

¹² À cet effet, l'un des objectifs du Traité portant sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture est, suivant l'article 15, de faciliter l'accès aux semences et de sauvegarder les collections mondiales de semences. Ainsi furent instituées des banques de gènes qui sont gérées par le Groupe Consultatif des Centres Internationaux de Recherche Agricole. Le but de tout ceci étant de renforcer le rôle de l'État face au mouvement croissant de privatisation.

¹³ A. CHETAILLE, *op. cit.*, note 5, p. 112.

¹⁴ Voir l'article 15. 1 de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB).

conservation de la diversité biologique» à travers le monde, l'utilisation de ses éléments de façon durable et «le partage équitable des bénéfices découlant de l'exploitation des ressources naturelles»¹⁵. C'est la première convention à tenir compte de tous les aspects de la diversité biologique, dont notamment les espèces, les écosystèmes et les ressources génétiques. Aussi, de toutes les clauses internationales sur les questions environnementales, elle est l'une de celles qui ont été ratifiées par le plus grand nombre de pays. Toutefois, contrairement à d'autres accords internationaux, qui ont établi des règles très strictes en matière de protection, la Convention sur la Diversité Biologique se présente comme un accord dont la mise en œuvre est relativement un peu trop souple. Elle accorde à chaque pays le soin de déterminer comment ses mesures pourront être appliquées. «Les dispositions sont exprimées en objectifs et lignes de conduite plutôt qu'en obligations bien précises»¹⁶.

Les initiatives de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales portent sur un instrument dénommé Convention pour la Protection des Obtentions Végétales. Celle-ci se présente comme un instrument plus adapté aux réalités végétales. Elle constitue la principale base juridique par laquelle plusieurs États (surtout occidentaux) ont introduit, dans leurs législations nationales, des dispositions «ad hoc» pour la protection des nouvelles variétés végétales¹⁷. Cette convention s'intéresse spécifiquement à la protection des droits des obtenteurs tout en accordant une relative souplesse aux autres acteurs concernés que sont les agriculteurs. Depuis son institution en 1961 jusqu'en 1991, elle a connu plusieurs modifications sous la pression des défenseurs du droit de brevet sur les plantes. Cependant, il lui est reconnu quelques défauts dont l'un des plus importants est son

¹⁵ Article 1^{er} de la Convention sur la diversité biologique.

¹⁶ Voir Centre d'échange d'information de la Belgique (C.E.I.B.), «Questions fréquemment posées relatives à la Convention sur la diversité biologique», note du 18 Juin 2001,

<<http://bch-cbd.naturalsciences.be/belgique/convention/convention-faq.htm>> (dernière visite 20/12/07)

¹⁷ Alfredo ILARDI, *Propriété intellectuelle : Principes et dimension internationale*, Paris, L'Harmattan, 2005, p.37.

manque de crédibilité en raison du petit nombre d'États signataires¹⁸ qui sont pour la plupart des pays développés¹⁹.

Enfin, les initiatives de l'Organisation Mondiale du Commerce portent surtout sur l'Accord relatif aux Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce. En effet, sous la pression des États industrialisés dont notamment les États-Unis, les questions de droit de propriété intellectuelle qui devraient naturellement être traitées dans le cadre de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle²⁰ ont été incorporées dans les négociations menant à la création de l'Organisation Mondiale du Commerce. Cette institution devient alors le cadre approprié pour amener le plus grand nombre d'États en voie de développement à accepter les droits de propriété intellectuelle sur les végétaux et, de surcroît, à assurer une meilleure protection des intérêts de leurs entreprises au-delà des frontières²¹.

On se rend donc à l'évidence que plusieurs instruments régissent cette question de protection des végétaux et, en principe, il ne devrait plus y avoir de problème quant à la

¹⁸ Selon le décompte effectué le 18 octobre 2007, l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) compte 65 membres ayant ratifié officiellement des Actes divers (1961, 1978, 1991). <<http://www.upov.int/export/sites/upov/fr/about/members/pdf/pub423.pdf>> (dernière visite 10/03/08).

¹⁹ Voir Darrell POSEY et Graham DUTFIELD, *Le marché mondial de la propriété intellectuelle : Droits des communautés traditionnelles et indigènes*, Genève, CRDI\WWF SUISSE, 1997, p. 95-96, disponible sur <http://www.idrc.ca/fr/ev-9327-201-1-DO_TOPIC.html> (dernière visite : 20/12/07).

En outre, il faut reconnaître que « Cette Convention a été adoptée à l'origine par cinq pays européens et, jusqu'en 1968, seuls les pays d'Europe pouvaient y adhérer ». Vandana SHIVA, *la vie n'est pas une marchandise : Les dérives des droits de propriété intellectuelle*, Tunis, Cérès, 2004, p.121.

²⁰ On estimait que les discussions au sein de l'OMPI marquaient le pas et n'aboutiraient pas à une amélioration de la situation des droits de propriété intellectuelle dans un avenir rapproché. En plus, cette institution n'était pas dotée d'un mécanisme de règlement des différends. C'est la raison pour laquelle les industriels et surtout les Américains, ont persuadé les négociateurs d'inclure les questions de propriété intellectuelle au menu des négociations du cycle d'Uruguay, tout en faisant valoir qu'il fallait établir un code de normes minimales pour les droits de propriété intellectuelle, auquel chaque membre du GATT devrait souscrire. Voir Peter KOLKER, « Accord ADPIC », Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 2000, p. 24.

²¹ Nicolas de SADELEER et Charles-Hubert BORN, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Paris, Dalloz, (2004), p 395.

compréhension, l'acceptation et l'effectivité des droits proclamés. Ceci n'est malheureusement pas le cas puisqu'il existe quelques difficultés à surmonter. L'analyse des objectifs de tous ces instruments révèle qu'il existe des points de discorde. Deux approches théoriques fondamentales rivalisent afin d'imposer chacune sa vision. Il s'agit notamment du néolibéralisme et de l'institutionnalisme.

L'argument essentiel avancé par l'approche néolibérale est la privatisation de la biodiversité, y compris les plantes. Elle affirme en effet, qu'il faut instaurer un marché pour les ressources, selon le principe du libre accès et de propriété commune, tout en préconisant des négociations décentralisées entre les agents en vue de la fixation des termes de l'échange²². Cette position est celle de la plupart des États développés et des grandes firmes multinationales qui détiennent les capitaux et la technologie nécessaires pour s'approprier ces ressources végétales. Pour ceux-ci, la protection des plantes ne peut se réaliser qu'à travers la mise en place de mécanismes commerciaux, tel le système des droits de propriété intellectuelle.

En ce qui concerne l'approche institutionnelle, elle tend à relativiser les conclusions en faveur de la privatisation. Sa démarche est analytique et permet d'appréhender les arrangements institutionnels dans leur diversité. Elle ne condamne à priori ni les formes d'appropriation communautaire, ni les modes de gestion qui laissent une place importante à la puissance publique²³. Cette opinion est fortement défendue, d'une part, par la grande majorité des pays en développement qui détiennent une variété importante de ressources végétales et, d'autre part, par quelques organisations non gouvernementales œuvrant pour la conservation de la diversité biologique et la reconnaissance des droits des communautés locales.

²² V. BOISVERT et A. CARON, *loc. cit.*, note 1, p. 88.

²³ *Id.*

Il va sans dire, de ce fait, que le sujet qui nous concerne ici, c'est-à-dire celui de la protection des plantes par des droits de propriété intellectuelle, est véritablement un sujet d'actualité et d'un grand intérêt sur le plan économique, social et juridique. D'abord, sur le plan économique, il est reconnu que l'apport des plantes dans la création des richesses est énorme. Les plantes sont indispensables pour les industries pharmaceutiques, alimentaires, chimiques, cosmétiques, etc. Ensuite, sur le plan social, l'organisation d'une protection des plantes contribue également à une sécurisation de la matière végétale pour les populations, surtout les agriculteurs qui en tirent des avantages divers dont, notamment, la pharmacopée, l'habitation, la nourriture, la pratique des activités traditionnelles. Enfin, au plan juridique, il apparaît qu'une législation sur les plantes est opportune et est le gage d'une utilisation judicieuse et raisonnable de cette ressource indispensable à la vie. Aussi, la protection des plantes par une norme bien élaborée est incontestablement un véritable atout pour pallier les problèmes environnementaux qui secouent le monde entier.

On se rend donc à l'évidence que le présent travail de recherche revêt un intérêt capital. Il s'inscrit dans une dynamique de contribution à ce débat international portant sur l'opportunité de la protection et sur la pertinence des mécanismes mis en place pour régir cette question cruciale des droits de propriété intellectuelle sur les plantes. De nombreux travaux académiques ont porté sur le sujet. Toutefois, il reste incontestablement un grand champ à explorer au regard des nombreuses controverses et du développement des polémiques sur les considérations relevées par les principaux acteurs.

La recrudescence des mouvements de revendications comme ceux des personnes qui sont contre l'existence des droits de propriété intellectuelle sur les plantes, ceux qui sont foncièrement opposés aux organismes génétiquement modifiés, les alter mondialistes et autres, soulève toujours de nombreuses interrogations. Il y a lieu de se demander effectivement si les droits de propriété intellectuelle tels qu'ils sont conçus actuellement répondent réellement aux particularités que présente la plante. Par ailleurs, les instruments

élaborés à cet effet traduisent-ils réellement les enjeux en présence? Quels sont les principaux problèmes que leur mise en application suscite? Est-il possible de les surmonter?

Fort de ces considérations, ce travail de recherche s'inscrit dans une logique d'analyse critique des différentes approches qui régissent les droits de propriété intellectuelle dans le domaine des plantes. Il s'appuiera essentiellement sur les approches néolibérale et institutionnelle et se proposera de mettre en évidence les éléments qui constituent des points de blocage pour la mise en œuvre desdits droits. Pour atteindre cet objectif, nous nous proposons d'adopter un plan en trois parties.

Dans une première partie, il sera question de passer en revue les principaux enjeux que présente la question de la protection des plantes et les différents processus mis en place pour la reconnaissance des droits de propriété intellectuelle appliquée aux végétaux.

Dans une deuxième partie, il sera question de présenter spécifiquement la Convention de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales, l'Accord des Droits de Propriété Intellectuelle portant sur le Commerce, la Convention sur la Diversité Biologique et le Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. À l'issue de cette analyse, nous nous intéresserons particulièrement à un cas régional, c'est-à-dire celui de l'Afrique. Nous essaierons de savoir comment se présente la question de la protection des végétaux sur ce continent.

Enfin dans une troisième partie, nous essaierons d'analyser et de critiquer tous ces instruments en mettant en évidence leurs forces et insuffisances avant d'envisager quelques pistes de réflexion pouvant contribuer à la mise en œuvre effective des droits qu'ils proclament.

Première partie : Les principaux enjeux de la protection des plantes et d'un régime de propriété étendu au vivant végétal

La protection des plantes par des droits de propriété intellectuelle présente sans doute un enjeu majeur pour la planète. Pour les pays techniquement avancés, il importe que les investissements liés aux recherches soient protégés. En ce qui concerne les pays en voie de développement, il est indispensable que soit pris en considération leur potentiel en ressources biologiques et qu'une rémunération conséquente soit attribuée en lien avec leurs apports dans le processus de création de nouvelles variétés végétales et de produits divers tels les médicaments, les cosmétiques, etc. Compte tenu de l'ampleur des recherches biotechnologiques et du développement croissant des échanges commerciaux, il est nécessaire d'assurer une base juridique aux opérations qui s'effectuent dans ce domaine. La mise en œuvre de cette base juridique ne sera pas aisée puisqu'il s'agit d'un secteur où s'affrontent plusieurs conceptions philosophiques, économiques, religieuses, culturelles et même politiques.

Avant d'analyser les mécanismes juridiques finalement retenus pour cerner cette protection des plantes, il nous semble indispensable de passer en revue les différents enjeux qui sous-tendent les actions des différentes parties intéressées. Ces enjeux étaient-ils si importants pour nécessiter une telle attention de la part de la communauté internationale (Titre 1)? Étant donné la particularité de cette question qui concerne la matière vivante, il nous paraît tout aussi intéressant d'étudier le processus par lequel les principaux acteurs sont parvenus à en faire des droits protégeables et généralisables à tous les États (Titre 2).

Titre 1: Les principaux enjeux de la protection des plantes par des droits de propriété intellectuelle

Selon M. Getty, «la propriété intellectuelle est le pétrole du XXI^e siècle»²⁴. Abondant dans le même sens, M. Remiche écrivait qu'elle constitue «un enjeu majeur de notre monde moderne»²⁵. Ceci traduit l'importance que ce secteur revêt de nos jours à cause des nouvelles questions relatives à la biotechnologie. Cette dernière représente un véritable enjeu surtout dans le domaine sanitaire où se déroulent les deux tiers des applications²⁶. Ainsi,

«Le potentiel total du marché mondial des applications des sciences de la vie et de la biotechnologie, mise à part l'agriculture, est estimé à plus de 2000 milliards d'euros en 2010. Près d'un quart de ce chiffre correspond au secteur pharmaceutique et trois quarts au secteur de la technologie durable de l'industrie et de l'environnement»²⁷.

Il s'agit donc d'un secteur en plein essor. Les États ainsi que les institutions internationales en sont conscients. C'est pour cette raison qu'on assiste à plusieurs réflexions autour de cette question. Les enjeux sont considérables. Ceux-ci sont regroupés en deux

²⁴ Marc GETTY cité dans Franck-Dominique VIVIEN, «Les droits de propriété dans le domaine de la biodiversité : un état des lieux au croisement des sciences sociales», dans F-D. VIVIEN, *op. cit.*, note 1, p. 11.

²⁵ Bernard REMICHE, «Marchandisation et brevet», dans Michel VIVANT, (dir.), *Propriété intellectuelle et mondialisation: la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?* Paris, Dalloz, 2004, p. 120.

²⁶ I.R.P.I., *Les inventions biotechnologiques : Protection et exploitation*, Paris, Librairies techniques, 1999, p. 91.

²⁷ Marie-Catherine CHEMTOB-CONCÉ, *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme*, 3^e éd, Paris, Tec&Doc, 2006, p. 1. Par ailleurs, il s'est avéré que 40 pourcent de l'économie mondiale repose sur les produits et procédés biologiques. La Fédération internationale du commerce des semences estime que le marché mondial des semences génétiquement modifiées s'élèvera à 20 milliards \$ US en 2010. Voir Brian DAVY et Michelle HIBLER, «Les ressources génétiques et les droits de propriété intellectuelle», dans flashs du CRDI, disponible sur <http://www.idrc.ca/fr/ev-27609-201-1-DO_TOPIC.html> (dernière visite 15/04/08).

principaux volets, à savoir : volets socio-économiques et environnementaux (chapitre 1) et volets juridiques et culturels (chapitre 2).

Chapitre 1 : Les enjeux socio-économiques et environnementaux

Les enjeux socio-économiques et environnementaux concernent toutes les catégories d'acteurs intéressés par la protection des ressources végétales. Il s'agit des entreprises de biotechnologie, des sélectionneurs, des agriculteurs, des communautés locales, des institutions financières, politiques et économiques nationales et internationales.

Au plan socio-économique, il y a lieu de mentionner les innombrables avantages que tirent les grandes firmes de leurs activités relatives aux plantes. C'est le cas, par exemple, de la compagnie Monsanto qui réalise des milliards de dollars du fait de la vente de semences brevetées²⁸. Pour sauvegarder leurs intérêts, ces firmes de l'industrie du vivant sont favorables à l'institution d'un droit d'accès libre, gratuit et sans restriction aux ressources végétales « sauvages » qui représentent leurs matières premières. Pour ces entreprises, il faut obtenir la protection des produits issus de ces ressources par des droits de propriété intellectuelle²⁹. Cette position n'est pas partagée par la plupart des pays en voie de développement détenteurs d'une grande quantité de ressources végétales. Cependant, il est évident que leurs populations ont beaucoup d'avantages à tirer des avancées biotechnologiques. Il s'agit, entre autres, de l'amélioration des rendements agricoles, de

²⁸ Selon une dépêche de l'Agence France Presse (AFP), «Le groupe agrochimique américain Monsanto a révisé nettement à la hausse ses objectifs de résultats pour 2008, grâce à ses semences génétiquement modifiées et aux herbicides, et s'est dit en avance sur son plan stratégique à objectif 2012 (...). Monsanto vise désormais pour 2008 un bénéfice par action, hors exceptionnels, compris entre 3,15 et 3,25 dollars, contre une fourchette précédemment située entre 2,70 et 2,80 dollars (...) Le groupe agrochimique estime désormais que son activité de semences OGM devrait dégager en 2008 un bénéfice brut compris entre 3,6 et 3,7 milliards de dollars, en hausse de 20% par rapport à 2007.». AFP, «Monsanto revoit de nouveau ses objectifs 2008 à la hausse, grâce aux OGM», 25 mars 2008,

disponible sur <<http://afp.google.com/article/ALeqM5gVjWNNbwbp3mjRMcz8Muy0HCgHHQ>> (dernière visite 15/04/08).

²⁹ Claude SERFATI, *Enjeux de la mondialisation : un regard critique*, Toulouse, Octarès, 2003, p. 118.

l'exploitation de variétés résistantes à certaines maladies ou conditions climatiques et géologiques spécifiques. En effet, le génie génétique permet d'obtenir des organismes biologiques résistants aux insectes (cas de la pomme de terre, du maïs et du coton); tolérants aux herbicides (cas du soja, maïs, colza, coton) ou au virus (cas du poivron, papayer, courge, pomme de terre) ou à la sécheresse (blé, maïs)³⁰. De même, de nombreux médicaments et vaccins sont aujourd'hui produits à partir des biotechnologies³¹. L'intérêt d'une protection des plantes par des droits de propriété intellectuelle réside donc, dans la recherche d'un équilibre entre les investissements des sélectionneurs et l'accès de la population aux innovations.

Concernant les sélectionneurs, il est évident qu'une protection de leurs travaux vise en priorité, à les encourager à faire davantage de recherche, laquelle est, en réalité, la clé de voûte de toute innovation technologique. Celle-ci ne peut se faire correctement que si les acteurs se sentent intéressés. La protection accordée aux obtentions végétales et la rémunération qui en découle encouragent les sélectionneurs à faire de nouvelles recherches. «Ces derniers hésitent moins à immobiliser des terres fertiles, à construire et entretenir des serres, à consacrer temps et argent à des travaux de sélection de longue durée, s'ils sont assurés d'une rémunération de leurs travaux»³². Selon M. Bergmans, «les brevets et les droits d'obtention végétale remplissent adéquatement cette fonction d'incitation par récompense. Ils exercent une influence positive sur l'activité économique et engendrent des

³⁰ Hadyatou DANTSEY-BARRY, Kossi Essotina KPEMOUA, «Importance de la préservation des ressources phytogénétiques locales dans le développement durable», disponible sur <<http://www.francophonie-durable.org/documents/colloque-ouaga-a3-contribution-dantsey-barry.pdf>>

³¹ Jeanne ZOUNDJIÉKPON, «Les OGM et les droits de propriété intellectuelle», (2001), disponible sur <<http://www.grain.org/briefings/?id=66>> (dernière visite 30/03/08).

³² Anne-Marie FLURY-JEKER, *La protection juridique des obtentions végétales sous le régime de la convention de Paris du 2 décembre 1961 et de la loi fédérale du 20 mars 1975*, Neuchâtel, Ides et Calendes, 1987, p. 65.

plus values bénéfiques pour l'économie globale et l'intérêt public»³³. Il s'agit, en définitive, de favoriser le développement des activités jugées essentielles pour la collectivité³⁴.

En même temps qu'il faut encourager les recherches, il revient aussi à protéger les inventions contre toute action de contrefaçon ou visant à empêcher l'obtenteur de profiter de son invention. Il est certain que la contrefaçon est l'une des menaces permanentes du droit de propriété intellectuelle. En 1985 par exemple, la National Agricultural Chemicals Association a estimé que les pertes subies par ses membres, à la suite de violations des droits de propriété intellectuelle, étaient de l'ordre de 150 à 300 millions de dollars par année³⁵. Ces chiffres ont beaucoup évolué de nos jours à cause du développement croissant du commerce international. Sans système de protection efficace, le bon fonctionnement du commerce est mis en cause. La copie crée une «distorsion de concurrence» au détriment des entreprises ayant investi dans la création³⁶. L'interdiction faite à quiconque d'utiliser à titre commercial le matériel de multiplication d'une variété végétale protégée, sans l'accord de l'obtenteur, met ce dernier à l'abri d'une exploitation abusive par des tiers³⁷.

Par ailleurs, la question de l'accès des populations aux nouvelles biotechnologies se révèle sensible et suscite plusieurs interrogations. En effet, selon quelles modalités cet accès peut-il être accordé? Est-ce suivant des règles traditionnelles ou nouvelles? Lorsqu'on se réfère aux populations des pays en voie de développement, cette question de l'accès aux biotechnologies se présente de deux manières. Il s'agit de leur assurer, d'une part, un accès aux produits issus des biotechnologies, à savoir les médicaments, les semences, etc. et, d'autre part, un accès aux techniques favorisant la recherche-développement dans ce

³³ Bernhard BERGMANS, *La protection des innovations biologiques*, Bruxelles, Larcier, 1991, p. 360.

³⁴ Jean-Pierre CLAVIER, *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, Paris, l'Harmattan, 1998, p. 70.

³⁵ Shu ZHANG, *De l'OMPI au GATT, la protection internationale des droits de la propriété intellectuelle : évolution et actualité*, Paris, Librairie de la Cour de cassation, 1994, p. 200.

³⁶ Mireille BUYDENS, *Droit des brevets d'invention*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 8.

³⁷ A- M FLURY-JEKER, *op. cit.*, note 32, p. 66.

domaine³⁸. Comment concilier les attentes de ces pays en voie de développement (c'est-à-dire souveraineté sur les ressources biologiques, équité et partage des bénéfices, etc.) avec les intérêts des entreprises biotechnologiques? Les enjeux sont donc importants et dépendront nécessairement du type de droits de propriété intellectuelle retenus, des interactions croisées entre ces pays en voie de développement et ceux dits développés, et des impacts prévisibles pour l'ensemble des pays³⁹.

Au plan environnemental, il faut mentionner que la plante joue un rôle important dans l'équilibre de notre planète. Elle fait partie de l'écosystème et ses services sont nombreux, à savoir le règlement des cycles biogéochimiques, la production d'oxygène, la régulation du climat. Les tendances actuelles visant son appropriation présentent quelques risques de déséquilibre de l'environnement et de disparition de certaines espèces de plantes au profit d'autres plus intéressantes pour les firmes semencières, pharmaceutiques et agroalimentaires. Cette situation conduit indubitablement à une fragilisation des écosystèmes⁴⁰.

En définitive, les enjeux socio-économiques et environnementaux de la protection des plantes par des droits de propriété intellectuelle sont donc considérables. Ils concernent l'emploi, le bien-être de la population, la production de biens nouveaux, et, partant, le développement du commerce⁴¹. En dehors de ces enjeux susvisés, il en existe d'autres, tout aussi importants, qui sont relatifs aux aspects juridiques et culturels.

³⁸ Michel TROMMETTER, «Propriété intellectuelle et biotechnologies : quels enjeux pour le développement des PVD?» dans V. PEUGEOT, (dir), *op. cit.*, note 5, p. 149.

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Hélène ILBERT, Laurence TUBIANA, *Protection juridique des inventions biotechnologiques : analyse de la directive européenne et propositions*, Montpellier, Solagral, 1992, p. 75.

⁴¹ P. KOLKER, *loc. cit.*, note 20, p. 19.

Chapitre 2 : Les enjeux juridiques et culturels

Les enjeux juridiques de la protection des plantes sont considérables. Le foisonnement des textes adoptés dans ce domaine, loin d'améliorer la compréhension, contribue plutôt à semer la confusion. Étant entendu que la mise en œuvre de tout mécanisme en droit international est souvent motivée par des intérêts divers, la protection des plantes n'échappe malheureusement pas à cette réalité⁴². Ainsi, depuis l'instauration de l'Union des Obtenteurs en 1961 jusqu'à maintenant, plusieurs concepts ont été développés à travers diverses institutions ayant des objectifs apparemment opposés. À côté des approches classiques de protection des droits de propriété intellectuelle, dont notamment celles du droit des brevets, d'autres dites nouvelles ont été initiées, telles celle de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) qui prône l'option de protection *sui generis*; celle du Fonds des Nations-unies pour l'Agriculture et l'Alimentation (FAO), et celle de l'Organisation des Nations-unies (ONU) qui visent, entre autres, l'intégration des concepts de développement durable et de conservation de la nature dans les discussions relatives à la propriété intellectuelle.

L'une ou l'autre de ces approches présente un enjeu du point de vue tant des pays développés que de ceux en voie de développement; du point de vue des acteurs économiques, à savoir les firmes multinationales, que des communautés locales et des agriculteurs. Il en est de même aussi bien du point de vue du contexte international actuel caractérisé par la forte propension du libre échange et de l'individualisme que des contingences régionales et nationales soucieuses de la prise en considération de leurs spécificités dans ce grand mouvement de mondialisation. Dans cette logique, l'unanimité est loin d'être réalisée autour de ces concepts qui évoluent au gré de la volonté de quelques puissances.

⁴² C. NOIVILLE, *op. cit.*, note 2.

En 1983 par exemple, le Fonds des Nations-unies pour l'agriculture et l'alimentation (FAO) reconnaissait dans l'Engagement sur les ressources phytogénétiques que les ressources génétiques agricoles sont «le patrimoine commun de l'humanité» et accordait la possibilité d'y accéder sans aucune restriction⁴³. En 1992, la Convention sur la Diversité biologique insistait sur la notion de «droit souverain de chaque pays sur ses ressources biologiques»⁴⁴.

Sur le plan culturel, il est à remarquer que la plante constitue un élément fondamental pour les communautés paysannes. Elle est une source importante de transmission des savoirs en matière d'alimentation et de traitement des maladies. Dans la culture de certaines communautés, la plante fait l'objet de vénération. Toute transgression à son endroit est réprouvée par la collectivité⁴⁵. L'appropriation du vivant végétal par des droits de propriété intellectuelle est un processus qui va à l'encontre des conceptions morales, culturelles et religieuses de la plupart des populations des pays sous développés. Breveter les organismes vivants est considéré comme fondamentalement immoral ou susceptible de produire des résultats inacceptables⁴⁶. Ce processus réduit la valeur de la plante à sa plus simple expression économique, ce qui est contraire aux croyances de ces populations⁴⁷.

En somme, cette brève analyse des enjeux de la protection des plantes révèle l'importance de la question tant au niveau international que régional et national. Dès lors, la protection s'avère une réalité incontournable quels que soient les obstacles. Pour ce faire, il faut rendre

⁴³ Voir l'article premier de l'engagement international sur les ressources phytogénétiques adopté au niveau de la FAO

⁴⁴ L'article 3 de cette Convention portant sur la diversité biologique stipule que :

«Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement».

⁴⁵ V. SHIVA, *op. cit.*, note 19, p. 85-87.

⁴⁶ Tim ROBERTS, «Droit sur les variétés végétales - L'exception en faveur de l'obteneur», dans *Colloque OMPI-UPOV sur la coexistence des brevets et du droit d'obteneur dans la promotion des innovations biotechnologiques*, Genève, 25 octobre 2002, p. 3.

⁴⁷ Geoff. TANSEY, «Commerce, propriété intellectuelle, alimentation et diversité biologique», disponible sur <<http://www.quaker.org/quano/tripspaper.html>>, 1999, p. 20.

appropriable cette matière vivante que constitue la plante. Cela a été le fruit d'un long processus qui constitue encore de nos jours une source de questionnement de plusieurs auteurs. Comment est-on arrivé à admettre l'appropriation privative des plantes? Par quel mécanisme est-on parvenu à généraliser ce concept ?

Titre 2: Le régime de propriété étendu au vivant végétal

Le débat sur l'appropriation de la matière vivante et sa généralisation ne date pas d'aujourd'hui⁴⁸. Les progrès agronomiques réalisés en matière de créations végétales, ainsi que l'attrait de l'or vert pour les industries alimentaires, pharmaceutiques, de la parfumerie et des colorants, ont tôt fait d'attirer l'attention sur le problème du régime juridique applicable⁴⁹. Il a fallu, à cet effet, franchir plusieurs obstacles techniques, économiques, sociaux ou philosophiques avant d'y parvenir⁵⁰. On distingue globalement deux grandes étapes qu'il convient de souligner. En premier lieu, il s'agissait de faire reconnaître le statut de la plante comme un bien appropriable pouvant être régi par le droit (chapitre 1) et en deuxième lieu, d'amener tous les États à prendre des mesures suivant un certain modèle de texte législatif afin de s'assurer de leur effectivité au niveau local (chapitre 2).

Chapitre 1 : Le vivant végétal : un bien appropriable

Le processus d'obtention de droit privatif sur les plantes a consisté à détacher ces dernières de leur statut «d'éléments de la nature»⁵¹, à leur donner un statut de bien, et, par conséquent, à bâtir autour de ce bien des monopoles conformément soit au droit des brevets soit au droit d'obtentions végétales.

⁴⁸ «La possibilité d'établir une propriété sur des éléments immatériels a été beaucoup contestée ; pour une partie de la doctrine, aujourd'hui encore, la propriété ne saurait s'exercer que sur des choses concrètes.» : Joseph JEHL, *Le commerce international de la technologie : approche juridique*, Paris, Éditions Librairies Techniques de Paris, 1985, p. 27.

⁴⁹ Jean-Marc MOUSSERON, *Traité des brevets*, Paris, Librairies Techniques, 1984, p. 444.

⁵⁰ Jean-Michel BRUGUIÈRE, «Mondialisation et droit des obtentions végétales» dans Michel VIVANT, (dir), *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est-elle une marchandise?* Paris, Dalloz, 2004, p. 155.

⁵¹ Comme le dit Pothier, «Les choses que renferme ce vaste univers et dont Dieu a, la souveraine domination, ne peuvent entrer toutes dans le patrimoine de l'homme ; en effet, il en est qui, par leur nature, répugnent à l'idée d'une appropriation exclusive privée ou même publique...» rapporté par Marie-Angèle, HERMITTE, «histoires juridiques extravagantes : la reproduction végétale», dans Bernard EDELMAN et M-A., HERMITTE, (dir), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Éditions Christian Bourgois, 1988, p.43.

En effet pendant longtemps, les considérations naturelles ont constitué un obstacle à tous travaux portant sur les végétaux. Jusqu'à une époque récente, le processus de reproduction des êtres vivants a échappé presque complètement à l'entendement. Les origines de la vie étaient pensées en termes de création divine, de génération spontanée. Il a fallu des années pour que les professionnels de la reproduction végétale trouvent une expression juridique adéquate à l'idée que «leur métier conjugue la créativité humaine et le simple jeu des forces de la nature dans le but de réaliser le vieux rêve de la domestication de la nature»⁵².

Cette évolution a été possible surtout en raison des développements importants intervenus aux États-Unis. Il s'agit en effet du vote, par le Congrès américain, du «*Plant Patent Act*» en 1930, qui est une législation importante en matière de protection des plantes⁵³. En plus de cette législation, il faut souligner l'importante décision judiciaire relative à l'affaire *Diamond c Chakrabarty*⁵⁴.

Concernant le «*Plant Patent Act*», le Congrès américain a fait la part des choses en déclarant :

*« Qu'il existe une distinction claire et logique entre la découverte d'une nouvelle variété de plantes et certaines choses inanimées, comme par exemple, un nouveau minéral qui serait à la fois utile et naturel. Le minéral est totalement créé par la nature, sans l'aide de l'homme (unassisted by man). De l'autre côté, la découverte d'une plante, qui résulte de la culture, est unique, isolée, n'est pas répétée par la nature et ne peut être reproduite par elle sans l'aide de l'homme (...) »*⁵⁵.

⁵² *Id.*, p. 43 et s.

⁵³ «Mis à part quelques lois réglementant la circulation des semences, aucune loi n'avait jamais été promulguée nulle part dans le monde pour protéger le vivant avant l'adoption aux États-Unis en 1930 du *Plant Patent Act*», Thierry ORLHAC, «La biotechnologie et la propriété intellectuelle» dans BARREAU DU QUEBEC, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1991, p. 20.

⁵⁴ *Diamond c Chakrabarty*, (1980), 447 U.S. 303, 309.

⁵⁵ Bernard EDELMAN, «Vers une approche juridique du vivant» dans B., EDELMAN et M-A, HERMITTE, (dir), *op. cit.*, note 51, p. 32

En ce qui concerne la décision de la Cour suprême américaine du 16 juin 1980 dans l'affaire *Diamond c Chakrabarty*, la Cour a confirmé la tendance à l'appropriation amorcée timidement jusque-là. Il s'agissait pour la Cour de se prononcer sur la possibilité qu'un micro-organisme vivant, créé par l'homme soit breveté. Cela concernait le résultat des travaux de deux chercheurs qui avaient découvert que les plasmides possédaient la faculté de contrôler le processus de dégradation du pétrole. Ces chercheurs ont mis au point un procédé qui leur permettait de fixer dans une simple bactérie quatre plasmides différents capables de dégrader quatre composants du pétrole. Or, les bactéries naturelles, utilisées jusqu'alors par la force des choses, ne pouvaient dégrader chacune qu'un composant du pétrole. La Cour décida qu'il y a «création». Elle affirma que «la demande ne portait pas sur un phénomène naturel mais sur un produit fabriqué ou une composition de matière qui n'existent pas naturellement». Par cette décision, la Cour suprême a porté une dissociation entre ce qui relève de la vie naturelle et de la vie artificielle⁵⁶.

Les législateurs et juges américains ont donc eu l'opportunité de se prononcer, de façon concrète, sur cette question de protection de la matière vivante. Les pays européens aussi ne sont pas restés muets sur le sujet. En Allemagne par exemple, on peut citer l'importante décision de la Cour suprême (en 1922) relative au maintien d'un brevet portant sur un procédé de culture d'une bactérie dérivée d'une tortue destinée au traitement de la tuberculose. En 1934, il a été délivré également des brevets pour des nouvelles variétés de plantes dans ce pays⁵⁷. Par ailleurs, il faut souligner que l'importance d'une protection des plantes a déjà été ressentie au plan international lors de la conférence de Paris de 1883⁵⁸. La nécessité d'étendre le champ de la matière brevetable au domaine de l'agriculture a été

⁵⁶ J-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, note 50, p. 158.

⁵⁷ T. ORLHAC, *loc. cit.*, note 53, p. 19.

⁵⁸ Convention de Paris pour la protection de la propriété industrielle du 20 mars 1883, disponible sur <http://www.wipo.int/treaties/fr/ip/paris/trtdocs_wo020.html> (dernière visite 30/03/08).

reconnue et le terme de propriété a été interprété pour inclure «non seulement des produits industriels dans le sens strict, mais aussi des produits agricoles»⁵⁹.

Progressivement donc, la matière végétale est ramenée à un statut de bien qui est, selon M. Zénati, «une chose utile et possible d'appropriation»⁶⁰. Abondant dans le même sens, M. Bruguière déclarait qu'«il est techniquement possible de s'approprier la matière végétale, économiquement souhaitable et philosophiquement concevable. Au diable donc cette conception sacrée de la nature»⁶¹.

Cette conclusion est souvent très contestée. Si pour certains⁶² la matière végétale ne peut être assimilée à une chose qui relève, en principe, du domaine inanimé, pour d'autres, en revanche, il faut donner une définition évolutive à ce concept. Comme l'écrit Mme Hermitte par exemple, «les travaux des créateurs de plantes reposent maintenant sur des bases solides et leur savoir leur permet de fabriquer des machines vivantes aussi nouvelles que les inventions de leurs collègues dans le domaine des mécaniques industrielles»⁶³. Ainsi, il s'est dégagé une forte opinion en faveur de l'appropriation de la matière vivante. Une fois que le statut de bien est acquis, il revenait à déterminer la meilleure forme juridique possible de protection pouvant couvrir cette nouvelle réalité. Les réflexions s'articulaient autour de deux axes qui se résument dans l'affirmation de Comte :

«L'impérieuse nécessité d'assurer à la recherche en biotechnologies une protection efficace nous place devant l'alternative suivante : ou bien revoir les notions du droit des brevets et, donc, adapter ce système traditionnel (...) ; ou bien créer un

⁵⁹ Article 1. 3 de la Convention d'Union de Paris pour la protection de la propriété industrielle.

⁶⁰ Frédéric, ZÉNATI, *Les biens*, 1^{re} éd., Paris, PUF, 1988, p. 13.

⁶¹ J-M. BRUGUIÈRE, *loc. cit.*, note 50, p. 157.

⁶² Par exemple pour M. Edelman, «la nature échappe au patrimoine d'un individu. Ces seuls destinataires sont Dieu ou la communauté des hommes.» Voir B, EDELMAN, *loc cit.*, note 55, p. 28.

⁶³ M-A HERMITTE, *loc cit.*, note 51, p. 69.

(mécanisme) spécifique, avec tous les inconvénients et délais que cela implique, notamment sur le plan international»⁶⁴.

Deux attitudes sont alors rationnellement envisageables. La première consistait à faire entrer les créations nouvelles dans des cadres juridiques anciens, en leur appliquant, au prix de quelques modifications mineures, le régime général de protection. C'est probablement ce qui justifie l'instauration du brevet pour assurer la protection des droits. Cette manière de procéder présente l'avantage indéniable de préserver l'unité de la propriété intellectuelle. Elle aboutit, en revanche, à apporter aux questions spécifiques posées par les technologies nouvelles «une réponse qui n'est pas toujours adéquate, à l'image d'un vêtement de confection qui, malgré les retouches, ne présente jamais les qualités du sur mesure»⁶⁵. Allant dans le même sens, les professeurs Gervais et Judge écrivaient que :

«Un bouleversement complet du régime de protection intellectuelle aurait pu causer des ravages en forçant chaque compagnie à s'adapter et les coûts de transition auraient été astronomiques. Les industries, les inventeurs, les créateurs, les législateurs, les tribunaux ainsi que les autorités chargées de l'administration et de l'application des règles en matière de propriété intellectuelle auraient probablement eu à déployer des efforts déraisonnables pour comprendre et appliquer les nouvelles formes de protection»⁶⁶.

Selon ces auteurs, les négociateurs de l'Accord des droits de propriété intellectuelle portant sur le commerce (ADPIC) ont fait preuve de sagesse en choisissant de ne mettre à jour que des règles existantes⁶⁷. Ce faisant, la doctrine et les offices de brevets n'ont jamais nié qu'un tel rattachement des inventions biotechnologiques au droit des brevets entraîne

⁶⁴ Jean-Louis COMTE, «Biotechnologies et brevets», dans Paul MATHÉLY, (dir), *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990, p. 125.

⁶⁵ Jacques AZEMA, «La protection juridique des nouvelles techniques», dans P. MATHÉLY, (dir), *id.*, p. 45.

⁶⁶ Daniel GERVAIS, Elizabeth JUDGE, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Yvon-Blais, 2006, p. 562 et s.

⁶⁷ *Id.*

certaines difficultés techniques, mais ils misaient sur sa facile adaptation et les garanties qu'il procure⁶⁸.

La deuxième attitude consistait à mettre en place un régime particulier de protection juridique afin de doter les nouvelles technologies d'un instrument juridique répondant parfaitement à leur spécificité. Il était question de séparer les inventions industrielles de celles réalisées dans le domaine de l'obtention végétale. Ces dernières requièrent une protection spécifique pour les variétés végétales. Ainsi, selon le type d'invention, la répartition doit se faire dans l'un ou l'autre des régimes. Néanmoins, les professionnels admettent que certaines inventions de nature biologique puissent obéir aux critères de la brevetabilité. Il s'agit donc d'un régime alternatif et non exclusif⁶⁹. C'est probablement dans cette dynamique que s'inscrit la délivrance de certificat d'obtention végétale au profit des obtenteurs. Cette manière de faire présente une meilleure adéquation du mécanisme juridique avec la réalité technologique. Toutefois, il y a un risque d'émiettement de la propriété intellectuelle et de multiplication des régimes particuliers⁷⁰.

En définitive, le processus d'assimilation de la plante en un bien appropriable s'est déroulé malgré les arguments contraires émis par quelques auteurs. Loin d'être un mouvement confiné, il tend à devenir un principe incontournable dans toute législation relative au droit de propriété intellectuelle sur le vivant en général et les plantes en particulier. Par quelle technique parvient-il à se généraliser ?

⁶⁸ Christine NOIVILLE, *Ressources génétiques et droit : essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines*, Paris, Pedone, 1997, p. 91.

⁶⁹ M-C. CHEMTOB-CONCÉ, *op. cit.*, note 27, p. 13

⁷⁰ J. AZEMA, *loc. cit.*, note 65, p. 49. Pour cet auteur, il y a deux dangers par rapport à cette façon de faire. D'une part, il s'agira de mettre en place des conditions de protection particulières, fondées nécessairement sur des concepts juridiques distincts des classiques notions de nouveauté et d'activité inventive. L'autonomie de ces concepts peut susciter des difficultés car, pour en dessiner les contours et les interpréter, il conviendra souvent de s'affranchir et de faire abstraction des schémas traditionnels de raisonnement. D'autre part, il s'agit du risque de privation du créateur de la protection plus complète qu'il aurait pu trouver dans le droit commun de la propriété intellectuelle.

Chapitre 2 : Le processus de généralisation des droits de propriété sur les végétaux

Le processus de généralisation des droits vise l'édiction des normes juridiques suivant un certain schéma prédéterminé. Il s'agit de «la modélisation qui est une tendance naturelle et irrésistible des instruments juridiques à s'aligner sur des modèles dominants»⁷¹. Ces derniers se répandent par le jeu de l'offre et de la demande traitant l'instrument juridique comme «un produit de consommation courante, détaché de toute référence dogmatique ou idéologique»⁷². On distingue principalement deux formes de modélisation. L'une, dite «sauvage», émane essentiellement de la pression des agents économiques. L'autre, dite «savante», part de l'idée de circulation du droit⁷³.

La modélisation sauvage est une technique de lobbying visant à faire pression pour la protection des intérêts d'une catégorie d'acteurs économiques. Dans le cas présent, c'est-à-dire la protection des plantes par des droits de propriété intellectuelle, il s'agit principalement des firmes pharmaceutiques, semencières et agro-alimentaires. La technique consiste à faire pression sur leurs propres gouvernements afin qu'ils signent des accords particuliers avec certains pays stratégiques détenteurs de ressources végétales. «Élaborés en silence, ces accords offrent un moyen direct pour établir des accords sur les privilèges d'accès au marché, les investissements étrangers, le financement de la recherche ou la délocalisation des profits»⁷⁴. C'est un «processus implicite de marchandage» par lequel les

⁷¹ J-M. BRUGUIÈRE, *op. cit.*, note 50, p. 159.

⁷² Arlette MARTIN-SERF, «La modélisation des instruments juridiques», dans Eric, LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN (dir), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 180.

⁷³ J- M BRUGUIÈRE, *op. cit.*, note 50, p. 160.

⁷⁴ Gérard Robin, « La propriété intellectuelle revient par la porte de derrière », dans «Courriel d'information ATTAC» (2002), no 304, p.1, disponible sur http://www.fsa.ulaval.ca/personnel/vernag/eh/f/cons/lectures/PI_ATTAC.htm.

profits sont maximisés et les risques sous-estimés⁷⁵. Il existe plusieurs accords de ce type entre les pays sous développés et les pays industrialisés. L'exemple le plus concret est celui des États-Unis qui utilisent cette technique pour parvenir à signer plusieurs accords bilatéraux de propriété intellectuelle avec des pays latino-américains. Depuis le Sommet des Amériques de 1994 et le lancement du projet ZLÉA, ils ont atteint par ce biais au moins un pays de chacune des quatre unions douanières des Amériques, soit la Communauté andine, le Mercosur, le Marché commun de l'Amérique Centrale et le CARICOM⁷⁶. Les pays qui y résistent se voient placés sur une «liste de surveillance» Super 301 des États-Unis répertoriant les «mauvais joueurs du libre-échange»⁷⁷. C'est aussi par cette technique qu'ils sont parvenus à imposer leur législation relative à la protection de topographie de produits semi-conducteurs⁷⁸.

La modélisation savante utilise davantage la persuasion et la diplomatie pour amener les États à adhérer aux instruments internationaux. À cet effet, on peut évoquer, entre autres, les procédures retenues au sein de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) et de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC).

La Convention de l'UPOV a été initiée au départ par quelques pays européens en 1961. Compte tenu du développement rapide des activités d'obtention et de la nécessité croissante de disposer de ressources végétales surtout en provenance d'autres horizons, la tendance s'est très tôt affirmée d'étendre la protection à plusieurs espèces végétales et à tous les pays, quelque soit leur position géographique. Ainsi, cette Union s'est donnée une vocation internationale et vise une modélisation des droits nationaux suivant sa conception de la

⁷⁵ Karim BENYEKHEF, «Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation», Montréal, Thémis, 2008, p.329.

⁷⁶ Jean-Frédéric MORIN, « Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : La biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle », (2004), 58 *Droit et Société*, 1 .18.

⁷⁷ GRAIN, «Dix bonnes raisons de ne pas adhérer à l'UPOV», (2002), no 2, p.1, disponible sur <<http://www.grain.org/fr/publications/num2-fr.cfm>> (dernière visite 30/03/08).

⁷⁸ *Id.*

protection des droits des obtenteurs⁷⁹. La version de la Convention signée en 1961 et modifiée en 1972 et 1978 mentionne clairement dans son préambule que «la protection des droits des obtenteurs a pris une grande importance dans beaucoup d'États qui n'ont pas encore adhéré à la Convention». Elle reconnaît aussi que certaines modifications dans la Convention sont nécessaires pour faciliter l'adhésion de ces États à l'Union⁸⁰. Par cette assertion, l'Union affiche son ambition de persuader tous les États de leur intérêt à protéger les droits des obtenteurs selon les règles émises par la Convention. Pour atteindre cet objectif, il a été retenu la possibilité de faire des modifications afin d'attirer le plus grand nombre d'États.

La technique de l'Accord ADPIC, initié au sein de l'OMC, consiste à parvenir aussi au même niveau de protection dans tous les États. À cet effet, des dispositions spéciales ont été retenues afin de permettre aux pays en voie de développement, encore réticents, d'y adhérer. Ainsi, il est stipulé que :

« Étant donné les besoins et impératifs spéciaux des pays moins avancés Membres, leurs contraintes économiques, financières et administratives et le fait qu'ils ont besoin de flexibilité pour se doter d'une base technologique viable, ces Membres ne seront pas tenus d'appliquer les dispositions du présent accord, à l'exclusion de celles des articles 3, 4 et 5, pendant une période de 10 ans à compter de la date d'application telle qu'elle est définie au paragraphe 1 de l'article 65. Sur demande dûment motivée d'un pays moins avancé membre, le conseil des ADPIC accordera des prorogations de ce délai »⁸¹.

⁷⁹ L'UPOV recommande une législation sui generis qui signifie «unique» ou «propre» en latin. Les droits sui generis sont des droits légaux conçus pour des choses qui, de par leur nature, n'entrent pas dans les schémas classiques de droits de propriété intellectuelle, comme c'est le cas pour les circuits intégrés d'ordinateurs, pour les bases de données électroniques, pour le folklore ou les variétés végétales. En ce sens, les droits sui generis représentent de simples alternatives aux droits de propriété intellectuelle conventionnels. GRAIN, *id.*

⁸⁰ C'est ce qu'exprime la Convention Acte de 1978 dans son préambule. Ainsi, il est stipulé : «considérant que le concept de protection des droits des obtenteurs a pris une grande importance dans beaucoup États qui n'ont pas encore adhéré à la Convention; considérant que certaines modifications sont nécessaires dans la Convention pour faciliter l'adhésion de ces États à l'Union, etc.» Par ces assertions, les membres de l'Union des obtenteurs ont opté pour une modification de la Convention afin d'attirer plus d'États.

⁸¹ Article 66.1 de l'ADPIC.

À cet effet, un premier délai arrivé à terme le 1^{er} janvier 2006 a été prorogé maintenant jusqu'au 1^{er} juillet 2013 sur décision du Conseil des ADPIC du 29 novembre 2005⁸².

En somme, il est à retenir que l'émergence des droits privatifs sur les plantes répond à une logique qui est celle du marché. C'est à juste titre que certains auteurs qualifient ce processus de «*marchandisation*»⁸³. Les techniques utilisées sont diverses mais aboutissent à une constante, qui est celle de la protection des intérêts économiques des grandes entreprises multinationales. S'inscrivant dans une dynamique occidentale⁸⁴ basée en majorité sur l'individualisme, les droits privatifs furent adoptés soit par le biais du brevet, soit par le système du Certificat d'Obtention Végétale (COV). Dans ce jeu de force, il faut souligner l'importante contribution des États-Unis dans cette nouvelle approche, au point où certains auteurs n'hésitent pas à qualifier cette démarche d'«*américanisation*»⁸⁵. Compte tenu de l'importance surtout économique de cette problématique, il était urgent qu'un cadre international soit retenu afin d'harmoniser les législations nationales et régionales suivant un modèle qui garantisse les droits protégés. L'objectif est certainement d'éviter les risques de contrefaçon et, par conséquent, de perte économique. Ainsi, il devient alors intéressant de savoir quels sont les principaux instruments internationaux élaborés. Comment sont-ils perçus au niveau régional et plus particulièrement en Afrique? Le choix de ce continent présente plusieurs intérêts à savoir, idéologiques, politiques, économiques et sociaux. La grande partie des ressources végétales indispensables pour les inventions provient de cette région de la planète.

⁸² OMC/ Conseil des ADPIC, Décision IP/C/40 portant prorogation de la période de transition au titre de l'article 66.1 pour les pays moins avancés Membres du 29 novembre 2005. Voir <http://www.wto.french/tratop_f/trips_f/intel6_f.htm> (dernière visite 30/03/08).

⁸³ J-M BRUGUIÈRE, *loc. cit.*, note 50.

⁸⁴ La promotion des droits de propriété en général constitue l'un des piliers du système occidental. L'article 17 de la Déclaration universelle des droits de l'homme l'évoque expressément. «Toute personne, aussi bien seule qu'en collectivité, a droit à la propriété. Nul ne peut être arbitrairement privé de sa propriété». Voir texte de la Déclaration sur <<http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm#a17>> (dernière visite 30/03/08).

⁸⁵ J-M BRUGUIÈRE, *loc. cit.*, note 50 p. 159.

Deuxième partie : Les principaux instruments juridiques de protection des plantes au niveau international et en Afrique

Les législateurs internationaux ne sont pas restés en marge du vaste mouvement de réglementation des droits de propriété intellectuelle sur les plantes. Un regain d'intérêt s'est manifesté lorsque les activités classiques d'hybridation et de sélection des plantes ont laissé place à la manipulation des gènes. Ceci a ouvert la voie à la possibilité d'invention de plusieurs variétés et d'expérimenter plusieurs applications en matière médicale, biochimique, semencière et agroalimentaire.

Malgré les vives discussions que suscite cette question de protection des plantes, force est de constater l'existence d'une floraison d'instruments tendant à réglementer le domaine. À cet effet, il s'est dégagé une forte tendance à l'instauration des droits de propriété intellectuelle sur les plantes. On peut citer par exemple, la Convention de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales et l'Accord sur les aspects de Droits de Propriété Intellectuelle relatifs au Commerce (ADPIC). Mais étant donné qu'il s'agit d'une question qui ne laisse personne indifférente, il s'est dégagé, aussi, une autre tendance visant, cette fois-ci, l'intégration des préoccupations environnementales, de développement durable, de conservation de la nature et de partage des bénéfices dans un domaine où l'exclusivité d'exploitation reste le souci de l'inventeur. Il s'agit en effet, de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) et du Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture (ci-après désigné traité de la FAO).

Étant donné les démarches particulières retenues au niveau de chacun de ces instruments et considérant toutes les critiques qu'ils suscitent, il s'avère intéressant d'analyser, d'une part, la Convention UPOV et l'accord ADPIC qui sont représentatifs de la vision pure de propriété intellectuelle sur les plantes; et, d'autre part, la CDB ainsi que le Traité de la FAO qui, bien que favorables à la vision précédente c'est-à-dire de droit de propriété

intellectuelle sur les plantes, apporte une autre dimension qui est celle des considérations environnementales et de partage (Titre 1).

Le champ international révèle donc apparemment l'existence de plusieurs tendances. Qu'en sera-t-il alors au niveau régional c'est-à-dire spécifiquement en Afrique? Pourvoyeur de ressources végétales et consommateur des inventions biotechnologiques, quel sera l'apport de ce continent dans ce débat de «grands»? (Titre 2)

Titre 1: Les principaux mécanismes internationaux de protection des plantes

Ces mécanismes internationaux de protection des plantes sont la Convention UPOV, l'Accord ADPIC, la CDB et le Traité de la FAO. Le choix n'est pas arbitraire parce que chacun d'eux présente des particularités intéressantes tant le juriste que l'économiste, le sociologue que le philosophe, les pays en voie de développement que ceux développés, les sélectionneurs que les agriculteurs.

Au plan juridique par exemple, on note la présence de trois approches différentes. La première, prônant l'institution d'une nouvelle forme de protection par voie *sui generis* (Convention de l'UPOV); la deuxième favorable aussi bien à un système *sui generis* qu'au brevet (Accord sur les ADPIC); la troisième, ne rejetant pas catégoriquement les deux premières, apporte une nouvelle vision concernant l'environnement et les droits des communautés locales (CDB- Traité de la FAO).

Il apparaît alors intéressant d'analyser les dispositions contenues dans chacun de ces instruments à savoir la Convention UPOV (chapitre 1), l'accord ADPIC (chapitre 2), la CDB (chapitre 3) et enfin le Traité de la FAO (chapitre 4).

Chapitre 1 : La protection des plantes par le certificat d'obtention végétale (COV)

La particularité des plantes fut la raison fondamentale de l'institution d'une telle protection. Selon les initiateurs de cette approche, le droit des brevets est incapable d'appréhender cette nouvelle réalité et il fallait avoir recours à d'autres types de protection⁸⁶. Ainsi, il a été retenu l'idée de promouvoir une protection spécifique pour les variétés végétales⁸⁷ ceci s'est réalisé à travers l'adoption, le 2 décembre 1961, de la Convention de l'UPOV. Par cet acte, la création végétale a accédé au rang d'objet de propriété industrielle⁸⁸. Il s'agit d'un régime de protection sui generis qui est, selon M. Tansey, «un système spécial adapté à un domaine particulier, contrairement à la protection fournie par un des principaux systèmes de protection de la propriété intellectuelle, tels que les brevets ou les droits d'auteur»⁸⁹. Ceci implique que les États ont la possibilité d'élaborer leurs propres règles afin de protéger les obtentions végétales⁹⁰ «conformément à des principes uniformes et clairement définis»⁹¹.

Ce type de protection a d'abord concerné les espèces florales et ornementales dans les années 1920, suite aux pressions des sélectionneurs qui ont revendiqué la reconnaissance de leur travail au même titre que celui des auteurs de romans ou de chansons. La mise en place

⁸⁶ Plusieurs discussions préalables ont été tenues à ce sujet dans différents forums dont, entre autres, au niveau de l'Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle (AIPPI) en 1932 à Londres, en 1947 à La Haye, en 1950 à Paris et en 1952 à Vienne.

⁸⁷ M-C. CHEMTOB-CONCÉ, *op. cit.*, note 27, p. 13.

⁸⁸ Jean-Christophe GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 2e éd, Paris, Dalloz, 2003, p. 264.

⁸⁹ G. TANSEY, *loc cit.*, note 47, p.10.

⁹⁰ Selon la Loi française du 11 juin 1970 portant sur la protection des obtentions végétales, une obtention végétale équivaut à « la variété végétale nouvelle, créée ou découverte qui se différencie des variétés analogues déjà connues par un caractère important, précis et peu fluctuant, ou par plusieurs caractères dont la combinaison est de nature à lui donner la qualité de variété nouvelle ; qui est homogène pour l'ensemble de ses caractères et qui demeure stable, c'est-à-dire identique à sa définition initiale, à la fin de chaque cycle de multiplication. »

⁹¹ Voir préambule de la Convention UPOV, Actes de 1978.

de ce régime répondait à deux préoccupations fondamentales : En premier lieu, il s'agissait de trouver un mécanisme qui convenait mieux aux exigences des activités de sélection des variétés végétales. Selon les initiateurs de cette Convention, les critères de description, d'inventivité et de nouveauté, retenus en vue de l'obtention du brevet, ne sont pas adaptés. En second lieu, il s'avérait que la protection par brevet risquait d'empêcher la sélection des variétés végétales, rendue possible grâce à l'accès libre au matériel de reproduction ou de multiplication. Le brevet présente une certaine rigidité et exclusivité qui ne conviennent pas aux activités de sélection.

En 1961, la Convention de l'UPOV était flexible sur plusieurs points. Le propriétaire de la variété avait un monopole sur la diffusion commerciale et le marketing de la variété, mais un contrôle limité sur les autres utilisations. Les agriculteurs étaient libres de multiplier les semences pour leur propre usage aussi longtemps qu'ils le voulaient. Les sélectionneurs quant à eux, pouvaient utiliser gratuitement les variétés protégées pour développer leur propre matériel⁹².

En 1972, 1978 et finalement 1991, plusieurs modifications ont été apportées. À l'occasion de ces révisions successives, la protection accordée aux obtenteurs s'est renforcée et la différence avec les droits du brevet n'est plus grande. Comme l'affirme l'organisme GRAIN, la révision de 1991 a été conçue afin de placer le système de l'Union pour la protection des obtentions végétales quasiment au même niveau que le brevet⁹³; et ceci est rendu possible grâce au lobbying de l'industrie mondiale des semences⁹⁴.

⁹² GRAIN, «La fin des semences de ferme ? Ce que souhaite l'industrie pour la prochaine révision de l'UPOV», (2007), disponible sur http://www.grain.org/briefings_files/upov-2007-fr.pdf (dernière visite 30/03/08).

⁹³ GRAIN, *loc. cit.*, note 77.

⁹⁴ GRAIN, *loc. cit.*, note 92.

L'étude de cette Convention suscite donc curiosité et interrogations. En effet, pourquoi cette Union, qui s'est distinguée dès le départ par rapport au droit de brevet, se retrouve actuellement, du point de vue de l'étendue des droits de l'obtenteur, presque au même niveau que ce dernier? Autrement, peut-on dire aujourd'hui que le système UPOV présente encore une certaine originalité? Comment ont évolué les mécanismes de protection des droits? Quel rapport existe-t-il entre le Certificat d'Obtention Végétale (COV) et le brevet? Est-ce une relation conflictuelle ou complémentaire? L'analyse de cette Convention s'impose donc. Il serait intéressant de savoir son domaine de protection (Section 1); les conditions à satisfaire afin de bénéficier de la protection (Section 2) et enfin l'étendue des droits qu'elle proclame (Section 3).

Section 1 : Le domaine de la protection

L'existence d'une variété est la condition d'application de la Convention UPOV. Cette notion apparaît dès le premier article de l'Acte de 1961. Le concept de variété s'appliquait à « tout cultivar⁹⁵, clone⁹⁶, lignée⁹⁷, souche⁹⁸ ou hybride⁹⁹ susceptible d'être cultivé»¹⁰⁰. Compte tenu des imprécisions qu'elles comportent, toutes ces notions furent abandonnées

⁹⁵ Introduit en 1958 par le code international de nomenclature des plantes cultivées de l'Union internationale des sciences biologiques, il provient de la synthèse des termes anglais « cultivated variety » et désigne la variété sélectionnée. Selon le mode de reproduction utilisé en culture, les cultivars se répartissent en clones, lignées, hybrides.

⁹⁶ Le clone représente un groupe de plantes issues d'une seule plante ou partie de plante et ensuite multiplié par voie végétative, donc asexuellement.

⁹⁷ La lignée est un ensemble de plantes se reproduisant sexuellement par autofécondation. La lignée endogame s'obtient par autofécondation de plantes se reproduisant naturellement par fécondation croisée. La lignée pure correspond à la descendance d'une plante homozygote, autofécondée. La variété est constituée dans le cas échéant par le mélange de plusieurs lignées, proches morphologiquement.

⁹⁸ La souche se compose d'un ensemble de plantes améliorées par sélection ou croisement d'un cultivar, d'une lignée ou d'un clone existants.

⁹⁹ L'hybride constitue le produit d'un croisement entre deux plantes génotypiquement distinctes, appartenant à des sous groupes d'une même espèce, à des espèces différentes d'un même genre ou dans certain cas, plus rares, à des genres différents.

¹⁰⁰ Article 2.2 de la Convention UPOV, Acte de 1961. Voir texte de cet Acte de 1961 sur <http://www.upov.int/en/publications/conventions/1961/act1961.htm#_2> (dernière visite 30/03/08).

au cours de la révision de 1978. Ainsi, selon cette version de 1978, la Convention s'applique à tous les genres et espèces botaniques, c'est-à-dire à tout le règne végétal¹⁰¹. L'objectif était d'être le plus large possible afin d'inclure aussi, les nouvelles espèces végétales qui n'ont pas un caractère agricole ou horticole¹⁰².

Selon la version de 1961, les genres ou espèces à protéger obligatoirement devaient figurer sur une liste annexée à la Convention. Cette condition a été supprimée pour permettre l'accès des pays se situant dans des zones climatiques autres que ceux de l'Europe. Ces nouveaux pays (les pays africains par exemple) disposent d'autres genres et espèces botaniques importants sur le plan commercial. L'expression « genre ou espèce » est peu précise, mais paraissait respectueuse de la complexité botanique. Il est plus simple de la traduire dans diverses langues. Il a été convenu que chaque État protège au moins un certain nombre de catégories de plantes cultivées qui, du point de vue de la classification botanique, peuvent constituer un genre, une espèce, une sous-espèce¹⁰³. Chaque État peut cependant limiter l'application de la Convention, à l'intérieur d'un genre ou d'une espèce, aux variétés ayant un système particulier de reproduction ou de multiplication ou une certaine utilisation finale¹⁰⁴. Aussi, la protection effective ne s'effectue qu'en fonction des priorités nationales. Ainsi, la protection peut être assurée à, au moins cinq genres ou espèces dès le départ, et par la suite, elle est étendue à un plus grand nombre¹⁰⁵.

¹⁰¹ Article 4.1 Convention UPOV, Acte de 1978 : « La présente Convention est applicable à tous les genres et espèces botaniques ».

¹⁰² Actes de l'Union (1957-1961, 1972), p. 38

¹⁰³ Conférence diplomatique de révision de la Convention internationale pour la protection des obtentions végétales (Genève, 9-23 octobre 1978), *Propriété industrielle*, 1979, p. 36 et suiv.

¹⁰⁴ Article 2.2 Convention UPOV Acte de 1978.

¹⁰⁵ Article 4.3 Convention UPOV, Acte de 1978.

«a) Au moment de l'entrée en vigueur de la présente Convention sur son territoire, chaque État de l'Union applique les dispositions de la Convention à au moins cinq genres ou espèces.

b) Chaque État de l'Union doit appliquer ensuite lesdites dispositions à d'autres genres ou espèces, dans les délais suivants, à dater de l'entrée en vigueur de la présente Convention sur son territoire :

i) dans un délai de trois ans, à au moins dix genres ou espèces au total;

ii) dans un délai de six ans, à au moins dix-huit genres ou espèces au total;

iii) dans un délai de huit ans, à au moins vingt quatre genres ou espèces au total».

La révision de 1991 met fin à cette technique de champs d'application nationaux différents. Elle fixe le délai de cinq années après son entrée en vigueur, pour que les États membres prévoient la protection pour tous les genres et espèces botaniques. Les nouveaux États membres liés par la version de 1991 doivent appliquer la protection immédiatement à au moins quinze genres ou espèces et l'étendre à tous au plus tard après dix ans¹⁰⁶.

Remarquons enfin que pour la Convention, il importe peu que la variété soit « d'origine artificielle ou naturelle »¹⁰⁷. Des titres de protection peuvent être délivrés pour des plantes « découvertes » ou « créées ». Ainsi, comme le décrit cet Acte de 1991, l'obtenteur est « la personne qui a créé ou qui a découvert et a mis au point une variété »¹⁰⁸.

Afin de s'adapter aux progrès de la science et de la technique¹⁰⁹, la notion de variété a évolué et une autre définition a été retenue finalement dans la version de 1991. Ainsi, est variété,

« Un ensemble végétal d'un taxon botanique du rang le plus bas connu qui, qu'il réponde ou non pleinement aux conditions pour l'octroi d'un droit d'obtenteur, 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 »¹¹⁰.

Ce concept de « variété » implique donc l'existence d'un groupe distinct et stable de plantes présentant des caractéristiques analogues ou identiques¹¹¹.

¹⁰⁶ Voir l'article 3 Convention UPOV, Acte de 1991.

¹⁰⁷ Voir l'article 6. 1 a) Convention UPOV, Acte de 1978.

¹⁰⁸ Voir l'article 1. iv) Convention UPOV, Acte de 1991.

¹⁰⁹ Conférence diplomatique, *loc. cit.*, note 103.

¹¹⁰ Article 1. vi Convention UPOV, Acte de 1991.

¹¹¹ B. BERGMANS, *op. cit.*, note 33, p. 111.

En somme, on remarque que le domaine d'application de la Convention a connu une certaine évolution. L'objet principal qu'est la variété s'est précisé lors de la révision de 1991. Qu'en est-il alors des conditions de fond et de forme de la protection ?

Section 2 : Les conditions de fond et de forme de la protection

Pour bénéficier de la protection, la variété végétale doit satisfaire certaines conditions de fond et de forme. Celles-ci font appel, d'une part, aux qualités propres des obtentions végétales telles qu'exigées par l'Union (I) et d'autre part, à des règles dites formelles établies généralement par les États membres (II).

I- Les conditions de fond

Ces conditions de fond se rapportent à la nouveauté, la distinction, l'homogénéité et la stabilité¹¹². Elles sont obligatoires et en principe non susceptibles de modification dans les États contractants. Comme le mentionne l'Acte de 1991, «l'octroi du droit d'Obtenteur ne peut dépendre de conditions supplémentaires ou différentes de celles-ci»¹¹³. Cette précision est importante puisqu'elle permet d'éviter les disparités de traitement dans les États de l'Union. Toutefois, sa portée est limitée en raison de l'absence d'une autorité commune d'examen¹¹⁴. Pour pallier ces insuffisances, il a été adopté le 19 avril 2002, des principes directeurs d'examen¹¹⁵. Malgré cette volonté affichée d'aboutir à l'uniformisation, il demeure que, les États membres n'ont d'engagement qu'à l'égard de la Convention elle-même. C'est ce que souligne le Secrétariat de l'Union lorsqu'il stipule que, «les seules obligations s'imposant aux membres de l'Union sont celles qui sont énoncées dans le texte

¹¹² Voir l'article 5. 1 Convention UPOV, Acte de 1991.

¹¹³ Voir l'article 5. 2 Convention UPOV, Acte de 1991.

¹¹⁴ Khaly Adama NDOUR, *La portée du droit conféré à l'obteneur : le cas des pays en développement*, Montréal, Lotus Bleu, 2007, p.55.

¹¹⁵ UPOV, «Principes directeurs d'examen», disponible sur <http://www.upov.int/fr/publications/tg_rom/> (dernière visite 30/03/08).

même de la Convention»¹¹⁶. Ceci étant, il serait intéressant d'analyser ces conditions de nouveauté (A), de distinction (B), d'homogénéité (C), et de stabilité (D). Sont-elles vraiment adaptées au domaine des plantes ?

A- La nouveauté

La Convention pour la protection des obtentions végétales accorde un droit de monopole sur une variété lorsque celle-ci répond, entre autres, au critère de nouveauté. Historiquement, cette condition de nouveauté était abordée sous l'angle de la source d'obtention. Lorsqu'on se réfère à la contribution française lors de la Conférence diplomatique de Paris du 7 au 11 mai 1957, on se rend à l'évidence des idées qui ont prévalu à cette époque. En effet, au cours de cette conférence préparatoire devant aboutir à l'adoption de la Convention de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) le 2 décembre 1961, la France, déclarait qu'on doit considérer comme sources de nouvelles variétés de plantes, «la sélection massale ou généalogique dans une population existante ; la mutation naturelle constatée ; la mutation artificielle provoquée par des moyens déterminés ; l'hybridation accidentelle ; l'hybridation dirigée ou les combinaisons des méthodes précédentes». Allant plus loin elle se demandait si «l'on doit considérer seulement comme véritable création les obtentions qui résultent immédiatement et directement d'un processus dirigé et agissant sur le patrimoine héréditaire de la plante où doit-on étendre cette notion ?»¹¹⁷.

¹¹⁶ CONSEIL DE L'UPOV, Principes directeurs d'examen, disponible sur <http://www.upov.int/fr/publications/tg_rom/introduction.html> (dernière visite 30/03/08).

¹¹⁷ CONSEIL DE L'UPOV, «les notions d'obtenteur et de notoriété dans le système de protection des variétés végétales fondé sur la Convention UPOV», adopté le 19 février 2002, p.3. disponible sur <http://www.upov.int/export/sites/upov/fr/about/pdf/c_extr_19_2_rev.pdf> (dernière visite 30/03/08).

Cette contribution française a certainement guidé les participants qui ont adopté une conception large de la nouveauté en y incluant aussi bien les plantes d'origine naturelle qu'artificielle, les plantes créées que celles découvertes.

Lors des modifications de 1991, la référence à l'origine naturelle ou artificielle de la plante a été supprimée afin d'éviter les différences d'interprétation de la notion de nouveauté. Ainsi, selon l'article 6 de cet Acte de 1991,

« La variété est réputée nouvelle si, à la date de dépôt de la demande de droit d'obtenteur, du matériel de reproduction ou de multiplication végétative ou un produit de récolte de la variété n'a pas été vendu ou remis à des tiers d'une autre manière, par l'obtenteur ou avec son consentement, aux fins de l'exploitation de la variété

i) sur le territoire de la Partie contractante auprès de laquelle la demande a été déposée, depuis plus d'un an et

ii) sur un territoire autre que celui de la partie contractante auprès de laquelle la demande a été déposée, depuis plus de quatre ans ou, dans le cas des arbres et de la vigne, depuis plus de six ans »¹¹⁸.

De plus, l'État partie qui applique pour la première fois la Convention à une espèce végétale dite de «création récente», peut la considérer comme nouvelle même si elle est atteinte par les actes cités ci-dessus.¹¹⁹

On peut retenir que cet article pose un critère formel de nouveauté. Il semble moins rigoureux qu'en droit de brevet où toute invention comprise dans l'état de la technique ne peut plus être considérée comme nouvelle même si elle est de création récente. Cet article 6 de la Convention UPOV traite davantage des éléments de la divulgation que des qualités

¹¹⁸Article 6. 1 Convention UPOV, Acte de 1991.

¹¹⁹Aux termes de l'article 6.2 Convention UPOV, Acte de 1991, «lorsqu'une Partie contractante applique la présente Convention à un genre végétal auquel ou une espèce végétale à laquelle il n'appliquait pas précédemment la présente Convention ou un Acte antérieur, elle peut considérer qu'une variété de création récente existant à la date de cette extension de la protection satisfait à la condition de nouveauté définie au paragraphe 1) même si la vente ou la remise à des tiers décrite dans ledit paragraphe a eu lieu avant les délais définis dans ledit paragraphe.

intrinsèques de la variété elle-même. Cette divulgation peut porter, soit sur le matériel de multiplication, soit sur le produit de la récolte.

Concernant le matériel de multiplication, il est question de protéger non pas la plante elle-même mais ce qui permet de la reproduire. C'est le cas par exemple des graines et des boutures. La Convention réaffirme cette position lorsqu'elle stipule que ce ne sont pas les plantes en tant que telles qui sont protégées, mais tout ce qui sert à les « copier »¹²⁰. À la différence du brevet, ce n'est donc pas le procédé qui se trouve protégé, mais seulement le produit final¹²¹. Ce produit final qui sert à reproduire la variété dans les champs.

Concernant les produits de la récolte, il s'agit du résultat concret du processus d'invention. Ils sont voués en principe à l'exploitation ce qui détruit la nouveauté. En effet, la variété est nouvelle si elle n'a pas été connue soit par la vente soit par la remise en toute connaissance de cause à un tiers dans le but de son exploitation. Il en résulte qu'une simple détention de la plante, même avec le consentement de l'obtenteur, ne saurait détruire la nouveauté au sens de cet article 6 Acte de 1991¹²². Ce dernier apporte également une précision quant au lieu et au délai à prendre en considération lors de l'appréciation de ce critère de nouveauté. Ainsi, pour qu'il y ait nouveauté, il faut que la variété ne soit pas connue d'une manière ou d'une autre depuis plus d'un an lorsqu'il s'agit du territoire d'un État contractant et plus de quatre ans lorsqu'il s'agit d'un territoire autre.

En définitive, on peut admettre que, pour l'Union, la nouveauté n'est pas absolue mais plutôt relative. Ceci se justifie par les aménagements qui ont été retenus pour son appréciation et aussi par la possibilité de protection accordée aux variétés découvertes. Il apparaît donc qu'à son adoption en 1961, la Convention UPOV établissait un système qui avait vocation à protéger les résultats de l'amélioration en général, y compris les sélections

¹²⁰ Voir l'article 14. 1 Convention UPOV, Acte de 1991.

¹²¹ J-C. GALLOUX, *op. cit.*, note 88, p. 281.

¹²² K. A. NDOUR, *op. cit.* note 114, p. 61.

réalisées entre des variations naturelles. Les découvertes sont ainsi devenues susceptibles de protection en tant que sélections réalisées entre des sources naturelles de variation¹²³. Cette tendance a été confirmée dans l'Acte de 1991. Ainsi, la «découverte» est désignée comme étant l'activité de «sélection entre des variations naturelles» et la «mise au point» quant à elle désigne le processus de «reproduction ou multiplication et évaluation»¹²⁴.

En dehors de la nouveauté, la Convention UPOV exige que la variété nouvelle réponde aussi au critère de distinction.

B- La distinction

L'appréciation de ce critère de distinction a évolué depuis la mise en œuvre de la Convention en 1961. Le texte de cette année stipulait clairement que, pour être reconnue distincte, une variété doit «être nettement distinguée par un ou plusieurs caractères importants de toute autre variété dont l'existence, au moment où la protection est demandée, est notoirement connue»¹²⁵. Ces caractères «peuvent être de nature morphologique ou physiologique». Par caractères morphologiques il faut entendre les exigences relatives à la forme et à la structure même de la plante ; par exemple la présentation des fleurs, leur couleur, l'aspect des feuilles, etc. Et, par caractères physiologiques, il faut retenir ceux liés au fonctionnement organique de la variété ; par exemple, le rendement, la capacité de production de fruits, etc.

En 1978, cette précision sur les aspects morphologiques et physiologiques a été abandonnée. Dès lors, tout caractère, qu'il soit morphologique, physiologique, biochimique, agricole, horticole, ornemental, peut être retenu dans la mesure où il est

¹²³ CONSEIL DE L'UPOV, *loc. cit.*, note 117, p. 4.

¹²⁴ *Id.*

¹²⁵ Voir l'article 6.1a) Convention UPOV, acte de 1961.

reconnu important et s'il peut être décrit avec précision¹²⁶. Toutefois l'absence de précision sur le «caractère important» à tenir compte pouvait laisser libre cours à plusieurs interprétations.

L'Acte de 1991, a repris dans l'ensemble les mêmes expressions. Ainsi, il a été retenu à l'article 7 de cet Acte de 1991 que, « La variété est réputée distincte si elle se distingue nettement de toute autre variété dont l'existence, à la date de dépôt de la demande, est notoirement connue (...) ». On se rend ainsi compte que le critère de distinction fait référence, de façon permanente dans les différents Actes, à la notion de «variété notoire» et de «netteté».

En ce qui concerne «la variété notoirement connue», la Convention donne une définition qui n'aide pas vraiment à la compréhension. Ainsi, selon l'Acte de 1978, la notoriété peut être établie de diverses références telles que : «la culture ou commercialisation déjà en cours ; l'inscription sur un registre officiel de variété effectué ou en cours ; la présence dans une collection de référence ou la description précise dans une publication»¹²⁷.

Cette approche de définition n'est guère assez différente de celle adoptée en 1991. En effet, l'Acte de cette année disposait à l'article 7 que :

«Le dépôt, dans tout pays, d'une demande d'octroi d'un droit d'obtenteur pour une autre variété ou d'inscription d'une autre variété sur un registre officiel de variétés est réputé rendre cette autre variété notoirement connue à partir de la date de la demande, si celle-ci aboutit à l'octroi du droit d'obtenteur ou à l'inscription de cette autre variété sur le registre officiel des variétés».

Cette énumération est indicative et laisse probablement la faculté aux États d'établir la notoriété par d'autres moyens. Consciente des disparités pouvant avoir lieu, il a été retenu

¹²⁶ Michel SIMON, «La spécificité de la variété comme objet technique et les problèmes objectifs de la distinction» dans Marie-Angèle HERMITTE, (dir), *La protection de la création végétale : le critère de nouveauté*, Paris, Librairies Techniques, 1985, p. 23.

¹²⁷ Article 6. 1a) Convention UPOV, Acte de 1978.

dans les Principes d'Examen des conditions de distinction, d'homogénéité et de stabilité (DHS), quelques éléments dont il faudrait tenir compte. Il s'agit de :

- «a) La commercialisation de matériel de reproduction ou de multiplication ou d'un produit de récolte de la variété, ou publication d'une description détaillée;*
- b) le dépôt d'une demande de droit d'obtenteur ou d'inscription d'une variété sur un registre officiel de variétés, dans quelque pays que ce soit, est réputé rendre cette variété notoirement connue à partir de la date de la demande, si celle-ci aboutit à l'octroi du droit d'obtenteur ou à l'inscription de la variété au registre officiel des variétés, selon le cas;*
- c) l'existence de matériel végétal vivant dans des collections accessibles au public»¹²⁸.*

Dans le but de donner un caractère universel à cette notion de notoriété, il est précisé que celle-ci «n'est pas limitée aux frontières nationales ou géographiques»¹²⁹. Ainsi, l'examineur devrait chercher à savoir si la nouvelle variété se distingue de toute variété connue sur le territoire des autres États contractants, mais également, dans le reste du monde¹³⁰.

En ce qui concerne la distinction à observer entre les variétés, elle est l'expression des caractères qui sont à la fois reproductible et nette. S'agissant de la reproductibilité, elle consiste à observer l'évolution des caractères après des essais effectués sur un nombre variable de saisons qui tient compte du caractère annuel ou pérenne de la variété considérée. S'agissant de la netteté des différences entre une variété nouvelle et une autre notoirement connue, elle dépend de l'expression de trois caractères principaux que sont les caractères qualitatifs, quantitatifs et pseudo-qualitatifs¹³¹.

¹²⁸ CONSEIL DE L'UPOV, «Introduction générale à l'examen de la distinction, de l'homogénéité et de la stabilité et à l'harmonisation des descriptions des obtentions végétales», 19 avril 2002, p. 14, <http://www.upov.int/fr/publications/tg-rom/tg001/tg_1_3.pdf> dernière visite (25/01/08)

¹²⁹ *Id.*, p. 13

¹³⁰ K. A. NDOUR, *op. cit.*, note 114, p. 67.

¹³¹ «Les «caractères qualitatifs» sont ceux dont les niveaux d'expression sont discontinus (par exemple, sexe de la plante : dioïque femelle (1), dioïque mâle (2), monoïque unisexuée (3), monoïque hermaphrodite

En somme, cette notion de distinction est essentielle dans le domaine de l'obtention végétale. Ne peut être protégée qu'une variété différente de toute autre existante et connue à la date de la demande de protection, peu importe son pays d'origine¹³². Ceci pose toute la question du «démarquage scientifique»¹³³ étant donné les méthodes de plus en plus avancées utilisées à cette fin et des incertitudes probables y relatives. L'intérêt principal de ce critère de distinction, est d'écarter de la protection, des matériels qui ne seraient qu'une copie d'un matériel connu notoirement. La protection doit être accordée avant tout aux obtenteurs qui ont réalisé un travail effectif¹³⁴.

La variété nouvelle et distincte de toute autre, doit répondre également au critère d'homogénéité avant d'obtenir une protection conformément aux dispositions de la Convention UPOV.

(4)). Ces niveaux d'expression sont explicites et suffisamment significatifs en soi. Tous les niveaux d'expression sont nécessaires pour décrire le caractère dans toute sa diversité et chaque forme d'expression peut être décrite par un seul niveau. L'ordre des niveaux d'expression est sans importance. Normalement, ces caractères ne sont pas influencés par le milieu.

Les «*Caractères quantitatifs*» sont ceux dont l'expression couvre toute l'amplitude de la variation, d'une extrémité à l'autre. L'expression peut être notée sur une échelle d'une dimension linéaire, continue ou discrète. La gamme d'expression est divisée en un certain nombre de niveaux aux fins de la description (par exemple longueur de la tige : très courte (1), courte (3), moyenne (5), longue (7), très longue (9)). Cette division est opérée de telle sorte que, dans la mesure du possible, les niveaux d'expression soient également répartis le long de l'échelle. Les principes directeurs d'examen ne précisent pas la différence requise pour établir la distinction. Les niveaux d'expression doivent toutefois être significatifs pour l'examen DHS.

Les «*caractères pseudo-qualitatifs*» sont des caractères dont la gamme d'expression est au moins en partie continue, mais est pluridimensionnelle (par exemple, la forme : ovale (1), elliptique (2), circulaire (3), obovale (4)), et ne peut être correctement décrite en définissant simplement les deux extrêmes d'une gamme linéaire. De même que dans le cas des caractères qualitatifs (discontinus) – d'où le terme «pseudo-qualitatifs» – chaque niveau d'expression doit être identifié pour décrire correctement le caractère dans toute sa diversité». CONSEIL DE L'UPOV, *loc. cit.*, note 128, p. 10.

¹³² J-C. GALLOUX, *op. cit.*, note 88, p. 282.

¹³³ Marie-Ange HERMITTE, «Les réponses du droit au démarquage scientifique, variétés parasites, variétés déceptrices», dans M-A, HERMITTE (dir), *op. cit.*, note 126, p. 53.

¹³⁴ J-C. GALLOUX, *op. cit.*, note 88, p. 283.

C - L'homogénéité

L'homogénéité est une condition inhérente au concept même de variété. Pour se conformer à ce critère, la nouvelle variété doit être «suffisamment homogène compte tenu des particularités que présente sa reproduction sexuée ou sa multiplication végétative». Ce critère d'homogénéité, défini à l'article 6. 1c) des Actes de 1961 et 1978, est donc celui d'une ressemblance ou d'une certaine ressemblance entre les individus qui composent la variété. Cela suppose l'existence d'un grand nombre de caractères communs à toutes les plantes de la variété¹³⁵. Avec l'Acte de 1991, une précision importante a été apportée. Ainsi, selon l'article 8 de cet Acte de 1991, « la variété est réputée homogène si elle est suffisamment uniforme dans ses caractères pertinents (...)». Cette précision n'est pas inutile puisqu'il s'agit de constater que la variété candidate à la protection reste inchangée c'est-à-dire homogène dans ses éléments essentiels au fil des cycles de reproduction ou de multiplication végétative. Les caractères pertinents à tenir compte sont, d'une part, ceux utilisables lors de l'examen des conditions de distinction, d'homogénéité et de stabilité de la nouvelle variété, et d'autre part, ceux qui ont été expressément décrits par le demandeur du titre de protection¹³⁶.

Par ailleurs, il faut noter que la Convention paraît assez flexible en retenant qu'une homogénéité suffisante. En effet, compte tenu des aléas de la multiplication, des mutations, des mélanges accidentels ou autres, une homogénéité totale n'existe pratiquement pas¹³⁷. Aussi, le niveau d'homogénéité requis sera différent, selon qu'il s'agit de :

«variétés strictement autogames, de variétés essentiellement autogames, de lignées endogames de variétés hybrides, de variétés multipliées par voie végétative,

¹³⁵ M-A. HERMITTE, *loc. cit.*, note 133, p. 14.

¹³⁶ CONSEIL DE L'UPOV, *loc. cit* note 128, p. 20.

¹³⁷ A-M. FLURY-JEKER, *op. cit* note 32, p. 131.

de variétés allogames, de variétés essentiellement allogames, de variétés synthétiques ou de variétés hybrides»¹³⁸.

Pendant toute la durée de la protection, cette condition d'homogénéité doit être respectée. Selon l'article 22. 1a) de l'Acte de 1991, est déchu de son droit, l'obtenteur qui ne serait pas en mesure de maintenir les caractères de la variété tels qu'ils ont été définis au moment de l'octroi de ce droit.

La notion d'homogénéité est intimement liée à celle de la stabilité. Il s'agit de savoir si la variété homogène demeure stable, en ce qui concerne ses caractères essentiels, quelque soit la durée ou le lieu de sa reproduction ou multiplication végétative.

D - La stabilité

Aux termes des articles 6.1)d) des Actes de 1961/1978 et 9 de l'Acte de 1991 de la Convention UPOV, une variété est stable si, à la suite de ses reproductions ou multiplications successives ou à la fin de chaque cycle, elle reste conforme à sa définition ou inchangée dans ses caractères essentiels ou pertinents. Il découle de cet article que l'appréciation de la stabilité repose, tout comme l'homogénéité, sur des caractères. Ceux-ci comprennent tous les caractères utilisés pour l'examen de la distinction, l'homogénéité et la stabilité (DHS) ou figurant dans la description variétale établie à la date d'octroi de la protection de cette variété. En général, tous les caractères évidents peuvent être pris en considération, qu'ils figurent ou non dans les principes directeurs d'examen¹³⁹.

Selon cette Convention UPOV, l'exigence de stabilité n'est pas considérée au sens strict. Il s'agit bien d'une stabilité suffisante limitée non pas à tous les caractères de la variété mais aux plus déterminants de son identité. Pour une plante ornementale par exemple, l'accent

¹³⁸ CONSEIL DE L'UPOV, *id*, note 136.

¹³⁹ CONSEIL DE L'UPOV, *loc. cit.*, note 128, p. 24

sera particulièrement mis sur les caractères ayant un lien direct avec son aspect extérieur (coloration) mais aussi sur ses principes physiologiques pertinents.

«Dans la pratique, il n'est pas d'usage d'effectuer des essais de stabilité dont les résultats apportent la même certitude que l'examen de la distinction ou de l'homogénéité. L'expérience montre cependant que, dans le cas de nombreux types de variétés, lorsqu'une variété s'est révélée homogène, elle peut aussi être considérée comme stable. En outre, si la variété n'est pas stable, le matériel obtenu ne sera pas conforme aux caractéristiques de la variété et si l'obteneur ne peut pas fournir de matériel conforme aux caractéristiques de la variété, il peut être déchu de ses droits. Lorsqu'il y a lieu ou en cas de doute, la stabilité peut être examinée soit en cultivant une génération supplémentaire, soit en examinant une nouvelle semence ou un nouveau matériel végétal, afin de vérifier qu'il ou elle présente les mêmes caractères que le matériel fourni précédemment»¹⁴⁰.

En définitive, cette condition de stabilité, se révèle aussi importante que les trois autres évoquées précédemment à savoir la nouveauté, la distinction et l'homogénéité. Elles constituent les conditions de fond que doit remplir toute variété candidate à la protection. En plus de celles-ci, la nouvelle variété doit également répondre à un certain nombre d'exigences relatives à la forme.

II- Les Conditions de forme

Ces conditions de forme sont relatives à la dénomination de la variété végétale (A) et à des formalités exigées dans certains États contractants (B).

A- La dénomination de la variété

La Convention pour la protection des obtentions végétales accorde une grande importance à la dénomination de la variété. Ceci se traduit par les dispositions, à peine de nullité, qui y sont insérées. Ses auteurs se sont employés à inscrire et développer le principe selon lequel,

¹⁴⁰ *Id.*

l'existence d'une variété est liée à l'existence d'un nom. L'objectif est d'assurer le respect des prescriptions de désignation déjà en vigueur dans le commerce des semences et de prévenir les collisions entre les désignations s'effectuant dans les États membres de l'UPOV¹⁴¹.

Le principe de dénomination de la variété végétale ainsi que ses caractéristiques sont consacrés par la Convention UPOV aux termes des articles 5.2) et 20 de l'Acte de 1991 et 6.1e) et 13 des Actes de 1978 et 1961.

Suivant les articles 20.1 et 13.1, «la variété doit être désignée par une dénomination destinée à être sa désignation générique». Il revient à chaque membre de l'Union de s'assurer qu'aucun autre droit relatif à la désignation enregistrée, comme la dénomination de la variété, n'entrave sa libre utilisation, même après l'expiration du droit d'obtenteur. Par cette disposition, la Convention UPOV a voulu signifier que la dénomination doit être «la pièce d'identité» de la variété. Celle-ci doit être en lien direct avec une variété déterminée et demeurer même après la fin du monopole de l'obtenteur. Le but ici est d'éviter qu'il y ait confusion surtout lorsque l'obtenteur de la variété est aussi le propriétaire d'une marque identique à la dénomination variétale¹⁴².

¹⁴¹ A-M. FLURY-JEKER, *op. cit.*, note 32, p. 134.

¹⁴² Selon le document du Conseil de l'UPOV, portant «Notes explicatives concernant les dénominations variétales» du 19 octobre 2006 à la page 4 et disponible sur <http://www.upov.int/fr/publications/variety_dom_index.html> (dernière visite 6/03/08), «lorsqu'un nom est enregistré en tant que marque par une administration compétente en matière de marques, l'utilisation de ce nom en tant que dénomination variétale peut transformer la marque en nom générique. Ce type de situation peut conduire à la radiation de la marque». En effet, «l'absence d'utilisation peut entraîner la perte des droits attachés à la marque. Mais une utilisation inappropriée peut avoir le même résultat. Une marque peut être radiée du registre lorsque son propriétaire a provoqué ou toléré sa transformation en nom générique pour un ou plusieurs produits ou services pour lesquels la marque est enregistrée, ce qui signifie que, dans les milieux commerciaux et aux yeux des consommateurs intéressés et du grand public, son importance en tant que marque est perdue. En substance, deux choses peuvent entraîner l'apparition d'un caractère générique : une utilisation inappropriée par son propriétaire, laquelle provoque la transformation de la marque en terme générique, et une utilisation inappropriée par des tiers, lorsque celle-ci est tolérée par le propriétaire».

Pour clarifier davantage le rôle identitaire de la dénomination, les articles 13. 2 de l'Acte de 1961 et 1978 et 20. 2 de l'acte de 1991 précisent que celle-ci «ne peut se composer uniquement de chiffres sauf lorsque c'est une pratique établie pour désigner des variétés». Elle ne doit pas non plus «être susceptible d'induire en erreur ou de prêter à confusion sur les caractéristiques, la valeur ou l'identité de la variété ou sur l'identité de l'obtenteur». C'est le cas par exemple de l'utilisation de la dénomination "nain" pour désigner une variété d'une hauteur normale alors qu'il s'agit d'une caractéristique qui existe au sein de l'espèce mais pas dans la variété. La Convention veut prévenir contre toute dénomination fantaisiste pouvant donner lieu à des interprétations erronées sur la variété. Elle exige également que la dénomination soit «différente de toute autre qui désigne, sur le territoire de l'un quelconque des membres de l'Union, une variété préexistante de la même espèce végétale ou d'une espèce voisine»¹⁴³. Pour la Convention, il faut une certaine uniformité des dénominations dans tous les États contractants. Ainsi, elle dispose que

*«Une variété ne peut faire l'objet de demandes d'octroi d'un droit d'obtenteur auprès des Parties contractantes que sous la même dénomination. Le service de chaque Partie contractante est tenu d'enregistrer la dénomination ainsi proposée, à moins qu'il ne constate la non-convenance de cette dénomination sur le territoire de cette Partie contractante. Dans ce cas, il exige que l'obtenteur propose une autre dénomination»*¹⁴⁴.

Par cette disposition, la Convention vise donc à harmoniser les règles de fixation des dénominations de sorte qu'il n'existe dans les États membres qu'une seule et unique dénomination par variété. À cet effet il est recommandé par exemple, que les services compétents d'un État membre accepte toute dénomination ayant été soumise et enregistrée avec la première demande, à moins que ladite dénomination ne convienne pas sur le territoire.

¹⁴³ Voir l'article 20.2 Convention UPOV, Acte de 1991.

¹⁴⁴ Article 20.5 Convention UPOV, Acte de 1991.

Cette volonté d'universalité est atténuée par la possibilité qu'ont les États parties de refuser le droit d'obtenteur pour «non convenance» de certaines dénominations. Quelques États s'en sont prévalus. C'est le cas par exemple du Canada, qui, pour des raisons culturelles affirme dans l'un de ses textes que

«Si la variété visée par la demande fait l'objet d'un Certificat d'obtention étranger, sous une dénomination incompréhensible ou difficile à prononcer au Canada, il est permis d'en modifier l'orthographe et de proposer une dénomination modifiée... Une telle modification s'impose notamment lorsque le nom comporte des caractères peu familiers (arabe, scandinaves, etc.)»¹⁴⁵.

Cette pratique est confirmée par le Conseil de l'UPOV qui mentionne qu'

«En raison d'alphabets ou de systèmes d'écriture différents, il peut être nécessaire de procéder à la translittération ou à la transcription de la dénomination présentée pour pouvoir l'enregistrer sur un autre territoire. Dans ce cas, la dénomination variétale faisant l'objet de la demande ainsi que sa translittération ou transcription sont considérées comme étant la même dénomination. En revanche, une traduction ne saurait être considérée comme la même dénomination»¹⁴⁶.

En Europe, le Règlement 2100/94¹⁴⁷ qui est un instrument de base en matière de protection des obtentions végétales, dispose qu'il «existe un obstacle à l'attribution d'une dénomination variétale lorsqu'elle est susceptible de contrevenir aux bonnes mœurs dans un des États membres ou est contraire à l'ordre public»¹⁴⁸. La référence à des notions de bonnes mœurs et d'ordre public dans cette grande Europe comprenant 27 pays membres¹⁴⁹, aussi diversifiés culturellement qu'économiquement, n'est pas de nature à favoriser

¹⁴⁵ K. A. NDOUR, *op. cit.*, note 114, p. 80-81.

¹⁴⁶ CONSEIL DE L'UPOV, *loc. cit.*, note 142, p. 11.

¹⁴⁷ RÈGLEMENT (CE) No 2100/94 DU CONSEIL du 27 juillet 1994 instituant un régime de protection Communautaire des obtentions végétales. Voir texte sur <http://www.cpvo.europa.eu/documents/lex/394R2100/FR394R2100.pdf> (dernière visite 31/01/08)

¹⁴⁸ Article 63. 3 e) du Règlement (CE) 2100/94.

¹⁴⁹ L'Union Européenne compte jusqu'au 1^{er} janvier 2007, 27 pays membres.

http://europa.eu/abc/european_countries/index_fr.htm (dernière visite 06/03/08).

l'uniformité visée par la Convention UPOV. L'interprétation de ces notions peut varier d'un pays à un autre et parfois même à l'intérieur d'un même pays.

En plus de réunir les conditions relatives à la dénomination, la nouvelle variété fait l'objet de certaines formalités au niveau des États contractants. Il en est de même pour l'obtenteur.

B- Les formalités complémentaires dans les États parties

Ces formalités sont relatives d'une part aux examens techniques que subit la nouvelle variété dans les États contractants et, d'autre part, aux démarches de l'obtenteur en vue de la reconnaissance de ses droits.

Selon la Convention UPOV, la protection des variétés végétales fait partie intégrante de l'ordre juridique de chaque État partie¹⁵⁰. À cet effet, il est mentionné qu'« au moment du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation, d'approbation ou d'adhésion, chaque État ou organisation intergouvernementale doit être en mesure, conformément à sa législation, de donner effet aux dispositions de la présente Convention »¹⁵¹. Pour appuyer cette position, la Convention demande aux États de «notifier au Secrétaire général de l'organisation sa législation régissant les droits d'obtenteur et la liste des genres et espèces auxquels il appliquera la Convention»¹⁵².

Ainsi, il est évident qu'il est accordé un rôle prépondérant aux États parties. Tout obtenteur doit se soumettre aux dispositions internes régissant les inventions relatives aux végétaux.

¹⁵⁰ Comme le précise M. BOUCHE, la Convention UPOV n'entend pas créer un droit subjectif de propriété intellectuelle unitaire, obtenu directement pour toute l'étendue de l'union. Elle vise à maintenir les différents droits subjectifs nationaux des différents pays membres en se contentant d'en harmoniser le régime et d'en faciliter l'accès aux étrangers ressortissants des autres pays membres. Tiré de Nicolas BOUCHE, *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 146.

¹⁵¹ Article 30 Convention UPOV, Acte de 1991.

¹⁵² Article 36.1 Convention UPOV, Acte de 1991.

C'est ce qu'affirme l'article 5. 2 de l'Acte de 1991. Ainsi, parmi les conditions de protection édictées, il faut que « (...) l'obtenteur ait satisfait aux formalités prévues par la législation de la Partie contractante auprès du service de laquelle la demande a été déposée et qu'il ait payé les taxes dues». Cette prérogative est souvent exploitée par les services compétents nationaux dans l'appréciation des nouvelles variétés. Ainsi, dans le cadre de l'examen de ces nouvelles variétés, ces services peuvent, mettre la variété en culture ou effectuer des essais nécessaires, prendre en compte les résultats des essais en culture ou d'autres essais déjà effectués. Ils peuvent exiger de l'obtenteur tout renseignement, document ou matériel nécessaire¹⁵³.

En droit communautaire européen, par exemple, c'est l'Office Communautaire des Variétés Végétales (OCVV) qui effectue l'examen technique et les vérifications relatives aux conditions de fond et de forme. Cet office examine, entre autres, si la demande a été valablement déposée¹⁵⁴, si elle remplit les conditions requises¹⁵⁵, si les taxes dues ont été acquittées dans le délai¹⁵⁶. Il examine également si la variété peut faire l'objet d'une protection, si elle est nouvelle, si le demandeur est habilité à déposer une demande et si la dénomination variétale proposée est éligible.

S'agissant de l'examen technique proprement dit, l'Office communautaire confie la responsabilité aux offices nationaux et, lorsque nécessaire, à des organismes appropriés¹⁵⁷. Ainsi, ces offices nationaux procèdent, aux fins de l'examen technique, à des essais en culture de la variété ou à toute autre investigation nécessaire. Ils peuvent demander le concours d'autres services en la matière et tenir compte des résultats. Dans le cadre de ce processus, «les examens techniques sont menés conformément aux principes directeurs

¹⁵³ Voir l'article 12 Convention UPOV, Acte de 1991

¹⁵⁴ Article 53. 1 a) du Règlement (CE) 2100/94

¹⁵⁵ Article 53. 1 b) du Règlement (CE) 2100/94

¹⁵⁶ Article 53. 1 d) du Règlement (CE) 2100/94

¹⁵⁷ Article 54 du Règlement (CE) 2100/94.

formulés par le conseil d'administration et aux instructions données par l'Office»¹⁵⁸. Il en découle que l'Office communautaire dispose de ses propres principes directeurs pour l'examen des nouvelles variétés. Afin d'éviter les disparités qui sont forcément source d'interprétations diverses, nous sommes d'avis avec M. Ndour qui estime qu'il «aurait été plus simple de renvoyer aux principes directeurs de l'UPOV»¹⁵⁹.

Au Canada, les essais sont effectués par le Directeur du Bureau de la protection des obtentions végétales conformément aux dispositions de l'article 23.2¹⁶⁰ de la Loi sur la protection des obtentions végétales¹⁶¹. À son appréciation, il peut aussi «se satisfaire des résultats officiels qu'il obtient éventuellement des autorités compétentes d'un autre pays»¹⁶².

Enfin, en ce qui concerne les formalités de reconnaissance du droit de priorité, elles sont presque semblables en matière de brevet. La Convention UPOV prévoit un certain nombre de dispositions. L'obtenteur peut déposer sa demande dans n'importe quel pays de l'Union. Il peut faire une première demande dans un État contractant et ensuite, même sans attendre la réponse, faire une autre demande dans un autre État¹⁶³. À cet effet, la Convention lui garantit un droit de priorité de 12 mois à compter de la date de la première demande¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Article 56 du Règlement (CE) 2100/94.

¹⁵⁹ K. A. NDOUR, *op. cit.*, note 114, p. 165.

¹⁶⁰ Cet article stipule que «pour établir la qualité d'obtention végétale de la variété végétale objet d'une demande étudiée en application du paragraphe (1), le directeur fait pratiquer, dans les conditions qu'il juge indiquées, les essais et épreuves qu'il estime utiles».

¹⁶¹ Loi sur la protection des obtentions végétales du 19 juin 1990, (L.C. 1990, C.20) disponible sur <http://lois.justice.gc.ca/fr/ShowFullDoc/cs/P4.6/20080306/fr?command=searchadvanced&caller=AD&fragment=obtentions%20v%C3%A9g%C3%A9tales&search_type=all&day=6&month=3&year=2008&search_domain=cs&showall=L&statutyear=all&lengthannual=50&length=50> (dernière visite 06/03/08).

¹⁶² Article 24. 1 L.C. 1990, C.20.

¹⁶³ Voir l'article 10.1 Convention UPOV, Acte de 1991. Dans le 3e alinéa de cet article, il est stipulé clairement que l'obtenteur dispose d'une certaine indépendance de protection. À cet effet, Aucune Partie contractante ne peut lui refuser d'octroyer un droit d'obtenteur ou limiter sa durée au motif que la protection n'a pas été demandée pour la même variété, a été refusée ou est expirée dans un autre État ou une autre organisation intergouvernementale.

¹⁶⁴ Art 11 Convention UPOV, Acte de 1991.

Aux termes de l'analyse des conditions de fond et de forme requises pour l'obtention de la protection de la variété nouvelle, il ressort que la Convention UPOV a fait preuve de pragmatisme en édictant des règles qui s'adaptent, dans l'ensemble, au monde vivant dont fait partie la plante. Toutefois, la démarche d'harmonisation se heurte encore à quelques difficultés d'interprétation. C'est justement pour pallier ces difficultés que l'Union UPOV a mis en œuvre quelques outils dont notamment les règles portant «principes d'examen des conditions de distinction, d'homogénéité et de stabilité», «des notes explicatives sur la dénomination», etc.

Section 3 : Les droits d'obtenteur

La Convention de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) accorde des droits à l'inventeur d'une variété végétale qui répond aux conditions de fond et de forme. Ces droits sont sans conteste des droits de propriété intellectuelle. Comme dans le cas du brevet, l'obtenteur dispose d'un monopole sur sa création pendant un délai déterminé. La Convention a prévu un droit exclusif qui consiste simplement à interdire à des tiers de réaliser certains actes sans l'autorisation de l'obtenteur de la variété protégée.

Si pour la matière inerte, il est relativement plus facile de délimiter la teneur des droits dont bénéficie tout inventeur, qu'en est-il exactement des variétés végétales qui sont une matière vivante, abstraite et fluctuante ? Il apparaît ainsi intéressant de savoir quelle est l'étendue des droits de l'obtenteur (I) ? Quelles en sont les limites (II) ?

I- L'étendue des droits de l'obtenteur

Selon la Convention Acte de 1991, l'autorisation de l'obtenteur est requise pour certains actes accomplis à l'égard : du matériel de reproduction ou de multiplication de la variété protégée, du produit de la récolte et des variétés dérivées.

A- Les actes à l'égard du matériel de reproduction ou de multiplication

L'utilisation du matériel de reproduction ou de multiplication de la variété protégée est subordonnée à l'avis favorable de l'obtenteur lorsqu'il s'agit d'accomplir des actes relatifs à «la production ou la reproduction, le conditionnement aux fins de la reproduction ou de la multiplication, l'offre à la vente, la vente ou toute autre forme de commercialisation, l'exportation, l'importation, la détention à l'une des fins mentionnées ci-dessus»¹⁶⁵.

Le matériel de reproduction se rapporte à celui utilisé dans la multiplication par voie sexuée c'est-à-dire les semences. Selon l'interprétation qu'on pouvait retenir au regard des dispositions de la Convention Acte de 1978¹⁶⁶, ce matériel de reproduction ne s'applique pas, en principe, aux plants issus des semences. Ainsi, comme le démontre Mme. Flury-Jeker,

*«La multiplication de semences pour la production et la commercialisation des plants par un producteur spécialisé qui les livre à d'autres qui produisent et commercialisent le produit fini reste à l'écart de la protection. Cette pratique se répand dans le secteur des cultures maraîchères, au détriment des intérêts des obtenteurs»*¹⁶⁷.

Concernant le matériel de multiplication végétative, il s'agit de toute matière végétale utilisée par la voie asexuée pour la création d'une nouvelle variété. Ce sont, entre autres, «des bulbes, des caïeux, des tubercules, des rhizomes, des boutures, des marcottes, des stolons, des greffons et des cellules du méristème ou des anthères»¹⁶⁸. Visant à tout

¹⁶⁵ Article 14. 1 Convention UPOV, Acte de 1991.

¹⁶⁶ Article 5.1.1) Convention UPOV, Acte de 1978 dispose que «Le droit accordé à l'obtenteur a pour effet de soumettre à son autorisation préalable

— la production à des fins d'écoulement commercial,

— la mise en vente,

— la commercialisation

du matériel de reproduction ou de multiplication végétative, en tant que tel, de la variété».

¹⁶⁷ A-M FLURY-JECKER, *op. cit.*, note 32, p. 161.

¹⁶⁸ *Id.*, p. 163.

détailler, l'Acte de 1978 disposa que «le matériel de reproduction végétative comprend les plantes entières».

L'Acte de 1991 de la Convention n'a pas repris tous ces détails. Il a utilisé l'expression «matériel de reproduction ou de multiplication» pour englober toutes les notions évoquées dans les textes de 1978. L'objectif de cet Acte de 1991 est, entre autres, d'inclure plusieurs variétés dans le champ de la protection et de renforcer le droit de l'obtenteur. À cet effet, il a énuméré un certain nombre d'actes qui entrent sous le contrôle de l'obtenteur. Il s'agit notamment «de la production ou la reproduction, le conditionnement aux fins de la reproduction ou de la multiplication, l'offre à la vente, la vente ou toute autre forme de commercialisation»¹⁶⁹. Il demande à chaque membre de l'Union d'étendre la portée du droit d'obtenteur à d'autres actes que ceux mentionnés ci-dessus»¹⁷⁰. L'UPOV a adopté une conception assez large de l'étendue de la protection¹⁷¹. Selon M. Bergmans, ceci est la traduction de l'un des objectifs essentiels de la révision de 1991, qui visait le renforcement des droits de l'obtenteur sur le modèle du droit des brevets¹⁷². À cet effet, tous les secteurs de l'activité d'obtention ont été revisités. C'est le cas par exemple des produits de la récolte issus des variétés protégées.

B- Les actes à l'égard du produit de la récolte

Selon l'Acte de 1991, le droit d'obtenteur s'étend aussi à l'égard du produit de la récolte. Il en est ainsi lorsque celui-ci a été obtenu grâce à l'utilisation non autorisée du matériel de reproduction ou de multiplication de la variété protégée et, autrement, lorsque l'obtenteur a,

¹⁶⁹ Article 14.1 a) Convention UPOV, Acte de 1991.

¹⁷⁰ Article 14. 4 Convention UPOV, Acte de 1991.

¹⁷¹ A-M. FLURY-JEKER, *op. cit.*, note 32, p. 156.

¹⁷² B. BERGMANS, *op. cit.*, note 33, p. 314.

raisonnablement, pu exercer son droit en relation avec le matériel de reproduction ou de multiplication¹⁷³.

L'Acte de 1978 n'accordait pas une protection spécifique aux produits de la récolte. La responsabilité d'une telle extension revenait à chaque État membre de l'Union. Ce dernier peut, soit dans sa propre législation, soit dans des arrangements particuliers, accorder aux obtenteurs, pour certains genres ou espèces botaniques, un droit plus étendu pouvant aller jusqu'au produit commercialisé¹⁷⁴.

Visant à élargir davantage le champ d'action de l'obtenteur, cet acte de 1991 stipule que chaque membre de l'Union peut également élargir la portée du droit d'obtenteur aux produits fabriqués directement à partir d'un produit de récolte, lorsque ce dernier a été obtenu par utilisation non autorisée du produit de récolte de la variété protégée, à moins que l'obtenteur ait raisonnablement pu exercer son droit en rapport avec ledit produit de récolte¹⁷⁵.

On constate donc que le droit d'obtenteur s'applique tant au matériel de multiplication ou de reproduction qu'aux récoltes et tout autre produit qui pourrait en découler. Qu'en sera-t-il des variétés hybrides pouvant surgir lors d'exploitation successive de la variété protégée?

C- Les actes à l'égard des variétés essentiellement dérivées

En dehors de la variété initiale protégée, le droit d'obtenteur s'applique également,

«Aux variétés essentiellement dérivées de la variété protégée lorsque celle-ci n'est pas elle-même une variété essentiellement dérivée; aux variétés qui ne se

¹⁷³ Article 14. 2 Convention UPOV, Acte de 1991.

¹⁷⁴ Article 5. 4 Convention UPOV, Acte de 1978.

¹⁷⁵ Article 14. 3 Convention UPOV, Acte de 1991.

distinguent pas nettement de la variété protégée; et aux variétés dont la protection nécessite l'emploi répété de la variété protégée»¹⁷⁶.

Cette disposition fait ressortir l'extension du droit d'obtenteur relativement à trois sortes de variétés. Il s'agit des variétés non nettement distinctes, nécessitant l'emploi répété de la variété protégée ou essentiellement dérivées de cette dernière.

S'agissant de la variété non nettement distincte, la Convention étend le droit d'obtenteur afin d'empêcher qu'un contrefacteur, n'exploite de manière indirecte la variété protégée, sous prétexte d'avoir fait des changements importants. Il s'agit d'éviter qu'une autre personne ne réussisse à faire entrer dans la protection, une variété qui n'est, en réalité, véritablement différente de la variété initiale.

S'agissant de la variété nécessitant une manipulation répétée de la variété protégée, le but est d'encourager l'invention de variétés essentiellement indépendantes, ayant des caractères nettement originaux.

S'agissant enfin, de la variété essentiellement dérivée de la variété protégée, elle est réputée telle lorsque :

*«i) elle est principalement dérivée de la variété initiale, ou d'une variété qui est elle-même principalement dérivée de la variété initiale, tout en conservant les expressions des caractères essentiels qui résultent du génotype ou de la combinaison de génotypes de la variété initiale,
ii) elle se distingue nettement de la variété initiale et,
iii) sauf en ce qui concerne les différences résultant de la dérivation, elle est conforme à la variété initiale dans l'expression des caractères essentiels qui résultent du génotype ou de la combinaison de génotypes de la variété initiale»¹⁷⁷.*

¹⁷⁶ Article 14. 5 a) Convention UPOV, Acte de 1991.

¹⁷⁷ Article 14. 5 b) Convention UPOV, Acte de 1991.

Cette disposition fût insérée dans l'Acte de 1991 et vise principalement deux objectifs : le génie génétique et les interférences avec le droit de brevet.

Concernant le génie génétique, il s'agit de renforcer les critères d'obtention du droit d'obtenteur afin d'éviter qu'une légère modification des gènes n'aboutisse à l'obtention de droit de propriété au détriment de l'auteur de la variété source. En effet, lorsqu'on se réfère aux articles 5. 3 de la Convention de 1978 et 15. 1 de 1991, toute variété obtenue grâce à l'utilisation d'une variété protégée comme source initiale de variation pouvait, en vertu de ce que l'on appelle «exemption de l'obtenteur», faire l'objet d'une protection et être librement commercialisée par son obtenteur pour autant qu'elle soit nettement distincte de la variété initiale. Ainsi, l'obtenteur de la variété dérivée avait relativement une facilité d'obtenir la protection de son œuvre. L'émergence du génie génétique consistant à modifier, des variétés de la plupart des espèces en laboratoire par adjonction d'un ou plusieurs gènes, a ouvert la voie à la possibilité d'invention de plusieurs variétés dérivées issues d'une seule variété initiale et ce dans un délai court. Étant donné que ces nouvelles variétés se distinguaient nettement de la variété initiale, elles pouvaient, aux termes de ces articles 5. 3 de la Convention de 1978 et 15. 1 de 1991, être protégées sans aucune reconnaissance de la contribution de l'obtenteur de la variété initiale au résultat final.

Cette situation s'est compliquée avec les possibles interférences avec le droit des brevets. En effet, si l'obtenteur de la variété initiale avait ajouté à celle-ci un gène breveté pour produire une variété nouvelle, l'exploitation de la nouvelle variété tombait dans le champ de protection du brevet. De même, le détenteur d'un gène breveté pouvait l'introduire dans une variété initiale afin d'obtenir la protection de sa variété modifiée et l'exploiter sans aucune obligation à l'égard de l'obtenteur de la variété initiale. En définitive, les

inventeurs seront tentés de s'orienter vers «la protection la plus efficace c'est-à-dire celle qui confère les droits les plus exclusifs»¹⁷⁸.

«Le résultat du débat qui s'en est suivi sur la ligne à suivre a été l'incorporation, dans l'Acte de 1991, de la notion de variété essentiellement dérivée. En substance, cela signifie que le droit d'obtenteur à l'égard d'une variété s'étend à toute variété qui en est pour l'essentiel dérivée. Si une variété est essentiellement dérivée d'une autre (la variété initiale), par exemple si elle a été obtenue par une manipulation génétique telle que l'insertion d'un élément génétique breveté, elle peut encore être protégée si elle est nouvelle, distincte, homogène et stable et qu'elle est pourvue d'une dénomination appropriée; cependant, tant que la variété initiale reste protégée, la variété essentiellement dérivée ne peut pas être exploitée sans l'autorisation du titulaire des droits sur la variété initiale. On a ainsi redressé la balance entre le système de protection des variétés végétales et le système des brevets et instauré un nouveau cadre dans lequel toutes les parties intéressées à l'amélioration variétale sont encouragées à coopérer»¹⁷⁹.

Il est encore tôt pour évaluer la pertinence de cette précision sur les variétés essentiellement dérivées qui a été introduite en 1991. Favorise-t-elle réellement le système sui generis ou bien le droit de brevet? Favorise-t-elle aussi bien les généticiens que les sélectionneurs classiques? Quelque soit la catégorie d'inventeurs, la Convention a prévu des limites quant aux droits accordés.

¹⁷⁸ J-P CLAVIER, *op. cit* note 34, p. 216-217. Selon cet auteur, «la réforme de la Convention UPOV est trop récente pour que des enseignements puissent être tirés de la pratique (...) Rejetant le principe de la dépendance, le droit des obtenteurs n'aurait pas résisté à l'hégémonie du droit des brevets. (...)». Il tire la conclusion selon laquelle, le conflit entre les deux systèmes de protection (le brevet et le droit des obtenteurs) se résoudra soit en élaborant un brevet adapté au vivant qui assouplira sa notion de dépendance pour permettre le progrès génétique, et dans ce cas il sera devenu semblable en tous points à l'obtention végétale ; soit en adoptant un droit d'obtention végétale mettant en œuvre une dépendance «dure» et dans ce cas il deviendra proche du système du brevet. En définitive, l'un des deux systèmes deviendra inutile.

¹⁷⁹ Rolf JÖRDENS, «Évolution au niveau international dans le domaine de la biotechnologie végétale», dans OMPI/UPOV, «Colloque OMPI/UPOV sur les droits de propriété intellectuelle dans le domaine de la biotechnologie végétale», Genève, 24 octobre 2003, p.13, disponible sur <http://www.upov.int/fr/documents/Symposium2003/wipo_upov_sym_1.pdf> (dernière visite 28/02/08).

II- Les limites aux droits de l'obtenteur

La Convention, surtout dans l'Acte de 1991, a certes renforcé les droits de l'obtenteur mais il subsiste quelques limitations tenant au souci de préservation des intérêts légitimes à la fois de la communauté scientifique, des agriculteurs et des populations. Étant donné la spécificité des plantes, l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) a défini des actes pour lesquels l'autorisation de l'obtenteur n'est pas requise (1) et le délai à partir duquel ses droits peuvent être considérés comme échus (2).

A- Les actes dérogeant à l'autorisation de l'obtenteur

En dehors des limitations pouvant intervenir dans les États membres en raison «*d'intérêts publics*»¹⁸⁰, la Convention a énuméré quatre catégories d'actes pour lesquels les droits de l'obtenteur ne s'appliquent pas véritablement. On distingue ceux qui sont qualifiés d'exceptions obligatoires (a) et ceux dits d'exceptions facultatives (b).

a- Les actes constituant une exception obligatoire aux droits de l'obtenteur

Suivant les dispositions de l'article 15. 1 de l'Acte de 1991,

«Le droit de l'obtenteur ne s'étend pas :

- i) aux actes accomplis dans un cadre privé à des fins non commerciales,*
- ii) aux actes accomplis à titre expérimental et,*

¹⁸⁰ Article 17. 1, Convention UPOV, Acte de 1991. «Cette disposition permet au gouvernement, dans le cas d'une catastrophe, de prendre rapidement les mesures utiles pour approvisionner les agriculteurs en semences nécessaires pour soutenir la production agricole, en limitant ainsi l'exercice du droit d'obtenteur». Conseil de l'UPOV, «Point de vue de l'Union Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) concernant la décision VI/5 de la Conférence des Parties à la Convention sur la Diversité Biologique (CDB)», adopté par le Conseil le 11 avril 2003, p. 5, disponible sur <http://www.upov.int/fr/about/pdf/gurts_11april2003.pdf> (dernière visite 07/03/08).

- iii) *aux actes accomplis aux fins de la création de nouvelles variétés ainsi que, à moins que les dispositions de l'article 14.5) ne soient applicables, aux actes mentionnés à l'article 14.1) à 4) accomplis avec de telles variétés*¹⁸¹.

À cela s'ajoute la question de l'épuisement du droit¹⁸².

Concernant les actes accomplis dans un cadre privé et à des fins non commerciales, le but de la Convention est de permettre aux petits exploitants de profiter de l'invention sans devoir demander au préalable l'autorisation de l'obtenteur. Ce sont en réalité ceux qui utilisent la variété, juste pour satisfaire leurs propres besoins. Ils n'ont en principe aucune visée commerciale et pratiquent une agriculture de subsistance dans le cadre privé. C'est une disposition qui rejoint l'un des objectifs de l'Union qui, tout en voulant protéger les droits de l'obtenteur, œuvre pour que la communauté bénéficie des avancées technologiques.

Quant aux actes accomplis à titre expérimental ou pour la création de nouvelles variétés, ils sont encore connus sous le nom «d'exception en faveur de l'obtenteur». Ils découlent de la conception selon laquelle, tout progrès véritable dans l'amélioration des plantes repose sur l'accès aux dernières améliorations et variations. Le matériel végétal, qu'il s'agisse de variétés modernes, de variétés locales ou d'espèces sauvages, doit pouvoir être utilisé librement en vue de la création d'autres variétés encore plus améliorées¹⁸³. C'est une réalité propre au système de protection des obtentions végétales qui appelle à la délimitation des relations juridiques entre la variété protégée et celle qui en est dérivée¹⁸⁴. Elle présente plusieurs intérêts dont, entre autres, l'élargissement et la conservation de la base génétique des plantes. Toutefois, l'impact réel d'une telle délimitation peut être réduit en raison de

¹⁸¹ Article 15. 1, Convention UPOV, Acte de 1991.

¹⁸² Article 16, Convention UPOV, Acte de 1991.

¹⁸³ OMPI/UPOV, «Colloque sur les droits de propriété intellectuelle dans le domaine de la biotechnologie végétale», Genève, 24 octobre 2003, p.11, disponible sur <http://www.upov.int/export/sites/upov/fr/documents/Symposium2003/wipo_upov_sym_1.pdf> (dernière visite 01/02/08).

¹⁸⁴ K.-A. NDOUR, *op. cit.*, note 114, p. 97.

l'absence d'une pratique uniforme dans tous les systèmes de droits de propriété intellectuelle. En effet, dans les pays où existe le cumul des modes de protection, les obtenteurs chercheront à échapper à cette limitation de leurs droits en optant pour le système des brevets. Même dans les pays qui ont choisi le système *sui generis* exclusivement, il est courant d'introduire des gènes et des cellules protégées dans des plantes protégées ou non. En ce cas, c'est une interprétation large du brevet qui menace les effets de la notion d'exemption de l'obtenteur sur l'amélioration possible des plantes, objets de droits exclusifs¹⁸⁵.

En dehors de la limitation relative aux actes de recherche et de création d'autres variétés, le droit de l'obtenteur cesse de s'étendre également lorsqu'il y a une première mise en vente : c'est la théorie de l'épuisement de droit. Selon cette théorie, le titulaire d'un monopole ne peut plus exercer le droit d'interdire, après avoir mis l'objet de son invention dans le commerce ou dans le territoire où s'exerce l'effet de son droit. Il s'agit d'un principe de droit de propriété intellectuelle où le monopole portant sur la première mise en circulation est perdu dès lors que le produit incorporant l'invention a été mis sur le marché par le titulaire du droit ou avec son consentement¹⁸⁶. Ce principe a été consacré dans la Convention pour la protection des obtentions végétales. Ainsi à l'article 16. 1 de l'Acte de 1991, il y a épuisement lorsque le matériel de la variété¹⁸⁷ ou d'une variété essentiellement dérivée a été vendu ou commercialisé sur le territoire de la partie contractante par l'obtenteur ou avec son consentement. Toutefois, il existe des actes limitatifs pour lesquels l'épuisement n'est pas acquis. Il s'agit, selon cet article 16.1, des actes impliquant «une

¹⁸⁵ *Id.*, p. 99.

¹⁸⁶ Larissa GRUSZOW, Bernard REMICHE, *La protection des inventions*, tome 2, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 362.

¹⁸⁷ Selon l'article 16. 2 Convention UPOV, Acte de 1991, on entend par matériel de la variété, «i) le matériel de reproduction ou de multiplication végétative, sous quelque forme que ce soit, ii) le produit de la récolte, y compris les plantes entières et les parties de plantes, et iii) tout produit fabriqué directement à partir du produit de la récolte».

nouvelle reproduction ou multiplication de la variété en cause» ou ceux visant «une exportation de matériel de la variété permettant de reproduire la variété vers un pays qui ne protège pas les variétés du genre végétal ou de l'espèce végétale dont la variété fait partie, sauf si le matériel exporté est destiné à la consommation». Cette restriction s'avère pertinente car il s'agit d'éviter que du matériel reproductible protégé (variété végétale) ne fasse l'objet de contrefaçon après sa mise en circulation ou en vente.

Enfin, il découle de cet article 16.1 que la Convention a opté pour un principe d'épuisement territorial (national) de droit. Allant plus loin, elle stipule dans l'article 16. 3 que

«Les Parties contractantes qui sont des États membres d'une seule et même organisation intergouvernementale peuvent, lorsque les règles de cette organisation le requièrent, agir conjointement pour assimiler les actes accomplis sur les territoires des États membres de cette organisation à des actes accomplis sur leur propre territoire; elles notifient, le cas échéant, cette assimilation au Secrétaire général».

Par cette disposition, la Convention a voulu entériner les mouvements d'intégration économique et politique qui se forment un peu partout. C'est le cas par exemple de l'Union Européenne qui est devenue membre de l'Union des obtenteurs le 29 juin 2005¹⁸⁸. Elle a institué un principe communautaire d'épuisement de droit.

En plus des actes dérogatoires absolus, la Convention UPOV a prévu également d'autres actes pour lesquels l'exercice du droit de l'obteneur est facultatif.

¹⁸⁸ Communiqué de presse de l'UPOV no 65 en date du 29 juin 2005, disponible sur <<http://www.upov.int/export/sites/upov/fr/news/pressroom/pdf/pr65.pdf>> (dernière visite 10/03/08).

b- Les actes constituant une exception facultative aux droits de l'obtenteur : le privilège de l'agriculteur

Le « privilège de l'agriculteur » a pour but de permettre à ce dernier de produire ses propres semences à partir des semences protégées par un certificat d'obtention végétale, afin d'ensemencer son exploitation, en franchise des droits de l'obtenteur¹⁸⁹. Il s'agit d'une faculté dont dispose l'agriculteur afin de garder une partie de sa récolte pour réensemencer l'année suivante, pour faire de l'amélioration variétale ou pour échanger des graines avec d'autres agriculteurs. Cette pratique découle de l'interprétation large qu'avaient les États membres de l'Union par rapport à l'Acte de 1978 qui offrait une protection moins étendue des droits de l'obtenteur. C'est ce que confirme M. Jördens, secrétaire général adjoint de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV), lorsqu'il écrivait que

«Le texte proprement dit de l'Acte de 1978, ne fait pas mention expresse de ce privilège. Dans certains cas, des États parties avaient étendu la protection à «toute production», sans la limiter à la seule «production à des fins d'écoulement commercial»; dans ces cas il n'y avait pas de «privilège de l'agriculteur»¹⁹⁰.

Afin de corriger cette situation qui va à l'encontre des intérêts de l'obtenteur, la Convention UPOV a inséré, dans l'Acte de 1991, une disposition visant à rendre facultatif ce principe de «privilège de l'agriculteur». Ainsi, l'article 15.2, dispose que chaque membre de l'Union peut,

«dans des limites raisonnables et sous réserve de la sauvegarde des intérêts légitimes de l'obtenteur, restreindre le droit d'obtenteur à l'égard de toute variété afin de permettre aux agriculteurs d'utiliser à des fins de reproduction ou de multiplication, sur leur propre exploitation, le produit de la récolte qu'ils ont obtenu par la mise en culture, sur leur propre exploitation, de la variété protégée ou d'une autre variété protégée».

¹⁸⁹ Albert CHAVANNE, Jean-Jacques BURST, Jacques AZÉMA, Jean-Christophe GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 2006, p. 614.

¹⁹⁰ K. A. NDOUR, *op. cit* note 114, p. 100.

En vertu de cette disposition, les membres de l'Union pour la protection des obtentions végétales sont en mesure d'adopter des solutions spécifiquement adaptées à leurs conditions agricoles. Toutefois, ces solutions doivent prendre en compte les intérêts légitimes de l'obteneur afin de veiller à ce qu'il existe une incitation continue au développement de nouvelles variétés de plantes dans l'intérêt de tous¹⁹¹.

L'appréciation de cette disposition dans les États se présente de diverses façons. Certains membres de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales l'appliquent, d'une part, uniquement à certaines espèces, et d'autre part, définissent en plus, d'autres critères tels que la taille de l'exploitation ou le niveau de production. C'est le cas par exemple de l'Union Européenne, où l'article 14 du Règlement de base (texte législatif communautaire régissant le droit d'obtention végétale) prévoit le recours aux semences de ferme pour quatre types de plantes seulement : les plantes fourragères¹⁹², les céréales¹⁹³, les pommes de terre et les plantes oléagineuses ou à fibres¹⁹⁴. Toutefois, afin de sauvegarder les intérêts légitimes des obtenteurs, il est prévu à l'article 14. 3 le paiement d'une rémunération dont le taux est sensiblement inférieur à celui prévu dans les licences de production. En dehors des petits agriculteurs (moins de 92 tonnes de production), les autres utilisateurs de la variété protégée doivent verser au titulaire, une compensation équitable. Aux États-Unis également, ce principe de privilège de l'agriculteur connaît quelques restrictions.

«Avant 1994, les agriculteurs pouvaient garder et vendre des semences de variétés protégées. En septembre 1994, le Congrès révoqua la disposition qui les autorisait à procéder à la vente. Après plusieurs discussions, la Cour suprême des États-Unis a finalement tranché en janvier 1995, en limitant le privilège de l'agriculteur à la

¹⁹¹ CONSEIL DE L'UPOV, Accès aux ressources génétiques et partage des avantages, p. 5, disponible sur <http://www.upov.int/export/sites/upov/fr/news/2003/pdf/cbd_response_oct232003.pdf> (dernière visite 20/03/08).

¹⁹² Il s'agit de pois chiche, lupin jaune, luzerne, pois fourrager, trèfle d'Alexandrie et de Perse, féverole, vesce commune et au Portugal, le ray-grass d'Italie.

¹⁹³ Il s'agit de l'avoine, l'orge, le riz, l'alpiste des canaries, le seigle, la triticales, le blé, le blé dur et l'épeautre.

¹⁹⁴ Il s'agit du colza, la navette, le lin oléagineux à l'exclusion du lin textile.

quantité de semences dont il a besoin pour ses propres semis, avec la permission de vendre seulement le surplus non utilisé des semences conservées»¹⁹⁵.

En définitive, on se rend à l'évidence que les limitations prévues par la Convention UPOV se sont renforcées au fil des années en faveur de l'obtenteur. C'est le cas par exemple du privilège de l'agriculteur qui était une pratique courante sous l'empire de l'Acte de 1978, est devenu facultatif et laissé à l'appréciation souveraine des États contractants. Compte tenu des réalités de certains pays tels ceux de l'Afrique, ce privilège de l'agriculteur revêt un caractère très important. Loin d'être facultatif, il constitue un droit inaliénable. (Nous y reviendrons dans le deuxième titre consacré à la propriété intellectuelle en Afrique).

En plus des limitations relatives au privilège de l'agriculteur, la Convention UPOV a prévu aussi d'autres ayant trait à la durée de protection.

B- Limitation quant à la durée de la protection

La durée de protection de la variété végétale a connu une évolution depuis la création de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV). Il faut distinguer entre le mécanisme mis en œuvre en 1978 et celui institué à partir de 1991.

La Convention de 1978¹⁹⁶ prévoyait une durée de protection d'au moins 15 ans, à compter de la date de délivrance du titre de protection pour toutes les variétés, en général, et de 18 ans dans le cas des vignes, arbres forestiers, arbres fruitiers et d'ornement, y compris les porte-greffes.

L'application de cet article dans les États n'est pas uniforme. Ceux-ci ont souvent prévu des périodes plus longues parfois avec une possibilité d'extension. C'est le cas par exemple de

¹⁹⁵ Frédéric FORGE, « Les droits de propriété intellectuelle sur les plantes et le privilège de l'agriculteur », octobre 2005, disponible sur

<<http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb0533-f.htm>> (dernière visite 20/03/08).

¹⁹⁶ Article 8 Convention UPOV, Acte de 1978.

l'article 6¹⁹⁷ de la loi française qui accorde normalement 20 ans et exceptionnellement 25 ans si la constitution des éléments de production de l'espèce exige de longs délais. L'article 2483¹⁹⁸ de la loi américaine prévoit aussi une durée de 20 ans avec une possibilité de réduction lorsque les circonstances l'exigent et de 25 ans dans le cas des arbres et des vignes. En ce qui concerne la Communauté européenne, l'article 19 du Règlement de base prévoit une durée de 25 ans pour les plantes et de 30 ans pour les arbres et les vignes¹⁹⁹.

La fixation d'une durée uniforme s'est avérée impossible lors de l'élaboration de la Convention puis de sa révision. Les minima arrêtés représentent le résultat d'un compromis entre partisans de longues durées et ceux de courtes durées. Les premiers entendaient tenir compte des longues durées de vie de certaines variétés ; des longs essais entrepris pour déterminer la valeur de la variété avant sa commercialisation ; des longs délais de diffusion de certaines variétés ; du temps nécessaire pour rentabiliser les dépenses engagées par les sélectionneurs ; du risque d'exploitation dans un État des variétés étrangères rapidement libérées de protection ; du souci de rémunérer les mesures de sélection conservatrice mises en œuvre pour maintenir la variété et de la stimulation à apporter à l'activité des sélectionneurs. Les seconds se préoccupaient avant tout de l'adhésion d'un maximum d'États au système de protection mis sur pied. Ainsi, selon eux, une protection de durée relativement courte serait beaucoup plus attrayante pour les nouveaux adhérents surtout ceux des pays en voie de développement²⁰⁰.

Face à ces deux positions, se dessine une autre alternative. Celle-ci consiste à calquer la durée de la protection sur la longévité de la variété²⁰¹. Cette dernière position n'a pas fait

¹⁹⁷ Voir la loi relative à la protection des obtentions végétales (N° 70-489, du 11 juin 1970), <http://www.wipo.int/clea/docs_new/fr/fr052fr.html> (dernière visite 31/01/08).

¹⁹⁸ United state code, Titre 7, agriculture, disponible sur <http://www.wipo.int/clea/docs_new/pdf/en/us/us141en.pdf> (dernière visite 31/01/08)

¹⁹⁹ Article 19.1 du Règlement (CE) N° 2100/94.

²⁰⁰ Article 5.3 Convention UPOV, Acte de 1978.

²⁰¹ A-M. FLURY-JEKER, *op. cit.*, note 32, p. 169.

l'unanimité et la pratique dans les États démontre bien qu'une durée est fixée. Ceci nous paraît raisonnable car un délai illimité serait contraire à l'existence même des droits de propriété intellectuelle. En effet, l'objectif ici est de permettre à l'obtenteur de jouir d'un monopole sur sa variété pendant un temps au-delà duquel ladite variété tombe dans le domaine public ; donc libre d'accès et d'exploitation.

Lors des modifications de 1991, la tendance à la limitation de la protection de la nouvelle variété s'est confirmée. Ainsi, selon l'article 19. 1, il est disposé que « le droit d'obtenteur est accordé pour une durée définie ». Étant donné l'objectif de cet Acte de 1991 qui consiste (il faut le rappeler) à renforcer la protection accordée à l'obtenteur de nouvelles variétés de plantes, il a été précisé, à l'alinéa 2 de cet article 19, que cette durée ne peut être inférieure à 20 années, à compter de la date d'octroi du droit d'obtenteur, en ce qui concerne les plantes. S'agissant des arbres et la vigne, leur durée de protection ne peut être inférieure à 25 années, à compter également de la date d'effet du droit d'obtenteur.

Des discussions se poursuivent pour l'augmentation éventuelle de ces délais lors de la prochaine révision de l'UPOV. Selon GRAIN, le lobby de l'industrie des semences a commencé à formuler ses demandes pour cette occasion. Ainsi, il est envisagé un délai qui se situerait entre 25 et 30 ans²⁰².

Au terme de ce chapitre, il est à remarquer que le système juridique institué par l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV), présente des dispositions qui paraissent dans l'ensemble assez pertinentes par rapport aux plantes. Il existe toutefois certaines limites relatives, d'une part, au manque d'uniformité malgré les efforts consentis par le Conseil de l'Union afin de clarifier les concepts, de définir des directives d'appréciation des nouvelles variétés, et, d'autre part, à la tendance au renforcement des droits d'obtenteur faisant penser à certains qu'il s'agit d'un droit de brevet « déguisé ». On

²⁰² GRAIN, *loc. cit.*, note 92.

peut citer à cet effet, l'augmentation de la durée de protection, la limitation du privilège de l'agriculteur et de l'obtenteur.

Malgré la présence remarquable de cet important instrument dans le champ juridique international, la nécessité s'est fait sentir d'élaborer une nouvelle législation dans le cadre des négociations de l'Uruguay round devant aboutir à la création de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Cette nouvelle législation est basée sur un accord dénommé ADPIC : Accord sur les Droits de Propriété Intellectuelle relatifs au Commerce.

L'institution d'un tel accord, qui embrasse aussi les questions relatives à la protection des plantes, est l'objet de plusieurs interrogations. En effet, qu'est ce qui justifie la mise en œuvre d'une autre norme pour protéger les ressources végétales ? Pourquoi cette législation a-t-elle été prise au sein de l'Organisation Mondiale du Commerce ? Quelles sont les considérations économiques, politiques et sociales qui ont conduit à l'avènement de cet accord ?

Les questions sont certainement inépuisables. Toutefois, lorsqu'on se réfère à l'une des dispositions de cet Accord de l'Organisation Mondiale du Commerce, qui proclame que,

«La protection et le respect des droits de propriété intellectuelle devraient contribuer à la promotion de l'innovation technologique et au transfert et à la diffusion de la technologie, à l'avantage mutuel de ceux qui génèrent et de ceux qui utilisent des connaissances techniques et d'une manière propice au bien être social et économique, et à assurer un équilibre de droits et d'obligation»²⁰³,

on est en droit de penser d'entrée, que les initiateurs étaient animés d'un désir d'innovation, de progrès et de prise en compte des réalités économique, politique et sociale. Selon Mme Buydens, l'Accord sur les Droits de Propriété Intellectuelle relatifs au Commerce (ADPIC),

²⁰³ Article 7 de l'Accord ADPIC.

se distingue fondamentalement des conventions existantes en ce qu'il tente d'apporter une solution substantielle aux divers problèmes de droit de propriété intellectuelle²⁰⁴.

Il en découle donc que, cet Accord ADPIC nourrit plusieurs ambitions et se veut aussi approprié pour régir globalement les questions de propriété intellectuelle et des végétaux en particulier. Qu'en est-il dans la réalité?

Chapitre 2 : La protection des plantes par brevet et ou système sui generis efficace dans l'Accord des Droits de Propriété Intellectuelle relatifs au Commerce (ADPIC)

L'Accord sur les Droits de Propriété Intellectuelle relatifs au Commerce (ADPIC) est un mécanisme multilatéral qui découle de l'Acte final des négociations commerciales de l'Uruguay Round de 1986-1994, ayant donné naissance à l'Organisation Mondiale du Commerce. Cette organisation, qui compte au 27 juillet 2007, 151 Membres²⁰⁵, est devenue le cadre de référence de la protection des droits de propriété intellectuelle qui font partie intégrante du commerce au même titre que les produits et services²⁰⁶. L'objectif de cette institution internationale est d'établir des règles régissant le commerce entre les pays, à l'échelle mondiale ou quasi mondiale. Il s'agit principalement d'assurer la libéralisation du commerce entre les pays membres et de régler leurs différends commerciaux²⁰⁷.

²⁰⁴ M. BUYDENS, *op. cit.*, note 36, p. 15.

²⁰⁵ OMC, Liste des membres et observateurs,

disponible sur <http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/org6_f.htm> (dernière visite 27/02/08)

²⁰⁶ Il a été très difficile de trouver un consensus sur l'inclusion des droits de propriété intellectuelle dans les négociations commerciales. (Voir à ce sujet SHU ZHANG, *op. cit.*, note 35, p. 295 et s) ; « Avec l'insistance de certains pays développés notamment les États-Unis, ces droits de propriété intellectuelle ont été incorporés et, mieux, étendus à de nouveaux domaines tel celui des obtentions végétales. Comme l'affirme M. SHIVA, l'accord ADPIC n'a fait qu'« universaliser les lois de style américain » (V., SHIVA, *op. cit.*, note 19, 11 et s).

²⁰⁷ OMC, « Qu'est ce que l'Organisation Mondiale du Commerce »,

disponible sur <http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/tif_f/fact1_f.htm> (dernière visite 27/02/08)

L'organisation Mondiale du Commerce (OMC) repose sur deux principes de base à savoir le traitement national, consistant à traiter les détenteurs de droits étrangers aussi favorablement que les ressortissants nationaux²⁰⁸ et la clause de la nation la plus favorisée visant à octroyer, lorsque nécessaire, les mêmes faveurs à tous les pays sans discrimination²⁰⁹.

L'Accord sur les Droits de Propriété Intellectuelle relatifs au Commerce (ADPIC) constitue l'un des piliers législatifs de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)²¹⁰. Il couvre le domaine : des droits d'auteur et des droits connexes à savoir les artistes interprètes ou exécutants, les producteurs de phonogrammes et les organismes de radiodiffusion; des marques de fabrique ou de commerce, y compris les marques de service; des indications géographiques, y compris les appellations d'origine; des dessins et modèles industriels; des brevets y compris la protection des obtentions végétales; des schémas de configuration de circuits intégrés; et des renseignements non divulgués, y compris les secrets commerciaux et les données résultant des essais²¹¹.

La démarche proposée pour chacun des principaux secteurs de la propriété intellectuelle, évoqués ci-dessus, s'articule essentiellement autour de trois points. D'abord, l'Accord sur les Droits de Propriété Intellectuelle relatifs au Commerce (ADPIC) établit les normes minimales de protection devant être prévues par chaque pays Membre dans sa législation nationale. Ensuite il détermine un ensemble de dispositions concernant les procédures et

²⁰⁸ Ce principe de traitement national se retrouve dans plusieurs instruments internationaux. Par exemple, il est énoncé à l'article 3 de l'Accord sur les ADPIC, 3 de la Convention de Paris du 20 mars 1883 et 5 de la Convention de Berne.

²⁰⁹ Article 1 de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT) ; 2 de l'Accord Général sur le Commerce des Services (AGCS) et 4 de l'Accord sur les ADPIC.

²¹⁰ L'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT), l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) et l'Accord sur les Aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC) constituent les trois piliers constituant le fondement du système actuel de l'Organisation Mondiale du Commerce. <http://www.wto.org/french/thewto_f/whatis_f/whatis_f.htm> (dernière visite 27/02/08)

²¹¹ OMC, «Accord sur les ADPIC, aperçu», <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/intel2_f.htm> (dernière visite 27/02/08).

mesures correctives internes destinées à faire respecter les droits de propriété intellectuelle et enfin il établit les procédures de règlement des différends entre les États membres de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC)²¹².

Spécifiquement en ce qui concernant les obtentions végétales, (qui constituent l'une des questions d'actualité abordées par cet instrument), cet accord ADPIC a défini concrètement trois différentes options de protection. Selon l'article 27. 3b), les membres pourraient assurer la protection des variétés végétales par des brevets (section 1), par un système *sui generis efficace* (section 2), ou par une combinaison de ces deux moyens (section 3).

Section 1 : La protection par brevet

Le brevet est un mécanisme de protection des droits de propriété intellectuelle. Il s'applique à un produit ou un procédé et confère à son titulaire un droit exclusif «d'empêcher des tiers agissant sans son consentement, de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer ce produit ou un produit directement obtenu par ce procédé»²¹³. En d'autres termes, c'est un monopole temporaire d'exploitation qui donne à son titulaire, la faculté d'être le seul à fabriquer et à commercialiser, pendant une certaine durée, son invention²¹⁴. Le brevet récompense donc la démarche, la manière, le cheminement ainsi que le résultat final du processus d'invention. Il s'agit bien d'une protection assez complète qui garantit de façon assez satisfaisante les droits de l'inventeur. C'est ce mode de protection qui a été retenu par les initiateurs de l'Accord sur les ADPIC.

En effet, selon l'article 27. 1 de cet Accord sur les ADPIC, des brevets doivent pouvoir être obtenus dans les pays membres pour toute invention, de produit ou de procédé, dans tous

²¹² *Id.*

²¹³ B. BERGMANS, *op. cit.*, note 33, p. 9.

²¹⁴ Hélène ILBERT, Katel LE GOULVEN et Marc GALVIN, *L'environnement dans les négociations commerciales multilatérales : Un passage obligé?* Paris, Solagral, 2000, p. 55.

les domaines technologiques sans discrimination, à condition de satisfaire aux conditions classiques de nouveauté, d'inventivité et d'applicabilité industrielle. Les membres ne sont donc pas autorisés à exclure certaines catégories d'inventions autres que celles reconnues par l'Accord sur les ADPIC²¹⁵. De plus, il est précisé, à cet article 27. 1, que l'inventeur doit pouvoir jouir des droits découlant de son brevet «sans discrimination quant au lieu d'origine de l'invention, au domaine technologique et au fait que les produits sont importés ou sont d'origine nationale».

L'Accord sur les ADPIC admet trois types d'exceptions. En premier lieu, on note qu'aux termes de l'article 27. 2, les membres pourront exclure de la brevetabilité les inventions contraires à l'ordre public ou à la moralité. Il s'agit notamment des inventions dangereuses pour la santé des personnes, des animaux et des végétaux ou susceptibles de porter gravement atteinte à l'environnement. Toutefois, cette exception ne peut être invoquée que si l'exploitation commerciale de l'invention est également interdite afin de protéger l'ordre public ou la moralité.

En second lieu, il est demandé aux pays Membres, conformément à l'article 27. 3a), d'exclure de la brevetabilité les méthodes diagnostiques, thérapeutiques et chirurgicales pour le traitement des personnes ou des animaux. Cette exclusion de brevetabilité est traditionnelle. Il s'agit de dénier tout caractère d'invention à ces méthodes qui relèvent plus de la pratique de l'exercice de la profession de médecin ou de vétérinaire. En ce sens, l'exclusion de la brevetabilité a pour but d'éviter que la mise en œuvre de ces traitements par le médecin ou le vétérinaire ne soit pas entravée par l'existence de brevets²¹⁶.

²¹⁵ L'Accord sur les ADPIC a voulu harmoniser le domaine de la protection de sorte à éviter que certains pays surtout ceux en voie de développement n'en viennent à exclure certaines catégories d'inventions telles les plantes. Cela fait partie de leur demande lors des négociations sur cet Accord.

²¹⁶ A. CHAVANNE, J-J. BURST, J. AZÉMA et J-C GALLOUX, *op cit.* note 189, p.132.

En troisième lieu, l'exception de brevetabilité vise les végétaux et les animaux autres que les micro-organismes, et les procédés essentiellement biologiques²¹⁷ d'obtention des végétaux ou des animaux autres que les procédés non biologiques et microbiologiques²¹⁸. Toutefois, tout pays excluant les variétés végétales de la protection par des brevets doit prévoir un système de protection sui generis efficace²¹⁹.

En ce qui concerne les formalités devant être remplies par le déposant d'une demande de brevet, l'article 29. 1 stipule que, les pays membres pourraient exiger de lui qu'il divulgue l'invention d'une manière suffisamment claire et complète de façon à permettre l'exécution par l'homme du métier. Ils peuvent également exiger qu'il indique la meilleure manière d'exécuter l'invention connue de l'inventeur à la date du dépôt ou, dans les cas où la priorité est revendiquée, à la date de priorité de la demande.

²¹⁷ «Ce sont des processus naturels hors de la maîtrise technique de l'homme. Ce sont également des procédés classiques de sélection et d'hybridation de la variété végétale qui peuvent se dérouler sans intervention humaine ou de méthodes traditionnelles de croisement ou de sélection des variétés végétales». À travers ceci, on a voulu récompenser indubitablement l'activité inventive et non la découverte des éléments existants dans la nature. N. de SADELEER et C-H BORN, *op. cit.*, note 21, p. 409.

²¹⁸ *Id.*, p. 410. Le terme «microbiologique» englobe les activités techniques dans lesquelles les micro-organismes sont directement utilisés par des procédés traditionnels (d'hybridation, de multiplication, de sélection de fermentation et de biotransformation) ou par la manipulation de micro-organismes au moyen de techniques du génie génétique ou de fusion (production ou modification de produits dans les systèmes recombinants, etc.).

²¹⁹ Voir l'article 27.3 b) de l'Accord sur les ADPIC. Il s'agit d'une disposition transitoire devant être réexaminée quatre ans après l'entrée en vigueur dudit Accord. «Le paragraphe 19 de la Déclaration de Doha de 2001 a élargi la portée de la discussion. Il y est indiqué que le Conseil des ADPIC devrait aussi examiner la relation entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention des Nations Unies sur la Diversité Biologique (CDB), la protection des savoirs traditionnels et du folklore. Il y est dit également que dans la réalisation de ces travaux, le Conseil des ADPIC doit être guidé par les objectifs (article 7) et les principes (article 8) de l'Accord sur les ADPIC, et qu'il devra tenir pleinement compte des questions relatives au développement». À cet effet, plusieurs forums ont été tenus sur les questions en jeu. Les synthèses et rapports des différentes Parties sont consignés à <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/art27_3b_f.htm> (dernière visite 28/02/08).

S'agissant des droits conférés au titulaire du brevet²²⁰, ils consistent, lorsqu'il s'agit de brevet de produit, à interdire aux tiers de fabriquer, d'utiliser, d'offrir à la vente, de vendre ou d'importer l'objet de l'invention. On entend par produit, la matière ou la substance faisant l'objet même de l'invention. Il s'agit, entre autres, des organismes vivants, des plasmides et des virus²²¹.

La protection conférée par un brevet de procédé doit donner des droits non seulement sur l'utilisation du procédé concerné mais également sur tous les produits qui en découlent. On entend par procédé, toute combinaison visant à obtenir le produit final. Il s'agit, par exemple, de technique de culture de plante, de procédé de fermentation et de manipulation des gènes en vue d'obtenir le produit recherché²²².

Ces droits conférés à l'inventeur par l'Accord sur les ADPIC sont transmissibles. Ainsi selon l'article 28. 2, le titulaire d'un brevet a le droit de céder, ou de transmettre par voie successorale, le brevet et de conclure des contrats de licences.

Toutefois, ces prérogatives accordées à l'inventeur connaissent certaines limitations. Premièrement, les pays Membres peuvent envisager des exceptions limitées au monopole du titulaire du brevet, «à condition que celles-ci ne portent pas atteinte de manière injustifiée à l'exploitation normale du brevet ni ne causent un préjudice injustifié aux intérêts légitimes du titulaire du brevet, compte tenu des intérêts légitimes des tiers»²²³.

²²⁰ Article 28 de l'Accord sur les ADPIC.

²²¹ N. de SADELEER et C-H BORN, *op. cit.*, note 21, p. 408.

²²² *Id.*

²²³ Article 30 de l'Accord sur les ADPIC. «Beaucoup de pays utilisent cette disposition pour faire progresser la science et la technologie. Ils autorisent les chercheurs à utiliser une invention brevetée aux fins de la recherche, pour mieux comprendre l'invention. En outre, certains pays autorisent les fabricants de médicaments génériques à utiliser l'invention brevetée pour obtenir l'approbation de commercialisation — par exemple, auprès des autorités chargées des questions de santé publique — sans l'autorisation du titulaire du brevet et avant que la protection conférée par le brevet n'expire. Les producteurs de médicaments génériques peuvent alors commercialiser leurs produits dès que le brevet arrive à expiration. Cette disposition est parfois appelée l'«exception réglementaire» ou la disposition «Bolar». Disponible sur :

Deuxièmement, la limitation concerne la durée de protection de l'invention. Aux termes de l'article 33 de l'Accord sur les ADPIC, celle-ci ne doit pas prendre fin avant l'expiration d'une période de 20 ans à compter de la date du dépôt.

Troisièmement, la limitation concerne la délivrance de licences obligatoires. Il s'agit de l'utilisation, par les pouvoirs publics, de l'objet du brevet sans l'autorisation du détenteur du droit de propriété intellectuelle. Cette limitation est permise à condition de l'assujettir à des exigences visant à protéger les intérêts légitimes du détenteur du droit de brevet. On distingue, entre autres, l'obligation de verser à ce dernier, une rémunération adéquate.

L'Accord sur les ADPIC applique les conditions classiques de brevetabilité à savoir la nouveauté, l'inventivité, l'application industrielle et la divulgation au domaine des végétaux sans changement véritable. Si la jurisprudence observe de plus en plus une tendance favorable à cette brevetabilité de la matière vivante et des plantes en particulier, il en est autrement d'une partie de la doctrine qui voit en ce processus le début de la disparition de l'authenticité des règles de brevetabilité.

En effet, au plan jurisprudentiel, il est important d'évoquer les quelques décisions pertinentes qui ont eu un écho à travers le monde et qui ont façonné, d'une certaine manière, la conception actuelle de la plupart des pays et de la communauté internationale sur cette question de brevetabilité de la matière vivante.

<http://www.wto.org/French/tratop_f/trips_f/factsheet_pharm02_f.htm#bolar> (dernière visite 04/02/09).

L'exemple concret relatif à cet article 30 de l'ADPIC s'est révélé dans une décision de l'OMC concernant un différend opposant le Canada et la communauté européenne. Dans son rapport adopté le 7 avril 2000, un groupe spécial chargé du règlement a dit que la loi canadienne relative à l'examen réglementaire (article 55.2 1)); et ii) «disposition relative au stockage (article 55.2 2))» qui permettaient aux fabricants de médicaments génériques, dans certaines situations, de faire abstraction des droits conférés au titulaire d'un brevet était conforme à l'Accord sur les ADPIC. (L'affaire s'intitule «Canada — Protection conférée par un brevet pour les produits pharmaceutiques»). Voir la décision sur

<http://www.wto.org/french/tratop_f/dispu_f/cases_f/1pagesum_f/ds114sum_f.pdf>

En premier lieu, on peut aborder l'importante contribution des juges américains. Ceux-ci ont, après le brevet accordé à Louis Pasteur en 1873 pour la culture d'une levure exempte de germes pathogènes destinée à l'industrie de la brasserie²²⁴, réagi par rapport à d'autres affaires concernant des demandes de brevets sur des inventions impliquant la matière vivante.

Ainsi, on peut citer à nouveau l'affaire Chakrabarty²²⁵ qui marque un point décisif sur cette question. Dans cette affaire relative à la brevetabilité des micro-organismes, le juge a accordé le brevet, arguant qu'il s'agissait d'une composition chimique inanimée. À ce propos, l'Office des brevets des États-Unis (USPTO) déclarait que «toute composition ou fabrication de matière n'existant pas naturellement est couverte par le brevet, notamment les organismes multicellulaires vivants et les animaux qui sont les produits de l'ingéniosité humaine»²²⁶. Après cette décision, tout est allé très vite. La protection par brevet s'est étendue au règne végétal, puis animal²²⁷. C'est le cas des affaires concernant un maïs transgénique en 1985²²⁸, une huître consommable toute l'année en 1987²²⁹, une souris porteuse de gènes de cancer humain « souris Harvard » en 1988²³⁰.

S'agissant de l'affaire du maïs transgénique, elle est relative à une décision de la Commission d'appel du Bureau des États-Unis au sujet d'une nouvelle variété de maïs capable de surproduire du tryptophane qui est un acide aminé aromatique élaboré par la

²²⁴ US Patent no 141,072 (1873).

²²⁵ Voir note 54.

²²⁶ Cette affaire a eu des répercussions immédiates sur les principaux acteurs concernés par cette question à savoir les inventeurs, les firmes de biotechnologie, les législateurs, etc. L'extension du brevet au domaine du vivant devient donc possible qu'il s'agisse du règne végétal ou animal. Par cet arrêt, «la législation américaine fait pression sur les autres législations. Ce qui était interdit, voire tabou, devient désormais possible. Les éléments structurant le patrimoine génétique et les composés chimiques de l'être peuvent être soumis à un régime de propriété». H. ILBERT, L. TUBIANA, *op cit* note 40, p. 24.

²²⁷ Catherine, AUBERTIN et Franck-Dominique VIVIEN, *Les enjeux de la biodiversité*, Paris, Éditions Economica, 1998, p. 37-38.

²²⁸ *Ex Parte Hibberd* (1985) 227 USPQ 443.

²²⁹ *Allen 2* U.S.P.Q. Ed 1425.

²³⁰ US Patent no 4.736.866 du 12 avril 1988.

technique de culture de tissus. Après l'analyse technique de l'invention, l'examineur avait admis qu'il était possible d'accorder le brevet, même jusqu'aux hybrides de la première génération. Il refusa toutefois d'accorder une protection sur les graines obtenues en suggérant de les protéger autrement; c'est-à-dire par le Certificat accordé par l'Union pour la Protection des Obtentions végétales (UPOV) à laquelle les États-Unis ont adhéré le 8 novembre 1981²³¹. Il déclarait qu'accepter le brevet sur ces graines serait contraire à l'article 2 de cette Union des obtenteurs. La Commission d'appel renversa ce rejet et décida d'accorder le brevet sur tous les aspects de l'invention. Elle «contourna» l'argument de l'examineur en affirmant que l'UPOV était une entente exécutive (*Executive Agreement*) n'ayant pas été ratifiée par le Sénat et qu'elle ne pouvait donc avoir préséance sur une loi nationale préexistante²³².

S'agissant de l'affaire de l'huître, la Commission d'appel a jugé qu'une huître dans laquelle on avait inséré certains chromosomes supplémentaires pour en modifier le goût, et notamment réduire l'amertume qu'a ce mollusque à certaines périodes de l'année, était matière à brevet. Dans ce cas, il ne s'agit plus de microorganisme mais de macro organisme. Toutefois, cette Commission n'accorda pas le brevet en raison du manque d'activité inventive : la méthode reposant sur un traitement à la cytokalamine B pour provoquer la polyploïde de l'huître étant trop évidente pour l'homme du métier²³³.

S'agissant enfin, de l'affaire de la souris de Harvard, elle porte sur une décision de l'office américain des brevets relative à une souris dans laquelle deux chercheurs de l'université de Harvard ont inséré, par manipulation génétique, un gène de cancer humain. L'objectif était

²³¹ Les États-Unis d'Amérique sont devenus membres de l'Union pour la Protection des obtentions végétales (UPOV) le 8 novembre 1981. Ils ont adhéré à l'Acte de 1991 le 22 février 1999, disponible au <<http://www.upov.int/export/sites/upov/fr/about/members/pdf/pub423.pdf>> (dernière visite 28/02/08).

²³² T. ORLHAC, *loc. cit.*, note 53, p. 23.

²³³ M-C CHEMTOB-CONCÉ, *op. cit.*, note 69, p. 26.

de faciliter la compréhension de la maladie et par conséquent d'arriver à la traiter convenablement. L'office accorda le brevet.

Cette série de décisions démontre l'ouverture des juges américains par rapport à tous les aspects de la biotechnologie. «Toute forme vivante autre qu'humaine»²³⁴ pouvait ainsi être brevetée. En Europe, malgré l'existence d'une vive discussion sur la question²³⁵, la situation n'est pas tellement différente. Lorsqu'on se réfère à la législation en vigueur, on se rend compte qu'il existe des dispositions pertinentes qui pourraient donner lieu à l'obtention de brevet sur la matière vivante. Ainsi, selon l'article 53(b) de la Convention sur le Brevet Européen (CBE)²³⁶, sont exclus de la brevetabilité, «les variétés végétales ou les races animales ainsi que les procédés essentiellement biologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux, cette disposition ne s'appliquant pas aux procédés microbiologiques et aux produits obtenus par ces procédés». Selon cet article donc, l'obtention de brevet sur le vivant est possible à condition qu'elle réponde aux exceptions énumérées. Concernant les

²³⁴ H. ILBERT, L. TUBIANA, *op. cit.*, note 40, p. 25.

²³⁵ Il existe plusieurs discussions sur la brevetabilité des formes de vie supérieures en Europe. Les réflexions tournent en grande partie sur les problèmes éthiques. Selon M. Ulrich Schatz de l'Office européen des brevets, «pendant longtemps, l'un des problèmes les plus complexes rencontrés à l'interface entre la biotechnologie et le droit des brevets en Europe a été de savoir si les plantes et les animaux transgéniques sont brevetables ou non. Ce problème est dû au fait que le droit européen des brevets exclut expressément de la brevetabilité les variétés végétales et les races animales» Allant plus loin dans l'analyse, il affirme que «dans le débat actuel sur les inventions biotechnologiques, notamment en Europe, une importance particulière est accordée aux questions d'éthique. Dans la CBE, le point de départ pour l'examen de ces questions est l'article 53a), qui est la porte par laquelle des principes éthiques supérieurs font leur entrée dans le droit des brevets. Cette disposition interdit de délivrer des brevets pour les inventions dont la publication ou la mise en oeuvre serait contraire à l'ordre public ou aux bonnes moeurs. Or, il ne fait aucun doute que cette disposition n'est applicable que dans des cas plutôt exceptionnels. En effet, enfreindre l'ordre public ou les bonnes moeurs signifie que l'on contrevient à des principes juridiques fondamentaux ou à des normes éthiques essentielles de portée générale. Par conséquent, une invention ne saurait être exclue de la brevetabilité pour la seule raison que sa mise en oeuvre serait contraire à des règlements administratifs ou à de simples lois. En outre, le simple fait qu'une invention puisse donner lieu à un abus ne saurait exclure cette invention de la brevetabilité, si par ailleurs elle peut également être utilisée de manière parfaitement licite». Ulrich SCHATZ, «Les brevets du vivant et l'éthique», Colloque Île de Science, Ecole Polytechnique, 15 décembre 2000, disponible sur <<http://www.volga.fr/iledescience/pages/events/colloque20001215/UShatz.html>> (dernière visite 17/03/08).

²³⁶ Convention sur le brevet européen (CBE) adoptée le 5 octobre 1973. Elle a été révisée à plusieurs reprises dont la dernière est entrée en vigueur le 13 décembre 2007, disponible sur <<http://www.epo.org/patents/law/legal-texts/html/epc/1973/f/ma1.html>> (dernière visite 17/03/08).

végétaux, par exemple, la brevetabilité ne doit concerner ni les variétés végétales, ni les procédés essentiellement biologiques d'obtention. Cette tendance est confirmée par la directive 98/44/CE²³⁷ relative à la protection des inventions biotechnologiques. Aux termes de l'article 4. 2 de cette directive, «les inventions portant sur des végétaux sont brevetables, si la faisabilité technique n'est pas limitée à une variété végétale».

Sur la base de cette législation européenne, plusieurs demandes de brevet ont été faites relativement à des inventions biotechnologiques. C'est le cas, entre autres, du brevet délivré en 1988 à la société Agrigenetics sur un procédé visant à faire augmenter le contenu protéinique des cultures fourragères et sur les plantes obtenues par ce procédé²³⁸; du brevet Lubrizol²³⁹ portant sur une technique de transformation génétique des végétaux mettant en œuvre la bactérie *Agrobacterium tumefaciens*. Ce brevet couvre aussi bien le procédé que les plantes obtenues à l'aide de celui-ci; et enfin d'un rejet de demande de brevet relative à l'affaire Novartis²⁴⁰.

Cette affaire a fait l'objet d'une décision de la Grande chambre des recours de l'office européen des brevets en date du 20 décembre 1999. La demande de brevet portait sur des plantes transgéniques comprenant dans leurs génomes des gènes étrangers spécifiques, dont l'expression a pour effet de produire des substances actives. La Grande chambre a confirmé la décision de rejet de la chambre 33.4 en précisant que des variétés végétales contenant des

²³⁷ Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques,

<http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!DocNumber&lg=fr&type_doc=Directive&an_d oc=1998&nu_doc=44> (dernière visite 17/03/08).

²³⁸ T. ORLHAC, *op. cit.*, note 53, p. 24. Selon cet auteur. Cette invention fut considérée comme brevetable parce qu'elle était produite par génie génétique. Ceci est assimilable à un procédé microbiologique donc tombant sous l'exception à l'exception se trouvant à l'article 53 b) de la Convention sur le brevet européen.

²³⁹ *Brevet Lubrizol Genetics*, EP no 0 122 791.

²⁴⁰ *Novartis*, décision T.1054/96 du 13 octobre 1997, JO de l'OEB novembre 1997, p. 551-563.

Plante transgénique/Novartis II, décision G.01/98 de la Grande Chambre de recours de l'OEB, du 20 décembre 1999, JO de l'OEB, mars 2000, p. 111-171.

gènes introduits dans un végétal ancestral par recombinaison génétique sont exclues de la brevetabilité.

Il résulte de cette situation européenne que, malgré les restrictions prévues à l'article 53 b) la brevetabilité des inventions portant sur la matière vivante est une réalité incontournable. Il existe une ligne de démarcation entre les inventions, en général, et les obtentions végétales. Ces dernières concernent les variétés végétales qui sont plutôt régies par le certificat d'obtention végétale conformément au Règlement (CE) 2001/94 du Conseil du 27 juillet 1994 et les autres textes complémentaires. Cependant, il est utile de préciser qu'une telle démarcation n'existe pas aux États-Unis. En effet, dans une décision du 10 décembre 2001, la Cour suprême a réaffirmé qu'une invention portant sur une variété végétale était brevetable dans la mesure où celle-ci remplissait les conditions de fond (nouveau, non évident et utile) et de forme (suffisance de description et dépôt de matériel biologique accessible au public)²⁴¹.

La situation au Canada, n'est pas véritablement différente de celle européenne. Si avant 1982 tout ce qui touchait à la matière vivante était considéré, par le Bureau des brevets, comme non brevetable *per se*, et, par la Commission d'appel, brevetable si l'intervention humaine dans la réalisation de cette invention est assez importante (manipulation génétique ou extraction délicate) et si l'invention elle-même était opérante c'est-à-dire reproductible²⁴²; il en a été autrement à partir de cette date où une décision importante a été prise dans le cadre de l'affaire *Abitibi co.*²⁴³ par la Commission d'appel du Bureau des brevets. En effet, cette affaire portait sur une demande de brevet pour une nouvelle souche de champignon unicellulaire (fungus) utilisable pour la biodégradation de déchets de sulfite usagé produits dans les moulins à papier. Dans sa décision, la Commission d'appel a

²⁴¹ *JEM AG Supply Inc./Pioneer Hi-Bred International Inc.*, (2001), (99-1996) 534 U.S. 124.

²⁴² T. ORLHAC, *loc. cit.*, note 53, p. 29.

²⁴³ *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81

précisé que rien ne s'opposait à la protection par brevet d'espèces vivantes supérieures, comme les plantes ou les animaux.

À l'inverse de cette décision, la Cour suprême du Canada a eu à préciser dans le cadre de l'affaire *Harvard College*²⁴⁴, qui concernait une demande de brevet pour la Souris transgénique, que les formes de vie supérieures²⁴⁵ n'étaient pas brevetables²⁴⁶. C'est justement sur la base de cette jurisprudence qui est demeurée constante au niveau de la Cour suprême que s'inscrit une autre affaire retentissante concernant Monsanto et le fermier Schmeiser²⁴⁷. En effet, selon les faits de cette affaire, le fermier Schmeiser a été accusé d'avoir illégalement cultivé du colza transgénique résistant à l'herbicide Round up (Round up Ready Canola, RRC) dont Monsanto détient un brevet sur le gène et les cellules, sans payer la redevance d'utilisation qui s'élève à 37 dollars par hectare. Selon Monsanto, il y a contrefaçon de son brevet parce ce que ledit fermier a tout simplement acheté illégalement ses semences résistantes au Round up à des cultivateurs locaux pour les semer; ce que nie catégoriquement Schmeiser. La validité et la portée du brevet étaient contestées

²⁴⁴ *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76.

²⁴⁵ *«Les formes de vie inférieures comprennent notamment : les algues microscopiques, les champignons unicellulaires, moisissures et levures, les bactéries, les protozoaires, les virus, les lignées cellulaires transformées, les hybridomes ainsi que les cellules souches embryonnaires, pluripotentes et multipotentes».

*«Les formes de vie supérieures comprennent notamment : les animaux, les plantes, les semences, certains champignons, les ovocytes fécondés et les cellules souches totipotentes». Disponible sur <http://strategis.ic.gc.ca/sc_mrksv/cipo/patents/mopop/ch17Draft-f.pdf> (dernière visite 30/03/08)

²⁴⁶ C'est par une décision partagée (5voix contre 4) que les juges ont tranché cette question de brevetabilité des formes de vie supérieures. Selon le juge Bastarache, représentant la majorité,

« La délivrance de brevets pour des formes de vie supérieures exigerait une dérogation radicale au régime traditionnel des brevets. De plus, la brevetabilité de ces formes de vie est une question fort controversée qui soulève un certain nombre de points extrêmement complexes. Si les formes de vie supérieures sont brevetables, elles doivent l'être en vertu d'une directive claire et nette du législateur. Pour les raisons susmentionnées, je conclus que la loi actuelle n'indique pas clairement que les formes de vie supérieures sont brevetables. De surcroît, je crois d'ailleurs que l'interprétation la plus juste des mots de la Loi étaye la conclusion contraire -- celle que les formes de vie supérieures comme l'oncosouris ne sont pas brevetables actuellement au Canada». Il indique que seul le législateur est compétent pour étendre aux plantes et aux animaux les droits accordés par brevet et pour assortir de conditions adéquates ces droits. Concernant la question des obtentions végétales, la Cour suprême fait une différence entre une manipulation génétique et les hybridations faites avec les plantes ou les sources de vies inférieures (bactéries, virus, champignons, levures). Ces obtentions sont plutôt régies par la Loi Canadienne 1990, ch. 20.

²⁴⁷ *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902, 2004 CSC 34.

en raison de l'exclusion par la Cour Suprême de la brevetabilité pour les formes de vies supérieures, dont les plantes. Le juge de première instance a décidé que le brevet était valide et a accueilli l'action, en concluant que Monsieur Schmeiser devrait savoir qu'il conservait et mettait en terre des semences contenant le gène et la cellule brevetés, et que la récolte résultante qu'il vendait contenait également les mêmes éléments. La Cour d'appel fédérale a confirmé la validité de cette décision, sans toutefois se prononcer sur celle du brevet. En Cour suprême, la même confirmation a été observée. Pour la majorité de ces juges suprêmes, le brevet est valide et la protection revendiquée par Monsanto vise, non pas la plante génétiquement modifiée elle-même, mais plutôt les gènes et les cellules modifiées qui la constituent. Il revenait aux juges de la Cour suprême de déterminer la portée d'un tel brevet accordé pour une invention incorporée dans une variété végétale. La réponse à cette question revenait à savoir s'il y a ou non exploitation dudit brevet. Selon les juges, c'est le cas dans cette affaire puisque les activités de Schmeiser ont privé l'inventeur Monsanto, en tout ou en partie, directement ou indirectement, de la pleine jouissance du monopole conféré par la loi. Par conséquent il y a indubitablement contrefaçon du brevet.

L'ensemble de ces décisions contribue au renforcement de l'idée que la brevetabilité de la matière vivante est une réalité incontournable qui doit s'étendre à tous les pays. Ainsi, il existe plusieurs législations internationales visant, d'une part, à rendre plus opérationnel et plus accessible le droit du brevet, et, d'autre part, à développer des mécanismes pouvant contribuer à l'intégration des biotechnologies dans cette forme d'appropriation. À cet effet, on peut évoquer quelques textes spécifiques qui régissent le domaine du vivant. Il s'agit notamment du Traité de Budapest (signé à Budapest le 28 avril 1977 et modifié le 26 septembre 1980) qui établit les règles de dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets²⁴⁸. Ce Traité vise à pallier les difficultés relatives à l'exigence de divulgation en droit de brevet en autorisant des pôles de dépôt dénommés

²⁴⁸ Voir texte du Traité de Budapest au

<http://www.wipo.int/treaties/fr/registration/budapest/trtdocs_wo002.html#P49_1723> (dernière visite 24/03/08).

«autorité de dépôt internationale». Il s'agit d'une institution scientifique – telle qu'une «collection de cultures» – capable de conserver les micro-organismes. Cette institution acquiert le statut d'«autorité de dépôt internationale» lorsque l'État contractant sur le territoire duquel elle est située fournit au directeur général de l'OMPI des assurances aux termes desquelles elle remplit et continuera de remplir certaines conditions prévues dans le Traité de Budapest²⁴⁹. Le dépôt du microorganisme dans l'une de ces institutions, satisfait donc, l'exigence de divulgation telle que prévue par le droit de brevet.

Toutes les conditions juridiques et jurisprudentielles semblent donc réunies pour que la brevetabilité de la matière vivante soit effective. La doctrine quant à elle se trouve assez partagée sur la question. S'il existe une large opinion favorable en ce sens²⁵⁰, il demeure toutefois quelques opinions divergentes arguant que le droit de brevet ne convient pas aux inventions sur la matière vivante en général et les végétaux en particulier. Comme l'affirme Mme Gourdin-Lamblin, «les régimes de protection de la propriété industrielle ne correspondent pas aux nouvelles innovations. Ceci provoque un climat d'incertitude néfaste à l'activité créatrice»²⁵¹.

En effet, l'application stricte des critères de brevetabilité (la nouveauté, l'activité inventive, l'application industrielle et la description) aux inventions biotechnologiques pose plusieurs

²⁴⁹ OMPI, Résumé du Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets (1977), <http://www.wipo.int/treaties/fr/registration/budapest/summary_budapest.html> (dernière visite 24/03/08).

²⁵⁰ Toute la doctrine n'est pas critique par rapport à brevetabilité des biotechnologies. Comme l'affirme M. Phélip, «Je ne suis pas seul à penser que la multiplication des titres trop spécialisés n'est pas souhaitable lorsque, par ailleurs, l'outil du brevet peut convenir. (...) il me semble à tous égards, que les règles traditionnelles de l'acquisition des droits de brevet et de l'exercice de ces droits sont bien applicables dans le domaine des gènes». Bruno PHÉLIP, «Différentes Voies d'approche de la brevetabilité : le point de vue juridique», dans Actes de colloques de l'Académie des sciences et la Fondation Singer-Polignac, 26-27 janvier 1995, *La propriété intellectuelle dans le domaine du vivant*, Paris, Tec&Doc, 1995, p. 106.

²⁵¹ Anne-Sophie GOURDIN-LAMBLIN, *Le régime juridique du brevet dans l'Union européenne*, Paris, Éditions Tec&Doc, 2003, p.100.

difficultés qu'il convient de noter. Concernant le critère de nouveauté, la question se pose, par exemple relativement aux découvertes qui ne sont pas, en principe, couvertes par le droit de brevet. Autrement, quelle frontière pourrait-on établir entre les inventions et les découvertes qui sont, par évidence, des éléments de la nature? Lorsqu'une plante est trouvée dans la nature, quand une substance est extraite d'une cellule ou bien quand un microorganisme est isolé d'un échantillon de terre; dans quelle mesure pourrait-on affirmer qu'ils sont nouveaux²⁵²? Selon l'opinion dominante sur cette question,

«Un produit existant dans la nature, dès lors que, par une intervention humaine, il a été isolé, purifié et caractérisé, est susceptible d'être breveté, sous réserve que les critères de brevetabilité soient respectés : il ne s'agit plus alors d'une découverte, mais d'une invention»²⁵³.

En raison de l'intervention humaine, il ne s'agit donc plus d'un produit de la nature mais bien plutôt, d'un produit de l'homme que la nature ne pourrait produire par elle-même²⁵⁴.

Quelque soit la solution retenue, il demeure que le critère de nouveauté, par rapport aux produits existant dans la nature, n'est pas respecté au sens originel du droit de brevet. C'est l'une des raisons pour lesquelles Mme Hermitte écrivait que, «l'inclusion des créations génétiques dans le droit des brevets initie une phase de déformation des cadres de la propriété industrielle»²⁵⁵. Allant plus loin, le professeur Egziabher écrivait que «distordre le sens du brevetage pour le faire s'appliquer au vivant ne peut produire qu'un rejet de tout le système»²⁵⁶.

²⁵² B. BERGMANS, *op. cit.*, note 33, p. 198.

²⁵³ Alain GALLOCHAT, «Brevets et biotechnologies», (2002), 3, *Propriétés intellectuelles*, 1, 8. «Le simple fait qu'une substance existe dans la nature n'est pas suffisant pour la rendre non brevetable. L'isolement de cette substance à partir de son milieu naturel et la mise en évidence d'une application pratique de cette substance constitue bien une invention brevetable». B. PHÉLIP, *loc. cit.*, note 250, p. 99.

²⁵⁴ M-C CHEMTOB-CONCÉ, *op. cit.* note 27, p. 115.

²⁵⁵ J-P CLAVIER, *op. cit.*, note 34, p. 133.

²⁵⁶ Tewolde Berhan Gebre EBZIABHER, «Le système des brevets n'est pas adapté au vivant et aux processus biologiques», V. PEUGEOT, (dir), *op cit.*, note 5, p.137.

Concernant le critère d'activité inventive qui correspond au principe de non évidence des inventions pour l'homme du métier, son application au domaine biotechnologique présente des difficultés certaines. Avec l'évolution des pratiques visant à manipuler les gènes en vue de la création de nouvelles variétés de plantes ou d'autres organismes vivants, le contenu de ce critère d'activité inventive est vide de sens. En effet, il est connu de tout généticien que l'élément de base sur lequel porte les manipulations est la cellule quelque soit l'organisme vivant (de l'unicellulaire à l'homme). Les méthodes d'intervention sont presque les mêmes partout. Elles consistent essentiellement à transférer les gènes à l'aide d'un vecteur adapté, à faire de la fusion cellulaire, du clonage, etc. Les résultats sont les mêmes et la différence ne proviendrait que de l'identification d'un nouveau gène codant pour une substance rare ou de la découverte d'un nouveau virus comme vecteur susceptible d'améliorer l'insertion d'un gène dans la cellule réceptrice. De nos jours, il existe différentes machines (les séquenceurs automatiques par exemple) qui réalisent assez rapidement les synthèses des gènes et identifient les gènes responsables de la production d'une protéine particulière (résistante à certaines catégories d'insectes, à la sécheresse par exemple). Par ce même procédé, on peut analyser les sols et déterminer les microorganismes qu'ils contiennent²⁵⁷.

Il découle de tout ceci qu'il n'est pas tout à fait exact de considérer que les recherches biotechnologiques ne sont pas évidentes pour l'homme du métier étant donné la simplification des techniques et leur mécanisation.

Concernant le critère de description-divulgateur, dont le but est de rendre l'invention accessible au public, il n'est pas entièrement satisfait. En effet, étant donné la capacité de la matière vivante de se répliquer (pas toujours à l'identique en raison des mutations naturelles), il est très difficile de la décrire avec exactitude. Ainsi il apparaît problématique de pouvoir y accéder et de la reproduire à l'identique. La formule de dépôt des

²⁵⁷ J-P CLAVIER, *op. cit.*, note 34, p. 140- 141.

microorganismes, instituée dans le cadre du Traité de Budapest ne rend pas, pour autant, l'invention accessible au public²⁵⁸.

On peut conclure que le droit de brevet présente des exigences qui, pour s'appliquer au domaine des biotechnologies, doivent s'interpréter de manière moins stricte. Selon M. Clavier, «la spécificité des créations génétiques est telle que, nombre d'entre elles ne pourraient bénéficier d'une protection privative si le régime juridique du droit des brevets n'avait dérivé vers un droit *sui generis*»²⁵⁹. C'est à juste titre que l'Accord ADPIC a laissé la possibilité aux États membres de prévoir l'éventualité d'une protection par droit *sui generis*.

Section 2 : La protection par système *sui generis* efficace

Un système *sui generis* de protection est un système spécial adapté à un domaine particulier²⁶⁰. Dans l'Accord sur les ADPIC, l'option de protection par un système *sui generis* signifie que les pays peuvent élaborer leurs propres règles pour protéger les obtentions végétales avec une forme de droit de propriété intellectuelle, à condition que ce droit offre une protection efficace²⁶¹. Cet accord sur les ADPIC ne définit pas les éléments d'un tel système efficace. Sa référence à «un système *sui generis* efficace» ne se rapporte pas explicitement, ni à la Convention de l'Union pour la protection des obtentions végétales

²⁵⁸ *Id.*

²⁵⁹ *Id.*, p. 134.

²⁶⁰ G. TANSEY, *loc. cit.*, note 47, p. 10.

²⁶¹ Il existe un débat autour de l'appréciation du caractère «efficace» du système *sui generis* envisagé par l'Accord sur les ADPIC. Certains soutiennent que le mot «efficace» signifie qu'il doit y avoir un niveau minimum de protection, d'autres, par contre, prétendent qu'un système *sui generis* est efficace s'il comporte une procédure de mise en œuvre qui permet d'introduire, en cas de violation de droit, une action en justice sans aucune autre forme de complication ; CRDI/IIRP et la FONDATION DAG HAMMARSKJÖLD, *Le débat des semences : solutions politiques pour les ressources génétiques ; un brevet pour la vie revisité*, vol 1, p. 111, disponible sur <http://www.idrc.ca/openbooks/934-8/#page_100> (dernière visite 10/04/08).

(UPOV)²⁶², ni à toute autre législation du même genre fut-elle nationale, régionale ou internationale. Toutefois, il revient au Conseil des ADPIC²⁶³ d'apprécier à chaque fois que possible, l'efficacité des systèmes sui generis qu'adopteront les membres afin de répondre à cette exigence de l'Accord sur les ADPIC²⁶⁴.

Pour être en conformité avec cet Accord ADPIC, un système sui generis devrait, conférer un droit juridiquement applicable qui empêche à des tiers d'utiliser la variété végétale protégée, ou qui permet aux titulaires d'être rémunérés pour certaines utilisations de la variété végétale par des tiers. Aussi, il apparaît évident que tout système sui generis adopté doit prendre en compte les principes fondamentaux reconnus par l'Organisation Mondiale du Commerce. Il s'agit notamment, de ne pas accorder aux ressortissants d'autres États Membres de l'OMC un traitement moins favorable qu'à leurs propres ressortissants (traitement national); d'étendre tout avantage, faveur, privilège ou immunité accordé par un État aux ressortissants de tous les autres États Membres (traitement de la nation la plus favorisée) et enfin d'inclure une procédure visant à faire respecter les droits, capable d'agir contre toute atteinte au droit sui generis (lutter contre la contrefaçon)²⁶⁵.

²⁶² «Nulle part l'ADPIC ne stipule que le schéma des droits sur l'obtention végétale de l'UPOV est le système juste, efficace ou même souhaitable en tant que système sui generis dans le contexte de l'OMC. Certains disent que le système UPOV peut difficilement être considéré comme « sui generis », vu qu'il n'est en réalité qu'une copie édulcorée du système de brevets. De toute façon, ses adhérents revendiquent activement l'insertion d'une référence à l'UPOV dans les accords de l'ADPIC, en tant que « la » loi sui generis idéale». GRAIN, «L'UPOV sur le sentier de la guerre», Juin 1999, disponible sur <<http://www.grain.org/fr/publications/upov-fr.cfm>> (dernière visite 30/03/08).

²⁶³ Le Conseil des ADPIC est un organe créé par l'Accord du même nom. Conformément à l'article 68 de l'accord sur les ADPIC, il est chargé de suivre le fonctionnement du processus mis en place notamment en assurant le contrôle du respect des engagements découlant de l'Accord; en menant des réflexions sur ledit Accord, etc.

²⁶⁴ Aux termes de l'article 63.2 de l'Accord sur les ADPIC, les Membres sont tenus de notifier les lois et réglementations rendues exécutoires qui visent les questions faisant l'objet de l'Accord (existence, portée, acquisition des droits de propriété intellectuelle et moyens de les faire respecter, et prévention d'un usage abusif de ces droits). Les procédures de notification des lois et réglementations nationales au titre de l'article 63.2 prévoient que, à compter du moment où un Membre est tenu de commencer à appliquer une disposition de l'Accord sur les ADPIC, les lois et réglementations correspondantes doivent être notifiées sans tarder (normalement dans les 30 jours, sauf si le Conseil des ADPIC en décide autrement).

²⁶⁵ G. TANSEY, *loc. cit.*, note 47, p. 11.

Par ailleurs, dans le but de bâtir un schéma de système sui generis qui semble en phase avec la démarche de l'Accord ADPIC, M. Tansey propose que celui-ci fasse ressortir quelques éléments importants à savoir : En premier lieu ce qui est protégé c'est-à-dire définir la variété végétale. En deuxième lieu, d'énoncer les conditions dans lesquelles la protection est accordée, c'est-à-dire si elle répond aux critères de nouveauté ou d'inventivité prévus par la législation sur les brevets, ou aux critères de caractère distinctif, d'uniformité et de stabilité (DUS) prévus par la législation relative aux droits d'obtenteur, ou à une version modifiée de ces critères pour protéger les variétés plus hétérogènes. Selon cet auteur, les pays doivent définir s'il faut ou non inclure des critères supplémentaires tels que la déclaration de l'origine et la valeur pour la culture et pour l'utilisation. En troisième lieu, d'établir la portée des droits conférés c'est-à-dire la liste des actes requérant l'autorisation du détenteur du droit (vente, production, importation etc.), la définition des matériels auxquels ces actes renvoient (matériels de propagation d'origine reproductive et/ou végétative, matériels récoltés, etc.), les exceptions à ce droit (telles que l'exception pour la recherche, l'exception en faveur de l'obtenteur et l'exception en faveur de l'agriculteur). En dernier lieu, définir le délai durant lequel ce droit reste en vigueur. Il précise à cet effet, que ceci peut être tout laps de temps économiquement approprié²⁶⁶.

En somme, il apparaît que l'adoption d'une telle option de protection sui generis témoigne de la volonté des initiateurs de cet Accord sur les ADPIC de permettre à tous les pays membres d'avoir un système de protection, si imparfait soit-il au départ. Les pays s'en sont prévalus pour mettre en place leur propre système sui generis qui tient compte de leurs réalités socio-économiques : c'est le cas de certains pays africains²⁶⁷.

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ C'est le cas des pays regroupés au sein de l'Organisation Africaine pour la Propriété Intellectuelle (OAPI) ou de l'Union Africaine (UA). (Voir Deuxième Partie, Titre 2)

Enfin, il a été prévu aussi, dans le cadre de l'Accord sur les ADPIC, la possibilité de cumul des deux systèmes évoqués ci-dessus à savoir le brevet et le droit sui generis.

Section 3 : Le cumul des deux systèmes : brevet et système sui generis efficace

La question du cumul des systèmes de brevet et sui generis est une préoccupation récurrente en ce qui concerne la matière végétale. La doctrine distingue trois niveaux de cumul possibles. Au premier niveau, il s'agit d'avoir pour un même objet indivisible : la variété, la possibilité de disposer simultanément du brevet et d'un certificat d'obtention végétal. Au deuxième niveau, le cumul concerne l'espèce végétale elle-même et, dans ce cas, chaque droit (brevet ou certificat) suivra une voie c'est-à-dire une variété déterminée de l'espèce. Au troisième niveau, la protection concerne tout le règne végétal. Dans ce cas, les deux protections sont possibles sans se cumuler sur une même espèce²⁶⁸.

Ces différentes possibilités avaient fait l'objet de discussions au niveau de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV). Ainsi, aux termes de l'article 2 de l'Acte de 1978²⁶⁹, les droits sui generis et de brevet sont reconnus en ce qui concerne le règne végétal. À l'intérieur de ce règne végétal, il revenait à chaque État membre de prévoir lequel pouvait s'appliquer sans pour autant s'accumuler au niveau d'une même espèce ou d'un même genre végétal.

²⁶⁸ J-P CLAVIER, *op. cit.*, note 34, p. 96.

²⁶⁹ Au terme de cet article 2 de la Convention, acte de 1978,

1) Chaque État de l'Union peut reconnaître le droit de l'obteneur prévu par la présente Convention par l'octroi d'un titre de protection particulier ou d'un brevet. Toutefois, un État de l'Union dont la législation nationale admet la protection sous ces deux formes ne doit prévoir que l'une d'elles pour un même genre ou une même espèce botanique.

2) Chaque État de l'Union peut limiter l'application de la présente Convention à l'intérieur d'un genre ou d'une espèce aux variétés ayant un système particulier de reproduction ou de multiplication ou une certaine utilisation finale.

Toutefois, une dérogation a été admise à l'article 37.1²⁷⁰ afin d'autoriser le cumul de protection, à l'intérieur d'un même genre ou espèce, spécialement dans les États où une telle pratique existait avant l'entrée en vigueur de la Convention UPOV à leur rencontre. C'est le cas par exemple aux États-Unis où la double voire triple protection est admise²⁷¹. L'Acte de 1991, est resté silencieux sur la question. Ceci laisse présager l'intention du législateur de cet Acte de 1991, de lever l'obstacle du non cumul et de laisser le champ libre aux États de décider.

Contrairement à cette position de l'UPOV, l'Accord sur les ADPIC a prévu expressément la possibilité du cumul à l'intérieur d'une même variété. Il s'agit d'une pratique qui ne fait pas l'unanimité du point de vue de la doctrine. En effet, pour une partie de celle-ci, le cumul doit être écarté car deux droits privatifs ne peuvent être attribués pour un même

²⁷⁰ Nonobstant les dispositions de l'article 2.1), tout État qui, avant l'expiration du délai pendant lequel le présent Acte est ouvert à la signature, prévoit la protection sous les différentes formes mentionnées à l'article 2.1) pour un même genre ou une même espèce peut continuer à la prévoir si, lors de la signature du présent Acte ou du dépôt de son instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation du présent Acte, ou d'adhésion à celui-ci, il notifie ce fait au Secrétaire général.

²⁷¹ «Il y a maintenant aux États-Unis trois formes distinctes de protection juridique pour l'innovation végétale. Par ordre d'ancienneté, ces formes de protection sont les suivantes :

La loi sur les brevets de plante de 1930, modifiée en 1954 et 1998, prévoit une protection pour quiconque invente ou découvre et reproduit par voie végétative une variété de plante distinctive et nouvelle, autre qu'une plante multipliée par tubercules ou qu'une plante trouvée à l'état sauvage, si elle satisfait à un critère de non-évidence qui est une variante de celui du brevet d'utilité. La loi sur la protection des obtentions végétales (PVPA) de 1970, modifiée en 1994, prévoit la protection de l'obtenteur de toute variété végétale reproduite par voie sexuée ou par tubercules (à l'exception des champignons ou des bactéries) qui a reproduit la variété de cette manière, ou de l'ayant cause de l'obtenteur, si la variété est "nouvelle", "distincte", "homogène" et "stable" au sens de la PVPA. Enfin, résultat d'une série d'affaires qui a commencé avec la décision rendue par la Commission des recours et des collisions en matière de brevets dans l'affaire *Hibbard*, en 1985, pour culminer avec la récente décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *J.E.M. Ag Supply*, les auteurs d'innovations végétales peuvent obtenir la protection d'un brevet d'utilité pour les génomes de plantes, le codage de protéines non végétales, les tissus végétaux, cellules et cultures de cellules, les semences ou les plantes entières, pour autant que soient remplies les conditions de fond mises à la délivrance d'un brevet d'utilité (utilité, nouveauté et non-évidence) et les conditions de procédure d'une divulgation écrite suffisante (avec dans certains cas dépôt de matériel végétal permettant la reproduction)». Charles McMANIS, «Y a-t-il des mesures conformes à l'accord sur les ADPIC qui assureraient une coexistence équilibrée du brevet et du droit d'obtenteur ? Quelques enseignements tirés de l'expérience des États-Unis d'Amérique à ce jour», dans Actes du colloque OMPI/UPOV, portant sur «la coexistence des brevets et du droit d'obtenteur dans la promotion des innovations biotechnologiques», Genève, 25 octobre 2002, p. 3-4, <<http://www.upov.int/fr/documents/symposium2002/index.htm>> (dernière visite 27/03/08).

objet²⁷² et, pour l'autre partie, le cumul est souhaitable et serait un facteur de renforcement des droits et de confiance pour l'inventeur²⁷³.

Il se dégage de l'analyse de cet article 27. 3 b) de l'Accord sur les ADPIC plusieurs réflexions relatives aux trois options de protection instituée : le brevet, le système sui generis efficace ou bien le cumul des deux. Pour les pays en voie de développement par exemple, cet Accord sur les ADPIC constitue une contrainte majeure pour les pratiques paysannes locales en raison du renforcement des droits des inventeurs et du risque de suppression des avantages relatifs aux nouvelles semences. Aussi, ils estiment que les conséquences d'un tel accord se ressentiraient sur le plan sanitaire (augmentation des prix des médicaments essentiels), environnemental (pression sur les ressources biologiques), etc. C'est pour ces raisons que la plupart de ces pays sont plutôt favorables à la Convention sur la diversité biologique. Les initiateurs de l'Accord sur les ADPIC sont conscients de toutes ces critiques et ont entrepris depuis quelques années le réexamen des termes de cet article 27. 3 b). Aussi, il est prévu d'analyser les relations pouvant exister entre l'Accord sur les ADPIC et la Convention des Nations Unies sur la diversité biologique, la protection des savoirs traditionnels et du folklore²⁷⁴.

²⁷² J-P CLAVIER, *op. cit.*, note 34, p. 95. Cet avis est partagé par M. Georges Bonet qui écrivait que le cumul de protection «risquerait d'aboutir à un développement excessif des droits privatifs sur certaines variétés végétales». Georges BONET, «Le système de l'obtention végétale», M-A. HERMITTE, (dir), *Le droit du génie génétique végétal*, vol 12, Paris, Librairies Techniques, p. 219-220.

²⁷³ Selon M. Ernest Gutmann, pourquoi ne pas laisser à l'inventeur le choix entre les deux modes de protection voire le recours aux deux modes de protection? Ernest GUTTMANN, «Les modalités de la protection des innovations dans le domaine de la création végétale : le système du brevet et ses limites», dans M-A, HERMITTE, (dir), *id.*, p. 209.

²⁷⁴ «Le réexamen de l'article 27.3 b) a commencé en 1999, comme l'exigeait l'Accord sur les ADPIC. Parmi les questions abordées lors des discussions du Conseil des ADPIC figurent les suivantes:

- Comment appliquer les dispositions existantes de l'Accord sur les ADPIC à la question de savoir s'il faut ou non breveter les plantes et les animaux? Ces dispositions ont-elles besoin d'être modifiées?
- Que suppose une protection efficace des obtentions végétales (par exemple par des systèmes autres que celui des brevets, comme les textes de 1978 et de 1991 de la Convention de l'UPOV)? Il s'agit notamment de déterminer quelle flexibilité doit être ménagée, par exemple, pour permettre aux agriculteurs traditionnels de continuer à conserver et échanger les semences qu'ils ont récoltées.

Il apparaît donc que la CDB revêt une importance certaine dans ce processus d'appropriation privative des ressources biologiques. Il en est de même du Traité de la FAO. Ces deux instruments introduisent une nouvelle dimension de réflexion sur l'existence des droits de propriété intellectuelle sur la matière vivante dont les plantes.

Chapitre 3 : La protection des plantes par la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) et le Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture

La Convention sur la Diversité Biologique a été adoptée en juin 1992 au Sommet de la terre, à Rio de Janeiro au Brésil. Historiquement, la question de la conservation de la biodiversité a été définie pour la première fois comme priorité en 1972 lors de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement humain à Stockholm. Dans le but d'éviter l'éparpillement des diverses initiatives nationales et internationales, ayant cours dans ce domaine, le Programme des Nations Unies pour l'Environnement (PNUE) ainsi que certaines associations de défense de la nature telle que l'Union Internationale pour la Conservation de la Nature (UICN)²⁷⁵, ont eu l'idée de regrouper toutes ces initiatives dans un seul instrument. Ainsi fut adoptée la CDB qui entra officiellement en vigueur le 29

-
- Comment traiter les questions morales et éthiques, par exemple celle de savoir dans quelle mesure les formes de vie inventées devraient être susceptibles de protection?
 - Que prévoit pour le cas d'utilisation commerciale des savoirs traditionnels et des matériels génétiques par d'autres que les communautés ou pays d'origine, en particulier lorsqu'ils font l'objet de demandes de brevet?
 - Comment faire en sorte que l'Accord sur les ADPIC et la Convention de l'ONU sur la diversité biologique s'appuient mutuellement?»
- <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/art27_3b_background_f.htm> (dernière visite 28/03/08).

²⁷⁵ L'Union Internationale pour la Conservation de la Nature (UICN) est un important organisme non gouvernemental créé le 5 octobre 1948 à Fontainebleau en France.

décembre 1993. C'est une Convention qui vise principalement trois objectifs à savoir la conservation de la diversité biologique; l'utilisation durable de ses éléments; le partage juste et équitable des bénéfices découlant de l'exploitation des ressources génétiques²⁷⁶.

C'est la première convention à reconnaître que «la conservation de la diversité biologique est une préoccupation commune à l'ensemble de l'humanité»²⁷⁷ et qu'il existe un lien étroit entre l'environnement et le processus de développement des pays membres. Cette Convention sur la Diversité Biologique s'intéresse donc à l'ensemble des écosystèmes, des espèces et des ressources génétiques tout en établissant un rapport entre les efforts traditionnels de conservation de la nature et les objectifs économiques utilisant de façon durable les ressources biologiques²⁷⁸. En outre, elle couvre le domaine de la biotechnologie à travers son protocole de Carthagène sur la biosécurité²⁷⁹. Ce protocole aborde les préoccupations relatives au développement technologique, au partage des avantages découlant des inventions et à la biosécurité dans le monde.

²⁷⁶ Article 1^{er} de la Convention des Nations Unies sur la Diversité Biologique (CDB) du 5 Juin 1992.

²⁷⁷ Voir le troisième considérant du Préambule de la CDB.

²⁷⁸ L'analyse de ce Préambule de la Convention sur la diversité biologique révèle que les objectifs sont partagés entre la volonté de réalisation des avantages économiques équitablement répartis entre les divers acteurs tels les obtenteurs, les communautés locales, les agriculteurs et la conservation de la diversité biologique au profit des générations actuelles et futures. Ainsi, on peut noter dans ce Préambule des passages dans lesquels les Parties affirment être «conscientes de la valeur intrinsèque de la diversité biologique (...) sur les plans économique, social (...)»; «préoccupées par le fait que la diversité biologique s'appauvrit considérablement par suite de certaines activités de l'homme»; d'accord qu'il faut «assurer le partage équitable des avantages découlant de l'utilisation des connaissances, innovations et pratiques traditionnelles intéressant la conservation de la diversité biologique et l'utilisation durable de ses éléments».

²⁷⁹ Le protocole de Carthagène sur la prévention des risques biotechnologiques relatifs à la Convention sur la diversité biologique a été adopté le 29 janvier 2000. Son objectif est, selon l'article premier, «de contribuer à assurer un degré adéquat de protection pour le transfert, la manipulation et l'utilisation sans danger des organismes vivants modifiés résultant de la biotechnologie moderne qui peuvent avoir des effets défavorables sur la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique, compte tenu également des risques pour la santé humaine, en mettant plus précisément l'accent sur les mouvements transfrontières». Texte du Protocole est disponible sur <<http://www.cbd.int/biosafety/protocol.shtml>> (dernière visite 24/02/08).

La CDB est juridiquement obligatoire pour les pays²⁸⁰ qui y ont adhéré²⁸¹. Elle développe une approche qui, bien que ne condamnant pas l'existence de droit de propriété intellectuelle sur les ressources végétales, apporte une autre dimension à savoir : la conservation et le partage.

Ces préoccupations sont aussi partagées par le Fonds des Nations unies pour l'Alimentation et l'Agriculture. Cette institution, ayant adopté dans un premier temps un Engagement sur la question des ressources génétiques en 1983, s'est dotée, finalement en 2001, d'un Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture qui a un effet plus contraignant dans les États membres. Ainsi, selon l'article premier de cet instrument, il est stipulé que :

«Les objectifs du présent Traité sont la conservation et l'utilisation durable des ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation en harmonie avec la Convention sur la diversité biologique, pour une agriculture durable et pour la sécurité alimentaire. Ces objectifs sont atteints par l'établissement de liens étroits entre le présent Traité et l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture, ainsi que la Convention sur la diversité biologique».

Ce Traité poursuit donc, dans l'ensemble, les mêmes objectifs que la Convention sur la Diversité Biologique. Il se différencie, toutefois, de cette dernière, entre autres, par sa reconnaissance du statut de patrimoine commun de l'humanité pour les ressources végétales. Ces ressources doivent être stockées dans des banques de semences et

²⁸⁰ La Convention sur la Diversité Biologique compte 191 Parties dont 168 signatures. Données disponibles sur <<http://www.cbd.int/information/parties.shtml>> (dernière visite 18/08/08).

²⁸¹ Selon l'article 4 de la Convention sur la Diversité Biologique, « sous réserve des droits des autres États et sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, les dispositions de la Convention s'appliquent à chacune des Parties contractantes : a) lorsqu'il s'agit des éléments de la diversité biologique de zones situées dans les limites de sa juridiction nationale; b) lorsqu'il s'agit des processus et activités qui sont réalisées sous sa juridiction ou son contrôle, que ce soit à l'intérieur de la zone relevant de sa juridiction nationale ou en dehors des limites de sa juridiction nationale, indépendamment de l'endroit où ces processus et activités produisent leurs effets».

accessibles à tous. Si cette idée avait été acceptée à l'époque, elle est de plus en plus critiquée maintenant, surtout par les pays en voie de développement.

Il apparaît donc, aux vues de toutes les considérations énumérées ci-dessus, qu'il serait intéressant d'analyser ces deux instruments que sont la CDB (section 1) et le Traité de la FAO (section 2).

Section 1 : La protection des plantes par la Convention sur la Diversité Biologique (CDB)

Le champ d'application de la Convention sur la Diversité Biologique couvre tous «les éléments de la diversité biologique» des zones situées dans les limites nationales de chaque État membre²⁸². Il en est de même des activités et processus se déroulant dans ce domaine et qui sont sous la juridiction ou le contrôle de l'autorité nationale concernée²⁸³. Au sens de la convention, les éléments de la diversité biologique pris en compte, sont toutes les espèces vivantes (terrestres, aquatiques et marines), les ressources génétiques ainsi que les écosystèmes²⁸⁴. Ce champ d'application traduit la volonté des initiateurs de cette Convention de donner plus de pouvoir aux États membres afin qu'ils déterminent, de manière souveraine et sans préjudice aux autres États Parties, les moyens d'atteindre les objectifs fixés par ladite Convention sur la Diversité Biologique. À cet effet, celle-ci reconnaît, d'une part, le droit de souveraineté des États sur leurs ressources biologiques et

²⁸² L'article 4. a) de la Convention sur la Diversité Biologique stipule que « Sous réserve des droits des autres États et sauf disposition contraire expresse de la présente Convention, les dispositions de la Convention s'appliquent à chacune des Parties contractantes lorsqu'il s'agit des éléments de la diversité biologiques de zones situées dans les limites de sa juridiction nationale ».

²⁸³ *Id.*, note 282.

²⁸⁴ Selon l'article 2 de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB), la diversité biologique se définit comme étant «la variabilité des organismes de toute origine y compris, entre autres, les écosystèmes terrestres, marins et autres écosystèmes aquatiques et les complexes écologiques dont ils font partie ; cela comprend la diversité au sein des espèces et entre espèces ainsi que celle des écosystèmes».

génétiques²⁸⁵, et, d'autre part, soumet l'accès à ces ressources au consentement préalable des États concernés²⁸⁶. Pour atteindre cet objectif, il a été élaboré un agenda 21²⁸⁷ qui demande aux États parties «d'élaborer des mesures et des dispositions pour protéger le droit des pays d'origine des ressources génétiques ou les pays fournisseurs des ressources génétiques (...)». Pour donner plein effet à ce principe de souveraineté des États sur leurs ressources génétiques, la CDB exige qu'il y ait une preuve du «consentement préalable donné en toute connaissance de cause».

Accorder une responsabilité plus accrue aux États sur un sujet qui concerne toute la planète est-elle la meilleure solution ? De l'avis de M. Le Prestre, la mise en œuvre de la Convention sur la Diversité Biologique dépend, dans une large mesure, de ce que ces États font ou ne font pas. Celle-ci est extrêmement inégale, prend des formes différentes et se traduit par des changements de comportements qui demeurent limités. La question se pose alors de savoir comment inciter les États parties à la Convention et les autres acteurs concernés à mettre en œuvre cet instrument dans une direction susceptible de concilier leurs multiples intérêts, tous aussi légitimes²⁸⁸?

S'agissant de la question des droits de propriété intellectuelle, la CDB stipule à l'article 16. 5 que les Parties contractantes coopéreront pour assurer que «les brevets et autres droits de propriété intellectuelle» s'exercent «à l'appui et non à l'encontre» de ses objectifs. Ceci est,

²⁸⁵ Voir les articles 3 et 15 alinéa 1 de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB). L'article 3 par exemple, stipule que «les États ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique de l'environnement et le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommages à l'environnement dans d'autres États ou dans les régions ne relevant d'aucune juridiction nationale. »

²⁸⁶ L'article 15. 5 stipule que «L'accès aux ressources génétiques est soumis au consentement préalable donné en connaissance de cause de la partie contractante qui fournit lesdites ressources, sauf décision contraire de cette Partie».

²⁸⁷ L'Agenda 21 est un document élaboré lors du Sommet de la terre de Rio de Janeiro au Brésil. Il se définit comme un programme qui reflète un consensus mondial et un engagement politique au plus haut niveau sur la coopération en matière de développement et d'environnement.

²⁸⁸ Philippe Le Prestre, «La Convention sur la diversité biologique à un tournant», *Le Devoir*, 6 septembre 2005, disponible sur <<http://www.ledevoir.com/2005/09/06/89729.html>> (dernière visite 28/03/08).

toutefois, «sans préjudice des législations nationales et du droit international». En outre, abondant dans le même sens, l'article 22 affirme que les dispositions de ladite Convention sur la Diversité Biologique ne modifient en rien les droits et obligations des pays découlant «d'accords internationaux existants, sauf si l'exercice de ces droits ou le respect de ces obligations causent de sérieux dommages à la biodiversité ou constituent une menace pour elle ». Aux regards de ces deux dispositions, on peut admettre que la CDB n'est pas opposée à l'existence de droits de propriété intellectuelle sur les ressources biologiques y compris les végétaux. Toutefois, elle prévoit que soient prises en compte les considérations relatives à la durabilité, la conservation, l'équilibre de l'écosystème et les intérêts des pays fournisseurs, des agriculteurs et des communautés locales pour leurs contributions relatives à l'amélioration génétique.

Par rapport à ces derniers, c'est-à-dire les communautés locales, les agriculteurs et les peuples autochtones, la CDB exige qu'une protection complète leur soit assurée en raison du rôle primordial qu'ils jouent. Ces droits ne sont pas reconnus au regard des conditions classiques d'obtention du droit de brevet (nouveau, activité inventive, application industrielle) ou du certificat d'obtention végétale (nouveau, distinction, homogénéité, stabilité). Ainsi, au terme de l'article 8. j), chaque partie contractante,

«Sous réserve des dispositions de sa législation nationale, respecte, préserve et maintient les connaissances, innovations et pratiques des communautés autochtones et locales qui incarnent des modes de vie traditionnels présentant un intérêt pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique et en favorise l'application sur une plus grande échelle (...)».

De plus, la Convention insiste, dans ce même article 8. j, sur l'importance de l'implication des communautés locales dans les accords de partage des bénéfices tirés de l'utilisation commerciale des ressources biologiques et des savoirs locaux. On voit bien que, sans vouloir créer un nouveau droit qui tienne compte de ces réalités, la Convention sur la Diversité Biologique s'est contentée d'exiger que ses nouveaux concepts (développement

durable, partage, etc.) s'intègrent dans le processus d'appropriation des ressources biologiques ou génétiques par des droits de propriété intellectuelle. Se faisant, il fait face à plusieurs critiques qui émanent tant de la part des pays qui ont une longue tradition en matière de droits de propriété intellectuelle, que d'une bonne partie de la doctrine.

Parmi les pays ayant une longue tradition en matière de propriété intellectuelle, on peut évoquer les États-Unis qui ne sont pas membres de cette Convention des Nations Unies portant sur la Diversité Biologique. Même dans les pays ayant adhéré, il existe plusieurs discussions sur la pertinence des mesures de protection de l'environnement insérées dans cette Convention.

La position d'une partie de la doctrine se résume en une phrase de M. Foyer pour qui la Convention sur la diversité Biologique n'a été qu'un «acte de démagogie envers les pays en développement»²⁸⁹. Selon la plupart des auteurs, cette Convention fait une large part aux revendications des pays en voie de développement. Cette assertion semble justifiée puisque la plupart des législations adoptées par ces pays reflètent les grandes lignes de cette Convention.

En dehors de la CDB, il est important de mentionner l'existence du Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. S'inscrivant dans la même logique que celle-ci, il aborde la question des ressources génétiques sous l'angle spécifique de leur utilité à la consommation et aux pratiques agricoles.

²⁸⁹ Jean FOYER, «Les perspectives d'avenir», IRPI, *op. cit.*, note 26, p.94. Abondant dans le même sens que cet auteur, M. Pierre ROGER, affirmait que la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) pose des questions tout à fait cruciales en établissant des concepts tels que la «souveraineté des États», la «rémunération». N'étant pas à priori contre ces concepts, il propose qu'il y ait des mécanismes qui prennent en compte, à la fois, l'intérêt légitime des pays détenteurs de la variabilité biologiques, comme l'inventivité des industriels qui l'ont mise en œuvre dans des processus de recherche longs et coûteux. Il tire la conclusion selon laquelle la Convention de Rio pose de graves problèmes touchant la propriété intellectuelle et sa valorisation. *Id.*, p. 96. Enfin, M. Richard LERAT, quant à lui, affirmait, par rapport à l'Union Européenne que «cette convention pose de nombreux problèmes et que nous aurions préféré qu'elle ne soit pas signée» *Id.*, p. 94.

Section 2 : La protection des plantes par le Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture

Le Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture a été adopté par la résolution 3/2001 du 2 novembre 2001 élaborée au sein de la FAO. Il est entré en vigueur le 29 juin 2004. Il découle du processus de négociation ayant conduit à l'adoption de la CDB. En effet, au cours de la conférence préparatoire qui a eu lieu à Nairobi au Kenya, le consensus sur le texte à soumettre aux chefs d'État et de gouvernement avait été assorti d'une condition contenue dans une déclaration dite «Acte de Nairobi» et qui demandait de poursuivre les négociations en vue de rechercher des solutions aux questions non résolues concernant les ressources génétiques. C'est ainsi que les délégations à la Convention de Rio ont désigné la FAO comme cadre institutionnel pertinent pour le faire.

Le champ d'application de ce Traité concerne, au terme de l'article 3, tout matériel génétique²⁹⁰ d'origine végétale ayant une valeur effective ou potentielle pour l'alimentation et l'agriculture. Il apparaît donc que ce Traité ne s'intéresse pas à toutes les espèces végétales mais à celles qui ont une certaine utilité pour les besoins alimentaires et agricoles.

Tout comme la Convention sur la Diversité Biologique, le Traité sur les ressources phytogénétiques n'est pas contre l'existence des droits de propriété intellectuelle sur les ressources génétiques. Ces droits de propriété intellectuelle concernent aussi bien les agriculteurs que les obtenteurs dont les travaux permettent de mettre au point de nouvelles variétés de plantes indispensables pour l'alimentation et l'agriculture²⁹¹. Abondant dans le

²⁹⁰ Suivant l'article 2 du Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, le « matériel génétique » désigne le matériel d'origine végétale, y compris le matériel de reproduction et de multiplication végétative, contenant des unités fonctionnelles de l'hérédité.

²⁹¹ Selon la Résolution 3/2001 de la FAO, il importe de reconnaître «l'ensemble des contributions des obtenteurs, et notamment des agriculteurs, à la sécurité alimentaire mondiale, grâce à leurs travaux de recherche et de mise au point de nouvelles variétés de plantes cultivées, ainsi que le rôle des droits de propriété intellectuelle qui encouragent l'innovation et l'investissement dans la conservation, la sélection et l'utilisation durable des ressources phytogénétiques».

même sens, l'article 6 du Traité, demande aux États membres d'établir des politiques et des dispositions juridiques appropriées visant à : soutenir la recherche de nouvelles variétés adaptées aux conditions écologiques, sociales et économiques locales; impliquer davantage les agriculteurs dans le processus d'obtention végétale; élargir la base génétique des plantes cultivées, etc. Pour répondre à ces préoccupations, il est indéniable que des mesures incitatives comme l'octroi des droits de propriété intellectuelle sont à envisager²⁹².

Ces droits de propriété intellectuelle doivent s'articuler autour de certains principes fondamentaux reconnus par le Traité dont notamment le respect des droits des agriculteurs et la reconnaissance de la contribution ancestrale des communautés locales à la conservation et au développement des ressources phytogénétiques. Le Traité défend le principe de l'intérêt général selon lequel l'accès aux ressources, comme leur circulation facilitée et la possibilité de réensemencer le grain d'une année à l'autre, sont des éléments primordiaux. Aussi, il reconnaît la notion d'exception en faveur de l'obteneur, de sorte que les obtenteurs sont exemptés du partage des avantages financiers lorsque leurs produits sont disponibles sans restriction pour d'autres bénéficiaires à des fins de recherche et de sélection²⁹³.

Le Traité établi «un système multilatéral d'accès et de partage des avantages» entre les États membres. À cet effet, une liste des espèces cultivées couvertes par le système a été annexée au traité et maintenues dans les collections *ex situ* des Centres internationaux de recherche agronomique du Groupe consultatif pour la recherche agricole internationale

²⁹² K. A. N'DOUR, *op. cit.*, note 114, p. 365.

²⁹³ Selon l'article 13. 2 d) ii) du Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, «Les Parties contractantes conviennent que l'accord type de transfert de matériel (ATM) visé à l'Article 12.4 doit contenir une disposition au titre de laquelle un bénéficiaire commercialisant un produit qui est une ressource phytogénétique pour l'alimentation et l'agriculture et qui incorpore du matériel auquel ledit bénéficiaire a eu accès grâce au Système multilatéral est requis de verser au mécanisme visé à l'Article 19.3f une part équitable des avantages découlant de la commercialisation de ce produit, sauf lorsque ce produit est disponible sans restriction pour d'autres bénéficiaires à des fins de recherche et de sélection, auquel cas le bénéficiaire qui commercialise le produit est encouragé à effectuer ce paiement».

(GCRAI), comme prévu à l'Article 15.1a), et dans d'autres institutions internationales, conformément à l'Article 15.5. Les ressources génétiques constituent alors un bien public accessible à tous. De même, des modalités de partage équitable sont envisagées en vue de permettre aux agriculteurs et communautés locales d'être récompensés pour leur contribution.

Le Traité de la FAO présente, tout comme la Convention sur la diversité biologique, une nouvelle vision des droits de propriété intellectuelle avec l'intégration des notions de partage, de droit des agriculteurs, de droit souverain des pays membres sur les ressources génétiques, de gestion multilatérale des ressources génétiques, etc. Il met l'accent sur la santé, l'agriculture et la sécurité alimentaire. Si ces notions ne sont pas, à priori, incompatibles avec les règles régissant les droits de propriété intellectuelle, elles appellent toutefois à un effort de réflexion et d'intégration en vue de trouver une solution équilibrée. À cet effet, il faut mentionner la multiplication des forums de discussions tant au sein de l'Accord ADPIC que de l'UPOV.

Tirant profit de tous ces instruments, le continent africain a aussi légiféré sur la question, en déterminant de manière évidente, les concepts, les règles et les procédures à prendre en considération pour la protection des végétaux.

Titre 2: La protection des obtentions végétales en Afrique

Le continent africain n'est pas resté en marge du mouvement de protection des végétaux initié dans les instances internationales. Étant l'une des régions potentiellement riches en ressources biologiques et consommatrices des inventions biotechnologiques, il était tout indiqué qu'il s'y intéresse. Jusqu'à un passé récent, on n'observait que quelques rares législations nationales (cas du Kenya, Afrique du sud, Zimbabwe)²⁹⁴ traitant de la question des droits de propriété intellectuelle sur les plantes. Actuellement, on observe un regain d'intérêts dû probablement à l'influence qu'exercent l'Accord sur les Droits de Propriété intellectuelle relatifs au Commerce (ADPIC) et la Convention de l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV). Ainsi, on note l'existence de deux regroupements de pays ayant pour but d'harmoniser les mesures de protection qui reflètent leurs vécus quotidiens. À cet effet, on distingue notamment, l'*African Regional Intellectual Property Organization (ARIPO)*²⁹⁵ qui concerne, en particulier, quelques pays anglophones du continent et l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)²⁹⁶ qui est initiée par les pays francophones. Cette dernière organisation fera l'objet de notre étude.

Au-delà de ces regroupements à caractère régional, il faut noter également l'existence d'une volonté continentale d'adopter un instrument qui se présente comme la base de

²⁹⁴ K. A. NDOUR, *op. cit.*, note 114, p. 172

²⁹⁵ Il s'agit d'une organisation qui a été adoptée le 9 décembre 1976 au Zambie. Elle regroupe pour la plupart les pays anglophones de l'Afrique. On distingue le Botswana, la Gambie, le Ghana, le Kenya, le Lesotho, le Malawi, le Mozambique, la Namibie, la Sierra Leone, la Somalie, le Soudan, la Swaziland, la Tanzanie, l'Uganda, la Zambie et le Zimbabwe. <<http://www.aripo.org/articles.php?lng=en&pg=14>> (dernière visite 12/02/08)

²⁹⁶ L'OAPI est une organisation créée le 2 mars 1977. Elle regroupe le Bénin, le Burkina Faso, le Cameroun, la Centrafrique, le Congo, la Côte-d'Ivoire, le Gabon, la Guinée, la Guinée-Bissau, la Guinée Équatoriale, le Mali, la Mauritanie, le Niger, le Sénégal, le Tchad et le Togo. Disponible sur <<http://www.oapi.wipo.net/fr/OAPI/historique.htm>> (dernière visite 12/02/08).

discussion en matière de propriété intellectuelle sur la matière vivante en Afrique. Il découle d'une initiative de l'Organisation de l'Unité africaine (OUA).

L'intérêt de ce continent africain pour les questions de propriété intellectuelle peut paraître un peu paradoxal surtout lorsqu'on se réfère à l'opinion prédominante en ce qui concerne l'appropriation privative des végétaux. En effet, l'Afrique est par excellence, un continent de croyance. Les plantes constituent pour nombre de communautés une création divine, une matière à vénérer et il est hors de question qu'elles fassent l'objet de monopole.

Il paraît ainsi intéressant d'analyser les circonstances ayant conduit à la mise en œuvre des droits de propriété intellectuelle sur ce continent; les instruments mis en place ainsi que la procédure adoptée à cet effet au niveau de l'OAPI (chapitre 1) et de l'OUA (chapitre 2).

Chapitre 1 : La protection des obtentions végétales au niveau de l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI)

Pour mieux comprendre l'état actuel de la protection offerte par cette institution, il est important de se référer, non seulement à son histoire, mais aussi, à celle des pays francophones qui la composent. En effet, avant 1960, les questions de propriété industrielle dans la plupart de ces États francophones africains membres de l'OAPI relevaient des lois françaises. L'Institut National Français de la Propriété Intellectuelle (INPI) tenait lieu d'Office national de chacun des pays et assurait la gestion des droits²⁹⁷.

Ayant obtenu, pour la plupart, leur indépendance en 1960, ces pays qui constituaient un grand ensemble géographique (l'Union Française), ont eu l'idée de créer une structure

²⁹⁷ Cette pratique d'extension des droits aux colonies était réglementée conformément à l'article 16 bis de l'Acte de La Haye du 6 novembre 1925 portant révision de la Convention de Paris qui disposait que : «Chacun des pays de l'Union peut, en tout temps, notifier par écrit au gouvernement de la Confédération suisse que la présente Convention est applicable à tout ou partie de ses colonies (...)».

pouvant continuer la gestion des droits de propriété industrielle comme c'était le cas au temps colonial. Ainsi, le 13 septembre 1962, douze pays²⁹⁸ se sont regroupés pour créer l'Office Africain et Malgache de Propriété Intellectuelle (OAMPI) selon un accord dit «Accord de Libreville». Cet Accord était fondé sur trois principes fondamentaux.

«l'adoption d'une législation uniforme par la mise en œuvre et l'application des procédures administratives communes découlant d'un régime uniforme de protection de la propriété industrielle; la création d'un office commun car l'organisation tient lieu pour chacun des États membres de service nationale de la propriété industrielle; la centralisation des procédures car l'existence d'une législation uniforme et d'un office commun appelaient tout naturellement la centralisation des procédures de telle sorte qu'un seul titre délivré se scindait en autant de droits nationaux indépendants que des pays membres»²⁹⁹.

L'Office ainsi créée couvrait, d'une part, les droits des brevets d'invention, les marques de fabrique, ou de commerce et les dessins industriels; et, d'autre part, les territoires de l'ensemble de ces pays africains d'expression française³⁰⁰.

Dans l'intention de couvrir tous les objets de la propriété intellectuelle tels les modèles d'utilité, les noms commerciaux, les marques de produits et de services; de mieux impliquer la propriété intellectuelle dans le développement; d'être le noyau d'une intégration plus large, les pays membres de l'OAMPI ont décidé de restructurer leur regroupement et de

²⁹⁸ Il s'agit du Cameroun, de la Centrafrique, du Congo, de Côte d'Ivoire, du Bénin, du Burkina Faso, du Gabon, de la Mauritanie, du Sénégal, du Tchad, de Madagascar et du Niger.

²⁹⁹ OAPI, «L'historique de l'OAPI», <<http://www.oapi.wipo.net/fr/OAPI/historique.htm>> (dernière visite 30/03/08).

³⁰⁰ L'Accord de Libreville était très proche, quant à l'esprit, des textes alors en vigueur en France dans le domaine de la propriété industrielle : loi du 5 juillet 1844 sur les brevets d'invention, loi du 23 juin 1857 sur les marques de fabrique et de commerce, et loi du 14 juillet 1909 sur les dessins et modèles industriels. Toutefois, les fondements de cet accord présentaient un aspect original, un caractère quasi révolutionnaire. Il s'agit de la volonté de ces États de constituer une administration unique de gestion des droits de propriété intellectuelle dans l'ensemble des États et dont les décisions ont valeurs de droit au niveau national. Gérard MEYO-M'EMANE, «L'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) : exemple original de coopération multinationale en matière de propriété industrielle», dans P. MATHÉLY, *op. cit.*, note 64, p. 259.

former une nouvelle organisation dite Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) qui compte désormais 16 États membres³⁰¹. Celle-ci a été officiellement adoptée le 2 mars 1977 à Bangui³⁰².

En vue de répondre à certains engagements internationaux notamment ceux relatifs à l'Accord ADPIC, les pays de l'OAPI ont procédé à la révision de leur Accord. Il faut rappeler que l'Accord ADPIC donnait l'obligation pour les États membres de l'OMC d'assurer la protection des obtentions végétales soit par brevet, soit par système *sui generis* efficace ou la combinaison des deux systèmes. Le système *sui generis* le plus connu est celui de l'UPOV. Ces pays ont préféré une telle protection en lieu et place d'une protection par brevet³⁰³. Ainsi, de 1995 à 1999 plusieurs travaux ont été effectués pour aboutir à un texte définitif qui est entré en vigueur le 28 février 2002. Les domaines couverts sont les brevets d'invention, les modèles d'utilité, les marques de produits et de services, les dessins et modèles industriels, les noms commerciaux, les appellations d'origine, la propriété littéraire et artistique ainsi que les obtentions végétales. Ces dernières sont regroupées dans l'annexe 10 de cet Accord.

L'OAPI a donc édicté un ensemble de règles concernant les obtentions végétales qu'il serait intéressant d'analyser (section 1). De plus, elle a défini la démarche par laquelle tout obtenteur peut se voir reconnaître des droits sur les variétés qu'il a mises au point (section 2).

³⁰¹ Il s'agit de : Bénin, Burkina Faso, Cameroun, Centrafrique, Congo, Côte-d'Ivoire, Gabon, Guinée, Guinée-Bissau, Guinée Équatoriale, Mali, Mauritanie, Niger, Sénégal, Tchad, Togo.

³⁰² OAPI, *loc. cit.*, note 299.

³⁰³ En effet, d'après l'article 6. c) de l'Annexe 1 (Accord de Bangui) relative aux brevets d'invention, ne peut être brevetée «l'invention qui a pour objet des variétés végétales, races animales, procédés essentiellement biologiques d'obtention des végétaux ou d'animaux autres que procédés microbiologiques et produits obtenus par ces procédés.»

Section 1 : L'Accord de Bangui

L'Accord de Bangui constitue une législation uniforme tenant lieu de loi nationale pour chacun des États membres. Les titres de protection délivrés produisent automatiquement leurs effets dans chacun des pays concernés³⁰⁴. L'annexe 10 de cet Accord s'inspire en grande partie de la Convention UPOV, Acte de 1991 alors qu'aucun des pays n'est encore membre de l'Union des obtenteurs³⁰⁵. Il définit, entre autres, l'objet de protection, les conditions de fond et de forme requises par la nouvelle variété, les droits d'obtenteur et enfin la procédure à suivre par tout inventeur.

Selon l'article 2 de cette annexe 10 de l'Accord de Bangui, l'obtention d'une variété nouvelle donne droit à un «Certificat d'Obtention Végétale (COV)». Celui-ci ne peut être obtenu que par enregistrement de l'invention et pour une seule variété à la fois. Cette nouvelle variété doit être effectivement créée et non découverte. Ainsi, d'après l'article 3, «sont protégés (...), tous les taxons botaniques à l'exception des espèces sauvages, c'est-à-dire celles qui n'ont pas été plantées ou améliorées par l'homme». Abondant dans le même sens, l'article 1.f) précise que «l'obtenteur est celui qui a découvert et mis au point une variété». Il ne s'agit pas d'une personne qui a «redéveloppé ou redécouvert une variété dont l'existence est publiquement connue ou un sujet d'une connaissance ordinaire». L'Accord de Bangui exige un certain degré de technicité. La simple découverte n'est pas protégée de même que les changements triviaux, sans grande importance. Cette exclusion des découvertes traduit la position de la plupart des pays africains qui ont du mal à accepter l'existence des droits de propriété intellectuelle sur les plantes à fortiori sur les espèces sauvages. Comme l'affirme M. Ndour,

³⁰⁴ «L'Accord de Bangui a maintenu le principe d'un régime particulier et commun d'obtention et de maintien des droits de propriété industrielle. Ce régime commun est caractérisé par l'uniformité de la législation applicable dans chacun des États membres et par une centralisation des procédures administratives auprès de l'Organisation», G. MEYO-M'EMANE, *loc. cit.*, note 300, p. 260.

³⁰⁵ Selon le point effectué le 18 octobre 2007, aucun pays de l'OAPI n'est membre de l'UPOV. <<http://www.upov.int/fr/about/members/>> (dernière visite 15/02/08).

«Dans une culture où tout ce qui a trait à la nature est considérée comme un don de Dieu pour les hommes, cette barrière (l'exclusion des découvertes de la protection) s'impose assez facilement»³⁰⁶.

Les conditions de fond nécessaires pour l'obtention de la protection sont, dans leur contenu, presque les mêmes que dans la Convention UPOV. Ainsi, selon l'article 4 de l'annexe 10 de l'Accord de Bangui, la variété nouvelle doit remplir les exigences relatives à la distinction, l'homogénéité, la stabilité et faire l'objet d'une dénomination adéquate.

Si pour les critères de distinction, stabilité et homogénéité, l'Accord de Bangui a adopté les mêmes définitions que la Convention UPOV, pour celui de nouveauté, il énumère quelques spécificités qu'il convient de relever. En effet, selon l'article 5.c) par exemple, la nouveauté n'est pas compromise lorsque la variété est remise à des tiers,

«Dans le cadre d'un accord en vertu duquel un tiers a augmenté, pour le compte de l'obteneur ou de son ayant droit ou ayant cause, les stocks de matériel de reproduction ou de multiplication de la variété en cause, à condition que les stocks multipliés soient retournés sous le contrôle de l'obteneur ou de son ayant droit ou ayant cause, et à condition que lesdits stocks ne soient pas utilisés pour produire une autre variété».

Concernant les droits conférés par le Certificat d'obtention végétale de l'Accord de Bangui, ils concernent l'exercice d'un monopole d'exploitation de la nouvelle variété³⁰⁷, d'interdiction de son exploitation³⁰⁸, de sa transmission ou cession par diverses voies³⁰⁹ et de poursuite judiciaire ou administrative en cas de besoin³¹⁰.

³⁰⁶ K. A. N'DOUR, *op. cit.*, note 114, p. 174.

³⁰⁷ Article 28.1, annexe 10 de l'Accord de Bangui.

³⁰⁸ Article 28.2, annexe 10 de l'Accord de Bangui.

³⁰⁹ Article 28.3, annexe 10 de l'Accord de Bangui.

³¹⁰ Article 28.4 et 5 de l'annexe 10 de l'Accord de Bangui.

S'agissant du monopole d'exploitation, l'Accord de Bangui étend les droits de l'obteneur, selon l'article 29.1 de l'annexe 10, aux actes accomplis à l'égard du matériel de reproduction ou de multiplication de la variété protégée. Il s'agit notamment de la «production ou la reproduction, le conditionnement aux fins de la reproduction ou de la multiplication, l'offre à la vente, la vente ou toute autre forme de commercialisation, l'exportation, l'importation, la détention à l'une des fins mentionnées ci-dessus». Cette disposition rejoint celle de la Convention UPOV en son article 14.1). On peut dire que le législateur de l'Accord de Bangui a voulu que les prérogatives dont jouit l'obteneur dans l'Union pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) soit les mêmes que dans les pays de sa juridiction. Ceci est d'importance en Afrique où l'objectif est d'attirer les investisseurs surtout internationaux. L'existence d'un droit uniforme est le gage de sécurité des affaires.

S'agissant des actes pour lesquels l'autorisation de l'obteneur n'est pas requise, l'article 30 de l'annexe 10 de l'Accord de Bangui dispose que, les sélectionneurs auront la possibilité d'utiliser les variétés protégées pour la création de nouvelles variétés; mais ils ne peuvent pas exploiter ces nouvelles variétés, si elles sont similaires aux variétés initiales. Les agriculteurs, quant à eux, peuvent sauvegarder et utiliser, sans un but commercial, les semences récoltées des variétés seulement si certaines conditions sont remplies. Ils doivent être propriétaires de leur champ, payer les redevances sur la variété initiale, et s'assurer qu'il ne s'agit pas d'espèces fruitières, forestières ou ornementales³¹¹. En outre, les droits

³¹¹ «En réalité, le texte de l'OAPI se fonde sur l'alinéa second de l'article 15 de la Convention UPOV de 1991 qui édicte une exception facultative autorisant les États membres de cette Union à limiter le monopole de l'obteneur en permettant aux agriculteurs de réutiliser les semences protégées pour leurs propres besoins⁹⁹. C'est ce qu'on appelle les semences de ferme. Contrairement au droit positif français qui paraît considérer cette pratique comme un acte de contrefaçon¹⁰⁰, la législation OAPI semble la ranger dans la catégorie des actes licites. Cette option prise par les plénipotentiaires représentant les États membres de l'OAPI nous paraît judicieuse et pertinente¹⁰¹ car beaucoup de leurs pays sont confrontés à des crises alimentaires souvent graves découlant notamment d'une insuffisance de productions vivrières entraînant la malnutrition et la faim chez leurs populations qui demeurent encore les plus pauvres de la planète. De même, cette option prise au profit du privilège de l'agriculteur par les États membres de l'OAPI vise à contribuer à la recherche permanente de la sécurité alimentaire¹⁰² qui constitue un objectif légitime et prioritaire des pays africains.

d'obtenteur ne s'étendent pas aussi «aux actes accomplis par tout tiers de bonne foi avant le dépôt de la demande de Certificat d'obtention végétale».

Par ailleurs, l'Accord de Bangui prévoit la possibilité d'octroi des licences obligatoires par les États membres de l'OAPI lorsque,

«L'intérêt public, en particulier l'approvisionnement de l'État membre en cause en denrées alimentaires ou la santé publique, l'exige ; ou un organe judiciaire ou administratif a jugé que la manière dont le titulaire du certificat d'obtention végétale ou son preneur de licence exploite la variété est anticoncurrentielle, et que le gouvernement est convaincu que l'exploitation de la variété en application du présent article permettra de remédier à cette pratique»³¹².

La durée de protection accordée par cet Accord de Bangui est de 25 ans à compter de la date de délivrance du Certificat. Suivant l'article 19. 2 de l'Acte de 1991 de l'UPOV, cette durée ne peut être inférieure à 20 années, à compter de la date d'octroi du droit d'obtenteur, en ce qui concerne les plantes. S'agissant des arbres et la vigne, leur durée de protection ne peut être inférieure à 25 années.

La réalisation effective de la protection du droit d'obtenteur suppose l'existence d'une procédure présentant un caractère uniforme dans les 16 pays qui constituent l'organisation OAPI.

Toujours dans cette optique juste d'assurer la sécurité alimentaire¹⁰³, parmi les limitations à l'exercice du droit de l'obtenteur, on aurait pu ajouter à l'article 30 de l'annexe X le fait que les agriculteurs conservent, échantillent et utilisent une partie des semences protégées pour ensemercer leurs champs afin de produire de nouvelles récoltes destinées à leur consommation personnelle. Il importe de souligner que dans plusieurs pays membres de l'OAPI, notamment les États sahéliens et désertiques qui sont régulièrement confrontés à des sécheresses récurrentes provoquant fréquemment des famines, il arrive malheureusement souvent que les paysans ne disposent plus de semences pour effectuer des semailles au début de la saison des pluies qui ne dure environ que hélas ! trois mois». Amadou TANKOANO, «La protection des obtentions végétales dans les États membres de l'organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)», *Revue Internationale de Droit Économique*, 2003, pp. 103-133, disponible sur

<http://www.caim.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=RIDE_171_0103>

³¹² Voir l'article 36. 1 a) de l'annexe 10 de l'Accord de Bangui.

Section 2 : La procédure de délivrance du certificat d'obtention végétale

Étant donné le rôle central que doit jouer l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) par rapport aux structures nationales de liaison, la procédure à suivre est importante. Celle-ci concerne, entre autres, le dépôt de la demande et les examens techniques.

Concernant le dépôt de la demande, il peut être fait soit directement au siège de l'organisation ou bien dans une structure nationale qui le transmet dans les cinq jours. Dans l'un ou l'autre cas, un procès verbal est dressé pour informer sur : le nom et les autres renseignements prescrits relativement au déposant, à l'obtenteur et, le cas échéant, au mandataire ; l'identification du taxon botanique (nom latin et nom commun) ; la dénomination proposée pour la variété ; une description technique succincte de la variété³¹³.

La date de dépôt de la demande est le jour de la réception de la demande à l'Organisation Africaine de la Propriété Intellectuelle (OAPI) ou auprès de la structure nationale de liaison. Si les éléments requis ne figurent pas tous dans le dossier, le demandeur est invité à procéder aux corrections nécessaires. Mais en ce cas, la date de dépôt est le jour de la réception du ou des éléments manquants dans le dossier³¹⁴.

Concernant l'examen technique, celui-ci est réalisé essentiellement à travers des essais en culture par le service compétent d'une partie contractante de la convention internationale pour la protection des obtentions végétales³¹⁵. Si les résultats du rapport d'examen ne permettent pas de statuer sur la demande, il peut être demandé, par contrat, à toute institution qualifiée, de procéder à un nouvel examen. Le déposant peut aussi être amené à faire les examens lui-même et transmettre le résultat au service national compétent.

³¹³ Article 12 de l'Annexe 10 de l'Accord de Bangui.

³¹⁴ Article 15 de l'Annexe 10 de l'Accord de Bangui.

³¹⁵ Article 18.3 de l'Annexe 10 de l'Accord de Bangui.

L'Accord ne précise pas les principes directeurs à suivre pour l'examen technique. Nul doute qu'il s'agit des principes directeurs adoptés par l'UPOV³¹⁶.

Au terme de cette brève analyse de l'Accord de Bangui, il ressort qu'il s'agit d'un instrument qui, bien que s'inspirant de la Convention UPOV, met en évidence quelques particularités. Ses initiateurs ont su développer quelques spécificités qui traduisent la situation culturelle et économique de cette partie du continent africain. Il s'agit notamment de la redéfinition plus avantageuse du privilège de l'agriculteur, de l'interdiction d'obtention de droit sur les variétés découvertes. Toutefois, selon plusieurs auteurs dont MM. Zoundjihékpou, Ékpere et Kuyek, ces concessions faites dans l'Accord de Bangui sont minimales et ne traduisent pas correctement les réalités africaines. Pour Ékpere, par exemple,

«Le système de l'UPOV s'inscrit parfaitement dans la philosophie des économies industrielles, où l'accent est mis sur la protection des investissements et des intérêts des grandes et influentes entreprises semencières, qui emploient les sélectionneurs professionnels. La situation des pays en développement est complètement différente. Les acteurs du secteur semencier et les principaux producteurs de semences, sont de petits agriculteurs ou des coopératives paysannes. Il est dès lors évident que dans ces pays, les lois devraient se focaliser et de façon appropriée, sur la protection desdits agriculteurs et de leurs intérêts en tant que sélectionneurs et utilisateurs de semences»³¹⁷.

L'organisme non gouvernemental «Action-Solidarité-Tiers-Monde» (ASTM) affirme quant-à-lui que l'agriculture constitue encore, pour la grande majorité de la population africaine, un moyen de subsistance, d'identité culturelle et communautaire alors que le système de l'UPOV par exemple est formulé par des pays où l'agriculture est un «business»

³¹⁶ K-A. N'DOUR, *op. cit.*, note 114, p. 178.

³¹⁷ GRAIN, «L'UPOV sur le sentier de la guerre», 1999, p. 5, disponible sur <<http://www.grain.org/fr/publications/upov-fr.cfm>> (dernière visite 30/03/08).

plutôt qu'un mode de vie³¹⁸. Les agriculteurs africains sont donc des sélectionneurs dont le principal objectif est d'assurer la sécurité alimentaire de leur famille. La sélection des variétés traditionnelles se fait alors sans aucune intention de réaliser des profits³¹⁹.

Les critiques sont donc nombreuses et portent, pour l'essentiel, sur les questions de développement durable; de reconnaissance des droits des agriculteurs africains et des communautés locales, etc. Est-ce pour cette raison que l'Union Africaine s'est saisie de la question pour édicter une nouvelle norme prenant en compte ces réalités africaines³²⁰?

³¹⁸ ACTION SOLIDARITÉ TIERS-MONDE (ASTM), «l'Afrique propose une loi originale», (2001), p. 1, disponible sur <http://www.astm.lu/article.php3?astm_lang=fr&id_article=183> (dernière visite 30/03/08).

³¹⁹ Jeanne, ZOUNDJIHEKPON, «L'Accord de Bangui révisé et l'annexe X relative à la protection des obtentions végétales», (2002), GRAIN, 1 : 3.

³²⁰ Il est évident que l'Accord de Bangui a suscité beaucoup de réactions en Afrique. Comme le mentionne la RAFI (Rural Advancement Foundation International), «Avant que l'encre ne sèche sur l'entente de l'OAPI, les délégués africains à une session d'une convention des Nations Unis sur la biodiversité en Colombie ont expédié une télécopie d'urgence aux responsables de brevets leur demandant de freiner leurs démarches. Simultanément, certains organismes de la société civile, dont RAFI, sonnaient l'alarme : la décision de l'OAPI pourrait mettre en péril la sécurité alimentaire de plus de vingt millions de cultivateurs pratiquant une agriculture de subsistance en Afrique occidentale francophone. Avant que les seize représentants de brevets ne rejoignent leurs capitales, les 62 membres de l'Organisation de l'unité africaine (OUA) se démenaient pour limiter les dégâts en soulignant que la décision contredisait la décision de janvier 1998 de chefs d'État qui prévoyait la création d'une stratégie panafricaine sur les espèces végétales où l'on marierait les intérêts des sélectionneurs d'obtentions végétales et l'engagement politique régionale de soutien aux Droits des Agriculteurs. L'équivalent anglophone de l'OAPI, les quatorze pays membres de l'Organisation régionale africaine de la propriété industrielle (ARIPO), annonçait comme mesure préventive qu'elle appuierait la position de l'OUA à la rencontre de mars à Harare et qu'elle ne souscrirait pas à un régime de propriété intellectuelle sur les espèces végétales. Entre-temps, les gouvernements africains et les organismes de la société civile ont demandé aux parlements des pays de l'OAPI de ne pas ratifier la décision prise par les fonctionnaires des bureaux des brevets. L'OUA aurait quelques mots à ajouter à cette initiative renégate lorsque leurs chefs d'État se réuniront à Alger du 8 au 14 juillet prochain». RAFI (Rural Advancement Foundation International), «Les petits cultivateurs pris au piège des accords sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle touchant au Commerce (ADPIC)», (1999), 1 : 4 disponible sur <http://www.etcgroup.org/upload/publication/pdf_file/370> (dernière visite 30/03/08).

Chapitre 2 : La protection des obtentions végétales au niveau de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA)

L'Organisation de l'Unité Africaine est une importante institution africaine qui a été créée en 1963. Elle fut remplacée en 2002 par une autre structure dénommée Union Africaine (UA). Les principaux objectifs de cette organisation étaient notamment,

«D'éliminer les derniers vestiges du colonialisme et de l'apartheid; de renforcer l'unité et la solidarité des États africains; de coordonner et d'intensifier la coopération en faveur du développement, de défendre la souveraineté et l'intégrité territoriale des États membres; et de favoriser la coopération internationale, dans le cadre des Nations Unies»³²¹.

Dans l'optique, d'une part, de respecter l'engagement de la plupart des pays africains vis-à-vis de l'Accord ADPIC et de la CDB, et, d'autre part, d'affirmer davantage la position du continent africain par rapport à la question de la protection des ressources biologiques par des droits de propriété intellectuelle, il fut élaborée, suite à la directive donnée par le Conseil des ministres des pays membres de l'OUA en 1998, la «Législation modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour des règles d'accès aux ressources biologiques³²²». Celle-ci a été adoptée en juillet 2001 et vise à mettre tous les pays de l'Afrique à l'avant-garde d'une autre réflexion sur l'usage du vivant³²³.

³²¹ Union Africaine, «L'Union Africaine en bref», disponible sur http://www.africa-union.org/About_AU/fmuaenbref.htm (dernière visite 15/02/08).

³²² Voir texte de la Législation modèle africaine sur http://grain.org/brl_files/oau-model-law-fr.pdf. Pour comprendre davantage les motivations et les réflexions ayant conduit à l'élaboration de cet instrument, voir les commentaires du Professeur J. EKPERE qui fut l'un des principaux rédacteurs. Ceci est dDisponible sur http://grain.org/brl_files/oau-booklet.pdf

³²³ Beni Sitack YOMBATINA, «la biodiversité à l'épreuve des droits de propriété intellectuelle : Quels enjeux pour l'Afrique?», p. 16, disponible sur <http://www.dhdi.free.fr/recherches/environnement/articles/sitackipr.doc> (dernière visite 07/03/08). Ou bien sur <http://www.dhdi.free.fr/recherches/environnement/index.htm>

Il s'agit bien d'une loi modèle destinée à fournir aux pays membres de l'Organisation, un cadre pour la formulation des lois nationales. L'objectif principal de cette législation est d'

«Assurer la conservation, l'évaluation et l'utilisation durable des ressources biologiques, y compris les ressources génétiques agricoles, et des connaissances et des technologies pour préserver et améliorer leur diversité dans l'optique de pérenniser les systèmes entretenant la vie»³²⁴.

C'est un objectif qui n'exclut pas l'exploitation des ressources végétales. Celle-ci doit être faite suivant une démarche de conservation et de durabilité. Cette position africaine suscite quelques interrogations. Peut-on concilier les objectifs d'exploitation et de conservation de

³²⁴ Les objectifs spécifiques de cette législation sont de :

- a. «Reconnaître, protéger et garantir les droits inaliénables des communautés locales, y compris des communautés agricoles sur leurs ressources biologiques et leurs variétés végétales, leurs connaissances et leurs technologies ;
- b. Reconnaître et protéger les droits des obtenteurs sur les variétés qu'ils ont mises au point ;
- c. Proposer un système approprié d'accès aux ressources biologiques, aux connaissances et technologies des communautés sous réserve d'un consentement informé préalable de l'État et des communautés locales concernées ;
- d. Promouvoir des mécanismes appropriés pour un partage juste et équitable des avantages tirés de l'utilisation des ressources biologiques, des connaissances et des technologies ;
- e. Garantir la participation réelle des communautés concernées, particulièrement de celle des femmes, dans la prise de décision concernant la répartition des bénéfices qui peuvent être tirés de l'utilisation de leurs ressources biologiques, connaissances et technologies ;
- f. Promouvoir et encourager, à l'échelle nationale et à la base, le renforcement des capacités scientifique et technologique pertinentes pour la conservation et l'utilisation durable des ressources biologiques ;
- g. Proposer des mécanismes institutionnels appropriés pour la mise en œuvre réelle et l'application des droits des communautés locales, y compris les droits des communautés agricoles et des obtenteurs, et pour la régulation des conditions d'accès aux ressources biologiques, aux connaissances et aux technologies d'une communauté ;
- h. Promouvoir la conservation, l'évaluation et l'utilisation durable des ressources génétiques agricoles, y compris celles qui présentent un intérêt horticole, sylvicole ou médicinal, en tenant particulièrement compte du rôle prépondérant joué par les femmes ;
- i. Promouvoir les améliorations de la productivité, de la rentabilité, de la stabilité et de la durabilité des principaux systèmes de culture par le biais d'un meilleur rendement et le maintien de la diversité génétique au champ ;
- j. Promouvoir l'approvisionnement des agriculteurs en matériel de multiplication de bonne qualité et ;
- k. Veiller à l'utilisation efficace et équitable des ressources phytogénétiques afin de renforcer la sécurité alimentaire nationale.»

la biodiversité ? Quels sont les droits consacrés par cet instrument (section 1) ? Quelle est la procédure à suivre pour accéder aux ressources végétales de ce continent (section 2) ?

Section 1 : La Législation modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour des règles d'accès aux ressources biologiques

Les droits proclamés par cette «Législation modèle» prennent essentiellement en compte trois importants acteurs que sont les communautés locales, les agriculteurs et les obtenteurs.

Concernant les premiers acteurs, c'est-à-dire les communautés locales³²⁵, l'article 17 dispose que l'État leur reconnaît des droits sur :

«Leurs ressources biologiques ; le droit de profiter collectivement de l'utilisation de leurs ressources biologiques ; leurs innovations, pratiques, connaissances et technologies acquises au fil des générations ; le droit de profiter collectivement de l'utilisation de leurs innovations, pratiques, connaissances et technologies ; le droit d'exploiter leurs innovations, pratiques, connaissances et technologies pour la conservation et l'utilisation durable de la diversité biologique ; l'exercice de droits collectifs en tant que détentrices et utilisatrices légitimes de leurs ressources biologiques».

De plus, l'État doit reconnaître et protéger «les normes, les pratiques et les lois coutumières (...), qu'elles soient écrites ou non»³²⁶. Tout accès à une ressource biologique, par exemple, doit être soumis au «consentement informé préalable (CIP) de la ou des communautés concernées»³²⁷. Les droits des communautés sont inaliénables et «aucune barrière légale n'entravera le système d'échange traditionnel des communautés locales»³²⁸. Celles-ci ont le

³²⁵ Selon l'article premier de la «Législation modèle», une Communauté locale est une «population humaine dans une zone géographique donnée qui jouit de la propriété sur ses ressources biologiques, innovations, pratiques, connaissances et technologies partiellement ou totalement gouvernées par ses propres coutumes, traditions ou lois.»

³²⁶ Article 18 Législation modèle africaine.

³²⁷ Article 19 Législation modèle africaine.

³²⁸ Article 22 Législation modèle africaine

droit d'interdire tout accès à leurs ressources biologiques, innovation ou pratique si l'intégrité de leur patrimoine naturel ou culturel est en jeu³²⁹. Enfin, l'article 24 alinéa 3 de cette «Législation modèle» stipule que «le non enregistrement de toute innovation, pratique, connaissance ou technologie des communautés ne signifie pas que celle-ci n'est pas protégée par les droits intellectuels communautaires».

Il ressort de cette série de dispositions (inspirées de l'article 8j de la Convention sur la diversité biologique³³⁰) en faveur des communautés locales africaines que les droits de propriété intellectuelle sont une affaire propre à la communauté. L'appropriation dans l'intérêt d'une seule partie (par exemple l'inventeur) n'est pas permise. L'État assure un rôle primordial de régulation dans l'intérêt de toute la communauté. Ainsi, ces dispositions de la Législation modèle font appel à la notion de droits collectifs. Compte tenu des réalités africaines, caractérisées par la transmission orale des connaissances traditionnelles, la Législation modèle précise que celles-ci doivent être protégées par des droits de propriété.

Concernant les deuxièmes acteurs c'est-à-dire les agriculteurs, la Législation modèle leur accorde une attention particulière. Contrairement à la Convention UPOV qui parle de «privilège de l'agriculteur» (devenu facultatif avec les Actes de 1991), cette législation africaine reconnaît plutôt des droits. Rappelons que cette notion de «droits des agriculteurs» est intervenue pour la première fois dans les années 70 lors des débats du Fonds des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO). Il s'agissait de se prononcer sur les disparités entre les droits des obtenteurs et les prérogatives des agriculteurs³³¹. Selon l'article 27.d) et e) de la Législation modèle, le droit des agriculteurs comprend «La conservation, l'utilisation, l'échange et la vente de semences et de matériel de multiplication issus de l'exploitation ; et l'utilisation d'une nouvelle variété sélectionnée par un obtenteur et protégée par la présente loi dans la création de variétés locales ».

³²⁹ Article 20 Législation modèle africaine.

³³⁰ *Supra*, p. 100-101.

³³¹ K. A. NDOUR, *op. cit.*, note 114, p. 104.

En outre, cette Législation modèle insiste sur «la contribution des communautés agricoles locales pour la conservation, le développement et l'utilisation durable des ressources génétiques». A cela s'ajoute un champ d'application très spécifique; c'est-à-dire que « les variétés des agriculteurs sont reconnues et protégées conformément aux pratiques et lois coutumières en vigueur dans les communautés agricoles locales concernées, qu'elles soient écrites ou non»³³². Enfin, il est à remarquer que cette Législation modèle fait une distinction entre les variétés locales (soumises aux droits de propriété communautaires) et celles industrielles sur lesquelles existent des restrictions³³³. Ainsi, on peut retenir que cet instrument juridique africain accorde une certaine protection des droits des agriculteurs. Ces derniers ont la faculté d'échanger les semences qu'ils ont conservées : il s'agit d'un droit fondamental en Afrique³³⁴.

En dehors des agriculteurs, la Législation modèle organise également les droits de l'obteneur afin de valoriser sa contribution au développement du continent. Ainsi, elle entend reconnaître et protéger leurs droits sur les variétés qu'ils ont mises au point, bien que, de façon générale, l'Afrique soit moins favorable au brevetage du vivant³³⁵. Cette reconnaissance présente des particularités qui reflètent la culture et le niveau de

³³² Article 26 Législation modèle africaine.

³³³ L'article 27. 2 de la Législation modèle stipule qu'«un agriculteur ne pourra pas vendre des semences ou du matériel de multiplication issus d'une sélection industrielle protégée dans un but commercial.»

³³⁴ Johnson EKPERE, (ancien secrétaire général de l'Organisation de l'Unité Africaine (OUA) et un des principaux rédacteurs de la Législation modèle) «Loi-Modèle de l'OUA pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques», p. 178, <www.ictsd.org/pubs/ictsd_series/iprs/dakar/Dakar_chapter11.pdf> (dernière visite 22/02/08)

³³⁵ C'est ce qui ressort des communications adressées au secrétariat de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Selon celle du 26 juin 2003, le groupe africain stipulait que «Les brevets sur les formes de vie sont contraires à l'éthique, et l'Accord sur les ADPIC devrait les interdire, en modifiant la prescription imposant de prévoir des brevets pour les micro-organismes et pour les procédés non biologiques et microbiologiques d'obtention de végétaux ou d'animaux. De tels brevets sont contraires aux normes morales et culturelles de nombreuses sociétés parmi les Membres de l'OMC.», voir document IP/C/W/404 du 26 juin 2003 du secrétariat de l'OMC, disponible sur <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/art27_3b_f.htm> (dernière visite 22/02/08). C'est ce qu'affirme également l'article 9 de la Législation modèle.

développement du continent. Ainsi, il apparaît intéressant de savoir ce que recouvre la protection qu'accorde cette Législation modèle aux obtenteurs.

Selon l'article 40 de la Législation modèle, le droit des obtenteurs découle « des efforts et des investissements effectués [...] pour élaborer de nouvelles variétés végétales [...] et constitue la reconnaissance et la récompense économique de ces efforts ». Ce droit concerne, selon l'article 42, l'exclusivité de produire, de vendre ou d'accorder une licence pour une variété nouvelle. Cette dernière doit répondre aux conditions classiques de distinction, d'homogénéité et de stabilité³³⁶.

Dans cette législation africaine, les droits d'obtenteur se trouvent très limités. Ainsi, dans les articles 43 et 45, portant respectivement sur les limites du droit d'obtenteur et la limitation de l'exercice du droit d'obtenteur, on apprend que toute personne peut cultiver, multiplier et utiliser des plantes d'une variété faisant l'objet d'un droit d'obtenteur dans un but non commercial ; vendre des plants ou du matériel de multiplication de cette variété comme produit alimentaire ou pour tout autre usage que la culture des plants ou la multiplication de cette variété ; cultiver la variété protégée comme produit alimentaire destiné à la consommation personnelle ou à la vente ; utiliser la variété protégée pour mener à bien des activités de sélection, de recherche ou de formation ; de plus, le droit d'obtenteur peut être soumis à des restrictions « dans l'intérêt public » ou pour des raisons de sécurité alimentaire.

Au terme de l'article 46 de la Législation modèle, le droit d'obtenteur sur une variété végétale est, à compter du jour où il est reconnu, de 20 ans pour les cultures annuelles et de 25 ans lorsqu'il s'agit d'arbres, de vignes et d'autres espèces pérennes.

³³⁶ Article 41 Législation modèle africaine.

On se rend compte que l'obteneur jouit d'un droit qui se trouve en concurrence avec celui des agriculteurs et des communautés locales. Les avantages découlant des inventions biotechnologiques doivent profiter à tous les acteurs concernés. L'État est le garant du bon déroulement du processus de négociation. Selon M. Ékpere, la Législation modèle de l'OUA a été développée en tenant dûment compte des meilleures pratiques implicites dans d'autres instruments internationaux tout en gardant à l'esprit l'intérêt majeur de l'Afrique³³⁷. Elle a établi un ensemble de règles visant à assurer un bon déroulement de l'accès aux ressources biologiques.

Section 2 : Les règles d'accès aux ressources biologiques

Selon l'article 3 de la Législation modèle, l'accès aux ressources biologiques ou aux connaissances locales doit être subordonné à un Consentement Informé Préalable (CIP) et à une autorisation écrite tant de l'État que des communautés locales. Le demandeur doit fournir des renseignements pouvant l'identifier clairement ainsi que les ressources auxquelles il veut accéder, le type de collaboration locale qu'il prévoit, le site qu'il choisit, la méthode qu'il compte utiliser, le risque que cela comporte pour l'environnement, la destination des recherches, les avantages économiques, sociaux, techniques, biotechnologiques, scientifiques, environnementaux ou autres attendus; les mécanismes et méthodes de partage des bénéfices ; la description de l'innovation en lien avec la ressource biologique et enfin l'évaluation de l'impact environnemental et socioéconomique sur au moins trois générations lorsqu'il s'agit de collecte importante³³⁸.

Toute demande d'accès aux ressources doit faire l'objet d'une diffusion large afin de recueillir tous les avis sur le projet de prélèvement. Ceci se fera par exemple au «registre public ou au journal officiel».

³³⁷ J. EKPERE, *loc. cit.*, note 334, p. 178.

³³⁸ Voir l'article 4.1 Législation modèle africaine.

L'obteneur doit satisfaire à plusieurs obligations dont, entre autres, le respect des limites qualitatives et quantitatives fixées par l'autorité compétente nationale, le dépôt du double de chaque spécimen recueilli, l'interdiction de transférer, sans autorisation, à un tiers les résultats de la collecte des ressources, l'interdiction de déposer une demande de brevet sur les ressources prélevées, le versement des compensations à l'État ou communautés locales concernés, le respect des textes en vigueur dans l'État de prélèvement³³⁹.

La Législation modèle prévoit trois types de permis d'accès aux ressources biologiques. On distingue le permis de recherche académique, le permis de recherche commerciale et le permis d'exploitation commerciale. Aucun cumul de permis n'est autorisé sauf dérogation spéciale de la part de l'autorité compétente³⁴⁰. En cas de non respect des obligations, des sanctions sont prévues allant jusqu'au retrait du permis conformément aux articles 14 à 16 de cette Législation modèle.

À l'issue de l'analyse de cette importante législation africaine, on peut retenir qu'il s'agit d'un instrument qui fait essentiellement la synthèse entre les exigences de l'Accord ADPIC et la CDB. Pour le premier, la Législation modèle répond à l'obligation de protection par un «système sui generis efficace» des ressources végétales; et, pour la deuxième, elle reprend à son actif les préoccupations de partage équitable, de protection de l'environnement, de conservation de la nature, etc. Au-delà de la satisfaction de ces exigences, la Législation modèle développe des particularités qui reflètent la culture, les coutumes et les données socio-économiques du continent africain. Ainsi, on peut y retrouver des dispositions relatives aux droits des communautés locales, d'interdiction de brevetabilité du vivant, d'accès aux ressources biologiques.

³³⁹ Voir l'article 8.2 de la Législation modèle.

³⁴⁰ Voir l'article 13 de la Législation modèle.

Toutes les conditions sont donc réunies pour que cette législation africaine soit effectivement un modèle d'inspiration des lois nationales. Mais force est de constater qu'il existe des difficultés qui entravent sa mise en œuvre³⁴¹. Au nombre de celles-ci on peut citer le manque d'information, le manque de moyens techniques, humains et financiers pour accompagner le processus et enfin l'existence d'une forte pression extérieure sur les États individuellement ou sur l'organisation elle-même³⁴². À cet effet, on peut citer l'exemple de la réunion qui s'est tenue en mai 2001 entre l'OUA, l'UPOV et l'OMPI, dans le but de commenter la «Législation modèle». L'objectif de départ consistant à s'échanger des informations et des conseils, s'est transformé en une tentative de modifier l'ensemble du processus de l'OUA. Les deux autres institutions ont tenté de faire changer les principes et les objectifs de la «Législation modèle» en soumettant des remarques visant à amener cette dernière à se conformer à leur vision des droits de propriété intellectuelle. Ainsi, l'OMPI a soumis quatre pages de remarques. Parmi celles-ci, on trouve par exemple le rejet du principe d'inaliénabilité des droits des communautés. Les responsables de l'UPOV quant à eux, ont retravaillé plus de 30 articles de la «Législation modèle» afin de la rendre conforme aux standards de leur propre convention³⁴³.

³⁴¹ Comme l'écrit le Professeur J. EKPERE, «l'idée d'une option « sui generis » a été bien perçue, mais l'adoption de la Loi-modèle a été lente. Une revue des pays africains qui sont en train d'élaborer des législations et d'adopter le cadre juridique type suggère un classement en quatre catégories :

Les pays qui ont plusieurs variantes de « sui generis », renfermant des éléments de la Loi-modèle et qui ont la capacité interne pour leur mise en oeuvre. Ce groupe comprend l'Afrique du sud, l'Egypte, la Namibie et le Zimbabwe.

Les pays ayant des législations habilitantes en instance au parlement, par exemple le Kenya, l'Ouganda et le Nigeria.

Les pays d'Afrique de l'ouest et d'Afrique centrale francophones (Membres de l'OAPI) qui, à travers la révision et la ratification de l'Accord de Bangui, ont adhéré au « sui generis » du type UPOV.

Les pays n'ayant pas de législation et qui envisagent seulement maintenant la possibilité de développer un système « sui generis » de protection, sur le modèle de la Loi-modèle de l'OUA ou d'autres formes de législation. La majorité des pays africains appartiennent à cette catégorie et sont en train d'envisager sérieusement le recours à la Loi-modèle. Ils subissent des pressions extérieures pour ne pas le faire». J. EKPERE, *loc cit.*, note 334, p. 179.

³⁴² GRAIN, «Entretien avec le professeur Johnson Ekpere», 2003, disponible sur <<http://www.grain.org/seedling/?id=310>> (dernière visite 22/02/08).

³⁴³ DÉVELOPPEMENT DURABLE, «Les systèmes sui generis de droit de propriété sur le vivant», 15 mai 2007, disponible sur <<http://dvpmtdurable.blogspot.com/search/label/Biodiversit%C3%A9>> (dernière visite 22/02/08).

En somme, on peut retenir que l'existence de plusieurs instruments juridiques internationaux (Convention UPOV, l'Accord ADPIC, la CDB) pour la protection des droits de propriété intellectuelle ouvre l'opportunité pour les pays d'avoir des éléments pour réglementer un domaine en pleine expansion qu'est celui des biotechnologies végétales. Cette multitude de mécanismes, sème parfois la confusion puisqu'ils défendent des intérêts et des démarches différents. C'est le cas par exemple de l'accord ADPIC qui prône le cumul de protection (brevet ou système sui generis efficace) pour les variétés végétales. Ceci renforce les droits de l'obteneur et laisse peu de place aux droits des agriculteurs, des communautés locales tels que prôner par la convention sur la diversité biologique ou le Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture. Dans cette logique, et pour répondre à ses engagements internationaux, l'Afrique a développé, de son côté, une autre approche visant à : concilier quelques exigences inscrites dans ces mécanismes internationaux et aussi, répondre aux réalités de l'agriculture et des pratiques coutumières africaines³⁴⁴.

Ceci pose indubitablement la question des limites de tous ces instruments internationaux. Au-delà de ces limites, existent-ils des approches de solutions pertinentes? (3^e partie).

³⁴⁴ Voir à l'annexe 1 quelques points de comparaison entre la CDB, le Traité sur les ressources phytogénétiques et la Législation modèle africaine.

Troisième partie : Les limites et perspectives de la protection internationale des plantes

De l'analyse des principaux instruments internationaux que sont la Convention UPOV, l'Accord ADPIC, la CDB et le Traité de la FAO, il ressort qu'il existe quelques difficultés. Que ce soit les deux premiers, conçus spécialement pour sauvegarder les intérêts des inventeurs, et les deux derniers, ayant pour objectif de prendre en compte la biodiversité et les droits communautaires, aucun d'eux ne répond entièrement aux attentes des États contractants. Les critiques sont nombreuses et proviennent de milieux divers dont notamment les associations de défenses des droits des communautés locales, la doctrine et les ressortissants des pays développés et en voie de développement.

Pour ces associations, la législation sur les obtentions végétales est l'un des facteurs responsables de l'érosion génétique et de l'emprise corporative des compagnies agrochimiques sur les ressources génétiques des pays en voie de développement. C'est un processus qui marque une nouvelle forme de « colonisation », la fin des pratiques agricoles traditionnelles et l'achat à « prix d'or » des produits d'innovation issus de leur biodiversité auprès des firmes semencières qui n'ont que pour seule logique le profit, la fructification de leurs intérêts marchands à travers le monde³⁴⁵. Selon GRAIN par exemple, « l'UPOV est sur le sentier de la guerre »³⁴⁶ tant que les intérêts des plus faibles ne sont pas respectés.

Pour une partie de la doctrine, il urge de dénoncer ces conventions à cause des problèmes entourant leur mise en œuvre, leur inadaptation aux particularités des plantes et leur manque de souplesse juridique³⁴⁷.

³⁴⁵ GRAIN, *loc. cit.*, note 77, p. 3.

³⁴⁶ GRAIN, *loc. cit.*, note 317.

³⁴⁷ Comme l'écrit M. GALLOUX, « C'est au plan de la brevetabilité du produit végétal que les difficultés se sont manifestées. Plusieurs principes fondamentaux du droit des brevets apparaissent d'emblée difficilement

En ce qui concerne les pays en voie de développement, ces mécanismes, surtout l'accord sur les ADPIC et la Convention UPOV, constituent un prétexte visant à les dépouiller de leurs ressources au profit des multinationales telles Monsanto, Novartis, etc. Selon Mme Shiva, il s'agit ni plus ni moins d'une stratégie des «multinationales pour affamer le tiers-monde» et d'un «terrorisme alimentaire»³⁴⁸.

Les pays développés quant à eux, avec comme chef de file les États-Unis, visent à renforcer les droits afin d'empêcher toute contrefaçon ou atteinte aux droits acquis sur les plantes grâce au système de propriété industrielle. Ces pays, qui ont une certaine avance dans le domaine des biotechnologies perçoivent les droits de propriété intellectuelle comme le fruit de la créativité et de l'effort intellectuel de leurs industries. Pour eux, c'est un droit légitime pour ces dernières de bénéficier d'un monopole sur leurs inventions. Ils estiment qu'en l'absence de cette protection et de la promesse d'une récompense ultérieure, les travaux de recherche et de développement qui mènent à des inventions et à de nouveaux produits seraient compromis. Ils avancent que, l'institution des droits de propriété intellectuelle rend l'invention accessible aux pays pauvres. Ces derniers peuvent donc bénéficier de la technologie et combler par cette occasion leur retard³⁴⁹.

transposables à la création végétale. D'abord, la découverte de manière fortuite, à la suite d'une opération banale, d'une variété intéressante, ne peut être manifestement protégée. D'une façon générale, l'activité inventive est contestable en raison du caractère répétitif du travail d'obtention, essentiellement basé sur un travail d'hybridation. La nouveauté absolue reconnue par le droit européen s'accorde par ailleurs mal avec la nécessité de développer les variétés en plein champ concomitamment à la recherche d'une protection. Enfin, la description telle qu'elle est exigée en droit des brevets n'a pas sa place dans le droit d'obtention végétale : une fois que la variété est obtenue, il est quasiment impossible d'exposer, de manière suffisamment claire et complète pour qu'un homme du métier puisse l'exécuter, l'«enseignement» nécessaire à cette obtention. Voir J-C. GALLOUX, *op. cit.*, note 88, p. 266.

³⁴⁸ Il s'agit du titre d'un ouvrage de Mme Vandana SHIVA, qui s'intitule, *Le terrorisme alimentaire : Comment les multinationales affament le tiers-monde*, Paris, Fayard, 2001.

³⁴⁹ GRAIN, *loc. cit.*, note 77.

Compte tenu de cette divergence de point de vue, il s'avère important d'analyser certaines de ces limites qui entravent la mise en œuvre des droits proclamés (Titre 1) et en définitive d'esquisser quelques pistes de réflexion en vue d'une amélioration (Titre 2).

Titre 1 : Les limites à la protection des plantes

Les quatre principaux instruments internationaux que sont la Convention UPOV, l'Accord ADPIC, la CDB et le Traité de la FAO consacrent des droits et principes qui ne font pas l'unanimité. De réelles difficultés existent et se présentent principalement sous trois aspects. On distingue les difficultés d'ordre juridique ayant trait aux différentes normes internationales apparemment contradictoires édictées pour la protection des plantes (chapitre 1); les difficultés d'ordre conceptuel par rapport au processus d'appropriation (chapitre 2) et enfin celles liées aux conséquences probables de ces systèmes de protection sur l'économie et l'environnement des pays en développement, en particulier (chapitre 3).

Chapitre 1 : La disparité des objectifs et conflits d'intérêts

La problématique portant sur la protection des plantes par des droits de propriété intellectuelle est révélatrice des disparités souvent observées au sein de la communauté internationale. Celles-ci s'accroissent davantage lorsque les enjeux et les intérêts à préserver sont considérables.

L'analyse des objectifs des instruments internationaux évoqués ci-dessus démontre, à priori, l'existence d'une ligne de démarcation philosophique et institutionnelle. En effet, l'existence par exemple de la Convention sur la diversité biologique, d'un côté, et de l'Accord ADPIC et la Convention UPOV, de l'autre, est une parfaite illustration de ce climat de différence d'approches sur une même problématique; c'est-à-dire la protection des plantes. Mme Maljean-Dubois parle de piétinement institutionnel s'expliquant par la lourdeur des discussions internationales qui, de surcroît, restent éclatées entre des institutions aux finalités potentiellement antagonistes. D'un côté, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) qui prône la séparation du travail juridique entre propriété

intellectuelle et biodiversité et de l'autre les institutions telles celle relative à la CDB et le Fonds des Nations Unies pour l'agriculture et l'alimentation (FAO), qui manifestent apparemment peu de prise sur les questions en jeu³⁵⁰.

Cette situation interpelle toute personne intéressée par cette problématique. Comment comprendre qu'en moins de cinq ans la communauté internationale a adopté des textes qui reconnaissent les droits de propriété intellectuelle sur les plantes, mais qui semblent opposés à plusieurs points de vue? Ceci est, à notre avis, une cause fondamentale des difficultés d'application de l'Accord sur les ADPIC et de la convention pour la protection des obtentions végétales, surtout dans les pays en développement qui, apparemment, se reconnaissent plus dans la Convention sur la Diversité Biologique et le Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture.

Une étude comparative de la CDB et l'Accord sur les ADPIC par exemple révèle qu'il existe des différences notables. Celles-ci ont trait, entre autres, aux objectifs poursuivis, aux régimes de protection prévus, aux destinataires visés, aux relations possibles à envisager avec les pays en voie de développement, aux mécanismes adoptés afin de faire respecter les droits.

Concernant les objectifs visés, il est aisé de constater qu'ils ne sont pas identiques d'une convention à l'autre. La CDB vise la conservation de la diversité biologique, l'utilisation durable de ses éléments et le partage juste et équitable des avantages découlant de l'utilisation des ressources génétiques³⁵¹. L'Accord ADPIC vise, au contraire, à «réduire les distorsions et entraves en ce qui concerne le commerce international»³⁵² avec pour toile de fond une promotion efficace des droits de propriété intellectuelle qui sont considérés

³⁵⁰ Sandrine MALJEAN-DUBOIS, « Biodiversité, biotechnologies, biosécurité : le droit international désarticulé », (2000), no 4, *JDI*, p. 949 et s

³⁵¹ Voir l'article 1^{er}, de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB).

³⁵² Voir le 1^{er} préambule de l'Accord sur les ADPIC.

comme des « droits privés »³⁵³. Il n'est pas question d'instauration systématique d'une règle de partage juste et équitable des avantages. Étant donné que les innovations sont le plus souvent le fruit des recherches des sociétés privées, les bénéfices financiers qui en résulteront ne pourront être partagés que moyennant l'accord des détenteurs de ces droits. Le partage des ressources devenant ainsi tributaire non pas de la volonté des États mais de celle des détenteurs des droits de propriété intellectuelle³⁵⁴.

En réponse, par exemple, à une demande du secrétariat de la Convention sur la Diversité Biologique relative à l'accès aux ressources génétiques et au partage des avantages, le Conseil de l'UPOV concluait que la création variétale est un aspect fondamental de l'utilisation et du développement durable des ressources génétiques. L'accès à ces ressources génétiques est une condition essentielle de tout progrès durable et substantiel dans la création variétale. La notion d'exception en faveur de l'obteneur figurant dans la Convention de l'UPOV, en vertu de laquelle les actes accomplis aux fins de la création de nouvelles variétés ne sont soumis à aucune restriction, traduit l'opinion selon laquelle les obtenteurs du monde entier ont besoin d'accéder à toutes les formes de matériel phytogénétique pour faire progresser au mieux la création variétale et, ainsi, optimiser l'utilisation des ressources génétiques dans l'intérêt de tous. Cette Union estime qu'elle consacre déjà quelques principes intrinsèques de partage des avantages sous la forme de l'exception en faveur de l'obteneur, de l'agriculteur et de toute personne utilisant la variété protégée dans le cadre privé et sans but commercial, et que, toute autre mesure de partage des avantages créerait des obstacles inutiles au progrès en matière de création variétale et d'utilisation des ressources génétiques³⁵⁵.

³⁵³ Voir le 4^e considérant de l'Accord sur les ADPIC.

³⁵⁴ N. de SADELEER, C-H. BORN, *op. cit.*, note 21 p. 419.

³⁵⁵ CONSEIL DE L'UPOV, «Accès aux ressources génétiques et partage des avantages : Réponse de l'UPOV à la notification du 26 juin 2003 émanant du secrétaire exécutif de la Convention sur la diversité biologique (CDB)», 23 octobre 2003, p. 5, disponible sur http://www.upov.int/export/sites/upov/fr/news/2003/pdf/cbd_response_oct232003.pdf (dernière visite 28/08/08).

Concernant les destinataires des régimes de protection, l'Accord ADPIC assure une protection internationale des personnes détentrices de droit de propriété intellectuelle dans tout domaine technologique. La CDB, par contre, veille à garantir un objectif d'intérêt public se traduisant par la conservation de la diversité biologique en tant que patrimoine de l'État³⁵⁶. Elle contribue indirectement à la sauvegarde d'intérêts privés mais de façon concertée. C'est ce qui ressort de l'article 15. 7 qui stipule que «chaque partie contractante doit prendre des mesures législatives, administratives ou de politiques générales» en vue du partage équitable des avantages commerciaux de l'utilisation des ressources génétiques.

En ce qui concerne les possibles relations avec les pays en voie de développement et les communautés locales, ni l'Accord ADPIC, ni la Convention UPOV surtout l'Acte de 1991, ne reconnaissent les droits de ces communautés locales relatifs à l'usage traditionnel des ressources biologiques contrairement à la Convention sur la diversité biologique qui met un accent particulier sur ces points. Cette dernière reconnaît à l'article 8j, «les droits légitimes des communautés locales» et appelle à «protéger et à conserver l'usage coutumier des ressources biologiques» dans l'article 10 c). Aussi, elle organise un régime spécial d'aide financière, technique et humaine aux États les plus démunis pour atteindre ses objectifs. À cet effet, il a été retenu des dispositions relatives à la recherche et la formation³⁵⁷, à l'accès à la technologie et le transfert de celle-ci à des conditions justes et plus favorables³⁵⁸, à la coopération scientifique et technique³⁵⁹, à la pleine participation des pays en voie de développement aux recherches menées par les pays développés³⁶⁰.

³⁵⁶ Voir l'article 3 Convention sur la diversité biologique.

³⁵⁷ Voir l'article 12 Convention sur la diversité biologique.

³⁵⁸ Voir l'article 16 Convention sur la diversité biologique.

³⁵⁹ Voir l'article 18 Convention sur la diversité biologique.

³⁶⁰ Voir l'article 15. 6 Convention sur la diversité biologique.

L'Accord ADPIC par exemple ne reconnaît que des droits individuels. Pour cet Accord, les connaissances traditionnelles³⁶¹ des populations locales ne satisfont pas au critère de nouveauté puisqu'elles existent depuis longtemps. Les droits de propriété intellectuelle pourraient donc permettre à leurs détenteurs d'exploiter les innovations et créativité des communautés indigènes sans contrepartie. Cette situation prive ces communautés des bénéfices économiques, essentiels à leur survie³⁶². Par ailleurs, en référence à la clause de « la nation la plus favorisée »³⁶³ retenue dans le cadre de cet Accord et dont l'application est étendue tant à la protection qu'à l'exercice des droits de propriété intellectuelle, il est pratiquement inadmissible de faire une discrimination en faveur des pays en voie de développement. Il en résulte, en principe, qu'un pays développé ne peut accorder de préférences impliquant l'exonération de certains droits de propriété intellectuelle sans qu'il soit tenu d'accorder les mêmes préférences à tous les autres membres de l'Organisation mondiale du commerce. De plus, les mesures nationales destinées à favoriser le transfert de technologies, conformément à l'article 16 de la Convention sur la diversité biologique - qui dispose que l'accès à la technologie et le transfert de celle-ci doivent être assurés aux pays en voie de développement à des conditions justes et plus favorables y compris à des conditions de faveur et préférentielles, s'il en est ainsi mutuellement convenu (...) - pourraient entrer en conflit avec cette clause de la nation la plus favorisée au cas où certaines parties seraient avantagées. En outre, l'Accord ADPIC prévoit qu'il est possible

³⁶¹ «Les connaissances traditionnelles englobent le savoir, les innovations et les pratiques de populations autochtones ou locales, qui sont l'expression des pratiques et modes de vie traditionnels adaptés à l'environnement immédiat. Historiquement, ces connaissances ont été transmises oralement au fil des générations, à la manière d'un apprentissage; ces connaissances pratiques (...) ou religieuses peuvent être communiquées publiquement ou secrètement». Cette définition est tirée du Rapport du Comité Consultatif Canadien de la Biotechnologie intitulé «Brevetabilité des formes de vie supérieures et enjeux connexes», Juin 2002 p. 22.

³⁶² G. TANSEY, *loc. cit.*, note 47, p. 21. À ce propos, MM. de Sadeleer et Born écrivaient que «l'ADPIC récompense l'innovation technique au détriment des savoirs séculaires. Ils ne voient pas comment la grande majorité des communautés indigènes rempliraient les conditions de brevetabilité pour protéger les savoirs traditionnels. Et même si elles y parvenaient, elles se trouveraient confrontées aux problèmes d'expertise et de ressources financières pour faire valoir leurs droits». N. de SADELEER, C-H. BORN, *op. cit.*, note 21 p. 420 et s.

³⁶³ Voir l'article 4 de l'Accord sur les ADPIC.

de jouir des droits découlant du brevet «sans discrimination quant au lieu d'origine du brevet»³⁶⁴, alors que la Convention sur la diversité biologique (CDB) prévoit la redistribution des bénéfices de la commercialisation des inventions technologiques aux États détenteurs de ces ressources, ce qui implique, à tout le moins, que le lieu d'origine du matériel génétique utilisé dans l'invention soit mentionné³⁶⁵.

S'agissant des mécanismes destinés à assurer la mise en œuvre, la Convention sur Diversité Biologique (CDB) présente une certaine faiblesse puisque son application est sujette au bon vouloir des États parties. Non seulement elle ne prévoit pas au plan interne des mesures de contrôle similaires à celle de l'Accord ADPIC, mais aussi le système de règlement des différends est tout aussi peu efficace en raison de la possibilité de choix qu'ont les parties entre le règlement politique, l'arbitrage et le recours à la Cour Internationale de Justice (CIJ)³⁶⁶.

L'Accord ADPIC quant à lui, présente un régime très efficace pour garantir la mise en œuvre des droits. Il bénéficie, de tous les accords de l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC), des meilleures garanties techniques d'effectivité³⁶⁷. Au plan interne, il oblige les États parties à faire respecter les droits de propriété intellectuelle aux moyens de procédures civiles, administratives et pénales³⁶⁸. Au niveau international, il y a le Conseil

³⁶⁴ Voir l'article 27. 1 de l'Accord sur les ADPIC.

³⁶⁵ N. de SADELEER et C-H. BORN, *op. cit.*, note 21, p. 420.

³⁶⁶ L'article 27 de la Convention sur la diversité biologique stipule que :

1- En cas de différend entre parties contractantes touchant l'interprétation ou l'application de la présente Convention, les parties concernées recherchent une solution par voie de négociation.

2- Si les parties concernées ne peuvent pas parvenir à un accord par voie de négociation, elles peuvent conjointement faire appel aux bons offices ou à la médiation d'une tierce partie.

Selon les alinéas 3 et 4, les parties peuvent recourir aussi à l'arbitrage ou à Cour internationale de justice. Mais aucune d'elles n'est obligée de procéder de la sorte s'il est possible de trouver une conciliation.

³⁶⁷ N. de SADELEER et C-H. BORN, *op. cit.*, note 21, p. 422.

³⁶⁸ Voir les articles 1.1; 51 à 61 Accord sur les ADPIC.

de l'ADPIC³⁶⁹ et l'Office de Règlement des Différends (ORD) qui assurent une protection efficace des droits.

Au terme de cette brève étude comparative entre ces mécanismes, il convient de retenir qu'il existe une différence idéologique entre la Convention sur la Diversité Biologique, d'une part, et la Convention de l'UPOV et l'Accord sur les ADPIC, de l'autre. C'est une situation qui ne laisse personne indifférente. L'opposition entre ces deux tendances se décline d'une certaine manière au point où l'on peut être amené à «choisir son camp»³⁷⁰. Il est clair que les difficultés de mise en œuvre, dans certains États, de ces instruments juridiques découlent, en grande partie, de cette différence.

Il existe également une autre difficulté relative au processus d'appropriation des ressources biologiques.

Chapitre 2 : L'appropriation du vivant végétal : Bio prospection ou bio piraterie?

Le processus d'appropriation de la matière végétale n'a pas la même signification partout. Si pour les uns, il s'agit d'une bio prospection, pour les autres, par contre, il s'agit bel et bien de bio piraterie. Les populations des pays en voie de développement avancent que tout est mis en œuvre pour les dépouiller de leurs connaissances des plantes au profit des grandes firmes semencières. Ces connaissances donneront droit à des brevets et il leur reviendrait de payer une redevance afin de pouvoir en bénéficier³⁷¹.

³⁶⁹ Voir l'article 68 Accord sur les ADPIC.

³⁷⁰ C. NOIVILLE, *loc. cit.*, note 2, p. 116.

³⁷¹ V.SHIVA, *op. cit.*, note 19, p. 116. «Dans le domaine de la biodiversité, une partie importante des connaissances est un bien commun et, comme tout bien commun, son usage devrait rationnellement conduire au paiement d'une redevance sous une forme ou sous une autre pour reconstituer ou améliorer ce capital collectif. Cette question trouve une application particulière dans le domaine du vivant puisque des firmes

Concernant la bio prospection, elle se définit comme étant «un type de contrats établissant des normes devant régir la cession de ressources génétiques à des fins de recherche et éventuellement de commercialisation en échange d'avantages accordés à la partie reconnue comme fournisseur (...)»³⁷². C'est une approche globale prenant en compte tous les intérêts des différentes parties. L'objectif est de permettre aux agriculteurs d'exercer leurs droits sur leurs semences, de protéger les variétés végétales locales et d'en avoir un droit d'utilisation sans restriction. En avril 2002, les États signataires de la Convention sur la diversité biologique ont adopté les *Lignes directrices de Bonn* sur l'application de l'objectif du partage des avantages³⁷³. Ces Lignes directrices constituent un cadre de référence et de facilitation des négociations entre les différentes parties à savoir, les firmes et les communautés locales.

En Afrique, par exemple, il existe plusieurs accords de bio prospection dans plusieurs pays tels que le Bénin, le Kenya, l'Ouganda, l'Afrique du Sud qui donnent des résultats assez avantageux pour les différents acteurs. En Afrique du Sud par exemple, cette bio prospection a permis au *Council for scientific and industrial research* (CSIR), qui est un

peuvent déposer un brevet donnant un droit de propriété exclusif sur une partie d'information génétique détenue jusque là sous une forme collective. C'est le cas des propriétés médicinales des plantes de la pharmacopée traditionnelle de certains peuples ou des améliorations génétiques produites par les pratiques agricoles. Le cadre de l'ADPIC ne reconnaît pas ce caractère de bien public des connaissances. Celui qui dépose un brevet sur la base de connaissances préexistantes ne doit rien aux détenteurs de ces connaissances ; en revanche, il peut bloquer toute adaptation de son innovation par d'autres quelle que soit la quantité de connaissances collectives qu'il a utilisée pour obtenir l'innovation brevetée. Il peut jouir pleinement de son droit de monopole. L'équilibre de l'accord à l'OMC est, par construction, nettement en faveur de l'appropriation privée et a été conçu pour protéger les innovations des entreprises de pays développés par rapport à des concurrents potentiels des pays émergents». Pierre JACQUET, Patrick MESSERLIN et Laurence TUBIANA, «Le cycle du millénaire», Paris, La Documentation Française, 1999, p. 38, disponible sur <<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004000893/index.shtml>> (dernière visite 30/03/08).

³⁷² D. POSEY et G. DUTFIELD, *op. cit.*, note 19, P. 74 s.

³⁷³ Les Lignes Directrices de Bonn sur l'accès aux ressources génétiques et le partage juste et équitable des avantages découlant de leur utilisation ont été adoptées dans la décision VI/24 de la Conférence des Parties à la Convention sur la diversité biologique, disponible sur <www.cbd.int/doc/publications/cbd-bonn-gdls-fr.pdf> (dernière visite 6/02/08)

institut de recherche para-public sud-africain, en collaboration avec la compagnie *phytopharm* basée au Royaume-Uni, de mettre en œuvre un médicament devant lutter contre l'obésité à partir des connaissances locales portant sur une plante dénommée *Hoodia*. Les négociations entre les parties ont permis de trouver un consensus pour le partage des retombées de l'exploitation de cette plante³⁷⁴.

Cette question de bio prospection, de protection des connaissances locales, des savoirs traditionnels est au centre de plusieurs débats au niveau international. Ainsi, on peut citer par exemple les Projets de dispositions relatives aux expressions culturelles traditionnelles et aux savoirs traditionnels élaborés par l'OMPI³⁷⁵. Ces Projets réaffirment leur attachement au respect des savoirs traditionnels et la répression de toute utilisation déloyale et inéquitable³⁷⁶. Il y a également au niveau de l'Organisation des Nations unies pour l'Éducation, la Science et la Culture (UNESCO) une Convention dite Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel qui a été élaborée le 17 octobre 2003³⁷⁷. Il

³⁷⁴ Abraham, GADJI, Bioprospection et commercialisation des ressources biologiques en Afrique ; cas de la côte d'Ivoire, disponible sur <<http://www.icts.org/dlogue/2002-07-30/docs/GADJI.pdf>> (dernière visite 12/12/07),

Il s'agit d'une affaire qui pourrait être qualifiée de biopiraterie au départ mais qui s'est réglée finalement dans le sens d'une bioprospection. En effet, cette affaire concerne le peuple San d'Afrique du Sud qui a longtemps utilisé la plante succulente *Hoodia* en guise de coupe-soif et de coupe-faim pendant ses longues expéditions de chasse. L'organisme paragouvernemental CSIR (*Council for scientific and industrial research*) d'Afrique du Sud s'est inspiré de ces connaissances pour extraire du *Hoodia* une substance, baptisée P57, qu'il a fait breveter pour ses propriétés coupe-faim. Par la suite, le CSIR a octroyé une licence à l'entreprise *Phytopharm*, basée au Royaume-Uni. À son tour, la multinationale pharmaceutique *Pfizer* a obtenu une licence de *Phytopharm* dans le but de mettre en marché un médicament coupe-faim. Lorsqu'on connaît l'obsession des pays développés pour la lutte contre l'obésité, on imagine les revenus potentiels que pourraient engranger *Phytopharm*, le CSIR et *Pfizer*. Pour les San, c'est un vol du mode de vie de leurs ancêtres qui a donné lieu à cette invention pour laquelle ils n'ont rien gagné. Ce n'est qu'en mars 2002 que les San et le CSIR ont convenu d'entamer des discussions dans le but de partager les éventuels bénéfices du P57. Isabelle MONPETIT, «Breveter le vivant», *Radio canada*, 2002, disponible sur <<http://www.radio-canada.ca/nouvelles/Dossiers/brevetage/5a.html>> (dernière visite 06/02/08).

³⁷⁵ Plusieurs discussions sont en cours au sein de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) sur cette question de protection des savoirs traditionnels. Voir le résultat de quelques travaux sur <http://www.wipo.int/tk/fr/consultations/draft_provisions/draft_provisions.html> (dernière visite 06/02/08).

³⁷⁶ Voir les objectifs ii et viii de ces Projets de dispositions de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI).

³⁷⁷ Voir texte de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel sur <<http://www.unesco.org/culture/ich/index.php?pg=00022>> (dernière visite 06/02/08).

s'agit d'un instrument important qui fait le lien avec toutes les autres conventions internationales élaborées dans le domaine des savoirs traditionnels. Selon l'article 2. 1 de cette Convention de l'UNESCO,

«On entend par "patrimoine culturel immatériel" les pratiques, représentations, expressions, connaissances et savoir-faire - ainsi que les instruments, objets, artefacts et espaces culturels qui leur sont associés - que les communautés, les groupes et, le cas échéant, les individus reconnaissent comme faisant partie de leur patrimoine culturel. Ce patrimoine culturel immatériel, transmis de génération en génération, est recréé en permanence par les communautés et groupes en fonction de leur milieu, de leur interaction avec la nature et de leur histoire, et leur procure un sentiment d'identité et de continuité, contribuant ainsi à promouvoir le respect de la diversité culturelle et la créativité humaine. Aux fins de la présente Convention, seul sera pris en considération le patrimoine culturel immatériel conforme aux instruments internationaux existants relatifs aux droits de l'homme, ainsi qu'à l'exigence du respect mutuel entre communautés, groupes et individus, et d'un développement durable»³⁷⁸.

Dans plusieurs communautés, il n'existe pas de frontière entre la culture et les savoirs traditionnels. Les pratiques médicales et sociales sont intimement liées.

Cette volonté affichée d'impliquer davantage les communautés locales et de les récompenser pour leurs contributions, n'est pas toujours évidente. En effet il y a, en permanence, un risque de basculement vers des actes de bio piraterie³⁷⁹. L'exploitation des ressources locales ne se fait pas toujours à l'avantage des communautés détentrices des

³⁷⁸ Article 2.1 de la Convention pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel. Selon l'article 2. 2 de la Convention de l'UNESCO, «Le "patrimoine culturel immatériel", se manifeste notamment dans les domaines suivants :

- (a) les traditions et expressions orales, y compris la langue comme vecteur du patrimoine culturel immatériel ;
- (b) les arts du spectacle ;
- (c) les pratiques sociales, rituels et événements festifs ;
- (d) les connaissances et pratiques concernant la nature et l'univers ;
- (e) les savoir-faire liés à l'artisanat traditionnel.

³⁷⁹ Pour Mme Shiva, ce terme de bio piraterie est le «recours aux systèmes de propriété intellectuelle pour légitimer la propriété exclusive des ressources, produits et procédés biologiques utilisés depuis des siècles au sein de cultures non industrialisées et l'exclusivité du contrôle exercé à leur égard», V. SHIVA, *loc. cit.*, note 19, p.63.

connaissances pertinentes. Il existe plusieurs cas de bio piraterie³⁸⁰. On peut citer, entre autres, celui relatif au *neem* qui est un arbre à croissance rapide provenant essentiellement de l'Inde.

«Traditionnellement, les Indiens extraient des insecticides de ses graines et ont réussi depuis 70 ans à industrialiser leur production. Ses vertus permettent de produire des médicaments, du savon et du dentifrice. En 1985, un laboratoire américain a déposé un brevet sur un extrait du neem qu'il a vendu à une entreprise chimique. Depuis, plusieurs brevets ont été déposés sur d'autres dérivés de cette plante. Pour justifier l'établissement de brevets sur ces dérivés, les sociétés chimiques insistent sur le travail de synthèse des procédés actifs qu'elles ont réalisé. Elles distinguent ainsi la ressource commune, le neem, des dérivés dont elles auraient la propriété intellectuelle car elles en sont l'inventeur. Leurs travaux

³⁸⁰ Pour illustrer notre affirmation, on peut ajouter en plus des cas cités dans le corps du présent document, d'autres exemples intéressants concernant l'Afrique. Il s'agit de :

- «L'Université de Tolède (É.U.) par exemple, détient deux brevets sur un composé de l'endod (savonnier) amélioré et cultivé par les femmes d'Éthiopie. Les scientifiques éthiopiens ont poussé plus loin le développement de ce composé pour maîtriser la schistosomiase, maladie dévastatrice très répandue en Afrique.
- Plus récemment, l'entreprise australienne *ForBio Company*, en collaboration avec l'Université de Hawaï, a revendiqué un droit de propriété sur un caféier sans caféine dont les gènes intéressants proviennent de l'île de la Réunion. La population locale en connaissait les caractéristiques depuis longtemps.
- Les composantes essentielles d'une plante médicinale malgache, la pervenche, ont fait l'objet d'un brevet de la part d'une société pharmaceutique américaine qui encaisse des centaines de millions de dollars par an grâce à la vente de médicaments contre le cancer.
- Au début de cette décennie, les chercheurs universitaires australiens ont obtenu une race bovine du Zimbabwe rare et résistante à la sécheresse. Aujourd'hui la race Tuli a été incorporée au troupeau de bétail tropical de l'Australie et a également été mise sur le marché aux États-Unis et au Canada.
- Une espèce de riz bien connue et bien protégée qui sert d'aliment de soudure en période de famine et que l'on retrouve souvent sur les marchés de l'Afrique occidentale, a été collectée au Mali et envoyée pour être étudiée à l'Institut de recherche international sur le Riz (IRRI) aux Philippines. L'IRRI a trouvé que ce riz africain comportait un caractère de résistance à une maladie importante et a permis à des scientifiques en visite de l'Université de Californie (à Davis) d'obtenir un brevet de ce gène aux États-Unis. Comme gage de reconnaissance de la contribution africaine, l'université en question a offert des bourses aux chercheurs de l'Afrique occidentale. Les cultivateurs africains pourraient tout aussi bien considérer aussi qu'il faille offrir des formations aux scientifiques américains.
- Les États membres de l'OAPI ont également fait don de la brazzein, une protéine ultra sucrée isolée de la baie d'une plante au Gabon, où ses qualités sont connues de la population locale. L'Université du Wisconsin a reçu quatre brevets sur le brazzein, à partir desquels des licences d'exploitation ont été accordées à des sociétés biotechnologiques américaines. Ces dernières effectuent sur le maïs l'ingénierie génétique pour que la plante produise la protéine, car le marché potentiel pour les édulcorants très sucrés s'élève à 1,4 milliards de dollars à l'échelle mondiale. Cependant le Gabon n'y touchera pas un sou. L'OAPI aura le plaisir d'apprendre qu'il contribue ainsi à l'obésité aux États-Unis». RAFI (Rural Advancement Foundation International), *loc. cit.*, note 320.

de recherche se sont pourtant inspirés des connaissances traditionnelles indiennes. Mais ces dernières n'ayant jamais fait l'objet de publication scientifique, elles ne constituent pas une entrave au dépôt de brevets par les entreprises chimiques»³⁸¹.

On pourrait citer aussi le cas de la *thaumatococine* qui est un édulcorant naturel provenant des fruits d'un arbuste appelé *Katemfe* (*Thaumatococcus daniellii*) de l'Afrique de l'Ouest et de l'Afrique Centrale. Les communautés locales ont toujours exploité les fruits de cet arbuste comme édulcorant et rehausseur de goût. Profitant de leurs connaissances, plusieurs chercheurs dont, entre autres, ceux de la société *Lucky Biotech Corporation* et de l'Université de Californie ont reçu un brevet américain sur tous les fruits, les semences et les légumes transgéniques renfermant le gène qui produit la *thaumatococine*. Les pays détenteurs des connaissances originelles sur cette ressource ne tirent aucun profit de cette invention. Ils ne pourront plus exporter les fruits de cet arbuste comme auparavant³⁸².

On note également l'exemple du coton du Pérou et de la Colombie. Une variété locale de coton développé par des agriculteurs de ces pays et qui contient des pigments naturels de marron et de violet. Ce coton a été breveté aux États-Unis par une firme privée. Aujourd'hui au Pérou, beaucoup de ces variétés ont disparu et les paysans n'ont plus le droit de les cultiver et commercialiser sans paiement de redevances préalables. Il leur faut demander et avoir l'autorisation au détenteur du brevet³⁸³.

En clair, il est important que des efforts soient faits dans le sens de la bio prospection respectueuse des intérêts en présence. Plusieurs pistes sont à explorer afin de lever les inquiétudes légitimes des populations des pays en voie de développement face au

³⁸¹ MINISTÈRE FRANÇAIS DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET EUROPÉENNES, «Propriété intellectuelle, semences et sécurité alimentaire», p. 4, disponible sur http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/article-imprim.php?id_article=4205 (dernière visite 08/02/08).

³⁸² D. POSEY, G. DUTFIELD, *op. cit.*, note 19, p. 86.

³⁸³ MINISTÈRE FRANÇAIS DES AFFAIRES ÉTRANGÈRES ET EUROPÉENNES, *loc. cit.*, note 381, p. 5.

mouvement de monopole accordé sur les plantes que ce soit par brevet ou par Certificat d'obtention végétale. La détermination des firmes semencières à faire respecter leurs droits est certes légitime, mais il semble aussi important que les détenteurs des ressources végétales et des connaissances y afférentes soient impliqués et associés au partage des bénéfices.

Au regard de ce qui précède, il paraît évident que cette question de bio piraterie ou bio prospection revêt un caractère important dans le processus de mise en oeuvre des droits de propriété intellectuelle sur les plantes. Les implications socio-économiques et environnementales ne sont pas à occulter.

Chapitre 3 : Les difficultés d'ordre socio-économique et environnemental

La pratique actuelle, consistant à prélever de façon continue les ressources végétales, présente des conséquences surtout pour les pays en voie de développement. L'emprise sur ces ressources, légitimée par l'existence de droit de propriété intellectuelle, laisse entrevoir des difficultés aux niveaux socio-économique et environnemental.

Selon l'analyse de M. Kuyek, le brevet ou le Certificat d'obtention végétale de 1991 présentent plusieurs risques pour l'agriculture des pays en voie de développement et une menace pour la diversité biologique. D'une part, ces droits favorisent la monoculture des variétés végétales. Ainsi, une attention particulière est portée sur certaines cultures industrielles au détriment de celles alimentaires. Ceci pourrait conduire à une érosion génétique³⁸⁴. D'autre part, il renforce le contrôle de la production semencière par un

³⁸⁴ «Ce terme désigne à la fois la disparition d'une espèce et la réduction de la variété - il n'englobe pas seulement les plantes, mais aussi les animaux et les micro-organismes - ainsi que la dégradation graduelle de processus garants de l'évolution de la diversité. Ces processus regroupent le savoir en constante évolution, les innovations, les pratiques et les diverses formes d'organisations d'agriculteurs au sein des populations

nombre infime de firmes multinationales au détriment des systèmes de production traditionnels. Ces derniers ne répondent pas au critère d'application industrielle posé pour l'obtention de brevet. Ils demeurent encore au stade primaire et sont caractérisés par peu de moyen, peu d'innovation et peu de production³⁸⁵.

La forme actuelle de protection des plantes présente un risque pour la sécurité alimentaire puisque le système de monopole sur les variétés ne répond pas aux besoins alimentaires mais plutôt à la logique de l'agro-industrie. Ainsi, ne seront privilégiées que les plantes commercialement rentables. Ceci compliquerait la situation de la plupart des petits agriculteurs en ce qui concerne l'accès à la terre, à l'eau, aux semences et aux équipements. La priorité qui sera accordée à certaines plantes au détriment d'autres (de consommation) n'aura que pour effet d'obliger ces pays en voie de développement à recourir à l'importation de nourriture. C'est le cas par exemple dans quelques pays africains où certaines cultures comme le riz transgénique et le maïs sont importés alors qu'il y a une possibilité locale de les produire³⁸⁶.

On peut retenir également le cas des trois pays africains les plus en avance en matière de protection des obtentions végétales. Il s'agit du Kenya, du Zimbabwe et de l'Afrique du sud. Dans le premier pays, le Bureau des obtentions a été établi en mars 1997. De cette date à mai 1999, 136 variétés ont subi des examens pour l'octroi de droit. Sur ce nombre, il y avait 123 variétés de plantes ornementales, 6 variétés de la canne à sucre, 5 variétés de

autochtones et des collectivités locales. Les pratiques en matière de production, de récolte et de préparation des aliments font souvent partie intégrante de l'identité culturelle des collectivités. L'érosion génétique pourrait mettre en péril la sécurité alimentaire de demain s'il advenait une réduction de l'efficacité des variétés à haut rendement dont nous sommes désormais tributaires». ACTION-ENVIRONNEMENT-SOLIDARITÉ, «Comment sauver la terre», 8 juillet 2004, disponible sur <http://www.aaces.org/article.php3?id_article=116> (dernière visite 06/02/08).

³⁸⁵ Devlin KUYEK, «La question des droits de propriété intellectuelle dans l'agriculture en Afrique et leurs conséquences pour les petits agriculteurs», 2002, p7-10, disponible sur <<http://www.grain.org/briefings/?id=165>> (dernière visite 30/03/08).

³⁸⁶ «On estime que l'Afrique sub-saharienne dépend à 87% des ressources venant d'autres régions pour satisfaire ses besoins». A. CHETAILLE, *loc. cit.*, note 5, p.120.

l'orge, une variété de café et une autre d'haricot vert destiné à l'exportation vers l'Europe. Concernant le deuxième pays, c'est-à-dire le Zimbabwe, la Loi sur les droits des sélectionneurs a été promulguée en 1973. En 1974, on notait que plus des 70% des demandes de protection concernaient les cultures industrielles telles que les plantes d'ornement, les fibres, les oléagineux et le tabac. Les 30% restantes comprenaient les cultures vivrières destinées aux marchés local et extérieur. En ce qui concerne le troisième pays qui est l'Afrique du sud, la situation est presque pareille. De 1977, date de l'opérationnalisation du droit d'obtention végétale jusqu'à la fin de 1998, sur un total de 1435 certificats délivrés, la moitié portaient sur des cultures industrielles³⁸⁷.

En plus, il faut noter le risque de pression sur les espèces rentables. En Inde par exemple, on assiste déjà à la disparition dans les collines de plantes médicinales rares en raison de la collecte menées par les compagnies pharmaceutiques. On peut citer entre autres la disparition de «la sous espèce *Taxus baccata*, le Himalaya yew des régions himalayennes à cause de la surexploitation liées à ses propriétés anti-cancéreuses»³⁸⁸.

Selon M. Sahai,

«L'impact des régimes du type de l'UPOV sera désastreux pour les pays en développement. D'abord, les paysans qui ont contribué aux variétés sur la base desquelles les obtenteurs développent leurs propres activités n'auraient aucun droit, ceux-ci étant réservés aux semenciers. Ensuite, les conditions liées à l'UPOV sont basées sur des économies de type industriel, dans lesquelles seulement 2 à 5% de la population vit de l'agriculture, et dans lesquelles existent peu de petits paysans pauvres et marginalisés. L'UPOV avantage particulièrement les pays pour lesquels l'agriculture est avant tout une activité commerciale. Pour la majorité des paysans en Asie, en Afrique et en Amérique latine, c'est une activité vivrière»³⁸⁹.

³⁸⁷ *Id.*

³⁸⁸ Suman, SAHAI, «L'accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touche au commerce et la biodiversité», dans V. PEUGEOT, (dir) *op. cit.*, note 5, p. 104.

³⁸⁹ *Id.*, p. 102.

On se rend donc compte qu'il existe plusieurs difficultés qui entravent la mise en œuvre des droits proclamés par ces instruments internationaux. Les implications économiques, sociales et environnementales ne sont pas négligeables. Il convient de trouver un équilibre entre les différents intérêts en présence. Pour cette raison, il est important, à notre avis, que certaines conditions soient remplies.

Titre 2 : Quelques pistes de réflexion

L'analyse des différents mécanismes internationaux de protection des plantes tels les systèmes de l'UPOV, de l'Accord sur les ADPIC, de la Convention des Nations-unies portant sur la diversité biologique et du Traité de la FAO, révèle qu'il existe des difficultés aussi bien dans les pays développés que ceux en voie de développement. Les différents acteurs ont voulu sauvegarder leurs propres intérêts plutôt que de rechercher une solution équilibrée prenant en compte les besoins de chaque Partie. Si pour les uns il faut une réglementation internationale plus ou moins contraignante, respectée par tous les pays et protégeant au mieux les investissements consentis dans la création des nouvelles variétés de plantes; pour les autres, il faut nécessairement la reconnaissance de l'importante contribution des communautés locales dans ce processus de création ainsi que l'établissement des mesures souples quant à l'accès aux nouvelles technologies.

Au regard de ces différentes positions, plusieurs solutions sont envisageables. Trois d'entre elles retiennent particulièrement notre attention. Il s'agit notamment de la démocratisation des processus de décision au niveau des institutions internationales (chapitre 1); de la possibilité de renégociation sur des bases beaucoup plus équilibrées (chapitre 2) et enfin de l'instauration d'un mécanisme de transfert de technologie (chapitre 3).

Chapitre 1 : La démocratisation des processus d'élaboration des instruments internationaux

Au sujet des processus de décision au sein des organisations internationales, Mme Shiva se demandait, dans l'un de ses ouvrages, s'il s'agit de : « Démocratie ou dictature »³⁹⁰. Cette question est d'actualité et mérite une attention toute particulière lorsqu'on analyse les contestations enregistrées après l'adoption des textes relatifs à la protection des plantes. C'est ce qu'affirme M. Tansey lorsqu'il écrit que «le déficit démocratique s'aggrave dans notre société de plus en plus mondiale et où d'importantes décisions qui risquent d'affecter tout le cours à venir de l'humanité sont prises dans des cadres où ne s'exerce aucun contrôle démocratique»³⁹¹. Selon le Professeur Benyekhlef, il existe de multiples foyers de normativité sur lesquels les États n'ont aucune prise. Ces foyers sont alimentés et contrôlés par des acteurs non étatiques jouissant de «capacités financières qui dépassent l'entendement». Les instruments internationaux sont élaborés souvent pour légitimer leur emprise sur le commerce mondial³⁹².

Concernant l'Accord sur les ADPIC, par exemple, il faut rappeler qu'il a été adopté sous la pression des lobbies des industries pharmaceutiques, semencières et chimiques. La légitimation de leurs désirs ne pourrait se concrétiser qu'à travers l'Organisation mondiale du commerce et non l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle qui était le cadre le plus approprié pour discuter des questions de droit de propriété intellectuelle. Il y a selon une partie de la doctrine, usurpation.

«C'est en raison de cette usurpation par des intérêts commerciaux de tous les rôles réservés à des groupes sociaux différents que l'Accord est dénué de dispositions

³⁹⁰ V. SHIVA, *op. cit.*, note 19, p. 8.

³⁹¹ G. TANSEY, *loc. cit.*, note 47, p. 21.

³⁹² K. BENYEKHFLEF, *op. cit.* note 75, p. 314.

d'ordre moral, écologique et social. Il n'est pas le fruit de négociations menées de façon démocratique entre le public et les intérêts commerciaux ou entre les pays industrialisés et ceux du tiers-monde»³⁹³.

Il est important, à notre avis, qu'un processus de négociation juste et équitable soit installé dans les accords commerciaux internationaux pour faciliter leur fonctionnement. À l'heure actuelle, la différence des niveaux de ressources et de capacités des parties en négociation est énorme. Plusieurs observateurs estiment qu'il est évident qu'un accord final ne peut aucunement refléter un juste équilibre des intérêts. Il reste donc beaucoup à faire pour produire un système de négociation équilibré qui ne soit pas abusivement dominé par quelques pays puissants qui sont eux-mêmes fortement influencés par le secteur industriel³⁹⁴.

Pour ce faire, il serait intéressant de renégocier ou de redéfinir le cadre de protection des ressources végétales.

Chapitre 2: La renégociation ou redéfinition des modalités de la protection des plantes

La multiplication des instruments de protection des droits de propriété intellectuelle sur les plantes s'est accompagnée du développement de plusieurs concepts. Loin d'atteindre les objectifs pour lesquels ils sont élaborés, ces instruments créent souvent la confusion ou sont interprétés suivant les buts visés par chaque Partie. Selon l'analyse faite par M. Boutang, on s'achemine vers une crise qui ne se résorberait pas, même après une période de

³⁹³ V. SHIVA, *op. cit.*, note 19, p. 117 et s.

³⁹⁴ G. TANSEY, *loc. cit.*, note 47, p. 22.

redéfinition. Aussi, estime-t-il que «de solides raisons expliquent que la rébellion en cours dans les pays du Sud n'est pas destinée à se résorber comme de simples turbulences d'adaptation ou d'aggiornamento des droits de propriété intellectuelle»³⁹⁵. Que ce soit la convention pour la protection des obtentions végétales, l'Accord sur les ADPIC, la Convention sur la Diversité Biologique et le Traité de la FAO, il est important, à notre avis, qu'un dialogue soit établi afin de trouver des solutions aux problèmes récurrents qui se posent notamment par rapport aux pays pauvres.

S'il est vrai que l'Accord ADPIC a lui-même prévu la renégociation de l'article 27.3 b³⁹⁶, il est impérieux qu'à l'issue de ces négociations toutes les tendances soient prises en compte. Les intérêts sont divergents certes, mais il est possible qu'une entente soit trouvée afin que les différentes parties trouvent leur compte³⁹⁷.

Concernant l'UPOV, des projections de renégociations sont encore à l'étape informelle. D'aucuns estiment qu'elles pourraient intervenir avant le cinquantième anniversaire; c'est-à-dire 2011. Les bases de discussions sont assez floues et les pressions sont assez fortes pour un renforcement du monopole des grandes firmes semencières³⁹⁸. S'il est normal que ces dernières doivent profiter des fruits de leurs créations, il est aussi impérieux qu'un juste équilibre soit établi entre les pays afin d'éviter de créer un monde à deux ou plusieurs vitesses. Le droit ne doit en aucun cas faire abstraction de toutes ces réalités. La construction d'un système de propriété intellectuelle équilibré entre les différents intérêts

³⁹⁵ Yann Moulner BOUTANG, «Le Sud, la propriété intellectuelle et le nouveau capitalisme émergent» dans V. PEUGEOT, (dir.), *op. cit.*, note 5, p. 203.

³⁹⁶ L'article 71. 1 de l'Accord prévoit qu'à «l'expiration de la période de transition visée au paragraphe 2 de l'article 65, le Conseil des ADPIC examinera la mise en oeuvre du présent accord. Il procédera à un nouvel examen, eu égard à l'expérience acquise au cours de la mise en oeuvre de l'accord, deux ans après cette date et par la suite à intervalles identiques. Le Conseil pourra aussi procéder à des examens en fonction de tout fait nouveau pertinent qui pourrait justifier une modification du présent accord ou un amendement à celui-ci».

³⁹⁷ OMC/ADPIC, note du Secrétariat du Conseil des ADPIC IP/C/W/369/Rev.1 du 9 mars 2006 présente un résumé succinct des positions des États membres de l'OMC. On peut noter qu'il y a une bonne discussion et une volonté de toutes les parties d'aborder tous les points litigieux de cet accord; Consulter document sur Secrétariat sur <http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ipcw369r1.doc> (dernière visite 07/02/08).

³⁹⁸ GRAIN, *loc. cit.*, note 92.

en présence doit être une solution politique, c'est-à-dire résultant d'une volonté collective et bien entendu préparée par des études interdisciplinaires à savoir sociologiques, économiques, environnementales et politiques. Il y a toujours un danger à vouloir se réfugier derrière le côté technique d'une question, comme dans le cas des plantes, pour refuser un débat politique à son égard³⁹⁹.

Une fois les Accords internationaux négociés sur une base beaucoup plus équilibrée, il est important à notre avis qu'une réelle coopération soit établie afin d'aider les pays pauvres à s'approprier des nouvelles technologies.

Chapitre 3 : Le transfert de technologie

La question de transfert de technologies est une préoccupation qui ressort dans plusieurs instruments internationaux⁴⁰⁰. Il s'agit ici d'un processus indispensable quelque soit le niveau de développement des pays⁴⁰¹. Cela devrait permettre aux pays en voie de développement de mettre en place des structures institutionnelles de nature à favoriser l'éclosion d'inventions, à améliorer l'information sur les techniques disponibles, à favoriser l'acquisition et l'exploitation des inventions, à promouvoir les réalisations locales et lutter contre les abus⁴⁰². Ces pays en ont fait un sujet de préoccupation lors des discussions portant sur le réexamen de l'Accord ADPIC. C'est ce qui ressort par exemple, de la position du Groupe africain qui demande que des «mesures soient effectivement instituées afin de le mettre effectivement en œuvre»⁴⁰³. Lorsqu'on se rend compte des moyens que

³⁹⁹ B. RÉMICHE, *loc. cit.*, note 25, p. 124.

⁴⁰⁰ Voir, entre autres, l'article 67 de l'Accord sur les ADPIC qui parle de coopération technique, l'article 18 de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) qui ajoute la coopération scientifique.

⁴⁰¹ P. KOLKER, *loc. cit.*, note 20, p. 19.

⁴⁰² Martine HIANCE, « La propriété industrielle dans les transferts de technologies aux pays en développement » dans Pierre JUDET, Philippe KAHN, Alexandre-Charles KISS, Jean TOUSCOZ, (dir), *Transfert de technologie et développement*, vol 4, Paris, Librairies techniques, 1977, p.305

⁴⁰³ OMC/ ADPIC, *loc. cit.*, note 397, p. 29.

nécessite la mise en œuvre de ces instruments, il est important d'instituer une réelle coopération. C'est justement ce qu'affirme l'un des Rapports du Centre de Recherches pour le Développement International (CRDI),

« À une époque où le système mondial fait face à une crise sévère, le coût à court terme de la mise en œuvre des ADPIC, y compris des éléments comme les capacités structurelles, les ressources financières et la compétence technique, constitue un facteur important pour de nombreux PMA (les pays les moins avancés). Dans une étude effectuée en 1996, la CNUCED estime que, pour respecter l'accord ADPIC, le Bangladesh devra engager des frais ponctuels de 250 000 \$ pour la rédaction législative et des frais annuels de plus de 1.1 million de dollars pour le travail juridique, l'équipement et les mesures d'application sans compter les frais de formation du personnel. Pour la République Unie de Tanzanie, les frais de mise en œuvre de l'accord sur les ADPIC ont été estimés entre 1 et 1.5 million de dollars »⁴⁰⁴.

Au-delà des moyens financiers, la mise en œuvre de tous ces mécanismes internationaux nécessite, surtout en ce qui concerne les variétés végétales, des connaissances approfondies dans plusieurs domaines (la botanique, la chimie, la biologie, etc.) Avec les multiples possibilités qu'offre la biotechnologie moderne, il est important de disposer de la technologie appropriée pour gérer efficacement les demandes de protection ainsi que la surveillance des actes de contrefaçon. Pour la plupart des pays en voie de développement, les réalités quotidiennes caractérisées par les questions d'eau potable, de sécurité alimentaire, de maladies, de sécheresse, de malnutrition, de criquets ravageurs, constituent une préoccupation majeure qu'il faut régler en urgence avant toute chose.

La facilitation de l'accès aux innovations a une importance extrême pour contribuer au développement de ces pays pauvres. Elle devra permettre d'une part, un accès aux produits issus des biotechnologies tels les médicaments, les semences et, d'autre part, aux

⁴⁰⁴ CRDI/ IIRP et la FONDATION DAG HAMMARSKJÖLD, *op. cit.*, note 261, p. 104.

techniques de production, voire aux technologies favorisant la recherche et développement dans les biotechnologies⁴⁰⁵.

⁴⁰⁵ Michel TROMMETTER, «Propriété intellectuelle et biotechnologies : Quels enjeux pour le développement des PVD ?» dans V. PEUGEOT, (dir.), *op. cit.*, note 5, p. 252

Conclusion

Longtemps perçue comme un élément parmi tant d'autres de l'environnement, la plante ou, de façon générale, les ressources biologiques font l'objet d'une attention particulière en raison de leur importance surtout commerciale. Leur protection est devenue un sujet récurrent dans les instances internationales. Plusieurs approches ont été adoptées à cet effet et ont donné lieu à des Conventions ou Accords dont les objectifs sont aussi disparates que les motivations qui les ont animées.

On distingue deux grands groupes d'instruments. Il s'agit notamment de ceux s'inscrivant dans une logique de conservation, de respect des droits des agriculteurs locaux, de la reconnaissance du rôle des savoirs traditionnels dans le processus économique, du partage des avantages découlant des améliorations végétales et des applications biotechnologiques ; et de ceux ayant plus le souci d'appropriation privative, de libéralisation, d'accès sans restriction aux ressources biologiques, de renforcement des mesures de protection des droits acquis, du contrôle et du renforcement des mesures de lutte contre la contrefaçon, etc. À l'heure actuelle, l'unanimité est loin d'être réalisée sur ces différentes préoccupations.

La première tendance s'articulant autour des concepts de la Convention sur la Diversité Biologique (CDB) et du Traité sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture, incarne une forme de protection portant à la fois sur les règles du marché que sur les préoccupations souvent évoquées par les pays en voie de développement à savoir la reconnaissance et la valorisation de leurs potentiels en ressources génétiques. Ces instruments prennent en compte tous les aspects de la diversité biologique et accordent un rôle plus ou moins prépondérant aux États dans leur gestion.

Quant à la deuxième tendance, elle s'articule autour des concepts de la Convention de l'Union pour la protection des obtentions végétales (UPOV) et de l'Accord portant sur les droits de propriété intellectuelle relatifs au commerce (ADPIC) de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Les mécanismes édictés s'inspirent fortement de la culture juridique

occidentale et la plupart des pays concernés y sont favorables. Leur objectif est d'assurer un environnement international propice au développement des biotechnologies et des activités des compagnies semencières, chimiques et pharmaceutiques.

S'agissant de la Convention UPOV, elle s'affiche comme étant un mécanisme original, plus pertinent par rapport aux obtentions végétales. Elle a adopté une forme de protection sui generis consistant à laisser le soin aux législations nationales d'édicter des lois suivant un cadre prédéfini. Le renforcement des droits des obtenteurs, intervenu en 1991, fait penser que cette Convention, loin d'être originale et adaptée aux végétaux, est un quasi-brevet. En effet, les quelques souplesses retenues dans les actes précédents et qui ont trait, par exemple, au privilège de l'agriculteur ont été presque supprimées. L'exception pour fins de recherche a été renforcée au profit de l'obteneur de même que l'obtention de droit sur des variétés dérivées. La double protection (brevet et certificat d'obtention végétale) qui était interdite sous les actes de 1961 et 1978, a été mise sous silence dans l'acte de 1991 ; ce qui laisse envisager la possibilité de procéder par cumul de protection des variétés végétales.

S'agissant de l'Accord sur les ADPIC, il se définit par la possibilité d'obtention de trois formes de protection sur les variétés végétales à savoir : un brevet- un système sui generis efficace ou bien le cumul des deux. Les conditions classiques de brevetabilité sont appliquées aux plantes sans grands changements. Ayant réussi à rassembler un plus grand nombre de pays que la Convention UPOV, cet Accord sur les ADPIC est également loin de satisfaire les attentes. La prolongation de son délai d'entrée en vigueur au niveau des pays en voie de développement ainsi que l'ouverture des négociations en vue de modifier l'article 27. 3b) en sont une parfaite illustration.

Au delà de ces différents schémas, il existe aussi une autre forme de protection des droits de propriété dite ADPIC-plus. C'est une pratique des firmes agro-alimentaires, semencières et pharmaceutiques qui, avec le concours de leurs gouvernements, arrivent à passer des

accords bilatéraux ou multilatéraux avec certains pays afin d'accéder directement à leurs ressources biologiques. Les règles régissant ces accords sont souvent discrètes.

Face à ces différentes tendances au plan international, le continent africain, grand pourvoyeur des ressources végétales et demandeur par excellence des nouvelles biotechnologies, se positionne suivant un schéma assez particulier. Sous la pression de l'Union pour la protection des obtentions végétales, quelques pays du continent ont adopté, au sein de l'Organisation Africaine pour la Propriété Intellectuelle (OAPI), un Accord dit de Bangui s'inspirant en majorité de l'Acte de 1991 de la Convention UPOV. Étant donné les problèmes potentiels de mise en œuvre de cet Accord, l'Union Africaine (UA) a, pour sa part, édicté une nouvelle législation qui devait convenir davantage aux réalités culturelles, économiques et politiques du continent. Reprenant une bonne partie des éléments de la Convention sur la diversité biologique, cette législation africaine consacre les principes de développement durable, d'équité, de partage et de reconnaissance des contributions des communautés locales. De façon générale, il s'agit d'une norme qui repose le problème de la place de la biodiversité et du droit de développement dans un monde de plus en plus divisé entre, d'un côté, les pays pauvres soucieux de l'inégalité du commerce international, de leur appauvrissement sans cesse, de l'accroissement des dettes, et, de l'autre côté, les pays riches visant le renforcement des règles commerciales afin de garantir le succès de leurs entreprises. Tout ceci amène à s'interroger sur les limites des conventions internationales.

À cet effet, il faut souligner, entre autres, les incohérences et conflits d'intérêt qui s'affichent autour de cette question de protection des plantes ainsi que le manque de démocratie dans les débats internationaux. On peut noter également, les risques que les nouvelles biotechnologies présentent aux plans environnemental (perte de la diversité biologique, perturbation de l'écosystème), économique (disparition progressive des formes traditionnelles de production et de circulation des connaissances) et social (perte des

valeurs traditionnelles, bouleversement des systèmes locaux) aussi bien dans les pays en développement que dans bien d'autres dits développés. Ainsi, il nous semble important, de revoir cette tendance à vouloir trop ramener les créations intellectuelles à des objets du commerce alors que d'autres facteurs tels que la culture, la santé ou l'environnement sont en jeu.

Les difficultés actuelles ne sont pas insurmontables. À cet effet, il s'avère important à notre avis, qu'une culture fondamentalement démocratique soit instaurée au sein des instances internationales. Cette démocratie, qui fait la fierté de nombre de pays occidentaux, doit guider les rapports entre les différents pays de la communauté internationale. Il s'agit de donner l'opportunité aux pays en voie de développement de s'exprimer comme des partenaires à part égale, et qu'à l'issue des discussions, des solutions consensuelles soient adoptées. Il faut aussi éviter que les groupes de pression économique, tel qu'il a été le cas dans l'Accord sur les ADPIC, n'imposent leur vision au reste des acteurs en négociation. Enfin, il apparaît indiqué que la coopération soit renforcée entre les États. Celle-ci doit s'opérer sous la forme de transfert de technologie devant permettre le renforcement des capacités institutionnelles et techniques des pays ayant le besoin.

La protection des plantes par les droits de propriété intellectuelle est révélatrice du fossé existant entre les pays développés et ceux en voie de développement. Le Droit se trouve donc en face d'un défi majeur qui interpelle toute la communauté internationale. La réussite passe, à notre avis, par la prise en compte des préoccupations éthiques, culturelles, sociales, économiques et politiques des différents pays.

À l'issue de cette étude, nous n'avons pas la prétention d'avoir abordé tous les aspects juridiques et autres que soulève cette question de la protection des plantes par des droits de propriété intellectuelle. D'autres travaux s'y pencheront certainement car il s'agit d'une question d'actualité qui intéresse aussi bien le juriste, l'économiste, le sociologue, que le

philosophe. Comme l'affirme M. Quéau, «la propriété intellectuelle est une affaire beaucoup trop sérieuse pour être confiée aux seuls juristes»⁴⁰⁶.

⁴⁰⁶ Les propos de Philippe QUEAU sont rapportés par Bernard RÉMICHE, «Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets», p. 42, disponible sur <http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RIDE&ID_NUMPUBLIE=RIDE_161&ID_ARTICLE=RIDE_161_0083> (dernière visite 10/02/08).

Bibliographie

Accords, traités, conventions, Directives et règlements :

Au niveau international :

- Accord sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle qui touchent au Commerce (ADPIC)
- Convention des Nations-Unies sur la Diversité Biologique (CDB)
- Convention internationale pour la Protection des Obtentions végétales du 2 décembre 1961, révisé à Genève le 10 novembre 1972, le 23 octobre 1978 et le 19 mars 1991
- Traité international sur les ressources phytogénétiques pour l'alimentation et l'agriculture
- Traité de Budapest sur la reconnaissance internationale du dépôt des micro-organismes aux fins de la procédure en matière de brevets du 28 avril 1977 et modifié le 26 septembre 1980,

Au niveau de l'Afrique :

- Accord de Bangui du 28 février 2002
- Législation modèle africaine pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des obtenteurs et pour des règles d'accès aux ressources biologiques de juillet 2001

Au niveau de l'Union européenne :

- Règlement no 2100/94 (CE)
- Directive 98/ 44/ CE

Au niveau du Canada :

- *Loi sur la protection des obtentions végétales*, L.C. 1990, ch. 20

Monographies :

- ACADEMIE DES SCIENCES et la FONDATION SINGER-POLIGNAC, *La propriété intellectuelle dans le domaine du vivant*, Paris, TEC &DOC, 1995.
- AUBERTIN, C. et F-D. VIVIEN, *Les enjeux de la Biodiversité*, Paris, Economica, 1998.
- BARREAU DU QUEBEC, *Développements récents en droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, éd. Yvon Blais, 1991.
- AZÉMA J. et J-C GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 6^e éd, Paris, Dalloz, 2006.
- BEIER, F.K, et al, *Biotechnologie et protection par brevet : Une analyse internationale*, Paris, OCDE, 1985.
- BENYEKHFLEF, K., «*Une possible histoire de la norme : Les normativités émergentes de la mondialisation*», Montréal, Thémis, 2008.
- BERGMANS, B., *La protection des innovations biologiques*, Bruxelles, Larcier, 1991.
- BERTIN, G., Y. et S., WYATT, *Multinationales et propriété industrielle : Le contrôle de la technologie mondiale*, 1^{ère} éd., Genève, IRM, 1986.
- BOUCHE, N., *Le principe de territorialité de la propriété intellectuelle*, Paris, L'Harmattan, 2002.
- BOURGEAULT, G., *L'éthique et le droit face aux nouvelles technologies biomédicales : Prolégomènes pour une bioéthique*, Montréal, Les presses de l'Université de Montréal, 1990.
- BUYDENS, M., *Droit des brevets d'invention*, Bruxelles, Larcier, 1999.
- CENTRE ROUBIER PAUL, *Quel droit de la propriété industrielle pour le 3^e millénaire*, Paris, Litec, 2001.
- CHEMILLIER-GENDREAU, M., et Y., MOULIER-BOUTANG, (dir), *Le droit dans la mondialisation*, Paris, PUF, 2001.
- CHEMTOB-CONCÉ, M-C., *La brevetabilité des innovations biotechnologiques appliquées à l'homme*, 3^e éd, Paris, TEC & DOC, 2006.

- CLAVIER, J-P., *Les catégories de la propriété intellectuelle à l'épreuve des créations génétiques*, Paris, l'Harmattan, 1998.
- De SADELEER, N. et C-H, BORN, *Droit international et communautaire de la biodiversité*, Paris, Dalloz, 2004.
- DUCOS, C. et P-B., JOLY, *Les biotechnologies*, Paris, Éditions La Découverte, 1988.
- EDELMAN B. et M-A., HERMITTE (dir.), *L'homme, la nature et le droit*, Paris, Éditions Christian Bourgois, 1988.
- FALQUE, M. et M., MASSENET, (dir.), *Droits de propriété et environnement*, Paris, Éditions Dalloz, 1997.
- FLURY-JEKER, A-M., *La protection juridique des obtentions végétales sous le régime de la convention de Paris du 2 décembre 1961 et de la loi fédérale du 20 mars 1975*, Neuchâtel, Éditions Ides et Calendes, 1987.
- FRISON-ROCHE, M-A et A., ABELLO, (dir.), *Droit et économie de la propriété intellectuelle*, Paris, Éditions LGDJ, 2005.
- GALLOUX, J-C, *Droit de la propriété industrielle*, 2^e Éd, Paris, Dalloz, 2003.
- GERVAIS, D. et E., JUDGE, *Le droit de la propriété intellectuelle*, Cowansville, Yvon-Blais, 2006.
- GOURDIN-LAMBLIN, A-S., *Le régime juridique du brevet dans l'Union européenne*, Paris, Éditions Tec&Doc, 2003.
- GRUSZOW L. et B. REMICHE, *La protection des inventions*, tome 2, Bruxelles, Larcier, 1978.
- HERMITTE, M-A., (dir), *Le droit du génie génétique végétal*, vol 12, Paris, Librairies Techniques, 1987.
- HERMITTE, M-A., (dir), *La protection de la création végétale : le critère de nouveauté*, Paris, Librairies Techniques, 1985.
- ILARDI, A., *Propriété intellectuelle : Principes et dimension internationale*, Paris, L'Harmattan, 2005.

- IRPI, *Vers une érosion du droit des brevets d'invention? Nairobi 1981 : Colloque de l'IRPI sur la révision de la Convention de Paris (Paris, 9 février 1982)*, Paris, Librairies Techniques, 1982.
- I.R.P.I., *Les inventions biotechnologiques : Protection et exploitation*, Paris, Librairies techniques, 1999.
- I.R.P.I., *La propriété intellectuelle en question : regards croisés européens, colloque, 16 – 17 juin 2005*, Paris, Éditions Litec, 2006.
- JEHL, J., *Le commerce international de la technologie : Approche juridique*, Paris, Librairies Techniques, 1985.
- JOLY, P-B., et C. DUCOS, *Les Artifices du Vivant : Stratégies d'innovation dans l'industrie des semences*, Paris, Economica, 1993.
- LE PESTRE, P., *Éco politique internationale*, Montréal, Guérin universitaire, 1997.
- LÉVÊQUE, C., *La biodiversité*, Paris, Puf (Que sais-je no 3166), 1997.
- LÉVÊQUE, F. et Y., MENIÈRE, *Économie de la propriété intellectuelle*, Paris, La Découverte, 2003.
- LOQUIN, E., et C., KESSEDJIAN (dir), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000.
- MACKAAY, E., *Nouvelle technologie et propriété*, Montréal, Éditions Thémis, 1989.
- MATHÉLY, P., *Mélanges dédiés à Paul Mathély*, Paris, Litec, 1990.
- MOUSSERON J-M., *Traité des brevets*, Paris, Librairies Techniques, 1984.
- NDOUR, K. A., *La portée du droit conféré à l'obtenteur : le cas des pays en développement*, Montréal, Lotus Bleu, 2007.
- NOIVILLE, C., *Ressources génétiques et droit : essai sur les régimes juridiques des ressources génétiques marines*, Paris, Pedone, 1997.
- OBADIA, A., *Le brevet sur l'animal*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2001.
- PEUGEOT, V., (dir.), *Pouvoir savoir : Le développement face aux biens communs de l'information et à la propriété intellectuelle*, Caen, Éditions C&F, 2005.

- POSEY D. et G., DUTFIELD, *Le marché mondial de la propriété intellectuelle: Droits des communautés traditionnelles et indigènes*, Genève, CRDI\ WWWF SUISSE, 1997, disponible sur http://www.idrc.ca/fr/ev-9327-201-1-DO_TOPIC.html.
- ROUX-VAILLARD, S., *Les jurisprudences française et américaine comparées en matière de conditions de brevetabilité*, Paris, PUF, 2003.
- SCHMIDT-SZALEWSKI, J.et J-L., PIERRE, *Droit de la propriété industrielle*, Paris, Litec, 1996.
- SERFATI, C., (dir.), *Enjeux de la mondialisation : un regard critique*, Toulouse, Éditions Octarès, 2003.
- SHIVA, V., *la vie n'est pas une marchandise : Les dérives des droits de propriété intellectuelle*, Tunis, Éditions Cérès, 2004.
- SHIVA, V., *Le terrorisme alimentaire : Comment les multinationales affament le tiers-monde*, Paris, Fayard, 2001.
- VIVANT, M., (dir), *Propriété intellectuelle et mondialisation : la propriété intellectuelle est – elle une marchandise?* Paris, Dalloz, 2004.
- VIVANT, M., (dir), *Protéger les inventions de demain : Biotechnologies, logiciels et méthodes d'affaires*, Paris, I.N.P.I- La Documentation Française, 2003.
- VIVIEN, F-D., *Économie et écologie*, Paris, Éditions La Découverte, 1994.
- VIVIEN, F-D., (dir.), *Biodiversité et appropriation : Les droits de propriété en question*, Paris, Éditions Elsevier, 2002.
- ZÉNATI, F., *Les biens*, 1ere éd., Paris, Éditions PUF, 1988.
- ZHANG, S., *De l'OMPI au GATT : La protection internationale des droits de la propriété intellectuelle; évolution et actualité*, Paris, Litec, 1994.

Articles de revue :

- GALLOCHAT A., «Brevets et biotechnologies», (2002), 3 *Propriétés intellectuelles*, 7-8.
- HIANCE, M., « La propriété industrielle dans les transferts de technologies aux pays en développement » dans Pierre JUDET, et al, *Transfert de technologie et développement*, vol 4, Paris, Librairies techniques, 1977.
- KOLKER, P., «Accord ADPIC», (2000), Office des publications officielles des Communautés européennes, 45p.
- MALJEAN-DUBOIS, S., «Biodiversité, biotechnologies, biosécurité : Le droit international désarticulé», (2000), 4, *JDI*, 949-996
- MORIN, J.-F., « Une réplique du Sud à l'extension du droit des brevets : La biodiversité dans le régime international de la propriété intellectuelle », (2004), 58, *Droit et Société*, 1 :18.
- O.M.C- Conseil des A.D.P.I.C, Réexamen des dispositions de l'article 27. 3b) : Résumé des questions qui ont été soulevées et des observations qui ont été formulées, (2006), 9.
- TARTARIN, R., «La théorie des droits de propriété : vers un historisme libéral» dans ADREFF, W., A., COT, R., FRYDMAN, L., GILLARD, F., MICHON, *L'économie fiction contre les nouveaux économistes*, Paris, Maspero, 1982, p. 105-135
- THOYER, S., L. TUBIANA, «Les légitimités de la régulation internationale : États, acteurs et institutions dans l'économie politique des échanges», (1998), n°4, *Économies et Sociétés*, 149-167.

Rapports et articles électroniques :

- BENAHMED H., « Le brevet sur le vivant est-il économiquement efficace ? » (2007), 44, bulletin d'information du Centre d'Analyse Stratégique, disponible sur <http://www.strategie.gouv.fr/IMG/pdf/noteveille44.pdf>
- Conseil de l'UPOV, «Accès aux ressources génétiques et partage des avantages : Réponse de l'UPOV à la notification du 26 juin 2003 émanant du secrétaire exécutif de la Convention sur la diversité biologique (CDB)», (2003) 5, disponible sur http://www.upov.int/export/sites/upov/fr/news/2003/pdf/cbd_response_oct232003.pdf
- Conseil de l'UPOV, «Point de vue de l'Union Internationale pour la Protection des Obtentions Végétales (UPOV) concernant la décision VI/5 de la Conférence des Parties à la Convention sur la Diversité Biologique (CDB)», adopté par le Conseil le 11 avril 2003, disponible sur http://www.upov.int/fr/about/pdf/gurts_11april2003.pdf
- DAVY, B. et M., HIBLER, «Les ressources génétiques et les droits de propriété intellectuelle», dans les flashs du CRDI, disponible sur http://www.idrc.ca/fr/ev-27609-201-1-DO_TOPIC.html
- EKPERE, J., «Loi modèle de l'OUA pour la protection des droits des communautés locales, des agriculteurs et des sélectionneurs et la réglementation de l'accès aux ressources biologiques», disponible sur http://www.ictsd.org/pubs/ictsd_series/iprs/dakar/Dakar_chapter11.pdf.
- FORGE, F., « Les droits de propriété intellectuelle sur les plantes et le privilège de l'agriculteur », (2005), disponible sur <http://www.parl.gc.ca/information/library/PRBpubs/prb0533-f.htm>
- GADJI, A., «Bio prospection et commercialisation des ressources biologiques en Afrique ; cas de la côte d'Ivoire», disponible sur <http://www.ictsd.org/dlogue/2002-07-30/docs/GADJI.pdf>

- Gérard Robin, « La propriété intellectuelle revient par la porte de derrière », dans «Courriel d'information ATTAC» (2002), no 304, p.1, disponible sur http://www.fsa.ulaval.ca/personnel/vernag/eh/f/cons/lectures/PI_ATTAC.htm.
- GRAIN, «Dix bonnes raisons de ne pas adhérer à l'UPOV», (1998), 2, 15 p., disponible sur <http://www.grain.org/fr/publications/num2-fr.cfm>
- GRAIN, «L'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce contre la Convention sur la diversité biologique», (1998), 1, 15 p. disponible sur <http://www.grain.org/fr/publications/num1-fr.cfm>
- GRAIN, «Droits de propriété intellectuelle et biodiversité : Les mythes économiques», No 3, Octobre 1998 p. 21, disponible sur <http://www.grain.org/fr/publications/num3-fr.cfm>
- GRAIN, «ADPIC contre biodiversité : Que faire de la révision de l'article 27.3 (b) en 1999?», (1999), 14 p., disponible sur <http://www.grain.org/briefings/index.cfm?id=132&print=yes>
- GRAIN, «La fin des semences de ferme ? Ce que souhaite l'industrie pour la prochaine révision de l'UPOV», (2007), disponible sur www.grain.org/briefings_files/upov-2007-fr.pdf
- JACQUET, P., P., MESSERLIN et L., TUBIANA, «Le cycle du millénaire», Paris, La Documentation Française, 1999, 145 p., disponible sur <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004000893/index.shtml>.
- KUYEK, D., « Les droits de propriété intellectuelle dans l'agriculture en Afrique et leurs conséquences pour les petits agriculteurs », (2002), GRAIN, 21 p.
- KUYEK, D., Main basse sur les semences : brevets et autres menaces à la biodiversité agricole du Canada, (janvier 2004), disponible sur http://www.canadians.org/français/alimentaire/documents/main_basse.pdf
- Le Prestre Ph., «La Convention sur la diversité biologique à un tournant», (2005), Le Devoir, <http://www.ledevoir.com/2005/09/06/89729.html>

- OMC/ Conseil des ADPIC, Décision IP/C/40 portant prorogation de la période de transition au titre de l'article 66.1 pour les pays moins avancés Membres du 29 novembre 2005. disponible sur
http://www.wto.french/tratop_f/trips_f/intel6_f.htm.
- OMC/ADPIC, note du Secrétariat du Conseil des ADPIC IP/C/W/369/Rev.1 du 9 mars 2006 disponible sur http://www.wto.org/french/tratop_f/trips_f/ipcw369r1.doc
- OMPI/UPOV, «Colloque OMPI/UPOV sur les droits de propriété intellectuelle dans le domaine de la biotechnologie végétale», (2003), 14 p., disponible sur
http://www.upov.int/fr/documents/Symposium2003/wipo_upov_sym_1.pdf.
- OMPI/UPOV, «Colloque OMPI-UPOV sur la coexistence des brevets et du droit d'obtenteur dans la promotion des innovations biotechnologiques», (25 octobre 2002), 17 p. disponible sur
<http://www.upov.int/fr/documents/symposium2002/index.htm>.
- RAFI (Rural Advancement Foundation International), «Les petits cultivateurs pris au piège des accords sur les Aspects des Droits de Propriété Intellectuelle touchant au Commerce (ADPIC)», (1999), 1 :4 disponible sur
http://www.etcgroup.org/upload/publication/pdf_file/370
- Rapport de mai 2002 du sous groupe 1 ICAM portant sur l'examen approfondi de l'accord ADPIC et de l'accord de Bangui 99 à la lumière de la Déclaration de doha sur la santé publique disponible sur
http://www.remed.org/icam-plaidoyer_adpic_et_bangui.rtf
- RÉMICHE Bernard, «Révolution technologique, mondialisation et droit des brevets», disponible sur
http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RIDE&ID_NUMPUBLIE=RIDE_161&ID_ARTICLE=RIDE_161_0083
- SITACK YOMBATINA Béni, «La biodiversité à l'épreuve des droits de propriété intellectuelle. Quels enjeux pour l'Afrique ?», 18 p., disponible
<http://www.dhdi.free.fr/recherches/environnement/articles/sitackipr.doc>

TANKOANO A., «La protection des obtentions végétales dans les États membres de l'organisation africaine de la propriété intellectuelle (OAPI)», *Revue Internationale de Droit Économique*, 2003, pp. 103-133, disponible sur

http://www.cairn.info/load_pdf.php?ID_ARTICLE=RIDE_171_0103

- TANSEY, G., «Commerce, propriété intellectuelle, alimentation et diversité biologique», (1999), disponible sur <http://www.quaker.org/quno/tripspaper.html>, 30 p.
- ZOUNDJIHEKPON, J., «L'Accord de Bangui révisé et l'annexe X relative à la protection des obtentions végétales», Dakar, Éditions GRAIN, (2002), 1 : 11, disponible sur <http://www.grain.org/briefings/?id=166>
- ZOUNDJIHÉKPON, J., «Les OGM et les droits de propriété intellectuelle», (2001), 1 : 7, disponible sur <http://www.grain.org/briefings/?id=66>

Jurisprudence:

- *Monsanto Canada Inc. c. Schmeiser*, [2004] 1 R.C.S. 902
- *Diamond v Chakrabarty*, 447 U.S. 303, (1980)
- *JEM AG Supply Inc./Pioneer Hi-Bred International Inc.*, (99-1996) 534 U.S. 124 (2001)
- *Harvard College c. Canada (Commissaire aux brevets)*, [2002] 4 R.C.S. 45, 2002 CSC 76
- *Re Application of Abitibi Co.* (1982), 62 C.P.R. (2d) 81

Annexe

Quelques éléments de comparaison entre CDB, Loi modèle de l'OUA et le Traité international - Exemples: Accès aux ressources, partage des bénéfices et droits des agriculteurs (PNUE, 1992; OUA, et FAO, 2001)

ACCES AUX RESSOURCES

CDB	OUA	TRAITÉ FAO
Accès facilité aux ressources génétiques par les contractants	Demande explicite de l'acquéreur	Système Multilatéral constitue la plateforme des échanges
Les fournisseurs des ressources génétiques sont les pays d'origine de ces ressources	Autorisation en toute connaissance de cause par l'autorité compétente nationale	Accès réservé aux Parties Contractantes et aux personnes physiques et morales des Parties Contractantes
Conditions d'accès définies d'un commun accord et en toute connaissance de cause	Consentement en toute connaissance de cause par les communautés	Accès restreint à certains objectifs et aux ressources sur la liste de l'Annexe I

PARTAGE DES BENEFICES

CDB	OUA	TRAITÉ FAO
Les avantages: ce sont les retombées des recherches en biotechnologie	Paieement de l'autorisation de collecte: montant variable	Partage juste et équitable des retombées
Accès juste et équitable aux résultats et aux avantages	Partage (% du chiffre d'affaire) lorsque la ressource devient un produit commercialisé	Échanges d'informations, accès aux technologies, renforcement capacités
Les pays développés financent ceux en développement pour la mise en œuvre de la Convention.	Ce pourcentage est à la fois versé à l'état et aux communautés	Obligation de partage des avantages si la technologie n'est pas accessible. Si oui alors le Traité encouragera le bénéficiaire à partager

DROITS DES AGRICULTEURS

CDB OUA	TRAITÉ FAO
Reconnaissance de la contribution des communautés agricoles locales dans: conservation, développement et utilisation durable des RPG.	Reconnaissance de la contribution des communautés locales et autochtones. Protection des connaissances traditionnelles
Protection spécifique des cultivars et connaissances locales ayant de manière stable des caractéristiques précises	Le Système Multilatéral prévoit un partage juste et équitable des avantages tirés des RPGAA
Participation à la prise de décision et droit au partage des bénéfices	Il revient aux gouvernements d'assurer la réalisation des droits des Agriculteurs

Source : <http://www.fao.org/docrep/008/y5667f/y5667f0b.htm>